

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (ROMA HUKUKU)
ANABİLİM DALI

ROMA HUKUKUNDA HİZMET SÖZLEŞMESİ
(*LOCATIO CONDUCTIO OPERARUM*)
VE
BAĞIMLILIK İLİŞKİSİ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Setenay BAYTEMİR

Ankara – 2017

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (ROMA HUKUKU)
ANABİLİM DALI

ROMA HUKUKUNDA HİZMET SÖZLEŞMESİ
(*LOCATIO CONDUCTIO OPERARUM*)

VE
BAĞIMLILIK İLİŞKİSİ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Setenay BAYTEMİR

TEZ DANIŞMANI
Prof. Dr. A. Nadi GÜNAL

Ankara – 2017

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (ROMA HUKUKU)
ANABİLİM DALI

Setenay BAYTEMİR

ROMA HUKUKUNDA HİZMET SÖZLEŞMESİ
(LOCATIO CONDUCTIO OPERARUM)
VE
BAĞIMLILIK İLİŞKİSİ

Yüksek Lisans Tezi

Tez Danışmanı: Prof. Dr. A. Nadi GÜNAL

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı

İmzası

Prof. Dr. A. Nadi GÜNAL	
Doç. Dr. Özgür Kızılcık	
Doç. Dr. Kadir GÜRTEK	

Tez Sınavı Tarihi:

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Bu belge ile, bu tezdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu beyan ederim. Bu kural ve ilkelerin gereği olarak, çalışmada bana ait olmayan tüm veri, düşünce ve sonuçları andığımı ve kaynağını gösterdiğimi ayrıca beyan ederim.(...../...../20...)

Tezi Hazırlayan Öğrencinin

Adı ve Soyadı

İmzası

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	V
KISALTMALAR.....	VIII
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

ROMA HUKUKUNDA HİZMET SÖZLEŞMESİ

I. ROMA HUKUKUNDA BORCUN KAYNAKLARI VE SÖZLEŞMELER SİSTEMİ	4
A. Borcun Kaynakları.....	4
B. Sözleşmeler Sistemi	7
II. <i>LOCATIO CONDUCTIO</i> VE ROMA SÖZLEŞMELER SİSTEMİNDEKİ YERİ	11
A. <i>Locatio</i> ve <i>Conductio</i> Kavramları	11
B. <i>Locatio Conductio</i> 'nun Tarihsel Gelişimi	13
C. Sözleşmeler Sistemi İçinde <i>Locatio Conductio</i> 'nun Özellikleri.....	17
III. ROMA HUKUKUNDA HİZMET SÖZLEŞMESİ (<i>LOCATIO CONDUCTIO OPERARUM</i>)	21
A. Tanım ve Özellikler	21
B. <i>Opera</i> Kavramı ve Unsurları	22
C. Gelişimi ve Konusu	28
D. Tarafları	32
E. Tarafların Borçları.....	35
1. İşçinin Borçları	35
a. İş Görme Borcu	35
b. Özen ve Sadakat Borcu	37
c. Düzenlemelere ve Talimatlara Uyma Borcu	41
2. İşverenin Borçları.....	42
a. Ücret Ödeme Borcu.....	42
b. İş Araç ve Malzemelerini Sağlama Borcu	47
c. İşçiyi Gözetme Borcu	47
3. Tarafların Sorumlulukları ve Hakların Korunması.....	49
4. Sözleşmenin Sona Ermesi.....	57
a. Tarafların Anlaşması ile Sona Erme	57

b. Belirli Sürelerde Sona Erme	58
c. Belirsiz Sürelerde Sona Erme	59
d. İşçinin Ölümü ile Sona Erme	60
F. Diğer İş Görme Sözleşmelerinden Ayırt Edilmesi.....	60
1. Eser Sözleşmesi (<i>Locatio Conductio Operis</i>)	60
2. Vekalet Sözleşmesi (<i>Mandatum</i>)	64

İKİNCİ BÖLÜM

LOCATIO CONDUCTIO OPERARUM'DA BAĞIMLILIK İLİŞKİSİ

I. GENEL OLARAK	67
II. ROMA'DAKİ SİYASİ VE SOSYO-EKONOMİK DEĞİŞİMLERİN İŞ İLİŞKİLERİNE VE BAĞIMLILIK İLİŞKİSİNE ETKİLERİ	69
A. Krallık Dönemi: Tarımın ve Roma Aile Yapısının İş İlişkilerine Etkileri	70
B. Cumhuriyet Dönemi: Roma'daki Değişimlerin Özgür İş Gücü Piyasasını Oluşturması.....	74
C. İmparatorluk Dönemi: Müdahaleci Ekonominin İş İlişkilerine Etkileri.....	78
III. ROMA HUKUKUNUN ETKİSİNDE ŞEKİLLENEN HİZMET SÖZLEŞMESİ VE BAĞIMLILIK İLİŞKİSİ.....	81
IV. BAĞIMLILIK İLİŞKİSİNDE BİR KİLOMETRE TAŞI: NEXUM.....	84
V. BAĞIMLILIK İLİŞKİSİNDE BAŞKA BİR AŞAMA: AZATLILAR	87
VI. LOCATOR VE CONDUCTOR ARASINDAKİ BAĞIMLILIK İLİŞKİSİ.....	89
A. Bağımlılık İlişkisinin <i>Servus-Dominus</i> Arasındaki Egemenlik İlişkisiyle Benzerliği	90
B. Bağımlılık İlişkisinin Egemenlik İlişkisi Niteliğinde Olmaması.....	91
1. <i>Mercennarius</i> 'un Kölelere Benzer Yaşantısı.....	93
2. Görülen İşlerin Nitelikleri: <i>Operae Liberales</i> - <i>Operae Illiberales</i> Ayrımı	95
3. <i>Merces</i> - <i>Honararium</i> Ayrımı.....	97
C. Bağımlılık İlişkisinin Hukuk Alanına Yansıması	99
SONUÇ	102
ÖZET	109
ABSTRACT	110
KAYNAKÇA.....	111

KISALTMALAR

AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Bkz./bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
Çev.	: Çeviren
D.	: Digesta
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Diocl.	: Diocletianus
f.	: fıkra
Gai.	: Gaius
Gai. Ins.	: Gaius Institutiones
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Iav.	: Lucius Iavolenus Priscus
Ius. Cod.	: Iustinianus Codex
Ius. Ins.	: Iustinianus Institutiones
İnönüÜHFD	: İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İÜHFM(D)	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (Dergisi)
Lab.	: Marcus Antistius Labeo
Marcian.	: Aelius Marcianus
M.Ö.	: Milattan Önce
M.S.	: Milattan Sonra
Paul.	: Iulius Paulus
Pomp.	: Sextus Pomponius
pr.	: principium

s.	: sayfa
Sa.	: Sayı
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
Ulp.	: Domitius Ulpianus
vd.	: ve devamı
Vol.	: Volume (Cilt)
Yen. Eld. Geç.	: Yeniden elden geçiren



GİRİŞ

İnsanlık tarihi boyunca çalışma rejimi her zaman mevcut olduğu için, emeğin tarihi ile iş ilişkilerini insanlığın başlangıç zamanlarına kadar götürebilmek mümkündür. Nitekim bütün dönemlerde ve bütün toplumlarda başkalarının işinde çalışanlar mutlaka olmuştur ve bunlar çoğu zaman toplumun çoğunluğunu oluşturan kitlelerdir. İnsana ve emeğine verilen değerin artmasıyla beraber ise hukuk düzeni başkaları için çalışan bu kimselerin durumunu ve aralarındaki ilişkileri düzenleme ihtiyacı hissetmiştir. İş ilişkilerine ilişkin bir çok kuralın temeli de böylelikle atılmıştır¹.

Modern hukuktaki hizmet sözleşmesi kavramının temeli, Roma hukukundaki *locatio conductio* kavramına dayanmaktadır. Bu kavram özünde bir kira ilişkisini ifade etmektedir ve Romalılar bu kavram ile modern hukuktaki kira, eser ve hizmet sözleşmelerini beraber ele almışlardır. Böylece hizmet sözleşmesi Roma hukukunda hizmetin kiralanması şeklinde ifade edilmiştir. Romalılardan sonra Pandekt hukukçularının kira, eser ve hizmet sözleşmeleri arasındaki ayrımı tespit ettikleri ve sözleşmeleri *locatio conductio rei* (kira sözleşmesi), *locatio conductio operis* (eser sözleşmesi) ve *locatio conductio operarum* (hizmet sözleşmesi) şeklinde sınıflandırdıkları düşünülmektedir. Bununla birlikte, bu sözleşmeler belirli bir sistematikte birbirlerinden ayrılmamış olsalar da, üçünün niteliğinin aynı olmadığı Romalılarca da belirlenmiştir. Böylece sözleşmeler arasındaki farklılıkları tespit etmiş olan Romalılar, üç sözleşme açısından farklı kurallar öngörmüştür. Sözleşmelerin Roma toplumu açısından önemine göre gelişimi de böylece birbirinden farklılık göstermiş ve kaderleri farklı olmuştur.

Günümüzde hizmet sözleşmesi hukuk alanında önemli bir yere sahipken, hatta iş ilişkilerinin önemi gereği bu konuyu ayrı bir hukuk alanı ile inceleme zorunluluğu doğmuşken, Roma hukukunda hizmet sözleşmesi *locatio conductio* grubuna giren diğer sözleşmeler kadar gelişim gösterememiş ve onların gölgesinde kalmıştır. Bunun en temel sebebi Roma'nın kölecî bir toplum olmasıdır. Kölecî çalışma düzeni, özgür vatandaşlar arasındaki iş ilişkilerinin gelişimini engellemiştir ve köle ile efendisi arasındaki hukukî ilişkiler iş ilişkisi çerçevesinde değil, başka hukukî kavramlar altında

¹ Mollamahmutoglu, H./Astarlı, M.: İş Hukuku, Ankara 2011

düzenlenmiştir. Yine de ekonomik anlamda sıkıntılar yaşayan özgür Romalıların zaman içerisinde iş ilişkilerine dahil olduğu bilinmektedir.

Bu kapsamda “Roma Hukukunda Hizmet Sözleşmesi ve Bağımlılık İlişkisi” başlıklı çalışmada iki hukuki kavramın incelenmesi amaçlanmıştır. İlk olarak, Roma hukukuna göre sözleşmeler sistemi içerisinde hizmet sözleşmesi (*locatio conductio operarum*) değerlendirilmiştir. Daha sonra, hizmet sözleşmesi kapsamında işçi ve işveren arasındaki bağımlılık ilişkisi tarihsel süreç içerisindeki gelişimi ile beraber irdelenmiştir.

Roma hukukunda hizmet sözleşmesinin özelliklerinin irdelenebilmesi için öncelikle Romalıların sözleşmeler sistemi belirlenmeli ve hizmet sözleşmesinin de bu sistem içerisindeki yeri ayrıca tespit edilmelidir. Bu kapsamda ilk önce Roma hukukuna göre borcun kaynakları ve sözleşmeler sistemi üzerinde durulmuştur.

Roma hukukuna göre sözleşmeler sistemi belirtildikten sonra, Romalıların *locatio conductio* kavramı ile neyi ifade ettikleri, kendi özünde günümüzdeki üç farklı sözleşmeyi kapsayan bu kavramın tarihsel gelişimi ve özellikleri üzerinde ayrıca durulmuştur.

Locatio conductio kavramına ilişkin değerlendirmelerden sonra hizmet sözleşmesinin (*locatio conductio operarum*) tanımı ve özellikleri, *opera* (iş) kavramı ve unsurları, sözleşmenin gelişimi ve konusu, tarafları, tarafların borçları ve sorumlulukları, sözleşmenin sona ermesi ve son olarak sözleşmenin benzer iş görme borcu doğuran eser ve vekalet sözleşmelerinden ayırt edilmesi incelenmiştir. Bu kapsamda hizmet sözleşmesine ilişkin modern hukuk sistematiği takip edilmiş olup, Roma hukukunda hizmet sözleşmesi ve iş ilişkilerine ilişkin kurum ve kavramlar, modern hukuk ile kesiştikleri ölçüde ele alınmıştır. Modern hukuka ilişkin karşılaştırmalara bu kapsamda ilgili yerlerde dipnotlarda temas etmek tercih edilmiştir. Bu bağlamda esas olarak TBK sistematiği benimsenmiştir. Bununla birlikte, İş Kanunu’nun TBK’den farklı düzenlemeler öngördüğü yerler ayrıca belirtilmiştir.

Tezin ikinci bölümünü oluşturan “*Locatio Conductio Operarum*’da Bağımlılık İlişkisi” başlığı altında, Roma’nın köleci bir toplum olmasına rağmen ve toplumda ücret karşılığında çalışmanın hoş karşılanmamasına rağmen, özgür Romalı vatandaşları emeğini kiraya vermek zorunda bırakan ve iş ilişkilerine yön veren Roma’nın siyasi ve

sosyo-ekonomik değişimleri irdelenmiştir. Nitekim iş ilişkilerinin, Roma'nın siyasi mücadelelerinden veya ekonomik değişimlerinden bağımsız olarak değerlendirilebilmesi mümkün değildir. Bu kapsamda tüm bu değişimlerin işçinin işverene olan bağımlılığını nasıl şekillendirdiğı ve işçileri adeta efendi himayesinde yaşamını sürdüren kölelere yaklaştırdığı hususu değerlendirilmiştir. Bundan başka, bağımlılık ilişkisindeki ilk aşama olarak değerlendirilebilir nitelikteki *nexum* kavramı ile Roma toplumsal yaşamında önemli bir yere sahip olan azatlıların durumu ayrıca değerlendirilmiştir. Bu bölüm kapsamında son olarak, işçinin işveren karşısındaki gerek ekonomik gerek toplumsal anlamda işverenine olan bu bağımlılığının hukuki boyutları üzerinde durulmuştur.



BİRİNCİ BÖLÜM

ROMA HUKUKUNDA HİZMET SÖZLEŞMESİ

(LOCATIO CONDUCTIO OPERARUM)

I. ROMA HUKUKUNDA BORCUN KAYNAKLARI VE SÖZLEŞMELER SİSTEMİ

A. Borcun Kaynakları

Bir borç ilişkisi meydana getiren hukuki olaylar borcun kaynakları olarak ifade edilir. Borçları oluşum sebeplerine göre sınıflandırmak Romalı hukukçulara aittir² ve Romalılar bu kavramın karşılığı olarak *causae obligationum* (borçların sebepleri) kavramını kullanmışlardır³.

Roma Hukuku'nda borç kaynaklarına ilişkin üç farklı dönemde, Klasik Hukuk Dönemi (M.Ö. 27 - M.S. 250), Klasik Sonrası Hukuk Dönemi (M.S. 250 - M.S 527) ve Iustinianus Dönemi (M.S 527 - M.S. 565), üç farklı sınıflandırma yapılmıştır.

Buna göre Klasik Hukuk Dönemi'nde ilk sınıflandırma *Gaius*'a aittir. İlgili metine göre *Gaius* borcun kaynaklarını sözleşme (*obligationes ex contractu*) ve haksız fiil (*obligationes ex delicto*) olmak üzere ikiye ayırmıştır⁴.

Gai. Ins. 3.88

“*Omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto.*”

“Her borç ya sözleşmeden ya da haksız fiilden doğar.”⁵

² **Sevig, V.R.:** “Hukuk Mukayesesi” AÜHFD (1947), Sa.1, s.168-261, s. 173; **Tahiroğlu, B.:** Roma Borçlar Hukuku, İstanbul 2014, s. 105

³ **Umur, Z.:** Roma Hukuku Ders Notları, İstanbul 1990, s. 332

⁴ **Rado, T.:** Roma Hukuku Dersleri (Borçlar Hukuku), İstanbul 2014, s. 39; **Arsebük, E.:** “Akit Mefhumu Etrafında İncelemeler”, AÜHFD (1953), C. 10, Sa. 1-4, s. 369-425, s. 369; **Kaser, M. (Çev.: Dannenbring, R.):** Roman Private Law, South Africa 1984, s. 196

⁵ **Rado,** s. 39

Bu sistem bugün de modern doktrin ve mevzuatta borçlar hukuku sistematığıne yön vermiş ve modern kodifikasyonlara kaynaklık etmiştir⁶. İngilizler de bu kapsamda borçlar hukukuna ilişkin alanı iki temel kısımda irdellemektedir: *Law of contracts* (sözleşmeler hukuku) ve *law of torts* (haksız fiiller hukuku)⁷.

Bu ikili ayırım borç meydana getiren bütün olayları kapsamadığı için borçların kaynaklarına daha sonra (Klasik Sonrası Hukuk Dönemi) ilaveler yapıldığı anlaşılmaktadır. Buna göre *Gaius*'a ait olduğu tartışmalı olan ve *Digesta*'nın⁸ *De Obligationibus ed Actionibus* (Borçlara ve Davalara Dair) başlığında yer alan⁹ *Res Cottidianae Sive Aurea* (Gündelik Yaşam Hakkında Kurallar veya Altın Sözler)¹⁰ adlı metinde borcun kaynakları şu şekilde ifade edilmiştir:

D. 44.7.1 pr. (Gai.)

“*Obligationes aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quadam iure ex variis causarum figuris.*”

“Borçlar ya sözleşmeden ya haksız fiilden ya da diğer çeşitli sebeplerden¹¹ doğarlar.”¹²

⁶ **Umur**, Ders Notları, s. 332; **Rado**, s.39

⁷ **Tahiroğlu**, Borçlar, s. 105

⁸ *Digesta*, “Yurttaşlar Hukuku Derlemesi” şeklinde dilimize çevrilebilecek olan *Corpus Iuris Civilis*'in dört bölümünden biridir. Klasik Hukuk Dönemi'nin en değerli hukukçularının eserlerinden alınmış ve belirli bir sistem içerisinde bir araya getirilmiş parçalardan oluşmaktadır. *Corpus Iuris Civilis*'in hukuk tarihi ve hukuk bilimi açısından en önemli bölümüdür ve elli kitaptan oluşur. **Karadeniz-Çelebican, Ö.**: Roma Hukuku, Ankara 2010, s. 68; **Ceylan-Güneş, S.**: “Roma Hukukunun Günümüz Hukuk Düzenlerine Etkisi”, GÜHFD (2004), C. 8, Sa. 1-2, s. 75-93, s. 79; **Emiroğlu, H.**: “Roma Hukuku'nun Bilgi Kaynaklarından *Corpus Iuris Civilis* ve Türkiye'de Hukuk Resepsiyonu”, AÜHFD (2002), C. 51, Sa. 3, s. 85-96, s. 90-91

⁹ **Gürten, K.**: Roma Hukuku'nda Kefalet Akdi, Ankara 2007, s. 18

¹⁰ **Söğütlü-Erişgin, Ö.**: Roma Hukukunda Tarihsel Gelişimi İçerisinde Contractus (Sözleşme) Kavramı ve Sözleşmesel Sorumluluk Ölçütleri, Ankara 2016, s. 26-27

¹¹ Buradaki belirsiz olan *varie causarum figurae* (çeşitli diğer sebepler) ayırımının *Gaius*'a ait olduğu tartışmalıdır. Nitekim bugün için Romanistlerce de kabul gören genel görüşe göre, söz konusu değişiklik Klasik Sonrası Hukuk Dönemi'nde *Gaius*'un *Institutiones* adlı eserinde *Gaius*'un öğrencileri tarafından *glossa* adı verilen ve metinlerin kenarına alınan notlar aracılığıyla yapılmıştır. Öğrenciler tarafından eski sınıflandırmanın yetersizliğinin giderilebilmesi adına bu eklemenin yapıldığı tahmin edilmektedir. **Söğütlü-Erişgin**, Contractus, s. 26-27; **Umur**, Ders Notları, s. 333

Buradaki sınıflandırma şeklinin İtalyan Medeni Kanunu'na yansıdığı anlaşılmaktadır. 1942 tarihli bu Kanun'da m.1173'e göre: "Borçlar sözleşmeden veya haksız fiilden veya her türlü başka fiilden veya hukuki düzenlemeye uygun sonuçlar yaratacak fiilden doğarlar."¹³

Son aşamada ise bulanık bir ifade olan "çeşitli diğer sebepler" ifadesini belirginleştirebilmek adına Iustinianus Dönemi'nde yeni kavramların geliştiğini görmekteyiz.

Ius. Ins. 3.13.2

"Aut enim ex contractu sunt aut quasi ex contractu aut ex maleficio aut quasi ex maleficio."

"Borçlar ya sözleşmeden ya sözleşme benzerinden; ya haksız fiilden ya da haksız fiil benzerinden doğmaktadır."¹⁴

Buna göre borcun kaynakları Iustinianus Dönemi'nde dört farklı grupta toplanmıştır. Bunlar: sözleşme (*contractus*), sözleşme benzerleri¹⁵ (*quasi contractus*), haksız fiil (*delictum*) ve haksız fiil benzerleri¹⁶ (*quasi delictum*)dir¹⁷.

¹² Rado, s. 40

¹³ Tahiroğlu, Borçlar, s. 120

¹⁴ Rado, s. 40

¹⁵ Sözleşme benzerleri, taraflar arasında karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları olmamasına rağmen, etkileri itibariyle sözleşmelere benzetilmiş olup taraflar arasında borç ilişkisinin kurulmasını sağlamaktadır. Bu kapsamda Roma hukuku öğretisi birbirinden oldukça farklı bazı hukuki kavramları aynı grup altında toplamıştır. Bunlar: Vekaletsiz iş görme (*negotiorum gestio*), vesayet (*tutela*), müşterek mülkiyet (*comminio incidens*), muayyen mal vasiyeti (*legatum per damnationem*) ve sebepsiz zenginleşmedir (*conductio indebiti*). Dural, M.: "Roma Hukukunda Akit Benzerleri (Quasi Contractus)", İÜHFM (1967), C. 33, Sa. 3-4, s. 257-272, s. 257-258

¹⁶ Haksız fiil benzerleri kapsamında Roma'da dört farklı sorumluluk olgusu tespit edilmiştir. Bunlar: Davayı kötü yöneten yargıcın sorumluluğu; insanların kullanımında olan yollardaki veya durmaya alışkın oldukları bir yerdeki binadan atılan, dökülen şeyler nedeniyle binada oturanın sorumluluğu; bir bina çatısından, balkonundan sarkıtılan veya buraya konulan şeylerin yoldan geçenlere zarar verme olasılığı nedeniyle binada oturanların sorumluluğu; gemi, han ve ahır işletenlerin çalışanlarının, yolcuların eşyasını çalması veya malvarlıklarına yönelik bir zarara yol açması durumunda bu işletenlerin sorumluluğu şeklinde tespit edilmiştir. Bunlara yönelik farklı dört *Praetor* davasının ise hangi temele dayanarak bir araya getirildiğine ilişkin Roma kaynaklarında bilgi verilmemiştir. Söğütü-Erişgin, Ö.: Roma Hukuku'nda Haksız Fiil Benzerleri (Quasi Delicta), Ankara 2002, s. 1, 121

Fransız Medeni Kanunu da benzer sınıflandırmayı örnek alarak sözleşmeler ve taraflar arasında sözleşme olmadan doğan borçlar arasındaki ayrımı belirleyip sözleşme benzerlerini, haksız fiil ve haksız fiil benzerlerini bu grup altında değerlendirmiştir¹⁸.

B. Sözleşmeler Sistemi

Iustinianus Dönemi'ne ait borçlara ilişkin kaynak sınıflandırmasında en önemli borç kaynağını sözleşmeler oluşturmaktadır.

Borçlar hukukuna ilişkin kaynaklardan anlaşıldığı üzere Romalılar sözleşme kavramı için *contractus*¹⁹ ifadesini kullanmaktadır. Bununla birlikte, Roma'daki *contractus* kavramı günümüzdeki sözleşme kavramından çok daha dar bir içeriğe sahiptir.

Ius Civile'ye göre sözleşmeler sisteminde tipe bağlılık ilkesi esastır ve Roma hukukunun hiçbir döneminde sözleşmeler alanında tam anlamıyla sözleşme serbestisi ilkesine ulaşılammıştır²⁰. Bu kapsamda *Paulus*'un *Sententia*'da belirttiği şekliyle “*Ex nudo pacto inter actio non nascitur*: Tarafların sadece anlaşmasından dava doğmaz” kuralı esastır²¹. Böylece günümüzün aksine Romalılar sadece *Ius Civile*'nin tanıdığı ve taraflar arasında borç doğurduğu kabul edilen sözleşmeleri *contractus* olarak kabul etmişlerdir ve hukuk düzenince tanınmış olan bu sözleşmelerin bir *actio* (dava) ile takip edilebilmesi olanağını tanımışlardır²².

Bu kapsamda Romalılar *Ius Civile*'ye göre borç doğurucu etkisi olan *contractus* olarak kabul ettikleri sözleşmeleri dört farklı grupta ele almışlardır. Bunlar yazılı, sözlü,

¹⁷ **Buckland, W.W.:** A Text-Book of Roman Law From Augustus to Justinian, Cambridge 1921, s. 430

¹⁸ **Tahiroğlu,** Borçlar, s. 106; **Umur,** Ders Notları s. 333

¹⁹ Günümüzde de sözleşme kavramına karşılık gelen bir kavram olarak İngilizce'de *contract*, İtalyanca'da *contratto*, Fransızca'da *contrat* kelimeleri mevcuttur. Bu kavram dilimize de *kontrat* şeklinde geçmiştir.

²⁰ **Koschaker, P. (Yen. Eld. Geç.: Ayiter, K.):** Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, Ankara 1977, s. 206-207

²¹ **Söğütü-Erişgin,** Contractus, s. 33; **Georgesco, A. (Çev.: Tahiroğlu, B.):** “Roma Hukuku ve Modern Dünya Düşüncesi”, İÜHFM Ord. Prof. Dr. Ernst E. Hirsch'e Armağan (1976), C. 42, Sa. 1-4, s. 585-601, s. 591

²² **Ceylan-Güneş, S.:** “Roma Hukukunda Contractus (Sözleşme) Pactum (Anlaşma) İlişkisi”, GÜHFD (2005), C. 9, Sa. 1-2, s. 171-183, s. 176

real (ayni) ve rızai sözleşmelerdir²³. Buradan da anlaşılacağı üzere sadece rızaların uyuşması şartının kabul edildiği ve bundan başka şart öngörülmeleyen sözleşmeler, Roma hukukunda sözleşmeler sistemi içerisinde sadece bir grubu (rızai sözleşmeler grubu) oluşturmaktadır. Bu durum kaynaklarda şu şekilde ifade edilmektedir:

Gai. Ins. 3.89

“Et prius videamus de his, quae ex contractu nascuntur. harum autem quattuor genera sunt: aut enim re contrahitur obligatio aut verbis aut litteris aut consensu.”

“Öncelikle sözleşmeden doğanları (borçları) görelim. Bunlar dört çeşitlerdir. Zira her borç ilişkisi ya bir şeyle (*re*), ya sözlerle (*verbis*), ya yazılarla (*litteris*) ya da rıza ile (*consensu*) oluşur.”²⁴

Ius. Ins. 3.13.2

“... Prius est, ut de his, quae ex contractu sunt, dispiciamus. Harum aequae quattuor species sunt: aut enim re contrahuntur aut verbis aut litteris aut consensu. De quibus singulis dispiciamus.”

“... Öncelikle sözleşmeden doğanlardan bahsedelim. Bunlar da dört çeşitlerdir: Ya şey ile (*re*=ayni), ya sözlerle (*verbis*), ya yazılarla (*litteris*), ya da rıza ile (*consensu*) aktolunurlar.”²⁵

Öncelikle real sözleşmeler (*re contrahitur*) irdelenecek olursa, bu sözleşmelerde tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı (*consensus*) yeterli olmamakta, sözleşmenin konusu olan şeyin (*res*), farklı sözleşme türünde değişmek üzere, vazüyetliğinin²⁶, zilyetliğinin ya da mülkiyetinin sözleşmenin karşı tarafına geçirilmesi

²³ **Umur**, Ders Notları, s. 336-339; **Rado**, 42-44; **Söğütlü-Erişgin**, Contractus, s. 35; **Villey**, **M. (Çev.: Tahiroğlu, B.)**: Roma Hukuku Güncelliği, İstanbul 2015, s. 134 vd.

²⁴ **Rado**, s. 39

²⁵ **Umur, Z.:** Iustinianus Institutiones, İstanbul 1968, s. 239

²⁶ Roma hukukuna göre zilyetlik (*possessio*) ile vazüyetlik (*detentio*) arasındaki temel fark niyete (*animus*) dayanmaktadır. Buna göre zilyetlikte kendi mülküymüş gibi elinde bulundurma

gerekmektedir. Roma hukukuna göre aynı sözleşmelerin en eskisi karz sözleşmesidir (*mutuum*). Bunun yanına daha sonra ariyet (*commodatum*), vedia (*depositum*) ve rehin (*pignus*) sözleşmeleri de ilave edilmiştir²⁷.

Sözlü sözleşmeler (*verbis contrahitur*) ele alınacak olunursa, bu sözleşmelerin geçerli olabilmesi için adından da anlaşılacağı üzere taraf iradelerinin belirli söz ve şekillerle açıklanması gerekmektedir. Bu kapsamda Roma hukukunda sözlü sözleşmelerin en önemlisi *stipulatio*'dur²⁸.

Bundan başka, yine sözlü bir sözleşme olan *ius iurandum liberti*'den bahsetmek faydalı olacaktır. Bu sözleşme azat edilen kölenin, eski efendisine karşı bazı hizmetleri ifa edeceğine veya ona çeşitli hediyeler vereceğine yönelik yemin etmesiyle kurulurdu²⁹. Tek tarafın sözlü ifadeleriyle kurulan bu sözleşmenin Roma'da yeminin (*iusiurandum*) borç doğurduğu tek durum olduğu kabul edilmektedir³⁰. Bu sözleşme iş görme borcu doğurmaktadır ve işçi-işveren arasındaki bağımlılık sürecinde önemli bir role sahiptir.

söz konusu iken, vazüyetlikte başkası adına elinde bulundurma niyeti söz konusudur. **Karadeniz-Çelebican, K.:** Roma Eşya Hukuku, Ankara 2015, s.107

²⁷ **Rado**, s. 44-45; **Tahiroğlu**, Borçlar, s. 127-128; **Buckland**, s. 459 vd.; **Villey**, s. 134-135

²⁸ **Tahiroğlu**, Borçlar, s. 127; **Villey**, s. 134. *Stipulatio* Roma hukukunun borç doğurucu genel bir sözleşme tipidir ve çok çeşitli yerlerde uygulanmıştır. Genel olarak taraflardan birinin, belli kelimeleri kullanarak sorduğu soruya, karşı tarafın aynı kelimelerle kayıtsız şartsız rıza göstermesiyle kurulmaktaydı. *Stipulatio* şeklinde yapılan anlaşmaların hepsi dava ile takip edilebilen bir borç meydana getirmektedir. **Gürten**, Kefalet, s. 29

²⁹ **Söğütlü-Erişgin**, Contractus s. 76; **Buckland**, s. 455-456

³⁰ **Yeşiller, M.:** Roma Hukuku'nda Kira Sözleşmesi (*Locatio Conductio Rei*) (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Ankara 2012, s. 10.

Gai. Ins. 3.96

“Item unoloquente et sine interrogatione alii promittente contrahitur obligatio, si libertus patrono aut donum aut munus aut operas se daturum esse iuravit, etsi haec sola causaa est, ex qua iureiurando contrahitur obligatio.”

“Eğer azatlı, eski efendisine hediyeler vereceğine, hizmet veya işler ifa edeceğine dair yemin etmiş ise, borç ilişkisi soru sorulmadan, sadece vadeden tarafın konuşmasıyla doğar; bu durum yeminle borcun doğduğu tek durumdur.” **Ceylan-Güneş, S.:** Roma Hukuku'nda ve Türk Hukuku'nda Hizmet Akdi (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 1999, s.39. Klasik Hukuk Dönemi'nde ise bu işleme gerek duyulmamış, bunun yerine işe ilişkin *stipulatio*'lar tercih edilmiştir. **Berki, Ş.:** “Roma'da Borçların Kaynakları”, AÜHFD (1950), C. 7, Sa. 3, s. 378- 413, s. 404; **Zimmermann, R.:** The Law of Obligations Roman Foundations of the Civilian Tradition, Cape Town 1990, s. 387

Yazılı sözleşmeler (*litteris contrahitur*) ise günümüzdeki yazılı şekil şartını gerektiren sözleşme kavramından oldukça farklı bir noktadadır. Roma'da aile babaları malvarlığını gözetme yükümlülüğünün sonucu olarak aileye ilişkin masrafları, alacak ve borçları bir defterde kayıt altına almaktaydı³¹. Bu defterler *codex accepti et expensi* (alacak ve borç defterleri) olarak adlandırılmaktadır³². Defterlerdeki kayıtlardan ilki belirli tarihte, bir boçluya, belli bir miktar paranın ödenmiş olmasına yönelikti veya para borcuna ilişkin bir alacak (*nominia arcaria*) hakkında olabilirdi. Bu şekilde yapılan sözleşme *expensilatio* yazılı sözleşmesidir. Bu durumda söz konusu kayıtların yapılmasıyla taraflar arasında borç ilişkisi kurulmuş kabul ediliyordu ve gerektiği zaman taraflar burdaki kayıtlara başvurabiliyordu³³. Borçlunun rızası ile deftere geçirilen kayıtlar ise *nomina transscriptia* şeklinde adlandırılmakta, burada da aynı şekilde borç ilişkisi kurulmaktaydı³⁴.

Son olarak tezin konusunu teşkil eden hizmet sözleşmesinin de dahil olduğu rızai sözleşmeler (*consensu contrahitur*) açısından durum değerlendirilecek olursa, sözleşmenin rızaya dayanması Roma Hukuku kaynaklı değildir ve temeli Akdeniz ticaretine dayanmaktadır³⁵. Herhangi şekli bir işleme gerek olmaksızın veya karşı tarafa bir şey vermeksizin sadece tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile kurulan bu sözleşmeler şunlardır: Alım satım sözleşmesi (*emptio venditio*), *locatio conductio* (bugün için kira, hizmet ve eser sözleşmelerini kapsamaktadır.), şirket sözleşmesi (*societas*) ve vekalet sözleşmesi (*mandatum*)dir³⁶. Rızai sözleşmelerin genel özellikleri *locatio conductio* özelinde aşağıda ayrıca değerlendirilecektir.

³¹ Söğütlü-Erişgin, Contractus, s. 36

³² Koschaker, s. 228

³³ Söğütlü-Erişgin, Contractus, s. 36

³⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Koschaker, s. 228-229; Buckland, s. 456 vd.; Emiroğlu, H.: Ius Gentium Kavimler Hukuku, İstanbul 2007, s.123 vd.

³⁵ Tahiroğlu, Borçlar, s. 114; Söğütlü-Erişgin, Contractus, s. 40; Villey, s. 133. Gerçekten Roma'nın, kuruluşdaki şehir devleti sınırlarını aşmasıyla ve yabancı kavimlerle olan ilişkilerinin gelişmesiyle tarıma dayalı kapalı yapısı değişmiş ve artık ticaret temelli bir yapıya dönüşmüştür. Bu kapalı ve küçük tarım toplumunun ihtiyaçlarını karşılayan *Ius Civile* ise oluşan bu yeni yapıda yetersiz kalmıştır. Ticari ilişkilerin bu denli gelişmesi *Ius Civile*'nin sıkı ve şekilci yapısından arınmayı zorunlu kılmıştır. Gürten, K.: Roma Hukuku'nda Hakkaniyet, Ankara 2008, s. 48-49

³⁶ Rado, s. 46; Tahiroğlu, Borçlar, s. 128-129, Söğütlü-Erişgin, Contractus, s. 40-41; Umur, Ders Notları, s. 337; Buckland, s. 478 vd.

II. *LOCATIO CONDUCTIO* VE ROMA SÖZLEŞMELER SİSTEMİNDEKİ YERİ

Romalılar modern hukukta üç farklı sözleşme olarak değerlendirilen kira, hizmet ve eser sözleşmelerini tek bir kavram olarak *locatio conductio* kavramı altında bir arada ele almışlardır³⁷.

Romalılarca kira sözleşmesinin, hizmet ve eser sözleşmeleri gibi iş görme borcu doğuran sözleşmeler ile beraber aynı çatı altında toplanmış olması şaşırtıcı gelebilir. *Locatio conductio*'nun kelime kökenine ilişkin inceleme yapıldığında bu üç sözleşme açısından ortak nokta da tespit edilmiş olacaktır³⁸.

A. *Locatio* ve *Conductio* Kavramları

Locatio bir şeyi bir yere koymak, bırakmak anlamına gelen *locare* fiilinden türemiş olup, *conductio* beraberinde alıp götürmek, yönetmek anlamına gelen *conducere*'den gelmektedir³⁹. Bu anlamıyla *locatio conductio* bir tarafın bir şeyi karşı tarafın kullanımına bıraktığı, bir anlamda kira ilişkisidir⁴⁰.

Bu kapsamda üç sözleşme açısından da sözleşmenin tarafları şu şekilde isimlendirilmiştir: *locator* bir şeyi, karşı tarafın kullanımına bırakandır; *conductor* ise bu şeyi kullanmak üzere beraberinde alıp götüren, yöneten taraftır⁴¹.

Kira sözleşmesi (*locatio conductio rei*) açısından durum oldukça yalındır. Malını kiraya veren taraf *locator*, bunu alıp kullanacak olan taraf kiracı, *conductor*'dur. Eser

³⁷ **Manfredini, A. D.:** Istituzioni di Diritto Romano, Torino 2007, s. 363; **Kaser,** s. 219; **Umur,** Ders Notları, s. 366. Kira, eser ve hizmet sözleşmelerinin Roma hukukunda olduğu şekliyle benzer bir sistemle beraber ele alınmasına Fransız Medeni Kanunu (*Code Civil*) örnek olarak verilebilir. **Oğuz, A.:** Karşılaştırmalı Hukuk, Ankara 2003, s.127; **Villey,** s. 133

³⁸ **Zimmermann,** s. 338-339

³⁹ **Günel, N.:** “An Example of Consensual Contracts: Locatio Conductio Rei”, AÜHFD (2004), C. 1, Sa. 2, s. 201-211, s. 202; **Koschaker,** s. 238; **Karadeniz, Ö.:** Iustinianus Zamanına Kadar Roma'da İş İlişkileri, Ankara 1976, s. 124; **Zimmermann,** s.339; **Du Plessis, P. J.;** Letting and Hiring in Roman Legal Thought: 27 BCE - 284 CE (Letting and Hiring), Leiden/Boston 2012, s. 9

⁴⁰ **Mousourakis, G.:** Fundamentals of Roman Private Law, Berlin 2012, s. 229

⁴¹ **Di Marzo, S. (Çev.: Umur, Z.):** Roma Hukuku, İstanbul 1954, s. 394; **Dalla, D./ Lambertini, R.:** Istituzioni di Diritto Romano, Torino 2006, s. 357; **Kaser,** s. 220

sözleşmesinde ise (*locatio conductio operis*) bir eserin yapılması için malzemeyi ortaya koyan taraf, yani işsahibi⁴² *locator*; işi üstlenip malzemeleri beraberinde götüren ve işi bir anlamda yöneten taraf, yüklenici, *conductor*'dur. Hizmet sözleşmesinde hizmetini ortaya koyan, başka bir deyişle kiraya veren taraf işçi, *locator*; işi yönetecek olan taraf ve bir anlamda işçiyi alıp beraberinde götürecektir olan işveren, *conductor*'dur⁴³.

Romalı hukukçuların, sözleşmenin taraflarını bu şekilde belirtmiş olması günümüz hukukçusu için karmaşık bir nitelik taşıyabilir, nitekim iş görmeye ilişkin iki farklı sözleşmede taraflar açısından birbirinden farklı durumlar vardır. Her şeyden önce, üç sözleşme tipinde de sosyal ve ekonomik anlamda birbiriyle eşit konumda olmayan taraflar vardır. Fakat eser sözleşmesinde işi gerçekleştiren *conductor* iken, hizmet sözleşmesinde işi ifa eden *locator* durumundadır. Ücret ödemesi gereken taraf kira ve hizmet sözleşmelerinde *conductor* iken, eser sözleşmesinde bu *locator*'dur. Bu durum taraflara tanınan davalar açısından önem arz etmektedir. Bu nedenle tarafların talepleri doğal olarak hangi tarafta olduklarına göre değişiklik gösterecektir⁴⁴. Günümüz hukukçusu için karmaşık gelebilecek bu yapının özü *locare* ve *conducere* kelimelerinin anlamında gizlidir⁴⁵.

⁴² Roma hukukuna göre Klasik Hukuk Dönemi'nde yalnızca işsahibinin malzemeleri getirmesi durumunda eser sözleşmesi kurulmakta, yüklenicinin malzemeleri getirmesi durumunda ise alım-satım sözleşmesi kurulmaktaydı. **Rado**, s. 109

⁴³ **Karadeniz**, İş İlişkileri, s. 124; **Zimmermann**, s. 339; **Koschaker**, s. 238. Roma hukukuna paralel olarak Mecelle'de de insanın çalışması kira sözleşmesi kapsamında değerlendirilmiştir. Mecelle'nin 421. maddesine göre: "Kira sözleşmeleri konusuna göre iki türdür. Birinci tür; konusu belirli ve somut varlıkların (Ayn, ayan) menfaati olan kira sözleşmesidir; kiralanan şeye, kiraya verilen şey, kiralanan şeyin kendisi de denilir. Bu tür kiralalar üç kısma ayrılır. Birinci kısım; ev, arazi kirası gibi taşınmaz kirasıdır. İkinci kısım; elbise, kapacak gibi taşınır malların kirasıdır. Üçüncü kısım; hayvan kirasıdır. İkinci tür; konusu iş, hizmet olan kira sözleşmesidir, bunda kiralanan şeye işçi (ecir) denilir; ücret ile işçi ve hademe (hizmetli) tutmak gibi. Meslek ve sanat sahiplerini kiralamak da bu türe girer; örneğin kumaş terziden olmak üzere elbise kestirmek istisna sözleşmesine girdiği halde kumaş verip elbise diktirmek işçinin kiralınması anlamına gelir." **İlhan, C.:** Günümüz Türkçe'siyle Mecelle (Mecelle-i Ahkam-ı Adliye), Ankara 2014, s. 133

⁴⁴ *Locatio conductio*'da *locator*'a tanınan dava *actio locati*, *conductor*'a tanınan dava *actio conducti* olarak adlandırılmıştır. Bu kapsamda eser sözleşmesinde işsahibi *locator* durumunda olduğu için *actio locati*, karşı taraftan işin gereği gibi yapılmasının talep edildiği bir dava niteliğindedir. Bununla birlikte, hizmet sözleşmesindeki *locator* işi gerçekleştiren taraf yani işçi olduğu için *actio locati*, bu durumda ücretin talep edildiği bir dava niteliğindedir.

⁴⁵ **Burdick, W. L.:** The Principles of Roman Law and Their Relation to Modern Law, New York 1988, s. 451; **Zimmermann**, s. 339. Ayrıca temel ilişki kira ilişkisi kabul edildiği için ve bir anlamda üç sözleşme de kira çatısı altında düzenlendiği için *locatio conductio rei*'nin esas

B. *Locatio Conductio*'nun Tarihsel Gelişimi

Bugün için üç farklı sözleşmeye karşılık gelen *locatio conductio*'nun üçlü ayrımının Romalılar tarafından bilinmediği savunulmaktadır⁴⁶. Buna göre üçlemenin *Pandekt*⁴⁷ hukukçularına ait olduğu ve bu hukukçular tarafından üç sözleşmenin farklı şekilde sistematikleştirildiği bugün için genellikle kabul edilmektedir⁴⁸. Böylece *locatio conductio rei* ile ifade edilen günümüzdeki kira sözleşmesidir; *locatio conductio operarum* ile ifade edilen hizmet sözleşmesidir; son olarak *locatio conductio operis* ise eser sözleşmesine karşılık gelmektedir⁴⁹.

Bununla birlikte, Romalı hukukçular üç sözleşmenin konusunun farklılık göstermesi nedeniyle bu sözleşmelere aynı hukuk kurallarının uygulanmasının mümkün olamayacağını da bilincindelerdi⁵⁰. Nitekim zaman içerisinde *locatio conductio* da ekonomik faktörlere bağlı olarak gelişim göstermiştir. Bu kapsamda dogmatik üniter bir yapıya bağlı kalmak gereksiz bulunmuştur. Zaten Romalı hukukçular için de asıl olan somut uyumsuzluğu çözebilmektir⁵¹.

Böylece sözleşmeler arasındaki farklılıkları, herbir sözleşmeyi ayrıca isimlendirmek yerine, usule ilişkin kurallarla belirlemişlerdir. Bu noktada *praetor*'larca

model olduğu ve *locatio conductio operis* ve *operarum*'un *irregular*=düzensiz kira ilişkilerini oluşturduğu savunulmuştur. **Guarino, A.:** Diritto Privato Romano, Napoli 2001, s. 904; **Kaser,** s. 220

⁴⁶ Benzer ve karşıt görüşler için bkz. **Lewis, A. D. E.:** The Trichotomy in Locatio Conductio, The Irish Jurist, 1973, Vol. 8, s. 164-177, s. 164 vd.

⁴⁷ 12. yüzyıldan 19. yüzyıla kadar tamamlayıcı bir hukuk olarak yürürlükte bulunan Roma hukuku, ortak hukuk veya daha geniş bir anlatımla Pandekt hukuku olarak adlandırılmaktadır. Daha dar bir anlamıyla ise *Savigny*'nin kurduğu Tarihçi Hukuk Okulu'nun çalışmaları sonucunda ortaya çıkan Pandekt hukuk bilimi yani Pandektistik anlaşılmaktadır. **Küçük, E.:** “XII. Yüzyıl Rönesansı ve “Yeniden Doğan” Roma’yı Günümüze Bağlayan Son Halka: Pandekt Hukuku”, AÜHFD (2007), C. 56, S. 4, s. 111-122, s. 111

⁴⁸ **Zimmermann,** s. 338, 384; **Doğan-Yenisey, K.:** “Roma Hukukunun Modern İş Hukuku Üzerindeki Etkilerine Bir Bakış” Belgin Erdoğan’a Armağan, İstanbul 2011, s. 59

⁴⁹ **Di Marzo,** s. 396

⁵⁰ **Zimmermann,** s. 338; **Doğan-Yenisey,** s. 59

⁵¹ **Fiori, R.:** La Definizione Della “Locatio Conductio” Giurisprudenza Romana e Tradizione Romanistica, Napoli 1999, s. 5

tanınan dava *formula*'larının *demonstratio*⁵² kısımlarındaki sözleşmelere ilişkin farklılıklar dikkat çekmektedir⁵³.

M.Ö. 2. yüzyıla gelindiğinde Roma'da *locatio conductio*'nun bütün türleriyle bilindiği ve uygulandığı genellikle kabul edilmektedir⁵⁴.

Hukukun en eski dönemlerinde *locatio conductio*'nun real (ayni) bir sözleşme olduğuna yönelik istisnai görüşler bir kenara bırakılacak olursa, henüz Klasik Hukuk Dönemi'nde *locatio conductio*'nun başka bir işleme gerek olmaksızın sadece tarafların rızası ile kurulduğuna kesin gözüyle bakılmaktadır⁵⁵. Bununla birlikte, *locatio conductio*'nun rızai bir sözleşme olarak tanındığı bu süreçten öncesi yani Roma Hukuku'nun en eski dönemlerindeki özellikleri hakkında kaynaklardan yeterli bilgi sağlanamamıştır⁵⁶.

Konuya ilişkin ilk teorilerden biri *Mommsen*'e aittir⁵⁷. *Mommsen*'e göre *locatio conductio*'nun kökeni Roma'nın kamu hukukuna dayanmaktadır. Bu kapsamda *locatio*

⁵² Roma'da Özel Yargılama Sistemi'nde iki farklı usul mevcuttur. Bunlardan ilki *legis actio* usulüdür, ikincisi *formula* usulüdür. İlk usul Cumhuriyet Dönemi'nde yerini *formula* usulüne bırakmıştır. Yabancıların taraf olduğu anlaşmazlıklarda ilk usul uygulanamayınca ve ilk usulün katı ve şekilci kurallar öngörmesi *formula* usulünün yaratılmasını zorunlu kılmıştır. **Karadeniz-Çelebican**, Roma Hukuku, s. 272 vd. . Belli bir biçimde düzenlenmiş olan yazılı belge olarak tanımlanan *formula*'nın üç bölümü vardır. Bunlar *demonstratio* (tasvir), *intentio* (talep) ve *condemnatio* (mahkûm etme)'dur. *Demonstratio* bölümünde çekişmeli olayın ne olduğu anlatılmaktadır ve hâkime, davacının iddiasının hangi somut olaya dayandığı ifade edilmektedir. En önemli kısım *intentio*'da ise belirtilen somut olay sonucunda ortaya çıkan hukuki durum ve öne sürülen hak açıklanmaktadır. *Condemnatio*'da ise *intentio*'daki iddiaların doğruluğu tespit edilirse, davalının mahkûm edilmesi; aksi halde beraat ettirilmesi hususunda hâkime verilen yetki ifade edilmektedir. **Türkoğlu-Özdemir, G.:** "Roma Medeni Usul Hukukunda Formula Yargılaması", DEÜHFD (2005), C. 7, Sa. 1, s. 167-212, s. 196-197; **Karadeniz-Çelebican**, Roma Hukuku, s. 299; **Öztek, S.:** "Roma Medeni Usul Hukukunun Ana Hatları Törenden Şekle; Hususi Adaletten Devlet Adaletine", İÜHFM (1985), C. 51, Sa. 1-4, s. 335-372, s. 351; **Günel, N.:** Roma Medeni Usul Hukukunda Yargılama Süreci ve İstinaf, Ankara 2007, s. 27 vd.

⁵³ **Yeşiller**, s. 14-15; **Kaser**, s. 220-221; **Zimmermann**, s. 341-342

⁵⁴ **Berki, Ş.:** "Roma'da Borçların Kaynakları", AÜHFD (1958), C. 15, Sa. 1, s. 79-101, s. 83, **Söğütlü-Erişgin**, Contractus, s. 145

⁵⁵ **Karadeniz**, s. 120-121

⁵⁶ **Du Plessis**, s. 10

⁵⁷ **Mommsen, T.:** "Die römischen Anfänge von Kauf und Miethe" 1885 ZSS (rA) (6), 260-275, s. 264, 267-268; aktaran **Du Plessis**, s. 10

conductio rei (kira sözleşmesi) *ensor*⁵⁸’ların kamu arazisini kiralarken kullandıkları uygulamalara dayanmaktadır. Gerçekten *ensor*’ların devlet arazisini kiralarkenki uygulama usulleri, uygulamanın herhangi bir şekle tabi olmaması, araziye beş yıllık süre ile kiraya verirkenki uygulamaları, özel kişilere ait toprakların kiralanmasına benzetilmektedir⁵⁹. Bundan başka, *locatio conductio operis*’in (eser sözleşmesi) kamuya ilişkin işlerin bir başkasına bırakılmasından ortaya çıktığı düşünülmektedir. *Locatio conductio operarum*’un (hizmet sözleşmesi) ise *magistra*’ların emirlerini yerine getirmekle görevli ve *magistra*’larca işe alınan *lictors*⁶⁰ ve diğer hizmetlilerin faaliyetleri sonucunda ortaya çıktığına inanılmaktadır⁶¹. Böylece *Mommsen* kamu hukukundaki uygulamaların özel hukuka model teşkil ettiğini belirtmiştir.

Sözleşmenin kökenine ilişkin başka bir görüş *Costa*’ya aittir⁶². *Costa*, *locatio conductio*’daki kira ilişkisini taşınmazlar kapsamında ele almış ve ilişkinin eski efendi ile azatlı kölesi arasındaki ilişkiye bağlı olarak ortaya çıktığını savunmuştur. Bu kapsamda *locatio conductio*’nun temelini, *precarium*⁶³ aracılığıyla eski efendinin,

⁵⁸ Roma vatandaşlarının sayısını, malvarlıklarını ve bu malvarlıklarının nelerden oluştuğunu belirleyen liste Romalılarca *census* olarak adlandırılmıştır. Başlangıçta *consul*’lerin görevi olan bu işlemler, daha sonra *ensor* adı verilen yeni *magistra*’lık makamına bırakılmıştır. Ayrıca *ensor*’ların kamuya ait toprakların dağıtımını ve yönetimini sağlamak, maden ocaklarını kiraya vermek, kamu işlerine ilişkin görevlendirmelerin dağıtımını yapmak gibi görevleri de vardır. **Söğütli-Erişgin, Ö.:** Roma Kamu Hukukuna Giriş, Ankara 2017, s. 96-97, 100

⁵⁹ **Karadeniz**, s. 120

⁶⁰ İçinde balta bulunan bir demet çubuğu sırtlarında taşıyarak *magistra*’ların önünden yürüyen ve *magistra*’ların emirlerini yerine getiren kimselerdir. **Umur, Z.:** Roma Hukuku Lügati, İstanbul 1975, s. 126; **Berger, A.:** Encyclopedic Dictionary Of Roman Law, Philadelphia 1953, s. 565

⁶¹ **Du Plessis**, s. 10

⁶² **Costa, E.:** La Locazione di Cose nel Diritto Romano, Turin 1915 (Rep. Rome 1966), § 3-4; aktaran **Du Plessis**, s. 10-11

⁶³ *Precarium* (iğreti sözleşmesi) ile bir kimse karşı tarafın ricası (*prex*) üzerine ücretsiz olarak bir taşınmazın veya hakkın kullanılmasını karşı tarafa devretmekteydi. *Precarium*’un konusunu genellikle taşınmazlar oluşturmaktaydı ve alan malın zilyetliğini elde etmekteydi. *Precarium* alan, istendiği anda o şeyi iade etme veya hakkı kullanmaktan feragat etme borcu altına girerdi. **Rado**, s.124. Önceleri bireylere devlet tarafından verilen kamu arazileri *precarium* olarak nitelendirilmekteydi ve devlet istediği zaman bunu geri alabiliyordu. Daha sonra özel mülkiyet kapsamında da uygulamaların başladığı bilinmektedir. Ayrıca her an sona erdirilebilen bu ilişki, başlangıçta *patricius*’ların (soylu kişilerin) taşınmazlarını ücretsiz olarak *clientes*’lere (hizmetlilerine) vermeleri şeklindeydi. **Tahiroğlu**, Borçlar, s. 265-266. Klasik Sonrası Hukuk Dönemi’nde isimsiz sözleşmeler grubuna ait bir ayni sözleşme olarak tespit edilmiştir. **Umur**, Lügat, s. 166. *Precarium*’a ilişkin uygulamaların, *patricius*’ların arazilerini ücretsiz olarak *clientes*’lerine vermesiyle başlaması görüşü hakkında bkz. **Emiroğlu**, Kavimler, s. 156

azatlı kölesine kendi arazisi üzerinde zilyetlik hakkı tanımasına dayandığını ifade etmiştir⁶⁴.

Locatio conductio'nun kökeni konusundaki bir başka görüş de *Beck* tarafından ileri sürülmüştür⁶⁵. Bu görüşe göre, *locatio conductio*'nun temeli yine azatlı ve eski efendisi arasındaki ilişkiye dayanmaktadır ve eski efendisi tarafından azatlı kölesine bir takım görevler verilmesinde *locatio conductio*'nun izlerini aramak yerinde olacaktır⁶⁶.

Ayrıca *locatio conductio* kapsamındaki üç sözleşmenin farklı zamanlarda farklı ihtiyaçlara göre ortaya çıkmış olduğu; fakat üç duruma da *praetor*'un aynı davaları tanımış olmasıyla bunların tek bir çatı altında toplanmış olduğu düşünülmektedir. Bu nedenle, üç sözleşme arasında *locatio conductio* çatısı altında aynı davalarla ele alınmış olmanın ötesinde, başka herhangi bir ortak özellik olmadığı da savunulmaktadır⁶⁷.

Kaser ise sözleşmenin kökeninin *clientela*'ya dayandığını savunmaktadır. Köle benzeri bir işçi statüsünde olan *client*'in, *patronus*'una olan eski dönemlerdeki sıkı bağımlılığından hareket eden *Kaser*, zaman içerisinde *client*'in bağımlılığının azalmasıyla *patronus* ile aralarındaki ilişkinin *bona fides* (iyiniyet)'e dayanan bir rızai sözleşme adı altında değerlendiriliğini ifade etmektedir⁶⁸.

Locatio conductio'nun gelişimine ilişkin tüm bu değerlendirmelerden anlaşıldığı şekliyle, sözleşmenin kökenine ilişkin birbirinden farklı görüşler mevcuttur. Konunun, Roma'nın tarihi dönemlerinin çok eski zamanlarına kadar uzaması, aydınlatılması önündeki en büyük engeldir.

⁶⁴ **Du Plessis**, s. 10-11; benzer değerlendirme için ayrıca bkz. **Guarino**, s. 902

⁶⁵ **Beck, A.:** "Zur Entstehung des römischen Mietvertrages", Festschrift Hans Lewald (Basel 1953), s. 3-13, s. 4; aktaran, **Du Plessis**, s. 11

⁶⁶ **Du Plessis**, s. 11; benzer değerlendirme için ayrıca bkz. **Guarino**, s. 902

⁶⁷ **Fiori**, s. 6-7

⁶⁸ **Du Plessis, P.:** "Janus in the Roman Law of Urban Lease" Zeitschrift für Alte Geschichte, Bd. 55, H. 1 (2006), pp. 48-63, s.48

C. Sözleşmeler Sistemi İçinde *Locatio Conductio*'nun Özellikleri

Locatio Conductio, *Gaius* ve *Iustinianus*'un eserlerinden de anlaşıldığı şekliyle rızai sözleşmeler grubunda yer almaktadır ve tam iki tarafa borç yükleyen, niteliği itibariyle iyniyet sözleşmesidir.

Öncelikle, bir rızai sözleşme olarak *locatio conductio*, yukarıda da rızai sözleşmelere ilişkin açıklamalarda bahsedildiği şekliyle, diğer sözleşmelerin aksine ne sözlü ne de yazılı herhangi bir şarta tabi değildir ve tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları yeterlidir⁶⁹. *Gaius* ve *Iustinianus*'un *Institutiones*'inde konuya ilişkin birbirine benzeyen metinlerde bu durum açıklanmıştır.

Locatio conductio'nun rızai bir sözleşme olarak kabul edilmesine ve rızai sözleşmelerin genel özelliğine ilişkin genel kural ilgili metine şu şekilde yansımıştır:

Gai. Ins. 3.135-136

“*Consensu fiunt obligationes in emptionibus et venditionibus, locationibus conductionibus, societatibus, mandatis. Ideo autem istis modis consensu dicimus obligationes contrahi, quod neque verborum neque scripturae ulla proprietas desideratur, sed sufficit eos, qui negotium gerunt, consensisse. unde inter absentes quoque talia negotia contrahuntur, veluti per epistulam aut per internuntium, cum alioquin verborum obligatio inter absentes fieri non possit.*”

“Borç ilişkisi, alım satımda, *locatio conductio*'da, şirket ve vekâlette rıza ile (*consensu*) kurulur. Bu durumlarda borç ilişkisinin yalnız rıza ile kurulduğunu söyleriz; nitekim ne sözlere, ne yazıya, ne de mülkiyetin nakline gerek vardır, işlemi yapanların anlaşması yeterlidir. Dolayısıyla bu gibi işlemler hazır olmayanlar arasında da, örneğin mektupla veya haberci ile

⁶⁹ **Mousourakis**, *Fundamentals*, s. 229; **Tahiroğlu**, *Borçlar*, s. 225; **Rado**, 102

kurulabilirler, hâlbuki sözlü borç ilişkileri hazır olmayanlar arasında kurulamaz.”⁷⁰

Ius. Ins. 3.22 pr.

“*Consensu fiunt obligationes in emptionibus venditionibus, locationibus conductionibus, societatibus, mandatis.*”

“Alım satım, *locatio conductio*, şirket ve vekâlet sözleşmelerinde borç ilişkileri, sırf rıza ile meydana gelirler.”⁷¹

Bu metine ek olarak *Digesta*’da *Paulus*’a ait ilgili metin irdelenecek olursa:

D. 19.2.1 (Paul.)

“*Locatio et conductio, quum naturalis sit omnium gentium, non verbis, sed consensu contrahitur, sicut emptio et venditio.*”

Locatio conductio tabiatı gereği bütün kavimler için müşterek olduğundan, sözlü şekle tabi olmaksızın, alım satım sözleşmesinde olduğu şekliyle tarafların rızası ile kurulur⁷².

Yukarıdaki metinden de anlaşıldığı şekliyle rızai sözleşmeler *Ius Gentium* tarafından geliştirilen ve daha sonra *Ius Civile*’ye dahil edilmiş sözleşmelerdir⁷³. Bu sözleşmeleri, yabancılarla ticaretin gelişmesinin doğal bir sonucu olarak *yabancılar praetor*’u *Ius Civile*’ye aktarmıştır⁷⁴. Böylece bu sistem ile birlikte *Cicero*’nun düşüncesine göre bütün insanlar (hem vatandaşlar hem yabancılar) birbirine bağlanmış olup adil ve hakkaniyete uygun ahlak sisteminin başlangıcı oluşmuştur⁷⁵. Sonuç olarak,

⁷⁰ **Sayın-Korkmaz, S. B.:** Roma Hukuku’nda Vekalet Sözleşmesi (*Mandatum*), Ankara 2014, s. 46

⁷¹ **Umur,** Institutiones, s. 263

⁷² Kaynakça belirtilmeyen *Digesta* metinlerinin tamamı, İngilizce çevirilerinden dilimize aktarılmıştır. Bkz. **Watson, A.:** The Digest of Justinian, Vol. 1-4, Philadelphia 1998

⁷³ **Emiroğlu,** Kavimler, s.120-121, 141

⁷⁴ **Söğütlü-Erişgin,** Contractus, s. 40-41

⁷⁵ **Tahiroğlu,** Borçlar, s. 114

ticari hayatın ve yabancılarla ticari ilişkilerin bir gereği olarak *Ius Civile*'nin katı ve şekilci anlayışının aksine *locatio conductio* doğası gereği rızai bir niteliğe sahiptir.

Rızai bir sözleşme olmasının da doğal sonucu olarak *locatio conductio* bir iyiniyet sözleşmesidir ve iyiniyet davaları ile korunmaktadır⁷⁶.

Bu bağlamda Roma hukukunda sözleşmelere ilişkin başka bir ayrım dar hukuk sözleşmeleri ve iyiniyet sözleşmeleri ayrımıdır. Bu ayrıma paralel olarak sözleşmeler dar hukuk davaları (*iudicia stricti iuris*) ve iyiniyet davaları (*iudicia bonae fidei*) ile farklı şekillerde korumaya tabidir.

Rızai sözleşmelerde tarafların sorumluluğuna ilişkin esası *bona fides* (iyiniyet) oluşturmaktadır. Böylece *fides*'in bir gereği olarak tarafların dürüstlük, sadakat, söze bağlılık kapsamında sorumlu tutulması söz konusudur⁷⁷.

Fides'in sözleşmeler alanına yansması *bona fides*'tir. *Bona fides*'in hukuk alanına yansması *praetor*'larca tanınan ve *iudicia bona fidei* olarak adlandırılan iyiniyet davalarıyla sağlanmıştır⁷⁸.

Bu kavramlar usul hukuku açısından önem arz etmektedir. Taraflardan birinin edimini gerekli şekilde ifa etmemesi durumunda *bona fides*'in gereği olarak iyiniyet sözleşmelerinde somut olayın bütün özellikleri geniş bir takdir yetkisi ile değerlendirilmektedir. Böylece sözleşme kaynaklı taleplerin sadece tarafların anlaştığı hususlar kapsamında değil, bunların yerel kullanımına ve ticari örf'e göre belirlenmesi sağlanmıştır⁷⁹. Bu nedenle iş ve ticaret hayatına yönelik önemli borç ilişkilerinden doğan davalar bu niteliği taşımaktadır⁸⁰.

⁷⁶ **Mousourakis**, Fundamentals, s. 229; **Rado**, s. 102

⁷⁷ Birbirine yakın bu kavramların hepsi *bona fides*'in kapsamında ele alınmıştır. *Fides* bir anlamıyla bağlılık kavramını karşılamaktadır ve Romalıların geleneklerinde her zaman varlığını korumuştur. **Sayın-Korkmaz**, s. 61-62. Ayrıca verilmiş sözleri koruma altına alan tanrıça *Fides*'e dayanan dinsel kökenli bir kavramdır. Kullanıldığı kapsama göre değişebilen inanç, iman, vicdan, onur, güven, namuslu olmak, samimi olmak gibi farklı anlamları da mevcuttur. **Söğütlü-Erişgin**, Contractus, s. 69

⁷⁸ **Söğütlü-Erişgin**, Contractus, s. 70-71

⁷⁹ **Söğütlü-Erişgin**, Contractus, s. 73

⁸⁰ **Rado**, s. 36

Ius. Ins. 4.6.28

“*Actionum autem quaedam bonae fidei sunt, quaedam stricti iuris. Bonae fidei sunt hae: ex empto vendito, locato conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, pro socio, tutelae, commodati, pigneraticia, familiae erciscundae, communi dividundo, praescriptis verbis, quae de aestimato proponitur, et ea, quae ex permutatione competit, et hereditatis petitio. ...*”

“Bundan başka, bazı davalar iyiniyet (*bona fides*) ve bazıları dar hukuk (*strictum ius*) davalarıdır. İyiniyet davaları şunlardır: alım-satım, *locatio conductio*, vekâletsiz iş görme, vekâlet, vedia, şirket, vesayet, ariyet, rehin, tereke paylaşımı, müşterek mal paylaşımı, mirasa ilişkin istihkak davaları ile *aestimatum*'dan ve trampadan doğan *praescriptis verbis* davası. ...”⁸¹

Sonuç olarak *locatio conductio*'ya ilişkin davalar iyiniyet davalarıdır. Bu davaların *formula*'sının *intentio* kısmında “iyiniyet neyi gerektiriyorsa” ibaresi bulunmaktadır. Bu nedenle hakim iyiniyet neyi gerektiriyorsa ona göre kararını geniş bir takdir yetkisi ile vermektedir⁸².

Son olarak, *locatio conductio*'da her iki taraf da her zaman borç altına girdiği için sözleşme tam iki taraflıdır. Gerçekten her üç sözleşme açısından da taraflardan biri her zaman *merces* (ücret) ödemekle yükümlüken diğer taraf sözleşmenin türüne göre ya bir şeyin kullanılmasını temin etmektedir ya bir işin ifa edilmesi söz konusudur ya da bir eserin meydana getirilmesi vadedilmektedir⁸³.

⁸¹ Umur, Institutiones, s. 325

⁸² Sayın- Korkmaz, s. 61; Rado, s. 35-36

⁸³ Rado, s. 102; Koschaker, s. 238; Tahiroğlu, Borçlar, s. 236; Umur, Ders Notları, s. 366

III. ROMA HUKUKUNDA HİZMET SÖZLEŞMESİ (*LOCATIO CONDUCTIO OPERARUM*)⁸⁴

A. Tanım ve Özellikler

Locatio conductio operarum “bir kimsenin (*locator operarum, operarius, opera, mercennarius*), bir bedel (*merces*) karşılığında, belli bir süre için (*per tempora*), bir başka kimseye (*conductor operarum, dominus*) hizmet görmeyi vadettiği, hizmetlerini (*operae*) arz ettiği, iş gücünü sunduğu bir sözleşme” şeklinde tanımlanabilir⁸⁵.

Yukarıda da bahsi geçtiği şekliyle *locatio conductio* kapsamına giren üç sözleşme de niteliği itibariyle rızai, tam iki tarafa borç yükleyen, iyiniyet sözleşmeleridir. Ne sözlü ne de yazılı herhangi bir şarta tabi olmadığı için ve tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları yeterli olduğu için *locatio conductio operarum* rızai bir sözleşmedir⁸⁶; rızai sözleşmelerde tarafların sorumluluğuna ilişkin esası *bona fides*

⁸⁴ *Locatio conductio operarum* başlığı kapsamında hizmet sözleşmesine ilişkin modern hukuk sistematigi takip edilmiş olup Roma hukukunda hizmet sözleşmesi ve iş ilişkilerine ilişkin kurum ve kavramlar modern hukuk ile kesiştikleri ölçüde ele alınmıştır. Modern hukuka ilişkin karşılaştırmalara, bu kapsamda ilgili yerlerde dipnotlarda temas etmek tercih edilmiştir. Bu bağlamda esas olarak TBK sistematigi benimsenmiştir. Bununla birlikte, İş Kanunu’nun TBK’den farklı düzenlemeler öngördüğü yerler ayrıca belirtilmiştir.

Mevcut durumda, TBK ile İş Kanunu arasındaki ilişki genel norm-özel norm ilişkisidir. Bu nedenle uygulama önceliği özel norm niteliği taşıyan İş Kanunu’nda olacaktır. Genel norm niteliğine sahip olan TBK ise İş Kanunu’nda hüküm bulunmayan hallerde uygulama imkanı bulacaktır. Kanunların aynı konuya ilişkin farklı düzenlemelerinde ise “özelin genele önceliği ilkesi” gereği İş Kanunu’nun uygulanması gerekmektedir. **Arslan-Ertürk, A.:** “Türk Borçlar Kanunu’nun Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümlerinin İş Kanunu Üzerindeki Etkisi”, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukukta Genç Yaklaşımlar Konferans Serisi No: 5, İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar, İstanbul 2014, s. 112-113

⁸⁵ **Karadeniz,** s. 129-130; **Di Marzo,** s. 394; Ayrıca bkz. **Casciopne, C.:** *Manuale Breve Diritto Romano*, Milano 2007, s. 204; **Manfredini,** s. 365-366

TBK m.393/I’de hizmet sözleşmesi şu şekilde tanımlanmıştır: “Hizmet sözleşmesi, işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle işgörmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.”

İş Kanunu m.8/I’de “İş sözleşmesi, bir tarafın (işçi) bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir. İş sözleşmesi, Kanunda aksi belirtilmedikçe, özel bir şekle tâbi değildir.” şeklinde tanımlanmıştır.

⁸⁶ Kendi hukukumuz açısından da kural olarak hizmet sözleşmesi özel bir şekle tabi değildir ve bu nedenle hizmet sözleşmesi rızai bir sözleşmedir. Bununla birlikte, iş hukuku bazı durumlarda işçiyi koruma maksatlı yazılı şekil şartını öngörmüştür. **Mollamahmutoglu/Astarlı,** s. 348; **Narmanlıoğlu, Ü.:** İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri, İstanbul 2012, s. 192; **Reisoğlu, S.:** Hizmet Akdi, Ankara 1986, s. 141-143; **Süzek, S.:** İş Hukuku, İstanbul 2015, s. 318-320. TBK m.394/I hükmü, İş K. m.8/I’de belirtilmiş olan esasa bağlı

(iyiniyet) oluşturduğu için bir iyiniyet sözleşmesidir; işveren her zaman *merces* (ücret) ödemekle yükümlüyken karşılığında işçi hizmet görmekle yükümlü olduğu için başka bir deyişle her iki taraf da her zaman borç altına girdiği için sözleşme tam iki taraflıdır⁸⁷.

Romalılar hizmet veya iş⁸⁸ kavramının karşılığı olarak *opera* (çoğulu *operae*) kavramını kullanmışlardır. Hizmet sözleşmesi kapsamında bu açıdan ilk önce Romalıların *opera* kavramı ile neyi ifade ettikleri ve *opera*'nın unsurları üzerinde durulmalıdır. Bu kapsamda söz konusu unsurlar ile modern hukukta hizmet sözleşmesinin unsurları arasında da benzerlikler olduğu anlaşılabacaktır.

B. Opera Kavramı ve Unsurları

Opera bir anlamıyla gereksinimleri karşılayan her türlü insan faaliyeti anlamına gelmektedir; hukuki anlamıyla ise hizmet sözleşmesinin konusunu oluşturan insan faaliyeti anlamını taşır. Bu bağlamda modern bir ekonomi kavramı olarak işi değil, anlamına göre bazen hukuki bazen de toplumsal bir karşılığı vardır. Buna göre bazen bir çiftçinin faaliyetini nitelendirmek için, bazen tarım işlerinde kullanılan hayvanların faaliyetleri için, bazen de bir doktorun faaliyetini ifade etmek için çok farklı şekillerde kullanılabiliyordu⁸⁹.

kalarak kanunda aksine bir hüküm olmadıkça hizmet sözleşmelerinin herhangi özel bir şekle bağlı olmadığını düzenlemiştir. Bu noktada, özellikle belirli süreli iş sözleşmeleri olmak üzere bazı sözleşmelerin yazılı yapılmasına ilişkin İş K.'da yer alan hükümlere TBK'da yer verilmediği anlaşılmaktadır. Bu kapsamda İş K. özel kanun niteliği taşıdığı için kanunlar arasındaki farklılıklar İş K.'nun uygulanması açısından herhangi bir değişiklik yaratmayacaktır. **Arslan-Ertürk**, s. 65-66

⁸⁷ Modern hukuk kapsamında da hizmet sözleşmesi ile işçi, iş organizasyonu çerçevesinde ücret karşılığında iş görür. İş görme ve ücret edimleri açısından *synallagma* ilişkisinin bir gereği olarak hizmet sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. **Gümüş, M. A.:** Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt I, İstanbul 2013, s. 381; **Eren, F.:** Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2014, s. 536; **Zevkliler, A./Gökyayla E.:** Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Ankara 2016, s. 454; **Süzek**, s. 253

⁸⁸ TBK “hizmet sözleşmesi” terimini esas almakla birlikte 4857 sayılı İş Kanunu “iş sözleşmesi” terimini kullanmaktadır. İki terimin de kavramsal açıdan aynı olduğu ve terimler arasında fark bulunmadığı doktrinde genellikle kabul edilmektedir. **Mollamahmutoğlu/Astarlı**, s. 287; **Süzek**, s. 243; **Narmanlıoğlu**, s. 165

⁸⁹ Klasik Sonrası Hukuk Dönemi'nde işin bütün çeşitlerini ifade etmek için *labor* kavramının *opera*'nın yerine kullanılmaya başlandığı görülmektedir. **Karadeniz**, s. 36-37, 39

En geniş tanımıyla *Paulus*'a göre *opera*: “ifası gereken zamandan önce varlığı olmayan bir faaliyetten ibarettir”. Bu tanımda *opera*'nın üç unsurunu görmek mümkündür⁹⁰.

D. 7.7.1 (Paul.)

“*Opera in actu consistit nec ante in rerum natura est, quam si dies venit, quo praestanda est, quemadmodum cum stipulamur " quod ex arethusa natum erit"*

Opera bir faaliyetten ibarettir ve tabiatı gereği, ifa edilmesi gereken zamandan önce *opera*'nın varlığından söz edilemez.

Buna göre *opera*'nın ilk unsuru *actus* (faaliyet)'tur. Buradaki *actus* kavramından yalnızca dinamik bir faaliyet anlaşılmamalıdır. Nitekim Romalılar olumsuz yönden olsa da bir takım faaliyetlerin yapılmamasını, bu durumda da bir güç harcanacağını düşündükleri için, *opera* kapsamında değerlendirmişlerdir. Bu duruma azatlıların gördükleri işleri (*operae liberti*) örnek göstermek mümkündür. Azatlanmış olan kölenin (*libertus*) eski efendisine (*patronus*) karşı kendisini azat etmiş olmasından duyduğu minneti gösterebilmek adına bir takım yükümlülükleri, azat edildikten sonra da devam etmektedir ve ona karşı üç farklı nitelikte yükümlülüğü vardır. Bunlar: *operae* (işler, hizmetler), *dona* (armağanlar), *munera* (ilk iki grubun dışında kalan diğer yükümlülükler)'dir⁹¹. *Munera* veya bazı kaynaklarda⁹² *obsequium* şeklinde de ifade edilen bu kavram ile anlatılmak istenen, azatlının eski efendisine veya onun çocuklarına göstermesi gereken saygıdır. Aradaki bu bağlılığın bir gereği olarak azatlı, eski efendisini *praetor*'dan izin almadan dava edemez veya ona karşı şerefsizlik (*infamia*)⁹³

⁹⁰ **Karadeniz**, s. 40-41; **De Robertis, F. M.**: I Rapporti Di Lavoro Nel Diritto Romano, Milano 1946, s. 15,30; **Martini, R.**: Mercennarius, Contributo Allo Studio Dei Rapporti di Lavoro in Diritto Romano, Milano 1958, s. 17

⁹¹ **Karadeniz**, s. 41

⁹² **De Robertis**, s. 17

⁹³ *Infamia* kelime olarak kötü şöhret, şerefsizlik gibi anlamlar taşımaktadır ve bir topluluk içerisinde bir kimsenin itibarını kaybetmesi anlamına gelmektedir. Özel hukuk açısından, gerçek anlamda ehliyeti kısıtlayan bir neden olmamakla birlikte, *praetor* bu şekilde itibarını kaybetmiş kişilerin adalet önünde başkalarını temsil edemeyeceklerini *Edictum*'larda tespit etmiştir. Askerlikten kovulanlar, utanç veren meslekleri icra edenler, sahneye çıkanlar, gladyatörler, iki kadınla birden evlenenler ve haksız fiil veya bazı sözleşme davalarından

sonucunu doğuran davaları açamazdı. Aynı şekilde eski efendisine karşı belli bir mesleki faaliyeti ifa etmeyeceği vaadinde bulunması da yine *opera* kapsamında değerlendirilmiştir⁹⁴. Bu tipteki olumsuz faaliyetlerin de *opera* kapsamında değerlendirilmiş olması *actus*'tan sadece olumlu faaliyetlerin anlaşılması gerekliliğini ortaya koymaktadır⁹⁵.

D. 38.1.7.3 (Ulp.)

“Iurare autem debet operas donum munus se praestaturum, operas qualescumque, quae modo probe iure licito imponuntur.”

Bundan başka, azatlı hizmet göreceğine veya hediyeler sunacağına yönelik yemin etmelidir. Doğruluk ve dürüstlük kuralına uymak şartıyla her türlü hizmet bu kapsamda sağlanabilir.

Digesta'nın “Azatlıların Hizmetleri” başlığını taşıyan 38. Kitabı'nda yer alan bu metine göre, her türlü hizmetin sağlanması veya eski efendilere hediyeler sunulması *opera* kapsamında değerlendirilmiştir.

mahkum edilenler bu kapsamda değerlendirilmiştir. **Umur**, Lügat, s. 85; **Berger**, s. 500. Gerçekten *infamia* kamu hukukuna ilişkin bir kavramdır ve özel hukuk ile bağlantısı daha sınırlıdır. Bu kapsamda *infamis*'ler kamu hizmetlerinden ve seçme ve seçilme hakkından yoksun bırakılmışlardır; özel hukuka yönelik olarak da mahkemede kendi adlarına dava açmak veya başkalarını temsil etmek hakkından yoksun bırakılmışlardır. **Türkoğlu-Özdemir, G.:** Roma Hukukunda Infamia (Şerefsizlik), Ankara 2008, s.18

⁹⁴ **Karadeniz**, s. 41

⁹⁵ İş görme borcu ile ilgili olarak modern hukukta farklı bir düzenleme öngörülmüştür. Buna göre hizmet sözleşmesinin bir unsuru olarak iş görme TBK m.319'da geniş anlamda kullanılmıştır. Bu açıdan gerek maddi fiilleri içerecek şekilde dar anlamda iş görmeyi gerek hukuki işlemlerde bulunmayı kapsayacak şekilde işlem yapmayı içermektedir. Bundan başka, Roma hukukundan farklı olarak her türlü bedensel, düşünsel, teknik, sanatsal veya bilimsel iş, hizmet sözleşmesinin konusunu oluşturabilir. Ayrıca iş görme ediminin her zaman aktif bir faaliyeti gerektirmese bile, olumlu edim (yapma edimi) olması gerekmektedir. Nitekim yapmanın bir iş görme edimini oluşturamayacağı ancak bir yan edimin konusu olabileceği ifade edilmektedir, örneğin rekabet etmeme borcu bu kapsamda değerlendirilmektedir. **Gümüş**, s. 382-383; **Reisoğlu**, s.40; **Mollamahmutoglu/ Astarlı**, s. 293; **Süzek**, s. 244; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 453; **Yavuz, C.:** Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, İstanbul 2012, s. 385

Opera kapsamında bir diğer unsur ifa yükümlülüğüdür. Böylece yükümlülüğün mevcut olmadığı çeşitli spor faaliyetleri ve oyunlar *opera* kavramının dışında tutulmuştur⁹⁶.

Öte yandan *opera*'nın en önemli unsuru zamandır. Roma hukukunda zamandan bağımsız olarak iş düşünülemez⁹⁷. Bu nedenle bu unsur dikkate alınmaksızın yapılan sözleşmelerin hukuki bakımdan geçerli olmadıkları düşünülmektedir. Bu ise tarım toplumunun bir gereğidir. Gerçekten tarımsal faaliyet açısından zaman unsuru oldukça önemlidir ve mevsimlere bağlıdır. Bu işlerin geciktirilmeden belirlenen zamanda yapılması gerekmektedir. Nitekim borcun, belirlenen zamandan başka bir zamanda ifa edilmesi anlamsız olacaktır. Örneğin hasat zamanlarında durum böyledir. Bu durumun hukuka yansımaları şu şekilde olmuştur: Belirlenen zamanda işin görülebilmesi sonucunda *opera*'nın ifa edilebilme olanağının ortadan kalktığına inanıldığı için bu durumda imkansızlaşan ifa nedeniyle işin sadece parasal değerinin tazmin edilebilmesi öngörülmüştür⁹⁸.

Opera'ya ilişkin önemli başka bir mesele de *opera*'nın *res* (şey) veya *factum* (fiil, olgu) niteliği ile ilgilidir. Aşağıda daha ayrıntısıyla ifade edileceği üzere, Roma'da iş ilişkileri öncelikle *locatio conductio rei* (kira sözleşmesi) içinde değerlendirilmiştir. Gerçekten, iş gücüne daha fazla ihtiyaç duyulan dönemlerde örneğin hasat zamanlarında, aile babası yönetiminde ve ona bağımlı olarak yaşayanlar etrafında gelişen tarıma ve kapalı aile düzenine dayanan sistem içerisinde, zaman zaman aile dışında da iş gücüne ihtiyaç duyulabiliyordu. Bu kapsamda bir aile babasının başka bir aile babasına ait köleyi kendi tarımsal faaliyetinde çalıştırmak üzere kiralamasıyla Roma'da iş ilişkileri ilk defa kira ilişkisi çerçevesinde hukuk alanına yansımış oluyordu⁹⁹. Fakat bu sözleşmelerde sözleşmenin konusu kölenin kendisidir, nitekim

⁹⁶ Karadeniz, s. 42

⁹⁷ Bkz. yukarıda D. 7.7.1

⁹⁸ Karadeniz, s. 43-45

Modern hukuk açısından da hizmet sözleşmesinin tipik unsuru zamandır. İşverenin emrindeki işçi ister tam zamanlı ister kısmi süreli olarak çalışsın, zaman unsuru her zaman ön plandadır. Bu nedenle işçi, bir iş sonucunu üstlenmeksizin belirli veya belirli olmayan sürede işverenin emrinde çalışmaktadır ve zaman unsuru çalışma süresinin belirlenmesi açısından önem taşımaktadır. Eren, s. 532; Mollamahmutoglu/Astarlı, s. 294-296; Reisoğlu, s. 50-51; Zevkililer/Gökyayla, s. 457

⁹⁹ De Robertis, s. 4-5

kölenin hukuki statüsü gereği mal olarak algılanması, kendisinden bağımsız olarak emeğinin değerlendirilmesini, özellikle daha ilkel zamanlarda, imkansız kılmaktadır. Bu şekilde kiraya verilen kölenin hizmeti, onun semeresi olarak algılanmıştır. Başka bir deyişle, kölenin kiraya verilmesi semere veren bir malın kiralanması yani hasılat kirası niteliğindeydi¹⁰⁰.

D. 7.7.3 (Gai.)

“In hominis usu fructu operae sunt et ob operas mercedes.”

Köle üzerindeki intifa hakkının konusunu, hizmetleri ve bu hizmetleri sonucunda elde edilen gelirler oluşturmaktadır.

D. 7.7.4 (Gai.)

“Fructus hominis in operis constitit et retro in fructu hominis operae sunt. et ut in ceteris rebus fructus deductis necessariis impensis intellegitur, ita et in operis servorum.”

Kölenin hizmeti, semeresi kabul edilmektedir. Ve bazı durumlarda zorunlu masrafların mahsup edilmesinden sonra geriye kalan semere olarak hesaplanmaktadır.

D. 7.7.3'te kölelerin semere veren bir “şey” olmaları dolayısıyla intifa hakkının konusu olabileceği ifade edilmiştir. **D. 7.7.4**'te ise hizmet kapsamında yapılan zorunlu masrafların *operae*'den çıkarılmasından sonra geriye kalanın semere olarak hesaplanabileceği belirtilmiştir¹⁰¹.

İşte bu anlayış nedeniyle iş görme borcunun Klasik Hukuk Dönemi boyunca bir verme (*dare*) borcu niteliğinde olduğu kabul edilmiş, yani iş görme bir yapma borcu (*facere*) olarak değerlendirilmemiş ve sayısından (*numerus*), miktarından (*quantitas*), özünden (*substantia*), cinsinden (*genus*) bahsedilen maddi varlığı olan bir *res* (şey) niteliğine sahip olduğu kabul edilmiştir¹⁰². Sonuç olarak hukuki ilişkinin konusu olan

¹⁰⁰ Karadeniz, s. 49; Ceylan-Güneş, Hizmet Akdi s. 45-46

¹⁰¹ Karadeniz, s. 48-49; De Robertis, s. 22-23

¹⁰² Karadeniz, s. 45-46

işçilerin özellikleri, ki tarihsel süreç içerisinde bunlar ilk önce kölelerdir, *opera*'ya da mal edilmiştir.

Opera ifadesinin hem iş hem de işi gören işçi için kullanılması da bunu doğrular niteliktedir¹⁰³.

Ayrıca *locatio conductio*'nun kendi içinde üç sözleşmeyi beraber ele alan üniter yapısını, üç sözleşmenin de *res* merkezli olmasına ve bu *res*'lerin verilip geri alınması temeline dayandıran görüşler de mevcuttur. Şöyle ki kira sözleşmesinde zaten bir mal sözleşmenin konusudur; eser sözleşmesinde Roma hukukuna göre malzemeler iş sahibi tarafından getirileceği için yine durum *res* merkezli düşünülmüştür; hizmet sözleşmesinde ise köle hizmet görecektir kişiye zaten *res* konumundadır, özgür kişi hizmet görecektse hizmeti *res* olarak değerlendirdikleri için yine *res* merkezli bir yapı tespit edilmiş olmaktadır¹⁰⁴.

Bununla beraber, *locatio conductio rei* veya *operis* açısından verme borcu ve *res* niteliği kabul edilebilmekle birlikte -nitekim *locatio conductio rei* kapsamında kiralanmış bir mal tekrardan karşı tarafa iade edilecektir veya *locatio conductio operis* kapsamında eser meydana getirmek üzere kullanılan mallar karşı tarafa iade edilecektir- *locatio conductio operarum*'da yani hizmetin kiralanmasında, hizmetin iadesi söz konusu olamayacağı için, bu mümkün değildir. Bu nedenle Klasik Hukuk Dönemi hukukçularının, bunun bilinciyle işin *res* olarak algılanmasının bütün hukuki sonuçlarını kabul etmedikleri de anlaşılmaktadır¹⁰⁵.

Zaman içerisinde kölelerin yanında iş ilişkilerine özgürlerin de dahil olmasıyla birlikte ve özgürler arası hizmet sözleşmelerinin kurulmaya başlamasıyla, ki bu aşağıda açıklanacağı üzere belirli bir toplumsal ve ekonomik değişim ile beraber mümkün olmuştur¹⁰⁶, yeni hukuki kurumların yaratılması zorunluluğu ortaya çıkmıştır. Fakat

¹⁰³ Hizmet sözleşmesinin yanında iş görme borcu doğuran başka bir kaynak olan *stipulatio*'lar açısından da durum aynıdır. Nitekim Klasik Hukuk Dönemi boyunca bu *stipulatio*'ların da yapmaya (*facere*) değil, vermeye (*dare*) ilişkin oldukları düşünülmektedir. **Martini**, s. 17; **Karadeniz**, s. 46

¹⁰⁴ **Fiori**, s. 2

¹⁰⁵ **Karadeniz**, s. 47

¹⁰⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. **İkinci Bölüm, II. Romadaki Siyasi ve Sosyo-Ekonomik Değişimlerin İş İlişkilerine ve Bağımlılık İlişisine Etkileri** başlığındaki açıklamalar.

Romalı hukukçular yeni hukuki kavramlarla yeni durumu düzenlemek yerine, eski hukuki kavramları eski alışkanlıklarıyla yeni duruma uyarlamaya çalışmışlardır¹⁰⁷. Bu durum özgürlerin de adeta bir köle gibi *res* olarak algılanmasına yol açmıştır ve köle gibi algılanmak onların işvereniyle arasındaki bağımlılık ilişkisini yakından etkilemiş, işverenin işçi üzerinde yetkilerinin sınırını genişletmiştir¹⁰⁸.

Sonuç olarak, hizmet sözleşmesi ile emeğini kiralaya veren işçilerin kaderlerinin tayin edilmesinde, iş ilişkilerinin ilk etapta köleler üzerinden değerlendirilmesi ve *opera* (iş)'nin *res* niteliği etkili olmuştur.

C. Gelişimi ve Konusu

Günümüzde hizmet sözleşmesinin konusunu ücret karşılığında bir işin görülmesi oluşturmaktadır. Roma hukukunda hizmet sözleşmesini incelediğimizde ise durumun modern hukuktan farklı olarak yalın olmadığı anlaşılmaktadır.

Buna göre Roma'da her şeyden önce hizmet sözleşmesi yaygın değildi. Bunun ise temelde iki sebebi vardı. Bunlardan ilki Roma toplumunun kapalı aile temelli ekonomik yapısı ve aile dışında iş gücü olarak genellikle kölelerden faydalanılması, diğeri ise Romalılar'ın toplumsal değer yargılarına dayanan ve işlerin niteliklerine ilişkin bir ayırım olan *operae liberales* – *operae illiberales* ayırımına dayanmaktadır. Bu kapsamda iş ilişkilerinin gelişimini ve sözleşmenin konusunu; kölelerin sözleşmenin konusunu teşkil ettiği zaman ile özgürlerin hizmetlerini kiraya verdikleri aşamayı birbirinden ayırarak irdelemek gerekmektedir.

Roma'da iş gücünün önemli bir kısmının köleler tarafından karşılanması sebebiyle *locatio conductio operarum*, sözleşmeler sistemi içerisindeki diğer sözleşmeler kadar gelişim gösterememiştir¹⁰⁹. Böylece yukarıda da söz edildiği üzere

¹⁰⁷ **Martini**, s. 38-39. Romalıların muhafazakârlık anlayışları her zaman toplumun ruhunda, tarihinde ve hukukunda hissedilmiştir. Bu kapsamda yeniyi benimsemiş olmakla beraber, Romalılar geçmişle olan bağlarını koparmak istemeyen bir süreklilik duygusuna sahip olmuşlardır. Nitekim onlara göre ancak geçmişin değerleri korunarak geleceğe güvenle bakılabilirdi. **Söğütlü-Erişgin**, Kamu Hukuku, s. 51

¹⁰⁸ **Karadeniz**, s. 52

¹⁰⁹ **Mousourakis**, Fundamentals, s. 232; **Zimmermann**, s. 387; **Kaser**, s. 223; **Tahiroğlu**, Borçlar, s. 237; **Buckland, W. W./McNair, A. D.**: Roman Law and Common Law, Cambridge 2008, s.299

Roma’da iş ilişkilerinin ortaya çıkışı ilk defa *locatio conductio rei* (kira sözleşmesi) üzerinden olmuştur. Roma’nın ekonomik yapısı aile temelli olduğu için işe ilişkin hukuki meseleler genellikle hukuk alanına yansımadan, aile babası egemenliğinin bir sonucu olarak kapalı aile yapısı içerisinde çözüme kavuşturulmaktaydı. İş gücüne gereksinimin aile içerisinde halledilemediği dönemlerde ise bir aile babasının başka bir aile babasına ait köleyi kiralamasıyla iş ilişkileri ilk defa kira sözleşmesi üzerinden ortaya çıkmış oluyordu. Nitekim bu sözleşme kölenin hukuki statüsü gereği kira sözleşmesi niteliğindeydi¹¹⁰ fakat sözleşmenin amacı bir işin görülmesiydi. Bu kapsamda kira sözleşmesi (ki bu hasılat kirası niteliğindedir) çatısı altında kölenin emeği semere olarak kabul edilmekte, sözleşmenin konusunu da kölenin kendisi oluşturmaktaydı¹¹¹.

Roma’da *locatio conductio operarum*’un gelişim gösterememesinin bir diğer sebebi iş kavramına ilişkin Romalıların değer yargılarına dayanmaktadır. Buna göre kol gücüne dayanan, çeşitli bedensel ve fizikler faaliyetleri gerektiren işleri *operae illiberales*; düşünsel çalışmayı gerektiren faaliyetleri ise *operae liberales* olarak sınıflandırmak mümkündür. Bu noktada ilk türe giren işler toplumda değersiz görülen işlerdi ve bir Romalının bu türde bir iş yapabilmesi düşünülemezdi. Nitekim bu işler kölelere ait işler olarak değerlendirilmişti. İkinci türdekiler ise yüksek hizmetlerdi ve toplumun ileri gelenleri tarafından herhangi bir ücrete tabi olmaksızın görülebilecek işlerdi. Bu hizmetler bu nitelikleri gereği parayla ölçülemeyecek bir değere sahipti ve bu nedenle yalnızca vekalet sözleşmesine konu olabiliyorlardı¹¹². Gerçekten Roma hukukunda vekalet sözleşmesinin karakteristik özelliği ücretsiz olarak yapılmasıdır. İşte bu değer yargıları nedeniyle hizmet sözleşmesi kendisine yeterli uygulama alanı bulamamaktaydı çünkü bayağı görülen işler zaten kölelerce yapılmakta, nitelikli işler ise vekalet sözleşmesinin konusunu oluşturmaktaydı¹¹³. Özetlemek gerekirse

¹¹⁰ Mousourakis, Fundamentals, s. 232

¹¹¹ Bkz. yukarıda **B. Opera Kavramı ve Unsurları** başlığı

¹¹² Visky, K. (Çev.: Tahiroğlu, B.): “Roma Hukukunda Kölelik ve Serbest Meslekler”, İÜHFD (1974), C. 40, Sa. 1-4, s. 689-700, s. 690 vd.; Kaser, s. 223; Buckland/McNair: s. 299

¹¹³ Karadeniz, s. 130 vd.

çalışmanın özgürlere layık görülmeyen bu niteliği, köleleri ve köle emeğini bir anlamda zorunlu kılmaktaydı¹¹⁴.

Peki bu kapsamda özgür vatandaşlar Roma hukukunun hiçbir döneminde iş ilişkisinin tarafı olmadılar mı? Taraf oldukları kabul edilecek olursa kölelerin kiralanmasından özgürlerin kendi emeklerini kiraya verdikleri aşamaya nasıl geçilmiş ve özgürlerin hizmetini kiralaması durumunda sözleşmenin konusu hizmetleri mi yoksa kendileri mi oluyordu?

Roma'nın siyasi ve ekonomik dönüşümlerinin bir sonucu olarak özgürler de zaman içerisinde *illiberales* niteliğindeki işlere yönelik olumsuz değer yargılarına rağmen, emeklerini kiraya vermek zorunda kalmıştır. Bazı görüşlere göre bu geçiş azatlılara ait işlerin, eski efendileri tarafından başkalarına kiraya verilmesi ile sağlanmıştır. Böyle bir duruma uygulamada fazla karşılaşılamayacağı şüphesiyle karşı çıkmıştır. Bundansa azatlıların azatlama işleminden sonra eski efendilerine karşı çeşitli yükümlülüklerinin devam etmesinin ve ona karşı bir takım işler görmesinin¹¹⁵, tarihsel süreç içerisinde kişiden bağımsız olarak emeğinin ilk defa değerlendirilmesi ve iş görmenin, hizmet sözleşmesinin konusunu oluşturmasında ilk aşama olarak tespit edilebileceği savunulmuştur¹¹⁶.

Sözleşmenin gelişim sürecine ilişkin tüm bu altyapı ve kısa değerlendirmelerden sonra *locatio conductio operarum*'un konusuyla ilgili Klasik Hukuk Dönemi'ne yönelik iki görüşten söz edilebilir. Buna göre bazı hukukçular özgürler arası hizmet sözleşmelerinin yapılmaya başlandığı ilk zamanlarda sözleşmenin konusunun ücret (*merces*) karşılığında çalışan işçinin (*mercennarius*) kendisinin olduğunu savunmuşlardır¹¹⁷. Karşı görüş taraftarları ise bu görüş haklı olsaydı özgürler arası hukuki ilişkilerin başlangıçta olduğu şekliyle, kölelerde olduğu gibi, her zaman kira sözleşmesi yani *locatio conductio rei* kalıbı içerisinde devam etmesi gerektiğini; fakat bunun böyle olmadığını ve kaynaklarda *locatio conductio operarum* kavramının

¹¹⁴ **Altop, S.:** Roma Hukuku'nda Kölelik, İstanbul 2002, s. 54

¹¹⁵ Gerçekten azatlama işlemi köleye hukuken tam bir kişilik kazandırmamakta ve köleyi yalnızca eski efendisinin bir hizmetçisi veya yardımcısı konumuna yükseltmektedir. **Berki,** 1950, s. 82

¹¹⁶ **Karadeniz,** s. 131-132

¹¹⁷ **De Robertis,** s. 25-26

yerleşmeye başladığını ifade etmişlerdir. Nitekim özgürlerin bir sözleşmenin konusu olabilmesi, hukuki durumları gereği ciddi güçlükler oluşturacağı için mümkün görünmemektedir¹¹⁸.

Hemen belirtmek gerekir ki Roma hukukunda bu konuya ilişkin çelişkili metinler mevcuttur. Gerçekten kaynaklarda kişilerin hizmetinin değil kendilerinin sözleşmenin konusu olduğuna yönelik ifadeler olduğu gibi; hizmetin kiraya verilmesine ilişkin kaynaklar da mevcuttur. Kaynaklar arasındaki bu farklılık, bahsi geçen ilk kaynakların diğerlerinden daha eski zamana ait olduklarını düşündürmektedir. Fakat bunu kesin olarak kanıtlamak zordur. Bu kapsamda çıkarılabilecek en berrak çözüm, zaman içerisinde özgürlerin hizmetlerinin değerlendirilmeye başlamasıyla, daha ilkel bir döneme ait olan hukuki kavramların kullanılmasından yine de vazgeçilemediği şeklinde olabilir¹¹⁹.

Locatio conductio'nun niteliğinin bir gereği olarak, özgürlerin hizmetlerine ilişkin kira sözleşmelerinin yapılmasıyla başlangıçta özgürlerin hem kiralayan sıfatıyla sözleşmenin tarafı hem de konusu yani kiralanan şey oldukları düşünülebilir. Fakat özgürlerin statüsü buna olanak sağlayamayacağı için başlangıçta böyle bir algı olsa bile zaman içerisinde sözleşmenin konusunu bu kişilerin işleri oluşturmaya başlamıştır. Bu durum, bir anlamda kira ilişkisinin (*locatio conductio rei*) niteliğini de etkilemiş ve kölelerin iş görmesini amaçlayan kira sözleşmelerine de sirayet etmiştir. Gerçekten bu süreçte kaynaklarda köleden bağımsız olarak kölelerin iş gücünden bahseden metinler mevcuttur. Kısaca bu kapsamda üç farklı gelişim sürecinden bahsedilebilir: En ilkel dönemde sözleşmenin konusunu köle işçiler oluşturmaktadır. İkinci ara dönemde özgürlerin de yine sözleşmenin konusu olarak algılanması söz konusu olmuştur. Son aşamada ise gerek özgürlerden gerekse kölelerden bağımsız olarak hizmetleri değerlendirilmeye başlanmış ve sözleşmenin konusu artık özgürlerin hizmetleri olarak algılanmıştır¹²⁰.

¹¹⁸ İlk görüş taraftarları *operarum* kavramının yerleşmeye başlamasının, yalnızca sözleşmenin amacını belirleyebilmek adına bir araç olduğunu ifade etmişlerdir. **Karadeniz**, s. 132-133

¹¹⁹ **Karadeniz**, s. 134-135

¹²⁰ **Karadeniz**, s. 138-139

Sözleşmenin konusunu işçilerin hizmetlerinin oluşturduğu kabul edilecek olursa, hangi türden işlerin hizmet sözleşmesi kapsamında değerlendirildiği gündeme gelecektir. Bu kapsamda *operae liberales* niteliğindeki işler vekalet sözleşmesine konu olduğu için *operae illiberales* niteliğindeki işler hizmet sözleşmesine konu teşkil etmiştir¹²¹.

D. Tarafları

Roma hukukuna göre *locatio conductio*'nun kendine özgü yapısı gereği modern anlamda işçi ve işveren kavramları mevcut değildir. Bunun yerine üç farklı *locatio conductio*'da da karşımıza çıkan taraflar *locator* ve *conductor*'dur. Hizmet sözleşmesi açısından çalışma taahhüdünde bulunan taraf yani işçi *locator*, ücreti ödeyecek olan taraf işveren, *conductor*'dur¹²².

Günümüzdeki işçi kavramına en yakın kavram ise *mercennarius*'dur ve genellikle kaynaklarda bu kavram ücret karşılığı çalışan özgür işçiyi ifade etmek için kullanılmaktadır¹²³. Fakat *mercennarius* kavramı sadece hizmet sözleşmesi kapsamında işçiyi değil ücretli olarak iş gören herkesi, bu noktada örneğin ücretli askerler ve çeşitli yönetim işlerinde çalışan memurları da kapsamaktadır¹²⁴.

¹²¹ **Buckland**, s. 500-501; **Tahiroğlu**, Borçlar, s. 237; **Burdick**, s. 451; **Kaser**, s. 223; **Umur**, Ders Notları, s. 369

¹²² **Perozzi**, S.: Istituzioni di Diritto Romano Volume II, Roma 1928, s. 296

¹²³ **Manfredini**, s. 365-366; **Guarino**, s. 903. Ayrıca bazı kaynaklarda *mercennarius* ile eş anlamlı olarak işçi kavramı için *operarius* kavramı da kullanılmaktadır. **Biondi**, B.: Istituzioni di Diritto Romano, Milano 1946, s. 374; **Perozzi**, s. 296

Kendi hukukumuz açısından durum değerlendirilecek olursa işçi, işverene ücret karşılığında belirli veya belirli olmayan sürede iş gücünü taahhüt eden taraftır. İş görme ediminin kişiye bağlı niteliğinin gereği olarak sadece gerçek kişiler işçi sıfatını taşıyabilmektedir. Bununla beraber, işveren; gerçek kişi, tüzel kişi, adi ortaklık veya bir kamu kurumu da olabilmektedir. **Gümüş**, s. 382; **Narmanlıoğlu**, s. 184. İş sözleşmesinin kişisel niteliği için ayrıca bkz. **Mollamahmutoğlu/ Astarlı**, s. 345-346; **Süzek**, s. 252-253

¹²⁴ **Karadeniz**, s. 34-35

Ayrıca kaynaklar incelendiğinde iş görme yükümlülüğü altına girenlerle ilgili olarak yaş küçüklüğü bakımından hukuki işlem ehliyetine ilişkin genel kurallar burada da geçerlidir¹²⁵.

Küçük yaştaki aile evlatlarının, kölelerin ve vesayet altındakilerin işlerinin bu nedenle aile babaları, efendiler ve vasiler tarafından vadedildiği anlaşılmaktadır. Özellikle hasat zamanlarında artan iş gücünü karşılamak adına kadınların ve çocukların¹²⁶ iş gücünden faydalandığı bilinmektedir¹²⁷.

Yine yaşla alakalı olarak, beş yaşından küçük çocukların hizmetlerinin ekonomik bir değer taşımadığı belirtilmiştir¹²⁸.

¹²⁵ Roma hukukuna göre erginlik yaşı 25'tir ve 25 yaşını doldurmamış olanlar *minores* (küçükler) olarak ifade edilmiştir. Küçüklerin ehliyet durumları ergin olup olmamalarına göre farklı değerlendirilmiştir. Bu kapsamda erginlik yaşına ulaşmamış küçükler (*impuberes minores*) kendi içinde ikiye ayrılmaktadır. 0-7 yaş arasındaki çocuklar (*infans*=konuşamayan) hukuki işlem ehliyetinden tamamen yoksunlardı. Bunlar hukuki işlemleri aile babası egemenliği altında ise aile babaları, değilse vasileri aracılığıyla yapıyorlardı. 7-14 yaş arasında çocukluk yaşını geçirmiş olanların (*impuberes infantia maiores*), hukuki işlemin niteliğine ve önemine göre hukuki işlem ehliyetleri değişmekteydi. Örneğin vasiyetname yapma, evlenme ehliyetleri yoktu, fakat lehlerine sonuç doğuracak işlemleri yapabilirlerdi. Erginlik yaşına ulaşmış küçükler (*puberes minores*) ise 14 yaşını tamamlamış ancak 25 yaşına varmamış kimselerdir ve ilk zamanlarda hukuki işlem ehliyetleri tam kabul edilmekle birlikte, zaman içerisinde tecrübesizlikleri nedeniyle koruma altına alınmaları öngörülmüştür. Böylece hukuki işlemlerini kayyım (*curator*) aracılığıyla yapmaları yaygınlaşmıştır. **Karadeniz-Çelebican**, Roma Hukuku, s. 191 vd.

¹²⁶ **Bradley, K.:** Discovering the Roman Family, Studies in Roman Social History, New York 1991, s. 114

¹²⁷ **Karadeniz**, s. 153

Modern hukuk açısından hizmet sözleşmesi yapma ehliyeti kapsamında şu değerlendirmeler yapılabilir: Öncelikle fiil ehliyetine sahip tüm gerçek kişilerin kural olarak kendi aralarında hukuken geçerli bir hizmet sözleşmesi yapabilmesi mümkündür. Ayrıca işveren tarafı tüzel kişi olabileceği için bunların da fiil ehliyetlerinin tam olması başka bir deyişle, kanuna ve kuruluş belgelerine göre gerekli organlara sahip olup ehliyetlerini kazanmış olmaları gerekmektedir. Ayrıca, ayırt etme gücü bulunan küçükler fiil ehliyetleri olmadığından kanuni temsilcileri vasıtasıyla hizmet sözleşmesi yapabilirler. Bundan başka, gerek İş Kanunu'nda gerek başka kanunlara dağılmış şekillerde küçüklere veya yabancılara ilişkin farklı özel kurallar da ayrıca öngörülmüştür. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Mollamahmutoğlu/Astarlı**, s. 421 vd.; **Narmanlioğlu**, s. 184 vd.; **Reisoğlu**, s. 98-100; **Süzek**, s. 317-318; **Tunçomağ, K.:** İş Hukuku, Cilt I, İstanbul 1986, s. 138 vd.

¹²⁸ **Ceylan-Güneş**, Hizmet Akdi, s. 63; **Karadeniz**, s. 153-154

D. 7.7.6.1 (Ulp.)

“Si minor annis quinque vel debilis servus sit vel quis alius, cuius nulla opera esse apud dominum potuit, nulla aestimatio fiet.”

Eğer bir köle beş yaşından küçükse veya kuvvetsizse veya efendisi için hizmet göremeyecek durumdaysa, hizmeti için herhangi bir değer biçilmez.

Ayrıca cinsiyetle ilgili olarak azatlı kadının çalışmasıyla alakalı istisnai bir durum öngörülmüştür¹²⁹.

D. 38.1.35 (Paul.)

“Liberta maior quinquaginta annis operas praestare patrono non cogitur.”

Azat edilmiş kadın, elli yaşından büyük ise eski efendisi için hizmet etmeye zorlanamaz.

Bundan başka, efendilerin ve aile babalarının, kölelerini ve aile evlatlarını bir ustanın ya da sanatkarın yanında ücret karşılığında çalıştırdığı durumlar bilinmektedir¹³⁰.

¹²⁹ Ceylan-Güneş, Hizmet Akdi, s. 64

¹³⁰ Ustanın eğitim için ücret alması durumunda aile babası, efendi veya vasi ile yaptığı anlaşma eser sözleşmesi niteliğinde kabul edilmişken, ustanın bu eğitimi yanında çırağına ücret vermesi de öngörülmüşse aralarındaki ilişkinin hizmet sözleşmesi niteliğinde olduğu kabul edilebilir. Veya hiçbir ücretin kararlaştırılmaması durumunda isimsiz real sözleşmenin varlığı da gündeme gelebilir. Bu kapsamda usta ile anlaşma sağlayanların genellikle efendi, aile babası veya vasiler olması nedeniyle çırak olarak verdikleri köleleri, aile evlatları veya vesayet altındaki küçüklerin anlaşmada taraf olmadıkları anlaşılmaktadır. Ayrıca mesleki eğitimi konu edinen bu sözleşmelerde ustalara geniş kapsamlı, belirli ölçülerde ceza verme yetkisini de içeren yetkilerin verilmesi söz konusudur ve çırağın haksız fiillerinden ustanın sorumlu tutulmasına yönelik düzenlemeler öngörülmüştür. **Karadeniz**, s. 195-196. Bu çıraklık ilişkisinin genellikle çocukların 12-13 yaşlarında başladığı ve bu kapsamda çalışanların özgür veya köle erkek çocuklar ile köle kız çocuklar olduğu düşünülmektedir. Bundan başka, özgür kız çocuklarının çıraklık eğitime tabi olmadığı ve genellikle evlilik ve çocuk yetiştirmeye hazırlandıkları belirtilmektedir. Bu çıraklara paranın yanında giysi ve yemek yardımının da sağlandığı ve tatillerde çalışmadıkları bilinmektedir. **Bradley**, s. 108-110

Ayrıca, bir kimsenin aynı zamanda iki kişiye hizmet vaadinde bulunabileceği kabul edilmiştir ve bu durumda ilk vadedilene hizmet görülmesi öngörülmüştür¹³¹.

D. 19.2.26 (Ulp.)

“In operis duobus simul locatis convenit priori conductori ante satisfieri.”

Bir kişinin hizmetini aynı anda iki kişiye kiralaması durumunda, kiralayanlardan ilkinin istekleri önce yerine getirilir.

Bundan başka, kölelerin de hukuki işlem ehliyetine sahip olmaları dolayısıyla kendi hizmetlerini kiraya vermeleri mümkündür. Bu durumda bir kölenin efendisi tarafından üçüncü bir kişiye kiraya verilmesinde *locatio servi* kavramı kullanılırken, özgürlerin emeğinin kiralanmasında *locatio operarum* kavramı kullanılmıştır¹³².

E. Tarafların Borçları

1. İşçinin Borçları

a. İş Görme Borcu

Bağımlılık ilişkisinin sonucu olarak *locator*, *conductor*'un işin görülmesine ilişkin tüm emir ve talimatlarına uygun olarak iş görmek zorundadır¹³³. Yukarıda da ifade edildiği gibi kararlaştırılan zamandan başka bir zamanda işin ifa edilebilme olanağının ortadan kalktığı kabul edilmiştir¹³⁴.

İşin *conductor*'un emrinde yürütülmesi dolayısıyla cinsinin, yapılacağı yerin ve yapılma biçiminin *conductor* tarafından belirlendiği düşünülmektedir. *Conductor* tarafından işin yönetilmesi ise işçinin ona bağımlı olmasının sonucudur¹³⁵.

¹³¹ Karadeniz, s. 154; Ceylan-Güneş, Hizmet Akdi, s. 64

¹³² Buckland, s. 501

¹³³ Söğütü-Erişgin, Contractus, s. 148

¹³⁴ Bkz. yukarıda **B. Opera Kavramı ve Unsurları** başlığı

¹³⁵ Karadeniz, s. 158

Klasik Hukuk Dönemi anlayışına göre yukarıda da belirtildiği şekliyle *opera*, *res* niteliğine sahipti. Buna ek olarak bu niteliği “misli olmayan” bir nitelik taşımaktadır¹³⁶.

D. 12.6.26.12 (Ulp.)

“... et celsus libro sexto digestorum putat eam esse causam operarum, ut non sint eaedem neque eiusdem hominis neque eidem exhibentur: nam plerumque robur hominis, aetas temporis opportunitasque naturalis mutat causam operarum, et ideo nec volens quis reddere potest. ...”

... Celsus’a göre, iş açısından önemli olan, işin içerik yönünden ve işi gören veya işi kabul eden kişiler açısından farklılaşmasıdır. Gerçekten çoğu zaman azatlığın gücü ve yaşı veya doğası gereği işin yapılması gerekli olan zaman ve şartlar, esasen işin niteliğini etkilemektedir. O kadar ki aynı iş, ne kadar istenirse istensin, aynı şekilde bir daha yapılamaz.

Bu metinden yola çıkarak işin misli olmayan bir nitelikte olduğu; dolayısıyla farklı koşullar altında yapılan işin farklı nitelikte olduğuna inanılmaktadır¹³⁷.

Aynı durum başka bir metine şu şekilde yansımıştır:

D. 40.7.39.5 (Iav.)

“Si servus operas extraneo dare iussus esset, nullus nomine servi suas operas dando liberare servum potest: quod in pecunia aliter observatur, utpote cum extraneus pro eo servo dando pecuniam servum liberaret.”

Eğer bir köleye iş görmesine yönelik emir verilirse, üçüncü bir kişi kölenin yerine bu işi yapıp onu borçtan kurtaramaz. Para

¹³⁶ Ceylan-Güneş, Hizmet Akdi, s. 68. *Opera*’nın *res* niteliği ile ilgili *interpolatio* tartışmaları için bkz. Karadeniz, s. 54 vd. . İşin misli niteliği için bkz. Arangio-Ruiz, V.: Istituzioni di Diritto Romano, Napoli 1991, s. 347

¹³⁷ Karadeniz, s. 54; Ceylan-Güneş, Hizmet Akdi, s. 69

borçları açısından ise durum farklıdır. Bu durumda üçüncü kişi, köle adına para borcunu ödeyerek köleyi borçtan kurtarabilir.

Bu metinde işe ilişkin borçlarla para borcunu karşılaştıran *Iavolenus*, para borçlarında üçüncü bir kişinin ikame edilebileceğini, iş borçlarında ise buna imkan olmadığını ifade etmektedir.

İşte bu nedenle Klasik Hukuk Dönemi anlayışına göre işçinin kendi vadettiği işi başkasına yaptırmayı düşünülüyordu¹³⁸. Iustinianus Dönemi'nde ise işin misli olduğu genel kural olarak kabul edildiği için işin vadeden kişi tarafından ifası zorunluluğu yoktu. Bu durumda, eğer işi yapacak kişinin niteliği önemli değilse başka bir deyişle, özel bir ustalık gerektiren veya mesleki bilgi gerektiren bir durum yoksa, işin başkasına gördürülmesi mümkündür. Iustinianus Dönemi'nde genel anlayış işin misliliğine ilişkin olmakla birlikte yine de işverenin, işçinin bizzat işi görmesinde bir yararı varsa veya buna ilişkin bir anlaşma aralarında mevcutsa iş görme borcunun başkasına bırakılması olanağı yoktu¹³⁹.

b. Özen ve Sadakat Borcu¹⁴⁰

Bütün iş görme sözleşmelerinde olduğu şekliyle hizmet sözleşmesi açısından da güven ilişkisi oldukça önemlidir ve güven ilişkisi içerisinde özen borcu önem arz

¹³⁸ **Karadeniz**, s. 159; **Ceylan-Güneş**, Hizmet Akdi, s. 68

¹³⁹ **Karadeniz**, s. 57, 159; **Ceylan-Güneş**, Hizmet Akdi, s. 70

Roma hukukuna ilişkin bu durum, modern hukuka işçinin bizzat çalışma borcu şeklinde yansımıştır. TBK m.395 gereğince “Sözleşmeden veya durumun gereğinden aksi anlaşılmadıkça, işçi yüklendiği işi bizzat yapmakla yükümlüdür.” Maddeden de anlaşıldığı üzere iş görme asli edimi, kural olarak kişiye bağlı bir edimdir. Edimin işçinin kişiliğiyle sıkı bağı nedeniyle işçi yüklendiği işi, başkasını yerine ikame etmeksizin, kendisi görmekle yükümlüdür. İş görme ediminin kişiye bağlı niteliği gereği işçi her zaman gerçek kişidir ve işçinin ölümüyle sözleşme sona ermektedir. **Gümüş**, s. 397; **Mollamahmutoğlu/Astarlı**, s. 509 vd.; **Narmanlıoğlu**, s. 252-253; **Reisoğlu**, s. 147; **Tunçomağ**, s. 176-177; **Süzek**, s. 355; **Ekonomi, M.**: İş Hukuku Cilt I, Ferdi İş Hukuku, İstanbul 1984, s. 113

¹⁴⁰ Roma hukukunda *locatio conductio operarum* kapsamında taraflar için öngörülen borçlar *locator*'un iş görmesi; *conductor*'un ise bunun karşılığı olarak ücret ödemesidir. Bununla birlikte, modern hukukta yer alan işçinin özen ve sadakat borcu, düzenlemelere ve talimatlara uyma borcu ile işverenin iş araç ve mazlemelerini sağlama borcu ve işçiyi gözetme borcu Romalı hukukçular tarafından *locatio conductio* özelinde sistematik bir şekilde ele alınmamıştır. Fakat söz konusu borçların, Roma hukukunda da iş ilişkileri kapsamında karşılıklıları tespit edilebildiği için bu borçların ayrı birer başlık altında değerlendirilmesi tercih edilmiştir.

etmektedir. Üstlenilen işin özenle yapılması, gerek sözleşmeye göre gerekse işin niteliğine göre işçinin bütün fiziki ve fikri çabasını ortaya koyması ve gereken dikkati göstermesi anlamlarını taşır¹⁴¹. Özen borcu kapsamında işçi, işverene ait makine, araç-gereç, teknik donanım ve malzemeyi işin niteliğine uygun olarak kullanmakla yükümlüdür. Aksi takdirde işverenine kusuru ile verdiği tüm zararlardan sorumlu tutulacaktır¹⁴².

Roma’da işveren tarafından işin yürütülmesi amacıyla işçiye verilen araç-gereçler ve tedarik edilen mallar açısından veya kullanılan nakliye araçları açısından işçinin bunları gözetmek zorunda olduğu kabul edilmiştir. Bu sorumluluğunu yerine getirmeyen işçilerin ise mücbir nedenler hariç olmak üzere *custodia* ile sorumlu olacakları belirtilmiştir¹⁴³.

¹⁴¹ **Mollamahmutoğlu/Astarlı**, s. 515; **Eren**, s. 537-538; **Reisoğlu**, s. 153 vd.; **Süzek**, s. 361 vd.; **Ekonomi**, s. 121 vd.; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 463; **Ertaş, K.**: Türk Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu, Ankara 1982, s. 30. Emredici niteliği olmayan TBK m.396 işçinin özen borcu ve sadakat borcu ile bu borçların somutlaşması niteliğindeki bir takım yükümlülükleri birlikte değerlendirmiştir. TBK m.396’ya göre “İşçi, yüklendiği işi özenle yapmak ve işverenin haklı menfaatinin korunmasında sadakatle davranmak zorundadır.” Buna göre işçinin işverene olan genel sadakat borcu bu hüküm ile güvence altına alınmıştır. İşverenin işçiye gözetme borcunun bir yansıması olan sadakat borcu, bir yan yüküm olarak ortaya çıkmaktadır. Bu kapsamda sadakat borcu bir üst kavram olarak öngörülmüştür ve bazı alt borçlar ile somutlaştırılmıştır. Buna göre sır saklama borcu (TBK m.396/II), kaçak iş ve rekabet yapmama borcu (TBK m.396/III), teslim ve hesap verme borcu (TBK m.397), fazla çalışma borcu (TBK m.398) bu kapsamda değerlendirilen borçlardır. **Gümüş**, s. 399. İş K.’nda haklı nedenle fesih kapsamında ele alınan bazı hükümler dışında işçinin sadakat ve özen borcu ayrıca değerlendirilmemiştir. Bu nedenle TBK m.396’daki düzenlemeler, İş K.’na tabi işçiler açısından da uygulama alanı bulacaktır. **Arsan-Ertürk**, s. 70-71

¹⁴² TBK m.396/II’ye göre “İşçi, işverene ait makineleri, araç ve gereçleri, teknik sistemleri, tesisleri ve taşıtları usulüne uygun olarak kullanmak ve bunlarla birlikte işin görülmesi için kendisine teslim edilmiş olan malzemeye özen göstermekle yükümlüdür.” İşçinin özen borcunun derecesi ise “İşçinin Sorumluluğu” başlığını taşıyan TBK m.400/II’de ifade edilmiştir. Buna göre: “Bu sorumluluğun belirlenmesinde; işin tehlikeli olup olmaması, uzmanlığı ve eğitimi gerektirip gerektirmemesi ile işçinin işveren tarafından bilinen veya bilinmesi gereken yetenek ve nitelikleri göz önünde tutulur.” Bu kapsamda, özen borcunun ölçüsünde objektif kriter işin tehlikeli olup olmaması, eğitim ve uzmanlığı gerektirip gerektirmemesidir. Sübjektif kriter ise işveren tarafından bilinen veya bilinmesi gereken işçinin yetenek ve nitelikleridir. Bu nedenle burada objektif ve sübjektif özen yükümlülüklerinin beraber değerlendirildiği karma bir özen borcu söz konusudur. **Eren**, s. 538; **Yavuz**, s. 396-397. İşçinin özen borcunun hukuksal niteliği ise tartışmalıdır. Ağırlıklı görüş özen borcunu, sadakat borcunun somutlaşması şeklinde bir yan yüküm olarak nitelendirirken; karşıt görüş iş görme yükümüne eklenen ve onu tamamlayan ve gereği gibi ifasına olanak sağlayan kendine özgü bir yüküm olduğunu savunmaktadır. **Gümüş**, s. 404. Özen borcunun tali bir yüküm olması hakkındaki görüş için bkz. **Mollamahmutoğlu/Astarlı**, s. 516

¹⁴³ Bkz. aşağıda “3. Tarafların Sorumlulukları ve Hakların Korunması” başlığı

Sadakat borcu açısından durum değerlendirilecek olursa hizmet sözleşmesinin tarafların arasında, sadece iş görme ve ücret edimlerinin maddi değişimini öngören bir sözleşme olmadığı tespitini yapmak yerinde olacaktır. Hizmet sözleşmesi malvarlığına yönelik edimlerin değişimini içerdiği kadar kişisel ilişki ve menfaatleri de içermektedir¹⁴⁴. Nitekim sadakat borcunun temelde iki görünüm şekli vardır. Bunlar işçinin bazı hareketleri yapması şeklinde olumlu yönde olabileceği gibi bazılarında kaçınması şeklinde olumsuz yönde de gündeme gelebilir. Borcun olumlu yanı hizmetin, işverenin bütün menfaatlerine uygun olarak görülmesi anlamına gelmektedir. Bu nedenle işçi işverenin zararına olabilecek her türlü tehlikenin önlenmesi için gerekli tedbirleri almalıdır ve işverenin itibarının sarsılmaması için üzerine düşen hususları gerçekleştirmelidir. Olumsuz anlamda ise işvereni zarara uğratacak ve güvenini kötüye kullanacak her türlü davranıştan kaçınması gerekmektedir¹⁴⁵.

Roma hukukunun bazı belirleyici özelliklerinin kaynağı, hizmet sözleşmesinde de karşılığını bulan, bu sadakat ilişkisine dayanmaktadır. Rızai sözleşmelerin hepsi için geçerli olan sadakat anlayışı, sözleşmede ne şekilde ifade edilmiş olursa olsun, verilen bütün sözlerin tutulmasını zorunlu kılmaktaydı¹⁴⁶. Bu durum *fit quod dicitur* (söylenen olmalıdır) şeklinde ifade edilmekteydi¹⁴⁷.

Bu kapsamda işçinin sadakat borcu bazı alt borçları içermektedir. Roma hukukunda da karşılığını görebildiğimiz kadarıyla işçi işverene ait makinaları, araç-gereçleri korumak zorundadır ve iş ilişkisi çerçevesinde aldığı ve elde ettiği şeyleri işverene teslim etmek ve bu kapsamda işverenine hesap verme borcu altındadır. İşçi ayrıca işverenle rekabet etmemek zorundadır ve aynı zamanda sır saklama borcu vardır.

Roma toplumu açısından işgörenler özellikle köleler, azatlılar ve kişilerin güvенеbildiği dostlardan oluşmaktaydı. Bu kapsamda sadakat kavramı özellikle azatlı ile eski efendisi arasındaki ilişki çerçevesinde detaylı şekillerde düzenlenmiştir. Azatlının eski efendisine karşı saygı ve itaat ödevi dolayısıyla, gerek malvarlığına

¹⁴⁴ Eren, s. 538

¹⁴⁵ Yavuz, s. 397-398; Gümüş, s. 400; Tunçomağ, s. 184 vd.; Ekonomi, s. 128-129; Zevkliler/Gökyayla, s. 463

¹⁴⁶ Emiroğlu, Kavimler, s. 32

¹⁴⁷ Schulz, F. (Çev.: Erdoğan, B.): "Roma Hukukunun Prensiplerinden Sadakat", İÜHFİM, C. 48, S. 1-4, İstanbul 1983, s. 398-396, s. 398 vd.; Sayın-Korkmaz, s. 62

yönelik gerekse malvalığı dışı bir dizi yükümlülüğü olduğu tespit edilmiştir. Eski efendinin de azatlısına karşı koruma ve yardım borçlu olduğu ayrıca kabul edilmekteydi¹⁴⁸.

Ayrıca yukarıda *opera* kavramı ve unsurları açıklanırken bahsedildiği üzere azatlı ve eski efendisi arasındaki bağlılığın bir gereği olarak azatlı, eski efendisini *praetor*'dan izin almadan dava edememekteydi veya eski efendisinin şerefsizliğini (*infamia*) doğuran davaları açamamaktaydı. Aynı şekilde eski efendisine karşı belli bir mesleki faaliyeti ifa etmeyeceği vaadinde bulunması da azatlının hizmeti kapsamında değerlendirilmekteydi¹⁴⁹.

Roma'da özellikle Klasik Hukuk Dönemi'nden itibaren, iş ilişkisi sona erdikten sonra işçilerin, işverene sadık kalması ve işverenin mesleki sırlarını saklaması gerekliliği ortaya konulmuştur. Bunun hukuken güvence altına alınması ise *praetor*'larca tanınan *actio servi corrupti* ile sağlanmıştır. Bu noktada işveren konumundaki efendinin, işçi olarak çalıştırdığı kölesinin, kötünietli üçüncü kişi tarafından kandırılıp efendisine ait mesleki sırları açıklamasında veya yoldan çıkarılıp efendisinin mesleki faaliyetlerine ilişkin planlarını, belgelerini veya müşteri listelerini çalıp efendinin rakibine teslim etmesi durumunda ya da rakibin direktifleri doğrultusunda efendisinin ticari belgelerini değiştirmesi veya yok etmesi hallerinde efendi, rakibi üçüncü kişiye *actio servi corrupti* açabilirdi¹⁵⁰.

¹⁴⁸ **Schulz**, Sadakat, s. 391 vd.

¹⁴⁹ **Karadeniz**, s. 41

TBK açısından bir değerlendirme yapılacak olursa m.396/III'e göre "İşçi, hizmet ilişkisi devam ettiği sürece, sadakat borcuna aykırı olarak bir ücret karşılığında üçüncü kişiye hizmette bulunamaz ve özellikle kendi işvereni ile rekabete girilemez." İşçinin buradaki rekabet yasağı sözleşmenin yürürlük süresi içerisinde mevcuttur, başka bir deyişle işçinin işe başladığı andan, işten ayrıldığı ana kadar söz konusu olacaktır. **Yavuz**, s. 398. Bununla birlikte, taraflar adi yazılı şekilde yapabilecekleri bir rekabet yasağı sözleşmesi ile işçinin rekabet etmeme borcunun, hizmet sözleşmesinin sona ermesinden sonra da devamını mümkün kılabilirler. **Gümüş**, s. 400. Ayrıca bkz. **Mollamahmutoğlu/Astarlı**, s. 532; **Narmanlıoğlu**, s. 273 vd.; **Reisoğlu**, s. 157-159; **Tunçomağ**, s. 186-187; **Süzek**, s. 370 vd.

¹⁵⁰ **Schiller, A. A.**: "Trade Secrets and the Roman Law; The Actio Servi Corrupti", Columbia Law Review (1930), Vol.30, No:6, s. 837-845, s. 838-839; **Türkoğlu-Özdemir, G.**: "Roma Haksız Rekabet Hukukuna İlişkin Olarak Actio Servi Corrupti", AÜHFD (2005), C. 54, Sa. 4, s. 213-233, s. 219-220

Benzer durum TBK m.396/IV kapsamında düzenlenmiştir. Bu hükme göre "İşçi, iş gördüğü sırada öğrendiği, özellikle üretim ve iş sırları gibi bilgileri, hizmet ilişkisinin devamı süresince

Davanın ortaya çıktığı ilk zamanlarda ticari bir amacı bulunmamakla birlikte, zaman içerisinde haksız rekabeti önleme amacı ön plana çıkmıştır. Ayrıca dava başlangıçta kölelerin zararlı davranışları için öngörülmüşse de zamanla özgürlerin veya aile evlatlarının verdikleri zararları da kapsamaya başlamıştır. Başka bir deyişle, özgür işçinin yoldan çıkarılarak işvereni zarara uğratması durumunda da kötünietli üçüncü kişinin cezalandırılması gerekliliği Roma hukukunda kabul edilmiştir. Bu durum ise Roma hukukunun haksız rekabet hukukuna ilişkin adımlar attığını açıkça ortaya koymaktadır¹⁵¹.

c. Düzenlemelere ve Talimatlara Uyma Borcu

İşverenin yönetim hakkının yansıması olarak işçinin işverenin talimatlarına uyma (itaat) borcu söz konusudur. Böylece işçi, işverenin işin yapılması ve işyerinin düzeni ile ilgili verdiği talimatlara uymakla yükümlüdür¹⁵².

kendi yararına kullanamaz veya başkalarına açıklayamaz. İşverenin haklı menfaatinin korunması için gerekli olduğu ölçüde işçi, hizmet ilişkisinin sona ermesinden sonra da sır saklamakla yükümlüdür.” Bu kapsamda sadakat borcu gizli nitelikteki bilgileri içermektedir. Bu ise sadece belirli kişi veya kişilerin işin görülmesi ile bağlantılı olarak bilecekleri üretim ve iş sırlarını (know how, üretim süreci ve işletme organizasyonu, yeni ürün ve üretim sürecine ilişkin araştırmalar, yeni makine alımları, hammadde kaynakları, kredi olanakları, ticari defterler, stoklar, müşteri listesi, makine kullanımı, fiyat bilgileri, kar marjı, personel durumu ve bilgileri vb.) ifade etmektedir. Bu nedenle bir bilgi açıktaysa ve ulaşılabilirliği mümkünse sır olarak kabul edilemez. Bir bilginin sır olabilmesi için ayrıca işverenin, söz konusu bilginin gizli tutulmasındaki iradesinin yanında, sır olarak saklanması da menfaatinin mevcut olması, örneğin işverenin ekonomik varlığı ve geleceği ile rekabet gücünü etkilemesi, gerekmektedir. Ayrıca, işçinin sır saklama yükümü bunu üçüncü kişilerle paylaşmaması ile sınırlı olmayıp, bu bilgileri kendi yararına da kullanmamasını içerir. **Gümüş**, s. 400-401. TBK ile öngörülen işçinin sadakat borcu, İş K. m.25/II’nin e fıkrasında “işçinin doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışı” şeklinde ifade edilen borcun kapsamını daha açık bir şekilde ortaya koymaktadır. Bundan başka, genel olarak sadakat borcuna aykırılık maddede belirtildiği şekliyle “işverenin haklı menfaatlerini korumak” kapsamı ile doğruluk ve güven ilkesi çerçevesinde belirlenecektir. **Arslan-Ertürk**, s. 73. Ayrıca bkz. **Mollamahmutoğlu/Astarlı**, s. 532; **Narmanlıoğlu**, s. 275; **Süzek**, s. 368 vd.

¹⁵¹ **Türkoğlu-Özdemir**, Actio Servi Corrupti, s. 230

¹⁵² **Mollamahmutoğlu/Astarlı**, s. 520; **Tunçomağ**, s. 187-188; **Süzek**, s. 365-366; **Yavuz**, s. 396; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 464-465. TBK m.399’da karşılığını bulduğu üzere: “İşveren, işin görülmesi ve işçilerin işyerindeki davranışlarıyla ilgili genel düzenlemeler yapabilir ve onlara özel talimat verebilir. İşçiler, bunlara dürüstlük kurallarının gerektirdiği ölçüde uymak zorundadırlar.” Hizmet sözleşmesinin karakteristik özelliği olan bağımlılık ilişkisi “genel düzenleme” ve “özel talimat” kavramları ile somutlaşmaktadır. Buna göre, hükmün birinci cümlesi işverenin talimat verme yetkisini düzenlemektedir. İkinci cümlesi ise işçinin verilen bu talimatlara uyma borcuna ilişkindir. Hükümde geçen “genel düzenleme” ve “özel talimat” kavramları, talimatın yöneldiği kişi sayısı açısından talimatın iki alt türünü ifade etmektedir. Hizmet talimatı, elkitabı, iş yönetmeliği şeklinde adlandırılan genel düzenlemeler, personelin bütününe veya belirli bir gruba yönelmiş olan talimatları içermektedir. Bunun yanında, özel

Roma hukukunda işin düzenlenmesi kapsamında iş saatlerinin belirlenmesine yönelik çeşitli kuralların öngörüldüğü anlaşılmaktadır. Çalışma saatlerine ilişkin durum ilkel tarımsal yaşama göre şekillenmiştir. Buna göre, iş güneşin doğuşundan batışına kadar, sabah duası, yemek ve kısa bir öğle dinlenmesi dışında bütün günü kapsamaktaydı. Bununla birlikte, kent hayatına ilişkin işlerde giderek farklı saatler uygulanmaya başlamıştır. Bu kapsamda örneğin *Iulius Caesar*, Roma’da kent trafiğinin sıkışmasını önleyebilmek için kente ilişkin belediye işlerinin dışında, hayvan arabalarıyla yapılan tüm nakliyat işlerinin gece yapılmasını öngörmüştür. Ayrıca genel yazım işleri, seçim propagandaları için duvarlara yazı yazılması gibi işler de gece yapılmaktaydı¹⁵³.

Ek olarak, bağımsız çalışmanın olduğu *locatio conductio operis* sözleşmesinde yükümlülük altına giren kişilerin çalışma saatlerini serbestçe belirleyebildikleri, bu nedenle bu bağımsız çalışmaların gün içerisinde 7-8 saat sürdüğü düşünülmektedir. Bununla birlikte, *locatio conductio operarum* gibi bağımlı çalışmanın mevcut olduğu sözleşmelerde çalışma yükümlülüğü altına giren işçilerin 8-12 saat arasında çalışmış oldukları düşünülmektedir¹⁵⁴. Söz konusu süreler işçiler itaat etme borcu altındadır.

2. İşverenin Borçları

a. Ücret Ödeme Borcu

Ücret (*merces*) hizmet sözleşmesinin temel unsurlarındandır. İşveren sözleşme ile kararlaştırılan bu ücreti ödemek durumundadır ve ücret kural olarak paradır¹⁵⁵. Bundan

talimatlar münferit işçiye verilmiş talimatları kapsamaktadır. İşverenin talimatları, konusu itibarıyla üçe ayrılmaktadır. Amaç talimatları; iş görme ediminin konusunu, zamanını, yerini ve organizasyonunu somutlaştırır. Uzmanlık talimatları; işin yapılış şekline ilişkindir. Son olarak, davranış talimatı ise iş yerindeki davranışlara ilişkindir. İş molası, hastalığı önleyici tedbirler, iş yerine bağlı kurumlardan özel amaçlı yararlanma ve sigara yasağı gibi talimatlar bu kapsamda değerlendirilmektedir. **Gümüş**, s. 411-412. İş K.’da bu borca ilişkin herhangi bir hüküm olmaması sebebiyle İş K. kapsamındaki işçiler açısından da TBK m.399’daki bu borç uygulanacaktır. **Arslan-Ertürk**, TBK ve İş K. ilişkisi, s. 78

¹⁵³ **Karadeniz**, s. 225-226

¹⁵⁴ **Karadeniz**, s. 228-229

¹⁵⁵ **Zimmermann**, s. 385; **Burdick**, s. 447; **Mousourakis**, Fundamentals, s. 229

TBK m.401’e göre “İşveren, işçiye sözleşmede veya toplu iş sözleşmesinde belirlenen; sözleşmede hüküm bulunmayan hâllerde ise, asgari ücretten az olmamak üzere emsal ücreti ödemekle yükümlüdür.” Hizmet sözleşmesinin tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme

başka, paranın yanında işçiye yiyecek ve giyecek verilmesi, barınmasının karşılanması da kararlaştırılmış olabilir¹⁵⁶.

Sık rastlanan şekliyle ücret günlük veya aylık şeklinde ödenmektedir. Bununla birlikte, işçinin evde barındırıldığı ve yiyeceği, giyeceği ve yatacağı yerin işveren tarafından karşılandığı durumlarda işin sona ermesiyle ücretin ödendiği düşünülmektedir¹⁵⁷.

Ayrıca, Roma hukukunda işçinin iş görmeksizin ücrete hak kazandığı durumlar da öngörülmüştür. Bu kapsamda işin yapılamaması işçiden kaynaklanmayan sebeplere dayanmaktaysa işçi koruma altına alınmıştır ve ücret talep etme hakkına sahip olduğu kabul edilmiştir¹⁵⁸. Bu noktada hangi durumların işçiden kaynaklandığını kestirmek oldukça zordur ve konuyla alakalı *locatio conductio operarum* kapsamında yeterli kaynak da mevcut değildir. Örneğin işçinin hastalanıp iş görememesi durumunda işçinin ücrete hak kazanacağını belirten kaynaklar olmakla birlikte aksini savunanlar da

olmasının sonucu olarak işçinin asli edim yükümlülüğü olan iş görmenin karşılığı, işverenin asli edim yükümlülüğü olan ücret ödemektir. **Eren**, s. 542; **Gümüş**, s. 422; **Mollamahmutoglu/Astarlı**, s. 545; **Tunçomağ**, s. 190; **Ekonomi**, s. 78

¹⁵⁶ Ücretin yanında yiyecek, giyecek ve barınma imkanının sağlanması, hizmet sözleşmesi açısından ücretin kural olarak para olması sebebiyle, ücret eki mahiyetindedir. **Karadeniz**, s. 159-160. Hemen belirtmek gerekir ki kendi hukukumuz anlamında ücretin tamamının mal (eşya) olarak ödenebilmesi kabul edilmemektedir. Bazı hallerde ücretin bir kısmının mal olarak ödenmesi mümkündür. Özellikle sürekli olarak bir işverenin emrinde çalışanlar için ve işverenle genellikle aynı yerde yaşayanlara, beslenme, barınma ya da giyim açısından verilen aynı ücretler veya ısınma ve aydınlatma gibi masraflarının karşılanması, uzun zamanlar büyük öneme sahip olmuştur. Günümüzde de bazı mesleklerde örneğin tarım ve deniz işlerinde, otelcilik, lokantacılık ve ev hizmetlerinde bu tür ödemelere rastlanmaktadır. **Narmanlıoğlu**, s. 301; **Reisoğlu**, s. 42; **Tunçomağ**, s. 129; **Ekonomi**, s. 142; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 465

¹⁵⁷ **Karadeniz**, s. 228-229. Modern hukuk açısından ücreti parasal ücret ve doğal ücret şeklinde sınıflandırabilmek mümkündür. Ücret kural olarak paradır fakat barınma ve beslenme imkânın sağlanması gibi doğal ücret de kararlaştırılabilir. Ücrete ilişkin başka bir ayrım da zamana göre ücret ve parça başına ücrettir. Ücret kural olarak zamana göre saptanmaktadır. Burada ücretin hesaplanmasındaki ölçüt işçinin işverenin emrinde çalıştığı zaman birimidir. Bu açıdan çalışılan sürenin uzunluğuna göre, saatlik, günlük, haftalık veya aylık olarak ücret hesaplanmaktadır. Bu durumda “zamana göre ücret” söz konusudur ve zamana göre ücrette iş sonucunun gerçekleşmesi önem arz etmemektedir. Bundan başka, ücretin akort (Alman öğretisinde parça akordu veya bizdeki şekliyle parça başına ücret) olarak ödenmesi de kararlaştırılabilir. Akort ücrette parça sayısı, büyüklük, uzunluk veya ağırlık gibi birimlere göre ücret belirlenmektedir. Örneğin bir maden işçisinin çıkardığı madenin ağırlığına göre ücretin saptanmasında akort ücret söz konusudur. **Gümüş**, s. 423 vd.; **Eren**, s. 543-544; **Yavuz**, s. 405-406; **Süzek**, s. 385 vd.; **Ekonomi**, s. 132; **Çelik, N.:** İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2013, s. 154-155

¹⁵⁸ **Buckland**, s. 501-502; **Perozzi**, s. 296; **Biondi**, s. 379; **Crook, J.:** Law and Life of Rome, New York 1967, s. 197

vardır¹⁵⁹. Ayrıca su baskını, yangın, toprak kayması, deprem ve savaş gibi *vis maior* durumlarda¹⁶⁰ veya doğrudan işverene ait nedenlerde ise ücrete hak kazanacağı öngörülmüştür¹⁶¹. Hukuki metine bu durum şu şekilde yansımıştır:

D. 19.2.38 pr. (Paul.)

“Qui operas suas locavit, totius temporis mercedem accipere debet, si per eum non stetit, quo minus operas praestet.”

Hizmetini kiraya veren kişi, hizmet görememesinden kendisi sorumlu değilse, hizmet görmesi öngörülen sürenin tamamı için ücrete hak kazanmalıdır.

Paulus’a ait olan bu metine karşılık, *Ulpianus*’a ait başka bir metinde bu konuya sınırlama getirildiği anlaşılmaktadır. Buna göre işçinin iş göremediği bu süreç için ücret talep edebilmesi ancak aynı süreç içerisinde başka bir işte ücret karşılığı çalışmamış olması şartına bağlanmıştır¹⁶². Bu metine göre:

D. 19.2.19.9 (Ulp.)

“Cum quidam exceptor operas suas locasset, deinde is qui eas conduxerat decessisset, imperator antoninus cum divo severo rescripsit ad libellum exceptoris in haec verba: "cum per te non stetisse proponas, quo minus locatas operas antonio aquilae solveres, si eodem anno mercedes ab alio non accepisti, fidem contractus impleri aequum est.”

Bir kâtibin hizmetini kiraya vermesinden sonra işverenin ölmesi durumunda, İmparator *Antoninus*, *Severus* ile beraber kâtibin başvurusuna şu şekilde cevap vermişlerdir: “İddia ettiğiniz üzere *Antonius Aquila*’ya hizmet görememenizden kendiniz sorumlu

¹⁵⁹ Kaser bu durumda riskin işçiye ait olduğunu savunurken, *Mayer-Maly* işverende olduğunu savunmaktadır. Bkz. **Zimmermann**, s. 386

¹⁶⁰ **Zimmermann**, s. 386; **Mousourakis**, *Fundamentals*, s. 232

¹⁶¹ **Ceylan-Güneş**, *Hizmet Akdi*, s. 73-75

¹⁶² **Voci, P.**: *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano 2004, s. 455; **Biondi**, s. 379; **Kaser**, s. 223

değilseniz, bahis konusu yıl içerisinde herhangi birinden ücret almış olmamanız koşuluyla, sözleşme ile kararlaştırılan ücrete hak kazanmanız adil gözükmetedir.

Söz konusu metin imparator *Severus* ve *Caracalla*'ya ait bir *constitutio*¹⁶³, da yer aldığı için bu düzenlemenin bu imparatorlardan sonraki bir zamanda getirildiği düşünülmektedir. *Severuslar*'ın son döneminde ise bu kısıtlamanın ortadan kaldırıldığı ve aynı süreç içerisinde başka işte çalışılmış olsa bile gerçekleştirilemeyen diğer hizmet açısından ücrete hak kazanılacağı tespit edilmiştir¹⁶⁴.

Buna ek olarak, tarafların bu durumu sözleşme ile değiştirebildiği ve çoğu zaman işçi lehine bu tarz hükümler olduğu da bilinmektedir. Transilvania maden ocaklarıyla ilgili yapılan hizmet sözleşmelerinde¹⁶⁵ su basması sebebiyle maden işçisinin işini yapamaması durumunda işçiye ücret ödeneceği fakat bu ücretin kesintiye uğratılacağı belirtilmiştir¹⁶⁶.

Roma hukukunda öngörülen bu durumların yansımaları modern hukukta da görmek mümkündür¹⁶⁷.

¹⁶³ İmparator emirnamelerine verilen genel isimdir. **Umur**, Lügat, s. 47; **Berger**, s. 409

¹⁶⁴ **Karadeniz**, s. 161-162

¹⁶⁵ **Karadeniz**, s. 163

¹⁶⁶ **Zimmermann**, s. 386

¹⁶⁷ TBK açısından işçinin iş görmeksizin ücrete hak kazandığı durumları: işverenin etki alanında gerçekleşen sebepler yüzünden işçinin iş görememesi (TBK m.408) ve işçinin kendi etki alanında kusuru olmaksızın gerçekleşen sebepler nedeniyle iş görememesi şeklinde gruplandırabilmek mümkündür.

İşverenin etki alanında gerçekleşen sebepler yüzünden işçinin iş görememesi durumu değerlendirilecek olursa öncelikle hizmet sözleşmesinin tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olmasının gereği olarak aynı anda ifa kuralı uygulama bulacaktır. Bu nedenle işçi, iş görme edimini ödemekten kaçınıyorsa, işveren de ödemezlik def'ini ileri sürerek ücret ödemekten kaçınabilir. Başka bir deyişle, iş görme yoksa ücret de yoktur. TBK m.408'de ise bu kurala istisna getirilmiştir. TBK m.408'e göre "İşveren, işgörme ediminin yerine getirilmesini kusuruyla engellerse veya edimi kabulde temerrüde düşerse, işçiye ücretini ödemekle yükümlü olup, işçiden bu edimini daha sonra yerine getirmesini isteyemez. Ancak, işçinin bu engelleme sebebiyle yapmaktan kurtulduğu giderler ile başka bir iş yaparak kazandığı veya kazanmaktan bilerek kaçındığı yararlar ücretinden indirilir." Buna göre, işverenin etki (riziko) alanında gerçekleşen bütün ifa engellerinde, işveren gerek edim hasarını (işçi iş görme borcundan kurtulur), gerek karşı edim hasarını (işçiye tam ücret ödemesinde bulunulur) taşımaktadır. Maddenin ikinci cümlesinde ise zararın denkleştirilmesine yönelik mahsup kuralı öngörülmüştür. Buna göre işçiye ödenmesi gerekli olan tam ücretten, işçinin işgöremediği için

Son olarak, ücretin alım satım (*emptio venditio*) sözleşmesinde olduğu gibi kesin olması gerekmektedir¹⁶⁸ ve sembolik ücretler üzerinden kurulan sözleşmeler bağışlama olarak değerlendirilmekteydi¹⁶⁹. Bir metinde bu durum şu şekilde ifade edilmiştir:

D. 19.2.46 (Ulp.)

“Si quis conduxerit nummo uno, conductio nulla est, quia et hoc donationis instar inducit.”

Bir kişinin, cüzi bir bedel (bir sikke) karşılığında kiralanması durumunda, kira sözleşmesi söz konusu olamaz. Nitekim bu durum bağışlamaya benzemektedir.

yapmaktan kurtulmuş olduğu giderlerle, başka bir işi yaparak kazandığı veya kazanmaktan bilerek kaçındığı yararlar ücretten mahsup edilecektir. **Gümüş**, s. 450-460

İşçinin kendi etki alanında kusuru olmaksızın gerçekleşen sebepler nedeniyle iş görememesi açısından bir değerlendirme yapılacak olursa: TBK m.409’a göre “Uzun süreli bir hizmet ilişkisinde işçi, hastalık, askerlik veya kanundan doğan çalışma ve benzeri sebeplerle kusuru olmaksızın, iş gördüğü süreye oranla kısa bir süre için iş görme edimini ifa edemezse işveren, başka bir yolla karşılanmadığı takdirde, o süre için işçiye hakkaniyete uygun bir ücret ödemekle yükümlüdür.” Bu madde kapsamında işçinin iş görmemesine rağmen ücrete hak kazanabilmesi için öncelikle hizmet sözleşmesinin uzun süreli olarak akdedilmesi gerekmektedir. Bir yıldan daha uzun süreli olarak akdedilen veya bir yıldan uzun süredir fiilen devam eden hizmet sözleşmeleri uzun süreli sayılmaktadır. Ayrıca işçinin niteliği veya diğer kişisel şartlardan kaynaklanan sebepler, iş görme engeli oluşturmaktadır. Yasada bu kapsamda öngörülen ilk neden tıbbi bakımı gerektiren hastalıktır. İşçinin kusurundan kaynaklanmadıkça hastalığın sebebi veya türü önem arz etmemektedir. Bundan başka, askerlik veya belediye meclis üyeliği, vasilik gibi kanundan doğan çalışma yükümlülükleri diğer sebepler olarak karşımıza çıkmaktadır. Yasada sınırlı olarak sayılmayan bu sebeplerden başka, özellikle işçinin yakın akrabasının ölümü, işçinin kaza geçirmesi, çocuğunun hastalanması ve bakıma ihtiyaç duyması durumunda başka bir çare de bulunmaması hallerinde işçi işgöremeyebilir ve bu gibi durumlarda da TBK m.409 uygulama alanı bulmaktadır. Bir diğer şart ise işçinin iş görme edimini yerine getirebilmesinin objektif olarak olanaksız veya beklenemez olması gerekliliğidir. Son olarak, işgöremediği için işçiye ödenecek olan ücretin başka bir yolla sağlanmamış olması gerekmektedir. Bu şartların gerçekleşmesi sonucunda Kanun işçiye hakkaniyete uygun bir ücretin ödenmesini öngörmüştür. Bunun hesaplanmasında ise somut olayın şartları ile işçinin kurtulmuş olduğu masraflar da değerlendirilecektir. **Gümüş**, s. 450-460

¹⁶⁸ **Voci**, s. 451; **Mousourakis**, Fundamentals, s. 229

¹⁶⁹ **Karadeniz**, s. 161-162; **Mousourakis**, Fundamentals, s. 229; **Ceylan-Güneş**, Hizmet Akdi, s. 74. Modern hukuk anlamında bir değerlendirme yapılacak olursa ücretsiz iş taahhüdünde, kural olarak vekâlet sözleşmesinin mevcut olduğu kabul edilmektedir. Başka bir görüşe göre ise yapılacak iş karşılığında ücret talep edilmeyeceği öngörülmüşse ortada bir iş bağışlaması mevcuttur. **Mollamahmutoğlu/Astarlı**, s. 297. Ayrıca ailevi ya da mesleki bir yardımlaşma sonucunda gerçekleştirilen iş de hizmet sözleşmesinin dışında kalmaktadır. **Narmanhoğlu**, s. 175

b. İş Araç ve Malzemelerini Sağlama Borcu

Esasen işverenin işçiye işinde kullanmak üzere araç ve malzemeleri sağlama borcu gerçekte yükümlülük değildir. Başka bir deyişle, bu işin ifasını mümkün kılan hazırlayıcı fiil ve işlemlerdendir¹⁷⁰.

Roma'da çalışma düzeni kapsamında işverenin işçiye işin yürütülebilmesi adına çeşitli malları verdiği, iş araçları ve nakliye araçlarını sağladığı söylenebilir. Söz konusu malların, işçi tarafından işverene iade yükümlülüğünün belirlenmiş olmasından bu durum anlaşılabilir. Bu noktada, eser sözleşmesi ile hizmet sözleşmesi arasında bağlantı kurulabileceğinden hareketle, hizmet sözleşmesinde de iade borcunun yerine getirilmemesi durumunda mücbir nedenler hariç olmak üzere işçinin daha eski zamanlarda *custodia*'dan sorumlu olduğu düşünülmektedir. Bu durum işverenin, işçiye bazı durumlarda işe ilişkin araç ve malzemeleri tedarik ettiğini göstermektedir¹⁷¹.

c. İşçiyi Gözetme Borcu

Bağımlılık temeline dayanan hizmet sözleşmesinde işverenine tabi olan işçinin işverenine sadık olması gerekliliği, işverenin işçinin haklı menfaatlerini koruması şeklindeki genel gözetme yükümlülüğü ile dengelenmektedir. Bu açıdan işveren işçinin kişi, mal ve ekonomik varlığına zarar verebilecek eylemlerden kaçınmalıdır ve doğabilecek zararları önleyecek hareketleri yapma külfeti vardır¹⁷².

¹⁷⁰ **Mollamahmutoğlu/Astarlı**, s. 665; **Reisoğlu**, s. 211; **Tunçomağ**, s. 258; **Süzek**, s. 498. TBK m.413/I'e göre "Aksine anlaşma veya yerel âdet yoksa, işveren işçiye bu iş için gerekli araçları ve malzemeyi sağlamakla yükümlüdür." Bu kapsamda işverenin işe ilişkin araç ve malzemeleri verme borcu hazırlık fiili olarak kabul edilmektedir ve niteliği itibarıyla bir külfettir. Bu nedenle işverenin bu fiili gerçekleştirmemesi durumunda borçlu temerrüdüne değil alacaklı temerrüdüne düşmektedir. **Eren**, s. 549. TBK m.413/II'ye göre "İşçi işverenle anlaşarak kendi araç veya malzemesini işin görülmesine özgülürse, aksi anlaşmada kararlaştırılmadıkça veya yerel âdet bulunmadıkça işveren, bunun için işçiye uygun bir karşılık ödemekle yükümlüdür." Buradaki "uygun bir karşılık" ifadesinin belirlenmesinde işçinin dürüstlük kuralına uygun olarak yaptığı harcamalar gözönüne alınmalıdır. Burada ayrıca aletlerin kullanılması sebebiyle doğan aşınma, yıpranma payının işveren tarafından tazmin ettirilmesi de mümkün olmaktadır. **Yavuz**, s. 415

¹⁷¹ **Söğütlü-Erişgin**, Contractus, s. 149

¹⁷² **Gümüş**, s. 471; **Mollamahmutoğlu/Astarlı**, s. 624 vd.; **Narmanlıoğlu**, s. 321; **Reisoğlu**, s. 203 vd.; **Süzek**, s. 427 vd.; **Ekonomi**, s. 154 vd.; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 471 vd.; Gözetme borcunun dayandığı hukuki ilke ve görüşler için bkz. **Uluslan, İ.**: Özellikle Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu, Bundan Doğan Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 1990, s. 4 vd.

Roma'da işin icrasına ilişkin bu kapsamdaki gerek hukuki gerek dinsel anlamdaki düzenlemelerin Principatus Dönemi'nin sonlarına değin oldukça sınırlı olduğu ve bu düzenlemelerin kişilerin özel anlaşmalarına bırakıldıkları düşünülmektedir. Ayrıca fabrikalarda, atölyelerde veya diğer sınai işletmelerde işçilerin zor koşullar altında çalıştıkları ve işe ilişkin kuralların işçilerin yararı göz önünde bulundurularak değil, verimin arttırılması odaklı olduğu bilinmektedir¹⁷³.

Bununla birlikte, Roma'da işçilerin sağlığının korunmasına ve çalışma kurallarının düzenlenmesine yönelik kurallar geliştirilmiştir. Buna göre örneğin dikkat isteyen bazı işlerde çalışmanın belirli aralıklarla durdurulması ve işçilerin dinlenmesi öngörülmüştür. Ayrıca zararlı gaz, koku çıkaran maddeler işlenirken maske kullanılması zorunluluğu düzenlenmiştir. Ek olarak, ilkel nitelik taşısa da iş kazalarını önleyebilmek adına bazı tedbirler öngörülmüştür. Bu kapsamda maden ocaklarında kayma, çökme, göçük gibi kazaların habercisi olabilen sarsıntı ve dumanları takip etmek için gözcüler görevlendirilmiştir. Ayrıca, işçilere yemek ve kısa bir dinlenme olan öğle tatili dışında vücudun diğer ihtiyaçları için de yeterli zamanın bırakılması gerekliliği ifade edilmiştir. Fakat söz konusu tedbirleri almayan iş sahiplerinin, tedbirsizlik nedeniyle zarar gören işçiler karşısındaki sorumluluğuna yönelik kaynaklarda yeterli bilgi mevcut değildir¹⁷⁴.

İşçiyi gözetme borcu kapsamındaki bir başka husus tatil günlerine ilişkindir. Roma'da resmi ya da özel bayramlar nedeniyle tatillerin mevcut olduğu ve kölelerin dahi bayram günlerinde çalıştırılmadığı bilinmektedir. Dini bayramlarda iş görülmesi dini müeyyidelere bağlanmışken, özel bayramlarda iş görme, işverenin isteğine bırakılmıştır. Yine de çalışmanın her zaman için bir yük olarak algılandığı Roma'da Principatus Dönemi'nin sonlarına kadar, elden geldiğince az çalışarak yaşamının amaç

¹⁷³ Karadeniz, s. 232-233

¹⁷⁴ Karadeniz, s. 157, 233-234

TBK'da genel bir gözetme borcu mevcut olmamakla birlikte gözetme borcunun özel görünümüne yer verilmiştir. Bu kapsamda işçinin kişiliğinin korunması (TBK m.417), işçinin ev düzeninde korunması (TBK m.418), işçinin kişisel verilerinin korunması, (TBK m.419), hafta tatili ve yıllık izin (TBK m.421-425), masrafların giderimi ve avans ödemesi (TBK m.416), hizmet belgesi verilmesi (TBK m.426) öngörülmüştür. **Gümüş**, s. 471

edinildiği ortamda, resmi ve özel bayram günlerinde çalışmama kuralına uyulduğu kabul edilmektedir¹⁷⁵.

3. Tarafların Sorumlulukları ve Hakların Korunması

Sorumluluk hukukunun konusunu, zarar verenin zarar görenin uğramış olduğu zararları gidermesi, tazmin etmesi oluşturmaktadır ve sorumluluk hukuku zararın ortaya çıktığı bir olayda sonucun kime, hangi hukuki gerekçelerle ve hangi ölçüde yüklenebileceği meselesiyle ilgelenmektedir. Gerek haksız fiillerden gerekse sözleşmeden doğan sorumluluğu kapsayan bu tanımlamadan konu dışı olduğu için haksız fiiller çıkartılacak olursa, sözleşme kaynaklı bir borcun konusunu oluşturan edimi hiç ya da gereği gibi ifa etmeyen borçluya karşı uygulanacak yaptırım, o kişinin sorumluluğuna gitmektir. Edimini yerine getirmeyerek karşı tarafın zarar görmesine yol açan tarafın tazminat yükümlüsü olabilmesi için günümüzde geçerli olan kusur sorumluluğu ilkesi gereğince ilgili kişi hem zarara sebep olmalı hem de kusurlu olmalıdır¹⁷⁶.

Roma hukukunda sözleşmeler alanında sorumluluk konusu modern hukuktan daha karmaşık bir yapı içerisindedir. Bu kapsamda Roma hukukundaki sorumluluk ölçütlerine ilişkin kurallar, Klasik Hukuk Dönemi ile Iustinianus Dönemi arasındaki yapı değişikliği sebebiyle tam olarak aydınlatılabilmiş değildir¹⁷⁷.

Genel olarak Klasik Hukuk Dönemi'nde kusursuz sorumluluk ilkesinin ve ölçülerinin geçerli olduğu, Iustinianus Dönemi'nde ise bu ilkenin ufak istisnalar dışında terkedilerek kusura dayanan sorumluluk (sübjektif sorumluluk) ilkesinin kabul edildiği düşünülmektedir. Bununla birlikte, Iustinianus Dönemi'nde kaynaklarda yapılan *interpolatio*'lar nedeniyle sorumluluğa ilişkin Klasik Hukuk Dönemi kaynakları değiştirilmiştir. Ayrıca Iustinianus Dönemi'nde, kusur (*culpa*) ilkesi ve bu ilkenin çeşitli derecelere ayrılması sırasında özen gösterilmediğinden, kaynaklar arasında

¹⁷⁵ Karadeniz, s. 229-231

TBK m.421-425 düzenlemeleri gereği işveren işçiye hafta tatili, yıllık izin ve iş arama izni vermek zorundadır. Gümüş, s. 485-498; Yavuz, s. 418-419; Eren, s. 553-555

¹⁷⁶ Söğütlü-Erişgin, Contractus, s. 115-116

¹⁷⁷ Zilelioğlu, H.: "Roma Hukukundaki Sorumluluk Ölçütlerine Genel Bir Bakış", AÜHFD 1987, C. 39, Sa. 1-4, s. 241-264, s. 241

çelişkiler ortaya çıkmıştır. Kaynaklardaki bu çelişkiler, Roma hukukçularının sorumluluk alanında farklı görüşler ileri sürmelerine sebebiyet vermiştir¹⁷⁸. Bu kapsamda örneğin Ortak Hukuk öğretisi Roma sorumluluk hukukunda kusur sorumluluğunun egemen olduğunu düşünürken, bu görüşe karşı çıkan Romanistler, kusursuz sorumluluktan kusur sorumluluğuna doğru bir gelişim olduğunu ortaya koymuşlardır¹⁷⁹.

Hizmet sözleşmesi değerlendirilecek olursa, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olarak hizmet sözleşmesinde işçi, üstlendiği işi özenle ifa etmek zorundadır. Kendisine verilen süre içerisinde işçi borcunu ödemişse ücrete hak kazanacaktır. Bunun dışında belirli bir sonucu üstlenme yükümlülüğü mevcut değildir¹⁸⁰.

Sadece hizmet sözleşmesi (*locatio conductio operarum*) açısından değil; *locatio conductio* grubuna giren tüm sözleşmeler açısından sorumluluk ölçütünün, her iki tarafın da sözleşmeden menfaatinin olması sebebiyle, Klasik Hukuk Dönemi ve Iustinianus Dönemi açısından *culpa* (ihmal) ve *dolus* (kast) olduğu düşünülmektedir¹⁸¹. Buna ek olarak Klasik Hukuk Dönemi'nde borçlunun *custodia*'dan sorumlu tutulup tutulmadığı hususu tartışmalıdır. Genel kabul gören görüş, her üç sözleşme tipi açısından da taraflardan kiracının, işçinin ve yüklenicinin sorumluluğunun *custodia* olduğu şeklindedir¹⁸². Gerçekten kaynaklarda işçinin sorumluluğuna ilişkin doğrudan bir bilgiye ulaşabilmek mümkün olmamakla beraber *locatio conductio operis* ve *locatio conductio operarum*'un beraber değerlendirildiği metinlerden şu sonuca varılabilir: Klasik Hukuk Dönemi'nde işçinin sorumluluğu *custodia* olarak değerlendirilmişken Iustinianus Dönemi'nde *dolus* (kast) ve *culpa* (ihmal)'yı kapsayan *diligentia*¹⁸³ olduğu

¹⁷⁸ Zilelioğlu, s. 241; Söğütlü-Erişgin, Contractus, s. 132-133

¹⁷⁹ Söğütlü-Erişgin, Contractus, s. 117-118; Sayın-Korkmaz, s. 137

¹⁸⁰ Söğütlü-Erişgin, Contractus, s. 148; Zimmermann, s. 384

¹⁸¹ Zimmermann, s. 385

¹⁸² Söğütlü-Erişgin, Contractus, s. 145; Tahiroğlu, Borçlar, s. 236; Zimmermann, s. 386; Rado, s. 106; Umur, Ders Notları, s. 369

¹⁸³ *Diligentia* özen yükümlülüğünü ifade etmektedir ve *diligere* fiilinden türetilmiş olup sevmek, değer vermek anlamlarına gelmektedir. Klasik Sonrası Hukuk Dönemi'nde *diligentia* malların yönetiminde ve borçların ifasında dikkat ve özen gösterilmesi anlamını taşımaktadır. Bu kapsamda Klasik Sonrası Hukuk Dönemi'nde, Klasik Hukuk Dönemi'nin kusursuz sorumluluğunu gösteren *custodia* anlayışı, yerini kusura bırakmıştır. Böylece borçlu bütün kusurlarından (*omnis culpa*) sorumlu tutulmuş, özen yükümlülüğü anlamını taşıyan *diligentia*

kabul edilmektedir¹⁸⁴. Ayrıca hizmet sözleşmesinde işin yönetimi işverende olduğu için işin yönetimine ilişkin aksaklıklardan işçinin sorumlu tutulamayacağı da öngörülmüştür¹⁸⁵.

*Custodia*¹⁸⁶ sorumluluğunun en genel tanımına şu metinden ulaşılmaktadır:

D. 19.2.40 (Gai.)

“Qui mercedem accipit pro custodia alicuius rei, is huius periculum custodiae praestat.”

“Bir başkasının malını gözetmek için para alan kimse, bu gözetim tehlikesiyle bağlantılı her şeyden sorumludur.”¹⁸⁷

ise yerine göre *culpa* (ihmal) ile aynı anlamı taşımış, yerine göre sözleşmeler alanında *custodia*’nın yerini almıştır. **Söğütü-Erişgin**, Contractus, s. 202-204; **Zilelioğlu**, s. 243

¹⁸⁴ **Söğütü-Erişgin**, Contractus, s. 148; **Karadeniz**, s. 164

TBK anlamında işçinin sorumluluğu nispi emredici nitelik taşıyan TBK m.400’de düzenlenmiştir. Buna göre “İşçi, işverene kusuruyla verdiği her türlü zarardan sorumludur (f.I). Tazminatın şartları ise şunlardır: İşçi öncelikle iş görme, özen, hesap verme, sadakat borcu gibi herhangi bir borcunu ihlal etmiş olmalıdır. Ayrıca bu ihlalden bir zarar meydana gelmiş olmalı ve ihlal ile zarar arasında uygun illiyet bağı olmalıdır. Son olarak, işçi kusurlu olmalıdır. Bu hükme göre borçlu kendisine herhangi bir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, işverene verdiği zararları gidermekle yükümlüdür. “Bu sorumluluğun belirlenmesinde; işin tehlikeli olup olmaması, uzmanlığı ve eğitimi gerektirip gerektirmemesi ile işçinin işveren tarafından bilinen veya bilinmesi gereken yetenek ve nitelikleri göz önünde tutulur (f.II). Hükümün bu ikinci fıkrasında işçinin objektif ve sübjektif karması özen ölçüsü ifade edilmiş olup bunların ihlali, işçinin kusurunun derecesini belirtmektedir. Sübjektif ve objektif karması ölçü tespit edilmiş olduğu için, bu ölçünün kişiye göre değişken olması sebebiyle, ölçü ortalama bir işçinin göstermesi gereken ortalama özenin altında olabileceği gibi, somut işçinin özelliğine göre üstünde de olabilir. Sonuç olarak, tazminatın hesaplanmasında ikinci fıkra sayılmış olan unsurlar esas alınmaktadır ve işverenin bu tazminat alacağı TBK m.416 gereği on yılda zamanaşımına uğramaktadır. **Gümüş**, s. 414 vd.; **Eren**, s. 540-542

¹⁸⁵ **Karadeniz**, s. 164

¹⁸⁶ *Custodia* sözleşmesel sorumluluk alanında “gözetmek” ve “korumak” anlamlarını taşır ve bu alandaki en ağır sorumluluk ölçütüdür. Buna göre iki koşulun varlığı aranmaktadır: Öncelikle sorumlu tutulacak olan borçlunun sözleşmeden bir yarar sağlaması gerekmektedir. Buna ek olarak sözleşme konusu mal, borçlunun gözetimine bırakılmış olmalıdır. **Söğütü-Erişgin**, Contractus, s. 134. Bu kapsamda borçlu bazı beklenmedik hallerden dahi sorumlu tutulabilmekteydi. Örneğin borçlu, kendisinin hiçbir kusuru olmasa bile gözetiminde olan şeyin çalınmasından sorumlu tutulabilirdi. Klasik Hukuk Dönemi’nde bu kapsamda sorumlu tutulanlar arasında ariyet alanlar, eser sözleşmesinin tarafı olan yükleniciler, kiracılar ve rehinli alacaklılar sayılmıştır. **Rado**, s. 29

¹⁸⁷ **Söğütü-Erişgin**, Contractus, s. 145

İşverenin işin yürütülmesi amacıyla işçiye, araç ve malzeme vermesi ve çeşitli malları tedarik etmesi düşünüldüğünde veya kullanılan nakliye araçları açısından işçinin iade borcu altında olduğu ve bu malları gözetmek zorunda olduğu savunulabilir. Bu sorumluluğunu yerine getirmediği durumlarda mücbir nedenler hariç olmak üzere *custodia*'dan sorumlu tutulması gündeme gelecektir¹⁸⁸.

Mücbir nedenlerin sorumluluk kapsamının dışında tutulmasıyla ilgili metin incelenecek olursa:

Ius. Cod. 4.65.28 (Diocl.)

“In iudicio tam locati quam conducti dolum et custodiam, non etiam casum, cui resisti non potest, venire constant.”

“*Locatio conductio*’dan doğan taleplerde kast ve gözetim söz konusudur; fakat karşı konulamayan olay bunun dışında kalır.”¹⁸⁹

Ayrıca, kusur sorumluluğunun *locatio conductio* grubundaki sözleşmeler için kabul edilmesi, kusur hakkındaki en kapsamlı metinden anlaşılmaktadır:

D. 50.17.23 (Ulp.)

“Contractus quidam dolum malum dumtaxat recipiunt, quidam et dolum et culpam. dolum tantum: depositum et precarium. dolum et culpam mandatum, commodatum, venditum, pignori acceptum, locatum, item dotis datio, tutelae, negotia gesta: in his quidem et diligentiam. Societas et rerum communio et dolum et culpam recipit. Sed haec ita, nisi si quid nominatim convenit (vel plus vel minus) in singulis contractibus: nam hoc servabitur, quod initio convenit (legem enim contractus debet), excepto eo, quod celsus putat non valere, si convenerit, ne dolus praestetur: hoc enim bonae fidei iudicio contrarium est...”

¹⁸⁸ Söğütü-Erişgin, Contractus, s. 149. *Custodia* sorumluluğu kapsamındaki tartışmalar için bkz. Zimmermann, s. 386

¹⁸⁹ Söğütü-Erişgin, Contractus, s. 146

“Sözleşmeden dolayı kötünîyetten, hem kast hem de ihmalden sorumluluk vardır: Vedia ve iğreti sözleşmelerinde kasttan, vekâlet, ariyet, satım, rehin, istisna, hizmet, kira, *dos* (cehiz) vaadi, vesayet ve vekâletsiz iş görmede kast ve ihmalden sorumluluk vardır. Aynı zamanda özen yükümlülüğünden de sorumluluk vardır. Şirket sözleşmesi ve müşterek mülkiyette kast ve ihmal aranır. Ancak daha ağır veya daha hafif ölçü özel anlaşmalarla kararlaştırılabilir. Fakat kastın kaldırılmasına ilişkin anlaşmalar *Celsus*’un belirttiği gibi değersizdir (geçersizdir). Çünkü *dolus* iyiniyetin karşıtıdır...”¹⁹⁰

Bu noktada Romalıların *dolus* (kast) ve *culpa* (ihmal) kavramlarını sözleşmesel sorumluluk anlamında nasıl değerlendirdikleri önem arz etmektedir.

Dolus’a ilişkin Romalı hukukçuların değerlendirmesine bakılacak olursa, *Ulpianus*’un *Labeo*’dan almış olduğu bir metinde *dolus* "Herhangi bir çıkar elde etmek için bir kişiyi tuzağa düşürmek" biçiminde tanımlanmıştır. Buradan da anlaşıldığı üzere *dolus* esasen kaynağını haksız fiillerden almaktadır. Bundan sonra sözleşmeler alanına aktarılması ise özellikle yabancılar *praetor*’u tarafından sağlanmıştır. *Ius Gentium*’a ilişkin *formula*’larda sıkça rastlanıldığı şekliyle *dolus malus*, *bona fides*’in karşıt kavramı olarak kullanılmıştır¹⁹¹. Böylece yabancılar *praetor*’u *bona fides*’i temel alarak sözleşmelerde güveni ihlal eden her hareketin sorumluluğa yol açacağını belirtmiştir. Bu kapsamda *bona fides*, borçlunun sadece borçlu olduğu edimin ifasını kapsamamakta, ayrıca borcun amacına hizmet eden, yapılması veya yapılmaması gerekli her şeyi zorunlu kılmaktadır¹⁹².

Culpa (ihmal) açısından durum değerlendirilecek olursa *culpa*’nın ilk olarak Roma ceza hukukunda suç ve kabahat anlamında kullanıldığı bilinmektedir. Roma sözleşmeler hukukuna ise *culpa* oldukça yavaş bir gelişimin sonucunda dahil olmuştur. Bu kapsamda Klasik Hukuk Dönemi’nde çoğu zaman kusur kavramının yerine kullanılmış olup teknik anlamda ihmal kavramını karşılamamıştır. Klasik Sonrası

¹⁹⁰ Söğütlü-Erişgin, Contractus, s. 204

¹⁹¹ Zilelioğlu, s. 245-246

¹⁹² Söğütlü-Erişgin, Contractus, s. 164-165

Hukuk Dönemi'nden başlamak üzere *culpa*, kusur ve ihmal anlamlarını taşımaktan uzaklaşıp *dolus* anlamını dışarıda bırakarak sadece ihmal anlamını taşımaya başlamıştır¹⁹³.

Yukarıda da bahsi geçtiği şekliyle kölenin kiraya verilmesi mümkün olduğu gibi, kölenin hukuki işlem ehliyetine sahip olması dolayısıyla kendisini de kiraya vermesi mümkündür. Bu durumda kölenin kendisini kiraya vermesi ile efendisi tarafından kiralanması arasında sorumluluk açısından bir ayrım tespit edilmiştir. Metine göre:

D. 19.2.60.7 (Lab.)

“Servum meum mulionem conduxisti: neglegentia eius mulus tuus perit. si ipse se locasset, ex peculio dumtaxat et in rem versum damnum tibi praestaturum dico: sin autem ipse eum locassem, non ultra me tibi praestaturum, quam dolum malum et culpam meam abesse: quod si sine definitione personae mulionem a me conduxisti et ego eum tibi dedissem, cuius neglegentia iumentum perierit, illam quoque culpam me tibi praestaturum aio, quod eum elegissem, qui eiusmodi damno te adficeret.”

Senin bana ait bir köleyi katırcı olarak kiralaman durumunda, kölemin dikkatsizliği sonucunda katırın ölürse; Eğer kölem kendisini kiraya vermişse, ben (*Labeo*) kölenin *peculium* değeri kadar veya elde ettiğim kazanç kadar zarardan sana karşı sorumlu olurum. Fakat kölemi ben kiraya vermişsem, kötüniyetli ve kusurlu olmam dışında sorumlu tutulamam. Eğer köleyi belirlemeden herhangi birini kiralarsan ve benim seçtiğim bu köle, dikkatsizliği sonucu katırının ölmesine sebebiyet verirse, köleyi ben seçtiğim için kusurumdan sorumlu olurum.

Bu metinde üç farklı durum düzenlenmiştir. Buna göre ilk olasılıkta kölenin kendisini kiraya vermesi söz konusudur ve efendinin bu durumda kölesine verdiği sermaye (*peculium*) miktarınca sorumlu olacağı veya malvarlığında bir artış

¹⁹³ Söğütlü-Erişgin, Contractus, s. 181, 188

gerçekleşmişse bu artış miktarınca sorumlu olacağı belirtilmiştir. İkinci durum olan efendinin köleyi kiraya vermesi durumunda, efendi sözleşme gereği sorumlu tutulacaktır. Son olasılıkta ise bir cins borcu söz konusudur ve seçim hakkı efendiye bırakılmıştır ve efendi spesifik bir köleyi değil herhangi bir kölesini kiraya vermektedir. Bu durumda efendinin bu tercihiyle *culpa in eligendo*¹⁹⁴ ile sorumlu olduğu düşünülmektedir¹⁹⁵.

Culpa in eligendo kavramının Roma hukuku tarafından geliştirilmediği ve Ortak Hukuk tarafından belirlendiği düşünülmektedir. *Culpa in eligendo* kavramı, esas borçlunun yardımcısı sıfatıyla hizmet eden üçüncü kişinin fiillerinden borçlunun sorumluluğu anlamına gelmektedir. Bununla birlikte, Roma hukukuna göre bazı sözleşmesel ilişkilerde borçlunun bazen yardımcıların seçiminde kusurlu davranabileceği (*culpa in eligendo*) öngörülmüştür, *Gaius*'un anlatımıyla kötü insanların (*mali homines*) hizmetlerde kullanılması durumu, bazen de yardımcıların gözetiminde kusurlu davranılabileceği (*causa illicita*) durumu belirtilmiştir. Bu iki durumda borçlunun bizzat kendisi kusurlu nitelendirilip sorumlu tutulmuştur¹⁹⁶. Bu konuda bir metin incelenecek olursa:

D. 13.6.11 (Paul.)

“Qui non tam idoneum hominem elegerit, ut recte id perferri possit”

“Çünkü malı usulünce getirebilecek uygun kişiyi seçmemiştir.”¹⁹⁷

Köle seçimiyle alakalı benzer bir metin daha incelenecek olursa:

¹⁹⁴ İstihdam edilen bir kimsenin işlediği kusur olarak tanımlanmaktadır. Bazı durumlarda bu kişiyi istihdam eden de kusurundan sorumlu tutulabilmekteydi. **Umur**, Lügat, s. 52

¹⁹⁵ **Du Plessis**, s. 131-132

¹⁹⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Söğütlü-Erişgin**, Contractus, s. 200-202

¹⁹⁷ **Söğütlü-Erişgin**, Contractus, s. 202

D. 9.2.27.34 (Ulp.)

“*Si quis servum conductum ad mulum regendum commendaverit ei mulum ille ad pollicem suum eum alligaverit de loro et mulus eruperit sic, ut et pollicem avelleret servo et se praecipitaret, mela scribit, si pro perito imperitus locatus sit, ex conducto agendum cum domino ob mulum ruptum vel debilitatum, sed si ictu aut terrore mulus turbatus sit, tum dominum eius, id est muli, et servi cum eo qui turbavit habiturum legis aquiliae actionem. mihi autem videtur et eo casu, quo ex locato actio est, competere etiam aquiliae.*”

“Eğer birisinin kiraladığı ve katır sürücüsü olarak belirlediği köle, sıkıca dizginlediği katırın dizginlerini elinden kaçırr ve katırın devrilmesine neden olursa, bu durumda, *Mela*’nın yazdığı gibi, kölenin efendisine karşı, tecrübeli/yetenekli bir köle yerine yeteneksiz bir köleyi kira sözleşmesinin konusu yaptığı için kira sözleşmesinden doğan dava açılır. Eğer, katır, üçüncü bir kişi tarafından korkutulmasına yol açan şamar ya da benzeri bir şeyle ürkütülmüşse, bu durumda katırın maliki ve kölenin maliki, katırı ürküterek yaralanmaya (hem kölenin hem de katırın) yol açan kimseye karşı *Lex Aquilia*’dan doğan davayı açabilir. Fakat, benim görüşüm, kira sözleşmesinden doğan dava hakkının tanındığı ilk durum için de *Lex Aquilia*’dan doğan dava açma hakkının tanınacağı doğrultusundadır.”¹⁹⁸

Olayda özetle başkasına ait bir köle, başkasına ait bir katırı sürmek üzere kiralanmakta ve beceriksizliği nedeniyle dizginleri elinden kaçırmaktadır. Bu durumda hem köle hem de katır yaralanmıştır. Bu kapsamda *Mela* yetenekli bir köle verilebilecekken, yeteneksiz köle verildiği için kira sözleşmesi gereğince becerisizlik ölçütü kapsamında sorumluluğun gündeme geleceğini ve kölenin efendisine karşı *Lex Aquilia*’dan doğan davanın açılmayacağını ifade etmektedir. Bu kapsamda bahsi geçen becerisizlik kavramı ise yeteneksizlik, bilgisizlik gibi kavramları ifade eden *imperitia*

¹⁹⁸ Söğütlü-Erişgin, Contractus, s. 197

kavramına karşılık gelmektedir. *Imperitia* kavramının *culpa*'nın özel bir türü olarak nitelendirilmesi, Klasik Hukuk Dönemi'ne kadar gitmektedir ve *locatio conductio* grubuna giren sözleşmelerde uygulama alanı bulmuştur. Klasik Sonrası Hukuk Dönemi'nde ise tüm sorumluluk hukuku alanında ihmalin ölçüsü şeklinde kullanılmaya başlanmıştır¹⁹⁹.

Tarafların üzerine düşen yükümlülükleri yerine getirmemesi durumunda *locator*'un işini sözleşme gereğince ifa etmemesi durumunda *conductor*, *locator*'a karşı *actio conducti* davası açarak hizmetin yerine getirilmesini talep edebilirdi. *Locator* ise *conductor*'dan ücretini *actio locati* ile isteyebilirdi²⁰⁰.

Yukarıda da belirtildiği üzere *locatio conductio* grubuna giren üç sözleşme açısından *formula*'ların *demonstratio* kısımlarında sözleşmenin türüne göre kelime farklılıkları ortaya konmakta, sözleşmenin kira sözleşmesine mi, eser sözleşmesine mi yoksa hizmet sözleşmesine mi ilişkin olduğu belirtilmekteydi. Bu kapsamda üç sözleşme için de *demonstratio* kısmındaki *locavit* ve *conduxit* kelimeleri kullanılmaktaydı ve davalar niteliği itibariyle iyiniyet davaları olduğu için *ex bona fide*'ye göre iyiniyet gereğince karar verilmesi gerekliliği ayrıca belirtiliyordu²⁰¹.

4. Sözleşmenin Sona Ermesi

a. Tarafların Anlaşması ile Sona Erme

Her şeyden önce Roma hukukuna göre sözleşmenin taraflarının anlaşmasıyla sözleşme sona erebilirdi. *Locatio conductio operarum* rızai bir sözleşme olduğu için ve tarafların anlaşmasıyla sözleşmenin kurulabilmesi mümkün olduğu için, aynı şekilde yine anlaşarak sözleşmenin sona erdirilmesi mümkündü²⁰². Bu durum hukuki metine şu şekilde yansımıştır:

¹⁹⁹ Söğütü-Erişgin, Contractus, s. 197-198. *Locatio conductio operarum*'da *culpa* kapsamında *imperitia* ölçütü için ayrıca bkz. Zimmermann, s. 386-387

²⁰⁰ Di Marzo, s. 398, Zimmermann, s. 385, Voci, s. 452; Mousourakis, Fundamentals, s. 229; Kaser, s. 223; Koschaker, s. 238; Rado, 102; Tahiroğlu, Borçlar, s. 236

²⁰¹ Zimmermann, s. 341

²⁰² Karadeniz, s. 155; Ceylan-Güneş, Hizmet Akdi, s. 78-79

Modern hukuk anlamında da bir hizmet sözleşmesi öncelikle borçlar hukuku genel hükümleri kapsamında borç ilişkisini sona erdiren sebeplerle örneğin ikale sözleşmesi ile sona erebilir.

D. 46.3.80 (Pomp.)

“Prout quidque contractum est, ita et solvi debet: ... aequae cum emptio vel venditio vel locatio contracta est, quoniam consensu nudo contrahi potest, etiam dissensu contrario dissolvi potest.”

Sözleşme hangi yolla kurulduysa, aynı şekilde sona erdirilebilir. (...) Benzer şekilde alım-satım sözleşmesi ve *locatio conductio* da anlaşma ile kuruldukları için, aksi yönde etkili olacak bir anlaşma ile sona erdirilebilirler.

b. Belirli Sürelilerde Sona Erme

Belirli süreli *locatio conductio operarum*'larda ise kararlaştırılan sürenin dolması ile sözleşme doğal yolla son bulurdu²⁰³. Uygulamada çok sık karşılaşıldığı için belirlenen süreden önce sözleşmenin tek tarafı olarak bozulmasını önlemek amacıyla *conductor*'un sözleşmeye ek olarak cezai şart *stipulatio*'su yapması yaygındı²⁰⁴.

Bundan başka, hizmet sözleşmesine özgü sona erme sebepleri ise TBK m.430 vd.nda düzenlenmiştir. **Gümüş**, s. 509

²⁰³ **Zimmermann**, s. 387

²⁰⁴ **Karadeniz**, s. 156

TBK m.430/I'e göre “Belirli süreli hizmet sözleşmesi, aksi kararlaştırılmadıkça, fesih bildiriminde bulunulmasına gerek olmaksızın, sürenin bitiminde kendiliğinden sona erer.” Bu hüküm emredici nitelik taşımadığı için taraflar bu durumun aksini kararlaştırarak örneğin sözleşmenin belirli süreli olmasına rağmen fesih bildirimi ile sona ereceğini öngörebilirler. Belirli süreli sözleşmeler kanundan, sözleşmeden veya taraf iradelerinden doğmaktadır. Sözleşmeye dayanan belirli süreli sözleşme tarafların açık veya örtülü iradelerinden doğmaktadır. Ayrıca f.II'ye göre sürenin bitiminden sonra taraflarca örtülü olarak sözleşmeye devam edilmesi durumunda sözleşme belirsiz süreliye dönüşmektedir. f.IV'e göre sözleşmenin fesih bildirimiyle sona ereceği kararlaştırılmış ve iki taraf da fesih bildiriminde bulunmamışsa, sözleşme belirsiz süreli sözleşmeye dönüşür. Bu takdirde sözleşme fesih bildirimi yoluyla sona erdirilebilir. **Eren**, s. 556-557; **Gümüş**, s. 509 vd. . Ayrıca Kanun'da belirlendiği şekliyle bazı belirli süreli hizmet sözleşmelerinin fesih bildirimiyle sona ermesi söz konusudur. f.III'e göre “Taraflardan her biri, on yıldan uzun süreli hizmet sözleşmesini on yıl geçtikten sonra, altı aylık fesih bildirim süresine uyarak feshedebilir. Fesih, ancak bu süreyi izleyen aybaşında hüküm ifade eder.” Böylece Kanun çok uzun süreli hizmet sözleşmelerini kişilik haklarının aşırı sınırlandırılması olarak değerlendirmiş ve işveren yanında işçiye de tazminat ödemediği fesih hakkı tanımıştır. **Yavuz**, s. 421

c. Belirsiz Sürelilerde Sona Erme

Belirsiz süreli *locatio conductio operarum*'larda ise taraflardan her birinin sözleşmeyi istediği zaman sonlandırabildiği düşünülmektedir²⁰⁵. Bu kapsamda *locator*'un sözleşmenin kendisine ağır gelmesi durumunda sözleşmeyi tek taraflı olarak bozabilmesi mümkündür²⁰⁶.

²⁰⁵ **Zimmermann**, s. 387

²⁰⁶ **Karadeniz**, s. 155. Kendi hukukumuzda göre hizmet sözleşmesinin belirsiz süreli yapılması durumunda hizmet sözleşmesi olağan fesih, olağanüstü fesih, ikale veya işçinin, istisnai hallerde de işverenin, ölmesi ile sona ermektedir. Bunun yanında işin görülmesinin imkansız hale gelmesi veya işverenin iflas etmesi gibi sebepler hizmet sözleşmesinin sona erme sebebi değildir. Bu noktada belirsiz süreli hizmet sözleşmesini sona erdiren en önemli sebep fesihtir. Hukuki niteliği itibarıyla fesih bozucu yenilik doğuran haktır ve fesih hakkı tek taraflı, karşı tarafa varması gerekli bir irade beyanı ile kullanılmaktadır. Yenilik doğuran hak olması sebebiyle de herhangi bir şarta bağlanamaz ve bir daha kullanıldıktan sonra geri alınamaz. Fesih, olağan fesih (süreli fesih) ve olağanüstü fesih (süresiz fesih, derhal fesih) olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Bu kapsamda sözleşme, yasal veya sözleşmesel fesih sürelerine uymak şartıyla olağan yolla her zaman feshedilebilir. Olağanüstü fesihe ise önemli sebeplerin mevcut olması durumunda başvurulur ve fesih bildiriminin, muhatabın hukuk alanına varmasıyla sözleşme sona erer. **Eren**, s. 557-558; **Gümüş**, s. 513-514; **Yavuz**, s. 422-423. Belirsiz süreli hizmet sözleşmesinin sona ermesi TBK m.431'de "Taraflardan her birinin, belirsiz süreli sözleşmeyi fesih sürelerine uyarak feshetme hakkı vardır." şeklinde düzenlenmiştir. Fesih bildirim süreleri ise TBK m.432'de düzenlenmiştir. Maddeye göre "Belirsiz süreli hizmet sözleşmelerinin feshinden önce, durumun diğer tarafa bildirilmesi gerekir. Hizmet sözleşmesi; bildirimin diğer tarafa ulaşmasından başlayarak, hizmet süresi bir yıla kadar sürmüş olan işçi için iki hafta sonra; bir yıldan beş yıla kadar sürmüş işçi için dört hafta ve beş yıldan fazla sürmüş işçi için altı hafta sonra sona erer. Bu süreler kısaltılamaz; ancak sözleşmeyle artırılabilir. İşveren, fesih bildirim süresine ait ücreti peşin vermek suretiyle hizmet sözleşmesini feshedebilir. Fesih bildirim sürelerinin, her iki taraf için de aynı olması zorunludur; sözleşmede farklı süreler öngörülmüşse, her iki tarafa da en uzun olan fesih bildirim süresi uygulanır. Hizmet sözleşmesinin askıya alındığı hâllerde fesih bildirim süreleri işlemez."

Hizmet sözleşmesinin olağanüstü fesih ile sonlandırılması TBK m.435 ve 436 hükümleri çerçevesinde düzenlenmiştir. Bu iki hüküm karşı tarafa bildirim (fesih ihbar) süresi tanımadan sözleşmenin sona erdirilebilmesine imkan tanımaktadır. Hizmet sözleşmesinin haklı sebeplerle derhal feshi TBK m.435'de düzenlenmiştir ve süreli veya süresiz ayrımı olmaksızın bütün hizmet sözleşmeleri için uygulanabilmektedir. Hükme göre "Taraflardan her biri, haklı sebeplerle sözleşmeyi derhâl feshedebilir. Sözleşmeyi fesheden taraf, fesih sebebini yazılı olarak bildirmek zorundadır (f.I). Sözleşmeyi fesheden taraftan, dürüstlük kurallarına göre hizmet ilişkisini sürdürmesi beklenemeyen bütün durum ve koşullar, haklı sebep sayılır (f.II)."

Hizmet sözleşmesinin taraflar arasındaki sıkı güven ilişkisine dayanması sebebiyle bu ilişkinin taraflardan birinin davranışı ile bozulması sonucunda, ilişkinin devamının dürüstlük kuralına göre beklenemeyeceği hallerde, güveni sarsılan taraf herhangi bir süre vermeden vaktinden önce sözleşmeyi derhal feshedebilir. Taraflar arasında eşitlik ilkesi kabul edildiği için iki taraf da haklı sebeplerle sözleşmeyi derhal feshedebilmektedir. Son olarak TBK m.437'ye göre "Haklı fesih sebepleri, taraflardan birinin sözleşmeye uymamasından doğmuşsa o taraf, sebep olduğu zararı, hizmet ilişkisine dayanan bütün haklar göz önünde tutularak, tamamen

d. İşçinin Ölümü ile Sona Erme

Sözleşmeden doğan ilişkinin kişisel bir nitelik taşıması durumunda *locator*'un ölmesiyle sözleşmenin sona erdiği savunulmaktadır²⁰⁷.

F. Diğer İş Görme Sözleşmelerinden Ayırt Edilmesi

1. Eser Sözleşmesi (*Locatio Conductio Operis*)

Roma hukukuna göre eser sözleşmesi (*locatio conductio operis*) bir kişinin bedel karşılığında iş sahibine bir eser (*opus*) meydana getirmeyi vadettiği sözleşmedir. Bu bağlamda taraflardan *conductor* belli bir işi sonuçlandırmayı vadeden taraf yani yüklenici iken, *locator* iş sahibi, yani kendisine işin yapılması vadedilen taraftır²⁰⁸. Eser ve hizmet sözleşmelerinin ikisinde de bir ücret karşılığında iş görülmesi amaçlandığı için gerek Roma hukuku açısından gerekse modern hukuk açısından bu sözleşmeler birbiriyle sıkça karşılaştırılan sözleşmeler olmuştur.

Locare ve *conducere* kelimelerinin kökenine ilişkin açıklamalar burada da hatırlanacak olursa²⁰⁹, iş kapsamında kullanılacak malzemelerin *locator* tarafından getirilmesi gerekliliği anlaşılabacaktır. Böylece malzemeler *locator* tarafından ortaya konulacak, *conductor* tarafından alınıp götürülen malzemelerle de eser meydana

gidermekle yükümlüdür (f.I). Diğer durumlarda hâkim, bütün durum ve koşulları göz önünde tutarak haklı sebeple feshin maddi sonuçlarını serbestçe değerlendirir (f.II).” İşçinin işverenin güvenini kötüye kullanması, örneğin güveni kötüye kullanma suçunu işlemesi, taraflardan birinin diğerine ağır küfür, tehdit veya hakaretlerde bulunması, cinsel taciz, sarkıntılık, sataşma ve dövme fiilleri gibi fiiller haklı sebepleri oluşturmaktadır. **Yavuz**, s. 422-424

Hizmet sözleşmesinin sona ermesinde İş K.’da öngörülen farklılıklar için ayrıca bkz. **Arslan-Ertürk**, s. 97 vd.

²⁰⁷ **Perozzi**, s. 296; **Karadeniz**, s. 155; **Ceylan-Güneş**, Hizmet Akdi, s. 79; **Buckland**, s. 502; **Biondi**, s. 379; **Tahiroğlu**, Borçlar, s. 238

TBK m.440 hükmü de benzer şekilde hizmet sözleşmesinin işçinin ölümüyle kendiliğinden sona ereceğini düzenlemiştir. İşverenin ölümü ise kural olarak iş sözleşmesini sona erdirmez. Nitekim işçinin ölümünden farklı olarak işverenin ölümünde iş sözleşmesinden doğan hak ve borçlar mirasçılara geçmektedir ve mirasçılar sözleşmenin tarafı olmaktadır. **Mollamahmutoğlu/Astarlı**, s. 698; **Narmanhoğlu**, s. 334-335; **Süzek**, s. 534; **Ekonomi**, s. 163-164; **Zevkliler/ Gökyayla**, s. 457

²⁰⁸ **Rado**, s. 107-108; **Söğütlü-Erişgin**, Contractus, s. 148; **Umur**, Ders Notları, s. 369; **Koschaker**, s. 240; **Tahiroğlu**, Borçlar, s. 232

²⁰⁹ Bkz. yukarıda **II. A. Locatio ve Conductio Kavramları** başlığı

getirilecektir. Bu durum ise aslında *locatio conductio operis*'in ayırt edici iki niteliğini ortaya koymaktadır.

Öncelikle malzemeleri alıp beraberinde götüren, bunları yöneten ve eseri meydana getiren taraf *conductor*, sadece belirli bir sonucun meydana getirilmesinden sorumludur. Böylece *conductor*'un çalışması bağımsız bir nitelik taşımaktadır. Nitekim eseri iş sahibi teslim anında kontrol etmektedir²¹⁰. Çalışmanın niteliği açısından hizmet sözleşmesinden de öncelikli olarak bu kapsamda ayrılmaktadır. Nitekim hizmet sözleşmesinde işçi işverenine bağımlı olarak iş görmektedir. Bu bağımlılığın niteliği ise gerek ekonomik ve toplumsal alandaki bir bağımlılık gerekse hukuk alanına yansıyan bir bağımlılıktır²¹¹. Ayrıca tarafların yine bu kapsamda farklı şekillerde adlandırıldığı da anlaşılabacaktır. Nitekim hizmet sözleşmesinde iş gören taraf işçi *locator* konumunda iken eser sözleşmesinde *conductor* şeklinde isimlendirilmiştir. Bu durum da aslında sözleşmeler arasındaki bağımlı ve bağımsız çalışma farkını ortaya koyar niteliktedir (*conducere* fiilinin yönetmek anlamı hatırlanacak olursa). Modern hukuka baktığımız zaman da eser sözleşmesinin hizmet sözleşmesinden ayrıldığı temel noktalar bir sonucun vadedilmesi ve bağımsız çalışmadır.

Yine *locare* ve *conducere* fiillerinin anlamından yola çıkarak eser sözleşmesinin ikinci ayırt edici niteliği olarak malzemelerin *locator* tarafından ortaya konulması önem arz etmektedir. Bu kapsamda Klasik Hukuk Dönemi'nde konuya ilişkin esasen bir tartışma bulunmaktadır. *Sabinianus* Hukuk Okulu'na göre malzemenin yüklenici *conductor* tarafından verilmesi durumunda alım satım sözleşmesinin kurulacağı savunulurken; *Proculianus* Hukuk Okulu, malzemenin yüklenici tarafından getirilmesi durumunda eser sözleşmesinin kurulacağını savunmuştur. Zaman içerisinde *Sabinianuslar*'ın görüşü baskın görüş olmuş ve malzemenin yüklenici olan *conductor* tarafından verilmesi durumunda, sözleşmenin alım satım sözleşmesi olduğu tespit edilmişken, malzemenin yalnızca iş sahibi tarafından verilmesi durumunda eser sözleşmesinin kurulabileceği kabul edilmiştir²¹². Böylece bugün için modern hukukun

²¹⁰ **Somer, P.:** Roma Hukukunda İstisna Akdi (*Locatio Conductio Operis*), İstanbul 2008, s. 51

²¹¹ **Karadeniz,** s. 166; **Söğütlü-Erişgin,** *Contractus*, s. 148

²¹² **Söğütlü-Erişgin,** *Contractus*, s. 149-150; **Koschaker,** s. 240

kabul ettiği kuraldan farklı bir kural öngörölmüştür. Konuya ilişkin bir metin irdelenecek olursa²¹³.

Gai. Ins. 3. 147

“*Item quaeritur, si cum aurifice mihi convenerit, ut si ex auro suo certi ponderis certaeque formae anulos mihi faceret et acciperet verbi gratia denarios CC, utrum emptio et venditio an locatio conductio contrahatur. Cassius ait materiae quidem emptionem venditionemque contrahi, operarum autem locationem at conductionem; sed plerisque placuit emptionem et venditionem contrahi. Atque si meum aurum ei dedero mercede pro opera constituta, convenit locationem conductionem contrahi.*”

“Yine ihtilaflı olan bir mesele de, eğer bir kuyumcu kendi altınından bana belirli ağırlıkta ve belirli şekilde halkalar yapmak ve karşılığında iki yüz *denarius* almak üzere benimle anlaşırda burada bir alım satım mı, yoksa bir *locatio conductio* mu akdedildiğidir. *Cassius*, malzeme bakımından bir alım satım, iş bakımından bir *locatio conductio*'nun akdedildiğı kanaatindedir. Ancak yapılacak işe karşılık bir ücret tayin ederek ona kendi altınımı verirsem, bir *locatio conductio*'nun akdedildiğı kabul ediliyor”.²¹⁴

Ek olarak, bağımlı çalışmanın öngöröldüğü hizmet sözleşmesinde işçi işi bizzat görmekle yükümlü iken, eser sözleşmesinde yüklenici gerektiğinde işi başkasına da gördürebilir²¹⁵.

Ayrıca, *locatio conductio operis*'te önemli olan bir sonuç, eser (*opus*) meydana getirmek olduğı için bu sözleşmede Klasik Hukuk Dönemi'nde işe ilişkin borç, verme (*dare*) borcu değıl, yapma (*facere*) borcu kabul edilmiştir. Bu noktada yine *locatio*

²¹³ **Rado**, s. 109; **Tahiroğlu**, Borçlar, s. 234

²¹⁴ **Rado**, s. 109

²¹⁵ **Rado**, s. 108

conductio operarum'dan farklılaştığı anlaşılabacaktır. Nitekim hatırlanacağı üzere hizmet sözleşmesinde Klasik Hukuk Dönemi'nde iş görmeye ilişkin borç verme borcu olarak kabul görmekteydi. Bununla birlikte, Iustinianus Dönemi'nde hizmet sözleşmesindeki iş görme borcunun verme değil yapma borcu olarak tespit edilmeye başlanmasıyla, sözleşmeler arasındaki bu farkın ortadan kalktığı savunulabilir²¹⁶.

Ayrıca, hizmet sözleşmesinde zaman unsuru gerek modern hukukta gerekse Roma hukukunda vurgulanmıştır. Bununla birlikte, eser sözleşmesinde sadece bir sonuç vadedildiği için görece olarak zaman unsuru hizmet sözleşmesindeki kadar önem arz etmemektedir.

Hizmet ve eser sözleşmeleri arasındaki başka bir fark da iş görülmesi maksadıyla ortaya konulan malzemelerin mülkiyetinin kime ait olduğu ile ilgilidir. Roma hukukuna göre eser sözleşmesinde iş sahibi tarafından tedarik edilen malzemeler, iş gören kişinin mülkiyetine geçmektedir (*mutatio dominii*). Klasik Hukuk Dönemi'ne kadar bütün sözleşmeleri kapsayan bu kural, bu Dönem'den sonra sadece bazı sözleşme tiplerinde uygulanmaya başlamıştır²¹⁷. Bununla birlikte, hizmet sözleşmesinde de işin görülmesi için malzemeler işveren tarafından getirilebilir ancak malzemelerin mülkiyeti bu noktada işverene geçmemektedir²¹⁸.

Görülen işlerin nitelikleri açısından ve sözleşmelerin toplumsal ve ekonomik işlevleri noktasında da sözleşmelerin farklılaştığı söylenebilir. Nitekim eser sözleşmesi kapsamındaki işler belirli bir mesleki bilgiyi ve ustalığı gerektiren işlerdir. Halbuki hizmet sözleşmesi kapsamında genellikle kölelere yaraşan işler görülmekteydi²¹⁹. Bu noktada, kumaştan elbise dikilmesi, temizlemesi için temizlemeciye elbise bırakılması, bir eşyanın onarılması, altından yüzük yapılması, bir bina inşa edilmesi veya binanın restore edilmesi, heykel yapılması veya ağaç yetiştirilmesi gibi maddi varlığı olan şeylerin yanında; köle veya özgür bir insanın eğitilmesi, insanların ya da malların

²¹⁶ **Karadeniz**, s. 165-166; **Somer**, s. 50; **Soydan, C.:** Roma Hukukunda Ve Türk Hukukunda Eser Sözleşmeleri (Locatio Conductio Operis) (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2016, s. 63

²¹⁷ **Karadeniz**, s. 166

²¹⁸ **Somer**, s. 50; **Soydan**, s. 63

²¹⁹ **Somer**, s. 51-52; **Soydan**, s. 64

taşınması gibi maddi varlığı olmamakla beraber ekonomik değeri olan şeyler de eser sözleşmesinin konusunu teşkil edebilir²²⁰.

2. Vekalet Sözleşmesi (*Mandatum*)

Roma hukukuna göre vekalet sözleşmesinde (*mandatum*) vekil (*mandatarius*), vekalet verenin (müvekkil, *mandans*, *mandator*) kendisine verdiği işi ücretsiz olarak yapma yükümlülüğü altına girmektedir. Bu noktada Roma hukukuna göre vekalet sözleşmesinin en ayırt edici unsuru ücretsiz olarak yapılmasıydı²²¹.

Vekalet sözleşmesinde esasen bir kişinin bir başkası için hareket etmesi ihtiyacı vardır. Bazı hallerde o kadar önemli işler için vekalet verilebilir ki, bu tarz işlerde bir kimsenin yerine işi idare edecek kişinin güvenilir bir insan olması gerekmektedir. Bu sebeple vekalet sözleşmesi dostluğa ve güvene dayanan bir sözleşmedir ve sadakat ve ahde vefa gibi hususlar ayrı bir öneme sahiptir. Ayrıca bu değer yargılarıyla bağlantılı olarak vekilin kişisel herhangi bir amaç gütmekten yasal, kültürel ve dinsel açıdan uygun bir şekilde dostça hareket etmesi ve kendi işini takip eder gibi vekaleti ifa etmesi gerekirdi. Nitekim vekalet sözleşmesi bir görev ve onur meselesi olarak anlaşıldığı için karşılığında ücret alınması düşünülemezdi. Bu nedenle, vekalet sözleşmesi; eser ve hizmet sözleşmelerine göre Roma hukukunda daha büyük bir öneme sahip olmuştur²²².

Mandatum kelimesinin kökeni incelendiğinde *manus* (el) ve *dare* (vermek) kelimelerinden türetildiği anlaşılmaktadır. Bu kapsamda birine yardım etmek, el vermek anlamına gelmektedir²²³. Birbirine yardım eden dostların ise bunu karşılıksız olarak yapmaları olağandır. Ücretin belirlenmesi durumunda ise sözleşme *locatio conductio operarum* veya *locatio conductio operis* niteliğini almaktaydı²²⁴. Ayrıca

²²⁰ Söğütü-Erişgin, Contractus, 149; Rado, s. 107-108; Umur, Ders Notları, s. 369; Koschaker, s. 240; Tahiroğlu, Borçlar, s. 232

²²¹ Emiroğlu, H.: Roma Hukuku'nda Vekalet Sözleşmesi (Mandatum) ve Hukuki İşlemlerde Temsil, AÜHFD (2003), C. 52, Sa. 1, s. 101-111, s. 101; Tahiroğlu, Borçlar, s. 245; Koschaker, s. 244; Umur, Ders Notları, s. 372-373; Rado, s. 115-116

²²² Sayın-Korkmaz, s. 62-63; Tahiroğlu, Borçlar, s. 248-249; Söğütü-Erişgin, Contractus, s. 174-175

²²³ Emiroğlu, Vekâlet, s. 101; Emiroğlu, Kavimler, s. 143; Söğütü-Erişgin, Contractus, s. 174

²²⁴ Tahiroğlu, Borçlar, s. 248; Umur, Ders Notları, s. 373; Emiroğlu, Kavimler, s.143

paradan başka bir şey ücret olarak verilir ise sözleşmenin isimsiz sözleşme olacağı kabul edilmektedir²²⁵. Söz konusu durum hukuki metine şu şekilde yansımıştır:

D. 17.1.1.4 (Paul.)

“Mandatum nisi gratuitum nullum est: nam originem ex officio atque amicitia trahit, contrarium ergo est officio merces: interveniente enim pecunia res ad locationem et conductionem potius respicit.”

“Vekâlet sözleşmesinin kökeni, dostluk ve güvene dayandığı için karşılıksız olmadıkça geçersizdir. Bu nedenle bir karşılık alınması dostlukla çelişir. Eğer bir para söz konusu olursa bu hukuki işlem *locatio conductio*’ya yaklaşır.”²²⁶

Hizmet sözleşmesi kapsamında *operae liberales* ve *operae illiberales* niteliğindeki işlere yönelik açıklamalar hatırlanacak olursa, ilk türdeki işler vekalet sözleşmesine konu olmakta ve bu işler ücretsiz görülmekteydi. İşe ilişkin bu ayırmadan anlaşılmaktadır ki belirli düzeydeki bir Romalının yaptığı iş için ücret alması, karşısındaki kişiye bir anlamda bağımlı olmasını ifade etmektedir. O zamanın anlayışına göre kendisine saygısı olan özgür bir vatandaş ücret alamazdı. İşleri köleler yaptığı için özgürlerin para karşılığı çalışması düşünülemezdi. Nitekim toplumun değer yargılarına göre “*Honos habet onus*: Şeref yük getirir.” kuralı benimsenmişti²²⁷.

Vekalet sözleşmesinin ücretsiz olması, onu diğer rızai sözleşmelerden farklı kılmaktadır. Nitekim diğer rızai sözleşmelerde ücret önemli bir unsurdur. Bu nedenle diğer rızai sözleşmeler ve bu kapsamda *locatio conductio* açısından üç sözleşme de tam iki tarafa borç yüklerken, vekalet sözleşmesi eksik iki taraflıdır. Dolayısıyla *locatio conductio operarum*’da iki taraf da her zaman borç altına girerken; vekalet

²²⁵ Sayın-Korkmaz, s. 51; Emiroğlu, Vekâlet, s. 105

²²⁶ Sayın-Korkmaz, s. 51

²²⁷ Tahiroğlu, Borçlar, s. 249

sözleşmesinde vekil her zaman borç altına girmekte, müvekkil ise bazı durumlarda borç altına girmektedir²²⁸.

Bununla birlikte, vekalet sözleşmesinde de vekile emeğinin karşılığı olarak bir ödeme yapılabilmekteydi. Fakat bu alelade bir ücret olarak algılanmazdı. Bu Roma hukukuna göre *honorarium* olarak adlandırılan şeref ücretiydi. Sözleşme gereğince şeref ücretinin ödeneceği kararlaştırılmış ise normal davalar yoluyla değil *cognito extra ordinem* usulüne göre ücret takip edilebilmektedir. Ancak bu fark Son İmparatorluk Dönemi'nde *cognito extra ordinem* usulünün normal yargılama usulü haline almasıyla ortadan kalkmıştır²²⁹.

Vekaletin konusu bir işin yapılmasıdır. Bu kapsamda bir veya birden fazla işi yönetmek, hukuki işlemler yapmak, malvarlığını yönetmek, bir başkası için girişimlerde bulunmak vekalet sözleşmesine konu teşkil edebilirdi²³⁰. Bu açıdan vekalet sözleşmesinde işin niteliğine göre edim fiili ya da edim sonucu taahhüt edilebilmektedir. Nitekim bu sözleşmede vekilin bir sonuç yaratma yükümlülüğü olmamakla birlikte, işin niteliğine göre bir sonuç yaratılabilirdi. Bu kapsamda hizmet sözleşmesinde sadece edim fiilinin taahhüdü söz konusu olduğu için birbirlerinden bu noktada da ayrılmaktadırlar²³¹.

Hizmet sözleşmesinde zaman unsurunun ve bağımlı çalışmanın önemli olduğu bilinmektedir. Bununla birlikte, vekalet sözleşmesinde vekil görece olarak bağımsız bir iş gerçekleştirmektedir ve zaman unsuru hizmet sözleşmesindeki kadar merkezde değildir²³².

²²⁸ Sayın-Korkmaz, s. 188; Umur, Ders Notları, s. 374; Rado, s. 118-119

²²⁹ Rado, s. 117; Emiroğlu, Vekâlet, s. 105; Karadeniz, s. 211

²³⁰ Tahiroğlu, Borçlar, s. 245-246; Rado, s. 116; Emiroğlu, Vekâlet, s. 103

²³¹ Sayın-Korkmaz, s. 188

²³² Sayın-Korkmaz, s. 188

İKİNCİ BÖLÜM

LOCATIO CONDUCTIO OPERARUM'DA BAĞIMLILIK İLİŞKİSİ

I. GENEL OLARAK

Modern hukukta iş ilişkisinin temelinde bağımlı bir çalışma ilişkisi mevcuttur. Bu bağımlılık hiyerarşik bir ilişkiyi kapsamaktadır. Bu ilişkide taraflardan biri ilişkiyi düzenleyen bir anlamda üstün tarafken, karşı taraf emirleri yerine getiren, diğer tarafın düzenlemelerine uyan ve itaat eden taraftır. Belirtilen bu unsur esasen özel hukuk sözleşmesinde olması gereken tarafların eşitliği ilkesine uymamaktadır. Fakat bu durum meşruluk temelini sözleşme ile bağımlılık altına giren işçinin, bu hiyerarşiyi kendi özgür iradesi ile kabul etmiş olmasında bulmaktadır. Bağımlılık unsuru kendi kanunlarımız açısından gerek İş Kanunu'nun 8/I maddesi kapsamında iş sözleşmesi için gerek Türk Borçlar Kanunu'nun hizmet sözleşmesine ilişkin 393/I maddelerinde yer almaktadır²³³.

Bugün için bağımlılığın, hizmet/iş sözleşmesinin karakteristik ve *sine qua non* unsuru olduğu kabul edilmektedir. Bununla birlikte, iş ilişkisinin yoğunluğuna veya işin niteliklerine göre bağımlılığın da kapsamı ve derecesi değişebilmektedir²³⁴. Doktrinde bağımlılık unsurunun görünüş biçimleri ekonomik, teknik ve kişisel-hukuki bağımlılık şeklinde karşımıza çıkmaktadır²³⁵.

²³³ **Doğan, S.:** İş Sözleşmesinde Bağımlılık Unsuru, Atipik İş İlişkileri Açısından Değerlendirilmesi, Ankara 2016, s. 18; **Süzek,** s. 246

²³⁴ **Mollamahmutoğlu/Astarlı,** s. 301; **Narmanlıoğlu,** s. 173 vd.; **Süzek,** s. 274; **Doğan,** s. 99; **Güzel, A.:** “Fabrikadan İnternet’e İşçi Kavramı ve Özellikle Hizmet Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru Üzerine Bir Deneme”, Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan, Ankara 1997, s. 102

²³⁵ Bazı ülkelerin hukuk sistemlerinde ekonomik bağımlılık unsuruna ağırlık verdikleri bilinmekle birlikte, genel kabul gören görüşe göre hizmet/iş sözleşmesi kapsamındaki bağımlılık kişisel ve hukuki bir bağımlılıktır. Bu noktada bir kimsenin başka bir kimseye ekonomik anlamda bağımlı olmasıyla kastedilen, yaşamı için gerekli olan gelirin büyük bir kısmını o kişiden temin etmesidir. İşçiyi hukuki bir kavram olarak ele almayan bu görüş, işçiyi aslında sosyal ve ekonomik yönden değerlendirmektedir ve işçinin işveren karşısında ekonomik anlamdaki güçsüzlüğünü vurgulamaktadır. İş hukukunun sınırlarının çizilmesini imkansızlaştıran bu görüş, doktrin tarafından eleştirilmektedir. Teknik bağımlılık ise dayanağını işverenin, işin görülmesi için malzeme sağlama borcundan almaktadır. İşgörmeye edimini yönetim hakkı kapsamında somutlaştıran işveren, talimatları ve emirleri ile işin hangi şartlarda görüleceğini, hangi araçlar yardımıyla yapılacağını, çalışma saatlerini belirlemektedir. Bu kapsamda da aslında teknik bağımlılık da kişisel ve hukuki bağımlılığın hizmet sözleşmesindeki görünüm biçimidir. Çalışma ilişkilerinin farklılaşması sebebiyle, işçilerin daha

Özellikle iş ilişkilerinin sosyolojik gelişimi irdelendiği zaman görülecektir ki işçi ve işveren arasındaki bağımlılık ilişkisi ve buna bağlı olarak ortaya çıkan yükümlülükler, teknolojik gelişme ile ters orantılı bir gelişim göstermektedir²³⁶.

Çağdaş iş ilişkilerinin doğuşu Sanayi Devrimi ile birlikte anılsa da, iş ilişkisinin temelleri Roma hukukunda da yer alan hizmetin kiralanmasına dayanmaktadır. Bu noktada Roma hukuku kapsamında öngörülen hizmet sözleşmesine ilişkin kurallar ile modern hukukun hizmet sözleşmesine ilişkin kabul ettiği kurallar arasındaki benzerlikler bir önceki bölümde değerlendirilmiştir. Bununla birlikte, bağımlılık ilişkisi açısından modern hukuktan farklı olarak bu ilişkisinin Roma'da farklı bir içeriğe sahip olduğu ve işçinin bağımlılığının köleninkine benzer bir hukuki durum yarattığı savunulabilir²³⁷.

Bu nedenle, Roma hukukuna göre hizmet sözleşmesi kapsamındaki bağımlılık ilişkisi modern hukuktaki gibi değerlendirilemez. Nitekim Romalılar hizmet sözleşmesinin vazgeçilemez bir unsur olarak bağımlılık unsurunu tespit etmemişlerdir. Fakat sözleşmenin tarafları *locator* ve *conductor* arasındaki sıkı bağımlılık ilişkisinden haberdarlardı ve hatta bu nedenle hizmet sözleşmesi kapsamında bir işin görülmesini küçümsüyorlardı. Özgür bir Romalının bu sözleşme ile bir anlamda köle gibi işverenin himayesi altına girmesini hoş bulmuyorlardı. İşte bu bölümde amaç hizmet sözleşmesi kapsamında işçi ve işveren tarafları arasındaki bağımlılık ilişkisinin bu boyutunu ve

vasıflı bir hal alması, bu ilişkinin zayıflaması sonucunu doğurmaktadır. Bu durumda teknik bağımlılık unsuru da iş hukukunun sınırlarının belirlenmesine her zaman katkı sağlayamayabilir. Türk doktrininde de teknik bağımlılığın varlığı kabul edilmekle birlikte, tek başına belirleyici bir unsur olamayacağı ifade edilmektedir. Son olarak, kişisel ve hukuki bağımlılık açısından bir değerlendirme yapılacak olursa, doktrinde genellikle bu iki kavramın beraber kullanıldığı ve anlamlarının eşdeğer kabul edildiği düşünülmektedir. Fakat bu kavramlar özünde birbirinden farklıdır. Hukuki bağımlılık işçi ve işveren arasındaki sözleşmesel ilişkiden doğan hiyerarşik yapıyı ifade etmektedir. Kişisel bağımlılık ise hizmet sözleşmesinin kişisel olma niteliği ile alakalıdır. Bu da işçi ve işveren arasında kuvvetli bir güven ilişkisi yaratmaktadır ve işverenin emir ve talimatlarını içeren yönetim hakkı, işçinin doğrudan kişiliği üzerinde etkili olmaktadır. Bu nedenle sonuç olarak hizmet sözleşmesi iki unsuru da özünde barındırdığı için bağımlılık unsuru karma bir niteliğe sahiptir ve hizmet sözleşmesindeki bağımlılık bu nedenle hem hukuki hem kişisel bir bağımlılıktır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Doğan**, s. 101 vd.; **Güzel**, s. 102 vd.; **Mollamahmutoğlu/Astarlı**, s. 301 vd.; **Çelik**, s. 85; **Süzek**, s. 245 vd.; **Reisoğlu**, s. 51 vd.; **Narmanhoğlu**, s.169. Hizmet sözleşmesi kapsamındaki değerlendirmeler için ayrıca bkz. **Zevkliler/Gökyayla**, s. 457; **Yavuz**, s. 385; **Gümüş**, s. 384

²³⁶ **Ertaş**, s. 3

²³⁷ **Doğan**, s. 18; **Visky**, s. 691

taraflar arasındaki bu durumun hukuka hangi şekillerde yansıdığını, Roma'nın tarihsel süreci içerisinde tespit etmektir.

Günümüzden farklı olarak Roma'da işverenin işçi üzerindeki yetkilerinin daha kapsamlı değerlendirildiği anlaşılmaktadır. Bu noktadan hareketle, ilk önce işçilerin Roma'nın değişen siyasi, sosyal ve ekonomik dengeleri içerisindeki durumu tarihsel gelişimi içerisinde değerlendirilmelidir. Nitekim tarihsel süreçte değişen bu şartlar, toplumun çalışmaya yönelik olumsuz değer yargılarına rağmen, özgür Romalıların emeğini kiraya vermesini zorunlu kılmıştır ve özgür işçileri işverenine bağımlı hale getirmiştir. Yine bu kapsamda özgür işçilerden başka, tarihsel süreç içerisinde iş gören diğer işçilerin: kölelerin, *client*'lerin ve azatlıların durumunun da ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Bundan başka, Roma'dan sonraki süreçte, Roma hukukunun etkileri ayrıca düşünmeye değerdir. Bu kapsamda Sanayi Devrimi'nin ürünü olan çağdaş iş hukukuna ilişkin kuralların geliştirilmesinden önceki ara dönemde, Roma hukuk sisteminin Avrupa'daki izleri ve bağımlılık ilişkisinin gelişimi de ayrıca değerlendirilmelidir.

II. ROMA'DAKİ SİYASİ VE SOSYO-EKONOMİK DEĞİŞİMLERİN İŞ İLİŞKİLERİNE VE BAĞIMLILIK İLİŞKİSİNE ETKİLERİ

Roma'nın bir şehir devletinden imparatorluğa, tarım toplumundan ticaret toplumuna, cumhuriyetten monarşiye, putperest bir devletten hristiyan bir devlete dönüşmesi²³⁸ hukuku şekillendirmiş, bu kapsamda iş ilişkilerini de yakından etkilemiştir.

Daha önce de belirtildiği şekliyle Roma'da hizmet sözleşmesi yaygın değildi. Nitekim hizmeti zaten köleler görmekteydi ve kölelerin hizmet görmesi başka hukuki ilişkiler sonucunda sağlanmaktaydı. Fakat zaman içerisinde özgürlerin de iş gücü piyasasına dahil olduğunu görüyoruz. Tarım dışında kol gücüne dayanan faaliyetleri yalnızca kölelerin görebileceğine yönelik ilk zamanlardaki düşünce, zaman içerisinde özgür vatandaşların da emeğini kiraya verme zorunluluğu ortaya çıkınca değişmek durumunda kalmıştır. Bu durum, iş ilişkilerinin hukuki anlamda daha farklı şekillerde düzenlenmesini zorunlu kılmıştır.

²³⁸ Söğütlü-Erişgin, Kamu Hukuku, s. 17

Bu kapsamda Roma’da iş ilişkilerini üç farklı dönemde ele alabilmek mümkündür. Söz konusu dönemler arasındaki farklılıklar iş sahibi ve işi üstlenen kişiler arasındaki bağımlılık ilişkisi ile de yakından ilgilidir. Başlangıçta temel karakteri tarım ekonomisi olan Roma ekonomisi tarihini, Roma’nın siyasal dönemleriyle de paralel olarak şu dönemlere ayırabilmek mümkündür: ilki ilkel bir tarım ekonomisi, ikincisi yayılma politikasıyla beraber liberal ekonomi ve son olarak emperyalizm etkisiyle farklı geçiş dönemleri sonucunda ulaşılan müdahaleci ekonomidir²³⁹.

A. Krallık Dönemi: Tarımın ve Roma Aile Yapısının İş İlişkilerine Etkileri

Krallık Dönemi’ne denk gelen bu ilk dönemde, Roma’nın ekonomik yaşamında üç önemli özellik vurgulanabilir. Buna göre ekonominin tarım merkezli oluşu, ailelerin kendi kendilerine yetebilen, dışarıya kapalı, özerk yapısı ve iş gücü anlamında aile dışında tek kaynak olarak kölelerden faydalanılması önemli etkenlerdir²⁴⁰.

İlkel bir tarım yapmakla beraber, ilk Romalılar esasen hayvan yetiştiriciliği ile uğraşan bir topluluktu. Krallık Dönemi’nin başında ise toprak üzerinde ailelere özel mülkiyetin tanınmaya başlanmasının sonucu olarak²⁴¹, çobanlıktan tarımsal ekonomiye geçildiği bilinmektedir²⁴².

Roma’da tarım ekonomik ve toplumsal alanlarda olduğu kadar, hukuku da doğrudan şekillendirmiştir. Tarımla uğraşmanın gereği olarak ailenin tümünün belli bir toprak üzerinde ikamet etmesi ve beraber yaşaması zorunluluğu ortaya çıkmıştır. Ayrıca tüm aile bireylerinin emeklerini aile toprağına adamaları ve *pater familias* (aile babası)’ın egemenliğine tabi olmaları sonucunu doğurmuştur²⁴³. Böylece toplumsal bir

²³⁹ **Tahiroğlu, B.:** “Roma Devleti’nin İktisadi Krizleri”, İÜHFD (1979-1981), Doğumunun 100. Yılında Atatürk’e Armağan, C. 45, Sa. 1-4, s. 677-706, s. 677

²⁴⁰ **Karadeniz,** s. 4

²⁴¹ **Altop,** s. 56

²⁴² Buna göre *Romulus*, *ager romanus*’un (şehir ve civarındaki topraklar) bir kısmını mülk olarak ailelere dağıtmıştır. Toprağın geri kalan bir kısmı *gens*’lere verilmiştir ve diğer kısmı şehir halkının yararlanmasına açık orman ve çayırlardan oluşmaktadır. **Tahiroğlu,** İktisadi Krizler, s. 679

²⁴³ **Söğütlü-Erişgin, Ö.:** “Roma Toplumunda Kadının Konumu”, İnönüÜHFD (2013) C. 4 Sa. 2, s. 1-32, s. 2; **Tanilli, S.:** Yüzyılların Gerçeğı ve Mirası I. Cilt İlkçağ: Doğı, Yunan, Roma,

birim olarak *familia*²⁴⁴ (aile), Romalıların bir *civitas*²⁴⁵ (şehir devleti) olarak örgütlenmesiyle ve bunun sonucunda *gens*²⁴⁶ (kabile)'lerin zaman içerisinde yok olmasıyla ortaya çıkmıştır.

Toplumsal bir birim olarak *familia*, XII Levha Kanunu'ndan beri süre gelen farklı bir anlama daha sahipti. Buna göre *familia*, *pater familias*'ın mamelekini göstermekteydi ve onun maddi mallarının ve kölelerinin toplamıydı. Hatta bu kavramın içeriği zamanla genişlemiş ve bir ev içerisindeki bütün hizmetkarları, köleleri ve köle olmamakla beraber köle gibi hizmet gören özgürlerin tümünü içeren bir hal almıştır²⁴⁷. Özgürlerin ise aşağıda daha ayrıntılarıyla açıklanacağı üzere köle gibi hizmet görmesi, köleler gibi aile kavramının bir unsuru kabul edilmesine sebebiyet vermiştir ve aileyle beraber yaşamaları, özgürlerin köle gibi algılanmalarına yol açmış ve işverenine olan bağımlılıklarını arttırmıştır.

İstanbul 2017, s. 353-354; **Emiroğlu, H.:** Roma Hukukunda Kadının Durumu, Ankara 2003, s. 29

²⁴⁴ *Familia* kavramı öncelikle iki farklı kapsamda ele alınabilir. Buna göre *familia communi iure* (geniş anlamda aile) ortak bir soydan gelenleri kapsayan bir topluluktur. Nitekim bunlar aynı *nomen gentilium*'u (soyadı) taşıyan *gens*'lerdir. Ailenin başındaki *pater familias*'ın ölmesiyle aile, erkek evlatlar sayısınca yeni ailelere bölünmektedir ki bu da *proprio iure* (dar anlamda) aile kavramını oluşturmaktadır. **Koschaker**, s. 300

²⁴⁵ *Civitas*'ın niteliği ve *gens*'lerden mi yoksa *familia*'dan mı *civitas*'a geçildiği hususu tam olarak aydınlatılabilmiş değildir. Konuyla alakalı birbirinden farklı görüşler bir kenara bırakılacak olursa, *civitas* ortak bir yaşam içerisinde örgütlenmiş ve hukuken özgür insanların meydana getirdikleri topluluktur. Latin kaynaklarında ayrıca üç farklı tarifini bulabilmek mümkündür. Buna göre, özgür vatandaşların meydana getirdiği “devlet”, *civis*'lerin hukuki durumunu belirlediği için “vatandaşlık” ve aynı zamanda vatandaşların ikamet ettiği yer anlamında bugünkü ifadeyle “ülke” kavramlarını karşılamaktadır. **Umur, Z.:** Roma Hukuku Tarihi Giriş, İstanbul 1965, s. 8-9

²⁴⁶ *Civitas*'tan önceki ve *civitas* ortaya çıktıktan sonra da varlığını sürdüren iki önemli oluşum *familia* ve *gens*'tir. *Gens*'ler ailelerce oluşturulan toplumsal, ekonomik ve siyasal bakımdan bağımsız birliklerdi. Roma'nın şehir devleti olarak örgütlenmesiyle *gens*'ler zaman içerisinde parçalanmıştır ve *familia* toplumsal birim olarak ortaya çıkmıştır. Gerçekten *gens*'lerin, topluluk içinde düzeni sağlama fonksiyonu artık *civitas* tarafından devralındığı için *gens*'lere ihtiyaç kalmamıştır. Bu nedenle genslerin yöneticilerine olan bağımlılıklarından kurtulan *pater familias* (aile babası) ailesini özerk bir biçimde idare etme imkanına erişmiştir. Böylece, *civitas* yapılanması içinde siyasal bakımdan *civitas*'a bağımlı olmakla beraber, toplumsal, dinsel ve ekonomik anlamda ondan özerk bir birlik olarak *familia* kavramı ortaya çıkmıştır. **Karadeniz**, s. 2-3

²⁴⁷ **Koschaker**, s. 300; **Emiroğlu**, Kadının Durumu, s. 30

Ailenin bütün üyeleri ortak faaliyet olan tarım açısından bir iş ortaklığının üyeleri idi. Aile babasının önderliğinde yürütülen bu iş birliği ve faaliyet bütün aile bireylerini birbirine bağlamaktaydı. Bu sistem aile babasının mutlak hakimiyeti ve bu hakimiyetin altında bulunan bireylerin hukuki ehliyetsizlikleri çevresinde şekillenmekteydi²⁴⁸. Bu kapsamda *sui iuris* (kendi hukukuna tabi) kabul edilen tek kişi *pater familias* olduğu için başka bir deyişle, hukuken kişi kabul edilen sadece *pater familias* olduğu için, aile üyeleri üzerinde mutlak otoriteye ve gerek kişisel gerek malvarlığına yönelik her türlü hakka ve yetkiye kendisi sahipti²⁴⁹.

Kölelerden iş gücü anlamında faydalanılması ise bu dönemde diğer dönemlere göre fazla tercih edilmemiştir. Nitekim aile içerisinde zaten iş gücü gereksinimi karşılanmaktadır. Zaman zaman kölelere ihtiyaç duyulduğunda ise bir kaç kölenin aileye ait küçük toprak parçalarında çalıştığı bilinmektedir ki bu durumda kölelerin yaşam standartları, Roma'nın diğer dönemlerine göre oldukça iyidir. Nitekim ilerleyen dönemlerde sayılarının artmasıyla beraber, çalışma koşulları da ağırlaşmıştır²⁵⁰. Gerçekten tarıma dayalı Roma aile yapısında köleler aile evlatları ile aynı şekilde *pater familias*'a hizmet ettikleri için ailenin bir parçası olarak kabul görmüşler, efendileriyle beraber tarlada çalışmış ve aynı sofrada beraber yemek yemişlerdir²⁵¹.

Bu dönemde kölelerden başka hizmet gören farklı bir gruptan daha bahsetmek gerekmektedir. Roma toplumunun soylu sınıfını oluşturan *patricius*'ların korumasından faydalanan ve ekonomik anlamda bunlara bağımlı olan *client* sınıfıdır. Bu sınıf özgür olmakla beraber vatandaş kabul edilmeyen ve siyasal haklardan mahrum olan kişileri

²⁴⁸ **Pugliese, G. (Çev.: Umur, Z.):** “Roma Ailesine Tarihi Bir Bakış”, İÜHFM (1957), C. 22, Sa. 1-4, s. 339-349, s. 339-341; **Ayiter, K.:** Roma Hukuku Dersleri Aile Hukuku, Ankara 1963, s. 50

²⁴⁹ **Levy-Bruhl, H. (Çev.: Nail, H.):** “Eski Roma Aile Hukukunda İki Cereyan”, İÜHFM (1940), C. 6, Sa. 1, s. 146-155, s. 147; **Johnstan, D.:** Roman Law in Context, Cambridge 2004, s. 30 vd.; **Schulz, F.:** Principles of Roman Law, Oxford 1936, s. 166. Bu kapsamda aile babası ailenin yargıcı sıfatıyla aile içinde suç işleyen aile bireylerini yargılayabilir, cezalandırabilir, hapsedebilir hatta öldürebilirdi. Aile babasının mutlak otoritesine dayalı bu sistem ise toplumda sıkı bir disiplin algısının oluşmasına sebebiyet vermiştir ve geleneklerine sıkı sıkıya bağlı, devlet görevlilerine hizmet ve itaate gönüllü bir toplum yaratmıştır. **Söğütlü- Erişgin,** Kamu Hukuku, s. 30

²⁵⁰ **Paribeni, R. (Çev.: Talip, Ş.):** “Roma Hukukunda Aile Kurumu”, İÜHFM (1935), C. 1, Sa. 3, s. 373-388, s. 377; **Emiroğlu,** Kavimler s. 72

²⁵¹ **Söğütlü- Erişgin,** Kamu Hukuku, s. 31

kapsıyordu²⁵² ve çoğunlukla diğer kavimlerden çıkarılanların, göç edenlerin veya savaş esirlerinin bir koruma gereksinimi ile *gens*'lere sığınmalarıyla oluşuyordu. Bu korumanın karşılığı olarak *patricius*'lara yardım ediyorlar ve hizmet görüyorlardı. Feodal sistemdeki vasal ve lord arasındaki ilişkiyi andıran bu bağımlılık ilişkisinde *patronus*'un *client*'i koruma ve *client*'in ölmesi durumunda da onun ailesine bakma yükümlülüğü vardı; *client*'in ise sürüleri otlatma, uzak bölgelerdeki toprakları *precarium*²⁵³ kapsamında işletme gibi ekonomik edimleri vardı ²⁵⁴.

Toplumsal hayata yönelik bu tespitler şüphesiz ki iş ilişkilerinin hukuki anlamda düzenlenmesinde doğrudan etkilidir. Nitekim Roma'nın bu en eski devrinde, Roma ailesinin kapalı yapısı gereği iş ilişkilerinin hukuken düzenlenmesi gerekliliği ortadan kalkmış oluyordu²⁵⁵. Bu alandaki anlaşmazlıklar aile babasının egemenlik hakkının doğal bir sonucu olarak aile içerisinde ve hukuk alanına yansımadan çözüme kavuşturuluyordu.

Yukarıda da bazı noktalarda temas edildiği şekliyle, bu dönemde iş ilişkilerinin hukuk alanına ilk yansıması kira sözleşmesi şeklinde karşımıza çıkmaktadır. İş yoğunluğunun arttığı, özellikle hasat zamanlarında daha fazla iş gücüne ihtiyaç duyulan dönemlerde, bir aile babasının başka bir aile babasından hayvanlardan başka tarımsal faaliyette çalıştırmak üzere köle kiralaması, iş ilişkilerinin hukuki anlamda ilk kez düzenlenmesini zorunlu kılmıştır. Böylece iki aile babası arasında tarımda çalıştırılmak üzere kiralanacak olan kölelerin borçlarıyla alakalı hukuki düzenlemelerin yapılması zorunluluğu doğmuştur ve iş ilişkileri hukuk alanında ilk defa, ironik bir şekilde, insancıl niteliğinden oldukça uzak bir şekilde kölelerin borçları üzerinden

²⁵² **Arsal, S. M.:** Umumi Hukuk Tarihi: Eski Hind, İran, Atina ve İsparta'nın Hukuki Müesseseleri, Roma'nın Siyasi ve Hukuki Teşkilatı, İçtimai ve İktisadi Bünyesi, İstanbul 1948, s. 183

²⁵³ *Precarium* hakkında bkz. **Birinci Bölüm B. Locatio Conductio'nun Tarihsel Gelişimi** başlığı

²⁵⁴ **Söğütü-Erişgin,** Kamu Hukuku, s. 33-34

²⁵⁵ **Altop,** s. 56-57; **Karadeniz,** s. 4-5

değerlendirilmiştir²⁵⁶. Bu nedenle bu aşamada *locatio conductio rei* kapsamında iş ilişkilerinin şekillendiği düşünülmektedir²⁵⁷.

Sonuç olarak bu dönemde, ücret karşılığında çalışacak özgür bireyin iş gücüne gereksinim fazla olmadığından özgür emek piyasası oluşmamıştır. Nitekim aileler kendi kendilerine yetebilen bir yapı içerisinde zaten tarımsal faaliyetlerini gerçekleştirmektelerdi. İş gücüne daha fazla ihtiyaç duyulan dönemlerde ise köle iş gücünden faydalanmaktalardı. Fakat buradaki hukuki düzenlemeler hizmet sözleşmesi değil kira sözleşmesi niteliğindeydi. Bu dönemde iş ilişkisinin tarafları olan ve işçi-işveren taraflarına benzeyen efendi-köle, *patronus-client* veya aile babası-aile evladı arasındaki bağımlılık ilişkisi ise iş ilişkisinin de ötesinde egemenliğin bir gereği olarak çok geniş kapsamlı düşünülmekteydi.

B. Cumhuriyet Dönemi: Roma'daki Değişimlerin Özgür İş Gücü Piyasasını Oluşturması

Cumhuriyet Dönemi'ne gelindiğinde toplumda giderek büyüyen işsizler ordusunun, iş ilişkilerinin hukuki bakımdan düzenlenmesini yakından etkilediğine yönelik bir tespit yapmak yerinde olacaktır. Gerçekten bu dönemde sosyal gerginliklerle beraber geçim kaygısı ortaya çıkmış, savaş masraflarının yükü işsizler yığınının Roma sokaklarını ele geçirmesine, fethedilen ülkelerden gelen ürünlerle yerli çiftçilerin rekabet edememesi²⁵⁸ iş ilişkilerine yön vermiştir.

Fetihler Roma'ya büyük toprakların yanında, yeni yatırım sahaları ve iş imkanları sağlamış, fethedilen arazilerden köleleştirilenler bol ve ucuz köle piyasasını oluşturmuş, savaş ganimetleri ve kendine bağladığı eyaletlerden alınan vergilerle Roma servetine servet katmıştır. Öte yandan bu fetihler sonucunda Roma ticari hayatı canlanmıştır²⁵⁹.

²⁵⁶ Karadeniz, s. 5-6

²⁵⁷ Fiori, s. 1

²⁵⁸ Ergin, F.: İktisat, İstanbul 1962, s. 31; Tahiroğlu, İktisadi Krizler, s. 677; Tanilli, s. 397

²⁵⁹ Tahiroğlu, İktisadi Krizler, s. 680-681; Altop, s. 59; Roselaar, S.T.: Public Land in the Roman Republic, A Social and Economic History of Ager Publicus in Italy, 396-89 BC, New York 2010, s. 146

Bunun yanında zenginleşen kesim aslında küçük bir kesimdir. Roma fetihlerle zenginleşirken diğer tarafta toplumun soylu ve avam sınıfını oluşturan *patricius* ve *pleb* sınıfları arasındaki mücadelelere sahne oluyordu. Gerçekten büyüyüp genişleyen Roma, bir tarafta çeşitli toplulukların zenginliklerini kendinde toplarken, diğer tarafta vatandaşlarının yoksullaşmasına sebep oluyordu. Bu kapsamda Roma'nın önemli sorunlarından biri, toprakların eşitsiz dağıtılması ve bunların giderek küçük bir azınlığın elinde toplanmasıydı²⁶⁰.

Gerçekten savaşlarla Roma zenginliğine zenginlik katarken, *pleb*'ler savaşlardan iki türlü zararlı çıkıyordu: Savaşa katılıp katılmama konusunda bir iradesi olmadığı halde, savaş için gerekli ekipmanı sağlama zorunluluğu mali anlamda bir külfet yaratıyordu. Ayrıca ettikleri toprakları ve evleri şehrin çevresinde olduğu için düşman saldırılarından en fazla zararı gören de kendileriydi. Savaşlarda kazanılan topraklardan da kendilerine herhangi bir hak tanınmıyordu çünkü *ager publicus*²⁶¹ olarak adlandırılan bu devlet arazileri, düşük bir yıllık kira ile *patricius*'lara bırakılıyordu²⁶². Böylece savaşların ve yağmanın kurbanı olan *pleb*'ler çareyi fethedilmesine katkıda bulunduğu bu toprakların bölüşülmesinde aramıştır²⁶³.

M.Ö. 3. yüzyılın ortalarında Roma'nın ekonomik hayatını etkileyen önemli olaylardan biri *latifundium*'ların oluşturulmasıdır. *Latifundium*'lar gerek devlete gerekse sayıları az olan özel kişilere ait büyük tarımsal işletmelerdir. Bu işletmeler çoğunlukla azatlı olan ve diğer köle arkadaşlarına sert davranan kahyalar tarafından

²⁶⁰ **Ağaoğulları, M.A./ Köker, L.:** İmparatorluktan Tanrı Devletine Siyasal Düşünceler, Ankara 1991, s. 9

²⁶¹ Düşmandan ganimet olarak alınan ve malik olarak kalan devlet tarafından, çeşitli yollarla bireylerin yararlanmasına bırakılan arazidir. Devlet bu toprakların gelirlerinin bir kısmını vergi olarak almaktaydı. Bu kapsamda mülkiyet yine devlette kalmaktaydı fakat zilyetlikleri kuvvetle korunmuş olan bireyler, bunları temlik edebiliyor ve vasiyet bırakabiliyorlardı. **Umur,** Lügat, s. 22; **Duncan-Jones, R.:** Structure and Scale in the Roman Economy, Cambridge 1990, s. 121; **Berger,** s. 357

²⁶² **Karadeniz,** s. 7-8; **Atlan, S.:** Roma Tarihi'nin Ana Hatları, I. Kısım Cumhuriyet Devri, Ankara 2014, s. 31-32; **Umur,** Tarihi Giriş, s. 30-31; **Roselaar,** s. 146

²⁶³ **Tahiroğlu,** İktisadi Krizler, s. 680; **Anderson, P.:** Antikiteden Feodalizme Geçişler, İstanbul 2017, s. 79 vd. . *Pleb*'lerin siyasal, sosyal ve ekonomik alandaki yaklaşık 150 yıl süren mücadeleleri için ayrıca bkz. **Küçük, E. / Saygılı, A.:** "Roma Hukukunda İstisna Halinin Paradigmatik Biçimi Iustitium Kurumu", İnönüÜHFD (2014), C. 5, Sa. 2, s. 1-32, s.259-282, s. 266 vd.; **Söğütlü-Erişgin,** Kamu Hukuku, s. 72 vd.; **Tanilli,** s. 364

yönetilir ve kölelerin yanında az da olsa tarım işçileri aracılığıyla idare edilirdi. İşletmenin amacı pazarda satabilmek üzere daha ucuza mal üretebilmek olduğu için, çok daha hesaplı ve bol olan köle iş gücünden daha fazla fayda sağlanmaktaydı²⁶⁴.

Zaman içerisinde küçük toprak sahipleri, savaş kaynaklı yıkımları onarabilmek için bu varlıklı büyük toprak sahiplerinden yüksek faizle borç alma yolunu tercih etmişlerdir. İtalya'nın ekili arazisi savaşlarda büyük oranda zarar gördüğü için bu toprakları yeniden ekilebilir duruma getirmek ve büyük toprak sahiplerine borçlarını ödeyebilmek oldukça zorlaşmıştır. Ayrıca köylülerin başlıca geçim kaynağını tahıl tarımı oluşturmaktaydı. Savaşlar sonucunda Roma daha kaliteli ve ucuz buğday sağlayan bölgelere hakim olunca, çiftçiler başka ürünler yetiştirmeye veya hayvancılığa yönelmeye başlamıştır. Fakat çiftçiler bunu yapabilecek yeterli sermayeye de sahip değillerdi. Bu nedenlerle küçük topraklara sahip köylüler, topraklarını varlıklı ailelere devretmek zorunda kalmıştır. Böylece topraklarına toprak katan varlıklı aileler bu *latifundium*'ları oluşturmuşlardır. Başarılı savaşlar sonucunda ucuz köle iş gücü sağlandığı için toprağını terketmek veya büyük toprak sahiplerine devretmek durumunda kalan köylüler, kölelerle iş gücü anlamında rekabet edebilme olanağına da sahip değillerdi. Bu durumda Roma'da her geçen gün sayıları artan işsizler ordusu oluşmaya başlamıştı²⁶⁵.

Gerçekten istilalarla yeterince mücadele edemeyen *pleb*'ler *patricius*'lardan borç almak durumunda kalmışlardır ve bu yükün altından kalkamayanlar kendilerine borç veren *patricius*'ların yarı kölesi konumuna gelmiştir²⁶⁶. Böylece *nexum*²⁶⁷ işlemi ile *patricius*'lara hizmet görmeye başlamışlardır²⁶⁸.

²⁶⁴ **Tahiroğlu**, İktisadi Krizler s. 682; **Karadeniz**, s. 10 vd.; **Atlan**, s. 122-123. *Latifundium*'ların çalışma prensibi şu şekildedir: "Mülk sahibi mümkün olduğu kadar fazla satmalı ve mümkün olduğu kadar az satın almalı". **Tanilli**, s. 396

²⁶⁵ **Tahiroğlu**, İktisadi Krizler, s. 684; **Karadeniz**, s. 11-12; **Söğütlü-Erişgin**, Kamu Hukuku, s. 131; **Mousourakis, G.:** A Legal History of Rome, New York 2007, s. 43; **Anderson**, s. 71-72, 80

²⁶⁶ **Umur**, Tarihi Giriş, s. 31; **Schwarz, A. (Çev.: Rado, T.):** Roma Hukuku Dersleri, I. Cilt, İstanbul 1965, s. 55-56. *Pleb*'ler her anlamda *patrici*'lere bağımlıydı. İçlerinden bazıları zanaatkârlık yapsa da veya küçük kapsamlı ticaretle uğraşsa da çoğu küçük çiftçilerden oluşmaktaydı. Otlakları veya ekilebilir toprakları olmadığı için *patrici*'lerden küçük toprak parçalarını kiralamaktalardı. *Patrici*'ler bu toprakları kiraya verirken ayrıca tohum, hayvan gibi yardımlarda da bulunmaktalardı. Kötü hasat zamanlarında, yıkıcı istilalarda veya başka

Gerek kölelerle gerekse azatlılarla tarımsal faaliyetlerde rekabet edemeyen bu özgür vatandaşların yaşamını sürdürebilmek için emeğini kiralamaktan başka çaresi kalmamıştır. Bu durum ise özgürlerin hizmetlerini konu edinen iş ilişkilerinin doğmasına sebebiyet vermiştir. Gerçekten sınırlı sayıda da olsa devletin veya özel teşebbüslerin denetimindeki işletmelerde özgürlerin de çalıştırılmaya başlanması, özgürler arasındaki iş ilişkilerinin düzenlenmesini beraberinde getirmiştir²⁶⁹.

Bununla birlikte, Romalılar, tarıma ilişkin işlerin dışındaki her türlü kol gücüne dayanan ve bedensel faaliyeti gerektiren işlerin özgürler tarafından ifa edilmesine sıcak bakmıyorlar ve küçümsüyorlardı. Ücret karşılığında bir Romalı vatandaşın çalışması, toplumun değer yargılarıyla uyuşmuyordu ve çalışma çoğu zaman bir ceza olarak algılanıyordu. Emeğini kiralamaktan başka çaresi kalmayan özgürlerin iş gücü piyasasına girmeleri Romalıların bu değer yargılarını değiştirmemiştir. Bu durumda başlangıçta bir efendinin, başka bir efendinin kölesini kiralaması şeklinde ortaya çıkan iş ilişkilerine yönelik hukuk kuralları, özgürlerin kendi emeklerini kiraya vermeleri durumuna da uygulanmıştır. Başka bir deyişle, eski hukuk kuralları veya alışkanlıklar yeni gelişen durumlara da uygulanır olmuştur. Böylece bu özgür işçilerin durumları hep kölelerle karşılaştırılmış, toplum içindeki saygınlıkları kölelerle eşdeğer kabul edilmiştir. Bu durum özgür işçinin işverenin egemenliği altında algılanmasına yol açmış ve işçi ile işveren arasındaki bağımlılık ilişkisinin köle-efendi ilişkisi boyutunda değerlendirilmesi sonucunu doğurmuştur.

Bu dönemde ayrıca Roma'da sayıları gittikçe artan işsizlere Devlet'in çeşitli yollarla çareler bulmaya çalıştığı tespit edilmiştir²⁷⁰.

felaketlerde bu çiftçiler borcunu ödeyemez duruma gelmekte ve eski hukuk kuralları gereği alacaklısının kölesi konumuna gelmekteydi. **Tanilli**, s. 354-355

²⁶⁷ Bkz. Aşağıda **IV. Bağımlılık İlişkisinde Bir Kilometre Taşı: Nexum** başlığı kapsamında anlatılanlar

²⁶⁸ **Söğütlü-Erişgin**, Kamu Hukuku, s. 76-77, 113

²⁶⁹ **Karadeniz**, s. 15-16; **Visky**, s. 690-691

²⁷⁰ Gerek Cumhuriyet gerekse İmparatorluk Dönemleri'nde devletin aldığı tedbirlerden bazıları şunlardır: Kamuya ilişkin hizmetlerde köleler yerine özgürlerin çalıştırılmaya başlanması, özel kişilere ait tarımsal işletmelerde çalıştırılacak köle sayısının azaltılması, kurulan yeni kolonilerde işsiz Romalıların yaşamaya özendirilmesi düşünülmüştür. **Karadeniz**, s. 19. Buna rağmen yine de iş bulamayan ve Roma'da sayıları her geçen gün artan kitle için Devlet tahıl

C. İmparatorluk Dönemi: Müdahaleci Ekonominin İş İlişkilerine Etkileri

İmparatorluk Dönemi; Principatus ve Dominatus Dönemleri'nin birbirinden farklılık göstermesi sebebiyle iş ilişkileri açısından da birbirinden bağımsız olarak ele alınmalıdır.

Bu kapsamda ilk olarak Principatus Dönemi'nde *latifundium*'ların öneminin azaldığı söylenebilir. Nitekim *Augustus* ile başlayan *Pax Romana* Dönemi'nde savaşların büyük oranda son bulması ve köle azatlama işlemlerinin daha sık yapılır oluşu köle arzını etkilemiş²⁷¹ ve az sayıdaki savaş esirleri devletleştirilen madenlerde veya farklı kamu hizmetlerinde çalıştırılmaya başlanmıştır²⁷². Bu durumda *latifundium*'lar giderek parçalanmış veya üretim şeklini değiştirmeye başlamıştır. Böylece zaman içerisinde *latifundium*'ların yerini aile sistemine dayalı yarıcılığın değişik biçimleri almaya başlamıştır²⁷³.

Yukarıda bahsi geçen sebeplerle toprağını terketmek durumunda kalan köylülerden bir kısmı bu yarıcılık sistemi sayesinde topraklarına geri dönmüştür. Sistem özünde bir ortakçılık sistemi olduğu için köylüler ile toprak sahipleri arasındaki sözleşme, hizmet sözleşmesi niteliğinde değildir. Bu köylüler üretilen ürünün belirli bir oranı karşılığında toprakları kiralamışlardır. Bu sistem başlangıçta başarılı olsa da zaman içerisinde çökmüştür. Nitekim zamanla ortakçıların çalışma ve yaşam koşulları kötüleşmeye başlamıştır. Böylece ortakçılar toprak sahiplerine gerek toplumsal

dağıtımı yoluna gitmiştir. *Caesar* yalnızca devletin dağıttıklarıyla geçinen 300.000 Romalı tespit etmiş ve bu sayıyı yarıya indirmiştir. *Augustus* zamanında yardım görenlerin sayısı 200.000'e ulaşmıştır. *Septimius Severius*, tahıl dağıtımına ek olarak günlük ve ücretsiz zeytinyağı dağıtımını da eklemiştir. *Aurelius* zamanında aylık buğday dağıtımı yerine her gün ekmek verilmesi sağlanmış ve zeytinyağından başka et, tuz, şarap hatta giysi yardımı dahi yapılmıştır. Bununla birlikte, halkın desteğini alabilmek adına alınan bu önlemler, daha büyük ekonomik ve siyasi krizleri sonrasında beraberinde getirmiştir. **Tahiroğlu**, İktisadi Krizler, s. 690-691. Bu durum devlet veya özel kişilerce yapılan sosyal yardımların bir ölçüsünün olması gerekliliğini ve yoksulları tembelliğe itecek nitelikte olmaması gerektiğini göstermiştir. **Karadeniz**, s. 19. Ayrıca bkz. **Anderson**, s. 67-68, 81

²⁷¹ **Anderson**, s. 89

²⁷² Bu dönemde *latifundium*'larda çalıştırılanların köleler yerine özgür köylüler olduğu düşünülmektedir. Bunun ise temelde iki nedeni tespit edilmektedir: Bunlar *Pax Romana* nedeniyle kölelerin sayısının azalması ve imparatorların özgür köylü sınıfını yaratma ve bunları yaşatma siyasetidir. **Arsal**, s. 434

²⁷³ **Karadeniz**, s. 20-21

anlamda gerekse ekonomik anlamda daha da bağımlı hale gelmişlerdir. Bu durum ise uygulamada onları kölelere yaklaştırmıştır. Ortakçılığın cazip bir fikir olmaktan çıkmasıyla tarım gerilemeye başlamıştır. Bu sistemin ise daha sonra Roma'daki *colonus*²⁷⁴luk sisteminin temellerini attığı gözlemlenmiştir²⁷⁵.

Principatus Dönemi'nde iş ilişkilerine yön veren başka bir olay da azatlıların toplumsal ve ekonomik hayatta daha aktif bir rol almaya başlamasıdır. Gerçekten bu dönemde azatlıların devletin önemli kadrolarında yer aldıkları, ticaret ve sanayi faaliyetlerde de görev aldıkları bilinmektedir. Bu kapsamda devletin kadrolarında devlet tarafından azatlanan kölelerin yer almasına karşılık, özel faaliyetlerde eski efendilerine ekonomik, toplumsal ve hukuki anlamda büyük ölçüde bağımlı azatlılar faaliyet görmüştür. Tarımda da eskiden köle emeğine dayanan girişimler yerini toprak sahibi zengin eski efendilerine bağımlı azatlıların yükselişine bırakmıştır²⁷⁶.

Yukarıda da söz edildiği gibi özgürler arası iş ilişkilerinin yaygınlaşmaya başlamasıyla zaman içerisinde özgürlerden bağımsız olarak emekleri sözleşmeye konu edilmeye başlamıştır. Bu dönemde bu işçiler *collegium*²⁷⁷ çatısı altında mesleki dayanışma ve sosyal yardımlaşma amacıyla örgütlenmişlerdir. Özellikle Principatus

²⁷⁴ Köyde yaşayan bu *colonus*'lar hizmet ettikleri kişilerden ziyade üzerinde çalıştıkları toprağa bağlı hale gelmişlerdir ve bu toprakların birer parçası oldukları düşünülmüştür nitekim bu toprakla beraber alınıp satılmaya başlanmışlardır. İşte bu durum toprak köleliği (*colonus*) durumunu yaratmıştır. **Karadeniz**, Roma Hukuku, s. 132. *Colonus*'lar doğuştan özgür olmakla birlikte, fiilen bağlı bulunduğu toprağın kölesi konumundaydı. Evlenebilir, mal iktisap edebilirlerdi, fakat malları kiranın teminatı olduğu için kural olarak satamazlardı. Ancak bağlı bulundukları arazileri satın alarak özgürlüklerine kavuşabilmektedirler. **Altop**, s. 47-48; Ayrıca bkz. **Anderson**, s. 108-109

²⁷⁵ **Karadeniz**, s. 21-22

²⁷⁶ **Karadeniz**, s. 24

²⁷⁷ *Collegium*, *legere* yani görevlendirmek kelimesinden gelmektedir ve ortaklaşa görevli olmak, koruyuculuğu altında oldukları tanrıya birlikte hizmet etmek gibi dini bir temele sahiptir. Bu birliklerin oluşumunun Krallık Dönemi'ne dayandığı bilinmektedir. Nitekim XII Levha Kanunu'nda dernek kurma özgürlüğüne ilişkin düzenlemeler tespit edilmiştir. Cumhuriyet Dönemi'nin sonlarında ve Principatus Dönemi'nin başlarında kurulmaları izne tabi olmakla birlikte, Dominatus Dönemi'nde girilmesi zorunlu mesleki birliklere dönüşmüştür. Bu derneklerin dört farklı grup altında sınıflandırılabilmesi mümkündür. Bunlardan zanaatkar dernekleri; zanaatkarların, sanatçıların, tacirlerin ve iş görenlerin kurmuş oldukları derneklerdir. Bundan başka, askerlik hizmetini yerine getirmiş yurttaşların kurdukları dernekler mevcuttur. Bunun yanında, alt derece askerlerin ve sivil alt derece memurların kurdukları dernekler de bilinmektedir. **Küçük, E.**: Roma Hukukunda Augustus Zamanına Kadar Derneklerin Hukuki Durumu, Ankara 2006, s. 40-41, 59-61

Dönemi'nde herhangi bir kuruluşa bağlı olmadan çalışan özgür işçi sayısının oldukça az olduğu tespit edilmiştir²⁷⁸.

Diocletianus'un kurduğu sistemle beraber müdahaleci ekonominin katı kuralları her alanda kendini hissettirmeye başlamıştır²⁷⁹. Yukarıda da bahsi geçen ortakçılık sisteminin habercisi olduğu *colonus* sistemi sebebiyle tarım işçileri toprak kölesi konumuna gelmiştir. *Collegium*'ların giderek güçlenmeleri ve bunlara katılma zorunluluğu beraberinde iş ilişkilerinin serbestçe düzenlenebileceği bir alan bırakmamıştır. En nihayetinde bu yapılar Ortaçağ'ın loncalarının temelini oluşturmuştur ve giderek zayıflayan devlet karşısında güçlenen büyük toprak sahipleri, *colonus*'ları her anlamda kendilerine bağımlı kılmıştır. İmparator *Constantinus*'un çıkardığı bir emirname ile tarım işçilerinin çalıştıkları topraktan ayırlamayacağına yönelik kural, serf sisteminin hukuki temellerini atmıştır. Tüm bu süreç orta çağ feodalizmini hazırlamıştır²⁸⁰.

Müdahaleci ekonominin egemen olduğu bu süreç içerisinde hristiyanlığın etkisine rağmen başka bir deyişle, bu dinin emeği vurgulaması ve gerek toplumsal gerek ahlaki anlamda çalışmayı özendirmesine rağmen, iş ilişkilerinin özel hukuk alanında gelişim gösteremediği bilinmektedir. Nitekim müdahaleci anlayış iş ilişkilerinin kamu hukuku alanındaki tedbirlerle düzenlenmesine sebebiyet vermiştir²⁸¹.

Ayrıca kendi döneminde bozulan ekonomiyi ve yükselen fiyatları durdurabilmek ve ekonomiyi daha istikrarlı hale getirebilmek amacıyla, özellikle de ordunun ve bürokrasinin gereksinimlerini güvence altına alabilmek adına *Diocletianus*, Roma tarihinde eşine rastlanmamış bir şekilde imparatorluğun tamamında geçerli olmak üzere

²⁷⁸ Özel nitelikteki *collegium*'lar altında örgütlenenlerin yanında çeşitli kamu hizmetlerinde ve halkın günlük ve zorunlu gereksinimlerinin karşılanmasında çalışan işçiler *collegium publicum* çatısı altında örgütlenmiştir. Bu yapı içindeki işçilerin diğerlerine oranla toplumda belirli bir saygınlıkları kabul edilmiş, diğer işçiler gibi küçümsenmemiş ve çeşitli ayrıcalıklara sahip oldukları tespit edilmiştir. **Karadeniz**, s. 25-26

²⁷⁹ Bu dönemde imparatorlar kendilerini devletin sahibi, mutlak hakimi, *dominus*'u gördükleri için bu dönem *Dominatus* (saltanat, sahiplik) olarak adlandırılmıştır. **Arsal**, s. 436. İmparatorlukta birliği sağlayabilmek ve yeniden teşkilatlandırabilmek için *Diocletianus* tarafından oluşturulan bu sistemde sıkı ve merkezi bir iktidar hedeflenmiştir. Bu düzenin kalıcı olmasını sağlamak için ise imparatorluğun merkezi batıdan doğuya kaydırılmış ve imparatorluk doğu-batı şeklinde ikiye ayrılmıştır. **Söğütü-Erişgin**, Kamu Hukuku, s. 222

²⁸⁰ **Karadeniz**, s. 28-30

²⁸¹ **Karadeniz**, s. 30-31

çeşitli ürünlere ve hizmetlere ilişkin tavan fiyatları bir emirname ile belirlemiştir. Bu kapsamda tavan fiyatlarının üzerinde ücret ödenmesinin veya stok yaparak düzeni bozma girişimlerinin ölüm veya sürgün cezası ile cezalandırılacağı belirtilmiştir. Bu emirname ile bin iki yüzden fazla mal ve hizmetin tavan fiyatı tespit edilmiştir. Fakat iş dünyasının itirazları ve uygulamadaki güçlükler nedeniyle daha sonra uygulamadan kaldırılmıştır²⁸².

Sonuç olarak söylenebilir ki bu dönemde iş ilişkileri müdahaleci ekonominin katı kurallarına göre şekillenmiştir ve özel hukuk anlamında bir gelişim gösterememiştir.

III. ROMA HUKUKUNUN ETKİSİNDE ŞEKİLLENEN HİZMET SÖZLEŞMESİ VE BAĞIMLILIK İLİŞKİSİ

Roma hukuku sistemine göre hizmet sözleşmesi açısından bağımlılık ilişkisinin, sözleşmenin ayırt edici bir unsuru olarak kabul edilmediği belirtmişti. Fakat gerek hizmet sözleşmesi kapsamında gerekse işçi-işveren ilişkisine benzer başka yapılarda sıkı bir bağımlılık ilişkisinin mevcudiyeti Romalılarca da tespit edilmiştir. Aynı husus Roma'dan sonraki sistemlerde de varlığını uzun süre korumuştur ve hizmet sözleşmesi modeline yakın başka yapılar altında hizmetin görülmesi, sıkı bağımlılık ilişkisi altında varlığını sürdürmeye devam etmiştir. Bu kapsamda, hizmet sözleşmesinin benzer iş görme sözleşmelerinden farkının tespit edilmesi aslında bağımlılık unsurunun sözleşmenin karakteristik bir unsuru olarak tespit edilmesiyle kesişmektedir²⁸³.

Bu kapsamda her şeyden önce iş hukukunun tarihi ile emeğin tarihi birbiriyle karıştırılmamalıdır. Nitekim insanlık tarihi boyunca her zaman çalışma rejimi mevcut olduğu için, emeğin tarihini insanlığın başlangıç zamanlarına kadar götürebilmek mümkündür. Bununla birlikte, bu sürecin tamamı açısından iş hukukundan

²⁸² Emirnamedeki vasıfsız işler ve işçi ücretleri şu şekilde belirtilmiştir: “Tarım işçisi (yemek dahil) günlük 25 Denarii; Ev içi işlerde çalışan işçi günlük 50 Denarii; Çoban (yemek dahil) günlük 20 Denarii; *Mulio*: Katırcı (yemek dahil) günlük 25 Denarii; *Burdonarius*: Deve, eşek, katır sürücüsü (yemek dahil) günlük 20 Denarii; Lağım temizleyici (bütün gün çalışan, yemek dahil) günlük 25 Denarii; Kireç yakıcı (yemek dahil) günlük 50 Denarii; Bütün gün çalışan su taşıyıcısı (yemek dahil) günlük 25 Denarii; *Cloacarius*: Bütün gün çalışan temizlikçi (yemek dahil) günlük 25 Denarii”: Ayrıntılı bilgi için bkz.: **İznik, E.:** “İmparator Diocletianus’un Tavan (En Yüksek) Fiyatlar Fermanı: Edictum de Pretiis Rerum Venalium”, Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih-Coğrafya Fakültesi Tarih Bölümü Tarih Araştırmaları Dergisi (2011), C. 30, Sa. 49, s. 97-130, s. 108

²⁸³ **Doğan-Yenisey**, s. 59

bahsedebilmek mümkün değildir²⁸⁴. Bilindiği üzere iş hukuku Sanayi Devrimi'nin ürünüdür. Teknolojik ve ekonomik gelişmelerin daha farklı olmasına rağmen veya çalışmaya ilişkin değer yargılarına rağmen, Roma hukukunda iş görmeye ve hizmet sözleşmesine ilişkin bazı kuralların, Roma'dan sonraki dönemlerde de etkisi olduğunu savunmak mümkündür. Bu başlık altında Roma'dan sonraki süreçte iş ilişkilerinde Roma hukukunun izlerini keşfetmek amaçlanmıştır. Bu kapsamda Roma'dan sonraki süreci Sanayi Devrimi'ne kadarki süreç ve Sanayi Devrimi'nden sonra çağdaş iş hukukunun doğduğu süreç şeklinde ikiye ayırabilmek mümkündür.

Roma'nın öngördüğü kölelik sisteminin devamı niteliğinde olan sistem, Orta Çağ'daki serflik ilişkisidir²⁸⁵. Roma hukukunun izlerinin daha yoğun olarak hissedildiği, bağımlılık ilişkisinin Roma'daki şekliyle yoğun olduğu Ortaçağ'daki bu ara dönemde, tarım ekonomisine dayalı feodal ilişkiler çerçevesinde özgür serflerle feodal beyler arasındaki iş ilişkileri, her ülkenin kendi gelenek hukukuna göre şekillenmiştir. Bu kapsamda Avrupa'da iş hukuku alanının şekillenmesinde büyük etkiye sahip olan Alman hukukunun en eski dönemlerinde çalışma, özgür olmayan bireye ilişkin bir edim olarak görülmektedir. Feodal bey ile feodalite ilişkisindeki vasal (özgür toprak köylüleri), özgürlük durumunu devam ettirmekte fakat koruma ve gözetilme karşılığında feodal beyin hizmetine girmektedir. Karşılıklı sadakat temeline dayanan bu ilişki, vasala sınırlı da olsa hak ve fiil ehliyeti tanımış olmakla birlikte, hizmet sözleşmesi kapsamında değerlendirilmemekte ve bir çeşit aile ilişkisi olarak kabul edilmekteydi²⁸⁶.

Bundan başka, yine bu dönemde ev hizmetlerinde çalışanlarla yapılan hizmet sözleşmelerinin bazı türlerinde de kişisellik unsurunun ve sadakatin önemli olduğu bilinmektedir. Ev hizmetlerine ilişkin sözleşme çerçevesinde, efendinin hizmetkârı ile olan kişisel ilişkisi, Sanayi Devrimi sonrasında yaygınlaşan hizmet sözleşmelerine de sirayet etmiş ve iş ilişkisi aile hukukunda olduğu gibi kişisel yönü ağır basan hiyerarşik ilişkilerle beraber ele alınmaya başlamıştır. Bu bağlamda iş ilişkisindeki güç unsuru açıklanırken *pater familias*'ın aile evlatları üzerindeki yetkilerine gönderme yapılması ilginçtir. Ayrıca 18. ve 19. yüzyıllara gelindiğinde Alman hukuku yine hizmet

²⁸⁴ Mollamahmutoğlu/Astarlı, s. 25

²⁸⁵ Tunçomağ, s. 25

²⁸⁶ Doğan-Yenisey, s. 59-60; Arslan-Ertürk, s. 103

sözleşmesine ilgi göstermemiş ve 1804 tarihli Medeni Kanun hizmet sözleşmesini Roma’da olduğu şekliyle kira ile ilişkilendirmiştir. 1896 tarihli Alman Medeni Kanunu’nu da yine Roma hukukundan hareketle hizmet sözleşmesini düzenlemiştir²⁸⁷.

18. yüzyılın ikinci yarısında buhar makinesinin keşfiyle başlayan Sanayi Devrimi ile birlikte fabrika üretimi çoğalmış ve yeni bir işçi sınıfı doğmuştur. Ekonomik liberalizmin (Bırakınız yapsınlar, bırakınız geçsinler) etkisiyle bireyci hukuk anlayışının egemen olduğu ilk dönemde, irade özgürlüğüne üstünlük tanınması sebebiyle devletin işçi ve işveren arasındaki ilişkilere müdahalesi dışlanmıştır. Roma hukukunun izlerinin hala görülebileceği bu dönemde, eşit iki süje arasındaki hizmetin kiralanması olarak adlandırılan sözleşme çerçevesinde iş ilişkileri düzenlenmiştir²⁸⁸. Bu atmosferde işverenin ekonomik üstünlüğü dilediği çalışma koşullarını ve ücreti işçiye kolaylıkla kabul ettirebilmesine sebebiyet vermiştir. Sosyal sefaleti beraberinde getiren bu süreçte en önemli sosyal problemler uzun çalışma süreleri, düşük ücretler, başta çocuk ve kadın işçiler olmak üzere işçi kazaları, hastalıklar veya keyfi işten çıkarmalar ve işsizlik olmuştur²⁸⁹.

Fransız Devrimi ile başlayan liberal dönemde ise özgürlüğün doğal durum olarak tespit edilmiş olması, iş ilişkilerinin düzenlenmesini de etkilemiştir Gerçekten bir çok Medeni Kanunu şekillendiren Code Napoleon’un 1710. maddesinde bugünkü hizmet sözleşmesinin atası olarak değerlendirilen hizmet kirası (*louage d’ouvrage*), Roma sistemindeki *locatio conductio* modelini temel alan ve eser ile hizmet sözleşmeleri arasında ayırım yapmayan bir yapıyı öngörmüştür²⁹⁰. Ayrıca taraflar arasındaki bağımlılık ilişkisi açısından da günümüzden farklı olarak gerek hizmet sözleşmesi gerek eser sözleşmesi açısından işçiye, işin görülmesinde özerk bir alan tanınmıştır. Code Napoleon’un öngördüğü bu sistemin Roma ile benzerliği sadece görünüşte olup iki sistem arasında temel bir fark vardır. Roma hukukunda hizmet sözleşmesinde özgür bir kişinin emeğini geçici süreyle başkasına sunması, efendinin kölesi üzerindeki egemenliği ile ilişkilendirilmiş ve küçümsenmiştir. Fakat Fransız Devrimi etkisinde

²⁸⁷ Doğan-Yenisey, s. 60-61

²⁸⁸ Güzel, s. 83

²⁸⁹ Güzel, s. 83; Çelik, s. 3 vd.; Süzek, s. 7-8; Narmanlıoğlu, s. 5-6; Tunçomağ, s. 26-27; Mollamahmutoğlu/Astarlı, s. 25; Ekonomi, s. 4-5

²⁹⁰ Mollamahmutoğlu/Astarlı, s. 25

gelişen kanunlardaki hizmet sözleşmesi, kişinin gerek özgürlüğünü korumasının gerek kendisini bütün bağlardan kurtarmasının bir aracı olarak kabul edilmiştir²⁹¹. Aslında devrimin bu eşitlik anlayışı işçiler açısından son derece olumsuz sonuçlara sebebiyet vermiş, işverenin ve çalışma şartlarının olumsuzluklarına karşı işçi savunmasız bırakılmıştır²⁹².

Müdahaleci dönem olarak adlandırılan dönemde ise ortaya çıkan sorunları çözebilmek adına devletin iş ilişkilerine müdahale etme gereği ortaya çıkmıştır. Bu bağlamda ilk önce yasal düzenlemeler kanalıyla fabrika ve atölyelerde çalışmakta olan kadın ve çocuk işçilerin korunması amaçlanmıştır. İkinci aşamada ise örgütlenme özgürlüğü önündeki engeller ortadan kaldırılmıştır. Bu nedenle işçilerin haklarını düzenleyen ve kişiliklerini ön plana çıkaran çağdaş iş hukuku bu gelişmelerin bir ürünü olarak karşımıza çıkmıştır²⁹³.

Bu kapsamda sonuç olarak denilebilir ki Roma'dan sonraki süreçte de işçi işveren arasındaki ilişkinin düzenlenmesinde Roma hukuku oldukça etkili olmuştur.

IV. BAĞIMLILIK İLİŞKİSİNDE BİR KİLOMETRE TAŞI: *NEXUM*

Roma'da iş ilişkilerinin serüveni ve Roma hukukunun etkisinde şekillenen süreç değerlendirildikten sonra, üzerinde düşünmeye değer başka bir kurum da, yukarıda bir kaç noktada bahsi geçen, *nexum*'dur. Kökeni oldukça eskiye dayanan *nexum* kavramının, özgür bir kimsenin başkaları için hizmet görmeyi üstlenmesinin en eski hukuki biçimi olduğu çoğunlukla kabul edilmektedir. Bu kapsamda Roma'da iş ilişkisinde bağımlılık açısından bir kilometre taşı olduğu için *nexum*'u ayrıca değerlendirmekte fayda vardır²⁹⁴.

²⁹¹ Doğan-Yenisey, s. 62-64

²⁹² Mollamahmutoğlu/Astarlı, s. 27

²⁹³ Güzel, s. 83-84; Çelik, s. 5; Süzek, s. 8-9; Narmanlıoğlu, s. 6-8; Tunçomağ, s. 27-28; Mollamahmutoğlu/Astarlı, s. 28-30; Ekonomi, s. 5-6

²⁹⁴ Kavramın kökeni ve tarihsel gelişimine ilişkin detaylarda, iş borçlusunun iş alacaklısına olan bağımlılığının izlerini bulabilmek mümkündür. Öte yandan; *nexum* hakkındaki birbirinden oldukça farklı çıkarımların burada detaylı bir şekilde ele alınabilmesi mümkün değildir. Bununla birlikte, bu bölümde *nexum*'un iş ilişkilerindeki bağımlılık unsurunun ilk görünüm şekli olması bağlamında, konuyu aydınlatacak noktalarına kısaca temas etmekle yetinilecektir.

Nexum'un kökeni eskiye dayandığı için kaynaklarda hakkında yeterli bilgi mevcut değildir ve çelişkiler mevcuttur. En geniş anlamıyla *nexum*, bir kişinin borçlu olduğu miktarı ödeyememesi durumunda *mancipatio* yoluyla alacaklısının egemenliği altına girdiği ve bu yolla borcunu alacaklısının hizmetinde çalışarak ödediği özel bir hukuki işlemdir²⁹⁵.

Nexum işleminin borç (*obligatio*) kavramının başlangıcı mı, tüketim ödünçü sözleşmesinin (*mutuum*) menşei mi veya borçtan sorumluluğun başlangıcı mı olduğu konusu net olarak ortaya konulamamıştır²⁹⁶. Bu kapsamda *nexum* bazı yazarlara göre *obligatio* kavramının aydınlatmasına kaynaklık etmektedir ve *nexum* işleminden doğan borcun Romalıların bildiği gerçek anlamdaki ilk borç olduğu savunulmaktadır²⁹⁷.

Nexum kelime kökeni itibariyle zincirlemek veya bağlamak anlamlarına gelen *nectere* fiilinden gelmektedir. Etimolojik anlamda *nexum* ve *obligatio*'un eş anlamda olmaları ilginçtir. Nitekim iki kelime de özünde bağlamak başka bir deyişle bağımlı kılmak anlamlarını içerirler²⁹⁸.

Nexum bundan başka ödünçün tarihçesi kapsamında da değerlendirilmektedir. Basılmış paranın olmadığı dönemde borcun miktarını tespit edebilmek için ödünçün, maden külçeleri ve terazi (*per aes et libram*) yardımıyla tespit edildiği düşünülmektedir. Bu yola ekonomik anlamda oldukça muhtaç kişilerin başvurduğuna inanılmaktadır ve bu işlem sonucunda ciddi faizler öngörülmüştür. Çoğu zaman zaten ödünç alan bu borcunu ödeyemez. Bu kapsamda da borçlunun şahsıyla sorumlu olduğu kabul edilmiştir. Tahmin edildiği şekliyle *mancipatio* işlemi sırasında alacaklı borçlu üzerinde el koyma ve borçluyu hakimiyeti altına alma imkanını elde ediyordu. Borçlular ise görece olarak bu durumu aslında tercih etmekteydi nitekim XII Levha

²⁹⁵ **Koschaker**, s. 207

²⁹⁶ **Rado**, s. 50

²⁹⁷ **Atak, A. S.**: Roma Hukukunda Tüketim Ödünçü Sözleşmesi (Karz Akdi-Mutuum) (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İzmir 2015, s. 29. M.Ö. 3. yüzyıla kadar süren XII Levha Kanunu Dönemi'ndeki tarım temelli hayatta, borç kaynağı teşkil eden az sayıda hukuki işlem tanınıyordu. Nitekim bu devirlerde bir kaç basit hukuki işlem iş hayatında yeterli olduğu için gelişmiş bir borç kaynağı sistemi beklememek gerekir. Bu devirde ürettiğini tüketen ailelerin kendi aralarındaki değişimleri ticaret hayatını şekillendiriyordu. Bu kapsamda *nexum* ödünç olarak erzak veya tohum alınmasını sağlıyordu ve bunun iadesi (tutarı ve faizleri) bizzat borçlunun şahsı ile temin ediliyordu. **Tahiroğlu**, Borçlar, s. 110; **Villey**, s. 130

²⁹⁸ **Koschaker**, s. 207; **Rado**, 50; **Karadeniz**, s. 119

Kanunu'na göre borcunu ödemediğinde ölüm cezasına çarptırılması veya köle olarak satılması gerekirken, *nexum* ile bundan kurtulmuş oluyorlardı²⁹⁹.

Gerçekten, kaynaklarda geçen bilgilere göre borçlunun *nexum* ile kararlaştırılan vadeye kadar özgür statüsünü korumakta olduğu; fakat borcun zamanında ödenmemesi durumunda bu anlaşmanın hükümden düştüğü ve alacaklının dilerse borçluyu kendi evine götürüp burda bir köle gibi çalıştırma imkanına kavuştuğu düşünülmektedir. Ayrıca borçlunun şahsı üzerinde bir sorumluluk doğduğu için alacaklının borçlusunu köle sıfatıyla satabilme imkanının da olduğu savunulmuştur³⁰⁰.

Roma'nın ekonomik yaşamında özgür vatandaşların borçları nedeniyle köleleştirilmeleri önemli bir kavramdır ve bu husus *nexum* ile yakından ilişkilidir. Bir anlamda kölelik benzeri bir durumu açıklamak için kullanılan bu kavramın dilimizdeki karşılığı borç köleliğidir. Borç köleliği yalnızca Roma için değil, birçok eski uygarlık için geçerli olan ve vazgeçilmez bir kavram olmuştur³⁰¹. Nitekim borç köleliği eski uygarlıklarda en büyük kölelik kaynaklarından birini teşkil etmiştir. Bu sözde köleler, borcunu ödemekten aciz olan borçlulardır ve genellikle borçlarını ödeyememelerinin karşılığı olarak ev hizmetlerini görmüşlerdir. Bu görevleri nedeniyle oynadıkları ekonomik rol bunların hukuki statülerini yansıtmıştır³⁰².

Tartışmalı olmakla beraber, genellikle kabul edildiği üzere M.Ö. 326 yılında çıkarılan *Lex Poetelia* ile ortadan kaldırılmıştır³⁰³. Bu Kanun ile ilk defa aciz halindeki borçlunun durumunda iyileştirmeler yapılmıştır³⁰⁴. Nitekim borcunu ifa etmeyen borçlunun öldürülmesi veya köle durumuna düşürülmesi Kanun ile yasaklanmıştır³⁰⁵.

²⁹⁹ **Rado**, s.50; **Özbay, Ü. V.:** Roma Hukukunda ve Türk Hukukunda Tüketim Ödücü (Karz) Sözleşmesi (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2015, s. 25-26

³⁰⁰ **Arsebük**, s. 381

³⁰¹ **Atak**, s. 28-29

³⁰² Başka uygarlıklardaki benzer kurumlar için bkz. **Bozkurt, G.:** "Eski Hukuk Sistemlerinde Kölelik", AÜHFD (1943), C. 38, Sa. 1, s. 65-103, s.67

³⁰³ **Bonfante, P.:** Istituzioni Di Diritto Romano, Torino 1946, s. 461; **Altop**, s. 46; **Umur**, Lügat, s. 121

³⁰⁴ **Umur**, Lügat, s. 121

³⁰⁵ **Karadeniz**, s. 119; Bkz. *Lex Poetelia Papiria*, **Berger**, s. 557-558

Roma hukukuna göre hizmet sözleşmesinde işçi ve işveren arasındaki bağımlılık ilişkisini inceleyen yazarlardan bazıları, işçinin işverenine olan bağımlılığını *nexum* işlemi ile alacaklısının egemenliği altına giren *nexus*'un durumuna benzetmişlerdir ve hizmet sözleşmesi ile ücretli olarak çalışan özgür işçinin (*mercennarius*) bir anlamda işverenin egemenliği altına girdiğini ve köleleştirildiğini savunmuşlardır. Bu kapsamda işverenin işçi üzerinde iş ilişkisinin sınırlarının da ötesinde geniş bir egemenlik hakkına sahip olduğunu ifade etmişlerdir³⁰⁶.

V. BAĞIMLILIK İLİŞKİSİNDE BAŞKA BİR AŞAMA: AZATLILAR

Bir kölenin özgürlüğünü kazanarak hukuken kişi sayılmasını sağlayan işlem *manumissio* (azat etme) olarak adlandırılmaktadır³⁰⁷. Bunun yanında kölenin eski efendisi için azatlama işleminden sonra bir takım yükümlülükleri üstlenmesi, hizmet görmesi gerekiyordu ve bu da *iusiurandum* veya *stipulatio* şeklinde yapılabilirdi³⁰⁸.

İşe ilişkin hukuki düzenlemelerin, azatlıların eski efendilerine vadettiği bu işlerin örnek alınmasıyla şekillendiği düşünülmektedir³⁰⁹. Bağımlılık ilişkisi açısından da önemi olduğu için azatlıların durumunu bağımlılık ilişkisi kapsamında değerlendirmek gerekmektedir.

Yukarıda da söz edildiği gibi kölelerin kiralanmasından özgürlerin kendi emeklerinin kiralanması aşamasına nasıl geçildiği başka bir deyişle, kişilerden bağımsız olarak, kişilerin hizmetinin sözleşmenin konusu olması aşamasına nasıl geldiği tam olarak aydınlatılamamıştır. Bununla birlikte, bazı yazarlar bu gelişimin izlerini azatlıların işlerinde bulmaktadır. Nitekim Ortaçağ İtalyan hukukçuları, *locatio conductio* kapsamındaki hukuki ilişkiden ziyade, bağımlılığın izlerinin azatlıların iş ilişkilerinde aranması gerekliliğini ortaya koymuşlardır³¹⁰.

³⁰⁶ Bkz. aşağıda VI. B. Bağımlılık İlişkisinin *Servus-Dominus* Arasındaki Egemenlik İlişkisiyle Benzerliği başlığı

³⁰⁷ Karadeniz-Çelebican, Roma Hukuku, s. 139

³⁰⁸ Karadeniz, s. 197-198

³⁰⁹ Karadeniz, s. 131-132

³¹⁰ Doğan-Yenisey, s. 55-56

Bir görüşe göre, azatlıların eski efendileri tarafından başkalarına kiraya verilmesi, gelişim sürecindeki ilk adım olabilir. Fakat bu görüşe, söz konusu durumun yaygın olamayacağı ihtimali gözetilerek karşı çıkılmıştır. Bundansa, azatlıların eski efendilerine karşı bir takım işler görmekle yükümlü olması, hizmetin, hizmeti gören kişiden bağımsız olarak düşünülebilmesindeki ilk adım olarak kabul edilebilir. Nitekim azatlılar, azat edilmekle birlikte gerçek anlamda özgürlüklerine kavuşamıyorlar ve her zaman eski efendilerine (*patronus*) bağımlı olarak yaşamak zorunda kalıyorlardı. Bu bağımlılık, azatlının eski efendisi için isteyeceği her türlü işi yapması yükümlülüğünü doğuruyordu. Fakat zaman içerisinde *patronus*'un bu yetkileri ve azatlı üzerindeki egemenlik hakkı kısıtlanmıştır³¹¹.

Köleler önceleri sadece *res* olarak algılanmamışlardır; aynı zamanda sosyal ve dini bakımdan ailenin bir parçası sayılmışlardır ve durumları aile evlatlarından çok da farklı olmamıştır. Bu kapsamda köleler aile ile beraber yaşıyor, özgürlerle aynı faaliyetleri gerçekleştiriyorlardı³¹².

Köleler iş görmeye ilişkin vaatleri *iusiurandum*³¹³ ile üstlenirse bu ilişkinin kişiselliği gereği *patronus*'un bu hizmetleri başkasına devredebilme veya başkalarını bu hizmetlerden yararlandırması olanağı yoktu. Bu kapsamda *iusiurandum*'da olduğu gibi *stipulatio* da benzer bağımlılığı yaratmakla birlikte *patronus*'lar devir olanağı sağladığı için *stipulatio* ile kölelerin kendilerine vaatte bulunmasını daha çok tercih etmeye başlamışlardır³¹⁴.

Azatlıların hukuki durumları açısından değerlendirme yapılacak olursa gerek siyasi haklar gerek özel hukuka ilişkin haklar kapsamında çeşitli sınırlamaların olduğu bilinmektedir. Siyasi sınırlamaların gerekçesini eskiden köle olarak yaşamını sürdürmüş kişilerin, devletin üst kademelerinde görevlendirilmesinin sakıncalı olması oluşturmaktadır. Özel hukuk açısından ise azatlı ile eski efendisi arasında devam eden

³¹¹ **Karadeniz**, s. 198-199; Iustinianus Dönemi'nde azatlılara özel hukuk ve kamu hukuku alanlarında tam ehliyet tanınmış olmakla birlikte, *patronus* ile aralarındaki malvarlığı hukukuna ait ilişkiler değişmemiştir. **Emiroğlu**, Kadının Durumu, s. 51

³¹² **Tahiroğlu, B.:** "Roma Hukukunda Azat Etmenin Tahditleri", İÜHFM (1973), C. 38, Sa. 1-4, s. 521-546, s. 522

³¹³ Bkz. yukarıda **Birinci Bölüm I. B. Sözleşmeler Sistemi** başlığı altında anlatılanlar

³¹⁴ **Karadeniz**, s. 199-200

bağ etkili olmuştur³¹⁵. Bu kapsamda azatlılar kendilerini azat eden efendilerine boyun eğmeli (*obsequium*), saygı (*reverentia*) göstermeli ve itibar (*honor*) etmeliydi. Bu nedenle azatlı eski efendisine şerefsizlik (*infamia*) sonucunu doğuran davaları açamazdı³¹⁶. Tüm bu yükümlülükler Romalılarca hizmet (*opera*) kapsamında ele alınmıştır ve azatlının hizmetinin içeriğini oluşturmuştur.

Sonuç olarak, azatlılar azatlama işlemi ile bir anlamda özgürlüklerine kavuşmuş olmakla birlikte, aslında eski efendilerinin hizmetlisi konumuna yükselmektedirler. Bu durumda eski efendilerine olan bağımlılıkları hayatlarının sonuna kadar sürmektedir. Özgür olmakla beraber hala eski efendilerine bağımlı oluşları, hizmet sözleşmesi ile iş gören özgür işçinin durumuna benzetilmiştir. Hizmet görmeye ilişkin düzenlemelerin çoğunun *Digesta*'da azatlıların gördüğü hizmetler üzerinden ifade edilmiş olması da bu konuyu destekler niteliktedir. Bu açıdan azat edilmiş olmakla birlikte, tam olarak özgürlüklerine kavuşamayan ve ömürleri boyunca arafta kalan ve *patronus*'larına bağımlı olarak hizmet görmeye mahkum olan bu kitlenin durumunun, hizmet gören özgür kişilerle kıyaslanması doğaldır.

VI. LOCATOR VE CONDUCTOR ARASINDAKİ BAĞIMLILIK İLİŞKİSİ

Ortak hukuktan bu yana iş ilişkisi çerçevesinde işveren, gerek işin görülmesinde gerekse işçinin davranışlarına ilişkin olarak işin yönetilmesinden sorumludur ve bu kapsamda işçi işverenin bütün emir ve talimatlarına uymakla yükümlüdür³¹⁷. Kaynaklardan Roma'da bağımlılık ilişkisinin bu boyutunun ve işverenin işçi üzerindeki tasarruf yetkilerinin çok daha kapsamlı olduğu anlaşılmaktadır³¹⁸.

Hizmet sözleşmesini diğer iş görme sözleşmelerinden ayıran iki temel özellik olarak *locator*'un hizmetinin kişiselliği ve *locator*'un *conductor*'a olan kölelik benzeri bağımlılığı gösterilmektedir³¹⁹.

³¹⁵ Altop, s. 106-107

³¹⁶ Altop, s. 107-108; Karadeniz, s. 144

³¹⁷ Karadeniz, s. 139-140; De Robertis, s. 130

³¹⁸ Karadeniz, s. 140

³¹⁹ Guarino, s. 912-913

Bu kapsamda, bağımlılık ilişkisinin boyutunu bir efendinin kölesi üzerindeki egemenlik hakkı boyutunda değerlendiren görüşler olduğu gibi, bu görüşe karşı çıkanlar da vardır.

A. Bağımlılık İlişkisinin *Servus-Dominus* Arasındaki Egemenlik İlişkisiyle Benzerliği

İş alacaklısının efendi olarak algılanması, işçinin de bu durumda bir köle gibi işverenin egemenliği altına girip girmediği şüphesini beraberinde getirmektedir. Dolayısıyla söz konusu efendi-köle ilişkisinin varlığı kabul edilecek olursa, bağımlılık ilişkisinin niteliği de bundan etkilenecek ve adeta bir efendi, kölesi üzerinde ne çeşit tasarruf yetkilerine sahipse, işverenin de işçi üzerinde aynı haklara sahip olduğunun kabulü gerekecektir. Bu husus Romalı hukukçular arasında uzun tartışmalara yol açmıştır.

Bu görüşü savunanların ilk dayanağı iş alacaklısı için kaynaklarda sık sık *dominus* (efendi) kavramının kullanılmasıdır³²⁰.

Ayrıca, bu görüş taraftarlarından bazıları işçinin, işverenin bir anlamıyla egemenliği altına girmesi durumunu, yukarıda bahsi geçen *nexum*'a benzeterek değerlendirmişlerdir ve bu kapsamda ücretli olarak çalışan özgür işçinin (*mercennarius*) köleleştirildiğini savunmuşlardır³²¹. *Nexum*'un oldukça eski bir hukuki kurum olması ve yine çok eski devirlerde ortadan kaldırılmış olması, bu görüşü inandırıcı olmaktan uzaklaştırmaktadır.

Nexum benzerliği aşırı bir görüştür fakat sözleşmenin devam ettiği süre içerisinde işçinin işverene köle ölçüsünde bağımlı bir duruma düştüğünü savunan yazarlar çoğunluğu oluşturmaktadır. Bu yazarların düşünceleri ise yukarıda sözü edilen *locatio conductio* sözleşmesinin tarihsel gelişimine dayanmaktadır³²². Burada da kısaca tekrar etmek gerekirse iş ilişkilerinin başlangıçta bir kira ilişkisi olarak kölelerin kiralanması şeklinde ortaya çıkmış olması ve giderek özgürlerin de hizmetini kiraya verme ihtiyaçları, bunlara ilişkin hukuki düzenlemelerin de yine *locatio conductio* çatısı

³²⁰ Karadeniz, s. 140; De Robertis, s. 130

³²¹ De Robertis, s. 130; Visky, s. 691

³²² Karadeniz, s. 140-141

altında değerlendirilmesi sonucunu doğurmuştur. Böylece sözleşmenin konusu, kölelerde olduğu şekliyle, özgür işçinin kendisi kabul edilmiştir ve kölelerle özgür işçiler arasında benzerlik kurulmuştur.

Kölelerin *perpetuus mercennarius* (ilelebet ücret karşılığı iş gören kişi) olarak tanımlanıyor oluşu, köleler ile özgür işçiler (*mercennarius*) arasındaki bağı göstermektedir. Bu kapsamda ücret karşılığı çalışan özgür kişilerin sözleşme süresince köle olduğu kabul edilmektedir³²³.

Klasik Hukuk Dönemi'nde *dare operas*'ın (iş verme) *servire* (hizmet etmek) ile eş anlamda görülmesi de köle ve işçi arasındaki benzerlikleri gösterir niteliktedir³²⁴.

Ayrıca İmparator *Gordianus*'un hizmeti *servile ministerium* (kölelere ait hizmet) şeklinde değerlendirmesi de yine köleler ile özgür işçiler arasında egemenlik konusundaki benzerliği kuvvetlendirir niteliktedir³²⁵.

Özetlemek gerekirse, bu görüş taraftarlarına göre özgür işçinin, işverenin hizmetine girmesi aslında onun egemenliği altına girmesi anlamına gelmektedir. Böylece iş görme borcu sözleşme kaynaklı bir borç olmaktan öte, işçinin işverenin egemenliği altına girmesinin doğal bir sonucu kabul edilmektedir. Bu durum, hizmetinden faydalanılmak istenen bir köle üzerinde intifa hakkı kurulmasıyla kıyaslanmakta ve iki durumda da aradaki ilişki gereği ortaya çıkan emir ve talimat verme ve disiplin yetkileri egemenlik hakkının yansıması şeklinde yorumlanmaktadır³²⁶.

B. Bağımlılık İlişkisinin Egemenlik İlişkisi Niteliğinde Olmaması

Sözleşmenin tarafları *conductor* ve *locator* terimleri açısından durum değerlendirilecek olursa, hizmet sözleşmesinde işin, işveren yani *conductor* (*conducere*: Bir arada toplamak, yönetmek)³²⁷ tarafından yönetiliyor oluşu, işçinin yani

³²³ Karadeniz, s. 141; De Robertis, s. 131

³²⁴ Karadeniz, s. 142; De Robertis, s. 131

³²⁵ Karadeniz, s. 142; De Robertis, s. 131

³²⁶ Karadeniz, s. 142; De Robertis, s. 131

³²⁷ Karadeniz, s. 124

locator'un işverenine bağımlılığını gösterir niteliktedir. Bundan başka, örneğin eser sözleşmesinde *conductor* işi gerçekleştiren taraf yani yüklenicidir. Başka bir deyişle, yüklenici işini, görece olarak hizmet sözleşmesindeki işçiden daha bağımsız olarak gerçekleştirmektedir. Hizmet sözleşmesinde taraflar arasındaki bağımlılık ilişkisi, taraflara ilişkin bu Latince terimlerden dahi anlaşılmaktadır. Böylece taraflar arasında bağımlılık şüphesiz ki mevcuttur. Fakat bunun egemenlik ilişkisi boyutunda olacağını ileri sürmek aşırı bir görüştür.

Yukarıda ifade edildiği gibi Klasik Hukuk Dönemi'nin ortalarına gelindiğinde sözleşmenin konusu açısından özgürlerin hizmetlerinin, kendilerinden bağımsız olarak değerlendirilmeye başlandığı bilinmektedir. Bu kapsamda bir metin incelenecek olursa:

D. 33.2.3 (Paul.)

Hominis quoque liberi operae legari possunt, sicut locari et in stipulationem deduci.”

Özgür bir kişinin hizmetlerinin kiralanabilmesi veya bir *stipulatio*'ya konu edilebilmesi mümkün olduğu gibi, hizmetleri vasiyete de konu edilebilir.

Bu metinden de anlaşılacağı üzere kişiden bağımsız olarak kişilerin hizmetleri değerlendirilmeye başlanmıştır.

Bundan başka, *Di Marzo* da hizmetin kiraya verilmesinin kişinin özgürlük durumunu etkilemeyeceğini ifade etmektedir³²⁸.

Özgürlerin hizmetlerinin kendilerinden bağımsız olarak değerlendirilmeye başlanmasının efendi-köle arasındaki iş ilişkilerini de etkilemiş olduğuna yukarıda değinilmişti. Böylece zaman içerisinde köle ve hizmeti arasında da bir ayrımın yapıldığı düşünülmektedir ve hizmetinin kendisinden bağımsız olarak ortaya konulduğu yorumlanmaktadır. Nitekim kaynaklarda *locatio conductio servi* yerine *locatio*

³²⁸ **Di Marzo**, s. 398

conductio operarum servi kavramının yerleşmiş olması bu gelişim sürecine ışık tutar niteliktedir³²⁹.

İşçi ile işveren arasındaki bu bağımlılığın egemenlik ilişkisi boyutunda olduğunu kabul etmeyen görüş taraftarlarına göre, sözleşmenin tarafları arasında birçok bakımdan sıkı bir bağımlılık ilişkisi mevcuttu ve bu kapsamda özgür işçiler ile köleler arasında bir benzerlik ister istemez kuruluyordu. Bununla birlikte, bu benzerliğin izlerini sözleşmenin tarihsel sürecinde aramakla beraber, sözleşme ile yapılması vadedilen işlerin niteliğinde, bu işlerin belirli bir ücret karşılığı yapılıyor oluşunda ve hizmetini kiraya vermekten başka çaresi kalmayan işçinin zaten ekonomik ve toplumsal anlamda bir şekilde kölelere benzer yaşayışlarında aramak daha anlamlı gözükmektedir³³⁰.

Bu noktada köleden bile bağımsız olarak hizmetinin değerlendirilmeye başlandığı süreçte, özgür işçi ile işveren arasındaki ilişkinin bir çeşit egemenlik ilişkisi olduğunu kabul etmek, işçi açısından oldukça ağır sonuçlara sebebiyet verir niteliktedir ve aşırı bir görüştür. Ancak zaten ekonomik anlamda zor durumda olan işçilerin, toplumsal yaşamlarının onları kölelere yaklaştırması daha kabul edilebilirdir ve bu nedenle biz de bu görüşe katılıyoruz.

1. *Mercennarius*'un Kölelere Benzer Yaşantısı

Roma toplumunda üst sınıfa mensup olanların işe ve ticarete ilişkin eleştirel bakış açısı bilinmektedir. Çoğu zaman edebi metinlerden anlaşılabilen bu bakış açısı, orta sınıf açısından geçerli olmamıştır. Romalılardan günümüze kalan duvar süslemelerinden veya heykellerden bile bu durum anlaşılmaktadır. Kaldı ki Romalılar girişimci bir ruha sahiplerdi. Bu noktada çeşitli işletmeleri vardı ve gerek köleleri gerekse özgürleri bu işletmelerinde çalıştırmak üzere kiralyorlardı. Fakat işe ilişkin üst sınıfın küçümseyici bakış açısının, orta sınıf için geçerli olmayışı ve bu kişilerin hizmetlerini kiralamasından utanmıyor oluşları, hizmet sözleşmesi kapsamındaki hukuki statüleri hakkında yeterli bilgi sağlamamaktadır. Yine de kendi işletmeleri kapsamında çalışanlar bir kenara bırakılacak olursa, köleler kadar olmasa da, özgürlerin

³²⁹ Bu durumda sözleşmenin konusunun kölenin hizmeti olduğu anlaşılmamalı, sadece sözleşmenin amacının belirtilmek üzere böyle bir ayrıma gidildiği düşünülmelidir. **Karadeniz**, s. 137. Yine de köleden bile bağımsız olarak hizmetinin değerlendirilmeye başlaması önemli bir gelişimdir.

³³⁰ **Karadeniz**, s. 144

de bu piyasaya katıldıklarına inanılmaktadır. Özellikle tarıma ilişkin işlerde yoğun sezonlarda kölelerin yanında özgür işçinin (*mercennarius*) emeğinin kiralandığı bilinmektedir. İnşaat işlerinde ve madenlerdeki işlerde de durum aynıdır. Buna rağmen, işçilerin işveren karşısındaki statüleri hakkındaki tipik görüşe göre, özgür işçinin iş görmesi küçük düşürücü ve bayağı kabul edilmektedir. Bu nedenle *mercennarius*'un statüsü kölelerle eş değer algılanmıştır³³¹.

Mercennarius'ların toplum içerisindeki durumu tasvir edilecek olursa bu kişiler zaten toplumun tüm değer yargılarına ve ücret karşılığı iş görmenin küçümsenmesine rağmen emeklerini bir şekilde kiraya vermek zorunda kalan kişilerdir. Ayrıca yukarıda da ifade edildiği üzere, aileye ait faaliyetlerde onlara yardım eden kölelerin yanında, özgürler de *familia*'nın bir parçası kabul ediliyorlardı. Bu durumun da özgür işçileri kölelere yaklaştırdığı kabul edilmelidir.

Ek olarak, bu işçilerin iş gördükleri süre içerisinde *pater familias* yönetiminde hizmet görmeleri, *pater familias*'tan ücretin yanında yiyecek almaları ve iş gördükleri süre boyunca aile ile beraber yaşamaları³³² toplumsal anlamda onları kölelere yaklaştırmaktadır. Böylece işverenlerinin ailesinden sayılmaları, toplumsal ve ekonomik anlamda onları aile babası işverenlerine bağımlı kılmaktadır³³³. Bu durum aslında *familia*'nın ve *potestas*'ın münhasır yapısının bir sonucudur³³⁴.

Mercennarius'ların aile ile beraber yaşamlarına ilişkin bir metin incelenecek olursa:

³³¹ **Crook**, s. 193-195

³³² Martini'ye göre *mercennarius domus* (ev)'ta otursa bile *familia*'nın parçası değildir. **Martini**, s. 69-70. *Domus* kavramı *familia* kavramı gibi geniş bir kapsama sahiptir. Fiziksel anlamda ev kavramına karşılık geldiği gibi aile bireyleri yanında kölelerden oluşan ev halkı, *agnatio* ve *cognatio* hısımlığını kapsayan geniş akrabalık ilişkisini ve ailenin malvarlığı gibi farklı anlamlara da gelmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Saller, R. P.**: *Patriarchy, Property and Death in the Roman Family*, Cambridge 2004, s. 80. Ayrıca *domus* olağan bir ev kavramının ötesinde ailenin, atalarının ve evi himaye eden ilahlarının ikametgahı, sevgi ve ümitlerin mabedidir. **Paribeni**, s. 375

³³³ **Karadeniz**, s. 145-147

³³⁴ **De Robertis**, s. 131-132

D. 7.8.4 (Ulp.)

“*Sed et cum his, quos loco servorum in operis habet, habitat, licet liberi sint vel servi alieni.*”

“Evi kullanmaya hakkı olan kişi kendi işinde köle gibi çalıştırdığı kişilerle -hatta özgür kişiler veya başka birinin köleleri ile- aynı evde yaşayabilir.”³³⁵

Bundan başka, durumun sadece aile ekonomisi kapsamında değerlendirilmesi yetersiz görülmekte ve eleştirilmektedir. Nitekim küçük aile işletmeleri temeline dayanan ve tarımla uğraşan aile içinde iş ilişkilerinin çözüme kavuşturulduğu bir yapıda veya basit ev (*domus*) işlerinin görülmesinde bu durum kabul edilebilir. Fakat imparatorluğun en gelişmiş olduğu zamanlar açısından, başka bir deyişle iş ilişkilerinin kompleks bir yapı halini almasıyla ve endüstrinin sonucu olarak madencilik, taşımacılık, denizcilik ve inşaat gibi faaliyetlerin gündeme geldiği aşamada aile merkezli olarak konunun değerlendirilmesi yeterli bulunmamaktadır³³⁶.

2. Görülen İşlerin Nitelikleri: *Operae Liberales* - *Operae Illiberales* Ayrımı

Roma’da *locatio conductio operarum*’un diğer sözleşmeler kadar gelişim gösterememesinin nedeni olarak Romalıların işlere ilişkin yaptıkları sınıflandırmaya yukarıda kısaca işaret edilmişti. Bu kapsamda kol gücüne dayanan faaliyetler, ki tarım faaliyeti bunun dışında tutulmuştur³³⁷, *operae illiberales*; düşünsel çalışmayı gerektiren faaliyetleri ise *operae liberales* olarak sınıflandırmışlardır³³⁸. Romalıların değer

³³⁵ Ceylan-Güneş, Hizmet Akdi, s. 66; Ayrıca bkz. Martini, s. 70

³³⁶ Martini, s. 47

³³⁷ Köle iş gücünün toplumun her alanında hissedilmesinden önce, özellikle Roma’nın tarıma dayanan bir *civitas* olduğu dönemlerde, vatandaşlar tarlalarında kendileri çalışmakta, kölelerini de ailenin bir parçası olarak kabul etmekteydiler. Bu kapsamda tarım faaliyeti ve çiftçinin çalışması toplumda takdir görmekteydi. Edebi metinlerden anlaşıldığı kadarıyla tarıma verilen bu değer Cumhuriyet Dönemi’nin sonuna kadar sürmüştür. Buna rağmen diğer bedensel faaliyetler toplumda her zaman küçümsenmekteydi. Visky, s. 690; Zimmermann, s. 389

³³⁸ Sınıflandırma hukuki bir sınıflandırma değildir. Bunun yerine toplumun değer yargıları sonucunda ortaya çıkmış bir sınıflandırmadır. Ayrıca hangi işlerin *liberales* hangilerinin *illiberales* kapsamında değerlendirildiği ve bu kapsamdaki kriterler konusunda da tartışmalar vardır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Karadeniz, s. 64-67

yargılarına bağılı olarak şekillenmiş olan bu işlerden³³⁹ *operae illiberales* toplumda değersiz kabul edilen işlerdi ve özgürlerin bu nitelikte bir iş yapabilmesi düşünülemezdi. Bu nedenle bu işler kölelere ait işler olarak kabul görmekteydi³⁴⁰. *Operae liberales*³⁴¹ ise düşünsel faaliyetleri kapsamaktaydı ve toplumun ileri gelenleri tarafından herhangi bir ücret talep edilmeksizin yapılan işlerdi. Bu sebeple bu işler, Roma hukuku kuralları gereği ücretsiz olarak yapılan vekalet sözleşmesine konu olabiliirdi³⁴².

Önemle belirtmek gerekir ki işlerden bazılarının değerli bulunması bazılarının ise değersiz görülmesi Romalıların değer yargılarına dayanmakla birlikte, kavramları *operae liberales-operae illiberales* şeklinde adlandıranlar Romalılar değildir. Nitekim *operae liberales* terimini ilk olarak 18. yüzyılda *Berger* kullanmıştır. Ayrıca işe ilişkin bu değer yargılarının esasen Romalılar tarafından mı yoksa Yunanlar tarafından mı geliştirildiği hususu da tartışmalıdır³⁴³.

Hizmet görmek, toplumda küçümsenmenin de ötesinde, Roma ceza hukukuna göre ayrıca bazı suçları işleyenlere ceza olarak öngörülmüştür. Şöyle ki bazı suçların işlenmesi durumunda -ki bu suçların başında askeri disipline aykırı hareket etmek, malvarlığının *ensor*'lara beyan edilmesinde ihmal niteliğinde davranışlar sergilemek, zorunlu olduğu tespit edildiği halde orduya hizmet etmekten kaçınmak veya savaş zamanında ordudan kaçmak gibi suçlar gelmektedir- Roma vatandaşları köle gibi

³³⁹ Toplumun değer yargılarıyla ilgili bir ayrım olduğu için genellikle hukuk dışı kaynaklardan sınıflandırma hakkında bilgi alınabilmektedir. Bu kapsamda temel alınan metinlerden en önemlisi *Cicero*'ya aittir. *Cicero* vergi toplayıcıları, tefeciler, balık satıcıları, kasaplar, aşçılar, tavukçular, balıkçılar, parfümcüler, dansçılar ve bütün gösteri sanatçıların faaliyetlerini *illiberales* kapsamında değerlendirmektedir. Tıp, mimari ve doğru ilkelerin öğretimini ayrıca tarımsal faaliyetler ve ticari faaliyetlerden yalnızca faydalı olanlarını *liberales* kapsamında değerlendirmektedir. **Cicero (Çev.: Çevik, C. C.):** Yükümlülükler Üzerine, İstanbul 2016, s. 64-65. *Cicero*'nun bu ayrımı sosyo-ekonomik temellere dayanan ve toplumdaki sınıfları gözetenek yapılmış bir ayrımdır. **Karadeniz**, s. 68

³⁴⁰ **Crook**, s. 194

³⁴¹ Genellikle kabul edildiği şekliyle *grammatica* (dilbilgisi), *rhetorica* (söz söyleme sanatı), *geometria* (geometri), *philosophia* (felsefe) ve özel hukuk öğretimi *liberales* kapsamında değerlendirilmektedir. Avukatlık ve hekimliğin *liberales* kapsamında değerlendirilmesi tartışmalıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Karadeniz**, s. 66 vd. . Ayrıca bkz. **Söğütü-Erişgin**, *Contractus*, s. 147; **Sayın-Korkmaz**, s. 35; **Guarino**, s. 910-911; **Zimmermann**, s. 390

³⁴² **Kaser**, s. 223

³⁴³ **Karadeniz**, s. 64-67

satılabilirlerdi ve Roma vatandaşlığını kaybederlerdi. İmparatorluk Dönemi'nde ise bu türden suçları işleyenler çok ağır işleri görmekle cezalandırılmışlardır. Bu kapsamda hayatı boyunca madenlerde tuz, kükürt, kireç ve taş ocaklarında çalışmaya mahkum edilmek (*in opus metalli*) hizmet cezası olarak adlandırılmaktadır. Bu ocaklarda çalışmaya mahkum edilenlerin her zaman yer altında yaşamaları ve gün ışığı görmemeleri öngörülmüştür³⁴⁴.

Sonuç olarak, hizmet görmenin toplum tarafından takdir edilmemesi toplumsal anlamda bu işleri gören özgür vatandaşları kölelere yaklaştırmıştır.

3. *Merces* - *Honararium* Ayrımı

Köleler ile özgür işçilerin toplumsal anlamda eş değer görülmelerinin bir diğer sebebi, özgürlerin ücret karşılığı hizmet görmüş olmasıdır. İşçi ücret karşılığı çalışmayla işverenine bağımlı duruma geldiği için küçümseyiyordu³⁴⁵.

Bu noktadan hareketle, işlerin fiziksel faaliyeti gerektirmesi veya düşünsel yönünün olmasından ziyade Romalılar için önemli olan, söz konusu faaliyetin bir ücret karşılığında yapılıyor oluşudur. Bir kimsenin karşılıksız olarak ve kendi isteğiyle yaptığı işler değil, başkasına bağımlı olarak yaptığı işler esasen küçümsemektedir ve bu yüzden başkası otoritesinde çalışan kişilerin kendilerini sattıkları inancı Roma'da her zaman hakim olmuştur³⁴⁶.

Öyle ki bu kapsamda örneğin *Ulpianus* 'un çağında özgür bir kişiden, başkası için iş görmesinin talep edilmesinin *iniuria* kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususunda şüpheler oluşmuştur³⁴⁷.

Ayrıca *Paulus*'un *locatio conductio*'yu ücret karşılığı çalışan kişinin özgürlük durumunu değiştirebilecek nitelikte etkili bir unsur olarak değerlendirdiği anlaşılmaktadır³⁴⁸. Bununla birlikte *De Robertis*, bu görüşün, bundan da eskiye dayanan

³⁴⁴ **Türkoğlu, H. G.:** Roma Hukukunda Suç ve Ceza, Ankara 2017, s. 106-107

³⁴⁵ **Karadeniz,** s. 145

³⁴⁶ **Zimmermann,** s. 389

³⁴⁷ **De Robertis,** s. 136

³⁴⁸ Bkz. Sent. I. 18. 1. **De Robertis,** s. 134

bir görüş olan ve *locatio conductio* ile iş gören özgür kişinin bir çeşit *capitis deminutio*³⁴⁹ (kişilik azalması) durumuyla karşılaşması görüşünün bir yansıması olabileceğini ifade etmektedir³⁵⁰.

Önemle belirtmek gerekir ki ücret karşılığı çalışan özgür kimse köle gibi algılanmanın da ötesinde, aslında kölelerden daha kötü bir statü içerisindeydi. Nitekim köle kendisi dışında gelişen sebeplere bağlı olarak çalışmak zorundayken, özgürler bu durumu kendi iradesiyle seçmekteydi. Aynı zamanda efendinin azatlı kölesini koruma yükümlülüğü devam ederken, özgür işçinin işvereni tarafından korunması için herhangi bir sebep de yoktu. Ayrıca parasız veya az gelirli bu kimselerin bedensel çalışmalarının yanında fikri çalışmaları da kölelerle eş değer kabul ediliyordu³⁵¹. Bahsi geçen durumların tamamı, özgür olduğu halde emeğini kiraya vermek zorunda olan işçileri toplumsal anlamda kölelere yaklaştırmıştır ve iş ilişkisinin sınırlarını da etkilemiştir.

Operae liberales kapsamına giren yüksek hizmetleri gören kişiler ise kural olarak bir ücret almamakla beraber, vekalet sözleşmesi kapsamına giren bu türdeki işlerden bir karşılık almak istedikleri zaman, bunu hediye olarak kabul etmekteydiler. Hediye olarak verilen *honorarium* (şeref ücreti)'un ise dava ile takip edilebilmesi olanaksızdı. Bu kapsamda *honorarium* harcanan zamanın veya üstlenilen sorumluluğun bir karşılığı olarak değil, bir ödül olarak öngörülmüştür. Ayrıca bu ücret vekalet sözleşmesinin bir unsuru olarak da kabul görmemiş aksine sözleşmenin bir unsuru olarak görülmesi

³⁴⁹ *Capitis deminutio* kavramı ile bir kimsenin hak ehliyetinde meydana gelen olumsuz değişiklikler ifade edilmektedir. Bu kapsamda bir kişinin özgürlük durumunda (*status libertatis*) değişiklikler olabilir, başka bir deyişle özgür bir kişi köle durumuna gelebilir veya kişinin vatandaşlık durumunda (*status civitatis*) değişiklik olabilir, örneğin vatandaşken vatandaşlıktan çıkarılıp yabancı olabilir veya kişinin aile durumu değişebilir, yani baba egemenliği altında olmayan bir kişi, sonradan baba egemenliğine tabi olabilir. Roma hukukuna göre kişilerin hukuki durumları hakkındaki bu üç durumdaki değişiklikler *capitis deminutio* (kişiliğin azalması) olarak adlandırılmıştır. İlk durumda kişilik daha fazla kısıtlanmış olduğu için ilk duruma *capitis deminutio maxima*; ikinci duruma *capitis deminutio media*; hak ehliyetin en az kısıtlandığı durum aile durumunda gerçekleştiği için de son duruma *capitis deminutio minima* adı verilmiştir. **Karadeniz-Çelebican**, Roma Hukuku, s. 130; **Schwarz** s. 229; **Sevig**, s. 63

³⁵⁰ **De Robertis**, s. 134. *De Robertis* ayrıca *Paulus*'a ait metindeki *status* ifadesinin iki farklı anlama gelebileceğini ileri sürmüştür: Bunlardan biri hukukî durum ve ehliyet diğeri özgürlük durumudur. Bu kapsamda kişilerin hukukî ehliyetleri ve toplumsal durumları üzerinde belirli zümrelerden gelmelerinin yanında toplum tarafından hoş karşılanmayan faaliyetlerde bulunmalarının da etkili olduğunu savunmaktadır. **Karadeniz**, s. 147-148

³⁵¹ **Visky**, s. 691

durumunda sözleşmenin vekalet sözleşmesi niteliğinden çıkacağı belirtilmiştir. Bu noktada *Ulpianus* “Şeref ücreti eğer hizmet için bir ücrete dönüşürse sözleşmenin niteliğinin farklı olacağını belirtmiştir”³⁵². Tüm bu açıklanan sebeplerle şeref ücretinin *cognitio extra ordinem* olarak adlandırılan Sistem Dışı Yargılama ile ödenmesi öngörülmüştür³⁵³.

C. Bağımlılık İlişkisinin Hukuk Alanına Yansıması

Mercennarius’ların toplumsal ve ekonomik anlamda yaşam standartlarının işvereni ile arasında fiili ve kişisel bir bağımlılık yarattığı açıktır. Bu fiili bağımlılığın ortaya çıkmasında toplumun değer yargıları ile beraber Roma hukukunun günümüze yabancı olan *familia*, *pater familias* ve *potestas* gibi kavramlarının kendine özgü yapılarının da etkili olduğu söylenebilir.

Bununla beraber, kaynaklarda fiili bağımlılığın hukuk alanına da yansıdığı anlaşılmaktadır. Bu kapsamda aile babasının iş ilişkisinin sınırlarının da ötesinde işçi üzerinde emir ve disiplin yetkilerine sahip olduğu anlaşılmaktadır.

Nitekim kaynaklardan anlaşıldığı kadarıyla bir aile babasından bir şey çalan özgür işçinin aleyhine *actio furti*³⁵⁴ açmasına gerek olmadığı vurgulanmıştır³⁵⁵.

D. 48.19.11.1 (Marcian.)

*“Furta domestica si viliora sunt, publice vindicanda non sunt,
nec admittenda est huiusmodi accusatio, cum servus a domino*

³⁵² Sayın-Korkmaz, s. 55-57

³⁵³ Guarino, s. 910-911; Biondi, s. 379; Mousourakis, Fundamentals, s. 232; Koschaker, s. 240; Tahiroğlu, Borçlar, s. 237-238; Buckland/McNair, s. 299; Kaser, s. 223

³⁵⁴ Günümüzdeki hırsızlık kavramından daha geniş bir anlama sahip olan ve Roma hukukunun en eski haksız fiillerinden/suçlarından olan *furtum* (hırsızlık) suçu başkasına ait bir taşınırın, malikinin veya zilyedinin iradesine aykırı bir şekilde kasten bir yarar sağlamak amacıyla, kural olarak bulunduğu yerden gizlice götürülmesi şeklinde tanımlanabilir. Bundan başka, *furtum* malvarlığına ilişkin başka suçları da örneğin çağdaş ceza hukukundaki zimmet, güveni kötüye kullanma, dolandırıcılık ve başkasının malından kötüniyetle yararlanma gibi suçları da kapsamaktaydı. Bu suçun işlenmesi durumunda faile bir ceza davası olarak *actio furti* tanınırdı. Bu dava başlangıçta sadece malın maliki tarafından açılırken, sonraki dönemlerde malın çalınmamasından menfaati olan herkesin davayı açabileceği öngörülmüştür. Gürten, K.: Roma Hukuku’nda Crimen Kavramı, Ankara 2016, s. 51-53

³⁵⁵ De Robertis, s. 132; Karadeniz, s. 148; Crook, s. 196

vel libertus a patrono, in cuius domo moratur, vel mercennarius ab eo, cui operas suas locaverat, offeratur quaestioni: nam domestica furta vocantur, quae servi dominis vel liberti patronis vel mercennarii apud quos degunt subripiunt.”

Kölenin efendisine, azatlıının eski efendisine veya işverenin evinde yaşayan işçinin işverenine karşı işlediği hırsızlık suçu, ev içi hırsızlık kapsamındadır. Ev içi hırsızlıklar, önemsiz boyutta olmaları koşuluyla, dava konusunu teşkil etmezler ve bahsi geçen bu kimselere yönelik ithamlar dinlenmez.

Metinden de anlaşıldığı şekliyle *mercennarius*’un durumu, köle ve azatlılar ile beraber değerlendirilmiştir ve aile babasının bu durumda kölesi veya azatlısı üzerinde ne gibi yetkileri varsa, yanında çalışan özgür işçisi açısından da aynı yetkiye sahip olduğu vurgulanmıştır. Bu durumda işçi ve işveren arasında iş ilişkisi sınırlarının da ötesinde bir emir ve disiplin yetkisi olduğu açıktır.

Bu durumda aile babasının *mercennarius* üzerindeki yetkileri, *mercennarius*’un işlediği haksız fiilleri aile babasının doğrudan doğruya kendisinin cezalandırabileceği yönünde oldukça geniştir³⁵⁶.

Ayrıca bazı durumlarda istisnai de olsa işçinin işverenini, kölelere benzer şekilde temsil edebildiği düşünülmektedir³⁵⁷.

Bu kapsamda örneğin işçinin işverenine yapılan bildirimi kabul edebildiği anlaşılmaktadır³⁵⁸.

D. 39.1.5.3 (Ulp.)

“Nuntiari autem non utique domino oportet: sufficit enim in re praesenti nuntiari ei, qui in re praesenti fuerit, usque adeo, ut etiam fabris vel opificibus, qui eo loci operantur, opus novum nuntiari possit. et generaliter ei nuntiari opus novum potest, qui

³⁵⁶ Karadeniz, s. 148

³⁵⁷ De Robertis, s. 132; Karadeniz, s. 148-149

³⁵⁸ De Robertis, s. 132-133

in re praesenti fuit domini operisve nomine, neque refert, quis sit iste vel cuius condicionis qui in re praesenti fuit: nam et si servo nuntietur vel mulieri vel puero vel puellae, tenet nuntiatio: sufficit enim in re praesenti operis novi nuntiationem factam sic, ut domino possit renuntiari.”

Bildirimin mutlaka muhatabına yapılması şart değildir. Nitekim bildirimin yapılacağı yerde bulunanlara da bildirim yapılabilir, hatta orada iş görmekte olan işçilere ve zanaatkârlara dahi bildirim yapılabilir. Genel bir kural olarak söylenebilir ki statüleri önem arz etmeksizin, bildirimin yapılacağı yerde işveren adına bulunanlara veya işin görülmesi amacıyla orada bulunan herhangi bir çalışana bildirim yapılabilir. Nitekim köleye, kadınlara veya çocuklara yapılan bildirim dahi geçerlidir.

Özetle denilebilir ki *mercennarius*’ların iş gördükleri süre içerisinde işverenlerine bağımlı olmalarının bir sonucu olarak, bunların işverenleriyle iş ilişkisinin sınırlarının da ötesinde, farklı bir hukuki durum ortaya çıkmıştır. Bu durum ise aslında *mercennarius*’ların iş gören diğer işçi kölelerle veya azatlılar ile aynı kefeye konulduklarını göstermektedir. Toplumsal değer yargılarının bir sonucu olarak özgür işçiler ile kölelerin eş değer algılanmasının, hukuk alanına ne şekilde yansıdığı yukarıda bahsi geçen metinlerden anlaşılmaktadır.

SONUÇ

Romalılar modern hukukta üç farklı sözleşme olarak değerlendirilen kira, hizmet ve eser sözleşmelerini tek bir kavram olarak *locatio conductio* kavramı altında bir arada değerlendirmişlerdir.

Locatio bir şeyi bir yere koymak, bırakmak anlamına gelen *locare* fiilinden türemiş olup, *conductio* beraberinde alıp götürmek, yönetmek anlamına gelen *conducere*'den gelmektedir. Bu anlamıyla *locatio conductio* bir tarafın bir şeyi karşı tarafın kullanımına bıraktığı, bir anlamda kira ilişkisidir. Böylece günümüzde üç farklı sözleşme olan kira, hizmet ve eser sözleşmeleri, Roma hukuku sisteminde bir kira ilişkisi çatısı altında ele alınmıştır.

Bu kapsamda *locatio conductio rei* ile ifade edilen günümüzdeki kira sözleşmesidir; *locatio conductio operarum* ile ifade edilen hizmet sözleşmesidir; son olarak *locatio conductio operis* ise eser sözleşmesine karşılık gelmektedir. Fakat bu sınıflandırma Romalılara ait değildir.

Romalı hukukçular üç sözleşmenin konusunun farklılık göstermesi nedeniyle bu sözleşmelere aynı hukuk kurallarının uygulanmasının mümkün olamayacağını bilincindelerdi. Böylece sözleşmeler arasındaki farklılıkları, her bir sözleşmeyi ayrıca isimlendirmek yerine, usule ilişkin kurallarla belirlemişlerdir. Nitekim üçlemenin *Pandekt* hukukçularına ait olduğu ve bu hukukçular tarafından üç sözleşmenin farklı şekilde sistematikleştirildiği bugün için genellikle kabul edilmektedir.

Locatio conductio'nun Roma hukukunun en eski dönemlerindeki özellikleri hakkında kaynaklardan yeterli bilgi sağlanamamıştır. *Locatio conductio*'nun gelişimine ilişkin tartışmalardan anlaşıldığı üzere, sözleşmenin kökenine ilişkin birbirinden farklı görüşler mevcuttur. Konunun, Roma'nın tarihinin çok eski dönemlerine kadar uzaması, aydınlatılması önündeki en büyük engeldir.

Roma hukukunda hizmet sözleşmesi (*locatio conductio operarum*) “bir kimsenin (*locator operarum, operarius, opera, mercennarius*), bir bedel (*merces*) karşılığında, belli bir süre için (*per tempora*), bir başka kimseye (*conductor operarum, dominus*) hizmetlerini (*operae*) arz ettiği bir sözleşme” şeklinde tanımlanmaktadır. Bu sözleşme ne sözlü ne de yazılı herhangi bir şarta tabi olmadığı için ve tarafların karşılıklı ve

birbirine uygun irade beyanları yeterli olduğu için rızai bir sözleşmedir; rızai sözleşmelerde tarafların sorumluluğuna ilişkin esası *bona fides* (iyiniyet) oluşturduğu için bir iyiniyet sözleşmesidir; işveren her zaman *merces* (ücret) ödemekle yükümlüyken, karşılığında işçi hizmet görmekle yükümlü olduğu için başka bir deyişle, her iki taraf da her zaman borç altına girdiği için sözleşme tam iki taraflıdır.

Romalılar hizmet kavramının karşılığı olarak *opera* (çoğulu *operae*) kavramını kullanmışlardır ve en geniş tanımıyla *Paulus*'a göre *opera*: “ifası gereken zamandan önce varlığı olmayan bir faaliyetten ibarettir”. Bu tanıma göre *opera*'nın üç unsuru olarak faaliyet, zaman ve ifa yükümlülüğünü tespit etmek mümkündür.

Sözleşmenin tarafları irdelenecek olursa *locatio conductio*'nun kendine özgü yapısı gereği modern anlamda işçi ve işveren kavramlarının mevcut olmadığı anlaşılmaktadır. Bunun yerine üç farklı *locatio conductio*'da da karşımıza çıkan taraflar *locator* ve *conductor*'dur. Hizmet sözleşmesi kapsamında çalışma taahhüdünde bulunan taraf yani işçi *locator*, ücreti ödeyecek olan taraf işveren, *conductor*'dur. Bundan başka, işçi kavramına en yakın kavram olarak Roma hukukunda karşımıza *mercennarius* kavramı çıkmaktadır ve hizmet sözleşmesi kapsamında emeğini kiraya veren özgür işçiler için bu kavramın kullanıldığı anlaşılmaktadır.

Bundan başka, Roma'da iş gücünün önemli bir kısmını köleler oluşturmaktaydı. Bu durumun ise *locatio conductio operarum*'un Roma hukukundaki gelişimini engellediği savunulabilir nitekim Roma'da iş ilişkilerinin ortaya çıkışı ilk defa *locatio conductio rei* (kira sözleşmesi) üzerinden olmuştur. Roma'nın özellikle ilk dönemlerinde ekonomik yapısı aile temelli olduğu için işe ilişkin hukuki meseleler hukuk alanına yansımadan, aile babası egemenliğinin bir sonucu olarak kapalı aile yapısı içerisinde çözüme kavuşturulmaktaydı. İş gücüne gereksinimin aile içerisinde halledilemediği dönemlerde ise bir aile babasının başka bir aile babasına ait köleyi kiralamasıyla iş ilişkileri ilk defa kira sözleşmesi üzerinden ortaya çıkmış oluyordu. Kölenin hukuki statüsü gereği buradaki sözleşme kira sözleşmesi niteliğindeydi fakat sözleşmenin amacı bir işin görülmesiydi. Bu kapsamda, kira sözleşmesi çatısı altında kölenin emeği semere olarak kabul edilmekte, sözleşmenin konusunu da kölenin kendisi oluşturmaktaydı. Çalışmaya ve işe ilişkin Romalıların değer yargıları sonucunda bayağı görülen işlerin kölelerce yapılması gerekliliği, nitelikli işlerin ise

vekalet sözleşmesinin konusunu oluşturmaları, Roma hukukunda hizmet sözleşmesinin gelişimini ayrıca engellemekteydi.

Buna rağmen, Roma'nın siyasi ve sosyo-ekonomik dönüşümlerinin bir sonucu olarak, özgür vatandaşlar da zaman içerisinde bayağı görülen ve küçümşenen işler hakkındaki olumsuz değer yargılarına rağmen, emeklerini kiraya vermek zorunda kalmışlardır. Bu durum ise hizmet sözleşmesine ilişkin kuralların geliştirilmesini zorunlu kılmıştır.

Bu kapsamda sözleşmenin işçi tarafı olan *locator*, *conductor*'un işin görülmesine ilişkin tüm emir ve talimatlarına uygun olarak iş görmek zorundayken; *conductor* olan işveren, işçiye hak ettiği ücreti ödemek zorundadır. Bundan başka, modern hukukta karşılığını bulan işçinin özen ve sadakat borcu, düzenlemelere ve talimatlara uyma borcu gibi borçların da karşılığını Roma'da görebilmekteyiz. Bunun karşılığı olarak ayrıca işverenin iş araç ve malzemelerini sağlama borcu ile işçiyi gözetme borcu da Roma hukukunda belirli bir sistematik dahilinde tespit edilmemiş olsa da, iş ilişkilerine yönelik incelemeler yapıldığında konuya ilişkin saptamaların Romalılarca da yapıldığı anlaşılmaktadır.

Tarafların sorumlulukları açısından bir değerlendirme yapılacak olursa sorumluluk ölçütünün, her iki tarafın da sözleşmeden menfaatinin olması sebebiyle, Klasik Hukuk Dönemi ve Iustinianus Dönemi açısından *culpa* (ihmal) ve *dolus* (kast) olduğu düşünülmektedir. Ayrıca Klasik Hukuk Dönemi'nde borçlunun *custodia*'dan sorumlu tutulup tutulmadığı hususu tartışmalı olmakla beraber, genel kabul gören görüşe göre, taraflardan işçinin sorumluluğunun *custodia* olduğu şeklindedir.

Taraflardan *locator*'un işini sözleşme gereğince ifa etmemesi durumunda *conductor*, *locator*'a karşı *actio conducti* davası açarak hizmetin yerine getirilmesini talep edebilirdi. *Locator* ise *conductor*'dan ücretini *actio locati* ile isteyebilirdi.

Sözleşmenin sona ermesiyle ilgili olarak ise şu değerlendirmeler yapılabilir: Her şeyden önce tarafların anlaşması ile sözleşme son bulabilirdi. Bundan başka, belirli süreli sözleşmeler sürenin dolması ile doğal yolla son bulurken, belirsiz sürelielerde tarafların sözleşmeyi dilediği zaman sona erdirebildiği savunulmuştur. Son olarak, sözleşmeden doğan ilişkinin kişisel bir nitelik taşıması durumunda *locator*'un ölmesiyle sözleşmenin sona ereceği ifade edilmiştir.

Diğer iş görme sözleşmeleri ile hizmet sözleşmesi arasında bir karşılaştırma yapılacak olursa, öncelikle eser sözleşmesi açısından iki sözleşmede de bir ücret karşılığında iş görülmesi hedeflendiği için, gerek Roma hukuku açısından gerekse modern hukuk açısından bu sözleşmeler birbiriyle sıkça karşılaştırılan sözleşmelerdir. Sözleşmeler arasında özellikle bağımlılık unsuru açısından önemli bir fark vardır. Nitekim hizmet sözleşmesi ile işçi işverenine bağımlı iken, eser sözleşmesinde taraflar arasında böyle bir bağımlılık mevcut değildir. Ayrıca, hizmet sözleşmesinde zaman unsuru önemli bir rol oynamakta iken, eser sözleşmesi açısından benzer bir tespit yapılamamaktadır. Yine önemli bir farklılık olarak eser sözleşmesinde bir sonucun üstlenilmesi söz konusu iken, benzer durum hizmet sözleşmesinde karşımıza çıkmamakta, işçi sadece belirli bir zaman diliminde bir işin görülmesini üstlenmektedir.

Vekalet sözleşmesi ile bir karşılaştırma yapılacak olursa en büyük ayrım vekalet sözleşmesinin ücretsiz olması dolayısıyla eksik iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olmasına dayanmaktadır. Hizmet sözleşmesinin ise ücretli oluşu onu tam iki taraflı bir sözleşme yapmaktadır. Sözleşmeler kapsamında görülen işler de değişmektedir. Nitekim vekalet sözleşmesi ile yüksek hizmetler ifa edilirken, bayağı bulunan işler ve bedensel faaliyeti gerektiren işler hizmet sözleşmesinin konusunu teşkil etmektedir.

Tezin ikinci bölümünde üzerinde durulan bağımlılık ilişkisiyle ilgili olarak özetle şunları söylemek mümkündür: Her şeyden önce, Roma hukukuna göre hizmet sözleşmesi kapsamındaki bağımlılık ilişkisi modern hukuktaki gibi değerlendirilmemektedir. Nitekim Romalılar hizmet sözleşmesinin vazgeçilemez bir unsuru olarak bağımlılık unsurunu tespit etmemişlerdir. Fakat sözleşmenin tarafları *locator* ve *conductor* arasındaki sıkı bağımlılık ilişkisinden haberdarlardı ve hatta bu nedenle hizmet sözleşmesi kapsamında bir işin görülmesini küçümsüyorlardı. Böylece özgür bir Romalının bu sözleşme ile bir anlamda köle gibi işverenin himayesi altına girmesini hoş bulmuyorlardı.

Ayrıca Romalılar, tarıma ilişkin işlerin dışındaki her türlü kol gücüne dayanan ve bedensel faaliyeti gerektiren işlerin özgürler tarafından ifa edilmesine sıcak bakmıyorlar ve küçümsüyorlardı. Ücret karşılığında bir Romalı vatandaşın çalışması, toplumun değer yargılarıyla uyuşmuyordu ve çalışma çoğu zaman bir ceza olarak algılanıyordu. Emegini kiralamaktan başka çaresi kalmayan özgürlerin iş gücü piyasasına girmeleri, Romalıların bu değer yargılarını değiştirmemiştir. Bu durumda

başlangıçta bir efendinin, başka bir efendinin kölesini kiralaması şeklinde ortaya çıkan iş ilişkilerine yönelik hukuk kuralları, özgürlerin kendi emeklerini kiraya vermeleri durumuna da uygulanmıştır. Başka bir deyişle, eski hukuk kuralları veya alışkanlıklar gelişen yeni durumlara da uygulanır olmuştur. Böylece bu özgür işçilerin durumları hep kölelerle karşılaştırılmış, toplum içindeki saygınlıkları kölelerle eşdeğer kabul edilmiştir. Bu durum özgür işçinin işverenin egemenliği altında algılanmasına yol açmış ve işçi ile işveren arasındaki bağımlılık ilişkisinin köle-efendi ilişkisi boyutunda değerlendirilmesi sonucunu doğurmuştur.

Roma'da iş ilişkilerini üç farklı dönemde ele alabilmek mümkündür. Söz konusu dönemler arasındaki farklılıklar iş sahibi ve işi üstlenen kişiler arasındaki bağımlılık ilişkisi ile de yakından ilgilidir.

Krallık Dönemi'nden bahsedilecek olursa, bu dönemde ücret karşılığında çalışacak özgür bireyin iş gücüne gereksinim fazla olmadığından özgür emek piyasası oluşmamıştır. Nitekim aileler kendi kendilerine yetebilen bir yapı içerisinde zaten tarımsal faaliyetlerini gerçekleştirmekteydiler. İş gücüne daha fazla ihtiyaç duyulan dönemlerde ise köle iş gücünden faydalanmaktalardı. Fakat buradaki hukuki düzenlemeler hizmet sözleşmesi değil kira sözleşmesi niteliğindedir. Bu dönemde iş ilişkisinin tarafları olan ve işçi-işveren taraflarına benzeyen efendi-köle, *patronus-client* veya aile babası-aile evladı arasındaki bağımlılık ilişkisi ise iş ilişkisinin de ötesinde egemenlik hakkının gereği olarak çok geniş kapsamlı düşünülmekteydi.

Cumhuriyet Dönemi'nde ise toplumda giderek büyüyen işsizler ordusunun, iş ilişkilerinin hukuki bakımdan düzenlenmesinde etkili olduğu anlaşılmaktadır. Gerçekten istilalarla yeterince mücadele edemeyen *pleb*'ler *patricius*'lardan borç almak durumunda kalmışlardır ve bu yükün altından kalkamayanlar kendilerine borç veren *patricius*'ların yarı kölesi konumuna gelmiştir. Böylece *nexum* işlemi ile *patricius*'lara hizmet görmeye başlamışlardır. Bu durum iş gördükleri kişiler ile aralarındaki bağımlılık ilişkisini şekillendirmiştir. Ayrıca yine bu dönemde gerek kölelerle gerekse azatlılarla tarımsal faaliyetlerde rekabet edemeyen özgür vatandaşların yaşamını sürdürebilmek için emeğini kiralamaktan başka çaresi kalmamıştır. Bu durum ise özgürlerin hizmetlerini konu edinen iş ilişkilerinin doğmasına sebebiyet vermiştir. Böylece sınırlı sayıda da olsa devletin veya özel teşebbüslerin denetimindeki

işletmelerde özgürlerin de çalıştırılmaya başlanması, özgürler arasındaki iş ilişkilerinin düzenlenmesini beraberinde getirmiştir.

İmparatorluk Dönemi ise müdahaleci ekonominin katı kurallarına göre şekillenmiştir ve özel hukuk anlamında iş ilişkileri bu açıdan yeterli bir gelişim gösterememiştir.

Bundan başka, Romalılarca iş ilişkilerine yönelik tespit edilen kuralların Roma'dan sonraki sistemlerde de varlığını uzun süre koruduğu anlaşılmaktadır. Bu kapsamda Roma'dan sonraki kanunlaştırma hareketlerinde de Roma hukukunun hizmet sözleşmesi modeline yakın başka yapılar altında hizmetin görülmesi ve iş ilişkilerinin sıkı bağımlılık ilişkisi altında varlığını sürdürmeye devam etmesi önemlidir.

Roma'da iş ilişkilerinde bağımlılık açısından bir kilometre taşı niteliğinde olduğu için bağımlılık ilişkisinin tarihsel serüveni kapsamında *nexum* kavramının ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu kavram özgür bir kimsenin başkaları için hizmet görmeyi üstlenmesinin en eski hukuki biçimi olarak kabul edilebilir. Roma hukukuna göre hizmet sözleşmesinde işçi ve işveren arasındaki bağımlılık ilişkisini inceleyen yazarlardan bazıları, işçinin işverenine olan bağımlılığını *nexum* işlemi ile alacaklısının egemenliği altına giren *nexus*'un durumuna benzetmişlerdir ve hizmet sözleşmesi ile ücretli olarak çalışan özgür işçinin (*mercennarius*) bir anlamda işverenin egemenliği altına girdiğini ve köleleştirildiğini savunmuşlardır. Bu kapsamda işverenin işçi üzerinde iş ilişkisinin sınırlarının da ötesinde geniş bir egemenlik hakkına sahip olduğunu ifade etmişlerdir.

Roma'da iş ilişkilerinde bağımlılık kapsamında azatlıların hukuki durumu ayrı bir öneme sahiptir. Azatlılar bu kapsamda azatlama işlemi ile bir anlamda özgürlüklerine kavuşmuş olmakla birlikte, aslında eski efendilerinin hizmetlisi konumuna yükselmektedirler. Bu durumda eski efendilerine olan bağımlılıkları hayatlarının sonuna kadar sürmektedir. Özgür olmakla beraber hala eski efendilerine bağımlı oluşları, hizmet sözleşmesi ile iş gören özgür işçinin durumuna benzetilmiştir. Bu açıdan azat edilmiş olmakla birlikte, tam olarak özgürlüklerine kavuşamayan ve ömürleri boyunca arafta kalan ve *patronus*'larına bağımlı olarak hizmet görmeye mahkum olan bu kitlenin durumunun, hizmet gören özgür kişilerle kıyaslanması doğaldır.

Ayrıca Roma hukukunda işçi ve işveren arasındaki bağımlılık ilişkisinin boyutunu, bir efendinin kölesi üzerindeki egemenlik hakkı boyutunda değerlendiren görüşler olduğu gibi, bu görüşe karşı çıkanlar da vardır.

İlk görüş taraftarlarına göre özgür işçinin, işverenin hizmetine girmesi aslında onun egemenliği altına girmesi anlamına gelmektedir. Böylece iş görme borcu sözleşme kaynaklı bir borç olmaktan öte, işçinin işverenin egemenliği altına girmesinin doğal bir sonucu kabul edilmektedir. İş alacaklısı için kaynaklarda sık sık *dominus* (efendi) kavramının kullanılması, *nexus*'un durumu ile işçilerin durumlarının birbirine benzemesi, kölelerin *perpetuus mercennarius* (ilelebet ücret karşılığı iş gören kişi) olarak tanımlanıyor oluşu, Klasik Hukuk Dönemi'nde *dare operas*'ın (iş verme) *servire* (hizmet etmek) ile eş anlamda görülmesi veya bazı imparatorların hizmeti *servile ministerium* (kölelere ait hizmet) şeklinde değerlendirmesi bu görüş taraftarlarının işçi ve işveren arasındaki ilişkinin efendi köle arasındaki egemenlik ilişkisi ile kıyaslamasının dayanağını oluşturmaktadır.

Karşıt görüş taraftarları ise sözleşmenin tarafları arasında birçok bakımdan sıkı bir bağımlılık ilişkisinin mevcut olduğunu kabul etmekle birlikte; köle ile eş değer kabul edilmeye başlanan işçilerin bu durumunun aslında sözleşme ile yapılması vad edilen ve bayağı kabul edilen işlerin niteliğine, bu işlerin belirli bir ücret karşılığı yapılıyor oluşuna ve hizmetini kiraya vermekten başka çaresi kalmayan bu işçilerin zaten ekonomik ve toplumsal anlamda bir şekilde kölelere benzer yaşayışlarına dayandığını ifade etmekteledir.

Son olarak söylenebilir ki *mercennarius*'ların toplumsal ve ekonomik anlamda işvereni ile arasında fiili ve kişisel bir bağımlılık olduğu açıktır. Bu fiili bağımlılığın ortaya çıkmasında toplumun değer yargıları ile beraber Roma hukukunun günümüze yabancı olan *familia*, *pater familias* ve *potestas* gibi kavramlarının kendine özgü yapılarının da etkili olduğu söylenebilir. Bununla beraber, kaynaklarda bu fiili bağımlılığın hukuk alanına da yansıdığı anlaşılmaktadır. Bu kapsamda aile babasının iş ilişkisinin sınırlarının da ötesinde işçi üzerinde emir ve disiplin yetkilerine sahip olduğu anlaşılmaktadır. Kaynaklardan da anlaşıldığı kadarıyla bir aile babasından bir şey çalan özgür işçinin aleyhine *actio furti* açmasına gerek olmaması ve bazı durumlarda istisnai de olsa işçinin işverenini, kölelere benzer şekilde temsil edebilmesi bu durumu kanıtlar niteliktedir.

ÖZET

Bilindiği üzere Roma kölecisi bir toplumdur ve iş gücünün önemli bir kısmı köleler tarafından sağlanmaktaydı. Bu durumun Roma’da hizmet sözleşmesinin gelişimini olumsuz anlamda etkilediği düşünülebilir. Bununla birlikte, Roma’nın siyasal ve sosyo-ekonomik değişimleri incelendiğinde ekonomik anlamda güçlüklerle karşılaşan özgür Romalıların emeklerini bir şekilde değerlendirmek zorunda kaldıkları anlaşılmaktadır ve bu durum özgürler arası iş ilişkilerinin düzenlenmesini zorunlu kılmıştır. Bu kapsamda *locatio conductio* sözleşmesi ile özgür vatandaşlar emeklerini kiralamak durumunda kalmışlardır. *Locare* (bir şeyi bir yere koymak) ve *conducere* (bir şeyi götürmek, üstlenmek, yönetmek) fiillerinden türetilmiş olan *locatio conductio* kavramı, özünde bir kira ilişkisini ifade etmektedir ve Romalılar bu üst kavram çatısı altında günümüzdeki kira, eser ve hizmet sözleşmelerini beraber değerlendirmişlerdir. Bu kapsamda *locatio conductio operarum* olarak adlandırılan sözleşme, günümüzdeki hizmet sözleşmesine karşılık gelmektedir ve ilk bölümde bu sözleşmenin tanımı ve özellikleri, hizmet (*opera*) kavramı ve unsurları, sözleşmenin gelişimi ve konusu, tarafları, tarafların borçları ve sorumlulukları, sözleşmenin sona ermesi ve benzer sözleşmeler ile karşılaştırılması incelenmiştir. Modern hukuk ile Roma hukuku arasındaki benzerliklere ve farklılıklara ise dipnotlarda temas edilmiştir. Tezin ikinci bölümünde ise sözleşmenin tarafları arasında hiyerarşik bir ilişki yaratan bağımlılık ilişkisi, Roma’nın tarihsel gelişimi ile beraber ayrıca değerlendirilmiştir. Bu kapsamda Roma’nın kölecisi bir toplum olmasına rağmen ve toplumda ücret karşılığında çalışmanın hoş karşılanmamasına rağmen, özgür Romalı vatandaşları emeğini kiraya vermek zorunda bırakan ve iş ilişkilerine yön veren Roma’nın siyasal ve sosyo-ekonomik değişimleri irdelenmiştir. Tüm bu değişimlerin özgür iş gücü piyasasını nasıl oluşturduğu ve bunun işçinin işverenine olan bağımlılığını nasıl şekillendirdiği ve işvereni karşısında işçiyi adeta efendi himayesinde yaşamını sürdüren bir köleye nasıl yaklaştırdığı hususu değerlendirilmiştir. Bundan başka, özgür işçiler ile benzerlikleri dolayısıyla borç kölesi olarak değerlendirilebilecek olan *nexus* ile Roma toplumunda önemli bir yere sahip olan azatlı kölelerin durumu ayrıca değerlendirilmiştir. Roma’dan sonraki süreçte ise Roma hukuku etkisinde şekillenen hizmet sözleşmesi ve bu kapsamda bağımlılık ilişkisi irdelenmiştir. Son olarak, işçinin işveren karşısındaki ekonomik ve toplumsal alandaki fiili bağımlılığının hukuki boyutları üzerinde durulmuştur.

ABSTRACT

As its known ancient Rome was a slave society and the most of the workforce was satisfied by slaves. Under these circumstances, one could think that service contract had no important role in this society. However the decrease in the economic welfare has caused the free citizens to get involved in employment relationship with each other and this led a change in this view. In this regard, the need of free citizens to make living has forced them to lease out their services via *locatio conductio*. The concept of *locatio conductio*, derived from Latin verbs *locare* (to place something somewhere) and *conducere* (to take away or undertake something), fundamentally constitutes a lease relationship. This concept has been used as an umbrella term to evaluate together three different contracts; lease, work and service. In this context, *locatio conductio operarum* was defined as lease of services for a certain period of time. In the first part of this research, distinguishing characteristics of the contract was tried to be presented: The definition and characteristics of the contract, the concept of *operae* (labor) and its components, the development and subject of the contract, the contracting parties, obligations and responsibilities of the parties, the termination of the contract and finally distinctions and similarities between other agreements were examined. In this respect, similarities and differences between modern Turkish law and Roman law were also pointed out in the footnotes. In the second part of the research, legal subordination, which creates a hierarchical relationship between the parties of the contract, was evaluated in the light of Roman society's historical development. In this context, it was explored why Roman citizens are forced to hire their labor for a certain time for somebody for wages, in spite of the fact that ancient Rome was a slave society and it was not welcomed to work for wages in the society. It was also examined how these changes have shaped the free labor market and the dependence of the employee on the employer. Moreover, due to its similarities between the free workers, the situation of *nexus*, which can be regarded as a debtor slave, and the freedmen who had an important place in Roman society were also evaluated. In addition, Roman law influence on the service contract and legal subordination in this context were evaluated. Finally, the legal aspects of the subordination of the workers were emphasized.

KAYNAKÇA

Ağaoğulları, M.A./ Köker, L.: İmparatorluktan Tanrı Devletine Siyasal Düşünceler, Ankara 1991

Altop, S.: Roma Hukuku'nda Kölelik, İstanbul 2002

Anderson, P.: Antikiteden Feodalizme Geçişler, İstanbul 2017

Arangio-Ruiz, V.: Istituzioni di Diritto Romano, Napoli 1991

Arsal, S. M.: Umumi Hukuk Tarihi: Eski Hind, İran, Atina ve Isparta'nın Hukuki Müesseseleri, Roma'nın Siyasi ve Hukuki Teşkilatı, İçtimai ve İktisadi Bünyesi, İstanbul 1948

Arsebük, E.: "Akit Mefhumu Etrafında İncelemeler", AÜHFD (1953), C. 10, Sa. 1-4, s. 369-425

Arslan-Ertürk, A.: "Türk Borçlar Kanunu'nun Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümlerinin İş Kanunu Üzerindeki Etkisi", Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukukta Genç Yaklaşımlar Konferans Serisi No: 5, İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar, İstanbul 2014

Atak, A. S.: Roma Hukukunda Tüketim Ödücü Sözleşmesi (Karz Akdi-Mutuum) (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İzmir 2015

Atlan, S.: Roma Tarihi'nin Ana Hatları, I. Kısım Cumhuriyet Devri, Ankara 2014

Ayiter, K.: Roma Hukuku Dersleri Aile Hukuku, Ankara 1963

Berger, A.: Encyclopedic Dictionary Of Roman Law, Philadelphia 1953

Berki, Ş.: "Roma'da Borçların Kaynakları", AÜHFD (1950), C. 7, Sa. 3, s. 378- 413 [Berki, 1950]

Berki, Ş.: "Roma'da Borçların Kaynakları", AÜHFD (1958), C. 15, Sa. 1, s. 79-101

Biondi, B.: Istituzioni di Diritto Romano, Milano 1946

Bonfante, P.: Istituzioni Di Diritto Romano, Torino 1946

Bozkurt, G.: “Eski Hukuk Sistemlerinde Kölelik”, AÜHFD (1943), C. 38, Sa. 1, s. 65-103

Bradley, K.: Discovering the Roman Family, Studies in Roman Social History, New York 1991

Buckland, W.W.: A Text-Book of Roman Law From Augustus to Justinian, Cambridge 1921

Buckland, W. W./McNair, A. D.: Roman Law and Common Law, Cambridge 2008

Burdick, W. L.: The Principles of Roman Law and Their Relation to Modern Law, New York 1988

Casciopne, C.: Manuale Breve Diritto Romano, Milano 2007

Ceylan-Güneş, S.: “Roma Hukukunun Günümüz Hukuk Düzenlerine Etkisi”, GÜHFD (2004), C. 8, Sa. 1-2, s. 75-93

Ceylan-Güneş, S.: “Roma Hukukunda Contractus (Sözleşme) Pactum (Anlaşma) İlişkisi”, GÜHFD (2005), C. 9, Sa. 1-2, s. 171-183

Ceylan-Güneş, S.: Roma Hukuku’nda ve Türk Hukuku’nda Hizmet Akdi (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 1999 [Ceylan-Güneş, Hizmet Akdi]

Cicero (Çev.: Çevik, C. C.): Yükümlülükler Üzerine, İstanbul 2016

Crook, J.: Law and Life of Rome, New York 1967

Çelik, N.: İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2013

Dalla, D./ Lambertini, R.: Istituzioni di Diritto Romano, Torino 2006

De Robertis, F. M.: I Rapporti Di Lavoro Nel Diritto Romano, Milano 1946

Di Marzo, S. (Çev.: Umur, Z.): Roma Hukuku, İstanbul 1954

Doğan, S.: İş Sözleşmesinde Bağımlılık Unsuru, Atipik İş İlişkileri Açısından Değerlendirilmesi, Ankara 2016

Doğan-Yenisey, K.: “Roma Hukukunun Modern İş Hukuku Üzerindeki Etkilerine Bir Bakış”, Belgin Erdoğan’a Armağan, İstanbul 2011

Duncan-Jones, R.: Structure and Scale in the Roman Economy, Cambridge 1990

Du Plessis, P. J.: Letting and Hiring in Roman Legal Thought: 27 BCE - 284 CE (Letting and Hiring), Leiden/Boston 2012

Du Plessis, P.: “Janus in the Roman Law of Urban Lease” Zeitschrift für Alte Geschichte, Bd. 55, H. 1 (2006), pp. 48-63

Dural, M.: “Roma Hukukunda Akit Benzerler (Quasi Contractus)”, İÜHFM (1967), C. 33, Sa. 3-4, s. 257-272

Ekonomi, M.: İş Hukuku Cilt I, Ferdi İş Hukuku, İstanbul 1984

Emiroğlu, H.: “Roma Hukuku’nun Bilgi Kaynaklarından Corpus Iuris Civilis ve Türkiye’de Hukuk Resepsiyonu”, AÜHFD (2002), C. 51, Sa. 3, s. 85-96

Emiroğlu, H.: Roma Hukuku’nda Vekalet Sözleşmesi (Mandatum) ve Hukuki İşlemlerde Temsil, AÜHFD (2003), C. 52, Sa. 1 [Emiroğlu, Vekalet]

Emiroğlu, H.: Ius Gentium Kavimler Hukuku, İstanbul 2007 [Emiroğlu, Kavimler]

Emiroğlu, H.: Roma Hukukunda Kadının Durumu, Ankara 2003 [Emiroğlu, Kadının Durumu]

Eren, F.: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2014

Ergin, F.: İktisat, İstanbul 1962

Ertaş, K.: Türk Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu, Ankara 1982

Fiori, R.: La Definizione Della “Locatio Conductio” Giurisprudenza Romana e Tradizione Romanistica, Napoli 1999

Georgesco, A. (Çev.: Tahiroğlu, B.): “Roma Hukuku ve Modern Dünya Düşüncesi”, İÜHFM Ord. Prof. Dr. Ernst E. Hirsch’e Armağan (1976), C. 42, Sa. 1-4, s. 585-601

Guarino, A.: Diritto Privato Romano, Napoli 2001

- Gümüş, M. A.:** Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt I, İstanbul 2013
- Günel, N.:** “An Example of Consensual Contracts: Locatio Conductio Rei”, AÜHFD (2004), C. 1, Sa. 2, s. 201-211
- Günel, N.:** Roma Medeni Usul Hukukunda Yargılama Süreci ve İstinaf, Ankara 2007
- Gürten, K.:** Roma Hukuku’nda Kefalet Akdi, Ankara 2007
- Gürten, K.:** Roma Hukuku’nda Hakkaniyet, Ankara 2008
- Gürten, K.:** Roma Hukuku’nda Crimen Kavramı, Ankara 2016
- Güzel, A.:** “Fabrikadan İnternet’e İşçi Kavramı ve Özellikle Hizmet Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru Üzerine Bir Deneme”, Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan, Ankara 1997
- İlhan, C.:** Günümüz Türkçe’siyle Mecelle (Mecelle-i Ahkam-ı Adliye), Ankara 2014
- İznik, E.:** “İmparator Diocletianus’un Tavan (En Yüksek) Fiyatlar Fermanı: Edictum de Pretiis Rerum Venalium”, Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih-Coğrafya Fakültesi Tarih Bölümü Tarih Araştırmaları Dergisi (2011), C. 30, Sa. 49, s. 97-130
- Johnstan, D.:** Roman Law in Context, Cambridge 2004
- Karadeniz-Çelebican, Ö.:** Roma Hukuku, Ankara 2010 [Karadeniz-Çelebican, Roma Hukuku]
- Karadeniz-Çelebican, K.:** Roma Eşya Hukuku, Ankara 2015
- Karadeniz, Ö.:** Iustinianus Zamanına Kadar Roma’da İş İlişkileri, Ankara 1976
- Kaser, M. (Çev.: Dannenbring, R.):** Roman Private Law, South Africa 1984
- Koschaker, P. (Yen. Eld. Geç.: Ayiter, K.):** Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, Ankara 1977
- Küçük, E.:** “XII. Yüzyıl Rönesansı ve “Yeniden Doğan” Roma’yı Günümüze Bağlayan Son Halka: Pandekt Hukuku”, AÜHFD (2007), C. 56, S. 4, s. 111-122

Küçük, E.: Roma Hukukunda Augustus Zamanına Kadar Derneklerin Hukuki Durumu, Ankara 2006

Küçük, E. / Saygılı, A.: “Roma Hukukunda İstisna Halinin Paradigmatik Biçimi Iustitium Kurumu”, İnönüÜHFD (2014), C. 5, Sa. 2, s. 1-32, s.259-282

Levy-Bruhl, H. (Çev.: Nail, H.): “Eski Roma Aile Hukukunda İki Cereyan”, İÜHFM (1940), C. 6, Sa. 1, s. 146-155

Lewis, A. D. E.: The Trichotomy in Locatio Conductio, The Irish Jurist, 1973, Vol. 8, s. 164-177

Manfredini, A. D.: Istituzioni di Diritto Romano, Torino 2007

Martini, R.: Mercennarius, Contributo Allo Studio Dei Rapporti di Lavoro in Diritto Romano, Milano 1958

Mollamahmutoğlu, H./Astarlı, M.: İş Hukuku, Ankara 2011

Mousourakis, G.: Fundamentals of Roman Private Law, Berlin 2012 [Mousourakis-Fundamentals]

Mousourakis, G.: A Legal History of Rome, New York 2007

Narmanlıoğlu, Ü.: İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri, İstanbul 2012

Oğuz, A.: Karşılaştırmalı Hukuk, Ankara 2003

Özbay, Ü. V.: Roma Hukukunda ve Türk Hukukunda Tüketim Öduncü (Karz) Sözleşmesi (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2015

Öztek, S.: “Roma Medeni Usul Hukukunun Ana Hatları Törenden Şekle; Hususi Adaletten Devlet Adaletine”, İÜHFM (1985), C. 51, Sa. 1-4, s. 335-372

Paribeni, R. (Çev.: Talip, Ş.): “Roma Hukukunda Aile Kurumu”, İÜHFM (1935), C. 1, Sa. 3, s. 373-388

Perozzi, S.: Istituzioni di Diritto Romano Volume II, Roma 1928

Pugliese, G. (Çev.: Umur, Z.): “Roma Ailesine Tarihi Bir Bakış”, İÜHFM (1957), C. 22, Sa. 1-4, s. 339-349

Rado, T.: Roma Hukuku Dersleri (Borçlar Hukuku), İstanbul 2014

Reisoğlu, S.: Hizmet Akdi, Ankara 1986

Roselaar, S. T.: Public Land in the Roman Republic, A Social and Economic History of Ager Publicus in Italy, 396-89 BC, New York 2010

Saller, R. P.: Patriarchy, Property and Death in the Roman Family, Cambridge 2004

Sayın-Korkmaz, B.: Roma Hukuku’nda Vekalet Sözleşmesi (*Mandatum*), Ankara 2014

Schiller, A. A.: “Trade Secrets and the Roman Law; The Actio Servi Corrupti”, Columbia Law Review (1930), Vol.30, No:6, s. 837-845

Schulz, F.: Principles of Roman Law, Oxford 1936

Schulz, F. (Çev.: Erdoğan, B.): “Roma Hukukunun Prensiplerinden Sadakat”, İÜHFM, C. 48, S. 1-4, İstanbul 1983, s. 398-396 [Schulz, Sadakat]

Schwarz, A. (Çev.: Rado, T.): Roma Hukuku Dersleri, I. Cilt, İstanbul 1965

Sevig, V.R.: “Hukuk Mukayesesi” AÜHFD (1947), Sa.1, s.168-261

Somer, P.: Roma Hukukunda İstisna Akdi (Locatio Conductio Operis), İstanbul 2008

Soydan, C.: Roma Hukukunda Ve Türk Hukukunda Eser Sözleşmeleri (Locatio Conductio Operis) (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 2016

Söğütlü-Erişgin, Ö.: Roma Hukukunda Tarihsel Gelişimi İçerisinde Contractus (Sözleşme) Kavramı ve Sözleşmesel Sorumluluk Ölçütleri, Ankara 2016 [Söğütlü-Erişgin, Contractus]

Söğütlü-Erişgin, Ö.: Roma Kamu Hukukuna Giriş, Ankara 2017 [Söğütlü-Erişgin, Kamu Hukuku]

Söğütlü-Erişgin, Ö.: “Roma Toplumunda Kadının Konumu”, İnönüÜHFD (2013) C. 4 Sa. 2, s. 1-32

Söğütlü-Erişgin, Ö.: Roma Hukuku'nda Haksız Fiil Benzerleri (Quasi Delicta), Ankara 2002

Süzek, S.: İş Hukuku, İstanbul 2015

Tahiroğlu, B.: Roma Borçlar Hukuku, İstanbul 2014 [Tahiroğlu, Borçlar]

Tahiroğlu, B.: “Roma Devleti'nin İktisadi Krizleri”, İÜHFD (1979-1981), Doğumunun 100. Yılında Atatürk'e Armağan, C. 45, Sa. 1-4, s. 677-706 [Tahiroğlu, İktisadi Krizler]

Tahiroğlu, B.: “Roma Hukukunda Azat Etmenin Tahditleri”, İÜHFM (1973), C. 38, Sa. 1-4, s. 521-546

Tanilli, S.: Yüzyılların Gerçeği ve Mirası I. Cilt İlkçağ: Doğu, Yunan, Roma, İstanbul 2017

Tunçomağ, K.: İş Hukuku, Cilt I, İstanbul 1986

Türkoğlu, H. G.: Roma Hukukunda Suç ve Ceza, Ankara 2017

Türkoğlu-Özdemir, G.: “Roma Medeni Usul Hukukunda Formula Yargılaması”, DEÜHFD (2005), C. 7, Sa. 1, s. 167-212

Türkoğlu-Özdemir, G.: “Roma Haksız Rekabet Hukukuna İlişkin Olarak Actio Servi Corrupti”, AÜHFD (2005), C. 54, Sa. 4, s. 213-233 [Türkoğlu-Özdemir, Actio Servi Corrupti]

Türkoğlu-Özdemir, G.: Roma Hukukunda Infamia (Şerefsizlik), Ankara 2008

Ulusan, İ.: Özellikle Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu, Bundan Doğan Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 1990

Umur, Z.: Roma Hukuku Ders Notları, İstanbul 1990 [Umur, Ders Notları]

Umur, Z.: Roma Hukuku Lügatı, İstanbul 1975 [Umur, Lügat]

Umur, Z.: Roma Hukuku Tarihi Giriş, İstanbul 1965 [Umur, Tarihi Giriş]

Villey, M. (Çev.: Tahiroğlu, B.): Roma Hukuku Güncelliği, İstanbul 2015

Visky, K. (Çev.: Tahiroğlu, B.): “Roma Hukukunda Kölelik ve Serbest Meslekler”, İÜHFD (1974), C. 40, Sa. 1-4, s. 689-700

Voci, P.: Istituzioni di Diritto Romano, Milano 2004

Yavuz, C.: Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, İstanbul 2012

Yeşiller, M.: Roma Hukuku’nda Kira Sözleşmesi (*Locatio Conductio Rei*) (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Ankara 2012

Zevkliler, A./Gökyayla E.: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Ankara 2016

Zilelioğlu, H.: “Roma Hukukundaki Sorumluluk Ölçütlerine Genel Bir Bakış”, AÜHFD (1987), C. 39, Sa. 1-4, s. 241-264

Zimmermann, R.: The Law of Obligations Roman Foundations of the Civilian Tradition, Cape Town 1990

Latince Metinler İçin Yararlanılan Kaynaklar

Umur, Z.: Iustinianus Institutiones, İstanbul 1968

Watson, A.: The Digest of Justinian, Vol. 1-4, Philadelphia 1998

<http://www.thelatinlibrary.com/>

<https://droitromain.univ-grenoble-alpes.fr/>