

MECELLE 'DE İŞ SÖZLEŞMESİ

Arş.Gör. Mehmet AYKANAT
Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Hukuk Tarihi Anabilim Dalı

ÖZET

Türk hukuk tarihinde iş hukukuna ilişkin düzenlemeler arasında Mecelle düzenlemeleri de bulunmaktadır. Mecelle'nin iş hukukuna ilişkin hükümleri arasında iş sözleşmesinin türlerine ilişkin hükümler de yer almıştır. Bu hükümler ağırlıklı olarak Mecelle'nin birinci ve ikinci kitapları içerisinde düzenlenmiştir. İş sözleşmesi türlerinin anlaşılması için iş sözleşmesi ve işçi kavramlarının da anlaşılması gereklidir. Bu kavramlar Mecelle'de günümüzdekinden daha kapsamlı bir anlamda kullanılmıştır.

İş sözleşmesi türlerine ilişkin düzenlemelerden Mecelle'ye özgü türlere ve günümüz iş sözleşmesi türlerine ilişkin hükümler çıkarmak mümkündür. Mecelle'de açıkça düzenlenen iş sözleşmesi türleri üç başlık altında ele alınmıştır. Bu türler sözleşmenin konusuna, süresine ve başlangıç zamanına ilişkindir.

Günümüz iş sözleşmesi türlerine ilişkin olarak ise Mecelle'de doğrudan ve dolaylı düzenlemeler bulmak mümkündür. İcâre-i âdemi, icâre sözleşmesinin bir türü olduğundan icâre sözleşmesine ilişkin genel hükümler, uygun düştüğü ölçüde icâre-i âdemi için de uygulanmıştır.

Anahtar sözcükler: Osmanlı hukuku, Mecelle, iş sözleşmesi türleri, belirli ve belirsiz süreli, deneme süreli, takım sözleşmesi, geçici iş ilişkisi.

MECELLE'DE İŞ SÖZLEŞMESİ TÜRLERİ

GİRİŞ

İslâm ve Osmanlı hukukunun önemli kanunlaştırmalarından biri olan Mecelle¹, on altı kitaptan oluşmuş geniş bir kanunlaştırma çalışmasıdır. Bu on altı kitapta genellikle medeni hukuk alanına ilişkin konular düzenlenmiştir. Çeşitli sözleşmelerin de düzenlendiği Mecelle'nin ikinci kitabı, icâre sözleşmesine ilişkindir. İcâre sözleşmesi, hem kira sözleşmesini hem de iş sözleşmesini kapsamına alan bir sözleşmedir.

İcâre sözleşmesinin alt başlığını oluşturan iş sözleşmesinin Mecelle'deki ifadesi "icâre-i âdemî"dir. Mecelle'de bir fasıl şeklinde düzenlenen icâre-i âdemî sözleşmesi 20 maddeden oluşmuştur. Ancak iş sözleşmesi ile ilgili hükümler icare kitabının diğer bölümlerinde bulunduğu gibi Mecelle'nin farklı kitaplarında da konuyla ilgili hükümler yer almaktadır. Genel olarak İslâm Hukuku kaynaklarında olduğu gibi Mecelle de sözleşmelerin geneline ilişkin hükümleri satım sözleşmesi başlığı altında ele almıştır.² Mecelle'de iş sözleşmesine ilişkin hükümler günümüzdeki kadar kapsamlı değildir. İş hukuku ve iş sözleşmesi son yüzyılda gelişen alanlar olduğundan, Mecelle düzenlemeleri kendi çağına ve çalışma yaşamına göre şekillenmiştir.

Mecelle'nin iş sözleşmesine ilişkin hükümleri arasında iş sözleşmesinin türlerine ilişkin hükümler bulmak da mümkündür. İş sözleşmesinin yeni türlerinin yakın zamanlarda ortaya çıkması ve gelişmesi sebebiyle bu türler hakkında açık hükümler bulunmamaktadır. Bu çalışmada bu türlere ilişkin değerlendirmelerde de genel hükümlerden yola çıkılarak tespitler yapılmaya çalışılmıştır. Amacımız Mecelle düzenlemeleri ile günümüz düzenlemeleri arasında bir karşılaştırma yaparak, İslâm İş Hukuku'nda kanun koyuculara bırakılan hareket alanını ortaya koymaktır. Ayrıca

¹ Mecelle kaynağını İslâm Hukuku'ndan alan bir kanundur. Bu sebeple Mecelle'nin kaynakları İslâm Hukuku kaynaklarıdır. Bu kaynaklar da kitap, sünnet, icma ve kıyas gibi asli kaynaklarla diğer tali kaynaklardır. Mecelle metni için bkz. BERKİ, Ali Himmet: Açıklamalı Mecelle, Hikmet Yayınları, 1982.

² Mecelle'de İslâm Hukukunun iş sözleşmesine ilişkin hükümlerinin tamamını bulmak mümkün değildir. Mecelle'nin yer vermediği hükümler İslam Hukukunun genel hüküm çıkarma yöntemleriyle ortaya konulabilir.

kaynaklarda genellikle medeni hukuk düzenlemesi olarak ifade edilen Mecelle'nin iş hukuku yönüne dikkat çekmektir.

A. MECELLE'DE İŞ SÖZLEŞMESİ VE İŞÇİ KAVRAMLARI

İş hukukuna ilişkin Mecelle düzenlemelerinin tam olarak anlaşılabilmesi için iş sözleşmesi ve işçi kavramlarının Mecelle'de ne şekilde ele alındığının bilinmesi gereklidir. Çünkü Mecelle'deki iş sözleşmesi ve işçi kavramları günümüz hukukundaki iş sözleşmesi ve işçi kavramlarından kapsam yönünden farklıdır.

1. Mecelle'de İş Sözleşmesi Kavramı

İş sözleşmesi İslâm Hukukunda icâre sözleşmesinin bir alt başlığı olarak ele alınmıştır.³ İş sözleşmesine karşılık gelen "icâre-i âdemî", icâre sözleşmesinin alt başlıklarından birisidir. Mecelle'nin on altı kitabından ikincisi icâre hükümlerine ilişkindir. Kitâbu'l-icârât olarak isimlendirilen bu kitabın altıncı babı, "mecurun envâ ve ahkâmı" başlığını taşımaktadır ve icâre sözleşmesinin türlerini ele almıştır. Bu babın dördüncü ve son faslı ise "icâre-i âdemî" başlığını taşımaktadır.

İcâre-i âdemî, "Sürenin veya yapılacak işin miktarının ya da niteliğinin belirlenmesi şartıyla, belli bir hizmet ifa etmesi veya bir iş ya da sanat icra etmesi amacıyla insanların ücret karşılığında çalıştırılmasıdır." şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanım Kadri Paşa'nın Mürşidü'l-Hayran⁴ adlı çalışmasının 586. maddesinde de belirtilmiştir.⁵ Mecelle'nin 562. maddesinde aynı unsurları içeren bir hüküm yer almaktadır. 562. madde hükmünde iş sözleşmesinin süre belirtilerek veya iş belirlenerek kurulabileceği belirtilmiştir.

³ Roma Hukukunda da "locatio conductio"nun icâre sözleşmesi gibi kira, iş ve istisna sözleşmelerini içerdiği ifade edilmiştir. İcâre-i âdemî gibi ücret karşılığında bir işin ifasını konu edinen sözleşme Roma Hukuku'nda "locatio conductio operarum" şeklinde isimlendirilmiştir. KARADENİZ, Özcan: Iustinianus Zamanına Kadar Roma'da İş İlişkileri, Sevinç Matbaası, Ankara, 1976, s.122-123.

⁴ Mecelle benzeri bir çalışma olan Mürşidü'l-Hayran, Mısırlı Kadri Paşa'nın eşya ve borçlar hukukuna ilişkin bir eseridir. Mısır'da uygulanmak üzere kanun şeklinde düzenlenmiş ancak resmen kabul edilmemiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. ŞENTOP, Mustafa: "Mürşidü'l-Hayran", DİA, c.32, TDV Yayınları, İstanbul, 2000, s.59-60.

⁵ CİN, Halil – AKGÜNDÜZ, Ahmet: Türk Hukuk Tarihi, Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayınları, İstanbul, 1996, s.253.

Günümüz hukukunda Borçlar Kanununda hizmet sözleşmesi, İş Kanununda iş sözleşmesi tanımlanmıştır. İş sözleşmesi ve hizmet sözleşmesi arasındaki ayırım ve konuyla ilgili tartışmalar, 1475 sayılı İş Kanununun fikir işçisi- beden işçisi ayırımını kaldırması ile eski önemini kaybetmiştir. Ancak Borçlar Kanununda yer alan hizmet sözleşmesi hükümleri hâlâ yürürlüktedir ve İş Kanunu ve diğer iş kanunlarının kapsamına girmeyen işyerlerinde çalışanlarla süreksiz işlerde çalışanlara bu hükümler uygulanmaya devam etmektedir.⁶ Borçlar Kanunundaki hizmet sözleşmesi tanımı Mecelle düzenlemesine benzer şekilde sözleşmenin iki şekliinden bahsetmiştir. Buna göre ““belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmeyi” işverenin de “zamana veya işe göre ücret ödemeyi” üstlendiği sözleşme hizmet sözleşmesi olarak tanımlanmıştır (6098 m.393).

İş kanunumuz iş sözleşmesini “bir tarafın bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşme” şeklinde tanımlamıştır (4857 m.8/1). Buna göre iş sözleşmesi, iş, ücret ve bağımlılık unsurlarını içermektedir.⁷ İş Kanunundaki iş sözleşmesi tanımı ile Mecelle’de yer verilen icâre-i âdemî tanımı birbirinden farklıdır. Bunun sonucu olarak iş sözleşmesi ile icâre-i âdemî sözleşmelerinin birebir örtüşüğünü söylemek mümkün değildir. Bu farklılık sözleşmelerin unsurlar ve sonuçlar yönünden farklılıklar taşımalarına sebep olmuştur. Sonuç olarak İslâm Hukukundaki iş sözleşmesinin, konusu çalışma olan iş ve istisna sözleşmeleri ile memurluk kurumunu kapsamına aldığı, bu sebeple modern hukuktaki iş sözleşmesi tanımlarından daha geniş kapsamlı olduğu söylenebilir.⁸

2. Mecelle’de İşçi Kavramı

İşçi kavramının karşılığı olarak Mecelle ecir kavramını kullanmıştır. Mecelle’nin 413. maddesinde ecir, nefsinin kiraya veren kimse olarak tanımlanmıştır. Bardakoğlu, bu hükmü emeğin ücret karşılığında tahsis edilmesi olarak yorumlamış ve eciri ücretle iş gören kimse olarak ifade

⁶ ÇELİK, Nuri: İş Hukuku Dersleri, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2009, s.85-86.

⁷ ÇELİK, s.75.

⁸ ŞAKFE, Muhammed Fehr: İslâm’da İş Ahkâmı ve İşçi Hakları, Çev: İhsan Toksarı, Nida Yayınları, İstanbul, 1968, s.36.

etmiştir.⁹ İş Kanunu ise işçiyi bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişi olarak tanımlamıştır (4857 m.2). Mecelle'nin ücretle iş gören kimse olarak ifade ettiği ecir kavramı, İş Kanununun işçi tanımından daha geniştir. İş Kanunu "bir iş sözleşmesine dayanarak çalışma" kıstası ile kavramın kapsamını daraltırken, Mecelle düzenlemesinde "ücret karşılığı çalışmak" gibi kapsamı genişleten bir kıstas kullanılmıştır.¹⁰

Mecelle'nin geniş kıstasından dolayı süre üzerine çalışan memur, sözleşmeli kamu personeli, işçi, belli bir iş üzerine çalışan esnaf ve sanatkârlar, ücret karşılığında çalışan serbest meslek sahipleri ecir kavramının kapsamı içerisinde yer almaktadırlar.¹¹ Günümüzde işçi, memur, kamu personeli şeklinde adlandırılan çalışanlar arasındaki ayırım tam olarak çözüme kavuşturulmuş değildir.¹² İş Kanununda yer verilen iş sözleşmesine dayanarak çalışma kıstası üzerinde de tartışmalar yapılmaktadır. İşçilerin geçersiz veya hiç kurulmamış sözleşmelerle çalışmaları durumunda işçi kabul edilmemeleri pratikte sorunlar ortaya çıkarabilecektir. Bu sebeple işçi kavramının belirlenmesinde iş sözleşmesi teriminin amaca uygun yorumlanarak iş ilişkisi şeklinde kabul edilmesi gerektiği görüşü ileri sürülmüştür. Bu görüş "fiili hizmet ilişkisi" veya "katılma görüşü" olarak ifade edilmektedir.¹³

Mecelle memur, işçi, sözleşmeli personel, esnaf, sanatkâr ve serbest meslek sahipleri gibi istihdam edilenleri ecir kavramı ile ifade etmiş olmakla birlikte, ecir kavramına ilişkin olarak iş sözleşmesinin türlerini de etkileyecek bir ayırma yer vermiştir. Mecelle'nin 422. maddesinde ecirin, ecir-i has ve ecir-i müşterek şeklinde iki kısım olduğu belirtilmiş ve bunların tanımları yapılmıştır. Buna göre ecir-i has, çalışma süresi içinde yalnız

⁹ BARDAKOĞLU, Ali: "İcare", DİA, TDV Yayınları, İstanbul, 2000, s.379 vd. Ecir kavramı Kuran'da da Kasas(28) suresinin 26. ve 27. ayetlerinde ücret ve ücretle çalışmak anlamlarında kullanılmıştır. COŞKUN, Ahmet: Kuran-ı Kerim'de Rızık ve İktisadi Hayat, Ensar Neşriyat, İstanbul, 2010, s.171.

¹⁰ 3008 sayılı kanunda "bedeni çalışma-zihni çalışma" ayrımı kıstas olarak yer almıştır. "İş sözleşmesine dayanarak çalışma" kıstası ise 1971 tarih ve 1475 sayılı İş Kanunu ile ilk kez düzenlenmiştir.

¹¹ BARDAKOĞLU, Ali: İslâm Hukukunda ve Modern Hukukta İcare Sözleşmesi, Özellikle Personel İstihdamı, Atatürk Üniversitesi İslami İlimler Fakültesi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Erzurum, 1982, s.163; DÖNDÜREN, Hamdi: Delilleriyle Ticâret ve İktisat İlimihali, Erkam Yayınları, İstanbul, 1993, s.455.

¹² ÇELİK, s.34 vd.

¹³ TUNÇOMAĞ, Kenan: İş Hukukunun Esasları, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1988, s.53.

işveren adına çalışan ecirdir. Ecir-i müşterek ise başka bir işveren adına çalışmaması şart koşulmamış olan ecirdir. Yani ecirin başka bir işveren adına fiilen çalışması değil bu şekilde bir şartın ileri sürülüp sürülmediği dikkate alınmaktadır.

Konu üzerinde yapılan bazı çalışmalarda¹⁴ ecir-i has terimi özel işçi ifadesi ile ecir-i müşterek terimi ise genel(ortak) işçi ifadesi ile anlatılmıştır. Çalışmalarda bu ifadeler dışında bir anlatıma rastlanmamış olsa da söz konusu ifadelerin günümüzde bir karşılığı bulunmamaktadır. Bu sebeple ecir-i has terimini “bağımlı çalışan” ve ecir-i müşterek terimini “serbest çalışan” olarak ifade etmek bu terimleri daha doğru anlatacaktır.

B. MECELLE’DE İŞ SÖZLEŞMESİNİN TÜRLERİ

İslâm Hukukunda sözleşme serbestisinin bir sonucu olarak taraflar istedikleri türde sözleşmeler kurabilirler. Bir sözleşmenin kurulabilmesi için genel kuruluş şartlarının bulunması yeterlidir. Genel şartları yerine getiren taraflar isimli veya isimsiz farklı türde sözleşmeler yapabilirler.¹⁵ Bir İslâm Hukuku Kodifikasyonu olan Mecelle de tarafları bu konuda serbest bırakmıştır. Bu sebeple kurulabilecek iş sözleşmesi türleri sınırlı sayıda değildir.

1. Süre Üzerine ve İş Üzerine Kurulan Sözleşmeler

İslâm Hukukunda iş sözleşmesinin iki türünden söz edilmektedir. Birincisi belli bir kişiyi çalıştırmak üzere istihdam etmek, ikincisi ise belirli bir işi yapmak üzere iş ilişkisi kurmak şeklindedir. Bu ayrım ecir-i has, ecir-i müşterek ilişkisinin ortaya çıkmasında etkili olmuştur.

Süre üzerine yapılan sözleşmelerde işçinin bir ay, bir yıl gibi sürelerle bir işte çalışması söz konusudur. Süre üzerine yapılan sözleş-

¹⁴ ARMAĞAN, Servet: “İslâm Hukukunda İşçi – İşveren Münasebetleri ve Bazı Düşünceler”, Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi, S.31, 1982, s.241-244; TABAKOĞLU, Ahmet: “İslâm Ekonomisinde Emek ve Sermaye Kavramları”, İslâm’da Emek ve İşçi İşveren Münasebetleri, Ensar Neşriyat, 1986, s.85; UÇKAN, Banu: “Mecelle’de İş Hukuku Düzeni”, AÜSBF Dergisi, c.54, S.1, 1999, s.167. Şen, ecir-i müşterek için serbest işçi kavramını kullanmıştır ki bu ifade de kavramın tam karşılığı değildir. ŞEN, Murat: “Cumhuriyet Öncesi Türk Hukukunda Hizmet Akdine Genel Bakış”, AÜEHF Dergisi, c.4, S.1-2, 2000, s.534.

¹⁵ KARAMAN, Hayreddin-ŞAFAK Ali: İslâm Hukukuna Göre Alışverişte Vade Farkı ve Kâr Haddi, İslami İlimler Araştırma Vakfı Yayınları, İstanbul, 1987, s.20.

melerde işçi, bağımlı çalışan işçi (ecir-i has) olarak adlandırılmıştır. İş üzerine yapılan sözleşmelerde ise bir elbise diktirmek, bir bina yaptırmak gibi bir iş üzerine iş ilişkisi kurulmaktadır.¹⁶ Mecelle'nin 562. maddesinde iş üzerine ve süre üzerine kurulan sözleşmelerden bahsedilerek icâre-i âdemînin tanımı yapılmıştır. Yine Mecelle'nin 422. maddesinde iki işçi türünden bahsedilmiştir ki bu iki işçi, icâre-i âdemînin iki türünde karşılık bulmaktadır. Mecelle'nin icâre-i âdemi kapsamında düzenlenen iş üzerine sözleşmeler günümüzde iş sözleşmesinin kapsamı dışındadır. Bir elbise diktirmek, bir bina yaptırmak gibi sözleşmeler günümüzde istisna (eser) sözleşmesinin konusunu oluşturmaktadır.

4857 sayılı İş Kanununun 10. maddesinde sürekli ve süreksiz iş sözleşmesi ayrımına yer verilmiştir. Kanun bu ayrımında 30 günlük süreyi kıstas olarak almış ve buna göre bir ayırım yapmıştır. Mecelle'nin yer verdiği ayırım ise kanunda yer alan ayırmadan farklıdır. Mecelle'ye göre süre üzerine kurulan bir sözleşmenin 30 günden kısa olması mümkün olduğu gibi uzun olması da mümkündür. Aynı şekilde iş üzerine kurulan bir sözleşme de 30 günden kısa sürebileceği gibi daha uzun da sürebilir.

4857 sayılı İş Kanununda düzenlenen belirli süreli iş sözleşmesi kavramı ise Mecelle'de yer alan bu ayırımdaki iş üzerine kurulan sözleşmeleri tamamen ve süre üzerine kurulan sözleşmeleri kısmen kapsamaktadır. İş Kanununda belirli süreli iş sözleşmesinin kurulabilmesi için belirli süreli bir iş veya belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkması şartları öngörülmüştür (4857 m.11).

2. Süresiz ve Sınırlı Süreli Sözleşmeler

İş sözleşmesinde zaman unsurundan söz edilmesine İslâm hukukçuları önem vermişlerdir. Buna göre iş sözleşmeleri sınırlı süreli ve süresiz olmak üzere iki şekilde kurulmaktadır. Sınırlı süre, başlangıcı ve bitimi belirlenen ve söylenen bir zaman ile sınırlandırılan süredir. Taraflar sözleşmenin sona ereceği süreyi belirlemeksizin iş sözleşmesi yapmışlarsa süresiz sözleşmeler söz konusu olur.¹⁷

¹⁶ ŞERİF, Şeref b. Ali: İslâm'da İş İşçi ve Ücret Hukuku, Ter: Mehmet Keskin, İhya Yayınları, İstanbul, 1986, s.45.

¹⁷ ŞERİF 1986, s.118.

Süresiz iş sözleşmesinin geçerliliği İslâm hukukçuları arasında tartışma konusu olmuştur. Şafiiler ve bazı Hanbeli hukukçular böyle bir sözleşmeyi caiz görmemiştir. Hanefilerin çoğunluğu bu sözleşmenin bir ay için geçerli olacağını, takip eden aylarda fasit duruma düşeceğini ifade etmişlerdir. Şafiilerin de bu yönde bir görüşü vardır. Malikiler ise sözleşmenin geçerliliğini kabul etmişlerdir.¹⁸ Mecelle'nin bazı maddelerinde süresiz iş sözleşmesine ilişkin hükümler bulunmaktadır. Mecelle'de süresiz iş sözleşmesinin geçerli olduğu görüşüne yer verilmiştir.

İslam Hukukunda süresiz iş sözleşmesi olarak ifade edilen sözleşme, İş Kanununda belirsiz süreli olarak ifade edilen sözleşme türüdür. Kanun, iş ilişkisinin bir süreye bağlı olarak yapılmadığı hallerde sözleşmeyi belirsiz süreli sözleşme olarak nitelemiştir (4857 m.11). Borçlar Kanunu da süre kaydı olmadan hizmet sözleşmesi yapılmasına yer vermiştir (6098 m.393).

İslâm Hukukunda yer alan süresiz ve sınırlı süreli iş sözleşmesi ayrımı modern hukuktaki sürekli ve süreksiz iş sözleşmesi ayrımından farklıdır. Modern hukuktaki ayrım sözleşmenin süresinin uzunluğu ile ilgilidir. Kanun 30 günlük süreyi sürekli ve süreksiz iş sözleşmesi ayrımında belirleyici süre olarak öngörmüştür.

Süresi dolan iş sözleşmesinden sonra yeni bir iş sözleşmesi yapmak geçerlidir. Bu konuda İslâm hukukçuları arasında farklı bir görüş yoktur. Ancak sözleşme süresinin dolmasından sonra işçinin çalışmaya devam etmesi işverenin de bu durumu kabul etmesi halinde iş sözleşmesinin durumu tartışılmıştır. Burada taraflar eski sözleşmeyi geçerli saymaya devam etmektedir. Hanbeliler böyle bir durumun zımni sözleşme olduğunu söyleyerek geçerli kabul etmişlerdir. İmam Malik'e göre ise sürenin dolmasından sonra sözleşme bağlayıcı olmaktan çıkar. Bazı Hanbeliler ve Şafiiler ise süresi dolan sözleşmenin geçersiz olacağını, yeni bir sözleşme yapılmadan çalışma ilişkisinin geçersiz olacağını ileri sürmüşlerdir.¹⁹ Modern hukukta belirli süreli sözleşmenin esaslı neden olmadıkça, birden fazla üst üste yapılamayacağı hüküm altına alınmıştır. Sözleşmenin esaslı neden olmadan birden fazla yapılması durumunda, baştan itibaren belirsiz süreli kabul edileceği düzenlenmiştir (4857 m.11/2).

¹⁸ ŞERİF 1986, s.128.

¹⁹ ŞERİF 1986, s.126-127.

İslâm hukukçuları arasında sürenin uzun veya kısa olması konusunda da tam bir görüş birliği yoktur. Sayıları az da olsa bazı hukukçular uzun süreli sözleşmeleri caiz görmemişlerdir. Ancak bu tür bir anlayış ihtiyaçlara cevap vermekten uzaktır ve günümüz hukukuna bir yansıması bulunmamaktadır.²⁰ Ancak kaynakların lafzından ücrete, çalışma sürelerine ilişkin yapılan değişikliklerin yeni bir sözleşme olarak kabul edildiği anlaşılmaktadır. Bu durumda günümüzde yapılan sözleşmeler en azından ücret bakımından değişikliğe uğradıklarından yeni bir sözleşmeden söz edilebilir. Mecelle’de sözleşmenin uzun süreli olup olamayacağı hususunda bir görüş ortaya konulmuş, kısa süreli veya uzun süreli iş sözleşmesi kurulmasının mümkün olduğu ifade edilmiştir.²¹

Mecelle’de sözleşmelerin sözleşme süresine göre farklı isimlerle ifade edildiği görülmektedir. Bir sözleşmenin isminden süresi de anlaşılabilir. Aylık olarak kurulan sözleşme Mecelle’de “şehriyye” olarak ifade edilmiştir.²² Yıllık olarak kurulan sözleşme için ise “seneviyye” ifadesi kullanılmıştır.²³ Bilmen, aylık icâre için müşârehe, yıllık icâre için müsânehe terimlerini kullanmıştır.²⁴ İslâm Hukukunda uzun süreli iş sözleşmesi icâre-i tavile olarak ifade edilmiştir.²⁵ Bu isimlendirmeler icâre sözleşmesi hakkında yapılmış olup, icâre sözleşmesinin bir türü olan icâre-i ademi sözleşmesi bakımından da geçerlidir.

3. Başlangıç Zamanına Göre Sözleşmeler

Sözleşmenin başlangıç zamanına göre icâre sözleşmeleri icâre-i münecceze ve icâre-i muzafe olarak ikiye ayrılmıştır. Mecelle’nin 407. ve 408. maddelerinde bu sözleşmelerin açıklaması yapılmıştır. Buna göre icâre-i münecceze sözleşmenin yapılması ile başlayan icâre sözleşmesidir. İcâre-i muzâfe ise sözleşmenin yapılmasından bir süre sonra, yani gelecekte belli bir vakitten itibaren başlaması kararlaştırılan icâre sözleşmesidir. 440. maddede icâre-i muzâfenin kuruluşundan itibaren bağlayıcı olduğu ve

²⁰ ŞERİF 1986, s.120.

²¹ Mecelle m.484.

²² Bkz. Mecelle m.438, 476, 487, 488.

²³ Bkz. Mecelle m.476.

²⁴ BİLMEN, Ömer Nasuhi: Hukuk-ı İslamiyye ve Istılahat-ı Fikhiyye Kamusu, Bilmen Yayınevi, İstanbul, 1970, c.6, s.158.

²⁵ BİLMEN, c.6, s.158.

tarafaların sözleşme süresi başlamasa dahi bu sözleşmeyi feshedemeyeceği düzenlenmiştir. Kavâid-i Fıkhiyye hükmünde de şartın gerçekleşmesi ile ona bağlı hükümlerin geçerlilik kazanacağı düzenlenmiştir.²⁶ İcare-i muzâfede karşılaştırılan zamandan önce işçinin işverenin emrine girmesine gerek yoktur.²⁷ Mecelle'nin 485. maddesine göre bir sözleşmenin başlangıç süresi tarafların belirlediği süredir. 486. maddede ise sözleşmenin ne zaman başlayacağı karşılaştırılmamışsa, sözleşme tarafların anlaşması ile başlar denilmektedir. Yani bir sözleşmenin icâre-i muzâfe olması tarafların anlaşması ile mümkündür. Taraflar bu konuya değinmemişse sözleşme icâre-i müneccize olarak kurulmuş olur.

C. GÜNÜMÜZ İŞ SÖZLEŞMESİ TÜRLERİNİN MECELLE HÜKÜMLERİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

4857 sayılı İş Kanunumuzda belirli ve belirsiz süreli sözleşmeler, deneme süreli sözleşmeler, takım sözleşmesi, tam süreli ve kısmi süreli sözleşmeler ile geçici iş ilişkisi gibi iş sözleşmesi türleri düzenlenmiştir.

1. Belirli Süreli ve Belirsiz Süreli Sözleşmeler

Belirli ve belirsiz süreli iş sözleşmesi türlerine 4857 sayılı İş Kanununda yer verilmiştir. Belirli süreli iş sözleşmesi, iki durumun varlığı halinde yapılabilir. Birinci durum ifa edilmesi gereken işin belirli süreli olmasıdır. İkinci durum ise belli bir işin tamamlanması veya belirli bir olgunun ortaya çıkmasıdır (4857 m.11). Süre üzerine ve iş üzerine kurulan sözleşmeleri incelerken değindiğimiz gibi belirli süreli iş sözleşmesi iş üzerine kurulan sözleşmeleri ve süre üzerine kurulan sözleşmelerin bir kısmını kapsamına almaktadır.

Belirsiz süreli iş sözleşmesi iş ilişkisinin bir süreye bağlı olarak yapılmadığı sözleşmelerdir (4857 m.11). Belirsiz süreli iş sözleşmesi Mecelle'de açık olarak yer verilen bir iş sözleşmesi türü değildir. Ancak Mecelle'nin çeşitli maddelerinden belirsiz süreli iş sözleşmesinin

²⁶ "Şartın sübutu indinde ana muallak olan şeyin sübutu lazım olur." Mecelle m.82; ALİ HAYDAR, Hocaeminefendizade: Dürerü'l Hukkâm Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm, Osmanlıcadan Çeviren: Raşit Gündoğdu, Osman Erdem, Osmanlı Yayınevi, İstanbul, 2007, c.1, s.111–113.

²⁷ ALİ HAYDAR, c.1, s.444

kurulmasının mümkün olduğu anlaşılmaktadır. Nitekim Mecelle'nin bazı hükümlerinde yer verilen "...kaç aylık olduğu belirtilmeden aylık ücret belirlenerek..." ifadesinden belirsiz süreli iş sözleşmesi²⁸ kurulmasının mümkün olduğu anlaşılmaktadır.

Uygulamada daha çok görülen belirsiz süreli sözleşmeler, "kimse belirsiz bir süre ile bağlanamaz" ilkesi gereğince 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, sözleşmeyi tek taraflı olarak feshedebilecektir.²⁹ Mecelle'de de belirsiz süreli iş sözleşmesinin feshi ve feshin ihbarı ile ilgili düzenlemelere yer verilmiştir. Buna göre taraflar iş sözleşmesini her ayın ilk gecesi ve günü fesih hakkına sahiptirler. İlk gecedan sonra fesih hakkı ortadan kalkar. Taraflardan biri sözleşmeyi başka bir günde feshettiği takdirde sözleşme ay sonuna kadar devam eder, ayın sonunda münfesi olur. Belli bir sürenin ücreti peşin olarak verilmişse, taraflar bu süreye ilişkin olarak fesih hakkını kullanamazlar.³⁰

2. Deneme Süreli İş Sözleşmesi

İş sözleşmesi türlerinden bir tanesi de tarafların sözleşmeyi kurarken birbirlerini denemeleri için belirli süre kararlaştırmalarıdır.³¹ Deneme süreli iş sözleşmesi olarak adlandırılan bu sözleşme türünde taraflar sözleşme ile kesin olarak bağlanmadan önce birbirleri hakkında bilgi sahibi olmak istemektedirler.³² Kanunda tarafların bir deneme süresi kararlaştırabileceği düzenlenmiştir (4857 m.9/2). Deneme süreli iş sözleşmesinin mantığı İslâm Hukukuna uygun olmakla birlikte Mecelle'de bu sözleşme türüyle ilgili doğrudan bir düzenleme mevcut değildir. Ancak muhayyerlik yoluyla deneme süreli iş sözleşmesini açıklamak mümkündür. Muhayyerlik konusu Mecelle'de icâre sözleşmesine ilişkin olarak ayrı bir bâbda düzenlenmiştir. Üç fasıldan oluşan bu bâbda şart, görme ve ayıp muhayyerliklerine yer verilmiştir.³³

²⁸ Mecelle m.491, 492, 494.

²⁹ ESENER, Turhan: İş Hukuku, Sevinç Matbaası, Ankara, 1978, s.217.

³⁰ Mecelle m.494.

³¹ ÇELİK, s.101.

³² SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2005, s.212.

³³ Muhayyerlik bâbı, icâre kitabının altıncı bâbidir. 497. ve 521. maddeler arasında düzenlenmiştir.

Muhayyerlik, anlaşmaya veya şer'i bir gerekçeye dayanarak taraflardan birinin veya her ikisinin sözleşmeyi onama veya feshetme şeklinde seçimlik haklara sahip olmasıdır.³⁴ Deneme süreli iş sözleşmesinde yapılan sözleşmeye dayanarak sözleşmenin onanması veya feshedilmesi söz konusudur.

Muhayyerlikler içerisinde deneme süreli iş sözleşmesi ile en çok ilişkilendirilen şart muhayyerliğidir. Şart muhayyerliğinin icâre sözleşmesi için caiz olup olmadığı konusunda İslâm hukukçuları ittifak etmiş değildir. İcâre sözleşmesi için muhayyerliği bazı hukukçular kesin olarak yasaklarken, bazıları kesin olarak onay vermiş, bazıları ise icâre sözleşmesinin türüne göre bir ayrıma gitmiştir. Hanefi ve Maliki hukukçular icâre sözleşmesinin muhayyerlik şartı ile kurulmasını mutlak olarak caiz görmüşlerdir.³⁵ Mecelle'de de icâre kitabında şart muhayyerliğine yer verilmesi ile şart muhayyerliğini caiz olarak kabul eden görüşün tercih edildiğini göstermektedir. Şerif, şart muhayyerliğinin deneme süreli iş sözleşmesine benzetilmesini yanlış bulmaktadır. Bardakoğlu buna gerekçe olarak muhayyerlik süresince tarafların sözleşmenin ifa edilmesini isteyemeyeceğini, tarafların sözleşmenin gereklerini yerine getirmeye başladıklarında bunun fiili icazet anlamına geleceğini, bu takdirde de muhayyerlik hakkının ortadan kalkacağını ileri sürmüştür.³⁶ Yani şart muhayyerliğinde seçme hakkının akde devam etmeye ilişkin değil, akde başlayıp başlamamaya ilişkin olduğu ileri sürülmüştür.³⁷ Ancak Şafii ve Hanbeli ekolleri dışında hukukçular, muhayyerliğin sözleşmenin yapılmasından sonra söz konusu edilmesini mümkün görmüşlerdir.³⁸ Bu durumda tarafların belirli bir süre içerisinde sözleşmeyi onama ya da feshetme yetkisine sahip olmalarını

³⁴ APAYDIN, Yunus: "Muhayyerlik", DİA, TDV Yayınları, İstanbul, 2000, c.31, s.25.

³⁵ SERAHSÎ, Ebu Sehl Ebu Bekir Muhammed B. Ahmed: Mebsût, Editör: Mustafa Cevat Akşit, Gümüşev Yayıncılık, İstanbul, 2008, c.15, s.214; FETÂVÂ-Yİ HİNDİYYE: Tercüme: Mustafa Efe, Akçağ Yayınları, Ankara, tarih yok, c.9, s.390 vd; ŞERİF 1986, s.139 vd; Şafiiler şart muhayyerliğini sözleşmenin muayyen bir amel üzerine kurulması durumunda kabul etmişlerdir. Şahıs üzerine veya süre üzerine kurulan iş sözleşmelerinde caiz görmemişlerdir. Hanbelîler ise muhayyerlik süresi ile sözleşme süresi iç içe girdiğinde muhayyerlik caiz olmaz demişlerdir. BARDAKOĞLU, Ali: "Hizmet Sözleşmesinin Feshi ve Sonuçları", Mukayeseli Hukuk ve Uygulama Açısından İşçi-İşveren Münasebetleri, İlmî Neşriyat, İstanbul, 1990, s.69.

³⁶ ŞERİF, Şeref bin Ali, el-İcâretü'l-Varide 'ala 'Ameli'l İnsan, Cidde, 1980, s.122 vd; BARDAKOĞLU 1990, s.70.

³⁷ BARDAKOĞLU 1990, s.70.

³⁸ APAYDIN, s.26.

ifade eden şart muhayyerliğinin deneme süreli iş sözleşmesi ile kıyaslanması isabetli³⁹ görünmektedir.

İcâre kitabı içerisinde düzenlenen diğer muhayyerlikler görme ve ayıp muhayyerlikleridir. Her iki muhayyerlik de deneme süreli iş sözleşmesine benzerliği yönünden ele alınmamıştır. Gerçekten de görme muhayyerliği deneme süreli iş sözleşmesi ile aynı amacı taşısa da sözleşme ile kararlaştırılmaması ve hükmi bir muhayyerlik olması yönünden deneme süreli iş sözleşmesinden ayrılmaktadır.⁴⁰

Ayıp muhayyerliği Hanefiler tarafından şart koşulması gerekli bir muhayyerlik olarak görülmektedir. Yani sözleşmeyle kurulması yönüyle ayıp muhayyerliği de deneme süreli iş sözleşmesi ile benzerlik göstermektedir. Ancak bir süreye bağlı olmaması, ayıbın ortaya çıkması ile fesih veya onama şeklindeki seçimlik hakkın ortaya çıkması yönünden deneme süreli iş sözleşmesinden farklıdır.⁴¹

4857 sayılı İş Kanunu deneme süreli iş sözleşmelerinde deneme süresi için bir sınır belirlemiştir. Buna göre deneme süreli iş sözleşmesi 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). Şart muhayyerliğinde ise süre ile ilgili üç görüş hâkimdir. Birinci görüş muhayyerlikle ilgili hadiste üç günlük süreden bahsedildiği için bu süreyi üç gün olarak kabul etmektedir. Ebu Hanife, İmam Şafii ve İmam Züfer bu görüştedirler. Hükmün amacından hareket eden Ebu Yusuf, Ebu Muhammed ve Hanbeliler belli olmak şartıyla tarafların istedikleri süreyi kararlaştırabileceği görüşündedirler. Malikiler ise akde göre uygun olan ve yerleşmiş sürenin uygulanacağı görüşündedirler.⁴² Şart muhayyerliğinin süresi ile ilgili bu üç görüşten ikinci ve üçüncü görüşün günümüz uygulaması ile uyumlu olduğu söylenebilir. İkinci görüş taraflara bırakılması şeklinde olsa da kanun koyucu tarafından bir sınır getirilmesi mümkündür. Üçüncü görüşe göre ise

³⁹ Şart muhayyerliği için bkz. APAYDIN, s.26; ÇEKER, Orhan: İslam Hukukunda Akidler, İttifak Holding A.Ş. Yayını, Konya, 1999, s.84.

⁴⁰ Görme muhayyerliği için bkz. APAYDIN, s.29; ÇEKER, s.85; Mecelle işçi ve işveren açısından görme muhayyerliğinin olduğunu düzenlemiştir. Mecelle m.512, 513.

⁴¹ Ayıp muhayyerliği için bkz. APAYDIN, s.29.

⁴² APAYDIN, s.27.

iş sözleşmesine uygun bir sürenin belirlenmesi şeklindeki uygulama, sürenin kanunla belirlenmesi ile örtüşmektedir.

Deneme süreli iş sözleşmesi tarafların birbirleri ve çalışma şartları hakkında bilgi sahibi olabilmeleri için uygun bir yoldur. İş sözleşmesinin kişisel ve sürekli ilişkiler kurması tarafların bu konularda bilgi sahibi olmak istemelerinin gerekçesini oluşturmaktadır.⁴³ Muhayyerlikler yoluyla amaçlanan da iradenin sağlıklı bir biçimde gerçekleşmesidir. Taraflardan biri veya ikisi için söz konusu olan aldanma ve zarar görme riskini ortadan kaldırmak veya en aza indirmek amaçlanmaktadır.⁴⁴

3. 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 sözleşme kurulmuş sayılır (4857 m.16). Mecelle'de açık olarak takım sözleşmesinden bahsedilmemiştir; ancak Mecelle iki kişinin ortak menfaatlerini üçüncü bir kişiye kiralayabileceklerinden bahsetmiştir.⁴⁵ Burada kıyas yoluyla işçilerin de ortak emeklerini bir işveren ile iş sözleşmesine konu edebilecekleri sonucuna ulaşılabilir.

Takım sözleşmesinde takım kılavuzu kendisinin ve takımdaki diğer işçilerin gelip çalışacakları güvencesini vermektedir ve işçilerin işe başlamasından BK m.128 hükmü gereğince sorumludur. İşe başlayan her bir işçi ile takım sözleşmesinde belirtilen koşullarda bir iş sözleşmesi kurulmuş sayılır.⁴⁶ Mecelle'nin vekâlet hükümlerini düzenleyen on birinci kitabında bir kimsenin kendisinin bizzat yapabileceği hususlar ve işlemler ile ilgili her hakkın ifası ve alınması konusunda başkasını vekil tayin edebileceği düzenlenmiştir.⁴⁷ Genel olarak değerlendirdiğimizde İslâm

⁴³ SÜZEK, s.212.

⁴⁴ APAYDIN, s.26.

⁴⁵ Mecelle m.431; İslâm 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.

⁴⁶ SÜMER, Halûk Hâdi, İş Hukuku, Mimoza Yayınları, Konya, 2011, s.48.

⁴⁷ Mecelle 1459; İLHAN, Cengiz, Günümüz Türkçe'siyle Mecelle, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011, s.445.

Hukukunda ve Mecelle’de takım sözleşmesinin yapılmasına engel bir hüküm bulunmadığı görülmektedir.

Kanunda işveren veya işveren vekilinin takımdaki işçilerin ücretlerini her birine ayrı ödemek zorunda olduğu düzenlenmiştir (4857 m.16/4). Ayrıca takım kılavuzu için takımda yer alan işçilerin ücretlerinden işe aracılık veya benzer bir nedenle kesinti yapılamayacağı hükme bağlanmıştır (4857 m.16/4). İslâm Hukukçuları da birlikte çalışan işçilerin ücretleri konusunda çeşitli görüşler ortaya koymuşlardır. Takım sözleşmesi gibi işçilerin ortak hareket ettiği durumlarda işçilerden birinin çalışmaması durumunda bu işçiye de ücreti ödenecektir. İşçiler arasında birlikte hareket etme iradesi yoksa çalışmayan işçi ücret alamaz denilmiştir.⁴⁸ Ayrıca işçilerin işin görülmesi sırasında birbirlerinden farklı oranlarda çalışmalarını da ücreti etkilemez. Çünkü işçiler yaptıkları işin farklı olabileceğini bilerek işi kabul etmişlerdir.⁴⁹

4. Tam Süreli ve Kısmi Süreli İş Sözleşmeleri

İş sözleşmeleri genellikle kanunda belirtilen haftalık ve günlük çalışma sürelerinin tamamını bir işverene bağımlı olarak geçirmek üzere yapılır. Buna tam süreli iş sözleşmesi adı verilir.⁵⁰ İşçinin normal haftalık çalışma süresinin, tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan emsal işçiye göre önemli ölçüde az belirlenmesi durumunda sözleşme kısmi süreli iş sözleşmesidir (4857 m.13/1). Borçlar Kanununda işçinin işverene bir işi kısmi süreli olarak düzenli bir biçimde yerine getirmeyi üstlendiği sözleşmelerin de iş sözleşmesi olduğu düzenlemiştir (6098 m.393/2). Mecelle’nin “bir şeyin iki kişiye kiraya verilebileceği” hükmünden kıyasla emek karşılığında da iki farklı işveren ile sözleşme yapılması mümkün görülebilir. Hükmün devamından her bir işverenin ücretin kendi payına düşen kısmını ödeyeceği anlaşılmaktadır.⁵¹

Bugünkü İş Kanunumuzda kısmi süreli çalışan işçinin ücret ve paraya ilişkin bölünebilir çıkarları, tam süreli emsal işçiye göre çalıştığı süreye

⁴⁸ SERAHSÎ, c.16, s.70; ALİ HAYDAR, c.1, s.428.

⁴⁹ SERAHSÎ, c.16, s.70.

⁵⁰ SÜMER, s.45.

⁵¹ Mecelle m.432.

orantılı olarak ödenir hükmü yer almaktadır (4857 m.13/2). Bu sebeple kısmi süreli çalışan işçi ikramiye, prim, yakacak yardımı, gıda yardımı gibi ödemelerden çalıştığı süre ile orantılı olarak yararlanacaktır.⁵² Mecelle'de kısmi çalışma ücretine ilişkin doğrudan bir hüküm yoktur. Ancak 585. maddeden kıyasla işçinin çalışması oranında ücrete hak kazanacağı sonucuna ulaşılabilir. Söz konusu hükümde kiralanan evin bir odasının teslim edilmemesi durumunda o odanın payının kira bedelinden düşürüleceği düzenlenmiştir. Hükmü süre üzerine kurulan sözleşmeler için yorumladığımızda işçinin çalışmadığı sürenin payının ücretinden düşüleceği sonucuna ulaşılır. Paraya ilişkin bölünebilir menfaatler için de aynı sonuç geçerlidir.

Kitâbü'l-İcarât'da menfaatin bölünmesi olarak ifade edilen muhayee,⁵³ asıl olarak Kitabü's-Şirket içerisinde bir fasılda düzenlenmiştir. Muhayee'nin türlerinden biri de zamanen muhayeedir ki menfaatten sıra ile yararlanmayı ifade eder.⁵⁴ Kısmi süreli, part time çalışmaların da muhayee ile benzer yönleri bulunmaktadır. Kısmi süreli çalışmalarda birden fazla işveren, işçinin çalışmasından dönemsel olarak faydalanmaktadır.

Mer'i İş Kanununda düzenlenen iş sözleşmesi türlerinden biri de niteliği gereği kısmi süreli çalışma olan çağrı üzerine çalışmadır. İşçinin yapmayı üstlendiği işle ilgili olarak kendisine ihtiyaç duyulması halinde iş görme ediminin yerine getirileceğinin kararlaştırıldığı iş ilişkisi, çağrı üzerine çalışmaya dayalı iş sözleşmesi olarak adlandırılmıştır (4857 m.14/1). Çağrı üzerine çalıştırılmak için belirlenen sürede işçi çalıştırılsın veya çalıştırılmasın ücrete hak kazanacaktır (4857 m.14/2). İslâm Hukukunda süre üzerine kurulan sözleşmelerde işçi hazır bulunmak suretiyle ücrete hak kazanır. İslam Hukukunun bu hükmü süre üzerine kurulan tüm sözleşmeler için geçerlidir.⁵⁵ Mecelle'de bağımlı çalışan ecir-i has için bu şekilde bir hükme yer verilmiştir. Buna göre ecir-i has çalışma süresi içinde iş için hazır bulunmak şartıyla ücrete hak kazanacaktır, fiili olarak çalışması gerekli değildir.⁵⁶ Serbest çalışan ecir-i müşterek ise fiilen çalışmak suretiyle ücrete hak kazanabilir.⁵⁷

⁵² SÜMER, s.45.

⁵³ Mecelle m.419

⁵⁴ Mecelle m. 1174–1191.

⁵⁵ BİLMEN, c.6, s.214.

⁵⁶ Mecelle 425. Bu hüküm Mecelle'nin 470. maddesinde genel bir biçimde düzenlenmiştir.

⁵⁷ Mecelle 424.

5. Geçici (Ödünç) İş İlişkisi⁵⁸

İki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olan iş sözleşmesine 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.⁵⁹ Bundan önce geçici iş ilişkisi BK m.320 hükmü dikkate alınarak esasları belirlenen bir kurumdu.⁶⁰ 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 gerçekleştirmek üzere geçici olarak devrettiğinde geçici iş ilişkisi kurulmuş olur. Devir sırasında işçinin yazılı rızasının alınması şart koşulmuştur (4857 m.7).

Geçici iş ilişkisi uygulamasıyla ilgili olarak İslâm Hukukunda açık bir hüküm bulunmamakla birlikte kira sözleşmesinde bir kişinin kiraladığı şeyi başkasına kiraya vermesi mümkün görülmüştür. Serahsî bunu alt kira başlığı ile ele almıştır.⁶¹ Mecelle'nin 586. maddesinde kira sözleşmeleri için benzer bir hüküm düzenlenmiştir. Hükümde gelir getiren şeyin teslim alınmadan önce başkasına kiralanması mümkün görülmüştür. Benzer bir düzenlemenin iş sözleşmesi için yapılmasına bir engel yoktur.

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.⁶² Alt kira sözleşmesinde 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

⁵⁸ 4857 sayılı kanunun hazırlanması sürecinde, Bilim Komisyonu tarafından hazırlanan metinde bu kurum "ödünç iş ilişkisi" şeklinde ifade edilmiştir. Doktrinde genel olarak tercih edilen ifade de bu şekildedir. Ancak bu ifadenin işçinin meta olarak görülmesine sebep olduğu düşüncesi kanunda "geçici iş ilişkisi" teriminin tercih edilmesine sebep olmuştur. EKMEKÇİ, s.100, 101.

⁵⁹ AYDIN, Ufuk: İş Hukuku, Anadolu Üniversitesi Yayını, Eskişehir, 2004, s.25; GÜLER, Şerafettin, 4857 Sayılı İş Kanununa Göre Ödünç İş İlişkisi, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, c.21, S.2-3, Kasım 2007- Şubat 2008, s.90.

⁶⁰ EKMEKÇİ, Ömer, "Ödünç İş İlişkileri", Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Legal Vefa Toplantıları(II), Legal Yayıncılık, İstanbul, 2008, s.100.

⁶¹ SERAHSÎ, c.15, s.108, 186.

⁶² ZENGİN, Arzu: Geçici İş İlişkisi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2008, s.35, 36.

helal olduğu görüşündedir.⁶³ Ali Haydar Efendi de müstecirin daha fazla ücret alabileceğini dile getirmiştir.⁶⁴

İş Kanunumuz da geçici iş ilişkisinde devir sırasında işçinin yazılı rızasının alınmasını şart koşturmuştur (4857 m.7). Kanun işçinin rızasını devir sırasında şart koştuğundan baştan itibaren iş sözleşmesinde işçinin rızasının bulunduğuna ilişkin yer verilen hüküm geçersizdir. Kanun geçici iş ilişkisinin altı ayı geçmemek üzere kurulabileceğini ve en çok iki defa yenilebileceğini düzenlemiştir. İşçinin rızasının her yenilemede aranması gereklidir.⁶⁵ Mecelle iş sözleşmesinin geçerli olarak kurulabilmesi için tarafların rızasını şart koşturmuştur.⁶⁶ Ayrıca geçici iş ilişkisinde işçinin rızasının aranacağına ilişkin özel bir hükme yorum yoluyla ulaşmak mümkündür. İşçinin rızası olmadan başka bir işverenin emrine verilmesi söz konusu olamaz.⁶⁷

D. SONUÇ

İş sözleşmesinin yeni türlerinin ortaya çıkması, değişen ihtiyaçların yanı sıra taraflara bu konuda sağlanan serbestinin bir sonucu olarak gelişmiştir. Bu sebeple tarafların bu konudaki serbestisinin sınırı belirlenmelidir. İş hukukunun geleneksel yapısı sözleşme serbestisini sınırlayıcı bir rol oynarken, ekonomik gelişmelerin işletmeler üzerindeki etkisi sebebiyle hukuk politikası esnek bir iş hukukunun gelişmesine yönelmiştir.⁶⁸ Günümüz hukukunda tarafların ihtiyaçlarına uygun türde iş sözleşmeleri düzenleyebileceklerine İş Kanununda yer verilmiştir (4857 m.9). Taraflar

⁶³ SERAHSÎ, c.15, s.108, 186.

⁶⁴ ALİ HAYDAR, c.1, s.567, 568.

⁶⁵ EKMEKÇİ, s.107; GÜLER, s.94; Mollamahmutoğlu, rızanın her yenileme döneminde alınmasını gerekli görmemektedir. MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi: İş Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008, s.221.

⁶⁶ Mecelle m.448.

⁶⁷ Mecelle'nin 427. maddesini ve icâre-i uruz faslındaki 536. maddeyi geçici iş ilişkisinde işçinin rızasının gerekli olduğu konusunda delil gösterebiliriz. 427. madde kullanımı değişince kullanımı da değişebilecek şeylerde sınırlama yapılabileceği şeklindedir. İşçi işveren ilişkileri gibi hassas bir konuda hükmün evleviyetle geçerli olması şarttır. 536. madde de bir kimsenin kendi giymek için kiraladığı elbiseyi başkasına giydiremeyeceği şeklindedir. Yine kıyas yoluyla işçi işveren ilişkilerine uygulanabilecek bir hükümdür.

⁶⁸ TUNCAY, A. Can: Hizmet Sözleşmesinin Türleri ve Sona Ermesi Açısından Arayışlar, TÜHİS, Mayıs- Ağustos 2001, s.13; ERDUT, Tijen: Çalışma Yaşamında Esneklik ve Kuralılaşma, TÜHİS, Kasım 2003, s.8.

kanunda sayılan türlerde (4857 m.9/2) ve sayılanlar dışında doktrinde atipik iş sözleşmeleri olarak adlandırılan farklı türlerde sözleşmeler yapabilirler.⁶⁹ Borçlar Kanununa göre taraflar bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler (6098 m.26).

İslâm Hukukundaki sözleşme serbestisi anlayışı, modern hukuktaki sözleşme serbestisi anlayışından daha geniştir.⁷⁰ Başgil, Mecelle'nin de tüm eski medeni kanunlar gibi iş ilişkilerini düzenlerken liberal bir anlayışı benimsediğini ve taraflara geniş bir sözleşme serbestisi tanıdığını ifade etmiştir.⁷¹ Sözleşme serbestisinin bir sonucu olarak tarafların genel inikat şartlarını taşıyan çeşitli türde sözleşmeler kurabilmeleri mümkündür.⁷² İslâm Hukukunun benimsediği ve Mecelle'de de yer verilen bu esnek çalışma ilişkileri sistemi zaman zaman tartışma konusu olmuştur. İkinci Dünya Savaşından sonra bir çözüm olarak sunulan liberal sistem, çalışma yaşamının giderek kuralılaşmasını tavsiye etmiştir.⁷³ Ekonomik ve sosyal gelişmelerin bir sonucu olarak da atipik olarak adlandırılan yeni iş sözleşmesi türleri ortaya çıkmıştır.⁷⁴

Mecelle'de görülen iş sözleşmesi türleri günümüzde basit ayrımlar olarak görülebilir. Ancak Mecelle'de günümüz iş sözleşmesi türlerine ilişkin hükümler bulmak da mümkündür. Ayrıca Mecelle'nin de benimsediği İslâm Hukukunun sözleşme serbestisi anlayışı, kişilere farklı türlerde sözleşme yapma imkânı vermektedir. Mecelle'de döneminin ihtiyaçlarına uygun iş sözleşmesi türlerine yer verildiği görülmektedir.

⁶⁹ ÇELİK, s.86.

⁷⁰ Ansay, İslâm Hukukundaki gerçek sözleşme serbestisi anlayışını yansıttığını iddia ettiği ve Kanun-ı Medeni ve Ukud ve Vacibat Komisyonunda kabul edilmiş olan bir metne yer vermiştir. ANSAY, Sabri Şakir: Hukuk Tarihinde İslâm Hukuku, Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları, Ankara, 1954, s.115.

⁷¹ BAŞGİL, Ali Fuat: Türk İşçi Hukukuna Giriş, Hukuk İlmini Yayma Kurumu, Konferanslar Serisi: 8, Ankara, 1936, s.5.

⁷² KARAMAN- ŞAFAK, s.20.

⁷³ ŞEN, Sebahattin: Esnek Üretim ve Esnek Çalışma, TÜHİS, Mayıs 2000, s.63, 64; ERDUT, s.9.

⁷⁴ TUNCAY, s.22.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

- AKYİĞİT, Ercan: Teori ve Uygulama Bakımından Hizmet Sözleşmesinin Kesin Hükümsüzlüğü ve İptal Edilebilirliği, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1990.
- ALİ HAYDAR, Hocaeminefendizade: Dürerü'l Hukkam Şerhu Mecelleti'l-Ahkâm, Osmanlıcadan Çeviren: Raşit Gündoğdu, Osman Erdem, Osmanlı Yayınevi, İstanbul, 2007.
- ANSAY, Sabri Şakir: Hukuk Tarihinde İslam Hukuku, Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları, Ankara, 1954.
- APAYDIN, Yunus: "Muhayyerlik", DİA, TDV Yayınları, İstanbul, 2000, c.31.
- ARMAĞAN, Servet: "İslam Hukukunda İşçi – İşveren Münasebetleri ve Bazı Düşünceler", Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi, S.31, 1982
- AYDIN, Ufuk: İş Hukuku, Anadolu Üniversitesi Yayını, Eskişehir, 2004.
- BARDAKOĞLU, Ali, "İcare", DİA, TDV Yayınları, İstanbul, 2000.
- BARDAKOĞLU, Ali, İslam Hukukunda ve Modern Hukukta İcare Sözleşmesi, Özellikle Personel İstihdamı, Atatürk Üniversitesi İslami İlimler Fakültesi, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Erzurum, 1982. (BARDAKOĞLU 1982)
- BARDAKOĞLU, Ali: "Hizmet Sözleşmesinin Feshi ve Sonuçları", Mukayeseli Hukuk ve Uygulama Açısından İşçi-İşveren Münasebetleri, İlmî Neşriyat, İstanbul, 1990. (BARDAKOĞLU 1990)
- BAŞGİL, Ali Fuat: Türk İşçi Hukukuna Giriş, Hukuk İlmini Yayma Kurumu, Konferanslar Serisi: 8, Ankara, 1936.
- BERKİ, Ali Himmet: Açıklamalı Mecelle, Hikmet Yayınları, 1982.
- BİLMEN, Ömer Nasuhi: Hukuk-ı İslamiyye ve Istılahat-ı Fıkhiyye Kamusu, Bilmen Yayınevi, İstanbul, 1970.
- CİN, Halil – AKGÜNDÜZ, Ahmet: Türk Hukuk Tarihi, Osmanlı Araştırmaları Vakfı Yayınları, İstanbul, 1996.

- 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.
- DÖNDÜREN, Hamdi: Delilleriyle Ticâret ve İktisat İlmihali, Erkam Yayınları, İstanbul, 1993.
- EKMEKÇİ, Ömer: “Ödünç İş İlişkileri”, Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Legal Vefa Toplantıları(II), Legal Yayıncılık, İstanbul, 2008.
- ERDUT, Tijen: Çalışma Yaşamında Esneklik ve Kurationsızlaştırma, TÜHİS, Kasım 2003.
- ESENER, Turhan: İş Hukuku, Sevinç Matbaası, Ankara, 1978.
- FETÂVÂ-Yİ HİNDİYYE: Tercüme: Mustafa Efe, Akçağ Yayınları, Ankara, ty.
- GÜLER, Şerafettin: 4857 Sayılı İş Kanununa Göre Ödünç İş İlişkisi, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, c.21, S.2-3, Kasım 2007- Şubat 2008.
- İLHAN, Cengiz: Günümüz Türkçe’siyle Mecelle, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011.
- KARADENİZ, Özcan: Iustinianus Zamanına Kadar Roma’da İş İlişkileri, Sevinç Matbaası, Ankara, 1976.
- KARAMAN, Hayreddin-ŞAFAK Ali: İslam Hukukuna Göre Alışverişte Vade Farkı ve Kar Haddi, İslami İlimler Araştırma Vakfı Yayınları, İstanbul, 1987.
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi: İş Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2008.
- SERAHSÎ, Ebu Sehl Ebu Bekir Muhammed B. Ahmed: Mebsût, Editör: Mustafa Cevat Akşit, Gümüşev Yayıncılık, İstanbul, 2008.

SÜMER, Halûk Hâdi: İş Hukuku, Mimoza Yayınları, Konya, 2011.

SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2005.

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

ŞEN, Murat: “Cumhuriyet Öncesi Türk Hukukunda Hizmet Akdine Genel Bakış”, AÜEHF Dergisi, c.4, S.1-2, 2000.

ŞEN, Sebahattin: Esnek Üretim ve Esnek Çalışma, TÜHİS, Mayıs 2000.

ŞENTOP, Mustafa: “Mürşidü'l-Hayran”, DİA, TDV Yayınları, İstanbul, 2000, c.32.

ŞERİF, Şeref b. Ali: İslamda İş İşçi ve Ücret Hukuku, Ter: Mehmet Keskin, İhya Yayınları, İstanbul, 1986. (ŞERİF 1986)

ŞERİF, Şeref bin Ali: el-İcâretü'l-Varide 'ala 'Ameli'l İnsan, Cidde, 1980.

TABAKOĞLU, Ahmet: “İslam Ekonomisinde Emek ve Sermaye Kavramları”, İslam'da Emek ve İşçi İşveren Münasebetleri, Ensar Neşriyat, 1986.

TUNCAY, A. Can: Hizmet Sözleşmesinin Türleri ve Sona Ermesi Açısından Arayışlar, TÜHİS, Mayıs- Ağustos 2001.

TUNÇOMAĞ, Kenan: İş Hukukunun Esasları, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1988.

UÇKAN, Banu: “Mecelle'de İş Hukuku Düzeni”, AÜSBF Dergisi, c.54, S.1, 1999.

ZENGİN, Arzu: Geçici İş İlişkisi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2008.