

T.C.
SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

MECELLE'DE İŞ AKDİ

Mehmet AYKANAT

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Danışman
Prof. Dr. Mustafa AVCI

Konya 2011



T.C.
SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü



Öğrencinin	Adı Soyadı	Mehmet AYKANAT	Numarası 094234001002
	Ana Bilim / Bilim Dalı	KAMU HUKUKU KAMU HUKUKU	
	Danışmanı	PROF. DR. MUSTAFA AVCI	
Tezin Adı		MECELLE'DE İŞ AKDİ	

ÖZET

İş akdi, bireysel iş hukukunun kapsamlı ve önemli bir konusudur. İş akdine ilişkin olarak Osmanlı Hukukunda Mecelle'den önce bir kanunlaştırma bulunmamaktadır. Mecelle'de iş akdine ilişkin olarak, dönemin şartlarına uygun bir kısım düzenlemeler yer almıştır.

İş ilişkileri İslam Hukukunda icare akdi başlığı altında düzenlenmiştir. Mecelle'de iş akdinin karşılığı icare-i âdemi akdidir. Mecelle'de iş akdi konusunda İslam Hukuku terminolojisi kullanılmıştır. İcare-i âdemi akdi Mecelle'nin ikinci kitabı olan icare kitabı içerisinde düzenlenmiştir. İcare-i âdemi akdi, İslam Hukukundaki istihdam kurallarını açıklamaktadır.

Mecelle'de işçi kavramının karşılığı ecir terimidir. İşçi ecir-i has ve ecir-i müşterek şeklinde ikiye ayrılmıştır. İşçi kavramı modern anlamdaki işçi kavramından daha geniştir. İşçi niteliğinin belirlenmesinde ücret karşılığı bir işte çalışma kıstas alınmıştır. Bu sebeple iş akdi kavramı da günümüzdeki iş akdi kavramından daha geniştir.

İslam Hukuku ile günümüz hukuku iş akdinin kurulması, özellikleri, tarafların borçları ve akdin sona ermesi konularında benzerlikler ve farklılıklar taşımaktadır.



T.C.
SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü



Öğrencinin	Adı Soyadı	Mehmet AYKANAT	Numarası 094234001002
	Ana Bilim / Bilim Dalı	PUBLIC LAW PUBLIC LAW	
	Danışmanı	PROF. DR. MUSTAFA AVCI	
Tezin İngilizce Adı		THE CONTRACT OF EMPLOYMENT IN MEDJELLE	

SUMMARY

The contract of employment is a comprehensive and important subject of the individual labour law. There had not been a legalization in the Ottoman Law before Medjelle about employment contract. A number of regulations accordance with the requierements of the period had taken place in Medjelle.

The rules of employment were regulated under the heading of *icare* contract. The equivalent of employment contract is *icare-i âdemi* contract in Medjelle. İcare-i âdemi contract, describing the rules of employment in İslamic Law, was organized in the second book of Medjelle Kitabü'l-İcarat.

The equivalent of the concept of laborer is *ecir* in Medjelle. Laborer is divided in two: *ecir-i has* and *ecir-i müşterek*. The concept of laborer is wider than the modern sense. “Working in a job for a remuneration” is the criterion for determining whether a person is worker or not. For this reason, the concept of employment contract is wider than the present-day concept of an employment contract.

İslamic law and modern law have similarities and differences in the establishment of the employment contract, characteristics of the employment contract, obligations of the parties and termination of contract.

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	i
KISALTMALAR CETVELİ	v

GİRİŞ

I.	KONUNUN TAKDİMİ, ÖNEMİ VE KAYNAKLARI	1
II.	MECELLE ÖNCESİ OSMANLI İŞ HUKUKU VE HUKUK KAYNAKLARI	3
III.	MECELLE DÖNEMİ İŞ HUKUKU VE HUKUK KAYNAKLARI	5
IV.	MECELLE VE HAZIRLANIŞI	7
V.	MECELLE'DE İŞ HUKUKU DÜZENLEMELERİ	9
	A) Genel Olarak	9
	B) Kapsam Yönünden Tartışmalar	10
	C) Yönteme İlişkin Tartışmalar	11
	D) Kaynağına İlişkin Tartışmalar	14
VI.	MECELLE'DE AKİT VE İCÂRE AKDİ KAVRAMLARI	15
	A) Mecelle'de Akit Kavramı	15
	B) Mecelle'de İcâre Akdi Kavramı	17
VII.	İş Akdi: İcare-i Âdemi	19
	A) Mecelle'deki Yeri	19
	B) Tanımı	20
	C) Mecelle'de İş Hukuku Terminolojisi	21

BİRİNCİ BÖLÜM:

İŞ AKDİNİN KURULMASI, ÖZELLİKLERİ VE TÜRLERİ

I.	GENEL OLARAK	24
II.	İŞ AKDİNİN KURULMASI	24
	A) Taraflar	26
	1. İşçi	26
	a) Genel Olarak	26
	b) Ecir-i Has	30
	c) Ecir-i Müşterek	30
	2. İşveren	32

a) Genel Olarak.....	32
b) Alt İşveren.....	33
B) İrade Beyanları.....	34
1. Tarafların Rızası.....	35
a) Genel Olarak.....	35
b) İcap ve Kabul.....	37
c) Sıyga.....	39
2. Şekil.....	41
C) Akdın Konusu.....	44
1. İşe İlişkin Şartlar.....	45
a) Hukuken Yasaklanmamış ve Mümkün Olması.....	45
b) Belirli Olması.....	46
2. Sürenin Belirli Olması Şartı.....	48
a) Sürenin Başlangıcı.....	50
b) Sürenin Sınırı.....	51
c) Sürenin Tespiti.....	51
(a) Akdın Kuruluş Zamanına Göre Çalışma Süresinin Tespiti.....	51
(b) Günlük ve Haftalık Çalışma Süresi.....	53
D) Ücret Unsuru.....	55
1. Genel Olarak Ücret.....	55
2. Ücretin Belirli Olması.....	57
E) Bağımlılık Unsuru.....	60
F) İş Akdinde Ehliyet.....	62
1. Genel Olarak.....	62
2. Küçükler.....	64
3. Kadınlar.....	68
4. Yabancılar.....	70
G) Akit Serbestîsi.....	72
1. Genel Olarak.....	74
2. Akit Konusuna İlişkin Sınırlamalar.....	74
3. Akdın Karşı Tarafını Seçme Hürriyeti.....	75

	4. Zorla Çalıştırma Yasağı.....	76
	5. Muhayyerlikler.....	78
III.	İŞ AKDİNİN ÖZELLİKLERİ.....	79
IV.	İŞ AKDİNİN TÜRLERİ	82
	A) Genel Olarak.....	82
	B) Sürekli – Süreksiz İş Akitleri	82
	C) Belirli Süreli – Belirsiz Süreli İş Akitleri.....	82
	D) Deneme Süreli İş Akdi	83
	E) Takım Sözleşmesi	85
	F) Tam Süreli – Kısmi Süreli İş Akitleri	86
	G) Geçici (Ödünç) İş İlişkisi	87

İKİNCİ BÖLÜM:

İŞ AKDİNDE TARAFLARIN BORÇLARI

I.	İŞÇİNİN BORÇLARI VE İŞVERENİN HAKLARI	90
	A) İş İfa Borcu	90
	1. Şahsen İfa Borcu	91
	2. İş Özenle Yapma Borcu	93
	3. İş Vaktinde Teslim Borcu.....	94
	B) Emir ve Talimatlara Uyma Borcu.....	95
	C) İşçinin Tazmin Sorumluluğu	96
	D) İşçinin Sadakat Borcu	100
II.	İŞVERENİN BORÇLARI VE İŞÇİNİN HAKLARI	102
	A) Ücret Ödeme Borcu	102
	1. Ücretin Türü.....	105
	a) Ecr-i Misil.....	105
	b) Ecr-i Müsemma	107
	2. Ücretin Hesaplanması	108
	a) Genel Olarak.....	108
	b) Hak Kazanma, Kısmi Ücret	109
	c) Hukuki Bakımdan Ücret Şekilleri.....	112
	d) Çalışılmadığı Halde Ücret Ödenen Durumlar	116
	3. Ödeme Yeri, Şekli ve Zamanı	119

B) İşçinin Hapis Hakkı.....	123
C) Eşit Davranma Borcu	124
D) İşçiyi Koruma ve Gözetme Borcu	125
E) İşverenin Tazmin Sorumluluğu	127
F) İşçinin Dinlenme ve İbadet Hakkı	129

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM:

İŞ AKDİNİN SONA ERMESİ

I. FESİH DIŞINDA SONA ERME SEBEPLERİ.....	133
A) Tarafların Anlaşması: İkâle	133
B) Ölüm Sebebiyle Sona Erme	134
C) Kendiliğinden Sona Erme: Akit Süresinin veya İşin Sona Ermesi.....	136
II. FESİH YOLUYLA SONA ERME	138
A) Genel Olarak.....	138
B) Belirsiz Süreli Akitlerde Fesih	139
C) Haklı Sebeple Fesih	140
1. Genel Olarak Fesih Sebepleri	140
2. Muhayyerlikler.....	142
3. Ayıp Sebebiyle Akdin Feshi.....	143
4. Özür Sebebiyle Akdin Feshi.....	145
III. SONA ERMENİN HUKUKİ SONUÇLARI	150
A) Genel Olarak.....	150
B) Haksız Fesih ve Tazminatlar	151
SONUÇ.....	153
KAYNAKLAR	159

KISALTMALAR CETVELİ

1475	25.08.1971 tarihli İş Kanunu
3008	16.06.1937 tarihli İş Kanunu
4721	03.12.2001 tarihli Türk Medeni Kanunu
4817	27.02.2003 tarihli Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun
4857	22.05.2003 tarihli İş Kanunu
5275	06.04.2006 tarihli tüzük
5510	31.05.2006 tarihli Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu
6098	11.01.2011 tarihli Türk Borçlar Kanunu
818	22.04.1926 tarihli Borçlar Kanunu
AÜHF	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Bkz.	Bakınız
c.	cilt
CGTİHK	Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun
Çev.	Çeviren
DİA	Türkiye Diyanet Vakfı İslam Ansiklopedisi
E.	Esas Numarası
HD	Hukuk Dairesi
HGK	Hukuk Genel Kurulu
ILO	International Labour Organization
K.	Karar Numarası
Mecelle	Mecelle-i Ahkâmı Adliyye
MÖHUK	Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
OSAV	Osmanlı Araştırmaları Vakfı
s.	sayfa
S.	sayı
TDV	Türkiye Diyanet Vakfı
Ter.	Tercüme eden
TİSGLK	Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu

TÜHİS	Türk Ağır Sanayii ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası
vd	ve devamı
vdi.	ve diğerleri
YÇİHK	Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun
YİSHK	Yabancıların Türkiye’de İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanun

GİRİŞ

I. KONUNUN TAKDİMİ, ÖNEMİ VE KAYNAKLARI

Çalışanlar tarihin hiçbir döneminde bugün olduğu kadar sorunlu, sıkıntılı ve hedefsiz bir şekilde yaşamamışlardır. Zaman içerisinde çalışanların içinde bulunduğu sıkıntılı durumları gidermek amacıyla farklı ideolojiler farklı çözüm önerileri ortaya koymuşlardır. İslam Hukuku da çözüm önerileri ile çalışma hayatına ilişkin durumun düzeltilmesini hedeflemiştir.¹

İslam Hukukunun işçi işveren ilişkilerine ilişkin hükümlerini “Mecelle’de İş Akdi” başlığı altında, Mecelle hükümlerinden hareketle ele almayı hedefleyen bu çalışmada yeri geldikçe modern hukukla mukayeseler yapılmıştır.

İslam, insan hayatının bütün alanlarını düzenleyen bir dindir. Ancak bu düzenleme her çağın ihtiyacı olan hukuk kurallarını binlerce yıl öncesinden ayrıntılarıyla ortaya koymaya çalışan bir usul ile yürütülmemiştir. Ana kaynaklarda genel ilkeler ortaya konulmuş ve somut olaylarla örneklendirilmiştir. Çağın gereklerine uygun kurumları ve mevzuatı oluşturmak ise hukukçulara bırakılmış bir görevdir.² Bu anlayış İslam Hukukunun işçi işveren ilişkileri ile ilgili hükümleri hakkında da geçerli olmalıdır. Genç hukuk dalları arasında gösterilen İş Hukukunun kurumları ve mevzuatı da çağın gereklerine uygun olarak hukukçular tarafından ortaya konulmalıdır.

Klasik İslam Hukuku eserlerinde işçi işveren ilişkileri ile ilgili sistematik bilgiler bulunmaması İş Hukukunun genç bir hukuk dalı olması ve bu eserlerin ortaya konduğu dönemde gelişmemiş bulunması sebebi ile normal olarak görülmelidir.³ Hukuk tarihimizin önemli kaynakları arasında yer alan ve Dünyada ikinci ve İslam hukuk tarihinde ilk Medeni Kanun⁴ olarak kabul edilen Mecelle, işçi işveren ilişkileri hakkında da bir takım düzenlemeler içermektedir. Bu düzenlemeler

¹ KAYA, Mahmut, Çalışanların Hakları ve İslam, Fecr Yayınları, Ankara, 2009, s.7 vd.

² KARAMAN, Hayreddin, İslam’ın Işığında Günün Meseleleri 1–2–3, İz Yayıncılık, İstanbul, 2003, s.683.

³ KARAMAN 2003, s.682.

⁴ AHMET CEVDET PAŞA, Tezakir, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 1991, c.1, s.64.

dönemin şartlarına uygun bir kısım hükümler içermekle birlikte İş Hukukuna ilişkin genel hükümler çıkarmak da mümkündür.

İslam Hukukunda iş akdi, kira akdi ile birlikte icare akdi çatısı altında düzenlenmiştir. İcare akdinin her iki akit için ortak olan hükümlerini değerlendirirken iş akdinin kendine özgü yapısı dikkate alınmalıdır. Bu sebeple icare akdi hükümlerinin İş Hukukunun genel ilkeleri çerçevesinde yorumlanarak hukuk bilimine katkı yapılabileceği muhakkaktır.

İş akdi Mecelle’de icare-i âdemi faslında düzenlenmiştir. Ancak iş akdine ilişkin hükümler sadece bu bölümle sınırlı değildir. Diğer fasıl ve kitaplarda da iş akdine ilişkin hükümler mevcuttur.⁵

İş akdi konusu, oldukça geniş bir konu olmakla birlikte, ayrıntılarına inildiğinde hacminin büyük boyutlara ulaşacağı muhakkaktır. Bu sebeple çalışmada Mecelle hükümleri, Hanefi hukukçuların Mecelle’de yer verilmeyen görüşleri⁶ ve diğer hukuk ekollerine mensup hukukçuların görüşleri şeklinde bir sıra takip edilmiştir. Hanefi ekolünün dışındaki ekollerin görüşlerine modern hukukla uyumları ve getirdikleri çözümler dikkate alınarak yer verilmiştir.

Konunun öneminin anlaşılması Mecelle’nin ve aynı zamanda İş Hukukunun öneminin anlaşılması ile doğru orantılıdır. İçerisinde pek çok değerli hükümler bulunduran ve birçok hükmü uygulandığı zamanın sınırlarını aşacak nitelikte olan Mecelle, hala hukuka kaynaklık edecek yönlere sahiptir. Esasen hukuk tarihinin amaçlarından biri de günümüze ışık tutabilecek kaynaklar ortaya koymaktır. Mecelle’nin hükümlerinin ve kurumlarının yanında bunlardan daha çok farklı bakış açısıyla modern İş Hukukuna katkı yapabileceği kanaatindeyiz.

Çalışmada Mecelle başta olmak üzere İslam Hukukunun klasik ve modern kaynaklarından faydalanmaya çalışılmıştır. Günümüz hukuku ile yapılan mukayeselerde Borçlar Kanunu ve İş Kanunu ile doktrinde yer alan eserlerden faydalanılmıştır.

⁵ Bütün akit tiplerine uygulanabilecek hükümlerin bey akdi kitabı içerisinde ona ilişkin olarak incelendiği görülmektedir.

⁶ Mecelle’nin Esbab-ı Mucibe mazbatasında Hanefi fıkhnın dışına çıkılmadığı ifade edilmiştir. ÖZTÜRK, Osman, Osmanlı Hukuk Tarihinde Mecelle, İslami İlimler Araştırma Vakfı Yayınları, 1973, s.122.

Çalışmada iş akdine ilişkin Mecelle düzenlemeleri ve terminoloji en başta verilerek konuya bir giriş yapıldıktan sonra sırasıyla akdin kurulması, unsurları ve özelliklerine yer verilmiştir. Son olarak akdin sona ermesi incelenerek çalışma tamamlanmıştır. Modern hukukla mukayeseler ayrı bölümlerde değil konular içerisinde ilgili yerlerde yer verilmek suretiyle yapılmıştır. Modern hukukla ilgili bu bilgiler ayrı bir başlık altında ele alınmamış ve *italik* yazı stili kullanılarak belirtilmeye çalışılmıştır.

II. MECELLE ÖNCESİ OSMANLI İŞ HUKUKU VE HUKUK KAYNAKLARI

Çalışma olgusunun tarihini insanlık tarihinin başlangıcına kadar götürmek mümkündür; ancak modern anlamda işçi işveren ilişkilerinin ortaya çıkması üretim ilişkilerinin belli bir aşamaya gelmesi ile mümkün olmuştur.⁷

Bugünkü anlamda özel bir iş hukukunu gerektiren iktisadi ilişkiler, XVIII. yüzyılın başlarında ortaya çıkmıştır.⁸ Osmanlı Devleti'nde İş Hukukunun oluşumuna sebep olan bu gelişmeler, yarım yüzyıl geriden de olsa Batıyı takip etmiştir.⁹

Günümüz Türkiye'sindeki işçi kavramı ile Osmanlı devletindeki işçi kavramı hem sayısal bakımdan hem de niteliği açısından farklılıklar içermektedir.¹⁰ Osmanlı İmparatorluğu Sanayi Devrimi ile Avrupa'da gerçekleşen ekonomik gelişmelere ayak uyduramamış ve bu nedenle Osmanlı Devleti döneminde dikkati çeken bir işçi kitlesi oluşmamıştır.¹¹ Mecelle öncesi dönem Sanayi Devriminin de öncesine tekabül ettiğinden bu dönemde Avrupa'da da günümüzdeki gibi bir işçi kitlesi söz konusu değildir.

⁷ GÜLMEZ, Mesut, Türkiye Çalışma İlişkileri Tarihi: 1936 Öncesi, TODAİE Yayınları, Ankara, 1991, s.45; ÖZTÜRK, Abdülvehhab, "İslam'da İşçi İşveren Münasebetleri", İslam'da Emek ve İşçi İşveren Münasebetleri, Ensar Neşriyat, İstanbul, 1986, s.22.

⁸ TUNÇOMAÇ, Kenan, İş Hukukunun Esasları, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1988, s.15.

⁹ MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi, İş Hukuku, Turhan Yayınları, Ankara, 2008, s.33.

¹⁰ MAKAL, Ahmet, Osmanlı İmparatorluğu'nda Çalışma İlişkileri: 1850-1920: Türkiye Çalışma İlişkileri Tarihi, İmge Kitabevi, Ankara, 1997, s.164.

¹¹ DİLİK, Sait, Atatürk Döneminde Sosyal Politika, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, c.40, S.1, 1985, s.93.

İslam Hukukunun kaynakları edille-i şer'iyye¹² denen kaynaklar ile çeşitli mezheplere göre değişen tali kaynaklardır.¹³ İş hukukunun kaynaklarını bu asli ve tali kaynaklar oluşturmaktadır. Mecelle öncesi Osmanlı hukukunda farklı dönemlerde farklı eserler hukuka kaynaklık etmiştir. Bu eserleri İş Hukukunun kaynakları olarak ifade etmek mümkündür. Tanzimat öncesi şer'i hukuk kaynaklarının tedvin edilmediği görülmektedir. Fatih dönemine kadar Hidâye, Kenzü'd Dekâik, Kudûrî, Vikâye ve el-Muhtar isimli eserler başvuru kaynağı olmuştur. Fatih döneminden Kanuni dönemine kadar Molla Hüsrev'in Dürer adlı eseri ve şerhi Gurer, Kanuni döneminden Mecelle'nin hazırlanmasına kadar ise Fatih medresesi dersiamlarından İbrahim Halebî tarafından Arapça olarak yazılmış ve Mevkufât adıyla Türkçeye tercüme edilmiş Mülteka'l Ebhur isimli eser Osmanlı Hukukuna kaynaklık etmiştir.¹⁴ Bu eserler kadıların başvurduğu birer yürürlük kaynağı olmuş ve bir kanun metninin bulunmamasından doğan boşluğu doldurmuşlardır.¹⁵

Osmanlı Devletinin ilk dönemlerinde bir mesleğe başlamak ve ilerlemek için gerekli kuralları toplu şekilde, yazılı olarak bulunduran fütüvvetnameler¹⁶ iş ilişkilerini düzenlemiştir. Fütüvvetnameler bir sanata girmek ve o alanda ilerlemek için belirlenmiş kuralların toplu olarak ve yazılı bir şekilde bulundukları kitaplardır.¹⁷ Tanzimat'a kadar olan dönemde lonca adı verilen esnaf teşkilatları İş Hukukuna

¹² Edille delil kelimesinin çoğuludur. Deliller çeşitli tasniflere tabi tutulmuştur. Edille-i Erbaa denilen asli kaynaklar Kuran, sünnet, icma ve kıyastır. Bkz. BİLMEN, Ömer Nasuhi, Hukuk-ı İslamiyye ve Istılahat-ı Fikhiyye Kamusu, Bilmen Yayınevi, İstanbul, 1970, c.1, s.15.

¹³ Tali kaynaklar, üzerinde ittifak olunmayan örf, istihsab, istihsan, maslahat, mesalih-i mürsele, önceki ümmetlerin dini hükümleri ve sahabe kavli gibi delillerdir. Ayrıntılı bilgi için bkz. ŞABAN, Zekiyüddin, İslam Hukuk İlminin Esasları, Notlar ekleyerek tercüme eden: İbrahim Kâfi Dönmez, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, Ankara, 2009.

¹⁴ ANSAY, Sabri Şakir, Hukuk Tarihinde İslam Hukuku, Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları, Ankara, 1954, s.11; KAŞIKÇI 1987, s.27.

¹⁵ AYDIN, Mehmet Akif, Mecelle'nin Hazırlanışı, Osmanlı Araştırmaları IX ayrı basım, İstanbul, 1989, s.34.

¹⁶ Fütüvvet Arapça kökenli bir kelimedir. Genç bir insanda bulunması gereken güzel vasıfların tümü olarak ifade edilmiştir. Fütüvvetnameler ise fütüvvetin esaslarını belirleyen kaynaklar olmuşlardır. Anadolu'da Ahilik şeklinde ortaya çıkmıştır. Bkz. YILMAZ, Hasan Kamil, Fütüvvet Ahlakı ve Teşkilatı, http://hasankamiliymaz.com/index.php?option=com_content&task=view&id=458&Itemid=28; Erişim Tarihi: 20.07.2011.

¹⁷ SAYMEN 1954, s.43.

ilişkin kurallar ortaya koymuşlardır.¹⁸ Bu dönemde Batı’da da benzer bir yapılanma vardır ve bu yapı Sanayi devrimi ile ortadan kalkmıştır.¹⁹ Sanayi öncesi bu dönemde iş ilişkileri loncaların örfi ve otodisipliner hukuku ile özellikle Mülteke’da yorumlanmış bulunan İslam Hukuku hükümleriyle düzenlenmiştir.²⁰ Lonca ve ahilik teşkilatının yazılı olmasa da kuralları vardır. Örneğin akde riayet etmeyen teşkilat mensupları bu yapı içinde barındırılmamıştır.²¹ Hatta Saymen bu yapının istenilen yerde ve istenilen şekilde çalışma imkânını ortadan kaldırdığını dile getirmiştir. Bu durum Osmanlı Devletine özgü olmayıp, Avrupa’nın bütün memleketlerinde lonca sisteminin oluşturduğu bir durum olmuştur.²²

III. MECELLE DÖNEMİ İŞ HUKUKU VE HUKUK KAYNAKLARI

Sanayileşme Osmanlı Devleti’nin son zamanlarında ve belirli alanlarda ortaya çıkan bir mefhum olmuştur. Mecelle’nin hazırlandığı dönemde sanayileşmemiş, tezgâh üretimi bulunan bir iktisadi hayat söz konusudur.²³ Osmanlı Devletinde ilk sanayi tesisi harp silahları üretmek amacıyla, II. Bayezid döneminde açılan Tophane’dir.²⁴ İlk sanayi tesisleri Osmanlı ordusunun ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla devlet tarafından yapılmıştır. Sanayileşme devlet eliyle başlatılmıştır.²⁵ Mecelle döneminde de günümüzdeki işçi işveren ilişkilerinin oluşmadığı söylenebilir.

Tanzimat döneminde genel olmamakla birlikte iş hukuku alanında düzenlemeler getiren bir kısım nizamnameler de hazırlanmıştır. 1863 tarihli Maden

¹⁸ GÜLMEZ 1991, s.30.

¹⁹ Fransa’da loncalar ihtilalden sonra 1791’de ortadan kalkmış, İngiltere’de örf ve âdetin etkisi ile bir süre daha devam etmiş, Almanya ise lonca sistemini kurmak isteyen bir kanuna rağmen loncalara geçiş yapılamamıştır. SAYMEN 1954, s.38 vd.

²⁰ MOLLAMAHMUTOĞLU 2008, s.33.

²¹ İZVEREN, Adil, Hukuk Sosyolojisi, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, Ankara, 1993, s.81.

²² SAYMEN 1954, s.47.

²³ TUNÇOMAĞ 1988, s.17; SAYMEN, Ferit H, Türk İş Hukuku, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1954, s.47.

²⁴ 1505 yılında açıldığı tahmin edilmektedir. MAKAL 1997, s.154.

²⁵ Bu eserde Osmanlı Devleti’nin ilk sanayi işletmesi 1835 yılında üretime başlayan Feshane olarak ifade edilmiştir. KARAKIŞLA, Yavuz Selim, “Osmanlı Sanayi İşçisi Sınıfının Doğuşu 1839–1923”, Osmanlı’dan Cumhuriyet Türkiye’sine İşçiler 1839–1950, Derleyenler: Donald Quatert, Erik Jan Zürcher, İletişim Yayınları, İstanbul, 2007, s.28.

Nizamnamesi, Ereğli havzasında çalışan kömür işçilerinin sosyal ve ekonomik durumlarını düzeltmek ve kömür üretimini artırmak amacıyla hazırlanan 1865 tarihli Dilaver Paşa Nizamnamesi, işçi haklarını korunması ve iş güvenliği alanında yeni hükümler getiren 1869 tarihli Maadin Nizamnamesi çıkarılmaları Mecelle ile aynı yıllara rastlayan nizamnamelerdir. Daha sonraki yıllarda yine genel nitelikli olmayan nizamnameler çıkarılmıştır. 1921 tarih ve 151 sayılı “Ereğli Havza-i Fahmiyyesi Maden Amelelerinin Hukukuna Müteallik Kanun” Ereğli kömür havzasındaki iş şartlarına ilişkin hükümler içeren ve TBMM döneminde çıkarılan bu alandaki ilk kanun olmuştur.²⁶

Mecelle’de yer alan iş ilişkilerine ilişkin düzenlemeler fıkıh kaynaklıdır; yani İslam Hukukunun tedvin edilmiş şeklidir.²⁷ Mecelle’den önce İslam Hukukunun belli bir bölümünü bütün olarak düzenleyen ve mahkemelerde uygulanan bir kanun metni bulunmamaktadır.²⁸

Mecelle’de yararlanılan kaynaklardan bahsedilmemiştir.²⁹ Ancak Mecelle’nin hazırlanış süreci bize kaynaklar bakımından ipuçları vermektedir. Mecelle hazırlanması fikri, batılı bir Medeni Kanunun iktibas edilmesi fikrine karşı ileri sürülmüştür. Mecelle komisyonu başkanı Ahmet Cevdet Paşa³⁰, fıkıh kurallarının kanun şeklinde derlenmesinin Osmanlı devleti için yeterli olacağını ifade etmiştir. Fıkıh kurallarının uzun zamandan beri uygulanıyor olması ve örf ve âdetin bu kurallara göre şekillenmiş olması bu fikrine dayanak oluşturmuştur.³¹

²⁶ ESENER 1978, s.6.

²⁷ Mecelle’nin şerhlerinden Kayseri müftüsü Mesut Efendi’nin kaleme aldığı Mirat-ı Mecelle maddelerin kaynakları hakkında bilgi veren bir eserdir.

²⁸ AYDIN 1989, s.31.

²⁹ KAŞIKÇI, Osman, İslâm ve Osmanlı Hukukunda Mecelle, OSAV Yayınları, İstanbul, 1987, s.207.

³⁰ Ahmet Cevdet Paşa’nın Mecelle’nin hazırlanmasında yapmış olduğu hizmetler hakkında bilgi için bkz. MARDİN, Ebul’ûla, Medeni Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet Paşa, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, Ankara, 1996.

³¹ AHMET CEVDET PAŞA, Ma’ruzat, Yayınlayan: Yusuf Halaçoğlu, Çağrı Yayınları, İstanbul, 1980, s.200.

IV. MECELLE VE HAZIRLANIŞI

Tanzimat ile birlikte Osmanlı Devletinde kanunlaştırma çalışmaları hız kazanmış, çeşitli yöntemlerle yeni kanunlar oluşturulmuştur.³² Bu dönemde Batı kültürüne yönelme olmuşsa da İslam kültür ve hukukunun tamamen terk edildiği söylenemez.³³ Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye³⁴ bu kanunlaştırma hareketinin bir sonucu olarak ortaya çıkmış ve İslam Hukukunun tamamen terk edilmediğinin bir delili olmuştur. Mecelle yirmi bir sene sonunda hazırlanmış, bu süre içerisinde birçok ilim adamı dönem dönem Mecelle'yi hazırlayan komisyon³⁵ içerisinde yer almıştır.

Mecelle'nin hazırlanmasına ilişkin sürece bakıldığında Mecelle'nin hazırlanmasına ilişkin bir mutabakatın olmadığı, Fransız Medeni Kanunu³⁶'nın tercüme edilerek kullanılmasını savunanların da bulunduğu görülmektedir.³⁷ Neticede Mecelle 1869–1876 yılları arasında aralıklarla kanunlaşan 16 kitap ile tamamlanmış ve 1851 maddelik bir kanun oluşmuştur.³⁸

Türkiye'nin Tanzimat sonrası ve Cumhuriyet dönemindeki büyük kanunlarının çoğunluğu batı kaynaklı olmuştur. Batı mevzuatı ya model olarak alınmış ya da aynen iktibas edilmiştir.³⁹ Görüldüğü üzere Batı kaynaklı kanunlara olan ilgi medeni hukuk alanına özgü olmamış, birçok alanda bu görüş tercih edilerek Batı kaynaklı bir mevzuat oluşturulmuştur.

³² Kanunlaştırma hareketleri ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet, Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat, Maarif Matbaası, İstanbul, 1940.

³³ AVCI, Mustafa, Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler, Mimoza Yayınları, Konya, 2010, s.19.

³⁴ Bu şekilde isimlendirilmiş olmakla birlikte, yaygın isim olarak Mecelle ifadesi kullanılmıştır. Çalışmada geçen Mecelle ifadeleri ile kastedilen Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye'dir.

³⁵ Komisyonunda çalışan ilim adamları için bkz. AYDIN 1989, s.49 ve 50; ŞİMŞİRGİL, Ahmet - EKİNCİ, Ekrem Buğra, Ahmet Cevdet Paşa ve Mecelle, İstanbul, 2007, s.52 vd.

³⁶ Napolyon Kanunu da denilen 1804 tarihli bu kanun modern kanunlaştırma hareketinin öncülerinden kabul edilmektedir. Soyut kural koyma yöntemini benimseyen kanun, birçok dünya devletini etkilemiş ve birçokları tarafından iktibas edilmiştir. Bkz. VELİDEDEOĞLU 1940, s.15 vd.

³⁷ VELİDEDEOĞLU 1940, s.63 vd; ÖZTÜRK, Osman, Osmanlılarda Tanzimat Sonrası Yapılan Hukuki Çalışmalar ve Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye, Osmanlı, Yeni Türkiye Yayınları, Ankara, 1999, c.6, s.504 vd.

³⁸ ÖZTÜRK, Osmanlı, c.6, s.510.

³⁹ VELİDEDEOĞLU 1940, s.9.

Osmanlı Devleti şer’i ve örfî hukukun birlikte oluşturduğu; yani iki kısımdan oluşan bir hukuk sistemine sahip olmuştur.⁴⁰ Şer’i ve örfî hukuku birbirlerinden kesin bir çizgi ile ayırmak mümkün değildir. Ülül-emrin kendilerine tanınan yasama yetkisini kullanarak yaptıkları düzenlemeler örfî hukuk olarak nitelendirilirken, ülül-emrin mevcut şer’i hükümleri kanunlaştırması da örfî hukukun içinde yer almaktadır. Bu durumda yapılan kanun şekil açısından örfî hukuk, hükümleri açısından ise şer’i hukuk olarak nitelenebilir.⁴¹ Mecelle de şer’i hükümlerin kanunlaştırılması anlamında bu ifade ile uyuşmaktadır. Yani Mecelle hükümleri açısından şer’i hukuk, şekil açısından ise örfî hukuk olarak görülebilir. Çünkü Mecelle’yi hazırlarken ülül-emr en fazla mevcut içtihatlardan birisini tercih etmek şeklinde yetkisini kullanmıştır.⁴² Esbab-ı mucibe mazbatasında ifade edilen “...Mecelle’de Hanefî mezhebinin dışına çıkılmayıp...” ibaresi de Mecelle’nin kaynağına ilişkin yer verilmiş bir ifadedir.⁴³ Mecelle’deki düzenlemeler uygulama açısından hem Şer’i Mahkemelerin hem de Nizamiye Mahkemelerinin alanına girmekle birlikte daha çok Nizamiye Mahkemelerini ilgilendirmektedir.⁴⁴

Mecelle, Türk Hukuku ve İslam Hukuku açısından son derece önemlidir. Mecelle tamamen yerli kaynaklar kullanması bakımından Türk Hukuku açısından öneme sahiptir; çünkü o dönemde hukuki mevzuatımızın büyük çoğunluğu yabancı kaynaklıdır.⁴⁵

İslam Hukuku açısından önemi ise ilk kanunlaştırma hareketi olması ve diğer düzenlemelere öncülük yapmasıdır.⁴⁶ İslam hukuk tarihinin ilk Medeni Kanunu olan Mecelle, dünyada ikinci Medeni Kanun olarak tarihteki yerini almıştır.⁴⁷

⁴⁰ Şer’i hukuk ve örfî hukuk kavramları ve bunların özellikleri ile ilgili bilgi için bkz. ŞEN, Murat, Osmanlı Hukukunun Yapısı, Osmanlı Ansiklopedisi, c.6, s.328 vd.

⁴¹ KAŞIKÇI 1987, s.22–23.

⁴² KAŞIKÇI 1987, s.23.

⁴³ ÖZTÜRK, Osman, Osmanlı Hukuk Tarihinde Mecelle, İslami İlimler Araştırma Vakfı Yayınları, 1973, s.122.

⁴⁴ EKİNCİ, Ekrem Buğra, Ateş İstidası, <http://www.ekrembugraekinci.com/pdfs/ates.pdf>, s.170.

⁴⁵ ÖZTÜRK, Osmanlı, c.6, s.510.

⁴⁶ ÖZTÜRK, Osmanlı, c.6, s.510.

⁴⁷ AHMET CEVDET PAŞA, Tezakir, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara, 1991, c.1, s.64.

Mecelle, Osmanlı Devletinde daha önce uygulanmakta olan hükümleri kanunlaştırmıştır. Bu açıdan Mecelle'nin incelenmesi Osmanlı Devletinin sadece son dönemine ilişkin bir inceleme olmayıp yüzyıllar boyunca başvuru alan eserlerin ve hükümlerin de araştırılması anlamına gelmektedir.⁴⁸ Velidedeoğlu, Mecelle'yi Tanzimat'tan sonraki kanunlaştırma hareketinin en muazzam eseri olarak ifade etmiştir.⁴⁹

V. MECELLE'DE İŞ HUKUKU DÜZENLEMELERİ

A) Genel Olarak

Fıkıh kitaplarında düzenlenmiş bulunan 25 akit türünden 12 tanesi Mecelle'de kendine yer bulmuştur.⁵⁰ İşçi işveren ilişkileri de Mecelle'de "icâre-i âdemi" başlığı altında ele alınmış, işçi "nefsini kiraya veren kişi" olarak tanımlanmıştır.⁵¹ İş akdine ilişkin uygulama alanı bulabilecek hükümleri Kitâbü'l-İcarât dışında birinci kitap olan Kitâbü'l Büyû'da da bulmak mümkündür. Bey akdi Mecelle'de Borçlar Hukukunun umumi esaslarını içerecek şekilde düzenlenmiştir.⁵²

Mecelle, Tanzimat döneminde İş Hukukuna ilişkin ilk mevzuattır.⁵³ Tanzimat öncesinde Osmanlı Hukukunda kanunlaştırmaya gidilmemesi bir eksiklik değildir. Çünkü 19. yüzyıla kadar Batıda da kanunlaştırma hareketlerine rastlanmamıştır.⁵⁴ Osmanlı Devletinin sanayileşme sürecine bakıldığında bu dönemde iş hukukuna ilişkin ileri düzeyde düzenleme aramamak gerekir. Mecelle'nin hükümlerini anlamak için hazırlandığı dönemdeki iş hayatını dikkate almak gerekmektedir. Bu dönemde çalışma hayatı tezgâh sanayisi ve esnaf ticareti düzeyinde idi.⁵⁵

⁴⁸ KAŞIKÇI 1987, s.34.

⁴⁹ VELİDEDEOĞLU 1940, s.51.

⁵⁰ KAŞIKÇI 1987, s.236.

⁵¹ DİLİK 1985, s.93.

⁵² EKİNCİ, Ekrem Buğra, İslam Fıkhiında Alışveriş Bilgileri, <http://www.ekrembugraekinci.com/pdfs/beyvesirarisalesi.pdf>, s.27.

⁵³ ŞEN, Murat, Cumhuriyet Öncesi Türk Hukukunda Hizmet Akdine Genel Bakış, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, c.IV, S.1-2, Erzincan, 2000, s.1.

⁵⁴ VELİDEDEOĞLU 1940, s.17.

⁵⁵ SAYMEN 1954, s.47; Sadece Mecelle'yi değil klasik İslam Hukuku eserlerini incelerken de Sanayi İnkılâbının 18. yüzyılın ortalarında başlayıp geliştiğini göz önünde tutmak gerekir. Bu sebeple bu

Mecelle hükümlerinde bireysel iş hukukuna ilişkin düzenlemeler mevcuttur. Mecelle kolektif iş hukukuna ilişkin herhangi bir hükme yer vermemiştir. Sendikacılık ve sendikal hareketler 19. yüzyılda kapitalist ekonominin sonucu olarak ortaya çıktığından bu alanda bir düzenlemeye gerek olmamıştır.⁵⁶ Nasslar sınırlı olsa da İslam Hukukunda birçok konuya ilişkin hüküm bulmak mümkündür. Bu yapılamadığı takdirde de akıl yoluyla İslam İş Hukukunun hükümlerine ulaşılabilir.⁵⁷

Mecelle’de iş ilişkilerine ilişkin düzenlemeler kapsam, yöntem ve kaynak yönünden doktrinde tartışılmıştır.

B) Kapsam Yönünden Tartışmalar

Kapsam yönünden Mecelle’deki iş hukuku düzenlemelerini yeterli veya yetersiz bulanlar olduğu gibi; günümüze göre yetersiz bulmakla birlikte dönemine göre yeterli olduğunu savunan görüşler de bulunmaktadır.

Mecelle’nin doğrudan çalışma ilişkilerini düzenlemediği, değişik bölümlerinde çalışma ilişkileri ile ilgili tekil düzeyde ve dağınık düzenlemeler bulunduğu⁵⁸ şeklindeki bir görüşe karşılık iş ilişkilerinin genel şekilde ilk olarak Mecelle’de düzenlenmeye çalışıldığı⁵⁹ da ifade edilmiştir. Zamanına göre Mecelle’nin işçileri koruyucu hükümler getirdiği söylenebilir.⁶⁰

Toplu iş ilişkilerinin yeterince gelişmemiş olduğu bu dönemin temel anlayışını yansıtan Mecelle, doğrudan çalışma ilişkilerini düzenlemek amacıyla çıkarılmamasına karşılık, 1926 yılına kadar, Osmanlı Devletinde ve Cumhuriyetin ilk yıllarında bireysel iş ilişkilerinin hukuksal çerçevesini çizmiştir.⁶¹ Meslek ve sanatına bakmadan bütün işçiler için uygulanacak genel ve yeknesak hükümler getirmiştir.⁶²

eserlerde işçi işveren ilişkileri ile ilgili sistematik bilgiler bulunmaması garipsenmemelidir. KARAMAN 2003, s.682.

⁵⁶ ESEN, Âdem, Sosyal Siyaset Açısından İslam’da Ücret, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, Ankara, 1995, s.48.

⁵⁷ ÖZTÜRK 1986, s.22.

⁵⁸ MAKAL 1997, s.236; MOLLAMAHMUTOĞLU 2008, s.34

⁵⁹ ESEN, Bülent Nuri, Türk İş Hukuku, AÜHF Yayınları, Ankara, 1944, s.31.

⁶⁰ MOLLAMAHMUTOĞLU 2008, s.34.

⁶¹ MAKAL 1997, s.234–235.

⁶² SAYMEN 1954, s.47.

Doktrinde Mecelle’de iş hukuku düzenlemelerine ilişkin çok fazla ayrıntıya inilmemiş, hatta birçok eserde Mecelle’de iş ilişkilerine ilişkin düzenlemelerin bulunduğu değinilmemiştir.

C) Yönteme İlişkin Tartışmalar

Mecelle’de iş ilişkileri düzenlemelerinin yöntemine ilişkin tartışmaları da üç başlık altında ele aldık. Bu tartışmalardan birincisi düzenlemelerin içeriği ile alakalı olup, iş ilişkilerine hangi bakış açısıyla yaklaşıldığı tartışma konusu olmuştur. İkinci tartışma şekle ilişkin bir tartışmadır ve iş ilişkilerinin kira akdi içerisinde düzenlenmesinin yerinde olup olmadığına ilişkindir. Bir diğer tartışma Mecelle ile ilgili genel bir tartışma olup kanunlaştırma yöntemi ile ilgilidir. İş Hukuku düzenlemeleri ile de ilgili olduğundan burada ele alınmıştır.

Düzenlemelere ilişkin temel eleştiri Mecelle’nin iş ilişkilerine ilişkin düzenlemelerinde kölelik ruhunu ve geleneğini devam ettirdiği şeklindedir.⁶³ Buna karşın o dönemde Batıdaki düzenlemelerin de Mecelle ile aynı çerçevede konuya yaklaştıklarını savunan görüşler de dile getirilmiştir.⁶⁴ Mecelle, tarafların her türlü müdahaleden uzak, akit serbestisi içerisinde hareket edebilecekleri, liberal bir sistem getirmiştir. Bugünkü İş Kanunumuza hâkim olan emredici hukuk kaideleri burada geçerli olmamıştır.⁶⁵ Bu ferdiyetçi ve liberal yaklaşımın sebebi işçi ve işverenin birbirlerine olan yakınlığı olarak görülmüştür. İşçinin işverenle bağının sadece iş ilişkisi ile sınırlı olmaması, çoğu zaman birlikte yaşamaları ve işverene şahsen ve

⁶³ BAŞGİL 1936, s.5; GÜLMEZ 1991, s.292; Benzer bir eleştiri Roma’daki çalışma ilişkileri için de yapılmıştır. Kölelik geleneğinin bulunduğu Roma’da da kuruluş döneminden itibaren çalışma hayatında kölelerden faydalanılmıştır. Hür insanların çalışma hayatına girmesi Cumhuriyet döneminden itibaren olmuştur. Roma kültüründe ücret karşılığı çalışmak küçümsendiğinden işçilerin kölelerle bir tutulduğu, hatta onlardan da küçük görüldüğü ifade edilmiştir. KARADENİZ, Özcan, Iustinianus Zamanına Kadar Roma’da İş İlişkileri, Sevinç Matbaası, Ankara, 1976, s.V, 34; İslam anlayışında ise çalışmaya değer verilmiş ve çalışma ile ibadet arasında bir ayrıma gidilmemiştir. Emek ve çalışma insan olmanın ölçülerinden kabul edilmiştir. KAYA 2009, s.38; Necm(53) 39, Bakara(2) 22, Taha(20) 53 ve 54, A’raf(7) 10, Nahl(16) 81 gibi ayetler çalışmayı teşvik eden ayetler arasındadır. Yine Hz. Peygamber bu ayetler doğrultusunda tavsiyelerde bulunmuştur. ARMAĞAN, Servet, İslam Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetler, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, Ankara, 2004, s.187, 188.

⁶⁴ EKİN, Nusret, Türkiye’de Endüstri İlişkilerini Etkileyen Ekonomik ve Sosyal Faktörler, Uluslararası Deneylerin Işığında Türkiye’de Endüstri İlişkileri, Ekonomik ve Sosyal Etüdler Konferans Heyeti, İstanbul, 1977.

⁶⁵ SAYMEN 1954, s.49.

manevi olarak bağılı olması buna gerekçe gösterilmiştir.⁶⁶ Hatta İslam Hukukunun Roma Hukuku'nu aşan yeniliklerle iş akitlerini kölelik anlayışından uzaklaştırdığını; ancak modern uygulamaların kölelik statüsüne benzer bir durum yarattığını dile getirenler de olmuştur.⁶⁷

Mecelle'nin işçiyi kiraya verilen şey, yani sözleşmenin öznesi değil nesnesi olarak gördüğü, işçinin emeğini ve çalışma gücünü değil, kendisini ve kişiliğini kiraya veren bir kimse olarak gören bir anlayışın ürünü olduğu da ileri sürülen görüşler arasındadır. Ücretin de kira sözleşmesinin karşılığında kiralayana ödenen kira ücreti ile aynı olduğu ifade edilmiştir.⁶⁸ Oysaki Mecelle zararı yasaklamıştır, bir kimsenin tabi haklarından feragati bu sebeple mümkün değildir ki İslam hukukçuları bir kimsenin hayatının ve hürriyetinin akit konusu olamayacağına ittifak etmişlerdir.⁶⁹

Bir diğer eleştiri de Mecelle'nin iş ilişkilerine gereken önemi vermediği, kira akdi başlığı altında ele almasının bunu ortaya koyduğudur. Ayrıca sosyal bir politika izlenmediği de ileri sürülmüştür.⁷⁰ Mecelle'nin iş akdini normal bir kira akdinden ayırmaması neticesinde, İş Kanununda yer alan emredici hukuk kurallarına benzer düzenlemeler Mecelle'de yer almamıştır.⁷¹ Konuları aynı olan iş akdi ve kira akdinin aynı başlık altında düzenlenmesiyle bir sistem oluşturulmaya çalışıldığından yukarıda söz etmiştik. Mecelle hazırlanırken ekonomik ihtiyaçlar açısından değil,

⁶⁶ İşçi iş sahibiyle birlikte veya onun gözü önünde çalışmaktadır. Aralarındaki ilişki bu günün sanayinde olduğu gibi salt ekonomik değildir, aile ilişkisi gibidir. Başgil, konferansın verildiği 1936 yılında da tezgâh sanayinde ve esnaf işletmelerinde durumun aynı şekilde olduğunu ifade etmiştir. Günümüzde de küçük işletmelerde durum benzer şekildedir. BAŞGİL 1936, s.6.

⁶⁷ AKGÜNDÜZ, Ahmet, Mukayeseli Hukuk ve Uygulama Açısından İşçi-İşveren Münasebetleri, İlmî Neşriyat, İstanbul, 1990, s.312.

⁶⁸ GÜLMEZ 1991, s.291.

⁶⁹ BELGESAY, Mustafa Reşit, Mecelle'nin Külli Kaideleri ve Yeni Hukuk, İÜ Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1946, c.XVII, sayı 2,3, s.608.

⁷⁰ TALAS, Cahit, Türkiye'nin Açıklamalı Sosyal Politika Tarihi, Bilgi Yayınevi, Ankara, 1992, s.39; Karadeniz, Roma Hukukunda iş ilişkilerinin kira sözleşmesi biçiminde düzenlenmesini iş ilişkilerini konu edinen ilk sözleşmelerin kölelere ilişkin olmasına bağlamıştır. KARADENİZ 1976, s.126.

⁷¹ SAYMEN 1954, s.49.

ahlaki ilkeler açısından hareket edildiği görüşü,⁷² sosyal politika güdülmediği görüşü ile paralellik arz edebilir. Buna karşın dönemin şartlarını, sosyal yapısını ve iş ilişkilerinin niteliğini göz önüne alarak bir değerlendirme yapmak yararlı olacaktır.⁷³

Kira akdi ve iş akdi konularının aynı olması sebebiyle Mecelle’de aynı başlık altında düzenlenmiştir.⁷⁴ Osmanlı Devletinde Mecelle dışında işçi işveren ilişkilerini düzenleyen bir kanun bulunmamaktadır, bununla beraber çeşitli tüzüklerde⁷⁵ işçi işveren ilişkilerine ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. İş akdine ilişkin düzenlemenin kira akdi ile aynı başlık altında düzenlenmesini haklı bulanlar olduğu gibi eleştirenler de olmuş, doktrinde bu düzenlemenin sebebine ilişkin çeşitli görüşler ortaya atılmıştır

Mecelle’nin yöntemine ilişkin bir diğer tartışma da kazuist yöntemle mi soyut yöntemle mi yapıldığı konusundadır. Kazuist yöntemle yapıldığını ileri sürenler Mecelle’nin kaynağı olan hukuk kitaplarının da bu yöntemi benimsemiş olmasını ve soyut yöntemin o dönemde yeni yeni ortaya çıkıyor olmasını delil göstermişlerdir.⁷⁶ Kaşıkçı, hazırlanma sürecinin karışık olmasının, salt bir kanun değil bir hukuk kitabı ortaya koyma düşüncesinin ve ihtilaflardan arınmış bir kanun ortaya koyma düşüncesinin de kazuist yöntemden izler taşınmasında etkili olduğu görüşündedir.⁷⁷ Mecelle’nin Kavaid-i Fıkhiyye hükümlerinin soyut olmakla beraber bunun dışındaki bölümlerinin kazuist yöntemle hazırlandığı yönünde de eleştiriler yapılmıştır.⁷⁸

Esbab-ı mucibe mazbatasında soyut yöntemle yazılmış olan el-Eşbah ven-Nezair’in yazarı İbn Nüceym’in yönteminden övgüyle bahsedilmiştir. Bu eser Kavaid-i Fıkhiyye’nin de kaynakları arasındadır. Yani soyut yönteme olan bu övgüye

⁷² ONAR: The Medjelle, Law In The Middle East, 1955, s.299, aktaran ÖZTÜRK, Osman, Osmanlılarda Tanzimat Sonrası Yapılan Hukuki Çalışmalar ve Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye, Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, S.100, 15 Kasım 1998, s.746.

⁷³ Bu dönemde iktisadi hayat tezgâh sanayine ve esnaf ticaretine dayanmakta idi. BAŞGİL 1936, s.5.

⁷⁴ Her iki akdin konusunu menfaatin ivazlı temlik teşkil etmektedir; BARDAKOĞLU, Ali, İslâm Hukuku’nda İşçi ve İşveren Münasebeti, İslâm’da Emek ve İşçi-İşveren Münasebetleri, Ensar Neşriyat, İstanbul 1986, s. 190; KAŞIKÇI 1987, s.186.

⁷⁵ 1863 Maden Nizamnamesi, 1865 Dilâver Paşa Nizamnamesi, 1869 Maadin Nizamnamesi.

⁷⁶ ÖZTÜRK 1973, s.112.

⁷⁷ KAŞIKÇI 1987, s.37.

⁷⁸ GÜRİZ, Adnan - BENEDICT, Peter, Türk Hukuku ve Türk Toplumuna Üzerine İncelemeler, Türkiye Kalkınma Vakfı Yayınları, Ankara, 1974, s.X.

rağmen ayrıntılı ve şerhli düzenlemenin sebebi yukarıda bahsedilen gerekçeler olabilir.

Kazuist ve soyut her iki yöntemin izlerinin Mecelle’de bulunduğunu düşünenler ise Mecelle’nin kendine özgü bir kanunlaştırma yöntemi izlediğini savunmaktadırlar.⁷⁹ Velidedeoğlu, sistem bakımından Mecelle’nin Batıdaki kanunlara nazaran geri olduğunu; ancak Osmanlı mevzuatına göre gelişmiş bir sistemle düzenlendiğini ifade etmiştir.⁸⁰

D) Kaynağına İlişkin Tartışmalar

İş ilişkilerinin kira akdi içerisinde düzenlenmesinin Roma Hukukundaki benzer düzenlemeden etkilenerek yapıldığı iddia edilmiştir.⁸¹ Gerçekten de Roma Hukukundaki iş ilişkilerine ilişkin düzenlemeler ile Mecelle’nin iş ilişkilerine ilişkin düzenlemelerinde benzer noktalar bulmak mümkündür. Ancak bu benzerliklerin Mecelle’de yer alması Roma Hukukundan etkilenmesi sebebiyle mi olduğu tartışmalı bir konudur. İcâre-i âdemi ifadesinin kullanılmasında Fransız Medeni Kanununun etkisinin olduğu da ileri sürülmüştür. Bu kanunun 1779. maddesinde insan çalışmasının kiralananmasından bahsedilmesi buna gerekçe gösterilmiştir.⁸² Öztürk, Fransız Medeni Kanununun zaten Roma Hukuku etkisinde olduğunu, bu sebeple ona benzemesinin Roma Hukukuna benzemesi anlamına geleceğini ifade etmiştir. Mecelle’nin Roma Hukukundan etkilenmediğini savunan Öztürk, Mecelle komisyonu başkanı Ahmet Cevdet Paşa’nın kendi ifadeleri ile yabancı yazarların görüşlerini bu iddiasına delil olarak ortaya koymuştur.⁸³ ⁸⁴ Başgil de Mecelle’nin yukarıda değindiğimiz kölelik geleneği ve başka noktalarda Roma Hukuku ile

⁷⁹ KAŞIKÇI 1987, s.37 ve 38.

⁸⁰ VELİDEDEOĞLU 1940, s.55.

⁸¹ SAYMEN 1954, s.48; GÜLMEZ 1991, s.293; ÇELİK, Nuri, İş Hukuku Dersleri, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2009, s.6.

⁸² Fransız Medeni Kanununda, hizmetin, işçinin kiralananması olarak “le louage des gens de travail” ifadesi kanunda yer alırken, daha sonra çıkarılan Fransız İş Kanununda “contrat de travail” ifadesi ile hizmet sözleşmesi kullanılmıştır. AKŞİT, Cevat, Tartışmalar, Mukayeseli Hukuk ve Uygulama Açısından İşçi-İşveren Münasebetleri, İstanbul, 1990, s. 90–91.

⁸³ ÖZTÜRK, Osmanlı, c.6, s.505–506.

⁸⁴ İslam Hukuku ile Roma Hukuku arasındaki bir kısım farklar için bkz. ÖZTÜRK, Osman, Osmanlılarda Tanzimat Sonrası Yapılan Hukuki Çalışmalar ve Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye, Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, S.100, 15 Kasım 1998, s.745.

birleşmekte olduğunu ifade etmiş; ancak Mecelle hazırlanırken müelliflerinin adım adım İslam Hukukunu takip ettiklerini belirtmiştir.⁸⁵ Ahmet Cevdet Paşa da birinci ağızdan Mecelle'nin Roma Hukuku kaynaklı olduğunu reddetmiş, Tezakir adlı eserinde Roma Kanunnamesi ile Mecelle'nin bir kıyaslamasını yapmıştır.⁸⁶ Seviğ ise Mecelle'nin hazırlanmasından önce Fransız Medeni Kanununun teklif edilmiş olmasından dolayı Ahmet Cevdet Paşa'nın bu kanunu inceletmesinin muhtemel olduğunu öne sürmüştür. Hatta bu incelemeyi Ali Şahpas Efendi'ye yaptırdığına dair tahminde bulunmuştur.⁸⁷ Velidedeoğlu ise Mecelle'yi hazırlayan kişilere bakıldığında Fransız Medeni Kanununun etkisiyle yapılması ihtimalinin olmadığını ifade etmiştir.⁸⁸

Mecelle'nin kaynağına ilişkin görüşleri üç başlık altında özetleyebiliriz. Birincisi düzenlemenin Roma Hukukunun etkisinde olduğu şeklindedir. İkincisi Fransız Medeni Kanunu'ndan etkilenildiğini savunmuştur. Üçüncü görüşe göre ise düzenleme Osmanlı Devleti'nde uygulanan hukukun kanunlaştırılmasından ibarettir; yani İslam Hukuku kökenlidir, yerlidir.

VI. MECELLE'DE AKİT VE İCÂRE AKDİ KAVRAMLARI

A) Mecelle'de Akit Kavramı

Mecelle tüm akit tiplerine ilişkin çeşitli hususları bey akdi kitabı içerisinde ancak genele ilişkin olarak düzenlemiştir. Akit kavramı da Mecelle'nin bu kitabında düzenlenmiştir. Kitab'ül büyü, akit kavramını ve unsurlarını düzenleyen hükümlere ilk maddelerinde yer vermiştir.

⁸⁵ BAŞGİL 1936, s.5.

⁸⁶ Roma Kanunnamesi Avrupa kıtasında ilk tedvin olunan kanunname'dir. Avrupa kanunlarının esasıdır ve her tarafa bilinen bir ve geçerli bir kaynaktır. Ancak Mecelle ile benzerlikleri yoktur. Roma Kanunnamesi hukukçuların ortaya koyduğu bir eserdir. Mecelle ise İslam Hukukunun tedvin edilmiş şeklidir. Her iki kanunnameyi inceleyen hukukçular kanunnamelerin farklı olduğunu ifade etmişlerdir. AHMET CEVDET PAŞA, Tezâkir, Yayınlayan: Cavid Baysun, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1991, c.1, s.64.

⁸⁷ SEVİĞ, Vasfi Raşit: Hukuk Mukayesesi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, c.IV, S.1-4, 1947, s.205.

⁸⁸ VELİDEDEOĞLU 1940, s.60.

Mecelle m.103'te akdin bir tanımını yapmıştır. Bu tanıma göre akit, tarafların anlaştıkları bir husus üzerinde icap ve kabul iradelerini birbirine bağlamalarıdır.⁸⁹ “Tarafeyn” ifadesinden tarafların, “bir husus” ifadesinden ise bir konunun akit için gerekli olan şartlardan olduğu anlaşılmaktadır.⁹⁰ Mecelle’de icap ve kabulün ne olduğu hususunda da boşluk bırakılmamış, icap ve kabul tanımlanmıştır. Sahip olma ve kullanma hakkını kurmak için ilk önce söylenen söze icap, son söylenen söze ise kabul denmektedir.⁹¹

*Modern hukukta ise akit, iki tarafın karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarını belirli bir hukuki sonuca ulaşmak amacıyla ortaya koymalarıdır.*⁹²

Mecelle akdin yapılış şekli ile ilgili bir düzenleme yapmamıştır. Bu konuda şekil serbestisi olduğu görülmektedir.⁹³

Fıkıh kitaplarında 25 akit tipine yer verilmiş, Mecelle ise bu akit tiplerinden 12 tanesini düzenlemiştir. Fıkıh kitaplarında düzenlenen bu 25 akitten bir kısmının bağımsız akit olmadığı, diğer akitlerin alt çeşidi olarak incelendiği ifade edilmiştir. İş akdine Mecelle’de düzenlenen akitler arasında yer verilmemiş, kira akdinin sayılmasıyla yetinilmiştir.⁹⁴

Mecelle’de akit çeşitlerini sınırlayan bir hüküm yoktur. Mecelle’de düzenlenmeyen bir akit kıyas yoluyla düzenlenenlere benzediği ölçüde kabul edilecektir. Hukuki işlemleri mümkün olduğunca geçerli kabul etmek esası da burada dikkate alınmalıdır.⁹⁵

⁸⁹ Mecelle m.103: “Akid, tarafeynin bir hususu iltizam ve teahhüd etmeleridir ki icap ve kabulün irtibatından ibarettir.”

⁹⁰ KAŞIKÇI 1987, s.232.

⁹¹ İcap ve kabulün tanımı için bkz. m.101 ve m.102, şartlarına ve yapılışına ilişkin olarak bkz. m.170 ila m.175.

⁹² AYAN, Mehmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Mimoza Yayınları, Konya, 2007, s.107; ZEVLİLİLER, Aydın, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, Ankara, 2001, s.51.

⁹³ KAŞIKÇI 1987, s.234.

⁹⁴ KAŞIKÇI 1987, s.236.

⁹⁵ KAŞIKÇI 1987, s.246 ve 247.

B) Mecelle’de İcâre Akdi Kavramı

İş akdi Mecelle’nin ikinci kitabı olan Kitâbü’l-İcarât içinde düzenlenmiştir. Mecelle komisyonu 28 Kasım 1869’da bu ikinci kitabını hazırlayarak Meclis-i Vükelaya takdim etmiştir. 6 Şubat 1870 günü padişaha sunulan Kitâbü’l-İcarât, 7 Şubat 1870 tarihli irade-i seniyye ile yürürlüğe girmiştir.⁹⁶

Kitâbü’l-İcarât tek başına iş akdine ilişkin değildir. İcâre akdi menfaatin ücret karşılığında temlik edilmesini konu alan kira akdi, iş akdi ve kısmi olarak istisna akdini içine almaktadır.⁹⁷ İcare “belli bir karşılık verip, belirli bir menfaat üzerine akit yapmak” olarak ifade edilmiştir. Bazı tanımlarda ise “menfaatin satılması” ifadesine yer verilmiştir. Yapılan tanımlar anlam bakımından birbirine yakın tanımlamalar olmuştur.⁹⁸

İş akdinin meşruiyeti Kuran⁹⁹, sünnet¹⁰⁰ ve teamül ile sabittir. İnsanların ihtiyaçlarını gidermek maksadı ile icare akdi meşru kılınmıştır.¹⁰¹ Zenginin(işverenin) işin görülmesine, işçinin ise mala(para kazanmaya) olan ihtiyacı sebebiyle amel üzerine olan icare; yani icare-i âdemi meşru kılınmıştır.¹⁰² İslam hukukçularının

⁹⁶ ÖZTÜRK 1973, s.47 vd.

⁹⁷ BARDAKOĞLU, Ali, “İcare”, DİA, TDV Yayınları, İstanbul, 2000, c.21, s.379 vd; İBN ABİDİN, Reddül-Muhtar ale’l-Dürri’l-Muhtar, Tercüme: Mazhar Taşkesenlioğlu, Şamil Yayınevi, İstanbul, 1986, c.14, s.5 vd; Roma Hukukunda Klasik hukuk çağında aynı şekilde kira, iş, istisna akitlerini içine alan “locatio conductio” adı verilen bir akit türü bulunmaktaydı. Locatio conductio için icare akdinin Roma Hukukundaki karşılığıdır demek mümkündür. KARADENİZ 1976, s.122.

⁹⁸ Şerif tercih ettiği tanımda akit kelimesini kullanmış, temlik kelimesinin de akit kelimesi yerine ikame edilebileceğini ifade etmiştir. Ancak satış kelimesinin icare akdi için kullanılmasına katılmadığını dile getirmiştir. ŞERİF, Şeref b. Ali, İslamda İş İşçi ve Ücret Hukuku, Ter: Mehmet Keskin, İhya Yayınları, İstanbul, 1986, s.14, 15.

⁹⁹ Kuran’da Hz. Musa ile Hz. Şuayb arasında yapılan bir iş akdi nakledilmiştir. Kasas(28) 26, 27. Yine sûtana isticarına ilişkin olarak çocuğun emzirilmesi karşılığında ücret verilmesi emredilmektedir. Talak(65) 6. yine Bakara(2) 233. ayette sûtana isticarına ilişkin bir hüküm bulunmaktadır. Serahsi “birbirlerine iş gördürmeleri için kimini diğerine üstün kıldık” ayetini de iş akdi için delil olarak göstermiş, birbirlerine iş gördürmek ifadesinin ücret karşılığı çalışmak ve çalıştırmak olduğunu ifade etmiştir. Zuhruf(43) 32; SERAHSÎ, Mebsût, c.15, s.101.

¹⁰⁰ Hz. Aîşe’nin rivayetine göre Hz. Peygamber kendilerini Medine’ye ulaştırması karşılığında bir kılavuz ile ücret karşılığında anlaşılmıştır. Ayrıca Hz. Peygamber icare akdi yapan insanların akitlerine hiçbir müdahalede bulunmamıştır. “İşçiye ücretini (alınını) teri kurumadan veriniz.” (İBN MACE, Rehinler 4) hadisi de icare akdine icazet verildiğinin göstergesidir.

¹⁰¹ SERAHSÎ, Mebsût, c.15, s.102; MERGİNÂNÎ, Şeyhülislam Burhanüddin Ebu’l-Hasan Ali b. Ebu Bekir, el-Hidâye Tercemesi, Tercüme: Ahmed Meylani, Kahraman Yayınları, İstanbul, 2004, c.3, s.399; BİLMEN 1970, c.6, s.166.

¹⁰² Ali Haydar Efendi, Mecelle’nin 18. maddesinde yer verilen “zorluğun kolaylık getireceği” ilkesinin bir sonucu olarak icarenin meşru kılındığını, aksi halde insanların zorlukla karşı karşıya

büyük çoğunluğu icarenin kıyasa muhalif olarak meşru kılındığı görüşündedirler. Çünkü icare akdinde mevcut olmayan bir menfaatin satılması söz konusudur. Mevcut olmayan bir şeyin satılması da caiz olmadığından icare akdinin de caiz olmaması gerekirdi; ancak insanların ihtiyaçlarından dolayı icare caiz kılınmıştır. Bazı Hanbelî hukukçuları, İbni Teymiyye ve özellikle İbni Kayyım ise icarenin kıyasa muhalif olarak caiz kılındığı görüşüne karşı çıkmışlardır. Bu hukukçular icarenin kıyasa muhalif olarak değil aslen caiz olduğunu ileri sürmüşlerdir. Buna gerekçe olarak da mevcut menfaat üzerine akit yapmanın zaten mümkün olmadığı, bu sebeple menfaatin belirli olması şartının yalnız eşyalar üzerine yapılan akitlerde söz konusu olacağını dile getirmişlerdir. Menfaat ve eşya satışını kıyaslamayı yanlış bulmuşlardır.¹⁰³

Kitâbü'l-İcarât, bir mukaddime ile sekiz bâbdan oluşmaktadır. Mukaddime Mecelle'nin genel sistematığına uygun olarak icare akdinin terminolojisine yer vermiştir. Birinci bâb icareye ilişkin genel hükümlere yer vermiştir. İkinci bâb icarenin rûknlerine, inikad şartlarına ve nefazına, sıhhat şartlarına, butlan ve fesadına ilişkin bilgiler veren dört fasıldan oluşmaktadır. Üçüncü bâbda ücrete ilişkin hükümleri düzenleyen üç fasıl vardır. Dördüncü bâb süreye ilişkin hükümler içermektedir. Beşinci bâb hıyarât hakkında düzenleme yapmıştır, üç fasıldır. Altıncı bâbda kiranın çeşitleri düzenlenmiştir. Dört fasıldan oluşan bu babın dördüncü faslı icare-i ademiye ilişkindir. Yedinci bâb tarafların hak ve görevlerine ilişkin üç fasıldan ibarettir. Sekizinci ve son bâb tazmin sorumluluğu ile alakalı üç fasla yer vermiştir.

Mecelle icârenin kelime anlamına da değinmiş ve Arapça'da ücret manasına geldiğini, ayrıca kiralamak anlamında da kullanıldığını ifade etmiştir. Hukuk terimi olarak ise “malum bir menfaati malum bir ivaz karşılığında satmak” olarak tanımlanmıştır.¹⁰⁴ Ali Haydar Efendi bu tanımın, bazı icareleri dışarıda bırakarak tüm

kalacağını ifade etmiştir. ALİ HAYDAR, Hocaeminefendizade, Dürerü'l Hukkam Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm, Osmanlıcadan Çeviren: Raşit Gündoğdu, Osman Erdem, Osmanlı Yayınevi, İstanbul, 2007, c.1, s.412.

¹⁰³ ŞERİF 1986, s.33 vd.

¹⁰⁴ Mecelle m.405.

icareleri kapsamına almadığını ifade etmiş, üstelik tanımın fasit icareyi de kapsadığını gerekçe göstererek doğru bulmamıştır.¹⁰⁵

İcârenin çeşitlerini Mecelle Kitâbü'l-İcarât'ın altıncı babında incelemiştir. Kiraya verilen şeyler dörde ayrılmış ve her biri bir fasılda incelenmiştir. Bunlardan ilk üçü ayn icâresine dördüncüsü ise insan icâresine ilişkindir.¹⁰⁶ Bir iş yapmak veya herhangi bir sanat icra etmek için, zaman veya iş belirlenerek belirli bir ücret karşılığında emeğin kiralanması da icâre akdinin icâre-i âdemi kısmını ifade etmektedir.¹⁰⁷ İslam hukukçuları insanın kiralanması ile başka şeylerin kiralanması arasında bir ayrım yapmamıştır. Yalnız Maliki hukukçular hayvan ve eşyanın kiralanmasında kira, insan kiralanmasında ise icare terimini kullanmışlardır.¹⁰⁸

İcare akdinin unsurları tarafların anlaşması, ücret ve kiraya verilen şey olarak ifade edilmiştir.¹⁰⁹

VII. İş Akdi: İcare-i Âdemi

A) Mecelle'deki Yeri

Mecelle bir maddelik giriş bölümü, 99 maddelik genel hükümler ve 16 kitap olmak üzere toplam 1851 maddeden oluşmaktadır. Kitaplar mukaddime ile başlamakta ve bablara ayrılmaktadır. Bablar fasıllardan, fasıllar ise maddelerden oluşmaktadır.

Kitab-ül İcarât Mecelle'nin 16 kitabından ikincisidir. Bir mukaddime ile 8 babdan oluşmaktadır. İş akdine ilişkin icâre-i âdemi altıncı bab olan “mecurun enva ve ahkâmı” babının içinde düzenlenmiştir. Bu babın dört faslından sonuncusu “icâre-i âdemi” hakkındadır.¹¹⁰ İş akdine ilişkin düzenlemeleri sadece ikinci kitap olan

¹⁰⁵ ALİ HAYDAR, c.1, s.414, 415.

¹⁰⁶ BARDAKOĞLU 2000, s.379 vd.

¹⁰⁷ CİN, Halil – AKGÜNDÜZ, Ahmet, Türk Hukuk Tarihi, Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayınları, İstanbul, 1996, c.2, s. 253; m.562.

¹⁰⁸ ŞERİF 1986, s.46.

¹⁰⁹ Ücret kavramı Mecelle'de “ecr” kavramı ile ifade edilmiştir. Kiraya verilen şey ise “müstecerun fih” terimine karşılık gelmektedir. KAŞIKÇI 1987, s.268.

¹¹⁰ Fıkıh kitapları da icareyi a'yan menfaatleri üzerine yapılanlar ve insanların çalışması üzerine yapılanlar şeklinde ikiye ayırmıştır. A'yan üzerine yapılan akitler de kendi içerisinde üç kısma ayrılmıştır. Mecelle de icare-i âdemi faslından önce bu üç kısmı üç ayrı fasılda incelemiş ve

Kitâbü'l-İcarât'daki düzenlemelerden ibaret kabul etmemek gerekir. Tek başlarına kullanılamayacakları esbabı mucibede bildirilen Kavaid-i Külliye hükümleri ve diğer kitaplardaki hükümler¹¹¹ de iş akdine uygun düştüğü oranda kullanım alanı bulacaktır.

Kitab-ül İcarât m.404'te başlayıp m.611'de sona ermektedir ve 208 maddeden oluşmaktadır. İcâre-i âdemi faslı 20 maddeden ibarettir. Ancak iş ilişkilerini doğrudan ilgilendiren maddeleri bu 20 madde ile sınırlandırmak mümkün değildir.

B) Tanımı

Hukuki olarak icâre-i âdemi şu şekilde tanımlanmıştır: “Süre açıklanması veya yapılacak işin miktarının ve keyfiyetinin tayin edilmesi şartıyla belli bir hizmeti ifa veya herhangi bir iş ya da sanatı icra gayesi ile insanları belli bir bedel karşılığında çalıştırmaktır”.¹¹² Mecelle m.562'de yapılan icâre-i âdemi düzenlemesinin bu tanıma kaynaklık ettiği anlaşılmaktadır. M.562 icare-i ademiye ikiye ayırmıştır. Birincisi belirli süreli bir işin yapılması, ikincisi ise bir neticenin taahhüt edilmesi şeklindedir.¹¹³ *Borçlar Kanununda da işçinin “belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmeyi” işverenin de “zamana veya işe göre ücret ödemeyi” üstlendiği akit hizmet akdi olarak tanımlanmıştır(6098 m.393).* Görüldüğü gibi Borçlar Kanunumuz da hizmet akdinin tanımında Mecelle gibi iki şekle yer vermiştir. Yani hizmet akdinin iki şekilde oluşabileceği öngörülmüştür.

4857 sayılı İş Kanunumuz m.8/1'de iş akdinin tanımını yapmıştır. İş akdi bir tarafın bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir. Bu tanıma göre iş akdi iş, ücret ve bağımlılık unsurlarını içermektedir.¹¹⁴ Bu tanım Mecelle'de düzenlenmiş bulunan icare-i âdeminin tanımından farklıdır. Bu da Mecelle'deki iş akdi ile modern hukuktaki iş akdinin

dördüncü fasıl olarak icare-i ademiye yer vermiştir. FETÂVÂ-Yİ HİNDİYYE, Tercüme: Mustafa Efe, Akçağ Yayınları, Ankara, tarih yok, c.9, s.366.

¹¹¹ Örneğin münakit, fasit, nafiz, batıl akit tiplerine sadece satım akdi düzenlenirken yer verilmiştir; fakat bu tipler tüm akit türleri için söz konusu olan akit tipleridir.

¹¹² Kadri Paşa'nın Mürşidü'l Hayran adlı eserinin 586. maddesinde icare-i âdemi akdine ilişkin olarak yapılan tanımdır. CİN – AKGÜNDÜZ 1996, s.253.

¹¹³ SAYMEN 1954, s.49.

¹¹⁴ ÇELİK 2009, s.75.

unsurlar ve sonuçlar yönünden farklılıklar taşımaya sebep olmuştur. İslam Hukukunda yapılan iş akdi tanımı, konusu çalışma olan her akdi kapsamına almaktadır. Modern hukuktaki tanımlar ise daha dar kapsamlıdır.¹¹⁵

İcâre-i âdemi insanın ürettiği menfaat olan emek üzerine kurulan bir akittir. Bu akit süre üzerine kurulan ve iş üzerine kurulan olmak üzere iki şekle sahiptir. Süre üzerine kurulan akit günümüz anlamında iş akdini karşılar ancak iş üzerine kurulan akitlerin bir kısmı iş akdini karşılar bir kısmı istisna, vekâlet vb akitleri karşılar. Modern hukuktan daha geniş bir iş akdi çerçevesi çizilmiştir.¹¹⁶ *Çünkü günümüz hukukunda belirli bir işin görülmesi her zaman iş akdinin konusunu oluşturmaz. Vekâlet ve istisna akitlerinin konusunu da oluşturabilmektedir.*¹¹⁷ Mecelle de hizmet olarak ifade ettiği görülecek işi aynı şekilde ikiye ayırmıştır. Her iki şekilde de iş akdinin kurulmasının mümkün olduğunu ifade etmiştir.¹¹⁸ *Saymen iş ve istisna akitlerinin her ikisinin konusunun iş olduğunu, bu sebeple ayrılmalarının zor olduğunu ifade etmiştir. Özellikle parça üzerinde iş ve götürü iş söz konusu olduğunda ayırım daha zor olacaktır. Almanya’da da bunlar ayrılmakla beraber, “konusu iş olan akitler” ortak başlığında ele alınmaktadır. Ayrılmamaları gerektiği görüşü dile getirilmektedir.*¹¹⁹

İş akdi konusu bakımından iş görme akitleri içerisinde yer almaktadır. Bu akitlere itlakat kabilinden akitler denmektedir.¹²⁰

C) Mecelle’de İş Hukuku Terminolojisi

Mecelle’de iş hukukuna ilişkin kullanılan terminoloji günümüz iş hukuku terimlerinden farklılık arz ettiğinden, terimlerin anlamlandırılması Mecelle’nin anlaşılabilirliği açısından önemlidir. İcar, isticar, icâre, ücret, âcir, müstecir, ecir, ecr, ecr-i misil, ecr-i müsemma, müstecir-un fih terimleri icâre-i âdemi konusunun

¹¹⁵ ŞAKFE 1968, s.36.

¹¹⁶ BARDAKOĞLU 2000, s.379 vd.

¹¹⁷ ŞEN 2000, s.5.

¹¹⁸ Mecelle m.562.

¹¹⁹ SAYMEN 1954, s.412.

¹²⁰ KAŞIKÇI 1987, s.238.

temelini teşkil eden terimlerdir.¹²¹ Bu terimlere yeri geldikçe konuların içinde ayrıntılı olarak değinilecektir. Mecelle de genel sistematığında olduğu gibi Kitâbü'l-İcarât'ın 404. maddeden 419. maddeye kadar olan mukaddime kısmında bu terminolojiye yer vermiştir.

İcar kelimesi Mecelle'de tanımlanmıştır. Buna göre icar kiraya vermek demektir.¹²² Yani bir bedel karşılığında menfaatin temlik edilmesidir.¹²³ İsticar ise kira ile tutmak demektir. Bir kişiyi istihdam etmek üzere kiralamak da bu terimle ifade edilmektedir.¹²⁴ İcare, Arapçada ücret anlamına gelmektedir. İcar yani kira anlamında da kullanılmaktadır. Fıkıhta ise “belirli bir menfaati belirli bir ivaz karşılığında satmak” olarak tarif edilmiştir.¹²⁵

Ücret, menfaat karşılığında verilen bedel olarak ifade edilmiştir ki buna kira da denilmektedir.¹²⁶ Günümüz iş ilişkilerinde kira terimi tercih edilmemekte ücret terimi ise yaygın olarak kullanılmaktadır. Mecelle ücreti ecr-i misil ve ecr-i müsemma olarak ikiye ayırmıştır. Ecr-i misil tarafsız bilirkişinin takdir ettiği ücret olarak ifade edilmiş, ecr-i müsemma ise akit zamanı tarafların belirlemiş oldukları ücret şeklinde tanımlanmıştır.¹²⁷

Âcir, kiraya veren kimse anlamındadır. Mucir veya mükari olarak da ifade edildiği belirtilmiştir.¹²⁸ İş hukuku anlamında nefsinı kiralayan kişiyi yani işçiyi de ifade edebilir. Mecelle nefsinı kiraya veren kişiyi ayrıca “ecir” terimi ile ifade etmiş

¹²¹ İcareye ilişkin terimler hakkında bilgi için bkz. BİLMEN 1970, c.6, s.156 vd; ELMALILI, M.Hamdi Yazır, İslam Hukuku ve Fıkıh İstılahları Kamusu, Ensar Neşriyat, İstanbul, 1997; HAMMAD, Nezih, İktisadi Fıkıh Terimleri, Çev: Recep Ulusoy, İz Yayıncılık, İstanbul, 1996.

¹²² Mecelle m.404.

¹²³ ELMALILI 1995, c.2, s.411.

¹²⁴ Mecelle m.404; BİLMEN 1970, c.6, s.156.

¹²⁵ Mecelle m.405.

¹²⁶ Mecelle m.404; BİLMEN 1970, c.6, s.156; ELMALILI, c.5, s.406.

¹²⁷ Mecelle m. 414 ve 415.

¹²⁸ Mecelle m.409.

ve bu terimin kısımlarına yer vermiştir.¹²⁹ İşveren ifadesine karşılık gelen müstecir terimi kiralayan kimse olarak tanımlanmıştır.¹³⁰

Müstecerun fih Mecelle’de işveren tarafından işin görülmesi ile ilgili olarak işçiye teslim edilen mal olarak ifade edilmiştir.¹³¹ Bilmen ise bu terimi işçinin iş akdi ile görmeyi üstlendiği iş şeklinde tanımlamıştır.¹³²

Çalışmada Mecelle’nin kullandığı bu terimler yeri geldikçe ayrıntılı olarak ele alınmış ve açıklanmıştır. Terimlerin İş Kanununda ve Borçlar Kanununda kullanılan karşılıklarına da yer verilmeye çalışılmıştır.

¹²⁹ Mecelle m.413; Mecelle m.422’de ecirin çeşitlerine(ecir-i has, ecir-i müşterek) yer vermiş, devamındaki maddelerde de bu kısımlara ilişkin hükümleri düzenlemiştir; Ecir teriminin Roma Hukukundaki karşılığı “locator” terimidir.

¹³⁰ Mecelle m.410; Müstekri ve mükteri ifadeleri de aynı anlamda kullanılan terimlerdir. BİLMEN 1970, c.6, s.157; Müstecir teriminin Roma Hukukundaki karşılığı “conductor” terimidir.

¹³¹ Mecelle m.412.

¹³² BİLMEN 1970, c.6, s.157.

BİRİNCİ BÖLÜM:

İŞ AKDİNİN KURULMASI, ÖZELLİKLERİ VE TURLERİ

I. GENEL OLARAK

Mecelle, 103. maddesinde akit tanımına, 104. maddesinde ise akdin kuruluşuna ilişkin düzenlemelere yer vermiştir. Akdin kurucu unsurlarına ve şartlarına ilişkin olarak Kitabü'l-İcarat'ın ikinci babında çeşitli fasıllarda hükümler yer almıştır. İş akdinin unsurları ile birlikte kurulmasında önem arz eden konular bu bölümde ele alınmıştır.

İş akdinin tarafların rızasına dayanması, şahsa bağılılığı, bağlayıcılığı, karşılıklı borç doğurması ve sürekli olması gibi özellikleri yine bu bölümde “İş Akdinin Özellikleri” başlığı altında incelenmiştir.

Modern hukukta yer verilen sürekli-süreksiz, belirli süreli-belirsiz süreli, deneme süreli, tam süreli-kısmi süreli iş akitleri ve takım sözleşmesi gibi iş akdi türlerine ilişkin Mecelle'nin ve İslam Hukukunun hükümleri ve bu akitlerin uygulama alanı yine bu bölümde yer almıştır.

II. İŞ AKDİNİN KURULMASI

Mecelle'nin 103. maddesindeki akit tanımına göre akdin kuruluşu için icap ve kabulün sonuç doğuracak şekilde birbirlerine bağlanması ve geçerli şekilde ifade edilmesi gereklidir. Mecelle'nin 104. maddesinde yer verilen “bervechi meşru” ifadesi akdin kurulması için iki taraf iradesi yanında bu iradelerin hukukun öngördüğü şekilde ortaya konmasını gerektirmektedir.¹³³ *Borçlar Kanunu ise tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla akdin kurulacağını ifade etmiştir(6098 m.1).* Batı hukuklarında bütün akitler için geçerli olan genel hükümler belirlenmek suretiyle akitler ele alınmış, İslam Hukuku ise her bir akit türünü ayrı ayrı ele alarak, her tür için geçerli olan hükümleri tekrarlara da

¹³³ KARAMAN, Hayreddin, “Alışverişte Vade Farkı”, İslam Hukukuna Göre Alışverişte Vade Farkı ve Kar Haddi, İSAV Yayınları, İstanbul, 1987, s.14.

yer vermek suretiyle ele almıştır.¹³⁴ Bu sebeple iş akdinin de satım akdi gibi icap ve kabul ile kurulacağı Kitab-ül İcarat içerisinde yeniden düzenlenmiştir.¹³⁵

Konumuz olan iş akdinin rükünleri ile sıhhat, inikat, nefaz ve lüzum şartları için farklı sınıflandırmalara gidilmiştir. Mecelle Kitab-ül İcarat içinde ikinci babın birinci faslında iş akdinin rükünlerine, ikinci faslında inikat ve nefaz şartlarına, üçüncü faslında ise sıhhat şartlarına yer vermiştir.¹³⁶ Rükünler akdin kurucu unsurlarıdır. Şart kavramıyla ifade edilen unsurlar rükünleri tamamlayan tali unsurlardır.¹³⁷ Konular içerisinde yeri geldikçe bu şartlara ve hükümlerine değinilecektir.

İslam hukukçuları iş akdinin rükünleri konusunda ihtilaf etmişlerdir. Hanefiler sadece icap ve kabulün akdin rükünü olduğunu ifade etmişlerdir. Mecelle'deki düzenleme de Hanefi görüşüne uygun olarak yapılmıştır.¹³⁸ İş akdinin unsurları taraflar(işçi ve işveren), konu(ücret ve menfaat), sıyga(icap ve kabul) şeklinde toplu olarak üç, ayrıntılı olarak altı başlık altında ele alınmıştır.¹³⁹

İş akdinin kuruluş şartları altıya ayrılmış olup tarafların ehliyeti, irade beyanı, meclis birliği, akdin konusu, menfaat ve ücret konularına ilişkindir. Nefaz şartları üç kısım olup tasarruf yetkisi, başkasının hakkının ihlal edilmemesi ile sıhhat ve kuruluş şartlarının varlığı ile ilgilidir. Sıhhat şartları altı tane olup tarafların rızası ile konunun, ücretin, menfaatin belirli ve mümkün olması ve kuruluş şartlarının bulunması bu şartlar içerisinde yer almaktadır. Lüzum şartları ise kuruluş, nefaz ve sıhhat şartlarının bulunması ile akdin muhayyerlik ihtiva etmemesidir.¹⁴⁰

¹³⁴ KARAMAN, Hayreddin, Mukayeseli İslam Hukuku, İz Yayıncılık, İstanbul, 2009, c.2, s.61.

¹³⁵ Mecelle m.433 vd.

¹³⁶ İcarenin rükünleri 11 madde(m.433–443), inikat ve nefaz şartları 4 madde(m.444–447), sıhhat şartları 10 madde(m.448–457) şeklinde düzenlenmiştir. İslam Hukukunda ve Türk Hukukunda akdin unsurları ve şartları ile ilgili bilgi için bkz. SAVAŞ, Abdurrahman, Türk ve İslam Hukukunda Evlenmenin Hükümsüzlüğü, Adal Ofset, Konya, 2010, s.6 vd.

¹³⁷ CİN-AKGÜNDÜZ 1996, c.2, s.189.

¹³⁸ Mecelle m.433; FETÂVÂ-Yİ HİNDİYYE, c.9, s.357; Hanefiler diğer hususları icap ve kabulün gerçekleşmesinde birer unsur olarak görmüşler, diğer hukuk ekolleri ise unsurların hepsini akdin rükünü olarak kabul etmişlerdir. BARDAKOĞLU, Ali, “İslam Hukukunda İşçi İşveren Münasebeti”, İslam'da Emek ve İşçi İşveren Münasebetleri, Ensar Neşriyat, İstanbul, 1986, s.192; CİN-AKGÜNDÜZ 1996, c.2, s.190.

¹³⁹ ALİ HAYDAR, c.1, s.437.

¹⁴⁰ FETÂVÂ-Yİ HİNDİYYE, c.9, s.362 vd; ALİ HAYDAR, c.1, s.456, 457.

A) Taraflar

Akdin kurulabilmesi için iki tarafın var olması gerektiği Mecelle ve Borçlar Kanununda düzenlenen akit tanımlarından anlaşılmaktadır. Mecelle 103. maddesindeki akit tanımında “tarafeyn” ifadesine yer vermiş, *Borçlar Kanunu ise 1.maddesinde “taraflar” şeklindeki ifadesiyle en az iki tarafın var olması gerektiğini ortaya koymuştur(6098 m.1). Eski kanundaki “iki taraf” ifadesi “taraflar” şeklinde değiştirilmiştir(818 m.1).*

İş akdinin tarafları işçi ve işverendir(4857 m.2).

1. İşçi

a) Genel Olarak

İş akdinin hem tarafı hem de konusu olan işi yapacak kişi durumunda olması sebebiyle işçi, akdin en önemli unsurudur. İşçi kavramı Mecelle’de ecir olarak ifade edilmiş ve kendini kiraya veren kimse olarak tanımlanmıştır.¹⁴¹ Burada anlatılmak istenen emeğin ücret karşılığında tahsis edilmesidir. Yani işçi ücretle iş gören kimse olarak ifade edilebilir.¹⁴² 4857 sayılı kanunda işçi kavramı 2.maddede tanımlanmıştır. *İş akdine dayanarak çalışan gerçek kişiye işçi denilmektedir. Yalnız gerçek kişiler işçi olabilir.*¹⁴³ Mecelle’nin kendini kiraya veren kimse olarak ifade ettiği işçi kavramı modern hukuktaki iş akdine dayanarak çalışan gerçek kişi kavramına göre daha geniş kapsamlı bir tanımdır.

İşçi kavramı Osmanlı Devletinde sık kullanılan bir kavram olmamıştır. İlk kez 1729 yılında III. Ahmet tarafından çıkarılan bir fermanla “işçi” kavramına yer verilmiştir.¹⁴⁴ İşçiler için daha yaygın olarak kullanılan ifade ise “amele” kavramı olmuştur. İşçi, amele kavramlarını da kapsayan “müstahdemîn” kavramı da işçilere

¹⁴¹ Mecelle m.413. Ecir kelimesi Kasas(28) suresi 26. ve 27. ayetlerde ücret ve ücretle çalışmak anlamlarında kullanılmıştır. COŞKUN, Ahmet, Kuran-ı Kerim’de Rızık ve İktisadi Hayat, Ensar Neşriyat, İstanbul, 2010, s.171.

¹⁴² BARDAKOĞLU 2000, s.379 vd.

¹⁴³ UŞAN, Fatih, İş Hukuku, Gazi Kitabevi, Ankara, 2009, s.19.

¹⁴⁴ Bu ferman “maden işçilerinin nizam ve vazifelerine dair” bir fermanıdır. MAKAL 1997, s.165.

karşılacak şekilde kullanılmış olan ifadelerdendir.¹⁴⁵ İzmir İktisat Kongresinde “amele” kavramının yerine “işçi” kavramının kullanılması yönünde karar alınmıştır.¹⁴⁶

İşçi niteliğini tespitite İslam Hukuku ile İş Kanunu farklı kıstaslardan hareket etmiştir. İslam Hukukunda işçi niteliğini tespitite “belli bir ücret karşılığında iş görme” unsuru kıstas olarak alınmaktadır. *İş Kanunumuz ise “iş akdine dayanarak çalışma” kıstasına yer vermiştir.*¹⁴⁷

İş akdi gibi işçi kavramı de Mecelle’de günümüzdeki anlamından daha geniş bir anlama sahip olmuştur. “Belli bir ücret karşılığı çalışma” kıstası sebebiyle günümüzde işçi sayılmayan memur, zanaatkâr, serbest meslek erbabı gibi kişiler Mecelle düzenlemelerine göre işçi statüsünde yer almışlardır.¹⁴⁸ Tevbe suresi 60. ayetinde de memur ve işçi anlamında ‘amil’ kelimesi kullanılmıştır. Bu kelime ayette zekât memurunu ifade etmek için kullanılmıştır.¹⁴⁹ *Günümüzde ise işçi, memur, kamu personeli şeklinde nitelenen çalışanlar arasındaki bu ayrım tam olarak çözüme kavuşturulmuş değildir.*¹⁵⁰ *İş kanunumuz işçi niteliğini kazanmak için iş akdinin bulunmasını ve ücret karşılığında bir işte çalışmayı şart koşturmuştur(4857 m.8/1). Doktrinde ayrıca bağımlılık unsurunun aranması gerektiği ileri sürülmüştür. Ancak iş hukukunu “iş ilişkilerini konu alan hukuk dalı” şeklinde geniş olarak tanımlarsak, işçi, memur gibi bağımlı çalışanlar ve doktor, avukat, esnaf gibi bağımsız çalışanlar*

¹⁴⁵ KIRPIK, Cevdet: Osmanlı Devleti’nde İşçiler ve İşçi Hareketleri, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Isparta, 2004, s.29.

¹⁴⁶ AYDEMİR, Şevket Süreyya, Tek Adam, Remzi Kitabevi, İstanbul, 1981, s.348.

¹⁴⁷ “İş akdine dayanarak çalışma” kıstası 1971 tarih ve 1475 sayılı İş Kanunu ile ilk kez düzenlenmiştir. 3008 sayılı kanunda ise “bedeni çalışma-zihni çalışma” ayrımı kıstas olarak düzenlenmişti.

¹⁴⁸ DÖNDÜREN, Hamdi, Delilleriyle Ticaret ve İktisat İlmihali, Erkam Yayınları, İstanbul, 1993, s.455; Süre üzerine çalışan memur, sözleşmeli kamu personeli, işçi, belli bir iş üzerine çalışan esnaf ve zanaat sahipleri, ücret karşılığında çalışan serbest meslek sahipleri Mecelle’de yer verilen işçi tanımı içerisinde yer almaktadır. BARDAKOĞLU, Ali, İslam Hukukunda ve Modern Hukukta İcare Akdi, Özellikle Personel İstihdamı, Atatürk Üniversitesi İslami İlimler Fakültesi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Erzurum, 1982, s.163; Roma Hukukunda da hukuki kaynaklar iş kavramını geniş bir şekilde ele almışlardır. İş kavramı günümüzdeki teknik olmayan geniş anlamda iş kavramına karşılık gelecek şekilde kullanıldığından işçi kavramı da geniş anlaşılmıştır. KARADENİZ 1976, s.36.

¹⁴⁹ COŞKUN 2010, s.169.

¹⁵⁰ ÇELİK 2009, s.34 vd.

da bu tanımın içerisine girecektir.¹⁵¹ Bu geniş tanımla Mecelle'nin ulaştığı sonuca ulaşmak mümkündür. Ancak modern kanunlar “başkasının emri ve nezareti altına çalışma” unsurunu dikkate aldıklarından, işini yaparken emir altında bulunmayan müteahhit, avukat, demirci, boyacı gibi kimseler işçi kavramı içinde yer almamaktadır.¹⁵² Sendikalar Kanunu işçi kavramını daha geniş ele almış, bedenen çalışmayı konu alan nakliye, neşir, adi şirket akitlerine göre çalışanları da işçi olarak kabul etmiştir.¹⁵³

Mecelle'nin yer vermediği işçi, memur, hizmetli, sözleşmeli personel ayrımı konusunda günümüzde tartışmalar sürmektedir. Mecelle düzenlemesi bu tartışmalara yer vermeyecek şekilde herkesi işçi statüsünde değerlendirmiştir. 657 sayılı Kanunun çıkarılmasından önce var olan işçi memur ayrımına ilişkin zorluklar, çıkarılan çeşitli düzenlemelerle giderilmeye çalışılmıştır. Kamu kesimindeki çalışanlar işçi, memur ve sözleşmeli personel olarak düzenlenmiştir.¹⁵⁴ İşçi niteliğinin belirlenmesi yalnızca Türk hukukunda değil Batı hukuk sistemlerinde de problemlere sebep olmuştur.¹⁵⁵

İslam hukukçularının “ücretle iş görme” unsurundan yola çıkarak geniş bir işçi tanımı yapmalarının faydaları olmakla birlikte, bu husus İslam Hukukunun emredici bir hükmü değildir. Yani kamu personeli, serbest meslek sahipleri gibi farklı statüdeki çalışanlar için farklı hükümler koymak İslam Hukukuna aykırı olarak nitelendirilemez.¹⁵⁶ Mecelle iş üzerine yapılan icare akdini örneklerirken “ücretle amele ve hademe tutmak gibi” şeklinde bir ifadeye yer vermiştir. Yani işçinin yanında hizmetliden de bahsedilmiştir. Aynı hükümlere tabi olduklarından olsa gerek bu ayrım üzerinde duran olmamıştır. İş kanununda yer verilen bir iş akdine dayanarak çalışma kıstası üzerinde de tartışmalar olmaktadır. Geçersiz veya hiç kurulmamış akitlerle çalışan işçilerin bulunması mümkün olduğundan kişilerin

¹⁵¹ UŞAN 2009, s.3.

¹⁵² ŞAKFE Muhammed Fehr, İslamda İş Ahkâmı ve İşçi Hakları, Çev: İhsan Toksarı, Nida Yayınları, İstanbul, 1968, s.21.

¹⁵³ ÇELİK 2009, s.33.

¹⁵⁴ ÇELİK 2009, .33.

¹⁵⁵ Almanya, İtalya, Fransa, Belçika gibi ülkelerde çalışanlar işçi, hizmetli, memur olarak üç sınıfa ayrılmıştır. Hollanda, Lüksemburg gibi bazı ülkelerde ise işçi hizmetli ayrımı yapılmamaktadır. ESENER, Turhan, İş Hukuku, Sevinç Matbaası, Ankara, 1978, s.41; TUNÇOMAG 1988, s.54.

¹⁵⁶ BARDAKOĞLU, Ali, “Hizmet Akdinin Yapılması ve Uygulanması”, Mukayeseli Hukuk ve Uygulama Açısından İşçi-İşveren Münasebetleri, İlmî Neşriyat, İstanbul, 1990, s.51.

*işverenin bilgisi altında ve fiilen çalışmaları işçi sayılmalarında dikkate alınmalıdır.*¹⁵⁷

Mecelle işçiyi ecir-i has ve ecir-i müşterek olarak ikiye ayırmıştır.¹⁵⁸ Bu ayrımı belirlemede iki kıstas öne çıkmaktadır. Birincisi işçinin işverenden başkası için çalışıp çalışamayacağı kıstası, ikincisi ise akdin süre üzerine kurulup kurulmadığı kıstasıdır.¹⁵⁹ Başkası adına çalışma kıstasında işçinin fiilen başkası için çalışması aranmaz. İşçi başkası için de çalışabilme hakkına sahipse bu hakkını fiilen kullanmasa da ecir-i müşterek olarak ifade edilir.¹⁶⁰ İkinci kıstasa göre iş akdi işçinin belli bir süredeki çalışması üzerine kurulmuşsa bu akdin tarafı olan işçi ecir-i has, belli bir işin görülmesi üzerine kurulmuşsa buradaki işçi ecir-i müşterek olacaktır.¹⁶¹ *Günümüz hukukunda işçi kavramı ile ilgili benzer bir ayrım bulunmamaktadır. Bunun sebebinin işçi kavramının daha dar tanımlanması olduğu söylenebilir. Uygulamada ecir-i has gibi tek bir işverene çalışan işçiler çoğunlukta olmakla birlikte ecir-i müşterek gibi birden fazla işveren için çalışan işçiler bulmak da mümkündür. İşçileri meslek alanlarına göre sınıflandırmak da mümkündür. Sanayi işçileri, ticaret işçileri, tarım işçileri, deniz işçileri ve ev işçileri başlıca mesleki gruplar olarak ifade edilebilir. Ayrıca çalışma türüne göre işçileri beden işçisi(mavi yakalı) ve fikir işçisi(beyaz yakalı) şeklinde gruplandıranlar da olmuştur.*¹⁶²

¹⁵⁷ İş akdi terimini amaca uygun yorumlayarak, işçi kavramının belirlenmesinde kıstasın iş akdi değil iş ilişkisi olduğu kabul edilmelidir. Bu görüş “fiili hizmet ilişkisi görüşü” veya “katılma görüşü” olarak ifade edilmektedir. TUNÇOMAĞ 1988, s.53.

¹⁵⁸ Mecelle m.422.

¹⁵⁹ BARDAKOĞLU 1982, s.160.

¹⁶⁰ BİLMEN 1970, c.6, s.157.

¹⁶¹ BARDAKOĞLU 1986, s.194.

¹⁶² TUNÇOMAĞ 1988, s.62; Roma Hukukunda işler bakımından bir ayrıma gidilmiş ve operae liberales ve operae illiberales şeklinde işler iki kategoriye ayrılmıştır. Bu ayrımı belirlemede farklı kıstasları kullanan çeşitli görüşler ileri sürülmekle birlikte, operae liberales’in nitelik gerektiren işler için, operae illiberales’in nitelik gerektirmeyen işler için kullanıldığı genel olarak söylenebilir. KARADENİZ 1976, s.64 vd.

b) Ecir-i Has

Ücret karşılığı çalışan ve bir akitle bağlı bulunan işçiler ecir-i has grubunu oluşturmaktadır.¹⁶³ Mürşidü'l Hayran'da "bir veya daha fazla işveren hesabına süreli olarak çalışan, başka bir iş yapmama ve belirtilen süre içinde sadece işverene ait işleri yapma şartı bulunan işçi" şeklinde tanımlanmıştır.¹⁶⁴ Günümüzdeki anlamıyla işçi kavramını ecir-i has kavramının karşıladığı söylenebilir. Ecir-i has, unsurları bakımından da işçi kavramıyla örtüşmektedir.¹⁶⁵ Memurlar da yapılan ecir-i has tanımının içine girmektedir. Ücretle iş gördükleri için ecir-i has yani işçi olarak nitelenebilirler.¹⁶⁶

Ecir-i hassın işvereni bir şahıs olabileceği gibi, bir şahıs hükmünde birden fazla şahıs da olabilir.¹⁶⁷ Ecir-i has tek bir işverenden iş alabilir. Aynı anda başka işverenler için çalışamaz.¹⁶⁸ Ecir-i hası ecir-i müşterekten ayıran en önemli unsur budur. Bir diğer fark ecir-i has ilişkisinde işçinin işten daha ön planda olmasıdır. Ecir-i müşterek ilişkisinde ise yapılacak olan iş daha ön plandadır.

c) Ecir-i Müşterek

Ecir-i müşterek belli bir işverene veya işveren topluluğuna bağlı olmadan çalışan ya da belli bir şahıs yahut topluluk adına süre kaydı olmaksızın veya süre kaydı bulunup da başkası adına çalışmama şartı bulunmaksızın çalışan işçi olarak

¹⁶³ ESEN 1995, s.24; Roma Hukukunda ecir-i has ilişkisine benzeyen akit türü "locatio conductio operarum" olarak adlandırılmıştır. Ecir-i müşterek ilişkisine benzeyen akit türü ise "locatio conductio operis"tir. Bkz. KARADENİZ 1976, s.119 vd.

¹⁶⁴ KADRİ PAŞA, Mürşidü'l-Hayran, m.588.

¹⁶⁵ ŞEN 2000, s.7; SINAV, Tahsin, "İş Hukuku ve Temel Kavramlar", Mukayeseli Hukuk ve Uygulama Açısından İşçi-İşveren Münasebetleri, İlmî Neşriyat, İstanbul, 1990, s.27.

¹⁶⁶ GÖZÜBÜYÜK Şeref, AKILLIOĞLU Tekin: Yönetim Hukuku, Turhan Yayınları, Ankara, 1993, s.153 vd; TUNÇOMAĞ, Kenan – CENTEL, Tankut, İş Hukukunun Esasları, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1999, s.47-48.

¹⁶⁷ Mecelle m.423; ELMALILI 1997, s.383.

¹⁶⁸ Mecelle m.422; Ecir-i has olarak istihdam edilen çobanın başka bir kişi için de çalışması durumunda ücretinde indirimde gidilemeyeceği ve ikinci kişiden alınan ücretin de helal olacağı ifade edilmiştir. Burada birinci işverenin akitten beklediği menfaati elde etmesi dikkate alınmıştır. SERAHSİ, Mebsût, c.15, s.231; Yani işçinin ikinci bir işte çalışılmasına bir yaptırım getirilmemiştir. İşçinin bu durumda ecir-i müşterek sayılması ve buna ilişkin hükümlerin uygulanması düşünülebilir.

tanımlanmıştır.¹⁶⁹ Bu tanım iki şekilde ecir-i müşterek ilişkisi kurulabileceğini ifade etmektedir. Birincisi işçinin başkasına da çalışmasına bir engel olmaması, ikincisi ise süre kaydı konmadan bir işin yapılmasının istenmesidir. *Modern hukukta da işçi niteliğine sahip olmak için akit süresince bütün vaktini işverene ayırma şartı aranmamıştır. Hatta işçinin bu süre içerisinde başka işverenlerle akit yapması da mümkündür.*¹⁷⁰

Ecir-i müşterek serbest meslek sahibi olarak da ifade edilmiştir. Bunların emeklerinin kiralandığı görülmektedir. Kendilerine verilen işi yaparak ücrete hak kazanabilmişlerdir.¹⁷¹ *4857 sayılı kanun da belirli süreli iş akitlerinin, belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkarılması şeklinde de kurulabileceğini düzenlemiştir(4857 m.12). Borçlar Kanununda da serbest meslek sahiplerinin yaptıkları akitlere de teşekkül unsurlarını taşımaları durumunda hizmet akdi hükümlerinin uygulanacağına ilişkin bir hüküm bulunmaktaydı(818 m.353); ancak yeni Borçlar Kanununda bu hükmün karşılığına yer verilmemiştir.*

Ecir-i müşterek ile işveren arasında bir bağımlılık ilişkisi ecir-i has ilişkisine göre daha zayıftır. Günümüzde de bağımlılık unsurunun daha az önem taşıdığı uzaktan çalışma ilişkilerinin yaygınlaştığı görülmektedir. Almanya’da bağımsız iş akdi kavramının da kullanılmaya başlanması¹⁷² Mecelle sistemine doğru bir yaklaşım olduğunu göstermektedir.

İslam hukukçuları, boyacı, terzi, marangoz gibi her bir ecir-i müşterek için kendilerine has hükümler ortaya koymuşlardır.¹⁷³ İşçi çalıştırdığı takdirde ecir-i müşterek aynı zamanda işveren konumunda da olacaktır.¹⁷⁴

¹⁶⁹ ALİ HAYDAR, c.1, s.421; SİNAV 1990, s.28; Bu tanım Mürşidü’l Hayran’da da yer almaktadır. KADRİ PAŞA, Mürşidü’l-Hayran, m.590.

¹⁷⁰ Bir yıl boyunca haftada sadece iki gün ev temizlemeyi vaat eden temizlikçi kadın, evin sahibi ile bir iş ilişkisi içerisinde. Kadın işçilerin yararlandığı haklardan yararlanır. TUNÇOMAĞ 1988, s.57.

¹⁷¹ KAŞIKÇI 1987, s.278.

¹⁷² EKONOMİ, Münir, Teknolojik ve Ekonomik Gelişmeler Karşısında İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar, Kamu ve Özel Kesim İşletmelerinde Yönetimin Beşeri Yönü ve Endüstriyel İlişkiler Sistemimiz, Orhim Semineri Yayımı, İstanbul, 1986, s. 177 vd; Roma Hukukunda da ecir-i müşterek ilişkisine benzeyen locatio conductio operis akdinde işçi işverene karşı bağımlı duruma düşmemektedir. KARADENİZ 1976, s.173.

¹⁷³ ŞAKFE 1968, s.20.

¹⁷⁴ KARAMAN 1981, s.39.

2. İşveren

a) Genel Olarak

Mecelle’de icâre akdinde kira ile tutan kimse müstecir olarak ifade edilmiştir.¹⁷⁵ Müstecir iş hukukunda işverene karşılık gelen terimdir. İş akdi sistemi içerisinde düşünürsek işveren, işçinin belirli bir süre veya iş için sarf edeceği emeğini satın alan kimsedir.¹⁷⁶ *Günümüzde ise işveren, bir iş akdine dayanarak işçi çalıştıran, gerçek kişi veya tüzel kişi yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlardır(4857 m.2/1).*¹⁷⁷

İşverenin bir gerçek kişi olabileceği gibi, tüzel kişi de olabileceği Mecelle’den anlaşılmaktadır. Mecelle bir şahıs gibi hareket eden birden fazla kişinin de işveren olabileceğini ifade etmiştir.¹⁷⁸ *4857 sayılı kanundaki işveren tanımında tüzel kişi işverenlerin yanında tüzel kişi olmayan kurum ve kuruluşların da işveren olabileceğine yer verilmiştir.*¹⁷⁹ Mecelle’nin 423. maddesindeki düzenlemenin 4857 sayılı kanundaki düzenleme ile paralel olduğu söylenebilir. Mecelle’nin bahsi geçen maddesinde örnek olarak bir köy halkının işçi istihdam etmesinden bahsedilmektedir. Ali Haydar Efendi birden fazla kişinin bir kişi hükmünde olmasını bir akit olması şeklinde anlamlandırmıştır.¹⁸⁰ Birden fazla kişiden oluşan işveren, işçi ile bir tek akit yapmışsa, tüzel kişi olsun ya da olmasın bir kişi hükmündedir.

Ecir-i müşterek kavramını anlatırken değindiğimiz gibi ecir-i müşterek ile kurulan iş akitlerinde tam olarak bağımlılık ilişkisi bulunmamaktadır. Hatta ecir-i müşterekle anlaşılan kişi için günümüzde işveren ifadesi kullanılmamaktadır. Ancak böyle bir kişi işin görülmesini isteme ve emir ve talimat verme yetkileri bakımından işveren unsurları taşımaktadır. Ecir-i müşterek işi işverenin gözetim ve denetimi altında yapmasa da iş görme borcu altına girmekte, işverenden işin ne şekilde yapılacağına dair talimat alabilmektedir. Nitekim Mecelle m.455’te ecir-i müşterekin

¹⁷⁵ Mecelle m.410.

¹⁷⁶ BARDAKOĞLU, 1986, s.197.

¹⁷⁷ ÇELİK 2009, s.41; UŞAN 2009, s.19, 20.

¹⁷⁸ Mecelle m.423.

¹⁷⁹ ÇELİK 2009, s.41.

¹⁸⁰ ALİ HAYDAR, c.1, s.426.

ne yapacağının ve nasıl yapacağının belirlenmesi gerektiğinden bahsetmektedir. *Günümüz hukukunda da işveren kavramı işçi kavramından çıkmaktadır. Başkasını işçi olarak çalıştıran kişiyi işveren olarak nitelemek mümkündür. İşçinin yaptığı işin, işverenin gerçek veya tüzel kişi olmasının işveren niteliğine bir etkisi bulunmamaktadır.*¹⁸¹ İş akdi ve işçi kavramları için daha önce ifade ettiğimiz gibi işveren kavramı da günümüzdeki anlamından daha geniş kapsamlıdır.

b) Alt İşveren

Alt işveren kavramı İş Kanunumuzda “Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren” şeklinde tanımlanmıştır(4857 m.2).

*Alt işveren ilişkisi kurulmasının şartları, asıl işveren ve bu işverene ait bir işyerinin bulunması, alt işverenin asıl işverene ait bir işi üstlenmesi ve alt işverenin işçilerini sadece asıl işverene ait işyerinde çalıştırması olarak sayılabilir.*¹⁸²

Mecelle Hukukunda aldığı işi başkasına yaptıran ecir-i müşterek ile işi ifa eden kişi arasındaki ilişki de bir alt işveren ilişkisi olarak düşünülebilir. Bu durumda alt işveren konumundaki ecir-i müşterek işverene karşı sorumlu olmaya devam edecektir. *Türk Hukukunda alt işveren ilişkisinin varlığına ilişkin 1960’lı yıllara ait Yargıtay kararları bulunmaktadır. Daha önceki hukukumuzda ödünç iş ilişkisine ilişkin bir kural olmadığı iddia edilmiştir.*¹⁸³ Osmanlı uygulamasında da alt işveren ilişkilerinin kurulduğuna ilişkin kayıtlar bulunmaktadır. Örneğin 1873 yılında Haydarpaşa-İzmit demiryolu hattında çalışan işçilerin alt işveren sözleşmesi ile çalıştırıldıklarından bahsedilmektedir.¹⁸⁴

¹⁸¹ TUNÇOMAĞ 1988, s.64; Günümüz hukukunda verilen işveren tanımını Eski hukukumuz için yorumladığımızda daha geniş bir işveren tanımı ile karşılaşırız. Çünkü tanımda işçi kavramından hareket edilmektedir. İşçi kavramı da günümüzden daha geniş bir anlama sahip olduğundan işveren kavramı da bunun tabi bir sonucu olarak daha geniş bir anlama sahip olmaktadır.

¹⁸² GÜZEL, Ali, “İş Yasasına Göre Alt İşveren Kavramı ve Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Sınırları”, Çalışma ve Toplum, 2004/1, s.39 vd.

¹⁸³ AKYİĞİT 1995, s.21.

¹⁸⁴ KARAKIŞLA 2007, s.29.

Mecelle'nin 84. maddesi bedelin verilmesini kişinin üzerine alarak vaatte bulunabileceğini düzenlemiştir. Asıl işveren alt işveren ilişkisi açısından da bu hüküm uygulama alanı bulabilir. Bu yolla işçinin ücretinden asıl işveren ve alt işverenin birlikte sorumlu olabilmeleri mümkündür. Çünkü alt işveren ilişkisinde işçiye diğer işverenin emri altında çalışması karşılığında, ücretini o vermezse ben vereceğim denilebilir. *Türk İş Hukukunda asıl işverenin alt işverenle birlikte sorumlu tutularak işçiye teminat sağlanması 3008, 931 ve 1475 sayılı İş Kanunlarında yer bulmuştur.*¹⁸⁵ *Bu kanunlar alt işveren tanımı yapmak yerine birlikte sorumluluk ilkesini öne çıkarmışlardır. 4857 sayılı İş Kanunu ise 2. maddesinde alt işveren tanımına yer vermiştir.*¹⁸⁶

B) İrade Beyanları

*Hür irade bütün borç türlerinin kaynağını teşkil etmektedir. Taraflar ancak iradeleri ile borç altına girebilirler.*¹⁸⁷ *Ancak irade hukuki sonuçların doğması için tek başına yeterli değildir, tarafların sahip oldukları iradeleri açıklamaları da gereklidir.*¹⁸⁸ *Akdin temel kurucu unsurları irade beyanlarıdır. İrade beyanı yoksa akitten de söz edilemez.*¹⁸⁹ Mecelle'de iş akdinin satım akdi gibi icap ve kabul ile kurulacağı düzenlenmiştir.¹⁹⁰ Ayrıca bütün akitler için geçerli olabilecek ortak hükümler ihtiva eden satım akdi kitabı içerisinde icap ve kabul iradelerinin açıklanması ile akdin kurulacağına yer verilmiştir.¹⁹¹

¹⁸⁵ ESENER 1978, s.79.

¹⁸⁶ İNCİROĞLU, Lütfi, "Çalışma Hayatında Asıl İşveren-Alt İşveren(Taşeron) Uygulaması-I", <http://www.lutfiinciroglu.com/content/view/11/19/>, Erişim Tarihi: 09.06.2011.

¹⁸⁷ ÖZDİREK 2010, s.35.

¹⁸⁸ İrade psikolojik bir olay olduğundan doğrudan doğruya anlaşılması mümkün değildir. Kişinin sahip olduğu iradeyi başkasına bildirmek için yapılan hareketin sonucu irade beyanıdır. TUNÇOMAĞ 1968, s.72 vd.

¹⁸⁹ AYAN 2007, s.118; TUNÇOMAĞ 1968, s.72.

¹⁹⁰ Mecelle m.433.

¹⁹¹ Mecelle m.104.

3. Tarafların Rızası

a) Genel Olarak

İrade beyanı bir hukuki işlemin yapılmasına ilişkin iç iradenin çeşitli yollarla dışarıya yansıtılmasıdır. İslam Hukuku kaynaklarında “rıza” olarak ifade edilen birinci aşama modern hukukta “iç irade”, ikinci aşama olan beyan aşaması ise “dış irade” şeklinde ifade edilmektedir.¹⁹² Hanefi hukukçular beyanı kuruluş şartı, rızayı sıhhat şartı olarak değerlendirmiş ve birbirlerinden ayrı ele almışlardır. Diğer hukuk ekolleri ise böyle bir ayrıma gitmemişlerdir.¹⁹³

İslam Hukukunda rızanın önemi Kuran’dan bir hükümle belirtilmiştir. Ayette birbirinizin mallarını batıl yollarla yemeyin, alışveriş karşılıklı rıza ile olmalıdır denilmektedir.¹⁹⁴ İslam hukukçuları da karşılıklı rızanın akdin temel unsuru, rüknü olduğunda ittifak etmişlerdir.¹⁹⁵ Mecelle’de tarafların anlaşmasının iş akdinin sıhhat şartlarından olduğu belirtilmiştir.¹⁹⁶ Bir diğer ifadeyle kurulan iş akdinin hukuk düzeninde geçerli hukuki sonuçlar doğurabilmesi için tarafların rızasının bulunması gereklidir. Tarafların rızası icap ve kabul ile ortaya çıkacaktır. İcap ve kabulden asıl anlaşılması gereken tarafların rızasıdır.¹⁹⁷ *Önceki Borçlar Kanununda rıza ifadesi kullanılmışken(818 m.1), 6098 sayılı kanunda irade ifadesine yer verilmiştir(6098 m.1).*

Tarafların rızasının ortaya konabilmesi için de irade beyanına ihtiyaç duyulmuştur. İrade beyanı sözlü veya fiili olarak ortaya konulabilir. Akdin kurulması için irade beyanları yeterli olmayıp bu beyanların geçerli olarak ortaya konulması gerekmektedir.¹⁹⁸ *Modern hukuk irade beyanlarını vasıtalı ve vasıtasız irade*

¹⁹² APAYDIN, Yunus, “İrade Beyanı”, DİA, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul, 2006, c.22, s.586.

¹⁹³ MEYDAN, Ahmet, İslam Hukukunda Muvazaa Kavramı, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2006, s.6.

¹⁹⁴ Nisa(4) 29.

¹⁹⁵ KARAMAN 2009, c.2, s.110.

¹⁹⁶ “İcarenin sıhhatinde akideynin rızası şarttır.” Mecelle m.448; HALEBÎ, Mültekâ, c.3, s.388; ÖZTÜRK 1986, s.32.

¹⁹⁷ Mecelle m.175.

¹⁹⁸ FETÂVÂ-Yİ HİNDİYYE, c.9, s.413; SINAV 1990, s.26.

*beyanları olarak ikiye ayırmış, ayrıca sarîh veya zımnî irade beyanı şeklinde bir başka ayırma yer vermiştir.*¹⁹⁹

Fıkıhta üzerinde en çok durulan irade bozukluğu hallerinden biri olan ikrah Mecelle’de de ayrı bir bölümde düzenlenmiştir. İcare akdine ilişkin olarak da irade bozukluğu hallerinden sadece ikraha değinilmiştir. Diğer irade bozukluğu hallerine ise yer verilmemiştir.²⁰⁰

İslam hukukçuları zorlanan iradenin geçerli bir irade olup olmadığı hususunda anlaşmazlığa düşmüşlerdir. İradenin zorlanmasına ilişkin haklı bir sebep bulunmaması durumunda iradenin geçerli olup olmayacağı konusunda İslam hukuk ekolleri arasında bir görüş birliği oluşmamıştır. Hanefî hukukçuların çoğunluğu böyle bir akdin fasit olarak kurulacağını ileri sürmüşlerdir.²⁰¹ Hanefîlere göre akdin rükünleri olan icap ve kabul gerçekleştiğine göre akit de gerçekleşmiş olacaktır. Zorlamanın ortadan kalkmasından sonra zorlanan kişi akde icazet verebilir demişlerdir. Maliki hukukçular da akdin sahih fakat fasit olarak kurulacağı görüşündedirler. Şafiilere göre ise böyle bir akit sahih değildir.²⁰² *Borçlar Kanunumuzun 37. ve 38. maddelerinde korkutmaya ilişkin hükümler düzenlenmiştir. Korkutma sonucu akit yapan kişinin akitle bağlı olmayacağı düzenlenmiştir(6098 m.37, 38). Mecelle zorlama ile kurulan akdin zorlamanın derecesine bakılmaksızın geçersiz olacağını ifade etmiş, ancak zorlama ortadan kalktıktan sonra onay verilmesi durumunda akdin geçerli hale geleceğini belirtmiştir.*²⁰³ *Günümüzde korkutmanın etkisi ortadan kalktığı andan itibaren bir yıl içerisinde bağlı olmadığını bildirmeyen kişinin akdi onamış sayılacağı hüküm altına alınmıştır(6098 m.39). Rızayı göz ardı*

¹⁹⁹ Bir irade beyanı muhatabına doğrudan ulaşıyorsa vasıtasız, aracı yoluyla ulaşıyorsa vasıtalı irade beyanı söz konusudur. İrade beyanı yoruma ihtiyaç bırakmıyorsa açık irade beyanı, pasif bir durum, söz veya hareket ifade eden beyanlar ise zımnî irade beyanı olarak ifade edilmişlerdir. TUNÇOMAĞ 1968, s.76.

²⁰⁰ İkrah Mecelle’nin dokuzuncu kitabının ikinci babında düzenlenmiştir. ANSAY 1954, s.56.

²⁰¹ Hanefî hukukçularından Züfer zorlanan irade ile kurulan akdin sahih olarak kurulacağını, fasit olmayacağını ileri sürmüştür. Zorlanan kişinin onaylaması ile akdin fasitliğinin ortadan kalkmayacağını buna gerekçe göstermiştir. Mecelle’de tercihe edilen görüş İmam Züfer’in görüşüdür. Çünkü mükrehin onay vermesi ile akdin geçerli hale geleceği düzenlenmiştir. Fasit bir akit ise onayla geçerli hale gelemeyecektir. KARAMAN 1987, s.19.

²⁰² Zorlanan irade ile yapılan akdin sahih olmayacağına Kuran “Nisa(4) 29” ve sünnetten “Gönül rızası olmadan Müslüman’ın malını yemek asla helal olmaz.” deliller getirilmiştir. ŞERİF 1986, s.63 vd.

²⁰³ Mecelle m.1006.

eden İslam Hukukçularının rızaya önem veren İslam Hukukçuları tarafından ağır şekilde eleştirildiği görülmektedir. Rızayı göz ardı ettiği söylenen hukukçular da tarafların zımni rızasının bulunduğu şeklinde görüşlerini savunmuşlardır. Buradan İslam Hukukunda rızanın temel kaidelerden olduğu anlaşılmaktadır.²⁰⁴

İş hukukunun işçiyi koruma özelliği sebebiyle akit yapma zorunluluğu ya da yasağı getirerek tarafların rızasına kısıtlama getirilen durumlara akit serbestisi başlığı altında değinilecektir.

b) İcap ve Kabul

*Akdin kurulabilmesi için gerekli irade beyanları yapıldıkları zamandan hareketle icap ve kabul adını almışlardır. Zaman itibari ile önce yapılan teklife icap, ikinci olarak yapılan teklife ise kabul denilmektedir.*²⁰⁵ İcap ve kabul tanımlarına Mecelle satım akdine ilişkin birinci kitabı içerisinde yer vermiştir. Buna göre icap, tasarrufun oluşması için başlangıçta söylenilen söz olarak ifade edilmiştir. Kabul ise ikinci olarak söylenen ve akdi tamamlayan söz olarak ifade edilmiştir.²⁰⁶ İcap ve kabul akdin kuruluş şartlarındandır. Akdin kuruluşu için sadece tarafların rızası yeterli değildir. İcap ve kabulün de geçerli olarak ifade edilmesi gereklidir.²⁰⁷ İcap ve kabul iradelerinin farklı kişiler tarafından ifade edilmiş olması lazımdır. Bir kişinin her iki taraf adına hareket ederek iş akdi yapması mümkün değildir.²⁰⁸ *Borçlar Kanunu irade beyanının açık veya örtülü olarak ifade edilmesini mümkün kalmıştır (818 m.1; 6098 m.1).*

Mecelle iş akdinin satım akdi gibi icap ve kabul ile kurulacağını ifade etmiştir.²⁰⁹ Kabulün icaba uygun olması ve akit meclisinin birliği şarttır.²¹⁰ Akit

²⁰⁴ ÖZDİREK 2010, s.46, 47; ANSAY 1954, s.55.

²⁰⁵ TUNÇOMAĞ 1968, s.119 vd; CİN-AKGÜNDÜZ 1996, c.2, s.190; AYAN 2007, s.119 vd; 6098 sayılı kanun “icap” kelimesi yerine “öneri” kelimesine yer vermiştir(m.3).

²⁰⁶ Mecelle m.101 ve m.102.

²⁰⁷ SINAV 1990, s.26.

²⁰⁸ Babanın çocuğu ile yapacağı iş akdinde hem icap hem kabul iradesini açıklayarak iki taraf adına hareket edebileceği yukarıdaki hükmün istisnasıdır. Vasinin de buna yetkisi vardır. İmameyn bu şekilde yapılan akde cevaz vermiştir. ALİ HAYDAR, c.1, s.439.

²⁰⁹ Mecelle m.433.

meclisinin birliği için taraflardan birinin icaptan sonra akitten vazgeçmemiş olması ve icap yerini terk etmemiş olması gereklidir. Akit meclisinin birliğini bozan bu iki davranıştan sonra ortaya konan irade yeni bir icap sayılır.²¹¹ İcap yapanın bununla bağlı olması akit meclisinin birliği süresince devam eder. *Türk Hukukunda hazırlar arası icap meclis birliğinde olduğu gibi konuşmanın sonuna kadar bağlayıcıdır. Kanun öneri hemen kabul edilmezse, öneren, önerisiyle bağlılıktan kurtulur demiştir(6098 m.4). Hazır olmayanlar arasında ise icap yapıldıktan sonra icabı yapan belirli bir süre bununla bağlı kalacaktır, sonsuza kadar bağlı olması söz konusu değildir. İcap yapan bağlı olma süresini açık olarak belirtebilir. Belirtmediği takdirde Türk hukukunda öğrenme nazariyesi kabul edilmiştir. Diğer taraf öğrenmeden önce icaptan dönölmesi durumunda bu geçerlidir, icap yapılmamış sayılır(6098 m.10).*²¹²

Mecelle mektup gibi ulaşması gereken icaplarda, kabul iradesinin icabın tebliğ edildiği mecliste yapılmasını şart koşmuştur. Daha sonra yapılan kabul yeni bir icap olarak kabul edilebilir. Meclisin değişmesi ile icap batıl olacağından yeni bir icaba ihtiyaç vardır.²¹³ *Modern hukukta meclis birliğine ilişkin bir şart bulunmamakla birlikte, icapla bağlı olma süresi “zamanında ve usulüne uygun olarak gönderilmiş bir yanıtın ulaşmasının beklenebileceği ana kadardır”(6098 m.5). Somut olaya göre icabın varması için geçen süre, düşünme süresi ve kabul haberinin icapçıya ulaşması için geçen süre icapla bağlı olma süresinin belirlenmesinde dikkate alınır.*²¹⁴ Mecelle’nin hazırlar arası olmayan icaplara ilişkin hükmünün günümüz düzenlemelerine göre daha net olduğu söylenebilir. Hazır olmayanlar arası icaplarda

²¹⁰ Mecelle m.445; Meclis birliği hakikaten ve hükmen olmak üzere iki yolla mümkündür. Hakikaten olması fiili olarak tarafların aynı mecliste görüşme yapmalarıdır. Hükmen olması ise mektup, telefon gibi farklı yollarla meclis birliğinin oluşmasıdır. ALİ HAYDAR, c.1, s.457.

²¹¹ KARAMAN 2009, c.2, s.82 vd.

²¹² TUNÇOMAĞ 1968, s.124 vd.

²¹³ BİLMEN 1970, c.6, s.164; İcabın icap yapan kişiyi bağlaması muhatabın korunması bakımından gereklidir ve icabın en önemli sonucudur. Modern hukukların kabul ettiği bu esas Roma Hukukunda ve diğer eski hukuklarda kabul görmemiştir. İngiliz, Fransız, İtalyan hukuk sistemleri icabı yapanı; Alman, İsviçre ve Türk hukuk sistemleri ise muhatabı korumuşlardır. TUNÇOMAĞ 1968, s.123.

²¹⁴ KILIÇOĞLU 2008, s.46.

da meclis birliği dikkate alındığından modern hukuka göre hazırlar arası olmayan icaplar için daha kesin bir bağlayıcılık sınırı çizildiğini söylemek mümkündür.

Kabule ilişkin olarak Mecelle'nin ifade ettiği şartlar bulunmaktadır. Yukarıda ifade edilen meclis birliğinin bulunması ve kabulün icaba uygun olması şartları vardır. Kabulün icaba uygunluğu için kabul eden tarafın icap edilen konu, süre, ücret hususlarında değişiklik yapmak, menfaati değiştirmek, bölmek yetkileri bulunmamaktadır.²¹⁵ *Modern hukukta da akdin kurulması için icap ve kabulün bulunması yeterli görülmemiş birbirine uygun olması aranmıştır.*²¹⁶

c) Sıyga

Mecelle, iş akdinin de satım akdi gibi mazi(geçmiş zaman) sıygası ile kurulabileceğini, müstakbel(gelecek zaman) sıygası ile kurulamayacağını belirtmiştir.²¹⁷ Mazi sıygası kesin karar aşamasına gelmiş olan iradeyi en açık ortaya koyan sıygadır. Muzari(şimdiki zaman ve geniş zaman), sıygası kullanıldığında ise akdin kurulduğunu anlamak için ifadenin yanında başka karinelerin de bulunması gereklidir. Tarafların niyetine bakarak gerçek iradeleri bulunmaya çalışılır.²¹⁸ Mecelle, muzari sıygası ile şimdiki zaman kastedildiğinde akdin kurulacağını, gelecek zaman kastedildiğinde ise akdin kurulamayacağını düzenlemiştir.²¹⁹ Türkçede şimdiki zaman ve gelecek zaman çekimleri kipleri Arapçadaki gibi tek olmadığından, şimdiki zaman kipi ile gelecek zaman kastedilmez. Bu sebeple şimdiki zaman kipi kesin bir irade beyanı ortaya koyar.²²⁰

İcap ve kabul ifadelerinin örf ve âdete göre akdin kurulması için yerleşmiş olan ifadeler olduğu belirtilmiştir.²²¹ Akitlerde tarafların sözlerinin değil amaçlarının dikkate alınacağını dile getiren Mecelle'nin 3.maddesi doğrultusunda

²¹⁵ ALİ HAYDAR, c.1, s.457.

²¹⁶ TUNÇOMAĞ 1968, s.128 vd.

²¹⁷ Mecelle m.435; FETÂVÂ-Yİ HİNDİYYE, c.9, s.357; Bey akdinin mazi sıygası ile kurulacağına ilişkin Mecelle hükmü 169. maddede düzenlenmiştir; Mecelle'de yer verilmemiş olmakla birlikte kaynaklarda gelecek zamana delalet eden emir ve soru ifade eden irade beyanları ile de akit kurulamayacağı ifade edilmiştir. CİN-AKGÜNDÜZ 1996, c.2, s.191.

²¹⁸ KARAMAN 2009, c.2, s.64.

²¹⁹ Mecelle m.170.

²²⁰ KARAMAN 2009, c.2, s.67.

²²¹ Mecelle m.168.

değerlendirirsek, halkın akitler sırasında kullanmayı adet edindiği ifadelerle de akdin kurulacağı söylenebilir.²²² İcarenin de bu tür adet haline gelmiş sözlerle kurulabileceğine Mecelle’de yer verilmiştir.²²³ Buna göre ariyet, hibe, temlik ve bazı hukukçulara göre satım akdi kurulmasına yönelik ifadelerle de icare akdi kurulması mümkündür.²²⁴

Akdin hangi ifadelerle kurulabileceğini İslam hukukçuları tartışmışlardır. Bu konuda temel kıstas ifadelerin kesin ve net olmasıdır.²²⁵ Mecelle’nin düzenlemelerinden de mazi sıygası ile akdin kurulmasının istenmesinde maksadın kesin ifade olduğu anlaşılmaktadır. Çünkü m.170’te muzari sıygasıyla, m.172’de emir sıygası ile akdin kurulabileceği şartlar düzenlenmiştir. Bu maddelerdeki amacın irade beyanlarının kesinliği olduğu anlaşılmaktadır. Bilmen, mazi sıygası dışında bir sıyga ile yapılan teklifi icaba davet olarak nitelemiştir.²²⁶ Emir, soru ve gelecek zaman sıygaları ise gelecek zamana işaret eden sıygalarlardır. Hanefiler bu sıygalarla akdin kurulamayacağı görüşündedirler.²²⁷

İmam Nevevi, İslam Hukukunda akitlerin gerçekleşmesi için kelime ve kalıplara bağlanma zorunluluğunun olmadığını, diğer hususlarda olduğu gibi örfe başvurmak gerektiğini ifade etmiştir.²²⁸ İbni Teymiyye de benzer şekilde akdin kurulması için kelimelerin sınırlandırılmadığını aksine kayıtsız bırakıldığını ifade etmiş ve farklı dillerde ve Arapçada rızayı gösteren kelimelerle akdin kurulabileceğini ifade etmiştir.²²⁹

²²² Satıcının sattım, verdim, sundum, senindir gibi ifadeleri ile alıcının aldım, kabul ettim, razı oldum gibi ifadeleri satım akdi için yeterli görülmüştür. KARAMAN 2009, c.2, s.64.

²²³ İcar ettim, isticar ettim, kiraya verdim, kabul ettim ve benzeri ifadeler akdin kurulması için yeterlidir. Mecelle m.434. Bey akdine ilişkin Mecelle’nin 168. maddesi de akit için belirli sözlerin kullanılmasının gerekli olmadığını düzenlemiştir.

²²⁴ Satış lafzı ile akitlerde süre belirtilmişse akit geçerlidir. Süre belirtilmemişse akit geçerli değildir. FETÂVÂ-Yİ HİNDİYYE, c.9, s.358, 359; ALİ HAYDAR, c.1, s.440.

²²⁵ BARDAKOĞLU 1982, s.171.

²²⁶ BİLMEN 1970, c.6, s.164.

²²⁷ FETÂVÂ-Yİ HİNDİYYE, c.9, s.357.

²²⁸ NEVEVİ, Kifayetü’l Ahyar, c.1, s.147, Akt: ŞERİF 1986, s.85.

²²⁹ İBNİ TEYMİYYE, Fetavai İbni Teymiyye, c.20, s.533, Akt: ŞERİF 1986, s.85, 86.

4. Şekil

İslam Borçlar Hukukunda akitler için şekil serbestisi öngörülmüştür. Bütün akitler için yazılı bir şekil şartı aranmamıştır.²³⁰ Akitlerin yorumunda dürüstlük ve iyiniyet kaideleri getirilmiş, tarafların kasıtlarına ve örf ve âdete önem verilmiştir. Mecelle'nin 3. maddesinde bu anlayış yansıtılmış ve akitlerde şekle ve sözlere değil, maksat ve manaya itibar edileceği düzenlenmiştir.²³¹ Kuran'da vadeye bağlanmış borç ilişkilerinin senetle kurulması gerektiği ifade edilmiş; ancak hukukçular bu ifadeyi emir olarak yorumlamamıştır.²³² Akitler için şekil bir zorunluluk olmamakla birlikte İslam hukukçuları iş akdinin yazılı olarak yapılmasını faydalı olarak görmüşlerdir. Tarafların akdi yazılı olarak yapmalarında bir yasak veya sınır öngörülmemiştir. Tarafların iş akdinin altına attıkları imzalar icap ve kabule karşılık gelmektedir.²³³ Senette imza yerine mühür kullanılması da mümkündür.²³⁴ *Modern Borçlar Hukukunda da şekil serbestisi esastır. Kanunda aksi öngörülmedikçe, sözleşmelerin geçerliliğinin hiçbir şekle bağlı olmadığı hüküm altına alınmıştır(6098 m.12). Hizmet sözleşmesine ilişkin olarak da aynı hüküm tekrarlanmış ve kanunda aksine bir hüküm bulunmadığında sözleşmelerin özel bir şekle tabi olmadığı düzenlenmiştir(6098 m.394).*²³⁵ *Borçlar Kanunu irade açıklamasının açık veya örtülü olabileceğini ifade etmiştir(6098 m.1). İş Kanununda şekil serbestisinin istisnası hükümler yer almaktadır. İş akdi de kanunda aksi belirtilmedikçe özel bir şekle tabi değildir. Süresi bir yıl ve daha fazla olan akitler için yazılı şekil şartı öngörülmüştür(4857 m.8). Süresi ne olursa olsun takım sözleşmesinin(4857 m.16) ve çağrı üzerine çalışma sözleşmesinin(4857 m.14) de yazılı yapılması hüküm altına alınmıştır. Yazılı sözleşme yapılmayan hallerde işverenin işçiye bir belge vermesi gerektiği(4857 m.8) düzenlenmiştir. Günümüzde bazı iş akdi türleri için yazılı yapılma şartı getirilmiş olmakla birlikte yazılı şeklin bir ispat koşulu olduğu öğretide*

²³⁰ ANSAY 1954, s.115.

²³¹ SEVİĞ, Vasfi Raşit, "Borçlar Hukuku ve İktisat", AÜHF Dergisi, c.7, S.3-4, 1950, s.243.

²³² Bakara(2) 282; ANSAY 1954, s.54.

²³³ ŞERİF 1986, s.68.

²³⁴ Mecelle m.1609 vd., ANSAY 1954, s.54.

²³⁵ REİSOĞLU, Seza, Hizmet Akdi, Sevinç Matbaası, Ankara, 1968, s.141, 142.

*kabul görmüştür; ancak bunu bir geçerlilik şartı olarak kabul edenler de vardır. Yargıtay da yazılı şeklin ispat koşulu olduğu görüşündedir.*²³⁶ Yazılı şekil şartı zamanın gerektirdiği bir şarttır ve bu yönüyle İslam Hukukuyla bir fark oluşturmamaktadır. *Şekil eksikliği modern hukukta akdin batıl olması sonucunu doğurmaktadır*(818 m.20; 6098 m.27).

Mecelle, iş akdinin yüz yüze görüşme ile kurulabileceği gibi, yazışma ile veya dilsizin işareti ile de kurulabileceğine yer vermiştir.²³⁷ Dilsizin anlaşılır işareti veya yazısı ile yapacağı akit, İslam hukukçularının ittifakla sahih gördükleri bir hükümdür.²³⁸ İş akdinin teati veya trampa yoluyla da kurulabileceği düzenlenmiştir.²³⁹ Burada bahsedilen akdin fiilen kurulmasıdır. Akdin açık irade beyanları yanında bazen delalet yoluyla kurulabileceği görüşü İslam Hukukunda kabul edilmektedir.²⁴⁰ Fiilen kurulan akitlerde ücret belirlenmiş ise belirlenen ücret, belirlenmemiş ise ecr-i misil ücret olarak ödenir. *Modern hukuk anlayışı da Mecelle'nin bu konudaki düzenlemeleri ile paraleldir. Sahiplenme ve ifa fiilleri ile akit kurulması mümkündür. İş akdi bulunmasa veya batıl olsa bile iş ifa edilmişse akdin geçmişe etkili olarak geçersiz kılınması güçlükler ortaya çıkardığından iş ilişkisi dikkate alınmıştır. Fiili sözleşme ilişkisi olarak ifade edilen kavram uyarınca bazı hukukçular sözleşme ilişkisinin işçinin işletmeye girmesinden ve orada çalışmasından doğacağını ileri sürmüşlerdir.*²⁴¹ Fiili sözleşme ilişkisi kavramı ile “iş akdine dayanarak çalışma” kıstasından İslam Hukukunun benimsediği “ücret karşılığı çalışma” kıstasına doğru bir yakınlaşma söz konusudur.

²³⁶ ÇELİK 2009, s.126; Uzun süreli akitlerde işçiyi düşünmeye sevk etmek ve acele karar vermesini önlemek amacıyla şekil şartı getirildiği dile getirilmiştir. Şekil şartını geçerlilik şartı olarak ileri sürmek akdin sonuçlarını ortadan kaldırarak tarafların zarar görmesine sebep olabilecektir. Bunu bertaraf etmek için doktrinde tahvil nazariyesine başvurulmaktadır. Akit şartlarını taşıdığı benzer başka bir akde dönüştürülmektedir. ESENER 1978, s.150 vd.

²³⁷ Mecelle m.436.

²³⁸ Haneî hukukçular normal insanların işaretle irade beyanında bulunmalarını geçerli kabul etmemiştir. Malikilere göre ise böyle bir beyan geçerlidir. CİN-AKGÜNDÜZ 1996, c.2, s.191, 192.

²³⁹ Mecelle m.437; Satım akdine ilişkin benzer düzenleme için bkz. Mecelle m.175.

²⁴⁰ FETÂVÂ-Yİ HİNDİYYE, c.9, s.359, 360.

²⁴¹ TUNÇOMAĞ 1968, s.128.

Mecelle iş akdinde susmanın rıza ve kabul anlamına geleceğini hüküm altına almıştır.²⁴² Ancak maddede verilen örneklerde susmanın fiilen onaylandığı görülmektedir. Örneklerde rıza ve kabul anlamına gelen hareket aslında fiili onaydır. Külli Kaideler içinde ise “Sakite bir söz isnat olunmaz”²⁴³ denilmek suretiyle susmanın hüküm ifade etmeyeceği düzenlenmiştir, hükmün devamında “Lakin ma’rızı hacette sükût beyandır” denilerek susmanın beyan olarak kabul edileceği hallerin de söz konusu olduğu ifade edilmiştir.²⁴⁴ *Modern hukukta da cevap verme yükümlülüğü bulunmayan durumlarda kişinin susması kabul anlamına gelmez, susma kural olarak ret anlamındadır. Ancak kanunlarımızda susmanın kabul anlamına gelebileceği istisnai haller de düzenlenmiştir.*²⁴⁵ *Borçlar Kanunu 6.maddesinde örtülü kabulü düzenlemiştir. Buna göre öneren kanun veya işin özelliği ya da durumun gereği açık bir kabulü beklemek zorunda değilse, öneri uygun bir sürede reddedilmediği takdirde, akit kurulmuş sayılır(6098 m.6). İş hukukunda da işverenin akitte, iş akdinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği vb kaynaklarda, işyeri uygulaması ile oluşan çalışma koşullarında esaslı değişiklikler yapması halinde işçinin susmasını ret olarak kabul etmiştir. Değişikliklerin bağlayıcı olması işçinin altı iş günü içinde kabul etmesi şartına bağlanmıştır(4857 m.22).*

Tarafların konuşmadan fiili olarak bir işi yapmaları durumunda akdin sahih olup olmayacağı da İslam hukukçuları tarafından tartışılmıştır. Maliki ve Hanbelî hukukçuları ile bir kısım Şafii ve Hanefi hukukçu böyle bir akdin sahih olacağını ifade etmişlerdir. Şafii hukukçuların çoğunluğu akdin sahih olmayacağı görüşündedir. Hanefiler de akdin uzun süreli olması durumunda sahih olmayacağını söylemişlerdir. Şerif’in tercih ettiği görüş örfe bakılarak karar verilmesidir.²⁴⁶ *Böyle bir durumda akit sahih olmasa da geleceğe etkili olarak geçersiz kabul edilmesi işçinin ücret hakkını alması bakımından önemlidir. Şekle ilişkin hükümlerin*

²⁴² Mecelle m.438.

²⁴³ Mecelle m.67.

²⁴⁴ Yargıtay’ın Mecelle’nin hükmü ile aynı görüşü yansıtan bir İçtihadı Birleştirme Kararı da bulunmaktadır. Kararda iyiniyet kuralının bir sonucu olarak susmanın bazen bir irade beyanı yerine geçmesinin zorunlu olduğu ifade edilmiştir. TUNÇOMAĞ 1968, s.129, d.30.

²⁴⁵ KILIÇOĞLU, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Yayınları, 2008, s.29.

²⁴⁶ ŞERİF 1986, s.82; FETÂVÂ-Yİ HİNDİYYE, c.9, s.413.

yorumunda işçiyi koruma ilkesinin dikkate alınmasını ve sırf şekle aykırılıktan dolayı akdin hükümsüz sayılmasını eksik bulan görüşler bulunmaktadır.²⁴⁷

C) Akdin Konusu

İslam Hukukunda akdin konusunu ifade etmek için “akdin mahalli” veya “ma’kudunaleyh” terimleri kullanılmıştır.²⁴⁸ Mecelle akdin konusunu ifade etmek için ma’kudunaleyh terimini tercih etmiştir.

Hukukçular arasında icare akdinin ayn üzerine kurulduğunu söyleyenler²⁴⁹ de olmakla birlikte menfaat üzerine kurulduğunu ifade edenler çoğunluktadır. Bilmen de icare akdinin konusunun menfaat olduğunu ifade etmiştir.²⁵⁰ İbni Teymiyye ve öğrencisi İbni Kayyım ise icare akdinin konusunun sonradan ortaya çıkan veya yenilenen eşya ve menfaatler olduğunu ifade etmişlerdir. Kuyu suyu, sütananın sütü, insan emeği gibi eşya ve menfaatler aslı yerinde kalmak suretiyle sürekli yenilenmektedir. Bu iki hukukçu, sonradan ortaya çıkan değerleri iş akdinin konusu olmaya menfaatlerden daha uygun bulmuşlardır.²⁵¹ İnsanın ve insan dışındaki hayvan ve eşyanın sağladıkları menfaatler de icare akdinin kapsamına girmekle birlikte²⁵² icare-i âdemi akdine konu olan menfaat insan unsurundan sağlanan menfaatlerdir. Mecelle’ye göre icare akdinin konusu menfaattir.²⁵³ İş akdinde bu menfaatin işçinin belli bir işi görmesi veya belirli bir süre çalışması şeklinde ortaya çıktığına icare-i âdemi bahsinde değinmiştik.²⁵⁴

İcare-i âdemi iki şekilde kurulmaktadır: süre belirtilerek veya iş belirtilerek.²⁵⁵ *Günümüzde ise kanun hükümleriyle getirilen sınırlamalar saklı kalmak koşuluyla*

²⁴⁷ AKYİĞİT, Ercan, Teori ve Uygulama Bakımından Hizmet Akdinin Kesin Hükümsüzlüğü ve İptal Edilebilirliği, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1990, s.19.

²⁴⁸ CİN-AKGÜNDÜZ 1996, c.2, s.198.

²⁴⁹ Bazı Şafii hukukçular icarenin konusunun ayn olduğu görüşündedirler. ŞERİF 1986, s.39.

²⁵⁰ BİLMEN 1970, c.6, s.160; İş akdinin konusunun ne olduğu Roma Hukukunda da tartışılan bir konu olmuştur. Farklı dönemlerde iş akdinin konusunun res(şey) veya factum(fil, olgu) olduğu ileri sürülmüştür. KARADENİZ 1976, s.45 vd.

²⁵¹ ŞERİF 1986, s.39, 40.

²⁵² ŞERİF 1986, s.16.

²⁵³ Mecelle m.420.

²⁵⁴ Bkz. Birinci Bölüm/VI/B.

²⁵⁵ Mecelle m.562.

tarafklar ihtiyaçlarına uygun olarak iş akdi yapabilirler şeklinde bir düzenleme yer almaktadır(4857 m.9). İşçinin ne kadar süre ile çalışacağı veya hangi işi yapacağı belirlenerek akdin çalışma unsuru belirlenmektedir.²⁵⁶ Mecelle işin ya da sürenin belirlenmesi gerektiğini hayvan kirası üzerinden açıklamıştır.²⁵⁷ Süre belirlenen bazı akitlerde işin mahiyetinin de belirlenmesi gerekebilir. Mecelle icarenin sıhhat şartları bölümünde menfaatin belirlenmesine dair hükümlere yer vermiştir. Yani menfaatin belirlenmesi iş akdi için sıhhat şartlarındandır. İşin veya sürenin veya her ikisinin belirlenmesi²⁵⁸ ile iş akdi geçerlilik kazanacaktır.

İslam hukukçuları iş akdinin konusuna ilişkin olarak birçok alternatifi değerlendirip uygun olup olmadığını tartışmışlardır. Bunu yaparken karşılıklı rızayı sağlamayı, aldanmayı ve aldatmayı, haksız kazancı ve sömürüyü engellemek amacıyla hareket etmişlerdir.²⁵⁹

1. İşe İlişkin Şartlar

a) Hukuken Yasaklanmamış ve Mümkün Olması

Menfaat ulaşılması mümkün bir şey olmalıdır.²⁶⁰ Yani hukuken veya fiilen yapılması mümkün olmayan bir iş üzerine kurulan akit geçerli değildir. Çünkü bahsi geçen Mecelle hükmü sıhhat şartına ilişkindir.

İslam Hukukuna göre yasaklanmış olan bir işin yapılması caiz görülmemiştir. Cinayet, yaralama, zina, fal bakma gibi İslam Hukukunun yasakladığı fiiller üzerine akit bu sebeple caiz değildir.²⁶¹ Başkasına zarar vermek için birinin istihdam edilmesi

²⁵⁶ İBN RÜŞD, el-Hafid, Bidâyetü'l-Müctehid ve Nihâyetü'l-Muktesid, Tercüme: Ahmet Meylani, Düzenleyen: Vecdi Akyüz, Beyan Yayınları, İstanbul, 1991, c.3, s.318; KARAMAN 2009, c.2, s.396.

²⁵⁷ Mecelle m.453.

²⁵⁸ Ebu Hanife işin ve sürenin birlikte belirlendiğı akitleri, akdin hangisi üzerine kurulduğı belli olmadığından caiz görmemiştir. İmameyn ise böyle bir akdin iş üzerine kurulduğı, sürenin tacil amaçlı belirlendiğı teziyle akdi caiz görmüşlerdir. FETÂVÂ-Yİ HİNDİYYE, c.9, s.403; Ebu Hanife iş ve sürenin birlikte belirlenmesinin taraflar arasında çekişmeye sebep olacağını düşünmektedir. İşçi, iş veya süreden çıkarına uygun olanı esas alacak, işveren ise buna karşı çıkabilecektir. SERAHSÎ, Mabsût, c.16, s.63.

²⁵⁹ BARDAKOĞLU 1990, s.65.

²⁶⁰ Mecelle m.457; SERAHSÎ, c.15, s.115; ŞERİF 1986, s.90.

²⁶¹ SERAHSÎ, Mabsût, c.16, s.54 vd; FETÂVÂ-Yİ HİNDİYYE, c.9, s.478 vd.

caiz değildir.²⁶² Şafii, Hanbelî ve bir kısım Malikî ekolü mensubu icare tanımındaki “menfaat” kelimesi yerine “mubah olan menfaat” ifadesini kullanmışlardır. Hukuka uygun bir akdin kurulması için menfaatin mubah olmasını gerekli olduğundan, tanımda bu şekilde bir ifadenin yer almasının uygun olacağını dile getirmişlerdir.²⁶³ *Borçlar Kanununda da akdin konusuna ilişkin olarak benzer bir düzenlemeye yer verilmiştir. Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan akitlerin kesin olarak hükümsüz olduğu düzenlenmiştir(6098 m.27).*

Hanefiler, çocuğun anne babasından birini çalıştırmak üzere iş akdi yapmalarını caiz görmemişlerdir. Ancak buna rağmen çocuğun işinde çalışan anne baba ücrete hak kazanacaktır. Hanbelîler bu durumun mekruh olmakla birlikte caiz olduğunu savunmuşlardır. Şafiiler ise tamamen caiz olduğu görüşündedirler.²⁶⁴ Çocuğun babasına hizmet etmek karşılığında ücret alması ise caiz görülmemiştir. Çünkü anne babaya hizmet etmek dinen onun görevidir. Ancak hizmet dışında bir iş için çocuğun ücret karşılığı çalışması mümkündür.²⁶⁵ *İş Kanunumuz da bir ailenin üyeleri ve üçüncü derece dâhil hısımları arasında dışarıdan başka biri katılmayarak evlerde ve el sanatlarında yapılan işleri ve ev hizmetlerini kapsam dışında bırakmıştır(4857 m.4).*

b) Belirli Olması

Mecelle’de icare akdinde menfaatin çekişmeye yer bırakmayacak şekilde belirli olması gerektiği düzenlenmiştir.²⁶⁶ Menfaatin belirli olması sıhhat şartları içerisinde düzenlenmiştir. Bu sebeple belirli olmayan menfaatler üzerinde yapılan icare akitleri sahih olmayacaktır.²⁶⁷ İcare-i âdemi bakımından Mecelle hükmünün anlamı yapılacak işin taraflar arasında çekişme oluşturmayacak şekilde belirlenmiş olması gerektiğidir. Akdin taraflarının ne üzerinde anlaştıklarını, hangi borçları

²⁶² BİLMEN 1970, c.6, s.170.

²⁶³ ŞERİF 1986, s.18.

²⁶⁴ SERAHSÎ, Mebsût, c.16, s.79; FETÂVÂ-Yİ HİNDİYYE, c.9, s.436; ŞERİF 1986, s.100, 101.

²⁶⁵ SERAHSÎ, Mebsût, c.16, s.79.

²⁶⁶ Mecelle m.451.

²⁶⁷ İBN RÜŞD, Bidâyetü’l-Müctehid, c.3, s.318.

üstlendiklerini bilmeleri ve akdi bu şartları bilerek kabul etmeleri akdin kuruluşunda önemli bir unsurdur.²⁶⁸ Menfaatin süre beyan edilmek suretiyle, isimlendirme suretiyle veya tayin ve işaret yoluyla belirli hale getirilmesi mümkündür.²⁶⁹ Kendisi ile akit yapılacak işçinin de belirlenmesi gerektiği ifade edilmiştir. İşçinin belirlenmesi menfaatin belirlenmesi açısından önemlidir.²⁷⁰ İşin ne olduğu bilinebilir olan durumlarda tarafların ayrıca işi beyan etmemeleri bir eksiklik değildir.²⁷¹ *Modern hukukta işin tam olarak belirlenmesinin yanında, belirli bir iş veya meslek belirtilerek ya da vasıfsız veya genel bir iş unvanı belirtilerek belirlenmesi de mümkündür.*²⁷²

Ecir-i müşterek olan sanat ehli ile iş akdi yapıldığında bağımlılık ilişkisi daha az olduğundan, ihtilafların önlenmesi amacıyla işin belirlenmesi için daha ayrıntılı olarak tarif edilmesi gereklidir. Ne yapılacağı ve nasıl yapılacağı tayin edilerek iş belirli hale getirilebilir. İş akdinin konusu olan menfaat belirlenmiş olur.²⁷³ Ecir-i müşterek ilişkisinde menfaatin belirlenmesinin bazen sürenin bazen de işin belirlenmesi yoluyla olacağı ifade edilmiştir.²⁷⁴ Eşya naklinde götürülecek yerin belirlenmesi ile menfaat belirlenmiş olur.²⁷⁵ *İş kanunumuzda belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkarılması gibi objektif koşullara bağlı olarak yapılan akitleri belirli süreli iş akdi olarak ifade etmiştir(4857 m.11).*

Akit konusunun belirli olmamasının sonucu butlan değildir. Bu akitler fasit olarak kabul edilmiştir çünkü konu belirli hale getirildiğinde akit geçerlilik kazanacaktır.²⁷⁶

²⁶⁸ BİLMEN 1970, c.6, s.168 vd; KARAMAN, Hayreddin, İslâm'da İşçi-İşveren Münasebetleri, İstanbul, 1981, s. 40.

²⁶⁹ İşçinin bir süreliğine istihdam edilmesinde süre beyanı yoluyla, sanat ehline bir eser yaptırmada olduğu gibi isimlendirme yoluyla, bir yükün bir yerden başka bir yere taşınmasında olduğu gibi tayin ve işaret yoluyla menfaatin belirli hale getirilmesi mümkündür. ALİ HAYDAR, c.1, s.414; MERGİNANİ, el-Hidâye, c.3, s.400.

²⁷⁰ ALİ HAYDAR, c.1, s.460.

²⁷¹ Sütana ile akit yapıldığında ne için istihdam edildiği örfen malum olduğundan sadece sürenin belirlenmesi ile menfaat malum olacaktır. BİLMEN 1970, c.6, s.168.

²⁷² EKONOMİ, Münir, İş Hukuku Cilt 1, Ferdi İş Hukuku, İstanbul, 1984, s.116.

²⁷³ Mecelle m.455; BİLMEN 1970, c.6, s.170.

²⁷⁴ ALİ HAYDAR, c.1, s.465.

²⁷⁵ Mecelle m.456.

²⁷⁶ CİN-AKGÜNDÜZ 1996, c.2, s.199.

2. Sürenin Belirli Olması Şartı

Akdin kurulmasında gerek kısa gerekse uzun bir süre kararlaştırılması mümkündür, sürenin uzunluğu değil belirli olması önemlidir.²⁷⁷ Günü kesin tayin edilmeden, ay veya mevsim gibi tam belirli olmayan süre üzerine yapılan akitler sahih değildir.²⁷⁸ Çalışma süresinin belirlenmesinin iş akdinin sıhhat şartlarından olduğu hususunda İslam Hukuk ekolleri arasında bir görüş ayrılığı yoktur.²⁷⁹ *Günümüzde iş akitleri belirli veya belirsiz süreli yapılabilmektedir. Ayrıca tam süreli, kısmi süreli, deneme süreli ve diğer türlerde iş akitleri yapılmasını kanun mümkün kılmıştır*(4857 m.9). Mecelle'nin mezkûr maddelerinde ifade edilen belirlilik “işin ne zaman görüleceğine ilişkin” bir belirliliktir. Yani çalışılacak zamanın tayin edilmesidir. Yoksa iş akdinin süresine ilişkin bir belirlilik değildir. Mecelle m.491 ve m.496 hükümlerinden bu şekilde olduğu anlaşılmaktadır. 491. ve 494. maddelerde geçen “...kaç aylık olduğu beyan olunmaksızın...” ifadesinden akdin süresi belirlenmeden akit kurulmasının mümkün olduğu anlaşılmaktadır.²⁸⁰ Sürenin miktar olarak belirli olması şartını aradığımızda belirsiz süre üzerine işin belirlenmesi yoluyla yapılan akitler bu şartı sağlamazlar. İşin belirlenmesi sıhhat şartları arasında yer aldığından belirsiz süreli iş akitlerinin geçersiz kabul edilmesi gerekir. Ancak Mecelle'nin 491, 494 ve 496. maddelerinden belirsiz süreli iş akdi kurmanın mümkün olduğu anlaşılmaktadır. Mecelle'nin sahih olarak kabul ettiği “süre belirlenmeden aylık ücret belirlenmesi” yoluyla iş akdi kurulması konusunda İslam hukukçuları arasında görüş ayrılıkları olmuştur. Süre belirli olmadığı için

²⁷⁷ Mecelle m.484; Roma Hukukunda da sürenin belirlenmesine önem verilmiştir. İşin yapılış zamanının belirlenmesi gerekli görülmüştür. Hatta işverenin ihtiyacını karşılayacak zamanda ifa edilmeyen işin ifa olanağının kalmayacağı ifade edilmiştir. Tarımsal ekonomide sürelerin önemli olmasının bir sonucu olarak bu anlayışın yerleştiği ileri sürülmüştür. İşin zamanının belirlenmediği durumlarda ise akdin yapıldığı anda işin yapılması gerektiği ifade edilmiştir. KARADENİZ 1976, s.43 vd.

²⁷⁸ Mecelle m.496. Yazın on gün çalışmak üzere bir işçi istihdam edildiğinde süre belirli olmadığından akit fasit olur. Sahih olması için hangi ay, hangi gün belirtilmesi gerekir. BİLMEN 1970, c.6, s.195.

²⁷⁹ İBN RÜŞD, Bidâyetü'l-Müctehid, c.3, s.318.

²⁸⁰ “Kaç aylık olduğu zikrolunmaksızın her aylığı şu kadar kuruşa olmak üzere bir akar icar olursa akid sahih olur.” Mecelle m.494.

akdin sahih olmayacağını dile getiren hukukçular olmuştur.²⁸¹ *Günümüzde belirsiz süreli olarak ifade edilen bu tür akitler feshi ihbar veya işçinin ölümü gibi sonuçlar gerçekleşene kadar devam etmek üzere kurulmaktadır.*²⁸²

Süre kaydı olmayan iş akdi türü günümüz istisna akdine yaklaşmakla birlikte, Mecelle’de eserin yapılacağı hammaddeyi kimin temin ettiğine göre bir ayırım yapılmıştır. Buna göre hammaddeyi işçi temin ediyorsa istisna akdi, işveren temin ediyorsa iş akdi söz konusu olacaktır.²⁸³

Komisyunculuk, aracılık, tellallık gibi bir kısım çalışma ilişkilerinde sürenin belirli olması şart değildir. Bu işlerde süre belirlenmesi mümkün olmadığından insanların ihtiyacına binaen süre belirlenmeden akit kurulabilmesi caiz görülmüştür.²⁸⁴ *İş kanunumuzda da belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak kurulan akitlerin belirli süreli iş akdi olduğu ifade edilmiştir(4857 m.11).* Bazı akitler ise süre üzerine kurulmazlarsa fasit olarak kurulurlar. Bir ilim ya da sanat öğretme akdi süre üzerine kurulursa, hoca hazır olmak şartı ile ücrete hak kazanır. Süre belirtilmeden kurulan akit fasit olur. Bu durumda öğreticinin ücrete hak kazanabilmesi için öğrencinin ilim ya da sanatı öğrenmesi şartı aranır.²⁸⁵ Bu sebeple akitlerin sonuç üzerine değil, iş veya süre üzerine kurulmaları gerekir.²⁸⁶

Bir iş için belirli bir ücretle akit yapıldıktan sonra, işin daha kısa sürede tamamlanması karşılığında daha fazla ücret teklif edilirse duruma göre hareket edilir.

²⁸¹ ŞERİF 1986, s.128; Fetâvâyi Hindîyye’de aylık ücret belirlenerek kurulan belirsiz süreli akdin ilk ay için geçerli olacağı, diğer aylarda fasit olacağı ifade edilmiştir. Birinci ayın sonunda sahih akit sona erdiğinden taraflardan biri akdi bozabilir. FETÂVÂ-Yİ HİNDİYYE, c.9, s.380.

²⁸² TUNÇOMAĞ 1988, s.57.

²⁸³ Mecelle m.421. Saymen iş ve istisna akitlerinin ayrımalarının zor olduğunu özellikle parça başına iş ve götürü iş söz konusu olduğunda ayırımın daha da zorlaştığını ifade etmiştir. SAYMEN 1954, s.412; Roma Hukukunda bir işin görülmesi üzerine yapılan akitlerde hammaddenin işi yapan tarafından temin edilmesi durumunda satım akdinin, işi yaptıran tarafından temin edilmesi durumunda ise icare akdine karşılık gelen locatio conductio akdinin söz konusu olduğu kabul edilmekteydi. KARADENİZ 1976, s.126, 127.

²⁸⁴ BİLMEN 1970, c.6, s.168.

²⁸⁵ Mecelle m.568.

²⁸⁶ Doktorun hastayı iyileştireceğine, eğitim veren kişinin bir dersi veya mesleği öğreteceğine ilişkin akitlerde sonuç kişinin iradesi dışındadır.

İşçinin işi kısa sürede bitirmesi muhtemelse fazla ücret caizdir; ancak işçi işi bitireceğinden emin olamazsa fazla ücret mekruh olur.²⁸⁷

a) Sürenin Başlangıcı

Mecelle'nin 485. maddesine göre akit, akdin kuruluş anında kararlaştırılan zamanda başlar.²⁸⁸ Bu hükümle akdin başlangıcı için ilk kıstas tarafların kararlaştırdıkları an olarak belirlenmiştir. Taraflar sürenin ne zaman başlayacağını kararlaştırmamışlarsa, akdin kuruluş anı sürenin başlangıç zamanıdır.²⁸⁹ Belirli süre çalışması için bir işçi tutulduğunda, bu süre akdin kurulmasını takip eden günler olarak anlaşılır. İş akdinin akit zamanından itibaren geçerli olmasına icare-i münecceze denir. Akit süresinin gelecekte belirli bir zamanda başlayacağını ifade eden akit tipi ise icare-i muzafe²⁹⁰ olarak adlandırılmıştır.²⁹¹ *Günümüz hukukunda da iş ilişkisi kural olarak akdin yapılması ile başlar. Ancak İş Kanunu bazı süreleri işçinin çalışmaya başlamasından itibaren başlatmaktadır.*²⁹² Akdin başlangıcı ile ilgili Mecelle düzenlemesi ile modern hukuktaki genel kural aynıdır ve akdin kurulması ile süre başlamaktadır.

²⁸⁷ BİLMEN 1970, c.6, s.215.

²⁸⁸ Mecelle m.485; FETÂVÂ-Yİ HİNDİYYE, c.9, s.379; Akitte şart muhayyerliği bulunmaması durumunda böyledir. Şart muhayyerliği bulunması durumunda akdin başlangıcı şartın ortadan kalkması ile olur. ALİ HAYDAR, c.1, s.498.

²⁸⁹ FETÂVÂ-Yİ HİNDİYYE, c.9, s.379; BİLMEN 1970, c.6, s.158 ve 193; Maliki, Hanbeli ve bazı Şafii hukukçular da Mecelle düzenlemesine benzer şekilde başlangıç tarihi belirlenmeyen akitlerin sahih olacağını ve sürenin akdin kurulması ile başlayacağını söylemişlerdir. Buna karşılık başlangıç tarihinin belirsiz olması süreyi belirsiz hale getireceğinden akit geçerli olmaz diyen hukukçular da olmuştur. Ancak çoğunluk görüşü Mecelle'deki düzenlemeyle paraleldir. ŞERİF 1986, s.134.

²⁹⁰ Mecelle m.440'da düzenlenmiştir. İcare-i muzâfe vaktinden önce lazım olur. Taraflar akitten dönme hakkına sahip değildir; çünkü diğer tarafın hakkı söz konusudur. Kararlaştırılan vakitten önce işverenin emrine girmeye gerek yoktur. ALİ HAYDAR, c.1, s.444; Hz. Peygamber hicret sırasında kılavuzluk edecek kişiyle üç gün sonrası için anlaşma yapmıştır. Bu olay icare-i muzafe akdinin geçerliliğini ortaya koymaktadır. Akt. BARDAKOĞLU 1982, s.174; Buhari, İcare 4, 3-48; Şafii ekolünün görüşüne göre icare-i muzafe şeklinde kurulan bir akdin sahih olması için ücretin peşin olarak ödenmesi gerekmektedir. Diğer ekoller, şartsız olarak akdi geçerli görmüşlerdir. ŞERİF 1986, s.136, 137.

²⁹¹ Mecelle m.407 ve 408; BİLMEN 1970, c.6, s.158.

²⁹² ÇELİK 2009, s.77.

b) Sürenin Sınırı

Mecelle hükmüne göre akdin kurulmasında gerek kısa gerekse uzun bir süre kararlaştırılması mümkündür.²⁹³ Uzun süreli icare akdi icare-i tavile olarak adlandırılmıştır. Aylık icareye icare-i müşahere, yıllık icareye ise icare-i müsaneye denilmiştir.²⁹⁴ *İş Kanunumuz sürenin sınırı yönünden işleri süresiz işler ve sürekli işler olarak ikiye ayırmıştır. Buna göre nitelikleri bakımından en çok 30 işgünü süren işlere süresiz iş, 30 günden fazla süren işlere ise sürekli iş denilmektedir(4857 m.10). Bu ayırmada esas alınan nokta işin niteliği gereği ne kadar süreceğidir. Yani işin fiilen ne kadar sürdüğü değil, ne kadar sürmesi gerektiği dikkate alınarak sürekli veya süresiz olması belirlenir.*²⁹⁵

Sınırsız süreli olarak kurulan bir akitte taraflara belirli dönemlerde akdi sona erdirmeye yetkisi verilmiştir. Sınırsız süreli akitlerin kurulabileceği Mecelle'nin 491, 494 ve 496. maddelerindeki "Kaç aylık olduğu belirlenmeksizin..." ifadesinden anlaşılmaktadır.

Taraflar serbest iradeleri ile diledikleri uzunlukta bir iş akdi yapabilirler. Gün veya ay gibi kısa süreli bir akit yapabilecekleri gibi, çok uzun süreli hatta normal şartlar altında tarafların yaşayamayacağı bir süre için akit yapmaları da hukuken mümkün görülmüştür.²⁹⁶

c) Sürenin Tespiti

(a) Akdin Kuruluş Zamanına Göre Çalışma Süresinin Tespiti

Akdin kuruluş anı tayin edilmişse bu andan itibaren akdin kurulduğu kabul edilir.²⁹⁷ *Günümüz hukukunda da iş ilişkisi kural olarak akdin yapılması ile başlar. Ancak İş Kanunu bazı süreleri işçinin çalışmaya başlamasından itibaren*

²⁹³ Mecelle m.484; Hafta, ay gibi kısa süreler ve yıl gibi uzun süreler kararlaştırılabileceği gibi iki yüz yıl gibi tarafların yaşayamayacakları kadar uzun bir süre belirlenmesi dahi mümkündür. Önemli olan sürenin belirli olmasıdır. ALİ HAYDAR, c.1, s.496; Romalılar daha kısa sürenin fayda sağlamayacağını düşünerek en kısa hizmet süresini bir iş günü olarak kararlaştırmışlardır. KARADENİZ 1976, s.61.

²⁹⁴ BİLMEN 1970, c.6, s.158.

²⁹⁵ ÇELİK 2009, s.86.

²⁹⁶ BİLMEN 1970, c.6, s.193.

²⁹⁷ Mecelle m.486.

*başlatmaktadır. Yani bazı hükümlerde Alman hukukundaki katılma teorisi esas alınmıştır.*²⁹⁸

Ayın başı geçtikten sonra kurulan akitlerde bir ay otuz gün olarak kabul edilir.²⁹⁹

Ayın birazı geçtikten sonra birkaç ay sürecek bir akit yapıldığında ikinci aydan itibaren normal ay hesabı yapılır. Başlangıçtaki eksik kısımlarla sondaki eksik kısımlar günlük ücret üzerinden hesaplanır.³⁰⁰ İmameyn de birinci ayın gün üzerinden hesaplanacağını, ikinci aydan itibaren ay üzerinden hesaplama yapılacağını ifade etmişlerdir. Gün üzerinden hesaplamanın zaruret halinde mümkün olduğunu, zaruretin ise bu durumda yalnız birinci ayda bulunduğu düşünülmüştür.³⁰¹

Ayın birazı geçmişken kaç aylık olduğu belirtilmeden aylık ücret belirlenerek kurulan akitte, başlangıçtaki ay ve diğer aylar otuz gün kabul edilir.³⁰² Böyle bir akitte takvimdeki ayların uzunluklarına göre hareket edilmeyeceğinde hukukçular ittifak etmişlerdir.³⁰³

Ay üzerine kurulan bir icare akdi her ay önceki ücret üzerine yenilenmiş olur.³⁰⁴ Aylık olan kurulan böyle bir akitte süre 30 günden kısa olsa da tam bir aylık ücret verilmesi gerekir.³⁰⁵

Ayın başında senelik olarak bir akit yapıldığında, bir sene on iki ay olarak kabul edilir.³⁰⁶

²⁹⁸ ÇELİK 2009, s.77.

²⁹⁹ Mecelle m.489; BİLMEN 1970, c.6, s.194.

³⁰⁰ İlk ayın eksik kalan günleri en son aydan tamamlanır denmiştir. Aradaki aylar ise gurre denilen ayın ilk gününden itibaren ay üzerinden hesaplanır. Mecelle m.490; BİLMEN 1970, c.6, s.194.

³⁰¹ Ebu Hanife birinci ay gün üzerinden hesaplandığında zorunlu olarak ikincisinin de gün üzerine başlayacağını ve yılsonuna kadar bütün ayların bu şekilde devam edeceğini ifade etmiştir. MERGİNANÎ, el-Hidâye, c.3, s.411.

³⁰² Mecelle m.491; BİLMEN 1970, c.6, s.194.

³⁰³ 491. maddede akdin sona ereceği zaman belirli olmadığından eksik olan ilk ayı sonundan tamamlamak mümkün görülmemiştir. ALİ HAYDAR, c.1, s.500.

³⁰⁴ BİLMEN 1970, c.6, s.164.

³⁰⁵ Mecelle m.488; BİLMEN 1970, c.6, s.194.

³⁰⁶ Mecelle m.492. Bu bir senenin hangi takvime göre hesaplanacağı belirtilmemişse hicri takvime göre bir sene kabul edilir. BİLMEN 1970, c.6, s.194.

Ayın başı geçtikten sonra akit yapılmışsa, ilk ay, bir ay otuz gün kabul edilerek, günler üzerinden hesap edilir. Diğer on bir ay aybaşlarından itibaren hesaplanır.³⁰⁷

Akitte ay veya senenin hangi takvime göre hesaplanacağı; yani Miladi, Rumi, Hicri takvimlerden hangisinin esas alınacağı belirtilmemişse İslam Hukukuna göre geçerli olan Hicri takvim olduğundan hicri takvim esas alınır.³⁰⁸ Ancak akitte Miladi yıl gibi bir vasıflandırma yapılmışsa bu takvime uygun ay veya yıl geçerli olur.³⁰⁹

(b) Günlük ve Haftalık Çalışma Süresi

İş akdi rızai bir akit olduğundan çalışma süresini taraflar anlaşma yoluyla belirleme imkânına sahiptirler. Tarafların belirlememesi durumunda örf ve âdete göre çalışma zamanı belirlenecektir.³¹⁰ Zamana ve mekâna göre değişme ihtimali olan konularda lâfzî hükümler ortaya koymayan İslam Hukuku çalışma süresine ilişkin olarak da kesin bir hüküm koymamıştır. Bu konu kanun koyucunun takdirine bırakılmıştır.³¹¹

*İş Kanunumuz çalışma sürelerini günlük ve haftalık olarak düzenlemiştir. Haftalık çalışma süresinin en çok 45 saat, günlük çalışma süresinin en çok 11 saat olabileceği hüküm altına alınmıştır(4857 m.63).*³¹² Mecelle günlük çalışma süresinin her bölgedeki örfе göre belirleneceğini düzenlemiştir. Çalışma süresinin başlangıcı güneşin doğuşudur. Örfе göre ikinci vaktine kadar veya güneşin batışına kadar

³⁰⁷ Mecelle m.493; Mecelle'nin bu hükmü İmam Muhammed'in görüşüne göre düzenlenmiştir. Ebu Hanife ve Ebu Yusuf ayın başında yapılmayan senelik bir akitte bir senenin üç yüz altmış gün kabul edileceğini ve sürenin buna göre hesaplanacağını dile getirmişlerdir. FETÂVÂ-Yİ HİNDİYYE, c.9, s.380.

³⁰⁸ BİLMEN 1970, c.6, s.194.

³⁰⁹ ALİ HAYDAR, c.1, s.499.

³¹⁰ AKGÜNDÜZ, Ahmet, "Eski ve Yeni Hukukumuzda İşçinin Çalışma Süresi, İstirahat, Tatil ve İbadet Hakkı", Mukayeseli Hukuk ve Uygulama Açısından İşçi-İşveren Münasebetleri, İlmî Neşriyat, İstanbul, 1990, s.103.

³¹¹ ATAY, Hüseyin, İslam'da İşçi-İşveren İlişkileri, Kısmet Matbaası, Ankara, 1979, s.64.

³¹² ÇSGB ve Sağlık Bakanlığı tarafından hazırlanacak bir yönetmelikle günde 7,5 saat ve daha az çalışması gereken işlerin bir yönetmelikle belirleneceği düzenlenmiştir(4857 m.63). Ayrıca 15 yaşından küçük çocuklar için günde 7 saat, 15 yaşını tamamlamış çocuklar için günde sekiz saat, okula devam eden çocuklar için okul saatleri dışında 2 saat günlük azami çalışma süresi olarak öngörülmüştür(4857 m.71).

çalışılır.³¹³ Mecelle bu hükmü ile örf ve âdete gönderme yapmıştır. Kavaid-i Külliye hükümleri de örf ve âdetin hükümleri yorumlamada kullanılacağını belirtmiştir. *İş Kanunumuzda da örf ve adetlere atıf yapan hükümler bulunmaktadır. Gece süresini ve çalışmalarını düzenleyen 69. madde bunlardan biridir.*³¹⁴ *Kanun işlerin niteliği ve gerekleri ile yurdun bazı bölgelerinin özellikleri dikkate alınmak suretiyle gece süresinin belirlenebileceğini hüküm altına almıştır(4857 m.69).* Eski hukukumuzda insanların yerleşmiş davranışlarına önem verilmiş, kimi zaman uyulması gereken kurallar bu davranışlardan ortaya çıkarılmıştır. Mecelle akitte yer verilmemiş olsa bile örf olarak bilinen bir şeyin akdin bir şartı gibi değerlendirileceğini ve tarafların bu kurala uyması gerektiğini hüküm altına almıştır.³¹⁵ Tarafların örf'e göre hareket etmeleri bir çalışma süresi belirlemedikleri takdirde söz konusu olur. Mecelle'nin 83. maddesi tarafların kararlaştırdıkları şartlara uymaları gerektiğini düzenlemiştir.³¹⁶

Taraflar günlük çalışma süresini akitte kararlaştırmış iseler buna göre hareket edilir. İslam bilginleri bir günü üçe bölmüşler ve üçte birini çalışma süresi olarak ifade etmişlerdir. Buna göre ortalama çalışma süresinin günde 8 saat olduğu ifade edilebilir.³¹⁷ *İş Kanunumuz işin başlama ve bitiş saatlerinin işin niteliğine göre farklı şekillerde düzenlenebileceğine yer vermiştir(4857 m.67).*

İşçinin yemek yemesi, ara dinlenmesi ve elbiselerini değiştirmek için geçirdiği süreler günlük çalışma süresine dâhil değildir.³¹⁸ *Modern hukukta da bu süreler çalışma süresinden sayılmamaktadır.*³¹⁹ *Ara dinlenmesinin çalışma süresinden*

³¹³ Mecelle m.495; BİLMEN 1970, c.6, s.195. Serahsî'ye göre gün güneşin doğuşundan batışına kadar geçen süredir. Bu süre nass ile belirlenmiş olduğundan aksi iddia edilemez. Ancak çalışma süresine ilişkin taraflar daha kısa bir süreyi akitle kararlaştırabilirler. SERAHSÎ, Mebsût, c.16, s.73; Bardakoğlu da gün kavramı ile iş günü kavramı arasındaki farka dikkat çekmiş, çalışma süresinin emredici bir kurala bağlı olmadığını ve tarafların iradesine bırakıldığını dile getirmiştir. ÖZTÜRK vdi 1986, s.264; Roma'da da günlük çalışma süreleri bölgesel adetlerle belirlenen iş gününe göre olmuştur. İş günü genel olarak güneşin doğuşundan batışına kadar geçen süredir. KARADENİZ 1976, s.157.

³¹⁴ ALTAN 2004, s.24.

³¹⁵ Mecelle m.43, 44.

³¹⁶ ALİ HAYDAR, c.1, s.503.

³¹⁷ ATAY 1978, s.65.

³¹⁸ ŞAKFE 1968, s.54.

³¹⁹ ESENER 1978, s.191.

sayılmadığı kanunda düzenlenmiştir(4857 m.68). Buna karşılık 66. maddede çalışma süresinden sayılacak hallere de yer verilmiştir. (4857 m.66).

D) Ücret Unsuru

1. Genel Olarak Ücret

‘Ecr’ veya ‘ücret’ kavramları Arapçada e-c-r kökünden türemiştir. Bu iki kelimenin çoğulu ücûr kelimesidir. İslam Hukukunda birkaç anlamda kullanılmışlardır. Dünya ve ahirette yapılan işin karşılığı veya maddi karşılık anlamlarında ecr ve ücûr kelimeleri 105 ayette geçmektedir.³²⁰

Mecelle ücret kavramına yer vermiş, ücreti kira yani menfaat bedeli şeklinde tanımlamıştır.³²¹ *İş kanunumuzda ise ücret bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutar olarak tanımlanmıştır(4857 m.32). Anayasamız ücreti emeğin karşılığı olarak ifade etmiştir(Anayasa m.55).*

Nelerin ücret olabileceği hususunda Mecelle’de geniş bir sınır çizilmiş “alışverişte semen olmaya elverişli şeyler ücret olabileceği gibi, semen olmaya elverişli olmayan şeyler de ücret olabilir” denmiştir.³²² Ayrıca ücretin menfaat olarak ödenebileceği hususunda İslam hukukçuları arasında görüş birliği bulunmaktadır. Ebu Hanife bu konuda menfaatlerin aynı cinsten olmamasını şart koşturmuştur. İslam hukukçularının çoğunluğu aynı cins menfaatler karşılığında kurulan akdin caiz olacağı görüşündedirler.³²³ *İş kanunumuz ise ücretin para olarak ödenmesini şart koşturmuştur. Ücret yabancı para üzerinden kararlaştırılmışsa ödeme günündeki değerine göre Türk parası ile ödenecektir. Kanun para dışında bir araçla ücretin*

³²⁰ ESEN 1995, s.27.

³²¹ Mecelle m.404.

³²² Mecelle m.463; HALEBÎ, Mültekâ, c.3, s.387; Modern İslam hukukçuları enflasyon gibi sebeplerle ücretin değerini kaybetmesi tehlikesinin önlenmesi için ücretin mal olarak belirlenmesini ve belirlenen malın yahut değerinin ücret olarak ödenmesini çözüm olarak ileri sürmüşlerdir. AYDEMİR, Süleyman, “İşçi İşveren İlişkileri Mukayeseli Sistem Analizi”, Mukayeseli Hukuk ve Uygulama Açısından İşçi-İşveren Münasebetleri, İlmi Neşriyat, İstanbul, 1990, s.17, 18.

³²³ SERAHSÎ, Mabsût, c.15, s.199; ŞERİF 1986, s.219; BARDAKOĞLU 1982, s.220.

*ödenmesini yasaklamıştır(4857 m.32).*³²⁴ Ali Haydar Efendi ücretin nakit olarak ödeneceği durumlarda akdin yapıldığı yerde kullanılan para biriminin geçerli olacağını ifade etmiştir.³²⁵ İş Kanunumuzdaki düzenleme de bu görüş ile paraleldir. Türkiye’deki bir akit için ödenmesi gerekli ücret Türk parası ile ödenmelidir. *Borçlar Kanunumuz da konusu para olan borcun ülke parası ile ödenmesi gerektiğini ifade etmiş, İş Kanunundan farklı olarak akitte kararlaştırılması durumunda ücretin yabancı para ile ödenmesini mümkün kılmıştır(6098 m.99). Bu durumda özel kanun olan İş Kanunu hükmünün uygulanması gerekmektedir.* Saymen, Mecelle’nin 566. maddesini dayanak göstererek ücretin nakden verilmesi lazım geldiğini ve aynı ödemenin yasaklandığını ileri sürmüştür.³²⁶ Ancak söz konusu maddeden ücretin nakden ödenmesine ilişkin bir sonuç çıkmamaktadır. Az bulunan kıymetli bir malın³²⁷ nitelikleri belirlenmeden ücret olarak kararlaştırılması durumunda, ecr-i misil ödenmesi gerekeceği maddede düzenlenmiştir. Maddeye ilişkin örnekte öküz yerine ecr-i misil ödeneceğinin ifade edilmesi, öküzün nitelikleri belirlenmediği içindir. Mecelle m.465, ücretin para dışında bir şeyle ödenmesi durumunda nasıl belirli hale getirileceğine ilişkin bir hüküm koymuştur. Yani ücretin aynı olarak ödenmesini serbest bırakmıştır. Mecelle m.463 hükmü değerlendirildiğinde ücretin para, paradan başka her türlü misli mal, muayyen ve taraflarca bilinebilen gayri misli mallar, akit konusu ile aynı olmamak şartıyla menfaat ve gelirler içerisinde belirlenmesi mümkündür.³²⁸ Osmanlı uygulamasında da maden işlerinde ücretin nakit

³²⁴ Türkiye’nin de taraf olduğu 95 sayılı ILO sözleşmesine göre emre muharrer senetle, bono ile kuponla veya tedavülü mecburi parayı temsil ettiği iddia olunan diğer herhangi bir şeyle ödemenin yasaklanması öngörülmüştür. Ancak zaruri hallerde veya hakem kararıyla uygun görüldüğü takdirde işçinin rızası ile bu şekillerde ödeme yapılması mümkün görülmüştür. AYDIN 2004, s.40.

³²⁵ ALİ HAYDAR, c.1, s.475.

³²⁶ SAYMEN 1954, s.49; Mecelle’nin ücretin malla ödenmesini yasakladığı şeklindeki ifadeye başka kaynaklarda da rastlanmıştır. TALAS 1992, s.40.

³²⁷ Maddede geçen “kıymîyat” kelimesi “az bulunan kıymetli şeyler” olarak açıklanmıştır. BERKİ, Ali Himmet, Açıklamalı Mecelle, Hikmet Yayınları, İstanbul, 1982, s.104; Tekili olan kıymî sözcüğü “az bulunan pahalı şey ve çarşı pazarda misli bulunmayan şey” olarak ifade edilmiştir; YILMAZ, Ejder, Hukuk Sözlüğü, Yetkin Yayınları, Ankara, 1996, s.468; KARAMAN 2009, c.2, s.288.

³²⁸ ŞAFAK, Ali, “Mukayeseli Hukukta Ücret Politikası”, İslam’da Emek ve İşçi İşveren Münasebetleri, Ensar Neşriyat, İstanbul, 1986, s.117; Roma’da ücret olarak para yanında bir miktar yiyecek ve giyecek verilmesi yaygındı. Klasik çağda ücretin para olarak verilmesi kararlaştırılmıştır. Bu sebeple yiyecek, giyecek gibi ödemelerin ek ücret olarak kabul edilmeleri gerekir. KARADENİZ 1976, s.160.

dışında günlük yapılan üretimden bir pay şeklinde verildiği uygulamalara rastlanmaktadır.³²⁹ *Günümüzde de gelişmekte olan ülkelerde ücretin bir kısmı para, bir kısmı mal olarak ödenmektedir. Ücret eklerinin mal olarak ödenmesine de rastlanmaktadır.*³³⁰ *Ücret dışında iş akdi ve toplu iş sözleşmesi ile sağlanan diğer bir kısım menfaatlerin parasal veya mal şeklinde belirlenmesinde sakınca bulunmamaktadır.*³³¹ *Kanunda kıdem tazminatı ve kötünîyet tazminatı ile fesih bildirim süresine ait ücretin peşin olarak ödenmesinde, paranın yanında, para ile ölçülmesi mümkün akdi ve kanundan doğan menfaatlerin de göz önünde tutulacağı yer almıştır(1475 m.14).*³³²

İslam Hukukuna özgü olarak ücretin serbest ve helal olması; ayrıca mal sayılması gereklidir. Yani ücret menfaat elde edilmesi yasaklanmamış olan bir şey olmalıdır. Haram olarak kabul edilen şeylerle ücret ödenemez.³³³

2. Ücretin Belirli Olması

Hukuken geçerli bir akit için ücretin belirli olması gereklidir.³³⁴ Bu hüküm icarenin sıhhat şartlarından biridir. Bir hadiste “Bir kimse bir ecir kiralayacak olursa ona vereceği ücretin neden ibaret olduğunu bildirsın.” denilerek iş akdinde ücretin belirlenmesi gerektiği ifade edilmiştir.³³⁵ İslam Hukukunda ücretin nasıl belirlenmesine ilişkin olarak farklı durumlar için farklı hükümler ortaya konulmuştur. Ücretin açık olan bir şey olması durumunda kendisine işaret etmek yeterlidir. Açık olmayan bir şey ücret olarak kararlaştırılmışsa miktarını, vasfını

³²⁹ KIRPIK 2004, s.38.

³³⁰ ESENER 1978, s.163; Gelişmekte olan ülkelerde toptan eşya fiyat indekslerindeki hızlı artışlar kişileri paradan çok mala yönlendirmektedir. ŞAFAK 1986, s.136.

³³¹ AYDIN 2004, s.40.

³³² ÇELİK 2009, s.142.

³³³ BARDAKOĞLU 1982, s.220; ŞERİF 1986, s.224.

³³⁴ Mecelle m.450; FETÂVÂ-Yİ HİNDİYYE, c.9, s.365; Roma Hukukunda da ücretin miktarının kesin olarak saptanması gerekli görülmüştür. Ancak ücretin daha sonra belirleneceğinin kararlaştırılması akdin niteliğini etkileyen bir unsur olarak görülmemiştir. KARADENİZ 1976, s.160.

³³⁵ NESÂİ, Müzarea(Ziraat Ortaklığı) 1; HALEBÎ, Mültekâ, c.3, s.388; BİLMEN 1970, c.6, s.171; Serahsî ilerde doğabilecek anlaşmazlığı önlemek maksadıyla işçiye ücretinin bildirilmesinin vacip olduğunu ileri sürmektedir. SERAHSÎ, Mebsût, c.15, s.103.

tayin etmek gereklidir.³³⁶ *Modern hukukta ücret akitte açık olarak kararlaştırılmamış olsa da bu akdin ücret karşılığı olmadığı anlamına gelmez. Yargıtay kararlarına göre her çalışma bir ücret karşılığındadır.*³³⁷

Ücret karşılığı olduğu belirtilerek fakat ücretin miktarı belirtilmeden kurulan bir akitte işçi eciri misile hak kazanır. İşçinin çalıştığı iş koluna ait bir ücret tarifi varsa işçiye ücreti bu tarife göre ödenir.³³⁸ Yani miktar tam olarak belirlenmemişse ücretin belirli olmadığı söylenemez. Bu takdirde geçerli bir tarife varsa onun üzerinden, yoksa eciri misil üzerinden ücret ödenir. *İş Kanununda ücretin taraflarca kararlaştırılmadığı, akitte veya toplu iş sözleşmesinde belirtilmediği durumlarda işverenin emsal ücret ödemekle yükümlü olduğu ifade edilmiştir. Emsal ücretin asgari ücretten az olamayacağı belirtilmiştir(6098 m.401).*

Mecelle ücretin nakit olması durumunda miktarını belirlemek suretiyle belirli hale getirileceğini ifade etmiştir.³³⁹ Ücret akit meclisinde bulunuyor ise görülmesi ve işaret edilmesi ile belirli hale gelir ayrıca vasıf belirtmeye gerek yoktur. Ücret bu şekilde belirlenmesi mümkün değilse cinsi, vasfı ve miktarı belirtilmek suretiyle belirli hale getirilir.³⁴⁰ *Günümüzde ücretin para üzerinden ödeneceği İş Kanununda düzenlenmiş olduğundan(4857 m.32) cins belirlenmiş kabul edilebilir. Bu para genelde Türk lirası olduğundan vasfı da belirlidir. Miktarın da belirtilmesiyle ücret belirlenmiş olur. Ücretin belirlenmesinin eskiye göre daha kolay olduğu söylenebilir.*³⁴¹

³³⁶ Bir beldede değerleri birbirinden farklı birden fazla para tedavülde ise bunlardan hangisinin ücret olarak belirlendiği belirtilmelidir, yoksa akit fasit olur. Ancak paralardan birinin tedavülü diğerinden daha fazla ise ücret olarak belirlenen miktarın bu para olduğu kabul edilir. BİLMEN 1970, c.6, s.183; Ali Haydar Efendi ücretin miktar ve tür belirtilerek (kadren ve nev'an) belirlenebileceğini ifade etmiştir. ALİ HAYDAR, c.1, s.461.

³³⁷ ÇELİK 2009, s.78.

³³⁸ BİLMEN 1970, c.6, s.209; Mecelle m.564.

³³⁹ Mecelle m.464.

³⁴⁰ ALİ HAYDAR, c.1, s.475.

³⁴¹ Günümüzde sorun oluşturabilecek bir konu paranın vasfının belirtilmesidir. Yani paranın hangi ülkeye ait para olduğu açık olarak ifade edilmelidir. Frank denildiğinde bunun Belçika veya Fransız frankı olduğu açık değilse akit fasit olacaktır. Taraflar arasında anlaşmazlık ortaya çıkacaktır. Bu sebeple paranın vasfının ortaya konması önemlidir.

Ücretin nakit dışında bir şey olması durumunda belirli hale gelebilmesi için miktarının yanında vasfının da belirtilmesi gereklidir.³⁴² Ücretin gayri misli bir mal olarak belirlendiği akitlerde, belirli bir mal belirlenmişse ücret olarak verilir. Ancak mal açık olarak tayin edilmemişse eciri misil verilmesi gereklidir.³⁴³

Ücretin iş akdi yapılırken işveren tarafından işçiye verilmesi mümkün bir şey olması gereklidir. İşçiye verilmesi mümkün olmayan şeyler yok hükmündedir. Bu şekilde ücret kararlaştırılması akdi geçersiz kılar.³⁴⁴

Aylık süre üzerine kurulan bir icare akdi her ay önceki ücret üzerine yenilenmiş olur.³⁴⁵ Bu takdirde ücret belirli olacağından yapılan akit her ayın başında geçerli olarak yenilenmiş olur. Aylık ücret belirtilerek bir yıl veya daha fazla süreli akit yapmak mümkün olduğu gibi aylık ücret belirtilmeden yıl üzerinden akit yapmak da mümkündür.³⁴⁶

Bir işçi ile yapılacak işin sonucundan elde edilecek gelirin belirli bir yüzdesi ile iş görmesi için anlaşmak uygun görülmemiştir. İslam hukukçuları ücretin belirli olmaması sebebiyle akdin sahih olmayacağını ifade etmişlerdir.³⁴⁷ *Borçlar Kanununda ücretin üretilenden, cirodan, kardan bir pay şeklinde verilmesi belli şartlarla uygun görülmüştür(6098 m.403). Ancak ücretin sadece kardan pay şeklinde kararlaştırılması ve ödemenin bilânço dönemine bağlanması mümkün değildir.*³⁴⁸ Ücretin iş sonucundan bir pay şeklinde kararlaştırılması ücretin belirsizliğine sebep

³⁴² Para dışındaki ücretler taşıma gerektiriyorsa ve sıkıntıya sebep olacaksa nerede teslim edileceği şart koşulmuşsa orada teslimi gerçekleşir. İşçinin çalıştığı yerde ücreti alma hakkı vardır. Teslim edilmesi zorluk gerektirmiyorsa işçi ücreti dilediği yerde alma hakkına sahiptir. Mecelle m.465.

³⁴³ BİLMEN 1970, c.6, s.209; Mecelle m.566.

³⁴⁴ ŞERİF 1986, s.226.

³⁴⁵ BİLMEN 1970, c.6, s.164.

³⁴⁶ Mecelle m.487.

³⁴⁷ Bir ağacın meyvelerini silkelemek üzere istihdam edilmesinde, dökülen meyvelerin belli bir oranı ücret olarak kararlaştırılırsa akit sahih olmaz. Çünkü meyvenin dökülmesi ağacın cinsine göre değişiklik gösterecektir. BİLMEN 1970, c.6, s.215; İslam Hukukçuları karın tokluğuna(yemek karşılığında) çalıştırmanın caiz olup olmadığı hususunda ihtilafa düşmüşlerdir. İmam Şafii ve çocuk emzirme akdi dışında Ebu Hanife böyle bir akdi caiz görmemişlerdir. İmam Malik ise böyle bir akdi caiz görmektedir. Bu akitteki ihtilafın sebebi ücretin belirli olup olmaması sebebiyledir. İBN RÜŞD, Bidâyetü'l-Müctehid, c.3, s.320.

³⁴⁸ AYDIN 2004, s.39.

olacağından İslam hukukçularının çoğunluğu tarafından uygun görülmemiştir.³⁴⁹ Hanbelî hukukçuların çoğunluğu ile bazı Hanefî ve Maliki hukukçular ise ücretin üretimden bir pay şeklinde ödenmesini mümkün görmüşlerdir. Bu durumun üretimin kalitesine de etki edeceğine değinilmiştir.³⁵⁰ İslam hukukçularının bu konudaki kıstası garer(aldanma) olup olmadığıdır. Aşırı bilgisizlik ve garer durumlarının önlenmesi durumunda ücretin üretimden bir pay şeklinde kararlaştırılmasında bir sakınca yoktur.³⁵¹

Olasılık bulunan bir iş akdinde işin olumlu sonuçlanması durumunda normal ücret yanında ilave bir ücret belirlenmesi mümkün görülmüştür. Bu takdirde belirlenen ikinci ücret bir ikramiye ücreti niteliğinde olacaktır.³⁵² *Yapılan işin miktarına, kalitesine, malzeme tasarrufuna veya aletlerin iyi kullanılmasına yönelik ödenen primin çeşitli şekilleri mevcuttur.*³⁵³

Ecir-i müşterek ilişkisinde ecir-i hastan farklı olarak ücretin içerisinde işçinin kârı da bulunmaktadır.³⁵⁴

İslam Hukuku kaynaklarında ücretin belirli olmasına ilişkin uzun tartışmalar bulunmaktadır. İslam Hukuku ücretin başlangıçta açık olarak belirlenmesi yoluyla taraflar arasındaki muhtemel ihtilafları, haksızlıkları ve mağduriyetleri önlemeyi amaçlamıştır. Bu sebeple ücretin belirli olması konusuna önem verilmiştir.³⁵⁵

E) Bağımlılık Unsuru

Bağımlılık unsuru açısından İslam Hukuku ile modern hukuk arasında tam bir uyum yoktur. İslam Hukukunda süre kaydı olmaksızın bir işin ifasını konu alan iş akdi türünde bağımlılık unsurunun yer almadığı ileri sürülmüştür.³⁵⁶ *Modern hukukta*

³⁴⁹ ŞERİF 1986, s.202; Avlanmak amacıyla bir kişi belirli bir ücretle istihdam edilip avlananların da ortak olması kararlaştırıldığında icare fasit olur denmiştir. Bu durumda işçinin ecr-i misil alacağı, avlananların da istihdam edene kalacağı ifade edilmiştir. ALİ HAYDAR, c.1, s.462.

³⁵⁰ ŞAFAK 1986, s.124, 201.

³⁵¹ ŞAFAK 1986, s.136.

³⁵² ŞAKFE 1968, s.197.

³⁵³ AYDIN 2004, s.38.

³⁵⁴ TABAKOĞLU, Ahmet, “İslam Ekonomisinde Emek ve Sermaye Kavramları”, İslam’da Emek ve İşçi İşveren Münasebetleri, Ensar Neşriyat, İstanbul, 1986, s.89.

³⁵⁵ BARDAKOĞLU 1990, s.65.

³⁵⁶ BARDAKOĞLU 1982, s.160.

ise bağımlılık unsuru iş akdini konusu insan faaliyeti olan diğer akitlerden ayıran en önemli unsur olarak görülmektedir.³⁵⁷ Borçlar Kanunumuz süre kaydı olmadan hizmet akdi yapılmasına yer vermekle birlikte işçinin işverene bağımlı olarak iş göreceğini düzenlemiştir(6098 m.393).³⁵⁸

Eski hukukumuzda bir işin ifası söz konusu olan akitlerde bağımlılık ilişkisi azalsa da devam etmektedir. Akdin niteliğine göre emir ve talimat verme yetkisinin yoğunluğu değişmektedir. İşçi, süre kaydı olan akit türüne nazaran daha az olsa da bağımlılık ilişkisi içinde iş görmektedir.³⁵⁹

Eski İş Kanunlarımızda bağımlılık unsuruna yer verilmemişken, 4857 sayılı kanun iş akdinin tanımını yaparken bağımlılık unsuruna da yer vermiştir. Bağımlılık unsurunun iş akdini konusu iş görme olan diğer akitlerden ayıran bir unsur olduğu Anayasa Mahkemesi³⁶⁰ ve doktrin tarafından kanunda düzenlenmeden önce de kabul edilmekteydi.³⁶¹ Böylece iş akdini vekâlet ve istisna gibi diğer iş görme akitlerinden ayıran en önemli unsur olan bağımlılık unsuru iş akdinin tanımı içerisine girmiştir.³⁶²

Yargıtay daha önceleri bağımlılık ilişkisinin varlığını işin işverene ait işyerinde yapılması şartına bağlarken, daha sonra bu görüşünü terk etmiştir. Kişinin kendi işyerinde ve evinde veya parça başına ücretle çalışması bağımlılık ilişkisini ortadan kaldırmamaktadır.³⁶³ Yukarıda ifade ettiğimiz gibi Eski hukukumuzdaki bir işin görülmesi üzerine yapılan iş akitlerinde de benzer bir çalışma şekli vardır. Ecir-i müşterek ilişkisinde iş genel olarak işçiye ait iş yerinde yerine getirilmektedir. Ancak bağımlılık ilişkisinin olmadığı söylenemez. Batı hukuklarında benimsendiği ifade

³⁵⁷ AYDIN 2004, s.20.

³⁵⁸ 818 sayılı Borçlar Kanunumuz hizmet akdinin tanımında bağımlılık unsuruna yer vermemekteydi(818 m.313). İsviçre Borçlar Kanunu da başlangıçta bağımlılık unsuruna yer vermemiş, 25 Haziran 1971 tarihli değişiklikle bağımlılık unsuru hizmet akdinin tanımında yer almaya başlamıştır. ESENER 1978, s.126.

³⁵⁹ Roma Hukukunda da süre üzerine kurulan locatio conductio operarum akdinde işçi işverene karşı bağımlıdır. Ancak iş üzerine kurulan locatio conductio operis akdinde bağımlılık söz konusu değildir. KARADENİZ 1976, s.139, 173.

³⁶⁰ AYM, Karar sayısı: 1967/029, Esas sayısı: 1963/336, RG tarihi: 19.10.1968

³⁶¹ ÇELİK 2009, s.75.

³⁶² AYDIN 2004, s.19.

³⁶³ ÇELİK 2009, s.80, 81.

edilen, “işin işverene ait organizasyon çerçevesinde, onun yararına yapılması”³⁶⁴ şeklindeki kıstas bağımlılık unsurunu belirlemede dikkate alınırsa Mecelle’nin düzenlemiş olduğu iş ilişkileri de bu kapsamda değerlendirilebilir.

Bağımlılık unsuru iş akdini vekâlet ve istisna akitlerinden ayırmada da ölçüt olarak kullanılmaktadır. Bu akitlerde bağımlılık ilişkisi iş akdine nazaran daha azdır.³⁶⁵ Ancak Mecelle iş akdini istisna akdinden ayırmak için “Sürenin Belirli Olması” başlığı altında ifade edildiği gibi hammaddeyi temin eden tarafa göre bir ayrıma gitmiştir.

F) İş Akdinde Ehliyet

1. Genel Olarak

İslam Hukukunda hak ehliyeti ile fiil ehliyeti ayırımına yer verilmiştir. Fiil ehliyetinin karşılığı olarak eda ehliyeti, hak ehliyetinin karşılığı olarak vücut ehliyeti kavramları kullanılmıştır.³⁶⁶ Mecelle hak ehliyetine yer vermemiş, fiil ehliyetine ise sınırlı olarak değinmiştir.^{367 368} İşveren olmak için sadece hak ehliyeti aranmış, işçinin ise fiil ehliyetinin bulunması gerekli görülmüştür.³⁶⁹ *Modern hukukta da tam ehliyetli kişiler geçerli bir iş akdi yapabilirler. İşçiler için ehliyet konusu daha ayrıntılı incelenmiştir çünkü işveren açısından ehliyet sorunu büyük özellikler göstermemektedir.*³⁷⁰

İslam Hukukunda tam eda ehliyetinin akıl, buluğ, rüşt şeklinde üç unsuru vardır. Geçerli bir akit yapabilmek için kişinin bu unsurlara sahip olması gerekir. İslam hukukçuları insan hayatını beş döneme ayırarak incelemişler ve bu dönemlerdeki insanın sahip olduğu ehliyeti tespit etmişlerdir. Bu dönemler cenin,

³⁶⁴ ÇELİK 2009, s.81.

³⁶⁵ ÇELİK 2009, s.82, 83.

³⁶⁶ CİN-AKGÜNDÜZ 1996, c.2, s.33.

³⁶⁷ KAŞIKÇI 1997, s.210.

³⁶⁸ Mecelle’de düzenlenen ehliyetle ilgili haller şöyledir: m.941 hacr (kısıtlanma), m.943 küçüklük, m.944 akıl hastalığı, m. 945 akıl zayıflığı, m.946 sefihlik, m.947 rüşt, m.1595 ölümle sonuçlanan hastalık, m.1001–1002 borçluluk, m.957–964 kısıtlılık.

³⁶⁹ AKGÜNDÜZ vdi 1990, s.313.

³⁷⁰ TUNÇOMAĞ 1988, s.81.

çocukluk, temyiz, buluş ve rüşd dönemleridir.³⁷¹ *Günümüzde ehliyet için aranan unsurlara Medeni Kanunda yer verilmiştir. Medeni Kanuna göre ayırt etme gücüne sahip, kısıtlı olmayan her ergin kişi tam ehliyetli sayılmaktadır. Dolayısıyla bu kişilerin kendi adlarına iş akdi yapma yetkileri de bulunmaktadır(4721 m.10).*³⁷² *Türk Hukukunda yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk vb. sebeplerden biriyle temyiz kudretini kaybetmemiş, reşit kişiler iş akdi yapabilirler.*³⁷³

Ehliyet icare akdinin inikad ve nefaz şartları başlığı altında düzenlenmiştir. Tarafların ehliyet sahibi olmalarının, yani akıl ve mümeyyiz olmalarının akdin inikadı için şart olduğu hüküm altına alınmıştır.³⁷⁴ Ehliyete ilişkin şartlarda eksiklik eksikliğin türüne göre akdi tamamen geçersiz kılabilir veya askıda hükümsüz bırakabilir. Örneğin temyiz gücünün olmaması, eksik bulunması veya bir ehliyet arızası sebebiyle ortadan kalkması hallerinde hukuki işlem ehliyeti olmadığından akit geçerli olarak kurulmuş olmaz.³⁷⁵ *Günümüzde de tarafların ehliyeti ile ilgili eksiklikler kesin hükümsüzlük sebebi olarak kabul edilmektedir(6098 m.27).*³⁷⁶ *Ancak ehliyete ilişkin genel kuralların amacı ehliyetsizi korumak olduğundan ehliyetsiz aleyhine sonuç doğuracak şekilde yorum yapılmaması yerinde olur. Bu sebeple yasağa rağmen iş akdi yapan küçüklerin, kadınların ve yabancıların sonuçlar bakımından korunması gereklidir.*³⁷⁷

İş akdi yapacak işçinin tasarruf yetkisine sahip olması veya velisi ya da vasisinin akdi yapması gereklidir.³⁷⁸ Yetkisiz temsilcinin(fuzuli) yaptığı akit yetkili kişinin onayıyla veya yetkili kişinin küçük veya akıl olmaması durumunda veli ya da

³⁷¹ CİN-AKGÜNDÜZ 1996, c.2, s.35 vd.

³⁷² AYDIN, Ufuk, İş Hukuku, Anadolu Üniversitesi Yayını, Eskişehir, 2004, s.24.

³⁷³ UŞAN 2009, s.53.

³⁷⁴ Mecelle m.444; Mecnunun ve gayri mümeyyiz küçüğün çalışma ve çalıştırma üzerine yapacağı akdin batıl olduğu Mecelle’de ifade edilmiştir. Bu örnek kuruluş şartlarının bulunmamasının hükmünün akdin batıl olması olduğunu göstermek amacıyla verilmiştir. Mecelle m.458.

³⁷⁵ AYDIN, Mehmet Akif, Türk Hukuk Tarihi, Beta Yayınları, İstanbul, 1999, s.399 vd.

³⁷⁶ 6098 sayılı kanun, 818 sayılı kanundan farklı olarak “batıl” kelimesi yerine “hükümsüz” kelimesini, “butlan” kelimesi yerine de “kesin hükümsüzlük” ifadesini tercih etmiştir.

³⁷⁷ AKYİĞİT 1990, s.16.

³⁷⁸ Mecelle m.446; FETÂVÂ-Yİ HİNDİYYE, c.9, s.363.

vasinin icazeti ile mevkufen(askıda) kurulur. Gerekli şartları taşıması halinde akit geçerli hale gelir.³⁷⁹

Yetkisiz bir kişinin yaptığı iş akdine sözle veya fiilen icazet vermek mümkündür. İcazet vermeye yetkili kişi sözle icazetini ortaya koyabilir veya ücreti almak suretiyle fiilen akde icazet verebilir.³⁸⁰ *Ayırt etme gücüne sahip ve reşit olmakla birlikte kısıtlanmış olan kişiler vasilerinin izniyle iş akdi yapabilirler.*³⁸¹

Fiil ehliyetini ortadan kaldıran veya daraltan hallere avarız denilmektedir. Bunlar akıl hastalığı, akıl zayıflığı, uyku, baygınlık, sarhoşluk, sefahet, borçluluk, iflas, kölelik ve ölümle sonuçlanan hastalıktır. Bunların bir kısmı doğuştan meydana gelen haller, bir kısmı ise sonradan meydana gelen hallerdir.³⁸²

*Ayırt etme gücüne sahip olmakla birlikte küçüklerin ehliyeti iş akdi yapma yeteneği bakımından sınırlanmıştır. Kadınlar ve yabancılar için de ehliyet farklılıklar içermektedir.*³⁸³ Eski hukukumuzda da küçükler, kadınlar ve yabancılar için ehliyet yönünden farklılıklar bulunmaktadır.

*Yabancılar, küçükler ve kadınlar için getirilen çalışma yasaklarının ehliyet sorunu olup olmadığı konusu tartışmalıdır. Konuyu hak veya fiil ehliyeti kapsamında değerlendirenler olduğu gibi koruma amaçlı olduğunu düşünenler de vardır.*³⁸⁴ *Çalışma yasaklarına bu tartışmalara girilmeden küçükler, kadınlar ve yabancılar hakkındaki başlıklar altında yer verilmiştir.*

2. Küçükler

Küçüklük İslam Hukukunda fiil ehliyeti için aranan akıl, buluğ, rüşt unsurlarından buluğ ile ilgili bulunmaktadır. Mecelle iş akdinin kuruluşunda tarafların akıl ve mümeyyiz olmaları şartını aramıştır. Ancak buluğ akdin inikat ve nefaz şartları arasında yer almamaktadır.³⁸⁵

³⁷⁹ Mecelle m.447; Bu maddeye ilişkin olarak icazet-i akd-i fuzuli muhayyerliği şeklinde bir muhayyerlikten bahsedilmiştir. ALİ HAYDAR, c.1, s.504.

³⁸⁰ BİLMEN 1970, c.6, s.168.

³⁸¹ ALTAN 2004, s.48.

³⁸² KAŞIKÇI 1997, s.211.

³⁸³ TUNÇOMAĞ 1988, s.81.

³⁸⁴ AKYİĞİT 1990, s.15, 16.

³⁸⁵ ALİ HAYDAR, c.1, s.457.

İslam Hukukuna göre yedi yaşından küçük çocuklar veli veya vasileri izin verse bile akit yapamazlar. Yedi yaşından büyük çocuklar ise veli veya vasisinin izni olmasa dahi zararlarına olmayan akit yapabilirler.³⁸⁶ Bir çocuk akil ve balığ olduktan sonra malını dilediği şekilde tasarruf edebilir, yapmış olduğu bütün akitler geçerlidir.³⁸⁷ *Türk Hukukunda ise 18 yaşını doldurmadığı için reşit kabul edilmeyen çocuklar velileri ve vasilerinin izniyle iş akdi yapabilirler.*³⁸⁸

Gayri mümeyyiz bir çocuğun yaptığı iş akdi çocuk işçi de işveren de olsa batıldır.³⁸⁹ Ancak temyiz gücüne sahip bir çocuk velisinden izinsiz de olsa iş akdi yapmışsa geçerli olur ve ücret küçüğe ait olur.³⁹⁰ Mecelle velisinin izni olmadan çalışan bir küçüğün, balığ olduktan sonra, çalışması karşılığında ecr-i misil alacağını ifade etmiştir. Küçüğün ölmesi durumunda varislerinin ecr-i misili işverenden alabileceği maddenin devamında düzenlenmiştir.³⁹¹ *Modern hukukta da ayırt etme gücü olmayan küçüğün yaptığı akit butlan sebebidir; ancak Yargıtay'ın bir İctihadi Birleştirme Kararına göre çocuk veya kadın işçinin yasak olduğu halde bir işte çalıştırılması halinde işçi sayılacağı ve haklardan yararlanacağı hüküm altına alınmıştır. Hükümsüzlük geleceğe yönelik olarak sonuç doğuracak, geçmişe etki etmeyecektir.*³⁹² İslam Hukukunda da iş akdi yapan küçük, akit yapmaya ehil olmadığından ecr-i müsemma yerine ecr-i misil alacaktır. Çünkü akit etkin değildir

³⁸⁶ EKİNCİ, Ekrem Buğra, İslam Fıkında Alışveriş Bilgileri, <http://www.ekrembugraekinci.com/pdfs/beyvesirarisalesi.pdf>, Erişim Tarihi: 25.06.2011, s.30.

³⁸⁷ KAŞIKÇI, s.213.

³⁸⁸ ALTAN, Ömer Zühtü, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, Anadolu Üniversitesi Yayını, Eskişehir, 2004, s.48.

³⁸⁹ Mecelle m.458; Gayri mümeyyiz küçüklerin yaptıkları akitler velilerinin icazeti ile dahi sahih hale gelmezler. ALİ HAYDAR, c.1, s.467; Çocuğun çalışmasından sonra akit tamamen çocuğun yararınadır. İstihsan deliline göre ücret gerekli olur. SERAHSİ, Mebsût, c.16, s.60; BİLMEN 1970, c.6, s.171.

³⁹⁰ FETÂVÂ-Yİ HİNDİYYE, c.9, s.362; ALİ HAYDAR, c.1, s.457; Şafiiler ve bazı Hanbelî hukukçular mümeyyiz küçüğün yaptığı icare akdinin sahih olmayacağı görüşünü dile getirmişlerdir. ŞERİF 1986, s.56.

³⁹¹ Mecelle m.599; Küçüğün veli veya vasisi de balığ olmadan önce küçük adına ücret talep etme hakkına sahiptir. Bu hüküm Mecelle'de Kitâbü'd-Dava içerisinde 1616. maddede düzenlenmiştir. Bu maddede veli veya vasinin küçük yerine davada taraf olabilecekleri ifade edilmektedir. ALİ HAYDAR, c.1, s.580.

³⁹² ÇELİK 2009, s.129.

ve velisinin veya buluğ çağına geldiğinde küçüğün icazeti ile etkinlik kazanır. Bu tür bir akitte çocuğa verilen ecr-i misil tazminat hükmündedir.³⁹³

Modern hukukun çocuğun çalıştırılmasında yaş sınırını esas alan kıstası yerine İslam Hukukunun temyizi esas alan görüşünü daha isabetli bulanlar vardır.³⁹⁴ *Tunçomağ, anne babasının açık izni ile bir meslek veya sanatla uğraşan ya da aile dışında yaşayan küçüğün veli veya vasi izni olmadan iş akdi yapabileceğini; çünkü bu tür bir akitte önceden verilmiş bir icazet söz konusu olduğunu dile getirmiştir.*³⁹⁵

Mümeyyiz küçüğü babası kendi işinde veya başkasının işinde ücretli veya ücretsiz olarak çalıştırma hakkına sahiptir. Babanın çocuğu üzerindeki velayeti kendi üzerindeki velayeti gibi görülmüştür. Dede, vasi ve hâkim de baba hükmünde kabul edildiğinden çocuğu çalıştırabilirler.³⁹⁶ Bir çocuğu babası, dedesi veya vasisinden başkasının ivazsız olarak istihdam etmesi mümkün görülmemiştir. İvazsız bir çalıştırma yapılmışsa çocuk, reşit olduğunda çalışmasının karşılığını istihdam edenden alır. İstihdam edenin yapmış olduğu giyecek, yiyecek masrafları alacağı ecr-i misilden mahsup edilir.³⁹⁷ Ancak çocuk babası, dedesi ve vasisi dışında bir akrabasının himayesinde ise küçüğün yetişmesi için bunların da küçüğü çalıştırmaları mümkün görülmüştür.³⁹⁸

Bir kimse velayeti altındaki bir çocuğu sanat öğrenmesi amacıyla bir usta yanına verebilir. Çıraklık sözleşmesi³⁹⁹ olarak ifade edilen bu akit Türk Hukukunda

³⁹³ Hanefî hukukçulara göre kural olarak menfaat tazmin konusu olmamaktadır. Küçüğün velisinden izinsiz çalışması hali Hanefiler tarafından bu konuda öngörülen üç istisnai halden biridir. KARAMAN 2009, c.2, s.430; Fetâvâyı Hindîyye’de izinsiz çalışan küçüğün işi ifa etmesi durumunda ücrete hak kazanacağı ve bu ücretin kendisine ait olacağı ifade edilmiştir. FETÂVÂ-Yİ HİNDİYYE, c.9, s.362.

³⁹⁴ BARDAKOĞLU 1986, s.192.

³⁹⁵ TUNÇOMAĞ 1988, s.81.

³⁹⁶ BARDAKOĞLU 1982, s.165; Roma Hukukunda da peter familias(aile babası) küçük yaştaki aile evlatlarının çalışmalarını locatio conductio ile vaat etme hakkına sahipti. KARADENİZ 1976, s.153.

³⁹⁷ BİLMEN 1970, c.6, s.210.

³⁹⁸ FETÂVÂ-Yİ HİNDİYYE, c.9, s.362 vd.

³⁹⁹ Çıraklık sözleşmesi, işverenin belirli bir meslek ve sanatı çırağa öğretmesi ve çırağın çalışması halinde ücret ödemesi taahhüdüne karşılık, çırağın da bu mesleği öğrenmesi ve işyeri disiplinine uyması taahhüdünü içeren bir sözleşmedir. Çıraklık sözleşmesinin iş sözleşmesinden farklı kendine özgü bir sözleşme olduğu kabul edilmektedir. UŞAN, M. Fatih, Çıraklık Sözleşmesi, Mimoza Yayınları, Konya, 1994, s.43 vd.

çok eski zamanlardan beri bulunmaktadır ve Mecelle öncesinde Ahilik geleneği içerisinde uygulama alanı bulmuştur.⁴⁰⁰ Bu akitte çocuk işi öğrendikten sonra ustanın veya velinin bir ücret ödemesi kararlaştırılabilir. Ücret konusu belirlenmemişse o bölgenin yerleşik anlayışına göre hareket edilecektir. Akit fasit olduğundan ecri misil ödenmesi gerekir.⁴⁰¹ Mecelle de sanat öğrenmesi için ustaya verilen çocuğun, sanat öğrendikten sonra ücret talep etmesi durumunda beldedeki örf ve âdete göre hüküm verileceğini düzenlemiştir.⁴⁰² Osmanlı uygulamasında meslek öğrenmek amacıyla çalışan çırakların ücret karşılığı çalıştıkları görülmektedir.⁴⁰³ *Günümüzde çıraklık sözleşmesi genellikle iş akdinden ayrı bir akit olarak kabul edilmektedir. Çıraklık sözleşmesinin temel unsuru, çırağa bir mesleğin öğretilmesidir. Çırağa ücret ödemek bu sözleşmenin zorunlu bir unsuru değildir.*⁴⁰⁴ *Yargıtay da sözleşmenin en belirgin özelliğinin bir meslek ve sanatın öğretilmesi olduğunu dile getirmiştir.*⁴⁰⁵ İslam Hukuku bir meslek ve sanatın öğretilmesi dışında bir babanın çocuğunu karşılıksız olarak çalıştırmasını uygun görmemiştir. Ancak ecr-i misilin altında bir ücret karşılığında çocuğun bir işte çalıştırması mümkündür.⁴⁰⁶ *Günümüz hukukunda da anne babanın çocuğun çıkarlarını korumak şartıyla onun adına iş akdi yapma yetkisine sahip olduğu düşünülmektedir.*⁴⁰⁷

İslam Hukukunda küçüğün mutlak zararlı işlerde çalıştırılmayacağı şeklinde genel bir hüküm vardır. İş akdi küçüğün zararına ise velisi izin verse de geçersizdir. Bir işin zararlı olup olmadığı kanunla belirlenemez, somut olaya göre belirlenmelidir.⁴⁰⁸

⁴⁰⁰ UŞAN 1994, s.16.

⁴⁰¹ BİLMEN 1970, c.6, s.210.

⁴⁰² Bu maddenin uygulanmasında Mecelle'nin 36, 37, 43, 44 ve 45. maddelerinden yararlanılabilir. Mecelle m.569; Sanat öğretilmesine ilişkin bir akitte öğretenin ecr-i misile hak kazanacağı şeklinde bir görüş de bulunmaktadır. FETÂVÂ-Yİ HİNDİYYE, c.9, s.476.

⁴⁰³ COHEN 2003, s.4, 5.

⁴⁰⁴ ÇELİK 2009, s.38.

⁴⁰⁵ Yargıtay 10. HD, 20.02.1975, E.1975/321, K.1975/982.

⁴⁰⁶ ALİ HAYDAR, c.1, s.580.

⁴⁰⁷ TUNÇOMAĞ 1988, s.82.

⁴⁰⁸ Maden işleri gibi ağır görünen işlerde zarar getirmeyecek bir iş olabileceği gibi basit görünen işlerde de zarar söz konusu olabilir. Bu sebeple sektörlere göre yasakların konulması yerinde görülmemiştir. AKGÜNDÜZ vdi 1990, s.313.

Temyiz gücüne sahip küçüklerin iş akdi yapabilmelerinin kabul edilmesi küçük işçilerin her türlü işte çalıştırılmalarının İslam Hukukuna uygun olduğu anlamına gelmez. Köleler için söylenmiş olan “Onları güçleri yetmeyen işlerle mükellef tutmayınız.” hadisini⁴⁰⁹ işçilere uygulamak evleviyet ilkesi gereğidir. Bu sebeple maden, ağır sanayi işleri gibi işlerde gençlerin çalıştırılması caiz görülmemiştir.⁴¹⁰ *İş Kanunumuz 14 yaşını doldurmuş ve ilköğretimini tamamlamış olan çocukların kendilerine uygun, hafif işlerde çalıştırılabileceklerini düzenlemiştir. 14 yaşını doldurmuş çocukların çalışabilecekleri işlerin, 18 yaşını tamamlamamış çocuk ve genç işçilerin çalışabilecekleri ve çalışmaları yasak olan işlerin belirlenmesi yönetmeliğe bırakılmıştır (4857 m.71).*⁴¹¹ *Ayrıca 18 yaşını tamamlamamış çocuk ve genç işçilerin yeraltında ve su altında, sanayiye ait gece işlerinde çalıştırılmaları kanunla yasaklanmıştır(4857 m.72 ve 73). Umumi Hıfzısıhha Kanunu’nun 173. ve 176. maddelerinde de çocukların çalışmasına yönelik sınırlamalar getirilmiştir.*⁴¹² *Esasında Umumi Hıfzısıhha Kanunu ile İş Kanununun belli yasaklar getirerek küçükler için bazı iş akitlerini yasaklaması küçüklerin ehliyetini sınırlamamaktadır. Bu sınırlamalar akdin konusuna ilişkindir ve küçükleri korumayı amaçlar.*⁴¹³

3. Kadınlar

İslam Hukukunda kadının fiil ehliyeti tamdır. Kadının taraf olduğu iş akdi de kocasının veya velisinin iznine veya icazetine bağlı olmaksızın geçerlidir.⁴¹⁴ *Modern*

⁴⁰⁹ İBN MACE, Edep 10; MÜSLİM, Yemin 40; TİRMİZİ, İyilikler 29.

⁴¹⁰ ŞAKFE 1968, s.42.

⁴¹¹ Kanun çocukların çalışabilecekleri işlerin ve çalışma koşullarının Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından 6 ay içinde çıkarılacak bir yönetmelikle düzenleneceğini düzenlemiştir. 06.04.2004 tarihinde bu konu hakkında bir yönetmelik Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

⁴¹² 173. maddede on iki yaşından küçük çocukların her türlü sanat müesseselerinde ve maden işlerinde çalışmaları ve on iki ile on altı yaş arası çocukların günde sekiz saatten fazla çalışmaları yasaklanmıştır. 176. maddede ise on sekiz yaşından küçük çocukların bar, kabare, dans salonu, kahve, gazino ve hamamlarda mahalli belediyelerce yasaklanması öngörülmüştür(1593 UHSK m.173, 176). Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu’nun 12. maddesinde de 176. madde benzeri bir düzenleme bulunmaktadır. Bu madde 2002 yılında 4771 sayılı kanunla değiştirilmiştir(2559 PVSK m.12 ve 4771 m.10).

⁴¹³ TUNÇOMAĞ 1988, s.82.

⁴¹⁴ Kadının çalışma yaşamına girmesine ilişkin tartışmalar akit ehliyeti yönünden değildir. Bir takım mahzurları olabileceği gerekçesiyle kadının çalışma yaşamına dâhil olması tartışma konusu olmuştur. AKGÜNDÜZ vdi 1990, s.56.

*hukukta da evli kadınların iş akdi yapma ehliyetleri Medeni Kanun yönünden sınırlanmamıştır.*⁴¹⁵

Kadının çalışması Kuran’da hiçbir ayette doğrudan veya dolaylı olarak yasaklanmamıştır. Çalışma yaşamına ilişkin kadın ve erkeğe ortak hükümler getirilmiştir. Kadının çalışması ile doğabilecek sıkıntılar sebebiyle çalışma hakkını kısıtlamak yerine gerekli ortamı hazırlamanın İslam Hukukuna daha uygun bir yol olduğu kabul edilmektedir.⁴¹⁶

İslam Hukuku kadınlara akit yapma ehliyeti yönünden bir sınır koymasa da akdin konusunun haram olduğu veya harama yol açabileceği durumlarda kısıtlama getirilmiştir.⁴¹⁷ Söz konusu kısıtlamaların iş akdinin kuruluşuna bir etkisi olmayıp, akit söz konusu hallerde yine geçerlidir.⁴¹⁸ Osmanlı Devleti’nde loncalarda erkek üyeler ağırlıkta olsa da loncalarda kadın üyelere de rastlanmıştır.⁴¹⁹

Kadınların sağlıklarına veya ahlaklarına zararlı olan işlerde çalıştırılmaları uygun görülmemiş, yaratılışlarına uygun işlerde çalıştırılmaları gerektiği ifade edilmiştir. Madenler, sanayi işleri, gece çalışmaları kadınlar için uygun görülmemiştir. “Allah hiç kimseye gücünün üstünde sorumluluk yüklemes.” ayeti delil olarak gösterilmiştir.⁴²⁰ *Modern hukukta da kadının çalışabileceği işlere ilişkin bir ayırım yapılmıştır. Kadınların yeraltında ve su altında çalışmaları kanunla yasaklanmıştır(4857 m.72). Kadınların gece işlerinde çalışmalarına ilişkin bir yönetmelik çıkarılacağı da kanunda yer almıştır(4857 m.73). Bu maddeye dayanılarak “Kadın İşçilerin Gece Postalarında Çalıştırılma Koşulları Hakkında Yönetmelik” çıkarılmıştır.*

⁴¹⁵ TUNÇOMAĞ 1988, s.82.

⁴¹⁶ Hanefi hukukçular akitleri kendi içinde değerlendirmiş, akdin sınırları dışında kalan harici şartları ayrı değerlendirmeye tabi tutmuşlardır. Akdin harici şartlardan etkilenmemesi yönünde temayül göstermişlerdir. İslam hukuk metodolojisinde “nehyin hukuki işlemin fasit veya batıl olmasını gerektirip gerektirmeyeceği” tartışılmıştır. BARDAKOĞLU 1990, s.58.

⁴¹⁷ BARDAKOĞLU 1982, s.169.

⁴¹⁸ SERAHSÎ, Mebsût, c.16, s.74.

⁴¹⁹ COHEN 2003, s.178.

⁴²⁰ Bakara(2) 286; ŞAKFE 1968, s.42.

Kadının ücretli doğum izni kullanabileceğini, gece çalışmasının yasaklanabileceğini ifade eden İslam hukukçuları olmuştur.⁴²¹ İslam Hukukunda kadının çalışmasından kaynaklanabileceği düşünülen sıkıntılar çalışmanın kendisinden kaynaklanan sıkıntılar değildir. Kadın ve erkeğin yalnız kalması durumunda kadının çalışmasının uygun görülmemesi kötülüğe açılan yolların kapatılması(sedd-i zerayi) düşüncesiyle getirilmiş bir hükümdür.⁴²²

4. Yabancılar

İslam Hukukunda yabancılar(müste'men), zimmîler ve Müslümanlar arasında akit yapma ehliyeti yönünden bir fark bulunmamaktadır. İş akdinde tarafların Müslüman olmaları şart değildir. Ancak Zimmîlere Müslümanlarla birlikte yaşamalarından dolayı bazı sınırlamalar getirilmiştir.⁴²³ *Günümüzde yabancıların ehliyet durumu Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 9. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre yabancıların hak ve fiil ehliyeti ilgilinin milli hukukuna tabi kılınmıştır(5718 MÖHUK m.9). Türk Hukukunda da konuyu ilgili YİSHK'nin 15. maddesinde yabancılar kanunun kendilerine yasaklamadığı işleri yapabilirler şeklinde bir genel hüküm düzenlenmiştir.*⁴²⁴

Klasik İslam Hukuku kaynakları da gayrimüslimlerle iş ilişkileri başlığında daha çok zimmîlerden bahsetmişlerdir. İş akdi süreklilik gösteren bir akit olduğundan müste'menlerle daha az iş ilişkisine girilmiştir.⁴²⁵ Osmanlı Devleti de ülkede çalışan işçilerin Müslüman veya gayrimüslim Osmanlı vatandaşları olmasını istemiş ve bunu

⁴²¹ AKYÜZ, Vecdi, "Devlet ve İşçi İşveren İlişkileri", Mukayeseli Hukuk ve Uygulama Açısından İşçi-İşveren Münasebetleri, İlmi Neşriyat, İstanbul, 1990, s.199.

⁴²² BARDAKOĞLU 1990, s.58.

⁴²³ BARDAKOĞLU 1982, s.169; ŞERİF 1986, s.74; FETÂVÂ-Yİ HİNDİYYE, c.9, s.363; Gayrimüslimlere güvenilemeyeceği sebebiyle onların abdest, namaz gibi dini konularda istihdam edilmeleri uygun görülmemiştir. "Sizden olmayanları sırdaş edinmeyin; onlar sizi şaşırtmaktan geri durmazlar." ayeti (Âl-i İmrân(3) 118) bu görüşe dayanak gösterilmiştir. SERAHSÎ, Mabsût, c.16, s.81; Bir diğer görüşte müşrikler ile ehli kitap zimmîler arasında da ayırım yapılmıştır. Müşriklerin her yerde istihdamı, kestikleri hayvanların etlerinin yenmemesi gibi sebeplerle, uygun görülmemiş, ehli kitabın istihdamının ise Müslümanlarla aynı olduğu ifade edilmiştir. AKGÜNDÜZ vdi 1990, s.316.

⁴²⁴ TİRYAKİOĞLU, Bilgin, "Türk Hukukunda Yabancıların Oturma ve Çalışma Hakkı", AÜHF Dergisi, S.1-4, c.46, 1997, s.81.

⁴²⁵ BARDAKOĞLU 1990, s.60.

temin etmek için düzenlemeler yapmıştır.⁴²⁶ *Günümüzde de vatandaşlık esasına dayalı bir ayırım bulunmaktadır. Türk Vatandaşlığı Kanunu vatansızları da içine alacak şekilde Türk olmayan kişileri yabancı olarak nitelendirmiştir.*⁴²⁷ *Yabancıların Türkiye’de çalışabilmesi için yapacakları işin kanun yoluyla Türk vatandaşları için saklı tutulmamış olması yanında çalışma vizesi, çalışma izni ve ikamet izni almaları gerekmektedir.*⁴²⁸

Müslüman bir şahsın bir zimmî ile işçi olarak iş akdi yapması mümkün olmakla beraber, Müslüman’ın küçük düşmesi veya İslam Hukukuna aykırı bir iş yapması tehlikelerini taşımaktadır. Bu tehlikelere yol açmayan iş akitleri yapmak mümkündür.⁴²⁹ Şarap taşımak, domuz gütmek gibi fiilleri yapmak suretiyle bir Müslüman’ın bir gayrimüslime iş yapması İslam hukukçularının çoğunluğu tarafından uygun görülmemiştir. Ebu Hanife şarap taşımakla içmenin birbirinden bağımsız fiiller olduğu gerekçesiyle bu tür işleri caiz görmüştür.⁴³⁰ Müslüman’ın bir gayrimüslimi istihdam etmesi ise genellikle caiz görülmüştür. Ancak bazı hukukçular sadece zaruret ve Müslüman işçi bulunmaması hallerinde bunun caiz olduğunu ileri sürmüşlerdir.⁴³¹

Malikilere göre bir Müslüman’ın bir gayrimüslim yanında ecir-i has olarak çalışması veya çocuğunu çalıştırması mekruh görülmüştür. Ecir-i müşterek olarak iş görmesinde ise bir sakınca görülmemiştir.⁴³²

⁴²⁶ Osmanlı Devleti’nin son döneminde çalıştırılan gayrimüslim vatandaşların ve yabancıların çalışma hayatına ilişkin sayısal bilgiler için Bkz. KIRPIK 2004, s.47 vd.

⁴²⁷ İŞTAR, Cengiz, “Türk Hukukunda Yabancıların İş Sözleşmesi Ehliyeti”, Çalışma ve Toplum, S.4/2008, s.189.

⁴²⁸ CİN, Mustafa, “Yabancıların Çalışma İzinleri”, Kamu-İş, c.8, S.3/2005, <http://www.kamu-is.org.tr/pdf/836.pdf>, Erişim Tarihi: 15.06.2011, s.1.

⁴²⁹ Maide Suresi beşinci ayette “Bugün size bütün iyi ve temiz(nimetler) helal kılındı. Ve kendilerine kitap verilenlerin(gayrimüslimlerin) yiyeceği(yani boğazladıkları yahut bütün yemekleri veya ekmek ve yemişleri) sizin için helal olduğu gibi, sizin yiyeceğiniz de onlar için helaldir.” denilmektedir. Bu ayetten gayrimüslimlerle kurulan iş ilişkisinden elde edilen ücretin helal olduğu sonucu çıkarılmaktadır. HALEBÎ, Mültekâ, c.3, s.420, 421; Hz. Peygamber de yaşanan birkaç olayda Müslümanların Yahudilerle ve müşriklerle iş akdi yapmalarına ses çıkarmamıştır. BARDAKOĞLU 1982, s.186,

⁴³⁰ SERAHSÎ, Mebsût, c.16, s.53.

⁴³¹ ÖZTÜRK 1986, s.37.

⁴³² BİLMEN 1970, c.6, s.175.

Müslümanların zimmîleri istihdam etmeleri de zimmîlerin yanında çalışmaları ile aynıdır. Ancak zimmîlerin devlet işlerinde çalışmaları ve kamu hizmetine ilişkin görevlerde bulunmaları sınırlandırılabilmiştir.⁴³³ *Genel olarak bir takım işler ve bazı çalışma alanlarının yabancılar için tamamen yasaklandığı, bazı işlerin ve faaliyet alanlarının ise şartlı olarak yabancılar için açık tutulduğu görülmektedir.*⁴³⁴ Bu konu 4817 sayılı *Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun hükümleri ile düzenlenmiştir. Türkiye'nin taraf olduğu ikili ya da çok taraflı sözleşmelerle aksi öngörülmedikçe yabancıların Türkiye'de bağımlı veya bağımsız çalışmaları izin sistemine bağlanmıştır*(4817 YÇİHK m.4).

G) Akit Serbestisi

1. Genel Olarak

*Akit serbestisi akdin kurulması ve koşullarının belirlenmesinde kişilerin özgür iradeleriyle karar verebilme serbestisidir.*⁴³⁵ Akit serbestisi ilkesi akit kurma, akdin konusunu ve karşı tarafını belirleme gibi hususlarda etkilidir. Bu ilkenin de bir takım sınırları vardır.⁴³⁶ Akit serbestisi hem İslam Hukukunda hem de modern hukukta kabul edilen bir hukuk ilkesidir.⁴³⁷ Akit serbestisinin Roma Hukukunda bulunmadığı ve İslam Hukuku tarafından getirildiği iddia edilmektedir.⁴³⁸ Başgil, Mecelle'nin tüm eski medeni kanunlar gibi iş ilişkilerini düzenlerken liberal bir anlayışı benimsediğini ve taraflara geniş bir akit serbestisi tanıdığını ifade etmiştir.⁴³⁹ *Türk Hukukunda akit serbestisine Anayasa ile teminat sağlanmıştır. Anayasanın "çalışma ve sözleşme hürriyeti" başlıklı 48. maddesinde "Herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme*

⁴³³ BARDAKOĞLU 1982, s.190 vd.

⁴³⁴ TİRYAKİOĞLU, 1997, s.84.

⁴³⁵ KILIÇOĞLU 2008, s.51.

⁴³⁶ ESENER 1969, s.192 vd.

⁴³⁷ BARDAKOĞLU 1982, s.170; Nisa suresinin 4. ve 29. ayetleri aktarılmış ve bu ayetlerin isimli ve isimsiz akitleri kapsadığı ifade edilmiştir. Buna göre Kuran'a ve sünnete aykırı olmayan her akdi yapmak kişiler için mümkün görülmüştür. KARAMAN 1987, s.20.

⁴³⁸ AKGÜNDÜZ vdi 1990, s.312.

⁴³⁹ BAŞGİL 1936, s.5.

hürriyetlerine sahiptir...” denilerek akit serbestisi anayasal güvence altına alınmıştır.

Hukuki eşitlik ilkesi toplumsal ve iktisadi eşitliği sağlayamadığından, kuvvetli olanlar zayıf olanlara iradelerini kabul ettirebilmişlerdir. Bu sebeple modern hukuk işçi, kiracı, tüketici gibi akdin zayıf görünen tarafı lehine akit hürriyetini kısıtlama yoluna gitmiştir.⁴⁴⁰ İslam Hukukunda ise akit serbestisi anlayışı daha geniştir.⁴⁴¹ Mecelle akitten sonra bedelin değiştirilmesi ve yeniden pazarlık yapılması durumunda ikinci akdin geçerli olacağını hüküm altına almıştır.⁴⁴² Bu madde İslam Hukukundaki geniş akit hürriyeti anlayışının bir tezahürüdür. İslam Hukukundaki geniş akit hürriyeti tanıyan bu anlayış zamanla daralmıştır. İş Kanununda “esaslı değişiklik” kavramından bahsedilmiş; ancak bu kavram tanımlanmamıştır. Esaslı değişiklikler işçinin onayı ile yapılabilecektir.⁴⁴³ Birey ve kamu yararına aykırı, adaleti zedeleyen durumlarda sınırlar koyulmuş ve devlete de sınır koyma yetkisi tanınmıştır.⁴⁴⁴ İş Kanunundaki “ taraflar kanunla getirilmiş sınırlamalar saklı kalmak kaydı ile ihtiyaçlarına uygun türde iş akitleri yapabilirler(4857 m.9)” hükmü Türk Hukukunda kanunla sınırlamalar getirildiğini ortaya koymaktadır.

Yapılan akitte tarafların maddi ve manevi bir baskı altında bulunmaları akit hürriyetini zedeler. İşçilerin iş bırakma tehdidi ile işverene baskı kurmaları veya işverenin emek arzının fazlalığı sebebiyle düşük ücretler teklif etmesi İslam Hukukunda doğru bulunmamıştır.⁴⁴⁵ Ancak “borcun oluşması, değişmesi, devri ve yürürlükten kalkması insan iradesi ile dir” şeklindeki felsefi görüş zamanla zayıflamış ve toplumsal sebeplerle birey özgürlüğü daraltılmış, kısıtlanmıştır.⁴⁴⁶ *Batı Hukukunda iş akdinin tarafları olan işçi ve işverenin eşit şartlar altında olmadıkları*

⁴⁴⁰ EREN 1994, s.368.

⁴⁴¹ Ansay, İslam Hukukundaki gerçek akit serbestisi anlayışını yansıttığını iddia ettiği ve Kanun-ı Medeni ve Ukud ve Vacibat Komisyonunda kabul edilmiş olan bir metne yer vermiştir. ANSAY 1954, s.115.

⁴⁴² Mecelle m.439.

⁴⁴³ BULUT, Ali, İş Sözleşmesinde Değişiklik, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2008, s.31 vd.

⁴⁴⁴ KARAMAN, Hayreddin-ŞAFAK Ali, İslam Hukukuna Göre Alışverişte Vade Farkı ve Kar Haddi, İslami İlimler Araştırma Vakfı Yayınları, İstanbul, 1987, s.156.

⁴⁴⁵ ATAY 1979, s.44.

⁴⁴⁶ ÖZDİREK 2010, s.37.

düşünülmüştür. Türk Hukukunda da benimsenen bu görüşün bir sonucu olarak kanun koyucular zayıf olan işçiyi korumak amacıyla akit serbestisini sınırlandırmak veya kaldırmak şeklinde müdahalede bulunmuşlardır.⁴⁴⁷ Kişilerin yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılmayacağı, küçüklerin, kadınların ve bedeni ve ruhi yetersizliği olanların çalışma şartları bakımından özel olarak korunacağı Anayasamızda düzenlenmiştir(Anayasa m.50).

Örf ve âdetin de akit üzerinde etkisi vardır; fakat akit serbestisini kısıtladığı söylenemez. Bir bölgenin örf ve âdetinin getirdiği kurallar akitte geçerli olur. Ancak taraflar aralarında anlaşarak örfün aksine bir akit yaparlarsa akit bu şekilde kurulur, tarafların buna uymaları gerekir.⁴⁴⁸

2. Akit Konusuna İlişkin Sınırlamalar

İslam Hukukunda akdin konusuna ilişkin sınırlamaları konunun mümkün olması ve yasaklanmamış olması şeklinde iki başlık altında inceleyebiliriz. Modern hukukta da konuya ilişkin bu sınırlamaların benzerlerini bulmak mümkündür.

Mecelle akit konusu için imkânsız olmamasını, yerine getirilmesi mümkün bir şey olmasını kayıt altına almıştır.⁴⁴⁹ *Günümüzde de sözleşmenin içeriğinin imkânsız olmaması, emredici hukuk kurallarına veya ahlaka aykırı bulunmaması gerektiği düzenlenmiştir(BK m.19, 20). Kanunun aradığı objektif imkânsızlık halidir ve akdin yapıldığı anda bulunması aranır.*⁴⁵⁰

İslam Hukukuna göre yasaklanmış olan bir işin yapılması caiz görülmemiştir. Cinayet, yaralama, zina, fal bakma gibi İslam Hukukunun yasakladığı fiiller üzerine akit bu sebeple caiz değildir.⁴⁵¹ Başkasına zarar vermek amacıyla birinin istihdam edilmesi caiz değildir.⁴⁵² *Akit serbestisini en çok savunan liberal düşünürler dahi hukuk düzeni veya ahlak kurallarıyla çeliştiği zaman akit serbestisinin*

⁴⁴⁷ ESENER 1978, s.38 vd.

⁴⁴⁸ Örneğin ipliğin terziden olması adettir. Fakat taraflar ipliğin iş sahibinden olacağına ilişkin bir anlaşma yapmışlarsa bu anlaşma geçerli olur. BİLMEN 1970, c.6, s.213.

⁴⁴⁹ Mecelle m.457.

⁴⁵⁰ AKYİĞİT 1990, s.32.

⁴⁵¹ SERAHSÎ, c.16, s.38; FETÂVÂ-Yİ HİNDİYYE, c.9, s.478 vd.

⁴⁵² BİLMEN 1970, c.6, s.170.

sınırlanabileceğini kabul etmişlerdir.⁴⁵³ Borçlar Kanununa göre taraflar bir akdin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içerisinde özgürce belirleyebilirler(6098 m.26). Bu maddeden kanun yoluyla içeriğin sınırlandırılabilceğini; yani mutlak bir özgürlüğün söz konusu olmadığını anlamak mümkündür.

3. Akdin Karşı Tarafını Seçme Hürriyeti

İslam Hukukunda akdin diğer tarafını seçme hürriyeti temel bir hak olarak görülmüş ve bu hakka getirilecek sınırlamalar konusunda çok hassas davranılmıştır. Akit yapma yükümlülüklerine ancak bazı sınırlı durumlarda izin verilebileceğini İslam hukukçuları dile getirmişlerdir.⁴⁵⁴ *Batı Hukukunda İş Hukukunun işçileri koruma özelliği nedeniyle akit serbestisine bir takım sınırlamalar getirilmektedir. Kanundaki emredici hükümlerle veya toplu iş sözleşmeleri aracılığıyla iş akdi yapma yükümlülükleri ya da yasakları düzenlenebilir.⁴⁵⁵ İşten çıkarılanların 6 ay içerisinde aynı nitelikteki işçi alımlarında önceliğe sahip olması(4857 m.29), belli şartlar oluştuğunda özürli ve eski hükümlü çalıştırma zorunluluğu(4857 m.30), işyerinden malulen ayrılanların, maluliyetleri ortadan kalkınca, istemeleri halinde eski işyerlerinde işe girmede önceliğe sahip olmaları(4857 m.30), askerlik ve kanuni ödev sebebiyle işten ayrılanların, ödevleri bitiminde iki ay içinde başvurmaları halinde işe alınmada önceliğe sahip olmaları(4857 m.31), belli koşullar altında işyeri hekimi ve iş güvenliği eleman çalıştırılması(4857 m.81), işçi kuruluşlarında görev yapanların, görevleri son bulduktan sonra üç ay içinde talep etmeleri halinde işe girmede önceliğe sahip olmaları(Sendikalar K. m.29) işverenlere akit yapma zorunluluğu getiren durumlardır. Sayılan hallerde önceliğe sahip olan işçiler işe başladıklarında, işe yeni giren işçilerden farklı tutulmuşlardır. Yeniden işe alınan işçiler önceki çalışma koşullarına ve haklarına sahip olacaklardır.⁴⁵⁶ Modern hukukta mevzuatta yer verilen iş akdi yapma yükümlülüklerinin dayanağı olabilecek hüküm işverenin işi ehil olana verme borcudur. Bir işte çalışmaya ehil olabilecek kişinin o işte tecrübesi*

⁴⁵³ ESENER, Turhan, Borçlar Hukuku I, Ankara, 1969, s.198.

⁴⁵⁴ ÖZDİREK 2010, s.83.

⁴⁵⁵ UŞAN 2009, s.53 vd.

⁴⁵⁶ ÇELİK 2009, s.124.

olan bir işçi olması akla uygundur.⁴⁵⁷ İslam Hukukunda işin ehil olana verilmesi ilkesi bir müeyyideye bağlanmamıştır. Bu sebeple bu alanda yetki kullanılarak hüküm konulması mümkündür.⁴⁵⁸

İslam Hukukunda kadının ev işleri için kocası tarafından istihdam edilmesi, çocukların anne babalarını istihdam etmeleri uygun görülmemiştir.⁴⁵⁹ Ehliyet başlığı altında değindiğimiz gibi yabancılarla yapılacak iş akitleri için de bir takım yasaklar ve sınırlar söz konusu olmaktadır.

İslam Hukukunda da Batı Hukukunda da akdin karşı tarafını seçme hürriyetine bir takım sınırlamalar getirildiği görülmektedir.

4. Zorla Çalıştırma Yasağı

Modern hukukta öngörülen zorla çalıştırma yasağı Anayasamızın 18. maddesinde “zorla çalıştırma yasağı” başlığı altında düzenlenmiştir. Hükümde hiç kimsenin zorla çalıştırılmayacağına yer verilmiştir. Maddenin devamında zorla çalıştırma sayılmayacak haller sayılmış; yani bu yasağın istisnaları belirtilmiştir. İslam Hukukunda da yapılan zorlamanın haklı bir sebebe dayandığı durumlarda, kamu yararı gözetilerek kişinin çalışmaya zorlanması mümkündür. Örneğin vatandaşların çalışmalarına ihtiyaç duyduğu çiftçi, dokumacı, inşaatçı gibi işçiler yöneticiler tarafından çalışmaya zorlanabilir denilmiştir.⁴⁶⁰ *Günümüzde de TİSGLK yoluyla geçici ve sürekli grev yasakları konulmuştur. Sürekli grev yasaklarına ilişkin olarak da 29. maddede yasak öngörülen işler, 30. maddede ise yasak öngörülen işyerleri düzenlenmiştir.*⁴⁶¹

Borcuna karşılık bir kişinin çalıştırılmasını Ebu Hanife ve Ebu Yusuf caiz görmemişlerdir. İmam Muhammed ise kişinin borcunun azalması için

⁴⁵⁷ İş ehline verme hükmünün dayanağı olarak gösterilen ayet “Allah size emanetleri ehline teslim etmenizi ve insanlar arasında hükmettiğinizde adaletle hükmetmenizi emreder” ayetidir. Nisa(4), 58.

⁴⁵⁸ ÖZTÜRK vdi 1986, s.258.

⁴⁵⁹ Karısı tarafından istihdam edilen kocanın dilerse akdi feshetme hakkına sahip olduğu ifade edilmiştir. FETÂVÂ-Yİ HİNDİYYE, c.9, s.435; ÖZTÜRK 1986, s.36.

⁴⁶⁰ Yöneticilerin emsal ücretle bu tür işçileri zorla çalıştırabilecekleri ifade edilmiştir. ŞERİF 1986, s.63.

⁴⁶¹ ALTAN 2004, s.242.

çalıştırılabileceğini ve bu durumda kişiye ücret verilmeyeceğini belirtmiştir.⁴⁶² *Günümüzde hükümlülerin çalıştırılması, borç karşılığı çalıştırma veya herhangi bir sebeple yapılan zorla çalıştırmaların engellenmesi için uluslararası alanda çalışmalar yapılmaktadır.*⁴⁶³ *Ancak Türk Hukukunda 5275 sayılı CGTİHK'in 29. maddesinde hükümlülerin çalıştırılmaları düzenlenmiştir.*⁴⁶⁴

Osmanlı Hukukunda zorla çalıştırma esasını benimseyen düzenlemelere rastlanmaktadır. İşçilerin zorla çalıştırıldıkları alanların başında maden ocakları gelmekteydi.⁴⁶⁵ Ereğli kömür havzasının yönetimine ilişkin çıkarılan 1865 tarihli Dilaver Paşa Nizamnamesi'nde zorla çalıştırma esası benimsenmiştir. Ereğli'nin on dört köyünden yaşları on üç ile elli arasında olan tüm erkeklere ocakta yarım gün çalışma zorunluluğu getirilmiştir.⁴⁶⁶ Bu nizamname Mecelle'nin hemen öncesine rastlamaktadır. Tanzimat döneminden itibaren zorla çalıştırma yasaklanmış ve zorluklara rağmen bu konuda geri adım atılmamaya çalışılmıştır.⁴⁶⁷

Zorla çalıştırma uygulamalarında işçilere ücret ödendiğine her belgede rastlanmamıştır. Ancak bu uygulama bu tür işçilere ücret ödenmesinin genel bir uygulama olmasından ileri gelmiştir.⁴⁶⁸

⁴⁶² FETÂVÂ-Yİ HİNDİYYE, c.9, s.490; Roma Hukukunda kişinin borcuna karşılık çalıştırılması mümkün görülmüştür. Nexum adı verilen hukuki işlemde borçlu alacaklının egemenliği altına girmekte ve borcuna karşılık çalışmaktadır. KARADENİZ 1976, s.118.

⁴⁶³ ILO'nun 1930 yılında kabul ettiği ve Türkiye'de 4333 sayılı kanunla 1998 yılında yürürlüğü kabul edilen "Cebri veya Mecburi Çalıştırmaya İlişkin Sözleşme" konuya ilişkin uluslar arası bir kaynaktır. http://www.ilo.org/public/turkish/region/eurpro/ankara/about/ilo_29.htm, Erişim Tarihi: 08.06.2011; Fair Labor Association(FLA) sosyal şartında da zorla çalıştırmaya ilişkin düzenleme bulunmaktadır.

⁴⁶⁴ HAMURCU, Kürşat, "Türk Hukukunda Hükümlü ve Tutukluların Çalıştırılması", <http://www.iydb.adalet.gov.tr/default.asp?islem=makale>, Erişim Tarihi: 08.06.2011.

⁴⁶⁵ Bunun dışında savaş ve barış döneminde inşaat işleri için zorla çalıştırmaların yapıldığı da görülmektedir. KIRPIK 2004, s.32, 34.

⁴⁶⁶ Dilaver Paşa Nizamnamesi gerekli onayı almadığı için nizamname niteliği kazanamamıştır. Ereğli Maden Havzasını yönetmekle sorumlu Dilaver Paşa tarafından hazırlanan ve onun adıyla anılan bu nizamnamenin bölgede fiilen uygulandığı ifade edilmektedir. DİLİK 1985, s.93; KARAKIŞLA 2007, s.28; KIRPIK 2004, s.34.

⁴⁶⁷ KIRPIK 2004, s.38.

⁴⁶⁸ KIRPIK 2004, s.36.

5. Muhayyerlikler

İslam Hukukunda “tere vvi muhayyerlik” olarak ifade edilen ve akit hakkında daha iyi düşünme ve eksikliği giderip yarar elde etme imkânı veren bir muhayyerlik sınıflandırması mevcuttur.⁴⁶⁹ Ali Haydar Efendi icare akdinde on altı adet muhayyerlik çeşidi bulunduğunu ifade etmiş ve bu on altı muhayyerliği saymıştır. Mecelle’de ise sayılan on altı muhayyerlikten üç tanesine yer verilmiştir. Bunlar şart, rü’yet ve ayb muhayyerlikleridir.⁴⁷⁰

Bunlardan şart muhayyerliği tarafların şart koşarak belli bir süre içerisinde akdi feshetme veya akde onay verme hakkına sahip olmalarını ifade eder.⁴⁷¹ İmameyn, Ahmet bin Hanbel gibi hukukçular bu muhayyerliğin taraflara düşünme fırsatı vermeyi amaçladığını ifade etmişlerdir.⁴⁷² Görüldüğü gibi şart muhayyerliği taraflara akitle bağlı olmadan önce düşünme ve serbest iradeleri ile karar verme imkânı sağlamaktadır.

Ebu Hanife, Züfer ve Şafii görüşüne göre muhayyerlik süresi her durumda üç günü geçemez. Ancak İmam Muhammed, Ebu Yusuf ve Ahmed bin Hanbel’e göre taraflar şart müddetini istedikleri kadar uzatabilirler. İmam Malik ise akdin konusuna ve ihtiyaca göre sürenin belirleneceğini ifade etmiştir.⁴⁷³ Tarafların şart müddetini uzatabileceklerine ilişkin görüş akit serbestisine katkı yapması bakımından diğer görüşlerden önce gelmektedir.

Mecelle muhayyerlik süresinin tarafların anlaşmasından itibaren başlayacağını hüküm altına almıştır.⁴⁷⁴ İslam Hukukunda muhayyerliğin süresinin bilinmesi şarttır.

⁴⁶⁹ APAYDIN, Yunus, “Muhayyerlik”, DİA, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul, 2006, c.31, s.26.

⁴⁷⁰ ALİ HAYDAR, c.1, s.504 vd.

⁴⁷¹ Mecelle m.300; KARAMAN 2009, c.2, s.284.

⁴⁷² ÇEKER 1999, s.82.

⁴⁷³ KARAMAN 2009, c.2, s.285, 286; ŞERİF 1986, s.142 vd.; FETÂVÂ-Yİ HİNDİYYE, c.9, s.391; Muhayyerlik ihtiyaç sebebiyle meşru kılındığından, muhayyerlik süresinin belirlenmesinde de ihtiyaç dikkate alınmalıdır. Bu da akit konusuna göre değişiklik gösterebilir. Muhayyerlik süresi ihtiyaca yetmeyecek bir süre olarak kararlaştırılırsa meşru kabul edilme amacı gerçekleşmeyecektir.

⁴⁷⁴ Mecelle m.501.

Süresi belirli olmayan muhayyerlikler şart koşularak yapılan akitler sahih değildir.⁴⁷⁵ Mecelle de muhayyerlik süresinin belirli olması gerektiğini düzenlemiştir.⁴⁷⁶

Muhayyerlik süresi içerisinde taraflar akitle bağlı olmak istemediklerini bildirebilirler. Muhayyerlik süresinin sona ermesiyle Hanefi, Hanbelî ve Şafii görüşüne göre ise muhayyerlik ortadan kalkar ve akit bağlayıcılığını sürdürür.⁴⁷⁷

III. İŞ AKDİNİN ÖZELLİKLERİ

İş akdi hukuki ehliyet ve eşit haklara sahip iki taraf iradelerinin birleşmesinden doğan bir özel hukuk akdidir. İşverenin gerçek veya tüzel kişi olması hatta devlet olması durumu değiştirmez.⁴⁷⁸ Tarafların iş akdini serbest iradeleri ile yapmaları ve taraflar arasında bir altlık üstlük ilişkisi bulunmaması onun özel hukuk karakterli olduğunu gösteren özelliklerdir.⁴⁷⁹ Mecelle de hükümlerinde ecir ile müstecir arasında altlık üstlük oluşturacak bir düzenlemeye yer vermemiştir. Tarafların anlaşmaları da sıhhat şartları arasında sayılmıştır.

İş akdinin bir diğer özelliği işçinin şahsına bağlı bir akit olmasıdır ki iş akdi bu özelliği ile satım, kira, karz akitlerinden ayrılmaktadır.⁴⁸⁰ İşveren ücret ödeme gibi mameleki bir borç altına giriyor olsa da iş akdinde işçinin şahsı önem taşır. Sadakat, emir ve talimatlara uyma, işçiyi gözetme, eşit işlem gibi bir takım manevi nitelikli borçlar iş akdinin şahsi nitelikli olmasının bir sonucudur.⁴⁸¹ Eski hukukumuzda ise iş akdinin her zaman işçinin şahsına bağlı bir akit olduğu söylenemez. Mecelle'nin "müstecirin ecire bu işi yap demesi ıtlaktır" şeklindeki hükmü bunu ortaya koymaktadır. Maddenin devamında örnekle konu açıklanmıştır. Buna göre işveren işçinin işi şahsen yapmasını istiyorsa bunu açıkça ortaya koymalıdır. İş kimin yapacağı belirtilmeden şu işi yap denirse, akit kişi üzerine yapılmamış sayılır.⁴⁸²

⁴⁷⁵ ELMALILI 1997, c.2, s.276.

⁴⁷⁶ Mecelle m.300.

⁴⁷⁷ İmam Malik'in görüşüne göre muhayyerlik süresi sona erdiğinde eski akit bağlayıcılığını kaybedecektir. ŞERİF 1986, s.149.

⁴⁷⁸ ÇELİK 2009, s.84.

⁴⁷⁹ AYDIN 2004, s.20.

⁴⁸⁰ ÇELİK 2009, s.84.

⁴⁸¹ AYDIN 2004, s.21.

⁴⁸² Mecelle m.573.

*İş akdi borçlandırıcı akitlerdendir. Taraflar arasında bir borç ilişkisi kuran ve en azından bir borç ve alacak doğuran akitler borçlandırıcı akitlerdir.*⁴⁸³ İş akdinin karşılıklı borç doğuran ve bağlayıcı bir akit olması özelliği İslam Hukukunda ve modern hukukta ortak olan bir özelliktir.⁴⁸⁴ *İki tarafa borç yükleyen akitlerde taraflardan her biri diğer tarafın aynı zamanda hem alacaklısı, hem borçlusudur.*⁴⁸⁵ *İşçinin iş görme borcuna karşılık işverenin de ücret ödeme borcu vardır. Tarafların bu temel borçlarının yanında farklı borçları da bulunmaktadır.*⁴⁸⁶ Serahsi de iş akdini karşılıklı bir akit olarak nitelemiştir. Sahip olma ve teslim konusunda bedellerin karşılıklı olma şartının olduğunu ifade etmiş ve menfaatin de ücretin de bizzat akitle elde edilmeyeceğini, işin ifası ile ücrete hak kazanılacağını dile getirmiştir.⁴⁸⁷

İcare akdinin bağlayıcılığına Kadı Şureyh dışında itiraz eden İslam hukukçusu olmamıştır.⁴⁸⁸ Karşılıklı borç doğuran bir akit olması sebebiyle icare akdi bağlayıcı bir akittir. İslam Hukukunda bağlayıcı akitlere lazım akitler denilmektedir. Mecelle lazım akdin tanımını yapmıştır. Buna göre şart, görme ve ayıp muhayyerliklerinin bulunmadığı ve tarafların özürsüz olarak feshedemeyecekleri akitler lazım akitlerdir.⁴⁸⁹ Maide suresinin ilk ayetinde yer alan "...akitleri yerine getirin..." hükmü icare akdinin bağlayıcılığı için de delil olarak gösterilmiştir.⁴⁹⁰ "Şüphesiz ki satım akdi ya anlaşma veya muhayyerlik yolu ile olur. Müslümanlar koşullarına bağlıdırlar." şeklindeki hadis de satım akdinde olduğu gibi kira akdinde de

⁴⁸³ EREN 1994, s.268.

⁴⁸⁴ BARDAKOĞLU 1982, s.159; Karaman, bağlayıcılık bakımından akitleri dört grupta ele almıştır. Birinci grup taraflar için bağlayıcı olup, karşılıklı anlaşma ile dahi sona erdirilemeyen akitlerdir. İkinci grup taraflar için bağlayıcı olmakla birlikte karşılıklı anlaşma(ikale) yolu ile sona erdirilebilen akitlerdir. İş akdi de bu ikinci grup içinde yer alan akitlerdendir. Üçüncü grup akitler taraflardan yalnız birini bağlayan akitler, dördüncü grup akitler ise taraflar için bağlayıcı olmayan akitlerdir. KARAMAN 2009, c.2, s.56, 57.

⁴⁸⁵ EREN 1994, s.273.

⁴⁸⁶ ÇELİK 2009, s.85.

⁴⁸⁷ SERAHSÎ, Mebsût, c.15, s.153, 154.

⁴⁸⁸ Kadı Şureyh icare akdini bağlayıcı görmemiştir; çünkü icare akdi ihtiyaç sebebiyle kurulan bir akittir. İhtiyaç ortadan kalktığında tarafların bununla bağlı tutulmasını anlamsız görmüştür. Bağlayıcı kabul edenler ise icare akdinin bedelli bir akit olmasını gerekçe göstermiştir. Akdin taraflarını korumak amacıyla bağlayıcı olduğu kabul edilmiştir. Aksi takdirde tarafların adil bir şekilde korundukları söylenemez. SERAHSÎ, Mebsût, c.15, s.109.

⁴⁸⁹ Mecelle m.406.

⁴⁹⁰ Mâide(5) 1; İBN RÜŞD, Bidâyetü'l-Müctehid, c.3, s.323; ŞERİF 1986, s.415.

muhayyerlik koşulu ileri sürülmediğinde akdin bağlayıcı olduğunu göstermektedir.⁴⁹¹ Mecelle'nin külli kaideleri içerisinde de mümkün olduğu kadar şartlara riayet edilmesi ve şartların yerine getirilmesi gerektiği hüküm altına alınmıştır.⁴⁹² İş akdinin bağlayıcı bir akit olarak kurulabilmesi için kurucu şartlarda bir eksiklik olmaması ve ayrıca akdin şart ve görme muhayyerlikleri olmadan kurulmasıyla mümkündür.⁴⁹³ Akitlerde bağlayıcılığı kaldıran haller fesad, ikrah ve muhayyerlik halleri olarak ifade edilmiştir.⁴⁹⁴

*İş akdi sürekli akitlerdendir. İş akdinde işin yapılması bir anda olmayıp az çok devam eden bir süreyi gerektirmektedir. Sürenin belirli, belirsiz ya da sürekli, süreksiz olması iş akdinin sürekli olmasını değiştirmez.*⁴⁹⁵ *Tarafların taahhüt ettikleri edimler bir kez ifa edilmekle sona ermemekte, akitle yüklenmiş oldukları çeşitli borçları yerine getirmeleri kısa veya uzun bir sürede gerçekleşmektedir.*⁴⁹⁶ *Taraflar üstlenmiş oldukları asli edimleri akit sona erinceye kadar ifa etmeye devam ederler.*⁴⁹⁷ İbni Teymiyye ve İbni Kayyım gibi İslam hukukçuları iş akdinin sürekli olmasına vurgu yapmışlar ve sürekli yenilenen değerler ortaya çıktığını ifade etmişlerdir.⁴⁹⁸

*Akdin kurulması ve sonuçlarını meydana getirmesi için sadece tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları yeterli olduğundan iş akdi rızai akitlerdendir.*⁴⁹⁹ İslam Hukukuna göre de bazı akitler sadece rıza ile kurulabilirken, bazı akitlerin kurulabilmesi için insanın hem iradesi hem rızası gereklidir. İş akdi rıza şartı olan akitlerdendir. Geçerliliği için rıza şartı olan akitlerde tarafların iradelerini

⁴⁹¹ ZEYLAÎ, Nasbu'r-Râye, 4/3; SERAHSÎ, Mebsût, c.16, s.1.

⁴⁹² Mecelle m.83.

⁴⁹³ BARDAKOĞLU, Ali, "Hizmet Akdinin Feshi ve Sonuçları", Mukayeseli Hukuk ve Uygulama Açısından İşçi-İşveren Münasebetleri, İlmi Neşriyat, İstanbul, 1990, s.69.

⁴⁹⁴ ÖZDİREK 2010, s.239.

⁴⁹⁵ ÇELİK 2009, s.85.

⁴⁹⁶ AYDIN 2004, s.20.

⁴⁹⁷ EREN 1994, s.276.

⁴⁹⁸ ŞERİF 1986, s.39, 40.

⁴⁹⁹ EREN 1994, s.280..

zımnen beyan etmeleri yeterlidir.⁵⁰⁰ Mecelle'nin 433. maddesi iş akdinin rızai bir akit olduğunu göstermektedir.

IV. İŞ AKDİNİN TÜRLERİ

A) Genel Olarak

Modern hukukta tarafların ihtiyaçlarına uygun türde iş akitleri düzenleyebilecekleri(4857 m.9) hükmünün sonucu olarak farklı türlerde iş akitleri oluşmuştur. Hem İslam Hukukunda hem de modern hukukta geçerli bir ilke olduğunu daha önce ifade ettiğimiz akit serbestisinin de bir sonucu olarak taraflar genel inikat şartlarını taşıyan çeşitli türde akitler kurabilmişlerdir. İslam Hukukunda isimli ve isimsiz akitlerin kurulması mümkün görülmüştür.⁵⁰¹

B) Sürekli – Süreksiz İş Akitleri

Nitelikleri bakımından en çok 30 işgünü süren işlere süreksiz iş, 30 günden fazla süren işlere ise sürekli iş denilmektedir(4857 m.10). İslam Hukukunda ve Mecelle'de İş Kanunumuzda yer aldığı gibi bir sürekli-süreksiz iş akdi ayrımına yer verilmemiştir. Ancak niteliği gereği ecir-i müşterek ile yapılan iş akitlerinin genellikle süreksiz iş akdi olduğu, ecir-i has ile yapılan akitlerin ise daha çok sürekli iş akitleri içerisinde yer alacağı söylenebilir.

C) Belirli Süreli – Belirsiz Süreli İş Akitleri

Sürenin belirli olması gerektiği Mecelle'de ifade edilmiş,⁵⁰² menfaatin belirlenmesi sıhhat şartları içerisinde yer aldığından, sürenin belirli olması da sıhhat şartı haline gelmiştir. *Ancak bu belirlilik günümüzdeki anlamıyla belirli süreli iş akdinin tam karşılığı değildir.* “Ayın birazı geçmişken kaç aylık olduğu belirtilmeden aylık ücret belirlenerek kurulan akitte...”⁵⁰³ şeklindeki Mecelle hükmünde belirsiz süreli bir iş akdinin kurulmasından bahsedilmektedir. *İş ilişkisinin bir süreye bağlı*

⁵⁰⁰ AKGÜNDÜZ vdi 1990, s.313.

⁵⁰¹ KARAMAN 1987, s.20.

⁵⁰² Mecelle m.484.

⁵⁰³ Mecelle m.491; BİLMEN 1970, c.6, s.194.

olarak yapılmadığı halde akit belirsiz süreli sayılır(4857 m.11) şeklindeki iş kanunu hükmünde bahsedilen de bu tür bir akittir. Belirli süreli iş akdi ise iki şekilde karşımıza çıkabilir. Birincisi akdin belirli bir süre için kurulması, ikincisi ise belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkarılması gibi koşullardır(4857 m.12). Ecir-i müşterek ilişkisine konu olan akitler bu anlamda belirli süreli akitlerdir.

Uygulamada daha çok görülen belirsiz süreli akitler, kimse belirsiz bir süre ile bağlanamaz düşüncesi ile tek taraflı fesih hakkını bünyelerinde bulundurmaktadır. Ancak tek taraflı fesih hakkı iş güvencesi ilkesine aykırı düştüğünden feshi ihbar kurumu oluşturulmuştur. Taraflardan birisi kanunda yazılı feshi ihbar süresine uymak koşuluyla, akdi tek taraflı olarak feshedebilecektir.⁵⁰⁴ Mecelle de belirsiz süreli olarak kurulan iş akitlerinde feshi ihbara ilişkin bir düzenlemeye yer vermiştir. Buna göre taraflar iş akdini her ayın ilk gecesi ve günü fesih hakkına sahiptirler. İlk gecedan sonra fesih hakkı ortadan kalkar. Taraflardan biri akdi başka bir günde feshettikleri takdirde akit ay sonuna kadar devam eder, ayın sonunda münfesi olur. Belli bir sürenin ücreti peşin olarak verilmişse, taraflar bu süreye ilişkin olarak fesih hakkını kullanamazlar.⁵⁰⁵

D) Deneme Süreli İş Akdi

İş akdi türlerinden bir tanesi de tarafların akdi kurarken birbirlerini denemeleri için belirli süre kararlaştırmalarıdır.⁵⁰⁶ İslam Hukukunda da taraflar için benzer şekilde muhayyerlikler söz konusudur. Taraflardan biri veya ikisi belirli bir süre içerisinde akdi feshetmek veya onay vermek hakkına sahip olarak akit kurabilirler.⁵⁰⁷ Şart muhayyerliğinin icare akdi için caiz olup olmadığı konusunda İslam hukukçuları ittifak etmiş değillerdir. İcare akdi için muhayyerliği bazı hukukçular kesin olarak yasaklarken, bazıları kesin olarak onay vermiş, bazıları ise

⁵⁰⁴ ESENER 1978, s.217.

⁵⁰⁵ Mecelle m.494.

⁵⁰⁶ ÇELİK 2009, s.101.

⁵⁰⁷ Bu seçimlik hakka şart muhayyerliği denilmektedir. Şart muhayyerliği, taraflardan birinin veya her ikisinin, akdi muayyen bir müddet içerisinde feshetmeleri veya icazetle vermeleri hususunda takdir yetkisine sahip olmalarıdır.

icare akdinin türüne göre bir ayrıma gitmiştir. Hanefi ve Maliki hukukçular icare akdinin muhayyerlik şartı ile kurulmasını mutlak olarak caiz görmüşlerdir.⁵⁰⁸

Muhayyerlik hakkına sahip olan taraf akdi dilerse fesheder, dilerse akde onay verir, karşı tarafa ulaşmasına veya hâkim kararına gerek yoktur.⁵⁰⁹ Tarafların bu tür bir akdi üçüncü bir kişinin de feshedebileceğini kararlaştırmaları mümkün görülmüştür. Tarafların fesih ve icazet iradelerini aynı anda açıklamaları durumunda fesih iradesine üstünlük tanınır.⁵¹⁰ Şerif bu seçimlik hakkın deneme süreli iş akdine benzetilmesini yanlış bulmaktadır. Bardakoğlu buna gerekçe olarak muhayyerlik süresince tarafların akdin ifa edilmesini isteyemeyeceğini, tarafların akdin gereklerini yerine getirmeye başladıklarında bunun fiili icazet anlamına geleceğini, bu takdirde de muhayyerlik hakkının ortadan kalkacağını ileri sürmüştür.⁵¹¹ Yani şart muhayyerliğinde seçme hakkı akde devam etmeye ilişkin değil, akde başlayıp başlamamaya ilişkindir.⁵¹²

Deneme süreli iş akdine benzerliği üzerinde çok durulmamış olsa da görme(rü'yet) muhayyerliği aynı amacı taşıyan bir muhayyerliktir. Akdin konusunu gördükten sonra tarafın sahip olduğu akdi feshetme veya akde devam etme şeklindeki seçimlik haktır.⁵¹³ Görme muhayyerliğinin meşruiyeti sünnet kaynaklıdır. “Görmediği malı satın alan kimse görünce muhayyerdir” hadisi görme muhayyerliği için delil teşkil etmiştir.⁵¹⁴

⁵⁰⁸ SERAHSÎ, Mabsût, c.15, s.214; FETÂVÂ-Yİ HİNDİYYE, c.9, s.390 vd; ŞERİF 1986, s.139 vd; Şafiiler şart muhayyerliğini akdin muayyen bir amel üzerine kurulması durumunda kabul etmişlerdir. Şahıs üzerine veya süre üzerine kurulan iş akitlerinde caiz görmemişlerdir. Hanbelîler ise muhayyerlik süresi ile akit süresi iç içe girdiğinde muhayyerlik caiz olmaz demişlerdir. BARDAKOĞLU 1990, s.69.

⁵⁰⁹ Ebu Hanife'ye ait olan yukarıdaki görüşe karşın İmameyn akitten dönmek için karşı tarafın huzurunda iradenin ortaya konması gerektiğini ileri sürmüşlerdir. BİLMEN 1970, c.6, s.217; KARAMAN 2009, c.2, s.237.

⁵¹⁰ Fesih veya icazet iradelerinin sözle ortaya konulması mümkün olduğu gibi fiilen ortaya konulması da mümkündür. BİLMEN 1970, c.6, s.217.

⁵¹¹ ŞERİF, Şeref bin Ali, el-İcâretü'l-Varide 'ala 'Ameli'l İnsan, Cidde, 1980, s.122 vd, Aktaran: BARDAKOĞLU 1983, s.175; BARDAKOĞLU 1990, s.70.

⁵¹² BARDAKOĞLU 1990, s.70.

⁵¹³ Mecelle m.320.

⁵¹⁴ ZEYLAÎ, Nasbu'r-Râye, 4/9.

Görme muhayyerliğinde amaç akit konusu hakkında bilgi sahibi olmaktır. Bu da akdin konusuna göre değişmektedir.⁵¹⁵ İş akdinde konu işçinin çalışması olduğundan, görme muhayyerliği için işverenin işçinin çalışması hakkında bilgi sahibi olması gereklidir. Bunun için de işverenin uygun bir süreye ihtiyacı vardır. Mecelle işveren için görme muhayyerliği olduğunu düzenlemiştir.⁵¹⁶ İşçi için hangi hallerde görme muhayyerliğinin olduğunu düzenleyen hükümden bu hakkın işçi için de söz konusu olduğu anlaşılmaktadır.⁵¹⁷

Deneme süreli iş akdi tarafların anlaşması ile ortaya çıkar ve süresi en çok iki ay olabilir, bu sürenin toplu iş sözleşmesi ile dört aya uzatılması mümkün kılınmıştır(4857 m.15). İş kanununda deneme süreli iş akdi için azami süreler öngörülmuş olmakla birlikte bu sürelerin uygulama alanı bulabilmesi için tarafların deneme süresi kararlaştırılmış olmaları gerekmektedir. Görme muhayyerliği ise iradi değil hükmi bir muhayyerlik olduğundan tarafların anlaşmasına gerek olmadan kendiliğinden vardır. Muhayyerlik süresi tarafların görmesine kadar devam edecektir.⁵¹⁸

İslam Hukukunda taraflara her zaman akdi feshetme hakkı verildiğinden günümüzdeki deneme süreli iş akitlerinin öngörülmediği ileri sürülmüştür.⁵¹⁹ Muhayyerlik ileri sürülen bir akitle muhayyerlik olmayan bir akit arasındaki fark tarafların tazmin yükümlülüğünde ortaya çıkabilir. *Modern hukukta da deneme süresinde akit sona erdirildiğinde feshi ihbar süresi ve tazminat söz konusu değildir(4857 m.15).*

E) Takım Sözleşmesi

İş Kanununda birden çok işçinin oluşturduğu bir takımı temsilen bir işçi ile yapılan sözleşme takım sözleşmesi(4857 m.16) olarak tanımlanmıştır. İşe başlayan her bir işçi ile işveren arasında takım sözleşmesinde belirtilen şartlarla bir akit

⁵¹⁵ Binek hayvanı için binmek, bal için tatmak, ev için evi gezmek görme muhayyerliği için gereklidir. ÇEKER, Orhan, İslam Hukukunda Akitler, İttifak Holding A.Ş. Yayını, Konya, 1999, s.84.

⁵¹⁶ Mecelle m.507.

⁵¹⁷ Mecelle m.512, m.513.

⁵¹⁸ APAYDIN, Muhayyerlik, s.29.

⁵¹⁹ AKGÜNDÜZ vdi 1990, s.320.

kurulmuş sayılır(4857 m.16). Günümüz hukukunda takım sözleşmesi adıyla bu tür sözleşmeler yapılmaktadır. Mecelle’de açık olarak takım sözleşmesinden bahsedilmemiştir; ancak Mecelle iki kişinin ortak menfaatlerini üçüncü bir kişiye kiralayabileceklerinden bahsetmiştir.⁵²⁰ Burada kıyas yoluyla işçilerin de ortak emeklerini bir işveren ile iş akdine konu edebilecekleri sonucuna ulaşılabilir. Bir işverenin birden fazla işçiyi istihdam ettiği bir durumda işçilerden biri herhangi bir sebeple çalışmаса işçilerin ortak hareket edip etmediklerine bakılır. İşçiler ortak hareket ediyorsa çalışmayan işçiye de ücreti ödenir, ortak hareket etme niyetleri yoksa çalışmayan işçi ücret alamaz denmiştir.⁵²¹ İşçilerin işin görülmesi sırasında birbirlerinden farklı oranlarda çalışmaları da ücreti etkilemez. Çünkü işçiler yaptıkları işin farklı olabileceğini bilerek işi kabul etmişlerdir.⁵²²

Ayrıca Mecelle’nin 1459. maddesinde icar ve isticar muamelelerinde bir kimsenin bizzat yapabileceği hususlarda, hakkın ifa ve istifası konusunda başkasını vekil tayin edebileceği hükmüne yer verilmiştir.

F) Tam Süreli – Kısmi Süreli İş Akitleri

Mecelle’nin bir diğer hükmünden kıyas yoluyla günümüzde yaygınlığı bulunan kısmi çalışma, part time çalışma şeklindeki akit türlerine ulaşmak mümkündür. Hükme göre “Bir şeyi iki kişiye icar etmek caizdir...”. Buna göre bir işçinin emeğini birden fazla iş akdine konu etmesi mümkündür. Hükümün devamından her bir işverenin ücretin kendi payına düşen kısmını ödeyeceği anlaşılmaktadır.⁵²³ *İş kanunumuzda tam süreli, kısmi süreli iş akdi ayrımı yapılmıştır. Normal çalışma süresine göre önemli ölçüde az olan bir süreye ilişkin yapılan akit kısmi süreli iş akdidir. İşçi çalışma süresi oranında ücretten pay alacaktır(4857 m.13). Mecelle’nin 585. maddesinden işçinin çalışma süresi oranında ücret alacağı sonucuna*

⁵²⁰ Mecelle m.431; İslam Hukukuna göre bir topluluğun dahi bir iş için birlikte istihdam edilmeleri mümkündür. Bu durumda ücret çalışanlar arasında eşit olarak dağıtılır. Çalışanların az veya çok çalışmaları ücret dağılımında dikkate alınmaz. FETÂVÂ-Yİ HİNDİYYE, c.9, s.500.

⁵²¹ SERAHSÎ, Mebsût, c.16, s.70; ALİ HAYDAR, c.1, s.428.

⁵²² SERAHSÎ, Mebsût, c.16, s.70.

⁵²³ Mecelle m.432.

ulaşılabilir.⁵²⁴ *İş Kanununda yer verilen çağrı üzerine çalışma kısmi süreli bir iş akdidir. Çağrı üzerine çalışmada işçi çalıştırılsın ya da çalıştırılmasın ücrete hak kazanır(4857 m.14).*

*Kısmi çalışma ilgili getirilen sınır işçinin farklı işlerdeki toplam çalışma süresinin kanunda belirtilen azami çalışma sürelerini aşmaması gerektiğidir.*⁵²⁵

İşverenden habersiz birden fazla işte çalışan işçi iş sonunda her iki işverenden de ücretini tam olarak alabilir; ancak bu çalışma sebebiyle bir zarara sebep olmuşsa bu zarar ücretinden düşölür. Haberi olursa ikinci akdi feshedebilir.⁵²⁶

Kitâbü'l-İcarât'da menfaatin bölünmesi olarak ifade edilen muhayee,⁵²⁷ asıl olarak Kitabül Şirket içerisinde bir fasılda düzenlenmiştir. Muhayyee'nin türlerinden bir de zamanen muhayeedir. Yani menfaatten sıra ile yararlanmayı ifade eder.⁵²⁸ Kısmi süreli, part time çalışmaların da muhayee ile benzer yönleri bulunmaktadır. Bu tür çalışmalarda birden fazla işverenin bir işçiden farklı zamanlarda menfaat elde etmeleri söz konusu olmaktadır.

G) Geçici (Ödünç) İş İlişkisi

*İki tarafa borç yükleyen bir akit olan iş akdine kimi zaman üçüncü kişilerin geçici olarak dâhil olması mümkündür. Geçici iş ilişkisi kavramı 4857 sayılı kanunda yer verilerek İş Hukuku içinde düzenlenen yeni bir kavramdır.*⁵²⁹ *İşverenin işçiyi holding bünyesinde veya aynı şirket topluluğuna bağlı başka bir işyerinde ya da yapmakta olduğu işe benzer işlerde çalıştırılmak koşuluyla başka bir işverene iş görme edimini gerçekteştirmek üzere geçici olarak devrettiğinde geçici iş ilişkisi kurulmuş olur. Devir sırasında işçinin yazılı rızasının alınması şart koşulmuştur(4857 m.7).*

⁵²⁴ 585. maddede bir evin kiralanıp içindeki bir odanın kiralanmaması durumunda o odanın ücretinin düşölceği düzenlenmiştir. Hükümü süre ile yapılan çalışmalar için yorumlarsak çalışılmayan sürenin ücreti toplam ücretten düşölcektir. Yani kısmi ücret ödenecektir.

⁵²⁵ CENTEL, Tankut, Kısmi Çalışma, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1992, s.62.

⁵²⁶ ALİ HAYDAR, c.1, s.424.

⁵²⁷ Mecelle m.419

⁵²⁸ Mecelle m. 1174–1191.

⁵²⁹ AYDIN 2004, s.25.

Ödünç iş ilişkilerinin 19. yüzyılın ortalarında ortaya çıktığı iddia edilmektedir. Konuya ilişkin verilen en eski örnek 1837 yılına aittir. Almanya'da Berlin Makine Fabrikasında Prusya ordusundan askerlerin ödünç işçi olarak alınması söz konusudur. Günümüz ödünç verme hallerinden farklı yönleri olmakla birlikte kurumun ilk örneği budur.⁵³⁰

Geçici iş ilişkisi uygulamasıyla ilgili olarak İslam Hukukunda açık bir hüküm bulunmamakla birlikte kira akdinde bir kişinin kiraladığı şeyi başkasına kiraya vermesi mümkün görülmüştür. Serahsî bunu alt kira başlığı ile ele almıştır. Hükümü kıyas yoluyla iş akitleri için uyguladığımızda istihdam edilen işçinin başka bir işverenin emrine verilmesi mümkün görünmektedir.⁵³¹

Alt kira akdinde kiralayanın(işveren) daha fazla ücret alıp alamayacağı tartışılmış, bazı hukukçular uygun görmüş bazıları ise fazla ücreti onaylamamıştır. Serahsî, fazlalık meydana getiren kişinin fazla ücret alabileceği görüşünü dile getirmiştir. İmam Şafii her durumda fazla ücretin helal olduğu görüşündedir.⁵³² Ali Haydar Efendi de müstecirin daha fazla ücret alabileceğini dile getirmiştir.⁵³³ Alt işveren sözleşmesinde asıl işverenin fazla ücret almasını aracılık ücreti ile açıklamak mümkündür. Asıl işveren işçilere ücretlerini her zaman ödeyerek riziko üstlenmiş bulunmaktadır. Hanefî hukukçular riziko üstlenilmeden elde edilen karı Hz. Peygamber yasakladığı için fazla ücrete karşı çıkmışlardır.⁵³⁴ *Günümüzde geçici işçi verme kazanç amacıyla yapılıyorsa; yani işçi verilmesi meslek edinilmişse gerçek olmayan ödünç iş ilişkisi, meslek edinilmemiş şekilde işçi veriliyorsa gerçek ödünç iş ilişkisi söz konusu olmaktadır.⁵³⁵*

Mecelle'nin 586. maddesini geçici iş ilişkisinin dayanağı olarak görmek mümkündür. Bu madde genel olarak kira akdine ilişkin olmakla birlikte işçi işveren

⁵³⁰ AKYİĞİT, Ercan, Teori ve Uygulama Bakımından Hizmet Akdinin Kesin Hükümsüzlüğü ve İptal Edilebilirliği, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1990, s.14, 15.

⁵³¹ SERAHSÎ, Mabsût, c.15, s.108, 186.

⁵³² SERAHSÎ, Mabsût, c.15, s.108, 186.

⁵³³ ALİ HAYDAR, c.1, s.567, 568.

⁵³⁴ SERAHSÎ, Mabsût, c.15, s.186, 202.

⁵³⁵ ZENGİN, Arzu, Geçici İş İlişkisi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2008, s.35, 36.

ilişkilerine de uygulanabilir.⁵³⁶ Ancak Mecelle'nin hükümlerinden işçinin rızası ile alt işveren sözleşmesi kurulmasının mümkün olabileceği sonuçlarına ulaşılmaktadır. İşçinin rızası olmadan başka bir işverenin emrine verilmesi söz konusu olamaz.⁵³⁷ *İş Kanunumuz da geçici iş ilişkisinde devir sırasında işçinin yazılı rızasının alınmasını şart koştur(4857 m.7).*

⁵³⁶ Hükümde gelir getiren şeyin teslim alınmadan önce başkasına kiralanması mümkün görülmüştür.

⁵³⁷ Mecelle'nin 427. maddesini ve icare-i uruz faslındaki 536. maddeyi alt işveren sözleşmesinde işçinin izninin gerekli olduğu konusunda delil gösterebiliriz.

İKİNCİ BÖLÜM:

İŞ AKDİNDE TARAFLARIN BORÇLARI

I. İŞÇİNİN BORÇLARI VE İŞVERENİN HAKLARI

İslam Hukukunda akit yapıldığı zaman taraflara yüklenen hak ve sorumluluklara akdin muktezası denmektedir. İslam hukukçuları her akdin taraflara yüklemiş olduğu borçları tespit etmişlerdir. Akdin gerektirdiği bu borçlar taraflar şart koşmasa da bağlayıcıdır.⁵³⁸ İş akdinin bir sonucu olarak da taraflar akitle birlikte bir kısım borçları yüklenmiş olurlar. Bir taraf için hak söz konusu olduğunda diğer taraf için borç söz konusu olmaktadır. *Borçlar Kanununda işçinin borçları bizzat çalışma, özen ve sadakat, teslim ve hesap verme, fazla çalışma, düzenlemelere talimatlara uyma ve zararlarından sorumlu olma şeklinde sıralanmıştır(6098 m.395–400).*

İş akdinde tarafların borçları akitten, örf ve adetten, mevzuattan ve günümüzde bunlara ek olarak toplu iş sözleşmesinden kaynaklanıyor olabilir. Mecelle'den günümüze bu kaynakların ağırlığı değişmiştir.

A) İşi İfa Borcu

İşi ifa borcu iş akdinde işçinin temel borçlarından biridir. Bu borcun temel borç olma niteliği hem eski hukukumuzda hem de günümüz hukukunda aynıdır. *Günümüz hukukunda iş akdinde işçinin bu temel borcuna ilişkin olarak İş Kanununda hüküm azdır, bu sebeple bu borca ilişkin olarak Borçlar Kanunu hükümleri dikkate alınır.*⁵³⁹

*İşçi, yapacağı iş tam olarak belirlenmişse sadece belirlenen işi, akitte belirli bir iş veya meslek belirtilmişse meslekle ilgili işverenin istediği işleri, vasıfsız, genel bir işten bahsedilmişse hakkaniyet ölçüleri içerisinde işverenin uygun göreceği her işi yapma borcu altındadır.*⁵⁴⁰ Eski hukukumuzda da ifa borcunun belirlenmesinde akitte belirlenen şartlar önemlidir. İşçi için şart kılınmayan şeylerde ise örf ve adet

⁵³⁸ ÖZDİREK 2010, s.190, 191; Taraflar bir akit üzerinde anlaştıkları zaman o işle ilgili her şey akitte belirtilmemişse de muhtevaya dâhildir. Bu konuda örf ve adet de dikkate alınır. FETÂVÂ-Yİ HİNDİYYE, c.9, s.496.

⁵³⁹ ÇELİK 2009, s.130.

⁵⁴⁰ EKONOMİ 1986, s.116.

uygulanarak ifa borcunun sınırları belirlenir.⁵⁴¹ Genel veya özel, yerleşmiş bir âdetin bir hükmü ortaya çıkarmak için kullanılabileceği Kavaid-i Külliye içinde düzenlenmiştir.⁵⁴² İşi ifa borcu ücret borcuna karşılıktır ve ücret borcu işin ifa edilmeye başlanmasından itibaren geçerli olur. İşçi emeğini teslim etmeden akit sona ererse ücrete hak kazanamaz. Çalışmak için hazır bulunmadan iş süresinin geçmesi durumunda işçi ücrete hak kazanamayacaktır.⁵⁴³ *İş Kanununda ücreti, ödeme gününden itibaren yirmi gün içinde, zorlayıcı bir neden olmaksızın ödenmeyen işçinin iş görme borcunu yerine getirmekten kaçınabileceği hüküm altına alınmıştır(4857 m.34).*

İşi ifa borcunun kapsamında şahsen ifa borcu, özen ve sadakat borcu, işi vaktinde teslim borcu gibi borçlar bulunmaktadır.

1. Şahsen İfa Borcu

Şahsen ifa konusunda eski hukukumuzdaki anlayış ile günümüz hukukundaki anlayış birbirine benzemekle birlikte farklılıkları da bulunmaktadır. Şahsen ifayı gerektiren haller ve gerektirmeyen haller eski hukukumuzda ve günümüzde benzer niteliktedir.

Konuya ilişkin olarak Mecelle’de hükümler bulmak mümkündür. Mecelle kendisi çalıştırılmak üzere istihdam edilen işçinin, yerine başkasını çalıştırmasını mümkün görmemiştir.⁵⁴⁴ Özellikle işçinin şahsının önemli olduğu işlerde bu hüküm geçerlidir. İşçi işi çırak, kalfa gibi yardımcılara da yaptırılmaz. Çünkü işi ikinci bir kişinin yapması işin niteliğine etki eden bir husustur.⁵⁴⁵ *Saymen, günümüz hukukunda işçinin şahsının önemli olduğu akitlerde şahsen ifanın önemli olduğunu belirtmekle birlikte, vasıfsız işçilerin yapabilecekleri işlerde dahi işçinin işi şahsen ifa borcunun bulunduğu dile getirmiştir.*⁵⁴⁶ *İş akdi sürekli bir ilişki meydana getiren bir akit*

⁵⁴¹ Mecelle’de ipliğin terziden olması örnek olarak verilmiştir. Akitte kararlaştırılmamışsa da örf ve adet gereği iplik terziden olacaktır. Mecelle m.574.

⁵⁴² Mecelle m.36.

⁵⁴³ Mecelle m.477.

⁵⁴⁴ Mecelle m.571.

⁵⁴⁵ ALİ HAYDAR, c.1, s.559.

⁵⁴⁶ SAYMEN 1954, s.476.

*olduğundan işçi ve işverenin kişilikleri ön plandadır. Özellikle işçinin bütün zamanını işverenin emrine hazır bulundurduğu iş sözleşmelerinde şahsen ifa önemlidir.*⁵⁴⁷

Mecelle'nin konuya ilişkin bir diğer hükmünde ise işverenin işçiye bu işi yap demesi durumunda işçinin işi bizzat yapıp yapmama konusunda serbest olduğu hüküm altında alınmıştır.⁵⁴⁸ Yani işveren akit sırasında işin şahsen ifa edilmesini kayıtlandırmazsa işçi işi şahsen ifa etmeyebilir. İşçinin kendisinin çalışması şart koşulmamış ve işin niteliği gereği işi kimin yaptığı önemli değilse işi işçinin yerine başkası yapabilir. Akitte işi kimin yapacağı düzenlenmemişse işçi, işi başkasına yaptırabilir.⁵⁴⁹ Genel hükümler içerisinde yer verilen hükme göre de nass veya delil niteliğinde bir kayıt bulunmadığı takdirde taraflar serbestiye sahiptir; yani serbesti asıl kayıt istisnadır.⁵⁵⁰ Özellikle bağımlılığın daha az olduğu ecir-i müşterek ilişkisinde, şahsen ifa borcu daha yumuşaktır. İş kimin yaptığıının önemli olmaması da şahsen ifa borcunu esnekletiren bir diğer nedendir.

Bir işi kendisi bizzat yapmak üzere anlaşılan işçi ise bu işi başkasına yaptıramaz. Çünkü işin niteliği onu yapana göre değişmektedir. Ancak işçi işi bizzat yapacağına dair bir vaatte bulunmadan bir akit yapmışsa bu takdirde işi başkasına yaptırabilir.⁵⁵¹ *Günümüz hukukunda ise bunun aksi bir düzenleme mevcuttur. Aksi akitten veya hal icabından anlaşılmadıkça işçinin işi şahsen ifa etmesinin gerekli olduğu düzenlenmiştir(6098 m.395). Hükümden anlaşıldığı gibi şahsen ifa kuralı tamamlayıcı bir kuraldır. Taraflar aksini kararlaştırabileceği gibi hal ve durum sebebiyle bazı durumlarda işçi işi şahsen ifaya zorlanamaz.*⁵⁵²

⁵⁴⁷ TUNÇOMAĞ 1988, s.101.

⁵⁴⁸ Mecelle m.573.

⁵⁴⁹ Mecelle m.572; SERAHSÎ, Mebsût, c.15, s.102; ÖZTÜRK 1986, s.40; Bu maddede başkası olarak ifade edilen işin yaptırılacağı üçüncü kişi kalfa, çırak gibi işçinin yardımcılardan biri olmalıdır. ALİ HAYDAR, c.1, s.560.

⁵⁵⁰ Mecelle m.573 ve m.64; İBN ABİDİN, Reddül-Muhtar, c.14, s.42; Roma Hukukunda da şahsen ifaya ilişkin hükümler Mecelle ile benzerlik göstermektedir. Kural olarak şahsen ifa borcu zorunlu görülmemiştir. Ancak taraflar kararlaştırılmışsa veya işi görececek işçinin yetenekleri önemli ise şahsen ifa gerekli görülmüştür. KARADENİZ 1976, s.159.

⁵⁵¹ BİLMEN 1970, c.6, s.212, 213.

⁵⁵² TUNÇOMAĞ 1988, s.102.

Ortak iş görenlerle ilgili olarak da bir hüküm Mecelle’de yer almıştır. Ortakların işi bizzat görmekle yükümlü olmadıkları ve dilerlerse diğer ortağa veya başka birine işi gördürebilecekleri hüküm altına alınmıştır. Ancak işverenin işin bizzat görülmesini şart koşması durumunda şahsen ifa gerekli görülmüştür.⁵⁵³

Görüldüğü gibi Mecelle şahsen ifa konusunda Borçlar Kanununun düzenlemesine göre daha esnektir. Taraflar özel olarak kararlaştırmamışsa veya örf ve adet gerektirmiyorsa şahsen ifa Mecelle’ye göre zorunlu değildir. *Borçlar Kanununa göre ise şahsen ifa asıl kural olup, işin başkasına gördürülmesi istisnadır.*

2. İş Özenle Yapma Borcu

İşçinin işini özenle yapması gerektiği hem İslam Hukukunda hem de Türk Hukukunda öngörülmüştür. İşçinin özenle ifa borcu ile ilgili olarak İslam hukukçuları ayetleri⁵⁵⁴ ve hadisleri⁵⁵⁵ konuya dayanak göstermişler, işçinin işini en iyi şekilde yapmaya gayret etmesi gerektiğini ifade etmişlerdir.⁵⁵⁶ *Türk Hukukunda konu genel olarak Borçlar Kanunu içerisinde düzenlenmiş İş Kanununda da hükümlere yer verilmiştir. Borçlar Kanunumuz konuyu 396. maddesinde “özen ve sadakat borcu” başlığı ile düzenlemiştir. İşçi yüklendiği işi özenle yapmak ve işverenin haklı menfaatinin korunmasında sadakatle davranmak zorundadır denmiştir. İş Kanunu ise özen borcu terimine yer vermemekle birlikte işi özenle ifa etmemenin yaptırımı düzenlenmiştir. Buna göre işçi, bilerek veya özen göstermemesi sebebiyle iş güvenliğini tehlikeye düşürür, çalışma tesisatına zarar verirse işverenin fesih hakkı doğacaktır(4857 m.25/II/ı). Borçlar Kanununda da işçinin her türlü araç gereçle ilgili özen yükümlülüğü düzenlenmiştir(6098 m.396). İslam Hukukunda da*

⁵⁵³ Mecelle m.1389.

⁵⁵⁴ “...Babacığım onu ücretli tut, ücretli tuttuklarının en hayırlısı bu güçlü ve güvenilir(emin) adamdır...” Kasas(28) 26, ayetinde işçinin emanet duygusuna sahip olması, işini iyi yapması gibi vasıflarından bahsedilmiştir. “...Yaptığınız işi güzel yapın; Allah işini güzel yapanları sever.” Bakara(2) 195.

⁵⁵⁵ Konuya ilişkin hadisler: “Allah Teala bir işçinin işini sağlam yapmasını sever”, BEYHAKİ, Şuabi’l-İman, 4/434; “İşçi işverenin malının çobanıdır ve bundan sorumludur”, BUHARİ, Nikâh, 81.

⁵⁵⁶ ÖZTÜRK 1986, s.42.

işçinin işin görülmesi sırasında kendisine verilmiş olan alet ve malzemeyi özenli kullanmak zorunda olduğu belirtilmiştir.⁵⁵⁷

*Günümüz hukukunda işçinin sorumluluğunun belirlenmesinde işin tehlikesi, uzmanlık ve eğitim gerektirip gerektirmediği ve işveren tarafından bilinmesi gereken yetenek ve nitelikleri göz önünde tutulmaktadır(6098 m.400).*⁵⁵⁸ Mecelle’de Kitab-ül İcarat’ın son faslı olan işçinin tazmin sorumluluğuna ilişkin bölümde özen borcu ile bağlantılı hükümler bulmak mümkündür.⁵⁵⁹ İşçinin kastı veya kusuru sebebiyle akit konusu malda meydana gelen zararı tazmin etmekle yükümlü tutulması özenle ifa borcuna uyulmamasının bir yaptırımı olarak Mecelle’de düzenlenmiştir.

3. İş Vaktinde Teslim Borcu

İş vaktinde teslim borcu daha çok ecir-i müşterek ilişkisinde söz konusu olabilecek bir borçtur. Günümüzdeki iş ilişkilerine daha yakın olan ecir-i has ilişkisinde akit zaten süre üzerine kurulduğundan işin vaktinde tesliminden söz etmek güçtür. *Günümüz hukukunda konuyla ilgili işçinin fazla çalışma borcundan söz edilebilir. Fazla çalışmanın tanımına Borçlar Kanunu yer vermiştir. İlgili kanunlarda belirlenen normal çalışma süresinin üzerinde ve işçinin rızasıyla yapılan çalışma fazla çalışmadır. Dürüstlük kuralı gereği, karşılığı verilmek koşuluyla, işçiden fazla çalışması talep edilebilir. Bu genel bir hükümdür(6098 m.398).* Mecelle’nin 480. ve 526. maddelerinden kıyas yoluyla zaruret halinde fazla çalışma yaptırılabilceği hükmüne ulaşmak mümkündür.⁵⁶⁰

Bir işin belirli bir sürede bitirilmesi şart koşularak, ücret belirlenmek suretiyle kurulan akitler geçerli kabul edilmiştir. İşçi şartı yerine getirdiği takdirde kararlaştırılan ücreti almaya hak kazanır. Ancak şart koşulan sürede işi yerine

⁵⁵⁷ KARAMAN, Hayreddin, İslamda İşçi İşveren Münasebetleri, Marifet Yayınları, İstanbul, 1981, s.68; “Hiç şüphesiz Allah ihanette ilerlemiş günahkârı sevmez” (Nisa(4) 107) ayeti de işçinin kendisine emanet edilen işyerini ve malzemeleri koruma borcuna bir delil olarak ifade edilmiştir. KAYA 2009, s.44.

⁵⁵⁸ TUNÇOMAĞ 1988, s.105; ÇELİK 2009, s.132.

⁵⁵⁹ Mecelle m.607 vd.

⁵⁶⁰ Fazla çalışma konusu üzerinde “İşçinin Dinlenme ve İbadet Hakkı” başlığı altında daha çok durulacaktır. Bkz. Üçüncü Bölüm/II/F.

getirmemesi kararlaştırılan ücreti geçmemek üzere ecr-i misil alabilir.⁵⁶¹ İşin belirli bir sürede yapılması şartı geçerli olarak kabul edilmektedir ve akdin geçerliliğine etkisi yoktur.

Ecir-i has ile olan bağımlılık ilişkisi daha yoğun olduğundan, emir ve talimatlarla yönlendirilmesi de daha kolaydır. Bu sebeple işin vaktinde teslim edilmesi borcunun ecir-i müşterek için daha önemli olduğu söylenebilir. Özellikle işveren işin belirli bir sürede bitirilmesini şart koşmuşsa bu şart geçerlidir.

Ücretin sonraya bırakılması kararlaştırılmışsa önce işçinin işini yerine getirmesi gerekir. Ücret kararlaştırılan zamanda ödenir.⁵⁶² Ücretin ne zaman ödeneceğı kararlaştırılmadan yapılan akitte işçinin işi ifa etmesi yine önceliklidir.⁵⁶³

B) Emir ve Talimatlara Uyma Borcu

İşverenin talimatlarına uyma ve denetimine katlanma hem İslam Hukukunda hem modern hukukta işçi için varlığı kabul edilen borçlardandır.

İslam Hukukuna göre işçi, akit çerçevesinde kalan ve Allah'a itaatin sınırlarını aşmayan işveren emirlerine itaat etmekle yükümlüdür. İşin hile ile yapılması, yalan söylenmesi gibi yasaklanmış fiillere yönelik emirler sınırları aşan emirlerdir.⁵⁶⁴ *Modern hukukta da işçi, işverenin yönetim hakkına dayanarak verdiği, işin yapılması ve işyerinin düzeni ile ilgili talimatlara uymakla yükümlüdür. Hukuk kaynakları, işyerinin ihtiyaçları ve o işin yapılmasına ilişkin adetler talimatların sınırını belirler.*⁵⁶⁵ *Günümüzde işyerine giriş ve çıkışta işçinin kontrol edilmesi ve işyerinde sigara içme yasağı, işverenin talimat hakkının en önemli yansımaları olarak görülmektedir.*⁵⁶⁶

⁵⁶¹ Mecelle m.505; Bu tür bir akitte iş ve süre birlikte akde konu edilmiştir. Bunların birbirlerine önceliğı yoktur. ALİ HAYDAR, c.1, s.509.

⁵⁶² Mecelle m.474.

⁵⁶³ Mecelle m.475.

⁵⁶⁴ ŞERİF 1986, s.310.

⁵⁶⁵ ÇELİK 2009, s.133; TUNÇOMAĞ 1988, s.108.

⁵⁶⁶ ÇELİK 2009, s.133 vd; İşçinin giriş ve çıkışlarda üzerinin aranması konusu tartışmalı konulardan biri olmuştur. İşçinin üzerinin ve eşyalarının aranmasının işçinin kişisel özgürlüğüne bir tecavüz olarak görülebilir. Ancak bazı durumlarda işverenin menfaati bunu gerektirmektedir. Bu takdirde menfaatler arasında bir denge sağlanmalı, işçinin üzerini aramanın gerekli olduğu durumlarda dahi bu dürüstlük kuralına uygun olarak yapılmalıdır. TUNÇOMAĞ 1988, s.109.

İslam Hukukunda emir ve talimatlara uymayan işçi için tazmin sorumluluğu öngörülmüştür. İşverenin akde uygun ve dürüstlük kuralı çerçevesi içinde kalan emirlerine aykırı hareket eden işçi, bir zarar olursa tazmin yükümlülüğü altına girer.⁵⁶⁷ Ancak işveren akit ile kararlaştırılan iş dışında bir işin yapılmasını emrederse, işçi bu emri yerine getirmekten kaçınabilir.⁵⁶⁸ *Modern hukukta da işle ilgili olmayan davranışlarla ilgili talimatlara uyma borcu, ancak bu davranışlar işin görülmesi üzerinde zararlı bir etki meydana getirecekse söz konusudur.*⁵⁶⁹ *Kanunda işverenin emir ve talimatları kanun ve akit ile düzenlenmemiş alanlar için söz konusu olduğu, işverenin hukuka uygun talimatlarına uymayan işçinin, tazminat, disiplin cezası, sözleşmenin feshi gibi müeyyidelerle karşılaşabileceği düzenlenmiştir*(4857 m.25). *İşverenin hukuka aykırı talimatı durumunda işçi, haklı nedenle, bildirimsiz olarak akdi feshedebilir*(4857 m.24).

C) İşçinin Tazmin Sorumluluğu

İşçi ve işverenin yaptıkları işi ciddiye almaları ve yaptıklarından sorumlu tutulmaları genel bir hükümdür. Kuran-ı Kerim’de “Yaptıklarınızdan elbette sorumlu olacaksınız.” şeklinde bir hüküm bulunmaktadır. Bu ayet bütün insanları yaptıkları işlerden sorumlu tutan genel bir hükmü ifade etmektedir.⁵⁷⁰

İslam Hukukunda işçinin tazmin sorumluluğu ile ilgili hükümler kusuru olup olmasına ve ecir-i has veya ecir-i müşterek olmasına göre sınıflandırılarak düzenlenmiştir. *Modern hukukta ise tazmin sorumluluğuna işçinin işi özenle ifa etmemesinin sonuçları arasında değinilmiştir. Borçlar Kanununda işçinin çalışırken kullandığı araç gereçlerle ilgili özen göstermesi gerektiği 396. maddede düzenlenmiştir.*

Ecir-i has veya ecir-i müşterek, örf ve âdete veya akde aykırı bir davranış neticesinde akit konusu şeylere zarar verirlerse tazmin sorumlulukları vardır. İşçinin emir ve talimatlara aykırı davranışları da aynı şekilde tazmin sorumluluğu

⁵⁶⁷ FETÂVÂ-Yİ HİNDİYYE, c.10, s.73; BİLMEN 1970, c.6, s.232; ŞERİF 1986, s.335.

⁵⁶⁸ ŞERİF 1986, s.311.

⁵⁶⁹ TUNÇOMAĞ 1988, s.109.

⁵⁷⁰ Nahl(16) 93, KAYA 2009, s.44.

doğuracaktır.⁵⁷¹ Kastı ile bir zarara sebep olan işçi ecir-i has veya ecir-i müşterek olduğuna bakılmaksızın sorumlu tutulmuştur.

İşçinin sorumlu tutulduğu bir diğer şekil özre dayanmayan kusurlu davranıştır. Özre dayanmayan kusurlu davranışıyla zarara sebep olan işçinin de tazmin sorumluluğu vardır. Ancak işçinin kusuru haklı bir sebebe dayanıyorsa, daha büyük zararların doğmasını engellemek için kusurlu davranmak zorunda kalmışsa, işçinin tazmin borcundan söz edilemez.⁵⁷² Mecelle hükmüne göre hukuka uygun davranışlar tazmin sorumluluğu doğurmaz.⁵⁷³ *Modern hukuktaki anlayış da İslam Hukukuyla aynıdır. İşçinin sorumluluğuyla ilgili olarak da işçinin kusuru kıstas alınmıştır. İşçi, kusuruyla işverene verdiği her türlü zarardan sorumlu tutulmuştur. İşçinin sorumluluğunun belirlenmesinde işin tehlikeli olup olmaması, uzmanlık ve eğitim gerektirip gerektirmediği ve işveren tarafından bilinmesi gereken yetenek ve nitelikleri göz önünde tutulur şeklinde bir hükme yer verilmiştir(6098 m.400).*

Ecir-i has, kusuru dışında meydana gelen zararlardan sorumlu değildir. İş sırasında kusuru olmaksızın telef olan elindeki bir malı tazmin sorumluluğu yoktur. Hukukçular arasında bu konuda ittifak vardır. Ebu Hanife ecir-i müşterekin de ecir-i has gibi emin olduğu düşüncesindedir. Bu sebeple kusuru olmaksızın elinde telef olan mallar hakkında tazmin sorumluluğu olmadığı görüşündedir.⁵⁷⁴ Mecelle “ecir-i has emindir”⁵⁷⁵ şeklinde bir hükme yer vererek ecir-i has ile ecir-i müşterek arasında tazmin sorumluluğu yönünden fark olduğunu ortaya koymuştur. Bu maddenin açıklamasında işverenin emir ve talimatlarına aykırı hareket etmedikçe, mal kendi

⁵⁷¹ Mecelle m.607’de “taaddi” olarak ifade edilen ve tazmin sorumluluğu doğuran kavram m.608’de açıklanmıştır. Buna göre işçinin, işverenin açık veya göstererek vermiş olduğu emirlere aykırı hareket etmesi taaddi olarak ifade edilmektedir. Yani işçinin kasıtlı olarak hareket etmesidir. Mecelle m.607, 608; BİLMEN 1970, c.6, s.232.

⁵⁷² Mecelle m.609; BİLMEN 1970, c.6, s.232.

⁵⁷³ Mecelle m.91.

⁵⁷⁴ Ebu Hanife ecir-i müşterek verilen ücretin sadece çalışması karşılığında olduğu, akit konusunu koruması karşılığında olmadığını ileri sürerek tazmin sorumluluğu yüklememiştir. Buna karşılık İmameyn ecir-i müşterek verilen ücretin akit konusunu koruma görevini de kapsadığını ileri sürerek tazmin sorumluluğu yüklemişlerdir. BİLMEN 1970, c.6, s.233; MERGİNÂNÎ, el-Hidâye, c.3, s.419; Züfer, Hasan bin Ziyad ve Hammad gibi hukukçular da Ebu Hanife ile aynı görüştedirler. ALÎ HAYDAR, c.1, s.585.

⁵⁷⁵ Mecelle m.610; Mecelle hükmüne göre emanet tazminat gerektirmez. Eminin kusuru olmaksızın telef olan emanet sebebiyle tazmin sorumluluğu doğmaz. Mecelle m.768; Serahsî ecir-i müşterekin kusuru ile verdiği zararı tazmin edeceğini, bunun dışındaki zararlarını tazmin etmeyeceğini ifade etmiş ve bunu Hanefî görüşü olarak aktarmıştır. SERAHSÎ, Mabsût, c.15, s.109.

elinde telef olsa dahi ecir-i hasın tazmin sorumluluğu olmadığı ifade edilmiştir. Örneğin evde çalışmak üzere bir işçi istihdam edildiğinde işçi işi tamamlamak suretiyle ücrete hak kazanır. İşçi kusuru olmaksızın zarar gören malı tazmin etmekle yükümlü olmaz. Çünkü işverenin malı kendi elinde zarar görmüştür.⁵⁷⁶ *Burada evde çalışma günümüzde işyerinde yapılan çalışmalar gibidir. İşçinin işyerinde yaptığı çalışmada kusuru olmadan ortaya çıkan zararlarda tazmin sorumluluğu yoktur. Çünkü işyerinde malın işverenin elinde olduğu kabul edilmektedir.*

Ecir-i müşterekin kusuru dışında meydana gelen zararlardan sorumlu olup olmayacağı konusu hukukçuların ihtilaf ettiği, tartışmalı bir konu olmuştur. Ebu Hanife yukarıda aktardığımız görüşünde ecir-i müşterekin de emin olduğunu ifade etmiştir. Buna karşın Mecelle’de ecir-i müşterekin kusuru olmasa da kendi fiili ile elinde telef olan malı tazminle yükümlü olduğu düzenlenmiştir.⁵⁷⁷ Ecir-i müşterekin elinde bulunan akit konusu mal kaçınılması mümkün olmayan bir olay neticesinde telef olmuşsa, Ebu Hanife, Şafiiler ve Hanbelîler ispat yükünü işverene yüklemişlerdir. Maliki görüşüne göre ise işçi hatasının olmadığını ispat etmezse tazmin sorumluluğu altındadır. İmam Muhammed ve Ebu Yusuf zorunlu hallerde işçinin tazmin sorumluluğu olmadığı görüşündedirler.⁵⁷⁸ İmameyn zamanın ve şartların değişmesi sebebiyle arayış içine girmiştir. İşçi zümresinde oluşan güvensizlik sebebiyle İmameyn bu görüşü ortaya koymuştur.⁵⁷⁹ Daha sonraları ortaya

⁵⁷⁶ SERAHSÎ, Mabsût, c.16, s.31; Roma Hukukunda ecir-i müşterek ilişkisine benzeyen locatio conductio operis akdinde klasik çağda, akit konusu malın mülkiyeti işçiye geçmekte ve işçi teslim kadar meydana gelen bütün zararlardan sorumlu olmaktadır. Klasik sonrası dönemde malın mülkiyetinin geçmesi sona erdiğinden işçinin sorumluluğu hafiflemiştir. KARADENİZ 1976, s.179 vd.

⁵⁷⁷ Mecelle m.611; Ebu Hanife ve Zahiriler dışında İslam hukukçuları ecir-i müşterekin tazmin sorumluluğu olduğu görüşündedirler. ÖZTÜRK 1986, s.46; İmameyn ecir-i müşterekin de ecir-i has gibi emin kabul edilmesine karşı çıkmışlardır. Her iki işçi de malı işverenin rızası ile teslim almış olsa da ecir-i hasın elindeki mal işverenin elinde gibidir, ecir-i müşterek ilişkisinde ise işverenin mal işverenin elinin altında değildir demişlerdir. SERAHSÎ, Mabsût, c.15, s.146.

⁵⁷⁸ Ebu Hanife ve İmam Züfer akit konusu mal ecir-i müşterekin elinde iken telef olduğunda tazmin sorumluluğu yüklememişlerdir; ancak ecir-i müşterekin ücret alamayacağını ifade etmişlerdir. SERAHSÎ, Mabsût, c.15, s.145; ŞERİF 1986, s.319, 320; Hz. Ömer ile Hz. Ali’nin sanatkârlardan malı tazmin ettikleri rivayet edilmiştir. Akit konusu malı korumak işçinin doğal görevidir çünkü bu mal işçinin üzerinde çalışacağı şeydir. Bu mal olmadan işçi çalışamaz. MERGİNÂNÎ, el-Hidâye, c.3, s.419.

⁵⁷⁹ ÇOBAN, Ayşegül, Mecelle’nin Tadil Edilen Maddelerinin İslam Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2008, s.56.

çıkan bir diğer görüşe göre işçi malın kıymetinin yarısını tazmin etmek zorundadır. Kıymetin diğer yarısı işveren üzerinde kalacaktır. İşçi ile işveren arasında adaleti sağlamak amacıyla bu şekilde bir hüküm ortaya konulmuştur.⁵⁸⁰

Ecir-i müşterek yardımçıları tarafından yapılan işin ecir-i müşterek tarafından yapılmış gibi kabul edileceği ifade edilmiştir. Yardımcı tarafından akit konusu mala verilen zararlarda tazmin sorumluluğu yine mevcuttur. Ecir-i müşterek zararı tazmin eder. Yardımcı çırak veya kalfa ecir-i has hükmünde olduklarından tazmin sorumlulukları yoktur.⁵⁸¹ Ancak işçi işi yardımçıları dışında bir üçüncü kişiye teslim etmişse tazmin sorumluluğu vardır. Ebu Hanife işin verildiği yabancı kişiye tazmin sorumluluğu yüklememiştir.⁵⁸²

Ecir-i müşterek kendi işyerinde yaptığı eser üzerinde, ücretin veresiye verileceği kararlaştırılmamışsa hapis hakkına sahiptir. Hapis sırasında işçinin kusuru olmaksızın eser telef olursa işçinin tazmin sorumluluğu yoktur. Ancak ücrete de hak kazanamaz. İmameyn'e göre ise tazmin sorumluluğu vardır. Hapisten önce tazmin sorumluluğu olduğundan hapisten sonra da olması gerektiği yönünde görüş belirtmişlerdir.⁵⁸³ Ücretin daha sonra verileceği kararlaştırıldığı ve bu sebeple işçinin hapis hakkının olmadığı bir akitte, işçi bir malı hapseder ve mal elinde telef olursa tazmin sorumluluğu vardır. İşçinin bu sorumluluğu kusursuz sorumluluktur. Kusuru olmasa da telef olan malı tazmin etmekle yükümlüdür.⁵⁸⁴

Çalışması ile bir eser ortaya koymayan vasıfsız işçilerin hapis hakkı olmadığından, hapsettikleri malın telef olmasından sorumludurlar. Bu takdirde işverenin takdir hakkı olup dilerse ücreti ödemez, dilerse ücreti ödeyip malı tazmin ettirir.⁵⁸⁵

⁵⁸⁰ BİLMEN 1970, c.6, s.234; SERAHSÎ, Mabsût, c.15, s.111.

⁵⁸¹ SERAHSÎ, Mabsût, c.15, s.149; ALİ HAYDAR, c.1, s.593; İBN ABİDİN, Reddül-Muhtar, c.14, s.191; Yardımcı işçi işi ifa dışında verdiği zararlardan sorumludur. İş ifa sırasında bir mala zarar verse sorumlu olmaz fakat ifa dışında işyerinde bir mala zarar verirse bunu tazmin eder. SERAHSÎ, Mabsût, c.16, s.16.

⁵⁸² ALİ HAYDAR, c.1, s.560.

⁵⁸³ BİLMEN 1970, c.6, s.192.

⁵⁸⁴ BİLMEN 1970, c.6, s.192, 193.

⁵⁸⁵ BİLMEN 1970, c.6, s.193.

İşçinin şahsen ifa borcunun olmadığı bir akitte, işi yapması için verdiği kişinin yanında mal telef olsa, yalnız bu sebepten dolayı işçinin tazmin sorumluluğu ortaya çıkmaz.⁵⁸⁶ Aksini söylersek şahsen ifa borcu olan bir işçinin, işi yapması için verdiği kişinin yanında telef olan malı tazmin sorumluluğu vardır.

İşverenin veya işçinin akdin kuruluşu esnasında tazmin sorumluluğunu kaldıran bir şart koymaları ise İslam hukukçuları arasında ihtilaflı bir konu olmuştur. Bu şartın geçerli olduğunu ileri süren tek hukukçu Maliki ekolünden Eşbeh'tir. Bunun dışındaki hukukçular şartın fasit olduğunda hemfikir olup, akdin de fasit olup olmadığı noktasında ayrılmışlardır. Hanefi hukukçular şartın fasit olacağını ancak akdin sahih olacağını kabul etmişlerdir.⁵⁸⁷

Telef olan malın tazmininin, misli bir mal ise misli ile gayri misli bir mal ise kıymeti ile yapılması gerekmektedir Mecelle'de ifade edilmiştir.⁵⁸⁸

Günümüzdeki işçi kavramına ecir-i has daha yakın olduğundan modern işçi kavramı için, ecir-i müşteriye ilişkin hükümlerden çok ecir-i hasa ilişkin hükümlerin düşünülmesinin daha uygun düşeceğini söylemek yerinde olur. Bu sebeple genel olarak kastı veya ihmali durumunda işçinin tazmin sorumluluğunun olduğu söylenebilir. Kastı ve ihmali dışında ise zarar, işçinin kendi fiilinden kaynaklansa da işçinin tazmin sorumluluğu yoktur.

D) İşçinin Sadakat Borcu

İşçinin sadakat borcuna İslam Hukukunun genel kuralları yoluyla ulaşılması mümkündür. Mecelle'de zarar vermek ve zarara zararla karşılık vermek yasaklanmıştır. Bu hükme bir hadis kaynaklık etmiştir.⁵⁸⁹ *Modern hukukta da sadakat*

⁵⁸⁶ Mecelle m.573; BİLMEN 1970, c.6, s.213; Mecelle'nin 91. maddesine göre kişiye hukuka uygun fiilinden dolayı tazmin sorumluluğu getirilemez. Kişinin işi şahsen ifa etmesi ile ilgili bir kayıt yoksa kişinin işi başkasına yaptırması hukuka uygundur. Bu sebeple başkasının işi yapması kendi yapması gibidir.

⁵⁸⁷ ŞERİF 1986, s.337, 338.

⁵⁸⁸ Mecelle m.416; Misli mal, çarşı pazarda benzeri bulunabilen ve değeri ihtilaf oluşturacak şekilde farklılaşmayan maldır. Gayri misli(kıyemi) mal ise çarşı pazarda benzeri bulunamayan, bulunsa bile fiyatı farklılık arz eden maldır. Mecelle m.145, 146; Gayri misli malın kıymeti zaman ve mekân dikkate alınarak belirlenir. Mecelle m.891.

⁵⁸⁹ Mecelle m.19; ALİ HAYDAR, c.1, s.48; Maddenin kaynağı olan hadis: "Zarar vermek ve zarara zararla karşılık vermek yoktur" hadisidir. İBN MACE, Hükümler 17.

*borcunun genel konusu işverenin ve işletmesinin çıkarlarını korumak ve bu çıkarlara zarar verebilecek davranışlardan kaçınmaktır.*⁵⁹⁰

*İşçinin işini sadakatle yapması gerektiği Borçlar Kanunu m.396'da işçinin özen ve sadakat borcu başlığı altında düzenlenmiştir. Hizmet ilişkisi süresince işçinin ücret karşılığında üçüncü bir kişiye hizmet etmesi yasaklanmıştır. İş Kanununda yer verilen daha özel bir hükümde işçinin süresi belirli sürekli iş sözleşmelerinde bildirim süresine uymaksızın işini bırakıp başka bir işverenin işine gitmek suretiyle iş görme borcunu yerine getirmemesi halinde sorumlu tutulacağı öngörülmektedir(4857 m.23).*⁵⁹¹ *Sadakat borcuna aykırılığın bir türü olarak görülen "işçi ayartma" hallerinde işçi eski işverenin uğradığı zararlardan sorumlu tutulmuştur. Şartları varsa yeni işveren de işçi ile birlikte sorumlu tutulabilmektedir.*⁵⁹² Mecelle'de de benzer bir hüküm bulunmaktadır. Akit geçerli olarak kurulduktan sonra, başkası daha fazla ücret teklif etse bile işçinin iş akdini bu sebeple feshedemeyeceği düzenlenmiştir.⁵⁹³ Ayrıca asıl işvereni yanında başkası için de çalışan işçi bir kusur işlediği takdirde verdiği zarar ücretinden kesilir. Bu hüküm ecir-i hasın yalnız işverene çalışması hükmünün bir sonucudur.⁵⁹⁴ Geleceğe ilişkin olarak kurulmuş olan icare-i muzafe akdinde de işçinin akdi sona erdirmeye hakkı yoktur. Başka bir işverenle yapılan iş akdi ilk işveren açısından bağlayıcı değildir.⁵⁹⁵

*İşçi dürüstlük kuralının bir sonucu olarak, işi işverenin yararına olacak şekilde yerine getirmelidir. Güveni kötüye kullanma, meslek sırlarını ifşa etme, hırsızlık, rekabet sayılacak davranışlarda bulunmak gibi pek çok davranış Yargıtay tarafından sadakat borcuna aykırı bulunmuştur.*⁵⁹⁶ *İşçinin işi gördüğü sırada öğrendiği üretim ve iş sırlarını kendi yararına kullanması ve başkalarına açıklaması sadakat borcunun kapsamı içinde görülerek yasaklanmıştır. İşçinin işe ilişkin sırları saklama*

⁵⁹⁰ Taraflar arasındaki ilişki ne kadar sık ve bu ilişkiler ne kadar çok karşılıklı güvenen dayanıyorsa, sadakat borcunun kapsamı da o kadar geniştir. TUNÇOMAĞ 1988, s.107; REİSOĞLU 1968, s.158.

⁵⁹¹ ÇELİK 2009, s.133.

⁵⁹² DEMİR 2009, s.14.

⁵⁹³ Mecelle m.441; FETÂVÂ-Yİ HİNDİYYE, c.9, s.383.

⁵⁹⁴ ALİ HAYDAR, c.1, s.424; Mecelle m.422.

⁵⁹⁵ ALİ HAYDAR, c.1, s.444.

⁵⁹⁶ ÇELİK 2009, s.136 vd.

*yükümlüğü sadece akit süresince değil akit sona erdikten sonra da devam edecektir(6098 m.396). İslam Hukukunda yangın, su baskını gibi olağanüstü durumlarda işçi yardımcı olmak maksadıyla çalışmakla yükümlü tutulmuştur.*⁵⁹⁷ İşçinin sır saklama yükümlülüğünü de İslam hukukçuları onaylamışlardır. Sırların açıklanması durumunda işveren zarar göreceyse bu davranış haram kabul edilmiştir. İşveren bir zarar görmeyecekse sırrın açıklanmasında bir sakınca yoktur.⁵⁹⁸

II. İŞVERENİN BORÇLARI VE İŞÇİNİN HAKLARI

İşverenin iş akdinin kurulması ile yüklendiği temel borcu ücret ödeme borcudur; ancak işverenin borçları ücret ödeme borcu ile sınırlı değildir. İşçi yararına yorum ilkesinin, iş hukukundaki gelişmelerin, sosyal devlet ilkesinin getirdiği bir kısım borçlar da işverenin yüklendiği borçlar arasındadır.

A) Ücret Ödeme Borcu

İş akdinin en önemli unsurlarından olan ücret işçi için bir hak ve işveren için bir yükümlülük olarak görülmektedir. İş akdi ile çalışan işçinin amacı bir ücret elde etmek olduğundan, işverenin ücret ödeme borcu temel bir borçtur. Ücretin tam ve vaktinde ödenmesi konusunda işveren dikkatli davranmalıdır. “İnsanlara mal ve ücretlerini eksik vermeyin.” ayeti ücretin tam ve vaktinde ödenmesinin gerekliliğini göstermektedir.⁵⁹⁹

İslam Hukukunda da modern hukukta da ücrete önem verilmiş ve ücretin korunması amacıyla yaptırımlar öngörülmüştür. İslam hukukçuları çalışan işçinin ücret hakkının iş akdi geçerli olmasa dahi ortadan kalkmayacağını ve işçinin ücretinin emsal ücretler dikkate alınarak ödenmesi gerektiğini beyan etmişlerdir.⁶⁰⁰ *Modern hukukta da geçerli bir iş akdi bulunmasa da işverenin bilgisi altında ve isteği ile onun işyerinde çalışan kimselerin işçi olarak kabul edilmelerinin zorunlu*

⁵⁹⁷ ŞERİF 1986, s.208.

⁵⁹⁸ ŞERİF 1986, s.313.

⁵⁹⁹ A’raf(7) 85; “...insanları kendi hakları olan şeylerden yoksun bırakmayın...” Hûd(11) 85, Şuara(26) 183.

⁶⁰⁰ KARAMAN, Hayreddin, İslam’da İşçi İşveren Münasebetleri, Marifet Yayınları, 1981, s.51; Çalışma karşılığında ücret alınabileceğine ilişkin Kuran-ı Kerim’den pek çok ayet delil gösterilebilir. Kehf(18) 77, Kasas(28) 26, Ahkaf(46) 19, Zilzal(99) 7–8, Hud(11) 15 ayetleri çalışma karşılığında ücret alınmasına delil gösterilebilir. KAYA 2009, s.86 vd.

olduğunu ifade eden katılma görüşü ortaya atılmıştır.⁶⁰¹ Katılma görüşü tartışmalı bir konu olmakla birlikte işçinin ve ücretinin korunması açısından gerekli görülebilir.

Akdin fasit olarak kurulması durumunda da İslam Hukukunda, iş görülmüşse ücretin ödenmesi gerektiği ifade edilmektedir.⁶⁰²

Ücretin korunmasına ilişkin ifade edilebilecek bir hadiste ben kıyamet günü üç kişinin hasmıyım denmiş ve işçi çalıştırıp ücretini ödemeyen kişi bu kişiler arasında sayılmıştır.⁶⁰³ Bu şekilde ücretin korunmasına yönelik manevi bir yaptırım ortaya konulmuştur. *Hukukumuzda ücretin korunmasına ilişkin olarak işçi için iş görmekten kaçınma hakkı öngörülmüştür. Bu hakkın hukuki niteliği ödemezlik defidir. İşçinin hangi şartlarda bu yola başvurabileceği kanunumuzda düzenlenmiştir(4857 m.34).*⁶⁰⁴

İşçinin kusuru sebebiyle ücret hakkını kaybedeceğine ilişkin fetvalar vardır. Bir şeyi bir yere götürüp birine teslim etmek üzere yapılan bir akitte istihdam edilen, anlaşılan yere gitmiş ancak şeyi vereceği şahıs vefat etmiş veya taşınmış olsa, varislerine veya teslim edilmek üzere komşularına şeyi bırakarak ücrete hak kazanır. Ancak istihdam edilen şeyi kimseye teslim etmeden geri getirirse akdi kendisi bozduğu gerekçesiyle ücrete hak kazanamayacağı ifade edilmiştir.⁶⁰⁵ Yine yaptığı işle eser ortaya koyan sanat erbabının yaptıkları şeyi tamamladıktan sonra; fakat teslim etmeden önce o şeyin telef olması durumunda ücrete hak kazanamayacakları düşünülmüştür. Bir eser ortaya koymayan vasıfsız işçiler ise işi tamamlamakla ücrete hak kazanırlar.⁶⁰⁶ Görüldüğü gibi İslam Hukukunda işçinin ücretini konu alan cezalar bulunmaktadır. *Modern hukukta da işçi için ücret kesme cezaları öngörülmüştür; ancak keyfi uygulamaları önlemek ve ücreti korumak amacıyla işverenin ceza verme yetkisine sınırlar koyulmuştur. İş Kanununda iş akdinde ve toplu iş sözleşmesinde*

⁶⁰¹ TUNÇOMAĞ 1988, s.53.

⁶⁰² BİLMEN 1970, c.6, s.186.

⁶⁰³ İBN MACE, Rehinler, 4; BUHARÎ, Alışveriş, 1046; SERAHSÎ, Mebsût, c.15, s.114; Roma'da da Hristiyanlığın kabulünden sonra işçilerin ücret hakları dini müeyyidelerle korunmaya başlanmıştır. KARADENİZ 1976, s.161.

⁶⁰⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. GÖKTAŞ, Seracettin, Türk İş Hukukunda İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2008, s.41 vd.

⁶⁰⁵ ALİ HAYDAR, c.1, s.482.

⁶⁰⁶ BİLMEN 1970, c.6, s.189.

gösterilmiş nedenler dışında ücret kesme cezası verilemeyeceği hükme bağlanmıştır(4857 m.38).⁶⁰⁷

Ücret kararlaştırılmadan akit yapıldığında çalışan işçi ise ecr-i misil alır, değilse bir şey alamaz.⁶⁰⁸ *Modern hukukta da ahlaki bir görev olarak veya hatır için yapılan çalışmaların ücret gerektirmediği ifade edilmiştir. Uzun süre ücret almadan çalışma da hayatın olağan akışına aykırı bulunmuştur.*⁶⁰⁹ Ücret belirlenmeden yapılan akitlerde ücret belirlenebilir ise buna göre ücret ödenir. Belirlenemezse ecr-i misil ödenir.⁶¹⁰ *Günümüzde ücretin belirlenmesi sözleşme ve toplu iş sözleşmesi ile olmaktadır. Bunlarda hüküm bulunmadığında asgari ücretten az olmamak üzere emsal ücret ödenmesi gerekir(6098 m.401).* Mecelle hükmüyle Borçlar Kanunu hükmünün farkı Borçlar Kanununda ücrete asgari bir sınır getirilmiş olmasıdır.

İslam Hukukunda ücret ödeme borcundan işveren kendisi sorumludur. İşveren ödemeyi işçinin şahsına yaparak borcundan kurtulur. Ancak tarafların üzerinde anlaştıkları farklı kararları uygulamaları da mümkündür.⁶¹¹ İslam Hukukunda ücret için rehin vermek veya kefil göstermek caiz görülmüştür.⁶¹² *Modern hukukta da ücretin işçinin tam ehliyetli olması durumunda kendisine veya yetkili temsilcisine ödenmesi gerekli görülmüştür. İşveren üçüncü bir kişiye, örneğin işçinin alacaklılarından birine ödeme yapmakla borcundan kurtulamaz.*⁶¹³

⁶⁰⁷ Yapılacak ceza kesintilerinin sebepleriyle birlikte işçiye derhal bildirilmesi ve iki gündelikten veya iki günlük kazançtan fazla ceza verilememesi kanunda düzenlenmiştir(4857 m.38). ÇELİK 2009, s.155.

⁶⁰⁸ Mecelle m.563; Hükümde işçiliği meslek edinenler ile bunun dışında iş yapanlar arasında bir ayrıma gidilmiştir. İşçinin günlük ücreti belirli ise bu ücrete hak kazanır, belli olmaması halinde ecr-i misil alır. İşverenin vefatı halinde işçi ücretini terekeden alır. İşçiliği meslek edinen bir kişi değilse ücret alamaz denmiştir. Ebussuud Efendi'nin bir fetvasına göre işçiliği hizmet edinmiş bir kişi sayılmak için daha önce bir işi ücretli olarak yapmak şart değildir. İş ifa eden kişinin emsalleri arasında ücretsiz hizmet etmek adet ise ücret alamaz; ancak böyle bir adet yoksa ücret almaya hak kazanır. ALİ HAYDAR, c.1, s.552, 553.

⁶⁰⁹ Konuya ilişkin Yargıtay kararları için bkz. ÇELİK 2009, s.79.

⁶¹⁰ Mecelle m.565.

⁶¹¹ SERAHSÎ, Mebsût, c.15, s.198, 216.

⁶¹² SERAHSÎ, Mebsût, c.15, s.165.

⁶¹³ TUNÇOMAĞ 1988, s.125.

1. Ücretin Türü

İslam Hukukunda ücret, ecr-i misil ve ecr-i müsemma şeklinde ikiye ayrılmış, bu kavramlar Mecelle’de de düzenlenmiştir.⁶¹⁴ Ücrete ilişkin bu ayrım İş Hukukunun içinde tabi olarak bulunan bir ayrımdır. Günümüzde böyle bir ayrıma yer verilmese de bu ayrım hukukun içinde vardır. *Günümüzde ücret genel anlamda(asıl, çıplak) ücret ve geniş anlamda ücret olarak ayrılmaktadır. Genel anlamda ücret işçiye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutar olarak ifade edilmiştir(4857 m.32). Geniş anlamda ücret ise akit veya kanundan doğan her türlü menfaatin eklenmesi ile belirlenen ücrettir.*⁶¹⁵ Bu ayrım da yine İş Hukukunun içinde tabi olarak bulunan bir ayrımdır.

a) Ecr-i Misil

Ecr-i misil Mecelle’de tarafsız bilirkişilerin tespit ettiği ücret şeklinde tanımlanmıştır.⁶¹⁶ Yani kasıt gütmeyen bilirkişilerin benzer işleri dikkate alarak belirledikleri ücrettir.⁶¹⁷ Ecr-i misilin belirlenmesinde, işçinin çalıştığı işe benzer işlerde çalışan işçilerin ücretleri, çalışma yeri ve zamanı dikkate alınır.⁶¹⁸ *İş Kanunumuz ücretlerin ve diğer hakların ödenmesinde emsal işçi kavramından hareket etmiştir. Emsal işçi de aynı veya benzer işte çalıştırılan işçi olarak tanımlanmıştır(4857 m.12, 13). İbni Abidin her sanatta o sanatın mütehasısının bilirkişi olarak ücret takdir edeceğini ifade etmiştir.*⁶¹⁹ Bir icarenin ecr-i mislini ehl-i hibre denilen ehl-i vukuf belirler denilmiştir. Bahsi geçen ehl-i hibre yani bilirkişilerin iki adil kimse olması yeterli görülmüştür. İmam Muhammed şahit niteliğine sahip olmalarını şart koşmuşsa da Ebu Hanife ve Ebu Yusuf bu şartı

⁶¹⁴ Mecelle m.153, 154, 414, 415.

⁶¹⁵ ESENER 1978, s.165.

⁶¹⁶ Kitabül Büyü’da m.154’de bir malın gerçek değerinin kıymet olarak ifade edildiğini düzenleyen hüküm de konuyla ilgili bir düzenlemedir. Mecelle m.414.

⁶¹⁷ HALEBÎ, Mültekâ, c.3, s.388; BERKÎ 1982, s.78.

⁶¹⁸ ALÎ HAYDAR, c.1, s.418.

⁶¹⁹ ŞERİF 1986, s.258.

aramamışlardır.⁶²⁰ Bilmen Mecelle'deki tanımdan anlaşıldığı üzere bilirkişilerin işçi ve işverenle ilgisi bulunmayan tarafsız kişiler olması gerektiğini ifade etmiştir.⁶²¹

Günümüzde iş akdinde ücretin tespit edilememesi veya farklı amaçlarla gerçek ücretin bordroya yansıtılmaması durumunda, işçinin gerçek ücretinin belirlenmesi gerektiği ifade edilmiştir. Gerçek ücretin tespitinde işçinin yaptığı işin niteliği, hizmet süresi, iş tecrübesi ile işyerinin özellikleri, aynı ya da benzer işlerde çalışan işçilere ödenen ücretler ve ilgili meslek kuruluşunun görüşü dikkate alınması gerektiği ifade edilmiştir.⁶²² Yargıtay da gerçek ücretin belirlenmesi için emsal işçi ücretlerinin dikkate alınmasını ve ilgili mesleki kuruluştan sorulmasını kararlarında ifade etmiştir.⁶²³

Ecr-i misilin önemi ücret kararlaştırılmaması veya başka sebeplerle akit fasit olduğunda işin tamamını veya bir kısmını yerine getirmiş olan işçinin ücretini almasına araç olmasıdır. Bu durumda işveren akdin fasit olduğunu ileri sürerek ücret ödeme borcundan kaçınamaz.⁶²⁴ Mecelle hükmüne göre ücret kararlaştırılmış ancak miktarı net değilse ecr-i misile hak kazanılır.⁶²⁵ Akdin fasit olması ücret belirsizliği dışında bir sebepten kaynaklanıyorsa işçi yine ecr-i misile hak kazanır; ancak işçinin ecr-i misil miktarı taraflar arasında kararlaştırılan ücretten fazla olamaz.⁶²⁶ *Günümüz hukukunda da iş akdinin bir eksiklik sebebiyle iptal edilmesi durumlarında işçi çalışması karşılığında ücret talep edebilmektedir. Ancak kanuna ve genel ahlaka aykırılık, şekil veya tarafların ehliyeti ile eksiklikler ve imkânsızlık hallerinde akit batıl olur. Bu durumda işçi çalışmasının karşılığını haksız fiil veya sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre isteyebilme imkânına sahiptir.⁶²⁷*

⁶²⁰ BİLMEN 1970, c.6, s.163; ALİ HAYDAR, c.1, s.418.

⁶²¹ BİLMEN 1970, c.6, s.157.

⁶²² ÇELİK 2009, s.141.

⁶²³ Yargıtay 9. HD, 24.11.1998, E.1998/13630, K.1998/16619; Yargıtay 9. HD, 18.5.1989, E.989/2049, K.989/4583; Yargıtay 20.10.2008, E.2007/29446, K.2008/27965; Yargıtay 9. HD, 3.10.2000, E.2000/8614, K.2000/13106.

⁶²⁴ BARDAKOĞLU 1986, s.231.

⁶²⁵ Mecelle m.564; Bir kimse ücret beyan etmeyerek fakat ücret vereceğini belirten ifadeler kullandığında işçi işçiliği meslek edinsin veya edinmesin ecr-i misil almaya hak kazanır. ALİ HAYDAR, c.1, s.554.

⁶²⁶ ŞAKFE 1968, s.38.

⁶²⁷ TUNÇOMAĞ 1988, s.99.

İslam Hukukunda ecr-i misil nakit olarak belirlenir. Yani para üzerinden hesaplanır.⁶²⁸ İmam Şafii ecr-i misilin hesaplanmasında yeterlilik ölçüsünün dikkate alınması gerektiğini ifade etmiştir.⁶²⁹ Mecelle'nin ecr-i misili bilirkişilerin belirleyeceği hükmüne karşın ecr-i misilin dört şekilde belirleneceği ifade edilmiştir. Bilirkişilerin yanında davalının ikrarı, şahit ifadesi ve yeminle de ecr-i misil belirlenebilir.⁶³⁰ Bilirkişiler emsal işçiye oranla ecr-i misili belirler. Akdin yeri ve zamanı dikkate alınır. Tarafların anlaşmazlığa düştükleri ücret için bilirkişi görüşü yeterli değildir, şahitlerin görüşüne de başvurulur. Şahitlerin ecr-i misili belirlemelerinde, 1762. madde hükmüne kıyasla fazla olan miktar esas alınacaktır. Ücrete ilişkin iddianın iki şahitle ispat edilememesi durumunda karşı tarafın yemini ile ecr-i misil belirlenir. Bilirkişilerin ücret üzerinde ittifak edememesi durumunda ortaya konulan farklı ücretlerin ortalaması alınarak ecr-i misil belirlenir.⁶³¹

Günümüzde “eşit işe eşit ücret” politikasının ortaya çıkma sebebinin ecr-i misil kurumunun olmaması olduğu iddia edilmiştir. Asgari ücret belirlenmesi de ecr-i misil kurumu ile bağlantılı olmakla birlikte bu konudaki düzenlemeler iş akdinin tarafları arasındaki ihtilafları tam olarak çözmemektedir.⁶³²

b) Ecr-i Müsemma

Akdin kuruluşunda tarafların belirlemiş olduğu ücret ecr-i müsemmadır.⁶³³ *İş Kanunumuzda yazılı sözleşme yapılmayan hallerde, en geç iki ay içerisinde işverenin işçiye, temel ücreti ve varsa ücret eklerini gösteren yazılı bir belge vermesi yükümlülüğü yüklenmiştir(4857 m.8).*

⁶²⁸ ALİ HAYDAR, c.1, s.418; BİLMEN 1970, c.6, s.163; ŞAFAK 1986, s.135.

⁶²⁹ Yeterlilik kelimesi ile bir kişinin hayatını normal şartlar altında devam ettirmesine olanak tanıyan ücret miktarı kastedilmektedir. YENİÇERİ, Celal, “İslam’da Emek ve Karşılığı”, İslam’da Emek ve İşçi İşveren Münasebetleri, Ensar Neşriyat, İstanbul, 1986, s.283, 284.

⁶³⁰ ALİ HAYDAR, c.1, s.417, 418; AKGÜNDÜZ, Ahmet, İslam Hukukunda Ecr-i Misil Müessesesi ve Günümüz Hukukuna Tesirleri, İslam ve Osmanlı Hukuku Araştırmaları, OSAV Yayınları, İstanbul, 2009, s.181 vd.

⁶³¹ ALİ HAYDAR, c.1, s.418, 419.

⁶³² SINAV 1990, s.32.

⁶³³ “Hini akitte zıkr ve tayin olunan ücrettir.” Mecelle m.415, 153; Pazarlık ederken konuşulan ve belirlenen ücret şeklinde bir tanım da yapılmıştır. HALEBÎ, Mültekâ, c.3, s.388.

Ecr-i müsemma hukuken geçerli olarak kurulmuş iş akitlerinde ödenecek ücret olarak da ifade edilmiştir. Tarafların üzerinde anlaştıkları her türlü edim ecr-i müsemma olabilir. Para veya nakit olması noktasında bir sınırlama getirilmemiştir.⁶³⁴ Ecr-i müsemma ecr-i misile eşit olabileceği gibi ecr-i misilden fazla veya eksik de olabilir.⁶³⁵

İslam Hukukunda akit yapıldıktan sonra taraflar ücret üzerinde pazarlık yaparak yeni bir bedel üzerinde anlaşılırsa, bu ikinci akdin geçerli olacağı ifade edilmiştir.⁶³⁶

2. Ücretin Hesaplanması

a) Genel Olarak

İslam Hukukuna göre ücret işçi, çalışma şekli, yük, mesafe, yer ve zaman kıstasları dikkate alınarak belirlenebilir. Ücretin bu kıstaslardan bir veya birkaçı dikkate alınarak belirlenmesi ve derecelenmesi de mümkündür.⁶³⁷ *Günümüzde de ücretin belirlenmesinde zamana göre, parça başı, akort, götürü, yüzde usulü, komisyon, kardan pay verilmesi şeklinde usuller uygulanmaktadır.*⁶³⁸

İşçi hak ettiği ücreti talep etmeli, işveren de karşılığında hak ettiği ücreti işçiye vermelidir. Mecelle'nin "Külfet nimete ve nimet külfete göredir."⁶³⁹ hükmü taraflar için yol gösterici olacaktır. İslam Hukuku ücretin belirlenmesinde iş akdinin her iki tarafını da gözetmiş ve taraflara eşit mesafede yaklaşmıştır. *Modern hukukta ise işçinin korunması ilkesi temel ilkelerdendir. Hatta İş Hukukunun doğmasının ve gelişmesinin sebebi işçiyi koruma amacı olarak ifade edilmiştir.*⁶⁴⁰ Ücretin belirlenmesinde hukukumuzda uygulama alanı bulan asgari ücret kurumu işçiyi

⁶³⁴ ŞAFAK 1986, s.135.

⁶³⁵ Bir akitte ödenen ücretin o tür akitler için ecr-i misil olacağı iddia edilemez. Buradaki ücret ecr-i müsemmadır. Ecr-i misilin bundan farklı olması mümkündür. ALİ HAYDAR, c.1, s.419.

⁶³⁶ BİLMEN 1970, c.6, s.164.

⁶³⁷ BİLMEN 1970, c.6, s.219.

⁶³⁸ ÇELİK 2009, s.143; ESENER 1978, s.173 vd; UŞAN, M. Fatih, İş ve Sosyal Sigorta Hukuku Uygulamasında Parça Başına Ücret, Seçkin Yayınları, Ankara, 2003, s.29 vd.

⁶³⁹ Mecelle m.88.

⁶⁴⁰ ÇELİK 2009, s.17; TUNÇOMAĞ 1988, s.9.

koruma amacının bir sonucudur. Asgari ücrete ilişkin hususlar İş Kanununda ve Asgari Ücret Yönetmeliği'nde gösterilmiştir.⁶⁴¹ Asgari ücrete muhalif hareket eden işverene idari para cezası yaptırımı öngörülmüştür(4857 m.102). Borçlar Kanunumuz da daha önce genel sınırlar dışında bir sınırlandırmaya gitmediği ücret konusunda bir sınır koymuş ve asgari ücrete yer vermiştir(6098 m.401). İslam Hukukunda asgari ücretin belirlenmesinde dikkate alınabilecek bir hadis bulunmaktadır. Bu hadiste kamu görevlisinin eşi yoksa evlenmesi, evi yoksa ev alması ve hizmetçisi yoksa hizmetçi tutması tavsiye edilmiştir.⁶⁴² Yani sayılan ihtiyaçları karşılayacak kadar maaş alması uygun görülmüştür. Bu ihtiyaçların karşılanması da kamu görevlisinin maaşı ile ilgili bir sınır ortaya koymaktadır. Kamu görevlisinin maaşı ile ilgili asgari bir sınır çizilmiştir.

İş akdi iş üzerine değil de süre üzerine yapıldığında işçi çalışmak için hazır bulunmak suretiyle ücrete hak kazanır.⁶⁴³ Akde konu olan mal kusur olmaksızın telef olduğunda işi ile eser ortaya koyan ecir-i müşterek ücrete hak kazanamaz. Hamal gibi eser ortaya koymayan işçi ise ücrete hak kazanır.⁶⁴⁴ Günümüzdeki işçiler genellikle eser ortaya koymayan işçilerdir. Kusurları dışında ürettikleri mal telef olsa da ücrete hak kazanırlar.

b) Hak Kazanma, Kısmi Ücret

İslam Hukukunda işçinin ücrete ne zaman hak kazanacağı konusunda ecir-i has ile ecir-i müşterek için farklı hükümler öngörülmüştür. Kendi evinde veya işyerinde iş yapan işçi, ancak işi tamamlayınca ücrete hak kazanacaktır. Bazı hukukçular işi işverene ait bir yerde yapması durumunda işin bitirdiği kısmı oranında ücrete hak kazanacağını ifade etmişlerdir. Bu takdirde işçinin tamamladığı kısmı işverene teslim ettiği kabul edilmektedir.⁶⁴⁵ *Günümüzde çalışmaların genellikle işyerinde yapılıyor*

⁶⁴¹ Asgari Ücret Yönetmeliği'ne göre asgari ücret, işçilere normal çalışma günü karşılığında ödenen ve işçinin gıda, konut, giyim, sağlık, ulaşım ve kültür gibi zorunlu ihtiyaçlarını günün fiyatları üzerinden asgari düzeyde, karşılamaya yetecek ücret şeklinde tanımlanmıştır(m.4/d). ÇELİK 2009, s.159, 160.

⁶⁴² EBU DAVUD, Harac 10; AHMET B. HANBEL, 4/229.

⁶⁴³ BİLMEN 1970, c.6, s.214.

⁶⁴⁴ ALİ HAYDAR, c.1, s.495.

⁶⁴⁵ Mecelle m.580; BİLMEN 1970, c.6, s.189.

olması bu hükmü anlamamızı kolaylaştıracaktır. Buna göre işyerinde yapılan çalışmalarda işçi işini bitirdiği kısım itibariyle işverene teslim etmiş sayılacağından, bu oranda ücrete hak kazanacaktır. Ücretin çalışılan zamana göre ödendiği durumlarda sözü edilen problem ortaya çıkmayacak ve işçi çalıştığı zamanın karşılığı olan ücrete hak kazanacaktır. Genel olarak Mecelle'nin 470. maddesinde ve daha özel olarak 425. maddesinde ecir-i hasın çalışmak için hazır bulunmak suretiyle ücrete hak kazanacağı düzenlenmiştir. Yani işverenin emir ve talimat yetkisi altında bulunan işçi kendisine iş verilmese de çalışmaya hazır beklemesi karşılığında ücret alır. 471. madde hükmüne göre fasit bir akitte işçi işveren için çalışmaya hazır olarak beklemekle ücrete hak kazanamaz denmiştir. Yani fasit akitler 470. maddedeki hükmün bir istisnasını oluşturmaktadır.⁶⁴⁶ *İş Kanunumuz da kural olarak ücretin yapılan işin karşılığı olduğunu belirtmektedir(4857 m.32). Ancak iş mevzuatında bu kurala istisnalar getirilmiştir.⁶⁴⁷ Çalışılmadığı Halde Ücret Ödenen Durumlar başlığı altında konu hakkında detaylı bilgi verilecektir.*

Ebu Hanife başlangıçta taşıma sözleşmesinde ücretin akit tamamlandıktan sonra ödeneceği görüşünde iken daha sonra fikrini değiştirmiş kat edilen mesafe oranında ücretin hak edileceğini ifade etmiştir.⁶⁴⁸ Hükmün genel olarak yorumlanmasından işçinin çalıştığı oranda ücrete hak kazanacağı sonucu ortaya çıkacaktır. İşin yarım kalması sebebiyle işverenin menfaat elde edemeyeceği akitler dışında, işçinin yapılan iş kadar ücrete hak kazanacağı söylenebilir.

Ay üzerine kurulan bir icare akdi her ay önceki ücret üzerine yenilenmiş olur.⁶⁴⁹ Aylık olarak kurulan böyle bir akitte süre 30 günden kısa olsa da tam bir aylık ücret verilmesi gerekir.⁶⁵⁰

Bir işçi akitte hüküm altına alınan işin bir kısmını yaptıktan sonra kendisinden kaynaklanmayan bir sebeple işi tamamlama imkânı kalmazsa, işin tamamladığı kısmı

⁶⁴⁶ Mecelle'nin 568. maddesinde de ilim ve sanat öğretmek üzere istihdam edilen eğiticinin hazır bulunmak suretiyle ücrete hak kazanacağına ilişkin bir hüküm bulunmaktadır. Ancak akdin fasit olması durumunda eğiticinin fiilen çalışmadıkça, çalışmaya hazır olarak beklemekle ücrete hak kazanamayacağı ifade edilmiştir.

⁶⁴⁷ ÇELİK 2009, s.163.

⁶⁴⁸ İmameyn de Ebu Hanife'nin sonraki görüşünü tercih etmiştir. SERAHSÎ, Mebsût, c.15, s.157.

⁶⁴⁹ BİLMEN 1970, c.6, s.164.

⁶⁵⁰ Mecelle m.488; BİLMEN 1970, c.6, s.194.

oranında ücrete hak kazanır.⁶⁵¹ *İş Kanunumuzda da kısmi süreli çalışan işçinin salt bu sebepten dolayı ayrıma tabi tutulamayacağı, ücret ve paraya ilişkin bölünebilir menfaatlerinin tam süreli emsal işçiye göre çalıştığı süreyle orantılı olarak verileceği hüküm altına alınmıştır(4857 m.13)*

Ücret belirlenmeden yapılan çalışmalarda belirli ise günlük emsal ücret yoksa ecr-i misil ödenir. Gayri misli bir mal kesin olarak belirlenmeden ücret olarak kararlaştırılmışsa yine ecr-i misil ödenecektir.⁶⁵²

Kısmi ifa halinde ücretin nasıl hesaplanacağına ilişkin İslam Hukukçuları ihtilaf halindedir. Bazı Hanefi hukukçular kısmi ifa halinde, işverenin ifadan yarar sağlaması durumunda, ücretin ifa edilen kısımla orantılı olarak ödenmesi gerektiğini belirtmişlerdir.⁶⁵³ Ebu Hanife ve İmam Züfer işin tamamı ifa edilmeden ücret elde edilemeyeceği görüşünü ortaya koymuşlardır. Ebu Hanife daha sonra bu görüşünü değiştirmiş ve kısmi ifa halinde işin görülen kısmıyla orantılı olarak ücrete hak kazanılacağını dile getirmiştir.⁶⁵⁴ Bu görüş işçi lehine bir görüş olarak yorumlanabilir. Ancak bir işin görülmesi üzerine kurulan iş akitlerinde işçinin kısmi ifası işverenin akitten beklediği menfaati elde etmesi için yeterli olmayabilir. Bir elbisenin belli kısımlarının dikilmesi ile dikilen kısımlara oranla ücret hak edilemez; çünkü elbisenin tamamı dikilmeden ondan faydalanmak mümkün değildir.⁶⁵⁵ Süre üzerine kurulan akitlerde ise ecr-i has çalışmak için hazır beklediği sürenin karşılığında

⁶⁵¹ Mecelle m.580; BİLMEN 1970, c.6, s.214; Roma Hukukunda işçiden kaynaklanmayan olağanüstü sebepler yüzünden işin görülememesi durumunda işçinin ücret hakkının devam edeceği düşüncesi hâkimdir. KARADENİZ 1976, s.161.

⁶⁵² Mecelle m.565, 566; 566. maddede bir de istisnaya yer verilmiştir. Yemek, elbise gibi tam olarak belirlenmemiş bir ücret karşılığında sütana istihdam edildiğinde bunun caiz olacağı ifade edilmiştir. Ücretin ecr-i misil ile değil vasat bir elbise ile ödenebileceği hüküm altına alınmıştır. Çocuğa şefkat duyulması sebebiyle sütanaya karşı da cömert davranılacağı düşünülmüş ve adet gereği bu istisna tanınmıştır. ALİ HAYDAR, c.1, s.462.

⁶⁵³ SERAHSÎ, Mebsût, c.15, s.157; Konuya ilişkin özet olarak Dürr-i Muhtar ve Redd-i Muhtar'dan alındığı belirtilen örnekte, fırında ekmek pişirmek üzere istihdam edilen işçinin ekmeğin bir miktarını çıkarması durumunda, çıkardığı miktara karşılık gelen ücrete hak kazanacağı ifade edilmiştir. Gerekçe olarak da belli bir miktar işin işverene teslim edilmesi gösterilmiştir. ALİ HAYDAR, c.1, s.481. Bu olayda ekmeğin bir kısmı çıktığında işverenin bu kısım kadar menfaat elde etmesi söz konusudur. Bunun karşılığı olan ücreti vermesi de hakkaniyet gereğidir.

⁶⁵⁴ MERGİNÂNÎ, el-Hidâye, c.3, s.402; ALİ HAYDAR, c.1, s.480.

⁶⁵⁵ İşçinin işi kendine ait işyerinde yapması durumunda ücrete hak kazanamayacağı ifade edilmiştir. İşverene ait bir yerde işin yapılması durumunda ise bazı hukukçular ücrete gerek görmezken, bazıları yapılan iş nispetinde ücret verilmesi gerektiğini ifade etmişlerdir. ALİ HAYDAR, c.1, s.487.

ücrete hak kazanır. Çalışmak için hazır bulunması kısmi süreli ise bu takdirde bu kısmi sürenin karşılığı olan ücrete hak kazanır. Mecelle m.470 ile bu husus düzenlenmiş, geçerli bir icarede çalıştırmak üzere işçiyi hazır bulunduran işverenin fayda elde etmese bile ücret ödemesi gerektiği düzenlenmiştir.⁶⁵⁶

İslam hukukçuları mallara narh konulması konusunu tartışmışlar, işçi ücretlerine sınır konulmasından bahsetmemişlerdir. İbni Teymiyye ve öğrencisi İbni Kayyim bu konuda görüş belirtmişler, İslam'ın ilk dönemlerinde işçi sınıfı oluşmadığından bu konunun gündeme gelmediğini ifade etmişlerdir. İbni Kayyim işçi ücretlerine ilişkin asgari ve azami sınırlar belirlenebileceğini dile getirmiştir. Bu da devletin işçi ücretlerine müdahalesini mümkün kılmaktadır.⁶⁵⁷ *İş kanunumuz azami değil ancak asgari ücrete ilişkin düzenleme yapmıştır. Hangi amaçla, hangi aralıkla, ne şekilde devletin asgari ücreti belirleyeceğine kanunda yer verilmiştir(4857 m.39).*

c) Hukuki Bakımdan Ücret Şekilleri

İslam Hukukunda ve modern hukukta ücretin ödeme belirlenmesi ve ödenmesine ilişkin farklı yollar ortaya konulmuştur. Ücretin en temel belirlenme şekli zamana göre hesaplanmasıdır. Ücret saat, gün, hafta veya ay üzerinden hesap edilebilir.⁶⁵⁸ İslam Hukuku bir işin farklı yapılaş şekilleri için farklı ücret belirlenmek suretiyle akit kurulmasına izin vermektedir. Ayrıca yapılan işe göre ücretin derecelendirilmesi mümkün görülmüştür.⁶⁵⁹ Mecelle'de yer verilen görüş İmameyn'in görüşüdür. Ebu Hanife işin anlaşıldığı şekilde yapılmaması durumunda ecr-i misil ödenmesi gerektiğini ifade etmiş, İmameyn ise terditli olarak belirlenen ücretin verileceği görüşünü benimsemiştir.⁶⁶⁰ İşin veya işin yapılaş şeklinin değişmesi

⁶⁵⁶ ALİ HAYDAR, c.1, s.427.

⁶⁵⁷ ŞERİF 1986, s.254 vd.

⁶⁵⁸ TUNÇOMAĞ 1988, s.59; Zamana göre ücret hesaplanmasında işçinin çalışması sonucunda verimin düşük olması sebebiyle ücret indirimi yapılamayacağı gibi verimin yüksek olması durumunda da işçinin ücretinde bir artış olmaz. REİSOĞLU 1968, s.188.

⁶⁵⁹ Mecelle m.506.

⁶⁶⁰ ÇOBAN 2008, s.55, 56.

ile ücret değişebilir.⁶⁶¹ Bir hadiste “...(Bir kimseyi istihdam eden) güçlerinin yetmeyeceği sorumlulukları yüklemesin, eğer yüklerse yardım etsin” denilmektedir. Bu hadisten temel ücret dışındaki ücret eklerinin gerekli olduğu anlaşılmaktadır.⁶⁶² *Ücretin işin miktarına ve sonucuna göre hesaplanmasına günümüzde parça başına(akort) ücret denilmektedir. Akort ücret parça sayısı, büyüklük, uzunluk, ağırlık gibi birimlere göre belirlenen ücrettir.*⁶⁶³ *Borçlar Kanununda yapılan işe göre ücret ödenebileceği hüküm altına alınmıştır(6098 m.393).* Parça başına ücret Osmanlı uygulamasında da yer almıştır. Dokumacılık, halıcılık gibi alanlarda parça başı ücret sisteminin uygulamalarına rastlanmıştır.⁶⁶⁴

Mecelle hariçten verilmiş olan bahşişin ücrete mahsup edilemeyeceğini düzenlemiştir.⁶⁶⁵ Ücretle tutulmuş bir kimseye işverenleri veya başkaları tarafından verilen hediye ve bahşişler ücrete mahsup edilemez.⁶⁶⁶ İşçiye verilen bahşişler hibe hükmünde olup, işverenin ayrıca işçinin ücretini vermesi gerekir.⁶⁶⁷ *Günümüz hukukunda da bahşiş ücret eki olarak kabul edilmektedir. Yargıtay bahşişin ücret olarak kararlaştırılabileceğine de karar vermiştir. Buna göre işçinin bahşişlerden elde ettiği ücret asgari ücretin altında ise kalan farkı işveren ödeyecektir.*⁶⁶⁸ İslam Hukukuna göre verilen bahşişler hibe hükmünde olduğundan verildikleri anda işçinin mülkiyetine geçerler. Müşterilerin hesabına yüzde olarak eklenen ve garsoniye olarak adlandırılan bahşişlerin ise ücret olarak kararlaştırılması mümkündür.⁶⁶⁹ Osmanlı Devleti’nde bahşiş uygulamalarına rastlanmıştır. Devlet tarafından asıl işleri

⁶⁶¹ İcare akdi için sekiz usulle ücretin derecelenmesi mümkün görülmüştür. Bunlar iş, işçi, yük, mesafe, mekân, zaman, ziraatın türü ve yükün nakline ilişkin usullerdir. İnsanların ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla bu şekiller öngörülmüştür. ALİ HAYDAR, c.1, s.509; SERAHSİ, Mebsût, c.15, s.141, 142; MERGİNÂNÎ, el-Hidâye, c.3, s.422.

⁶⁶² BUHARİ, İman, 22; MÜSLİM, Yemin, 40.

⁶⁶³ ÇELİK 2009, s.144, 146; TUNÇOMAĞ 1988, s.59; Parça başına ücretin işveren açısından avantajı malın maliyetinin daha kolay hesaplanması ve ücret ile emek arasında bir kıyas yapılabilmesidir. REİSOĞLU 1968, s.189.

⁶⁶⁴ KIRPIK 2004, s.109.

⁶⁶⁵ Mecelle m.567.

⁶⁶⁶ BİLMEN 1970, c.6, s.210.

⁶⁶⁷ Bayram vb günlerde de bazı kimselerin işçiye verdikleri paralar hibe hükmündedir. İşverenin bunları da ücretten mahsup etme hakkı yoktur. ALİ HAYDAR, c.1, s.556.

⁶⁶⁸ Yargıtay HGK, 7.7.1971, E.1970/9-126, K.444.

⁶⁶⁹ ŞERİF 1986, s.203, 204; KAYA 2009, s.118.

dışında çalıştırılan askerlere aldıkları ücret dışında padişah tarafından bahşiş verildiği de görülmüştür.⁶⁷⁰

İşçinin belirli bir sürede yetiştirmesi şartıyla bir iş için anlaşılması durumunda akit geçerli olup, işçi şartı yerine getirdiği takdirde ecr-i müsemmaye hak kazanır. Süresinde yerine getiremezse ecr-i müsemmayı aşmamak üzere ecr-i misile hak kazanır.⁶⁷¹ Burada birden fazla ödeme usulünün birleştirilmesi söz konusudur. Ücretin ecr-i misil miktarına kadar olan bölümü temel ücrettir. Ecr-i müsemmanın ecr-i misili aşan kısmı ise prim şeklinde ifade edilebilir. *Modern hukukta da ödeme şekillerinin birleştirilmesi mümkündür. Belli bir aylık ücret ile çalışan işçiye ayrıca yaptığı işin sonucundan da belli bir miktar verilmesi durumunda birleştirme söz konusu olur.*⁶⁷²

İş akdi devam ederken tarafların ücret üzerinde değişiklik yapmaları durumunda İslam Hukuku yeni ücretin geçerli kabul edileceğini kabul etmektedir. Akdin geri kalan süresinde ücret yapılan değişikliğe göre belirlenir.⁶⁷³

İkramiye konusunda İslam hukukçuları modern hukukla aynı doğrultuda düşünmüşlerdir. Çağımız İslam hukukçularından Şerif, çeşitli sebeplerle işçiye ödenen ikramiyeyi ücretin karşılığı olarak kabul etmemektedir. Ancak akit, kanun, toplu iş sözleşmesi gibi bir kaynaktan ücret olarak kararlaştırılmışsa veya örf ve adet bu yönde ise ikramiyenin ücretin bir parçası olarak kabul edilebilir.⁶⁷⁴ *Modern hukukta da ikramiyenin ücret kabul edilip edilmeyeceği hususu bu şekilde açıklanmaktadır. İşveren açık veya zımni bir anlaşma ile ikramiye vermeyi taahhüt etmişse ikramiye ücretin bir parçası olarak kabul edilir. Açık bir taahhüt bulunmaması durumunda ikramiyenin bir bağışlama olduğu düşünülebilir.*⁶⁷⁵

⁶⁷⁰ KIRPIK 2004, s.37.

⁶⁷¹ Mecelle m.505; İşçinin belirli bir sürede işi yapmaması halinde ücret alamayacağına ilişkin yapılan akit ittifakla fasittir. SERAHSÎ, Mebsût, c.15, s.142.

⁶⁷² Örneğin bir tiyatro oyuncusuna aylık verilen belirli bir ücret yanında oyun başına para verilmesi durumunda birinci ücret zamana göre, ikinci ücret ise parça başı usulüne göre belirlenmektedir. TUNÇOMAĞ 1988, s.59; REİSOĞLU 1968, s.189; UŞAN 2003, s.38.

⁶⁷³ BİLMEN 1970, c.6, s.164.

⁶⁷⁴ ŞERİF 1986, s.204.

⁶⁷⁵ TUNÇOMAĞ 1988, s.60.

Yüzde üzerinden ödenen ve miktarı belli olmayan primler ise ücretin bir parçası olamaz. Bunlar işçiyi çalışmaya teşvik edici nitelikte olduğundan hibe, teberru olarak ödenmeleri mümkündür.⁶⁷⁶ Prim sistemi cuale(ciale) akdine benzetilmiştir. Çünkü prim işçinin performansına göre verilmektedir ve akdin kuruluşunda belirli değildir.⁶⁷⁷ Belli bir işin yapılması durumunda ücret ödenmesi şartıyla yapılan cuale akdi Maliki ekolüne göre caizdir. Prim sisteminde olduğu gibi cuale akdi de teşvik amaçlıdır.⁶⁷⁸ *Modern hukukta ise prim de ücretin bir parçası olarak görülmektedir. Ancak primin işçiyi ödüllendirme amaçlı bir uygulama olduğu ifade edilmiştir.*⁶⁷⁹ *Yargıtay belli bir süreye kadar kalite belgesinin alınması halinde bir maaş tutarında prim ödeneceğini kararlaştıran ve bunu işçilere duyuran şirketin bu primi ödemesi gerektiğine hükmetmiştir.*⁶⁸⁰ Bu olayda şirketin vaat ettiği prim İslam Hukukundaki cuale akdi ile benzerlikler taşımaktadır.

İslam Hukukunda ücretin akde konu mallardan verilmesinin kararlaştırılması durumunda akdin fasit olacağı düşünülmektedir. Böyle bir akitte işçi işini ifa etmişse kararlaştırılan malın değerini aşmamak üzere ecir misil olarak ücret ödenir.⁶⁸¹ Hanefi hukukçular işçinin ücretinin üretimden veya kardan bir hisse şeklinde ödenmesini uygun görmemişlerdir. İşçinin işin ilk bölümünü yapmakla mala ortak olacağı ve ortak olduğu bir işte ücretle çalışamayacağı buna gerekçe gösterilmiştir. İmam Şafii'ye göre ise ortakların kendi işlerinde çalışmaları mümkündür. Ortaklardan birinin ücretle çalışması yabancı bir kişinin çalışması gibidir.⁶⁸² *Modern hukukta işçiye kardan hisse verilmesi işçinin gayretini artırmak ve verimli bir şekilde çalışmasını sağlamak amacıyla uygun görülmektedir. Ücretin kardan hisse şeklinde*

⁶⁷⁶ ŞERİF 1986, s.204; KAYA 2009, s.118.

⁶⁷⁷ ESEN 1995, s.160.

⁶⁷⁸ ÖZTÜRK vdi 1986, s.255; Hanefiler ciale akdini işçinin belli olmaması sebebiyle geçersiz olarak nitelemişlerdir. Şafii'ler ise insanların ihtiyacı gerekçesiyle bu akdi geçerli kabul etmişlerdir. ALİ HAYDAR, c.1, s.461.

⁶⁷⁹ TUNÇOMAĞ 1988, s.60.

⁶⁸⁰ Yargıtay 9. HD, 03.11.1999, E.1999/13891, K.1999/16687.

⁶⁸¹ Bir ağacın meyvelerini ondan bir miktar vermek üzere toplatmak veya bir yükü ondan bir hisse vermek üzere naklettirmek akitleri örnek olarak verilmiştir. BİLMEN 1970, c.6, s.215.

⁶⁸² SERAHSÎ, Mebsût, c.16, s.48; İşçiye kardan bir hisse verilmesi durumunda işçinin de işi ile mala ortak olduğu sonucu çıkar. Bu akit de iş akdinden çok ortaklık akdi olur ve buna ilişkin kuralların dikkate alınması gerekir. ATAY 1979, s.57.

*ödenmesi ücrete ek olarak veya istisnai olarak ücret yerine olmak üzere kararlaştırılabilir.*⁶⁸³

İşverenin, aksine bir gelenek veya şart bulunmadıkça işçiye yemek verme yükümlülüğü yoktur.⁶⁸⁴ Ancak yemek verilmesi adet olan bir işte veya bölgede yemek vermek işverenin yükümlülüğüdür. Çünkü örfen maruf olan şey şart koşulmuş gibidir.⁶⁸⁵ Yani taraflar arasında kararlaştırmış gibi geçerli olur.

İşçiye yemek verilmesi, lojman sağlanması, giyim eşyası temini, servis sağlanması gibi ekonomik değeri olan şeylerin ücret olarak kararlaştırılıp kararlaştırılamayacağı İslam hukukçuları tarafından tartışılmıştır. Hanefiler bu tür edimleri ücreti belirsiz hale getireceği düşüncesiyle ücret içerisinde kabul etmemişlerdir. Buna karşın Malikiler bu tür edimlerin ücret olarak kararlaştırılabileceği görüşündedirler.⁶⁸⁶

İslam Hukukunda aile yardımı konusunda Hz. Peygamber'in uygulamasına dikkat çekilmiştir. Hz. Peygamber beytülmalen bekâra bir hisse, evliye iki hisse vermiştir.⁶⁸⁷ Yine Hz. Ömer, beytülmalen her çocuğa doğumundan itibaren maaş bağlamıştır.⁶⁸⁸ Bu uygulama çocuk yardımı konusunda örnek teşkil edebilecek niteliktedir.

d) Çalışılmadığı Halde Ücret Ödenen Durumlar

İslam Hukukunda ve modern hukukta ücretle ilgili genel kural ücretin yapılan işin karşılığı olduğu şeklindedir.⁶⁸⁹ İzin, tatil, hastalık sürelerinde işçiye ücret ödenip ödenmeyeceği hususlarında ise İslam Hukuku ile modern hukuk arasında farklılıklar ortaya çıkmıştır. Ancak bu farklılıkları değerlendirirken eski hukukumuzdaki sosyal güvenlik sistemi ile günümüz hukukundaki sosyal güvenlik sistemleri arasındaki

⁶⁸³ TUNÇOMAĞ 1988, s.59.

⁶⁸⁴ Mecelle m.576; SERAHSÎ, Meksûr, c.16, s.72.

⁶⁸⁵ Mecelle m.43; BİLMEN 1970, c.6, s.213; ŞAKFE 1968, s.96.

⁶⁸⁶ DÖNDÜREN 1986, s.405, 406.

⁶⁸⁷ DÖNDÜREN 1986, s.408.

⁶⁸⁸ KARAMAN 1981, s.124, 125.

⁶⁸⁹ SERAHSÎ, Meksûr, c.15, s.231; ÇELİK 2009, s.142, 163.

farkı da dikkate almak gerekmektedir. Eski hukukumuzdaki zekât, sadaka ve vakıf gibi sosyal güvenlik müesseseleri işçi açısından önem arz eden müesseselerdir.⁶⁹⁰

İslam Hukukunda ücret menfaatin tesliminden itibaren geçerli olur. İşçinin emeğini teslim etmeden akit süresinin sona ermesi durumunda ücrete hak kazanılamayacağı ifade edilmiştir.⁶⁹¹ Yararlanmanın tamamen ortadan kalkması durumunda ücretin düşeceğine ilişkin Mecelle hükmünde⁶⁹² işçinin zor durumda kalacağı düşünülebilir. Ancak bu durumda ücretin işverene yüklenmesi durumunda da işveren karşılıksız bir ödemede bulunmuş olacaktır. *İş mevzuatımızda işçiye hafta tatili, yıllık izin, bayramlar ve genel tatiller için ücret ödenmesi düzenlenmiştir. Ayrıca doğum, ölüm, evlenme, mazeret ve sair ücretli izin haklarına da mevzuatımızda yer verilmiştir.*⁶⁹³

Ücretin doğması hususunda ecir-i has ile ecir-i müşterek arasında bir ayrım vardır. Genellikle çalışması sonucu bir eser ortaya koymayan ecir-i has akit süresince hazır bulunarak ücrete hak kazanır. Fiilen çalışmasına gerek yoktur, ancak çalışmaktan kaçınmaması gerekir. Ecir-i müşterek ise işini yaptığı takdirde ücrete hak kazanır.⁶⁹⁴ İşverenin menfaat elde etmesi ile ücret ödeme yükümlülüğü doğacaktır.⁶⁹⁵ *Mevzuatımızdaki konuya ilişkin düzenlemede işçinin hazır bulunduğu halde çalışmaması işverenin iş vermemesinden veya zorlayıcı sebeplerden kaynaklanabilir denmiştir. Bir haftadan fazla bir süre işçinin çalışmasını veya işyerinde işin durmasını gerektiren zorlayıcı sebeplerin ortaya çıkması durumunda işçiye bir haftaya kadar her gün için yarım ücret ödenmesi öngörülmüştür(4857*

⁶⁹⁰ AKGÜNDÜZ 1990, s.102, 103.

⁶⁹¹ Mecelle m.477.

⁶⁹² Maddede verilen örneğe göre tamir edilmesi gereken hamam bir süre atıl kalsa, bu süreye ilişkin ücret düşer. Aynı şekilde suyu kesilen değirmen için de ücret ödenmez; ancak değirmenden başka şekilde yararlanma olursa buna ilişkin ücret ödenir. Mecelle m.478; Mecelle m.469 hükmüne göre de işçi İslam Hukuku akdinin her iki tarafını da korumayı amaçladığından karşılıksız olarak işverenin ücret vermesi doğru görülmemiştir. Mağdur olma ihtimali bulunan işçiye gerekli desteği vermek ise İslam Hukukunda devletin görevidir. Günümüzde de hastalanan işçinin ücretinin devlet tarafından karşılanması bizi aynı sonuca ulaştırmaktadır.

⁶⁹³ KESKİN, Özlem, Türk Hukukunda İşçinin Dinlenme ve Tatil Hakkı, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2008, s.4.

⁶⁹⁴ Mecelle m.424, 425; M.470 de 425. madde ile paralel bir düzenlemedir. Yine İcare-i Uruz faslında m.535 bu hükümlerle aynı doğrultuda bir hüküm içermektedir.

⁶⁹⁵ Mecelle m.469.

m.40). Gerek bağımlılık ilişkisi gerek işyerinde çalışması gibi özellikleri ile günümüz işçi tanımına yakın olan ecir-i has için geçerli hükümler günümüzde de benzer şekildedir. Ancak ecir-i müşterek bir eser ortaya koyduğundan, ücretin doğması için bu eserin işverene teslim edilmiş olması gerekir.⁶⁹⁶

İşçiye tatilde ücret ödenip ödenmeyeceği hususu da İslam hukukçuları tarafından tartışılmıştır. Hukukçuların çoğunluğuna göre ücret çalışmanın karşılığı olup, işçinin özre dayanan veya özürsüz olarak çalışmadığı zamanlara ilişkin ücret hakkı yoktur.⁶⁹⁷ *Anayasamız ise işçinin ücretli hafta ve bayram tatili ile yıllık izin hakkının kanunla düzenleneceğini öngörmüş(Anayasa m.50); yani tatil karşılığında işçiye ücret verilmesi benimsenmiştir. Kanunda yedi günlük çalışma süresi içerisinde işçiye kesintisiz yirmi dört saat süreli hafta tatili verilmesi ve bu süreye ilişkin tam ücret ödenmesi düzenlenmiştir(4857 m.46). Yıllık ücretli izin süreleri de işçinin kıdemine göre derecelenmiş ve kanunda yer almıştır. Yıllık izne hak kazanmak için en az bir yıl çalışmak gerektiği düzenlenmiştir(4857 m.53).* Bazı İslam hukukçuları uzun süreli iş akitlerinde Cuma günlerinin işçinin dinlenme günü olduğunu, çalışma günlerine girmeyeceğini ifade etmişlerdir.⁶⁹⁸ Ancak bu güne ilişkin ücret ödenip ödenmeyeceği açık olarak belirtilmemiştir.

Hastalık sebebiyle çalışmayan işçiye ücret ödenip ödenmeyeceği hususunda İslam hukukçuları ihtilaf halindedir. Çoğunluk görüşüne göre ücret çalışmanın karşılığı olduğundan işverenin işçinin hasta olduğu günler karşılığında ücret ödeme borcu bulunmamaktadır.⁶⁹⁹ Fıkıh kitaplarındaki bu anlayışın terk edilerek İslam'ın genel yaklaşımı ile konuyu yorumlamayarak işçilerin haklarını elde edebilmeleri için çalışmak gerektiğini dile getirenler de olmuştur.⁷⁰⁰ *Türk Hukukunda da hastalık halinde ücret ödenmesi sadece aylık ücret alanlar için söz konusudur. Diğer ücret*

⁶⁹⁶ ALİ HAYDAR, c.1, s.427; ŞAKFE 1968, s.71.

⁶⁹⁷ SERAHSÎ, Mebsût, c.15, s.231.

⁶⁹⁸ FETÂVÂ-Yİ HİNDİYYE, c.9, s.382.

⁶⁹⁹ ŞERİF 1986, s.382 vd; SERAHSÎ, Mebsût, c.15, s.231; Roma Hukukunda da hastalığı sebebiyle çalışmayan işçiye ücret ödenmeyeceği düşüncesi hâkimdir. KARADENİZ 1976, s.161.

⁷⁰⁰ ERDOĞAN, Mehmet, "İslam Hukuk Nazariyatında ve Tatbikatta Ücret", Mukayeseli Hukuk ve Uygulama Açısından İşçi-İşveren Münasebetleri, İlmî Neşriyat, İstanbul, 1990, s.135; İşçinin hastalığı işten veya işverenden kaynaklanmıyorsa işverene ücret borcunu yüklemek adil değildir. İşçinin mağdur olmaması için çözüm yolu sosyal sigortaların devreye girerek hasta işçiye gerekli desteği vermesidir.

*şekillerinde aksi iş akdi veya toplu iş sözleşmesinde kararlaştırılmamışsa ücret ödeme yükümlülüğü yoktur.*⁷⁰¹ *İş Kanununda hekim raporuyla verilen hastalık izinlerine ilişkin ücretin çalışılmış günler gibi hesaba katılacağı düzenlenmiştir(4857 m.46/c). 5510 sayılı yasada sigortalıların kayıplarının iş göremezlik ödeneği adı altında Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından ödeneceği düzenlenmiştir(5510 m.18).* İslam Hukukunda hastalık süresince ücret alamayan işçi için koruma yolu geliştirilmiş, devlet beytûlmalden yardım etmek suretiyle hasta işçiyi desteklemiştir. Modern hukuk sistemleri de hastalık günlerinin ücretlerini önceleri tam olarak işverene ödetirken zamanla sosyal sigorta ve benzeri müesseselere devretmeye başlamışlardır.⁷⁰²

3. Ödeme Yeri, Şekli ve Zamanı

Ebu Hanife ödeme yeri kararlaştırılmayan bir akdin fasit olduğu görüşündedir. İmameyn ise ödeme yeri kararlaştırılmadığında işin görüldüğü yerin ödeme yeri olacağını dile getirmişlerdir.⁷⁰³ Mecelle de bu görüşü esas alan bir düzenleme yapmış ve ödeme yeri belirtilmediği takdirde, amelin ifa edildiği yeri ödeme yeri olarak belirtmiştir.⁷⁰⁴

Ücretin taşınır bir mal olması durumunda işin görüldüğü yerde ödenmesi gerekir. Ücret altın ve gümüş para gibi bir şey ise işçi dilediği yerde alır, işveren de dilediği yerde verebilir denmiştir. Ebu Hanife de işçi ve işverenin ücreti diledikleri yerde alıp verebileceklerini düşünmektedir.⁷⁰⁵ *Borçlar Kanunundaki hüküm*⁷⁰⁶ *de ödeme yeri konusunda tarafların iradesinin belirleyici olacağını belirtmekle birlikte İş Kanununda konuyla ilgili düzenleme bulunmaktadır. İş Kanununda ücretin*

⁷⁰¹ ÇELİK 2009, s.163.

⁷⁰² AKGÜNDÜZ 1990, s.112.

⁷⁰³ SERAHSÎ, Mabsût, c.16, s.29; MERGİNÂNÎ, el-Hidâye, c.3, s.415.

⁷⁰⁴ Mecelle m.465.

⁷⁰⁵ BİLMEN 1970, c.6, s.184.

⁷⁰⁶ Borçlar Kanunu tarafların iradeleri ile ödeme yeri kararlaştırabileceklerini düzenlemiştir. Kararlaştırılmaması durumunda para borçlarının alacaklının ödeme zamanındaki yerleşim yerinde ödenmesi kurala bağlanmıştır(6098 m.89).

işyerinde veya özel olarak açılan banka hesabına ödenmesi hüküm altına alınmıştır(4857 m.32).⁷⁰⁷

Günümüzde ücretin Türk parası ile ödenmesi kuraldır, yabancı para kararlaştırıldığında, ödeme günündeki rayice göre Türk parası ile ödeme yapılmalıdır.(4857 m.32). İslam Hukukuna göre de ücretin tedavülde olan ve insanlar arasında geçerli olan nakitlerle yapılması gerekli görülmüştür.⁷⁰⁸

İslam Hukukuna göre işçi ve işveren ücretin ödenme zamanı ile ilgili olarak serbestîye sahiptirler. Hz. Peygamber'in "İşçiye ücretini teri kurumadan veriniz."⁷⁰⁹ hadisi oldukça bilinen bir hadistir. Mecelle'de ücretin ödenme zamanına ilişkin düzenlemeler yapılmıştır. İcare akdinde ücretin menfaat elde edildikten sonra verileceği,⁷¹⁰ akdin kurulduğu anda işçinin ücrete hak kazanamayacağı,⁷¹¹ ancak bu kuralın aksinin kararlaştırılabileceği ve ücretin peşin olarak verilebileceği⁷¹² düzenlenmiştir. *Modern hukukta da ücretin işin yapılmasından sonra ödenmesi kuraldır. İş akdinde borçların karşılıklı ve aynı anda ifası mümkün olmadığından uygulanmamaktadır.*⁷¹³ Bu husus İslam hukukçuları tarafından da dile getirilmiştir. İş akdinin kurulması ile işverenin menfaate işçinin de ücrete an be an malik olması gerçekleşmiştir. Ancak ücretin an be an verilmesi mümkün olmadığından sürenin sonunda veya tarafların iradesi ile daha önce verilmesi mümkündür.⁷¹⁴

⁷⁰⁷ 1475 sayılı kanunda ücretin ödeme yeri ile ilgili olarak bulunan boşluk 4857 sayılı kanunda bu şekilde giderilmiştir. AYDIN 2004, s.40.

⁷⁰⁸ ŞERİF 1986, s.213.

⁷⁰⁹ İBN MACE, Rehinler, 4; HALEBÎ, Mültekâ, c.3, s.388.

⁷¹⁰ Mecelle m.469.

⁷¹¹ Mecelle m.466; İmam Şafii'ye göre ücret bizzat akitle gerekli olur. SERAHSÎ, Mabsût, c.15, s.152; MERGİNÂNÎ, el-Hidâye, c.3, s.401; İBN RÜŞD, Bidâyetü'l-Müctehid, c.3, s.321; ALÎ HAYDAR, c.1, s.477.

⁷¹² Mecelle m.468.

⁷¹³ TUNÇOMAĞ 1988, s.123.

⁷¹⁴ İşveren ücreti peşin olarak vermeyi de kabul edebilir; ancak icare-i müzafeye ücretin peşin ödenmesiyle lazım olmaz. BİLMEN 1970, c.6, s.166 ve 184; Çalışılan her saat için işçi ücrete hak kazanacaktır; ancak ücretin saat saat ödenmesi taraflar için zorluklar ortaya çıkarır. Tarafların başka bir işle meşgul olmalarına imkân vermeyeceğinden böyle bir uygulama tercih edilmemiştir. Mecelle'nin 17. ve 18. maddeleri bu konu hakkında zikredilmiştir. Bu maddeler zorlukların kolaylaştırılmasına, sıkıntılı zamanlarda geniş, rahatlatıcı yorum yapılmasına ilişkindir. ALÎ HAYDAR, c.1, s.486.

Mecelle ücretin peşin ödenmesinin veya ödemenin ertelenmesinin taraflarca kararlaştırılabileceğini düzenlemiştir.⁷¹⁵ Mecelle ücretin taksitle ödenebileceğine yer vermemiştir. Bunun sebebi ücretin ertelenmesine ilişkin düzenlemenin taksiti de kapsamamasıdır.⁷¹⁶ Taraflar herhangi bir husus kararlaştırmamışsa ücret işin yerine getirilmesi ile ödenir denmektedir.⁷¹⁷ Taraflar ücretin peşin, taksitle veya iş sonunda ödenmesini kararlaştırabilirler veya ödeme zamanı kararlaştırmayabilirler.⁷¹⁸ İşveren ücreti peşin olarak ödedikten sonra herhangi bir sebeple yaptığı ödemeyi geri isteyemez denilmiştir.⁷¹⁹ Ücret haftalıksa haftanın sonunda, aylıkça ayın sonunda ödenmesi uygundur. Herhangi bir sebeple akit münfesi olursa, sürenin sonu beklenmeden ücretin ödenmesi gerekir.⁷²⁰ *Ödeme zamanı ile ilgili olarak İş Kanununda ve Borçlar Kanununda bir sınır koyulmuştur. Buna göre ücretin en geç ayda bir ödenmesi düzenlenmiştir. Bu sürenin sözleşme ile veya toplu iş sözleşmesi ile bir haftaya indirilmesi mümkündür(4857 m.32; 6098 m.406). Her iki kanun da en uzun süreyi bir ay olarak düzenlemiş, daha kısa sürelerin kararlaştırılmasını tarafların iradesine bırakmıştır.* Kanunda ifade edilen en geç bir aylık süre ve akit veya toplu iş sözleşmesi ile bu sürenin bir haftaya indirilmesi İslam Hukukunda öngörülmemiştir. İslam Hukukunda tarafların ödeme zamanını belirlerken uyacakları bir sınır bulunmamaktadır. Ücretin günlük, haftalık, aylık veya herhangi başka bir süre sonunda ödenmesi kararlaştırılabilir. Bu takdirde ücret kararlaştırılan zamanda ödenir.⁷²¹ Yukarıda yer verdiğimiz “İşçiye ücretini teri kurumadan veriniz.” hadisi kesin bir sınır belirtmemekte, yönlendirme amacı taşımaktadır.

⁷¹⁵ Taraflar ücretin tacil veya tecilini kararlaştırabilirler. Mecelle m.473; Mecelle tecil olarak ifade ettiği ücretin ödenmesinin ertelenmesini açıklamıştır. Buna göre tecil borcun belirli bir vakitte ödenmesi kararlaştırılarak ertelenmesidir. Mecelle m.156; Ücretin misli olmayan bir mal olarak kararlaştırılması durumunda ödemenin geciktirilmesi, Şafiilere ve Malikilere göre caiz görülmemiştir. Çünkü misli olmayan malların telef olması, niteliklerinin değişmesi gibi durumlarda taraflar arasında ihtilaflar oluşabilecektir. ŞERİF 1986, s.272; İBN RÜŞD, Bidâyetü'l-Müctehid, c.3, s.321.

⁷¹⁶ Mecelle'nin 157. maddesinde taksit “birden fazla sayıda olan belirli vakitlerde ödenmek üzere ertelenmesi” şeklinde tanımlamıştır.

⁷¹⁷ Mecelle m.475.

⁷¹⁸ ALİ HAYDAR, c.1, s.477.

⁷¹⁹ Mecelle m.467.

⁷²⁰ BİLMEN 1970, c.6, s.185.

⁷²¹ Mecelle m.476.

Ebu Hanife ve İmam Malik yararlanma gerçekleştikçe ücretin tedrici olarak verilmesinin vacip olduğunu ifade etmişlerdir.⁷²² Bu da günümüzdeki gibi haftalık veya aylık ödemeler şeklinde olabilir.

Taraflar ücretin peşin verileceğini kararlaştırmışlarsa önce işverenin ücreti ödemesi gerekir. İşçi ücreti alıncaya kadar iş görmeme hakkına sahiptir.⁷²³ *Türk Hukukunda tarafların kanunda belirlenen sınırlar dışında ödeme zamanı belirlemeleri mümkün değildir. Ancak Basın İş Kanununun 14. maddesinde ücretlerin her ay ve peşin olarak ödeneceği öngörülmüştür.*⁷²⁴

Ücretin sonraya bırakılması kararlaştırılmışsa önce işçinin işini yerine getirmesi gerekir. Ücret kararlaştırılan zamanda ödenir.⁷²⁵ Ücretin ne zaman ödeneceği kararlaştırılmadan yapılan akitte işçinin işi ifa etmesi yine önceliklidir.⁷²⁶ Ücretin peşin verilmesi şart koşulduğu halde işveren ücreti ödemekten kaçınırsa işçi de iş görmekten kaçınabilir.⁷²⁷ *İşçinin ihtiyacının ortaya çıkması halinde, hakkaniyet gereği ödeyebilecek durumda ise işverenin işçiye avans vermekle yükümlü tutulmuştur(6098 m.406).* İşçiye avans verilmesi İslam Hukukundaki serbesti sınırları içerisindeydir. İşçi ve işverenin anlaşması ile avans verilmesi mümkündür.

Sonuç olarak ücretin ödeme yeri, şekli ve zamanı hakkında Türk Hukukunda İslam Hukukuna oranla daha çok sınırlar öngörülmüş, tarafların hareket alanı daha dar tutulmuştur.

⁷²² Taraflar peşin ödemeyi kararlaştırmışsa veya gayri misli bir mal ücret olarak belirlenmişse peşin ödemenin gerekli olduğu, bu haller dışında ücretin tedrici olarak ödeneceği ifade edilmiştir. İBN RÜŞD, Bidâyetü'l-Müctehid, c.3, s.321; HALEBÎ, Mültekâ, c.3, s.391.

⁷²³ Bazı hukukçular icare-i müzafede peşin ücrete ilişkin şartın geçerli olmayacağını ileri sürmüşlerdir. BİLMEN 1970, c.6, s.185.

⁷²⁴ AYDIN 2004, s.41.

⁷²⁵ Mecelle m.474; Taraflar mümkün olduğunda kararlaştırdıkları şartlara uymaları gerektiğini ifade eden Mecelle m.83 burada da ifade edilebilir.

⁷²⁶ Mecelle m.475.

⁷²⁷ Mecelle m.468.

B) İşçinin Hapis Hakkı

İslam Hukukunda işçinin ücretini alamaması durumunda başvurabileceği bir yol olarak hapis hakkına yer verilmiştir.⁷²⁸ *Türk Hukukunda Medeni Kanunun 950 ile 953. maddeleri arasında hapis hakkı düzenlenmiştir. Hapis hakkı belli koşulların varlığı halinde, alacaklıya elinde bulunan borçluya ait bir malı iadedden kaçınma ve alacağını tahsil için paraya çevirme yetkisi veren bir aynı hak olarak tanımlanmıştır.*⁷²⁹

İslam hukukçuları hapis hakkını değerlendirirken işçileri ikiye ayırmışlar, eser ortaya koyan ve bir eser ortaya koymayan işçiler için farklı hükümler ortaya koymuşlardır.⁷³⁰

Bir sanat eseri ortaya koymak suretiyle çalışan ecir-i müşterek, ücretin veresiye verileceğine dair bir şart konulmamışsa, çalışmasını kendi işyerinde yaptığında eser üzerinde hapis hakkına sahiptir.⁷³¹ Terzi, boyacı gibi eser ortaya koyan bu işçilerin akit konusu üzerinde hapis haklarının olduğuna Mecelle yer vermiştir. Yani ücretini alamadığında akdin konusunu hapis olarak tutma hakkı vardır.⁷³² Hamalların ve buna benzer eser ortaya koymayan işçilerin akdin konusu üzerinde hapis hakkı yoktur. Malı hapseder ve mal telef olursa tazmin sorumluluğu vardır.⁷³³ Mecelle’de yer verilen bu hükümler Hanefilere ait görüşü yansıtmaktadır. Malikiler ise malın yapılış ve üretilişinde tesiri olmayan hamal gibi işçilerin de hapis hakkı olduğunu ileri sürmüşlerdir.⁷³⁴ *Modern hukukta işçiler arasında bu şekilde bir ayrım yapılmadan*

⁷²⁸ Osmanlı Devleti’nde işçilere ücretleri karşılığında hapis hakkı tanınan uygulamalara rastlanmaktadır. Hatta Kratova Maden Kanunnamesi’nde işçilere ücretlerini alana kadar maden sahibini rehin alma hakkı tanınmıştır. AKGÜNDÜZ, Ahmet, Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri, OSAV Yayınları, İstanbul, 1996, c.1, s.543.

⁷²⁹ ÖZTAN, Bilge, Medeni Hukuk’un Temel Kavramları, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007, s.953.

⁷³⁰ ŞERİF 1986, s.287 vd.

⁷³¹ BİLMEN 1970, c.6, s.192; ALİ HAYDAR, c.1, s.494.

⁷³² Mecelle m.482; Hapis hakkı bulunan kimse bu hakkını kullanırken meydana gelen zararı tazmin etmez, hapis hakkı olmayanlar ise gasp sebebiyle zararı tazmin ederler. FETÂVÂ-Yİ HİNDİYYE, c.9, s.376.

⁷³³ Bu durumda işverene iki seçenek tanınmıştır. İşveren dilerse malın tamamlanmış halini tazmin ettirir ve işçiye ücretini verir, dilerse malın tamamlanmamış halini tazmin ettirir ve işçiye ücret ödemez. Mecelle m.483; FETÂVÂ-Yİ HİNDİYYE, c.9, s.376.

⁷³⁴ KARAMAN 2009, c.2, s.444; ŞERİF 1986, s.290; BARDAKOĞLU 1986, s.224.

*hapis hakkı ile ilgili genel şartlar çerçevesinde ücreti ödenmeyen işverenin hapis hakkından bahsedilmiştir.*⁷³⁵

Ücretin daha sonra ödeneceği kararlaştırılan bir akitte, işçinin hapis hakkı yoktur. Hakkı olmadığı halde bir malı hapsederse gasıp hükmünde olur.⁷³⁶ Akit konusunun hakikaten veya hükmen teslim edilmesi durumunda ise hapis hakkı düşer, işçinin bu durumdaki hapsi de gasp hükmündedir.⁷³⁷ *Medeni Kanun da borcun muaccel olması(4721 m.950) veya borç muaccel olmasa bile borçlunun ödemedi acze düşmesi(4721 m.952) hallerinde alacaklının hapis hakkı olduğunu hükme bağlamıştır.*

İşçi hapis hakkını kullanırken elinde bulundurduğu mal kastı olmadan telef olursa Ebu Hanife'ye göre tazmin sorumluluğu yoktur; ancak ücret de alamaz. İmameyn ise hapisten önce var olan tazmin sorumluluğu hapisten sonra da devam eder şeklinde görüş bildirmiştir.⁷³⁸ İbni Abidin ise bu konudaki çelişkiye dikkat çekerek, işçinin malı teslim etmeden ücret alamayacağını, malı teslim etmesi durumunda ise hapis hakkının ortadan kalkacağını ifade etmiştir. Bu durumda hapis hakkının işçi için anlamı hapis süresince tazmin sorumluluğunun olmamasıdır.⁷³⁹ Hukuka uygun bir hareketin tazmin sorumluluğu doğurmayacağına ilişkin Mecelle hükmü de İbni Abidin'in görüşü ile uyumludur.⁷⁴⁰

C) Eşit Davranma Borcu

İşçilere iş dağıtımını yapmak, nakil ve terfi işlerini düzenlemek işverenin sahip olduğu haklar arasındadır.⁷⁴¹ İşveren bu hakkını kullanırken işçiler arasında eşit davranma borcu altındadır. İslam hukukçuları işçilere eşit davranma borcu üzerinde

⁷³⁵ TUNÇOMAĞ 1988, s.134.

⁷³⁶ BİLMEN 1970, c.6, s.192, 193; Gasp edilen mal gasıbın kusuruyla veya kusuru olmadan telef olduğunda tazmin sorumluluğu ortaya çıkar. Mal gayri misli mal ise kıymetini, misli mal ise mislini vermesi gerekir. Mecelle m.891.

⁷³⁷ Söz konusu hükme dayanak Mecelle'nin "Sakıt olan şey avdet etmez. Yani giden geri gelmez." şeklindeki maddesidir. İşin işverene ait bir yerde yapılması durumunda hükmen teslim söz konusu olur. ALİ HAYDAR, c.1, s.495.

⁷³⁸ Mecelle m.482; ALİ HAYDAR, c.1, s.495; BARDAKOĞLU 1986, s.223.

⁷³⁹ İBNİ ABİDİN, c.6, s.17.

⁷⁴⁰ Mecelle m.91.

⁷⁴¹ ŞERİF 1986, s.393.

çok fazla durmamışlardır. Bu hususta İslam Hukukunun genel prensiplerinden sonuçlar çıkarmak mümkündür.

*İşverenin işyerinde çalışan işçilere eşit davranması ve eşit değerdeki işlerde çalışan işçilere eşit çalışma koşulları uygulaması hakkaniyet ilkesinin bir gereği olarak çağdaş İş Hukukunun işverene yüklediği bir borçtur. Anayasanın 10. maddesindeki eşitlik ilkesi, İş Kanununun 5. maddesindeki eşit davranma ilkesi, Borçlar Kanununun 417. maddesindeki işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlama yükümlülüğü işverenin eşit davranma borcuna ilişkin düzenlemelerdir.*⁷⁴²

*İşçilere eşit davranma borcunda eşit işçilere eşit davranmak söz konusudur. Bu anlamda işverenin işçileri gruplara ayırması ve onlara farklı davranması eşit davranma borcunu ihlal sayılmaz. Eşit davranma borcunun uygulanması için bir takım şartlar bulunmaktadır. Eşit davranma borcunun uygulanabilmesi için işçilerin aynı işyerine ait olması, eşit davranılmasını isteyen işçi ile işveren arasında bir hukuki ilişki bulunması gereklidir.*⁷⁴³

D) İşçiyi Koruma ve Gözetme Borcu

*İşçiyi koruma ve gözetme borcunun kapsamında yer alan hukuki değerler işçinin canı, ruhi ve fiziki vücut bütünlüğü, malları üzerinde mülkiyet hakkı, şahsi, cinsi, mesleki şerefi, işletmedeki yeri ve itibarı, özel hayatı, düşüncelerini açıklama hürriyeti ve sendikalara üye olabilme serbestisidir.*⁷⁴⁴ *Bu borcun kapsamı çok kapsamlı bir şekilde değil, işçi, işveren ve üçüncü şahısların haklı menfaatleri ile uyumlu olacak şekilde belirlenmelidir.*⁷⁴⁵ İslam Hukuku ve Mecelle işçinin korunması ve gözetilmesine yönelik hükümlere yer vermiş olmakla birlikte bu hükümler günümüzdeki ayrıntılı düzenlemelerin gerisindedir. Birçok konuda olduğu gibi bu konuda da İslam Hukukunun genel esaslarından hareketle hükümler tesis etmek

⁷⁴² ÇELİK 2009, s.177.

⁷⁴³ TUNÇOMAĞ 1988, s.144 vd.

⁷⁴⁴ KAPLAN, Emine Tuncay, “İşverenin Koruma ve Gözetme Borcunun Kapsamı”, Kamu-İş, Prof. Dr. Kamil Turan’a Armağan, c.7, S.2, 2003, s.3.

⁷⁴⁵ KAPLAN 2003, s.3.

mümkündür. Dürüstlük kuralının bir sonucu olarak işverenden bir takım edimleri yerine getirmesi beklenebilir.

*Hukukumuzda işçiyi koruma ve gözetme borcuna ilişkin hükümler Anayasa, İş Kanunu, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu, Umumi Hıfzısıhha Kanunu ve sair mevzuatta yer almaktadır.*⁷⁴⁶ *Anayasamız kimsenin yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılmayacağını düzenlemiştir. Küçükler, kadınlar ve bedeni ve ruhi yetersizliği olanlar için pozitif ayrımcılık yaparak koruma ve gözetme borcu bakımından bu kişileri ayrı bir statüye sokmuştur(Anayasa m.50). İslam Hukukunda da ehliyet başlığı altında değindiğimiz bir kısım koruyucu hükümler ortaya konulmuştur. İşverenin işçinin altından kalkamayacağı şekilde iş miktarını artıramayacağı ifade edilmiştir.*⁷⁴⁷

Mecelle, icare akdi ile belirli bir menfaate hak kazanan kişinin, bu menfaatten aynen ya da daha aşağı derecede yararlanabileceğini düzenlemiştir. Ancak belirlenenden daha fazla yararlanılmasını yasaklamıştır.⁷⁴⁸ Mecelle'nin 559. ve 605. maddeleri konuyla ilgili diğer hükümlerdir. Bu maddelerden kıyas yolu ile işverenin öngörülenden daha fazla menfaat isteyemeyeceği sonucu çıkarılabilir. Mecelle'nin 426. maddesinde pozitif ayrımcılıkla korunan ve korunmayan tüm işçiler için bir koruma söz konusudur. Bu madde Anayasanın 50. maddesi hükmünden daha geniş kapsamlıdır.

İslam Hukukuna göre işverenin kusur veya tedbirsizliği sebebiyle zarara uğrayan işçinin tazminat hakkı bulunmaktadır. İşçinin zararının derecesine göre işverenin tazminat sorumluluğu belirlenir.⁷⁴⁹ Sorumluluk yüklenmesinden amaç elbette işvereni gerekli önlemler almaya sevk etmektir. *Günümüzde bu yaptırımlara kanunlarda yer verilmiştir. Her işveren işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmak, işçiler de alınan önlemlere uymakla yükümlüdürler(4857 m.77; 6098 m.417).*

Mecelle'de işçiye yapacağı işe ilişkin kayıt ve şartlar getirme imkânı tanınmıştır. Kullanan kişiye göre değişebilen şeyler için kayıt ve şartın geçerli

⁷⁴⁶ GÜNDÜZ, Selim, "İşçiyi Gözetme Borcu", TÜHİS Dergisi, c.19, S.6, Kasım 2005, s.45 vd.

⁷⁴⁷ ELMALILI 1997, s.385.

⁷⁴⁸ Mecelle m.426.

⁷⁴⁹ KARAMAN 1981, s.58.

olduğu, kullanan kişiye göre değişmeyen şeylerde ise kayıt ve şartın geçersiz olduğu hükme bağlanmıştır.⁷⁵⁰ İş ilişkisinde işverenin üstün konumu dikkate alındığında, menfaatten yararlanma kişiden kişiye değişiklik gösterebilir. Bu sebeple iş akdinde işin niteliğine ilişkin olarak konulan kayıt ve şartlar geçerlidir. *Günümüzde “başka iş gördürme yasağı” şeklinde ifade edilen ve işçinin kapasitesi ile yapılacak işin uyumlu olmasını amaçlayan düzenlemeler bulunmaktadır. İşçi sağlığını korumak amacıyla bu tür düzenlemeler yapılmıştır.*⁷⁵¹

*İş sağlığı ve güvenliği kurullarının oluşturulması, belli şartlar altında işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanı çalıştırma yükümlülüğünün getirilmesi hukukumuzda bu borca ilişkin olarak yapılan diğer düzenlemelerdir.*⁷⁵²

E) İşverenin Tazmin Sorumluluğu

İslam Hukukunda işçi gibi işverenin de kasıtlı veya kusurlu davranışları sebebiyle vermiş olduğu zararlardan dolayı sorumluluğu bulunmaktadır.⁷⁵³ Mecelle’de işverenin tazmin sorumluluğuna ilişkin hükümler içeren bir fasıl bulunmaktadır. 600 ila 606. maddeler arası yedi madde düzenlenmiştir. Bu hükümler icare akdine ilişkin olmakla beraber işçi işveren ilişkileri açısından uygun olanlar uygulama alanı bulabilirler. 601. madde bu anlamda genel bir hüküm ortaya koymaktadır.

İşverenin vermiş olduğu zarar örfe veya akde aykırı bir davranışı veya kusurlu bir davranışı sonucu ortaya çıkmış olabilir.⁷⁵⁴ İşverenin tazmin sorumluluğu zararın giderilmesine ilişkin genel ilkeler uyarınca yerine getirilir. Mecelle’nin Kavaid-i Fıkhiyye bölümü içerisinde zararın giderilmesine ilişkin hükümler yer almaktadır. İşverenin kusur sorumluluğunu Mecelle’nin 20. maddesinde yer verilen “zarar izale olunur” hükmü doğrultusunda yorumlamak yerinde olacaktır. Bu takdirde somut olay

⁷⁵⁰ Mecelle m.427 ve 428.

⁷⁵¹ Kişinin kendi sağlığını herkesten çok düşüneceği kabul edilebilirse de ekonomik ve sosyal şartlar sebebiyle işçinin sağlığını göz ardı ederek kapasitesinin üzerinde işleri üstlenebileceği bir gerçektir. Bu sebeple bu konuda sorumluluğu işverene yükleyen düzenlemeler yapılmıştır. EVREN, Öcal Kemal, Çalıştırma ve Başka İş Gördürme Yasakları, Çalışma ve Toplum, S.2007/4, s.119, 120.

⁷⁵² ÇELİK 2009, s.168 vd.

⁷⁵³ Mecelle m.601.

⁷⁵⁴ Müstecirin davranışı taaddi olarak nitelendirilmiş, taaddi ise mutad hilafına hareket olarak tanımlanmıştır. BİLMEN 1970, c.6, s.229.

göz önüne alınarak mutad dışına çıkan, kastı veya kusuru ile işçiye zarar veren işveren verdiği zararı tazmin etmelidir. *Modern hukukta da işverenin sorumluluğu kendisine yüklenilen işçiyi koruyucu önlemleri almaması ve işçinin bunun neticesinde bir zarara uğramasıdır.*⁷⁵⁵ Ücretin ödenmemesi, işçinin yaralanması veya meslek hastalığına tutulması veya ölmesi hallerinde işveren için tazmin sorumluluğu öngörülmüştür.⁷⁵⁶

Borçlar Kanunu tazminatın kusurun ağırlığı göz önüne alınarak hâkim tarafından belirleneceğini belirtmiştir(6098 m.51). Zarar görenin de kusurunun olması durumunda tazminatın indirilebileceği hatta tamamen kaldırılabilceği ifade edilmiştir(6098 m.52).

*Kişilik hakkının zedelenmesi durumunda zarar gören manevi tazminat talep edebilir(6098 m.56). İşçinin kişiliğinin korunmasına ilişkin yükümlülükler Borçlar Kanununda sayılmıştır. Kişilik haklarının ihlalden doğan zararların tazmini, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine tabi kılınmıştır(6098 m.417). Borçlar Kanunu 54. maddesinde bedensel zararları saymıştır.*⁷⁵⁷

Mecelle’de işçiyi kararlaştırılardan daha ağır bir işte çalıştırmak suretiyle zarara sebep olan işverenin tazmin sorumluluğu olduğuna ilişkin bir hükme yer vermiştir.⁷⁵⁸ *Bu hükmü modern hukukta işverene yüklenen yükümlülükler arasında görmek mümkündür. Yargıtay bu yükümlülüklerin kanun ve tüzüklerden kaynaklana veya işin mahiyeti ve hakkaniyet gereği işverenden alması beklenen önlemler olarak ifade etmiştir.*⁷⁵⁹

⁷⁵⁵ ÇELİK 2009, s.170.

⁷⁵⁶ ÇELİK 2009, s.122, 140 vd.

⁷⁵⁷ Tedavi giderleri, kazanç kaybı, çalışma gücünün azalmasından veya yitirilmesinden doğan kayıplar, ekonomik geleceğin yitirilmesinden doğan kayıplar bedensel zararlar olarak sıralanmıştır(6098 m.54).

⁷⁵⁸ Mecelle m.605.

⁷⁵⁹ ÇELİK 2009, s.170.

F) İşçinin Dinlenme ve İbadet Hakkı

*Hukukumuzda hafta tatili, bayramlar, genel tatil günleri, yıllık ücretli izin hakkı işçinin dinlenme hakkı içerisinde yer alan Anayasal haklar olarak kabul edilmektedir. Bunların dışında işçi için ara dinlenmesi de bir haktır.*⁷⁶⁰

İslam Hukukunda da dinlenme hakkı öngörülmüştür. İslam hukukçuları işçiye yeterli ara dinlenmesi verilmesini ve gücünün üzerinde iş verilmemesini vacip olarak nitelemişlerdir.⁷⁶¹ “Rabbinin senin üzerinde hakkı vardır, nefsinin senin üzerinde hakkı vardır. Herkesin hakkını ver.” hadisi işçinin dinlenme hakkının olduğunu ortaya koymaktadır.⁷⁶² Bu hadisi günümüzde dinlenme hakkının içeriğini oluşturan ara dinlenmesi, hafta tatili, yıllık izin, fazla çalışma konuları bakımından değerlendirmek mümkündür.

*Hukukumuzda işçinin dinlenme hakkı Anayasal teminat altına alınmış ve “Dinlenmek çalışanların hakkıdır” hükmüne yer verilmiştir. Ayrıca Anayasa ücretli hafta ve bayram tatili ile yıllık izin hak ve şartlarının kanunla düzenleneceğini hükme bağlamıştır(Anayasa m.50). Ulusal bayram ve genel tatil günlerinde çalışılıp çalışılmayacağı tarafların iradesine bırakılmış, akitte veya toplu iş sözleşmesinde hüküm bulunmayan hallerde işçinin onayının gerekli olduğu düzenlenmiştir(4857 m.44). Konuyla ilgili İslam Hukukunda ayrıntılı düzenlemeler olmamakla beraber Şakfe işçiye ücretli olarak haftalık çalışmalarda bir gün, yıllık çalışmalarda ise yıllık izin verilmesi gerektiğini dile getirmiştir.*⁷⁶³ Dini bayramların da Müslümanlar için tatil günleri olduğu ifade edilmiştir.⁷⁶⁴ Osmanlı Devleti’nde de Ramazan ve Kurban bayramları hem Müslümanlar hem de diğer tebaa için tatil olarak uygulanmıştır. Bayram günlerinde az sayıda işçinin çalıştığına da rastlanmıştır.⁷⁶⁵ Bazı hukukçular da uzun süreli iş akitlerinde işçinin Cuma günleri dinlenme hakkı olduğunu ve örfen

⁷⁶⁰ KESKİN 2008, s.4.

⁷⁶¹ ŞERİF 1986, s.357.

⁷⁶² EBU DAVUD, Namaz 317; ATAY 1978, s.64.

⁷⁶³ ŞAKFE 1968, s.104.

⁷⁶⁴ AKGÜNDÜZ 1990, s.111; Roma’da da genellikle dinsel kökenli olan resmi bayramlar ve özel bayramlar tatil olarak öngörülmüş, bu günlerde çalışanlara cezai yaptırımlar uygulanmıştır. Farklı etnik ve kültürel unsurların gelmesiyle bayramlara ilişkin çalışma yasağı zamanla yumuşamıştır. KARADENİZ 1976, s.229.

⁷⁶⁵ KIRPIK 2004, s.132.

çalışma günleri arasında yer almayacağını dile getirmişlerdir.⁷⁶⁶ Osmanlı uygulamasında da Perşembe günleri öğleden sonra ile Cuma günlerinin örfen tatil edildiği görülmüştür. Bu konuya teşkilat kanunnamelerinde yer verilmiş, hususi iradelerde dile getirilmiştir.⁷⁶⁷ *İş Kanunumuzda günlük ve haftalık çalışma süreleri düzenlenmiş, haftalık çalışma süresinin en çok 45 saat, günlük çalışma süresinin en çok 11 saat olabileceği hüküm altına alınmıştır(4857 m.63).*⁷⁶⁸

Ülkenin genel yararları, işin niteliği veya üretimin artırılması gibi sebeplerle, kanunda yazılı koşullar çerçevesinde, işçiye fazla çalışma yaptırılabilceği düzenlenmiştir. Fazla çalışma yaptırılabilcek haller kanunda sayılmıştır(4857 m.41, 42). İslam Hukukunda da kamu yararı gerektirdiğinde emsal ücret karşılığında işçilere fazla çalışma yaptırılabilceği ifade edilmiştir.⁷⁶⁹ *Hukukumuzda 3780 sayılı Milli Korunma Kanunu'nun 19. maddesine ve Olağanüstü Hal Kanunu'nun 8. ve 10. maddelerine göre olağanüstü hallerde Bakanlar Kurulu kararıyla fazla çalışma yaptırılabilceği düzenlenmiştir.*⁷⁷⁰ İşverenin içinde bulunduğu zorunluluk sebebiyle işçiden fazla çalışma talep etmesi mümkün olmakla birlikte fazla çalışmanın bir sınırının olması da gereklidir. Mecelle m.33 bu konuda uygulanabilecek genel bir hükmü ifade etmiştir.⁷⁷¹ İşverenin akitte belirtilen süreden daha fazla olarak işçiyi çalıştırması ancak işçinin rızası ile mümkündür. İşçi fazla çalışma yaptığı takdirde bu çalışmanın karşılığı olan ücrete hak kazanır.⁷⁷² Fazla çalışmaya ilişkin Mecelle'nin bir kısım maddeleri kıyas yoluyla yorumlanabilir. Zaruret halinde işçiye fazla

⁷⁶⁶ Bir kimse bir ay için bir işçi istihdam ettiğinde, örf olarak, Cuma günleri bu süreye dâhil olmaz denmiştir. FETÂVÂ-Yİ HİNDİYYE, c.9, s.382.

⁷⁶⁷ AKGÜNDÜZ 1990, s.111.

⁷⁶⁸ ÇSGB ve Sağlık Bakanlığı tarafından hazırlanacak bir yönetmelikle günde 7,5 saat ve daha az çalışması gereken işlerin bir yönetmelikle belirleneceği düzenlenmiştir(4857 m.63). Ayrıca 15 yaşından küçük çocuklar için günde 7 saat, 15 yaşını tamamlamış çocuklar için günde sekiz saat, okula devam eden çocuklar için okul saatleri dışında 2 saat günlük azami çalışma süresi olarak öngörülmüştür(4857 m.71).

⁷⁶⁹ ŞERİF 1986, s.63.

⁷⁷⁰ DEMİR, Fevzi - DEMİR, Gönenç, "İşçinin Sadakat Borcu ve Uygulaması", Kamu-İş Dergisi, c.11, S.1/2009, s.12.

⁷⁷¹ "İztırar gayrın hakkını ibtal etmez.". Mecelle m.33.

⁷⁷² ŞERİF 1986, s.209, 210; ŞAKFE 1968, s.97.

çalışma yaptırılması mümkün görülebilir.⁷⁷³ Hafta sonu, resmi tatiller ve bayramlarda yaptırılan çalışmalar ile gece çalışmaları için fazla ücret ödenmesi Mecelle'nin 506. maddesinde düzenlenen "ücretin terdit" hükmü ile açıklanabilir.⁷⁷⁴ Ayrıca 605. maddede düzenlenen ve işverene akitte kararlaştırıldan daha fazla faydalanma durumunda tazmin sorumluluğu yükleyen hüküm de fazla çalışma ücretine dayanak olarak gösterilmiştir. Buradaki tazminin bir tür fazla çalışma ücreti olduğu ifade edilmiştir.⁷⁷⁵ "Onlara külfet yüklediğinizde yardım ediniz." hadisi fazla çalışma ücretinin dayanağı olarak ifade edilmiştir.⁷⁷⁶

İslam Hukukunda gece güneşin batışından doğuşuna kadar geçen süreyi ifade etmektedir ve dinlenme süresi olarak öngörülmüştür. Gece çalışması tarafların rızası ile mümkündür, yasaklayan bir hüküm bulunmamaktadır. *İş Kanunu geceyi saat 20.00'de başlayıp saat 06.00'ya kadar geçen ve en fazla on bir saat süren dönem olarak tanımlamıştır. Gece çalışmaları yedi buçuk saat ile sınırlandırılmıştır(4857 m.69). Kadın işçiler için ayrı düzenleme öngörülmüş, 18 yaşından küçük çocuk ve genç işçilerin ise gece çalışmaları yasaklanmıştır(4857 m.73). Ayrıca gece çalışmasında fazla çalışma yapılamayacağı düzenlenmiştir(4857 m.41).*

İslam hukukçuları işçinin ibadet hakkını dinlenme hakkı ile birlikte değerlendirmişlerdir. İbadet hakkı üzerinde ayrıntılı olarak durmuşlar, özellikle işyerinde namaz kılınması konusunu irdelemişlerdir. İşçinin namaz kılmak için işverenden izin alması zorunlu değildir; ancak işçi yalnız farzları yerine getirerek çalışma süresini aksatmamalıdır. Bu takdirde ücretinden kesinti yapılamaz.⁷⁷⁷ Bir kısım Hanefî hukukçu sünnet namazlarının da kılınabileceğini belirtmiş olmakla beraber, bu konuda ihtilaf vardır. Nafîle namazlar konusunda ise İslam hukukçuları

⁷⁷³ Mecelle'nin 480. ve 526. maddeleri fazla çalışma konusuna uyarlanabilir. Ayrıca zorunluluk hallerinin karşı tarafın hakkını ortadan kaldırmayacağı şeklindeki 33. maddenin hem işçi hem de işveren açısından somut olaya göre yorumlanması mümkündür.

⁷⁷⁴ Fazla çalışmada zamanda terdit söz konusudur. Belli zamanlarda çalışılması durumunda normal çalışmalardan daha fazla ücret ödenmesi kararlaştırılabilir.

⁷⁷⁵ Vedia hükümleri içerisinde düzenlenen 779. madde de dayanak olarak gösterilmiştir. ESEN 1995, s.161.

⁷⁷⁶ MÜSLİM, Yemin 40; DÖNDÜREN, Hamdi, "İslam'da İşçi ve İşveren Münasebetleri", İslam'da Emek ve İşçi İşveren Münasebetleri, Ensar Neşriyat, İstanbul, 1986, s.407; ESEN 1995, s.161.

⁷⁷⁷ ÖZTÜRK 1986, s.56; İşçinin çalışma süresi içerisinde namaz kılmamasına ilişkin bir şartla yapılan akdin sahih olacağı, ancak şartın geçersiz olduğu Mürşid'ül Hayran'da hüküm altına alınmıştır(m.589).

ittifak etmişler ve çalışma süresi içerisinde nafîle namaz kılınamayacağını belirtmişlerdir.⁷⁷⁸ Mürşidü'l Hayran'ın 589. maddesinde de işçinin çalışma süresi içinde farz namazları dışında bir şeyle meşgul olmaması gerektiği ve nafîle namaz kılınmayacağı düzenlenmiştir.⁷⁷⁹ Cuma namazı kılınan yer günün dörtte birini alacak uzaklıkta ise bu sürelerle ilişkin ücretin kesilebileceği ifade edilmiştir.⁷⁸⁰ *Türk İş Hukukunda işçinin din ve vicdan özgürlüğü ile bunun gerekleri üzerinde ayrıntılı incelemeler yapılmamıştır. İşçinin din ve vicdan özgürlüğünü Anayasadaki hükümler çerçevesinde değerlendirmek mümkündür. Kötüye kullanılmamak şartıyla işçinin ibadet hakkı vardır.*⁷⁸¹ *Kanunda da felsefî inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplerle iş ilişkisinde ayırım yapılamayacağı düzenlenmiştir(4857 m.5). İşçinin ibadet hakkı konusunda ise uygulamada ve doktrinde tartışmalar mevcuttur. Bu konuda devletin pozitif edim yükümlülüğü olduğu söylenmektedir.*⁷⁸²

İşçilerin namaz ibadetini yerine getirebilmeleri için hukukçuların tartıştığı bir diğer konu namazların birleştirilmesidir. Hanefî mezhebine göre namazların birleştirileceği durumlar sayılıdır ve bunlar arasında işçinin durumu yer almamaktadır. Ancak zaruret halinde diğer mezheplerin taklit edilebileceğine ilişkin bir fetva verilmiştir. Bu konuda en esnek görüş belirten Hanbelî ekolüdür ve geçimine zarar gelmesinden korkan kimselerin namazları birleştirebileceğini ifade etmişlerdir.⁷⁸³

⁷⁷⁸ İBN ABİDİN, Reddül-Muhtar, c.14, s.183 vd; DÖNDÜREN 1993, s.455.

⁷⁷⁹ KADRİ PAŞA, Mürşidü'l-Hayran, m.589.

⁷⁸⁰ Bir diğer görüşe göre işçi namaz süresi sebebiyle ücretinin kesilmesine onay verse bile işverenin buna hakkı yoktur. FETÂVÂ-Yİ HİNDİYYE, c.9, s.382.

⁷⁸¹ AYDIN, Ufuk, İş Hukukunda İşçinin Kişilik Hakları, Anadolu Üniversitesi Yayınları, Eskişehir, 2002, s.139 vd.

⁷⁸² AKGÜNDÜZ 1990, s.114.

⁷⁸³ AKGÜNDÜZ 1990, s.108 vd.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM:

İŞ AKDİNİN SONA ERMESİ

İş akdinin sona ermesi başlığı altında iş akdinin sona erme şekilleri ve sona ermenin hukuki sonuçları incelenmiştir. İş akdinin sona erme sebepleri, fesih dışındaki sona erme sebepleri ve fesih yoluyla sona erme şeklinde iki başlık altında incelenmiştir. Son olarak sona ermenin sonuçları ele alınarak konu tamamlanmıştır.

I. FESİH DIŞINDA SONA ERME SEBEPLERİ

Fesih dışındaki sona erme sebepleri tarafların anlaşması (ikâle), ölüm sebebiyle sona erme ve kendiliğinden sona erme şeklinde üç başlık altında incelenmiştir.

A) Tarafların Anlaşması: İkâle

İş akdi bağlayıcı bir akitir ve akit süresi veya iş tamamlanmadan önce taraflardan biri tarafından sona erdirilemez. İki taraf anlaşarak akdi sone erdirebilir ki buna İslam Hukukunda ikâle denmektedir.⁷⁸⁴ İkâle Mecelle’de satım akdine ilişkin olarak “akdi yürürlükten kaldırma ve izale(feshetme)” olarak ifade edilmiştir.⁷⁸⁵ İş akdinin ikâle yoluyla sona erdirilmesi de diğer akitlerden çok farklı değildir.⁷⁸⁶ Mecelle bey akdinin ikâle yolu ile sona erdirilmesine ilişkin olarak bir fasıl ayırmıştır.⁷⁸⁷ *Günümüz hukukunda da tarafların anlaşarak akdi sona erdirmeleri her zaman mümkündür. Taraflar nasıl serbest iradeleri ile akit kurmuşlarsa yine serbest iradeleri ile bu akdi sona erdirebilirler. Bu husus akit serbestisinin bir uzantısıdır.*⁷⁸⁸ *Akit belirli süreli de belirsiz süreli de olsa taraflar bu haklarını kullanabilirler. Akdi sona erdiren anlaşmaya ilişkin irade açık veya zımni olabilir.*⁷⁸⁹

⁷⁸⁴ BARDAKOĞLU 1982, s.130 ve 311.

⁷⁸⁵ Mecelle m.163.

⁷⁸⁶ BARDAKOĞLU 1990, s.71; İkalede tarafların rızası, meclis birliği ve akit konusunun mevcut olması şarttır. Kurucu unsurları icap, kabul ve ikale iradesini ortaya koyan beyandır. ALİ HAYDAR, c.1, s.187.

⁷⁸⁷ Mecelle m.190 ile başlayıp m.196’da sona eren 7 maddelik “İkâle-i bey” faslı iş akdinin ikâle yoluyla sona erdirilmesinde de uygulanabilecek hükümler ihtiva etmektedir.

⁷⁸⁸ AYDIN 2004, s.54.

⁷⁸⁹ ÇELİK 2009, s.185.

İşçi veya işveren sebepsiz yere tek taraflı olarak iş akdini sona erdiremeyeceklerinden ancak anlaşarak akdi sona erdirebilirler. İkâlede iki tarafın zorlama olmadan kendi iradeleri ile aldıkları bir karar söz konusudur. Bu karar akdin gereklerini ortadan kaldırır.⁷⁹⁰ Mecelle de ikâlenin akdin kurulmasından sonra, tarafların rızalarıyla, icap ve kabul iradelerinin ortaya konmasıyla yapılabileceğini düzenlemiştir. Bu iradenin fiilen ortaya konması da mümkündür. Akdin kuruluşunda olduğu gibi ikâlenin yapılmasında da meclis birliği şart koşulmuştur.⁷⁹¹

İkâlenin fesih mi yoksa akit mi olduğu konusu İslam hukukçuları arasında tartışma konusu olmuştur. Şafiiler, Hanbelîler, İmam Muhammed ve İmam Züfer lâfzî yorum yapmışlar, Arapçada bir şeyin ortadan kaldırılması anlamına gelen ikâlenin taraflar ve üçüncü kişiler açısından fesih olduğunu ileri sürmüşlerdir. İkâlenin karşılıklı mübadele olduğunu düşünen İmam Malik ve Ebu Yusuf ise taraflar ve üçüncü kişiler açısından ikâleyi akit olarak nitelemişlerdir. Ebu Hanife ikâlenin fesih olduğu görüşünde olmakla birlikte bu durumun üçüncü şahısların haklarına zarar verebileceğini düşünmüş ve üçüncü şahıslar açısından akit kabul edilmesi gerektiğini ifade etmiştir.⁷⁹² *Fesih devam etmekte olan bir hukuksal ilişkiyi tek taraflı olarak ileriye dönük olmak üzere sonuçlandıran bozucu yenilik doğuran irade beyanı olarak tanımlandığından*⁷⁹³ *ikâlenin bir akit olduğu görüşü kanaatimizce daha yerindedir. Bu sebeple ikâleye fesih dışında sona erme sebepleri başlığı altında yer verdik.*

B) Ölüm Sebebiyle Sona Erme

Taraflardan birinin ölümü ile akdin durumunun ne olacağı sorunu Mecelle'nin esbab-ı mucibesinde de belirtildiği üzere tartışmalı bir konu olmuştur. Danışma Kurulu(Meşveret Encümeni) Mecelle Cemiyeti'nin hazırlamış olduğu hükmü veto etmiştir. Bu sebeple bu konuda Mecelle'de bir hüküm yer almamıştır.⁷⁹⁴ Ali Haydar

⁷⁹⁰ ŞERİF 1986, s.416, 417.

⁷⁹¹ Mecelle m.190-193.

⁷⁹² ÖZDİREK 2010, s.235 vd.

⁷⁹³ YILMAZ 1996, s.262.

⁷⁹⁴ Cevdet Paşa bunun sebebini Mecelle Cemiyeti'nin Hanefi hukukunun dışına çıkarak bu konuyu düzenlemesi olarak görürken, Kaşıkçı bunun tam tersinin de söz konusu olabileceğini; yani Mecelle

Efendi Mecelle’de hüküm bulunmayan bu halde Hanefi görüşüne göre hüküm vermek gerektiğini ifade etmiştir. Ancak gelecekte diğer görüşlerin insanların ihtiyaçlarını karşılamak hususunda daha elverişli olabileceklerini de ifade etmiştir.⁷⁹⁵

Bu konunun Mecelle’de düzenlenmemiş olması, hem Mecelle çalışmalarını, hem Cevdet Paşa’yı, hem de halkı etkilemiştir. 1298–1329 tarihleri arasında bu boşluk Hanefi fıkhi dikkate alınarak doldurulmuş ve taraflardan birinin ölümü ile icare akdinin sona erdiği şeklinde uygulama yapılmıştır. Şubat 1329(1913) tarihli kanun-u muvakkatin 17. maddesine bir hüküm konularak diğer mezheplerin görüşü tercih edilmiş ve Borçlar Kanununun 1926 yılında yürürlüğe girişine kadar bu hüküm devam etmiştir.⁷⁹⁶

Hanefi mezhebinin görüşüne göre iş akdi taraflardan birinin ölümü halinde münfesi olur. Çünkü Hanefi hukukçular nikâh akdi ile benzerlik kurmuşlar ve taraflardan birinin ölümü ile akdin sona ereceğini düşünmüşlerdir. Maliki, Şafi ve Hanbelî mezheplerinde ise bu yüzden akit münfesi olmaz, ölene mirasçısı halef olur. Çünkü iş akdi ivazlı bir akittir, satım akdi gibi iş akdinin de tarafların ölümü ile son bulmayacağı görüşü ileri sürülmüştür.⁷⁹⁷ *Günümüzde işverenin ölümü halinde iş akdinin sona ermeyeceği ve iş akdinden doğan hak ve borçların işverenin mirasçılarına geçeceği kabul edilmektedir. Bu durumda işyerinin devri ile hizmet ilişkisinin devredilmesine ilişkin hükümler uygulama alanı bulacaktır(6098 m.441).* Bu hüküm Hanefi ekolü dışındaki hukukçuların görüşlerine uygundur; *ancak maddenin devamında iş akdinin işverenin şahsı dikkate alınarak yapılması durumunda kendiliğinden sona ereceği(6098 m.441) hüküm altına alınmıştır.* Bu düzenleme de Hanefi ekolünün görüşüyle bağdaşmaktadır. İşçi ve işveren değil de onlar adına akit yapmış olan vekil, vasi, müteveli gibi kişilerin ölümü halinde ise

Cemiyeti’nin Hanefi görüşünü hükme bağlayıp, Danışma Kurulu’nun çağa uygun olmaması sebebiyle düzenlemeyi kaldırmış olabileceğini ileri sürmüştür. KAŞIKÇI, s.275.

⁷⁹⁵ ALİ HAYDAR, c.1, s.454.

⁷⁹⁶ MARDİN, Ebul’ula, Medeni Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet Paşa, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, Ankara, 1996, s.561 vd.

⁷⁹⁷ Hanifelerin diğer ekollerden ayrı düşünmesinin sebebi menfaati mal olarak kabul etmemeleridir. Menfaat mal olmadığından mirasçılara geçmesi de mümkün değildir. BARDAKOĞLU 1982, s.304; MARDİN, Ebul’ula, Medeni Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet Paşa, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, Ankara, 1996, s.562; ALİ HAYDAR, c.1, s.453.

akit münfesi olamaz.⁷⁹⁸ Benzer bir düzenlemeye stana istihdamına ilişkin olarak yer verilmiştir. Buna göre stana tutan kişinin vefatı ile akit sona ermeyecektir; ancak stana veya çocuğun vefatı halinde akit sona erer.⁷⁹⁹ Burada stana istihdam eden kişinin, yani işverenin ölümü ile akdin sona ermeyeceği düzenlenmiştir. İstihdam edilen kişi olan sütananın vefatında ise akit sona ermektedir. Çocuk akdin tarafı olmamakla beraber ifayı imkânsız hale getireceğinden onun ölümü de akdi sona erdirmektedir.

İş akdi ecir-i has ile yapılan akitte işçinin şahsına sıkı sıkıya bağlıdır. Ecir-i mşterekle kurulan akitte ise işçinin şahsına olan bu bağlılık azalmaktadır. Bu sebeple ecir-i hasın ölümü halinde iş akdinin kendiliğinden sona ereceğinde hukukçular ittifak etmiştir.⁸⁰⁰ *Borçlar Kanunu da işçinin ölümü ile akdin kendiliğinden sona ereceğini düzenlemiştir(6098 m.440). İşçinin lm kanundan doğan bir sona erme nedenidir.*⁸⁰¹ Günümüzdeki işi kavramı ecir-i has kavramı ile yakın olduğundan işçinin ölümü ile akdin sona ereceği şeklindeki düzenleme İslam Hukuku ile paraleldir. Çünkü günümüzde iş akdi işçinin şahsına sıkı sıkıya bağlı olarak kurulmaktadır.

Grldğı gibi ecir-i hasın ölümü halinde akdin sona ereceğinde İslam hukukçuları ittifak etmiştir. Buna karşın ecir-i müşterek veya işverenin ölümü halinde ise akdin durumunun ne olacağı tartışma konusu olmuştur. Borçlar Kanunundaki işverenin ölümü ile ilgili hüküm İslam hukuk ekollerinin görüşlerinin sentezi olmuş yerinde bir düzenlemedir.

C) Kendiliğinden Sona Erme: Akit Süresinin veya İşin Sona Ermesi

İş akdinin normal olarak sona ermesi akit süresinin dolmasıyla veya akit konusu işin tamamlanmasıyla olmaktadır. Kaynaklardaki ifade edildiği gibi

⁷⁹⁸ BİLMEN 1970, c.6, s.179.

⁷⁹⁹ Mecelle m.443.

⁸⁰⁰ İmam şafii ecir-i müşterek ilişkisinde işi bizzat işçinin yapması şart koşulmuşsa işçinin ölümü halinde akdin sona ereceğini ifade etmiştir. Bunun dışındaki hallerde tarafların ölümünün akdi sona erdirmeyeceği görüşündedir. SERAHSİ, Mabsût, c.15, s.218.

⁸⁰¹ İşçinin lm halinde mirasçılarının veya işverenin akdin feshine ilişkin bildirimlerine gerek olmadan akit sona ermektedir. ÇELİK 2009, s.185.

menfaatin elde edilmesi halinde iş akdi sona erer.⁸⁰² *Günümüzde de belirli süreli akitler, aksi kararlaştırılmadıkça, fesih bildirimine gerek olmaksızın sürenin bitiminde sona ererler. Taraflar sürenin bitiminden sonra örtülü olarak akdi sürdürmeye devam ederlerse bu akit belirsiz süreli akit haline gelecektir. Akdin fesih bildirimi ile sona ereceği kararlaştırılmış ancak taraflar fesih bildiriminde bulunmamışsa akit yine belirsiz süreli bir akit haline dönüşür(6098 m.430).*⁸⁰³

Mecelle de iş akdinde belirli bir süre kararlaştırılmış ise bu sürenin dolmasıyla iş akdinin kendiliğinden sona ereceğine yer vermiştir.⁸⁰⁴ *Yukarıda yer verdiğimiz Borçlar Kanunu hükmünde belirli süreli akitlerin, aksi kararlaştırılmadıkça, fesih bildirimine gerek olmaksızın sürenin bitiminde kendiliğinden sona ereceği ifade edilmiştir(6098 m.430).*

Akdin konusunun bir işin ifa edilmesi olduğu durumlarda akit işin tamamlanması ile sona erer.⁸⁰⁵ *Bu tür bir akit de modern hukukta belirli süreli iş akitleri içerisinde yer almaktadır. İş Kanunumuzda bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması gibi objektif koşullara bağlı olarak yapılan akitleri belirli süreli iş akdi olarak tarif etmiştir(4857 m.11).*

Misli olmayan bir malın ücret olarak kararlaştırıldığı akitlerde mal işçiye teslim edilmeden yok olmuşsa akdin kendiliğinden sona ereceği ifade edilmiştir.⁸⁰⁶ *Günümüz hukuku bakımından böyle bir fesih durumu söz konusu değildir.*

Taraflardan birinin gaip olması durumunda da diğer tarafa fesih yoluyla akdi sona erdirmeye hakkı tanınmamıştır. Ancak başkası ile akit yapıldığında birinci akit münfesi olup, ikinci akit geçerli olacaktır. Bunun işçi için anlamı işverenin gaipliği durumunda başka bir iş akdi yapmasının mümkün olmasıdır. İşçi ayın tamamlanması ile başka bir işveren ile anlaşma yapabilecektir.⁸⁰⁷

⁸⁰² BARDAKOĞLU 1990, s.71.

⁸⁰³ 818 sayılı Borçlar Kanununda belirli süreli akdin sürenin bitiminden sonra devam etmesi durumunda aynı süre ile fakat en fazla bir yıl için yenileceği hüküm altına alınmıştı. Fesih bildirimi ile sona erecek akitlerin de taraflar fesih bildiriminde bulunmamışlarsa yenilenmiş sayılacağı düzenlenmişti(818 m.339).

⁸⁰⁴ Mecelle m.484.

⁸⁰⁵ BARDAKOĞLU 1982, s.301.

⁸⁰⁶ SERAHSÎ, 15-149.

⁸⁰⁷ ALİ HAYDAR, c.1, s.503.

II. FESİH YOLUYLA SONA ERME

A) Genel Olarak

İş akdi temel kural olarak bağlayıcı akitlerdendir. Bu sebeple taraflar akdin gereklerini yerine getirmek zorundadır. Ancak bazı geçici durumlarda bu genel kuraldan vazgeçilmiş ve taraflara akde son verme hakkı tanınmıştır.⁸⁰⁸ Taraflara akde son verme imkânı veren bu durumları fesih yoluyla sona erme başlığı altında ele alacağız.

İslam Hukukunda akdin belirli veya belirsiz süreli olmasına bakılmaksızın akdin feshi her zaman mümkündür. Zarara uğramış ise karşı tarafın zararının giderilmesi yeterlidir.⁸⁰⁹ Kaynaklarda meseleci yöntemle somut olaylar için tarafların fesih hakkının bulunup bulunmadığı ele alınmıştır. Fesih hakkı sadece ele alınan konularla sınırlı olmayıp benzeri olaylarda da fesih hakkının olduğu sonucuna ulaşılabilir.⁸¹⁰ Bu sonuca ulaşırken genel ilkelerden hareketle fesih sebeplerinin bulunup bulunmadığına bakılmalıdır.

İslam Hukukunda işçi ve işveren fesih konusunda aynı haklara sahiptir.⁸¹¹ *Modern hukukta ise İş Hukukunun gelişimi Borçlar Hukukunun genel ilkelerinden farklı düzenlemelerin oluşmasına sebep olmuştur. Akdin işçi tarafından feshi(istifa) ile işveren tarafından feshi(işten çıkarma) farklı hükümlere tabi kılınmıştır.*⁸¹²

İslam Hukukuna göre akitte kararlaştırılmışsa veya örf ve adet gerektiriyorsa tarafların feshi ihbar etmeleri gereklidir.⁸¹³ Fesih bildiriminin genellikle karşı tarafın veya vekilinin huzurunda yapılabileceği ifade edilmiştir.⁸¹⁴ *Günümüzde fesih*

⁸⁰⁸ ÖZDİREK 2010, s.238; Kira(iş) akdinin bağlayıcı olmadığını savunan İslam hukukçuları da olmakla birlikte bunlar azınlıktadır. Akdin bağlayıcı olduğunu ifade eden hukukçular da bağlayıcılığın sınırları konusunda ihtilaf etmişler ve akdin hangi hallerde bozulabileceğini tartışmışlardır. İmam Malik ve İmam Şafii'nin de aralarında bulunduğu bazı hukukçular diğer bağlayıcı akitler hangi sebeplerle bozulursa iş akdi de o sebeplerle bozulur demişlerdir. Bu sebepler ise kusurun ortaya çıkması veya yararlanma imkânının kalmamasıdır. İBN RÜŞD, Bidâyetü'l-Müctehid, c.3, s.323.

⁸⁰⁹ AKGÜNDÜZ vdi 1990, s.323.

⁸¹⁰ ŞEN 1994, s.87.

⁸¹¹ ŞERİF 1986, s.217.

⁸¹² ESENER 1978, s.214.

⁸¹³ ŞERİF 1986, s.423.

⁸¹⁴ BARDAKOĞLU 1982, s.316.

bildirimi süreli fesih bildirimi ve süresiz fesih bildirimi olmak üzere iki şekilde yapılmaktadır. Hem İş Kanununda hem de Borçlar Kanununda konuya ilişkin düzenlemeler mevcuttur.

Fesih yoluyla sona erme başlığı altında belirsiz süreli akitlerin sona erdirilmesi, haklı sebeple fesih ve haksız fesih konuları incelenmiştir.

B) Belirsiz Süreli Akitlerde Fesih

İş akdinin belirli bir süreye bağlı olarak yapılmadığı hallerde akit belirsiz süreli iş akdidir(4857 m.11). İslam Hukukuna göre belirsiz süreli iş akitlerinin kurulmasının mümkün olduğuna “Sürenin Belirli Olması Şartı” başlığı altında değinmiştik. Bu akitler kaç ay olduğu beyan olunmaksızın ifadesiyle Mecelle’de düzenlenmiştir. Belirsiz süreli akitler kendiliğinden sona ermemektedir.

Hukukumuzda belirsiz süreli akitler için süreli fesih yoluyla sona erdirmeye söz konusudur. Taraflardan biri öteki tarafa bir süre vererek fesih bildiriminde bulunabilir(4857 m.17; 6098 m.431). Akdin sürmüş olduğu süreye göre belirlenmiş süreler geçtikten sonra akit feshedilmiş sayılmaktadır. Mecelle’de de benzer bir düzenleme bulunmaktadır. Bu düzenlemede de akdin ne kadar sürdüğü dikkate alınmamıştır. Ancak fesih hakkının ne zaman kullanılabileceği ve akdin ne zaman fesholacağı yer almıştır. Kaç aylık olduğu belirlenmeden fakat aylık ücret belirlenerek kurulan akdin sahih olacağı ifade edilmiş ve sona erdirilmesine ilişkin hükümler verilmiştir. Buna göre taraflar sonraki ayların ilk gecesi ve günü akdi fesih hakkına sahiptir denilmiştir. İlk gece geçerse fesih hakkı ortadan kalkacaktır. Taraflardan biri ayın herhangi bir zamanı akdi feshederse akit, ayın sonunda münfesihi olacaktır. Ay içerisinde gelecek ayın başından itibaren feshediyorum derse sonraki ayın girmesi ile akit münfesihi olur.⁸¹⁵ Borçlar Kanunu 10 yıldan uzun belirli süreli iş akitlerinin, 10 yıl geçtikten sonra, 6 aylık fesih bildirim süresine uyularak feshedilebileceğini düzenlemiştir. Bu şekilde yapılan fesih Mecelle düzenlemesindeki gibi takip eden aybaşında hüküm ifade edecektir(6098 m.430). Mecelle’deki

⁸¹⁵ Mecelle m.494; SERAHSÎ, Mebsût, c.15, s.187; BİLMEN 1970, c.6, s.194, 195; Tarafların ay içerisinde akdi feshetmeleri ile ay içerisinde gelecek ayın başından itibaren diyerek akdi feshetmeleri aynı doğrultuda hükümlerdir. Ancak ay içerisindeki fesih fesh-i müneccez, sonraki ayın başlangıcından itibaren fesih ise fesh-i muzaf olur. ALİ HAYDAR, c.1, s.502.

düzenlemenin farkı akdin süresinin uzunluğuna yer verilmemiş olması ve bütün akitlerin bu şekilde sona erdirilmesinin mümkün olmasıdır.

İslam Hukukunda şartları mevcutsa iş akdinin belirli veya belirsiz süreli olmasına bakılmaksızın feshi her zaman mümkündür. Zarara uğramış ise karşı tarafın zararının giderilmesi yeterlidir.⁸¹⁶ *İş Kanunu bildirim şartına uyulmayan fesihler için tazminat öngörmüştür(4857 m.17). İşverenin fesih için geçerli bir sebebe dayanması gerektiği hükmüne ve bununla ilgili ayrıntılara da yer verilmiştir(4857 m.18). 1475 sayılı kanun döneminde süreli fesih bildirimi için herhangi bir sebebe dayanma zorunluluğu bulunmamaktaydı. İlk kez 4857 sayılı kanun bu sebepleri ortaya koymuştur.*⁸¹⁷ Mecelle hükümlerinde belirtilen süreler içerisinde akdi fesheden tarafın bir sebebinin olması öngörülmemiştir.

C) Haklı Sebeple Fesih

1. Genel Olarak Fesih Sebepleri

İş akdinin hem İslam Hukukunda hem de günümüz hukukunda bağlayıcı bir akit olduğuna İş Akdinin Hukuki Özellikleri başlığı altında değinmiştik. İş akdi bağlayıcı bir akit olduğundan taraflar akit ile yüklenmiş oldukları edimleri yerine getirmek zorundadır. Ancak bu genel kurala istisnalar getirilmiştir. Bir tarafın boş yere harcama yapmasına veya makul olmayan bir zarara katlanmak zorunda kalmasına sebep olan durumlarda taraflara fesih hakkı tanınmıştır.⁸¹⁸ Hem İslam Hukukunda hem modern hukukta taraflara akdi feshetme yetkisi veren durumlar düzenlenmiştir.

Fesih hakkı Kavaid-i Fıkhiyye içerisinde düzenlenen “Zarar izale olunur.” ve “Zaruretler memnu’ olan şeyleri mübah kılar.” hükümlerinin bir sonucu olarak düşünülebilir. Akit yaparken belli bir menfaat elde etmeyi amaçlayan taraflar, zararlarına olacak şekilde akde devam etmeye zorlanamaz.⁸¹⁹

⁸¹⁶ AKGÜNDÜZ vdi 1990, s.323.

⁸¹⁷ AYDIN 2004, s.56.

⁸¹⁸ ÖZDİREK 2010, s.238, 239.

⁸¹⁹ Mecelle m.20, 21.

Modern hukukta haklı fesih hem belirli hem de belirsiz süreli iş akitleri için söz konusu olmakla birlikte daha çok belirsiz süreli iş akitlerine son vermek için kullanılan bir yoldur. İş hayatının devamlılığı, işçinin korunması, sosyal kamu düzeni gibi sebeplerle işverenin iş akdini feshederek işçiyi işten çıkarması belli şartlara bağlanmıştır.⁸²⁰ İslam Hukukunda ise taraflar akdi feshetme konusunda eşit haklara sahiptir. Gerekli şartların bulunması halinde her iki taraf da akdi feshedebilir.⁸²¹

İslam Hukukunda fesih sebepleri ayıplar ve özürler olmak üzere iki kısımdır.⁸²² Modern hukukta da akdin kuruluşundan sonra ortaya çıkan ve taraflardan biri için akdi çekilmez hale getiren durumlarda taraflara, akdin belirli veya belirsiz süreli olduğuna bakmaksızın akdi fesih hakkı tanınmıştır.⁸²³

İslam Hukukuna göre iş akdinde fesih sebepleri işçiden, işverenden veya iş akdinin konusundan kaynaklanabilir.⁸²⁴ Hanefiler, diğer üç hukuk ekolüne göre fesih mazeretlerini oldukça geniş tutmuşlardır.⁸²⁵ İş Kanunumuzda haklı fesih sebepleri işçi ve işveren için farklı maddelerde düzenlenmiştir. Bu sebepler sağlık sebepleri, ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri ile zorlayıcı sebepler başlıkları altında düzenlenmiştir(4857 m.24, 25).

İşçinin ve işverenin haklı nedenle derhal fesih haklarının bulunduğu haller kanunda açık olarak düzenlenmiştir. İşçi veya işveren bu hallerin varlığı halinde, süreli veya süresiz olan iş akdini, sürenin bitmesinden önce veya bildirim süresi beklemeksizin feshetme hakkına sahiptir(4857 m.24 ve m.25). Osmanlı Devleti'nde de işçinin işten çıkarılmasını gerektiren suçlara ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır.⁸²⁶

Taraflara akdi sona erdirmeye yetkisi veren olağandışı durumlar ayıp ve özür başlıkları altında ele alınmıştır.

⁸²⁰ ESENER 1978, s.214 vd.

⁸²¹ ŞERİF 1986, s.217.

⁸²² ŞERİF 1986, s.425.

⁸²³ ESENER 1978, s.219, 220.

⁸²⁴ KARAMAN 2009, c.2, s.406.

⁸²⁵ KARAMAN 2009, c.2, s.406.

⁸²⁶ 27.02.1883 tarihli nizamnamede işten çıkarılmayı gerektiren durumlar bazı hükümlerde düzenlenmiştir. KIRPIK 2004, s.156.

2. Muhayyerlikler

İş akdinin taraflarının Mecelle'nin 406. maddesinde tanımlanan bağlayıcı akitleri feshetmesinin yollarından biri de muhayyerlikler olarak ifade edilmiştir.⁸²⁷ Söz konusu maddede şart, görme ve ayıp muhayyerliklerinden bahsedilmesine karşın akdi feshetme imkânı veren başka muhayyerlikler de bulunmaktadır.⁸²⁸

Şart muhayyerliği tarafların belirli bir süre içerisinde akde devam etme veya akdi feshetme yetkisine sahip olarak akit kurmalarıdır. Muhayyer olan taraf akdi feshetmeden veya icazet vermeden muhayyerlik süresi sona ererse akit bağlayıcılık kazanır. Muhayyerlik hakkının düşmesi ile akit başlamış olur.⁸²⁹

Görme muhayyerliği tarafların görülmesi gereken şeyleri görmeden akit yaptıklarında, o şeyi gördüklerinde akde icazet verme veya akdi feshetme hakkına sahip olmalarını ifade eder. Akdin her iki tarafı için de görme muhayyerliği söz konusu olabilir. Örf ve adet yoluyla belirlenmemiş olan veya bölgesel olarak değişen işlerde görme muhayyerliği öngörülmüş, değişmeyen işlerde ise muhayyerlik bulunmadığı ifade edilmiştir.⁸³⁰

Günümüz hukukunda da düzenlemelerle bağlantısı olan ayıp muhayyerliği ayrı bir başlık altında değerlendirilmiştir. Mecelle'de icare akdine ilişkin olarak verilen bu üç muhayyerlik dışında fesih hakkı veren muhayyerlikler de bulunmaktadır.

İslam Hukuku vasıf muhayyerliği hakkını tanımak suretiyle her iki taraf için akdi feshetme yetkisi tanımıştır. *İş Kanunumuzda işverenin iş akdinin yapıldığı sırada akdin esaslı noktalarından biri hakkında yanlış vasıflar veya şartlar göstermek veya yanlış bilgiler vermek suretiyle işçiyi yanıltması durumu haklı nedenle derhal fesih hakkını gerektiren şartlar içinde düzenlenmiştir(4857 m.24/2/a).*

Bir diğer muhayyerlik nakit muhayyerliğidir. Mecelle'de düzenlenen hükme göre, taraflar belirli bir süre içerisinde ücret ödenmediği takdirde akdin geçersiz olduğunu kararlaştırarak akit kurabilirler. Ücret süresinde ödenmediğinde akit

⁸²⁷ ALİ HAYDAR, c.1, s.456.

⁸²⁸ Mecelle'de icare akdine ilişkin olarak şart muhayyerliği, görme muhayyerliği ve ayıp muhayyerliği düzenlenmiştir. Şart muhayyerliği 497. maddeden, görme muhayyerliği 512. maddeden, ayıp muhayyerliği 513. maddeden itibaren düzenlenmiştir.

⁸²⁹ Mecelle m.497, 498, 500, 501, 502.

⁸³⁰ Mecelle m.509, 511, 512.

hükümsüz olacaktır. Nakit muhayyerliği satım akdine ilişkin olarak Kitabül Büyu' içerisinde düzenlenmiştir.⁸³¹ İbn Kayyım işçinin de işverenin ücreti ödemede temerrüde düşmesi halinde akdi feshetmeyi şart koşmasını caiz görmüştür.⁸³² *İşveren işçinin ücretini kanun hükümleri veya sözleşme şartlarına uygun olarak hesaplamaz veya ücreti ödemezse, işçi iş akdini akit süresinin bitiminden önce veya bildirim süresini beklemezsizin feshedebilir(4857 m.24).*

İslam Hukukunda velisi veya vasisi tarafından bir işte çalıştırılan buluğa ermemiş küçük, buluğa erdiğinde muhayyer olur, akde devam edebilir ya da akdi feshedebilir.⁸³³ Çocuğun akit konusu işi şerefine dokunan bir iş görerek akdi feshedebileceği ifade edilmiştir.⁸³⁴ Hukukçulardan bir kısmı ise çocuk akde devam eder demişlerdir. Tercih edilen görüşe göre çocuğun velisi buluğ süresini bilmesine karşın bu süreyi aşan bir akit yapmışsa çocuk akdi sona erdirebilir. Veli buluğ süresini bilmeden akit yapmışsa, çocuğun akde devam etmesi gerektiği görüşü ileri sürülmüştür.⁸³⁵

Belirtilen muhayyerlik hallerinde de tarafların fesih hakkı vardır. Mecelle'de yer verilen muhayyerliklerden üçüncüsü ayıp muhayyerliğidir.

3. Ayıp Sebebiyle Akdin Feshi

Mecelle ayıp muhayyerliğine yer vermiş ve icare akdinde de ayıp muhayyerliğinin bulunduğunu ifade etmiştir.⁸³⁶ Akitten beklenen menfaatin tamamen veya kısmen elde edilmesini engelleyen ve muhayyerliği gerektiren durumlara ayıp denilmektedir.⁸³⁷ İş akdinin ayıp sebebiyle feshedilebildiğinde İslam hukukçuları ittifak etmişlerdir. Nelerin ayıp sayılacağı ve ayıbın bulunması halinde akdin feshedilebilir mi yoksa münfesihi mi olduğu konuları ise tartışmalıdır.⁸³⁸

⁸³¹ Mecelle m.313, m.314.

⁸³² BARDAKOĞLU 1990, s.77.

⁸³³ ALİ HAYDAR, c.1, s.458; BİLMEN 1970, c.6, s.179; BARDAKOĞLU 1982, s.306; KARAMAN 2009, c.2, s.407.

⁸³⁴ ALİ HAYDAR, c.1, s.458.

⁸³⁵ ŞERİF 1986, s.439.

⁸³⁶ Ayıp muhayyerliği dokuz maddenin yer aldığı bir fasılda düzenlenmiştir. Mecellem m.513.

⁸³⁷ Mecelle m.514.

⁸³⁸ BARDAKOĞLU 1990, s.75.

Mecelle menfaat elde edilmeden önce ortaya çıkan ayıpların akdin kuruluşunda varmış gibi kabul edileceğini hükme bağlamıştır. İşçinin çalışmasını azaltacak, performansını düşürecek şekilde hastalanması veya sakatlanması durumunda da işverenin fesih hakkı bulunmaktadır.⁸³⁹ *İş Kanunumuzda işçi ve işveren için ayrı maddeler altında düzenlenmiş olan haklı nedenle fesih sebeplerinin bir kısmını ayıplar içerisinde değerlendirmek mümkündür. Hem işçi hem de işveren açısından fesih hakkı doğuran sağlık sebeplerini(4857 m.24/I ve m.25/I) ayıplar içerisinde değerlendirmek mümkündür. Çünkü bu sebepler tarafların akitten bekledikleri menfaati elde etmelerini engellemektedir.*⁸⁴⁰

*İş Kanununda akdin her iki tarafı için öngörülen ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri başlığı altında düzenlenen sebepler(4857 m.24/II ve m.25/II) de ayıplar içerisinde yer alır. Örneğin m.25/II/a bendinde yer alan işçinin niteliklerine ilişkin olarak işvereni yanıltması hali bir ayıptır. İşçinin ahlaka aykırı hareketleri de işin verimliliğine etki ettiği takdirde haklı fesih sebebi olarak görülmüştür. Ancak günahkârlık iş akdini fesih için haklı bir sebep olarak görülmemiştir ve hukukçular bu görüşte ittifak etmiştir.*⁸⁴¹ Mecelle'nin 521. maddesinden kıyas yoluyla işçinin niteliklerine ilişkin işvereni yanıltmasının ayıp olduğu sonucuna ulaşmak mümkündür. *Borçlar Kanunumuzda aldatma sonucu yapılan akitte esaslı bir yanılma olmasa bile kişinin bağlı olmayacağı düzenlenmiştir(6098 m.36). İşçinin işini terk etmesi, işe devam etmemesi durumlarında da işverenin fesih hakkı vardır.*⁸⁴² İşçinin hırsızlığı durumunda işverenin haklı nedenle fesih hakkı vardır. Malikiler işverenin malı koruma imkânı varsa bu yola başvurulur, fesih hakkı kullanılamaz şeklinde bir görüş ileri sürmüşlerdir.⁸⁴³ İşçinin işini kötü olarak yapması işveren için bir fesih sebebidir.⁸⁴⁴ İşin kötü yapılmasını bir ayıp olarak değerlendirmek mümkündür.

⁸³⁹ ALİ HAYDAR, c.1, s.850; ŞERİF 1986, s.440.

⁸⁴⁰ Mecelle m.515.

⁸⁴¹ İBNİ ABİDİN, c.6, s.81.

⁸⁴² ŞERİF 1986, s.442.

⁸⁴³ ŞERİF 1986, s.439.

⁸⁴⁴ SERAHSÎ, Mebsût, c.16, s.8.

Fetavayı Hindiyîye’de kusur muhayyerliğinden bahsedilmektedir. Kusur söz konusu olduğunda işverenin tek taraflı iradesi ile akde son verebileceği, karşı tarafın rızasına ve hâkimin hükmüne gerek olmadığı ifade edilmiştir.⁸⁴⁵ Burada bahsedilen kusur muhayyerliğini de ayıp nedeniyle akdin feshi başlığı altında değerlendirmek mümkündür. Ayrıca aynı muhayyerliğin işçi için de söz konusu olduğunu kabul etmek gerekir.

Ayıbın ortaya çıkmasıyla işveren dilerse akdi fesheder, dilerse akde devam eder. Ancak akde devam ederse ayıp sebebiyle ücretten kesinti yapamaz, ücretin tamamını ödemek zorundadır.⁸⁴⁶ Akit serbestîsinin bir uzantısı olarak ele aldığımızda ve taraflar arası eşitlik gereği düşündüğümüzde ayıp halinde işçinin de akdi feshetme veya akde devam etme hakkının olduğu ifade edilebilir.

4. Özür Sebebiyle Akdin Feshi

Şart, görme ve ayıp muhayyerliklerinin bulunmadığı bir akdin taraflarca özürsüz olarak feshedilemeyeceği Mecelle’de düzenlenmiştir.⁸⁴⁷ Bu hükümden tarafların muhayyer oldukları hallerde veya özür sebebiyle akdi feshetme hakkına sahip oldukları anlaşılmaktadır. Taraflara verilen fesih hakkı akdin bağlayıcılığının istisnalarını oluşturmaktadır.

Mecelle akdin gereklerinin yerine getirilmesine engel bir özür ortaya çıkması durumunda akdin münfesihi olacağını düzenlemiştir.⁸⁴⁸ 580. maddede bu hükmün örneği niteliğinde bir düzenlemeye yer verilmiş ve konu örneklendirilmiştir.⁸⁴⁹ Eğer akit kendiliğinden sona ermezse taraflardan birisi hak etmediği bir zarara katlanmak durumunda kalacaktır. Tarafların hak etmediği halde zarara uğraması caiz görülmediğinden özür durumunda akdin kendiliğinden sona ermesi hüküm altına

⁸⁴⁵ FETÂVÂ-Yİ HİNDİYYE, c.9, s.393.

⁸⁴⁶ Mecelle m.516.

⁸⁴⁷ Bu tür bir icare icare-i lazime olarak tanımlanmaktadır. Mecelle m.406.

⁸⁴⁸ Düğün için bir aşçı tutulduktan sonra eşlerden birinin vefat etmesi durumunda akit kendiliğinden münfesihi olur örneğine yer verilmiştir. Mecelle m.443.

⁸⁴⁹ Ekin biçmek üzere anlaşılan orakçılar için bir kısmını yaptıktan sonra dolu sebebiyle işin geri kalanını yapma imkânı kalmadığında akit kendiliğinden münfesihi olacaktır. İşçiler kararlaştırılan ecr-i müsemma üzerinden çalıştıkları ile orantılı olarak ücretlerini alırlar. ALİ HAYDAR, c.1, s.450.

alınmıştır.⁸⁵⁰ Mecelle'nin sütana akdine ilişkin olarak yer verdiği bir diğer düzenlemede bu akde ilişkin olarak tarafların özürleri sebebiyle akdi feshedebilecekleri tekrar edilmiştir.⁸⁵¹

Mecelle'nin yukarıda ifade ettiğimiz hükmüne karşın İslam hukuk ekolleri arasında özür sebebiyle akdin feshedilebileceğine ilişkin bir görüş birliği yoktur. Özür sebebiyle de olsa iş akdinin bozulamayacağını ileri süren hukukçular bulunmaktadır. Maliki, Şafii, Hanbelî ekollerine mensup hukukçular özür sebebiyle tarafların fesih hakkı olmadığını savunmuşlardır. Hanefiler ise özür sebebiyle iş akdinin feshedilebileceğini ifade etmişlerdir.⁸⁵² Hanefiler akdin özürsüz olarak bozulması ve özür bulunduğu halde bozulmaması durumlarında tarafların yararının korunamayacağını dile getirmişlerdir.⁸⁵³ İmam Şafii kira akdinin ancak kusur sebebiyle bozulabileceğini kabul etmiştir. Kira akdinin de satım akdi gibi olduğunu ifade etmiş, menfaatlerin de eşyalar gibi olduğunu ve akdin ancak kusur sebebi ile bozulabileceğini dile getirmiştir.⁸⁵⁴

Özür sebepleri akde devam edilmesi durumunda bir zararın ortaya çıkacak olması, akdin icrasına engel bir durumun ortaya çıkması, akitle hedeflenen gayenin ortadan kalkması başlıkları altında sıralanabilir.⁸⁵⁵

İslam Hukukunda tarafların açık bir özre dayanarak akdi feshetmesinde, açık özür Batı hukukundaki 'beklenmeyen olaylar'dan farklıdır. İslam Hukukunda özrün kabul edilmesi giderilmesi mümkün olmayan bir olaydan değil, tarafların bir zarara

⁸⁵⁰ BİLMEN 1970, c.6, s.178; Zarar ve zarara zararlar karşılık verilmesini yasaklayan Mecelle'nin 19. maddesi bu hükmün açıklanmasına yardımcı olacaktır.

⁸⁵¹ Hasta olması sütana için, çocuğun sütü beğenmemesi ve sütananın memesini almaması istihdam eden için özür sebepleri olarak düzenlenmiştir. Mecelle m.581.

⁸⁵² ALİ HAYDAR, c.1, s.415; BARDAKOĞLU 1990, s.75.

⁸⁵³ Kangren olan elini kestirmek isteyen ve bir doktorla anlaşılan kişinin elini kestirmekten vazgeçmesi özür olarak nitelenmiş ancak evini kiralayan kişinin evinin yıkılması veya evini satmak istemesi ise özür olarak kabul edilmemiştir. SERAHSÎ, Mabsût, c.15, s.110 ve c.16, s.2; FETÂVÂ-Yİ HİNDİYYE, c.9, s.503.

⁸⁵⁴ Menfaat her ne kadar mal gibi akit konusu oluyorsa da teslim edilmesi mümkün olmadığı için kiralamada taraflardan birinde meydana gelen mazeret, satışta malı teslim etmeden önce malda meydana gelen kusur gibidir. Merginani iş akdinin özür sebebiyle bozulmasını bu gerekçeyle kabul etmiştir. MERGİNÂNÎ, el-Hidâye, c.3, s.424, 427; SERAHSÎ, Mabsût, c.16, s.1.

⁸⁵⁵ ŞEN, Murat, İslam Hukuku'nda Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya, 1994, 82 vd.

katlanma mecburiyetinde bırakılmaması düşüncesinden kaynaklanır.⁸⁵⁶ Açık özür durumunda hâkim kararına veya karşı tarafın rızasına ihtiyaç yoktur. Tarafların açık bir özrü bulunmuyorsa hâkim kararı veya karşı tarafın rızası olmadan akdi feshedemez.⁸⁵⁷ *Günümüzde açık özrü bulunmayan tarafın ikâle yoluyla karşı tarafla anlaşarak veya belirsiz süreli akitlerde bildirim sürelerine uyarak akdi sona erdirmeye imkânı vardır.*

*Yargıtay inşaat işinde çalışan işçiyi hava muhalefeti sebebiyle ücretsiz izne çıkaran işverenin davranışını akdin feshi olarak kabul etmemiştir.*⁸⁵⁸ Hava muhalefeti açık bir özür görülebileceğinden Hanefî içtihadına göre akdin münfesihi olması gereklidir. Akitten sonra ortaya çıkan böyle bir özür halinde akdin kendiliğinden münfesihi olabileceği, zarar gören tarafın akdi feshedebileceği, hâkim kararı ile akdin fesih olunacağı şeklinde üç görüş vardır. *Almanya, İtalya, Hollanda gibi batı ülkelerinde de iş akdinin feshi için mahkeme kararı gerektiren bir sistem uygulanmaktadır.*⁸⁵⁹

İşin ifasının imkânsız hale geldiği durumlarda da iş akdi ortadan kalkacaktır. Her ne sebeple olursa olsun planlanan iş gerçekleşmeyecek olduğunda akit de kendiliğinden hükümsüz hale gelir.⁸⁶⁰

Akit yapılırken bilinmeyen, akdin yapılmasından sonra ortaya çıkan ve akdin yerine getirilmesini dinen ve hukuken imkânsız kılan hallerde akdin kendiliğinden münfesihi olacağı ifade edilmiştir. Ancak akdin kendiliğinden münfesihi olması için mazeretin açık olması gerekmektedir.⁸⁶¹

İşverenin iş değiştirmesi, yani ziraat veya zanaat gibi farklı bir iş alanına yönelmesi durumunda akdi feshedebileceği Hanefîler tarafından kabul

⁸⁵⁶ KARAMAN 2009, c.2, s.407, 408; Mecelle'nin 443. maddesinde verilen örnekte düğün için aşçı istihdam edildikten sonra eşlerden birinin ölmesi ile akit münfesihi olacaktır. Eşlerden biri vefat etmese dahi zarar edecek kişilerin yemek vermeye zorlanamayacağı gerekçesiyle akdin feshedilebileceği iddia edilmiştir. ALİ HAYDAR, c.1, s.451.

⁸⁵⁷ BİLMEN 1970, c.6, s.179.

⁸⁵⁸ Yargıtay 9. HD, 6.12.2010, E.2000/13381, K.2000/18384.

⁸⁵⁹ SÜZEK, Sarper, İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, Kazancı Hukuk Yayınları, Ankara, 1976, s.33 vd.

⁸⁶⁰ ALİ HAYDAR, c.1, s.850.

⁸⁶¹ KARAMAN 2009, c.2, s.407.

edilmektedir.⁸⁶² Merginani iş değişikliği durumunda işçinin eski işi sürdürme imkânı olduğundan iş değişikliğini özür olarak görmemiştir.⁸⁶³ *İş Kanunumuz da işyerini bütünüyle kapatarak kesin ve devamlı surette faaliyetine son verecek işverenin 30 gün önceden ilgili yerlere bildirmesi ve işyerinde ilan etmesi hükmünü koymuştur*(4857 m.29). Hanefi görüşü ile mevcut kanundaki düzenlemenin paralel olduğu söylenebilir.

İşverenin işi tamamen bırakması da çalışma alanını değiştirmesi gibi akdi feshedebilmesi için haklı bir sebep olarak görülmüştür.⁸⁶⁴ İşverenin işçileri mağdur etmek amacıyla böyle bir yola başvurduğu anlaşılırsa, akit süresi boyunca hak edeceği ücreti işçiye vermekle yükümlü hale gelir.⁸⁶⁵ Şerif, iş değişikliği durumunda işverenin zararı oluşacaksa iş akdini feshetme hakkı doğar, aksi takdirde keyfi olarak akdi feshedemez demiştir.⁸⁶⁶ İş hukukunun akdin zayıf tarafı olan işçiyi koruma amacına daha uygun olan görüş budur.

Akdin kurulmasından sonra meydana gelen ehliyet kaybı⁸⁶⁷ akdi kendiliğinden sona erdirmeyecektir.⁸⁶⁸ Ancak ehliyet kaybı durumunda akdin diğer tarafının zarara uğraması, akitten beklediği yararı elde edemeyecek olması muhtemeldir. Mecelle akdin kendiliğinden sona ermeyeceğini düzenlemiş olduğundan, akdin diğer tarafının fesih hakkı olduğunu kabul etmek gerekir. Çağdaş İslam hukukçularından Şerif işçinin akıl sağlığını kaybetmesi veya bulaşıcı bir hastalığa yakalanması durumlarında da işverenin fesih hakkı olduğunu belirtmiş, Hanefi hukukçuların böyle durumlarda işverenin fesih hakkı olmadığını ileri sürdüklerini ifade etmiştir.⁸⁶⁹

⁸⁶² İBN ABİDİN, Reddül-Muhtar, c.14, s.217; KARAMAN 2009, c.2, s.406; Bir kimse bina için bir dülger veya ziraat için bir çiftçi istihdam ettikten sonra bina veya ziraattan pişman olsa akdi feshedebilir. ALİ HAYDAR, c.1, s.451; Burada iş değiştirmenin yanında ondan daha geniş olarak yapılması planlanan bir işten vazgeçilmesi de yer almaktadır. Yani planladığı bir işten vazgeçen kişinin de akdi feshetme hakkına yer verilmiştir; SERAHSÎ, Mebsût, c.16, s.4.

⁸⁶³ MERGİNÂNÎ, el-Hidâye, c.3, s.428; Hükümden anlaşıldığına göre iş değişikliği durumunda işçinin eski işi sürdürme imkânı yoksa fesih hakkı vardır.

⁸⁶⁴ İbn Abidin, c.6, s.82.

⁸⁶⁵ KASANÎ, Bedaius-Sanai, c.6, s.2616.

⁸⁶⁶ ŞERİF 1986, s.443.

⁸⁶⁷ Tecennün olarak ifade edilmiştir.

⁸⁶⁸ Mecelle m.458.

⁸⁶⁹ ŞERİF 1986, s.441.

Planladığı bir iş için iş akdi yapan kimse, yapacağı işten vazgeçerse akdi feshetme hakkına sahip görülmüştür.⁸⁷⁰ Burada ifade edilen fesih akdin başlamasından önce tarafın vazgeçmesi sonucu akdin sona erdirilmesidir.

İşin yerine getirilmesinde kullanılacak malzemenin işçiden olmasına ilişkin bir hüküm bulunan akitte işçinin fesih hakkının bulunduğu ifade edilmiştir.⁸⁷¹ Burada somut olaya ilişkin bir fetva bulunmakla birlikte işçinin fesih hakkının gerekçesi açıklanmamıştır. İşçiyi malzeme temin borcu altına sokmamak için işçinin muhayyer kılındığı sonucuna yorum yoluyla ulaşılabılır.

Bağlayıcı ve etkin bir icarede (icare-i nafize-i lazime) ücrete zam yapılmaması işçi için, ücrette indirimde gidilmemesi de işveren için fesih sebebi olamaz. Bunlar icarenin feshi için özür olarak kabul edilirse akdin bağlayıcılığının anlamı kalmayacaktır.⁸⁷² Mecelle 441. maddesinde geçerli olarak kurulan bir iş akdinde başkası tarafından daha fazla ücret teklif edilen işçinin bu sebeple akdi feshedemeyeceğini düzenlemiştir.⁸⁷³ Daha ucuz iş gücü bulan işverenin de fesih hakkının olmadığını kıyas yoluyla ifade etmek mümkündür.

İşverenin iflası durumunda fesih hakkının olduğu Ebu Hanife tarafından kabul edilmiştir. İmam Muhammed ve Ebu Yusuf ise iş akdi yaptıktan sonra borçlanan işverenin fesih hakkının olmadığı görüşündedirler.⁸⁷⁴ *Günümüzde müflisin iflasın ilanından önce yapmış olduğu akitler yasal istisnalar dışında sona ermemekte ve olduğu haliyle iflas masasına dâhil olmaktadır. Akdin devamı için bir imkânsızlık söz konusu değilse, İş Kanunu'nda bir düzenleme bulunmadığından akit devam eder. Yani işverenin iflası akdi kendiliğinden sona erdirmediği gibi işveren ve iflas masası açısından akdi sona erdirecek haklı bir sebep teşkil etmez. Ancak iflas masası işletmenin faaliyetlerine devam etmesini uygun bulmazsa bu geçerli bir sebeptir ve*

⁸⁷⁰ Örneğin bir bina yapmak için usta ile anlaşılan kişi bina yapmaktan vazgeçerse akdi feshedebilir. Çünkü zararına olarak bina yapmaya zorlanamaz. BİLMEN 1970, c.6, s.178; ALİ HAYDAR, c.1, s.451.

⁸⁷¹ Konuya ilişkin fetvada kâğıt ve mürekkebi kendisinden olmak üzere istihdam edilen hattatın bu akdi feshedebileceğine hükmedilmiştir. ALİ HAYDAR, c.1, s.450.

⁸⁷² ALİ HAYDAR, c.1, s.444.

⁸⁷³ Bilmen de belirli süreli bir iş akdi yapan işçinin başka bir iş görmek amacıyla önceki akdi feshedemeyeceğini ifade etmiştir. Bu ifadede Mecelle hükmünde yer verilen ücrete ilişkin kayıt bulunmamaktadır. Bu sebeple daha geniş bir anlam yüklenebilir. BİLMEN 1970, c.6, s.178.

⁸⁷⁴ KASANİ, c.6, s.2618 veya c.4, s.223, 224, Aktaran: ŞEN 1994, s.104.

4857 m.17 uyarınca süreli fesih yoluna başvurulabilir. İflas durumunda işçi alacakları imtiyazlı alacak kabul edilmiştir.⁸⁷⁵

Özrün ortadan kalkmasıyla fesih hakkı da ortadan kalkacaktır. Mecelle'nin 23. maddesinde özrün izin verdiği hükmün özrün ortadan kalkmasıyla hükümsüz olacağı düzenlenmiştir.⁸⁷⁶

III. SONA ERMENİN HUKUKİ SONUÇLARI

A) Genel Olarak

Akdin sona ermesi ile akdin gerekleri ortadan kalkar. Sona erme geleceğe yönelik olarak sonuç doğurur.⁸⁷⁷ *Modern hukukta sona ermenin hukuki sonuçları çalışma belgesi verilmesi, işin kanuna uygun olarak bırakılması, ibraname verilmesi ve kıdem tazminatı başlıkları altında ele alınmıştır.*⁸⁷⁸

Süresi belirli bir iş akdi yapmış olan işçi, başka bir iş görmek amacı ile yapmış olduğu akdi feshedemez.⁸⁷⁹ Başka bir işveren de iş ilişkisi sona ermemiş olan ve bir işverene bağlı olarak çalışan işçiyle ilişki sona ermedikçe akit kuramaz.⁸⁸⁰ *Günümüzde de haklı bir nedene dayanmadan iş akdini fesheden işçi için yaptırım öngörülmüştür(4857 m.17). Ayrıca böyle bir işçiyi işe alan işveren işçinin davranışına sebep olmuşsa veya davranışını bilerek onu işe almışsa veya işçinin bu davranışını öğrendikten sonra onu çalıştırmaya devam ederse işçi ile birlikte sorumlu tutulması hüküm altına alınmıştır(4857 m.23).*

⁸⁷⁵ İş akdinin devam etmesi işine bir süre daha devam edecek olan işçinin, işletme faaliyeti durmayacak olan işverenin ve işletmeyi devam ettirecek olan iflas idaresinin lehine olan bir işlemdir. KÖSEOĞLU, Ali Cengiz, “İşverenin İflasının İş Sözleşmelerine Etkisi”, <http://www.e-akademi.org/incele.asp?konu=%DD%FEverenin%20%DDflas%FDn%FDn%20%DD%FE%20S%F6zle%FEmelerine%20Etkisi&kimlik=-706241425&url=makaleler/ackoseoglu-1.htm>, Erişim Tarihi: 08.06.2011

⁸⁷⁶ “Bir özür için caiz olan şey, ol özrün zevaliyle batıl olur.” Mecelle 23.

⁸⁷⁷ ŞERİF 1986, s.417.

⁸⁷⁸ ÇELİK 2009, s.290 vd.

⁸⁷⁹ BİLMEN 1970, c.6, s.178.

⁸⁸⁰ İmam Muhammed'in “Üçüncü adam, icarladığı yeri bırakmadıkça, mal sahibinden orayı icarlamak caiz olmaz” şeklinde görüş bildirdiği ifade edilmiştir. FETÂVÂ-Yİ HİNDİYYE, c.9, s.408.

İş akdi geçerli olarak kurulduktan sonra, başkası daha fazla ücret teklif etse, işçi bunun için akdi feshedemez.⁸⁸¹

*Belirli süreli iş akitleri sürenin bitmesi ile sona erdiklerinde işçinin tazminat hakkı yoktur. İşçinin kıdemine bakılmaksızın akit sona erer.*⁸⁸²

B) Haksız Fesih ve Tazminatlar

İslam Hukukunda da modern hukukta da taraflara fesih hakkı tanınan durumlar ortaya konmuştur. Tarafların fesih hakkı veren durumlar olmadığı halde bağlayıcı olan bir iş akdini sona erdirmeleri durumunda haksız fesih söz konusu olur ve bunun için bir takım sonuçlar ortaya konulmuştur. *İş Kanunumuzda da haklı bir nedene dayanmadan iş akdini fesheden işçi için yaptırım öngörülmüştür(4857 m.17).*

Süre dolmadan veya iş tamamlanmadan taraflardan birinin akdi feshetmesi İslam Hukukunda uygun görülmemiştir. Haksız fesih yapan işveren ise akit sonuna kadar işçiye tam ücretini ödemek zorunda kalır.⁸⁸³ Mecelle iki ya da daha fazla aylık peşin olarak verilmişse tarafların ücreti ödenen ayları feshedemeyeceğini düzenlemiştir.⁸⁸⁴ *Günümüz hukukunda da belirli süreli iş akitlerinin ancak haklı bir sebebin varlığı halinde feshedilebileceğine mevzuatımızda yer verilmiştir.(4857 m.24, 25; 6098 m.435).*

İşçi ve işveren açısından haksız fesih durumunda uğranılan zararların giderilmesi gerektiği Mecelle'nin Kavaid-i Fıkhiye hükümlerinden çıkarılabilir. Mecelle'nin 7, 20, 27 ve 31. maddeleri konumuz bakımından değerlendirilebilir. Bu hükümler uyarınca zarara uğrayan tarafın zararının giderilmesi gereklidir.

İslam Hukukunda akdi fesheden taraf fiilen sebep olduğu zararları tazmin etmek zorunda iken, yoksun kalınan kar ve kazançtan mahrumiyet gibi kayıplar tazminatın kapsamında değildir. *Modern hukukta ise sadece zarar değil, mahrum kalınan kar ve kazançlar da akdi haksız olarak fesheden tarafça ödenecektir.*⁸⁸⁵

⁸⁸¹ Mecelle m.441.

⁸⁸² ESENER 1978, s.216.

⁸⁸³ ŞERİF 1986, s.420; TABAKOĞLU 1986, s.88.

⁸⁸⁴ Mecelle m.494; Ücretin peşin olarak verilmesi akdin taraflar için bağlayıcılığını gerektirdiğinden tarafların akdi feshedememesi gerekir. Ücretin peşin verilmesi iş akdine konu ayların belirlenmesi anlamına gelmektedir. ALİ HAYDAR, c.1, s.502.

⁸⁸⁵ AKGÜNDÜZ vdi 1990, s.306.

İşçide bir kusur bulunmamasına rağmen işçiyi işten çıkaran işverenin sorumluluğu vardır. Çünkü işçi bir süre işsiz kalacak ve zarara uğrayacaktır. Bu durumda akde uygun davranmayan işverenin tazmin sorumluluğu doğacaktır. Tazminat, tarafsız, adil, ehliyetli bilirkişi heyeti tarafından yapılmalıdır.⁸⁸⁶

Bazı modern İslam hukukçuları İslam Hukukunda kıdem tazminatı, hizmet tazminatı gibi kurumların bulunmadığını ileri sürmüşlerdir.⁸⁸⁷ Buna karşın kıdem tazminatı fonunun sosyal sigortalara devredilip işverenle olan bağı kesildiğinde İslam Hukukuna göre yardımlaşma esası çerçevesinde caiz olacağı ifade edilmiştir.⁸⁸⁸ Mesalih ilkesinden hareketle kıdem tazminatının ödenebileceği de ortaya konan görüşler arasındadır.⁸⁸⁹

İşçinin haksız feshi durumunda, akit işçinin şahsı üzerine yapılmışsa, akit hukuken yürürlükte kalmaya devam eder. İşveren akdi tek taraflı olarak feshetme hakkına sahip olur. İşçi fesih zamanına kadar yapmış olduğu çalışmaların karşılığını alamaz.⁸⁹⁰

İşçinin şahsı dikkate alınmadan yapılan akitlerde iş, ücreti haksız fesihte bulunan işçiden alınmak suretiyle başka bir işçiye yaptırılır. İşveren akdi feshetmeyip, işçinin üstlendiği işi yapması için bekleyebilir.⁸⁹¹

⁸⁸⁶ KARAMAN 1981, s.51.

⁸⁸⁷ KARAMAN 1981, S.121.

⁸⁸⁸ DÖNDÜREN 1986, s.417.

⁸⁸⁹ AKYÜZ 1990, s.196. Mesalih, maslahat kelimesinin çoğuludur. Fıkıhta “şeriat tarafından iptal veya ilga edildiği bilinmeyen işlerdir” şeklinde tanımlanmıştır. ELMALILI 1997, c.3, s.414.

⁸⁹⁰ ŞERİF 1986, s.420.

⁸⁹¹ ŞERİF 1986, s.420.

SONUÇ

Hiçbir dönemi tek başına bir bütün olmayan hukuk, dünü, bugünü ve yarını ile bir bütündür. Hukuk tarihinin konusu da bu bütün içinde hukuk kurallarının ve kurumlarının gelişim ve olgunlaşma çizgisidir.⁸⁹² “Mecelle’de İş Akdi” başlıklı bu çalışmada kuralları ve kurumları ile iş akdinin, Mecelle düzenlemelerindeki ve İslam Hukukundaki görünümü ile günümüz hukukundaki görünümü, genel olarak ortaya konulmaya çalışılmıştır. Bunu yaparken klasik İslam Hukuku eserlerinin ve Mecelle’nin ortaya çıktığı dönemde iş ilişkilerinin gelişiminin günümüzden farklı olduğu göz önünde bulundurulmaya gayret edilmiştir. Sonuç olarak iş akdine ilişkin İslam Hukuku hükümleri, gerektiğinde mukayeselere yer verilerek genel olarak ortaya konmaya çalışılmıştır.

Çalışma dört bölümden oluşmaktadır. Giriş bölümünde Mecelle öncesi Osmanlı İş Hukuku ve kaynakları ile icare-i âdemi akdinin Mecelle’deki yeri ve Mecelle’de kullanılan İş Hukuku terminolojisi ele alınmıştır. Birinci bölümde iş akdinin kurulması, özellikleri ve türlerine yer verilmiştir. İkinci bölümde tarafların karşılıklı borçları ele alınmış ve üçüncü bölümde iş akdinin sona ermesi konusu incelenmiştir.

İş Hukuku genç bir hukuk dalı olduğundan ve İş Hukukuna ilişkin düzenlemeler sanayileşme süreçlerinden sonra yoğunlaştığından Osmanlı Devleti’nin son dönemlerine gelinceye kadar İş Hukukuna ilişkin ayrıntılı düzenlemeler yer almamıştır. Uzunca bir süre Ahilik Kurumu ve lonca teşkilatı iş ilişkilerini düzenleyen kurallar ortaya koymuşlardır. Bu dönemlerde İş Hukukunun kaynakları olarak Osmanlı Hukukunun genel kaynaklarını saymak mümkündür.

Mecelle’nin hazırlandığı dönemde dahi günümüz anlamında bir işçi kitlesinden söz etmek mümkün değildir. Buna karşın Mecelle’de dönemin şartlarına uygun düzenlemeler bulmak mümkündür. İş akdi İslam Hukukunda icare akdinin bir türü olarak ele alınmış ve icare-i âdemi akdi şeklinde ifade edilmiştir. Bu yaklaşım Roma Hukuku ile benzerlik göstermektedir.

⁸⁹² FENDOĞLU, Hasan Tahsin, Türk Hukuk Tarihi, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2000, s.3.

Mecelle’de de “İcare-i Âdemi” başlığı altında ele alınan iş akdi, icare akdinin alt başlığı olarak düşünüldüğünden ve Mecelle’de de bu şekilde düzenlendiğinden terminoloji yönünden de ortak terimler kullanılmıştır. Bu ortak terimlerin İş Hukuku içerisinde ve iş akdi için farklı karşılıkları bulunmaktadır. Örneğin müstecir kavramı icare akdi genel başlığı altında kira ile tutan anlamında iken, iş akdinde işveren kavramını karşılamaktadır.

Kitab’ül İcarat Mecelle’nin on altı kitabından ikincisidir. İcare kitabı bir mukaddime ile sekiz babdan oluşmaktadır ve iki yüz sekiz maddedir. Doğrudan “İcare-i Ademi” başlığını taşıyan bir fasıl da vardır. Bu fasıl ise yirmi maddeden oluşmuştur. İş akdine ilişkin hükümler icare kitabı içerisinde yoğun olarak bulunmakla birlikte birinci kitap olan Kitab’ül Büyü içerisinde de konuyla ilgili hükümler mevcuttur. Bir kısım hükümler bütün akitleri kapsayacak şekilde Kitab’ül Büyü içerisinde düzenlenmiştir. Diğer kitaplarda da konuyla ilgili hükümler bulmak mümkündür.

İcare-i âdemi akdi günümüz iş akdinden daha geniş kapsamlı bir akitir. İşçi niteliğinin belirlenmesinde “ücret karşılığı bir işi yerine getirmek” kıtas olarak alındığından işçi kavramı genişlemiş, bu sebeple icare-i ademi kavramı da genişlemiştir. Ecir-i has ve ecir-i müşterek şeklinde ikiye ayrılan işçi kavramı günümüzdeki işçi, memur, hizmetli gibi çalışanları ve serbest meslek sahiplerini kapsamına almaktadır. Bunun dışında icar, isticar, ecir-i has, ecir-i müşterek, müstecir, ecr-i müsemma, ecr-i misil gibi terimler Mecelle’de kullanılan İş Hukuku terimleridir.

Ecir-i has kavramı unsurları yönünden modern anlamda işçi kavramına daha yakındır; ancak memur ve hizmetlileri de içine aldığından ondan daha geniştir. Ecir-i müşterek kavramı ise daha çok serbest meslek sahiplerini karşılayan bir kavramdır. Mecelle’de günümüz iş akdinin önemli unsurlarından bağımlılık unsuruna yer verilmemiştir. Ecir-i has ilişkisinde bağımlılık unsuru daha yoğun olarak bulunurken ecir-i müşterek ilişkisinde bağımlılık unsuru daha zayıftır. İşçi niteliğinin tespit edilmesinde bu unsur dikkate alınmamıştır. Ayrıca ecir-i has çalışma süresi yönünden de ecir-i müşterekten ayrılır. Bu iki kavramı birbirinden ayıran en önemli özellik ecir-i hasın işvereninden başkası adına çalışmasının yasak olmasıdır. Modern anlamdaki işçi kavramını da kapsayan ecir-i hasa ilişkin hükümlerin modern iş

akitleri için yorumlanması ecir-i müştereke ilişkin hükümlerin yorumlanmasından daha kolay ve mantıklı görünmektedir.

İş akdinin kurulması için Mecelle icap ve kabulü yeterli görmüştür. Tarafların rızasını ortaya koyan irade beyanlarının geçerli olarak ifade edilmesi ile iş akdi kurulacaktır. İş akdinin kurucu unsurları, kuruluş, geçerlilik, etkinlik ve bağlayıcılık şartları icare kitabının ikinci babında farklı fasıllarda düzenlenmiştir. Akdin kuruluşu için icap ve kabulün birbirlerine uygunluğu yanında akit meclisinin birliği şartı da aranmıştır. Akitlerin kuruluşunda Arapçadaki belli sıygaların kullanılması gerektiği de kaynaklarda yer almaktadır. Belli sıygaların aranması kullanılan ifadelerin kesin ve net olması amaçlıdır. Türkçede akdin kuruluşu için belli kiplerin aranması söz konusu değildir, kesin ve net ifadeler akdin kurulması için yeterlidir.

İslam Hukukunda iş akdinin kurulması için bir şekil şartı öngörölmüş değildir; ancak şekil şartı belirlenmesinin önünde bir engel de bulunmamaktadır.

İslam hukukçuları iş akdinin konusunun ne olduğu konusunda ittifak etmiş değildir. Genel kabul gören görüş iş akdinin konusunun menfaat olduğu şeklindedir. Konunun hukuka uygun olması ve mümkün olması da İslam Hukukunda aranan şartlardandır. Ayrıca akdin süresinin belirli olması da geçerlilik şartı olarak düzenlenmiştir. Mecelle’de iş akdinde sürenin başlangıcına, sınırlanmasına, belirlenmesine ilişkin hükümler bulunmaktadır.

Ücret unsuru da İslam Hukukunda önem verilen bir konu olmuş ve bu konuda ayrıntılı düzenlemeler yapılmıştır. Günümüz işçi işveren ilişkilerinde de başlıca ihtilaf sebebi olan ücretin belirli olmasını geçerlilik şartı olarak öngören İslam Hukuku bu konudaki ihtilafları en aza indirmeyi amaçlamıştır. Ayrıca ecr-i misil kurumunun yorumlanarak günümüz hukukuna uyarlanması mümkündür. Ecr-i misil kurumu ücret ihtilaflarının azaltılması ve asgari ücretin tespiti gibi konularda faydalanılabilecek bir kurumdur. Ücret adaletinin sağlanması ve tarafların akit dolayısıyla zarara uğramalarının önlenmesi için ecr-i misil kurumuna başvurulması bir yöntem olarak benimsenebilir. Nelerin ücret olabileceği konusunda Mecelle geniş bir alan bırakmıştır. Ücretin nakden ödenmesi konusunda da herhangi bir şart bulunmamaktadır.

İslam Hukukunda bir akdin geçerli olarak kurulabilmesi için akıl, buluş, rüşd şartları aranmaktadır; ancak Mecelle’de iş akdinin geçerliliği için akıl ve mümeyyiz

olma şartı arandığı düzenlenmiştir. Modern hukukta olduğu gibi küçükler, kadınlar ve yabancılar için farklı hükümler bulunmaktadır.

İslam Hukuku akdin kuruluşunda taraflara geniş bir serbesti tanımıştır. Bu geniş akit serbestisi anlayışı Mecelle'ye de yansımıştır. Modern hukuktaki işçi yararına yorum ilkesi gibi bir anlayış Mecelle'de yer almamış, akdin her iki tarafına eşit yaklaşmıştır. Muhayyerlik kurumu da tarafların daha iyi düşünmesini sağlamaya yönelik bir işleve sahip olmuştur.

İslam Hukukunda taraflar arasında bir astlık üstlük ilişkisi yer almamıştır. İş akdi her zaman işçinin şahsına sıkı sıkıya bağlı bir akit değildir. Karşılıklı borç doğuran ve bağlayıcı bir akittir. Mecelle'de iş akdinin türlerine ilişkin düzenlemeler bulunmakla birlikte, bu türler için günümüzdeki isimlendirmeler kullanılmış değildir.

İşçi ve işverenin karşılıklı hak ve borçları ile ilgili Mecelle'de düzenlemeler bulunmaktadır. Hüküm bulunmayan hallerde İslam Hukukunun genel ilkelerinden sonuçlara ulaşmak mümkündür. İşçi için işi özenle yapma, işi vaktinde teslim etme, işverenin emir ve talimatlarına uyma, işveren için işçilere eşit davranma, işçiyi koruma ve gözetme, işçinin kişilik haklarına saygı gibi tarafların yüklenmiş olduğu borçlar, İslam Hukukunun genel ilkeleri ile de açıklanabilir. Mecelle'de işçi ve işverenin temel borçları düzenlenmiştir. İşçinin iş görme borcu ve işverenin ücret ödeme borcu İslam Hukukunda da tarafların temel borçlarıdır. İşin şahsen yapılması, tatillerde ücret ödenmesi gibi tali borçlarda ise modern hukukla farklılıklar bulunmaktadır. Özellikle ecir-i has ve ecir-i müşterek ayrımı sebebiyle işçinin borçları farklılaşmıştır.

İşverenin iş akdinden doğan temel borcu olan ücret, ecr-i misil ve ecr-i müsemma şeklinde ikiye ayrılmıştır. Mecelle'de ücrete hak kazanılması, ücretin hesaplanması, ücret şekilleri, ödeme yeri, şekli ve zamanı gibi konularda hükümler vardır. Ücretin teminatı için işçiye hapis hakkı tanınmıştır. Ücret dışında işverenin işçilere eşit davranma, işçiyi koruma ve gözetme, işçiye dinlenme ve ibadet hakkı tanıma gibi borçları vardır.

İslam Hukukunun öngördüğü ücretin ödenmemesi durumunda hapis hakkı, nakit muhayyerliği gibi kurumlar ile ecir-i hasın tazmin sorumluluğunu düzenleyen hükümler işçinin hakları bakımından önemli koruma sağlayan kurallardır. Bu

hükümler işçi lehine yoruma gerek kalmadan İslam Hukukunda işçilere tanınmış olan haklardır.

İş akdinin sona ermesi konusu ise fesihle sona erme ve fesih dışında sona erme sebepleri şeklinde iki başlık altında incelenebilir. Fesih dışı sona erme sebepleri ikale, taraflardan birinin ölümü, akit süresinin veya işin sona ermesi şeklinde sayılabilir. İ kale olarak ifade edilen tarafların anlaşması ile akde son verebilmeleri akit serbestîsi gereği her zaman ve her türlü akitte mümkündür. Ölüm sebebiyle akdin sona ermesi konusunda modern hukuktan farklı görüşler bulunmaktadır. Hanefi hukukçulara göre taraflardan birinin ölümü akdi münfesih kılar. Diğer hukuk ekolleri ise ölüm sebebiyle akdin sona ermeyeceğini düşünmüşlerdir. Akit süresinin veya işin sona ermesi de akdi başka bir işleme gerek olmaksızın sona erdiren bir sebeptir.

Fesih sebebiyle akdin sona ermesi konusunda da Mecelle modern hukuktan farklı düzenlemelere sahip olmuştur. Mecelle’de belirsiz süreli akitlerde her ay sonunda bildirim yapmak koşuluyla gerekçesiz olarak akdin feshedilebileceği düzenlenmiştir. Ayrıca İslam Hukuku ayıplar ve özürler sebebiyle taraflara geniş bir fesih alanı tanımıştır. Bu durumda akdin belirli veya belirsiz süreli olduğuna bakılmaksızın akit feshedilebilir.

Sona ermenin sonuçları bakımından günümüzdeki pek çok kurum doğal olarak Mecelle’de düzenlenmemiştir. Ancak ayıplar veya özür sebebiyle fesihlerde karşı tarafın zararının giderilmesi ve genel hükümlere göre tazminat yaptırımları söz konusudur. Kıdem tazminatı gibi kurumları zararın giderilmesi hükmü doğrultusunda değerlendirmek mümkündür.

Günümüzde hem kamu hukukunu hem de özel hukuku ilgilendiren bir bilim dalı haline gelen iş hukukunu, “icare-i âdemi” akdi çerçevesinde ele almanın ve günümüz iş hukuku problemlerini bu akit yoluyla çözüme kavuşturmanın mümkün olmadığını düşünmek İslam Hukukunun ve Hukuk Tarihi biliminin öneminin yeterince anlaşılmadığını göstermektedir.

Sonuç olarak şunu ifade edebiliriz ki İş Hukuku hakkında çok fazla nass bulunmayan bir hukuk alanıdır. İslam Hukukçuları bu nasslardan yola çıkarak İş Hukuku alanındaki hükümlerin çerçevesini biraz daha genişletmişlerdir. İş Hukuku hükümlerinin çerçevesini bu nass ve içtihatları dikkate alarak daha da genişletmek

mümkündür. Hukuk Tarihi bilimi eski hukuk ile yaşayan hukuk arasındaki bu köprüyü kurmak için vardır.

KAYNAKLAR

- AHMED B. HANBEL, Müsned, Ter: Rifat Oral, Ensar Yayıncılık, Konya, 2004.
- AHMET CEVDET PAŞA: Ma'ruzat, Yayınlayan: Yusuf Halaçoğlu, Çağrı Yayınları, İstanbul, 1980.
- _____ : Tezâkir, Yayınlayan: Cavid Baysun, Türk Tarih Kurumu Basımevi, Ankara, 1991. (AHMET CEVDET, Tezâkir)
- AKGÜNDÜZ, Ahmet: Mukayeseli Hukuk ve Uygulama Açısından İşçi-İşveren Münasebetleri, İlmi Neşriyat, İstanbul, 1990. (AKGÜNDÜZ vdi 1990)
- _____ : “Eski ve Yeni Hukukumuzda İşçinin Çalışma Süresi, İstirahat, Tatil ve İbadet Hakkı”, Mukayeseli Hukuk ve Uygulama Açısından İşçi-İşveren Münasebetleri, İlmi Neşriyat, İstanbul, 1990. (AKGÜNDÜZ 1990)
- _____ : “İslam Hukukunda Ecr-i Misil Müessesesi ve Günümüz Hukukuna Tesirleri”, İslam ve Osmanlı Hukuku Araştırmaları, OSAV Yayınları, İstanbul, 2009.
- _____ : Osmanlı Kanunnameleri ve Hukuki Tahlilleri, OSAV Yayınları, İstanbul, 1996.
- AKYİĞİT, Ercan: İş Hukuku Açısından Ödünç İş İlişkisi, Kamu-İş, Ankara, 1995. (AKYİĞİT 1995)
- _____ : Teori ve Uygulama Bakımından Hizmet Akdinin Kesin Hükümsüzlüğü ve İptal Edilebilirliği, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1990. (AKYİĞİT 1990)
- AKYÜZ, Vecdi: “Devlet ve İşçi İşveren İlişkileri”, Mukayeseli Hukuk ve Uygulama Açısından İşçi-İşveren Münasebetleri, İlmi Neşriyat, İstanbul, 1990.
- ALİ HAYDAR, Hocaeminefendizade: Dürerü'l Hukkam Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm, Osmanlıcadan Çeviren: Raşit Gündoğdu, Osman Erdem, Osmanlı Yayınevi, İstanbul, 2007.
- ALTAN, Ömer Zühtü: İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, Anadolu Üniversitesi Yayını, Eskişehir, 2004.
- ANSAY, Sabri Şakir: Hukuk Tarihinde İslam Hukuku, Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları, Ankara, 1954.

- APAYDIN, Yunus: “Muhayyerlik”, DİA, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul, 2006, c.31. (APAYDIN, Muhayyerlik)
- _____: “İrade Beyanı”, DİA, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, İstanbul, 2006, c.22.
- ARMAĞAN, Servet: İslâm Hukuku’nda Temel Hak ve Hürriyetler, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, Ankara, 2004.
- ATAY, Hüseyin: İslam’da İşçi-İşveren İlişkileri, Kısmet Matbaası, Ankara, 1979.
- AVCI, Mustafa: Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler, Mimoza Yayınları, Konya, 2010.
- AYAN, Mehmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Mimoza Yayınları, Konya, 2007.
- AYDEMİR, Süleyman: “İşçi İşveren İlişkileri Mukayeseli Sistem Analizi”, Mukayeseli Hukuk ve Uygulama Açısından İşçi-İşveren Münasebetleri, İlmi Neşriyat, İstanbul, 1990.
- AYDEMİR, Şevket Süreyya: Tek Adam, Remzi Kitabevi, İstanbul, 1981.
- AYDIN, Mehmet Akif: Mecelle’nin Hazırlanışı, Osmanlı Araştırmaları IX ayrı basım, İstanbul, 1989. (AYDIN 1989)
- _____: Türk Hukuk Tarihi, Beta Yayınları, İstanbul, 1999.
- AYDIN, Ufuk: İş Hukuku, Anadolu Üniversitesi Yayını, Eskişehir, 2004. (AYDIN 2004)
- _____: İş Hukukunda İşçinin Kişilik Hakları, Anadolu Üniversitesi Yayınları, Eskişehir, 2002.
- BARDAKOĞLU, Ali: “Hizmet Akdinin Feshi ve Sonuçları”, Mukayeseli Hukuk ve Uygulama Açısından İşçi-İşveren Münasebetleri, İlmi Neşriyat, İstanbul, 1990. (BARDAKOĞLU 1990)
- _____: “Hizmet Akdinin Yapılması ve Uygulanması”, Mukayeseli Hukuk ve Uygulama Açısından İşçi-İşveren Münasebetleri, İlmi Neşriyat, İstanbul, 1990. (BARDAKOĞLU 1990)
- _____: “İslam Hukukunda İşçi İşveren Münasebeti”, İslam’da Emek ve İşçi İşveren Münasebetleri, Ensar Neşriyat, İstanbul, 1986. (BARDAKOĞLU 1986)
- _____: “İcare”, DİA, TDV Yayınları, İstanbul, 2000. (BARDAKOĞLU 2000)

- _____ : İslam Hukukunda ve Modern Hukukta İcare Akdi, Özellikle Personel İstihdamı, Atatürk Üniversitesi İslami İlimler Fakültesi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Erzurum, 1982. (BARDAKOĞLU 1982)
- BAŞGİL, Ali Fuat: Türk İşçi Hukukuna Giriş, Hukuk İlmini Yayma Kurumu, Konferanslar Serisi: 8, Ankara, 1936.
- BELGESAY, Mustafa Reşit: Mecelle'nin Külli Kaideleri ve Yeni Hukuk, İÜ Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1946, c.XVII, S. 2,3.
- BERKİ, Ali Himmet: Açıklamalı Mecelle, Hikmet Yayınları, İstanbul, 1982.
- BEYHAKİ, Ebu Bekir Ahmed, El-Camiu li Şuabi'l-İman, Mektebetü'r-Rüşd, Riyad, 2004.
- BİLMEN, Ömer Nasuhi: Hukuk-ı İslamiyye ve Istılahat-ı Fıkhiyye Kamusu, Bilmen Yayınevi, İstanbul, 1970.
- BUHARİ, Sahih-i Buhari, Ter: Mehmed Sofuoğlu, Ötüken Yayınları, İstanbul, 1990.
- BULUT, Ali: İş Sözleşmesinde Değişiklik, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2008.
- CENTEL, Tankut: Kısmi Çalışma, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1992.
- CİN, Halil – AKGÜNDÜZ, Ahmet: Türk Hukuk Tarihi, Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayınları, İstanbul, 1996.
- COHEN, Amnon: Osmanlı Kudüs'ünde Loncalar, Çeviren: Nurettin Elhüseyni, Zekeriya Kurşun, Tarih Vakfı Yurt Yayınları, İstanbul, 2003.
- COŞKUN, Ahmet: Kuran-ı Kerim'de Rızık ve İktisadi Hayat, Ensar Neşriyat, İstanbul, 2010.
- ÇEKER, Orhan: İslam Hukukunda Akidler, İttifak Holding A.Ş. Yayını, Konya, 1999.
- ÇELİK, Nuri: İş Hukuku Dersleri, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2009.
- ÇOBAN, Ayşegül: Mecelle'nin Tadil Edilen Maddelerinin İslam Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2008.
- DEMİR, Fevzi - DEMİR, Gönenç: "İşçinin Sadakat Borcu ve Uygulaması", Kamu-İş Dergisi, c.11, S.1/2009.
- DİLİK, Sait: Atatürk Döneminde Sosyal Politika, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, c.40, S.1, 1985.

- DÖNDÜREN, Hamdi: “İslam’da İşçi ve İşveren Münasebetleri”, İslam’da Emek ve İşçi İşveren Münasebetleri, Ensar Neşriyat, İstanbul, 1986. (DÖNDÜREN 1986)
- _____: Delilleriyle Ticaret ve İktisat İlmihali, Erkam Yayınları, İstanbul, 1993. (DÖNDÜREN 1993)
- EBU DAVUD, Süleyman b. Eşar, Sünen-i Ebu Davud, Ter: Abdullah Parlıyan, Konya Kitapçılık, Konya, 2007.
- EKİN, Nusret: Türkiye’de Endüstri İlişkilerini Etkileyen Ekonomik ve Sosyal Faktörler, Uluslararası Deneylerin Işığında Türkiye’de Endüstri İlişkileri, Ekonomik ve Sosyal Etüdler Konferans Heyeti, İstanbul, 1977.
- EKİNCİ, Ekrem Buğra: Ateş İstidası, <http://www.ekrembugraekinci.com/pdfs/ates.pdf>, Erişim Tarihi: 05.06.2011.
- _____: İslam Fıkında Alışveriş Bilgileri, <http://www.ekrembugraekinci.com/pdfs/beyvesirarisalesi.pdf>, Erişim Tarihi: 05.06.2011
- EKONOMİ, Münir: Teknolojik ve Ekonomik Gelişmeler Karşısında İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar, Kamu ve Özel Kesim İşletmelerinde Yönetimin Beşeri Yönü ve Endüstriyel İlişkiler Sistemimiz, Orhim Semineri Yayımı, İstanbul, 1986.
- ERDOĞAN, Mehmet: “İslam Hukuk Nazariyatında ve Tatbikatta Ücret”, Mukayeseli Hukuk ve Uygulama Açısından İşçi-İşveren Münasebetleri, İlmi Neşriyat, İstanbul, 1990.
- EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1994.
- ESEN, Âdem: Sosyal Siyaset Açısından İslamda Ücret, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, Ankara, 1995.
- ESEN, Bülent Nuri: Türk İş Hukuku, AÜHF Yayınları, Ankara, 1944.
- ESENER, Turhan: Borçlar Hukuku I, Ankara, 1969.
- _____: İş Hukuku, Sevinç Matbaası, Ankara, 1978. (ESENER 1978)
- ŞERİF, Şeref b. Ali: İslamda İş İşçi ve Ücret Hukuku, Ter: Mehmet Keskin, İhya Yayınları, İstanbul, 1986.
- EVREN, Öcal Kemal: Çalıştırma ve Başka İş Gördürme Yasakları, Çalışma ve Toplum, S.2007/4, s.117–150.

- FETÂVÂ-Yİ HİNDİYYE: Tercüme: Mustafa Efe, Akçağ Yayınları, Ankara, tarih yok.
- GÖKTAŞ, Seracettin: Türk İş Hukukunda İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2008.
- GÖZÜBÜYÜK Şeref, AKILLIOĞLU Tekin: Yönetim Hukuku, Turhan Yayınları, Ankara, 1993.
- GÜLMEZ, Mesut: Türkiye Çalışma İlişkileri Tarihi: 1936 Öncesi, TODAİE Yayınları, Ankara, 1991.
- GÜNDÜZ, Selim: “İşçiyi Gözetme Borcu”, TÜHİS Dergisi, c.19, S.6, Kasım 2005.
- GÜRİZ, Adnan - BENEDICT, Peter: Türk Hukuku ve Türk Toplumu Üzerine İncelemeler, Ankara, 1974.
- GÜZEL, Ali: “İş Yasasına Göre Alt İşveren Kavramı ve Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Sınırları”, Çalışma ve Toplum, 2004/1.
- HALEBÎ İbrahim: İzahlı Mültekâ El Ebhur Tercümesi, Tercüme: Mustafa Uysal, 1969.
- HAMMAD, Nezih: İktisadi Fıkıh Terimleri, Çev: Recep Ulusoy, İz Yayıncılık, İstanbul, 1996.
- HAMURCU, Kürşat: “Türk Hukukunda Hükümlü ve Tutukluların Çalıştırılması”, <http://www.iydb.adalet.gov.tr/default.asp?islem=makale>, Erişim Tarihi: 08.06.2011.
- ILO, “Cebri veya Mecburi Çalıştırmaya İlişkin Sözleşme”, ILO Kabul Tarihi: 06.06.1930, Kanun Tarihi ve Sayısı: 23.01.1998/4333. http://www.ilo.org/public/turkish/region/eurpro/ankara/about/ilo_29.htm, Erişim Tarihi: 08.06.2011
- İBN MACE, Sünen-i İbn Mace, Ter: Haydar Hatipoğlu, Kahraman Yayınları, İstanbul, 1982.
- İBN RÜŞD, el-Hafîd: Bidâyetü'l-Müctehid ve Nihâyetü'l-Muktesid, Tercüme: Ahmet Meylani, Düzenleyen: Vecdi Akyüz, Beyan Yayınları, İstanbul, 1991. (İBN RÜŞD, Bidâyetü'l-Müctehid)
- İBN ABİDİN: Reddül-Muhtar Ale'd-Dürri'l-Muhtar, Tercüme: Mazhar Taşkesenlioğlu, Şamil Yayınevi, İstanbul, 1986. (İBN ABİDİN, Reddül-Muhtar)

- İŞTAR, Cengiz: “Türk Hukukunda Yabancıların İş Sözleşmesi Ehliyeti”, Çalışma ve Toplum, S.4/2008.
- İZVEREN, Adil: Hukuk Sosyolojisi, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, Ankara, 1993.
- KADRİ PAŞA, Muhammed: Mürşidü’l-Hayran ila Ma’rifeti Ahvâli’l-İnsan, Kahire, 1888.
- KAPLAN, Emine Tuncay: “İşverenin Koruma ve Gözetme Borcunun Kapsamı”, Kamu-İş, Prof. Dr. Kamil Turan’a Armağan, c.7, S.2, 2003.
- KARADENİZ, Özcan: Iustinianus Zamanına Kadar Roma’da İş İlişkileri, Sevinç Matbaası, Ankara, 1976.
- KARAKIŞLA, Yavuz Selim: “Osmanlı Sanayi İşçisi Sınıfının Doğuşu 1839–1923”, Osmanlı’dan Cumhuriyet Türkiye’si’ne İşçiler 1839–1950, Derleyenler: Donald Quatert, Erik Jan Zürcher, İletişim Yayınları, İstanbul, 2007.
- KARAMAN, Hayreddin: “Alışverişte Vade Farkı”, İslam Hukukuna Göre Alışverişte Vade Farkı ve Kar Haddi, İslami İlimler Araştırma Vakfı Yayınları, İstanbul, 1987.
- _____: İslam’da İşçi İşveren Münasebetleri, Marifet Yayınları, İstanbul, 1981. (KARAMAN 1981)
- _____: İslam’ın Işığında Günün Meseleleri 1-2-3, İz Yayıncılık, İstanbul, 2003. (KARAMAN 2003)
- _____: Mukayeseli İslam Hukuku, İz Yayıncılık, İstanbul, 2009. (KARAMAN 2009)
- KARAMAN, Hayreddin-ŞAFAK Ali: İslam Hukukuna Göre Alışverişte Vade Farkı ve Kar Haddi, İslami İlimler Araştırma Vakfı Yayınları, İstanbul, 1987.
- KAŞIKÇI, Osman: İslâm ve Osmanlı Hukukunda Mecelle, OSAV Yayınları, İstanbul, 1997.
- KAYA, Mahmut: Çalışanların Hakları ve İslam, Fecr Yayınları, Ankara, 2009.
- KESKİN, Özlem: Türk Hukukunda İşçinin Dinlenme ve Tatil Hakkı, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2008.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Yayınları, 2008.

- KIRPIK, Cevdet: Osmanlı Devleti'nde İşçiler ve İşçi Hareketleri, Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Isparta, 2004.
- KÖSEOĞLU, Ali Cengiz: "İşverenin İflasının İş Sözleşmelerine Etkisi", <http://www.e-akademi.org/incele.asp?konu=%DD%FEverenin%20%DDflas%FDn%FDn%20%DD%FE%20S%F6zle%FEmelerine%20Etkisi&kimlik=-706241425&url=makaleler/ackoseoglu-1.htm>, Erişim Tarihi: 08.06.2011
- MAKAL, Ahmet: Osmanlı İmparatorluğu'nda Çalışma İlişkileri: 1850–1920: Türkiye Çalışma İlişkileri Tarihi, İmge Kitabevi, Ankara, 1997.
- MARDİN, Ebul'ula: Medeni Hukuk Cephesinden Ahmet Cevdet Paşa, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, Ankara, 1996.
- MERGİNÂNÎ, Şeyhülislam Burhanüddin Ebu'l-Hasan Ali b. Ebu Bekir: el-Hidâye Tercemesi, Tercüme: Ahmed Meylani, Kahraman Yayınları, İstanbul, 2004, c.3.
- MEVDUDÎ, Mevlana Seyyid Ebu'l-A'la: Tefhimu'l Kur'an Meali, Urducadan Çeviren: Durmuş Bulgur, Yediveren Yayınları, Konya, 2004.
- MEYDAN, Ahmet: İslam Hukukunda Muvazaa Kavramı, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2006.
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi: İş Hukuku, Turhan Yayınları, Ankara, 2008.
- MÜSLİM, Sahih-i Müslim, Ter: Ahmed Davudoğlu, Sönmez Neşriyat, İstanbul, 1977.
- NESÂÎ, Sünen-i Nesâî, Ter: Abdullah Parlıyan, Konya Kitapçılık, Konya, 2005.
- ÖZDİREK, Recep: İslam Hukukunda Akdin Sınırları, Yedirenk Yayınları, İstanbul, 2010.
- ÖZTAN, Bilge: Medeni Hukuk'un Temel Kavramları, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007.
- ÖZTÜRK, Abdülvehhab: İslam'da Emek ve İşçi İşveren Münasebetleri, Ensar Neşriyat, İstanbul, 1986. (ÖZTÜRK vdi 1986)
- _____ : "İslam'da İşçi İşveren Münasebetleri", İslam'da Emek ve İşçi İşveren Münasebetleri, Ensar Neşriyat, İstanbul, 1986. (ÖZTÜRK 1986)

- ÖZTÜRK, Osman: “Osmanlılarda Tanzimat Sonrası Yapılan Hukuki Çalışmalar ve Mecelle-i Ahkâm-ı Adliyye”, Osmanlı Ansiklopedisi, Yeni Türkiye Yayınları, c.6. (ÖZTÜRK, Osmanlı)
- _____ : Osmanlı Hukuk Tarihinde Mecelle, İslami İlimler Araştırma Vakfı Yayınları, 1973. (ÖZTÜRK 1973)
- _____ : Osmanlılarda Tanzimat Sonrası Yapılan Hukuki Çalışmalar ve Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye, Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, S.100, 15 Kasım 1998 (ÖZTÜRK 1998)
- REİSOĞLU, Seza: Hizmet Akdi, Sevinç Matbaası, Ankara, 1968. (REİSOĞLU 1968)
- SAVAŞ, Abdurrahman: Türk ve İslam Hukukunda Evlenmenin Hükümsüzlüğü, Adal Ofset, Konya, 2010.
- SAYMEN, Ferit H: Türk İş Hukuku, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1954.
- SERAHSÎ, Ebu Sehl Ebu Bekir Muhammed B. Ahmed: Mebsût, Editör: Mustafa Cevat Akşit, Gümüşev Yayıncılık, İstanbul, 2008.
- SEVİĞ, Vasfi Raşit: “Borçlar Hukuku ve İktisat”, AÜHF Dergisi, c.7, S.3–4, 1950.
- _____ : Hukuk Mukayesesi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, c.IV, S.1–4, 1947
- SINAV, Tahsin: “İş Hukuku ve Temel Kavramlar”, Mukayeseli Hukuk ve Uygulama Açısından İşçi-İşveren Münasebetleri, İlmi Neşriyat, İstanbul, 1990.
- SÜZEK, Sarper: İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, Kazancı Hukuk Yayınları, Ankara, 1976.
- ŞABAN, Zekiyüddin: İslam Hukuk İlminin Esasları, Notlar ekleyerek tercüme eden: İbrahim Kâfi Dönmez, TDV Yayınları, Ankara, 2009.
- ŞAFAK, Ali: “Mukayeseli Hukukta Ücret Politikası”, İslam’da Emek ve İşçi İşveren Münasebetleri, Ensar Neşriyat, İstanbul, 1986.
- ŞAKFE, Muhammed Fehr: İslamda İş Ahkâmı ve İşçi Hakları, Çev: İhsan Toksarı, Nida Yayınları, İstanbul, 1968.
- ŞEN, Murat: “Osmanlı Hukukunun Yapısı”, Osmanlı Ansiklopedisi, Yeni Türkiye Yayınları, c.6.

- _____ : Cumhuriyet Öncesi Türk Hukukunda Hizmet Akdine Genel Bakış, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, c.IV, S.1–2, Erzincan, 2000. (ŞEN 2000)
- _____ : İslam Hukuku'nda Hizmet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya, 1994. (ŞEN 1994)
- ŞİMŞİRGİL, Ahmet- EKİNCİ, Ekrem Buğra: Ahmet Cevdet Paşa ve Mecelle, İstanbul, 2008.
- TABAKOĞLU, Ahmet: “İslam Ekonomisinde Emek ve Sermaye Kavramları”, İslam'da Emek ve İşçi İşveren Münasebetleri, Ensar Neşriyat, İstanbul, 1986.
- TALAS, Cahit: Türkiye'nin Açıklamalı Sosyal Politika Tarihi, Bilgi Yayınevi, Ankara, 1992.
- TİRMİZİ, Sünen-i Tirmizi, Ter: Abdullah Parlıyan, Konya Kitapçılık, Konya, 2004.
- TİRYAKİOĞLU, Bilgin: “Türk Hukukunda Yabancıların Oturma ve Çalışma Hakkı”, AÜHF Dergisi, c.46, S.1–4, 1997, s.67–84.
- TUNÇOMAĞ, Kenan – CENTEL, Tankut: İş Hukukunun Esasları, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1999.
- TUNÇOMAĞ, Kenan: Borçlar Hukuku 1.Cilt Genel Hükümler, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No:304, İstanbul, 1968. (TUNÇOMAĞ 1968)
- _____ : İş Hukukunun Esasları, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1988. (TUNÇOMAĞ 1988)
- UŞAN, M. Fatih: İş Hukuku, Gazi Kitabevi, Ankara, 2009. (UŞAN 2009)
- _____ : Çıraklık Sözleşmesi, Mimoza Yayınları, Konya, 1994.
- _____ : İş ve Sosyal Sigorta Hukuku Uygulamasında Parça Başına Ücret, Seçkin Yayınları, Ankara, 2003. (UŞAN 2003)
- VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet: Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat, Maarif Matbaası, İstanbul, 1940.
- YAZIR, M. Hamdi: İslam Hukuku ve Fıkıh İstılahları Kamusu, Ensar Neşriyat, İstanbul, 1997.
- YENİÇERİ, Celal: “İslam'da Emek ve Karşılığı”, İslam'da Emek ve İşçi İşveren Münasebetleri, Ensar Neşriyat, İstanbul, 1986.
- YILMAZ, Ejder: Hukuk Sözlüğü, Yetkin Yayınları, Ankara, 1996.

- YILMAZ, Hasan Kamil: Fütüvvet Ahlakı ve Teşkilatı, http://hasankamilyilmaz.com/index.php?option=com_content&task=view&id=458&Itemid=28
- ZENGİN, Arzu, Geçici İş İlişkisi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2008.
- ZEVLİLİLER, Aydın: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, Ankara, 2001.
- ZEYLAİ, Abdullah b. Yusuf, Nasbu'r-Raye Li'l-Ehadisi'l-Hidaye, Daru İhyai't-Turasi'l-Arabi, Beyrut, 1987.