

T.C.
KADIR HAS ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK BİLİM DALI

**TÜRK İŞ HUKUKUNDA
FAZLA ÇALIŞMA VE ÜCRETİ**

Yüksek Lisans Tezi

ESRA ÖZCAN

İSTANBUL, 2009

T.C.
KADİR HAS ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK BİLİM DALI

**TÜRK İŞ HUKUKUNDA
FAZLA ÇALIŞMA VE ÜCRETİ**

Yüksek Lisans Tezi

ESRA ÖZCAN

Danışman: Prof. Dr. Metin Kutal

İSTANBUL, 2009

GENEL BİLGİLER

İsim ve Soyadı	: Esra Özcan
Anabilim Dalı	: Hukuk
Programı	: Özel Hukuk
Tez Danışmanı	: Prof. Dr. Metin Kutal
Tez Türü ve Tarihi	: Yüksek Lisans- Şubat 2009
Anahtar Kelimeler	: Fazla Çalışma, Fazla Çalışma Ücreti

ÖZET

TÜRK İŞ HUKUKUNDA FAZLA ÇALIŞMA ve ÜCRETİ

Hemen hemen her işyerinde uygulanan fazla çalışma ve fazla çalışmaya verilecek ücret ile ilgili düzenlemeler, işçi ve işveren açısından maliyetleri, iş kazalarını, işçinin verimini ve sosyal ilişkilerini, devletlerin istihdam yaratma politikasını etkileyen önemli bir konu olmuştur.

Özellikle dünyada yaşanan küreselleşme ile birlikte, işletmelerin rekabet gücünü korumak amacıyla esnek hükümler iş kanunlarında yer almaya başlamıştır. Türk İş Hukukunda İş Kanunu, Avrupa Birliği normlarına uyum sağlanması ve esnek hükümlere yer verilmesi isteğiyle değiştirilmiştir. 4857 sayılı İş Kanunu, çalışma süreleri konusunda getirdiği yeni hükümler, fazla çalışma konusunda da esaslı değişikliklere neden olmuştur. Bu çalışmada, çalışma sürelerinin denkleştirilmesinin ve çalışma sürelerinin haftanın günlerine farklı şekilde dağıtılmasının fazla çalışma konusuna etkisi, fazla sürelerle çalışma kavramı, fazla çalışma ücreti yerine serbest zaman kullanma hakkı gibi yeni düzenlemeler ele alınarak fazla çalışma ve fazla çalışma ücreti anlatılmaya çalışılmıştır. Gemi adamının ve gazetecinin yaptığı fazla çalışma ve bu çalışmaya verilecek ücrete ilişkin hükümler İş Kanunu ile farkları açıklanarak anlatılmaya çalışılmıştır.

GENERAL KNOWLEDGE

Name and Surname : Esra Özcan
Field : Law
Programme : Civil Law
Supervisor : Prof. Dr. Metin Kutal
Degree Awarded and Date : Master- February 2009
Keywords : Overwork, Payments of Overtime

ABSTRACT

OVERWORK AND PAYMENTS OF OVERTIME IN TURKISH LABOUR LAW

The regulations about overwork and its payments, which are often used in many work places, have always been an important issue in terms of labour cost, workplace accidents, labour productivity and social relationships and government's employment policies.

In line with globalisation around the world, flexible bills and decrees started appear in Labour Laws in order to maintain the competitiveness of workplaces. Turkish Labour Law recently has been changed to accord with European norms and in order to add flexible decrees. The article 4857 of Turkish Labour Law has extensive changes on overwork at workplaces. This study aims to investigate and explain the terms of overtime and its payments by looking into the new regulations such as, overwork alignment process, spreading working times over the different days of the week, using free time instead of overtime payments. Try to explain the differences between the decrees of Marine Labour Law and Press Labour Law, that regulate seamen's and pressmen's overworks and payments and the general Labour Law have also been the intention if this study.

ÖNSÖZ

Türk İş Hukukunda fazla çalışma konusunun araştırıldığı incelememiz ile fazla çalışmanın iş hayatındaki önemini ortaya koymaya çalıştık. Böylece işçinin sadece zamlı ücret kazanması olarak düşünemeyeceğimiz tez konumuzun, işçi, işveren ve devlet açısından taşıdığı anlamın daha iyi anlaşıldığı inancını taşımaktayız.

Kadir Has Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Hukuk Anabilim Dalı Özel Hukuk Bilim Dalında yüksek lisans tezi olarak hazırlanan bu çalışma, “Türk İş Hukukunda Fazla Çalışma ve Ücreti” adı altında, 02.02.2009 tarihinde, Prof. Dr. Metin Kutal, Prof. Dr. Ali Güzel, Doç. ve Dr. Ekrem Kurt’un katılımı ile oluşturulan jüri tarafından oybirliği ile kabul edilmiştir.

Çalışmalarımız boyunca ilgisini esirgemeyen, verdiği cesaret ile tezimin tamamlanmasında büyük emeği olan danışman hocam Sayın Prof. Dr. Metin Kutal’a ve savunmam sırasında eleştirileri ile tezimize katkıda bulunan hocalarım Sayın Prof. Dr. Ali Güzel ve Doç. Dr. Ekrem Kurt’a teşekkürlerimi sunarım.

Esra ÖZCAN

İÇİNDEKİLER

Sayfa No.

ÖZET.....	i
ÖNSÖZ.....	ii
ABSTRACT.....	iii
KISALTMALAR.....	ix
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

TÜRK İŞ HUKUKUNDA FAZLA ÇALIŞMANIN TARİHSEL GELİŞİMİ, SOSYAL TARAFLAR AÇISINDAN ÖNEMİ

1.1. Fazla Çalışma Kavramının Doğmasına Yol Açan Gelişmeler	5
1.2. Türk İş Hukukunda Fazla Çalışmanın Tarihçesi.....	8
1.2.1. 3008 Sayılı İş Kanunu'nu Öncesi Dönem.....	9
1.2.1.1. Cumhuriyetten Önceki Dönem.....	9
1.2.1.2. Cumhuriyet Dönemi	12
1.2.2. 3008 Sayılı İş Kanunu Dönemi.....	14
1.2.3. 931 Sayılı İş Kanunu Dönemi.....	18
1.2.4. 1475 Sayılı İş Kanunu Dönemi.....	19
1.3. Fazla Çalışmanın Sosyal Taraflar Açısından Önemi.....	23
1.3.1. İşçi Açısından.....	23
1.3.2. İşveren Açısından.....	26

İKİNCİ BÖLÜM

4857 SAYILI İŞ KANUNU'NDA FAZLA ÇALIŞMA KAVRAMI, TÜRLERİ ve YASAKLARI

2.1. Çalışma Süresi.....	30
2.1.1. Fiili Çalışma Süresi.....	31
2.1.2. Farazi Çalışma Süresi.....	31
2.1.2.1. Yeraltında veya Su Altında Görülen İşler.....	32
2.1.2.2. Çalıştırılmak Üzere İşyerinden Başka Yere Gönderilen İşçinin Yolda Geçirdiği Süreler.....	33
2.1.2.3. İşçinin İşverenin Emrinde Boşta Geçirdiği Süreler.....	34
2.1.2.4. İşçinin Asıl İşini Yapmaksızın Geçirdiği Süreler.....	35
2.1.2.5. Kadın İşçilere Emzirme İçin Verilen Süreler.....	35
2.1.2.6. İşçilerin İşin Niteliği Gereği Yerleşim Yerlerinden Uzak İşyerlerine Götürülürken Geçen Süreler.....	36
2.2. Fazla Çalışma Kavramı	38
2.3. Fazla Çalışma Türleri.....	40
2.3.1. Genel Olarak.....	40

2.3.2. Olağan Fazla Çalışma.....	41
2.3.2.1. Olağan Fazla Çalışmanın Koşulları.....	41
2.3.2.1.1. Olağan Fazla Çalışma Sebepleri.....	42
2.3.2.1.1.1. Ülkenin Genel Yararı.....	42
2.3.2.1.1.2. İşin Niteliği.....	43
2.3.2.1.1.3. Üretimin Arttırılması İhtiyacı.....	44
2.3.2.1.2. İşverenin Fazla Çalışma Talebi.....	44
2.3.2.1.2.1. Genel Olarak.....	44
2.3.2.1.2.2. Talebin Şekli.....	45
2.3.2.1.3. İşçinin Onay Vermesi.....	46
2.3.2.1.3.1. Genel Olarak.....	46
2.3.2.1.3.2. Onayın Şekli.....	48
2.3.2.1.3.3. Onayın Alınma Zamanı.....	49
2.3.2.1.4. Olağan Fazla Çalışmanın Sınırı ve Sınıra Uyulmamasının Sonuçları.....	52
2.3.2.1.4.1. Olağan Fazla Çalışmanın Sınırı.....	52
2.3.2.1.4.2. İş Kanunu'nda Düzenlenmemiş Olan Günlük Sınıra İlişkin Değerlendirilmeler.....	54
2.3.2.1.4.3. Sınıra Uyulmamasının Sonuçları.....	58
2.3.3. Zorunlu Fazla Çalışma.....	60
2.3.3.1. Genel Olarak.....	60
2.3.3.2. Zorunlu Fazla Çalışmanın Koşulları.....	61
2.3.3.2.1. Zorunlu Fazla Çalışmanın Sebepleri.....	62
2.3.3.2.1.1. Genel Olarak.....	62
2.3.3.2.1.2. Arıza Sırasında veya Arıza İhtimalinin Olduğu Hallerde.....	63
2.3.3.2.1.3. Makine, Araç ve Gereç İçin Gerekli Acele İşler.....	64
2.3.3.2.1.4. Zorlayıcı Sebepler.....	64
2.3.3.1.2. İşverenin Talimatının Yeterli Olması.....	65
2.3.3.1.3. Zorunlu Nedenle Fazla Çalışmanın Sınırı ve Uygun Dinlenme Süresi.....	67
2.3.4. Olağanüstü Fazla Çalışma.....	69
2.3.4.1. Olağanüstü Hal Kavramı.....	69
2.3.4.2. Olağanüstü Fazla Çalışmanın Koşulları.....	70
2.3.4.2.1. Olağanüstü Fazla Çalışmanın Sebepleri ve İşyerinin Niteliği.....	71
2.3.4.2.2. Bakanlar Kurulu Kararı.....	72
2.3.4.3. Olağanüstü Fazla Çalışmanın Sınırı.....	73
2.4. Fazla Çalışma Süresinin Tespiti.....	74
2.4.1. Günlük ve Haftalık İş Süresine Bölünebilen İşlerde.....	75
2.4.2. Denkleştirmenin Esasının Uygulandığı Dönemde.....	77
2.4.2.1. Çalışma Süresinin Denkleştirilmesi.....	77
2.4.2.2. Tarafların İradelerinin Önemi.....	79
2.4.2.3. Denkleştirme Döneminin Süresi.....	80
2.4.2.4. Haftalık Ortalama Çalışma Süresinin Hesaplanması ve Fazla Çalışma.....	84
2.4.3. Haftalık İş Süresine Bölünemeyen İşlerde.....	88
2.4.3.1. Uygulama Alanı.....	88

2.4.3.2. Çalışma Süresi ve Çalışma Dönemi.....	89
2.4.3.3. Haftalık İş Süresine Bölünemeyen İşlerde Fazla Çalışma.....	90
2.4.4. Fazla Çalışma Süresinin Tespitinde Özel Durumlar.....	91
2.4.4.1. Fazla Çalışma İle Ara Dinlenmesinin İlişkisi.....	91
2.4.4.2. Hafta Tatilinde Çalışılması.....	96
2.4.4.3. Ulusal Bayram ve Genel Tatillerde Çalışılması.....	100
2.5. Fazla Çalışmanın Yasakları.....	101
2.5.1. Fazla Çalışma Yaptırılmayacak İşler.....	101
2.5.1.1. Sağlık Kuralları Bakımında Günde Ancak 7.5 Saat ve Daha Az Çalışılması Gereken İşler.....	101
2.5.1.2. Gece Saatlerinde Yapılan İşler.....	103
2.5.1.3. Maden Ocakları, Kablo Döşemesi, Kanalizasyon, Tünel İnşaatı Gibi Yer ve Su Altında Yapılan İşler.....	106
2.5.2. Fazla Çalışma Yapamayacak İşçiler.....	107
2.5.2.1. 18 Yaşını Doldurmamış İşçiler.....	107
2.5.2.2. Sağlığı Elvermeyen İşçiler.....	107
2.5.2.3. Gebe, Yeni Doğum Yapmış ve Emziren İşçiler.....	108
2.5.2.4. Kısmi Süreli İş Sözleşmesi İle Çalışan İşçiler.....	109
2.5.3. Fazla Çalışma Yasaklarına Aykırılık Halinde Sorumluluk.....	114
2.6. Fazla Sürelerle Çalışma.....	115
2.6.1. Fazla Sürelerle Çalışma Kavramı.....	115
2.6.2. Türk İş Hukukunda Fazla Sürelerle Çalışmanın Hukuksal Düzeni.....	116
2.7. Fazla Çalışma Benzeri Bir Çalışma Olan Hazırlama, Tamamlama ve Temizlik İşleri.....	119
2.7.1. Hazırlama Tamamlama ve Temizlik İşleri Kavramı.....	119
2.7.2. Türk İş Hukukunda Hazırlama Tamamlama ve Temizlik İşlerinin Hukuksal Düzeni ve Fazla Çalışma İle Karşılaştırılması.....	121

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
4857 SAYILI İŞ KANUNUNDA
FAZLA ÇALIŞMANIN KANITLANMASI VE KARŞILIĞI

3.1. Fazla Çalışmanın Kanıtlanması.....	123
3.1.1. İspat Yükü.....	123
3.1.2. İşçinin Kullanacağı Deliller.....	124
3.1.2.1. Tanık.....	125
3.1.2.2. Delil Sözleşmesi.....	127
3.1.2.3. Bilirkişi ve Keşif.....	127
3.1.3. Fazla Çalışma İddiasında Özel Durumlar.....	129
3.1.3.1. Hayatın Olağan Akışına Aykırı Fazla Çalışma İddiaları.....	129
3.1.3.2. En Üst Düzey Yönetici Sıfatını Taşıyan İşçinin Durumu....	131
3.1.3.3. Vardiya Usulü Çalışma.....	132
3.2. Fazla Çalışmanın Karşılığı.....	133

3.2.1. Genel Olarak.....	133
3.2.2. Fazla Çalışma Ücreti.....	134
3.2.2.1. Fazla Çalışma Ücretinin Yasal Oranı.....	135
3.2.2.2. Sözleşmelerin Fazla Çalışma Ücretine Etkisi.....	136
3.2.2.2.1. Fazla Çalışma Ücretinin Sözleşme İle Arttırılması.....	136
3.2.2.2.2. Fazla Çalışma Ücretinin Normal Ücret İçinde Kararlaştırılması.....	136
3.2.2.3. Ücret Sistemlerine Göre Fazla Çalışma Ücretinin Hesabı.....	137
3.2.2.3.1. Zamana Göre Ücrette Hesaplama.....	138
3.2.2.3.2. Akort Ücrette Hesaplama.....	139
3.2.2.3.3. Götürü Ücrette Hesaplama.....	141
3.2.2.3.4. Yüzde Usulü Ücrette Hesaplama.....	141
3.2.2.4. Fazla Çalışma Ücretinin Hesaplanmasında Esas Alınacak Ücret.....	144
3.2.2.5. Fazla Çalışma Ücretinin Ödendiğinin İspatı.....	148
3.2.2.5.1. İspat Yüğü.....	148
3.2.2.5.2. İşverenin Delileri.....	149
3.2.2.5.2.1. Ücret Bordrosu.....	149
3.2.2.5.2.2. Ücret Hesap Pusulası.....	151
3.2.2.5.2.3. İbraname.....	152
3.2.2.5.2.4. Yemin.....	155
3.2.2.6. Fazla Çalışma Ücretinin Ödenmesi.....	156
3.2.2.6.1. Fazla Çalışma Ücretinin Ödenmesinin Şekli.....	157
3.2.2.6.1.1. Türk Parası Olarak Ödenmesi.....	157
3.2.2.6.1.2. Yabancı Para Olarak Kararlaştırılan Ücretin Ödenmesi.....	157
3.2.2.6.2. Fazla Çalışma Ücretinin Ödenme Zamanı.....	159
3.2.2.6.3. Fazla Çalışma Ücretinin Ödenme Yeri.....	161
3.2.2.6.4. Fazla Çalışma Ücretinin Ödenmesinde Taraflar....	163
3.2.2.6.4.1. Fazla Çalışma Ücretini Ödeyecek Olan Kişi.....	163
3.2.2.6.4.2. Fazla Çalışma Ücretinin Ödeneceği Kişi.....	167
3.2.2.7. Fazla Çalışma Ücretinin Ödenmemesi Halinde İşçinin Başvuracağı Hukuksal Yollar.....	167
3.2.2.7.1. Genel Olarak.....	167
3.2.2.7.2. İşçinin Dava Açma Hakkı.....	168
3.2.2.7.2.1. Fazla Çalışma Ücretinde Zamanaşımı.....	169
3.2.2.7.2.2. Fazla Çalışma Ücretinde Faiz	172
3.2.2.7.3. İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı.....	178
3.2.2.7.4. İşçinin Sözleşmeyi Feshetmesi.....	181
3.2.2.7.5. Ücret Garanti Fonu.....	182
3.2.3. İşçinin Serbest Zaman Kullanması.....	183
3.2.3.1. Genel Olarak.....	183
3.2.3.2. Olağan Fazla Çalışmada Serbest Zaman Kullanılmasının Koşulları.....	184

3.2.3.2.1. İşçinin İsteği.....	184
3.2.3.2.2. Hakkın Altı Ay İçinde Kullanılması.....	186
3.2.3.2.3. Serbest Zamanın Kullanılacağı Zamanın Belirlenmesi.....	188
3.2.3.3. Fazla Çalışmanın Normal Ücret İçinde Kararlaştırıldığı Hallerde Serbest Zaman Kullanma Hakkı	190
3.2.3.4. Zorunlu ve Olağanüstü Fazla Çalışmada Serbest Zaman Hakkı.....	191
3.2.3.5. Serbest Zaman Kullandırılmamasının Hukuki Sonuçları....	192
3.3. Fazla Çalışma Karşılığının Verilmemesine Bağlanan İdari Para Cezası.....	193
3.3.1. Olağan Fazla Çalışmada İdari Yaptırım.....	193
3.3.2. Zorunlu ve Olağanüstü Fazla Çalışmada İdari Yaptırım.....	195

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

DENİZ İŞ KANUNU VE BASIN İŞ KANUNUNDA FAZLA ÇALIŞMA

4.1. Deniz İş Kanunu	
4.1.1. Gemi Adamının Çalışma Süresi.....	196
4.1.2. Gemi Adamının Fazla Çalışması.....	198
4.1.2.1. Fazla Çalışmanın Saptanması.....	198
4.1.2.2. Fazla Çalışma Ücreti.....	202
4.1.2.3. Fazla Çalışmaya İlişkin Hükümlere Aykırılığın Sonuçları ...	202
4.2. Basın İş Kanunu	
4.2.1. Gazetecilerin Çalışma Süresi.....	203
4.2.2. Gazetecilerin Fazla Çalışması.....	204
4.2.2.1. Fazla Çalışmanın Saptanması.....	204
4.2.2.1. Fazla Çalışma Ücreti.....	205
4.2.2.2. Fazla Çalışmaya İlişkin Hükümlere Aykırılığın Sonuçları...	205
SONUÇ	207
KAYNAKÇA	211

KISALTMALAR

AB.	: Avrupa Birliği
agm.	: Adı geçen makale
ATM	: Otomatik Vezne makineleri (Automated Teller Machines)
AyM.	: Anayasa Mahkemesi
BİK.	:Basın Mesleğinde çalışanlarla alıştıranlar Arasındaki Múnasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun
BK.	: Borçlar Kanunu
bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
SY.	: İş Kanununa İlişkin alışma Süreleri Yönetmeliği
D.	: Dergi
DİK.	: Deniz İş Hukuku
dpn.	: Dip not
Dr.	: Doktor
E.	: Esas
FN.	: Fazla Saatlerle alışma Nizamnamesi
FY.	: İş Kanununa İlişkin Fazla alışma ve Fazla Sürelerle alışma Yönetmeliği
GEKDY.	: Gebe ve Emziren Kadınların alıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve ocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik
HİSBÇSY.	: Haftalık İş Sürelerine Bölünemeyen alışma Süreleri Yönetmeliği
HTK	: Hafta Tatili Kanunu
HTTAİN	: Hazırlama, Tamamlama veya Temizleme İşleri ile Aralı İşler Nizamnamesi
HTTİY.	: Hazırlama, Tamamlama ve Temizlik İşleri Yönetmeliği
HUMK.	: Hukuk Muhakemeleri Usul Kanunu
İHU.	: İş Hukuku Uygulaması
İÜHFM.	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İK.	: İcra İflas Kanunu
İK.	: İş Kanunu
ILO	: Uluslararası alışma rgt
İSK.	: İşsizlik Sigortası Kanunu
K.	: Karar
Kab.K.	: Kabahatler Kanunu
Kamu-İş m.	: Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası
m.	: Madde
MK.	: Medeni Kanun
MKK.	: Milli Koruma Kanunu
OHK.	: Olağanüstü Hal Kanunu
PHY.	: Postalar Halinde İşçi alıştırılarak Yürütülen İşlerde alışmalara İlişkin zel Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik
Prof.	: Profesör
RG.	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
SKBY.	: Sağlık Kuralları Bakımından Günde Ancak 7,5 Saat ve Daha Az alışılması Gereken İşler Hakkında Yönetmelik

SSHK.	: Seferberlik ve Savaş Hali Kanunu
TİS.	: Toplu İş Sözleşmesi
TİSGLK.	: Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu
TİSK.	: Türkiye İşverenler Sendikası Konfederasyonu
TÜHİS	: Türk Ağır Sanayii ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası
TÜTİS	: Türk Ulaştırma Kamu İşverenleri Sendikası
UBGTHK.	: Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanun
ÜGFY.	: Ücret Garanti Fonu Yönetmeliği
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
Y.H.D.	: Yargıtay Hukuk Dairesi
Y.H.G.K	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
Y.İ.B.K.	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı
YTPİDHY.	: Yüzdelerde Toplanan Paraların İşçilere Dağıtılması Hakkında Yönetmelik
y.y.	: Yüzyıl

GİRİŞ

Sanayi Devriminden sonra işçi sınıfının ortaya çıkması ile birlikte, işçi ve işverenin sahip olduğu güçler arasındaki dengesizlik, uzun çalışma saatleri, düşük ücret, çalışma koşullarının ağırlığının yarattığı huzursuzluk zamanla kamu düzenini etkilemiştir. Devlet, işçi ve işveren ilişkisine müdahale ederek, işçiyi korumak istemiş ve öncelikli olarak iş sürelerini sınırlandırmaya yönelik kurallar getirmiştir.

Çalışma sürelerinin sınırlandırılması fazla çalışma kavramının doğmasına neden olmuştur. Çünkü kanunlar ile belirlenen çalışma saatinin aşılması ile işçinin daha fazla çalışarak işverene yaptığı katkının, normal ücret dışında ek ücret ile karşılanması anlayışını beraberinde getirmiştir. Fazla çalışmayı sadece, kanunlar ile belirlenen koşullara uygun olmak şartıyla, işçinin normal çalışma saatlerinin üzerinde çalışarak işverene yaptığı katkının, normal ücret dışında ek ücret ile karşılanmasını sağlayan bir çalışma olarak değerlendirmek yanlış olacaktır.

Fazla çalışma kavramı, işçinin sağlığına, sosyal çevresi ile olan ilişkilerine, işyerindeki verimine, hatta devletin istihdam politikalarına etki eden yönleri ile İş Hukukunda önem taşıyan bir konudur. Normal çalışmasının üzerinde yapılan fazla çalışma işçinin sağlığını etkileyeceği gibi, uzun çalışma saatlerinin doğuracağı yorgunluğun getireceği olumsuzluklar işçinin verimini de etkileyecektir. Çünkü sürekli çalışarak çevresi ile ilişkileri zayıflayan bir işçinin ekonomiye yapacağı katkının da kalitesi tartışılmaz bir şekilde düşecektir. Verimin azalması dışında, çalışılan saatlerin artması ile birlikte işçide oluşabilecek dikkat eksikliği iş kazalarının da artmasına neden olabilecektir.

Diğer taraftan fazla çalışma süresinin devletlerin istihdam politikaları ile yakın ilişkisi bulunmaktadır. İşverenin işyerinde bulunan işçilere fazla çalıştırma yaptırması yerine, kısmi çalışma, çağrı üzerine çalışma gibi atipik sözleşmeler ile yeni işçiler çalıştırarak devletin istihdam politikalarının da desteklenmesi amaçlanmaktadır. Ancak ülkemizde işverenlerin asıl ücretlere ek olarak ödediği yasal kesintilerin yüksekliği,

işverenleri yeni işçi almak yerine, mevcut işçileri uzun saatler çalıştırma yoluna sevk etmektedir. Diğer taraftan, fazla çalışma, ekonomiye yaptığı katkılar dikkate alınarak tamamen yasaklanmamakta, fazla çalışma süresi sınırlandırılarak, tarafların işçi aleyhine yorum yaparak anlaşmasına imkan vermeyen emredici kurallara bağlanmaktadır.

Küreselleşme, işletmelerin yurt içinde ve dışında rekabet güçlerini korumak istemesi, değişen ekonomik koşullar veya müşterilerden gelen taleplere daha hızlı cevap verilmesini sağlayacak esneklik arayışları İş Hukuku kurallarında değişimi kaçınılmaz kılmıştır. Bir işçinin istihdam edilebilmesi için, işyerlerinin faaliyetlerine devam edebilmesinin de sağlanması, rekabet güçlerinin de korunması amaçlanmaktadır. Bu yüzden en çok çalışma süreleri ve dolayısıyla fazla çalışma konusuna ilişkin yeni düzenlemeler iş kanunlarında yer almaya başlamıştır. 4857 sayılı İş Kanunu ile fazla çalışma konusu için getirilen hükümler dikkat çekmektedir. Buna karşılık 854 sayılı Deniz İş Kanunu ve 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlar Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkındaki Kanun'da herhangi bir değişiklik yapılmamıştır.

Fazla çalışma konusunun incelenmesi, işçi ve işverenin birbirlerine karşı sahip oldukları hak ve yükümlülüklerin sınırlarını ortaya koyması açısından önem taşımaktadır.

Türk İş Hukukunda fazla çalışma ve ücreti incelememizin konusunu oluşturmaktadır. Fazla çalışma konusunu 4857 sayılı İş Kanunu'nda 41, 42, 43'üncü maddelerini esas alarak inceledik. 4857 sayılı İş Kanunu ile getirilen yeni düzenlemelerin daha iyi anlaşılması için, 1475 sayılı İş Kanunu'nda fazla çalışma ile ilgili hükümlere ve önemli tartışmalara yeri geldikçe yer vermeye çalıştık. Ayrıca Türk İş Hukukunda yer alan 854 sayılı Deniz İş Kanunu ve 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlar Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkındaki Kanun (Basın İş Kanunu) ile hüküm altına alınan fazla çalışmaya ilişkin düzenlemeleri ayrıca açıklamayı uygun gördük.

4857 sayılı İş Kanunu'nda fazla çalışmaya kural olarak fazla çalışma ücreti ödenmesi esastır. Fazla çalışmanın karşılığı olarak ücretin yanı sıra işçinin serbest

zaman kullanma hakkı ve bu konuları düzenleyen kurallara aykırılık halinde uygulanacak yaptırımlarda konumuzun sınırları içine alınmıştır. Borçlar Hukuku'nda düzenlenen fazla çalışmaya, inceleme konumuz dışında kalmaktadır. Ancak gerekli gördüğümüz yerlerde Borçlar Kanunu'nda yer alan fazla çalışma hakkında da kısaca bilgi vermeye çalıştık.

Araştırmamız giriş ve sonuç bölümleri dışında 4 bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde Türk İş Hukukunda fazla çalışmanın tarihsel gelişimi ve sosyal taraflar olarak işçi ve işveren açısından fazla çalışmanın önemi anlatılmıştır. Tarihsel gelişim anlatılırken, hem ülkemiz hem de bazı önemli ülke uygulamaları ele alınmıştır.

İkinci bölümde, öncelikle 4857 sayılı İş Kanunu'na duyulan ihtiyaç ortaya konulduktan sonra, fazla çalışma kavramı ile yakın ilişkisi nedeniyle işçinin normal çalışma süresi, fazla çalışma kavramı ve fazla çalışma süresinin tespiti hakkında bilgi verilmiştir. Fazla çalışmanın türleri ve koşulları 41, 42 ve 43'üncü maddeler incelenerek ele alınmış; fazla çalışmanın yasak olduğu haller Kanun ve ilgili yönetmelikler ışığında incelenmiştir. Son olarak fazla sürelerle çalışma ve fazla çalışma benzeri olarak kabul ettiğimiz hazırlama, tamamlama, temizlik işleri anlatılmıştır.

Üçüncü bölümde fazla çalışmanın kanıtlanması ve ücreti ele alınmıştır. Fazla çalışmanın kanıtlanması, işçinin kullanacağı deliller, işçinin iddialarının değerlendirilmesi açısından Yargıtay kararları ile getirilen kriterler incelenmiştir. İşçinin yaptığı fazla çalışmanın karşılığı, fazla çalışma ücreti ve serbest zaman hakkı olarak ikiye ayrılarak ayrıntılı bir şekilde incelenmiştir. Bu karşılıkların işveren tarafından yerine getirilmemesinin hukuksal sonuçları kendi içlerinde değerlendirilmiştir. Ancak, İş Kanunu'nun fazla çalışma karşılığının işçiye verilmemesi halinde uygulanacak idari para cezasını düzenleyen 102'nci maddesi ayrı bir başlık altında, her iki fazla çalışma karşılığı için ortak olmak üzere, 5728 sayılı Kanun'un getirdiği değişiklik dikkate alınarak incelenmiştir.

Dördüncü bölüm ise Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanunu'nda fazla çalışmaya ilişkin hükümler incelenmiştir.

Sonuç bölümünde, fazla çalışma ve karşılığı konusunda yaptığımız incelememiz değerlendirilmiş ve vardığımız sonuçlara yer verilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

TÜRK İŞ HUKUKUNDA

FAZLA ÇALIŞMANIN TARİHSEL GELİŞİMİ

SOSYAL TARAFLAR AÇISINDAN ÖNEMİ

**1.1. FAZLA ÇALIŞMA KAVRAMININ DOĞMASINA YOL
AÇAN GELİŞMELER**

İşçinin normal çalışmasına ek olarak yapmış olduğu fazla çalışmalara hukuki sonuçların bağlanması, çalışan kesim ile çalıştıranlar arasında süren uzun mücadeleler neticesinde ortaya çıkmıştır. Modern anlamdaki İş Hukuku¹ da bu mücadelelerin sonucunda doğmuştur. Günümüzde değişen koşullara bağlı olarak, işçi ve işveren arasında mücadele halen devam etmekte ve bu da İş Hukukunun gelişmesini sağlamaktadır.

Fazla çalışma kavramının doğmasına neden olan tarihsel süreci ele aldığımızda, çok eski çağlardan beri her dönem, iş gören ve iş gördüren olmak üzere iki sınıfın varlığının söz konusu olduğunu görmekteyiz. Sanayi devriminden önce varolan, işçi ve işveren olarak tanımlayamayacağımız bu iki sınıf arasında, küçük işletmelerde rekabet ve kazanma hırsının olmaması, çalışma hayatının sakin ve huzurlu olması, iş kazaları ve tehlikelerinin genellikle bulunmaması gibi nedenlerle çalışma süreleri konusunda önemli problemler çıkmamıştır. O dönemlerde gerek Avrupa'da gerekse Osmanlı Devleti'nde küçük meslek erbablarının oluşturduğu meslek birlikleri (loncalar)

¹ İş Hukuku, sanayi devrimi ile gelişen, üretimin artmasına bağlı olarak sayıları artan işçi kesiminin korunması amacıyla, devletin çalışma yaşamına müdahalesi sonucu doğmuştur, Adil İzveren, **İş Hukuku (I,II,III)**, Ankara: Doğu Matbaacılık, 1974, s.7; İş Hukuku, önceleri işçi hukuku olarak adlandırılmış ve "Bir memleketin istihlal faaliyetine kol ve kafa kuvveti ile iştirak eden işçi yurttaşlarla aynı faaliyette teşebbüs ve idare kabiliyeti ve sermaye kuvveti ile iştirak edenler arasındaki ekonomik münasebetleri hakkaniyete, ulusal bağlılığa ve memleketin ekonomik inkişafı zaruretlerine en uygun bir tarzda tanzim eden kaideler demektir" şeklinde tanımlanmıştır, Ali Fuat, **Türk İşçi Hukukuna Giriş**, Adliye Ceridesi, S.15, Ankara, Mart 1936, s.1283.

koşulların belirlenmesinde etkin rol oynamışlardır². Bir meslek ve sanatın icrası için bu meslek birliklerine girmenin zorunlu olması, yapılan işin ücretinin ve diğer tüm iş hayatına ait kuralların bu birlikler tarafından belirlenmesi, iş sözleşmelerinin de gelişmesini önemli ölçüde etkilemiştir³. Ancak bu düzen sanayi devrimi ile yavaş yavaş değişmeye başlamıştır.

18'inci yüzyılın ikinci yarısından sonra, ilk önce İngiltere'de başlayan sanayileşme, diğer Batı Avrupa ülkelerine yayılarak günümüz anlamında işçi ve işveren sınıfının doğmasına yol açmıştır. Çünkü sanayi devrimi ile gelişen kapitalist sistemde, çalıştıran işyeri sahibi ile çalışan kesim arasındaki ilişkiler değişmeye başlamıştır⁴.

İktisadi liberalizmin hüküm sürdüğü bu dönemde, işçi ve işverenin eşit olduğu bir ortamda, taraflar çalışma koşullarını serbestçe belirleme hakkına sahiptiler. Kağıt üzerinde son derece makul gözükten tarafların eşitliği, yaşam koşulları dikkate alındığında, ekonomik yönden güçlü olan işverenin karşısında, yaşamını işverene bağlı olarak sürdürmek zorunda olan işçiler açısından sözde kalmıştır. Çünkü, düşük bir ücret karşılığında, günde 14 saati bulan çalışma saatleri ile çalışan bir işçinin sözleşme özgürlüğüne sahip olduğunu söylemek gerçekçi olamayacaktır⁵. Nitekim işçiler, işlerini kaybetmemek için işverenin ağır koşullarını kabul etmek zorunda kalmışlardır⁶. Uzun çalışma saatleri, insanları sefalet düşürecek seviyedeki işçi ücretleri, ücret yerine mal verilmesi uygulamaları 19'uncu yüzyılın başlarında çalışma hayatının kurallarını oluşturmaktaydı⁷. İşverenin daha fazla üretim gerçekleştirerek daha fazla kar sağlamasına yönelik bu sistemin yükü işçi sınıfının sırtına yüklenmiş; bir süre sonra kamu düzeni bozularak toplumda huzursuzluklar başlamıştır. Bu koşullar altında sanayinin gelişmesi ile birlikte çalışan kesimin gün geçtikçe sayısının artması, son derece sağlıksız koşullarda çalışan ve yaşayan bir işçi topluluğunu oluşturmuş; kamu yararının sağlanabilmesi için çalışma hayatına devletin müdahalesi gerekmiştir.

Ağır hastalıkların ve toplumda huzursuzluğun baş göstermesiyle, sanayi

² Orhan Tuna, "Geçmişte ve Günümüzde Sanayi Hayatında Çalışma Süreleri", **1984 Yılı Konferansları, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Araştırma ve Uygulama Merkezi**, İstanbul, 1985, ss.124-127; İzveren, ss. 7 -10.

³ İzveren, s.9.

⁴ Tuna, s.128.

⁵ Ferit Hakkı Saymen, **Türk İş Hukuku**, İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1954, s.40.

⁶ Sarper Süzek, **İş Hukuku**, 3. Baskı, İstanbul: Beta, 2006, s.7.

⁷ Gerhard Kessler, **İçtimai Siyaset**, Orhan Tuna (çev.), İstanbul: Milli Mecmua Basımevi, 1945, s.33.

devriminin başladığı İngiltere’de devlet ilk defa işçi ve işveren ilişkisine müdahale etmek zorunda kalmıştır. Bu ülkede, öncelikli olarak çalışma süreleri kısaltılmaya başlanmıştır. İlk düzenlemelerin ortak özelliği ise, tüm işçileri kapsamamaları, yalnızca en çok zayıf olanların korunmasına yönelik tedbirlerin alındığı düzenlemeler olmalarıdır⁸. Bu yüzden ağır çalışma koşullarından en çok etkilenen kadın ve çocuk işçiler için önlemler alınmaya çalışılmıştır⁹. 1802 yılında çalışan çocukları koruyan ilk kanun çıkarılmıştır. Bu düzenleme ile çocukların çalışma süresi 12 saate düşürülmüştür. 1819 yılında, 9 yaşından küçük çocukların çalıştırılması ilk defa yasaklanmıştır. Ancak bu kanunlar uygulanamadıkları için amaçladıkları korumayı ne yazık ki sağlayamamışlardır¹⁰. 1847 yılında tekstil endüstrisinde çalışan kadın ve çocuk işçiler için çalışma süresi 10 saate indirilmiştir. Bu kanun sonrasında çalışma süresinin kısaltılması ile doğru orantılı olarak verimliliğin arttığı gözlenmiş, daha sonra devam edecek olan iş sürelerinin kısaltılması mücadelesinde bu kanunun rolü büyük olmuştur. 1871 yılında genel olarak çalışma süresi 10,5 saat olarak belirlenmiştir. 1874 yılında haftalık çalışma süresi 56,5 saat, günlük süre ise, 9,5 saate düşürülmüştür¹¹. Çocukların, gençlerin ve kadınların belirli iş kollarında ve mesleklerde çalışma sürelerini belirleyen 1961 yılında çıkarılan düzenleme ile gençlerin fazla çalışma süreleri yılda 50 saat olarak sınırlandırılmıştır¹².

O dönemin diğer sanayice gelişmiş ülkeleri Almanya ve Fransa’da da benzer sorunlar yaşanmaktaydı. *Almanya’da* 1839 yılından itibaren öncelikli olarak çocukların korunması amacıyla düzenlemeler getirilmiştir. Bu amaçla 16 yaşından küçük çocukların çalışma süresi 10 saat ile sınırlandırılırken, gece çalışması, Pazar ve tatil günlerinde çalıştırılmaları yasaklanmıştır. 1856 yılında ise, 12 yaşına basmamış çocukların çalıştırılmaları yasaklanmıştır. 12-14 yaş arası çocuklar için ise günlük çalışma süresi 6 saat olarak belirlenmiştir. Genel olarak işçilerin çalışma süresi 14 saat iken 1875 yılında 12 saate, 19’uncu y.y. sonlarında 10,5 saate inmiştir.

⁸ J.Rivero-J.Savatier, “İş Hukukunda İşin Süresi” , İsmet OCAKÇIOĞLU (çev.), *Adalet Dergisi*, S.9-10, Eylül-Ekim 1963, s.990.

⁹ Kadın ve çocuk işçiler günde 14-16 saat çalıştırılıyordu. Çalışma süreleri 18 saate kadar bile uzayabiliyordu, Tuna, s. 130.

¹⁰ Kadir Arıcı, *Çalışma Sürelerinin Hukuki Gelişimi ve Yeterliliği Açısından 1475 Sayılı İş Kanunu’nda Çalışma Süreleri*, Ankara: Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası, 1992, s. 18.

¹¹ Tuna, ss.132-135.

¹² Bob Heple ve Sandra Fredman: *Great Britan- Labour Law* , s.185 Aktaran: Arıcı, s.19.

Fransa'da, 1813 yılında kararname ile 10 yaşından küçük çocukların maden ve inşaatlarda çalıştırılması yasaklanmıştır¹³. 1841 tarihli kanun ile 8 yaşından küçük çocukların tüm işyerlerinde çalışması yasaklanırken, 13 yaşından küçüklerin gece çalışması yasaklanmıştır. 1892 tarihinde ise, yetişkinlerin çalışma süresi 12 saate indirilmiştir¹⁴. 16 Ocak 1936 tarihinde İş Kanunu ile haftalık çalışma süresi 40 saat olarak belirlenmişti. 1947 tarihli bir tamim ile iş müfettişlerinin fazla çalışmaya izin vermeleri tavsiye edilmiştir. Haftalık çalışma süresinin 40 saat olarak kabul edilmesi ile fazla çalışmaya zamlı ücret ödenmesi anlayışı getirilmiştir¹⁵.

Bu nispeten olumlu gelişmelere rağmen, birçok yasanın uygulama alanına geçirilememesinin nedenleri arasında en önemlisi, öngörülen koruyucu hükümlerin uygulanmasını izleyecek iş teftiş sisteminin kurulamamış olmasıdır¹⁶.

Yukarıda kısaca bahsi geçen düzenlemelerin yeterli olmaması, çalışma sürelerinin daha da indirilmesi konusunda mücadelenin devam etmesine neden olmuştur. Yine ilk kez İngiltere'de madenlerde çalışanlar için çalışma süresi 8 saat ile sınırlandırılmıştır¹⁷.

Çalışma süreleri işçilerin en çok etkilendiği işyeri koşuludur. İş sürelerinin kısaltılması ile başlayan süreç, belirli yasal çalışma süreleri üzerinde yapılan çalışmalara normal ücret dışında ek ücret verilmesine yol açmıştır. Ancak bu durum uzun mücadeleler sonucunda işçi-işveren ilişkilerine yansıtılabilmektedir.

1.2. TÜRK İŞ HUKUKUNDA FAZLA ÇALIŞMANIN TARİHÇESİ

Türk İş Hukuku tarihinde, yürürlükten kalkmış olan 3008 sayılı İş Kanunu, 931 sayılı İş Kanunu ve 1475 sayılı İş Kanunu bulunmaktadır. Ancak, ilk İş Kanunu olan 3008 sayılı İş Kanunu'ndan önceki dönemde de iş hayatını düzenlemek amacıyla, birbirinden bağımsız hukuki düzenlemeler yapılmıştır. İlk iş kanunumuz olan 3008 sayılı İş Kanunu'nu incelemeye geçmeden önce 3008 sayılı İş Kanunu öncesi dönemi,

¹³ İzveren, s.13, dip not. 60.

¹⁴ İzveren, s.13.

¹⁵ Rivero ve Savatier, s.991.

¹⁶ Sarper Süzek, *İş Güvenliği Hukuku*, Ankara, 1985, s.10; Kessler, s.65.

¹⁷ Tuna, s.135.

Cumhuriyetten önceki dönem ve sonraki olmak üzere iki döneme ayırarak ele almamız fazla çalışma konusunda tarihi süreci daha iyi anlamamıza yardımcı olacaktır.

1.2.1. 3008 Sayılı İş Kanunu Öncesi Dönem

1.2.1.1. Cumhuriyetten Önceki Dönem

İş Hukukunun gelişmesi için sanayinin gelişmesi ve işçi sayısının artması gerekmektedir. Bilindiği üzere sanayi, ülkemizde Avrupa'dan çok sonra gelişmeye başlamıştır. Bu yüzden 3008 sayılı ilk İş Kanunu'nun öncesinde, çalışma hayatını düzenleyen, işçi haklarını koruyan, işçi-işveren ilişkisine genel ilkeler getiren hükümlerin toplu olarak yer aldığı iş kanunu niteliğinde bir düzenleme söz konusu olmamıştır¹⁸. Batıda olduğu gibi sanayileşmenin başlaması ile birlikte işçi ve işveren ilişkilerini düzenleyen kuralların konulması ihtiyacı doğmuştur.

Cumhuriyetten önce Osmanlı İmparatorluğu'nda, hiçbir zaman Ortaçağ Avrupa'sında olduğu gibi kölelik sistemi söz konusu olmamıştır. Bu yüzden İslamiyet'in kabul edilmesinden önce kişilerin çalışma hürriyetleri her zaman bulunmaktaydı¹⁹. İslamiyet'in kabul edilmesinden sonra, tezgah ve el işlerine dayanan çalışma hayatında ise, din, örf ve adet kuralları çalışma ilişkilerine etkili olmuştur²⁰. Ticaret ve sanat erbabının hak ve menfaatlerini korumak amacıyla kurulmuş, İslam dini kurallarının esas alındığı ilk birlikleri ahi teşkilatı olarak görebiliriz. Bu düzende mesleğe kabul edilme ve ilerleme "fütüvvetname" denilen kurallar bütünü tarafından belirlenmekteydi²¹. İstanbul'un fethinden sonra Müslüman olmayan esnaf kesiminin de çoğalması meslek teşkilatlarında değişimi getirmiş ve tamamıyla laik olan loncalar oluşmuştur²². Usta, kalfa ve çırakların çalışma şartları loncalar tarafından belirleniyordu. Günlük çalışma süresinin gün doğumu ile başlayıp, gün batımı ile sona erdiği bilinmektedir²³. Bunun dışında çalışma süresini hava durumu, işçinin elverişliliği

¹⁸ Saymen, s.43.

¹⁹ Kamil Turan, *Ferdi İş Hukuku*, C:II, Ankara 1993, ss.106-107.

²⁰ Muammer Vassaf Tolga, *İş Hukuku*, İstanbul: Raşit Bütün Matbaası, 1943, s.28.

²¹ Ferit Hakkı Saymen, "Türkiyede Sosyal Sigortaların Gelişme Hareketleri ve Yeni Temayülleri", *Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C:XVIII, S.3-4, 1952, s.1069.

²² Saymen, *Sosyal Sigortalar Gelişme Hareketleri*, s.1071.

²³ Arıcı, s.16.

de etkilemekteydi²⁴. Çalışma sürelerinin uzunluğu nedeniyle, çalışan normal çalışmasının karşılığını almaktaydı. Fazla çalışma olarak ek bir ücret alması söz konusu olmamaktaydı.

Avrupa’da sanayinin gelişmesi, Osmanlı İmparatorluğu’nu da etkilemiştir. 1789 Fransız devriminden sonra 1791 tarihli Kanun ile çalışma hayatında bireysel özgürlüklerin ön plana çıkması ile korparasyonlar dağılmıştır²⁵. Osmanlı İmparatorluğu’nda loncalar da bu süreçten etkilenmiş; üretim yapan işletmelerin rekabete dayanamaması da eklenince lonca düzeni sona ermiştir²⁶. Rekabet edilebilmesi için sanayinin gelişmesi çabaları ile günümüz anlamında işçi ve işveren sınıfı doğmuştur. Bu dönemde “işçi” teriminin taşıdığı anlam, toplumun işçi kesimine bakış açısını da açıkça ortaya koymaktadır. İşçi terimi yerine çok yaygın bir şekilde kullanılan “amele” sözcüğü, bağımlı çalışanları tanımlayan, toplumsal olarak ise küçültücü bir anlamı içinde barındıran bir tabirdir²⁷. Çıkarılan yasal düzenlemeler de bu anlama bağlı olarak, işçi haklarını korumadan ziyade, üretimi artırma amacına hizmet eder nitelikteydiler. Bunlar ise, bir iş kanunu olarak değerlendiremeyeceğimiz, Osmanlı İmparatorluğu’nda kömür ve madencilik sektörünün özel önemi nedeniyle hep bu alanda çıkarılmış, örf ve adeti içeren, usule ilişkin, dağınık düzenlemelerdi²⁸. Söz konusu işletmeler, dönemlerinin en kötü koşullarına sahip işletmeleri olduğu için²⁹, her ne kadar üretimin artırılması amaç edinilmişse de, alınan bu önlemlerin işçiler için de koruyucu olduğu inkar edilemez.

Tanzimatın ilanından sonra yapılan düzenlemelerde ise örf ve adet hukuku yerini yazılı hukuk kurallarına bırakmıştır³⁰. Yapılan bu düzenlemelerden ilki olan 1865 tarihli “*Dilaver Paşa Nizamnamesi*”, Zonguldak Kömür Havzası çalışanları için çıkarılmıştır. Bu Nizamname ile havzada çalışan işçilerin çalışma süreleri sınırlandırılarak, o zamana kadar geliş güzel zamanlarda çalışan işçilerin, belirlenen

²⁴ Arıcı, s.26.

²⁵ Süzek, *İş Güvenliği Hukuku*, ss.6-7.

²⁶ Turan, s.141.

²⁷ Ahmet Makal, *Osmanlı İmparatorluğu’nda Çalışma İlişkileri: 1850-1920*, 1. Baskı, Ankara: İmge Kitabevi, 1997, s.165.

²⁸ Tolga, s.27.

²⁹ A. Mehmet Kocaoğlu, “Osmanlı’dan Cumhuriyete Uzanan Süreçte Çalışma Hayatındaki, Düzenlemelere Genel Bakış”, *M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan*, İstanbul: Beta, 2000, s.481.

³⁰ Nuri Çelik, *İş Hukuku Dersleri*, Yenilenmiş 21. Baskı, İstanbul: Beta, 2008, s.6.

sürelerden fazla çalışamayacakları belirtilmiştir³¹. Zorla çalıştırma (angarya) yasaklanmıştır³².

1869 tarihli “*Maadin Nizamnamesi*” ile Dilaver Paşa Nizamnamesinde yer alan eksiklikler giderilmeye çalışılmış, işçilerin arzuları dışında çalışamayacakları tekrar edilerek, düzenlemelerin sadece Zonguldak’ta değil Osmanlı İmparatorluğu’nun değişik madenlerinde uygulanması amaçlanmıştır³³.

Hizmet akdini kira akdinin bir türü olarak düzenleyen, Osmanlı İmparatorluğu’nun ilk Medeni Kanunu olan “*Mecelle*”(1877), örf ve adet düzeninden mevzuat sistemine geçişin öncüsü olduğu gibi, ilk defa iş ilişkilerini düzenleyen hükümlere de yer vermesi nedeniyle önemlidir. İnsan çalışmasının kira akdi içinde düzenlenmiş olması, işçinin nefisini kiraya veren kişi olarak tanımlanmasını beraberinde getirmiştir. Mecellede iş ilişkisini düzenleyen hükümler, “İcare-i ademi” (adam kirası) başlıklı fasıl altında toplanan, iş ilişkilerinin bütünü düzenlemekten ve işçiyi korumaktan çok uzak kalan, bireyci, ilkel ve liberal hükümlerdir³⁴. Örneğin, 495’inci maddesi ile çalışma süreleri konusunda dolaylı olarak düzenleme getirilmiş; ancak fazla çalışma ile ilgili bir düzenleme yapılmamıştır. Bu maddede yer alan “ *Bir kimse, bir gün işlemek üzere bir ecir(işçi) tuttuğu surette tulu-i şems’den (gün doğumundan) asr’a (ikindiye) kadar yahut grub-i şemse işlemek hususunda(gün batışına) kadar örf-i belde(o yerdeki gelenek) neyse ona göre amel olunur*³⁵” hükmü ile liberal iktisadi görüşlerin etkisi altında, işçi ve işveren ilişkilerinin serbestlik ortamında çözümlenmesi görüşünü benimsemiştir³⁶. Bunun nedenini, Mecelle’nin yapıldığı dönemin özelliği olan tezgah sanayi ve esnaf ticaretine dayanan iktisadi ortamda, bu ortamın yarattığı işçi ve işveren ilişkilerinin niteliğinde aramak gerekir. İşyerinde, az sayıdaki işçi ile işveren beraber çalışır hatta beraber yaşardı. Bu yüzden işçi-işveren arasında sadece maddi değil, manevi bir bağın bulunması o dönemde liberal bir anlayışın benimsenmesinin de

³¹ Saymen, *Sosyal Sigortalar Gelişme Hareketleri*, s.1073.

³² Kocaoğlu, s.481.

³³ Makal, s.284.

³⁴ Tolga, s.30; Ali Fuat Başgil, *Türk İşçi Hukukuna Giriş*, Ankara, 1936, s.5; Ali Fuat, Mecelle’nin bu hükümlerini yorumlarken, Mecelle’nin eski devirlerden gelen kölelik ruhunun tesirinden kurtulamadığını dile getirmiştir, Fuat, s.1285.

³⁵ Ali Himmet Berki, *Açıklamalı Mecelle (Mecelle-i Ahkam-ı Adliye)*, 2. Baskı, İstanbul: Hikmet Yayınları, 1979, s.92.

³⁶ Murat Demircioğlu ve Tankut Centel, *İş Hukuku*, 12.bası, İstanbul: Beta, 2007, s.37.

nedenini oluşturmuştur³⁷.

Cumhuriyet ilan edilmeden önce, Kurtuluş Savaşı devam ederken, 1921 yılında çıkarılan 151 sayılı “*Ereğli Havzai Fahmiyesindeki Maden Amelesinin Hukukuna Mütteallik Kanun*” un 8’inci maddesi ile günlük çalışma süresi sekiz saat ile sınırlandırılmıştır. Çalışma yerlerine iniş ve çıkışlarda bu sekiz saat içinde sayılacaktır. Günlük çalışma süresinin sınırlandırılmasının yanı sıra fazla çalışmanın işçinin rızası ile yapılabileceği ve bu çalışmaya iki kat ücret ödeneceği belirtilmiştir³⁸.

Kurtuluş Savaşının kazanılmasından sonra, Türkiye’nin iktisadi gelişiminin sağlanması için izlenecek politikanın belirlenmesi amacıyla, Şubat 1923 tarihinde İzmir’de “Türkiye İktisat Kongresi” toplanmıştır. Bu kongrenin başkanlığına sunulan İstanbul Umum Amele Birliği Raporu’nda, fazla çalışma saatlerinin işçinin iradesine bırakılması ve işçinin fazla çalışma yapmayı kabul etmesi halinde, bu çalışma karşılığının iki misli ücret olarak ödenmesi görüşü yer almıştır³⁹. Kabul edilen işçi grubunun iktisadi esaslarına baktığımızda, ilk maddesinde o zamana kadar kullanılan ve aşağılamayı da içeren “amele” sözcüğü yerine “işçi” sözcüğünün kullanılacağı belirtilmiş, 5’inci maddesinde ziraat dışında sanayi işçileri ile diğer işçiler için çalışma süresinin istirahat süresi hariç 8 saat olması uygun görülmüştür. Ayrıca 6’ıncı maddesinde, günlük çalışma süresi dışında işçinin gece de çalıştırılması mecburiyeti doğarsa, işçinin ancak 4 saat çalıştırılabileceği ve bu çalışmasının karşılığının tam gündelik olarak ödeneceği belirtilmiştir⁴⁰.

1.2.1.2. Cumhuriyet Dönemi

Cumhuriyetin ilanı ile birlikte çalışma hayatını düzenleyen birçok kanun çıkarılmıştır. Daha fazla ekonomik yarar sağlanabilmesi için işçinin korunması gerektiği düşüncesi, Avrupa’da yaşanan gelişmeler bu düzenlemelerin yapılmasında etkili olmuştur.

³⁷ Fuat, s.1286; Saymen, s.49.

³⁸ Ümran Nazif Yiğiter, **Kömür Havzasında Amele Hukuku**, Zonguldak, 1943, s.25; Tolga, s.36; Fevzi Demir, “Atatürk Dönemi Çalışma Hayatımız”, **TÜHİS İş Hukuku ve İktisat D.**, C: 20, S. 4-5, Kasım 2006/Şubat 2000, s.7.

³⁹ A. Gündüz Ökçün, **Türkiye İktisat Kongresi 1923-İzmir**, No:262, Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1968, s.167.

⁴⁰ Ökçün, ss.430-431.

Yeni kurulan Türkiye Cumhuriyeti, değişiklikler ile halen yürürlükte olan 02.01.1924 tarihli 394 sayılı “Hafta Tatili Kanunu”nu çıkarmıştır. Bu kanun, kapsamına giren işyerlerinde haftada bir gün tatil yapılması zorunluluğunu getirmiştir. Hafta tatili olan Cuma günü çalışılan işyerlerinde, işçilere hafta içi bir başka günün tatil verilmesi düzenlenmiştir⁴¹. 01.06.1935 tarihli 2739 sayılı Kanun ile hafta tatili Cuma gününden Pazara alınmış ve tatil süresi 24 saatten 35 saate çıkartılmıştır.

Önemli ikinci düzenleme ise, 04.10.1926 yılında çıkarılan 818 sayılı “Borçlar Kanunu”dur (BK.). Mecelle’yi yürürlükten kaldırarak 3008 sayılı İş Kanunu çıkarılıncaya kadar işçi işveren ilişkilerine uygulanmıştır. Kanun’un 10’uncu babında yer alan “*Hizmet Akdi*” başlıklı bölümde, iş hayatını düzenlemeye yönelik genel hükümlere yer verilmiştir. Borçlar Kanunu’nun 19’uncu maddesinin ilk fıkrasında, kanuna aykırı olmadıkça sözleşmelerin içeriğinin serbestçe tayin edilmesi esas alınmıştır. Bu esasın hizmet sözleşmelerine yansması ise, Borçlar Kanunu’nun 319’uncu maddesinde belirtildiği üzere, hizmet sözleşmesinin ahlaka aykırı olmadıkça serbestçe düzenlenmesidir⁴². Bu hüküm aslında çalışma ve sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde konulmuştur⁴³.

Fazla çalışma ile ilgili düzenleme ise, Borçlar Kanunu’nda “*Fazla İş İçin Ücret*” başlıklı 329’uncu maddesinde yer almaktadır. Bu hükme göre, sözleşme ile veya adet mucibince icap eden iş miktarından fazla bir işin yapılması konusunda bir mecburiyet varsa, işçiye fazla çalışma yaptırılır. İşçi fazla çalışmadan kaçınıyorsa, bu durumda iyi niyet kurallarına göre değerlendirme yapılacak ve gerekirse işçi fazla çalışma yapması için zorlanabilecektir (BK.m.329/I). Fazla çalışma ücreti konusunda, işçinin normal ücreti dışında ücrete hak kazanacağı belirtilmiştir. Bu ücret konusunda herhangi bir oran verilmemiş, hizmet sözleşmesi ile belirlenmesi öngörülmüştür (BK.m.329/II).

⁴¹ Hafta tatilinde işçilerin çalıştırılmasının fazla çalışma açısından değerlendirilmesi için bkz.3.2.2.4.2.

⁴² Andreas von Tuhr, **Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı**, Cevat EDEGE (çev.), C:1-2, Ankara: Yargıtay Yayınları,1983, s.242, dipnot 2.

⁴³ Demir, *Çalışma Hayatımız*, s.8.

Çalışma süreleri konusunda diğer bir düzenleme, 24.04.1930 tarihli ve 1593 sayılı “Umumi Hıfzısıhha Kanunu”⁴⁴dur (UHK.). Bu Kanun ile 12-16 yaşları arası kız ve erkek çocukların günde en çok sekiz saat çalıştırılabileceği kabul edilmekte ve gece saatlerinde çalıştırılmaları yasaklanmaktaydı (UHK.m.173-174). Ayrıca gece veya yeraltında çalışan bütün işçiler yirmi dört saat içinde sekiz saatten fazla çalışmıyorlardı (UHK.m.175). Bu hükümden anladığımız gece işlerinde ve yeraltı çalışmalarında fazla çalışma yapılmasının açıkça yasaklanmış olduğudur.

1930’lu yıllarda ulusal sanayinin kurulmaya başlanması ile birlikte işçi ve işveren ilişkilerinin kapsamlı bir şekilde düzenlenmesi gerekliliği doğmuştur. Çünkü yürürlükte bulunan Borçlar Kanunu’nun hizmet sözleşmesi ile ilgili maddeleri her kesimden bütün işçileri kapsamaktadır⁴⁵. Sanayide çalışanlara ya da ev hizmetlerinde çalışanlara aynı kuralların uygulanması zaman içerisinde, Kanunla sağlanmaya çalışılan korumanın farklı kesimler için yetersizliğine yol açmıştır⁴⁶. Özellikle sanayi kesiminde ve ticari kuruluşlarda çalışan kesim için, işçi ve işveren ilişkilerine uygulanacak özel yasalara ihtiyaç duyulması iş yasasının çıkarılmasına zemin hazırlamıştır. Uygulanmakta olan devletçilik ilkesine uygun olarak, çalışma hayatının düzenli kurallara bağlanması ihtiyacı, ilk İş Kanunu olan 08.06.1936 tarihli “3008 sayılı İş Kanunu”nun çıkarılmasına neden olmuştur⁴⁷. Böylece işçi-işveren ilişkisine müdahale eden devlet, sosyal adalet ve kamu yararını göz önünde bulundurarak diğer düzenlemeler ile getirilen kurallara sınırlar getirmek istemiştir.

1.2.2. 3008 Sayılı İş Kanunu Dönemi

Cumhuriyet’in ilan edilmesinden sonra İş Kanunu hazırlanmasına yönelik çalışmalar başlatılmış ve birçok tasarı hazırlanmıştır. Uzun süren çalışmalardan sonra 08.06.1936 tarihli ve 3008 sayılı ilk İş Kanunu (3008 sayılı İK.) yürürlüğe girmiştir. İş Kanunu’nun en önemli özelliği, devlet müdahalesinin yoğun olduğu bir dönemde iş ilişkilerine sosyal açıdan yaklaşması ve çalışan kesimin çalışma şartlarını toplum

⁴⁴ RG., 06.05.1930, 1489.

⁴⁵ Demir, *Çalışma Hayatımız*, s.9.

⁴⁶ Başgil, s.8.

⁴⁷ Çelik, s.9.

yararını gözeterek düzenlemeye çalışmasıdır⁴⁸.

3008 sayılı İş Kanunu'ndan bugüne kadar çıkarılan tüm İş Kanunları incelendiğinde, her dönemde ücret karşılığı çalışan kesimin tamamının İş Hukuku kapsamına alınmadığı görülmektedir⁴⁹. 3008 sayılı İş Kanunu'nda 10 veya daha fazla kişi çalıştıran işyerleri ile çeşitli Bakanlar Kurulu kararları ile nüfusu 50 binden fazla olan illerdeki belediye sınırları içinde belli iş kollarında 4-9 işçi çalıştıran işyerlerini kapsamına almıştır. Kapsam ile ilgili bir başka düzenleme ise, bedenen çalışanlar ile fikren çalışanları ayırma tabi tutulmasında görülmektedir. Bedenen çalışanlar ile bedenen çalışması fikren çalışmasına üstün tutulan kişiler işçi sayılarak Kanun kapsamına alınmışlardır. Bu tanıma göre, fikren çalışanlardan sayılan gazetecilere uygulanmak üzere 1952 yılında "Basın İş Kanunu" çıkarılmıştır. 1967 yılında çıkarılan 931 sayılı İş Kanunu ile fikren çalışanlar ile bedenen çalışan işçiler arasında süregelen ayırım kaldırılmış ve herhangi bir işte ücret karşılığı çalışan kişiye işçi denileceği ifade edilmiştir⁵⁰. 1954 yılında, gemi adamları için Deniz İş Kanunu yürürlüğe girmiştir.

Çalışma hayatı ile ilgili konuların hepsine ilişkin ana prensipler koyan 3008 sayılı İş Kanunu, kendisinden sonra çıkarılan diğer İş Kanunlarında olduğu gibi çalışma süresine sınır getirirken, belli sebeplerle fazla çalışma yapılmasına da imkan tanımıştır⁵¹. Normal çalışma süresi, haftada en çok 48 saat olarak belirlenmiştir. Bu sürenin, Cumartesi günü saat 13'de kapanması gereken yerlerde en çok 9 saati, Cumartesi tam gün çalışılan işyerlerinde en çok 8 saati geçmemek üzere, haftanın çalışılan günlerine eşit olarak dağıtılması gerekmekteydi (3008 sayılı İK.m.35/A). Daha önce bahsettiğimiz, 151 sayılı Havza-i Fahmiye Kanunu'nun 8'inci maddesinde, maden işçileri için çalışma süresine getirilen günlük sınır bu kanun ile tekrarlanmış ve haftalık çalışma süresi belirtilerek genişletilmiştir.

3008 sayılı İş Kanunu'na dayanılarak çıkartılmış olan 6 Kasım 1939 tarihli 4354 sayılı Fazla Saatlerle Çalışma Nizamnamesinin (FÇN.) 1'inci maddesi, fazla

⁴⁸ Tolga, ss.40-41; Çelik, s.9; Demircioğlu ve Centel, s.39

⁴⁹ Kuşkusuz farklı konumda olan tüm işçilerin tek bir yasa çerçevesinde korunması yükümlülüğü olmadığı gibi, bu yaklaşım isabetli de değildir, Metin Kutal, "Türkiye'de İş Hukukunun Gelişme Süreci ve Özellikleri", **Halid Kemal Elbir'e Armağan**, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı, 1996, s.227.

⁵⁰ Metin Kutal, "Sosyal Hukuk ve Tatbikatı", **İktisat ve Maliye D.**, C: XIV, S.5, Nisan 1967-Mart 1968, s.191.

⁵¹ Tolga, s.42.

çalışmayı, günlük çalışma süresinin üzerindeki çalışma olarak kabul etmekteydi. Buna göre, çalışılan iş günlerinde günlük çalışma süresi olan 8 saatlik çalışma süresinin aşılması halinde fazla çalışmadan bahsedilebilecekti. Ancak, İş Müddetleri Nizamnamesi'nin⁵² 2'inci maddesinin 1'inci fıkrasında açıklandığı üzere, bir işyerinde postalar halinde 8 saatten fazla çalışılması fazla çalışma olarak kabul edilmemekteydi⁵³.

3008 sayılı İş Kanunu'nun 37, 38, 39 ve 47'nci maddeleri, 3780 sayılı Milli Koruma Kanunu'nun⁵⁴ (MKK.) 19'uncu maddesi ve 27.10.1939 tarih ve 2/12245 sayılı Kararname ile yürürlük kazanan Fazla Çalışma Nizamnamesi ele alındığında fazla çalışma yapılması için gerekli olan nedenleri:

a) Memleketin ekonomik menfaatleri veya işin mahiyeti veya istihsalı mutad seviyenin üstüne çıkarmak ihtiyacı (3008 sayılı İK.m.37),

b) İşyerinde bir arıza vaki olmuş veya işletmenin değerinin düşmesi tehlikesi (3008 sayılı İ.K.m.38),

c) Seferberlik esnasında veya seferberliğe hazırlık halinde (3008 sayılı İK. m.39),

d) Hazırlama, tamamlama ve temizleme işleri nedeniyle (3008 sayılı İK .m.47),

e) Hükümetçe lüzum görülmesi (MKK.m.19)

şeklinde sıralayabiliriz⁵⁵.

İş Kanunu'nun fazla çalışmaya getirdiği azami sınır günde 3 saat, yıllık ise en çok 90 gün idi (3008 sayılı İK.m.37/II, FÇN.m.5).

Fazla çalışma yapılabilmesi için ilgili makama başvurularak izin alınması ve işçinin de rızasının bulunması gerekmektedir. Milli Koruma Kanununun koymuş olduğu iş mükellefiyetinde fazla çalışma yaptırılabilmesi için işçiden rıza alınmasına ise

⁵² RG., 3.11.1943, 2/20738.

⁵³ Saymen, s.296.

⁵⁴ RG., 26.01.1940,4417.

⁵⁵ Saymen, s.297.

gerek bulunmamaktaydı (MKK.m.9)⁵⁶.

Fazla çalışmaya izin verilirken, fazla çalışmanın yasaklandığı işlere ve fazla çalışma yapamayacak işçilere de değinilmiştir (FÇN.m.3,4). Bu hükümlere göre, yer altı veya yer üstünde yapılan işler (maden ocakları, kablo döşemesi, kanalizasyon, tünel inşaatı), gece ve gece sayılan işler ve 12.11.1940 tarih 2/14637 sayılı “Günde Ancak 8 Saat veya Daha Az Çalışılması İcap Eden İşler Nizamnamesi” nin kapsamına giren işlerde fazla çalışma yapılamayacağı gibi, on altı yaşını doldurmamış kız ve erkek çocuklar ile muvafakat etmiş olsalar bile hekim raporu ile sıhhatlerinin bozuk olduğu tespit edilenlere fazla çalışma yaptırılması yasaklanmıştı.

Normal çalışma süresinin bitiminde, fazla çalışmaya başlamadan önce ihtiyari olarak bir dinlenme süresi verilmesi mümkündür (FÇN.m.6). Bu dinlenme süresi, fazla çalışma idari makamlarca onaylanırken tespit edilir ve bu dinlenme süreleri çalışma süresi hesaplanırken hesaba katılmazdı⁵⁷.

Fazla çalışmanın hesaplanması sırasında, fazla çalışmanın yarım saatten az kısmı yarım saat, yarım saatten fazla kısmı da bir saat olarak kabul edilmekteydi.

3008 sayılı İş Kanunu’na ek olarak çıkarılan 11.10.1943 tarihli ve 2/20739 sayılı “Hazırlama, Tamamlama veya Temizleme İşleri ile Aralı İşler Nizamnamesi” (HTTAİN.) ile hazırlama, tamamlama veya temizleme işlerinin normal çalışma süresi içinde yapılması sakıncalı ya da temizlik işleri yapmak işçilerin sağlığı bakımından uygun değilse, bu işlerin normal çalışma öncesinde ya da sonrasında yapılabileceği esası getirilmişti (HTTAİN.m.3). Bu süre en fazla iki saat olarak belirleniyor ve fazla çalışılan zaman içinde işçiye %25 fazla ücret verilmesi gerekiyordu. Bu tip işler, Cumhuriyet Bayramında yapılıyorsa, ücretin iki katı olarak belirlenmesi hüküm altına alınmıştı. Hazırlama tamamlama ve temizlik işleri ile normal çalışma süresinde yapılacak işler arasında yarım saatlik ihtiyari olarak dinlenme süresi verilebilirdi. Ancak yapılan iş ağır işlerden ise, bu dinlenme süresinin verilmesi mecburi tutulmuştu. Bir diğer önemli konu, günde en fazla sekiz saat çalışılacak işlerde hazırlama tamamlama ve temizlik işlerinin normal iş süresi içinde yapılmasının öngörülmüş olmasıydı

⁵⁶ Saymen, s.300

⁵⁷ Saymen, ss.303-304.

(HTTAIN.m.7, 8, 9).

Fazla çalışma ücretinin, tarafların anlaşmasına göre, çalışılan her fazla saat için saat başına verilen normal ücretin %25 ile %50 arasındaki oranda artırılarak ödenmesi gerekiyordu. Ancak ağır ve tehlikeli işlerde yapılmış, kanunen tatil iken özel olarak çalışmasına izin verilmiş olan günlerde veya gece çalışmalarında mutlaka bu oran %50 olarak belirlenecekti.

Fazla çalışma ücreti konusunda, diğer İş Kanunlarının 1961 Anayasası yürürlüğe girdikten sonra yer vermediği bir konuya da açıklık getirmek gerekmektedir. 3008 sayılı İş Kanunu'nun 38'inci maddesinin 2'nci fıkrasında, zorunlu nedenlerle yapılan fazla çalışmanın ilk saati için ücret ödenmemesi hükmü yer almaktaydı. Bu hüküm, 1961 Anayasası'nın 45'inci maddesinde yer alan angarya yasağına aykırı bulunarak, 21.10.1963 tarihli 172 Esas, 244 Karar sayılı Anayasa Mahkemesi kararı ile iptal edilmiştir. Böylece fazla çalışma yapan kişinin bu çalışmasının karşılığını istisna olmaksızın alacağı kabul edilmiştir.

1.2.3. 931 Sayılı İş Kanunu Dönemi

3008 sayılı İş Kanunu yürürlüğe girdikten sonra değişen koşullara uyum sağlanabilmesi için, ihtiyaç duyulan konularda Kanuna hükümler eklenmiş veya varolanlar değiştirilmiştir. Bazen de çözüm gereken konulara özel kanunlar çıkartılmıştır. Zaman içerisinde, sürekli bir değişim ve gelişim gösteren iş hayatının ihtiyaçlarına cevap verilmesi amacıyla bu değişiklik ve eklemelerin yapılması kaçınılmaz olmuştur. Ayrıca 1961 anayasası ile Türkiye Cumhuriyeti'nin nitelikleri arasına "sosyal hukuk devleti" ilkesi girmiş, Anayasa'nın 35'inci maddesi ile 53'üncü maddesi arasında "iktisadi ve sosyal haklar ve ödevler" bölümü yer almıştır. Böylece Anayasa'nın getirdiği yenilikler ve iş hayatındaki gelişmeler dikkate alınarak, yıllar içerisinde çıkarılan yasaların bir araya getirilmesi gerekliliği doğmuş, 28.07.1967 tarihli "931 sayılı İş Kanunu" çıkartılmıştır.

931 sayılı İş Kanunu'nun ömrü uzun olmamış, yaklaşık 3 yıl uygulanabilmiştir. Türkiye İşçi Partisi'nin başvurusu üzerine, Anayasa Mahkemesi'nin kararı⁵⁸ ile kanunlaşma safhasında özellikle meclis komisyonlarının oluşumunda Anayasa hükümlerine aykırı davranıldığı gerekçesiyle şekil yönünden Kanun'un tamamı iptal edilmiştir⁵⁹.

Şekil yönünden hukuka aykırı bulunarak iptal edilen 931 sayılı İş Kanunu'nda yer alan hükümlerin çok büyük bir bölümü 1475 sayılı İş Kanunu'nda yer almıştır. Fazla çalışma konusunu düzenleyen 35, 36 ve 37'nci maddelerine göz attığımızda burada yer alan fazla çalışmanın sebepleri, günlük ve yıllık sınırları, şartları, yasakları, fazla çalışmaya verilecek ücret, normal fazla çalışma dışındaki fazla çalışma türlerinin 1475 sayılı İş Kanunu'nda tekrar edildikleri görülmektedir⁶⁰. Ancak, 931 sayılı İş Kanunu, 3008 sayılı İş Kanunu'nun fazla çalışma ücretinin hesaplanmasını düzenleyen hükümlerine esaslı değişiklikler getirmiştir. 931 sayılı İş Kanunu, fazla çalışmanın tüm türleri için artırım oranını %50 olarak belirlemiş; 3008 sayılı İş Kanunu'nun işçi ve işverenin %25 ile %50 arasında bir oranı belirleyerek fazla çalışma ücretini hesap etmelerine imkan veren hükmünü kaldırmıştır.

1.2.4. 1475 Sayılı İş Kanunu Dönemi

Anayasa Mahkemesi 931 sayılı İş Kanunu'nu iptal ederken, yeni kanunun hazırlanabilmesi için iptal kararının yürürlüğünü ertelemiştir. Ancak erteleme süresi içinde yeni İş Kanunu'nun hazırlanamaması, 3008 sayılı Kanun'un mu yoksa 931 sayılı Kanun'un mu uygulanacağı konusunda karışıklık yaratmıştır. Tartışmalarda, bu dönem içinde çıkan uyuşmazlıklara, 931 sayılı İş Kanunu'nun iptali ile otomatik olarak 3008 sayılı İş Kanunu'nun uygulanması gerekeceği belirtildiği gibi, bu yorumun mümkün olmadığı, bir boşluk olması nedeniyle en kısa zamanda yeni İş Kanunu'nun yürürlüğe girmesi gerektiği ifade edilmiştir⁶¹. 931 Sayılı İş Kanunu'nun yürürlükten kalkmasından 10 ay sonra 25.08.1971 tarihli ve 1475 sayılı İş Kanunu yürürlüğe girmiştir⁶².

⁵⁸ Ay.M., 14.05.1070, E.1967/40, K.1970/26 (RG. 11.05.1971, 13833).

⁵⁹ Arıcı, s.38.

⁶⁰ Fevzi Ilgaz, *İş Kanunu*, 1967, ss.15-16.

⁶¹ Metin Kutal, "Sosyal Hukuk ve Uygulaması", *İktisat ve Maliye D.*, C:XVII, S.8, Nisan 1970-Mart1971, s.364.

⁶² RG. 01.09.1971,1393.

1475 sayılı İş Kanunu'nun 35'inci maddesinde düzenlenen fazla çalışma, belirli sebeplerin ve şartların gerçekleşmesi halinde, Kanun'da yazılı "günlük çalışma süresi" dışında yapılan çalışma olarak tanımlanmıştır. Fazla Saatlerle Çalışma Tüzüğü'nün 1'inci maddesi de "*İş Kanununun 61'inci maddesinin (a) bendinin ikinci fıkrasında yazılı normal çalışma sürelerinin dışında yapılacak fazla çalışmalar...*" hükmü ile fazla çalışma için günlük çalışma süresinin dikkate alınacağını belirtmiştir.

Günlük çalışma süresi ise, İş Kanunu'nun 61'inci maddesinin (a) fıkrası ve İş Süreleri Tüzüğü'nün 4'üncü maddesi birlikte değerlendirildiğinde, haftanın altı iş günü çalışılan işyerlerinde 7,5 saati; Cumartesi günleri çalışılmayan işyerlerinde 9 saati; Cumartesi günü tam gün çalışılmayan işyerlerinde ise Cumartesi günü çalışılan saat haftalık çalışma süresi olan 45 saatten çıkarıldıktan sonra kalan sürenin beşe bölünmesiyle bulunacak süreyi ifade etmekteydi.

Kanun'da işçinin azami çalışma süresi haftalık ve günlük olarak belirlenmiş olmasına rağmen, fazla çalışma tanımlanırken sadece günlük çalışma süresinin aşılması esas alınmıştır. Bazı yazarlara göre, haftalık çalışma süresi dikkate alınmadan günlük çalışma süresinin aşılmış olması fazla çalışma için yeterli sayılmıştır⁶³. Yargıtay ise, fazla çalışma için günlük çalışma süresinin ve haftalık çalışma süresinin aşılması gerektiğini vurgulamıştır⁶⁴. Sadece günlük çalışma süresinin aşılmış olmasını fazla çalışma yapıldığının kabulü için yeterli bulmamıştır.

Hafta tatilinde yapılan çalışmalar açısından Kanun'da açık bir hüküm olmaması nedeniyle görüş ayrılıkları olmuştur. *Yargıtay ve öğretide bir kısım yazarlar*, haftalık çalışma süresinin aşıldığı durumlarda fazla çalışmanın varlığından bahsedileceğini kabul etmişlerdir⁶⁵. Kanuna aykırı olsa bile, işçi ve işveren ilişkileri işçilerin korunması esası dikkate alınarak değerlendirilecek ve söz konusu kanuna aykırı çalışmanın ücretinin de bir yaptırım gibi fazla çalışma esaslarına göre ödenmesi gerekeceği ileri sürülmüştür. *Diğer görüş ise*, işçinin korunması için kanuna aykırı olarak yapılan haftalık azami çalışma üzerindeki çalışmalara fazla çalışma ücretinin

⁶³ Bu konudaki görüşler için bkz.2.2, s.38, dpn. 136.

⁶⁴ "*Fazla çalışmadan söz edebilmek için ilke olarak günde 8, haftada 48 saatin üstünde çalışmış olmak gerekir*", Y.H.G.K., 21.03.1979, E.919, K.318, Mustafa Çemberci, *İş Hukuku Şerhi*, Ankara 1986, s.808.

⁶⁵ Kenan Tunçomağ, *Türk İş Hukukunun Esasları*, İstanbul, 1989, ss.155-156.

verilmesi ile işçinin sağlığa aykırı bir şekilde çalışmasının teşvik edileceğini savunmaktaydı⁶⁶. Hatta haftalık azami çalışma süresi dolmasa bile hafta tatilinde yapılan çalışmaların da fazla çalışma olarak kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmekteydi⁶⁷.

Fazla çalışma süresinin sınırı, günlük ve yıllık olarak iki şekilde belirlenmiştir. Fazla çalışma günde 3 saati aşamayacağı gibi, fazla çalışma yapılacak günlerin toplamı bir yılda 90 iş gününden fazla olamazdı. Yıllık sınırın belirlenmesinde 931 sayılı İş Kanunu'na göre çıkarılan Fazla Çalışma Tüzüğünde “**takvim yılı**” dikkate alınmıştır. 1475 sayılı İş Kanunu'na göre çıkarılan Fazla Saatlerle Çalışma Tüzüğü'nün 2'nci maddesinin 2'nci fıkrasında ise “...fazla çalışmaya başladığı günden itibaren **bir yıllık süre içinde** 90 iş gününden fazla olamaz” denerek farklı bir esas benimsemiş olduğunu görmekteyiz.

Memleketin genel yararları, işin niteliği veya üretimin artırılması gibi nedenlerle olağan fazla çalışma yaptırılabilirdi. Fazla çalışma yapılabilmesi için gerekli olan sebepler ortaya çıktığında, işveren tek taraflı olarak fazla çalıştırma yaptıramıyordu. İşverenin bu isteğine işçinin onay vermesi ve Bölge Çalışma Müdürlüğü'ne işverence başvuru yapılarak idari izin alınması gerekmekteydi.

Zorunlu sebeplerle fazla çalışma, arıza ya da bir arıza olma ihtimalinin bulunması, makineler ile araç ve gereç için acil yapılması gereken işlerde ya da zorlayıcı nedenlerin ortaya çıkması halinde işçinin rızasına gerek olmadan yaptırılmaktaydı. Normal fazla çalışmadan farklı olarak idari izin alınmasına gerek yoktu. Ancak fazla çalışmanın bitirilmesinden itibaren 48 saat içinde işin niteliği ve işin başladığı ve bittiği zamanın Bölge Çalışma Müdürlüğü'ne bildirilmesi gerekmekteydi (1475 sayılı İK. m.36).

Olağanüstü hallerde fazla çalışmaya, seferberlik sırasında, seferberlik süresi ile sınırlı, işçilerin rızasına gerek kalmadan, ülke savunmasının ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla izin veriliyordu (1475 sayılı İK. m.37).

⁶⁶ Saymen, s.495.

⁶⁷ Sabih Selçuki, *İlmi-Kazai İçtihatlarla İş Kanunu*, Son Değişikliklerle 1475 Sayılı, Değişik 3ncü Baskı, İstanbul 1973, s.576.

İş Kanunu'ndan ayrı olarak, halen yürürlükte olan 79 sayılı Milli Koruma Suçlarının Affına, Milli Korunma Teşkilat, Sermaye ve Fon Hesaplarının Tasfiyesine, Bazı Hükümler İhdasına Dair Kanun⁶⁸ ve 2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanunu'ndan⁶⁹ (OHK) doğan sebeplerle de gerek görülürse çalışma süreleri arttırılacaktır. Ayrıca Olağanüstü Hal Kanunu, Bakanlar Kuruluna ağır ekonomik bunalım hallerinde çalışmaya ilişkin her türlü yükümlülükleri kapsayan (fazla çalışma yükümlülüğü bu kapsam içindedir) kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisini de tanımıştır (OHK.m. 10/I). Bakanlar Kurulu kararı ile bu tür fazla çalışmaya karar verildiği için, işverence alınması gerekli olan bir idari izin de söz konusu değildi.

Hangi sebeple fazla çalışma yapılırsa yapılsın, işçiye ödenecek olan ücret, günlük normal ücretinin saat başına düşen miktarın %50 yükseltilmesi suretiyle ödenmekteydi.

Normal fazla çalışma yapılacak günlerin toplamı, yılda 90 işgünü ve bir günde 3 saati geçemezdi (1475 sayılı İK.m.35/a-b). Zorunlu fazla çalışmada, fazla çalışma sınırı normal çalışma gibi belirli bir saatle sınırlandırılmamıştı. Bunun yerine Kanun maddesi, bu tür fazla çalışmanın sebeplerini dikkate alarak, işyerinin normal çalışmasını sağlayacak dereceyi aşmayacak takdiri bir süreyi sınır olarak belirlemeyi uygun görmüştü (1475 sayılı İK. m.36/I)⁷⁰. Olağanüstü fazla çalışmada ise, seferberlik süresini aşmamak üzere, işin cinsine ve fazla çalışmaya duyulan ihtiyacın şiddetine göre fazla çalışma süresi, Bakanlar Kurulu kararı ile işçinin en çok çalışma kabiliyetine çıkarılabilecektir (1475 sayılı İK., m.37/I). İş Kanunu dışında 79 sayılı Kanun'a göre yapılacak fazla çalışmalar için de günde 3 saatin aşılmasına izin verilmemektedir. Ancak Olağanüstü Hal Kanunu'ndan doğan sebeplerle yapılacak olan fazla çalışmalarda belirli bir süre öngörülmemiştir.

Sağlık kuralları bakımından günde en fazla 7,5 saat ve daha az süre çalışılması gereken işlerde fazla çalıştırma yaptırılması yasaklanmıştı. Bu işleri ve bu işlere

⁶⁸ RG.16.05.1960, 10605.

⁶⁹ RG. 27.10.1983, 18204.

⁷⁰ Zorunlu fazla çalışma için getirilen sınırın işverenlere yönelik bir amacı bulunmaktadır. Bu tür fazla çalışmada amaç üretim artışı değildir. Üretim artışına geçmeden, işyerinin normal çalışma düzenin sağlanması ile zorunlu fazla çalışmaya son verilmesi gerekmektedir. Bu yüzden, işverenlerin kötü niyetle bu tür fazla çalışmayı amaç dışı kullanmaları engellenmek istenmiş; zorunlu fazla çalışmada işyerinin normal çalışma düzeninin sağlanacağı derece sınır olarak düzenlenmiştir.

uygulanacak esasları belirlemek amacıyla “ Sağlık Kuralları Bakımından Günde Ancak 7,5 Saat veya Daha Az Çalışması Gereken İşler Hakkındaki Tüzük” çıkarılmıştı⁷¹.

Gece yapılan işlerde fazla çalışma yapılması yasaktı (1475 sayılı İK., m.65/III)⁷². 15 yaşından küçük işçiler ile maden ocağı işlerinde, kablo döşemesi, kanalizasyon ve tünel inşaatı gibi yer altı veya su altında yapılan işlerde çalışan işçilere fazla çalışma yasaklanmıştı (FÇT.m.3). Bu yasaklara uymayan işverene idari para cezası öngörülmüştü (1475 sayılı İK.m.99/b).

1.3. FAZLA ÇALIŞMANIN SOSYAL TARAFLAR AÇISINDAN ÖNEMİ

1.3.1. İşçi Açısından

Sanayi devrimi ile başlayan süreçte çalışma sürelerinin çok uzun olması nedeniyle işçilerin çok ağır şartlarda çalışmaları dikkate alındığında, o dönem için fazla çalışmanın düzenlenip sınırlarının belirlenmesi ve bu çalışmaya ayrı bir ücret ödenmesi mümkün değildi. Ancak zaman içerisinde, işçi sayılarının artması, ağır koşulların toplumda yarattığı gerilim neticesinde devletin iş yaşamına müdahale etmesi ile işçiyi işverene karşı korumayı amaçlayan kanunlar çıkarılmaya başlanmıştır. Söz konusu ağır şartlardan en önemli iki tanesi ücretlerin düşüklüğü ve çalışma sürelerinin uzunluğudur.

Çalışma süreleri uzun olduğu zaman işçi hem yıpranmakta, verim düşmekte⁷³ hem de ek bir ücret talep edememektedir. Halbuki işçinin temel amacı, çalıştığı işyerinde çalışma süresi ile uyumlu bir gelir elde etmektir. İş Hukukunun işçiye fazla çalışması karşılığında haklar sağlaması ile işçi zamanını değerlendirmiş ve aldığı ek ücret ile elde ettiği gelirini yükseltme imkanını sağlamıştır. Çalışan kişi, yapmış olduğu işi gerçekleştirmek üzere zihinsel ve/veya bedensel olarak emeğini işverenin hizmetine sunarken, fazla çalışmasının karşılığını zamlı ücret olarak elde etmesi ücret adaletinin de sağlanmasına yardımcı olmaktadır.

Üretim politikasının temel amacı olabildiğince en yüksek üretimin elde

⁷¹ RG.27.7.1984,18471.

⁷² 79 sayılı Kanun'un 6'ncı maddesine göre, yapılacak fazla çalışmalar için gündüz ve gece işlerinde çalışma süreleri artırılabilir.

⁷³ Ünal Narmanlıoğlu, *İş Hukuku Ferdi İlişkileri*, C:1, İzmir, 1998, s.363.

edilmesidir. Üretimin arttırılması işyerinde verimliliğin sağlanması ile doğru orantılıdır⁷⁴. Verimlilik ise kullanılan işgücünün eğitilmesine, kullanılan makinelerin, araç ve gereçlerin randımanının arttırılmasına ve işyerindeki çalışma düzenine bağlıdır. Araştırmalar, sanılanın aksine, iş saatlerinin azaltılmasının emeğin verim birimini arttırdığını göstermiştir⁷⁵. Yani işçi, gerekli önlemler alındığı takdirde verimli çalışmak suretiyle kısa zamanda aynı üretimi gerçekleştirmektedir⁷⁶. Bu durumda fazla çalışma yapılmasına daha az ihtiyaç duyulmaktadır. Ancak yeterli nitelikli işgücüne sahip olmayan ülkelerde bu çalışanların fazla çalışma saatleri de artış gösterecektir⁷⁷.

Fazla çalışmadan istenen yararın sağlanabilmesi için, fazla çalışmaya verilecek ücretin işçiyi teşvik edici ölçüde ve adil olması gerekmektedir. Ancak fazla çalışmanın işçinin gelirini yükselttiği ve işçiye yarar sağladığı görüşü, normal çalışmaya verilen ücretin düşüklüğünün işçilerin zorunlu olarak fazla çalışma yapmasına neden olduğu gerekçesiyle eleştirilmesine neden olabilecektir.

Bir başka açıdan baktığımızda, fazla çalışma ile işçinin çalışma süresinin uzatılması işçinin yorgunluğuna yol açacağından, iş kazalarının sayısı da buna bağlı olarak artış göstermektedir. Çalışanların sosyal ve kültürel ihtiyaçları dikkate alınmadan yaptırılan fazla çalışmalar, iş verimi ve çalışma saatleri arasındaki dengenin bozulmasına ve iş kazalarının artmasına neden olmaktadır⁷⁸.

Normal ücretin yüksek ve ekonominin istikrarlı olduğu gelişmiş ülkelerde fazla çalışma kaçınılmaz durumlar dışında uygulanmamaktadır. Çünkü çalışma hayatında kaçınılmaz olarak işçi gelirini yükseltmek isterken, işveren de yüksek ücretlerin yaratacağı maliyetten kaçınmaya çalışmaktadır⁷⁹. Esasen işçi sendikaları da fazla çalışma yapılmasını istememektedirler.

⁷⁴ Ömer Alparslan Aksu, “ Sosyal Siyaset Konferansları”, **Orhan Tuna’ya Armağan**, İstanbul 1982, s.274.

⁷⁵ Çalışma sürelerinin kısaltılmasının yarattığı verimliliğin artışının maliyetleri düşürücü bir etkisi olduğu görüşü de ileri sürülmektedir, Cem Kılıç, “Çalışma Sürelerinin Kısaltılması Konusundaki Teorik Yaklaşımlar ve Almanya-Hollanda Ülke Örnekleri”, **Kamil Turan’a Armağan**, C:7, S.2, 2003, s.217.

⁷⁶ Sabahattin Zaim, **Çalışma Ekonomisi ve İş Piyasası Yönünden Günümüzün Sosyal Siyaset Meseleleri**, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1962, s.42; verimlilik konusunda bilgi için bkz. Zaim, s.159-163; Oğuz Kurucu, **İş Süreleri Dinlenmeler Fazla Çalışma**, Ankara: Kadioğlu Matbaası, 1987, s.10.

⁷⁷ Kılıç, s.219.

⁷⁸ Mehmet Zülfi Camkurt, “İşyeri Çalışma Sistemi ve İşyeri Fiziksel Faktörlerinin İş Kazaları Üzerindeki Etkisi”, **TÜHİS İş Hukuku ve İktisat D.**, C:20-21, S.6-7, Mayıs-Ağustos 2007, s.89.

⁷⁹ Özlem Çakır, **Ücret Adaletinin İş Davranışları Üzerindeki Etkileri**, Ankara: Kamu-İş Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası, 2006, s.5.

Buna karşılık ülkemizde olduğu gibi, ekonominin istikrarsız olduğu ülkelerde ise, işçilerin normal ücretlerinin düşük olması ve boş zamanlarını değerlendirememeleri fazla çalışmayı cazip kılmakta, hatta fazla çalışma sağlayan işçi sendikaları diğer sendikalara göre daha başarılı kabul edilmektedirler⁸⁰. Fazla çalışma sürelerinin kısaltılması ile işçilerin kendilerine ayıracakları süre artacağından sosyal ve mesleki gelişimlerine önem verecekleri, ruhsal ve fiziksel sağlıklarının korunacağı söylenebilir. Böylelikle özellikle işçinin mesleki gelişimi işyerinde verimliliğin de artmasına yol açacaktır. Ancak bu işçi ücretlerinin yeterli seviyede olması ile işçi yararına sonuçlar doğuracaktır.

Özellikle ekonomik kriz dönemlerinde istihdamın azalması ve işsizliğin artması ile birlikte ücretler düşmekte ve bu ücret düşüklüğüne rağmen bir iş bulup çalışmaya başlayan işçi, işini kaybetmemek uğruna fazla çalışma ücreti almadan dahi uzun çalışma saatlerine katlanmaktadır⁸¹.

Bunun yanı sıra, iş hayatına giren esneklik kavramı ile işverenler çalışma sürelerini ve iş kapasitelerini müşteriden gelecek taleplere göre belirlemek istemektedirler. Özellikle kriz dönemlerini atlatabilmek ve rekabet gücü yaratabilmek için esneklik uygulamaları kaçınılmaz olarak görülmekte ve savunulmaktadır. İş sürelerinin esnekleştirilmesi ile işçiler bazı haftalarda yasal çalışma süresinin üstünde çalışma yapmalarına rağmen fazla çalışma ücreti talep edememektedirler. Tabii ki esnekliği sağlamak amacıyla getirilen düzenlemelerin, işçinin istismar edilmesine yol açmaması gerekmektedir. Örneğin, fazla çalışma hakkının neredeyse ortadan kaldırılmasına yol açacak düzenlemeler, özellikle ülkemiz gibi ücretlerin düşük olduğu ülkelerde, işçi-işveren ilişkilerinin dengelenmesi konusunda yararlı sonuçlar sağlamayacaktır. Çünkü işçi, bu ortamda fazla çalışmayı bir ek kazanç olarak görmektedir. İşveren için kazanç olabilecek düzenlemeler, işçi için gelir kaybı yaratacak değişiklikler olarak görülebilecektir⁸².

⁸⁰ Kurucu, s.77

⁸¹ Tijen Erdut, "Esneklik ve İş Süresi", *Mercek D.*, S.15, Temmuz 1999, s.110.

⁸² Sabahattin Şen, "Esnek Üretim ve Esnek Çalışma", *TÜHİS İş ve İktisat D.*, Mayıs 2000, s.57.

1.3.2. İşveren Açısından

İş Kanunu'nda ülkenin genel yararları, işin niteliği, üretimin artırılması ya da zorunlu nedenlerle üretimin aksamaması nedeniyle veya seferberlik halinde yurt savunması gereklerini karşılamak amacıyla fazla çalışma yaptırılmasına izin verilmektedir. Bu nedenlere baktığımızda, seferberlik hali hariç işletmenin yararlarının göz önünde tutulduğu görülmektedir. Bu durumda işveren, işletme gereklerini dikkate alarak fazla çalıştırma yaptırırken, bunun sonucunda işçi korunarak bu çalışmasının karşılığı ek kazanç elde etmektedir. Fazla çalışma, işçi açısından ek kazanç getirmekte ise de işveren açısından da üretimin devamlılığını sağlamaktadır.

Fazla çalışma ile işçi günlük çalışma süresi üzerinde çalışmaktadır. Önceleri işverenin tutumu işçiyi olabildiğince çok çalıştırarak üretimi arttırmak olmuşsa da, tarihsel süreç içerisinde çalışma süresine müdahaleler ile bu anlayış değişmiştir. Küreselleşme ile işletmelerin rekabet edebilirliğinin sağlanması, teknolojik gelişmeler neticesinde çalışma sürelerinin yeni teknolojiye göre ayarlanması isteği, istihdam olanaklarının artırılması isteği⁸³ ile çalışma sürelerine esneklik sağlanması görüşü Devletlerin politikalarına yansımıştır⁸⁴.

Diğer taraftan fazla çalışma yaptırılması işverenin üretim maliyetlerini de arttırmaktadır⁸⁵. İş Hukuku işçiyi korumak amacıyla hükümler getirmektedir. Ancak bu korumanın işverenin şartlarını zorlaştıracak ölçüde katı olmaması gerekmektedir. Çünkü işçinin çalışabilmesi için öncelikle çalışan bir işyerine ihtiyaç duyulmaktadır. İşverenlerin temel yaklaşımı, iş gücü piyasasının katılımı nedeniyle maliyetlerin arttığı, işsizlik ve kayıt dışı istihdama yol açtığıdır⁸⁶. Özellikle 1475 sayılı İş Kanunu'na göre, haftalık çalışma süresinin iş günlerine eşit olarak dağıtılması zorunluluğu karşısında, işveren işyerinde çalışılsa da çalışılmasa da işçiye aynı ücreti ödemekte ve gerek duyulduğunda da bu ücretler üzerine fazla çalışma ücreti eklenmektedir. Şirketlerin

⁸³ Öner Eyrenci, "İşin Düzenlenmesinde Değişim ve Esneklik Gerekliliği", **TÜHİS İş ve İktisat D.**, Mayıs-Ağustos 2001, s.1-12.

⁸⁴ Kılıç, ss.221-226; Zeki Erdut, "Avrupa Birliği'nde İş Süresinin Düzenlenmesi ve Türkiye", **TÜHİS İş ve İktisat D.**, Mayıs-Ağustos 2002, s.1-10; Sabahattin Şen, "Avrupa'da Emek Esnekliği", **TÜHİS İş ve İktisat D.**, Ağustos 1998, s.31-32; Karl-Georg Loritz, "Alman İş Hukukunda Esnekleşmeye Yönelik Çabalar", Tankut Centel (çev.), **Çalışma Hayatında Esneklik**, Çeşme, 27-31 Ekim 1993, ss.22-23.

⁸⁵ Zaim, 45.

⁸⁶ MESS, **Birlikte Tedavi Esneklik**, 1999, s.7.

rekabet edebilirliğini arttırmak, ekonomik koşullara uyum sağlayabilmesini sağlamak amacıyla ülkemizde de bir dizi önlem alınmaya başlanmıştır. İşvereni fazla çalışma ücreti ödemekten kurtaran denkleştirme esası ile çalışma sürelerinin çalışılan günlere farklı şekilde dağıtılması imkanının tanınması bu önlemlerdendir. Denkleştirme dönemi içerisinde ortalama haftalık çalışma süresini aşmamak kaydıyla bazı haftalarda haftalık çalışma süresinin üzerinde çalışılmasına izin verilmektedir. Haftalık çalışma süresinin aşıldığı bu çalışmalar fazla çalışma olarak değerlendirilmemektedir. Böylece işveren fazla çalışma ücreti ödemekten kurtulmaktadır.

Günümüzde, piyasadan gelen talebe göre çalışarak üretim yapılması ve maliyetlerin düşürülmesi böylece rekabet gücünün artırılması hedeflenmektedir. Bunu sağlayacak bir yol da, daha az fazla çalışma yapılması, denkleştirme döneminde, ortalama haftalık çalışma süresini aşmamak kaydıyla, bazı haftalarda haftalık çalışma süresinin üzerinde çalışılmasına rağmen fazla çalışma ücreti ödemedi gelen talebin karşılanmasıdır.

Fazla çalışma konusunun ülkedeki istihdam politikaları ile de yakın ilgisi bulunmaktadır. Ancak konumuz açısından baktığımızda sadece çalışma süreleri ya da fazla çalışmanın azaltılması ile istihdam sorununun çözüleceğini düşünmek yanlıştır. İşverenin maliyetlerini, alınan vergiler ve diğer yasal yükümlülükler etkilediği gibi, yeni iş imkanlarının yaratılmaması da istihdamın sağlanamamasının önemli nedenleri arasındadır. Ayrıca ülkemiz imalat sanayinde haftalık çalışma sürelerinin en yüksek olduğu ülkedir. Daha az işçi istihdam ederek daha uzun süreli çalıştırma görülmektedir⁸⁷. İş olanaklarının sınırlı olması ve işsizliğin yüksekliği işçi açısından ücretlerin düşmesine neden olmakta ve işçi bazen İş Kanunu kuralları bir kenara bırakılarak fazla çalışma ücreti almadan uzun saatler çalışmaktadır.

⁸⁷ Andrew Vorkink, "Dünya Bankasının Ülkemiz İş Gücü Piyasasına İlişkin Tespit ve Yorumları", **TİSK İşveren D., Özel Ek**, Mart 2006, s.4.

İKİNCİ BÖLÜM

4857 SAYILI İŞ KANUNU'NDA

FAZLA ÇALIŞMA KAVRAMI, TÜRLERİ ve YASAKLARI

1475 sayılı İş Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde, kanunun katı hükümlere sahip olduğu ve esnekleştirilmesi gerekliliği konusu üzerinde yıllarca durulmuş ve tartışılmıştır. Ülkeler arasında mal, hizmet, sermaye ve teknik bilgi akımının giderek büyüyen bir hızla artması sonucunda, ulusal ekonomiler arasındaki karşılıklı bağımlılığın önemli ölçüde artması olarak tanımlayabileceğimiz *küreselleşme*⁸⁸, İş Kanunlarının esnekleştirilmesi⁸⁹ gerekliliğine neden olarak gösterilmiştir. Uluslararası ticaretin artması neticesinde, büyük şirketlerin kendi sınırlarını aşarak birleşmeleri söz konusu olmuş, dünyanın bir ucunda yaşanan ekonomik kriz diğer ülkeleri de etkiler hale gelmiştir⁹⁰. Böylece, küreselleşme ile işletmelerin en büyük sorunu, üretimi kolaylaştırmak ve rekabet gücünü korumak olmuştur⁹¹. Rekabet gücünün korunması için ise, işletmelerde birim maliyetlerin düşürülmesi yolları aranmıştır⁹². İşçiyi koruma altına alan kurallar, ekonomik büyümenin sağlanmasını ve istihdamın artmasının önünde engel olarak görülmeye

⁸⁸ Gürkan Çelebicin, "Küreselleşme ve Türkiye Üzerine Etkileri", **İş Hukuku Güncel Sorunları Semineri**, Bolu, 9-12 Aralık 1997, s.81.

⁸⁹ İş hukukunun esnekleştirilmesi, toplu iş sözleşmesi ve hizmet akitleri gibi hukuki araçlarla çalışma şartlarının değişen ihtiyaçlara bağlı olarak değiştirilmesini taraflara sağlayan bir düzenin kurulmasıdır, Öner Eyrenci, "İş Sürelerinin Esnekleştirilmesi ve Türk Hukuku", **Münir Ekonomi 60. Yaş Armağanı**, Ankara 1993, ss.228-229; Ali Güzel, "İş Hukukunda Yeniden Yapılanma Süreci ve İşin Düzenlenmesi Konusunda Esneklik", **Turhan Esener'e Armağan**, Ankara, 2000, ss.203-221; MESS, **Çalışma Sürelerinde Esneklik-Geleceğe Açılım**, İstanbul 2002; Arzu Kuban, "İş Hukukunda Esneklik Tartışması Üzerine Bir Değerlendirme", **İstanbul Barosu Çalışma Hukuku Komisyonu Bülteni**, S.4, İstanbul 2000, s.51-63; Tijen Erdut, "Çalışma Yaşamında Esneklik ve Kuralsızlaştırma", **TÜHİS İş ve İktisat D.**, Kasım 2003, ss. 9-17.

⁹⁰ A.Can Tuncay, "Değişim ve Esneklik İhtiyacı", **İşveren D.**, C:XXXVII, S.3, Aralık 1998, s.10.

⁹¹ Münir Ekonomi, "Türk İş Hukukunda Esnekleşme Gereği", **Çalışma Hayatındaki Yeni Gelişmeler Esneklik, Çimento Müstahsilleri İşverenleri Sendikası**, Antalya, 27-30 Nisan 1995, Ankara, 1995, s.21.

⁹² Gülten Kutal, "Küreselleşmenin Emek Piyasalarına Etkisi", **Çalışma Hayatında Esneklik ve İş Hukukuna Etkileri**, **İstanbul Barosu Yayınları**, 2002, s.28.

başlanmıştır. İşte, değişen üretim tarzlarının ve değişen istihdam koşullarının, işletme giderlerini düşürebilmek için İş Hukukunun katı kurallarından kurtulması gerekliliği ortaya atılmıştır.

İş Hukukunun doğuşu ve gelişmesi ile başlayan süreçte getirilen kurallar ile ulaşılmak istenen amaç, ağır şartlar altında çalışan zayıf konumdaki işçiyi, işveren karşısında korumaktır. Çalışma süreleri, fazla çalışma, gece çalışması, iş sağlığı ve iş güvenliği gibi konularda söz konusu olan ve eleştirilen katı hükümlere bu dönem koşulları etkili olmuştur⁹³. Ancak küreselleşme ve teknolojik yenilikler karşısında işçinin, ekonominin kaldıramayacağı yükler pahasına korunmasının hem topluma hem de işçiye zarar vereceği düşüncesi zamanla gelişmeye başlamıştır⁹⁴. Çalışma sürelerinin düzenlenmesi işçi-işveren menfaatlerinin en çok çatıştığı konuların başında gelmektedir. Günümüzde yeni eğilim, çalışma sürelerinin düzenlenmesinde çalışma sürelerini katı kurallara bağlama gayretleri yerine, taraflara mümkün olduğu kadar geniş bir hareket alanı bırakmaktır⁹⁵.

İş hukuku kurallarına esneklik getirilmesi, tek tek ülkelere özgü olmayan, uluslararası normlar ile de desteklenen bir ihtiyaç haline gelmiştir. Türkiye'nin de küreselleşmenin yarattığı yeni koşullardan etkilenmemesi mümkün değildir⁹⁶. Bu yüzden, Avrupa Birliği Konseyi'nin, çalışma sürelerinin düzenlenmesi ve fazla çalışma konularında⁹⁷ Avrupa Birliği'ne üye olan devletleri bağlayan 93/104 sayılı "İş Sürelerinin Düzenlenmesi Hakkında Yönerge" hükümleri, 4857 sayılı İş Kanunu hazırlanırken dikkate alınmıştır. Nitekim bu husus, Kanun'un gerekçesinde "...AB'ne tam üyelik sürecinde Türk mevzuatında henüz bulunmayan, buna karşılık AB ülkelerini kendiliğinden bağlayan normların da Türk iş hukukuna kazandırılması gerekmektedir..." şeklinde dile getirilmiştir.

1475 sayılı İş Kanunu yürürlükte iken, katı hükümlerin esnekleştirilmesi

⁹³ Güzel, s.207.

⁹⁴ Demir, s.6.

⁹⁵ Polat Soyer, "İş Kanunu Tasarısının Çalışma Süresinde Esneklik Sağlayan Düzeltmeler", **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku'na İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2003 Yılı Toplantısı:2, Yeni İş Yasası Sempozyumu**, İstanbul Barosu, 2003, s.185.

⁹⁶ Çelebican, ss.99-101.

⁹⁷ Avrupa Birliği'nin (AB) Ana Sözleşmesi'nin 118nci maddesinin (a) fıkrasında, işçilerin sağlık ve güvenliğini daha etkin bir şekilde korumak için, çalışma ortamının geliştirilmesine yönelik asgari koşulların belirlenmesine yönelik olarak AB Komisyonu'na yönergeler (direktif) çıkarma görevi verilmiştir.

önerilerinde, işçi ve işveren menfaatlerinin en çok çatıştığı, işin düzenlenmesi ve fazla çalışma konuları tartışılmıştır. Neticede bu konularda esaslı değişiklikler yapılarak 4857 sayılı İş Kanunu (İK.) çıkarılmıştır.

2.1. ÇALIŞMA SÜRESİ

İş Kanunu'nun 63'üncü maddesinde, genel bakımdan çalışma süresinin haftada *en çok kırkbeş saat* olacağı, *aksi kararlaştırılmamışsa*, bu sürenin işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine *eşit olarak bölünerek* uygulanacağı belirtilmiştir (İK.m.63/I). Söz konusu maddede çalışma süresinin ne anlama geldiği açıkça tanımlanmamıştır. İş Kanununa İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği⁹⁸ (ÇSY.) 3'üncü maddesinin 1nci fıkrası ile bu eksikliği gidermeye çalışmıştır. Bu Yönetmelik ile çalışma süresi, *işçinin çalıştırıldığı işte geçirdiği süre* olarak tanımlanmıştır.

Çalışma süresi, yalnızca işçinin işinde fiilen çalıştığı süreyi ifade etmemektedir. Bu husus Çalışma Süreleri Yönetmeliği'nin 3ncü maddesinde yer alan "*...İş Kanununun 66ncı maddesinin 1nci fıkrasında yazılı süreler de çalışma süresinden sayılır*" hükmü ile açıkça ortaya konmaktadır⁹⁹. İş Kanunu'nun 66'ncı maddesinin 1'inci fıkrasında sayılan, fiili olarak çalışılan bir zaman olmamasına rağmen çalışma süresinden sayılacak haller çalışma süresinin tespitinde dikkate alınacaktır. Bu ise, çalışma süresinin *fiili çalışma süresi* ve *farazi çalışma süresi* olarak ikiye ayrılmasına neden olmuştur¹⁰⁰. Fazla çalışma, işçinin fiili ve farazi çalışmalarının toplamının haftalık çalışma süresini aşması ile ortaya çıkmaktadır.

İş Kanunu'nda yasal çalışma süresi belirtilirken azami sınır belirlenmek istenmektedir. İş Kanunu ve Yönetmeliklerin iş sürelerini düzenleyen bütün hükümleri, özel hukuk değil, kamu hukuku niteliği taşıyan¹⁰¹ nispi emredici nitelikte hükümlerdir. Bu yüzden, belirtilen sürelerin üstünde bir çalışma süresinin belirlenmesi mümkün

⁹⁸ RG., 06.04.2004, 5425.

⁹⁹ Akyiğit'e göre, Yönetmelikte yer alan tanım yeterli değildir. Çünkü çalışma süresi, üstlenilen işte fiilen çalışılan süreler ile İş Kanunu'na göre çalışılmış sayılan sürelerden oluşmaktadır. Yönetmelik bu tanımın devamı olan cümlede eksikliği gidermiş ve çalışma süresinden sayılan hallere de yer vermiştir. Bu yüzden çalışma süresi, işçinin kendini işverenin emrine hazır (amade) tutmak zorunda olduğu süre olarak tanımlanmalıdır, Ercan Akyiğit, **İş Hukuku**, 7. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2008, ss.270-271.

¹⁰⁰ Turhan Esener, **İş Hukuku**, Ankara, 1978, s.191; Süzek, s.604; Narmanlıoğlu, s.365; Kenan Tunçomağ ve Tankut Centel, **İş Hukukunun Esasları**, 5. Bası, İstanbul: Beta, 2008, ss.143-147; Farazi çalışma süresi "hükmi çalışma süresi" olarak da adlandırılmaktadır, Arıcı, s.99.

¹⁰¹ Tunçomağ, s.151.

değilken, altında bir çalışma süresinin taraflarca hizmet sözleşmeleri ya da toplu iş sözleşmeleri ile kararlaştırılmasına hukuki bir engel bulunmamaktadır.

2.1.1. Fiili Çalışma Süresi

İş Kanunu'nda tanımı yapılmamasına karşılık, Çalışma Süreleri Yönetmeliği'nde çalışma süresinin işçinin çalıştırıldığı işte geçirdiği süre olarak belirtilmesinin fiili çalışma süresini tanımladığını söyleyebiliriz (ÇSY.m.3/I). Bu düzenlemeden yola çıkarak fiili çalışma süresini, soyunma, giyinme ve ara dinlenmeler dikkate alınmadan, işçinin işini görmek üzere işverenin emrine girdiği andan emrinden çıktığı ana kadar devam eden süre olarak tanımlamamız mümkündür¹⁰².

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu fiili çalışmayı, “*çalışma süresi işçinin iş akdi uyarınca mükellef bulunduğu işi ifa için işverenin emrine girdiği andan çıktığı ana kadar devam eden süredir*” şeklinde tanımlamıştır¹⁰³. Burada işin başlangıcından sonuna kadar olan soyunma, ara dinlenmesi¹⁰⁴, giyinme için ayrılan süreler hariç işçinin çalıştığı işyerinde fiili olarak bulunduğu süreyi anlamamız gerekmektedir¹⁰⁵.

2.1.2. Farazi Çalışma Süresi

İşçinin, işverenin emrine girdiği andan itibaren fiili bir çalışma yapmamasına rağmen hazır durumda bekleyerek veya işverenin talimatları doğrultusunda işi ile ilgisi olmayan işlerle uğraşarak çalışma süresini tamamlaması mümkündür¹⁰⁶. İş Kanunu'nun 66'ncı maddesinde, bu boşta geçen zaman parçası dikkate alınarak, işçinin işinde fiilen çalıştığı sürelerin dışında çalışma süresinden sayılacak haller belirtilmiştir. Çalışma Süreleri Yönetmeliği de iş süresini açıklarken bu maddeye gönderme yaparak,

¹⁰² Tunçomağ, s.152; Münir Ekonomi, “4857 Sayılı İş Kanununa Göre Fazla Çalışma Kavramı”, **Resul Aslanköylü'ye Armağan**, Kamu-İş D., C:7, S.3, 2004, s.159; Narmanlıoğlu, s.466; Hamdi Mollamahmutoğlu, **İş Hukuku**, 2. Bası. Ankara: Turhan Kitabevi, 2005, s.668.

¹⁰³ Y.H.G.K. 21.10.1979. E.1970/9-501. K.1970/600 (**İşveren D.**, Nisan 1971) s.16.

¹⁰⁴ Ara dinlenmesi sırasında geçen süre iş süresinden sayılmaz (İK.m.68/son).

¹⁰⁵ İhsan Erkul ve Nuray Karaca, **4857 Sayılı İş Kanunu ve Uygulaması**, Eskişehir: Nisan Kitabevi, 2004, s.331; Başka bir görüşe göre, giyinme ve soyunma süresince geçen süreleri çalışma süresinden saymamakla birlikte, Kanun tarafından giyilmesi mecburi olan kıyafetlerin giyilmesi veya çıkarılması için geçecek olan süre çalışma süresinden sayılmalıdır, Muhittin Astarlı, **İş Hukukunda Çalışma Süreleri**, Ankara: Turhan Kitabevi, 2008, s.51.

¹⁰⁶ Arıcı, s.98.

Kanun'da sayılan bu hallerde geçen ve farazi çalışma süresi¹⁰⁷ olarak adlandırılan bu sürelerin, işçinin çalışma süresinden sayılacağını hüküm altına almaktadır (ÇSY.m.3/I). Yargıtay, İş Kanunu'nda sayılanlar dışında çalışma süresi sayılacak hallerin taraflarca kararlaştırılabileceğini kabul etmektedir¹⁰⁸. Fazla çalışma süresi tespit edilirken, fiili ve farazi çalışma sürelerinin toplamı dikkate alınacaktır¹⁰⁹. Bu yüzden çalışma süresinden sayılan hallerin incelenmesi konunun daha iyi anlaşılmasını sağlayacağını düşünmekteyiz.

2.1.2.1. Yeraltında veya Su Altında Görülen İşler

İş Kanunu'nun 66ncı maddesinin (a) fıkrasında “ *Madenlerde, taşocaklarında yahut her ne şekilde olursa olsun yeraltında veya su altında çalışılacak işlerde işçilerin kuyulara, dehlizlere veya asıl çalışma yerlerine inmeleri veya girmeleri ve bu yerlerden çıkmaları için gereken süreler*” sosyal düşüncelerle çalışma süresinden sayılmaktadır¹¹⁰. Sadece işin başlangıç ve bitiş zamanlarında geçirilen süre değil, işin gereği olarak yada işverenin talimatı ile fıkra kapsamına giren işyerlerine inip çıkmanın tekrarlanması halinde bu sürelerde çalışma süresinden sayılacaklardır¹¹¹.

Yeraltında veya su altında, metro, tünel, kablo döşemesi gibi Kanun'da örnek olarak gösterilen maden ve taşocaklarına benzer yerlerde çalışanlara da bu fıkra uygulanabilecektir¹¹².

¹⁰⁷ Ayrıca, İş Kanunu'nun 46'ncı ve 55'inci maddelerinde, hafta tatili ücretinin ve yıllık ücretli izin süresinin hesabında dikkate alınacak, çalışılmadığı halde çalışılmış gibi sayılan durumlar sayılmıştır. Ancak bu maddelerde sayılan hallerin 66'ncı madde ile ilgisi bulunmamaktadır.

¹⁰⁸ Yargıtay normal çalışmasını bitirip, evine giden işçinin arazi nedenlerle işe çağırılması halinde, yolda geçen sürenin fazla çalışma sayılmasına ilişkin toplu iş sözleşmesi hükmünü kabul etmiştir, Y.9.H.D., 13.05.1991, E.428, K.8329 (Tekstil İşveren D., S.166, Nisan 1992) s.31; İşçilerin işe dağıtım ve gönderilmeleri için geçen sürenin, çalışma süresinden sayılmasının kararlaştırılabileceğini kabul etmiştir, Y.9.H.D., 23.12.1971, E.37854, K.35221, Çemberci, s.812.

¹⁰⁹ “İşçinin fiilen çalışılmamış dahi olsa işgücünü işverenin emrinde bulundurduğu süre, günlük iş süresinin ve dolayısıyla, fazla çalışma süresinin belirlenmesinde göz önünde tutulmalıdır”, Y.H.G.K., 29.12.1973, E.424, K.1263, Çemberci, s.812.

¹¹⁰ Tankut Centel, *İş Hukuku-Bireysel İş Hukuku*, 2. Baskı, İstanbul: Beta, 1992, s.229.

¹¹¹ Ekonomi, *İş Hukuku, Ferdi İş Hukuku*, C:1, B.3, İstanbul, 1984, s.279; Narmanlıoğlu, s.471; Yargıtay, sadece asıl iş yerine inme ve buralardan çıkma süresince geçen zamanı değil, asıl işe başlamadan önce kazma kürek almak ya da tertibe sokulmak gibi işçinin işverenin emrine girdiği ve hazırlık yaptığı süreyi de bu fıkra kapsamında yorumlamıştır, Y.9.H.D., 29.9.1977, E. 10997, K. 13816, Çemberci, s.932.

¹¹² Sützek, s.608; Ekonomi, s.279.

2.1.2.2. Çalıştırılmak Üzere İşyerinden Başka Yere Gönderilen İşçinin

Yolda Geçirdiği Süreler

Farazi çalışma süresi sayılan hallerden ikincisi, işçinin çalıştırılmak üzere işyerlerinden başka bir yere gönderilmesi halinde yolda geçireceği süredir (İK.m.66/I-b). Bu işçilerin işyeri dışında çalışması, işyerinin verdiği hizmetin bir gereği olarak karşımıza çıkmaktadır. Örneğin, firmaların servis elemanları.

Bu fıkra hükmü hakkında fazla çalışma konusunu da ilgilendiren bir tartışma söz konusudur. *İlk görüş*, İş Kanunu'nun 66ncı maddesinin 1nci fıkrasının (d) bendinde yer alan, işçinin işini görmeksizin yolda geçireceği süreyi hiçbir sınır getirmeden çalışma süresi sayan hükmünü dikkate almıştır. Böylece günlük çalışma sürelerini aşan veya tamamen günlük çalışma süresinin bitiminden sonra başlayan ve yolda geçen sürelerin çalışma süresinden sayılması gerekeceğini belirtmiştir. İşçi, günlük çalışma süresi içinde çalıştırılmak üzere işyeri dışında bir yere gönderildiğinde, bu yolculuğun süresi günlük çalışma süresini aştığı takdirde, aşan kısım için *fazla çalışma ücreti* ödenmesi gerekecektir. Yolda geçen süre kısa ise problem olmayacak bu durum, özellikle günlük çalışma süresinin sona ermesinden sonra işçinin saatlerce sürecek bir yolculukla başka bir yere gönderilmesi durumunda, bu sürenin uzunluğu dolayısıyla oluşacak fazla çalışma ücreti nedeniyle işverenin yüksek fazla çalışma ücreti ödemesine neden olacaktır¹¹³.

İkinci görüşe göre, İş Kanunu'nun 66'ncı maddesinin (b) fıkrasına göre, işçinin işverenin talimatı ile işyeri dışında bir yere çalıştırılmak üzere gönderilmesi halinde, yolda geçireceği zamanın iş süresi sayılabilmesi, günlük iş süresi ile sınırlandırılmış zaman dilimi içinde gerçekleşmiş olmasına bağlıdır. İş Kanunu'nun 63'üncü maddesi ile çalışma süresinden sayılan hallerin düzenlendiği 66'ncı maddesinin (b) fıkrasının birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir. Böyle bir değerlendirme neticesinde, 66'ncı maddenin (b) fıkrasında yer alan "*çalıştırılmak*" sözcüğünün, işçinin 63'üncü maddede yer alan günlük çalışma süresi içinde yapacağı çalışmayı

¹¹³ Çelik, s.325; Aynı görüş, gidilecek yerin şehir içinde ya da şehir dışında olmasının sonuca etkili olmadığını belirterek paylaşmaktadır, Erkul ve Karaca, s.336.

kastettiği savunulmaktadır¹¹⁴. Günlük çalışma süresi bittikten sonra, ertesi gün başka bir şehirde görülecek bir iş için yolculuk yapacak işçinin yolda geçirdiği süre -bu sürenin içinde uyku, yemek vb. faaliyetler de vardır- çalışma süresi olarak kabul edilemez. İşverenin sorumluluğu sadece yol masrafları ve kalınacak yer masraflarını ödemekten ibarettir¹¹⁵. *Yargıtay*'ın da ikinci görüşü destekleyen 1994 yılında verdiği bir kararında, harcırah ödenerek görevlendirilen bir işçinin, çalışma süresini aşan yolda gidip gelmeleri için geçen süre fazla çalışmanın tespitinde dikkate alınmamıştır¹¹⁶.

İlk görüşü savunan Çelik, ikinci görüşü savunanlara getirdiği eleştirisinde, yolda geçen sürenin günlük çalışma süresine bağlı tutulmasının fazla çalışma ücretinin ödenmemesine yol açacağını belirtmektedir. Çünkü, yolda geçen sürenin günlük çalışma süresi içinde kalan kısmı çalışılmış sayıldığında, bu sürenin aşılması halinde bu artan kısım çalışılmış gibi sayılmayacak ve bunun sonucunda da fazla çalışma ücreti ödenmeyecektir¹¹⁷. İkinci görüşte olanlar ise, fiilen çalışılan süre ile yolda geçirilen zamanın toplamı günlük çalışma süresini aşıyorsa, fazla çalışma ücretinin ödeneceğini kabul etmektedirler. Ancak günlük çalışma süresi bittikten sonra başka bir yerde yapılacak çalışma için yolda geçen süre için fazla çalışma ücreti ödenmeyeceğini savunmaktadırlar¹¹⁸.

Kanaatimizce, yolda geçen süre içerisinde de işçi, işgücünü işverene tahsis etmiş durumdadır. İşçinin saatler süren bir yolculuk ile bir başka yere gönderilmesi ile şehir içinde yapılan kısa yolculukların arasında fazla çalışma ücretinin belirlenmesi konusunda bir fark olmaması ve her iki halde de fazla çalışma ücretinin işveren tarafından ödenmesinin yerinde olacağını düşünmekteyiz. Özellikle uzun yolcular söz konusu ise, işçinin yapmış olduğu fedakarlığın karşılığının ödenmesi, fazla çalışma

¹¹⁴ Süzek, s.608; Mollamahmutoğlu, s.680; Narmanlıoğlu, ss.471-472; aynı yazar, işçinin gerektiğinde işini işyeri dışında yapabileceği sözleşmede belirtilmişse, yolda geçen sürenin iş süresinden sayılmaması gerektiğini belirtmektedir, Narmanlıoğlu, s.472, dph.23; Astarlı, içinde bulunulan gün içinde, işçinin fiili olarak çalışmak üzere bir yere gönderilmesi halinde, yolda geçen sürenin çalışma süresi sayılması gerektiğini belirtmektedir. İşçi ve işveren, niteliği gereği işin, işyeri dışında yapılacağı konusunda anlaşsalar bile, işyerine ait bir faaliyet için, işverenin emri ile işçinin yolda geçen süreleri söz konusu olduğu için bu sürelerin çalışma süresinden sayılması gerekmektedir, Astarlı, s.144.

¹¹⁵ Ekonomi, , s.281; Öner Eyrenci, "Ferdi İş İlişkinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay'ın 1994 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", *Yargıtay'ın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1994*, İstanbul 1996, s.12; Kurucu, s.174.

¹¹⁶ Y.9.H.D., 09.06.1994, E.3904, K.8874 sayılı kararın hukuka uygunluğu savunulmaktadır, Eyrenci, Değerlendirme 1994, s.12.

¹¹⁷ Çelik, s.325.

¹¹⁸ Ekonomi, s.281.

ücretinin amacına da uygun bir yorum olacaktır.

2.1.2.3. İşçinin İşverenin Emrinde Boşta Geçirdiği Süreler

İşçinin işinde ve her an iş görmeye hazır bir halde bulunmakla beraber, çalıştırılmaksızın ve çıkacak işi bekleyerek boş geçirdiği süreler de günlük iş süresinden sayılmaktadır (İK.m.66/1-c)¹¹⁹. İşyerinde üretimin devam edebilmesi için hammadde gelmesini beklerken veya bir arızanın giderilmesi için geçen süre de çalışma süresinden sayılmaktadır¹²⁰.

2.1.2.4. İşçinin Asıl İşini Yapmaksızın Geçirdiği Süreler

İşçinin, işveren tarafından başka bir yere gönderilmesi durumunda, işverenin evinde ya da bürosunda veya işverenle ilgili herhangi bir yerde meşgul edilerek asıl işini yapmaksızın geçirdiği süreler çalışma süresinden sayılmıştır (İK.m.66/1-d). Sayılan hallerden anlaşılacağı üzere işçi kendi isteğiyle değil, işverenin emri ile asıl işini yapamamaktadır.

2.1.2.5. Kadın İşçilere Emzirme İçin Verilen Süreler

İş Kanunu'nun 66'ncı maddesinin (e) fıkrasında, işçinin işinden kaynaklanan sebeplerle değil, tamamen sosyal düşüncelerle, çocuk emziren kadın işçilerin çocuklarına süt vermeleri için belirtilecek sürelerin çalışma süresine dahil edileceği belirtilmiştir. İş Kanunu'nun 74ncü maddesinin son fıkrasında, emzirme sürenin çalışma süresinden sayılacağı tekrar edilmiştir^{121 122}.

¹¹⁹ Bu hüküm, Borçlar Kanunu'nun 325'inci maddesinde işverenin temerrüdü başlığı ile düzenlenmiştir. İşçi her an iş yapmaya hazır şekilde bekliyorsa, haklı bir neden bulunmadığı sürece, işverenin işi kabulden kaçınması nedeniyle temerrüde düştüğü kabul edilecektir. İşçi, boşta geçen süreler için ücret kazanacaktır.

¹²⁰ Süzek, s.609.

¹²¹ Aynı hüküm Gebe ve Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik , 14'üncü maddesinde bir kez daha hüküm altına alınmıştır (RG., 14.7.2004, 25522).

¹²² Yargıtay, emzirme süresinde çalışan işçinin fazla çalışma ücreti alabilmesi için, günlük ve haftalık çalışma süresinin aşılmasını aramıştır, Y.9.H.D. 7.7.1977. E.8412, K.10593, Çemberci, ss.809-810; Erkul, emzirme süresinde çalıştırılan işçinin, çalıştığı sürenin fazla çalışma sayılabilmesi için, günlük 8 saat, haftalık 48 saatin aşılmasının gerektiğini belirtmiştir, İhsan Erkul, "İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay'ın 1977 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", Yargıtay'ın 1977 Yılı İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri, İstanbul 1979, ss.90-91; Yargıtay bir başka kararında ise, işverence emzirme izni verilmemesinin yaptırımını İş Kanunu'nun 104'üncü maddesinde belirtilmiş olduğundan, bu yaptırımdan başka emzirme izninin verilmemesi halinde işçiye ek ücret ödeneceği de düzenlenmediğine göre, süt izni süresinin fazla çalışma süresi sayılmayacağını belirtmiştir, Y.9.H.D. 01.05.2007, E.4893, K.13796 (Çimento İşveren D., Temmuz 2007), s.30.

2.1.2.6. İşçilerin İşin Niteliği Gereği Yerleşim Yerlerinden Uzak

İşyerlerine Götürülürken Geçen Süre

İş Kanunu'nun 66'ncı maddesinin (f) fıkrasında, çalışma süresinden sayılacak hallerden sonuncusu olarak, demiryolu, karayolu, köprülerin yapılması, korunması, onarım ve tadili gibi işlerde çalışan işçilerin, yerleşim yerlerinden uzak işyerlerine toplu bir şekilde getirilip götürülmeleri sırasında geçecek olan süreler sayılmıştır. Ancak, işverenin sosyal yardım amacıyla, işçileri evlerinden işyerine getirip götürmesi sırasında geçecek süreleri, iş süresinden sayılmayacağı ayrıca belirtilmiştir (İK.m.66/II)¹²³.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, sadece demiryolları ve sair yollar ve köprülerin yapılması, onarılması ve korunması gibi, işçilerin ikametlerinden uzak bir mesafede, iş görüldükçe işçilerin çalışma yerlerinin de değiştiği işlerde çalışanların, işyerlerine götürülüp getirilmelerinin işin niteliğinden doğduğunu ve yolda geçen sürenin çalışma süresinden sayılacağını belirtmiştir. Buna karşılık aynı kararda, uzak fakat yeri sabit olan bir işyerine, işverence toplu olarak götürülüp getirilen işçilerin yolda geçirdiği sürenin günlük çalışma süresinin tespitinde dikkate alınmayacağı; çünkü bunların işin niteliğinden kaynaklanmayan sosyal yardım niteliğinde taşımalar olduğunun kabul edilmesi gerektiği vurgulanmıştır¹²⁴. Tüm tartışmalar ışığında, işçilerin işyerlerine götürülüp getirilmelerinin çalışma süresinden sayılabilmemesinin bazı koşulların gerçekleşmesine bağlı olduğu anlaşılmaktadır. Bu koşullar:

- İşçilerin işyerlerinin uzaklığı önemlidir. Kanun maddesinde, işyeri ile işçilerin ikamet ettikleri yerler arasındaki uzaklığın ölçütü konusunda açıklık bulunmamaktadır. İşyeri ile işçilerin ikamet ettikleri yerler arasındaki mesafenin uzak kabul edilebilmesi için, bu mesafenin işçiler tarafından yayan gidilmesinin çok güç, çok zaman alıcı ve yorucu olması gerekmektedir¹²⁵. Düzenli işleyen araçların bulunması, yaya gitmenin doğurduğu güçlükleri ortadan kaldırmakta ve söz konusu taşıma sosyal

¹²³ 3008 sayılı İş Kanunu'nda, sosyal yardım amacıyla yapılan toplu taşımaların iş süresinden sayılmayacağına ilişkin bir madde bulunmamaktaydı. 931 sayılı İş Kanunu ile konuya açıklık getirilmiş ve sosyal yardım amacıyla işveren tarafından yapılan taşımaların iş süresinden sayılmayacağı ilk defa düzenlenmiştir.

¹²⁴ Y.H.G.K., 21.10.1970. E.9-501. K.600 (İşveren D., Nisan 1971) s.16.

¹²⁵ Çemberci, s.933; Ekonomi, s.287.

amaçlı taşıma haline dönüşmektedir¹²⁶. Kanun'da açıkça belirtilen bir "uzaklık" ölçütü bulunmadığından, bu esaslar çerçevesinde, her somut olayda bilirkişi tarafından dürüstlük kuralı dikkate alınarak tespitin yapılması yerinde olacaktır¹²⁷.

- İşyerinin işçilerin ikamet yerlerinden uzak olmasının tek başına yeterli değildir. İşyerinin ve işin niteliğinin dikkate alınması da gerekmektedir. Hükmün metninde örnekleme amacıyla sayılan, demiryolu, karayolu, köprülerin yapılması, korunması, onarım ve tadili gibi işlerin ortak özelliği, bu çalışma yerlerinin sabit olmaması, iş bittikçe değiştirilmesidir. *Yargıtay Hukuk Genel Kurulu*, baraj, havai hat, elektrik direklerinin dikilmesi gibi işleri de madde kapsamındaki işlerin niteliğinde kabul etmiştir. Aynı yerde yapılmayan, iş görüldükçe başka yerlere işçilerin taşındığı işlerde, işçilerin getirilip götürülmelerinin işin niteliğinden kaynaklandığı açıklanmıştır¹²⁸.

- Birden fazla işçinin ikamet yerlerinden, *önceden kararlaştırılmış bir şekilde toplu olarak* işin görüleceği yere taşınmaları sırasında geçen süre çalışma süresinden sayılacaktır. Bir tek işçinin taşınması yeterli değildir. Bununla birlikte bazen fiili olarak tek kişiyi taşınması bu hükmün uygulanmasını etkilemez¹²⁹. İşin niteliğinden kaynaklanan bu taşıma işinin, işveren dışında başka kişiler tarafından yapılıyor olması bu maddenin uygulanmasına engel değildir¹³⁰.

- İşin niteliğinden doğmayan, işçilerin ikamet yerlerinden uzakta olsa bile sabit bir işyerine ulaşmak için işveren tarafından işçilerin toplu bir şekilde getirilip götürülmelerinin sosyal yardım amaçlı olduğu kabul edilmektedir¹³¹. Özellikle büyük şehirlerde, çalışanların işyerlerine servis araçları ile taşınması yaygın bir uygulamadır.

¹²⁶ Ekonomi, ss.286-287; Süzek, s.610; Narmanlıoğlu, s.475; Centel, s.231; Aksi görüş Arıcı, s.106, dpn. 37; Yargıtay tarafından, işin görüleceği yere halk araçlarının düzenli sefer yaptığı, bu nedenle işverence yapılan taşımanın sosyal yardım amacı ile yapıldığı belirtilmiştir, Y.9.H.D., 26.3.1971, E.5490, K.6293, Çemberci, s.933.

¹²⁷ Çemberci, s.934.

¹²⁸ Y.H.G.K., 10.11.1971, E.6-501, K.645, Mustafa Kılıçoğlu, **4857 Sayılı İş Kanunu ve Yargıtay Uygulaması**, İstanbul: Ayhan Yayıncılık, 2005, ss.876-879; Y.9.H.D., 27.11.1984, E.10531, K10466 (**Yasa Hukuk D.**, Mart 1985) s.410; "İşçilerin ikamet yerinden işe tevzi ve sevk için toplanma yerine getirilmeleri sırasında geçen zaman, bu taşıma sosyal amaçla yapıldığından çalışma süresi sayılmamakla birlikte; toplanma yerinden iş başına gönderilme ve bu sebeple geçen süre çalışma süresinden sayılmaktadır". Y.H.G.K., 6.12.1972, E.9-755, K.990., Çemberci, **İş Hukuku Şerhi**, Ankara, 1984, s.705.

¹²⁹ Mollamahmutoğlu, s.683.

¹³⁰ Tunçomağ, s.154; Tunçomağ ve Centel, s.150.

¹³¹ Y.9.H.D., 14.9.1976, E.11249, K.17901 (**Yargıtay Kararları D.**, C:III, S.6, Haziran 1977) ss.809-810; Y.9.H.D., 2.4.2002, E.19721, K.5740 (**Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku D.**, S.1, Ocak-Mart 2004) s.245.

Bu hükmün kamu düzenini ilgilendirmesi ve mutlak emredici nitelikte olması nedeniyle aksinin kararlaştırılmayacağı Yargıtay ve bazı yazarlarca ileri sürülmüştür¹³². Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise, bu hüküm nispi emredici niteliktedir ve işçinin lehine düzenlemeler yapılabilirdir¹³³. Ayrıca, yolda geçen sürenin çalışma süresinden sayılacağı sözleşme özgürlüğü ve toplu sözleşme özerkliğinin bir sonucu olarak da kabul görmelidir. Önemli olan bu iradenin açıkça toplu iş sözleşmesinde hatta iş sözleşmesinde belirtilmesidir¹³⁴.

2.2. FAZLA ÇALIŞMA KAVRAMI

Fazla çalışma, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 41, 42 ve 43'üncü maddelerinde düzenlenmiştir. Bu Kanun'a göre çıkarılmış olan 06.04.2004 tarihli "İş Kanununa İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği"¹³⁵ (FÇY.) ile Kanun'un maddelerine açıklık getirilmeye çalışılmıştır.

1475 sayılı İş Kanunu fazla çalışmayı, *günlük çalışma süresi* dışında yapılan çalışma olarak kabul etmiş ve bu uygulamada tartışmalara neden olmuştur¹³⁶. Buna karşılık 4857 sayılı İş Kanunu fazla çalışmayı 41'inci maddesinin ilk fıkrasında "*...Kanunda yazılı koşullar çerçevesinde, haftalık kırkbeş saati aşan çalışmalardır.*" şeklinde tanımlayarak yıllarca süren karışıklığa çözüm getirmeye çalışmıştır. Fazla

¹³² Y.9.H.D., 27.11.1980, E.14117, K.12267 (TÜTİS İş ve İktisat D., Mart 1981) ss.12-13; Çemberci, s.934; Demir, s.164.

¹³³ Kılıçoğlu, s.499; Arıcı, 107; Tunçomağ ve Centel, s.150; Savaş Taşkent, İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 1984 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, *Yargıtayın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1984*, İstanbul 1986, s.132.

¹³⁴ Arıcı, s.107; Tunçomağ, s.154; Tunçomağ ve Centel, s.146; İbrahim Subaşı, "İş Hukukunda Çalışma Süreleri", **A.Can Tuncay'a Armağan**, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2005, s.345; İş Kanunu 66'ncı maddesinin nispi emredici olduğu ve iş sözleşmeleri veya toplu iş sözleşmeleri ile işçi lehine kanunda sayılan haller dışında farazi çalışma sürelerinin belirlenmesine engel bulunmadığı belirtilmiştir, Kılıçoğlu, s.499; Mollamahmutoğlu, s.656; "...İşyeri Soma'ya 28 km. uzaklıkta maden kömürü işletmesidir. İşin niteliğine göre işçilerin sonradan işyerine işverene ait vasıtalarla topluca getirilip götürülmeleri esnasında geçen sürenin iş süresinden sayılması mümkün değildir. Ancak, *yasalarda yer almayan ve işçiler yararına olan haklara dair sözleşmenin geçerli olacağı bir gerçektir.*", Y.9.H.D., 18.2.1976, E.34811, K.6477 (*Yargıtay Kararları D.*, C:2, S.11, Kasım 1976) s.1570.

¹³⁵ RG., 06.04.2004, 25425.

¹³⁶ 1475 sayılı İş Kanunu fazla çalışmayı günlük çalışma süresinin aşılması olarak tanımlasada, Yargıtay fazla çalışma iddialarını işçinin günlük ve haftalık çalışma süresinin aşılması halinde kabul eden kararlar vermiştir, Y.H.G.K., 21.03.1979, E.919, K.318, Çemberci, Şerh 1984, s.572; Y.9.H.D. 6.10.1983, E.6648, K.7790 (**Yasa Hukuk D.**, Aralık 1983) s.1755; Yargıtay'ın görüşünü kabul etmeyen görüşler Saymen, s.299; Ünal Narmanlıoğlu, "İş İlişkisinin Kurulması ve Düzenlenmesi Açısından Yargıtay'ın 1986 Yılına Ait Kararlarının Değerlendirilmesi", **Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri 1986**, İstanbul 1988, s.24; Suat Caniklioğlu, *Türk İş Hukukunda Normal Fazla Çalışma, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, Marmara Üniversitesi SBE, 2002), s.58; Güzel, s.213; Murat Engin, "Ferdî İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay'ın 2000 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", **Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2000**, Ankara, 2002, s. 12.

Çalışma Yönetmeliği de aynı tanımlamayı 3'üncü maddesinin 1nci fıkrasının (a) bendinde yapmıştır. Ancak bu tanıma rağmen öğretilerde bazı yazarlar, fazla çalışmayı İş Kanunu'nun 41, 42, 43'üncü maddelerinde belirlenen sebeplerle günlük çalışma süresini aşan çalışmalar olarak tanımlanmaya devam etmektedirler. Bu yazarlara göre, işçilerin cumartesi günleri çalışıp çalışmamlarına göre, cumartesi çalıştıkları süre haftalık kırkbeş saatlik normal çalışma süresinden çıkarılıp, kalan sürenin öteki iş günlerine bölünmesi ile bulunacak olan günlük 7,5 saat ile 9 saat arasında değişen günlük çalışma süresinin aşılması halinde fazla çalışma yapıldığının kabul edilmesi gerekmektedir¹³⁷.

4857 sayılı İş Kanunu ile çalışma hayatımıza giren, çalışma sürelerinin denkleştirilmesi esaslı fazla çalışma kavramının tanımlanmasında farklılık yaratmıştır. İş Kanunu'nun 63'üncü maddesinde belirlenen koşulların yerine getirilmesi ile 2 ay (toplu sözleşmeler ile 4 aya kadar uzayabilir) içerisinde işçinin ortalama haftalık çalışma süresi hesaplanacaktır. Bu durumda işçi, bazı haftalarda kanunda belirlenen 45 saatlik çalışma süresini aşmış olsa bile fazla çalışmadan bahsedilmeyecektir (İş K.m.41/I). Çünkü fazla çalışma yapıldığının kabulü için ortalama haftalık çalışma süresinin 45 saati geçmesi gerekmektedir.

Yeni düzenlemeleri dikkate alarak fazla çalışmayı, *“Bir işçinin, İş Kanunu'nda belirtilen sebepler ile haftalık 45 saatlik çalışma süresinin veya çalışma süresinin denkleştirildiği hallerde, ortalama haftalık 45 saatlik çalışma süresinin üzerinde devamlılık taşımayan çalışmaları”* olarak tanımlayabiliriz.

İşçi ve işveren çalışma koşullarını belirlerlerken çalışma süresini hizmet sözleşmesinde ya da toplu iş sözleşmesinde yasal çalışma süresi altında belirleme imkanına sahiptirler. Haftalık çalışma süresinin normal çalışma süresinin altında belirlendiği bu durumlarda fazla çalışma nasıl tanımlanacaktır? İş Kanunu'nun 41'inci maddesinin 3'üncü fıkrası, 1475 sayılı İş Kanunu'nda bulunan boşluk nedeniyle tartışılan bu konuya da açıklık getirmiştir. Buna madde ile, haftalık çalışma süresinin sözleşmelerle kırkbeş saatin altında belirlendiği durumlarda, fazla çalışmaya ait esaslar dahilinde ortalama haftalık çalışma süresini aşan ve kırkbeş saate kadar olan çalışmaların *“fazla sürelerle çalışma”* olarak kabul edileceği hüküm altına alınmıştır.

¹³⁷ Tunçomağ ve Centel, s.150; Demircioğlu ve Centel, s.131.

Fazla süreli çalışma yapan işçi de fazla çalışmada olduğu gibi belirtilen oranlarda ek ücrete hak kazanacaktır(İK.m.41/III).

Fazla çalışmaya verilecek ek ücret yerine, işçinin bu ücreti almadan serbest zaman kullanma olanağına kavuşması da fazla çalışma konusunda bir diğer yenilik olarak dikkat çekmektedir(İK.m. 41/IV).

Tarihsel süreç içerisinde fazla çalışma, çalışma süresine getirilen sınırlama ile ortaya çıkmış bir kavramdır. Bir işçinin fazla çalışma süresinin tespit edilebilmesi için, öncelikli olarak yasal yada sözleşmeler ile belirlenmiş çalışma süresinin tespit edilmesi gerekmektedir. Bu sebeple, İş Kanunu'nda fazla çalışmanın düzenlendiği maddelerde bahsi geçen günlük ve haftalık çalışma sürelerinin açıklanması ile bu çalışma sürelerinin aşılması ile anlam kazanan fazla çalışma hükümleri daha iyi anlaşılacaktır.

2.3. FAZLA ÇALIŞMA TÜRLERİ

2.3.1. Genel Olarak

4857 sayılı İş Kanunu'nun 41, 42 ve 43'üncü maddelerine baktığımızda, fazla çalışma yapılmasına ancak bu maddelerde yer alan sebeplerin ortaya çıkması ile izin verilmekte olduğunu görmekteyiz.

İş Kanunu'nda yer alan sebeplere göre fazla çalışmayı üç türe ayırabiliriz. Ülkenin genel yararları, işin niteliği veya üretimin artırılması nedenleriyle *olağan fazla çalışma (İK.m.41)*; bir arıza ya da arıza olması ihtimalinde, makine ve araç-gereçler için hemen yapılması gerekli acele işlerde veya zorlayıcı işlerin ortaya çıkması halinde *zorunlu nedenlerle fazla çalışma (İK.m.42)*; seferberlik sırasında yurt savunmasının gereklerini karşılayan işyerlerinde *olağanüstü hallerde fazla çalışma (İK.m.43)* yapılır¹³⁸.

Fazla çalışma türlerinin sebepleri farklılık taşıdığı gibi uygulanma koşulları da

¹³⁸ Fazla çalışma türleri bu ayırmadan farklı olarak da türlere ayrılmıştır. Bu ayırma göre fazla çalışma, sürekli fazla çalışma başlığı altında hazırlama-tamamlama-temizleme işleri; geçici fazla çalışma başlığı altında ise, iktisadi durum nedeniyle fazla çalışma, zorunlu durum nedeniyle fazla çalışma, olağanüstü durum nedeniyle fazla çalışma olarak türlere ayrılarak incelenmiştir, Tunçomağ ve Centel, ss.151-156; Biz ise, Hazırlama-Tamamlama ve Temizlik işleri nedeniyle işçilerin asıl işlerine ek olarak yaptıkları işleri fazla çalışma türlerinden ayrı olarak "fazla çalışma benzeri işler" başlığı ile incelemeyi uygun gördük.

birbirinden farklıdır. Bu koşulların belirlenmesinde, İş Kanunu dışında, “İş Kanununa İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği”¹³⁹ (FÇY.) başta olmak üzere, yeri geldikçe incelenecek olan diğer Yönetmelik hükümlerinin beraber ele alınması gerekmektedir.

2.3.2. Olağan Fazla Çalışma

İş Kanunu’nun 41nci maddesinin ilk fıkrasında, işverenin isteği ve işçinin rızası ile ülkenin genel yararları yahut işin niteliği veya üretimin artırılması gibi nedenlerle, haftalık normal çalışma süresini aşarak olağan fazla çalışma yapılmasına izin verilmiştir.

Olağan fazla çalışma, işyerinde üretimin arttırılmasına yönelik amaç taşıdığından en çok uygulama alanı bulan fazla çalışma türüdür. Olağan fazla çalışma yapılabilmesi için, Kanun’da belirtilen sebepler olağan fazla çalışma yapılabilmesinin olmazsa olmaz koşulu olmakla birlikte, diğer koşulların da yerine getirilmesi zorunludur.

2.3.2.1. Olağan Fazla Çalışmanın Koşulları

Bir işyerinde olağan fazla çalışma yapılabilmesi için gereken koşullar, işçi sağlığı, ekonomik faktörler ve toplum ihtiyaçları dikkate alınarak¹⁴⁰, İş Kanunu’nun 41’inci maddesinde sayılmıştır. Ayrıca, bu koşulların uygulanmasına açıklık getirmek amacıyla çıkarılan İş Kanununa İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği’nin hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, olağan fazla çalışma koşullarını şöyle sıralayabiliriz:

- Olağan fazla çalışma sebeplerinin bulunması,
- İşverenin fazla çalışma talebinde bulunması,
- Fazla çalışma yapmaya işçinin onay vermesi,
- Fazla çalışma yasaklarının bulunmaması,

¹³⁹ RG., 06.04.2004, 25425.

¹⁴⁰ Ekonomi, s.302.

-Fazla çalışma için öngörülen sınırlara uyulması.

Tüm bu koşulların gerçekleşmesi halinde kanuna uygun olağan fazla çalışmadan bahsedilebilir¹⁴¹.

2.3.2.1.1 Olağan Fazla Çalışma Sebepleri

İş Kanunu'nun 41'inci maddesinin ilk fıkrasında, olağan fazla çalışmanın yapılabilmesi için gerekli olan sebepler "*Ülkenin genel yararları yahut işin niteliği veya üretimin artırılması gibi nedenler...*" olarak sıralanmıştır. Bu hükümdeki "*gibi*" kelimesi ile fazla çalışma yapılabilmesi için gerekli sebeplerin, madde metninde yer alanlar ile sınırlı olmadığı, benzer durumların ve ihtiyaçların varlığı halinde fazla çalışma yapılabileceği anlaşılmaktadır¹⁴².

Olağan fazla çalışma ile olağan fazla çalışmanın sebeplerinin altında yatan amaç özetlenmektedir. Bu amaç, işverenin iktisadi durumu nedeniyle gerektiğinde fazla çalışma yaparak üretimini değişen koşullara uydurabilmesini sağlamaktır. Kanun metninde yazılı, sınırlı sayıda olmayan, genel olarak ifade edilmiş nedenlerin açıklanması, olağan fazla çalışma sayılacak benzer durumların neler olabileceğinin belirlenebilmesini kolaylaştıracaktır.

2.3.2.1.1.1. Ülkenin Genel Yararı

Ülkenin genel yararı olarak belirtilen bu sebep, sayılan diğer nedenlerden çok daha geniş bir anlam taşımaktadır. Tek tek sayarak ülkenin genel yararları içine neler gireceğini belirlememiz mümkün değildir. Fazla çalışma nedenleri sayılırken kullanılan "*... gibi nedenlerle...*" deyimini, olağan fazla çalışmanın uygulanma alanını yeterince genişlettiğinden, bu ifadenin kanun metnine konmaması kanaatimizce yerinde olurdu¹⁴³.

İşyerinde fazla çalışma yapılması ya bir üretim açığını kapatacak ya da üretim artışı sağlayacaktır. Bu nedenle aslında kanuna uygun yapılan her fazla çalışmanın

¹⁴¹ Bu bölümde ilk üç koşul incelenecek, fazla çalışma yasakları, tüm fazla çalışma türlerini kapsayacak şekilde ayrı bir bölümde incelenecektir bkz., 3.4.

¹⁴² Centel, s.236; Ercan Akyiğit, "Yeni İş Yasasında Normali Aşan Çalışmalar", **TÜHİS İş ve İktisat D.**, C:19, S.4, Mayıs 2005, s.4; Mollamahmutoğlu, işin niteliği hariç diğer iki sebeple, işverene fazla çalışma yaptırması konusunda sınırsız ve kontrolsüz bir yetki verildiğini iddia etmektedir, Mollamahmutoğlu, s.694.

¹⁴³ Demir, s.145.

ülkenin yararına olacağı da bir gerçektir¹⁴⁴. Bir başka görüş ise, ülkenin genel yararları sebebinin çok kapsamlı içeriği ile başka bir sebebe gerek olmaksızın, tek başına fazla çalışma yaptırılmasına olanak verecek nitelikte olduğunu belirtmektedir¹⁴⁵.

“Ülkenin genel yararı” sebebi, İş Kanunu’nun 43’üncü maddesinde belirtilen seferberlik halinde yapılacak olan olağanüstü fazla çalışma sebebi ile karşılaştırılarak daha iyi açıklanabilir. Seferberlik ilan edilmeden, ülkenin karşılaştığı ya da karşılaşılabileceği tahmin edilen sıkıntıların giderilmesi amacıyla, ülkenin genel yararı nedeni ileri sürülerek olağan fazla çalışma yapılabilir. Burada sadece günün koşulları değil, gelecekte ortaya çıkabilecek gereklilikler de dikkate alınır. Bayram nedeniyle kişilerin toplu ulaşım araçlarını daha fazla kullanması, bu çalışma alanı için olağan fazla çalışma sebebidir¹⁴⁶. Dünyayı kasıp kavuran H5N1(kuş gribi) virüsünün yayılmasının önlenmesi amacıyla ilaç firmasının fazla çalışma yapmasını ülkenin genel yararlarına örnek olarak gösterebiliriz.

2.3.2.1.1.2. İşin Niteliği

İşyerinde görülen işin niteliğinden kaynaklanan nedenlerle fazla çalışma yapılması imkanı Kanun ile tanınmıştır. Doğal olarak, işin niteliği her işyeri faaliyetine göre belirlenecektir. İşin yapılabilmesi için belirli koşulların varlığına ihtiyaç duyuluyorsa, bu takdirde koşulların uygun olduğu dönemlerde fazla çalışma yapılması gerekebilir. Örneğin, inşaat işlerinde kış ayları çalışılması zor olduğundan yaz aylarında fazla çalışma yapılarak işin niteliğinden kaynaklanan kayıplar önlenebilir¹⁴⁷ ya da özel günlerde çiçek satışlarının artması nedeniyle o günlerde bu sebebe dayanılarak fazla çalışma yapılabilir.

İşin niteliği gereği fazla çalışma yapılabilmesi imkanı, işyerinde yapılan işlerin gerekleri ile çalışma saatleri arasındaki uyum sağlanarak normal çalışma süreleri ile elde edilemeyecek imkanların genişletilmesini sağlamaktadır¹⁴⁸.

¹⁴⁴ Akyiğit, *Normali Aşan Çalışmalar*, s.4

¹⁴⁵ Mollamahmutoğlu, s.694; Ekonomi, s.303.

¹⁴⁶ Oğuz Kurucu, *İş Süreleri Dinlenmeler Fazla Çalışma*, Ankara: Kadioğlu Matbaası, 1987, s.86.

¹⁴⁷ Kurucu, s.87.

¹⁴⁸ Kurucu, s.86.

3.3.2.1.1.3. Üretimin Arttırılması İhtiyacı

Ülkenin genel yararları ve işin niteliği sebeplerine ek olarak gösterilen üçüncü örnek ise, üretimin arttırılmasına duyulan ihtiyaç nedeniyle fazla çalışma yapılmasıdır. Bu sebep ile aslında işverene, fazla çalışma yapabilmesi konusunda geniş bir imkan tanınmıştır. Çünkü bir işletme kurulurken sürekli aynı sayıda üretimi gerçekleştirmek amacıyla kurulmaz. Üretimini arttırarak büyüme sağlamak işletmelerin temel hedefidir.

İşveren, iç ve dış piyasalardan gelecek talebe göre kendi üretimini ayarlamak, hammadde yokluğu ya da işyerinde yaşanan grev neticesinde düşen üretimin arttırılması nedenleriyle fazla çalışma yapılmasını isteyebilir¹⁴⁹. Ancak, özellikle esneklik uygulamaları ile işletmelerin piyasalardaki dalgalanmalara uyum sağlayabilme ve rekabet edebilme şansı artmaktadır. Denkleştirme ile işverenlere fazla çalışma yapmadan da üretimlerini arttırma şansı verilmiştir. Çünkü, denkleştirme dönemi içinde bazı haftalarda üretimi arttırmak için daha fazla çalışılması mümkün olmaktadır. Haftalık ortalama çalışma süresi aşılmadığı sürece, haftalık normal çalışma süresi aşılsa dahi bu çalışmalar fazla çalışma sayılmamaktadır. Böylece üretim artışı, denkleştirme ile fazla çalışma yapılmadan karşılanmış olmaktadır.

2.3.2.1.2. İşverenin Fazla Çalışma Talebi

2.3.2.1.2.1. Genel Olarak

Fazla çalışma yapılması yönünde karar verecek olan işverenin ya da işveren vekilinin¹⁵⁰ fazla çalışma yapılması için bir istemde bulunması ve onların bilgisi dahilinde işyerinde fazla çalışma yapılması gerekmektedir¹⁵¹. Çünkü, fazla çalışma ile işçinin mutlaka bir istihsale yönelmiş olması ve bundan da işverenin haberi olması gerekmektedir¹⁵². Yargıtay vermiş olduğu kararlar ile işçinin fazla çalışma ücretini isteyebilmesi için, fazla çalışma yapılmasını işverenin istediğinin ispat edilmesini

¹⁴⁹ Kurucu, s.88.

¹⁵⁰ İşveren vekili, İş Kanunu'nun 2'nci maddesinin 4 ve 5'inci fıkralarında tanımlanmıştır. Bu tanımda işveren vekili, işyerinde işveren adına hareket eden ve işin, işyerinin ve işletmenin yönetiminde görev alan kimsedir. Diğer işçiler karşısında işveren vekili iken, işverenin karşısında ise işveren sıfatını taşıyan ama diğer işçilerle aynı hak ve yükümlülüklerle sahip kişi konumundadır.

¹⁵¹ Süzek, s.633.

¹⁵² Selçuki, s.575.

aramaktadır¹⁵³. İşçinin, işverenden herhangi bir talep gelmeksizin fazla çalışma yapması halinde, bu çalışma kural olarak, Kanun'un tanımladığı fazla çalışma olarak kabul edilmeyecektir.

2.3.2.1.2.2. Talebin Şekli

İşverenin fazla çalışma yapılmasını talep etme şekli konusunda İş Kanunu ve Fazla Çalışma Yönetmeliği'nde açıklık bulunmamaktadır. Bu yüzden, işverenin fazla çalışma yapılmasını talep şekli uygulama ile netlik kazanmıştır.

İşverenin mutlaka yazılı ya da açık bir talebini aramak, işçinin haklarının kaybı anlamına gelecektir. Eğer, işveren işçinin fazla çalışma yaptığını görüp ses çıkarmıyorsa, bu davranışı zımni bir talep olarak nitelendirilmelidir¹⁵⁴. Çünkü, bu halde de işçi tarafından işverenin yararına, onun bilgisi dahilinde çalışılmaktadır. Hatta, işveren fazla çalışma yapılmamasını açıkça bildirmiş olsa bile, işçiden fazla çalışma yapılarak bitirilebilecek bir işin yapılmasının istenmesi fazla çalışma ücretine hak kazandıracaktır¹⁵⁵. Fazla çalışma ücretine hak kazanması için, işçinin işe başlamadan önce, bu işin fazla çalışma ile yapılacağını öngörmesi de aranmamaktadır¹⁵⁶. Bir başka örnekte, işçi, her an işverenin vereceği işi yapmak için hazır bekletiliyorsa, işverenin fazla çalışma talebi olmasa dahi fazla çalışma ücretine hak kazanacaktır. Tüm bu zımni talep olarak adlandırdığımız uygulamalarda dikkat çeken husus, işverence açık bir talep olmasa da, kabul edilen fazla çalışmanın işverenle ilgisinin bulunmasıdır.

Buna karşılık, işçinin, normal çalışma süresi dışında işyerinde bulunduğu her süre¹⁵⁷, işverenin bilgisi dışında ve zımni talep olarak kabul edemeyeceğimiz diğer çalışanlarla fazla mesaiye kalması¹⁵⁸ fazla çalışma olarak değerlendirilmeyecektir. İşçi fazla çalışma ücreti isteminde bulunduğu, işverenin kendi talebi olmaksızın fazla çalışma yapıldığını ispat etmesi gerekmektedir.

¹⁵³ Y.H.G.K., 29.12.1973, E.91, K.1229, Selçuki, s.578; Y.9.H.D., 19.2.2002, E.2001/17563, K.2002/2912 (Tekstil İşverenleri D., Şubat 2003) ss.36-37.

¹⁵⁴ Çelik, s.325; Demir, s.146; Narmanlıoğlu, s.442.

¹⁵⁵ Y.H.G.K., 29.12.1973, E.424, K.1263, Çemberci, Şerh 1984; 579.

¹⁵⁶ Hueck, A. - Nipperdey, H.C, Lehrbuch des Arbeitsrechts I, Berlin-Frankfurt a. M.1963, s.275, dipnot 63 Aktaran: Centel, s.234; P. Soyer, İHU, İş Kanunu m.35 (No.7), İstanbul 1981, s.1.

¹⁵⁷ Yargıtay, işçinin üretime katılma zorunluluğu olmayan, soyunma, yıkanma, kendisinin serbestçe değerlendirebileceği zamanları işyerinde geçirmesini fazla çalışma olarak kabul etmemektedir, Y.9.H.D., 17.5.1974, E.26598, K.9669, Çemberci, Şerh 1984, s.579.

¹⁵⁸ Y.9.H.D.,17.9.1979, E.9526, K.11093, Çemberci, Şerh 1984, s.576.

2.3.2.1.3. İşçinin Onay Vermesi

3.3.2.1.3.1. Genel Olarak

Anayasa'nın 18'inci maddesinin 1'inci fıkrası, kişilerin zorla çalıştırılmayacağını ve angaryanın yasak olduğunu düzenlemektedir. Buna göre çalışma, kişinin kendi isteğiyle bir başkasının zorlaması olmadan yapacağı bir faaliyettir¹⁵⁹. Fazla çalışma, işçinin normal çalışma süresinin üzerinde yapacağı ek bir çalışma olduğu için, İş Kanunu'nun 41'inci maddesinin 7'nci fıkrası da bu Anayasal ilkeye uyumlu olarak, “Fazla saatlerle çalışmak için işçinin onayının alınması gerekir” hükmüne yer vermiştir. Bu onay, işçinin işe girişinde ve sonrasında alınabilir¹⁶⁰. Ancak bu onayın verilmesi ve fazla çalışma yapılacağına işçilere duyurulması ile işçi fazla çalışma borcu altına girecektir¹⁶¹.

Onayın işçi tarafından verilmiş olması, işverenin her ne olursa olsun işçiyi fazla çalışma yapması konusunda zorlayabileceği anlamına gelmez. Fazla Çalışma Yönetmeliği'nin 8'inci maddesinin (b) fıkrasında, işçi tarafından fazla çalışmaya onay verildikten sonra, sağlık sorunları sağlık raporu ile ispatlanan işçi fazla çalışma yapması için zorlanamayacaktır. Sağlık sorunları nedeniyle fazla çalışma yapması için zorlanamayan işçinin, fazla çalışmasına engel olacak sağlık sorunları dışında haklı bir nedenin ortaya çıkması halinde, iyiniyet kuralları çerçevesinde fazla çalışma yapması konusunda zorlanmaması gerektiğinin de kabul edilmesi gerekmektedir¹⁶². İşçi fazla çalışma borcunu yerine getirirken, yapılan fazla çalışmanın işçinin durumunu kendisinden beklenmeyecek derecede ağırlaştırması halinde, Borçlar Kanunu'nun 329'uncu maddesi gereğince fazla çalışmadan çekinme hakkı olabileceği görüşü de ileri sürülmektedir¹⁶³.

¹⁵⁹ Şakar, s.171.

¹⁶⁰ Çelik, s.334; Öner Eyrenci, “ 4857 Sayılı İş Kanunu İle Getirilen Yeni Düzenlemeler-Genel Bir Değerlendirme”, **Legal İHSGHD.**, S.1, Ocak - Mart 2004, s.163; Nurşen Caniklioğlu, “4857 Sayılı İş Kanununun Çalışma Sürelerine İlişkin Düzenlemeleri”, **Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, III. Yılında İş Yasası (Seminer Notları)**, Bordum, 21-25 Eylül 2005, s.171.

¹⁶¹ Aktay ve Diğerleri, s.242.

¹⁶² Fevzi Demir, **Sorularla Bireysel İş Hukuku**, C:1, Ankara: Türkiye Barolar Birliği, 2006, s.75; Akyiğit, Şerh, s.1510.

¹⁶³ Kurucu, s.125; İşçinin onay vermediği halde fazla çalışmaya zorlanması veya onay alındığı halde fazla çalışma yapmasının istenmesi iyiniyet kurallarına aykırı olduğunda, işçinin çekinme hakkı kullanacağı, ancak sözleşmeyi feshedemeyeceği belirtilmiştir. İşverenin işçiyi zorlayıcı hareketleri süreklilik kazandığında ve işçi olumsuz

İşçinin onay verdikten sonra, fazla çalışma yükümlülüğünü yerine getirmesine engel olacak bir neden olmaksızın, fazla çalışmaya kalmaması ya da fazla çalışma ücreti yerine serbest zaman kullanacağını belirtmesine rağmen kullanmaması, işverenin işçiyi uyarması durumunda işçinin davranışında ısrar etmesi İş Kanunu'na göre haklı nedenle derhal fesih nedeni olabilecektir (İ.K.m.25/II-h)¹⁶⁴. Yargıtay ise, onay vermesine rağmen fazla çalışmaya kalmayan işçiye bir kez uyarı yapıldıktan sonra sözleşmesinin feshedilmesini haklı bulmamıştır¹⁶⁵.

İşçinin onay vermesi şartı, içinde fazla çalışmanın işçi tarafından reddedilmesi hakkını da içermektedir. Buna bağlı olarak uygulamada Yargıtay, fazla çalışmayı kabul etmeyen bir işçinin sözleşmesinin feshedilmesini geçerli nedenle fesih olarak kabul etmemiştir¹⁶⁶. Ancak bu kararı vermiş olan Yargıtay, 1475 sayılı yasaya göre fazla çalışmaya onay vermiş olan işçinin, 4857 sayılı İş Kanunu'na göre her yıl vermesi gereken onayı vermemesi veya fazla çalışma yapmaması halinde, işverenin işçinin iş sözleşmesini geçerli sebeple feshedebileceği yönünde farklı bir sonuca da varmıştır¹⁶⁷.

Onay alınmadan fazla çalışma yaptırılması halinde, İş Kanunu'nun 102nci maddesine göre, işverene idari para cezası verileceğinden işçinin onayı konusu önem kazanmaktadır. Ayrıca, işçi onay vermediği halde fazla çalışmaya zorlanmış ve fazla çalışma yapmışsa, kanunen geçerli bir fazla çalışma olmasa da, bu çalışmanın ek ücrete hak kazandırdığını kabul etmek gerekmektedir. Aksi halde, kanuna aykırı davranmış olan işveren bu hukuk dışı davranışını sürdürmesi için teşvik edilmiş olacaktır. Fazla çalışmaya onay vermediği halde, çalışmaya zorlanan işçi sözleşmesini haklı nedenle feshedebileceği gibi, bu zorlama iş koşullarında değişikliğe sebep olduğundan İş Kanunu'nun 22'nci maddesinin de uygulanmasının gerekeceği ileri sürülmüştür.¹⁶⁸

etkilendiğinde, İş Kanunu'na göre işçi haklı fesih yapabilecektir (İ.K.m.24/II-f), Şahin Çil, **İş Kanunu Şerhi**, C:2, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi, 2007, s.2489.

¹⁶⁴ Sözleşmeyi işçi fazla çalışmaya kalmadığı için fesheden işverenin, fazla çalışma için işçiden onay aldığını ispat etmesi gerekmektedir, Y.9.H.D., 21.10.2003, E.4323, K.17476, Özhan Ertekin, **Açıklamalı İçtihatlı İş Kanunu**, Adil Yayınevi, Ankara 2004, s.717; Demir, s.147; Eyerenci ve Diğerleri, ss.221-222.

¹⁶⁵ Y.9.H.D., 09.05.2005, E.2004/25446, K.2005/616086 (**Legal İHSGHD.**, S.7, 2005), ss.1266-1267.

¹⁶⁶ Y.9.H.D.,10.11.2003, E.18858, K.19033;08.05.2006, E.10028, K.13006, Osman Günay Çankaya, Cevdet İlhan Günay ve Seracettin Gökteş, **Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları**, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2006, ss.435,438.

¹⁶⁷ Y.9.H.D., 29.12.2004, E.24975, K.29833, Erol Akı, H. Olcay Altıntaş ve İbrahim Bahçivanlar, **Uygulamada İş Güvencesi**, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2005, s.86.

¹⁶⁸ Mollamahmutoğlu, s.695.

Kanaatimizce, işçiye tanınan fazla çalışmaya onay verme hakkının, Medeni Kanun'un 2'nci maddesinde belirtilen, genel ilke olan "objektif iyi niyet kuralları ve dürüstlük kuralına" uygun olarak kullanılması gerekmektedir. İşçinin onay hakkını keyfi kullanıp, haklı bir neden olmaksızın fazla çalışmaya kalmamasının işvereni zarara uğratmaması gerekmektedir¹⁶⁹. Fazla çalışmanın yapılmaması durumunda işverenin zarara uğrayacağı hallerde, işçinin onayı olmasa dahi fazla çalışma yapma zorunluluğu bulunmaktadır¹⁷⁰. İşverenin uğradığı bir zarar varsa, bu takdirde zarar miktarının işçinin 30 günlük ücretini aşıp aşmamasına göre geçerli nedenle ve tazminatlı fesih hükümleri ya da haklı nedenle ve tazminatsız derhal fesih hükümleri uygulanabilecektir¹⁷¹.

İşçinin onay vermesi, kendisine uygun gördüğü zamanda fazla çalışma yükümlülüğünü yerine getireceği anlamına gelmemektedir. Fazla çalışma yapılması konusunda kararları verecek olan işveren ya da onun yetkilendirdiği işveren vekilidir. İşçinin işveren ya da vekilinin bilgisi dışında, normal iş süresi dışında çalışması fazla çalışma olarak kabul edilemeyeceğini bir kez daha hatırlatmak gerekmektedir.

2.3.2.1.3.2. Onayın Şekli

İşçinin fazla çalışma yapılması talebine vereceği onayın şekli konusunda İş Kanunu'nda hüküm bulunmamaktadır. Fazla Çalışma Yönetmeliği'nin 9'uncu maddesinde "*Fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma yaptırmak için işçinin yazılı onayının alınması gerekir... Fazla çalışma ihtiyacı olan işverence bu onay her yıl başında işçilerden yazılı olarak alınır ve işçi özlük dosyasında saklanır*" hükmü ile bu onayın şekli ve alınma zamanına açıklık getirilmeye çalışılmıştır.

Fazla Çalışma Yönetmeliği'nin 9'ncü maddesinde belirtilen, fazla çalışma

¹⁶⁹ Bu görüşe gerekçe olarak, Borçlar Kanunu'nun da fazla iş yapmayı dürüstlük kuralına aykırı olarak reddeden işçinin, işveren tarafından zorlanacağını belirten hükmü gösterilmektedir (BK.m.329/I), Tunçomağ ve Centel, s.153; İşçinin kanuni bir zorunluluk olmadığı müddetçe fazla çalışmaya onay vermek zorunda olmadığı da belirtilmiştir, Sarper Süzek, "Bireysel İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay'ın 2001 Kararlarının Değerlendirilmesi", *Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2001*, Ankara, 2003, s. 50-51.

¹⁷⁰ Fevzi Demir, "Toplu İş Sözleşmesi İle İşçinin Onayının Önceden Alınması", *Sicil İş Hukuku D.*, (Haziran 2006), s.107; "*Davacının...2004 yılı için ayrıca muvafakati alınmadığı ancak dinlenen tanıkların verdiği bilgiye göre müşteri siparişlerinin tehlikeye düştüğü ve işçinin işverenin taleplerine rağmen çeşitli gerekçeler ile yazılı onay vermemesi feshin için geçerli neden sayılmıştır*", Y.9.H.D., 29.12.2004, E.24975, K.29833, Akı ve Diğerleri, ss.86-87.

¹⁷¹ Demir, Sorularla Bireysel İş Hukuku, s.75; Farklı bir görüş, işverenin daha fazla üretim için fazla çalışma talebinde bulunması ve bu isteğe işçinin onay vermemesi halinde, İş Kanunu'na göre hatırlatıldığı halde işçinin görevini yapmaması nedeniyle (İK.m.25/II-h) sözleşmenin feshini gerektirmemesini belirtmektedir, Çankaya ve Diğerleri, s.155.

yapılabilmesi için gerekli olan onayın yazılı olarak alınması, çıkabilecek bir uyuşmazlıkta fazla çalışmaya onay verildiğinin ispat edilebilmesi bakımından önem taşımaktadır. Yazılı onayın alınmaması yapılan fazla çalışmanın hukuka uygunluğunu etkilemeyecektir. Yargıtay, yazılı ve açıkça verilen onayın yanı sıra zımni onayı da kabul eden kararında “*Dairemiz uygulamasına göre işçiden fazla mesai için önceden onay alınmamış olsa da, daha önce fazla çalışma yapan ve ücreti tam ve düzenli olarak ödenen işçinin fazla mesaiye kalmak istememesi fesih için geçerli neden kabul edilmektedir*” diyerek işçinin fazla çalışmaya onay vermesi konusuna çok yerinde bulunduğumuz bir yorum getirmiştir¹⁷².

1475 sayılı İş Kanunu’nun 35’inci maddesine göre, işçinin fazla çalışmaya onay vermesi koşulunun yanı sıra Bölge Çalışma Müdürlüğü’nün iznine de ihtiyaç duyulmaktaydı. Devletin bu izin ile amaçladığı, iş piyasasını kontrol edip, ekonomik şartlara bağlı olarak düzenlemektir. Ancak uygulamada bu amaç gerçekleştirilememiştir. 4857 sayılı İş Kanunu’nun gerekçesinde açıklandığı gibi, esnek sürelerle çalışma düzenine olanak verilmesi ile fazla çalışma yapılması oldukça kısıtlandığından Bölge Çalışma Müdürlüğü izni kaldırmıştır¹⁷³.

2.3.2.1.3.2. Onayın Alınma Zamanı

İşçiden alınacak onayın zamanı, Fazla Çalışma Yönetmeliği’nde, “*her yıl başında yazılı olarak alınır ve işçi özlük dosyasında saklanır*” ifadesi ile belirtilmiştir (FÇY.m.9/II). 1475 sayılı İş Kanunu ve Fazla Çalışma Tüzüğü’nde fazla çalışma yapılabilmesi için işçinin onayının alınması şartı varken, bu onayın her yıl başında alınacağına ilişkin bir hüküm bulunmamaktaydı. Bu konudaki değişiklik, işçiyi korumak amacıyla getirilmiştir. İşverenin işçiden bir kere almış olduğu onaya dayanarak yıllarca fazla çalışma yaptırabilmesi çok yerinde bir düzenleme ile engellenmek istenmiştir. Yargıtay’ın da uygulaması aynı yöndedir¹⁷⁴.

¹⁷² Y.9.H.D., 08.10.2007, E.11936, K.29817 (Çalışma ve Toplum D., S.16, 2008/1) ss.191-193.

¹⁷³ TİSK, 4857 sayılı İş Kanunu ve Gerekçesi, 2003, s.145.

¹⁷⁴ “4857 sayılı İş Kanunu’nun 41’inci maddesi ve bu maddeye dayanılarak çıkarılan yönetmelik uyarınca fazla mesai için her yıl yeniden işçinin muvafakatinin alınması gerekir. Bu nedenle sözleşmede fazla mesai yapmaya davacının rıza gösterdiğine ilişkin hükmü ancak ilk yıl için geçerli olduğu kabul edilebilir”, Y.9.H.D., 08.05.2006, E.10028, K.13006, Cumhuriyet Sinan Özdemir, “Fazla Çalışma İçin Her Yıl İşçinin Onayının Alınması Sorunu”, Terazi Hukuk D., S.8, Nisan 2007, ss.36.

Bu değişiklik bir çok yönden eleştirilmiş ve farklı açılardan ele alınmıştır. İş Kanunu'nun 41'inci maddesinin 7'nci fıkrasında yer almayan sınırlayıcı bir düzenlemenin Yönetmelik ile getirilmesinin kanuna aykırı olduğu ileri sürülmüştür¹⁷⁵. Kanaatimizce, yazılı onayın her yıl başında alınacağı hükmü kanuna aykırılık taşımamaktadır. Çünkü çalışma süresine ilişkin düzenlemeler, dolayısıyla fazla çalışma konusu nispi emredici kurallar ile düzenlenmiştir. Onayın her yıl alınması işçi lehine bir düzenlemedir ve Kanun'a aykırılık taşımamaktadır.

Diğer bir konu ise, "her yıl" ifadesi ile anlatılmak istenenin ne olduğudur. Her yılın başlangıcı olarak takvim yılı başlangıcı mı yoksa hizmet sözleşmesinin başlangıcı mı dikkate alınacaktır? Eğer takvim yılı kastediliyorsa, bu yılbaşından sonra işe girenlerin onay vermesinde karışıklık yaratacaktır. Kanaatimizce, hizmet sözleşmesi tarihini esas almak yerinde olacaktır. Çalışan sayısının çok olması halinde bu uygulamanın karışıklık yaratacağı düşüncesine katılmak çok güçtür. Nitekim fazla çalışma sınırı olan yılda 270 saatin hesaplanmasında da hizmet sözleşmelerinin esas alınması işi daha kolaylaştıracaktır. Her işçi için hesaplamaların ayrı ayrı yapıldığı düşünülürse, süre biterken aynı anda onayında alınması işi kolaylaştıracaktır. İşyerinin devri veya daha değişik yollarla işverenin değişmesi halinde, önceki işverenin aldığı onay geçerliliğini koruyacaktır¹⁷⁶.

1475 sayılı İş Kanunu'na bağlı çıkarılan Fazla Çalışma Tüzüğü'nün 5'inci maddesinde onayın bireysel iş sözleşmeleri ile ya da toplu iş sözleşmeleri ile önceden alınmasına açık hüküm ile izin verilmişti. 4857 sayılı İş Kanunu'na bağlı olarak çıkarılan Fazla Çalışma Yönetmeliği ise, bu açıklıkta bir hüküm getirmemiştir. Ancak onayın her yıl başında alınması yönündeki hükmü fazla çalışma yapılabilmesinin geçerlilik koşulu olarak görmemek gerekmektedir¹⁷⁷. Fazla çalışma yapamayacak işçilere ilişkin Fazla Çalışma Yönetmeliği'nin 8'inci maddesinin (b) fıkrası yer alan "*İş sözleşmesi ya da toplu iş sözleşmesi ile önceden veya sonradan fazla çalışmayı kabul etmiş olsalar bile...*" hükmüne dayanılarak, onayın hem hizmet sözleşmeleri ile hem de toplu iş sözleşmeleri ile fazla çalışma imkan ve ihtimalinin mevcut olduğu durumlarda

¹⁷⁵ Mollamahmutoğlu, s.171.

¹⁷⁶ Akyiğit, *Normali Aşan Çalışmalar*, s.5.

¹⁷⁷ Akyiğit, s.282.

önceden alınabileceği gibi, hizmet sözleşmesi devam ederken fazla çalışma yapılmasına ihtiyaç duyulduğu zamanda alınacağı kabul edilmelidir¹⁷⁸.

Hizmet veya toplu iş sözleşmeleri ile onayın alınabileceğinin kabul edilmesi ise, onayın her yıl alınması konusunda bir diğer tartışmayı başlatmıştır. Bu konuda Yargıtay kararları ile de desteklenen *ilk görüş*, bireysel veya toplu iş sözleşmelerine konulacak hüküm ile onayın önceden alınması halinde dahi bu onayın her yıl yazılı olarak yenilenmesi gerektiği görüşüdür¹⁷⁹. *İkinci görüş ise*, toplu sözleşme ya da hizmet sözleşmesi ile onayın alınması halinde, Fazla Çalışma Yönetmeliği'nin 9'uncu maddesinin 2'nci fıkrasında yazılı olan onayın her yıl başında yenilenmesi gerektiği yönündeki düzenlemenin, uygulama alanı bulamayacağını kabul etmektedir. Bu görüşe göre, onayın her yıl yazılı olarak alınacağı hükmü, hizmet sözleşmesinde veya toplu sözleşmeler ile önceden onay alınmaması halleri için geçerli olacaktır¹⁸⁰.

İşçiden önceden alınan onay, fazla çalışmanın karşılığının ücret olarak ödenmesini ya da serbest zaman olarak kullanılması yönündeki isteğini içerebileceği gibi bu onayın işyerinde denkleştirme esasının uygulanması için gerekli olan işçi-işveren anlaşmasını da içermesinde sakınca bulunmamaktadır¹⁸¹.

Yargıtay, işçinin 1475 sayılı Kanun döneminde verdiği onayın, Fazla Çalışma Yönetmeliği'nin her yıl başında işçinin rızasının alınmasını öngören hükmü nedeniyle 4857 sayılı Kanun yürürlüğe girdiği 10.06.2004 tarihinden itibaren geçerliliğini yitireceğini belirtmiştir¹⁸². Ancak, İş Kanunu'nun 41'inci maddesinde onayın alınma zamanına ait bir hüküm bulunmamaktadır. Fazla çalışma yapılabilmesi için işçiden alınacak onayın her yıl alınmasını öngören Fazla Çalışma Yönetmeliği ise, İş Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden yaklaşık 10 ay sonra, 06.04.2004 tarihinde yürürlük

¹⁷⁸ Narmanlıoğlu, s.381; Şakar, s.174; Akyiğit, *Normali Aşan Çalışmalar*, s.5; Süzek, s.627.

¹⁷⁹ Demir, s.273; Eyerenci ve Diğerleri, s.221; İlhan Cevdet Günay, "Fazla Saatlerle Çalışmanın Hukuki Sonuçları", **Sicil İş Hukuku D.**, S.6, (Haziran 2007), s.13; "... 4857 sayılı İş Kanunu'nun 41.maddesi ve bu maddeye dayanılarak çıkarılan yönetmelik uyarınca fazla mesai için her yıl yeniden işçinin muvafakatinin alınması gerekir. Bu nedenle sözleşmede fazla mesai yapmaya davacının rıza gösterdiğine ilişkin hükmün ancak ilk yıl için geçerli olduğu kabul edilir..", Y.9.H.D., 08.05.2006, E.10028, K.13006 (**Çalışma ve Toplum D.**, 2006/3) ss.158-159.

¹⁸⁰ Süzek, s.627; M. Polat Soyer, "Yeni Düzenlemeler Karşısında Fazla Saatlerle Çalışmaya İlişkin Bazı Düşünceler", **Legal İHSGHD.**, S.3, 2004, s.800; Nurşen Caniklioğlu, s.172 ; Akyiğit, *Şerh*, 1510; Aynı yazar, Fazla Çalışma Yönetmeliği yürürlüğe girmeden uzun zaman önce alınmış olan onay ile işçinin işverenin her istediği zaman fazla çalışma yapacağı düşüncesine de itibar edilmemesi gerektiğini dile getirmiştir. Çünkü yazara göre, hem işçinin o anki koşulları hem de yasal sınırlar dikkate alınarak her olayda değerlendirme yapılması uygun olacaktır, Akyiğit, s.262.

¹⁸¹ Demir, s.273.

¹⁸² Y.9.H.D., 23.12.2004, E.17276, K.29157, Göktaş ve Diğerleri, ss.746-747.

kazanmıştır. Aradaki yaklaşık 10 aylık dönemde eski Fazla Çalışma Tüzüğü hükümleri uygulanmıştır. Eski tüzük ise, işçinin onayının her yıl alınması yönünde bir düzenlemeye sahip değildi. Bu durumda, Yönetmeliğin yürürlüğe girdiği tarihten önce verilen onayın geçersiz kabul edilmesi daha yerinde olurdu¹⁸³.

2.3.2.1.4. Olağan Fazla Çalışmanın Sınırı ve Sınıra Uyulmamasının

Sonuçları

2.3.2.1.4.1. Olağan Fazla Çalışmanın Sınırı

Fazla çalışma ile işçi normal çalışmasının üzerinde bir çalışma yaparak ek ücrete hak kazanmaktadır. Özellikle ücretlerin düşük olduğu dönemlerde sağlanacak bu ek gelir, işçi açısından büyük önem taşımaktadır. Ancak işçinin de bir çalışma kapasitesi söz konusudur. Bu yüzden Kanun, işçiyi korumak amacıyla nasıl ki çalışma süresine bir sınır getirmişse, fazla çalışma süresine de aynı şekilde nispi emredici bir hükümle sınırlama getirmiştir. Bu yüzden, belirtilen sınırın altında fazla çalışma yapılması mümkün iken, sınırın üzerinde çalışma yapılması yasaklanmış ve kanun bu konuda cezai yaptırım hüküm altına almıştır. İş Hukuku, emredici hükümlere aykırı olarak tarafların anlaşması halinde, İş Kanunu hükümlerinin anlaşmaların yerini alacağı genel ilkesine sahiptir. Bu yüzden, taraflar İş Kanunu'nda belirtilen fazla çalışma sınırının üstünde fazla çalışma süresi belirleseler de, bu sürenin yerini kanundaki süre alacaktır¹⁸⁴.

1475 sayılı İş Kanunu'nun 35'inci maddesi, işçinin fazla çalışma yapma süresine günlük ve yıllık olmak üzere iki sınır getirmişti. Buna göre, işçiler bir günde ancak 3 saat fazla çalışma yapabilmekteydi. Yıllık olarak getirilen sınır ise, bir yılda en fazla 90 gün fazla çalışma yapılmasına izin veriyordu. Bu yıllık sınırı saat olarak hesaplamamız gerekirse, işçinin günde en fazla 3 saat fazla çalışma yapmasından yola çıkarak, bir yılda 90 gün x 3 saat= 270 saat fazla çalışma yapması imkanı mevcuttu.

4857 sayılı İş Kanunu'nun hazırlık çalışmalarında Bilim Kurulu Taslağında,

¹⁸³ Akyiğit, *Şerh*, ss.1510-1511.

¹⁸⁴ Çemberci, s.817; Esener, s.202.

fazla çalışma süresinin sınırı belirlenirken, 1475 sayılı İş Kanunu'nda yer alan günlük azami 3 saatlik çalışma sınırından daha sınırlayıcı bir düzenlemeye yer verilmişti. Bu düzenlemeye göre, ortalama çalışma süresi fazla çalışmalar dahil olmak üzere haftada 48 saati aşamayacaktı. Kısacası Bilim Kurulu, 1475 sayılı Kanun'dan farklı olarak bir gün için değil, bir haftada yapılacak fazla çalışma süresini 3 saat olarak belirlemişti¹⁸⁵. Eğer bu düzenleme kanunlaşmış olsaydı en çok işverenler etkilenecekti. İstihdam da yaratabilecek bu düzenleme, 4857 sayılı İş Kanunu'na alınmamıştır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun olağan fazla çalışmaya sınır getirdiği 41'inci maddesinin 8'inci fıkrası "*Fazla çalışma süresinin toplamı bir yılda ikiyüzyetmiş saatten fazla olmaz*" hükmüne yer vermiştir. Fazla Çalışma Yönetmeliği'nin 5'inci maddesi de "*Fazla çalışma süresinin toplamı bir yılda ikiyüzyetmiş saatten fazla olamaz*" hükmü ile Kanun'da yer alan yılda 270 saatlik fazla çalışma sınırını aynı şekilde tekrar etmiştir. Ayrıca bu sınırlamanın işyerlerine ve yürütülen işlere değil işçinin şahsına yönelik bir sınırlama olduğunu belirtmiştir (FÇY.m.5/I). Fazla çalışma (ve fazla sürelerle çalışma) sürelerinin hesabında yarım saatten az olan süreler yarım saat, yarım saati geçen süreler ise bir saat olarak değerlendirilecektir (FÇY.m.5/II).

Fazla çalışma süresinin toplamının *bir yılda 270 saatten fazla olamayacağını* belirten sınırlamada, "*bir yılda*" ibaresinin takvim yılını ifade ettiği görüşünün¹⁸⁶ yanı sıra, işçinin çalıştığı bir yılı anlatmak istediği de ileri sürülmüştür¹⁸⁷. Takvim yılı olarak kabul edilmesi pratik bir yarar sağlasa da, işçinin çalıştığı bir yılın dikkate alınması yıl içinde işe girmiş işçiler düşünüldüğünde daha yerinde olacaktır. Ayrıca hangi görüş kabul edilirse edilsin, bir yıl içinde kullanılmayan fazla çalışma süresinin diğer yıla aktarılması da mümkün değildir¹⁸⁸.

1475 sayılı İş Kanunu'nda fazla çalışma günlük 3 saat, yıllık 90 gün ile

¹⁸⁵ Bilim Kurulu Taslağı kanunlaşsaydı, bir yılda 52 hafta x 3 saat= 156 saat fazla çalışma yapılabilecekti.

¹⁸⁶ Sümer, s.131; Cevdet İlhan Günay, **Fazla Saatlerle Çalışma Ücreti**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2007 , s.71; Aynı yazar, Fazla Çalışma Yönetmeliği'nde yer alan işçinin onayının her yıl başında alınmasını esas alan düzenlemenin "bir yılda" ibaresi içinde takvim yılının esas alınması görüşünü desteklediğini ileri sürmüştür, Günay, *Fazla Saatler*, s.17; Soyer, *Fazla Saatler*, s.806; 1475 sayılı Kanuna göre aynı görüş savunulmuştur, Çemberci, s.816; Esener, s.201; 931 sayılı İş Kanunu'na bağlı olarak çıkarılmış olan Fazla Çalışma Tüzüğü'nde 1 yılın takvim yılı olduğu açıkça düzenlenmişti. 1475 sayılı İş Kanunu'na bağlı Fazla Çalışma Tüzüğü'nde ise bu hüküm kaldırılmış, fazla çalışmaya başladığı günden itibaren 1 yıllık süre ifadesi kullanılmıştır.

¹⁸⁷ Demir, s.148.

¹⁸⁸ Kurucu, s.135.

sınırlandırılmıştı. Yıllık toplam fazla çalışma süresi $90 \times 3 = 270$ saat ediyordu. 4857 sayılı İş Kanunu ve Fazla Çalışma Yönetmeliği, fazla çalışma için yıllık 270 saatlik sınırı getirmiştir. İlk bakışta her iki Kanun da aynı sınırlamaya yer vermiş gibi görünse de, 4857 sayılı İş Kanunu'nun günlük ve haftalık sınıra yer vermemiş olması farklılık yaratmaktadır¹⁸⁹. Ayrıca fazla çalışma süresinin sadece yıllık süre ile sınırlandırılması, Avrupa Birliği'nin 93/104 sayılı Yönergesinin 6'ncı maddesinin öngördüğü haftalık çalışma süresinin fazla çalışmalarda dahil olmak üzere 48 saati aşamayacağı şeklindeki düzenlemesine de aykırılık taşımaktadır¹⁹⁰.

2.3.2.1.4.2. İş Kanunu'nda Düzenlenmemiş Olan Günlük ve Haftalık Sınır

İlişkin Değerlendirmeler

İş Kanunu, fazla çalışmanın gün içinde sınırlandırılması konusunda, 1475 sayılı İş Kanunu'nun aksine açık bir hüküm getirmemiştir. Buna rağmen, fazla çalışmanın yıllık sınırı konusunda getirilen düzenlemeye karşılık, günlük sınır için bir düzenleme yapılmadığını düşünmek, işçinin korunması ilkesi ile çelişen bir yorum olacaktır. Bu yüzden, İş Kanunu ve Çalışma Süreleri Yönetmeliği'nin birlikte değerlendirilmesi günlük sınırın varlığını ortaya koymaktadır.

İş Kanunu'nda açıkça belirtilmiş olmasa bile, 63'üncü maddesinin 2'nci fıkrasının, haftalık çalışma süresinin tarafların anlaşması ile günde 11 saati aşmamak üzere haftanın çalışılan günlerine farklı şekilde dağıtılabileceği hükmü ile, Çalışma Süreleri Yönetmeliği'nin 4'üncü maddesinde yer alan "*Günlük çalışma süresi her ne şekilde olursa olsun 11 saati aşamaz. Bir işçinin bu süreleri aşan şekilde çalışmasında 4857 sayılı İş Kanunu'nun 41, 42, 43 üncü maddeleri...hükümleri uygulanır.*" (ÇSY.m.4/III, IV-a) hükmünün mutlak sınırlayıcı ifadesi karşısında, denkleştirme

¹⁸⁹ Ekonomi, Fazla Çalışma Yönetmeliği çıkarılmadan önce kaleme aldığı yazısında, fazla çalışmaya günlük bir sınır getirilmediğini, bu konunun çıkarılacak yönetmelik ile mutlaka belirlenmesi gerektiğini belirtmiştir, Ekonomi, *Fazla Çalışma*, s.167; Günay ise, kanun ile getirilmeyen bir sınırın yönetmelik ile getirilmesinin mümkün olmadığı görüşündedir, Günay, s.69.

¹⁹⁰ Devrim Ulucan, "AB Ülkelerinde Esnek Çalışma ve 4857 Sayılı İş Kanununda Yer Alan Esnek Çalışma Düzeni", **Mercek D.**, Temmuz 2003, s.62; Aktay ve Diğerleri, s.242; Günay, s.68; Fazla çalışmayı haftada 3 saat ile sınırlayan bu düzenlemenin uygulamadaki ihtiyaçlar karşısında yerindeliğinin tartışılabilir olduğu, denkleştirme esasının bu 3 saatlik sınırlamanın getireceği olumsuzlukları ortadan kaldırmayacağı ifade edilmiştir, Gülsevil Alpagut, "İş Süreleri ve Ücret", **İş Hukuku ve Uygulama Sorunları ve Sosyal Güvenlik Sisteminde Yeniden Yapılanma (Seminer Notları)**, İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2006, s.29.

dönemi uygulansın ya da uygulanmasın, günlük 11 saatlik sınırı fazla çalışmaların da dahil olduğu azami bir sınır olarak kabul etmek uygun olacaktır¹⁹¹. Günlük 11 saatlik sınırın aşılmasına, İş Kanununun 104'üncü maddesi ile idari yaptırım da öngörülmüştür.

Doktrinde aynı görüş, telafi çalışması ile ilgili olan İş Kanunu 64'üncü maddesine dayanarak ileri sürülmüştür¹⁹². Gerçekten de İş Kanunu'nun 64'üncü maddesinin 2'nci fıkrası, "*Telafi çalışmaları, günlük en çok çalışma süresini aşmamak koşulu ile günde üç saatten fazla olamaz...*" diyerek en fazla 3 saatlik telafi çalışması ile birlikte günde 11 saatten fazla çalışma yapılamayacağını belirtmektedir. Bu hükmün kıyas yoluyla fazla çalışmalara uygulanması halinde, yine 11 saatlik çalışma günlük azami çalışma süresini ifade edecektir. Bir görüş ise, 11 saatin günlük çalışma süresi olduğu, fazla çalışmaları da içine alan azami çalışma süresi olarak anlaşılması gerektiğini ifade etmektedir. Ancak bu görüş bile, Kanun'un düzenlemesine uygun olmamasına rağmen işçinin korunması için 11 saatlik çalışma süresinin günlük azami çalışma süresi olarak kabul edilmesinin yerinde olacağını kabul etmektedir¹⁹³.

Kanaatimize göre, işçi açısından önemi tartışılmaz olan bu konunun, İş Kanunu'nda, Bilim Komisyonu Taslağında yer aldığı gibi, gerekli açıklık sağlanarak düzenlenmiş olması daha yerinde bir yaklaşım olurdu. Bu eksikliği, işçinin gün boyunca, sağlık ve güvenliği hiçe sayılarak çalıştırılabileceği yorumunu yaparak gidermemiz mümkün değildir. Bu yüzden günlük 11 saati, çalışma süresine denkleştirme uygulansın ya da uygulanmasın fazla çalışmalarında dahil olduğu azami çalışma süresi olarak kabul etmek yerinde olacaktır. 11 saati fazla çalışmaları da kapsayan azami çalışma süresi olarak kabul ettiğimizde, günde 9 saat çalışılan işyerlerinde fazla çalışma, 11 saatlik sınır nedeniyle ancak 2 saat yapılabilecektir.

Haftalık 45 saat aşılmasına rağmen günlük 11 saatin aşılması durumunda, süreyi aşan çalışmanın değerlendirilmesi konusu tartışılan diğer bir konudur. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu "*...4857 sayılı Yasa döneminde günlük 11 saati aşan çalışmaları ile haftalık 45 saatten fazla çalışmalar fazla çalışma olarak kabul edildiğinden...*"

¹⁹¹ Soyer, *Fazla Saatler*, s.805; Süzek, s.627; Nurşen Caniklioğlu, s.173; Kılıçoğlu, *Yorum*, s.403; Aktay ve Diğerleri, s.242; Çelik, s.336; Akyiğit, *Normali Aşan Çalışmalar*, s.6.

¹⁹² Eyrenci, *Yeni Düzenlemeler*, s.162; Ekonomi, *Fazla Çalışma*, s.163; Günay, s.75.

¹⁹³ Uçum, s.80.

şeklindeki kararında fazla çalışmanın tespitinde haftalık çalışma süresinin yanı sıra günlük çalışma süresini de ölçüt olarak kabul etmiştir¹⁹⁴. Yargıtay'ın vermiş olduğu bu yöndeki kararlar, fazla çalışmanın haftalık ölçütünün değiştirildiğine ilişkin tartışmalara neden olmuştur. Bir görüş, 11 saati aşan çalışmaların fazla çalışma olarak kabul edilmesinin, 11 saatin aşılmasına izin verildiği anlamına geldiği ve bu yorumun Kanunu'na uygun bir yorum olmadığını ifade etmektedir. Bu görüş, 11 saatin aşılması halinde fazla çalışma ücreti ödenmesinin, günlük çalışma süresinin fazla çalışma ölçütü olarak kabul edildiği anlamına gelmediğini, 11 saati aşan çalışmaların denkleştirmeye tabi tutulmamasından kaynaklandığını belirtmektedir.¹⁹⁵. Bir diğer görüş, günlük azami çalışma süresinin aşıldığı durumlarda fazla çalışma ücretine hükmedilmesinin kanunun amacıyla çeliştiği gerekçesiyle karşı çıkmaktadır. Günlük azami çalışma süresinin aşılması halinde ek ücret ödenmemesi gerekmektedir¹⁹⁶. Başka bir görüşe göre, haftalık çalışma süresi yerine günlük azami çalışma süresinin kanuna aykırı olarak aşılmasını da fazla çalışma olarak adlandırmak yine kanuna uygun bir yorum olmayacaktır. Kanun'da günlük azami çalışma süresinin aşılması durumunda fazla çalışma ücreti ödeneceğine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Kanun'da yer verilmemiş bir konuda Yönetmelik hükümleri ile düzenleme getirilmesi hukuk kuralları ile bağdaşmaz. Bu sebeple Çalışma Süreleri Yönetmeliği 4'üncü maddesinin (a) fıkrası ile getirilen düzenlemenin kanuna aykırı bir düzenleme olduğu ileri sürülmüştür¹⁹⁷. Bunların dışında, Yönetmelikler ile Kanun dışında fazla çalışma oluşturulmasının mümkün olmadığı, günlük 11 saatin aşılmasının fazla çalışma olarak değerlendirilemeyeceği belirtilirken, fazla çalışmaya İş Kanunu'ndan farklı bir ölçüt getirilmediği ifade edilmiştir. Ancak, Kanun'a aykırı olarak günlük 11 saatin aşılması halinde, bu çalışmaların karşılıksız kalacağını söylemek de yanlış olacaktır. İşçi bu Kanun'a aykırı

¹⁹⁴ Y.H.G.K., 14.06.2006, E.9-374, K.382 (Çalışma ve Toplum D., S.11, 2006/4) s.133; Y.H.G.K., 18.07.2007, E.2007/9-582, K.2007/557 (Yargıtay Kararları D., C:33, S.11, Kasım 2007) ss.2025-2030; Murat Engin, "Denkleştirme Esası Uygulamasında Çalışma ve Dinlenme Sürelerine İlişkin Emredici Hükümler", *Sicil İş Hukuku D.*, S.5, Mart 2007, ss.69-75.

¹⁹⁵ Devrim Ulucan, "Günümüzde Mal ve Hizmet Üretim Modellerinin İş Süreleri Üzerindeki Etkisi, Esnek Çalışma Süreleri İle İlgili Bazı Düşünceler", *Sicil İş Hukuku D.*, S.7, Eylül 2007, s.9; Ekonomi, günlük 11 saatin aşılması halinde bu hukuka aykırı çalışmanın karşılıksız kalmaması gerektiğini belirtmektedir. İşçi bu çalışmasının karşılığını zamlı ücret olarak alacaktır ama bu fazla çalışmanın ölçütünün değiştiği anlamına gelmemektedir. İşçinin bu zamlı ücrete hak kazanması için haftalık 45 saatin aşılması da aranmayacaktır, Ekonomi, *Fazla Çalışma*, ss.1612-163; Soyer, *Fazla Saatler*, 799.

¹⁹⁶ Günde 15 saat çalışarak 3 günde haftalık çalışma süresinin tamamlanabileceğini belirten görüşe göre, günlük 11 saat aşılsa da işçi fazla çalışma ücretine değil normal ücrete hükmedilecektir, Demircioğlu ve Centel, ss.128-129.

¹⁹⁷ Günay, s.75.

çalışması için zamlı ücrete hak kazanacaktır¹⁹⁸. Bir başka görüş 11 saatin aşılmasının fazla çalışma olarak nitelendirilmesini yerinde görmektedir¹⁹⁹.

Denkleştirme dönemi (2 ay veya 4 ay) dışında çalışma sürelerinin haftaya eşit olarak dağılacağı ve daha kısa denkleştirme dönemleri kabul edileceği görüşüne katılmadığımızı daha önce belirttik. Bu yüzden eşit dağılım halinde zaten günlük çalışma süreleri aşıldığında haftalık 45 saatlik çalışma süresi aşılabacağından zamlı ücret ödemesi yapılacaktır. Denkleştirme döneminde ise, günlük sınır açıkça 11 saat olarak kararlaştırılmıştır. Denkleştirme dönemi uygulansın ya da uygulanmasın günlük azami çalışma süresinin 11 saat olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Günlük 11 saatin hukuka aykırı olarak aşılması halinde, işçiye ek ücret ödenmesinin iş hukuku ilkelerine uygun bir düzenleme olduğu görüşünü benimsemekteyiz. Ancak bu uygulamaya, fazla çalışmada haftalık çalışma süresi yerine günlük çalışma süresinin dikkate alınacağı gibi, 41nci maddenin içeriğini boşaltacak bir anlam yüklenmemesi gerekmektedir. Bu yüzden, günlük çalışma süresinin aşılması halinde ödenecek ücrete hak kazanılması için, haftalık çalışma süresinin aşılmasının gerekmemesi ve bu aşılma sürelerinin haftalık çalışma süresinin hesabında dikkate alınmaması en uygun çözümdür²⁰⁰. Ancak 11 saatin aşılması durumunda, işçiye ödenecek ek ücreti fazla çalışma ücreti gibi değerlendirerek aynı orana tabi tutmak bize göre yanlış bir tutum olmuş ve karışıklığa yol açmıştır. İşveren Kanun'da belirtilen sınıra uymamakta direniyorsa, bu takdirde fazla çalışma ücretinden çok daha yüksek bir ücret ödemek zorunda bırakılmalıdır. Kanun'un koyduğu sınırın işçiyi koruyabilmesi için, sınıra uyulmaması neticesinde işverenin ödeyeceği bedelin de caydırıcı ölçüde yüksek olması daha uygun olacaktır.

İşçinin haftada kaç saat fazla çalışma yapabileceğine ilişkin bir sınırlama mevzuatımızda yer almamaktadır. Daha önce belirttiğimiz üzere Bilim Komisyonu'nun Taslağında fazla çalışmalar dahil hafta da 48 saat çalışılacağı belirtiliyordu. Özellikle denkleştirme dönemi içinde haftalık sınıra ait bir düzenlemenin yapılmamış olması büyük bir eksikliklerdir. Haftalık çalışma sınırının olmamasının işçinin çalışma sürelerine

¹⁹⁸ Ekonomi, *Fazla Çalışma*, ss.162-163; Soyer, *Fazla Saatler*, 799; Alpagut, s.26; Murat Özveri, "4857 Sayılı Yasa Döneminde Fazla Çalışma Kavramı Üzerine", *Legal İHSGH.'na İlişkin Yargıtay Kararları ve İnceleme D.*, Aralık 2006, ss. 202-203.

¹⁹⁹ Demir, s.149; Songu, s.187.

²⁰⁰ Ekonomi, *Fazla Çalışma*, ss.161-163; Bu görüşe katılmayan Günay, bu görüşe esnek çalışma düzeninde tarafların anlaşmasına hukuki sonuçlar bağlanabilmesi düşüncesinin yol açtığını söylemektedir, Günay, s.75.

nasıl yansıtacağını örnekle açıkladığımızda konunun önemi daha iyi anlaşılacaktır. Günlük azami çalışma süresini 11 saat olarak kabul ettiğimize göre, işveren haftada 6 gün çalışılan bir işyerinde, 6 gün x 11saat = 66 saat işçiyi çalıştırabilecektir. Bu haftalarda 11 saat çalışan işçiye fazla çalışma yaptırılmayacaktır. Böylece iki aylık denkleştirme dönemi içerisinde ilk dört hafta için, 66 saat x 4 hafta = 264 saat çalışma süresi söz konusu olabilecektir. Bu işçinin, denkleştirme dönemindeki 8 haftalık çalışma süresi içerisinde ortalama 45 saatlik haftalık çalışma süresini yakalayabilmesi için, toplam çalışma süresi 45 saat x 8 hafta = 360 saattir. İkinci 4 haftalık sürede ise, 360-264 = 96 saat çalışma süresi kalmıştır. Kanun, fazla çalışma süresi için haftalık bir sınır getirmediğinden işveren 264-96 =168 saat fazla çalışmayı ikinci 4 haftalık süre içinde yoğun bir şekilde uygulama imkanına sahip olacaktır²⁰¹. Eğer fazla çalışmalar da dahil olmak üzere haftada 48 saat çalışılması hükmü Kanun'da da yer almış olsaydı, işçinin yapacağı fazla çalışma süresi toplam 24 saat olacaktı. Bu hesaplamalara göre, iki düzenleme arasında fazla çalışma süresi bakımından 168-24=144 saat fark bulunmaktadır²⁰². İşçinin kısa bir süre içinde, aslında denkleştirme yapılarak az çalışarak veya hiç çalışmadan dinlenmesi gereken haftalarda, sınır olmaksızın fazla çalışma yaptırılarak yoğun çalışma temposuna tabi tutulmasının, hem denkleştirme yapılmasının amacı hem de işçinin korunmasına yönelik düzenlemelerle çeliştiği kanaatini taşımaktayız. Ayrıca işçinin bu kadar yoğun bir şekilde çalıştırılması, işverenin aynı işçilerle üretime devam etmesine neden olacağından istihdamı da olumsuz etkileyecektir.

2.3.2.1.4.3. Sınıra Uyulmamasının Sonuçları

Kanun ve Yönetmelik, fazla çalışmaya ait yıllık sınır ile işçiyi korumaya çalışsa da, ne yazık ki yürürlükteki mevzuat hükümlerine ve esnek çalışma sürelerinin varlığına rağmen, çalışma süresinin işveren tarafından hukuka aykırı olarak uzatılmasına engel olunamamaktadır. Özellikle kriz dönemlerinde işverenlerin, işçi çıkartarak kalan işçilerin fazla çalışma sürelerini Kanun'da yer alan sınırı aşarak artırma yolunu seçtikleri bir gerçektir. Bu şekilde, Kanun ve Yönetmelik ile belirlenen şartlar gerçekleşmeden yapılan veya fazla çalışma sınırını aşan çalışmalar "*hukuka*

²⁰¹ Ulucan, *AB Ülkelerinde Esnek Çalışma*, s.64; Nurşen Caniklioğlu, s.173.

²⁰² Günay, s.69.

aykırı fazla çalışma” olarak değerlendirilmektedir²⁰³.

İş Hukukunda, işçi ve işveren arasındaki iş ilişkisinin özelliğini ve işçinin korunması ilkesini esas aldığımızda, fazla çalışma hukuka aykırı olarak gerçekleşmiş olsa dahi, bu çalışmalara hukuki sonuç bağlanması İş Hukukunun kabul ettiği ilkelere uygun bir çözüm olacaktır²⁰⁴. Kanaatimizce, Kanun’a aykırı olarak yaptırılan fazla çalışmaya uygulanacak yaptırım olarak normal ücret dışında bir ücret ödenmesi düşüncesi yerindedir. Çünkü bu sınırlar, bir insanın sağlıklı ve verimli olarak çalışabileceği süreler dikkate alınarak tespit edilmiştir. Kanun fazla çalışmaya, normal çalışma süresinin gerektiğinde hukuka uygun olarak aşılmasına sınır getirerek izin vermektedir. Eğer bu sınır aşılmışsa artık hukuka aykırı bir çalışmadan bahsedilecektir. Bu hukuka aykırı çalışmalar önlenemiyorsa, bu takdirde hukuka aykırı çalışmaların külfetini işçiye değil, bu hukuka aykırı çalışmaları yapmakta direnen işverene yüklemek doğru olacaktır. Yargıtay da uzun yıllardır kararlı içtihatları ile sınıra uyulmaması halinde fazla çalışma ücretinin ödenmesi gerektiğini vurgulamıştır²⁰⁵. Ancak işverenin, işçiye fazla çalışma sınırını aşan çalışmalar için de yine fazla çalışma ücretine uygulanan oran kadar arttırılacak zamlı ücret ödemesine hükmetmenin iş hukukunun işçiyi koruyucu genel felsefesine uygun olmadığını düşünmekteyiz. İşverenin amacı, bu hukuk dışı çalışmayı yaptırırken işçiyi daha uzun süre çalıştırmaktır. Kanun sınırı 270 saat değil de 300 saat olarak belirleseydi, işveren yine ücreti ödeyerek işçiye fazla çalışma yaptıracaktı. Bu nedenle %50 oranında arttırılacak zamlı ücrete hükmedilmesi ile fazla çalışmayı 300 saat ile sınırlama arasında bir fark bulunmamaktadır. Bu yüzden amaç işçiyi korumak ise, işvereni daha fazla zorlayacak, hukuk dışı davranmasını engelleyecek yaptırımlara ihtiyaç vardır. Hüküm altına alınmamış olmasını eksiklik olarak gördüğümüz idari para cezasına Kanun’da yer verilmesinin gerektiğini düşünmekteyiz.

Çalışma Süreleri Yönetmeliği ile günlük 11 saatin aşılması için ek ücret

²⁰³ Akyiğit, s.283.

²⁰⁴ Esener, s.198; Narmanlıoğlu, s.330; Süzek, s.628; Kılıçoğlu, s.400; Akyiğit, *Normali Aşan Çalışmalar*, s.5.

²⁰⁵ Y.9.H.D., 10.11.2004, E.9638, K.25610, Çil, *Şerh*, s.2593; Y.9.H.D., 4.5.1965, E.1622, K.3910 ve 25.3.1965, E.2739, K.2832, Selçuki, s.586; Y.9.H.D, 4.6.1992, E.744, K.6088 (**TÜHİS İş ve İktisat D.**, Ocak-Şubat 1993) ss.44-45.

ödenmesi yaptırımının yanı sıra²⁰⁶, İş Kanunu'nun 104'üncü maddesi ile de idari para cezası getirilmiştir. Bu cezaya göre, işverenin her işçi için değil, gerçekleşen tek bir eylem için idari para cezasına mahkum edilmesi mümkündür. Buna karşılık, 4857 sayılı İş Kanunu'nda idari ceza hükümlerinin yer aldığı 8'inci bölüme göz attığımızda, fazla çalışmaya getirilen yıllık sınırın aşılması halinde uygulanacak bir yaptırıma yer verilmemiştir. Buna karşılık, işyerinde telafi çalışması yapılması durumunda, İş Kanunu'nun 64'üncü maddesinin son fıkrasında belirlenen telafi edici dinlenme süresi vermeyen işverene idari para cezası verileceği hükmünün bulunması fazla çalışma açısından eksikliği daha açık bir şekilde ortaya koymaktadır.

Fazla çalışma sınırını aşan işvereni, uygulama ile şekillenen, ek ücret ödemesine mecbur tutmak, iş hukukunun işçiyi koruyucu genel felsefesine uygun değildir. İşverenin amacı, bu hukuk dışı çalışmayı yaptırırken işçiyi daha uzun süre çalıştırmaktır. Kanun 270 saat değil de 300 saat deseydi de işveren yine ücreti ödeyerek işçiye fazla çalışma yaptıracaktı. Sadece ek ücrete hükmedilmesi ile fazla çalışmayı 300 saat ile sınırlama arasında bir fark bulunmamaktadır. Bu yüzden amaç işçiyi korumak ise, işvereni daha fazla zorlayacak, hukuk dışı davranmasını engelleyecek yaptırımlara ihtiyaç vardır. Hüküm altına alınmamış olmasını eksiklik olarak gördüğümüz idari para cezasına Kanun'da yer verilmesinin gerektiğini düşünmekteyiz.

2.3.3. Zorunlu Fazla Çalışma

2.3.3.1. Genel Olarak

İş Kanunu'nda fazla çalışma türlerini, fazla çalışmaya ihtiyaç duyulmasına neden olan sebepler belirlemektedir. İş Kanunu'nun 42'nci maddesi, *bir arıza sırasında veya bir arızanın mümkün görülmesi halinde yahut makineler veya araç ve gereç için hemen yapılması gerekli acele işlerde yahut zorlayıcı sebeplerin ortaya çıkmasında, işyerinin normal çalışmasını sağlayacak dereceyi aşmamak koşulu ile işçilerin hepsi veya bir kısmına fazla çalışma yaptırılacağını* belirterek zorunlu nedenlerle fazla çalışma yapılması için gereken sebepler ile koşulları açıklamıştır. Bu hükümden yola

²⁰⁶ Günlük 11 saatin aşılmasına fazla çalışma ücreti ödenmesi konusunda yapılan tartışmalar için bkz., 3.3.2.1.4.2.

çıkarak zorunlu fazla çalışmayı²⁰⁷, işyerinde ortaya çıkan acil olarak yapılması gereken, önceden kararlaştırılmamış, plansız ve düzensiz bir çalışma olarak tanımlayabiliriz²⁰⁸.

İş Kanunu'nun 42'nci maddesinin son fıkrası, 41'inci maddenin 1, 2 ve 3'ncü fıkralarının zorunlu fazla çalışma içinde uygulanacağını hüküm altına almıştır. Bu nedenle, zorunlu nedenlerle yapılsa da bu tür fazla çalışmadan bahsedebilmek için, 41'incimaddenin ilk fıkrası gereğince haftalık 45 saatlik çalışma süresinin ya da denkleştirme yapılıyorsa ortalama haftalık çalışma süresinin 45 saati aşması gerekmektedir. İş Kanunu'nun 41nci maddesinin 2'nci fıkrasında fazla çalışmaya ödenecek ücretten, 3'üncü fıkrasında fazla sürelerle çalışma ve bu çalışmaya ödenecek ücretten bahsedilmektedir. Tarafların anlaşması ile 45 saatin altında olmak üzere belirlenen haftalık çalışma süresi ile 45 saat arasında kalan çalışma, fazla sürelerle çalışma olarak adlandırılmaktadır. Eğer zorunlu nedenlerle yapılan fazla çalışma, sözleşme ile haftalık çalışma süresinin 45 saatin altında belirlendiği bir işyerinde yapılmışsa, 45 saate kadar yapılan çalışma "*zorunlu nedenlere dayanan fazla sürelerle çalışma*" olarak adlandırılabilir. Aynı işyerinde haftalık 45 saatin aşılması halinde ise, fazla sürelerle çalışmadan değil zorunlu nedenle yapılan fazla çalışmadan bahsedilecektir²⁰⁹. İşçinin zorunlu fazla çalışma hükümleri gereğince çalıştığı her saat için, işçinin saat başı ücretinin %50 arttırılması ile hesaplanacak olan ücret ödenecektir. Zorunlu fazla çalışma karşılığının serbest zaman olarak tanınması, İş Kanunu'nun 42'nci maddesinin 41'inci maddenin 4'üncü fıkrasına atıf yapmaması nedeniyle mümkün değildir.

2.3.3.2. Zorunlu Fazla Çalışmanın Koşulları

Yapılan fazla çalışmanın zorunlu fazla çalışma olarak nitelendirilmesi için gerekli olan koşullar madde metninde sıralanmıştır. Buna göre:

- a) Zorunlu nedenlerle fazla çalışma yapılması için gereken sebeplerin varlığı,
- b) İşverenin talimatının yeterli olması, işçinin onayının aranmaması

²⁰⁷ Zorunlu nedenlerle yapılan fazla çalışmayı, incelememizde zorunlu fazla çalışma olarak adlandırmayı uygun gördük.

²⁰⁸ Akyiğit, s.284.

²⁰⁹ Mollamahmutoglu, s.699.

c) Fazla çalışma yasaklarının bulunmaması

d) Zorunlu nedenlerle fazla çalışmaya ilişkin sınıra uyulması

İş Kanunu'nun 42'nci maddesinin uygulanması için birlikte bulunması gereken koşullardır²¹⁰.

2.3.3.2.1. Zorunlu Fazla Çalışma Sebepleri

2.3.3.2.1.1. Genel Olarak

Zorunlu fazla çalışmaya ilişkin İş Kanunu'nda sayılan nedenlerin ortak özelliği, o an söz konusu olan ya da ileride çıkabilecek muhtemel bir arızanın giderilmesi ya da kullanılan araç ve gereçlerle ilgili acele veya yapılması gereken zorunlu işler olmalarıdır. Olağan fazla çalışmadan farklı olarak, söz konusu zorunlu nedenlerle yapılan fazla çalışma, yapılan işin aksamaması ya da üretimin durmaması için yapılacak olan işleri kapsamaktadır. Olağan fazla çalışmada olduğu gibi, üretimin normal kapasitesinin arttırılmasına yönelik bir çalışma söz konusu değildir.

Zorunlu neden denilince anlaşılması gereken durumları da belirtmek gerekmektedir. Acilen yapılması zorunlu ve geçici olarak fazla çalışmayı gerektiren nedenleri zorunlu neden olarak ifade edebiliriz²¹¹. Bir diğer deyişle, işyerinin normal çalışmasını olumsuz bir şekilde etkileyen ve sorun acele giderilmediğinde işyeri ve çalışanlar için sorun yaratacak nitelikteki durumlar zorunlu fazla çalışmaya neden olacaktır²¹². Ortaya çıkan bu nitelikteki nedenin mutlaka mücbir sebep niteliğinde olması aranmamalıdır. İşyerinde umulmayan bir hal veya kusurlu bir davranışla da zorunlu fazla çalışma yapılabilir²¹³. Buna karşılık, zorunlu fazla çalışmanın sebepleri arasında “zorlayıcı sebepler” yer almaktadır. Zorlayıcı sebepler ortaya çıktığında yapılan fazla çalışma kural olarak mücbir sebeplerden kaynaklanmaktadır. İş Kanunu zorunlu fazla çalışmanın sebeplerini örneklemekle yetinmiştir. Her olayda belirttiğimiz

²¹⁰ 1475 sayılı İş Kanunu'nun 36'nci maddesinin son fıkrasında, işverenin zorunlu fazla çalışma yaptırması halinde işin niteliğinin, işin başlama ve bitiş saatinin işin başlamasından itibaren 48 saat içinde ilgili Bölge Çalışma Müdürlüğü'ne bildirilmesi gerekmektedir. Bu hüküm 4857 sayılı İş Kanunu'nda zorunlu fazla çalışmanın koşulu olmaktan çıkarılmıştır.

²¹¹ Tunçomağ ve Centel, s.154.

²¹² Günay, *Fazla Saatler*, s.11.

²¹³ Kurucu, s.111.

niteliklerin var olup olmadığının araştırılması gerekecektir.

Zorunlu fazla çalışma yapılabilmesi için gerekli acil nedenlerin mutlaka işyerinde meydana gelmesi gerekmemektedir. İşyerinin dışında oluşan, işyeri çalışmalarını etkileyen bir nedenle de fazla çalışma yapılması durumunda yine zorunlu fazla çalışmanın varlığından bahsedebiliriz. Örneğin, deprem ya da bir başka doğal afet nedeniyle işyerinin etkilenmesi durumunda yine zorunlu fazla çalışma yapılacaktır²¹⁴.

Zorunlu fazla çalışma nedenine bağlı olarak Kanun'da da belirtildiği üzere, işçilerin bir kısmına ya da hepsine fazla çalışma yaptırılabilir. İşletmenin bir bölümünde gerçekleşip diğer bölümleri etkilemeyen bir arıza nedeniyle sadece arızanın olduğu bölüm çalışanlarına fazla çalışma yaptırılması bu duruma örnek olarak gösterilebilir²¹⁵.

2.3.3.2.1.2. Arıza Sırasında veya Arıza İhtimalinin Olduğu Hallerde

İşyerinde işin görülmesi sırasında arızanın yaşanması halinde, arızanın ortadan kaldırılıp işyerinin faaliyetine devam edilebilmesi için, normal çalışma dışında bir çalışma yapılması gerekebilir. Burada amaç, arızanın giderilerek eski çalışma koşullarının iadesinin sağlanmasıdır. “Arıza” sözcüğü ile anlatılmak istenen ise, her zaman bir makine arızası değildir. Örneğin, işyerinde kullanılan araçların arızalanması söz konusu değilken, üretimde kullanılan suyun geldiği borular tıkanıp için işyerinde faaliyetin durması zorunlu fazla çalışma yapılmasını gerektirebilir²¹⁶.

Kanun, işçinin fazla çalışma mecburiyetinin ortaya çıkması için arızanın gerçekleşmiş olmasını beklememektedir. İş Kanunu'nun 42'nci maddesinin ilk fıkrasında “*Bir arızanın mümkün görülmesi*” ifadesi ile arıza ihtimalinin olması halinde de fazla çalışma yapılmasına izin verilmektedir. Eğer işyeri faaliyetlerine engel olabilecek bir arıza ihtimali varsa, daha büyük bir arıza ve zarar ortaya çıkmadan fazla çalışma yapılarak bunun önleminin alınması işletmenin ve işçinin menfaatlerine en uygun çözümdür. Örneğin, işyerinde oluşmuş ya da oluşabilecek bir arıza nedeniyle hammadde veya gıdaların bozulacak olması zorunlu fazla çalışma yaptırılmasını

²¹⁴ Akyiğit, s.284.

²¹⁵ Süzek, s.636.

²¹⁶ Kurucu, s.89.

gerektirecektir²¹⁷.

2.3.3.2.1.3. Makine, Araç ve Gereç İçin Gerekli Acele İşler

İş Kanunu'nun 42'nci maddesinin 1'inci fıkrasında, işyerinde oluşan bir arıza ya da bir arıza ihtimalinin bulunması hali dışında, makineler ile kullanılan araç ve gereçlerde hemen yapılması gereken acele işlerde de yine zorunlu olarak fazla çalışma yapılabileceği belirtilmiştir.

İşyerinde kullanılan bütün makineler, araç ve gereçler için yapılacak acele işler bu sebep kapsamına girmektedir. Günlük çalışma planında yer almamasına rağmen, ortaya çıkan durumun derhal giderilememesi, makine, araç ve gereçler için tehlike yaratıyorsa, fazla çalışma yapılarak sorunun giderilmesine çalışılacaktır. Ancak, bu sebeple yapılan fazla çalışmanın, normal çalışma süresinden önce ya da sonra yapılan hazırlama, tamamlama ve temizlik işlerinden ayrı tutulması gerekmektedir²¹⁸. İş Kanunu'nun 70'inci maddesinde düzenlenen hazırlama-tamamlama ve temizlik işleri, birden ortaya çıkmayan asıl işin yürütülebilmesi için teknik ya da sağlık bakımından sürekli yapılması gerekli olan işlerdir²¹⁹.

Makine, araç ve gereçler için yapılacak olan işler sebebiyle zorunlu fazla çalışma yapılabilmesinin olmazsa olmaz şartı, bu işlerin acil yapılması gereken işler olmalarıdır. Örneğin, ülkemizde sık sık görülmekte olan sel baskınlarında makinelerin, araç ve gereçlerin zarar görmesini engellemek amacıyla işverence zorunlu fazla çalışma yaptırılabilir. Burada zarara uğramamak için acil önlem alınması zorunlu fazla çalışma ile mümkün olmaktadır²²⁰.

2.3.3.2.1.4. Zorlayıcı Sebepler

Zorunlu fazla çalışma yapılabilmesi için hüküm altına alınan 3'üncü sebep zorlayıcı sebepler olarak belirtilmektedir (İK.m.42/I). İş Kanunu'nun belirttiği bu sebebin kural olarak mücbir sebep olarak anlaşılması gerekmektedir²²¹. Zorlayıcı

²¹⁷ Günay, *Fazla Saatler*, s.11.

²¹⁸ Kurucu, s.90.

²¹⁹ Centel ve Demircioğlu, s.134.

²²⁰ Süzek, s.636.

²²¹ Millet Meclisi Tutanak Dergisi, İş Kanunu Tutanakları, Bası 7, 1967, s.154 Aktaran: Çemberci, *Şerh 1984*, s.596.

sebeple yapılan fazla çalışma doğrudan ortaya çıkan sebebin özelliğinin gereğidir. Zorlayıcı sebepler ortaya çıktığında, bu sebeplerin işyerinin işleyişini etkilediği ölçüde zorunlu fazla çalışma yaptırılmasına izin verilmektedir²²².

Diğer zorunlu fazla çalışma nedenleri ortaya çıktığında yapılan fazla çalışmaların amacı, işyerinde faaliyetin bu sebepler ortaya çıkmadan önceki normal seviyesine döndürülebilmesidir. Zorlayıcı nedenle yapılan zorunlu fazla çalışmanın işyerinin faaliyetlerini normal seviyesine çıkarmaktan daha öncelikli bir amacı bulunmaktadır. Bu sebepler ile yapılan fazla çalışmada, işyerinden kaynaklanan bir neden ile işyerinin, çalışanların veya çevreye verilecek zararların önlenmesi, hafifletilmesi veya ortadan kaldırılması amaçlanmaktadır²²³. Zorlayıcı nedenin işyerinde ya da işyeri dışında bir yerde de oluşması mümkündür²²⁴. Örneğin çıkan bir yangının önlenmeye çalışılması²²⁵, toprak kayması²²⁶, deprem²²⁷ zorlayıcı neden olarak sayılabilir.

2.3.3.2.2. İşverenin Talimatının Yeterli Olması

Olağan fazla çalışma yapılabilmesi için, işverenin isteğinin yeterli olmadığını, işçinin de usulüne uygun onayının bulunması gereklidir. Zorunlu fazla çalışmada ise, Fazla Çalışma Yönetmeliği'nin 9'uncu maddesinin ilk fıkrası uyarınca işçiden alınacak onaya ihtiyaç duyulmamaktadır²²⁸. Zorunlu fazla çalışma nedenlerinin ortaya çıkması halinde, işverenin talimatı ile işçinin zorunlu fazla çalışmaya katılması gerekmektedir. Çünkü, sebepleri incelerken gördüğümüz gibi zorunlu fazla çalışma, zor duruma düşmüş olan işyerinin eski hale iadesini sağlamak için yapılmaktadır. Bu yüzden, bu tür

²²² Mollamahmutoğlu, s.700.

²²³ Kurucu, s.90.

²²⁴ Akyiğit, s.284.

²²⁵ Süzek, s.636.

²²⁶ Kurucu, s.90.

²²⁷ "Davacı işçi, davalıya ait işyerinde çalışırken 17 Ağustos depremi nedeniyle enkaz kaldırma işinde çalıştırılmak üzere ...deprem bölgesine gönderilmiş,..oradaki işi bırakarak geri dönmüş ve böylece oluşan devamsızlık nedeniyle hizmet akdi feshedilmiştir. Zorlayıcı bir sebep dava konusu olayda gerçekleşmiş olup, davacı işçi geçici bir süre çalışması gerekirken ve olay yerine gittiği halde oradaki işi bırakıp izinsiz olarak hafta tatili ve bayram günü işi bırakarak geri dönmesi iyiniyet kuralları ile bağdaşmaz. Feshin haklı olduğu kabul edilerek...", Y.9.H.D., 31.10.2000, E.10380, K.15194, Ercan Erdiner, **Açıklamalı- İctihatlı İş Kanunu Şerhi**, Ankara, 2004, s.167.

²²⁸ Borçlar Kanunu'nun 329'uncu maddesinde yer alan fazla çalışmada da, zorunlu fazla çalışmada olduğu gibi işçinin onayı aranmamaktadır. Bu maddeye göre işçi sözleşmede öngörülen işin yanı sıra fazla çalışma yapmayı da kabul etmek zorunda kalmaktadır. Eğer işçi, dürüstlük kuralına aykırı olarak fazla çalışma yapmayı kabul etmezse, iş sahibine tazminat ödeyebileceği gibi iş sahibi de bu sebebe dayanarak BK. m. 344 uyarınca sözleşmeyi feshedebilecektir, Ayrıntılı bilgi için bkz., Cevdet Yavuz, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Yenilenmiş 7. Baskı, İstanbul: Beta, 2007, ss.455-456.

fazla çalışma yapılabilmesi için gereken sebeplerin niteliği, işçinin onayının aranmasını engellemektedir. Örneğin, hemen giderilmesi gereken bir arıza sırasında işverenin fazla çalışma talebine işçinin onayının beklenmesi, işin uzamasına; hatta işçinin fazla çalışmayı reddetmesi, bu fazla çalışmanın amacına tamamiyle ters düşecektir.

İşçinin onayının aranmamasının temelinde ise, işçinin işverene karşı borçlarından, sadakat borcu yatmaktadır²²⁹. Sadakat borcu işçiye, işyerinin ve işverenin menfaatlerini korumak, işverene ekonomik, ticari ve mesleki bakımdan zarar verebilecek her türlü davranıştan kaçınma edimini yükler²³⁰. İşçinin bu borcundan yola çıkarak, işyerine ya da işverene gelebilecek zararların önlenmesi amacıyla zorunlu fazla çalışma yapılması isteğine karşı gelmenin sadakat borcuna aykırılık olarak kabul edilmesi mümkündür. Bu yüzden yangın, makinelerin arızalanması gibi acil önlem alınması gereken durumlarda işçinin izinde dahi olsa işyerine dönerek fazla çalışma yapması gerekmektedir²³¹.

İşverenin zorunlu fazla çalışma yaptırabilmesi için talimat vermesi yeterli olmasına rağmen, işyerinde işverenin talimatını yerine getirmeyen işçiler de olacaktır. İşverenin talimatlarına uymayan işçilere karşı uygulanacak yaptırımı, yine işçinin sadakat borcunun içeriğinde aramak gerekmektedir. İşveren, zorunlu fazla çalışmaya kalmayı reddeden işçiyi, sadakat borcuna aykırı bu davranışı gerekçe olarak göstererek, hizmet sözleşmesini haklı nedenle derhal feshedebilecektir (İK.m.25/II-e)²³². Hatta işçinin zorunlu fazla çalışma yapmaması nedeniyle bir zarar oluşmuşsa, İş Kanunu'nun 26'ncı maddesinin 2'nci fıkrası uyarınca, işverenin işçiden tazminat alması bile mümkün olabilecektir²³³. Ancak işçi sağlık durumunun fazla çalışma yapmaya imkan vermediğini sağlık raporu ile ispat ederse fazla çalışma yapma konusunda zorlama yapılamayacağı kabulü gerekmektedir²³⁴.

²²⁹ Dönmez, ss.160-161; Akyiğit, s.284; Haluk Hadi Sümer, **İş Hukuku**, 14. Baskı, Konya: Mimoza, 2008, s.131.

²³⁰ Süzek, s.276.

²³¹ Akyiğit, s.155.

²³² Şahin Çil, "4857 Sayılı İş Kanununa Göre Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma", **Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi** (Çalışma ve Toplum D.), 3/ 2007, s.63; Akyiğit, s.278.

²³³ Süzek, s.277.

²³⁴ Ekonomi, s.304.

2.3.3.2.3. Zorunlu Fazla Çalışmanın Sınırı ve Uygun Dinlenme Süresi

İş Kanunu'nun 41'inci maddesindeki yıllık toplam 270 saatlik fazla çalışma sınırı, zorunlu nedenlerle yapılan fazla çalışma için geçerli değildir. Her iki fazla çalışmanın nedenleri farklı olduğu gibi, bu nedenlere bağlı olarak yapılacak fazla çalışmanın sınırı da farklılık taşımaktadır. Zorunlu fazla çalışmanın, yıllık veya bir başka azami süre ile sınırlandırılması, zorunlu fazla çalışmanın niteliğine aykırı olacağından, İş Kanunu'nda böyle bir sınıra yer verilmemiştir. Zorunlu fazla çalışmanın niteliğine uyan bir başka sınır kaleme alınmıştır.

İş Kanunu 42'nci maddesinin ilk fıkrası, zorunlu nedenlerin giderilmesi için ihtiyaç duyulan zamanı işverene tanımak istemiş ve “işyerinin normal çalışmasını sağlayacak dereceyi aşmamak koşulu” ile fazla çalışma yapılmasına izin vermiştir. Olağan fazla çalışmadan farklı olan bu sınırın anlamı, hangi nedenle zorunlu nedenle fazla çalışma yaptırılıyorsa, o neden ortadan kaldırılıp işyerinin normal çalışması sağlanıncaya kadar fazla çalışma yaptırılabilir olmasıdır. Bir başka anlamı ise, bu tür fazla çalışmadan üretimin artırılması amacıyla yararlanmanın mümkün olmamasıdır. Bu süre ise, her somut olaya göre değişiklik gösterecektir. Kısacası, işyerinde söz konusu olan arızanın giderilmesi halinde ya da araç ve gereçler için yapılması gerekli acele işler bitirildikten sonra fazla çalışmaya devam edilmesi söz konusu olamayacaktır.

Zorunlu fazla çalışmada sınır olarak azami bir süre verilmemesi, işçilerin gün içinde sürekli çalıştırılabileceği anlamına gelmemektedir. İş Kanunu'nun 42'nci maddesinin ilk fıkrası, işçilere zorunlu nedenlerle fazla çalışma yaptırılması durumunda *uygun bir dinlenme süresi* verilmesi gerektiğinden bahsetmektedir. 1475 sayılı İş Kanunu'nda yer verilmemiş olan “uygun dinlenme süresinin” ne olacağı konusunda açıklık getirilmemiştir. Bu yüzden işçiye verilecek dinlenme süresi konusunda değişik yorumlar yapılmıştır. *İlk görüşe göre*, işçilere 24 saatlik zaman dilimi içerisinde en az 12 saatlik bir dinlenme süresi verilmesi gerekmektedir²³⁵. *İkinci görüş ise*, dinlenme süresini yorumlarken, İş Kanunu'nun 69'uncu maddesinin son fıkrası ve “Postalar Halinde İşçi Çalıştırılarak Yürütülen İşlerde Çalışanlara İlişkin Özel Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliği”nin 9'uncu maddesinden yola çıkmıştır. Posta değişimlerinde

²³⁵ Akyiğit, *Normali Aşan Çalışmalar*, s.7; Demir, s.148.

işçilerin sürekli olarak en az 11 saat dinlendirilmeden çalıştırılmayacakları hükmü, zorunlu nedenle fazla çalışmada da dinlenme süresinin en az 11 saat olması gerektiğinin gerekçesi olarak gösterilmiştir²³⁶. Bu yorumun, işçinin 24 saatlik zaman dilimi içinde en az 11 saat dinlenmesini öngören Avrupa Birliği'nin 93/104 sayılı Yönerge'sine de uygun düşüğünü söyleyebiliriz. *Bizim de katıldığımız üçüncü görüş*, 24 saat içinde işçiye en az 8 saatlik dinlenme süresi verilmesi gerektiğini belirtmektedir²³⁷. Zorunlu nedenle fazla çalışma yapılması durumunda, dinlenme süresinin alt sınırının 8 saat olarak belirlenmesi, bu fazla çalışma türünün hedeflediği amaca daha uygun olacaktır. Postalar halinde çalışılan işlerin zorunlu nedenle fazla çalışma yapılması ile bir tutulmaması gerekmektedir. Postalar halinde çalışma süreklilik taşıyan bir çalışma düzenini ifade etmektedir. Halbuki zorunlu fazla çalışma nedenleri ortaya çıktığında, fazla çalışma yapılarak bir an önce işyerinin normal haline dönmesi istenmektedir. Bu yüzden somut olayın özellikleri dikkate alınarak, en az 8 saatlik bir dinlenme süresinin işçiye verilmesinin yeterli olacağını düşünmekteyiz. Eğer, işyerinin normal çalışmasını sağlamak için gerekli olan süre birkaç gün ya da daha fazla ise işçilerin çalışma süresi, dinlenmeleri de göz önünde bulundurularak ayarlanmalı ve işçiler gereğinden fazla çalışmaya zorlanmamalıdır.

İşyerinde işçiye, hem olağan fazla çalışma hem de zorunlu nedenle fazla çalışma yaptırılması mümkündür. Bu durumda her iki fazla çalışma için harcanan süreyi birbirine eklememek gerekmektedir. Zorunlu nedenlerle yapılan fazla çalışma için harcanan sürenin, olağan fazla çalışmanın sınırı olan yıllık 270 saatlik sınırın hesabında dikkate alınmaması gerekmektedir²³⁸.

²³⁶ Süzek, s.636; Soyer, *Fazla Saatler*, s.806; 1475 Sayılı İş Kanunu döneminde postalar halinde çalışılan işyerlerinde dinlenme süresi 8 saat olarak belirlenmişti. Bu yüzden zorunlu fazla çalışmada dinlenme süresinin, aynı düşünce ile 8 saat olması gerektiği ileri sürülmüştür, *Ekonomi*, s.310; Esener, s.205.

²³⁷ Tunçomağ ve Centel, s.155.

²³⁸ Mehmet Uçum, *Yeni İş Kanunu Seminer Notları*, İstanbul: Legal, 2003, s.70; Soyer, *Fazla Saatler*, ss.806-807.

2.3.4. Olağanüstü Fazla Çalışma

2.3.4.1. Olağanüstü Hal Kavramı

Anayasa’da, Olağanüstü Yönetim Usulleri olarak “Olağanüstü Haller” ve “Sıkıyönetim, Seferberlik ve Savaş Hali” düzenlenmektedir (Anayasa m. 119-122). Anayasa’da bahsi geçen olağanüstü hal ile İş Kanunu’nda 43’üncü maddede düzenlenen fazla çalışmanın yapıldığı olağanüstü hali birbirinden ayırmak gerekmektedir.

Anayasa’ya göre, tabii afet, salgın hastalıklar, ağır ekonomik bunalım sebebiyle, Cumhurbaşkanı’nın başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu kararı ile ya da şiddet olaylarının yaygınlaşması, kamu düzeninin ciddi bir şekilde bozulması durumunda yine Cumhurbaşkanı’nın başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, Milli Güvenlik Kurulu’nun da görüşünü alarak yurdun bir kısmında ya da tamamında Olağanüstü Hali ilan edebilir (Anayasa m. 119-120). Olağanüstü Hal süresince vatandaşlara getirilecek para, mal ve çalışma yükümlülükleri 25.10.1983 tarihli, 2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanunu ile düzenlenmiştir.

Olağanüstü Hal Kanunu’na (OHK.) göre, *tabii afet ve tehlikeli salgın hastalıklar nedeniyle* olağanüstü hal ilan edilen yerlerde, gerekli görülen durumlarda, gece ve gündüz çalışmalarında günlük iş saatleri işin niteliği ve ihtiyaç durumuna göre arttırılabilir (OHK.m. 8/III). Ayrıca çalışma yükümlülüğü ile ilgili olarak, olağanüstü hal ilan edilen bölgelerde, *ağır ekonomik bunalım hallerinde* çalışmaya ilişkin her türlü yükümlülüğün konulabileceği belirtilmiştir (OHK.m.10).

Çalışma yükümlülüğü neticesinde ödenecek ücretler, Olağanüstü Hal Kurulu veya Bürolarınca tespit ve takdir edilecek; fazla çalışma yapılmışsa, işçilerin fazla çalışma saatleri de göz önünde bulundurulacaktır (OHK.m.28).

İş Kanunu’nun 43’üncü maddesinde ise, fazla çalışmanın üçüncü türüne “Olağanüstü hallerde fazla çalışma”²³⁹ başlığı altında yer vermiştir. Bu maddenin ilk fıkrasında, “*Seferberlik sırasında ve bu süreyi aşmamak şartıyla yurt savunmasının*

²³⁹ Bu tür fazla çalışmayı, “olağanüstü hallerde fazla çalışma” olarak adlandırmak yerine “olağanüstü fazla çalışma” tanımlamasını kullanmayı tercih ettik.

gereklerini karşılayan işyerlerinde fazla çalışmaya lüzum görülürse işlerin çeşidine ve ihtiyacın derecesine göre, Bakanlar Kurulu günlük çalışma süresini, işçinin en çok çalışma gücüne çıkarabilir” hükmü yer almaktadır. İş Kanunu’nda düzenlenen olağanüstü fazla çalışmanın, Anayasa’da düzenlenen olağanüstü hal ilan edilen bölgelerde uygulanacak çalışma yükümlülüklerinden farklı olarak yalnızca seferberlik hali için öngörülmüş olduğunu belirtmemiz gerekir²⁴⁰.

İş Kanunu ve Olağanüstü Hal Kanunu dışında, 10.09.1960 tarihli, 79 sayılı “Milli Koruma Suçlarının Affına, Milli Korunma Teşkilatı, Sermaye ve Fon Hesaplarının Tasfiyesine ve Bazı Hükümler İhdasına Dair Kanun”un 6’ncı maddesi ile de fazla çalışma yükümlülüğü İş Kanunu’ndan ayrı olarak düzenlenmiştir.

2.3.4.2. Olağanüstü Fazla Çalışmanın Koşulları

Olağanüstü hallerde yapılacak fazla çalışmanın koşullarını, İş Kanunu’nun 43’üncü maddesine göre;

- a) Olağanüstü hallerde fazla çalışma yapılabilmesi için gerekli olan sebebin varlığı ve fazla çalışma yapılacak işyerinin niteliği,
 - b) Bakanlar Kurulu’nun Kararı,
 - c) Olağanüstü hallerde fazla çalışmanın sınırı
- olarak sıralandırabiliriz.

İş Kanunu’nun 43’üncü maddesinin 2’nci fıkrası, 41’inci maddenin 1, 2 ve 3’üncü fıkralarına atıfta bulunmuştur. Bu yüzden yapılan çalışmanın haftalık 45 saati geçmesi, denkleştirme uygulanıyorsa²⁴¹ ortalama haftalık çalışma süresinin 45 saatin üzerinde olması gerekmektedir (İK.m.41/I). Yapılan olağanüstü fazla çalışmanın karşılığının olağan fazla çalışmaya ödenecek ücretle aynı koşullarda %50 artırımlı ödenmesi gerekecektir (İK.m.41/II). Haftalık fazla çalışma süresinin sözleşmeler ile 45

²⁴⁰ İş Kanunu’na göre yapılacak olağanüstü fazla çalışmanın, sıkıyönetim ve savaş halinde de geçerli olması gerektiği belirtilmiştir, Tuñçomağ ve Centel, s.155.

²⁴¹ Olağanüstü fazla çalışmada niteliği itibarıyla denkleştirme uygulanamayacağı ileri sürülmüştür, Çil, *Fazla Çalışma*, s.64.

saatin altında belirlendiği durumlarda, belirlenen sürenin aşılması, 45 saate kadar fazla sürelerle çalışmanın kurallarına tabi olacaktır (İK.m.41/III). Olağanüstü fazla çalışmanın karşılığı, İş Kanunu'nda açık hüküm olmaması nedeniyle serbest zaman olarak kullanılmayacaktır.

2.3.4.2.1. Olağanüstü Fazla Çalışmanın Sebepleri ve İşyerinin Niteliği

İş Kanunu'nun 43'üncü maddesinin ilk cümlesinde, olağanüstü hallerde yapılacak olan fazla çalışmanın sebebi ve fazla çalışma yapılacak işyerinin niteliği açıkça belirtilmiştir. Buna göre, "*Seferberlik sırasında...yurt savunmasının gereklerini karşılayan işyerlerinde...*" fazla çalışma yaptırılabilir.

Seferberlik, 2941 sayılı Seferberlik ve Savaş Hali Kanunu'nun²⁴² (SSHK.) 3ncü maddesinin ilk fıkrası, devletin tüm güç ve kaynaklarının, başta askeri güç olmak üzere, savaşın ihtiyaçlarını karşılayacak şekilde hazırlanması, toplanması, tertiplenmesi ve kullanılmasına ilişkin bütün faaliyetlerin uygulandığı; hak ve hürriyetlerin kanunlarla kısmen veya tamamen sınırlandığı hal olarak tanımlamaktadır. Tanımdan da anlaşılacağı üzere, seferberlik halinde ülke ciddi tehlike altındadır ve ülke savunmasının ihtiyaçları neleri gerektiriyorsa, o ihtiyacın karşılanması amacıyla fazla çalışma yükümlülüğü getirilebilecektir.

Seferberlik halinde, İş Kanunu'na göre olağanüstü fazla çalışma yapılacak işyerlerinin niteliği de önem taşımaktadır. İş Kanunu açıkça, yurt savunmasının gereklerini karşılayan işyerlerinde fazla çalışma yapılacağını belirtmiştir. Ancak, bu cümleden, sadece savunma sanayi ve ilgili mal ve hizmet üreten işyerlerinin, fazla çalışma yükümlülüğü bulunan işyerleri kapsamına gireceğinin düşünülmesi Kanun'un amacıyla bağdaşmaz. Önemli olan, yurt savunmasının ihtiyaçlarını gidermek olduğuna göre, o anda durumun şartları dikkate alındığında, yurt savunmasının ihtiyaç hissettirdiği mal ve hizmet üreten kamu veya özel tüm iş yerlerinde fazla çalışma yaptırılabilir²⁴³. Çünkü, Seferberlik ve Savaş Hali Kanunu'nun 9'uncu maddesinde, tüm gerçek kişilerle, kamu kurum ve kuruluşları ile özel kurum ve kuruluşlar kendilerine verilecek görev ve yükümlülükleri yerine getirmekle yükümlü

²⁴² RG., 8.11.1983, 18215.

²⁴³ Mollamahmutoğlu, s.702.

tutulmuşlardır.

İş Kanunu'nun 43'üncü maddesi sadece seferberlik halinden bahsetmiştir. Ancak, seferberlik gibi sıkıyönetim ve savaş halinin de bu madde kapsamında değerlendirilmesinin Kanun'un amacına uygun düşeceği ileri sürülmüştür. Anayasa'nın 122'nci maddesinde seferberlik, sıkıyönetim ve savaş halinin birlikte düzenlenmiş olmasından yola çıkarak bu yorum getirilmektedir. Seferberlik kavramının olağanüstü durumlar ve kriz halleri anlamını içerdiği, Anayasa'da yer alan olağanüstü hallerde de İş Kanunu'nda yer alan fazla çalışma saatleri ve fazla çalışma ücretine ilişkin hükümlerin geçerli olması gerektiği ileri sürülmektedir²⁴⁴. Ancak İş Kanunu'nun 43'üncü maddesinin, seferberlik hali dışındaki kriz dönemlerinde de uygulanabileceğini söylemek zordur. Çünkü madde kaleme alınırken, hak ve hürriyetlerin sınırlandığı seferberlik benzeri diğer hallerin de açıkça belirtilmesi veya genel bir ifade ile kriz dönemlerinde uygulanabileceğinin hüküm altına alınması gerekirdi. Oysa ki madde "seferberlik sırasında" diyerek yoruma gerek kalmayacak açık bir ifade ile İş Kanunu'na göre olağanüstü fazla çalışmanın zamanını belirlemiştir.

2.3.4.2.2. Bakanlar Kurulu Kararı

İş Kanunu'nun 4'üncü maddesi ile seferberlik sırasında fazla çalışma yapılmasına karar verecek idari organ Bakanlar Kurulu'dur²⁴⁵. Bu fazla çalışma türünde, olağan fazla çalışma ve zorunlu fazla çalışmadan farklı olarak, ne işçinin rızası, ne de işverenin talebi gerekmektedir. Bakanlar Kurulu'nun kararı, işvereni işyerinde fazla çalışma yaptırtma, işçiyi de fazla çalışma yapma konusunda yükümlü kılmaktadır. Ancak, seferberlik sırasında da olsa, sağlık durumu fazla çalışma yapmaya elverişli olmadığı doktor raporu ile belgelenen işçilerin, Fazla Çalışma Yönetmeliği'nin 9'uncu maddesinin 1'nci fıkrasının dikkate alınarak fazla çalışmaya zorlanamayacağını da kabul etmek yerinde olacaktır.

Memleket savunmasının ihtiyaçlarını temin eden işyerlerinde fazla çalışma

²⁴⁴ Tunçomağ ve Centel, s.155; Burhan Kuzu, **Olağanüstü Hal Kavramı ve Türk Anayasa Hukukunda Olağanüstü Hal Rejimi**, İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, 1993, s.326; Sümer, s.132.

²⁴⁵ Seferberlik ilanını gerektirecek sebepler ortaya çıktığında, Cumhurbaşkanı'nın başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, Milli Güvenlik Kurulu'nun görüşünü aldıktan sonra genel ya da kısmi seferberlik ilanına karar verir. Bu karar hemen Resmi Gazetede ilan edilip, aynı gün TBMM'nin onayına sunulur (SSHK.m.10).

yapılmasına Bakanlar Kurulu karar vereceğine göre, hangi işyerlerinin bu nitelikte olduğunu belirleme konusunda takdir yetkisi de yine Bakanlar Kurulu'na ait olacaktır.

Seferberlik ve Savaş Hali Kanunu'nun 3'üncü maddesine göre, seferberlik hali ülkenin tamamında olacağı gibi (genel seferberlik), yurdun bir kısmında (kısmi seferberlik) da ilan edilebilir. Kısmi seferberlik ilan edildiğinde, seferberlik ilan edilmeyen bölgelerde yer alan işyerlerinde, ihtiyaç duyulan hizmetler için, olağanüstü fazla çalışma yaptırılması Bakanlar Kurulu tarafından istenebilecektir (SSHK.m.10/2).

2.3.4.3. Olağanüstü Fazla Çalışmanın Sınırı

Bakanlar Kurulu, seferberlik sırasında memleket ihtiyaçlarını karşılayan işyerlerinde, *seferberlik süresini aşmamak kaydıyla* ve işlerin çeşidini, ihtiyaçların derecesini dikkate alarak *günlük çalışma süresini işçinin en çok çalışma kabiliyeti kadar* arttırabilecektir. Bu hüküm ile Bakanlar Kurulu'nun olağanüstü fazla çalışma yaptırma yetkisi iki yönden sınırlandırılmış bulunmaktadır.

Bakanlar Kurulu'nun karşısına çıkan ilk sınır, seferberlik sırasında fazla çalışma yükümlülüğünün *seferberlik süresini²⁴⁶ aşmamak kaydıyla* getirileceği yönündedir (İK.m.43/I). Bu yüzden Bakanlar Kurulu'nun, seferberlik süresini aşan fazla çalışma yükümlülüğü getirmesi mümkün değildir. Ancak, seferberlik süresi içinde fazla çalışma ihtiyacının ortadan kalktığı her an, fazla çalışma yükümlülüğü Bakanlar Kurulu tarafından kaldırılabilir²⁴⁷.

İkinci sınır ise, Bakanlar Kurulu'nun günlük çalışma süresini *işçinin en çok çalışma kabiliyetine kadar* çıkarabileceği konusundadır. İşçinin en çok çalışma kabiliyetinin ne olduğu konusunda Kanun'da bir açıklık olmaması nedeniyle, bu konuda değişik görüşler ileri sürülmüştür. *Bir görüş*, işçiye 24 saatlik zaman diliminde kesintisiz 8 saatlik bir dinlenme süresi verilmesi gerektiğini belirtirken²⁴⁸, *diğer görüş* AB'nin 94/104 sayılı yönergelerini dikkate alarak 24 saatlik zaman diliminde 11 saat

²⁴⁶ Seferberlik süresi, seferberliğin başladığı gün ve saatten, seferberliğin kaldırıldığı güne kadar olan zaman dilimini ifade etmektedir (SSHK.m.3/IV).

²⁴⁷ Akyiğit, *Normali Aşan Çalışma*, s.7.

²⁴⁸ Tunçomağ ve Centel, s.155.

kesintisiz dinlenme hakkı verilmesi gerektiğini savunmaktadır²⁴⁹.

Kanaatimizce, seferberlik sırasında memleket savunmasının ihtiyaçlarının giderilmesi amacıyla yaptırılan olağanüstü fazla çalışmada, işçilere 24 saatlik zaman dilimi içinde en az 8 saatlik dinlenme süresi tanımak yeterli olacaktır. 8 saatlik süre, dinlenme süresinin alt sınırını ifade etmelidir. İhtiyacın derecesine göre Bakanlar Kurulu dinlenme süresini arttırmalıdır.

Olağan fazla çalışma süresini ve olağanüstü nedenlerle yapılan fazla çalışma süresini birbirine eklememek gerekmektedir. Olağanüstü nedenlerle yapılan fazla çalışma için geçirilen süre, olağan fazla çalışmanın sınırı olan yıllık 270 saatin hesabında dikkate alınmayacaktır²⁵⁰.

2.4. FAZLA ÇALIŞMA SÜRESİNİN TESPİTİ

İş Kanunu'nun 41'inci maddesinin 1'inci fıkrasında, fazla çalışmanın Kanun'da yazılı koşullara uyularak yapılması halinde, haftalık kırkbeş saati aşan çalışmalar olduğu belirtilmiştir. Ancak Kanun'un, bazen yapılan işin niteliği gereği bazen de çalışma hayatına esneklik sağlanması amacıyla, haftalık çalışma süresi yerine "ortalama haftalık çalışma süresi" ifadesini kullandığı görülmektedir. Bu nedenle fazla çalışmanın tespiti için, *günlük ve haftalık çalışma süresine bölünebilen işlerin yanı sıra, özellik arz eden günlük ve haftalık çalışma süresine bölünemeyen işler ve 4857 sayılı yasa ile getirilen çalışma sürelerine denkleştirme esasının uygulandığı dönemde yapılan işlerin* ayrı ayrı ele alınması gerekmektedir.

Fazla çalışma süresi tespit edilirken dikkat edilmesi gereken çok önemli bir husus, Fazla Çalışma Yönetmeliği'nin 5'inci maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma tespit edilirken, yarım saatten az süreler yarım saat, yarım saati aşan süreler ise bir saat olarak kabul edilecektir. Böylece, 1 saat 10 dakika fazla çalışma yapan bir işçinin fazla çalışma süresi hesaplanırken, 10 dakikalık çalışma süresi yönetmeliğe göre yarım saat olarak kabul edilecek ve 1saat +

²⁴⁹ Akyiğit, s.285; Kılıçoğlu, s.410; Mollamahmutoğlu, zorunlu fazla çalışmanın sınırı konusunda değindiğimiz, posta değişimlerinde verilen 11 saatlik dinleme süresinin, olağanüstü fazla çalışma için de uygulanabileceğini belirtmektedir, Mollamahmutoğlu, s.681.

²⁵⁰ Uçum, s.71.

yarım saat = 1,5 saat fazla çalışma yapmış kabul edilecektir. Üç ayrı günde 15 dakikalık fazla çalışma yapan işçi $3 \times 15 = 45$ dakika değil, her 15 dakikalık süre yarım saate tamamlanarak, toplam olarak 1,5 saat fazla çalışma süresi hesaplanacaktır. Yine üç ayrı gün 40 dakika fazla çalışma yapıldığını kabul edersek, $40 \times 3 = 120$ dakika yani 2 saat değil, her 40 dakikayı 1 saate tamamlayarak 3 saatlik fazla çalışma süresi hesap etmemiz gerekecektir.

2.4.1. Günlük ve Haftalık İş Süresine Bölünebilen İşlerde

İş Kanunu'nun 63'üncü maddesi, haftalık normal çalışma süresini kırkbeş saat olarak sınırlandırmıştır²⁵¹. Aynı sınır 1475 sayılı Kanunu'nun 61'inci maddesinde de yer almaktaydı. Ancak, eski İş Kanunu'nda haftalık çalışma süresinin iş günlerine eşit olarak bölünmesi zorunluluğu terk edilmiş, çalışma sürelerine getirilen esneklik neticesinde İş Kanunu'nun 63'üncü maddesi ile haftalık çalışma süresinin tarafların anlaşması ile çalışılan günlere farklı sürelerde dağıtılabilmesi imkanı tanınmıştır. Ancak Kanun böyle bir serbestiyi tanıırken, işçiyi korumak amacıyla günlük çalışma süresine sınır getirmiş ve bu sürenin 11 saati aşamayacağı kuralını koymuştur (İK.m.63/II).

İş Kanununa göre, haftalık çalışma süresinin iş günlerine farklı şekilde dağıtılmasına ilişkin taraflar arasında bir anlaşma yoksa, haftalık çalışma süresinin haftanın çalışılan günlerine eşit olarak bölünmesi esastır (İK.m.63/II). Haftada bir gün tatil olması gerekliliğinden hareketle *günlük çalışma süresi*, İş Kanunu'na İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği 4'üncü maddesinin 2'nci fıkrasında yer alan "*Haftanın iş günlerinden birinde kısmen çalışılan işyerlerinde bu süre haftalık çalışma süresinden düşüldükten sonra çalışılan sürenin gün sayısına bölünmesi suretiyle günlük çalışma süresi belirlenir*" hükmüne göre²⁵²,

-cumartesi günleri tam gün çalışılan işyerlerinde, haftada 6 gün çalışıldığı için

²⁵¹ İş Hukukunda, işçi ve işverenin sözleşme ile çalışma koşullarını belirlemelerine imkan tanınmıştır. Ancak bu sözleşmelerin içeriği mutlak ve nispi emredici kurallar ile sınırlandırılmıştır. Haftalık azami çalışma süresinin belirlendiği 63'üncü madde nispi emredici niteliktedir, Süzek, s.50; Çelik, s.19.

²⁵² 1475 sayılı İş Kanunu'nun 61'inci maddesinin (a) fıkrası, çalışma sürelerinin tespitinde cumartesi günü kısmen çalışılması ile ilgili olarak düzenleme getirmiş olmasına rağmen, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 63'üncü maddesi cumartesi günü ile ilgili bir düzenleme yapmamıştır. Çalışma Süreleri Yönetmeliği'nin 4'üncü maddesi bu düzenlemeyi getirmese idi, cumartesi günü kısmen çalışılması için işçinin rızasının alınması gerekcekti, Çelik, s. 320; Bu görüşe karşılık, işçinin cumartesi kısmen çalışıldığını bildiği bir işyerinde işe başlaması zımni kabul anlamına geleceği ve Yönetmelik konuyu düzenlememiş olsaydı bile açık rızanın aranmaması gerektiği belirtilmiştir, Alpagut, s.17.

günlük çalışma süresi $45/6=7,5$ saat,

-cumartesi günleri hiç çalışılmayan işyerlerinde, haftada 5 gün çalışıldığı için günlük çalışma süresi $45/5=9$ saat,

-cumartesi günü belirli saatlerle çalışılıyorsa, bu çalışılan süre 45 saatten çıkarılacak, kalan saatler çalışılan diğer günlere eşit olarak bölünecektir. Örneğin, cumartesi günü 5 saat çalışılıyorsa, bu 5 saatlik süre 45 saatten çıkarılacak, kalan 40 saat haftanın diğer 5 gününe bölündüğünde, günlük 8 saatlik çalışma süresi bulunacaktır.

İş Kanunu'nun 63'üncü maddesinin 2'nci fıkrasında yer alan "*Tarafların anlaşması ile haftalık normal çalışma süresi, işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine ...farklı şekilde dağıtılabilir. Bu halde, iki aylık süre içinde işçinin haftalık ortalama çalışma süresi, normal haftalık çalışma süresini aşamaz...*" hükmü doktrinde tartışmalara neden olmuştur. Bu tartışmalar, hüküm fıkrasında iki cümleyi birbirine bağlayan "*bu halde*" ibaresinden yola çıkarak, haftalık iş süresinin çalışılan günlere farklı dağıtılmasının sadece denkleştirme dönemi için mi öngörüldüğü sorusunun cevabını bulmaya çalışmaktadır.

Bir görüşe göre, AB'nin 93/104 sayılı yönergesine de uygun olarak, çalışma süresinin haftanın çalışılan günlerine farklı sürelerde bölünebilmesi, tarafların anlaşması ile günde 11 saati aşmamak üzere iki aylık (toplu sözleşmeler ile bu süre 4 aya kadar uzatılabilir) denkleştirme dönemi içinde mümkün olacaktır. Bu dönemde fazla çalışmanın tespiti de denkleştirme esasına göre belirlenecektir²⁵³.

Diğer görüş ise, değişik bir yorum getirmektedir. Esneklik uygulamasının anlam kazanabilmesi için, haftalık çalışma süresinin, hem denkleştirme döneminde hem de bu dönem dışında çalışılan günlere 11 saati aşmamak kaydıyla farklı olarak dağıtılması gerekmektedir. Kanun maddesinde geçen "*bu halde*" sözü ile haftalık çalışma süresi çalışılan günlere farklı şekilde bölündüğünde, 45 saat aşılmışsa uygulanacak olan denkleştirme dönemine vurgu yapılmaktadır. Haftalık 45 saatlik

²⁵³ Ekonomi, Fazla Çalışma, s.165; Ulucan, *AB Ülkelerinde Esnek Çalışma*, ss.63-64; Fevzi Demir, "4857 Sayılı İş Kanunu'nun Başlıca Yenilikleri ve Uygulamadaki Muhtemel Etkileri", **Mercek D.**, Temmuz 2003, s.115.

çalışma süresi aşılmadığı sürece denkleştirme kuralının da uygulanmasına gerek bulunmamaktadır²⁵⁴.

Şüphesiz ikinci görüş çalışma sürelerine daha fazla esneklik sağlamaktadır. Ancak, 4857 sayılı İş Kanunu'nda çalışma süresinin eşit dağılımı esası korunmuştur. Özel bir uygulama olarak, işyerinin ihtiyaçları doğrultusunda, çalışma süresine esneklik getirilerek, denkleştirme dönemi içerisinde çalışma süresinin iş günlerine farklı şekilde dağıtılması istisnai olarak düzenlenmiştir. Kanun maddesi, hem yazılış şekli hem de amacına uygun olarak yorumlanmalıdır. Kanaatimize göre, denkleştirme dönemi dışında çalışma sürelerinin haftanın günlerine farklı şekilde dağıtılmasına izin verilmemesi gerekmektedir.

İşyerinde, denkleştirme dönemi uygulanmıyorsa, haftalık çalışma süresi iş günlerine eşit olarak bölünecektir. Bir hafta içerisinde, fiili ve farazi çalışma süreleri toplamı 45 saati geçen işçiye, fazla çalışma ücreti ödenmesi gerekecektir.

2.4.2. Denkleştirme Esasının Uygulandığı Dönemde

2.4.2.1. Çalışma Süresinin Denkleştirilmesi

Rekabet edebilen, verimli çalışan ve kar sağlayan işletmeler, hem çalışanlarının sosyal ve ekonomik açıdan daha iyi durumda olmasını sağlarken hem de yeni istihdam alanları yaratarak ekonomiye gerekli katkıyı sağlamaktadırlar. Ancak işletmeler, iç ve dış pazarda rekabet ederek ekonomik gelişmelerden en az şekilde etkilenip, müşterisinden gelecek talep dalgalanmalarına en iyi şekilde cevap verebilmek için, değişikliklere kısa sürede uyumunu sağlayacak kurallara ihtiyaç duyulduğunu belirtmiştir²⁵⁵. 1475 sayılı İş Kanunu'nun, çalışma sürelerini düzenleyen katı kuralları, Avrupa Birliği'nin 93/104 sayılı Çalışma Süresinin Düzenlenmesi hakkındaki Yönergenin²⁵⁶ ve Uluslararası Çalışma Örgütü'nün (ILO) normları dikkate alınarak değiştirilmiştir. Avrupa Birliği'nin söz konusu Yönergesinin 16'ncı maddesi, üye

²⁵⁴ Çelik, ss.321-322; Eyrenci, *Yeni Düzenlemeler*, s.41; Günlük çalışmanın sınırı olan 11 saati dikkate almadan, günde 15 saat çalışarak, haftalık çalışma süresinin 3 iş gününe bölünerek uygulanabileceği de ileri sürülmüştür, Demircioğlu ve Centel, ss.128-129; Nurşen Caniklioğlu, s.155; Subaşı, , ss.327-328; Alpagut, s.18; Hatice Karacan, **4857 Sayılı İş Kanununa Göre Fazla Çalışma**, Ankara: Seçkin Yayınları, 2007, s.38; Akyiğit, s.273.

²⁵⁵ MESS, *Çalışma Sürelerinde Esneklik Geleceğe Açılım*, s.12.

²⁵⁶ Bu Yönerge 23 Kasım 1993 tarihinde AB Bakanlar Konseyi tarafından kabul edilmiştir.

devletlere iç hukuklarında yapacakları düzenlemeler ile 4 aya kadar uzayabilecek bir dengeleme dönemi içerisinde, ortalama 48 saatlik çalışma süresini tutturarak haftalık çalışma süresini düzenleme imkanı vermiştir. Yönerge'nin 17'nci maddesine göre, üye devletler 4 aylık dengeleme dönemini 6 aya kadar, hatta toplu sözleşmelere anlaşmalar ile 12 aya kadar uzatabileceklerdir. Bu esnek uygulamanın amacı, fazla mesai ile iş gücü maliyetlerinin artmasını önlemek, piyasadaki dalgalanmalara göre gelecek talepleri değerlendirip buna göre çalışma saatlerinin belirlenmesini sağlayarak, işverenin rekabet gücünü arttırmak, çalışma sürelerinin dengelendiği daha az çalışılan haftalarda işçinin serbest zaman kazanarak sosyal gelişimine katkı sağlamaktır.

Esneklik ile ilgili tartışmalarda en çok eleştirilen çalışma süreleri ile ilgili düzenlemelerdi. 1475 sayılı İş Kanunu yürürlükte iken haftalık çalışma süresinin iş günlerine eşit olarak bölünmesi zorunluluğu, işverenin iş olmadığı zamanlarda da haftalık 45 saat ücretini ödemesine neden oluyordu. Bunun üzerine işçi bir saat fazla çalışsa, fazla çalışma ücretine hak kazanıyordu.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 63'üncü maddesinin 2'nci fıkrasında "*Tarafların anlaşması ile haftalık normal çalışma süresi, işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine, günde onbir saati aşmama koşulu ile farklı şekilde dağıtılabilir. Bu halde, iki aylık süre içinde işçinin haftalık ortalama çalışma süresi, normal haftalık çalışma süresini aşamaz. Denkleştirme süresi toplu iş sözleşmeleri ile dört aya kadar artırılabilir*" hükmü ile iş sürelerinin denkleştirilmesi yolu açılmıştır²⁵⁷. Böylelikle uluslararası normlar ve iş piyasasının talepleri İş Kanunu'na yansıtılmıştır.

Denkleştirme dönemi ile ilgili uygulama işyerini değil, işçiyi ilgilendiren bir konu olduğundan, çalışma sürelerinin denkleştirmesini belirli bir işçi veya işyerinin belli bir bölümünde çalışan işçilere uygulamak mümkündür²⁵⁸.

2.4.2.2. Tarafların İradelerinin Önemi

İş Kanunu'nun 63'üncü maddesinin 2'nci fıkrası, "*Tarafların anlaşması ile...*" ibaresi ile haftalık çalışma süresinin haftanın çalışılan günlerine farklı şekilde

²⁵⁷ Bu düzenleme ile günlük çalışma süresinin başlama ve bitiş zamanı gibi uzunluğunun da işçi tarafından belirlenebildiği nitelikli kayan iş süresine de imkan tanınmış olduğu ileri sürülmüştür, Günay, s.83.

²⁵⁸ Ekonomi , *Fazla Çalışma*, s.166; Süzek, s.607; Soyer, *Esneklik Sağlayan Düzeltmeler*, s.188.

dağıtılabilmesi için ilk koşulu belirlemiş olmaktadır. Taraf iradelerinin önemi nedeniyle, işverenin yönetim hakkına dayanarak denkleştirme dönemi uygulamasına geçmesi mümkün değildir. Çünkü, denkleştirme döneminde bazı haftalarda fazla çalışma yapılmasına rağmen, işçilerin zamlı ücret alma hakları söz konusu değildir. Bu yüzden aynen fazla çalışmada olduğu gibi denkleştirme yapılabilmesi için, özel yaşamın ve işçi sağlığının korunması amacıyla mutlaka işçilerin rızasının alınması gerekmektedir²⁵⁹. İşçiler bu uygulamayı kabul etmiyorsa, o takdirde işverenin talebini haklı bir neden olmaksızın kabul etmeyen işçilerin sözleşmeleri işveren tarafından haklı nedenle derhal feshedilebilecektir²⁶⁰.

Tarafların denkleştirme yapılması konusunda yapacakları anlaşmasının şekli, İş Kanunu'nun 63'üncü maddesinde düzenlenmemiştir. Ancak, Çalışma Süreleri Yönetmeliği'nin 5'inci maddesinin 1'inci fıkrası bu anlaşmanın “yazılı” olması gerektiğini belirtmiştir. Sözleşme özgürlüğünü kısıtlayan şekil şartının, kanunda hüküm altına alınması gerekirken, kanuna aykırı olarak, yönetmelik ile hüküm altına alınmasının isabetli olmadığı ileri sürülmüştür Bu durumda sözlü olarak ya da zımni olarak bir anlaşma yapılabilecektir²⁶¹.

Kanaatimizce, Yönetmelik ile anlaşmanın yazılı olması konusunda şekil şartı getiremeyeceğini ileri süren görüş, kanunun uygulanma şekillerini gösteren yönetmelik tipi düzenlemelerin içeriğini boşaltacak bir yorumdur. Yönetmelikler, kanunların çizdiği sınırlar içinde daha ayrıntılı düzenlemelere yer vermektedirler. Bu yüzden, tarafların anlaşmasının Yönetmelik maddesinde belirtildiği gibi yazılı şekilde olması gerekmektedir. Eğer işveren yazılı olarak işçiden onay almamışsa, bu takdirde denkleştirme döneminden bahsedilemeyeceği için fazla çalışmaya ilişkin genel hükmün uygulanması gerekecektir.

²⁵⁹ Günay, s.95.

²⁶⁰ Eyrenci, *Yeni Düzenlemeler*, s.41.

²⁶¹ Nurşen Caniklioğlu, s.161; Yönetmeliğin kanuna aykırı olarak şekil şartı getiremeyeceği belirtilirken, ispat kolaylığı açısından yazılı yapılmasının uygun olacağı ifade edilmiştir, Günay, s.93; Tarafların anlaşmasının yazılı olmasının gerekli olmadığı, sözlü ya da işverenin teklifine cevap vermeden istenilen şekilde çalışılması ile de anlaşma koşulunun gerçekleşeceği savunulmaktadır, Ercan Akyiğit, *İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi*, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, C:2, Ankara: Seçkin Kitabevi, 2006, s.1751; Ancak Toplu İş Sözleşmesi ile bu onay alınacaksa, denkleştirmenin toplu iş sözleşmesinde yazılı olması gerekmektedir, Akyiğit, s.276; Murat Engin, “Denkleştirme Esası Uygulamasında Çalışma ve Dinlenme Sürelerine İlişkin Emredici Hükümler”, *Sicil İş Hukuku D.*, S.5, Mart 2007, s.73; Yargıtay da örtülü denkleştirmeyi kabul ettiği hallerde zımni onayın yeterli olacağını kabul etmektedir, Y.9.H.D., 18.07.2007, E.9-582, K.557 (*Yargıtay Kararları D.*, C:33, S.11, Kasım 2007), s.2025.

Denkleştirme yapılması konusunda işçiden alınacak onayın zamanı konusunda da Kanun'da açıklık bulunmamaktadır. Bu onayın, işçi işe alınırken hizmet sözleşmesi veya ihtiyaç duyulduğunda hizmet sözleşmesi devam ederken ya da iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği, iç yönetmelik gibi düzenlemeler ile alınması mümkündür²⁶².

Ayrıca toplu iş sözleşmelerinde de denkleştirme sürelerine ilişkin düzenlemelere yer verilebilir²⁶³. Ancak toplu iş sözleşmesinde haftalık çalışma süresinin çalışılan günlere eşit olarak dağıtılacağı kararlaştırılmış ve aksine bir düzenleme yapılması konusunda bir kural konmamışsa, Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu uyarınca²⁶⁴ işçi ve işverenin denkleştirme esasına dayalı bir çalışma düzeni konusunda anlaşmaları mümkün değildir (TİSGLK.m.6/I)²⁶⁵.

2.4.2.3. Denkleştirme Döneminin Süresi

İşyerinde tarafların anlaşması ile denkleştirme dönemi uygulamasına geçildiğinde, işveren İş Kanunu'nun 63ncü maddesinde yer alan iki sınırlama ile karşılaşacaktır. Bu sınırlamaların birincisi, günlük çalışma süresine getirilen sınır, ikincisi ise, denkleştirme döneminin süresidir. Gerçekten, denkleştirme dönemi içerisinde yoğun şekilde çalıştırılacak olan işçinin hem sağlık ve güvenliğinin hem de sosyal hayatının koruma altına alınması gerekmektedir. Bu sebeple Kanun, günlük çalışma süresini 11 saat olarak sınırlarken; ortalama haftalık çalışma süresi 45 saati aşmamak üzere 2 aylık²⁶⁶ süre içerisinde denkleştirme yapılacağını belirtmiştir. Bu süre, toplu iş sözleşmesi ile 4 aya kadar uzatılabilmektedir.

Kanunun izin verdiği 2 ve 4 aylık denkleştirme dönemi sürelerinin aynı yıl

²⁶² Çelik, s.322.

²⁶³ Toplu iş sözleşmelerine denkleştirme konusunda konulan hükümler, işyerinin çalışma düzenine ilişkin olup parasal bir nitelik taşımadıklarından, Sendikalar Kanunu'nun 31'inci maddesi uyarınca, sadece sendika üyesi işçileri değil üye olmayan işçileri de bağlayacaktır. Öner Eyrenci, Sezai Taşkent ve Devrim Ulucan, **Bireysel İş Hukuku**, 3. Bası, İstanbul: Legal, 2006, ss. 162-163; Çelik, s.321, dpn.11; Süzek, s.606; Aksi görüşe göre, denkleştirme uygulandığında işçinin fazla çalışma ücreti alamaması sonucu doğacağından parasal nitelikli olmadığını söylemek yerinde değildir. Bu yüzden sendikaya bağlı olmayan işçilerin onayının alınması şarttır, Alpagut, s.20.

²⁶⁴ Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'nun 6'ncı maddesinin 1'inci fıkrasına göre, toplu iş sözleşmesinde aksi belirtilmedikçe hizmet akitleri toplu iş sözleşmesine aykırı olamayacaktır. Hizmet akitlerinin toplu iş sözleşmesine aykırı hükümlerinin yerini toplu iş sözleşmesindeki hükümler alacaktır. Hizmet akdinde düzenlenmeyen hususlarda toplu iş sözleşmesi hükümlerinin uygulanması gerekecektir.

²⁶⁵ Soyer, Esneklik Sağlayan Düzeltmeler, s.188; Günay, s.93.

²⁶⁶ Bu sürenin kısa olduğu ve AB'nin 93/104 sayılı yönergesine uygun 4 aylık bir sürenin daha isabetli olacağı savunulmaktadır, Nurşen Caniklioğlu, s.160.

içinde olması gerekmemektedir. Önemli olan bu sürenin hiç kesintiye uğramadan kullanılmasıdır. Yani bir ayını önce kullanıp ara verip kalan bir ayı sonra kullanmak mümkün değildir²⁶⁷.

Denkleştirme süresi olan 2 aylık ya da toplu sözleşmeler ile 4 aya kadar uzatılan sürenin uzatılması veya kısaltılması konusunda tarafların iradeleri geçerli kabul edilecek midir? Kanun'da belirtilen 2 aylık ve 4 aylık sürelerin hukuki niteliğinin farklı yorumlanması ile değişik görüşler ortaya çıkmıştır. *Bir görüşe göre*, denkleştirme dönemi için öngörülen süreler azamidir ve taraflar anlaşarak süreyi en çok 8 haftaya kadar uzatabilirler. Ancak 8 haftadan uzun bir süre kararlaştırmaları mümkün değildir²⁶⁸.

Katıldığımız diğer görüşe göre ise, Kanun, mutlak emredici bir hükümlerle, denkleştirmenin 2 aylık zaman içinde yapılmasına ve bu 2 aylık sürenin ancak toplu iş sözleşmeleri ile 4 aya kadar uzatılmasına izin vermiştir. 2 aylık sürenin azami süre olduğunu gösterir bir ifade madde metninde yer almamaktadır. Halbuki, haftalık çalışma süresinin azami süre olduğu, İş Kanunu 63'üncü maddesinde "*en çok*" ibaresi ile açıkça ifade edilmiştir. Kanunda sürenin uzatılması açıkça düzenlendiğine göre, aynı şekilde sürenin kısaltılması konusunda da bir düzenleme olması gerekmektedir. Bu yüzden denkleştirme süresinin ne işverence tek taraflı olarak ne de anlaşmalar ile kısaltılması veya uzatılması mümkün değildir²⁶⁹. Ayrıca denkleştirme süresinin 2 aydan daha az bir süre olarak kararlaştırıldığı durumlarda, çok kısa süreler içinde işçilerin çok yoğun bir şekilde çalıştırılmasına izin verilmiş olacaktır. Bu ise işçinin sağlığının ve güvenliğinin korunması esasını benimseyen iş hukuku ilkeleri ile bağdaşmayacak bir durum yaratacaktır. Bu yüzden, daha az süreler ile denkleştirme yapılabilmesi için,

²⁶⁷ Soyer, *Esneklik Sağlayan Düzeltmeler*, ss.187-188; Eyrenci, *Yeni Düzenlemeler*, s.42.

²⁶⁸ Eyrenci, *Yeni Düzenlemeler*, s.42; Süzek, ss.606-607; *Eyrenci ve Diğerleri*, s.200; Nizamettin Aktay, Kadir Arıcı ve E. Tuncay Kaplan Senyen, **İş Hukuku**, Ankara: Seçkin Kitabevi, 2006, s.230; Uçum, s.77; Akyiğit, Şerh, s.1751; Ulucan, 2 aylık sürenin kısaltılabileceğini kabul etmekle birlikte, iki haftalık denkleştirme süresinin kararlaştırılmayacağını ifade etmektedir, Ulucan, *AB Ülkelerinde Esnek Çalışma*, s.101; Akyiğit, hangi sözleşme ile olursa olsun bu sürelerin azaltılmasına imkan tanınmadığını dile getirmiştir, Ercan Akyiğit, **Yeni Mevzuata Göre Hazırlanmış İş Hukuku**, Güncellenmiş 3. Baskı, Ankara: Seçkin, 2003, s.256; Yazar, daha sonra görüşünü değiştirmiş ve sözleşmeler ile sürelerin azaltılabileceğini ifade etmiştir, Akyiğit, s.278; Sümer, s.128; Soyer, *Esneklik Sağlayan Düzeltmeler*, s.187; Yazar, 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 63ncü maddesinin gerekçesinde denkleştirme dönemi için verilen örnekte 8 hafta yerine 6 hafta olarak örnek verilmesi bu görüşün dayanağı olarak verilmiştir. Alman İş Kanununda yer alan denkleştirme esası konusunda kabul edilen görüşünde bu olduğu ayrıca belirtilmiştir, Soyer, *Esneklik Sağlayan Düzeltmeler*, s.187, dpn. 7.

²⁶⁹ Günay, s.89; Demir, *4857 Sayılı İş Kanunu'nun Başlıca Yenilikleri*, s.115; Süzek, s.606.

Kanun'un açık ve şüpheye yer vermeyecek bir hükümle bu uygulamaya izin vermesinin uygun olacağı görüşündeyiz.

Çalışma Süreleri Yönetmeliği'nin 5'inci maddesinin son fıkrasına göre, denkleştirme dönemi içinde, günlük ve haftalık çalışma süreleri ile denkleştirme süresi uygulamasının başlama ve bitiş tarih ve saatleri işverence belirlenecektir. İşçiden onay aldıktan sonra, denkleştirme yapılmasına neden olan ihtiyaca göre işverenin bu belirlemeyi yapması yerinde bir düzenlemedir. İşverenin denkleştirme süresinin başlangıç ve bitiş tarihlerini belirlerken, bu dönemin başladığı ilk günden itibaren aynı güne rastlayan iki veya toplu sözleşme ile kararlaştırılabilen dört aylık süreyi dikkate alması gerekmektedir²⁷⁰.

Denkleştirmenin yıl içinde kaç kez yapılabileceği konusunda bir açıklık olmaması nedeniyle 2 veya 4 aylık sürelerin bitiminde, tarafların anlaşarak tekrar denkleştirmeye gidebilmeleri mümkün gözükmektedir²⁷¹. Tekrarlanan denkleştirme dönemleri ile 2 aylık süre sınırının aşılacağı akla gelse de, bu anlaşmaları engelleyen bir düzenleme söz konusu değildir. Ancak işverenin Çalışma Süreleri Yönetmeliği'nin 5'inci maddesinin son fıkrasından kaynaklanan yetkisine dayanarak, yoğun çalışmalarını denkleştirmenin ilk döneminin sonuna koyması, ikinci denkleştirme döneminin başında da yoğun çalışma yaptırması işçi sağlığı ve güvenliği açısından sorun yaratabilir. İşverenin bu yetkisini kanunu dolanmak amacıyla kullanmaması gerekmektedir. Yoğun çalışılan günleri, 2 aylık bir denkleştirme süresinin sonuna koyup, ardından kararlaştırılan 2'nci denkleştirme döneminin de başına getirerek, 2 aylık denkleştirme dönemini 4 aya çıkarması kabul edilir bir uygulama değildir. Buna rağmen denkleştirme süresi olan 2 aylık süre içerisinde, yoğun çalışılan haftalara karşılık denkleştirme yapılarak daha az çalışılan ya da hiç çalışılmayan haftalar söz konusu olacağından, arka arkaya kararlaştırılan denkleştirme dönemlerinin işçinin sağlığı ve güvenliği açısından problem yaratmayacağını da belirtilmiştir²⁷².

²⁷⁰ Süzek, s.606; Akay ve Diğerleri, s.231.

²⁷¹ Demir, *4857 Sayılı İş Kanunu'nun Başlıca Yenilikleri*, s.115; Mollamahmutoğlu, s.676.

²⁷² Nurşen Caniklioğlu, s.158.

Denkleştirme dönemi içerisinde yoğun çalışmanın karşılığı daha az çalışılan ya da hiç çalışılmayan günleri²⁷³, fazla çalışma ücreti yerine işçinin serbest zaman kullanması ile karıştırmamak gerekmektedir²⁷⁴. İş Kanunu'nun 41'inci maddesinin 5'inci fıkrasına göre, fazla çalışmanın karşılığı olan serbest zamanın 6 ay içinde kullanılması gerekirken, denkleştirme döneminde bazı haftalarda hiç çalışmayarak ya da az çalışması ile oluşan boş zamanların denkleştirme dönemi içerisinde kullanılması gerekmektedir. İşçiye tanınması gereken boş zamanın, denkleştirme dönemi içerisinde nasıl dağıtılacağı mevzuatta belirtilmediğinden bu süreler denkleştirme döneminin herhangi bir bölümüne rastlayabilecektir²⁷⁵. Denkleştirme uygulamasına geçilmesine neden olan sebeplere ve ihtiyaçlara göre çalışma sürelerinin dağıtılması ve boş zamanların belirlenmesi işverence gerçekleştirilecektir (ÇSY.m.5/son).

Denkleştirme döneminin 2 ay olan süresi yerine, AB Yönergesi'nde belirtildiği üzere 4 aylık sürenin öngörülmesinin yerinde olacağı görüşü ileri sürülmüştür²⁷⁶. Güçlü ekonomiye sahip ülkelerde uzun denkleştirme dönemleri sorun yaratmayabilir. Ancak ülkemizde ekonomik istikrarın sağlanamamış olması nedeniyle işverenlerin bazen ekonomik güçlükler bazen de yasal yükümlülüklerden kurtulmak amacıyla işçiyi işe alıp, kısa bir süre sonra işten çıkardığı durumlara sıklıkla rastlanmaktadır. Bu uygulama ise, denkleştirme döneminin uzun olması halinde sorun yaratacaktır. Ayrıca denkleştirme dönemini tekrarlama şansı işverene tanındığından 2 aylık sürenin Türkiye koşulları için uygun olduğunu söyleyebiliriz.

²⁷³ Denkleştirme dönemi içinde işçiye tanınan boş zamanlar çalışma süresinden sayılmaz. İş Kanunu'nda çalışma süresinden sayılan haller 66'ncı maddede sayılmıştır. Ancak denkleştirme döneminde işçiye tanınacak boş geçen günler, önceden çalışması yapılmış günlerdir. Bu yüzden işçinin yıllık izni ya da diğer kıdeme bağlı haklarının tespitinde çalışılmış gibi sayılarak kıdem hesabında dikkate alınmalıdır, Mollamahmutoğlu, s.677; Nurşen Caniklioğlu, s.159.

²⁷⁴ Eyerenci, *Yeni Düzenlemeler*, s.42.

²⁷⁵ Soyer, *Esnelik Sağlayan Düzeltilmeler*, s.188.

²⁷⁶ Nurşen Caniklioğlu, s.160.

2.4.2.4. Haftalık Ortalama Çalışma Süresinin Hesaplanması ve

Fazla Çalışma

Denkleştirme süresi içinde fazla çalışmanın tespiti, İş Kanunu'nun 41'inci maddesinin ilk fıkrasının son tümcesinde²⁷⁷ “...63'üncü madde hükmüne göre denkleştirme esasının uygulandığı hallerde, işçinin haftalık ortalama çalışma süresi, normal haftalık iş süresini aşmamak koşulu ile, bazı haftalarda toplam 45 saati aşsa dahi bu çalışmalar fazla çalışma sayılamaz” hükmü ile ortaya konmaktadır. Bu yüzden denkleştirme döneminde “ortalama çalışma süresinin” hesap edilmesi, fazla çalışmanın tespiti açısından önemli bir konudur.

Denkleştirme dönemi içerisinde çalışma saatlerinin hesaplanmasında, fiili çalışmalar ve farazi çalışmalar beraber değerlendirilecek, işçiye verilen ara dinlenmeler hesaplamaya dahil edilmeyecektir. Bunların yanı sıra, yıllık ücretli izin veya sağlık sorunları nedeniyle ya da benzeri sebeplerle iş görme borcunu yerine getiremediği için çalışılmayan günlerin süre hesabında dikkate alınması söz konusu değildir. Denkleştirme dönemi içerisinde yapılan telafi çalışması varsa, bu çalışma geçmişteki bir sürenin karşılığı olduğundan hesaba katılmayacaktır. Telafi çalışması yapılan saatler, denkleştirme dönemi içinde toplam çalışma süresinden çıkarılacaktır. Geriye kalan sürenin hafta sayısına bölünmesi ile bulunacak olan ortalama çalışma süresinin 45 saati geçmesi halinde fazla çalışma ücreti ödenecektir. Denkleştirme uygulanmıyorsa, telafi süresi haftalık çalışma süresinden çıkarılacak, geriye kalan süre 45 saati aşıyorsa fazla çalışma ücreti ödenecektir²⁷⁸.

²⁷⁷ Denkleştirme döneminde bazı haftalarda haftalık çalışma süresi üzerinde çalışıldığı halde fazla çalışma ücreti ödenmemesi, dinlenme hakkının ölçüsüzce sınırlandırıldığı için Anayasa'nın 50'nci ve 13'üncü maddelerine; devletin amaç ve görevlerini belirten 5'inci maddesine; Anayasa'nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı ilkelerine aykırı olduğu için 11'inci maddesine; sosyal devlet ilkesi ile çeliştiği için 2'nci maddesine aykırı olduğu doktrinde belirtilmiştir, Şakar, s.169; Benzer gerekçeler ile İş Kanunu'nun 41'inci maddesinin bu hükmü ile fazla sürelerle çalışmanın anlatıldığı 3'üncü fıkrası ve denkleştirme kuralının yer aldığı 63'üncü maddesinin 2'nci fıkrasının iptali istemi ile Anayasa Mahkemesi'ne dava açılmıştır. Bu davada İş Kanunu'nun 41'inci maddesinin ilk fıkrasının son tümcesinin, denkleştirme süresi içinde haftalık 45 saati aşan çalışmaların fazla çalışma sayılmamasının Anayasa'nın 18'inci maddesine ve günde 11 saatlik çalışma süresinin ise Anayasa'nın 50'nci maddesine aykırı olduğu ; 41'inci maddenin 3'üncü fıkrasının fazla sürelerle çalışma ile fazla çalışma arasında ücret farklılığı getirmesi nedeniyle haftalık çalışma süresinin 45 saatin altında belirlenmesini engellediği ve bu yüzden sözleşme serbestisini ortadan kaldırdığından Anayasa'nın 48 ve 53'üncü maddelerine aykırı olduğu; bu hükümlerin hepsi ile 63'üncü maddenin 2'nci fıkrasının Anayasa'nın 2, 5, 11, 13'üncü maddelerine de aykırılık taşıdığı belirtilmiştir. İstem Anayasa Mahkemesi'nin 19.10.2005 tarih, E.2003/66, K.2005/72 sayılı kararı ile reddedilmiştir (R.G., 24.11.2007, 26710).

²⁷⁸ Akyiğit, ss.279-280.

Denkleştirme dönemi olan 2 aylık süre (toplu sözleşmeler ile 4 aya kadar uzatılabilir) içerisinde, çalışılan haftalardaki süreler toplanmakta ve bu süre, çalışılan hafta sayısına bölünerek “ortalama çalışma süresi” hesap edilmektedir. Böylece bazı haftalarda haftalık çalışma süresi 45 saati aşsa bile, daha sonraki haftalarda bu fazla çalışma daha az çalışılarak ya da hiç çalışılmayarak dengelenmekte, ortalama haftalık çalışma süresi aşılmadığı için işveren fazla çalışma ücreti ödememektedir. Kısacası 4857 sayılı İş Kanunu ile getirilen denkleştirme, işçinin bazı haftalarda haftalık çalışma süresinin altında çalıştırılması ya da hiç çalıştırılmaması ile anlam kazanmaktadır²⁷⁹.

İşçinin çalışmadığı boş günlerin, İş Kanunu'nun 46'ncı maddesinde belirtilen yıllık ücretli izinler, işçinin hastalığı, evlenme veya yakınlarının ölümü gibi nedenlerle izinli sayılması gereken günler ile ilgisi yoktur. İşveren, bu izinli sayılan günleri denkleştirme döneminde işçiye tanınacak boş zamanlarla mahsup edemeyecektir²⁸⁰. Bu dönem içinde doğan yasal izin ve tatillerin, denkleştirme nedeniyle işçiye tanınacak boş zamanlara eklenmesi gerekecektir²⁸¹.

Vereceğimiz örnekle denkleştirme konusunda anlatılanlar daha anlaşılır hale gelecektir. Haftalık çalışma süresi 45 saat olan bir işyerinde, iki aylık denkleştirme dönemi kararlaştırılmış ise, haftalık ortalama çalışma süresi 45 saati aşmamak üzere yoğunlaştırılmış iş haftaları uygulanabilecektir. Bu işyerinde, işçinin 8 haftada çalışacağı toplam süre $45 \times 8 = 360$ saattir. İşveren bu 360 saati denkleştirme dönemindeki çalışılan günlere dağıtacaktır. İsterse, ilk iki hafta 15'er saat, sonraki 4 hafta 60 saat, son iki haftada 45 saat çalışabilir. Bu iki aylık dönemdeki çalışılan toplam süre $(2 \times 15) + (4 \times 60) + (2 \times 45) = 360$ saat olacaktır. Böylece bazı haftalarda 45 saatin üzerinde çalışılmış dahi olsa, ortalama çalışma süresi 45 saati aşmadığı için işçiye fazla çalışma ücreti ödenmeyecektir. Bir diğer uygulamada işveren, işçileri denkleştirme döneminde günlük 11 saat sınırına kadar 6 gün çalıştırırsa, haftada 66 saatten 5 hafta, 3 günde günlük 10 saat çalışma yaparak $(66 \times 5 = 330) + (3 \times 10) = 360$ saati tamamlar ve geri kalan haftaları işçilere boş zaman olarak tanıyabilir²⁸².

²⁷⁹ Çil, *Fazla Çalışma*, s.60.

²⁸⁰ Soyer, *Esneklik Sağlayan Düzeltmeler*, s.189.

²⁸¹ Süzek, s.607.

²⁸² Nurşen Caniklioğlu, s.158.

Denkleştirme döneminin amacı, çalışma sürelerine esneklik sağlayarak fazla çalışma yaptırmadan işgücünü kullanmaktır. Ancak bunun yeterli olmadığı zamanlarda işverenin, bu dönem içerisinde fazla çalışma yaptırarak ortalama çalışma süresini aşması mümkündür. İşveren bu dönemde fazla çalışma yapılmasını istediğinde, yapılacak fazla çalışmanın süresine bağlı olarak işçinin sağlığı ve güvenliği tehlikeye girebilir. 4857 sayılı İş Kanunu Tasarısında bu tehlike gözetilerek, fazla çalışmaya bir sınır getirilmiş ve “*ortalama çalışma süresi fazla çalışmalar dahil olmak üzere 48 saati aşamaz*” hükmü yer almıştı. Daha sonra, günlük sınıra yer veren bu hüküm madde metninden çıkarılmış ve fazla çalışmanın bir yılda toplam 270 saatten fazla olmayacağını belirten hüküm getirilmiştir (İK.m.41/VIII)²⁸³.

Tasarıda yer alan haftada 3 saat fazla çalışma yapılmasına izin veren hüküm Kanun metninde yer almış olsaydı, işçi bir yılda $3 \times 52 = 156$ saat fazla çalışma yapabilecekti. Şimdi ise, 6 işgünü çalışılan bir işyerinde uygulanacak 8 haftalık denkleştirme süresi içerisinde, işçinin çalışacağı normal çalışma süresi $8 \times 45 = 360$ saattir. Bu işçi haftada günlük 11 saatlik sınır ile haftada $6 \times 11 = 66$ saat çalıştırılabilir. 8 hafta ise, $66 \times 8 = 528$ saat çalışacak ve $528 - 360 = 168$ saat fazla çalışma yapmış olacaktır. Halbuki tasarı aynen kabul edilseydi, denkleştirme dönemi içinde fazla çalışma dahil $48 \times 8 = 384$ saat toplam çalışma süresine sahip olan işçinin, yürürlükteki İş Kanunu uyarınca $528 - 384 = 144$ saat daha fazla çalıştırılmasına imkan verilmiştir²⁸⁴. Kanaatimizce, işverenin lehine olan bu düzenleme, denkleştirme döneminde yoğun çalışma haftalarında yorulan ve yıpranan işçinin, dinlenmesi gereken haftalarda da neredeyse yıllık fazla çalışma sınırına yakın bir zaman fazla çalıştırılmasına neden olabilecektir.

Denkleştirme uygulamasında fazla çalışmayı yakından ilgilendiren bir konu da Yargıtay’ın “*örtülü denkleştirme*” olarak adlandırdığı durumdur. Yargıtay’ın kararına konu olan olayda, işçi Radyolink istasyonunda 10 gün çalışıp, 20 gün dinlenmektedir. İşçi çalışma süresi ihtiyaçlar için ayrılacak süre düşüldükten sonra 11 saat olarak belirlenmiştir. 1475 sayılı İş Kanunu döneminde yaptığı çalışma 10 günlük çalışma için

²⁸³ 4857 sayılı İş Kanunu’nun fazla çalışmanın sınırını belirleyen 41’inci maddesine karşılık, 93/104 sayılı AB Yönergesi’nin 6’ncı maddesinin 2’nci fıkrasında, yedi günlük bir zaman dilimi içerisinde ortalama çalışma süresinin fazla çalışmalar dahil 48 saati aşamayacağı belirtilmiştir.

²⁸⁴ Soyer, *Esnelik Sağlayan Düzeltmeler*, s.192.

ilk hafta yaptığı 7 günlük çalışma için $77-45=32$ saat fazla çalışma bulmuştur. 2'inci hafta 3 günlük çalışma için ise, fazla çalışmanın söz konusu olmadığını belirtmiştir. 4857 sayılı İş Kanunu'na göre aynı çalışma düzeninde örtülü bir denkleştirmenin varlığı kabul edilerek, günlük 11 saati aşılmadığı için, çalışılan 10 günlük sürenin çalışılmayan 20 gün ile denkleştirildiği ifade edilmiştir²⁸⁵. Daha önce açıkladığımız üzere İş Kanunu'nun çalışma sürelerinin denkleştirilmesine 2 aylık süre için izin verdiğini belirtmiştik. Bir aylık denkleştirme döneminin kabul edilmesinin, İş Kanunu'nda 2 ay olarak belirlenmiş olan denkleştirme süresi uymayan bir yorum olarak bulunduğumuzu söyleyebiliriz. Yine kararda, taraflar arasında çalışma sürelerinin denkleştirilmesi konusunda açık bir anlaşma yapıldığına ilişkin bir anlatım bulunmamaktadır. Kanaatimizce denkleştirme ancak işçinin açık rızası ile mümkün olacağından, bu şekilde bir irade açıklaması yoksa denkleştirmeden bahsetmek yerine fazla çalışma hükümlerini uygulamak daha yerinde olacaktır. Çünkü işçinin çalışma süreleri denkleştirildiğinde fazla çalıştığı saatler için fazla çalışma ücretine hak kazanamayacağını bilip ona göre bu denkleştirmeye açıkça onay vermesi gerekli görülmelidir. Ayrıca çalışılan ilk hafta için kesintisiz 7 gün çalışmadan bahsedilmiş, hafta tatilinde çalışmaya ilişkin hiçbir açıklama yapılmamıştır. Hukuk Genel Kurulu ise, aynı çalışma düzeni ile çalışan işçi ister tek başına isterse başka işçilerle beraber çalışsın, çalışma süresi, işçinin zorunlu ihtiyaçları çıkarıldığında 14 saat olarak belirleneceğini belirtmektedir. 1474 sayılı İş Kanunu'na göre, ilk 7 gün için 53 saat, diğer 3 gün için ise fazla çalışma ücreti ödenmeyeceği belirtilmiştir. 4857 sayılı İş Kanunu uygulandığında ise günlük 11 saate kadar örtülü denkleştirmenin varlığı kabul edilecek, 11 saati aşan 3 saat üzerinden 10 gün için 30 saat fazla çalışma süresi hesaplanması gerekecektir²⁸⁶.

Fazla sürelerle çalışmada da denkleştirme yapılması mümkündür. Haftalık

²⁸⁵ Y.9.H.D., 16.06.2005, E.2004/31721, K.26173 (Legal İHSGHD., S.8, Ağustos 2005) ss.1675-1678; Aynı karar incelenerek, 30 günlük ücret üzerinden günde 11 saat, ayda 10 gün çalışılıp 20 gün çalışılmamasını öngören bir sözleşmede örtülü denkleştirmenin varlığının kabul edilmesinin hakkaniyete uygun belirtilmiş ve Yargıtay kararı haklı bulunmuştur, Hakkı Kızıloğlu, "Örtülü Denkleştirme Süresine Yönelik Karar İncelemesi", *Sicil İş Hukuku D.*, Mart 2006, s.86; Diğer taraftan, taraflar arasında örtülü denkleştirme konusunda yazılı bir anlaşma olmadığı için denkleştirmenin varlığının ileri sürülemeyeceği belirtilmiştir, Sezgi Öktem Songu, "Çalışma Sürelerinin Örtülü Olarak Denkleştirilmesi Mümkün Müdür? Yargıtay'ın Bir Kararı Üzerine Bazı Düşünceler" , *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C:8, S.1, İzmir, 2006, ss.180-183.

²⁸⁶ Y.H.G.K., 18.07.2007, E.9-582, K.557, (Yargıtay Kararları D., C.33, S.11, Kasım 2007) ss.2025-2030; Y.H.G.K., 21.03.2007, E.9-176, K.164 (Türkiye Barolar Birliği D., S.79, Kasım-Aralık 2008), ss.359-369.

çalışma süresi taraflarca 45 saatin altında kararlaştırıldığında, ortalama çalışma süresi bu kararlaştırılan süre üzerinden hesaplanacaktır. Hesaplanan ortalama çalışma süresi, taraflarca kararlaştırılan süre ile 45 saat arasında ise, fazla sürelerle çalışma hükümleri uygulanacaktır. Eğer denkleştirme dönemi içinde çalışılan ortalama çalışma süresi 45 saati de aşarsa, bu takdirde bu aşan kısım için fazla çalışma hükümlerinin uygulanması gerekecektir. Örneğin, 6 iş günü çalışılan bir işyerinde taraflar, haftalık çalışma süresini 35 saat olarak kararlaştırmış olsunlar. Denkleştirme dönemi içerisinde ortalama haftalık çalışma süresinin 35 saat olması gerekmektedir. Ortalama çalışma süresi 35 saat ile 45 saat arasında olursa fazla sürelerle çalışma yapılmıştır. 45 saatin üzerinde ortalama çalışma süresinin varlığı halinde, 45 saati aşan süre için fazla çalışmaya ilişkin hükümler uygulanacaktır.

2.4.3. Haftalık İş Sürelerine Bölünemeyen İşlerde Fazla Çalışma

2.4.3.1. Uygulama Alanı

Karayolları ile demiryolları, Deniz İş Kanunu'na tabi olmayan deniz, göl ve akarsu taşıma işleri gibi nitelikleri gereği²⁸⁷ günlük veya haftalık çalışma sürelerinin tespiti mümkün olmayan işler mevcuttur. İş Kanunu'nun 76'ncı maddesinin 1'inci fıkrasında açıklandığı üzere, 63'üncü maddede belirtilen şekilde tespit edilemeyen bu nitelikteki iş ve bu işlerin görüldüğü işyerlerinde çalışma süreleri, *günlük yasal çalışma süresini aşmayacak şekilde ve en çok altı aya kadar denkleştirme süresi tanınarak* belirlenecektir. Yine aynı maddede bu konuyu düzenlemek amacıyla yönetmelikler çıkartılacağı belirtilmiştir ve "Haftalık İş Sürelerine Bölünemeyen Çalışma Süreleri Yönetmeliği"²⁸⁸ (HİSBÇSY.) çıkartılmıştır.

Karayolu ve demiryolu ile yapılan kara taşımacılığı ve Deniz İş Kanunu'nun kapsamına girmeyen deniz taşımacılığı işleri İş Kanunu'nun 76'ncı maddesinde sayılan işlerdir. Bu maddeye bağlı olarak, Haftalık İş Sürelerine Bölünemeyen Çalışma Süreleri Yönetmeliği'nin 1'nci maddesi, karayollarında, demiryollarında ve deniz, göl ve akarsularda hareket halindeki taşıtlarda ve 857 sayılı Deniz İş Kanununa tabi olmayan

²⁸⁷ Örneğin, karayolu ya da gemi taşımacılığı yapılan hallerde çalışan kişinin, çalışma süresinin dolduğu söyleyerek yarı yolda işini bırakması işin niteliği gereği mümkün değildir.

²⁸⁸ RG., 06.04.2004, 25425.

taşıma işlerinde olduğu gibi diyerek kendisini sadece taşımacılık işleri ile sınırlamamış, nitelikleri bakımından haftanın iş sürelerine bölünemeyen benzer diğer işlerde de aynı uygulamanın yapılacağını ifade etmiştir²⁸⁹. Önemli olan bir diğer husus, hareket halindeki araçlarla yapılan her türlü taşımacılık işlerini, haftalık iş sürelerine bölünemeyen işlerden kabul etmeden önce işin niteliğine bakıp değerlendirme yapılması gerekliliğidir²⁹⁰.

2.4.3.2. Çalışma Süresi ve Çalışma Dönemi

Nitelikleri gereği haftalık çalışma süresine bölünemeyen işlerde, *çalışma süresi*, çalışma döneminde yapılan çalışmaların toplamını ifade etmektedir. *Çalışma dönemi* ise, işin niteliğine göre işverence belirlenecek, en az 2 ay veya en çok 6 aylık denkleştirme yapılacak süreyi ifade etmektedir²⁹¹ (HİSBÇSY.3-4).

Çalışma dönemi ile denkleştirme dönemi benzer görünse de aralarında farklar bulunmaktadır. En önemli farklar, işçinin rızası²⁹² ve çalışma dönemi süresinde görülmektedir. Çalışma döneminin belirlenmesinde işin niteliği etkili olduğundan işçinin rızası aranmamaktadır. Çalışma dönemi en az iki ay ile en çok 6 ay arasında kararlaştırılır. Kanun açıkça alt ve üst sınırı belirlemiştir. Toplu sözleşmelerle 6 aylık süreyi geçen bir dönemin belirlenmesine izin verilmemiştir²⁹³.

Belirlenen çalışma dönemi, 24 hafta ya da 2 ay gibi haftalara bölünebilen bir dönemi kapsıyorsa, çalışma süresi, hafta sayısı ile haftalık çalışma süresinin çarpımı ile hesaplanır. Hesaplanan çalışma süresi, kanuni çalışma süresinin dönem içindeki hafta sayısı ile çarpımından elde edilen süreyi aşamaz (HİSBÇSY.m.5/I). Çalışma dönemi haftalara tam olarak bölünemiyorsa, bu takdirde iş günü üzerinden her iş günü 7,5 saat çalışıldığı kabul edilerek hesaplama yapılır (HİSBÇSY.m.5/II). Çalışma dönemi

²⁸⁹ Akyiğit, s.278.

²⁹⁰ Abdullah Kahraman, "Türk İş Hukukunda Haftalık İş Günlerine Bölünemeyen Çalışmalar", **Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi** (Kamu-İş), C:3, S.3-4, Ocak 1994, s.94.

²⁹¹ 1475 sayılı İş Kanunu'nun 72'nci maddesinin (a) fıkrası ve bu Kanun'a dayanılarak çıkarılan Haftalık İş Günlerine Bölünemeyen İş Süreleri Tüzüğü benzer düzenlemeler içermekteydi. Kapsam bakımından farklılık olmamasına rağmen, çalışma döneminin 1 ayı geçmemek üzere tespit edilmesi gerekiyordu (HİGBÇST.m.3/1). Bu sürenin uzatılması için ise, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'ndan izin alınması gerekiyordu (HİGBÇST.m.3/2).

²⁹² Akyiğit, tarafların anlaşmasını temel alarak denkleştirmeyi ikiye ayırmaktadır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 63'üncü maddesi ile getirilen denkleştirmeyi "isteğe bağlı denkleştirme", 1475 sayılı İş Kanununda da yer alan haftalık iş günlerine bölünemeyen işler için uygulanan denkleştirmeyi "isteğe bağlı olmayan denkleştirme" olarak adlandırmaktadır, Akyiğit, s.275.

²⁹³ Nurşen Caniklioğlu, s.164.

içindeki haftalık çalışma süresinin 45 saatten az bir süre olarak belirlenmesi mümkündür. Ancak ortalama haftalık çalışma süresi 45 saati aşamaz (HİSBÇSY.m.5/III).

Bir yandan denkleştirme yapılmasına izin verilirken, bir yandan da işçiyi yoğunlaştırılmış iş haftalarında koruma altına almak amacıyla işverence aşılamayacak günlük çalışma süresi sınırları getirilmiştir²⁹⁴. Günlük iş süresi 11 saati²⁹⁵, gece çalışmasında 7,5 saati, işin niteliği itibarıyla profesyonel ve ağır vasıta ehliyeti ile taşıt kullananların günlük çalışma süresi 9 saati geçemeyecektir²⁹⁶. Ayrıca çalışma süreleri ile ilgili olarak Türkiye'nin imza attığı uluslararası sözleşmeler de dikkate alınmalıdır.

2.4.3.3. Haftalık İş Süresine Bölünemeyen İşlerde Fazla Çalışma

Haftalık iş sürelerine bölünemeyen işlerde, çalışma döneminde ortalama çalışma süresi 45 saati aşmadığı sürece işçi normal ücretini alacaktır. Bu niteliği taşıyan işlerde de işveren, işçiye fazla çalışma yaptırabilir. Bu takdirde fazla çalışmanın tespitinde, *haftalık çalışma süresi* değil, *çalışma dönemindeki çalışma süresi* esas alınmaktadır. Bu esasa bağlı olarak, çalışma dönemindeki çalışma süresinin dışında 45 saati geçen çalışmalar *fazla çalışma* olarak kabul edilecektir (HİSBÇSY.m.6). Haftalık iş günlerine bölünebilen işlerde denkleştirme döneminde olduğu gibi, çalışma dönemi içerisinde bazı haftalarda, 45 saatin üzerinde çalışılması fazla çalışma sayılmamaktadır. Daha sonraki haftalarda, 45 saatin üzerinde yapılan bu çalışmalar daha az çalışılması yoluyla dengelenerek fazla çalışma hükümlerinin uygulanmasının önüne geçilmektedir.

Fazla çalışmanın hesaplanması konusunda, işçilerin çalışmadıkları günlerin hukuki durumu da Yönetmelikte düzenlenmiştir. Buna göre, bir çalışma dönemi içinde, izinli veya raporlu bulunmaları veya işe yeni başlamaları veya işten ayrılmaları nedeniyle tam olarak çalışmayan veya işyerindeki zorlayıcı nedenlerle tam olarak çalıştırılmayan işçilerin fazla çalışmaları, o dönem içinde çalıştıkları gün sayısına göre

²⁹⁴ Süzek, s.616.

²⁹⁵ 1475 sayılı İş Kanunu'nun uygulandığı dönemde, Tüzüğe göre günlük iş süresi 12 saat olarak belirtilmişti (HİGBÇST.m.5/I-a). 4857 sayılı İş Kanunu'nda günlük çalışma süresinin 11 saati aşamayacağı kuralına uyumlu olarak günlük iş süresi 11 saate indirilmiştir.

²⁹⁶ Haftalık iş günlerine bölünemeyen işlerde, çalışma süreleri tespit edilirken "Sağlık Kuralları Bakımından Günde Ancak 7,5 Saat veya Daha Az Çalışması Gereken İşler Hakkında Yönetmelik" ile "Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik" hükümleri uygulanacaktır (HİSBÇSY.m.6).

hesaplanacaktır (HİSBÇSY.m.11/II).

İş Kanunu'nun 41'inci maddesinin 8'nci fıkrasında yer alan, fazla çalışmaların toplamının yılda 270 saati aşamayacağı kuralı Yönetmelik ile tekrar edilmiştir. Yönetmelik sadece bu sınırı tekrar etmekle kalmamış, aynı zamanda haftalık iş günlerine bölünemeyen işlerde yapılacak fazla çalışmalarda, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 41'inci maddesinin son fıkrasında bahsi geçen, "İş Kanununa İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği"nin Haftalık İş Günlerine Bölünemeyen Çalışma Süreleri Yönetmeliği'ne aykırı olmayan hükümlerinin uygulanacağını belirtmiştir (HİSBÇSY.m.11/III-IV).

Haftalık iş günlerine bölünemeyen işlerde, fazla çalışmanın bütün türleri uygulama alanı bulmaktadır. Olağan fazla çalışma, zorunlu nedenlerle veya olağanüstü hallerde yapılacak olan fazla çalışmalar arasında ayırım yapılmamıştır. Ayrıca 79 sayılı Milli Korunma Suçlarının Affına, Milli Korunma Teşkilat, Sermaye ve Fon Hesaplarının Tasfiyesine ve Bazı Hükümler İhdasına Dair Kanunun 6ncı maddesi hükümleri, niteliği gereği özel olarak düzenlenen işlerde de uygulanacaktır (HİSBÇSY.m.12).

2.4.4. Fazla Çalışmanın Tespitinde Özel Durumlar

2.4.4.1. Fazla Çalışma ile Ara Dinlenmesinin İlişkisi

Ara dinlenmesi, günlük yasal çalışma süresi içinde işçilere verilen, işçilerin zorunlu ihtiyaçlarını karşılayıp dinlenmelerini amaçlayan zaman olarak tanımlanabilir²⁹⁷. İşçinin çalışma sürelerinin sınırlandırılması ile korunmasının yanı sıra, gün içindeki çalışmasında yemek, içmek gibi ihtiyaçlarının giderilmesi, yorgunluktan kaynaklanan dikkat dağınıklığının olumsuz sonuçlarından işçinin korunabilmesi için ara dinlenmesine ihtiyaç duyulmuştur²⁹⁸.

İş Kanunu'nun ara dinlenmesini düzenlediği 68'inci maddesinin son fıkrasına

²⁹⁷ Müjdat Şakar, **Gerekçeli ve İçtihatlı İş Kanunu Yorumu**, Ankara: Yaklaşım Yayıncılık, 2006, s.497; Tunçomağ ve Centel, s.159; Demircioğlu ve Centel, s.135.

²⁹⁸ Yasin Ulusoy, "4857 Sayılı İş Kanunu Açısından Ara Dinlenmesi", **İrfan Baştuğ Anısına Armağan**, İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, 2005, s.384

göre, ara dinlenmeleri *çalışma süresinden sayılmamaktadır*. Bu hüküm ile çalışma sürelerinin ve dolayısıyla fazla çalışma süresinin hesaplanmasında, ara dinlenmesi olarak verilen sürelerin dikkate alınmayacağı açıkça ortaya konmaktadır²⁹⁹. Sadece günlük çalışması içinde değil, işçinin günlük normal çalışması bittikten sonra fazla çalışmaya başlamadan veya hazırlama, tamamlama, temizlik işlerinde verilen dinlenme süreleri bu madde anlamında ara dinlenmesi sayılmamakla birlikte çalışma süresinden de sayılmamaktadır (HTTİY.m.10).

İş Kanunu'nun 68'inci maddesinin dışında, işverenlerin işçilere sözleşmeler ile tanıdığı "*sigara molası*" veya "*çay molası*" İş Kanunu'nun 68'inci maddesinde kanunen verilmesi zorunlu olan ara dinlenmesi sayılmayacağından çalışma süresine dahil edilmelidir³⁰⁰. Diğer taraftan bu tür molaların, çalışma süresinden sayılıp sayılmayacağına sözleşmeler ile kararlaştırılmasının gerektiği; ancak genellikle çalışma süresinden sayıldığı da ifade edilmiştir³⁰¹. Bir görüş ise, bu molaların çalışma süresine dahil edilmeyeceğini, ancak sözleşmeler ile bu tür molaların çalışma süresinden sayılacağına kararlaştırılabileceğini ifade etmektedir³⁰².

İşçi kural olarak ara dinlenmesi süresi içinde serbesttir ve işyerinde kalma zorunluluğu bulunmamaktadır. Boşta geçen sürenin ara dinlenmesi olarak çalışma süresinden sayılmaması için, işçinin davalının emrinde olmayıp istediğini yapabilecek serbestiye sahip olması gerekmektedir³⁰³. Ara dinlenmesi olarak ayrılan süre içinde işçinin işyerinde bulunuyor olması, tek başına ara dinlenmesinin çalışma süresi olarak hesaba katılması sonucunu doğurmaz³⁰⁴. Ancak, ara dinlenmesi işverenin emir ve talimatlarını bekleyerek geçirilirse ara dinlenmesinden bahsedilemez³⁰⁵. İşçi ara

²⁹⁹ "*İşçilere yasa gereğince verilecek ara verme süreleri, iş süresinin dışında sayılır ve fazla çalışma parasına esas tutulmaz*", Y.H.G.K., 5.2.1964, E.746, K.104, Çemberci, Şerh 1984, s.678, dpn.4; "*Davacı...10 saat çalıştığım iddia etmiştir. Günde 1,5 saat yemek ve diğer ihtiyaçlar için ara dinlenmesi düşüldüğünde günde 1saat fazla mesai yaptığı kabul edilmelidir.*", Y.9.H.D., 08.02.2006, E.821, K.2607 (Çalışma ve Toplum D., 2006/3) s.272.

³⁰⁰ Çemberci, s.937; Tunçomağ ve Centel, s.159; Mollamahmutoğlu, s.719;

³⁰¹ Aktay ve Diğerleri, s.249.

³⁰² Ulusoy, s.397; Demir, s.114.

³⁰³ "*İşçinin işyerinde çalışmaksızın tamamen serbest bulunduğu zaman kesiti, çalışma ve dolayısıyla da, fazla çalışma sayılmaz.*", Y.H.G.K., 29.12.1973, E.414, K.1263, Çemberci, s.812.

³⁰⁴ Erol Akı, "*Ferdi İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay'ın 1993 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi*", *Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1993*, İstanbul 1995, s.27.

³⁰⁵ "*...boşta geçen sürede davalının emrinde olmayıp dilerse, yatıp istirahat etmek, dilerse davalının sağlayacağı araçla Batman'a gitmek ...olanağına sahip olduğu anlaşılmaktadır...O halde davacının ara dinlenmesi süresi iş süresine dahil edilmesini hedef tutan isteğinin kabulü mümkün değildir.*", Y.9.H.D., 22.03.1971, E.13577, K.4672, Çemberci, Şerh 1984 s.682; M. Polat Soyer, "*Ferdi İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından*

dinlenmesini işinin başında geçirdiği takdirde, bu çalışmasının karşılıksız kalmaması gerekecektir³⁰⁶.

İşçi çalışmasa da ara dinlenmesi sırasında işyerinde kalması yönünde yapılan düzenlemeler hukuka aykırı olarak kabul edilmeyecektir³⁰⁷. Toplu iş sözleşmeleri ile ara dinlenmelerinin işyerinde kullanılacağına ilişkin hükümlerin, işçilerin ara dinlenmesinden sonra işe yetiştirebilmelerini sağlayan bir önlem olduğu ve iş süresinden sayılıp fazla çalışma olarak değerlendirilemeyeceği vurgulanmıştır³⁰⁸.

İşletme gereklerinden, işin niteliğinden kaynaklanan sebeplerle işçi ara dinlenmesinde işyerinde kalıyor olabilir. Özellikle itfaiye hizmetleri gibi özellik arz eden işlerde ara dinlenmesi süresinde işyerinde bulunmanın, dinlenme süresinin kullanılmadığı sonucuna götürmeyeceği belirtilmiştir³⁰⁹. Yargıtay, katılmadığımız bir başka kararında, ara dinlenmesi sırasında çıkabilecek sorunlara müdahale etmek için işyerinden ayrılmayan, yemeğini ara dinlenmesi sırasında iş başında yiyen işçinin fazla çalışma talebini de reddetmiş, yapılan fedakarlığın toplu iş sözleşmesine uygun bir tazminatla karşılanmasına hükmetmiştir³¹⁰. Ara dinlenmesi verilmesinin amacını, işçinin ihtiyaçlarını gidermesi, aynı zamanda dinlenerek gücünü yenilemesi olarak değerlendirirsek, bu kararların amaca aykırı olduğunu söyleyebiliriz. İşçi yemeğini yiyebiliyor olsa da, aslında işyerinde nöbet tutmakta ve işverenin emrinde beklemektedir. Halbuki ara dinlenmesinde işçiye herhangi bir iş yaptırılması yasaklanmıştır. Bu yüzden, çıkabilecek aksaklıklara müdahale etmek için işin başında kalan işçinin ara dinlenmesinin çalışma süresine eklenmesi ve haftalık çalışma süresi aşıyorsa, fazla çalışma olarak değerlendirilmesi kanaatimizce en doğru yorum

Yargıtay'ın 1997 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", **Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri 1997**, İstanbul 1999, s.45.

³⁰⁶ Akı, s.27.

³⁰⁷ Soyer, Değerlendirme 1997, s. 45; Ekonomi, s.316; Narmanlıoğlu, ss.513-514.

³⁰⁸ "Toplu iş sözleşmesinde dinlenme sırasında işçilerin işlerini terk edemeyecekleri yolundaki kayıt ara dinlenmesi kavramının anlam ve amacını sınırlayıcı ve bu hakkın özünü zedeleyici bir kayıt olarak düşünülemez. Olsa olsa çok kısa süre içerisinde işçilerin, dinlenmeden sonra işe zamanında devamını sağlamaya yönelik bir tedbir olarak düşünmek icap eder.... işyerini terk edemeyeceklerine dair kayda dayanılarak iş süresinden sayılıp fazla mesai şeklinde değerlendirilmesi hatalı olup...", Y.9.H.D., 06.06.1986, E.4931, K.5981 (**Tekstil İşveren D.**, Kasım 1986) ss.19-20; Soyer, *Değerlendirme 1997*, s.45; Narmanlıoğlu, *Değerlendirme*, s.18.

³⁰⁹ Y.H.G.K., 14.10.1992, E.9-385, K.577 (**Tekstil İşveren D.**, Temmuz-Ağustos 1993) s.43.

³¹⁰ Y.9.H.D., 26.10.1987, E.9437, K.9596 (**Tekstil İşveren D.**, Şubat 1988) s.16; Y.9.H.D., 29.9.1997, E.14003, K.16572 (**TÜHİS İş ve İktisat D.**, Mayıs-Ağustos 1997) ss.49-50; Y.9.H.D., 12.5.2005, E.13812, K.16497 (**Çalışma ve Toplum D.**, 2005/4) ss.228-230; Akı, Yargıtay'ın ara dinlenmesine ilişkin verdiği bu yöndeki kararlarını haklı bulmakla birlikte, işçinin katlandığı bu fedakarlığın karşılığının toplu iş sözleşmesi ya da iş sözleşmeleri ile belirlenebileceğini belirtmektedir, Akı, s.27.

olacaktır³¹¹.

Yargıtay, işin niteliği gereği ara dinlenmesinde işinin başında olacak olan işçiye, ara dinlenmesi ücreti verileceğinin kararlaştırılacağını belirtmiştir. Ancak toplu iş sözleşmesinde bu hükmün olması ücrete hak kazanması için yeterli değildir. Bu süre içinde işçinin ara dinlenmesi yokmuş gibi çalışıyor olması gerekmektedir. Eğer işçi kendi isteği ile ya da başka bir yere gitmesi imkanının fiziken bulunmaması nedeniyle işyerinde kalıyorsa ek ücrete hak kazanamayacaktır³¹².

Yargıtay, işçinin ara dinlenmeleri dahil sürekli çalıştığı iddialarını hayatın olağan akışına ters bularak, ara dinlenme sürelerini mahsup etmekte ve duruma göre hakkaniyet indirimi uygulayarak fazla çalışma ücretine hükmetmektedir³¹³. İş Kanunu'na göre, çalışılan süreye bağlı olarak 15 dakikadan 1 saate kadar uzayan ara dinlenme süreleri belirlenmiştir (İK.m.68/I). Çalışma süresi 7,5 saatten fazla ise çalışma süresi 1 saat olacaktır. Yargıtay'ın bu hükme getirdiği yorumla oluşturduğu yerleşik görüşüne göre, görevin niteliği ve görev yapılan yer dikkate alınarak, fazla çalışma ücretinin hesaplanmasında 10 saate kadar olan çalışmalarda 1 saat, 10 saatten fazla ise 1,5 saat ara dinlenme süresi çıkarılarak hesaplama yapılması gerektiği belirtilmektedir³¹⁴.

Ara dinlenmesinin çalışma süresinden sayılmayacağı hükmü mutlak emredici nitelik taşımaması nedeniyle sözleşmeler ile çalışma süresinden sayılabileceği kabul

³¹¹ Metin Kutsal, "Ferdî İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay'ın 1987 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", *Yargıtay'ın 1987 Yılı İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri 1987*, İstanbul, 1989; Soyer, *Değerlendirme*, ss.44-45; Süzek, s.640; Yargıtay'ın 1977 yılında verdiği aynı içerikteki kararları eleştiren Erkul, makine başında hem yemek yiyip hem de çalışılması halinde, ara dinlenmesinin çalışma süresinden sayılması gerektiğini belirtmiştir, Erkul, *Değerlendirme*, s.89.

³¹² Y.9.H.D., 12.05.2005, E.13812, K.16497 (*Çalışma ve Toplum D.*, 2005/4) ss.228-230.

³¹³ Y.H.G.K., 27.2.1976, E.9-881, K.692 (*Yargıtay Kararları D.*, C:III, S.1, Ocak 1977) ss.23-25; Y.9.H.D., 31.5.1989, E.4801, K.4966 (*Yargıtay Kararları D.*, C:15, S.11, Kasım 1989) ss.1577-1578; Hayatın olağan akışına aykırı fazla çalışma iddiasının anlatıldığı konuda ara dinlenmeleri ile ilgili açıklamalar için bkz., 4.1.3.1.

³¹⁴ "Davacının davalıya ait bina ve santrallerde koruma güvenlik görevlisi olarak 10 saate kadar süren çalışmalarından yarım saat, 14 saate kadar süren çalışmalarında bir saat ara dinlenme süresi mahsup edilmiştir. Davacının yaptığı görevin niteliği, görev yapılan yer nazara alındığında dairemizin bu tip çalışmalarda yerleşmiş görüşü de göz önüne alınarak 10 saate kadar olan çalışmalarda bir,10 saatten fazla süre olan çalışmalarda bir buçuk saat ara dinlenme süresi düşülmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması hatalıdır.", Y.9.H.D., 21.02.2008, E.41771, K.1374 (*Çalışma ve Toplum D.*, 2008/3) ss.353-354; Aynı yönde Y.9.H.D., 14.11.2007, E.5954, K.34175 (*Çalışma ve Toplum D.*, 2008/2) ss.320-321.

edilmektedir³¹⁵. Özellikle toplu iş sözleşmelerinde, ara dinlenmesinin çalışma süresinden sayılacağına ilişkin hükümlere yer verilmektedir. Bu hükme rağmen işçi, ara dinlenme süresinde çalıştırılmamışsa bu süre fazla çalışma sayılmamaktadır³¹⁶. Diğer taraftan 4857 sayılı İş Kanunu, günlük azami 11 saatin aşılamayacağını öngörmüştür. Ara dinlenmesi verilmemesi halinde günlük 11 saat aşıldığında, Çalışma Süreleri Yönetmeliğine göre, aşan kısım için İş Kanunu'nun fazla çalışmaya ilişkin 41, 42, 43'üncü maddelerinin uygulanması gerekecektir. İşçi çalışmadığı ancak iş süresinden sayılan ara dinlenmesi için sadece normal ücret isteyebilecektir.

İşveren Kanun hükmüne rağmen, işçiyi ara dinlenme süresi içinde çalıştırmış veya çalıştırmasa da işçi işverenin emrine amade şekilde bekletilmişse, ara dinlenme süreleri çalışma süresinden sayılacaktır. Bu durumda ara dinlenmesinde çalıştığını iddia eden işçi, fazla çalışma ücreti alabilmek için bu iddiasını ispat etmekle yükümlü tutulmuştur³¹⁷. Sadece ara dinlenmesinde çalışılmış olması ya da eksik ara dinlenmesi kullanılması fazla çalışma ücreti veya serbest zaman kazanma hakkını kazandırmayacaktır³¹⁸. İşçinin ara dinlenmesi dahil haftalık çalışma süresi 45 saati aştığı takdirde fazla çalışmanın varlığından söz edilecektir³¹⁹. Fazla sürelerle çalışmada 45 saate kadar olan çalışmalar, denkleştirme esasının uygulandığı hallerde ise ortalama

³¹⁵ Akyiğit, Şerh, s.1842; Mollamahmutoğlu, s.695; Polat Soyer, "İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay'ın 1991 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", **Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri 1991**, İstanbul 1993, s.23; Süzek, s.638.

³¹⁶ "...Toplu iş sözleşmesinde ara dinlenmesinin iş süresinde sayılacağı anlaşılmaktadır...Ara dinlenmesinde çalıştırılmadığına göre, bu süre fazla mesai sayılmaz. Bu nedenle davacı zamlı ücret isteğinde bulunamaz. Çalıştırılmayan fakat iş süresinden sayılan ara dinlenmesi için sadece ücret isteyebilir", Y.9.H.D., 31.01.1991, E.747, K.794 (**Çimento İşveren D.**, Mart 1991) s.1433; "Toplu iş sözleşmesinin hükmü ...işçinin ara dinlenmesini işin niteliği gereği fiilen çalışarak geçirmesi halinde uygulanabilir. Salt işçinin ara dinlenmesi sırasında işyerinde bulunması önemli değildir...İşçinin ara dinlenmesi sırasında başka bir yere gitme imkanının fiziken mümkün olmaması, anılan alacağa hak kazanılması için yeterli değildir...", Y.9.H.D., 05.12.2007, E.31491, K.36852 (**Çalışma ve Toplum D.**, 2008/2) ss.254-255; Aksi görüş, işçinin toplu iş sözleşmesinde yer alan ara dinlenmesinin çalışma süresinden sayılacağı hükmüne göre, fazla çalışma ücretine hak kazanabilmesi için, ara dinlenmesinde çalışmasına gerek olmadığı şeklinde dile getirilmiştir.,Polat Soyer, Karar İncelemesi, **İş Hukuku D.**, (Ekim-Aralık 1992) ss.612-615.

³¹⁷ "...Dairemizin uygulamalarına göre davacının ara dinlenmelerde fiilen çalışması halinde bu süreye ait ücrete hak kazanması mümkündür. Ara dinlenme sürelerinde çalıştığını kanıtlama yükümlülüğü davacıya aittir", Y.H.G.K., 14.11.2007, E.9-815, K.842 (**Legal İHSGHD.**, S.17, Şubat 2008) ss.499-500; Y.9.H.D., 17.10.1991, E.13727, K.13182, (**Türk Kamu Sendikası**, Aralık 1991), ss.18-19.

³¹⁸ "İşveren kanununun amir hükmüne uyarak vermesi gereken bir saatlik dinlenme yerine yarım saatlik dinlenme vermiştir...eksik yapılan dinlenmeyi fazla çalışma olarak ileri sürüp iş parası istemeğe hakkı yoktur.", Y.9.H.D., 23.02.1968, E.8237, K.2245, Çemberci, s.680.

³¹⁹ Ara dinlenmesi dahil günlük çalışma süresinin aşılması halinde fazla çalışma ücretine hak kazanılacağı düşüncesinde olan yazarlar da bulunmaktadır, Tunçomağ ve Centel, s. 159; Demircioğlu ve Centel, s .135; Şakar, Yorum, s.497.

haftalık çalışma süresi dikkate alınacaktır³²⁰.

2.4.4.2. Hafta Tatilinde Çalışılması

Anayasa'nın 50'nci maddesinde yer alan dinlenme hakkından doğan zorunluluk ile işçinin sağlığının korunması, tekrar çalışabilmek için gücünü toparlayabilmesi için işçiye hafta tatili tanınması gerekmektedir. Bu yüzden işçinin hafta tatili hakkı değişik kanunlar ile koruma altına alınmaya çalışılmıştır. Bu kanunlardan 394 sayılı Hafta Tatili Hakkında Kanun³²¹ (HTK.) on bin ya da on binden fazla nüfusa sahip yerlerde haftada bir gün tatil verilmesi gerektiğini hüküm altına alırken tatil olacak günü belirlememiştir (HTK.m.1). Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanun'un³²² (UBGTHK.) 3'üncü maddesinin ilk fıkrası bu belirsizliği ortadan kaldırarak, hafta tatilinin *Pazar günü* olacağını belirtmiştir. Hafta tatili olarak kabul edilen Pazar günü dışında tatil yapılacak işler ayrıca belirlenmiştir (HTK.m.4, 5, 6). Diğer Kanun ve yönetmelikler ile de Pazar günü çalışılacak işlere değinilmiştir. Örneğin, Postalar Halinde İşçi Çalıştırılarak Yürütülen İşlerde Çalışmalara İlişkin Özel Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik³²³ 11'inci maddesinde, Pazar vardiyasında çalışan işçiye haftanın bir başka gününde tatil verilmesini zorunlu kılmıştır. Bu sayılan işlerde işçilere Pazar günü yerine haftanın bir başka günü tatil hakkı tanınacak ve bu belirlenen gün hafta tatili hükümlerine tabi olacaktır³²⁴. Bu durumda işçi Pazar günü çalışmış olsa bile hafta tatili ücreti isteyemeyeceği gibi fazla çalışma ücretini de talep edemeyecektir³²⁵. İşçiye Pazar günü çalışmasının karşılığı bir gündelik ücreti olarak ödenecektir³²⁶.

Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanun'un 3'üncü maddesinin 2'nci fıkrası, İş Kanunu'nun hafta tatili ile ilgili hükümlerinin saklı olduğunu belirtmiştir. İş Kanunu'nun 46'ncı maddesinin ilk fıkrası ise, "*hafta tatilinden önce 63. maddeye göre*

³²⁰ Eyrenci, *Yeni Düzenlemeler*, ss.44-46.

³²¹ RG., 21.01.1924, 54.

³²² RG., 19.3.1981, 17284 ve bu kanunu değiştiren 2818 sayılı Kanun (R.G., 20.4.1983, 18024).

³²³ RG., 07.04.2004, 25426.

³²⁴ Eyrenci ve Diğerleri, s.188; "...nöbet esasına göre çalışan davacı haftanın her hangi bir günü 24 saat çalışmaması halinde hafta tatilini kullanmış olacaktır", Y.9.H.D., 20.09.2007, E.2006/16795, K.2007/27508 (*Çalışma ve Toplum D.*, 2008/1) s.267.

³²⁵ Tunçomağ ve Centel, s.165.

³²⁶ Y.9.H.D., 1.2.1990, E.9833, K.899 (*Çimento İşveren D.*, Mayıs 1990) ss.21-22; Y.9.H.D., 30.10.2001, E.20266, K.16586 (*Çimento İşveren D.*, Ocak 2002) ss.52-54.

belirlenen iş günlerinde çalışan işçilere yedi günlük bir zaman dilimi içinde kesintisiz olarak en az 24 saat hafta tatili verileceği” hükmünü getirmiştir.

Gün içindeki çalışmasında ara dinlenmesi ile korunan işçi hafta içinde de hafta tatili hakkı ile korunmaktadır. Bu korumanın etkili olması ve işçinin hafta tatilinde çalışmasının önüne geçebilmek amacıyla, hafta tatiline hak kazanan işçiye, bir iş karşılığı olmaksızın o günün ücretinin tam olarak ödeneceği belirtilmiştir³²⁷ (İK.m.46/2). İş Kanunu'nun 45'inci maddesi ise, hafta tatili ile ilgili hükümlerin nispi emredici niteliklerinin olduğunu belirtmiştir. Bu yüzden hafta tatilini ortadan kaldıran sözleşmeler geçersiz kabul edilecek; işçi lehine hükümler getirilebilecek ve bu konuda kazanılmış haklar saklı kalacaktır³²⁸.

Tüm bu koruyucu hükümlere rağmen işçilerin hafta tatillerinde çalıştırılması iş hayatının bir gerçeğidir. Yıllardır uygulamada varolmasına karşılık hafta tatilinde çalışan işçilerin ücretlerine açıklık getiren bir hükme 4857 sayılı İş Kanunu'nda yer verilmemiştir³²⁹. Bu nedenle işçiye hafta tatilinde çalışmasının karşılığı verilecek ücret konusunda değişik yorumlar yapılmaktadır.

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı ile hafta tatiline hak kazanan işçinin hafta tatilinde çalıştırılması halinde bunun *fazla çalışma* olarak değerlendirilmesi gerekeceğini belirtmiştir³³⁰. Bu durumda işçinin çalışmadan hak kazandığı gündeliğine

³²⁷ İş Kanunu'nun 49'uncu maddesi hafta tatili ücretinin nasıl hesaplanması gerektiğini ücret sistemlerine göre ayrıca düzenlemiştir. Maktu aylık alan işçi hafta sonu çalışması için ayrıca ücret talep edemez (İK.m.49/son); Ancak maktu aylıklı işçi hafta tatilinde çalışmış ise, aylık ücretleri 30'a bölünmek suretiyle günlük ücretleri bulunur ve %50 arttırılarak fazla çalışma ücreti işçiye ödenir, Sümer, s.145; NARMANLIOĞLU, s.538; Sözleşmelerde kararlaştırılması halinde, maktu aylıklı işçiye hafta sonu çalışması için ücret ödenmesi mümkündür (İK.m.45).

³²⁸ Vardiya ile çalışılan bir işyerinde, toplu iş sözleşmesi ile işçilere hafta içinde tatil verilmesine rağmen, Pazar günü yapacakları çalışmalara da %150 zamlı ücret ödeneceğinin kararlaştırıldığı bir durumda, Pazar günü yapılan çalışmalara %150 zamlı ücret ödenmesi Yargıtay tarafından kabul edilmiştir. Hafta içinde bir başka gün tatil verilmiş bile olsa işveren %150 zamlı ücreti ödeyecektir, Y.9.H.D., 13.02.1986, E.11819, K.1609 (Yasa Hukuk D., Mayıs 1986) s.723.

³²⁹ 1475 sayılı Kanun'un işçilerin hafta sonu çalışmalarına ilişkin ceza hükmüne 4857 sayılı Kanun yer vermemiştir. Hafta Tatili Hakkında Kanun'da yer alan para cezası uygulanacaktır (HTHK.m.10).

³³⁰ “...Haftanın altı günü çalışmış bulunan işçinin tatil günü dahi çalışmış olması sebebiyle hem İş Kanununun 37. maddesi hükmünce fazla çalışma gündeliğine, hem de ücretli hafta tatiline ait 5837 sayılı Kanun ile 6734 sayılı Kanun hükmünce hafta tatili gündeliğine hak kazanacağına...karar verildi”, Y.İ.B.K., 27.05.1958, E.1957-15, K.5 (R.G., 26.09.1958, 10017); “4857 sayılı İş Kanununda hafta tatili ücretinin hesap yöntemi öngörülmemiş olmakla birlikte, bu gün yapılan çalışmanın fazla çalışma sayılacağı ve buna göre ücretin yüzde elli zamlı ödenmesi gerektiği görüşü dairemizce benimsendiği gibi...” Y.9.H.D., 25.09.2007, E.33231, K.28093 (Yasa Hukuk D., S.146, Şubat 2008) s.161; aynı yönde Y.9.H.D., 27.09.1984, E.7250, K.8414 (TÜTİS, Ocak 1985) ss.21-22.

%50 zamlı fazla çalışma ücretinin de eklenmesi ile 2,5 gündelik işçiye ödenecektir³³¹.

Bir başka yorumda, işçinin sadece hafta tatilinde çalışmış olması fazla çalışma ücretinin ödenmesini gerektirmeyecektir³³². İşçinin diğer günlerde haftalık çalışma süresi olan 45 saati tamamlamış olması halinde³³³ hafta tatilinde yapılan çalışma fazla çalışma olarak ücretlendirilecektir³³⁴. Yargıtay aynı görüşü paylaşan bir başka kararında, işçinin hafta tatilinden önce haftalık çalışma süresini tamamlamaması halinde, haftalık çalışma süresi 45 saate kadar olan çalışmaları için zamlı ücret değil, normal gündelik ücretinin ödenmesi gerektiğini karara bağlamıştır³³⁵.

Bu görüşe karşılık, hafta tatilinde yapılan çalışma ile haftalık 45 saatlik çalışma süresi aşılmassa dahi, bu çalışma hukuka aykırı çalışma olarak değerlendirilerek ödeme yapılması gerektiği belirtilmiştir³³⁶. Bir başka görüş, konuyu denkleştirme esası dikkate alarak değerlendirmiştir. Denkleştirme esası iş süreleri söz konusu olduğundan, hafta tatilinde yapılan çalışmalar, ortalama çalışma süresinin hesaplanmasında dikkate alınmamalıdır. Bu yüzden, hafta tatilinde yapılan çalışmalar, ortalama haftalık çalışma süresinin aşılp aşılmadığına bakılmaksızın kendi içinde ücretlendirilmelidir³³⁷.

Kanaatimize göre, İş Kanunu'nun haftanın bir gününün tatil olarak verilmesini

³³¹ Esener, ss. 207-208; Demir, s. 170; Çelik, s.346; Kılıçoğlu, s.420; Sümer, s.145; Hafta sonu çalışması fazla çalışma sayıldığından, işçinin sözleşme ile haftalık çalışma süresi 45 saatin altında belirlenmişse, 45 saate kadar olan çalışması fazla sürelerle çalışma olacağından %25 zamlı ücret talep etmesi gerektiğinin de kabul edilmesi gerekmektedir; aksi görüş işvereni bu hukuka aykırı çalışmaya teşvik etmemesi için fazla çalışma hükümleri yerine haksız iktisap kurallarına göre ücret istenmesi gerektiğini ileri sürmüştür, Saymen, s. 298.

³³² "... Toplu İş Sözleşmesinin 56.maddesinde tam gün tatillerde iş gereği işçi çalıştırıldığı takdirde, işçiye 3 gündelik ödeneceği yazılıdır... Hafta içinde bir gün dinlenip Pazar günü çalışmışsa arttırılmalı hafta tatili ücreti istenemez... TİS'in... Pazar günlerine dair özellik tanınmamış bulunduğu anlaşılmaktadır. Pazar günü çalışan davacı hafta içinde izin kullanmış olduğundan... isteğin reddi gerekir....", Y.9.H.D., 17.11.1986, E. 9154, K.10159, Kazım Yücel Dönmez, **İşçinin Borçları**, Ankara: Yetkin Yayıncılık, 2000, s. 115.

³³³ İşçinin hafta tatili ücretine hak kazanabilmesi için İş Kanunu'nun 66'ncı maddesinde ve İş Kanunu'nun 46'ncı maddesinde belirtilen çalışılmış gibi kabul edilen sürelerin de dikkate alınması gerekmektedir.

³³⁴ "Davacının iddiası, ... dinlenme süresinin ihlal ve bu süre içinde çalıştırmaya mecbur kılınmasıdır. İş Kanununun düzenlediği günlük ve haftalık kanuni iş süresinin üstünde gerçek ve farazi bir çalışma iddia edilmemiş bulunduğu göre olayda 'fazla çalışma'nın söz konusu edilemeyeceği ortadadır.", Y.9.H.D., 14.12.1971, E.19960, K.25080, Selçuki, s.603; aynı görüş için, Demir, s.167; Tunçomağ ve Centel, s.163; Süzek, s.644; Ekonomi, Fazla Çalışma, ss.164-165.

³³⁵ Y.9.H.D., 18.11.1988, E.11542, K.1095 (**Çimento İşveren D.**, Ocak 1989) ss.30-31.

³³⁶ Akyiğit, Şerh, s.1573.

³³⁷ Eyrenci ve Diğerleri, s.208; aynı yazarlar, cumartesi gününün sözleşme ile tatil edilmesi konusuna da değinmişlerdir. Sözleşmede bu günün tatil olacağı belirtildiğinde Cumartesi günü yapılan çalışmalar için hafta tatilinde yapılan çalışmalar gibi ücretlendirileceği; sözleşmede açık hüküm yoksa hafta içindeki çalışmalar ile birlikte değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülmüştür, Eyrenci ve Diğerleri, s.208; "... Toplu İş Sözleşmesi... hafta tatilinin Pazar günü olduğunu açıkça vurgulamış, Cumartesi günü hafta tatilinden sayılmamıştır... Zamlı ücret alabilmek için Cumartesi çalışmasının haftalık 45 saatin üstünde bir çalışma olması gerekir. Haftalık 45 saatlik iş süresinin 5 işgünü değil, 6 iş gününe bölünmek suretiyle yapılan Cumartesi çalışması için zamlı ücret ödenmemesi icap eder", Y.9.H.D., 27.11.1984, E.10531, K.10466, Dönmez, ss.113-115.

düzenleyen emredici hükmü dikkate alınarak yerinde bir çözüme ulaşılması mümkündür. İş Kanunu'na göre, haftanın 7 günü çalışılması konusunda tarafların yapacağı anlaşmalar geçersiz kabul edilmektedir. Bu nedenle hafta tatilinde işçinin yapacağı çalışma hukuka aykırı bir çalışmadır ve haftalık çalışma süresinin hesabına katılmadan işçiye zamlı ücret ödenmesi gerekmektedir. Ücret için haftalık çalışma süresinin aşılmamasına bakılması halinde ise, haftalık çalışma süresinin aşılmaması ile hem hukuka aykırı bir çalışma yapılmasına izin verilmiş hem de işçinin bu çalışma karşılığını alamaması işverenin ödüllendirilmesini sağlanmış olacaktır. Aynı şekilde, denkleştirme esasının uygulandığı dönem içinde yapılan hafta tatili çalışmasının ortalama çalışma süresinin hesabına katılmaması gerekmektedir. Bu günler için ayrıca zamlı ücret ödemesi yapılması gerekecektir.

Bir görüşe göre, işçi hukuka aykırı olarak yapılan bu fazla çalışmaları için, fazla çalışma ücreti yerine, çalışmasının niteliğine göre hesaplanacak süreye eşdeğerde *serbest zaman* kullanma hakkına da sahip olmalıdır³³⁸.

Yargıtay'ın hayatın olağan akışına aykırı bulduğu fazla çalışmalarda benimsediği makul indirim konusuna hafta tatili çalışmaları için de değinilmesi gerekmektedir. Fazla çalışma, hafta tatili ve genel tatil çalışmalarında hayatın olağan akışına aykırılık yorumunu yaparak makul bir indirime gidilmesi gerektiği belirtilmektedir³³⁹. Ancak işyeri kayıtlarına dayanılarak hafta tatili ücreti saptanmışsa, hafta tatili ücretinden makul bir indirim yapılması söz konusu olmayacaktır³⁴⁰.

Hafta tatili dışında, çalışma süresi 5 günde tamamlanarak sözleşmeler ile cumartesi günü de tatil olarak kabul edildiğinde, cumartesi yapılan çalışma fazla çalışma olarak kabul edilecektir. Ancak, cumartesi günü İş Kanunu'na göre iş günü

³³⁸ Eyrenci ve Diğerleri, ss.189-190.

³³⁹ "Hastalık izin gibi nedenlerle çalışılmayacak günler olduğu düşünülerek fazla mesai, hafta ve genel tatil alacaklarından makul bir indirim yapılarak sonuca gidilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi hatalıdır", Y.9.H.D., 23.11.2006, E.10128, K.30915 (Çalışma ve Toplum D., S.14, 2007/3) s.296; Y.9.H.D., 13.09.2006, E.2947, K.22305 (İstanbul Barosu D., C:81, S.1, Ocak-Şubat 2007) s.247; Hayatın olağan akışına aykırı iddialar konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. 4.1.3.1

³⁴⁰ "Davacının yapmış olduğu hafta sonu çalışmaları davalı kurum tarafından bildirilmiş ve bilirkişi bu verileri baz alarak hesaplama yapmıştır. Davacının hak ettiği hafta sonu çalışma ücreti davalı belgelerine dayandığından takdiri indirim yapılması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.", Y.9.H.D., 02.04.2007, E.2006/22719, K.2007/9246 (İstanbul Barosu D., C:81, S.4, Temmuz-Ağustos 2007) s.1770.

sayıldığı için hukuka aykırı bir fazla çalışma söz konusu değildir³⁴¹.

İspat kurallarına göre, işçi fazla çalışma ücretini alabilmesi için hafta tatilinde çalıştığını ispat etmekle yükümlüdür. İşçinin, talep edeceği normal ücretini ve diğer fazla çalışma, hafta tatili ya da genel tatil ücretlerini aynı dava dilekçesi ile isteme olanağı bulunmaktadır. Ancak her istek farklı bir alacaktan doğduğu için ayrı ayrı, miktarları belirtilerek dava açılması gerekmektedir. Hafta tatili izninin kullandırıldığı veya bu çalışmalara ücret ödendiğini işverenin ispat etmesi gerekecektir.

2.4.4.3. Ulusal Bayram ve Genel Tatillerde Çalışılması

Ulusal bayram ve genel tatiller 17.03.1981 tarihli ve 2429 sayılı “*Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanun*” ile düzenlenmiştir. Bu Kanuna göre, ulusal bayram Cumhuriyetin ilan edildiği 29 Ekim günüdür (UBGTHK.m.1). Genel tatiller ise aynı kanunun 2’nci maddesinde tek tek sayılarak açıklanmıştır.

Ulusal, resmi ve dini bayramlarla yılbaşı günü resmi daire ve kuruluşlar tatil edilir. 29 Ekim günü özel işyerlerinin de kapanması zorunludur. Yapılan işin niteliği sürekli çalışılmasını gerektiriyorsa, bu işlere ilişkin özel yasalardaki düzenlemeler saklıdır (UBGTHK.m.2/D).

İş Kanunu’nun 44’üncü maddesinde, ulusal bayram ve genel tatil günlerinde çalışılması ile ilgili olarak, İş Kanunu’nun kapsamına giren işyerleri bakımından özel düzenleme getirilmektedir. Söz konusu hükme göre, bu günlerde işçilerin çalıştırılması, toplu iş sözleşmeleri veya iş sözleşmeleri ile tarafların serbestçe düzenleyebilecekleri bir konu olarak hüküm altına alınmıştır. Eğer sözleşmelerde açık hüküm bulunmuyorsa, tatil günlerinde çalışma yapılabilmesi işçinin rızası ile mümkün olmaktadır (İK.m.44/I). Kısacası, İş Kanunu’na göre asıl olan, işçinin genel tatil günlerinde çalıştırılmamasıdır. Yukarıda belirttiğimiz iki istisna ile ancak işçilerin çalıştırılması hukuka uygun hale gelmektedir. Hafta tatilinden farklı olarak, ulusal bayram ve genel tatil günlerinde işçinin çalışması Kanun ile düzenlenmektedir.

İşçi ulusal bayram ve genel tatil günlerinde çalışmasa da o günlerin ücretlerini

³⁴¹ Astarlı, s.207.

tam olarak alacaktır. İşçi tatil yapmayarak çalışırsa, hafta tatilinden farklı olarak ayrıca çalışılan her gün için bir günlük ücret³⁴² daha ödenecektir (İK.m.47/I). Bu hükümden çıkan sonuç, işçi ulusal ve genel tatillerde çalışarak 2 gündelik ücrete hak kazanmaktadır. Hafta tatilinde çalışılmasında olduğu gibi genel tatil çalışmaları fazla çalışma olarak değerlendirilmemekte³⁴³ ve işçiye 2,5 gündelik ödenmesi söz konusu olmamaktadır³⁴⁴. Ulusal bayram ve genel tatil günlerinin hafta tatiline rastlaması durumunda, işçi çalışırsa, hafta tatili niteliği öne çıkacak ve %50 zamlı 2,5 gündeliğe hak kazanması yerinde olacaktır³⁴⁵.

2.5. FAZLA ÇALIŞMANIN YASAKLARI

Fazla çalışma konusu düzenlenirken, sadece süre konusunda sınırlama getirilmemiştir. Fazla çalışma yaptırılacak işlerin niteliği, fazla çalışma yapacak işçilerin durumu dikkate alınarak, iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması amacıyla fazla çalışma yaptırılmayacak işler ve fazla çalışma yapması yasak olan işçiler belirlenmiştir.

2.5.1. Fazla Çalışma Yaptırılmayacak İşler

2.5.1.1. Sağlık Kuralları Bakımından Günde Ancak 7,5 Saat ve Daha

Az Çalışılması Gereken İşler

İş Kanunu'nun 41'inci maddesinin 6'ncı fıkrası, 63'üncü maddenin son fıkrasında yazılı sağlık nedenleri ile kısa ve sınırlı süreli işlerde fazla çalışma yapılmasının yasak olduğunu düzenlemiştir. İş Kanunu'nun 63'ncü maddesinin son fıkrasında ise, sağlık kuralları bakımından günde ancak 7,5 saat ve daha az çalışması gereken işler için, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı ve Sağlık Bakanlığı tarafından ortak olarak hazırlanacak bir yönetmelik çıkartılması öngörülmüştür. Bu maddeye

³⁴² Bir günlük ücretin, temel (çıplak) ücret olarak anlaşılması gerekmektedir (İK.m.50).

³⁴³ "İş Kanunu'nun 42.maddesine göre ulusal bayram ve genel tatillerde tatil yapılmayarak normal çalıştırılma hali fazla çalışma sayılmamıştır...genel tatillerdeki günlük mesainin tamamının fazla mesai sayılması kanuna aykırıdır", Y.9.H.D., 27.4.1976, E.6361, K.12713, Dönmez, s.138.

³⁴⁴ Ulusal bayram ve genel tatil günlerinde çalışılmasının fazla çalışma olmadığı belirtilmekle beraber, fazla çalışmayı günlük iş süresinin aşılması olarak değerlendiren bir görüş, bu günlerde yapılan çalışmanın günlük iş süresini aşması halinde işçinin fazla çalışma ücretine hak kazanacağını ifade etmiştir, Tunçomağ ve Centel, s.167.

³⁴⁵ Demir, s.172.

dayanarak “Sağlık Kuralları Bakımından Günde Ancak 7,5 Saat ve Daha Az Çalışılması Gereken İşler Hakkında Yönetmelik” (SKBY.) çıkartılmıştır³⁴⁶. Ayrıca, Fazla Çalışma Yönetmeliği'nin 7'nci maddesinin (a) fıkrası, İş Kanunu'nun 63'ncü maddesinin son fıkrası uyarınca, sağlık kuralları bakımından günde ancak 7,5 saat veya daha az çalışması gereken işleri fazla çalışma yapılamayacak işler arasında saymıştır.

Sağlık Kuralları Bakımından Günde Ancak 7,5 Saat ve Daha Az Çalışılması Gereken İşler Hakkında Yönetmelik kapsamına aldığı işleri iki kısma ayırmıştır. Birinci kısma günde ancak 7,5 saat çalışmasına izin verilen işler girmektedir. Burada sınırlı sayıda belirtilen işlerin (kurşun ve arsenik işleri, cam sanayi işleri, cıva sanayi vd.) işçinin normal çalışma süreleri ile çalıştığında sağlığının zarar görebileceği işler olduğu anlaşılmaktadır (SKBY.m.4). Bu işlerde azami çalışma süresi 7,5 saat olarak belirtilmiştir. Ancak taraflar anlaşarak daha kısa çalışma süresi belirleyebileceklerdir.

İkinci kısımda, günde 7,5 saatten daha az çalışması gereken işler sıralanmıştır. Yönetmelik günde 7,5 saatten daha az çalışması gereken işleri belirtirken, bu işlerde en çok kaçar saat çalışılacağını tek tek göstermiştir (SKBY.m.5).

Kısa çalışma süreleri ve bu nitelikteki işlerde fazla çalışmanın yasak olması işverenleri, işçileri başka işlerde çalıştırarak işgücünden tam kapasite faydalanma yoluna itebilecektir. Sağlık kuralları bakımından çalışma sürelerini düzenleyen Yönetmelik bu konuya da açıklık getirerek, işçilerin bu Yönetmelik kapsamına giren işlerde günlük çalışma süresini doldurduktan sonra, Yönetmelik kapsamına girmeyen bir başka işte çalıştırılmalarını yasaklamıştır (SKBY.m.6). Daha sonra, İş Kanunu ve Fazla Çalışma Yönetmeliği'nde olduğu gibi , sayılan işlerde fazla çalışma yapılmasının yasak olduğu bir kez daha tekrarlanmıştır (SKBY.m.7).

Çalışma süreleri özel olarak sınırlandırılmış bu tür işlerde, yapılan işin niteliği gereği işçinin sağlığı ve güvenliği korunmak istenmektedir. Bu yüzden fazla çalışma yaptırılması yasaklanırken, işçilerin çalışma sürelerini tamamladıktan sonra Yönetmelik kapsamına girmeyen işlerde çalışmalarını da yasaklanmaktadır. Her iki hüküm değerlendirildiğinde, bu yasağın zorunlu fazla çalışma ve olağanüstü fazla çalışmalar

³⁴⁶ RG., 15.04.2004, 25434.

içinde uygulanması gerekeceğini belirtmek isteriz.

Çalışma sürelerine getirilen sınırlamalar, işyerlerinde yapılan işlerin niteliği konusunda tartışmaları beraberinde getirebilecektir. İşverenler tarafından işyerlerinde yapılan işlerin, söz konusu Yönetmelik kapsamına girmediği konusunda itirazlar olabilecektir. Bu itirazlar, kullanılan maddelerin özellikleri, uygulanan teknoloji ve alınan teknik ve idari koruma önlemleri dikkate alınarak, Sağlık Bakanlığı'nın görüşü alınmak suretiyle Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından karara bağlanacaktır (SKBY.m.9).

2.5.1.2. Gece Saatlerinde Yapılan İşler

Gece olarak adlandırılan gün dönemi genellikle dinlenmeye ayrılmış bir dönemdir. Bazen gazino, bar gibi işin niteliği gereği³⁴⁷, bazen de işyerinde faaliyetin 24 saat kesintisiz sürmesi gerektiği için vardiya usulü çalışılan işlerde gece döneminde çalışılması gerekmektedir. Gece saatlerinde yapılan çalışmaların gündüz yapılan çalışmalara göre daha yorucu olması nedeniyle insan sağlığı ve aile ilişkilerinin korunması amacıyla, bu çalışmalar için özel kurallar getirilmiştir³⁴⁸.

“Gece sayılan gün dönemi”, İş Kanunu'nun 69'uncu maddesinin 1'inci fıkrasında, “*Çalışma hayatında 'gece' en geç saat 20.00'de başlayarak en erken saat 06.00'ya kadar geçen ve her halde en fazla onbir saat süren dönemdir.*” şeklinde tanımlanmıştır³⁴⁹. Nispi emredici nitelik taşıyan bu maddede yer alan “en geç” , “en erken” ve “en fazla” ifadeleri, gece döneminin başlangıç ve bitiş saatlerinin değiştirilebileceğini, ancak gece döneminin herhalde 11 saati aşamayacağını anlatmaktadır. Ayrıca, işlerin niteliğine ve gereğine göre veya bazı bölgelerin özellikleri dikkate alınarak, gece döneminin başlangıç saatinin geriye alınması, yaz-kış saat ayarlaması veya erkek, kadın ve çocuk işçiler için farklı gece saatleri

³⁴⁷ Vuslat Özyurt, “Gece Çalışması ve Postalar Halinde Çalışma”, **Legal İHSGHD.**, S.19, 2008, s.922.

³⁴⁸ Şakar, s.177; Aktay ve Diğerleri, s.234; Demircioğlu ve Centel, s.136.

³⁴⁹ İLO'nun 89 sayılı revize sözleşmesinde kadın işçiler ve 90 sayılı revize sözleşmesinde 16 yaşından küçük çocuklar için “gece”, akşam saat 22.00 ile sabah saat 06.00 arasında kalan süre olarak tanımlanmıştır. AB'nin 93/104 sayılı Yönergesinin giriş bölümünde gece çalışmalarının ve fazla çalışma sürelerinin sınırlandırılması gerektiği belirtilmiştir; 2003/88 sayılı Yönerge'de, ulusal yasalarla belirlenmekle birlikte, herhalde gece yarısı ile sabah saat 05.00 arasındaki süreyi içeren ve 7 saatten az olmayan süre gece olarak ifade edilmektedir.

düzenlenebilecektir. Bu amaçla yönetmelik çıkarılabileceği de ayrıca belirtilmiştir³⁵⁰ (İK.m.69/II).

Gece döneminde çalışacak işçilerin çalışmalarının süresi 7,5 saati geçemez (İK.m.69/III). Bu emredici hükme göre, gece saatlerinde yapılan çalışmaların süresi 7,5 saat olarak sınırlandırıldığından karşımıza fazla çalışma yasağı çıkmaktadır. Bu yasağı, İş Kanunu'nun 41'inci maddesinin 6'ncı fıkrası “... 69ncu maddede belirtilen gece çalışmasında fazla çalışma yapılamaz” hükmü ile açıkça ortaya koymuştur. Fazla Çalışma Yönetmeliği'nin 7'inci maddesinin (b) fıkrası, gece çalışmalarında fazla çalışma yasağını tekrar etmiştir. Ancak, gündüz işi sayılan işlere ek olarak yapılan fazla çalışmaların gece döneminde yapılmasına izin vermiştir (FÇY.m.7/b) .

İşyerinde vardiya sistemi uygulanıyorsa, “Postalar Halinde İşçi Çalıştırılarak Yürütülen İşlerde Çalışmalara İlişkin Özel Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik”³⁵¹ (PHÇY.) gereğince, gece postalarında işçilerin 7,5 saatten fazla çalıştırılmaları yasaklanmıştır (PHÇY.m.7). İşçi gündüz saatlerinde çalışmaya başlayıp, gece döneminin bir kısmında da çalışmaya devam ediyorsa, çalışma süresinin yarısından çoğu gece dönemine denk geldiği takdirde, bu çalışma gece çalışması sayılmaktadır (PHÇY.m.7/2) ³⁵². Gece ve gündüz saatlerinde yapılan çalışmaların eşitliği halinde, durumun ne olacağına açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Bu tespit fazla çalışma yasağının uygulanması açısından önem taşımaktadır. Doktrinde bazı yazarlarca işçi lehine yorum ilkesi gereği, eşitlik halinde çalışmanın gece çalışması olarak kabul edilmesinin yerinde olacağı görüşü kabul edilmiştir³⁵³. Ancak bizim de katıldığımız görüşe göre, Postalar Halinde Çalışma Yönetmeliği ile çalışma süresinin yarısından çoğunun gece dönemine rastlayan bir posta çalışmasının gece çalışması sayılacağı

³⁵⁰ 1475 sayılı İş Kanunu'nda olduğu gibi, 4857 sayılı İş Kanunu'nun uygulandığı süreç içerisinde herhangi bir Yönetmelik çıkartılmamıştır. Bu yüzden gece döneminin akşam saat 20.00 ile sabah saat 06.00 arasında 11saatlik zaman dilimi olduğunu kabul etmek gerekmektedir, Mollamahmutoğlu, s.684.

³⁵¹ RG., 07.04.2004, 25426.

³⁵² Demir'e göre, yapılan çalışma gündüz çalışması sayılsa da, fazla çalışma ile birlikte toplam gece çalışması gündüz çalışmasından daha fazla olan çalışmaların gece çalışması olarak kabul edilmesi daha yerinde olacaktır, Demir, *Sorularla Bireysel İş Hukuku*, s.72; Fazla çalışmaların ekleneceği toplam çalışma süresinin yarısından fazlası gece döneminde yapılmışsa, o çalışma gece çalışması sayılmalıdır, Özyurt, s.927; Ekmekçi'ye göre, fazla çalışma hariç normal çalışma saatleri dikkate alınarak çalışmanın yarısından fazlası gece dönemine denk geliyorsa gece çalışması sayılmalıdır, Ömer Ekmekçi, “4857 Sayılı İş Kanunu'nda Postalar Halinde Çalışma ve Gece Çalışması”, **Çimento İşveren D.**, Ocak 2006, s.51.

³⁵³ Demir, s.143; Aynı görüşü paylaşan Çelik, yönetmelik değişikliği ile konunun açıklığa kavuşturulması gerektiğini belirtmektedir, Çelik, s.327.

açıkça belirtildiği için, eşitlik halinde gündüz çalışması olarak değerlendirilmesi gerekmektedir³⁵⁴.

Zorunlu fazla çalışma ve olağanüstü fazla çalışmaya gece çalışılması yasağı uygulanacak mıdır? Gece yapılan işlere getirilen fazla çalışma yasağı, İş Kanunu'nun olağan fazla çalışmanın düzenlendiği 41'inci maddesinde 6'ncı fıkrasında yer almıştır. Gece döneminde zorunlu nedenlerle yapılan fazla çalışmalara ve olağanüstü hallerde yapılan fazla çalışmalara bu yasağın uygulanması söz konusu değildir. Çünkü, zorunlu nedenle fazla çalışmanın düzenlendiği İş Kanunu'nun 42'nci maddesi ve olağanüstü hallerde fazla çalışmanın düzenlendiği 43'üncü maddesi, 41'inci maddenin 1, 2, 3'üncü fıkralarına yollama yaparken 6'ncı fıkrasına yollama yapmamıştır. Ayrıca, postalar halinde çalışma düzeninde, gece postalarında çalışma sürelerinin zorunlu nedenlerle yapılan fazla çalışma ve olağanüstü hallerde yapılan fazla çalışmalar ile 7,5 saati geçmesine izin verilmektedir (PHÇY.m.7)³⁵⁵.

4857 sayılı İş Kanunu kadın işçiler için gece çalıştırma yasağı ile ilgili bir hükme yer vermemiştir³⁵⁶. İş Kanunu'nun 73'üncü maddesinin son fıkrası uyarınca, gece postalarında çalışan kadınların durumu "Kadın İşçilerin Gece Postalarında Çalıştırılma Koşulları Hakkında Yönetmelik"³⁵⁷ ile düzenlenmiştir. Bu Yönetmeliğin 5'inci maddesine göre, 18 yaşını doldurmuş kadın işçiler, her ne şekilde olursa olsun gece postalarında 7,5 saatten fazla çalıştırılmazlar. Kısacası, 18 yaşından büyük kadınların gece postalarında fazla çalışma yapması bu Yönetmelik ile yasaklanmıştır.

³⁵⁴ Saymen, s.301; Narmanlıoğlu, s.510; Ekmekçi, ss.50-51; Özyurt, s.926.

³⁵⁵ Hazırlama, tamamlama ve temizlik işleri için çıkarılan yönetmelik ile de gece çalışma süresinin 7,5 saati geçmesine izin verilmemektedir.

³⁵⁶ 1475 sayılı İş Kanunu'nun 69'uncu maddesine göre, her yaşta kadının gece çalıştırılması yasaklanmıştır. Ancak işin niteliği gereği kadın işçi çalıştırılması zorunlu olan işlerde kadınların gece çalıştırılmalarına "Kadın İşçilerin Sanayie Ait İşlerde Gece Postalarında Çalıştırılma Koşulları Hakkında Tüzük" ile izin verilmişti. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 73'üncü maddesi, 18 yaşını doldurmamış çocuk ve genç işçilerin sanayi işlerinde gece postalarında çalışmasını yasaklamıştır. Postalar halinde çalışılan yerlerde ise sanayi işi olsun olmasın 18 yaşını doldurmamış genç ve çocuk işçilerin gece postalarında çalıştırılmaları yasaklanmıştır (PHÇY.m.5).

³⁵⁷ RG., 09.08.2004, 25548.

2.5.1.3. Maden Ocakları, Kablo Döşemesi, Kanalizasyon, Tünel İnşaatı

Gibi Yer ve Su Altında Yapılan İşlerde

Fazla Çalışma Yönetmeliği ile maden ocakları, kablo döşemesi, kanalizasyon, tünel inşaatı gibi işlerin yer ve su altında yapılanlarında fazla çalışma yaptırılması yasaklanmıştır (FÇY.m.7/c)³⁵⁸. Bu hüküm ile çalışılan yer nedeniyle işçilerin sağlığı dikkate alınmakta, bu yerlerde günlük çalışma süreleri dışında fazla çalıştırılmaları engellenmek istenmektedir. Maddede yer alan “*gibi*” sözcüğü, fazla çalışma yasağının sadece adı geçen yerlerle sınırlı olmadığını, yer ve su altında yapılan benzer işlerde de geçerli olacağını anlatmaktadır.

İşverenin, günlük çalışma süresi sona eren işçiyi yer üstünde yapılan bir başka işte çalıştırması halinde yapılan bu ek çalışma fazla çalışma yasağını ihlal etmiş sayılacak mıdır? Sağlık Kuralları Bakımından Günde Ancak 7,5 Saat Veya Daha Az Çalışılması Gereken İşler Hakkında Yönetmelik’in 6’ncı maddesinde, bu Yönetmelik kapsamına giren işlerde çalışanların günlük çalışma sürelerine ek olarak bir başka işte çalıştırılmaları yasaklanmıştır. Buna benzer bir hükme, Fazla Çalışma Yönetmeliği’nin fazla çalışma yapılması yasak olan işleri anlatan hükmünde yer verilmesi yerinde olurdu. Yine de maden ocak işleri, kanalizasyon ve tünel yapımı gibi yeraltında yapılan işler ve su altında belirli basınçlarda yapılan işler, Sağlık Kuralları Bakımından Günde Ancak 7,5 Saat veya Daha Az Çalışılması Gereken İşler Hakkında Yönetmelik ile düzenlenen işlerdendir. Bu yüzden, Fazla Çalışma Yönetmeliği’nde yer verilmese de fazla çalışma yapılması yasaklanmış bu işlerde, işverenin yer altı ve su altında yapılan işlerdeki normal iş süresi dolduktan sonra yerüstünde fazla çalıştırmasını fazla çalışma yasağının ihlali olarak görmenin uygun olacağı kanaatindeyiz.

³⁵⁸ İş Kanunu’nun 72’nci maddesi ile maden işleri, kablo döşemesi, kanalizasyon ve tünel inşaatı gibi işlerde 18 yaşından küçük erkek ve her yaşta kadın işçilerin çalıştırılması yasaklanmıştır.

2.5.2. Fazla Çalışma Yapamayacak İşçiler

2.5.2.1. 18 Yaşını Doldurmamış İşçiler

Anayasa'nın 50'nci maddesinde, 18 yaşını doldurmamış işçiler, küçükler ve kadınların çalışma şartları bakımından özel olarak korunmaları gerektiği hüküm altına alındığından anayasal bir güvenceye kavuşmuşlardır. Bu anayasal hükme bağlı olarak, 18 yaşın altındaki çocuk ve genç işçilerin çalışma usul ve esasları, hem İş Kanunu hem de "Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usulleri ve Esasları Hakkında Yönetmelik" ile düzenlenmiştir³⁵⁹. Fazla Çalışma Yönetmeliği ise, 8'inci maddesinin (a) fıkrasında, 18 yaşını doldurmamış çocuklara çalıştıkları işlerde fazla çalışma yaptırılmasını yasaklamıştır³⁶⁰.

İş Kanunu'nda 15 yaşını tamamlamayan işçilerin çalıştırılması yasaktır (İK.m.71/I). Ancak 14 yaşını doldurmuş ve ilköğretimi tamamlamış, artık okula gitmeyen çocuklar günde 7 saat, haftada 35 saatten fazla çalıştırılmazlar. 15 yaşını bitirmiş, okula gitmeyen çocuklar günde 8 saat ve haftada 40 saatten fazla çalışamazlar. Okula devam eden çocukların ise, okulun açık olduğu dönemlerde günde 2 saatten ve haftada 10 saatten fazla çalıştırılmaları yasaklanmıştır. Bu çalışma sürelerinin üzerinde çalışma süresi belirlenemeyeceği gibi fazla çalışma yaptırılması da yasaklanmıştır. Bu konuda çocuk ya da genç işçinin ya da ailesinin vereceği izin de geçersizdir. Kısacası, İş Kanunu'nun fazla çalışma ile ilgili hükümlerinin (İK.m.41, 42, 43) 18 yaşını doldurmuş işçiler için geçerli olduğunu söylememiz gerekmektedir.

2.5.2.2. Sağlıkları Elvermeyen İşçiler

Fazla Çalışma Yönetmeliği'nin 8'inci maddesinin (b) fıkrası, iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi ile önceden fazla çalışma yapmayı kabul etmiş; ancak sonradan sağlıklarının elvermediği, işyeri hekimi ya da Sosyal Sigortalar Kurumu Başkanlığı hekiminin, bunların bulunmadığı yerlerde ise herhangi bir hekimin raporu ile ispat edilen işçilere fazla çalışma yaptırılmayacağı hükmünü getirmiştir.

³⁵⁹ Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğe göre, çocuk işçi, 14 yaşını bitirmiş 15 yaşını doldurmamış işçiyi; genç işçi ise, 15 yaşını tamamlamış 18 yaşını doldurmamış işçiyi ifade etmektedir (m.4).

³⁶⁰ 1475 sayılı İş Kanunu döneminde yaş sınırı 18 yaş değil, 15 yaş idi (FÇT.m.4-I/a).

Fazla çalışma yapılması için geçerli olan rıza , iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi ile işçi tarafından verilmiş olabilir. İşçi, fazla çalışmaya rıza gösterdikten sonra, sağlık durumunun bozulduğunu hekim raporu ile ispat ederse, fazla çalışmaya zorlanamayacağı gibi işçinin iş sözleşmesi de fazla çalışmaya kalmadığı için haklı neden ile feshedilemez.

Madde metninde işçinin fazla çalışmaya rıza göstermesinden bahsedilmesi, hükmün olağan fazla çalışma için geçerli olduğunu düşündürtebilir. Çünkü daha önce açıklandığı üzere, zorunlu fazla çalışma ile olağanüstü fazla çalışmada işçinin rızası aranmamaktadır. İşçinin sağlık durumunun fazla çalışma yapmasına engel olacak şekilde bozulduğu hekim raporu ile ispat edildiği takdirde, açıkça ifade edilmese de, zorunlu fazla çalışma ya da olağanüstü fazla çalışma olsun işçi çalışmaya zorlanmamalıdır. Hükmün amacı, sağlığı bozulan işçiyi korumak olduğuna göre bu yorum kaçınılmazdır.

2.5.2.3. Gebe, Yeni Doğum Yapmış ve Emziren İşçiler

Fazla Çalışma Yönetmeliği'nin 8'inci maddesinin (c) fıkrası ile İş Kanunu'nun 88'inci maddesine göre çıkartılacak olan Yönetmelikte belirtilen gebe, yeni doğum yapmış ve çocuk emziren işçilere fazla çalıştırma yaptırılması yasaklanmaktadır. İş Kanunu'nun 88'inci maddesinde belirtildiği üzere, Sağlık Bakanlığı'nın görüşü alınarak Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından, gebe ve çocuk emziren kadınların çalıştırılma şartları ve usullerini gösterecek olan "Gebe ve Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik"³⁶¹ (GEKDY.) çıkarılmıştır. Söz konusu Yönetmelik hükmüne göre, gebe ve emziren işçilerin³⁶² günde 7,5 saatten fazla çalıştırılmaları yasaklanmıştır (GEKDY.m.10). Fazla Çalışma Yönetmeliği ile getirilen fazla çalışma yasağına ek olarak, gebe ve emziren kadınlara ilişkin bu Yönetmelik aslında günde 7,5 saatten fazla çalıştırılmasını yasaklarken fazla çalışmayı da engellemektedir.

Kadın işçi, gebe kalmadan önce fazla çalışma yapacağına ilişkin onay

³⁶¹ RG., 17.04.2004, 2552.

³⁶² Gebe işçi, durumunu herhangi bir sağlık kurumundan alacağı belge ile belgelendiren işçiyi; yeni doğum yapmış işçi, durumunu işverene bildiren işçiyi; emziren işçi ise, 0-1 yaş arası çocuğunu emziren ve durumunu işverene bildiren işçiyi ifade etmektedir (GEKDY.m.4).

vermişse, gebe kaldığını herhangi bir sağlık kurumunda alacağı rapor ile belgelendirdikten sonra işvereni tarafından fazla çalışma yapma konusunda zorlanamayacaktır. Olağan fazla çalışmada olduğu gibi zorunlu ve olağanüstü fazla çalışmada da aynı şekilde işçinin fazla çalışmaya zorlanması mümkün değildir.

2.5.2.4. Kısmi Süreli İş Sözleşmesi İle Çalışan İşçiler

Tam süreli çalışma düzenini esas almış olan 1475 sayılı İş Kanunu'nda düzenlenmemesine rağmen kısmi süreli iş sözleşmesi³⁶³, uygulamadaki ihtiyaç nedeniyle sıklıkla başvuru ve Yargıtay'ın kararlarına³⁶⁴ konu olmuş bir sözleşme türüdür. İş hayatına yön veren kurallarda esnekleşmenin sonucu olarak, değişen ekonomik ve toplumsal koşulların iş hayatına uyumunda bir çözüm olarak görülen kısmi süreli iş sözleşmesi³⁶⁵, hukukumuzda ilk defa 4857 sayılı İş Kanunu'nun 13'üncü maddesinde tanımlanmıştır. Böylece uygulamada zaten varolan ve yasal düzenleme olmadığı için çeşitli uyumsuzluklara yol açan bu konu yasal bir temele oturtulmuştur³⁶⁶.

4857 sayılı İş Kanunu kısmi çalışmayı tanımlarken, Fazla Çalışma Yönetmeliği'nin 8'inci maddesinin (c) fıkrası tartışılan bir yasağı hüküm altına almıştır. Bu düzenleme ile kısmi süreli çalışmalarda fazla çalışma yaptırılması yasaklanmaktadır³⁶⁷. Ayrıca diğer fazla çalışma yasaklarından farklı olarak, Yönetmeliğin 8'nci maddesinin son cümlesinde, kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilere fazla sürelerle çalışma yaptırılmayacağı da açıkça ifade edilmektedir.

Bu tartışmalara geçmeden önce, fazla çalışma yasağının kapsamının anlaşılabilmesi için, özellikle kadınlar, eğitimini sürdüren öğrenciler ve emeklilerin

³⁶³ Uygulama part-time çalışma olarak da bilinmektedir.

³⁶⁴ 1475 sayılı İş Kanunu'nda kısmi süreli iş sözleşmesi düzenlenmemekle birlikte, Yargıtay kısmi süreli çalışma iş sözleşmesi ile çalışan işçiye fazla çalışma hükümlerinin uygulanması gerektiğine karar vermiştir, Y.H.G.K., 12.03.2003, E.21-143, K.159, (Legal İHSGHD., S.2, 2004) ss.594-597.

³⁶⁵ Çiğdem Yorulmaz, **Kısmi Süreli İş Sözleşmesi**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2008, s.19.

³⁶⁶ Emin Zeytinoglu, "Kısmi Süreli Çalışma Şekilleri ve 4857 Sayılı İş Kanunundaki Görünüm", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C:LXIII, S.1-2, 2004, s.449;

³⁶⁷ İş Kanunu'nun 14'üncü maddesinde, 13'üncü maddeden ayrı olarak düzenlenen çağrı üzerine çalışma, işçi ve işveren arasında yapılan yazılı iş sözleşmesi gereğince, işverenin işyeri ihtiyacına göre işçiyi işe çağırmasına dayalı özel bir tür kısmi süreli çalışma şeklidir. Kanun'un gerekçesinde ifade edildiği üzere, kısmi süreli çalışmalara uygulanacak kurallar çağrı üzerine çalışmalar için de uygulanacaktır, Süzek, s.223; Bu yüzden fazla çalışma yasağının, çağrı üzerine çalışma şeklini de kapsadığını söylemek yanlış olmaz.

tercih ettiği³⁶⁸ kısmi süreli iş sözleşmesinin kısaca açıklanması yerinde olacaktır. İş Kanunu'nun 13'üncü maddesinde kısmi süreli iş sözleşmesi, "*İşçinin normal haftalık çalışma süresinin, tam süreli iş sözleşmesi ile çalışan emsal işçiye göre önemli ölçüde daha az belirlenmesi durumunda sözleşme kısmi süreli iş sözleşmesidir.*" şeklinde tanımlanmıştır³⁶⁹.

Bu tanımlamada "*emsal işçi*" ve "*çalışma süresinin önemli ölçüde az belirlenmesi*" ifadelerinin anlamı, İş Kanunu ve Çalışma Süreleri Yönetmeliği birlikte değerlendirildiğinde açıklık kazanmaktadır. *Emsal işçi*, İş Kanunu'na göre, işyerinde aynı ve benzeri işte çalışan işçiyi; böyle bir işçi yoksa o iş kolunda şartlara uygun işyerinde aynı veya benzer işi üstlenen işçiyi anlatmaktadır (İK.m.13/3).

İş Kanunu'nun 13'üncü maddesinin gerekçesine uygun olarak Çalışma Süreleri Yönetmeliği'nde, *çalışma süresinin önemli ölçüde az belirlenmesi* ise, işyerinde tam süreli iş sözleşmesi ile yapılan emsal çalışmanın 2/3'ü oranına kadar yapılan çalışmayı ifade etmektedir (ÇSY.m.6)³⁷⁰. Bu oranın üzerindeki çalışma saatleri kısmi süreli çalışma olarak sayılmayacaktır³⁷¹. Kısmi çalışmanın belirlenmesinde, 45 saatin altında da çalışma süresi belirlenebildiğinden yasal 45 saatlik çalışma süresi değil, o işyerinde uygulanan tam zamanlı çalışma süresi dikkate alınacaktır. Yani işyerinde tam süreli çalışma süresi haftalık 42 saat ise, o işyerinde 28 saatten az çalışıldığında kısmi süreli çalışmadan bahsedilecektir³⁷². Tam süreli çalışan işçinin haftalık çalışma süresi 45 saattir. Toplu ya da bireysel iş sözleşmeleri ile haftalık

³⁶⁸ Öner Eyrenci, *Uygulama ve İş Hukuku Açısından Kısmi Süreli Çalışmalar*, İstanbul 1989, ss.14-15; Zeytinoğlu, s.450; Nedim Meriç, "Türk ve Alman İş Hukukunda Kısmi Süreli Çalışma", *Legal İHSGHD.*, 8/2005, s.1546.

³⁶⁹ Bu tanım, AB'nin 15.12.1997 tarihli 97/81 sayılı Yönergesi'nde yer alan kısmi süreli sözleşme ile çalışan işçiyi tanımlayan "karşılaştırılabilir tam zamanlı işçinin normal çalışma saatlerinden haftalık ya da bir yıla kadarki olan istihdamının ortalaması alındığında normal çalışma süresi daha az olan işçi" hükmü ile İLO'nun 175 sayılı "Kısmi Süreli Çalışma Sözleşmesi"nin 1'inci maddesinin (a) fıkrasında "karşılaştırılabilir tam gün işçilere göre normal çalışma saatleri daha az olan işçi" hükmü ile uyum göstermektedir, Süzek, s.217; Ancak İLO, karşılaştırılabilir aynı ya da benzer işi yapan emsal işçinin aynı ilişkisi içinde olmasını da aramaktadır. Örneğin, işyerindeki bölüm şefinin bölüm şefiyle karşılaştırılabilir olması gibi, Meriç, s.1550.

³⁷⁰ Alman Hukukunda, bu tür bir oran yer almamaktadır. Olağan haftalık çalışma süresinin karşılaştırılabilir tam süreli çalışan bir işçinin haftalık çalışma süresinden daha kısa olması yeterlidir, Meriç, s.1551; Fransa'da kanuni çalışma süresi ya da işletmede uygulanan çalışma süresinin altında çalışan işçiler kısmi süreli olarak kabul edilmektedir, Mollamahmutoğlu, s.269; Aynı tanım Hollanda için de geçerlidir, Hans Hoogendorn, "Hollanda'da Kısmi Süreli Çalışma", *Sicil İş Hukuku D.*, S.6, Haziran 2007, s.230; Katıldığımız görüşe göre, Avrupa ülkelerinde kabul edildiği gibi, İş Kanunu'nda bu oran yerine normal çalışma süresinin altında kalan çalışmaların kısmi süreli çalışma olarak kabul edilmesi yerinde olacaktır, Çelik, s.94; Zeytinoğlu, s.453.

³⁷¹ Eyrenci ve Diğerleri, s.67.

³⁷² Gizem Sarıbay, "Kısmi Süreli İş Sözleşmeleri", *Devrim Ulucan'a Armağan*, İstanbul: Legal, 2008, s.277; Meriç, s.1550.

çalışma süresi kısaltılmışsa, tam süreli çalışan işçinin çalışma süresi emsal alınmamalıdır. Sadece sözleşmelerle değil, sağlık gibi nedenlerle mevzuat gereğince işin süresinin sınırlandırıldığı işlerde, haftalık çalışma süresi 45 saatin altında dahi olsa, aynı ve benzer iş olmakla emsal alınabilecektir³⁷³.

Belirli ya da belirsiz, sürekli ya da süreksiz kısmi süreli iş sözleşmesi³⁷⁴ ile çalışma süresinin, haftanın belli günlerinde tam gün veya haftanın her günü belli bir süre gibi değişik şekillerde kararlaştırılabileceği belirtilmektedir³⁷⁵. Taraflar arasında aksine bir anlaşma yoksa³⁷⁶ veya iyiniyet kuralları ve haksız rekabet kuralları dikkate alınarak, işçinin kısmi iş sözleşmesi ile birden fazla işyerinde çalışması mümkündür³⁷⁷. İş Kanunu'nda işçinin birden fazla işyeri ile kısmi süreli iş sözleşmesi yapmasına engel bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak işçinin sağlığının ve güvenliğinin korunması amacıyla³⁷⁸ bu konudaki sınır, İş Kanunu'nun 63'üncü maddesinde yer alan haftalık azami çalışma süresi olan 45 saattir. Buna göre işçinin değişik işyerleri ile yapmış olduğu kısmi süreli iş sözleşmelerinde belirtilen çalışma sürelerinin toplamının haftada 45 saati aşmaması gerekmektedir³⁷⁹. Bu yüzden son kısmi süreli iş sözleşmesi yapılırken, önceki sözleşmelerde kararlaştırılmış olan çalışma süreleri dikkate alınacak ve yasal süreyi geçen kısım geçersiz sayılacaktır³⁸⁰. Fazla Çalışma Yönetmeliği, kısmi süreli iş sözleşmelerinde fazla çalışma yaptırılmasını yasakladığı için, değişik işyerleri ile yapılan kısmi süreli iş sözleşmelerinde toplam çalışma süresinin dikkate alınması gerekecektir.

Kısmi iş sözleşmesi ile çalışan işçiler için getirilmiş olan fazla çalışma yasağı, tartışmaları da beraberinde getirmiştir. Bu yasağın, hem İş Kanunu'nun 41'inci maddesine, hem de Anayasa'nın 48'inci maddesinin 1'inci fıkrasında güvence altına

³⁷³ Eyrenci ve Diğerleri, s.67.

³⁷⁴ Öner Eyrenci, *Kısmi Süreli Çalışmalar*, s.23; Süzek, s.219; Zeytinoğlu, s.452; Demir, s.51; Hamdi Mollamahmutoğlu, "4857 Sayılı İş Kanunu'nun Getirdiği Önemli Bazı Yenilikler", *Kamu-İş D.*, C:7, S.4, 2004, s.13; Murteza Aydemir, "97/81/EC Sayılı Avrupa Birliği Yönergesi ve Alman Hukukuyla Karşılaştırmalı Olarak 4857 Sayılı Kısmi Süreli Çalışma ve Bu Çalışmadan Kaynaklanan İşçilik Hakları", *İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi'nce Hazırlanan 30. Yıl Armağanı*, Ankara, 2006, s.217.

³⁷⁵ Tankut Centel, *Kısmi Çalışma*, İstanbul: Kazancı Yayınları, 1992, s.27; Zeytinoğlu, s.451.

³⁷⁶ Eyrenci, *Kısmi Çalışma*, s.37.

³⁷⁷ Zeytinoğlu s.458.

³⁷⁸ Süzek, s.219; Centel, *Kısmi Çalışma*, s.61.

³⁷⁹ Eyrenci ve Diğerleri, s.77; Süzek, s.219.

³⁸⁰ Bu ifadeden açıkça anlaşılacağı üzere, işyerinde tam süreli olarak çalışan bir işçinin haftalık 45 saatlik çalışma süresi dolacağından kısmi süreli iş sözleşmesi yapması mümkün değildir.

alınan “çalışma ve sözleşme özgürlüğü ilkesi”ne aykırı olduğu ileri sürülmüştür³⁸¹. Bu düşünceye göre, kısmi süreli çalışan işçinin kendi isteği ile kanuni sınırlar içinde fazla sürelerle çalışmasının yasaklanması Anayasa’ya da aykırılık taşımaktadır. Diğer yandan, İş Kanunu’nun 41’inci maddesi ve Fazla Çalışma Yönetmeliği’nde yer alan diğer fazla çalışma yasakları birlikte değerlendirildiğinde, hepsinin ortak özelliği işçi sağlığı ve güvenliğinin ön planda tutulmasıdır. Bu durumlarda fazla çalışma yaptırılmasına izin verilmemesi Anayasaya ve İş Kanunu’na uygundur. Halbuki, kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilere getirilen fazla çalışma yasağının iş sağlığı ve güvenliği ile ilgisi bulunmamaktadır. Önerilen ise, iptal edilmesi gereken Yönetmeliğin 8’inci maddesinin (d) fıkrasını uygulamaktan kaçınmaktır³⁸². Bunun yerine, İş Kanunu 41’inci maddesini uygulamak gerekmektedir. Yani, kısmi süreli iş sözleşmelerinde çalışma süresi haftalık 45 saatin altında kararlaştırılacağı için haftada 45 saate kadar olan çalışmaları fazla sürelerle çalışma; haftada 45 saati geçen çalışmaları da fazla çalışma olarak kabul etmek gerekecektir³⁸³.

Söz konusu yasağın, kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilerin birden çok işverenle sözleşme yapması olasılığı düşünülerek, çalışanlara gerektiğinde fazla çalışma yapması konusunda gelecek teklifleri geri çevirebilme şansı tanıma isteği ile hüküm altına alındığı söylenebilir³⁸⁴. Böylece bu hüküm sayesinde, işverenlerden birinin fazla çalışma yapılması konusundaki talebinin işçi tarafından reddedilmesi halinde, işçinin iş sözleşmesi feshedilemeyecektir³⁸⁵. Bu görüş, aynı gün içerisinde birden fazla işveren ile kısmi süreli çalışma yapacak işçiler için yasağın amacını açıklayabilir. Tek bir kısmi süreli sözleşme ile çalışan işçiyi ele alırsak yasak yine anlamsız kalmaktadır³⁸⁶. Öte yandan kısmi süreli sözleşmeyi haftalık 45 saate göre belirlemişsek, 29 saat çalışan işçinin fazla çalışma hakkı yokken, 30 saat çalışanın bu hakkı elde ediyor olmasının da

³⁸¹ Süzek, s.629; Demir, s.148; Alpagut, s.27; Kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilere fazla çalışma ve fazla süreli çalışmanın yasaklanması, bu tür çalışmaların usulen gösterilip işçilerin bir kısım haklarının kısıtlanmasının önlenmesi yönünden isabetli görülmüştür, Günay, s.78.

³⁸² Süzek, s.631; Nurşen Caniklioğlu, s.179; Akyiğit, *Normali Aşan Çalışmalar*, s.9; Sarıbay, s.304; Alpagut, s.27; Aydemir, s.226; Yorulmaz, ss.91-92.

³⁸³ Eyrenci ve Diğerleri, s.220.

³⁸⁴ Bekir Uzun, “Fazla Çalışma”, *Yeni İş Yasası Semineri*, İstanbul Ticaret Odası, No: 2004-31, s.140.

³⁸⁵ Soyer, *Fazla Saatler*, s.808; Fazla Çalışma Yönetmeliği ile fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma yapılabilmesi için işçinin onayı gerektiğinden, onay vermeyen işçinin sözleşmesi feshedilemeyecektir. Bu yüzden kısmi süreli çalışmada fazla çalışma yasaklanarak işçinin korunmasına gerek bulunmamaktadır, Alpagut, s.27.

³⁸⁶ Akyiğit, Şerh, s.1515.

açıklanabilir bir anlamı bulunmamaktadır.³⁸⁷ Kanaatimizce, kısmi süreli bir çalışma söz konusu olsa dahi, tam süreli çalışmalarda söz konusu olan nedenlerle fazla çalışma yaptırılması ihtiyacının doğacağıın kabul edilmesi gerekmektedir. Ayrıca tam süreli çalışmaya göre daha az ücret alacak olan işçinin, ihtiyaç halinde fazla çalışma yaparak ek kazanç elde etmesinin de engellenmemesi işçi lehine bir yaklaşım olacaktır. Özellikle ardı ardına gelen kısmi süreli çalışmalarda, fazla çalışmayı tamamıyla yasaklamak yerine, bu çalışma şeklinde yapılacak fazla çalışma süresine, birbirini takip eden kısmi süreli iş sözleşmeleri arasındaki zamana veya bir gün için yapılacak sözleşme sayısına ilişkin sınırlayıcı hükümler getirilmesi ile fazla çalışma yapılmasına izin verilmesi mümkün olabilirdi³⁸⁸.

Kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçi için getirilen bu fazla çalışma (fazla sürelerle çalışma) yasağı, işçinin sağlığını ya da güvenliği koruma amacını taşımamaktadır. Öyleyse işyerinin normal çalışma seviyesine çıkarılması sağlayacak zorunlu fazla çalışmaya ve seferberlik sırasında yapılacak olağanüstü fazla çalışmaya bu yasağın uygulanmaması gerektiği kanaatini taşımaktayız.

Eğer kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçi, Fazla Çalışma Yönetmeliği hükmüne rağmen fazla çalışma yaparsa, yapmış olduğu fazla çalışmasının karşılığını almalıdır. Çalışma süresi haftalık 45 saatin altında kalmış ise, fazla sürelerle çalışma karşılığı olan saat başı %25 zamlı ücreti, haftalık 45 saati aşmış ise, saat başı %50 zamlı ücreti işçiye ödenmelidir³⁸⁹.

Birden fazla işveren ile çalışan işçiye hukuka aykırı fazla çalışma yaptırılırsa, fazla çalışma ücretini hangi işverenin ödeyeceği sorun yaratabilir. Zaman bakımından en son yapılan çalışmanın haftalık çalışma süresini aşan kısmı fazla çalışma olarak kabul edilerek, fazla çalışma ücretinin bu çalışmanın yapıldığı işyerinin işvereni tarafından ödenmesi gerekeceği doktrinde ileri sürülmüştür³⁹⁰. Birbirinden habersiz

³⁸⁷ Alpagut, s.28.

³⁸⁸ Fransız İş Kodunda, kısmi süreli çalışan işçinin aynı hafta veya ay içinde fazla çalışma süreleri, sözleşme ile belirlenen haftalık ya da aylık çalışma süresinin onda birinden fazla olamaz. Böylelikle kısmi süreli iş sözleşmelerinde yapılan fazla çalışmalar ile çalışma sürelerinin tam zamanlı işçilerin çalışma sürelerine çıkarılması engellenmiştir, Sarıbay, s.282.

³⁸⁹ Soyer, *Fazla Saatler*, s.808; Nurşen Caniklioğlu, s.180.

³⁹⁰ Öner Eyrenci, “Ücret ve İşin Düzenlenmesi İle İlgili Yeni Düzenlemeler”, **Yeni İş Yasası**, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası, Çeşme, 25-29 Haziran 2003, s.161.

işverenler tarafından yapılmış farklı kısmi süreli iş sözleşmeleri söz konusu olduğu için, işverenin işyerinde haftalık çalışma süresinin aşıldığını bilmemesi halinde bu görüşün kabul edilmesi mümkün değildir³⁹¹. Gerçekten, haftalık çalışma süresinin aşılması halinde, bu durumu bilmeyen işverenin fazla çalışma ücretinin ödenmesi konusunda sorumlu tutulması fazla çalışma hükümleri ile bağdaşmayan bir çözüm olacaktır. Çünkü işverenin, işçinin diğer işyerlerinde çalıştığı toplam süreyi bilmesi gibi bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bu durumda işveren, kendi işyerinde çalışan işçinin fazla çalışma yapmakta olduğunun farkında değilse, o takdirde işverenin bilgisi ve talebi olmadan fazla çalışma yapılıyor demektir. İşverenin bilgisi ve talebi olmadan yapılan fazla çalışma için işçinin fazla çalışma ücretini talep etme hakkı bulunmamaktadır. Bu nedenle, her kısmi süreli iş ilişkisi ayrı ayrı değerlendirilmeli ve hangi işverenin yanında fazla çalışma (fazla süreli çalışma) yapılıyorsa, bu çalışmanın karşılığını da o işveren ödemelidir³⁹².

2.5.3. Fazla Çalışma Yasaklarına Aykırılık Halinde Sorumluluk

İş Kanunu ve Fazla Çalışma Yönetmeliği'nde, fazla çalışma yasakları açıkça sıralanmış olmasına rağmen, bu yasaklara uyulmadığı takdirde hukuki yaptırımın ne olacağı konusunda bir düzenleme yapılmamıştır.

Değişik sebepler ile konmuş yasaklar, işverenlerin bu yasakları ihlaline ve işini kaybetmemek uğruna bu aykırı tutuma ses çıkaramayan işçilerin varlığına engel olamamaktadır. İşçi ve işveren hizmet sözleşmeleri veya toplu iş sözleşmeleri ile bu yasakları dikkate almadan fazla çalışma konusunda düzenlemeler yapmış olabilirler. Ancak tarafların sözleşme özgürlüğü, iş hukukunda emredici hükümler ile sınırlandırılmıştır³⁹³. Bu nedenle İş Kanunu'nda çalışma sürelerini ve dolayısıyla fazla çalışma konusunu ele alan emredici hükümler, işçinin rızası olmasına rağmen, yapılan sözleşmelerin hukuki niteliğini etkilemektedir. İşçi ve işverenin fazla çalışma yasaklarına aykırı düzenlemeler içeren sözleşmeleri, işçi rıza göstermiş olsa dahi geçersiz kabul edilmektedir. Kısacası hem işçinin hem de kamu düzeninin korunması amacıyla, işçi kendisine rağmen koruma altına alınmış olmaktadır.

³⁹¹ Soyer, *Fazla Saatler*, s.808.

³⁹² Günay, s.78 ; Yorulmaz, s.94.

³⁹³ Ekonomi, s.13.

Yargıtay 1958 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı ile kanuna aykırı olarak yapılmış bir hizmet akdinin, akdin geçersizliği tespit edilinceye kadar geçerli bir sözleşmenin hukuki sonuçlarını doğuracağını kabul etmiştir³⁹⁴. Böylelikle yasaklara aykırı olarak yapılan fazla çalışmalara, aynen fazla çalışmalarda kabul edildiği gibi %50 zamlı ücret ödenmesi gerekecektir. Bu durum mevzuatta açıkça düzenlenmese de aksi düşüncenin kabul edilmesi hakkaniyet ve nefaset ilkelerine aykırı olacaktır. İş hukukuna göre, her işin bir ücret karşılığı yapıldığı kabul edildiğinde hukuka aykırı çalışmaların karşılığının da fazla çalışma ücreti olarak zamlı ödenmesini kabul etmek gerekecektir³⁹⁵.

2.6. FAZLA SÜRELERLE ÇALIŞMA

2.6.1. Fazla Sürelerle Çalışma Kavramı

4857 sayılı İş Kanunu'nun 41'inci maddesinin 3'üncü fıkrasında, 1475 sayılı İş Kanunu'nda varolan eksiklik giderilerek, fazla çalışma kavramının yanı sıra “ fazla sürelerle çalışma” kavramına ilişkin hükümlere de yer verilmiştir. Bu hükme göre, haftalık çalışma süresinin sözleşmeler ile 45 saatin altında kararlaştırıldığı hallerde, sözleşme ile kararlaştırılan haftalık çalışma süresini aşan ve 45 saate kadar yapılan çalışmalar “fazla sürelerle çalışma” olarak değerlendirilmektedir.

Fazla Çalışma Yönetmeliği'nin 9'uncu maddesinde kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilere fazla çalışma ve fazla süreli çalışma yaptırılması yasaklanmıştır. Bu yasağı dikkate aldığımızda tarafların belirleyecekleri 45 saatin altında belirleyecekleri çalışma süresine ilişkin bir konuya dikkat çekilmesi gerekmektedir. Fazla sürelerle çalışmada, işçinin çalışma süresi haftalık yasal çalışma süresinin altında belirlenirken, bu çalışma süresinin işyerinde uygulanan iş sürelerinin 2/3'ünden az olmaması gerekmektedir. Çünkü bu oranın altındaki çalışma süresi kısmi süreli çalışmayı ifade edecek ve yasak kapsamında yer alacaktır³⁹⁶.

³⁹⁴ Y.İ.B.K., 18.06.1958, E.20, K.9, (RG. 30.09.1958, 10020).

³⁹⁵ Y.9.H.D, 08.07.1996, E.5521, K.15509, Günay, *Şerh*, s.1541; Aynı yazar, ss.1767-1768; Narmanlıoğlu, *Değerlendirme*, s.28.

³⁹⁶ Soyer, *Fazla Saatlerle*, s.807.

2.6.2. Türk İş Hukukunda Fazla Sürelerle Çalışmanın Hukuksal Düzeni

1475 sayılı İş Kanunu'nda sıklıkla tartışılan bir sorun, işçi ve işverenin anlaşarak yasal çalışma süresinin altında bir çalışma süresi belirlemeleri durumunda ortaya çıkmaktaydı. Bu dönemde, haftalık çalışma süresi 45 saatin altında olacak şekilde anlaşma sağlandığında, karşılaştırılan sürenin aşılması durumunda uygulanacak kuralların eksikliği yargı kararları ile giderilmeye çalışılmıştır³⁹⁷. Bir görüş, fazla çalışmayı düzenleyen hükümlerin mutlak emredici nitelikte olmadıklarını belirterek, taraflar anlaşarak çalışma süresini indirmişlerse, tarafların bu sürelerin aşılmasını da fazla çalışma olarak kabul ettiklerinin düşünülmesi gerektiğini belirtmişti. Borçlar Kanunu'nun 18'inci maddesine göre tarafların gerçek iradeleri ölçüt olarak alınması gerekiyordu³⁹⁸. Diğer bir görüş, Borçlar Kanunu'nun 329'uncu maddesini dikkate almış ve bu tür çalışmalara fazla saatlerle çalışma denebileceğini ifade etmişti. Buna göre, sözleşmede belirlenen çalışma süresinin aşılması halinde, işçiye zamlı ücret verilecekti. Ücretin oranını belirleme konusunda taraflara, uyuşmazlık halinde hakime takdir yetkisi tanınmıştı. İşçi-işveren anlaşarak %50 oranının altında bir oran belirleyebileceklerdi. Taraflar açıkça belirleme yapmamışlarsa, Borçlar Kanunu'nu uygulansa da yine İş Kanunu'ndaki oranın uygulanacağı ifade edilmişti³⁹⁹.

4857 sayılı İş Kanunu fazla sürelerle çalışmayı açıkça düzenlemiştir. Fazla sürelerle çalışma için, temel olarak fazla çalışma hükümleri esas alınsa da farklı düzenlemelere yer verilmiştir. Bu farklılık öncelikli olarak ücret konusunda kendini hissettirmektedir. Fazla sürelerle çalışmada her fazla çalışılan saat için işçiye verilecek ücret, normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının % 25 yükseltilmesiyle ödenecek ücrettir⁴⁰⁰. Fazla çalışma için belirlenen oran %25 yerine %50 olarak

³⁹⁷ Yargıtay, sözleşmede belirlenen sürenin aşılması halinde fazla çalışmanın olduğunun kabul edilebilmesi için, tarafların bu konuda açık iradelerinin olmasını aramaktaydı, Y.9.H.D., 19.09.1991, E.11289, K.12317 (**Çimento İşveren D.**, Kasım 1991), s.30; Öğretide ise, yasal çalışma süresini aşmayan çalışmaların fazla saatlerle çalışma olarak adlandırılıp karşılığının fazla çalışma ücretinden az, normal ücretten fazla bir ücret ile ödenmesi gerektiği ifade edilmiştir, Ekonomi, s.301; Bu çalışmaların fazla çalışma olarak kabul edilmesi gerektiği de ifade edilmiştir, Narmanlıoğlu, *Değerlendirme*, s.24.

³⁹⁸ Öner Eyrenci, "Ücret ve İşin Düzenlenmesi", **Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1979-83**, s.162.

³⁹⁹ Ekonomi, s.300.

⁴⁰⁰ Kanun koyucunun, fazla çalışma ile fazla sürelerle çalışma arasındaki ücret farkını belirlerken, 1475 sayılı Kanun uygulanırken sözleşme ile yasal haftalık çalışma süresinin altında bir süre karşılaştırılmışsa, bu süreyi aşan ancak 45 saati geçmeyen çalışmalara normal ücret ödenmesi yönünde kararlar veren Yargıtay'dan etkilendiği ileri sürülmüştür, Günay, s.61.

belirlenmiştir. Ancak taraflar anlaşarak, işçinin lehine, fazla sürelerle çalışma için % 25'in üzerinde bir oranı belirleyebilirler. Bireysel iş sözleşmeleri veya toplu iş sözleşmeleri ile 45 saatin altında kalan fazla süreli çalışmalar "*fazla çalışma*" olarak nitelendirilmiş olabilir. Bu nitelendirmeyi, fazla sürelerle çalışma kavramını ortadan kaldıran, fazla çalışma kavramını genişleten bir düzenleme olarak anlamamak gerekir. Bu tür anlaşmaları, fazla sürelerle çalışma için fazla çalışma ücretinin ödenmesinin kararlaştırıldığı şeklinde yorumlamak doğru olacaktır⁴⁰¹. Kanaatimizce, sözleşme ile haftalık çalışma süresi 45 saatin altında belirlenmişse, bu belirlenen süreyi aşan ancak 45 saate varmayan çalışmalara verilecek ücrete %25 oranının uygulanması yerinde değildir. Çünkü işçi ve işveren anlaşarak haftalık çalışma süresini indirmişlerdir ve fazla çalışmanın tespitinde kullanılan 45 saatlik haftalık çalışma süresinin yerini tarafların belirlediği çalışma süresi almıştır. Eğer tarafların haftalık çalışma süresini indirmesini kabul ediyorsak, sözleşmede ya da Kanun'da belirlenen haftalık çalışma süresinin aşılması fazla çalışma olarak kabul edilmeli ve aynı orana tabi tutulmalıdır.

Fazla sürelerle çalışma, fazla sürelerle çalışma nedenleri, işverenin talebi ve işçinin onayı açısından fazla çalışma türlerinde bahsettiğimiz kurallara bağlıdır. Fazla sürelerle çalışma işçinin onayı ile olağan şekilde yapılabileceği gibi, işverenin talimatı ile zorunlu nedenlerle ve Bakanlar Kurulu'nun kararı ile olağanüstü hallerde de yapılabilecektir⁴⁰².

İş Kanunu'nun 41'inci maddesinin 7'nci fıkrasında "*Fazla saatlerle çalışmak için işçinin onayının alınması gerekir*" şeklindeki hükümde fazla saatlerle ifadesinin hem fazla çalışma hem de fazla sürelerle çalışmayı kapsayan bir anlamı bulunmaktadır⁴⁰³. Ayrıca Fazla Çalışma Yönetmeliği'nin 9'uncu maddesinin ilk fıkrası, fazla süreli çalışma yapılabilmesini işçinin yazılı onayının alınması şartına bağlamıştır⁴⁰⁴. Ancak bu onayın fazla çalışmalarda her yıl alınması gerekirken, fazla sürelerle çalışma konusunda böyle bir şartın ileri sürülmesi aynı maddenin 2'nci

⁴⁰¹ Eyrenci, *Yeni Düzenlemeler*, s.44.

⁴⁰² Akyiğit, s.267; İş Kanunu'nun 41'inci maddesinin 3'üncü fıkrası, 42'nci maddesinin 2'nci fıkrası, 43'üncü maddesinin 2'nci fıkrası ve Fazla Çalışma Tüzüğü'nün 1'nci maddesi bu düzenlemeyi öngörmektedir.

⁴⁰³ "*Fazla saatlerle çalışmak*" ibaresini fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışmayı içine alan bir kavram olarak değerlendirmek gerekmektedir, Günay, s.63; Soyer, *Fazla Saatler*, s.800; Kılıçoğlu, s.400; Mollamahmutoğlu, s. 705;

⁴⁰⁴ Aksi yönde bir görüş, Fazla Çalışma Yönetmeliği çıkarılmadan önce, fazla sürelerle çalışma yapılabilmesi için işçinin onayına ihtiyaç bulunmadığı şeklinde, İş Kanunu'nun 41'inci maddesine dayanarak ifade edilmiştir, Ekonomi, *Fazla Çalışma*, s.169.

fikrasına göre mümkün değildir (FÇY.m.9/II)⁴⁰⁵.

Fazla sürelerle çalışma yapan işçi, hak ettiği ücret yerine serbest zaman kullanmak isteyebilir. İş Kanunu'nun 41'inci maddesinin 4'üncü fıkrasında belirtildiği üzere, fazla sürelerle çalıştığı her saat karşılığında ücret yerine 1 saat 15 dakika serbest zaman kullanma hakkına sahiptir. İşçi serbest zaman kullanmak isterse bu hakkını 6 ay zarfında, çalışma süresi içinde aralıksız, ücretinden bir kesinti olmaksızın kullanabilecektir. Fazla sürelerle çalışma yapan işçinin serbest zaman kullanma hakkının tabi olacağı hükümler, kullanılacak sürenin uzunluğu dışında fazla çalışma yapan işçinin serbest zaman kullanma hakkına uygulanacak hükümlerle aynı olacaktır.

Fazla sürelerle çalışma yapan işçinin çalışma süresinin de denkleştirmesi mümkündür. İş Kanunu'nun 41'inci maddesinin 3'üncü fıkrası fazla sürelerle çalışmayı tanımlarken, 41'inci maddenin ilk fıkrasında fazla çalışma için belirlenen esaslar dahilinde uygulanan "ortalama haftalık çalışma süresinden" bahsetmektedir. Ortalama haftalık çalışma süresi sözleşmede belirlenen haftalık çalışma süresi dikkate alınarak tespit edilecektir⁴⁰⁶.

Fazla sürelerle çalışma için, ne İş Kanunu ne de Fazla Çalışma Yönetmeliği bir süre sınırı getirmiştir. Yıllık 270 saatlik olarak belirlenen sınır fazla çalışma için öngörülmüştür⁴⁰⁷. Ancak fazla sürelerle çalışmanın özünde bir sınırlama bulunmaktadır. Bu sınır ise, sözleşme ile kararlaştırılan normal çalışma süresi ile haftalık 45 saat olan yasal çalışma süresi arasındaki zamandır⁴⁰⁸. Taraflar nasıl ki, fazla sürelerle çalışma için fazla çalışma ücretini kararlaştırma hakkına sahipse, sınır belirleme konusunda da işçi lehine anlaşma yapabilecekleri kabul edilmelidir.

Fazla çalışma yapılamayacak işler ve işçiler açısından belirlenen yasakların, kısmi süreli iş sözleşmeleri için getirilen yasak hariç olmak üzere, fazla sürelerle çalışma için uygulanması konusunda açık bir hüküm bulunmamaktadır. Kanaatimizce, Fazla Çalışma Yönetmeliği'nin 8'inci maddesinin son fıkrası kısmi süreli çalışmalar

⁴⁰⁵ Akyiğit, *Normali Aşan Çalışmalar*, s.10; Günay, fazla sürelerle çalışma için de her yıl işçiden onay alınmasının gerektiğini belirtmektedir, Günay, s.66; Nurşen Caniklioğlu, s.171.

⁴⁰⁶ Akyiğit, ss.286-287.

⁴⁰⁷ Nurşen Caniklioğlu, s.173; Ekonomi, *Fazla Çalışma*, s.169; Mollamahmutoğlu, s.705.

⁴⁰⁸ Günay, s.72.

için fazla süreli çalışma yapılamayacağını açıkça belirterek, diğer yasakların fazla sürelerle çalışma için uygulanmayacağını hüküm altına almıştır. Ancak bazı yasakların fazla sürelerle çalışma yapacak işçiler için de geçerli olduğunun kabul edilmesi gerekliliği ileri sürülmüştür. Örneğin, sağlık durumunun fazla çalışma yapmaya engel olduğu işçilerin fazla sürelerle çalışma yapması da yasak olmalıdır⁴⁰⁹.

2.7. FAZLA ÇALIŞMA BENZERİ BİR ÇALIŞMA TÜRÜ OLAN

HAZIRLAMA TAMAMLAMA ve TEMİZLİK İŞLERİ

2.7.1. Hazırlama, Tamamlama ve Temizlik İşleri Kavramı

İşyerinde yürütülen asıl işin düzenli bir şekilde yapılabilmesi için, önceden veya sonradan hazırlama, tamamlama veya temizlik işlerinin yapılması gerekebilir. Yapılacak olan bu işler, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 70'inci maddesinde "Genel olarak bir işyerinde belirli çalışma saatlerinden önce veya sonra gerekli olan hazırlama veya tamamlama yahut temizleme işlerinde çalışan işçiler için işin düzenlenmesi ile ilgili hükümlerden hangilerinin uygulanmayacağı yahut ne gibi değişik şartlar ve usullerle uygulanacağı Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından hazırlanacak bir yönetmelikte gösterilir" şeklindeki hüküm ile özel olarak düzenlenmiştir. Madde metninde sözü edilen yönetmelik "*Hazırlama, Tamamlama ve Temizlik İşleri Yönetmeliği*" (HTTİY.) adıyla çıkartılmıştır⁴¹⁰.

Hazırlama, Tamamlama ve Temizlik İşleri Yönetmeliği'nin 1'inci maddesine bakıldığında, bu kapsamda değerlendirilen işleri, bir işyerinde yürütülen asıl işin düzenli, sağlıklı ve güvenli bir şekilde sürdürülmesi için, asıl işe başlamadan önce veya sonra zorunlu olarak yapılması gereken ek çalışmalar şeklinde tanımlayabiliriz. İşyerindeki makinelerin temizlenmesi ve çalışır halde muhafazası için yapılan

⁴⁰⁹ Nurşen Caniklioğlu, s.174; Mollamahmutoğlu, sağlık kuralları bakımından ancak 7,5 saat ya da daha az çalışması gereken işlerde ve gece yapılan çalışmalarda, fazla süreli çalışma yasağının söz konusu olabileceğini ifade etmektedir. Sağlık kuralları bakımından ancak 7,5 saat ya da daha az çalışması gereken işlerde, sözleşme ile öngörülen haftalık 45 saatten az çalışma süresinin çalışılan günlere dağılımına göre bulunan günlük iş süresi ve ek olarak yapılan çalışmaların toplamı, bu işler için belirlenen günlük çalışma süresini; gece döneminde yapılan işlerde de günde 7,5 saati aşamayacaktır, Mollamahmutoğlu, s.705; Söz konusu düşünceye karşı olan görüşlerimizi örnekle açıklayalım. Sağlık kuralları bakımından günde 7,5 saat çalışılacak bir iş yerinde 6 iş günü için sözleşme ile haftalık çalışma süresi 36 saat olarak belirlenmiş olsun. Sözleşmeye göre günde 6 saat çalışacak işçinin yasal sınır olan 7,5 saate kadar fazla sürelerle çalışma yapabileceğinin kabul edilmesi yerinde olacaktır.

⁴¹⁰ RG., 28.04.2004, 25446.

hazırlıkları, üretimin gerçekleştirilmesine yarayacak ham maddelerin ikmali ve makinelerin başında hazır bulundurulmasını, sağlık bakımından işyerinde yapılması gerekli temizlik işlerini hazırlama, tamamlama ve temizlik işlerine örnek olarak gösterebiliriz⁴¹¹.

İşyerine, asıl işi yapmaksızın sadece hazırlama tamamlama ve temizlik işlerini görmek üzere işçiler alınabilir veya işyeri çalışanları, günlük çalışma saatleri içinde hazırlama, tamamlama ve temizlik işlerini yapabilirler. Her iki durumda da bu işçilere Hazırlama, Tamamlama ve Temizlik İşleri Yönetmeliği'nin uygulanması mümkün olmayacaktır. Hazırlama, Tamamlama ve Temizlik İşleri Yönetmeliği'nin 2'nci maddesinin 1'inci fıkrasında belirtildiği gibi, bu işlerin *mutlaka asıl işi yapan işçiler tarafından asıl işe ek olarak yapılması* gerekmektedir. Hazırlama, Tamamlama ve Temizlik İşleri Yönetmeliği'nin 2'nci maddesinin 2'nci fıkrasında ise, asıl işçilerden ayrı olarak sadece bu işleri yapacak işçiler işyerinde bulunuyorsa, bu işçilere İş Kanunu'nun uygulanacağı hüküm altına almıştır.

Yapılan işle ilgili olarak Hazırlama, Tamamlama ve Temizlik işleri Yönetmeliği'nin 4'üncü maddesinde, hazırlama, tamamlama ve temizlik işlerinin asıl işin yapıldığı sırada yapılmamasının nedeni açıklanmıştır. Buna hükme göre, teknik bir zorunluluğun bulunması veya bu işlerin asıl işlerin yapıldığı sırada yapılmasının sağlık ve güvenlik bakımından sakıncalı, güç, hatta bazı işler açısından imkansız olması gerekmektedir. Teknik bir zorunluluk yoksa, işçi sağlığı ve güvenliği tehlikede değilse, yapılan işlere Hazırlama, Tamamlama ve Temizlik İşleri Yönetmeliği'nin uygulanması mümkün değildir.

Günlük çalışma süresi Kanun ve Yönetmelikler ile sınırlandırılmış olan işlerde, günlük çalışma süresine ek olarak işin başında veya sonunda hazırlama, tamamlama ve temizlik işlerinin yapılması da mümkün değildir. Gece çalışmaları, günde 7,5 saat veya daha az çalışması gereken işlerde hazırlama, tamamlama ve temizlik işleri, bu işler için öngörülen iş sürelerini aşmayacak şekilde belirlenmelidir⁴¹².

⁴¹¹ Erkul ve Karaca, s.262.

⁴¹² Demir, *Sorularla İş Hukuku*, s.271.

2.7.2. Hazırlama, Tamamlama ve Temizlik İşlerinin Hukuksal Düzeni ve Fazla Çalışma İle Karşılaştırılması

Hazırlama, tamamlama ve temizlik işleri, belirli günleri kapsayan veya istisnai bir nitelik göstermeyen, asıl işi yapan işçiler tarafından, asıl işe başlamadan önce veya asıl iş bittikten sonra yapılan *süreklilik arz eden* çalışmalardır⁴¹³ (HTTİY.m.1). Fazla çalışma ise, Kanun'da gösterilen sebeplerin ortaya çıkması ile yapılan süreklilik arz etmesi gerekmeyen çalışmalardır.

Hazırlama, tamamlama ve temizlik işlerinde çalışacak işçilerin sayısı, işyerinde çalışan işçilerin sayısına göre 3 ile 10 arasındaki işçi sayısı ile sınırlandırılmıştır. İşyerinde işçi sayısı 100 kişiden fazla ise, bu işlerde çalışacakların sayısı toplam işçi sayısının %10 nu geçemez. (HTTİY.m.6). Bu işlerin, işyerinde çalışanlara nöbetleşe yaptırılması esastır. Ancak, yapılacak işlerin bu işler için yetişmiş kişilerce yapılması zorunlu ve işçi sayısı da yeterli değilse, aynı kişiler tarafından yapılmasına izin verilmektedir (HTTİY.m.9). Hazırlama, tamamlama ve temizlik işlerini yapmak için belirlenen işçilere başka işler yaptırılması yasaklanmıştır (HTTİY.m.14).

Hazırlama, tamamlama ve temizlik işlerinde çalışacak işçilerin sayısı, fazla çalışmadan farklı olarak sınırlandırıldığı gibi, yapılacak çalışmanın süresi de sınırlandırılmıştır. İşçiler bu işlerde, asıl işin başlamasından önce veya asıl iş bittikten sonra, asıl işe ek olarak günde *en çok 2 saat* çalıştırılabilirler (HTTİY.m.5). Hazırlama, tamamlama ve temizlik işleri dahil olmak üzere işçinin günlük çalışma süresi 11 saati geçemez (HTTİY.m.12/I). Günlük sınırın yanı sıra, fazla çalışmanın yıllık sınırının aynısı bu işler için de getirilmiştir. Bu işler için yapılan çalışmaların toplam süresi, yılda 270 saati geçemeyecektir (HTTİY.m.12/II). Bu yüzden hazırlama, tamamlama ve temizlik işleri için öngörülen 270 saati dolduran işçinin, fazla çalışma ya da hazırlama, tamamlama ve temizlik işleri için çalıştırılmaması gerekmektedir.

Çalışma süresi ile ilgili getirilen bir diğer düzenleme de, ara verilmesinde teknik sakınca bulunmayan hallerde, asıl iş bittikten sonra bu kapsamdaki işlerde

⁴¹³ Bu çalışmaların süreklilik niteliği taşımaları "sürekli fazla çalışma" olarak adlandırılmalarına neden olmuştur. Aynı yazarlar tarafından fazla çalışma "geçici fazla çalışma" olarak adlandırılmıştır, Tunçoğlu ve Centel, ss. 151-152.

çalışacak işçilere *yarım saatten az olmamak üzere dinlenme süresi* verilebileceğidir. Ancak, İş Kanunu'nun 78'inci maddesinde belirtilen ağır ve tehlikeli işlerde, herhangi bir teknik sakınca bulunmuyorsa, ara dinlenmesi verilmesi zorunludur. Dinlenme süresi, ara dinlenmesinde olduğu gibi çalışma süresinden sayılmamaktadır (HTTİY.m.10).

Hazırlama, tamamlama ve temizlik işlerini yapan işçilere ödenecek ücret, fazla çalışma ücreti ile aynı esaslara göre ödenmektedir. İşçinin ek işlerde geçirdiği her saat için ödenecek ücret, asıl işlerinde aldıkları normal ücretlerinin saat başına düşen ücretinin %50 yükseltilmesi suretiyle hesaplanacaktır (HTTİY.m.15).

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

FAZLA ÇALIŞMANIN KANITLANMASI ve KARŞILIĞI

İşçi ile işveren arasında genellikle fazla çalışmanın varlığı veya fazla çalışma saatlerinin hesaplanması konusunda ihtilaflar yaşanmaktadır. Fazla çalışma ücreti dava konusu yapıldığında, bu hakkın gerçekten var olup olmadığının anlaşılması, maddi hukukun o hakkın doğumuna bağladığı vakıaların doğru olup olmadığının tespit edilmesi sonucunda mümkün olmaktadır. İşte bu tespit için, mahkemenin kanaat edinmesini sağlayamaya yönelik yapılan işleme ispat denmektedir⁴¹⁴. Fazla çalışma yaptığını ancak karşılığını alamadığını ispat edecek olan işçidir. İşçinin ispat yükü ve bu ispatta kullanacağı delilleri, Yüksek Mahkeme'nin uygulamada ortaya koyduğu kriterleri de kapsayacak şekilde inceleyeceğiz.

Bu bölümün ikinci ana konusunu oluşturan fazla çalışmanın karşılığını ödeme borcu işverene aittir. İşverenin bu borcunu yerine getirdiğini ispat etmesi gerekmektedir. Fazla çalışma ücretinin ödendiğinin ispat ederken kullanacağı deliller ve bu ispat yükünün özelliklerini ayrıntılı olarak incelemeye çalışacağız. İşçinin yapmış olduğu fazla çalışmanın asıl karşılığı fazla çalışma ücreti olmakla birlikte 4857 sayılı İş Kanunu ile işçiye tanınan serbest zaman kullanma hakkı ve işverenin fazla çalışma karşılığını işçiye vermemesinin sonuçlarını yine Yüksek Yargının kararlarını yorumlayarak inceleyeceğiz.

3.1. FAZLA ÇALIŞMANIN KANITLANMASI

3.1.1. İspat Yükü

İddia edilen olayların kim tarafından ispat edileceği sorusu karşımıza ispat yükü konusunu çıkarmaktadır⁴¹⁵. İş Kanunu'nda ispat yüküne ilişkin bir hüküm bulunmadığından, genel hüküm olan Medeni Kanunu'nun 6'ncı maddesi bize yol

⁴¹⁴ Baki Kuru, Ramazan Arslan ve Ejder Yılmaz, **Medeni Usul Hukuku**, Genişletilmiş 12. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları, 2000, s. 421.

⁴¹⁵ Kuru ve Diğerleri, s. 423.

gösterecektir. Bu maddeye göre, kanun aksini emretmedikçe, iki taraftan her biri iddiasını ispat etmekle yükümlüdür⁴¹⁶. İşçi fazla çalışma yaptığı iddiasını ileri sürüyorsa, ispat etmekle yükümlüdür. Yargıtay, fazla çalışma yaptığını ve ücretini alamadığını ileri süren işçinin bu iddiasını ispat etmekle yükümlü olduğunu kararlarına yansıtmıştır⁴¹⁷.

İspat konusunda işçiyi güçlü kılan ise, fazla çalışmasını her türlü delil ile ispat edebilme hakkının kendisine verilmiş olmasıdır. Buna karşılık, fazla çalışma ücretinin ödendiğini iddia eden işveren ise, fazla çalışma ücretini ödendiğini sadece yazılı deliller ile ispat edebilecektir.

İşçi fazla çalışma yaptığını ispat ederken, fazla çalışılan saat sayısını ve günlerini ispat etmesi gerekecektir⁴¹⁸.

3.1.2. İşçinin Kullanabileceği Deliller

İşçinin fazla çalışma yaptığını her türlü delil ile ispat edebileceğini yukarıda belirttik. İşyeri kayıtlarına⁴¹⁹, çalışma saatlerinin tespitine yarayabilecek şirket içi yazışmalara dayanabilir⁴²⁰. İşyerinde fazla çalışma yapıldığını tespit eden iş müfettişlerinin tuttuğu rapor, aksi ispat edilinceye kadar geçerli olacak, işçi tarafından kullanılabilir⁴²¹. İşverenin vermekle yükümlü olduğu ücret hesap pusulası,

⁴¹⁶ Narmanlıoğlu, s.506; Süzek, s.630.

⁴¹⁷ "Fazla çalışma yapıldığını, genel, resmi ve bayram tatillerinde çalışıldığını işçinin; karşı iddiayı ve özellikle ücreti ödendiğini işverenin kanıtlanması gerekir", Y.9.H.D., 25.03.2008, E.2007/9975, K.2008/6368 (Çalışma ve Toplum D., 2008/3) s.287; Y.9.H.D., 22.05.2003, E.2002/26243, K.2003/8954, Ertekin, s.715; Y.9.H.D., 20.09.1996, E.5981, K.17572 (Tekstil İşveren D., Ocak 1997) s.16.

⁴¹⁸ "Fazla çalışma iddiasında bulunan işçi bunun şekil ve mahiyetini bildirmekle yükümlüdür.", Y.9.H.D., 26.03.1970, E.1052, K.2977, Çemberci, s.830.

⁴¹⁹ "...davacı fazla mesai iddiasını kanıtlamak için işverenlikçe düzenlenen nöbet çizelgelerine dayanmıştır. ..Davacı... fazla mesai yaptığını yazılı delillerle kanıtlamış olduğuna göre...isteğin kabulü gerekir", Y.9.H.D., 26.01.2004, E.2003/11701, K.2004/1249, Ertekin, s.697; "...Davacının işyeri devam kartlarından bazı günler için, normal çalışma saatleri dışında çalıştığı görülmektedir. Bilirkişi ek raporunda bu hususu tespit ettiği halde, mahkemenin, tanık beyanlarına göre hazırlanan ilk bilirkişi raporunu esas alıp fazla mesai alacağı talebini reddetmesi hatalıdır", Y.9.H.D., 22.06.2005, E.2004/32014, K.2005/22479 (Legal İHSGHD., S.9, 2006) ss.313-314; İşçinin işyerine girmesi çalışma süresinin başladığı anlamına gelmez. Yargıtay, işe giriş çıkışların denetlenmesine yarayan saat kartlarının delil olarak sunulduğu bir ihtilafta, saat kartlarının işçinin iş yapmaya hazır durumda olduğu sürelerin hesaplanmasında yeterli belge olarak görmemektedir, Y.9.H.D., 18.03.1975, E.26527, K.17545, Kurucu, s.299; "Dosyaya sunulan puantaj kayıtlarının kapsadığı dönemle ilgili olarak anılan kayıtlar esas alınarak hesaplama yapılmalı ve davacının bu dönem için fazla çalışma ücreti ile bayram ve genel tatil ücretlerine hak kazanıp kazanmadığı belirlenmelidir", Y.9.H.D., 21.02.2006, E.2005/33806, K.2006/4318, Çil, Şerh, s.2530.

⁴²⁰ Çil, Fazla Çalışma, s.64.

⁴²¹ Y.9.H.D., 14.06.1999, E.8239, K.10587, Günay, Şerh, s.1811; Bir başka kararda ise, işverenden imza föyleri, puantajlar istenmeden yetersiz tanık anlatımları ve müfettiş raporuna dayanılarak karar verilemeyeceği belirtilmiştir, Y.9.H.D., 03.06.2004, E.12059, K.13337, Çil, Şerh, s.2610.

bordrolar da işçi tarafından delil olarak kullanılacaktır. Ancak biz bordro konusunu, işverenin fazla çalışma ücretini ödediğini ispat etmek için kullanacağı deliller arasında incelemeyi uygun gördüğümüz için burada bilgi vermeyi uygun görmüyoruz.

İşyeri kayıtlarını işveren tuttuğu için, çoğu zaman işçinin bunları kendi yararına kullanması mümkün olmamaktadır. Tanık delili bu yüzden işçi açısından çok önemlidir ve çok sık kullanılmaktadır. Tanık anlatımlarının yeterli olmadığı durumlarda işçi keşif ve bilirkişi deliline de dayanabilir.

Önemi nedeniyle tanık delilinin özellikle açıklanmasını yerinde görmekteyiz. Fazla kullanılsa da işçinin iddiasını ispatını etkileyecek olan delil sözleşmeleri, bilirkişi ve keşif delilini alt başlıklar halinde inceleyeceğiz. Ayrıca Yargıtay'ın kararları ile artık kriter haline gelmiş, işçinin fazla çalışma iddialarına getirilen sınırlama olarak nitelendireceğimiz *hayatın olağan akışına uygunluk, üst düzey yönetici kabul edilen işçilerin durumu ve vardiya sistemi ile çalışan işçilerin fazla çalışma iddialarına* bakış açısı incelenecektir.

3.1.2.1. Tanık

Tanıklık üçüncü kişilerin dava ile ilgili bir olay hakkında dava dışında edinmiş olduğu bilgiyi mahkemeye bildirmesidir. Fazla çalışma ücretinin ödenmesi amacıyla açılan davalarda, tanık delili, özellikle işverenin kayıt dışı fazla çalışma yaptırması ve uzun yılları kapsayan fazla çalışma iddialarının ispatında önem kazanmaktadır.

Tanıkların gerçek dışı söylemleri olabileceği kabul edildiğinden yazılı delil kadar güvenilir bir delil değildir. Çünkü, işçilerin birbirlerine tanıklık yapması halinde, ortak bir menfaat söz konusu olacağından yalnızca tanık beyanlarının dikkate alınmaması gerekecektir. Ayrıca tanık ifadesi, işini kaybetmek korkusuyla çekinen bir işçinin çalışma düzeniyle ilgili doğru bilgileri vereceğine ilişkin şüpheleri de taşıyabilir. Hakimin kararına dayanak olarak kullanacağı tanık beyanlarının, tarafsız, kuşkuya yer vermeyecek içerikte olması gerekmektedir. Tanık ifadelerinde çelişkiler varsa, bunların mutlaka giderilmesi gerekmektedir⁴²². İşçinin fazla çalışma yaptığını kanıtlamak için

⁴²² Y.9.H.D., 25.03.2008, E.2007/37113, K.2008/6385 (Çalışma ve Toplum D., 2008/3), ss.297-302.

işyeri düzenini, çalışma saatlerini bilen tanıkları dinletmesi gerekmektedir⁴²³. İşyeri dışından kişilerin hatta işçinin eşinin tanıklığı dahi kabul görmemektedir⁴²⁴. Yargıtay, işyerinde çalışma şeklini gözetleme imkanına sahip komşu işyeri sahibini ve çalışanlarının beyanlarını kabul etmiştir⁴²⁵.

Hakim kararını verirken tanık sözleri ile bağlı değildir. Ancak işçi tanık ile kanıtlanma yoluna giderse, işçinin yapmış olduğu işin niteliğinin, çalışma koşullarının fazla çalışma yapılmasına uygun olup olmadığının da bilirkişi tarafından incelenmesi gerekmektedir⁴²⁶.

Tanık beyanları ile işçinin talep ettiği miktarlar arttırılamaz. Örneğin, 2 saat fazla çalışma yaptığını iddia eden işçinin tanıkları 3 saat fazla çalışma yapıldığını bildirmişlerse, 3 saat üzerinden hüküm kurulamaz.

Tanıkla ispatta, işyerinde tutulan bordroların da değerlendirilmesi gerekmektedir. İşverenin verdiği bordrolarda fazla çalışma sütunlarının boş bulunması ve işçi tarafından ihtirazi kayıt konulmadan imzalanmış olması fazla çalışma yapılmadığını kanıtlamaz⁴²⁷. Bunun yanı sıra, bordrolarda ayın bazı günleri fazla çalışma yapıldığı bilgisi bulunuyorsa ve işçi de bu bordroları ihtirazi kayıt koymadan imzalamışsa, bordrolarda yazan fazla çalışmanın üstünde fazla çalışma yaptığını tanık ile kanıtlanma imkanına sahip değildir⁴²⁸. Bu durumda tahakkuku yapılan miktarı aşan fazla

⁴²³ Y.9.H.D., 12.12.2006, E.28869, K.32756 (Çalışma ve Toplum D., 2007/2) ss.183-184.

⁴²⁴ H. Argun Bozkurt, *İş Hukuku Yargılaması*, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Ankara: Seçkin, 2003, s.428.

⁴²⁵ Y.9.H.D., 26.01.2006, E.2005/11607, K.2006/1465K., Çil, *Fazla Çalışma*, s.69, dpn.47.

⁴²⁶ Demir, s.152; " İşçinin fazla çalışma yaptığını tanıkla kanıtlaması imkanı olmakla birlikte fazla çalışmaya elverişli bir işte çalışıp çalışmadığının da belirlenmesi gerekir.", Y.H.G.K., 27.04.1983, E.9-2386, K.4222, Erdal Egemen ve Semih Temiz, *İş Hukuku Mevzuatı İle İlgili Örnek Kararlar*, 1967-1991, ss.348-349; "İşyerinin kalorifersiz iki blok ve 18 daireden oluşan bir apartman olduğu anlaşılmaktadır. Böyle bir apartmanda yapılacak günlük işlerin tamamı nazara alındığında fazla mesai yapılması mümkün değildir. Günlük 7.5 saat çalışma dışında fazla çalışma gerektiren iş olmadığından istemin reddi yerine kabulüne karar verilmesi hatalıdır.", Y.9.H.D., 06.03.2006, E.2005/36851, K.2006/5432 (Legal İHSGHD., S.10, 2006) ss.1456-1457; "...Davacı soğuk meşrubat işinde çalışmakta olup yaz ve kış aylarına göre bir ayrıma gidilmeksizin fazla çalışma hesabı yapılması da hatalı olmuştur", Y.9.H.D., 17.04.2007, E2648,K.11127 (İstanbul Barosu D., C:81, Temmuz-Ağustos 2007) ss.1772-1773;

⁴²⁷ Y.H.G.K., 27.04.1983, E.1980/9-2386, K.1983/422 (Yargıtay Kararları D., C:IX, S.11, Kasım 1983) s.1579; Y.9.H.D., 15.10.1996, E.9637, K.19560 (Tekstil İşveren D., Aralık 1996) s.18.

⁴²⁸ Y.9.H.D., 29.11.1988, E.8987, K.11366 (Yargıtay Kararları D., C:XVI, S.1, Ocak 1990) s.48; Y.9.H.D., 15.1.2001, E.14922, K.137 (Çimento İşveren D., Mart 2001) s.67; Y.9.H.D., 04.05.2004, E.3141, K.10519, Şakar, *Yorum*, s.425; Y.9.H.D., 14.11.2007, E.5954, K.34175 (Çalışma ve Toplum D., 2008/2) ss. 320-321.

çalışma iddiasının mutlaka yazılı delil ile kanıtlanması gerekmektedir⁴²⁹.

3.1.2.2. Delil Sözleşmeleri

Delil sözleşmesi, uyuşmazlık halinde belli bir hususun, belli deliller ile ispat edilebileceğinin taraflarca kararlaştırıldığı sözleşmedir. Delil sözleşmesinin konusu olarak her çeşit delil konabilir. Bu sebeple, senetle ispatı gereken bir konunun senet dışında (örneğin tanık ile) bir delil ile ispat edilebileceği kararlaştırılabilir. Delil sözleşmesinin en önemli özelliği ise, tarafların sözleşmede kararlaştırılan delillerden başka deliller ileri sürmelerinin mümkün olmamasıdır.

İşçinin fazla çalışma yapıldığını her türlü delil ile ispat etme hakkı bulunmaktadır. Yazılı delil göstermesi aranmamaktadır. Ancak işçi ve işveren anlaşarak, bu hususun ispat edilmesinde belli delillerin kullanılması konusunda delil sözleşmesi yapmışlarsa, sadece o delillerin kullanılması gerekecektir.

Delil sözleşmesinde belirtilen delillerin mutlak olarak kabul edilmeyeceği Yargıtay'ın, "*...çalışma sürelerinin saat kartı ve puantaj defteriyle isbat edilmesi konusunda delil sözleşmesi yapılmıştır. Sözü edilen belgelerde fazla çalışma yaptığı yazılı değilse davacı başka delile dayanamaz. Ancak her iki delil birbirini doğrulamıyorsa veya işyerinde saat kartı ve puantaj defteri tutulmamışsa, davacı her türlü delil getirebilir*" şeklindeki kararında belirtilmiştir⁴³⁰. Buna göre, delil sözleşmesi ile belirlenen delillerin güvenilir ve tutarlı olmaları halinde bu deliller karara dayanak yapılacaktır.

3.1.2.3. Bilirkişi ve Keşif

Davada, çözümlenmesi özel bilgiyi ve tekniği gerektiren konularda hakim bilirkişiye başvurabilmektedir. İşçinin fazla çalışma iddiası konusunda diğer deliller ile kesin bir sonuca ulaşılamadığında, görülen iş, işyerinin kapasitesi ve niteliği,

⁴²⁹ "...Dairemizin kararlılık kazanmış olan uygulamasına göre, işçiye fazla çalışma ücreti tahakkuk ettirilerek ihtirazi kayıtsız olarak imzası karşılığında ya da banka hesabına ödenmesi durumunda tahakkuku yapılan miktarı aşan çalışmaların yazılı delille kanıtlanması gerekir", Y.9.H.D., 17.04.2007, E.2648, K.11127 (İstanbul Barosu D., C.81, Temmuz-Ağustos 2007) s.1772; Y.9.H.D., 20.11.2007, E.26287, K.34662 (Çalışma ve Toplum D., 2008/2) ss.294-296.

⁴³⁰ Çemberci, Şerh 1984, s.593, dpn.47.

çalışanların sayısı ve diğer özel durumlar dikkate alınarak işin fazla çalışmaya uygun olup olmadığı ya da uygunsuzsa fazla çalışma saatlerinin hesaplanması için bilirkişiye başvurulur⁴³¹. Ancak bilirkişi raporunun mahkeme kararına dayanak oluşturabilmesi için denetime elverişli olacak açıklığı sahip olması gerekmektedir⁴³².

Bilirkişi raporu hakimi bağlamamaktadır (HMUK.m.286). Yargıtay bu maddeyi, hakim raporu yeterli bulmazsa, konunun aydınlatılması için ek rapor alınması şeklinde değerlendirmektedir⁴³³.

Bazen de uyuşmazlığın özelliğine göre anlaşmazlığın çözümü için işyerinde araştırma yapılması gerekebilir. Fazla çalışmanın ispatında tanık anlatımlarının ve diğer delillerin yetersiz kaldığı hallerde, bilirkişi aracılığıyla yerinde inceleme (keşif) yapılarak, işyerinin kapasitesi, fazla çalışmaya uygun olup olmadığı tespit edilmeye çalışılmaktadır.

Mahkemeye sunulan bilirkişi raporuna karşı, taraflar fazla çalışma konusunda eksik olduğunu düşündükleri veya anlaşılmayan kısımlar için, raporun tebliğinden itibaren 1 hafta içinde beyanda bulunmak zorundadırlar. Bu itiraz süresini geçiren tarafın bir daha itiraz etme hakkı bulunmamaktadır ve rapor tarafları bağlamaktadır⁴³⁴. Ancak Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na aykırı olarak, yetkisini aşan bilirkişinin verdiği rapora karşı süresinde itiraz yapılmazsa bile rapor tarafları bağlamayacaktır (HUMK.m.275 vd.)⁴³⁵.

⁴³¹ Y.9.H.D., 28.02.1980, E.2016, K.2858, Çemberci, s.828.

⁴³² Y.9.H.D., 24.11.2005, E.9470, K.37139 (Çimento İşveren D., C.20, S.2, Mart 2006), s.29.

⁴³³ Bozkurt, s.443.

⁴³⁴ "...rapor okunmuş ve davacı vekili ...raporu kabul ettiğini belirtmiştir. O halde...raporda belli edilen...miktar,davali bakımından kazanılmış hak olmuştur", Y.H.G.K., 11.09.1968, E.247, K.594, Çemberci, s.757; "Mahkemece mütalasına başvuru bilirkişi raporunda, davacının fazla çalışmaları karşılığı ...TL alacağı olduğunu belirlemiş ve buna taraflarca itirazda bulunulmamıştır. Anılan bilirkişi raporu hükme esas alındığı halde talep edilen...TL nin hüküm altına alınması hatalıdır", Y.9.H.D., 17.11.1999, E.14655, K.17556, Günay, Şerh, s.1809.

⁴³⁵ Y.H.G.K., 05.02.2003, E.9-12, K.55, Mustafa Kılıçoğlu ve Kemal Şenocak, **İş Kanunu Şerhi**, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, C: 2, İstanbul: Legal, 2008, ss. 504-5005.

3.1.3. Fazla Çalışma İddiasında Özel Durumlar

3.1.3.1. Hayatın Olağan Akışına Aykırı Fazla Çalışma İddiası

Yargıtay, işçi tarafından ileri sürülen fazla çalışma iddialarının inandırıcı olmasını aramaktadır. İş hukukunda yasal olarak düzenlenmemiş, Yargıtay'ın uzun süreli fazla çalışmalar için uyguladığı “*hayatın olağan akışına aykırı fazla çalışma*” kriterine değinmek gerekmektedir. Hukuka aykırı olarak yaptırılan fazla çalışmalar açısından, Yargıtay'ın bu ilkesini bir sınır olarak değerlendirmemiz de mümkündür⁴³⁶.

Yargıtay, değişik tarihlerde verdiği kararlarındaki kararlı tutumu ile uyuşmazlık halinde bazı fazla çalışma iddialarını, hayatın olağan akışına, insan doğasına aykırı bulmakta ve hesaplanan ücret üzerinden hakimin hakkaniyet indirimi⁴³⁷ yapması gerektiğini belirtmektedir⁴³⁸. Hakimin her uzun dönemi kapsayan fazla çalışma iddiası karşısında indirim gidebilmesi mümkün değildir. Öncelikli olarak, taraflar arasında fazla çalışma süresi konusunda ihtilaf olması gerekmektedir⁴³⁹. Hastalık, mazeret gibi nedenler dikkate alınmadan; kişinin uyku ve diğer ihtiyaçları düşünülmeden; hafta tatili, bayram ve genel tatillerin hepsinde fazla çalışma yaptığı iddiası karşısında hakime, makul bir indirim⁴⁴⁰ gitmesi gerektiği belirtilmektedir⁴⁴¹. Gün içerisinde uzun çalışma süresi içinde yemek ve diğer ihtiyaçlar için ara verilmeden

⁴³⁶ Akyiğit, *Normali Aşan Çalışmalar*, s.6.

⁴³⁷ Hakimin uygulayacağı bu indirim, Yargıtay kararlarında hakkaniyet indirimi, takdiri indirim veya uygun bir indirim, makul indirim sözleri ile belirtilmektedir.

⁴³⁸ “*Bir kimsenin uyku ve diğer doğal ihtiyaçlarının giderilmesi için geçecek zaman saptanıp yirmidört saatlik süreden çıkarılarak arta kalan süreye göre fazla çalışma bulunmalıdır*”, Egemen ve Temiz, ss.339-340; Y.9.H.D., 1.6.2005, E.2004/27123, K.2005/10017 (**İstanbul Barosu D.**, C:79, Temmuz-Ağustos 2005) ss.1306-1307; Y.9.H.D., 3.2.2005, E.204/27767, K.2005/3061 (**Legal İHSGHD.**, S.7, 2005) ss.1356-1357.

⁴³⁹ “*...Davacının yaptığı fazla mesai süresinde ihtilaf mevcut değildir. Bu nedenle bilirkişi tarafından belirlenen ücret alacağından mahkemece takdiri indirim yapılması hatalıdır*”, Y.9.H.D., 10.02.1999, E.313, K.1818 (**İstanbul Barosu D.**, C:73, S.3, Eylül 1999) ss.777-778.

⁴⁴⁰ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 31.03.1997, E.1996/22749, K.1997/6449 sayılı kararında, işçinin 5 yıllık süre içinde hafta tatilleri, bayram ve genel tatil günlerinde hiç ara vermeden çalışmasını hayatın olağan akışına ters bulmuş ve nedenini açıklamadan fazla mesai ücretlerinin 1/3 oranında indirilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Bu karar haklı olarak Devrim Ulucan tarafından somut olayın özellikleri dikkate alınmadan yapılan indirimler açısından eleştirilmiştir, Devrim Ulucan, Karar İncelemesi, **MESS Endüstri İlişkileri Almancağı**, Yayın No:267, 1997, ss. 53-57; Aynı şekilde Metin Kutal, Yargıtay'ın uygulamasının bazı durumlar için isabetli olacağını belirtirken, yasanın kabul etmediği çalışmaların ülkemizdeki varlığının göz önünde bulundurulması gerektiğini ifade etmektedir. Özellikle fazla çalışma konusu hukuk dışı uygulamalara tipik örnek olarak gösterilmektedir. Söz konusu hukuk dışı uygulamalar dikkate alınmadan, Yargıtay'ın bu ilkeyi uygulaması işçinin korunması ilkesi ile bağdaşmayacaktır, Metin Kutal, Genel Görüşme, **Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1996**, İstanbul 1998, ss.47-48.

⁴⁴¹ Y.9.H.D., 18.01.2001, 14135/408 (**Yargıtay Kararları D.**, C:27, S.7, Temmuz 2001), s.1015; Y.9.H.D., 24.01.2005, E.2004/34013, K.2005/1280, Şakar, *Yorum*, s.423; Y.9.H.D., 22.11.2006, E.2006/11414, K.2006/30820 (**Çalışma ve Toplum D.**, 2007/3) s.302.

işçinin devamlı çalışması da hayatın olağan akışına aykırı görülmektedir. Ara dinlenme sürelerinin de dikkate alınarak uygun bir indirimle gidilmesi istenmektedir⁴⁴². Yargıtay, işçinin yıllık izin kullanarak çalışmadığı sürelerin, hesaplanan fazla çalışma sürelerinden düşülmesi gerektiğini haklı olarak kararlarında belirtmiştir⁴⁴³.

İşçinin uzun süreler boyunca hiç ara vermeden fazla çalışma yaptığını iddia etmesi karşısında Yargıtay'ın tutumunu yerinde bir uygulama olarak değerlendirmemiz mümkündür. İşçinin iddiasını genellikle tanık ifadelerine dayanarak kanıtlanmaya çalışması Yargıtay'ın bu ifadelere şüpheyle yaklaşmasını haklı gösterebilir. Yapılan indirimi çalışma süresinden indirim olarak kabul etmek gerekecektir. Örneğin, günde 3 saat fazla çalışma yerine 2 saat fazla çalışma yapıldığının kabulü hakkaniyete uygun düşecektir. İşçinin yazılı deliller ile kesin olarak ispat ettiği fazla çalışmaya indirim yapılmayacaktır⁴⁴⁴. Ancak, somut olayın özellikleri araştırılmadan her ihtilafa bu kriterin uygulanmasının işçi açısından hak kayıplarına yol açacağını düşünmekteyiz. Çünkü, ülkemiz koşulları değerlendirildiğinde, işçilerin işlerini kaybetmemek uğruna hafta tatili, bayram veya genel tatillerde fazla çalışma yaptıkları ve iş ilişkisi sona erdikten sonra fazla çalışma ücretini talep edebildikleri bu konudaki davaların sıklığından anlaşılmaktadır⁴⁴⁵. Bu yüzden fazla çalışma yapıldığı konusunda deliller incelendikten sonra kanaat getirilmişse, iddia hayatın olağan akışına aykırı bulunarak hemen reddedilmemeli, bu konuda delil ikamesi yükünün işverene geçtiği dikkate alınarak sonuca varılmalıdır⁴⁴⁶.

İşçilerin, gece bekçiliği, itfaiye işlerinde olduğu gibi günlük çalışmalara ek olarak işletmenin faaliyeti, gerek ve ihtiyaçları için uzun saatlerini işyerinde geçirmesi

⁴⁴² "Bir işçinin uzun mesai saatleri içinde yemek ve diğer ihtiyaçları için ara dinlenme yapmadan çalışması hayatın olağan akışına uygun değildir. Bu nedenle günlük çalışma saatlerinden ara dinlenme süresi için uygun bir indirim yapılmalı ve bulunan günlük çalışma süresine göre haftalık çalışma süresi belirlenmeli, 45 saati aşan kısım fazla mesai olarak kabul edilmelidir", Y.9.H.D., 15.11.2006, E.9953, K.30186 (Çalışma ve Toplum D., 2007/2) ss.291-292.

⁴⁴³ Y.9.H.D., 11.1.2005, E.2004/14117, K.2005/458 (Legal İHSGHD., S.6, 2005) ss.721-722; Ali Güzel, "Bireysel İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay'ın 2005 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2005, Ankara, 2007, s.66.

⁴⁴⁴ Y.9.H.D., 01.04.2008, E.2007/15191, K.2008/7266 (Çalışma ve Toplum D., 2008/3) ss.227-230

⁴⁴⁵ Ulucan, Karar İncelemesi, s. 55.

⁴⁴⁶ Sarper Süzek, "Bireysel İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay'ın 2001 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2001, Ankara, 2003, ss.49-50; Münir Ekonomi, "Bireysel İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay'ın 2002 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2002, Ankara, 2004, ss.47-48; Güzel, Değerlendirme 2005, s.66.

mümkündür. Bu nitelikteki işlerde işçiler uyuyarak , yatarak veya televizyon seyrederek vakit geçirmekte serbest bırakılmaktadırlar. İşçinin işyerinde geçirdiği tüm bu süreleri çalışma süresinden saymak, çalışma sürelerini düzenleyen hükümlerin amacına uygun düşmeyecektir. Ancak, işçinin aile yaşamından, sosyal kültürel yaşamından feragat etmesi karşılığında işveren fayda sağlamaktadır. Bu yüzden bu tür uzun çalışmaların karşılıksız bırakılmaması ve kesinlikle her olayın ayrıntıları ile araştırılması gerekmektedir⁴⁴⁷. Diğer taraftan işçi nöbet gibi değil de, iş çıktığında işe gitmek amacıyla bekletiliyorsa, bu süreleri işverenin menfaatine olarak fazla çalışma saymamayı yerinde bulmadığımızı belirtmek isteriz.

3.1.3.2. En Üst Düzey Yönetici Sıfatını Taşıyan İşçinin Durumu

İşyerinde çalışan tüm işçiler, fazla çalışma yaptığında bu çalışmanın karşılığını talep etme hakkına sahiptir. İş Kanunu, fazla çalışma karşılığını isteyebilecekler konusunda herhangi bir ayrıma yer vermemekle birlikte, Yargıtay'ın yorumuyla şekillenen bir uygulama, kararlara çok sık bir şekilde konu olmaktadır. Buna göre, *üst düzey yönetici olan işçilerin* fazla çalışma istemleri diğer işçilerden farklı olarak değerlendirilmektedir.

Her ihtilafta hakimin, işveren tarafından ileri sürüldüğünde, işçinin üst düzey yönetici konumunda olup olmadığını araştırması gerekmektedir. Üst düzey yönetici kavramı, çalışma saatlerini kendisi ayarlayan⁴⁴⁸ ve işyerinde üst konumda yetkilere sahip kişiyi ifade etmektedir⁴⁴⁹. Genellikle de işyerinde bölge müdürü⁴⁵⁰, müdür ya da varsa genel müdür konumundaki çalışanlar üst düzey yönetici olarak

⁴⁴⁷ Polat Soyer, "Sürekli Fazla Çalışma-Çözüm İçin Bir Öneri", **İktisat ve Maliye D.**, C:XXXIV, S.1, Nisan 1987, s. 39; Aynı yazar, Borçlar Kanunu'nun 314'üncü maddesinin 2'nci fıkrası gereğince gerçek çalışma için kararlaştırılmış tutara ulaşmasa da işçinin ücret talep etmesini haklı bulmaktadır, agm, s.41.

⁴⁴⁸ Yargıtay üst düzey yönetici olmasını aramadan, tıbbi mümessil olan işçinin kendi çalışma saatlerini kendisinin ayarlamasını fazla çalışma iddialarının reddi için yeterli görmüştür, Y.9.H.D., 06.03.2008, E.2007/9978, K.2008/3914, Kılıçoğlu ve Şenocak, s.604.

⁴⁴⁹ "Davacı işçinin davalının anılan işyerinde en üst düzey görevli olduğu ve bu yerde davacının mesaisini düzenleyen başka bir işveren yetkilisinin bulunmadığı anlaşılmaktadır...İşyerinde günlük çalışma saatlerini kendisi belirlemek suretiyle ve yüksek ücret ve gelir ile çalışan davacının fazla çalışma ücreti isteğinin reddine karar verilmelidir", Y.9.H.D., 28.02.2006, E.2005/34647, K.2006/5099 (**Yargı Dünyası D.**, S.128, Ağustos 2006) ss.43-44; Yargıtay, işçinin üst düzey yönetici olmasını aramadan, işçinin iş saatlerini kendisinin ayarladığı durumlarda da fazla çalışma talebinin reddi konusunda kararlar vermiştir. Yargıtay'ın bu hallerde fazla çalışma yapılmasının mümkün olduğunun kabul edilmesi gerektiği; somut olayda işçi fazla çalışmasını kanıtlamıyorsa talebin reddedilmesi haklı olarak belirtilmiştir, Hatice Duygu Özer, "Çalışma Saatlerini Kendi Belirleyen İşçi Fazla Çalışma Ücretine Hak Kazanır mı?", **Çalışma ve Toplum D.**, 2007/3, s.151.

⁴⁵⁰ Y.9.H.D., 23.10.2007, E.22578, K.31362 (**TÜHİS**, C:21, S.5-6, Ağustos-Kasım 2008) ss.94-95.

tanımlanmaktadır⁴⁵¹.

Çalışma saatlerini ayarlamanın yanı sıra, ödeme belgelerini de kendisi hazırlayan işçiye işe gidiş gelişlerde kullanılmak üzere araç tahsis edilmesi, yüksek maaş ödenmesi işçinin üst düzey yönetici konumunda olduğunun kabul edilmesini sağlamaktadır⁴⁵².

İşçi, müdür konumunda, görev ve sorumluluklarının gerektirdiği yüksek ücret ile çalışan olmasına rağmen, çalıştığı yerde kendisine emir ve talimat veren bir yönetici ya da şirket ortağının bulunması halinde, işçinin çalışma gün ve saatlerini kendisinin belirleyeceğinden bahsedilemeyecektir. Bu işçinin, yasal sınırları aşan çalışmalar için fazla çalışma ücreti isteyebileceği kabul edilmektedir⁴⁵³.

3.1.3.3. Vardiyalı Olarak Çalışan İşçinin Durumu

İş Kanunu ile belirlenen haftalık 45 saatlik çalışma süresi işçi bakımından geçerlidir. Vardiyalı çalışma düzeni ile işyerinin 24 saat faaliyetini sürdürmesi mümkündür. Vardiyalı çalışma düzeni, nitelikleri itibariyle süreklilik arz eden ve durmaksızın birbiri ardına postalar halinde çalıştırılarak yürütülmesi gereken işlerde uygulanmaktadır⁴⁵⁴.

Vardiya usulü çalışan işçilerin, fazla çalışma iddiaları da Yargıtay'ın istikrarlı içtihatları ile reddedilmektedir⁴⁵⁵. Özellikle 3 posta olarak çalışılan işyerlerinde işçilerin fazla çalışma iddiaları Yargıtay tarafından reddedilmektedir⁴⁵⁶. Bu anlayışa göre, işçi ara dinlenmeleri dahil bir günde 8 (24 : 3 = 8) saat çalışabilir. Ara dinlenme süresi

⁴⁵¹ "...davalı işyerinin Bursa'daki işyerinde davacı, tek yetkili ve en üst sorumlu müdür olarak çalışmıştır...mesai saatlerini kendi ayarlayan ve üst yönetici olan davacının Bursa'daki çalışmaları için fazla mesai alacağına kabulüne karar verilmesi hatalı olup...", Y.9.H.D., 24.03.2005, E.18860, K.9549, Akyiğit, Şerh, s.1563; Y.9.H.D., 04.03.2004, E.2003/14977, K.2004/4170 (Legal İHSGHD., S.2, 2004) s.1055;

⁴⁵² "İşyerinde en üst düzey konumda çalışan işçinin görev ve sorumluluklarının gerektirdiği ücretinin ödenmesi durumunda ayrıca fazla mesai ve tatil çalışmaları karşılığı ücrete hak kazanılması olanaklı değildir...iş sözleşmesinde yüksek ücret yanında, satışların belli bir oranında prim ödeneceği, ayrıca işe gidip gelirken kullanılmak üzere araç kiralandığı, araç kira bedelinin ise, işveren tarafından karşılanacağı kararlaştırılmıştır. İş sözleşmesindeki bu ayrık düzenlemeler dikkate alındığında, davacının üst düzey yönetici olduğu, çalışma düzenini kendisinin belirlediği tereddüde yer vermeyecek şekilde açıktır.", Y.9.H.D., 01.04.2008, E.2007/18589, K.2008/7133 (Çalışma ve Toplum D., 2008/3) ss.216-219.

⁴⁵³ Y.9.H.D., 01.04.2008, E.2007/15191, K.2008/7266 (Çalışma ve Toplum D., 2008/3) ss.227-230.

⁴⁵⁴ Y.9.H.D., 04.03.1993, E.1747, K.3558, Çil, Şerh, s.2666.

⁴⁵⁵ Y.9.H.D., 2.12.1969, E.9395, K.11234, Selçuki, s.490.

⁴⁵⁶ "Dairemizin istikrar kazanmış içtihadına göre üç vardiya halinde çalışma yapılan işyerinde fazla çalışma söz konusu olmaz.", Y.9.H.D., 18.11.1999, E.14670, K.17617, Günay, Şerh, s.1808; Y.9.H.D., 02.12.1969, E.9395, K.11234, Selçuki, s.596.

düşüldüğünde işçi günde 7,5 saat çalışabilmektedir. Bu saatten sonra işçinin üretime yönelik çalışması mümkün değildir⁴⁵⁷. Ancak işçi vardiyalardaki aksaklık nedeniyle fazla çalışma yaptığı iddiasında ise, bu iddiasını ispat etmesi gerekecektir⁴⁵⁸.

3.2. FAZLA ÇALIŞMANIN KARŞILIĞI

3.2.1. Genel Olarak

Haftalık yasal çalışma süresini dolduran bir işçi, normal çalışmasının üzerinde çalışarak daha fazla yorulmaktadır. Bu fazla çalışması ile işveren bir menfaat sağlarken, işçinin de bunun karşılığını alması iş hukukunun anlayışına uygundur. Fazla çalışmanın karşılığında söz edildiğinde ise, ilk akla gelen bu çalışma karşılığında verilecek olan fazla çalışma ücretidir. Gerçekten de, genellikle yegane gelir kaynağı ücret⁴⁵⁹ olan işçinin dinlenmesi gereken zamanda çalışması ve daha çok yıpranması nedeniyle fazla çalışma ücreti büyük önem taşımaktadır. Bu yüzden normal ücret ödenerek fazla çalışma yapılmasının işçide yaratacağı yıpranmanın karşılanacağını söylemek zordur. Fazla çalışma yapılması durumunda *zamlı ücret* ödenmesi bu düşünce ile ortaya çıkmıştır.

İşçiye zamlı ücret ödenmesi asıldır. Ancak 1475 sayılı İş Kanunu'ndan farklı olarak, 4857 sayılı İş Kanunu fazla çalışma ücreti dışında bir başka karşılığa daha yer vermiştir. İş Kanunu'nun 41'inci maddesinin 4'üncü fıkrası ve Fazla Çalışma Yönetmeliği'nin 6'ncı maddesinin ilk fıkrası, olağan fazla çalışmada işçinin talebi ile ücret yerine, çalışılan her fazla çalışma için 1 saat 30 dakika, fazla sürelerle çalışmada ise, 1 saat 15 dakika *serbest zaman kullanabilme hakkını* işçiye tanımıştır. Fazla çalışma ücreti hesaplanırken, işçinin ücret yerine serbest zaman kullandığı sürelerin dikkate alınarak, hesaplama yapılması gerekmektedir. Aksi takdirde işçinin, yaptığı fazla çalışma için hem ücret alması hem de serbest zaman kullanması gibi adil olmayan bir sonuç ortaya çıkacaktır⁴⁶⁰.

⁴⁵⁷ Vardiyasını bitiren işçinin, yerine geçecek arkadaşını beklerken 2-3 saat fazla çalışma yapması mümkündür. Bu yüzden Yargıtay'ın görüşü eleştirilmiştir, Münir Ekonomi, *Yargıtay'ın 1975 Yılı İş Hukukuna İlişkin Kararların Değerlendirilmesi Semineri*, İstanbul, 21-22 Mayıs 1976, s.68

⁴⁵⁸ Y.9.H.D., 07.05.2002, E.195, K.7287, Günay, *Şerh*, s.1790.

⁴⁵⁹ Kamil Necdet Ar, *Küreselleşme Sürecinde Türkiye'de Ücretlerin Gelişimi*, Ankara: Kamu-İş, 2007, s.56.

⁴⁶⁰ Y.9.H.D., 22.10.2007, E.5205, K.30967 (*Legal İHSGHD.*, 17/2008) ss.224-225.

Fazla çalışmaya verilecek ücret konusunda zorunlu fazla çalışma ve olağanüstü fazla çalışma, İş Kanunu'nun 42 ve 43'üncü maddelerinin 41'inci maddeye yaptıkları yollama neticesinde, olağan fazla çalışma ile aynı koşullara tabi tutulmuşlardır. Fazla çalışmanın karşılığının serbest zaman olarak kullanılması ise olağan fazla çalışma dışında mümkün değildir. Bu konudaki tartışmaları ve fazla çalışma türleri açısından diğer farklı uygulamaları yeri geldikçe inceleyeceğiz.

3.2.2. Fazla Çalışma Ücreti

Fazla çalışma ücretine ilişkin esaslara geçmeden önce “ücret” kavramının açıklanması gerekmektedir. Karşılıklı borç doğuran hizmet sözleşmesinde, işçinin iş görme borcuna karşılık, işverenin de ücret ödeme borcu doğmaktadır⁴⁶¹. İş Kanunu'nun 32'nci maddesinin ilk fıkrasında ücret, “*Genel anlamda ücret, bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutar*” olarak hukuki bir tanıma kavuşturulmuştur⁴⁶².

Ücreti en basit şekilde, dar anlamda ücret ve geniş anlamda ücret olarak ikiye ayırmak mümkündür. İş Kanunu'nda genel anlamda ücret olarak bahsi geçen, dar anlamda ücrettir ve kök ücret, asıl ücret veya çıplak ücret olarak da adlandırılmaktadır⁴⁶³. Fazla çalışma, hafta tatili ücreti, genel tatil ve ulusal bayram ücreti veya ikramiye gibi diğer ekler asıl ücretle birleşince giydirilmiş ücret, diğer adıyla geniş anlamda ücret meydana gelmektedir. Her iki tanımdan yola çıkarak ücreti, bir işverene tabi belli bir işyerinde çalışanlara hizmetleri karşılığında verilen para ve mallar ile sağlanan, para ile ifade edilebilen çıkarlar olarak tanımlayabiliriz⁴⁶⁴.

İşçi ve işveren Anayasa'nın 48'inci maddesinde yer alan çalışma ve sözleşme özgürlüğü çerçevesinde ücreti serbest olarak belirleyebilirler. Tanınan serbestliğin yanı sıra işçinin ücreti, işverene, 3'üncü kişilere ve hatta işçinin kendisine karşı koruma

⁴⁶¹ Çelik, s.137.

⁴⁶² “Ücret, çalışmadığı halde ücret ödenmesini gerektiren durumların dışında, görülen bir işin karşılığı olarak, işveren veya üçüncü kişilerce işçiye sağlanan ve para veya parasal değeri bulunan çıkarlardan oluşan bir gelir türüdür”, Tankut Centel, **İş Hukukunda Ücret**, İstanbul: Yalçın Ofset, 1988, s.58; Demircioğlu ve Centel, s.111; Ücretin 3ncü kişiler tarafından ödenmesi konusunda bkz.4.2.2.6.4.

⁴⁶³ Öcal Kemal Evren, **İş Hukukunda Ücret ve Uygulaması**, Ankara: Seçkin, 2007, s.26.

⁴⁶⁴ Ar, s.52; Emeğin sosyal bir içerik kazanmasıyla birlikte, herhangi bir çalışma karşılığı olmadan verilen “hafta tatili ücreti”, “yıllık izin ücreti”, “hastalık ve analık ödeneği” gibi ödemelerin de varlığı söz konusu olmuştur, Demir, *Sorularla Bireysel İş Hukuku*, s.188.

altına alınmıştır⁴⁶⁵. Yargıtay'ın belirttiği üzere, İş Kanunu'nun 32'nci ve devamı maddelerinde düzenlenen ücret konusuna, fazla çalışma ücreti, hafta tatili ücreti ve genel tatil ücretleri de girmektedir⁴⁶⁶. Kanun'da gösterilen haller ve kendi niteliklerinden kaynaklanan özel uygulamalar hariç, bu ücret ekleri için asıl ücrete ilişkin kurallar uygulanacaktır⁴⁶⁷.

3.2.2.1. Fazla Çalışma Ücretinin Yasal Oranı

İş Kanunu'nun 41'inci maddesinin 2'nci fıkrasında, fazla çalışma ücretinin hesaplanmasında başvurulacak yasal oran, “Her bir fazla çalışma için verilecek ücret normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının yüzde elli yükseltilmesi suretiyle ödenir” şeklindeki hükümlerle belirlenmiştir. İşçinin saat başına aldığı ücret 20 TL ise, fazla çalıştığı her saat için alacağı ücret 30 TL olacaktır. Fazla Çalışma Yönetmeliği'nin 5'inci maddesinin 2'nci fıkrasına göre, fazla çalışmanın hesaplanmasında yarım saatten az süreler yarım saat, yarım saati aşan süreler ise 1 saat olarak kabul edileceğinin unutulmaması gerekmektedir.

Kanun ile belirlenen oranların altında bir oranın, bireysel iş sözleşmeleri veya toplu iş sözleşmeleri ile belirlenmesi mümkün değildir. Yasal oranın belirlendiği hükmün nispi emredici niteliği bu tür anlaşmalara engel olmaktadır. Çünkü iş hukukunda ücret konusunu düzenleyen hükümler, işçinin ücret elde etme hakkını sadece işverene karşı değil, üçüncü kişilere karşı hatta işçinin kendisine karşı koruma amacı taşımaktadırlar. Tarafların anlaşması ile %50 oranının altında ya da zamsız olarak fazla çalışma ücreti belirlenmişse, bu anlaşma kanunun emredici hükmüne aykırılık taşıdığı için geçersiz kabul edilecektir. İşçi, sözleşmeye rağmen Kanun'da belirtilen %50 oranına göre ücretini talep edebilecektir⁴⁶⁸.

Yargıtay, fazla çalışma ücreti belirlenirken, fazla çalışmanın yapıldığı dönemin

⁴⁶⁵ İLO'nun 95 sayılı sözleşmesine uygun olarak, İş Kanunu'nda ücretin korunmasını sağlamak amacıyla birçok hüküm bulunmaktadır. İK.m.32'de bahsedilen ücretin para ile ödenmesi, İK.m.38'de belirtilen ücret kesme cezasının sınırlandırılması, İK.m.62'de belirtilen ücretten indirim yapılamaması, İK.m.35'de belirtilen devir, temlik ve haciz yasağı, BK.m.123'e göre takas yasağını bu korumaya örnek olarak verebiliriz.

⁴⁶⁶ Y.9.H.D., 27.10.2004, E.8507, K.24281 (Legal İHSGHD., S.5, 2005) ss.763-764.

⁴⁶⁷ Çemberci, s.464.

⁴⁶⁸ “İş Sözleşmesinde fazla çalışma karşılığının zamsız ödeneceği yazılıdır. Fakat, böyle bir sözleşme İş Kanununun fazla çalışmayı düzenleyen emredici hükümlerine aykırı olması itibarıyla geçerli değildir”, Y.9.H.D.,09.06.1972, E.32001, K.19894, Çemberci, s.589; Demir, *Sorularla Bireysel İş Hukuku*, s.77; Nurşen Caniklioğlu, ss.180-181.

ücretlerinin dikkate alınması gerektiği kararını vermiştir⁴⁶⁹. Buna göre, fazla çalışma ücretinin talep edildiği tarihteki ücret üzerinden hesaplama yapılması mümkün değildir.

3.2.2.2. Sözleşmelerin Fazla Çalışma Ücretine Etkisi

3.2.2.2.1. Fazla Çalışma Ücretinin Sözleşme İle Arttırılması

İş Kanunu'nun 41'inci maddesinde yer alan fazla çalışmanın her saati için işçinin saat başı ücretinin %50 artırımlı ödeneceği hükmünün *nispi emredici* bir kural olması nedeniyle, fazla çalışma ücretinin sözleşmeler (bireysel veya toplu iş sözleşmeleri) ile işçi lehine arttırılması mümkündür⁴⁷⁰. Anlaşma sağlanarak, Kanun'da belirlenen oranın altında bir oranın belirlenmesi veya hiç ücret ödenmeyeceğinin kabul edilmesi, işçinin aleyhine sonuçlar doğuracağından işçi izin verse dahi mümkün değildir.

3.2.2.2.2. Fazla Çalışma Ücretinin Normal Ücret İçinde Kararlaştırılması

Fazla çalışma ücretinin belirlenmesi için gerekli olan yasal oranın arttırılmasının yanı sıra, işçi ve işveren arasında fazla çalışma ücretinin⁴⁷¹ normal ücrete dahil olacağı şeklinde yazılı bir anlaşma yapılması da mümkündür⁴⁷². Bu içeriğe sahip anlaşmalar Yargıtay tarafından da kabul edilmektedir⁴⁷³. İş Kanunu ve ilgili yönetmeliklerde fazla çalışma ücretinin normal ücret içinde kararlaştırılabileceğini belirten bir hüküm bulunmamaktadır. Kural, fazla çalışma ücretinin normal ücrete ek olarak hesaplanması olduğundan, yazılı sözleşmede fazla çalışma ücretinin normal

⁴⁶⁹ Y.9.H.D., 01.07.2004, E.15596, K.16313 (**Legal İHSGHD.**, S.6, 2005), s.787.

⁴⁷⁰ Y.9.H.D., 19.12.1968, E.11066, K.15639, Çemberci, s.589.

⁴⁷¹ Fazla çalışma ücretinde olduğu gibi, fazla sürelerle çalışma ücretinin normal ücretin içinde olduğu yönündeki anlaşmalar da geçerlidir. Bu durumda haftalık 45 saatin aşılması halinde fazla çalışma ücretinin ayrıca ödenmesi gerekecektir. Fazla saatlerle çalışmanın normal ücret içinde olacağı şeklindeki bir anlaşmada ise, fazla saatlerle çalışmanın hem fazla sürelerle çalışmayı hem de fazla çalışmayı kapsadığını düşünerek karar vermek yerinde olacaktır.

⁴⁷² Süzek, 633; Mollamahmutoğlu, s.697; Y.9.H.D., 24.01.2002, E.16225, K.73, Ekonomi, *Değerlendirme 2002*, s.51.

⁴⁷³ "İstek konusu fazla çalışma ücreti bilirkişi tarafından 45 saatin üzerindeki tüm çalışma süreleri dikkate alınarak hesaplanmıştır. Bu hesap şekli hatalıdır. Gerçekten 48 saatlik bir haftalık çalışma dikkate alınarak hizmet sözleşmesindeki aylık ücretin daha yüksek tutulduğu kabul edilmelidir. Bu durumda haftalık 48 saati aşan çalışmalar fazla mesai niteliğinde olduğu düşünülerek o sürenin karşılığı fazla mesai ücreti tesbit edilip hüküm altına alınmalıdır", Y.9.H.D., 14.09.1999, E.11364, K.13215 (**Yargıtay Kararları D.**, Nisan 2001) ss.521-522; aynı kararın incelemesi, Murat Şen, "Hizmet Sözleşmesinde Haftalık 45 Saatin Üzerinde Bir Çalışma Süresinin Kararlaştırılması Halinde Fazla Çalışma", **Fehiman Tekil'in Anısına Armağan**, İstanbul: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 2003, ss.671-682; Y.9.H.D., 04.02.1991, E.1990/9547, K.1991/1004 (**Çimento İşveren D.**, Mayıs 1991) ss.15-16.

ücrete dahil olduğunun açıkça belirtilmiş olması gerekmektedir⁴⁷⁴. Bu anlamı verebilecek benzeri kayıtlar da dar olarak yorumlanmalıdır⁴⁷⁵. İşçi asgari ücretle çalışıyorsa, fazla çalışma ücretinin normal ücretin içinde olduğunun ileri sürülmesi, asgari ücretin normal ücretin alt sınırını belirlemesi nedeniyle mümkün değildir⁴⁷⁶.

Fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dahil olmasının kararlaştırıldığı sözleşmede, Kanun ile fazla çalışma süresine getirilen sınırlama geçerliliğini korumaktadır. Bu yüzden eğer sözleşmede, normal ücrete dahil olan fazla çalışma ücretinin kaç saat yapılacak fazla çalışma karşılığı olduğu kararlaştırılmamışsa, Kanun'da belirtilen yıllık 270 saatlik sınır için anlaşmaya varıldığı kabul edilecektir. Bu süreyi aşan fazla çalışmalar için ise, ayrıca fazla çalışma ücreti istenebilecektir⁴⁷⁷. Fazla çalışma süresi yıllık 270 saatin altında kalırsa, işçinin işverene ücret iadesinde bulunması gerekmeyecektir⁴⁷⁸.

3.2.2.3. Ücret Sistemlerine Göre Fazla Çalışma Ücretinin Hesabı

İşçinin hak ettiği ücretin hesaplanmasında kullanılacak olan ölçüt, ücret sistemleri ile belirlenmektedir. Ücret sistemleri, zamana göre ücret sistemleri ve verimlilik esasına dayanan ücret sistemleri olarak iki ana grupta toplanabilmektedir. Bunların dışında, yüzde usulü ücret de ücret sistemi olarak kabul görmüştür⁴⁷⁹. İş Kanunu'nun 49'uncu maddesi ücret şekli olarak parça başına, akort, götürü ve yüzde usulü ücretten bahsetmektedir. Fazla çalışma ücretinin hesaplanması, normal ücret için işçi ile işveren arasında kararlaştırılan bu ücret sistemlerine göre farklılık göstermektedir. İş Kanunu'nu da dikkate alarak, en çok kullanılan zamana göre ücret, akord ücret, götürü ücret ve yüzde usulü ücret için fazla çalışma ücretinin

⁴⁷⁴ Y.9.H.D., 08.09.2005, E.26652, K.26777, Çil, Şerh, s.2560; Mollamahmutoğlu, s.697; Muhittin Astarlı, "Alman ve Türk Hukuklarında Fazla Saatlerle Çalışma Ücretlerinin Asıl Ücrete Dahil Olduğuna İlişkin Sözleşme Hükümleri ve Geçerlilik Koşulları", **Kamu-İş D.**, C:9, S.4, 2008, s.52; Murat Şen, s.681.

⁴⁷⁵ "Taraflar arasındaki sözleşmede, açıkça yapılacak fazla mesailerin ücretin içinde olduğu şeklinde bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Sözleşmede normal çalışma saatleri dışında veya tatil ve resmi tatil günleri yapılacak çalışma karşılığında herhangi bir ek ücret ödenmez kuralına yer verilmiştir. Bu kuralın, sözleşmedeki ücretin içinde, yapılan fazla mesai karşılığı ücretin de olduğu şeklinde değerlendirilmesi yerinde değildir." Y.9.H.D., 07.09.2005, E.28865, K.26825, Günay, Şerh, ss.1775-1776.

⁴⁷⁶ Akyiğit, *Normali Aşan Çalışmalar*, s.14; Eyrenci ve Diğerleri, s.224; Mollamahmutoğlu, s.697; Astarlı, ss.54-55.

⁴⁷⁷ Y.9.H.D., 04.02.1991, E.1990/9547, K.1991/1004 (**Çimento İşveren D.**, Mayıs 1991) ss.15-16; Y.9.H.D., 31.1.2005, E.2004/12507, K.2005/2707 (**İstanbul Barosu D.**, 2005/6) ss.2156-2157; Y.9.H.D., 30.01.2006, E.2005/20001, K.2006/1763 (**Legal İHSGHD.**, S.10, 2006) ss.699-700.

⁴⁷⁸ Kurucu, s.249.

⁴⁷⁹ Centel, *Ücret*, ss.97-114.

hesaplanmasını inceleyeceğiz.

3.2.2.3.1. Zamana Göre Ücrette Hesaplama

En eski, en çok uygulanan ve en basit ücret sistemi olan⁴⁸⁰ zamana göre ücret sisteminde, çalışma süresinin uzunluğu dikkate alınmakta; işçinin ürettiği iş miktarı önem taşımamaktadır⁴⁸¹. Saat, gün, hafta veya ay gibi işçinin çalıştığı zaman dilimleri esas alınarak hesaplanan ücret “*zamana göre ücret*” olarak adlandırılmaktadır. Bu durumda saat ücretinden, günlük ücretten, haftalık ya da aylık ücretten söz edilmektedir⁴⁸².

Fazla çalışma ücretinin hesaplanmasında önemli olan, işçinin normal çalışması karşılığında aldığı saat başı ücretin bilinmesinin gerekliliğidir. Zamana göre ücret sisteminde işçinin ücreti “saat” üzerinden kararlaştırılmışsa, fazla çalışma ücreti, her fazla çalışılan saat için, saat başı ücretin %50 artırılması ile hesaplanacaktır. Örneğin, işçi ve işveren işçinin saat başı ücretinin 10 TL olduğu konusunda anlaşmışlarsa, normal çalışmasını aşan her saat için 15 TL fazla çalışma ücreti hesaplanacaktır.

Ücretin “günlük ya da haftalık” olarak belirlenmesi halinde yapılacak olan ilk iş, yine işçinin saat başı ücretinin hesaplanması olacaktır. Günde 11 saati aşmamak üzere, günlük ücretin belirlendiği hallerde, işçinin günlük ücretinin bu ücret karşılığı çalıştığı saatlere (fazla çalışma hariç) bölünmesi ile saat başı ücreti hesaplanacaktır. Aynı şekilde haftalık ücret söz konusu ise, bu ücretin haftada çalışılan saatlere bölünmesi fazla çalışma ücretinin hesaplanması için gerekli olan saat başı ücreti bulmamızı sağlayacaktır.

Zamana göre ücret sisteminde zaman dilimi olarak “ay” esas alınmışsa, ücretin aylık olarak ödenmesi ile maktu aylık ücreti birbirinden ayırmak gerekecektir⁴⁸³. Saat başı ya da haftalık veya parça başı ücret alması kararlaştırılan işçilere de ücretleri bir aylık süre içinde çalıştıkları ve çalışılmış gibi sayılan günleri toplanarak aylık olarak

⁴⁸⁰ Akyiğit, *Şerh*, s.1310.

⁴⁸¹ Tolga, s.148; Saymen, s.492; Esener, s.173; Akyiğit, s.159; Ancak yapılan iş miktarının tamamıyla göz ardı edildiğini söylemek yanlış olacaktır. İşçinin işini gereği gibi yapmadığı sonucuna götürecek verimsiz çalışma özen borcuna (BK.m.321) aykırılık olarak kabul edilip işçinin sorumluluğuna yol açabilecektir, Centel, *Ücret*, s.98.

⁴⁸² Demircioğlu ve Centel, s.114

⁴⁸³ Süzek, s.281.

ödenebilir⁴⁸⁴. İşte bu benzerlik karışıklığa yol açmaktadır. Zamana göre ücret sistemi içinde ücretin “maktu aylık ücret” olarak belirlendiği hallerde, işçinin hastalık, izin gibi mazereti nedeniyle çalışmadığı haller ücretinden kesilmez. İşçinin ücretinin aylık olarak ödenmesi durumunda ise işçinin aynı nedenlerle çalışmadığı günler için ücret kesintisi yapılmaktadır.

Maktu aylık olarak ücret alan bir işçinin, fazla çalışma ücretinin hesaplanması için, öncelikli olarak aldığı ücret bir yıldaki ay sayısı olan 12 ile çarpılır; sonuç bir yıldaki hafta sayısı olan 52’ye bölünür. Böylelikle bir haftalık çalışma ücreti bulunan işçinin günlük çalışma ücretinin hesaplanması için, haftadaki gün sayısı olan 7’ye bölünerek günlük çalışma saati; bu da günlük normal çalışma süresine bölünerek saat başı ücret hesaplanır⁴⁸⁵.

Uygulama da ise, aylık ücretin doğrudan 30 rakamına bölünmesi ile günlük ücret, günlük ücretin de günde normal çalışılan saatlere bölünmesi ile saat başı ücret hesaplanmaktadır. İşçinin lehine olarak, çalışılan ay 28, 29, 31 çekse dahi daima 30’a bölünmektedir⁴⁸⁶. Ayrıca, hafta tatili olan çalışılmayan günler de dikkate alınmamaktadır⁴⁸⁷.

Zamana göre ücrette günlük ücretin belirlenmesinde, çalışılan günlerin haftanın günlerine farklı şekilde dağıtılmasına bakılmaksızın, bu ücretin kapsadığı takvim günlerine eşit olarak bölünmesi söz konusudur⁴⁸⁸. Kısacası günlük ücret, yasal günlük çalışma süresi olan 7,5 ($45 : 6 = 7,5$) saate bölünerek hesaplanacaktır.

3.2.2.3.2. Akort Ücrette Hesaplama

İşçinin ürettiği mal birimine veya işin miktarına göre hesaplanan ücrete akort ücret denmektedir⁴⁸⁹. Akort ücret parça sayısı, büyüklük, uzunluk veya ağırlık gibi birimlere göre hesaplanmaktadır ve belirli bir çalışma dönemine düşen ücret, her birim

⁴⁸⁴ Süzek, s.281; Akyiğit, *Şerh*, s.1310; İş Kanununun 32’nci maddesinin 4’üncü fıkrasına göre, ücretler en erken 1 hafta, en geç 1 ay içinde ödenecektir. Bu yüzden değişik ücret sistemleri kararlaştırılmış olsa da işçinin ücretinin aylık olarak ödenmesi söz konusu olabilecektir.

⁴⁸⁵ Kurucu, s.230; Mollamahmutoglu, s.697.

⁴⁸⁶ Kurucu, s. 231.

⁴⁸⁷ Suat Caniklioglu, s.111.

⁴⁸⁸ Kurucu, s.231.

⁴⁸⁹ Centel, *Ücret*, s.104.

iş için kararlaştırılan ücretin birim sayısı ile çarpılması neticesinde hesaplanır⁴⁹⁰.

Parça başına ücret, akort ücretin en fazla uygulama alanı bulan çeşididir⁴⁹¹. Adından da anlaşılacağı üzere, taraflar, işçinin çalışma zamanını dikkate almadan, işçinin ürettiği mal veya çıkardığı işin miktarına göre ücret ödeneceği konusunda anlaşmışlarsa parça başına ücretten söz edilir⁴⁹². Bu yüzden verimlilik esasına dayanan bir ücret ödeme şeklidir.

Parça başına ücret alan işçinin haftada 45 saati aşan çalışmaları fazla çalışmadır. İş Kanunu'nda düzenlenmemesine rağmen, Fazla Çalışma Yönetmeliği'nin 4'üncü maddesinin 3'üncü fıkrası, parça başına ücrette fazla çalışma ücretinin nasıl hesaplanacağını açıklamıştır. Buna göre hesaplama yöntemini, parça başına veya yapılan iş tutarının hesaplanmasında zorluk çekilmeyen haller ve zorluk çekilen haller olarak ikiye ayırmak mümkündür.

Bu hükme göre, parça başına veya yapılan işin tutarının hesaplanmasında zorluk çekilmeyen hallerde, “ *...her bir fazla saat içinde yapılan parçayı veya iş tutarını karşılayan ücret esas alınarak*” hesaplama yapılacağı belirtilmektedir. Örneğin, işçinin parça başına aldığı ücretin 10 TL olduğunu düşünelim. İşçi fazla çalıştığı ilk saat içinde 3 parça mal üretmişse, saat başı ücret 30 TL'dir ve bu ücrete %50 fazlası olan 15 TL'nin eklenmesi ile 45 TL olan fazla çalışma ücreti işçiye ödenecektir. Fazla çalışma yaptığı ikinci saat 4 parça üretirse, aynı hesaplama çalışılan bu ikinci fazla saat için yapılacak ve 60 TL olan fazla çalışma ücreti işçiye ödenecektir⁴⁹³.

Fazla Çalışma Yönetmeliği'nin 4'üncü maddesine göre, parça başına veya yapılan işin tutarının hesaplanmasında zorluk çekiliyorsa izlenecek yol, “*...parça başına veya yapılan işin tutarına ait ödeme döneminde meydana getirilen parça veya iş tutarları, o dönem içinde çalışılmış olan normal ve fazla çalışma saatleri sayısına bölünerek bir saate düşen parça veya iş tutarı bulunur*” şeklinde ifade edilmiştir.

⁴⁹⁰ Çelik, s.140.

⁴⁹¹ Parça başına ücret, akort ücret ile eşanlamlı olarak da kullanılmaktadır, s.159; Tunçomağ ve Centel, s. 104; Halbuki, akort ücretin parça başına ücretten başka para akordu, zaman akordu gibi başka çeşitleri bulunmaktadır, Centel, *Ücret*, s.105; M. Fatih Uşan, *İş ve Sosyal Sigorta Hukuku Uygulamasında Parça Başına Ücret*, Ankara: Seçkin, 2003, s.33.

⁴⁹² İzveren, s.95; Uşan, s.32 vd.; Tunçomağ ve Centel, s.104.

⁴⁹³ Uşan, ss.132-133.

Örneğin, günde 9 saat haftada 5 gün çalışan işçi ücretini haftalık 900 TL olarak almaktadır. İlk önce, işçinin $900 : 45 = 20$ TL olan saat ücreti bulunur. Saat ücretinin %50 fazlası bir saatlik fazla çalışma ücreti olacaktır. İşçi kaç saat fazla çalışma yaparsa, bu saatler bir saatlik fazla çalışma ücreti ile çarpılarak hesaplanacaktır⁴⁹⁴.

Parça başı ücret ya da saat başı ücret alan işçilerin normal çalışma ücretleri ödenmektedir. Fazla çalışma ücretinin ödenmesi konusunda bir ihtilaf çıktığı zaman, normal ücrete eklenmesi gereken %50 zamlı kısım ödenmediği için sadece bu kısma ait ödeme hüküm altına alınacaktır⁴⁹⁵.

3.2.2.3.3. Götürü Ücrette Hesaplama

Birim saptamasının güç olduğu veya birbirine benzememesi nedeniyle seri olarak yapılması mümkün olmayan ya da devamlılık göstermeyen⁴⁹⁶, az çok belli bir süre sonra biten inşaat işi gibi işlerde *işin sonucuna göre* ücret belirlenmektedir⁴⁹⁷. Götürü ücrette⁴⁹⁸ belirleyici olan işin sonucuna göre ücretin belirlenmesidir. Parça başı ücret ile götürü ücret arasında uygulanacak hukuk kuralları bakımından farklılık bulunmamaktadır⁴⁹⁹.

Götürü ücrette fazla çalışma ücretinin belirlenmesinde yine işçinin saat başı ücretinin belirlenmesi ilk adım olacaktır. İşçinin yapacağı işin belirli bir bölümü ya da tamamı için ücret kararlaştırılabilir. Örneğin, bir inşaatta bir dairenin boyanması için 2000 TL ödenmesi kararlaştırılmış ve işçi fazla çalışmalar ile günde 10 saat çalışarak 2 günde işi bitirmiştir. Saat ücreti $2000 : 20 = 100$ TL olacaktır. Fazla çalıştığı saatler için bu ücretin %50 zamlı olarak ödenmesi gerekecektir.

3.2.2.3.4. Yüzde Usulü Ücrette Hesaplama

İşçinin ücretinin yüzde olarak ödenmesi bir diğer ücret türünü oluşturmaktadır. İş Kanunu'nun 51 ve 52'nci maddeleri yüzdelerin ödenmesi ve belgelendirilmesi

⁴⁹⁴ Uşan, s.134.

⁴⁹⁵ Günay, s.128; Suat Caniklioğlu, s.113

⁴⁹⁶ Süzek, s.281.

⁴⁹⁷ Esener, s.174.

⁴⁹⁸ Götürü ücret, işin sonucuna göre belirlenen bir akort ücret türüdür, Centel, *Ücret*, s.106; Esener, s.174; Süzek, s.281; Mollamahmutoğlu, s.378.

⁴⁹⁹ Süzek, s.282.

konularını diğer ücret türlerine göre ayrıntılı bir şekilde düzenlemiştir. İş Kanunu yüzde usulünün uygulanabileceği işyerlerinin niteliğini ortaya koymuştur. Otel, lokanta, eğlence yerleri ve benzeri yerler⁵⁰⁰ ile içki verilen ve hemen orada yenilip içilmesi için çeşitli yiyecek satan yerlerden⁵⁰¹ “ yüzde ” usulünün uygulandığı müesseselerde, işveren tarafından servis karşılığı veya başka isimlerle müşterilerin hesap pusulularına “ yüzde ” eklenerek veya ayrı şekillerde alınan paralarla, kendi isteği ile müşteri tarafından işverene bırakılan yahut onun kontrolünde bir araya toplanan paraları işverenin, işyerinde çalışan tüm işçilere eksiksiz olarak ödeme yükümlülüğü bulunmaktadır (İK.m.51/I). Buna göre, yapılan işin ya da hizmetin karşılığında müşterilerin yaptıkları ödemelerin bir bölümünün işyerinde çalışan tüm işçilere⁵⁰², işçilerin işyerinin verdiği hizmete buldukları katkı oranında ödenmesine yüzde usulü ücret denmektedir⁵⁰³. İş Kanunu’nun 51’inci maddesinde örnek olarak gösterilen işyerlerinde, yüzde usulü ücretin ödeneceği konusunda zorunluluk bulunmamaktadır⁵⁰⁴. Bazı işyerlerinde ise, zamana göre ücret sistemi ile yüzde usulü ücret bir arada uygulanabilmektedir⁵⁰⁵.

Fazla Çalışma Yönetmeliği’nde düzenlenmeyen yüzde usulü ücretle çalışan işçilerin fazla çalışma ücretinin hesaplanması da farklılık göstermektedir. Hesaplama yöntemine “*Yüzdelerde Toplanan Paraların İşçilere Dağıtılması Hakkında Yönetmelik*⁵⁰⁶” (YTPDHY.) ile açıklık getirilmiştir. İşyerinde toplanan yüzdelerin, çalışan işçiler arasında, yapılan işin niteliğine bağlı olarak, hangi esaslar ve oranlar dikkate alınarak dağıtılacağını yine bu yönetmelik düzenlemiştir.

Söz konusu Yönetmeliğin 5’inci maddesinin 2’nci fıkrasında belirtildiği üzere,

⁵⁰⁰ Benzer yerlere örnek olarak, pansiyon, kahvehane, gazino, çalgılı eğlence yeri, dans salonu, klüp, düğün salonu, biraخانه gösterilebilir, Tunçomağ ve Centel, ss.109-110.

⁵⁰¹ Mollamahmutoğlu, işyerlerine nitelik bakımından sınırlama getirildiğini; buna karşılık öngörülen nitelikteki işyerlerinin sınırlayıcı olarak sayılmadığını belirtmiştir, Mollamahmutoğlu, s. 379; aynı yönde, Çemberci, s.630; aksi görüşte olan Centel ise, işyerinin niteliğine bağlı kalmaksızın, yüzde usulünün uygulandığı her iş yerine yüzde usulü ücretle ilişkin kuralların uygulanacağını belirtmektedir, Centel, *Ücret*, ss.107-108.

⁵⁰² 1983 yılında 1475 sayılı İş Kanunu’nda değişiklik yapılmadan önce, toplanan yüzdeler sadece serviste veya yüzde usulü ücret alanlara ödenmekteydi. Yapılan değişiklik ve 4857 sayılı İş Kanunu’nun açık ifadesi karşısında toplanan yüzdeler işyerinde bulunan işçilerin tümüne ödenmektedir, Çelik, s.137.

⁵⁰³ Kurucu, s.231; Süzek, s.282; Müşterinin kendi isteği ile işçiye bıraktığı para yüzde değil bahşiş olarak değerlendirilir, Centel, *Ücret*, s.108.

⁵⁰⁴ Mollamahmutoğlu, s.379; Süzek, s. 282.

⁵⁰⁵ Uşan, s.37.

⁵⁰⁶ RG. 28.02.2004, 25384.

işçi toplanan yüzdelerden çalıştığı gün sayısı ve elde ettiği puanlara göre⁵⁰⁷ kazanç elde etmektedir. Fazla çalışma ücretinin hesaplanması saat başı ücretin bilinmesine bağlı olduğu için, öncelikli olarak işçinin toplam puanlarından saat başına düşen puanının bulunması gerekmektedir. Yargıtay, işyerinde o dönem içerisinde toplanan yüzdelerin toplam puan sayısına bölünmesi suretiyle “bir puana” düşen ücretin belirleneceğini; bu çıkan sonucun da işçinin puanı ile çarpılarak işçiye ödenecek yüzdenin hesaplanacağını belirtmiştir⁵⁰⁸. Bu yöntemle hesaplanacak yüzdenin içinde, hem fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma puanları hem de normal çalışma puanları bulunmaktadır. Çünkü fazla çalışma yapan ve fazla sürelerle çalışan işçilerin, fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma saatlerine ait puanlarına, normal çalışma puanlarının eklenmesi gerekmektedir (YTPDHY.m.5/IV). Bu yüzden, yüzdelerden ödenen ücret fazla çalışma ve fazla süreli çalışma karşılığı yapılan çalışmanın zamsız bölümünü içermektedir. Yüzdelerden işçiye ödenen zamsız ücret ile fazla yapılan çalışmalar için kanun gereğince zamlı ödenmesi gereken ücret arasındaki fark ise, işverenin kendisi tarafından ödenecektir (YTPDHY.m.5/V). İşverenin fazla çalışma için ödeyeceği bu fark, işçinin fazla çalışma saatleri boyunca aldığı puanların “bir puan” ücreti ile çarpımının %50 artırılması ile bulunacak ücrettir⁵⁰⁹.

Yüzde usulü alınan ücretin bazı dönemlerde beklenenin altında kaldığı dönemler için “*garanti ücreti*” kararlaştırılması mümkündür. Garanti ücret, yüzde usulü ücretin tatmin edici seviyelere ulaşmadığı zamanlarda ödenecek olan ücret olup; yüzde usulü ücret garanti ücretinin üstünde olduğu sürece devreye girmemektedir⁵¹⁰.

İşçinin yerine getirdiği hizmetten memnun kalan müşterinin kendi isteği ile işverenin kontrolü olmadan işçiye verdiği *bahşiş*, ücret eki olabileceği gibi⁵¹¹ Yargıtay’a

⁵⁰⁷ İşçilerin yaptıkları işlerin puanları, aynı yönetmeliğin ekinde “puan cetveli” başlığı altında gösterilmektedir. İşçinin yaptığı işler, puan cetveline göre, birden çok gruba giriyorsa, sadece yüksek puanı olan iş esas alınacaktır (YTPDHY.m.5/3).

⁵⁰⁸ Y.9.H.D., 14.01.1986, E.1985/10410, K.1986/71 (Yargıtay Kararları D., C:XII, S.7, Temmuz 1986) s.984.

⁵⁰⁹ Centel, öncelikli olarak işçinin bir ödeme dönemi içinde alacağı yüzde miktarının hesaplanması gerektiğini belirtmektedir. Bunun için o ödeme dönemindeki fazla çalışma saatleri toplanıp, gün olarak belirlenecek ve buna ilişkin puanlar, normal çalışma süresine ait puanlara eklenecektir. Bu işlem sonucunda işçinin alacağı yüzde belirlenecek ve söz konusu miktar üzerinden saat başına düşecek yüzde miktarı araştırılacaktır. Bulunan saate ait yüzde miktarı %50 yükseltilecek ve daha önce bulunan zamsız karşılık ile bu yükseltilen miktar arasındaki fark işverence ödenecektir, Centel, *Ücret*, ss.284-285.

⁵¹⁰ Çelik, s.381.

⁵¹¹ Mollamahmutoğlu, s.375.

göre asıl ücret olarak da kararlaştırılması mümkündür⁵¹². Yargıtay, hamamda keseci olarak çalışan işçinin kese ücreti ve aldığı bahşişlerin asgari ücret kadar veya asgari ücretten fazla olması halinde, aksi kararlaştırılmadıkça, işçinin işverenden ücret isteyemeyeceğini karara bağlamıştır⁵¹³. İşçinin ücretini bahşişler belirliyorsa, fazla çalışma yapılması halinde yapılan çalışmanın normal ücretinin ödendiği kabul edilerek, sadece %50 zamlı kısım işçiye ödenmelidir⁵¹⁴.

3.2.2.4. Fazla Çalışma Ücretinin Hesaplanmasında Esas Alınacak Ücret

İş Kanunu'nun 32'nci maddesinde *genel anlamıyla ücret*, bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutar olarak belirtilmiştir (İK.m.32/I). Ancak sosyal devlet ilkesi gereğince, işçiye bir iş karşılığı olmadan yapılacak ücret ödemeleri kanun tarafından sınırlı sayıda düzenlenmiştir. Hafta tatilinde, ulusal bayram ve tatillerde, yıllık izinde ve zorlayıcı sebeplerin ortaya çıkması halinde *sosyal ücret* olarak adlandırılan, bir çalışma karşılığı olmaksızın ödenen ücretler söz konusudur⁵¹⁵.

Ücret ile ilgili hesaplamalarda aynı anlamı taşıyan değişik ifadeler kullanılmaktadır. Buna göre, *çıplak ücret* olarak adlandırılan ücret, İş Kanunu'nun 32'nci maddesinde tanımlanan genel anlamda ücreti ifade etmektedir. Bir başka deyişle, işçiye sadece emeğinin karşılığı olarak mutlaka para ile ödenmesi gereken, ikramiye, prim, kardan pay gibi ücret ekleri hariç ücrete "*çıplak ücret*⁵¹⁶" denmektedir⁵¹⁷.

İşçiye iş karşılığı ödenen ücretle birlikte Kanun'da, iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesinden doğan, iş karşılığı olmayan, parayla ölçülebilen, az-çok süreklilik taşıyan ücret eklerinin ilave edilmesi ile "*giydirilmiş ücret*⁵¹⁸" oluşmaktadır. Asıl ücretle beraber ödenen, çocuk ve aile paraları, ikramiye, prim, yemek, yakacak gibi yardımlar ise *ücret eklerini* oluşturmaktadır.

⁵¹² Y.H.G.K., 7.7.1971, E.9-126, K.444, Selçuki, s.571.

⁵¹³ Y.9.H.D., 29.3.1990, E.709, K.4175 (Yargıtay Kararları D., C: 16, S.7, Temmuz 1990) s.1009.

⁵¹⁴ Y.9.H.D., 26.01.2000, E.1999/18391, K.2000/569 (İşveren D., Nisan 2000) s.18.

⁵¹⁵ Ekonomi, s.113; Akyiğit, s.150; Süzek, s.279; Aktay ve Diğerleri, s.126.

⁵¹⁶ Çıplak ücrete, "kök ücret", "asıl ücret", "giydirilmemiş ücret", "temel ücret" de denmektedir.

⁵¹⁷ Sümer, s.72; Akyiğit, s.150.

⁵¹⁸ Giydirilmiş ücret için "geniş anlamda ücret" ifadesi de kullanılmaktadır, Mollamahmutoğlu, s.371; Aktay ve Diğerleri, s.127.

İş Kanunu'nda temel olan, ücret ile ilgili hesaplamalarda çıplak ücretin esas alınması kuralıdır⁵¹⁹. Ancak Kanun'da açıkça belirtilen hallerde giydirilmiş ücrete göre hesaplama yapılacaktır. Örneğin, hafta tatili, Ulusal Bayram, genel tatil günleri ve yıllık izin ücretlerinde, çıplak ücret esas alınarak hesaplanacaktır. İş Kanunu'nda yer alan açık hükme göre ihbar bildirim süresine ait ödeme, kıdem ve kötüniyet tazminatlarında ise giydirilmiş ücret üzerinden hesaplama yapılacaktır (İK.m.17/son; 1475 sayılı İK.m.14/XII). Benzer bir düzenleme fazla çalışma ücreti için söz konusu değildir. Giydirilmiş ücret üzerinden hesaplama, özel durumlar için öngörülmüş olup, istisna niteliğinde olduğundan , fazla çalışma ücretinin hesaplanmasında *aksine bir anlaşma yok ise*, çıplak ücret üzerinden işlem yapılacaktır⁵²⁰.

Çıplak ücret üzerinden hesaplanacak fazla çalışma ücretinin, net ücret mi yoksa brüt ücret mi üzerinden hesaplanması gerektiği konusu ise, Kanun'da açık hüküm olmaması nedeniyle tartışmalıdır. *Net ücret*, her türlü yasal kesinti yapıldıktan sonra geriye kalan ücrettir. *Brüt ücret ise*, yasal kesintileri içinde barındıran ücrettir⁵²¹. Bizim de katıldığımız ilk görüş, fazla çalışma ücretinin vergilendirilmeden önceki brüt ücret üzerinden hesaplanması gerektiğini belirtmektedir⁵²². Gerçekten de fazla çalışma ücretinden çıplak ücret gibi yasal kesintiler yapılacağından, hesaplamının kesinti yapılmamış brüt ücret üzerinden yapılması yerinde olacaktır. Net ücreti esas almak, işçinin alacağı ücretten iki kere kesinti yapılması sonucunu doğuracak ve işçi açısından adil olmayan bir uygulama olacaktır. Yargıtay da aynı yönde vermiş olduğu bir kararında⁵²³, fazla mesai ve ulusal bayram, genel tatillerde yapılan çalışma karşılığı ücret alacakları için brüt miktarlar üzerinden hesaplama yapılacağını belirterek, fazla çalışmanın çıplak brüt ücret üzerinden hesaplanması yönünde görüşünü açıklamıştır. Ancak, fazla çalışma ücretinin çıplak net ücret üzerinden ödenmesi gerektiği de ikinci

⁵¹⁹ "...geniş anlamda ücret sadece ihbar ve kadem tazminatı hakkında uygulanır. Bunların dışında anılan hakların çıplak brüt ücret üzerinden yapılması gerekir", Y.9.H.D., 01.04.1985, E.810, K.3317 (Yargıtay Kararları D., C:XI, S.12, Aralık 1985) ss.1804-1805; Mollamahmutoğlu, s.371; Akyiğit, *Normali Aşan Çalışmalar*, s.12.

⁵²⁰ Akyiğit, *Normali Aşan Çalışmalar*, s.12; Mollamahmutoğlu, s. 371; Öner Eyrenci, "İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay'ın 1985 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", *Yargıtay'ın 1985 Yılı İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri*, İstanbul, 1987, s.117; Aynı yönde Y.9.H.D., 21.04.1975, E.3042, K.24947, Çemberci, s.668; Y.9.H.D., 29.01.1987, E.706, K.806 (Tekstil İşveren D., Şubat 1989) s.18.

⁵²¹ Şakar, ss.97-98.

⁵²² Kurucu, s.239.

⁵²³ Y.9.H.D., 09.05.2005, E.2004/27274, K.2005/15954, Akyiğit, *Şerh*, s.1565; Y.9.H.D., 29.01.1987, E.706, K.806 (Tekstil İşveren D., Şubat 1988) ss.18-19; Y.9.H.D., 03.01.1992, E.11802, K.162, Akyiğit, *Şerh*, s.1262.

görüş olarak ileri sürülmüştür⁵²⁴. Yargıtay'ın bu ikinci görüşü kabul eden kararları da söz konusudur⁵²⁵.

Fazla çalışma ücretinin hesaplanmasında esas alınacak ücret konusunda diğer önemli olan konu ise, fazla çalışmanın yapıldığı tarihteki ücretin esas alınacağıdır. İşçinin aldığı son ücretinin bilinmesi yeterli değildir⁵²⁶. Fazla çalışma hangi dönemlerde yapılmışsa, o döneme ait ücretlerin öğrenilmesi gerekmektedir. Denkleştirme esasının uygulandığı 2 aylık dönem içinde (toplu sözleşmeler ile 4 ay) işçinin ücretine zam yapılmış olabilir. Bu durumda fazla çalışma dönem sonunda tespit edileceğine göre, tespit anındaki ücretin esas alınması gerekecektir⁵²⁷.

İşçinin ücretinin belirlenmesi fazla çalışma ücretinin hesaplanması bakımından önem taşımaktadır. İşçi ve işveren, asgari ücretin altında olmamak üzere sözleşmeler ile bir iş karşılığı olacak ücreti belirleme hakkına sahiptirler. Hizmet sözleşmesi ile belirlenen ücret ile işçinin fiilen aldığı ücret arasında fark varsa, düşük ücrete göre hesaplama yapılamaz. Çünkü, işçi ücretleri sözleşmeler ile asgari ücretin altında kararlaştırılmaz (İK.m.39/I; Asgari Ücret Yönetmeliği⁵²⁸, m.12). Aksine anlaşmalar geçersiz olup, kararlaştırılan ücret ile asgari ücret arasındaki fark işveren tarafından ödenecektir⁵²⁹. Bu yüzden, asgari ücret ya da toplu iş sözleşmesi ile kararlaştırılan en az ücret, kararlaştırılan ücretten yüksek ise, işçinin eline geçen düşük ücrete göre değil, bu yüksek olan ücrete göre hesaplama yapılması gerekmektedir⁵³⁰.

Genellikle çalışılan dönemde istenilmeyen fazla çalışma ücreti, işçi işinden

⁵²⁴ Mollamahmutoğlu, s.697; Narmanlıoğlu, s.453, dph.120.

⁵²⁵ “Davacının fazla çalışmadan doğan alacağıının net aylığı üzerinden hesap edilerek tespit edilecek miktarın hüküm altına alınması zorunludur”, Y.9.H.D., 27.02.1968, E.1233, K.2281, Çemberci, s.587, dph.31; Y.9.H.D., 26.12.1995, E.34370, K.36510, Yargıtay Kararları, 1990-1995, **Kamu-İş**, s.389.

⁵²⁶ Yargıtay bir kararında fazla çalışma ücretinin son günlük ücretin 7,5'a bölünmesi suretiyle hesaplanacağını kararlaştırmıştır, Y.9.H.D., 21.04.2005, E.2004/24272, K.2005/14200, Çil, *Fazla Çalışma*, s.70, dph.52; Kanaatimize göre, Yargıtay'ın fazla çalışma ücreti istenen dönemin ücretlerinin bilinmesi gerektiği yönünde vermiş olduğu çok sayıda karar karşısında, genel uygulamanın bu karar doğrultusunda olmadığını belirtmemiz gerekmektedir; “*Fazla mesai alacağı ait olduğu döneme ilişkin ücrete göre hesaplanmalıdır. Fazla mesai alacağının son ücret üzerinden hesaplanarak hüküm altına alınması yasal değildir.*”, Y.9.H.D., 01.07.2003, E.05696, K.12299, Cumhuriyet Sinan Özdemir, s. 931;

⁵²⁷ Ömer Ekmekçi, “Yeni İş Kanunu Ne Getiriyor Semineri”, **Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu**, İzmir, 3 Temmuz 2003, s.46.

⁵²⁸ RG., 01.08.2004, 25540.

⁵²⁹ Y.9.H.D., 18.12.1997, E.18159, K.21849 (**Tekstil İşveren D.**, Şubat 1998) s.16; Tunçomağ ve Centel, s.109

⁵³⁰ Kurucu, s.240; “*Bilirkişi yaptığı ilk hesaplamada davalı işverenin SSK ya bildirdiği ücreti esas almıştır. Daha sonra ibraz edilen bordrolardaki ücret daha düşük gösterildiğinden davalının resmi kuruma bildirdiği ücretin esas alınması gerekir*”, Y.9.H.D., 27.10.2003, E.5915, K.18144 (**Legal İHSGHD.**, 4/2004) s.1440.

ayrıldıktan sonra talep edilmektedir. Bu durumda da işçinin fazla çalışma ücretinin geriye dönük olarak hesaplanması konusunda zorluklar yaşanmaktadır. İşçinin normal ücretinin belirlenmesinde *asgari ücrete* göre oranlanarak belirlenmesi gerektiği belirtilmektedir⁵³¹.

Bazı hallerde işçi ile işveren arasında ücret konusunda, sözleşmede açıkça ücretin belirlenmemesi ya da bordrolarda yazılı ücret ile işçinin aldığı gerçek ücretin farklı olması gibi sebeplerle ihtilaflar yaşanmaktadır⁵³². İşveren, sigorta primlerini, ihbar, kıdem tazminatları hatta fazla çalışma ücretini daha az ödemek amacıyla gerçek dışı bordrolar düzenleyebilir. Mahkemenin öncelikli olarak bu ihtilafı çözüme kavuşturması ile fazla çalışma ücreti hesaplanabilmektedir⁵³³. *Yargıtay Hukuk Genel Kurulu*, gerçek ücretin her türlü delil ile ispatlanacağını kabul etmektedir. Ücreti gösterir para makbuzları, banka kayıtları, ticari defter kayıtları, tanık beyanları ya da işçinin imzasını taşıyan ücret bordroları delil olarak sunulabilir. Mevcut deliller ile ücret kuşkuyla yer olmayacak şekilde belirlenmiyorsa, işçinin yaptığı iş, hizmet süresi ve diğer belirleyici özellikler belirtilerek *meslek kuruluşlarından* bilgi alınması gerekecektir. Ancak meslek kuruluşlarının belirlediği ücret miktarı bağlayıcı değildir. Dosyada yer alan diğer tüm belgelerin de dikkate alınarak karara varılması gerekmektedir⁵³⁴. Kısacası, işçi bordroda gösterilenden daha yüksek ücret aldığını her

⁵³¹ Akyiğit, *Normali Aşan Çalışmalar*, s.12; Narmanlıoğlu, s.453; Yargıtay, “*Hüküm altına alınan fazla çalışma karşılığı ücret ve tatil alacaklarının ...dönemi için ücret üzerinden hesaplaması doğru ise de bu tarihten önceki fazla çalışma ve tatil çalışmalarının bu ücretin asgari ücrette oranlanarak belirlenmemesi isabetsizdir.*” kararı ile bilinen ücretin asgari ücrete oranlanarak geçmiş dönemdeki ücretin hesaplanması gerektiğini belirtmiştir, Y.9.H.D., 10.11.2003, E.6329, K.18968 (**Legal İHSGHD.**,S. 4, 2004) s.1427.

⁵³² Yargıtay, nitelsiz işçilerin asgari ücreti içerir bordroları iptirazi kayıt koymaksızın imzalamış olmasını ücret konusunda bağlayıcı kabul etmektedir, Y.9.H.D., 03.10.2000, E.8614, K.13106 (**Çimento İşveren D.**, Ocak 2001) ss.51-52; Nitelikli işçiler açısından ise bu bağlayıcılığı kabul etmemekte, yaklaşık 20 yıl mesul müdür konumunda olan işçinin asgari ücretle çalıştığının kabulünün hayatın olağan akışına ters düştüğünü belirtmektedir. Bu durumda meslek odalarından emsal ücret araştırması yapılması gerektiğini belirtmektedir, Y.9.H.D., 05.12.2005, E.12255, K.37905 (**İstanbul Barosu D.**, C:80, S.3, Mayıs-Haziran 2006) s.1343; Aynı yönde, Y.9.H.D., 27.03.2008, E.10241, K.6580 (**Çalışma ve Toplum D.**, 2008/3) ss.283-284.

⁵³³ “*Gerçek ücretin bordrolara yansıtılmaması durumunda gerçek ücret tespit edilerek işçinin hakları buna göre hesap edilir*”, Y.H.G.K., 25.12.1987, E.9879-523, K.987/1106 (**Tekstil İşveren D.**, Eylül 1988) s.18.

⁵³⁴ Y.H.G.K., 28.06.2006, E.9-479, K.484 (**Yargı Dünyası D.**, S.134, Şubat 2007) ss.71-72; “*...Mahkemece, davacının fiilen yaptığı iş ve çalıştığı tarihler bildirilmek suretiyle ne kadar ücret alabileceği ilgili meslek kuruluşundan sorulmalı ve alınacak olan yazı tüm dosya kapsamında birlikte yeniden bir değerlendirmeye tabi tutularak aylık ücretlerle ilgili gerekirse bilirkişiden ek rapor alınarak sonuca gidilmelidir.*”, Y.9.H.D., 25.01.2005, E.2004/6001, K.2005/1445 (**İstanbul Barosu D.**, C:80, S.3, Mayıs-Haziran 2006) ss.1333-1334; “*Davacının ne miktar ücret aldığı konusunda herhangi bir delil bulunmamaktadır. Bu durumda davacının yaptığı iş açıkça belirtilmek suretiyle ilgili meslek kuruluşundan fesih tarihinde alabileceği ücret sorularak hesaplamaların buna göre yapılması gerekirken...*”, Y.9.H.D., 03.11.2003, E.6051, K.18574 (**Legal İHSGHD.**, S.4, 2004) s.1434; Aynı yönde Y.9.H.D., 01.02.2005, E.7581, K.2749, AKYİĞİT, Şerh, s.1334 ; Y.9.H.D., 21.03.2006, E.1706, K.7084 (**İstanbul Barosu D.**, C:81, S.4, Temmuz-Ağustos 2007) s.1766.

türlü delil ile ispat edecektir. Gösterdiği delillerin ücret bordrosu karşısındaki değeri mahkeme tarafından takdir edilecektir⁵³⁵.

3.2.2.5. Fazla Çalışma Ücretinin Ödendiğinin İspatı

3.2.2.5.1. İspat Yükü

İşçinin fazla çalışma iddiası karşısında, işveren de fazla çalışma ücretinin ödendiği savunmasında bulunabilir. Fazla çalışma yapıldığının ispatı işçiye düşerken, fazla çalışma ücretinin ödendiğinin ispat edilmesi işverene aittir⁵³⁶. Bu kural gereği olarak, fazla çalışma ücretinin ödendiği işveren tarafından ispat edilemezse, mahkeme fazla çalışma ücreti alacağına hükmedecektir.

İşçi fazla çalışma iddiasını tanık dahil her türlü delil ile ispat edebilirken, işveren için durum farklıdır. İşveren ücreti ödemediğini ancak yazılı delil ile ispat edebilmektedir⁵³⁷. Çünkü ödeme savunması, 1086 sayılı Hukuk Muhakemeleri Usul Kanunu'nun 288, 289, 290'ıncı maddeleri gereği ancak kesin delil ile ispatlanabilmektedir. Borçlar Kanunu'nun 87, 88, ve 89'uncu maddelerini de ücretin ödendiğinin ispatında dikkate almamız gerekecektir⁵³⁸. İşveren, takdiri delil olan tanık deliline, ancak işçinin açık muvafakati ile başvurabilecektir.

İşverenin ücret ödeme borcunu yerine getirdiğinin kabul edilebilmesi için, sadece borcu ifa ettiğini değil, aynı zamanda borca uygun bir şekilde ve ödeme amacıyla hareket ettiğini de ispat etmesi gerekmektedir⁵³⁹.

Fazla Çalışma Yönetmeliği'nin 10'uncu maddesi "Fazla Çalışmanın Belgelenmesi" başlığı altında işverenin yaptığı ödemelerin ispatına dair esasları getirmiştir. İşveren için, işçinin fazla çalışma (fazla sürelerle çalışma) yaptığı saatleri gösteren belgeyi düzenlemesi ve işçinin özlük dosyasında saklaması, yaptığı ödemeleri

⁵³⁵ Soyer, *Değerlendirme*, s.30.

⁵³⁶ "Yasa aksini emretmedikçe...fazla çalışma yaptığını davacının(işçi); karşı iddiasını ve özellikle ödeme savını davalının ispat etmesi gerekir", Y.9.H.D., 09.05.1984, E.4549, K.5176 (**İş ve Hukuk D.**, S.168) s.22; Y.9.H.D., 30.01.2000, E.16453, K.1392, Akyiğit, *Şerh*, s.1354; Ekonomi, *Değerlendirme 2002*, s.51; Akyiğit, s.169.

⁵³⁷ Y.9.H.D., 26.04.1993, E.5786, K.6779 (**Çimento İşveren D.**, Temmuz 1993) s.23; Y.9.H.D., 17.10.1995, E.21361, K.31703 (**Yargıtay Kararları D.**, C:22, S.1, Ocak 1996) s.35; Y.9.H.D., 09.10.2003, E.14692, K.16717 (**TÜHİS İş ve İktisat D.**, Şubat 2004) s.67.

⁵³⁸ Tunçomağ ve Centel, s.120.

⁵³⁹ Tunçomağ ve Centel, s.119.

ücret bordrolarında ve İş Kanunu'nun 37'nci maddesine göre işçiye verilmesi gereken ücret hesap pusulalarında açıkça göstermesi zorunluluğu getirilmiştir. Bu yüzden ücret bordroları ve ücret hesap pusulası işverenin iddiasını ispatlayabilmesi için çok önemli belgelerdir. İşverenin bu tür yazılı belgelere dayanmadan yaptığı sözlü açıklamalar inkar niteliğinde olup, yazılı deliller ile desteklenmedikçe anlam ifade etmeyecektir⁵⁴⁰. Bunlar dışında, işyerinde her işçi için tutulan ücret fiş veya kartonu, makbuz, ibraname gibi belgeler de işverenin kullanacağı yazılı deliller olarak kabul edilmektedir. İşveren açısından ücretin ödendiğini ispatta banka kayıtları da yazılı delil olarak kullanılmaktadır. İşverenin, işçinin ücretini banka aracılığı ile ödediği durumlarda, banka kayıtları değerlendirilmeden karar verilemeyeceği Yargıtay tarafından ifade edilmektedir⁵⁴¹. Yargıtay kararlarına, yazılı delil olarak puantaj kayıtları da konu olmaktadır. İşçi tarafından imzalanmış puantaj kayıtlarına karşı tanık dinletilemeyeceği belirtilmektedir⁵⁴².

İşverenin fazla çalışma ücretini ödediği iddiasına karşılık, işçi ücretin ödenmediğini deliller ile ispat etmeye çalışabilir. İspat kuralları gereği, işçinin bu çabası ücretin ödendiği konusunda ispat külfetinin işçiye geçtiği anlamına gelmeyecektir.

Ücretin ödenmiş olduğunun ispatı işverene düştüğüne göre, işverenin iddiasını ispat etmek için kullanacağı delillerin en çok karşılaşılanlarını incelemeye çalışacağız.

3.2.2.5.2. İşverenin Delilleri

3.2.2.5.2.1. Ücret Bordrosu

Fazla çalışma ücretinin ödendiğinin ispat edilmesi için en çok kullanılan ispat aracı, kanun ile herhangi bir şekle tabi tutulmamış olan⁵⁴³, işçilerin imzasının bulunduğu, yapılan ödemeleri gösteren ücret bordrolarıdır. Çünkü, Yargıtay'ın kararları

⁵⁴⁰ Y.9.H.D., 04.06.1964, E.2827, K.3615, A. Baki Orhaner, **Türk İş Hukuku Yargıtay Emsal Kararları**, Ankara, 1966, s.416.

⁵⁴¹ Y.9.H.D., 20.06.2007, E.8913, K.19702, Kılıçoğlu ve Şenocak, s.534.

⁵⁴² "Fazla çalışmanın ispatı konusunda işyeri kayıtları özellikle iş yerine giriş çıkışı gösteren belgeler delil niteliğindedir...haftalık puantaj kayıtları...personel tarafından imzalanmıştır. Yazılı belgenin bulunduğu hallerde artık tanık ifadelerine değer verilemez", Y.9.H.D., 12.05.2008, E.2007/18990, K.2008/12208 (**Legal İHSGHD.**, 19/2008) ss.1112; Y.9.H.D., 05.12.2007, E.24702, K.36948 (**Legal İHSGHD.**, 17/2008) ss.144-145.

⁵⁴³ Tunçomağ ve Centel, s.123.

ile vurguladığı üzere imzalı bordro işçiyi bağlamaktadır⁵⁴⁴.

Fazla çalışma sütununda fazla çalışma ücreti tahakkuku yapılmış bordroyu, ihtirazi kayıt ileri sürmeksizin imzalayan işçi, artık bordronun kapsadığı döneme ilişkin fazla çalışma ücreti talebinde bulunamayacaktır⁵⁴⁵. Bu durumda, tahakkuku yapılan miktarı aşan fazla çalışma iddiasının işçi tarafından ileri sürülmesi halinde, bu iddianın mutlaka yazılı delil ile kanıtlanması gerekmektedir⁵⁴⁶. Ancak fazla çalışma ücreti tahakkuku yapılmış ve işçi tarafından imzalanmış bordrolarda, fazla çalışma ücretinin hesaplanacağı saat ücreti düşük gösterilmiş ise, bu husus dikkate alınarak gerçek değer üzerinden hesaplama yapılması gerekmektedir⁵⁴⁷. Yargıtay'ın kararlarına katılmamız mümkün değildir. Bordro, ancak tahakkuku yapılmış miktar kadar borcu sona erdirebilir. İşçi ihtirazi kayıt ileri sürmeden bordroyu imzalasa bile, bordroda tahakkuku yapılmış olan fazla çalışma ücretinden daha fazla miktarda ücret alacağı olduğunu, her türlü delil ile ispatlayabilme olanağına sahip olmalıdır. Ayrıca her işçinin ihtirazi kayıt ileri sürmezse hak kaybına uğrayacağını bildiğini düşünmek gerçeklerle bağdaşmamaktadır.

Ücret bordrolarında fazla çalışma sütunu bulunmasına rağmen, herhangi bir tahakkuk yapılmamışsa, işveren buna dayanarak fazla çalışma yapılmadığı iddiasını ileri süremeyecektir. Fazla çalışma sütununun boş olması, işçi lehine bir durumdur ve fazla çalışma yapıldığı tanıkla ispatlanabilir⁵⁴⁸.

Ücret bordroları işçinin imzasını taşıdığı için güçlü delil olarak

⁵⁴⁴ Y.9.H.D., 16.11.2006, E.9741, K.30253 (**Çalışma ve Toplum D.**, 2007/2) ss.285-286; Yargıtay tarafından ücret açısından imzalı bordroların niteliksiz işçileri bağladığı belirtilmiştir, Y.9.H.D., 03.10.2000, E.8614, K.13106 (**Çimento İşveren D.**, Ocak 2001) s.51; Bordroların bağlayıcılığı konusunda nitelikli işçi ile niteliksiz işçi ayrımı yapılmasını yanlış olduğu haklı olarak belirtilmiştir, Murat Engin, "Ferdî İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay'ın 2000 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", **Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2000**, Ankara, 2002, ss.14-15; Süzek'e göre de, ekonomik kriz ortamında nitelikli işçilerin de bazı hallerde hak etmedikleri ücretlerle çalıştığı bir gerçektir. Bu yüzden her nitelikli eleman için genelleme yapmak yerine her olayın özelliği dikkatle değerlendirilmelidir, Sarper Süzek, "Bireysel İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay'ın 2001 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", **Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2001**, Ankara, 2003, s.23.

⁵⁴⁵ Y.9.H.D., 28.11.2002, E.8449, K.22972, Akyiğit, Şerh, ss.1553- 1554; Y.9.H.D., 21.04.2005, E.19836, K.14492, Cumhuriyet Sinan Özdemir, s.960.

⁵⁴⁶ Y.9.H.D., 25.09.2007, E.20426, K.28106 (**İstanbul Barosu D.**, C:81, Kasım- Aralık 2007) s.2735; Y.9.H.D., 20.11.2007, E.26287, K.34662 (**Çalışma ve Toplum D.**, 2008/2) ss.294-296.

⁵⁴⁷ Y.9.H.D., 09.07.2003, E.6965, K.13060, Ertan, s.677.

⁵⁴⁸ Y.9.H.D., 20.06.2006, E.38666, K.18231 (**Çalışma ve Toplum D.**, 2006/4) ss.190-191; Y.9.H.D., 29.11.2006, E.11724, K.31396 (**Çalışma ve Toplum D.**, 2007/2) ss.233-234.

görülmektedir⁵⁴⁹. Ancak fazla çalışmayı gösteren bordrolar veya puantaj kartlarında işçinin imzası ya da ismi bulunmuyorsa işçi bunlara karşı tanık deliline başvurabilir⁵⁵⁰.

İşçi bordroda yer alan imzanın kendisine ait olmadığı savunmasında da bulunabilir. Bu durumda imza incelenerek çıkacak sonuca göre işçi yazılı delil dışındaki delillere başvurabilecektir.

3.2.2.5.2.2. Ücret Hesap Pusulası

İş Kanunu'na göre, işveren işyerinde veya banka yoluyla yaptığı ödemeleri gösterir imzalı veya işyerinin özel işaretini taşıyan bir pusulayı işçiye vermek zorundadır (İK.m.37/I)⁵⁵¹. Herhangi bir şekil şartına bağlı olmayan ücret hesap pusulasının düzenlenmesinin işveren açısından zorunluluk olarak öngörülmesi, emredici ve kamu düzenini ilgilendiren bir düzenlemenin varlığını göstermektedir⁵⁵². Bu özellikleri nedeniyle, hesap pusulası tutulmayacağı yönünde tarafların anlaşmaları geçersiz sayılacaktır. Ayrıca, ücretin ödendiğine ilişkin hesap pusulası dışındaki kayıtların tutuluyor olması, kanunun öngördüğü ücret hesap pusulası tutulması zorunluluğunu ortadan kaldırmamaktadır⁵⁵³. Çünkü, işçiye imzalatırılan diğer belgeler işverende kalırken hesap pusulası işveren tarafından işçiye verilmektedir.

Kanun, ileride taraflar arasında çıkacak uyuşmazlıkları önlemek amacıyla hesap pusulasında yer alacak kayıtları tek tek saymayı uygun görmüştür⁵⁵⁴. Buna göre, pusulada ödemenin günü, ilişkin olduğu dönem ile fazla çalışma, hafta tatili, bayram ve genel tatil ücretleri gibi asıl ücrete yapılan her türlü ücret ekinin, vergi, sigorta primi, avans mahsubu, nafaka ve icra gibi her türlü kesintinin gösterilmesi gerekmektedir (İK.m.37/II). Böylece işçi, ücretinin içeriği hakkında bilgi sahibi olurken, gerektiğinde pusulaya itiraz edebilme imkanına sahip olmaktadır.

İşçi, hesap pusulasında fazla çalışma ücretinin ödendiğine ilişkin kayıtların

⁵⁴⁹ Tunçomağ ve Centel, s.123.

⁵⁵⁰ Y.H.G.K., 19.10.1979, E.1267, K.1319, Çemberci, *Şerh 1984*, s.592.

⁵⁵¹ 1475 sayılı İş Kanunu'nun 30'uncu maddesinde "banka yoluyla yapılan ödemeler" konusunda bir düzenleme mevcut değildi. Aynı madde, pusulanın yanı sıra işçinin yanında duran pusula ile aynı amaçla tutulan bir defterden söz etmekte idi. 4857 sayılı kanun sadece hesap pusulasını düzenlemiş ücret defterine yer vermemiştir. Banka yoluyla yapılan ödemeler de madde metninde yerini almıştır.

⁵⁵² Centel, *Ücret*, s.398; Kılıçoğlu, s.384.

⁵⁵³ Narmanlıoğlu, s.224; Mollamahmutoğlu, s.399.

⁵⁵⁴ Esener, s.180.

aksini iddia ettiğinde, ispat yükü kendisine ait olacaktır. İşveren hesap pusulasında yer alan kayıtların aslında farklı olduğunu ileri sürüyorsa, bu iddialarını ispat yükü kendisine düşecek⁵⁵⁵ ve ancak hesap pusulası ile eş değerde bir belge ile ispat edebilecektir. Bir görüş, hesap pusulasının başkaca deliller ile desteklenmesi gerektiğini savunmuştur. Bu görüşe göre, hesap pusulası işçiyi ücreti konusunda bilgilendiren bir evraktır ve tek başına ücretin ödendiğini ispat etmede kullanılamaz⁵⁵⁶. Diğer bir görüş ise, işverenin imza ya da özel işaretini taşıyan hesap pusulasının işçi tarafından ibraz edilememesi işçi aleyhine sonuç doğurmaması gerektiği belirtilmiştir⁵⁵⁷. Ancak, işverenin ücretin ödendiğini ispat için sunduğu bu tür belgenin aksinin tanıkla ispatına da imkan yoktur. Kanaatimizce, ödeme günü ile yapılan kesintileri ve ücret eklerini gösteren hesap pusulasının işçiye verilmesi ile işçinin buna itiraz etme hakkı doğmaktadır. Böyle bir itiraz mevcut değilse, işverenin imza veya özel işaretini taşıyan geçerli ücret hesap pusulasının yazılı delil olarak kabul edilmesi yerinde olacaktır⁵⁵⁸. Ücret bordroları ile ücret hesap pusulasının birbiri ile çelişmesi halinde ücret hesap pusulasına itibar edilmesi yerinde olacaktır⁵⁵⁹.

3.2.2.5.2.3. İbraname

İbra, alacaklının borçlu ile yaptığı bir sözleşme ile alacağından vazgeçerek borçluyu borcundan kurtarmasını ifade etmektedir⁵⁶⁰. İş Kanunu'nda düzenlenmemesine rağmen⁵⁶¹, uygulamada işçinin işvereni ibra etmesine sıklıkla rastlanmaktadır. İşçi ile işveren arasındaki iş ilişkisinin sona ermesi halinde, işçiye tüm işçilik haklarının ödendiğini, işverenden hiçbir alacağı kalmadığını gösterir ibraname (ibra senedi) olarak anılan bir belge imzalatılmaktadır⁵⁶². İbramenin geçerliliğinin

⁵⁵⁵ Çemberci, s.744; Centel, *Ücret*, s.398.

⁵⁵⁶ Centel, *Ücret*, s.399; Evren, s.117.

⁵⁵⁷ Çemberci, ss.771-772.

⁵⁵⁸ Ücret hesap pusulası işçi tarafından ileri sürülürse HMUK. m. 292/II'ye göre yazılı delil başlangıcı olarak kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir. İşveren tarafından ileri sürülmüşse tam bir delil olma niteliği bulunmamaktadır ve aksinin tanıkla ispat edilmesine imkan verilmelidir, Centel, *Ücret*, s.400; Akyiğit, *Şerh*, ss.1448-1449.

⁵⁵⁹ Çemberci, s.772.

⁵⁶⁰ Süzek, s.599; Çelik, s.287.

⁵⁶¹ İşçiye Borçlar Kanunu'nun ibrayı düzenleyen hükmüne karşılık, Borçlar Kanunu ibrayı düzenlememiştir. Ancak Borçlar Kanunu Tasarısı'nda ibra sözleşmelerine yer verilmiştir. Tasarı'nın 419'uncu maddesinin 2'nci fıkrası, ibra sözleşmesinin yazılı olmasını ve ibraya konu olacak miktarlarının sözleşmede açıkça belirtilmesini önemli iki şart olarak aramaktadır.

⁵⁶² İşçi okur yazar olmayabilir. Bu durumda ibramenin geçerliliğinin denetlenmesi gerekmektedir; "...*ibramenin geçerli olup olmadığı noktasında davacının okuryazar olup olmadığı araştırılmalı, şayet okur yazar olmamakla birlikte imzasını kullanabildiği sonucuna varılırsa, o takdirde ibramenin içeriğinden haberdar olup olmadığı*

şekle bağlı olmadığı genellikle kabul edilmektedir. Ancak geçerlilik şartı olmamakla birlikte, ispat bakımından yazılı olmasının aranması gerekmektedir⁵⁶³. Ayrıca ibraname borcu sona erdiren bir belge olarak kabul edildiğinden davanın her safhasında ileri sürülebilecektir⁵⁶⁴.

İbranameler hakkında, bazı kararlarında yer alan farklı görüşlerine rağmen, Yargıtay'ın genel olarak kabul ettiği kuralları belirlememiz mümkündür. İbraname, geçmişte doğmuş bir veya birden çok alacak için düzenlenebilir. Bu yüzden, ibranamede, işçinin ibra ettiği alacakların tek tek sayılması gerekmektedir⁵⁶⁵. İbraname düzenlenmesi için taraflar arasında alacak-borç ilişkisinin olması gerekmektedir⁵⁶⁶. Bu sebeple, fesihden önce düzenlenmiş, çoğu kez maktu formların önceden işçi tarafından imzalanması ile oluşan ibranamelerin geçerliliği söz konusu değildir⁵⁶⁷. Yargıtay, "...Fesihden sonra düzenlenen ve davacının imzasını taşıyan ibranamede, fazla çalışma ücretlerinin tam olarak ödendiği başkaca alacağın kalmadığı belirtildiğine göre, anılan ibranameye değer vermek gerekir..." şeklindeki kararı ile bu hususu açıkça belirtmiştir⁵⁶⁸. İşçinin, ibranamenin fesihden önce alındığı yönünde bir iddiası varsa, ispat yükü kendisine düşmektedir⁵⁶⁹. İşçi iddiasını ispat edebilmek için işyeri kayıtlarına dayanabileceği gibi tanık deliline de başvurabilir⁵⁷⁰.

Fazla çalışma ücreti işveren tarafından ödenmişse, düzenlenen ibranamede bu ödemenin açık şekilde yer alması gerekmektedir. "Hiçbir alacağım ve hakkım

belirlenmelidir.", Y.9.H.D., 15.03.2005, E.2004/13540, K.2005/8515 (İstanbul Barosu D., C:79, Kasım-Aralık 2005) ss.2175-2176; Y.9.H.D., 16.06.2005, E.2004/30825, K.2005/21797, (Legal İHSGHD., S.9, 2006) ss.258-259; İşçi görme engelli ise, ibranamenin okunması ve mümkün olduğunca 3.kişi yanında imzalanması gerekmektedir, Y.9.H.D., 4.4.2005, E.2004/2169, K.2005/11994 (Legal İHSGHD., S.8, 2005) ss.1752-1753.

⁵⁶³ Demir, s.275; Tunçomağ ve Centel, s.122; Erdem Özdemir, "İş Hukukunda İbraname Uygulamaları", Sicil İş Hukuku D., S.5, Mart 2007, s.39.

⁵⁶⁴ Y.9.H.D., 05.12.2007, E.29102, K.36890 (Legal İHSGHD., 17/2008) s.148.

⁵⁶⁵ "... İbraname genel tatil, hafta tatili ve fazla mesai alacağı belirtilmediğine göre bu alacaklar yönünden yeniden bilirkişiden hesap raporu alınarak bir değerlendirmeye tabi tutulup, sonucuna göre karar verilmesi gerekir", Y.9.H.D., 16.02.2005, E.2004/13375, K.2005/4441 (Çalışma ve Toplum D., 2005/2) s.198; Y.9.H.D., 01.02.2005, E.8761, K.2729, Akyiğit, Şerh, s.1541.

⁵⁶⁶ Şahin Çil, "İş Hukukunda İbra Sözleşmesi", Kamu-İş D., C:7, S.3, 2004, s.135.

⁵⁶⁷ Y.9.H.D., 08.12.2003, E.8998, K.20326 (Legal İHSGHD., S.2, 2004) ss.659-660; Y.9.H.D., 01.02.2006, E.2005/12737, K.2006/1953 (Legal İHSGHD., S.10, 2006) ss.653-654 ; Çil, feshe bağlı olan ihbar ve kıdem tazminatları hariç, fazla çalışma , hafta tatili ücretleri için fesihden önce ibraname düzenlenebileceğini belirtmektedir. Geçmiş dönem alacakları için taraflar birbirlerini hizmet sözleşmesi devam ederken ibra edebilmelidirler, Çil, İbra Sözleşmesi, s.138.

⁵⁶⁸ Y.9.H.D., 29.05.1969, E.2545, K.5924, Çemberci, s.738; Y.9.H.D., 18.12.2003, E.8998, K.20326 (Legal İHSGHD., S.2, 2004) ss.659-660; Y.9.H.D., 28.12.2004, E.4977, K.29756, Akyiğit, Şerh, s.1548.

⁵⁶⁹ Tunçomağ ve Centel, s.122.

⁵⁷⁰ Çil, İbra Sözleşmesi, s.138.

kalmamıştır” şeklindeki genel ifadeler geçerli sayılmayıp, hakkı ortadan kaldıran ibranamenin açık ve kesin bir şekilde düzenlenmesi aranmaktadır⁵⁷¹. İbranamenin içeriğinin kuşkuyla yer vermemesi bir diğer özellik olarak sayılabilir. İbranamede çelişki yaratacak hususların bulunmaması gerekmektedir. Yargıtay, ibraname içeriği ile işverenin savunmasının çeliştiği bir davada ibranameye dayanılarak hüküm verilemeyeceğini belirtmiştir⁵⁷². Bir başka şekilde ibraname ödeme belgeleri ile çelişkili olabilmektedir⁵⁷³.

Yargıtay’ın yerleşik uygulamasına göre, miktar içermeyen ibranameler geçerli kabul edilmektedir⁵⁷⁴. Miktar içermeyen ibranameler işçi açısından alacak hakkını ortadan kaldıran düzenleme olarak görülmektedir⁵⁷⁵. Ancak Yargıtay, miktar içermeyen ibranameler konusunda görüşünü değiştiren bir karar vermiştir. Buna göre, geçimini emeği ile sağlayan bir işçinin nedensiz yere işvereni ibra etmeyeceği düşüncesinden yola çıkarak, *miktar içermeyen ve savunma ile çelişkili olan fazla mesai ücreti yönünden genel nitelikteki ibranamenin geçersiz olacağını* belirtmiştir⁵⁷⁶. Aynı kararda, miktar içeren ibranameler konusunda ise, konunun tekrar incelenmesi neticesinde, ibra sözleşmesinde hak kazanılan tutar ile yapılan ödeme arasında açık oransızlık olmadığı sürece borcun ibra ile sona erdiğinin kabul edilmesi gerekeceği belirtilmiştir. Bundan sonra uygulamanın bu yaklaşım ile devam edip etmeyeceğini, Yargıtay’ın yeni kararlarından öğrenmemiz mümkün olacaktır. Geçersiz kabul edilen ibraname

⁵⁷¹ Y.9.H.D., 03.06.1997, E.7572, K.10644 (Yargıtay Kararları D., C:24, S.5, Mayıs 1998) ss.686-687; Y.9.H.D., 01.03.1999, E.2427, K.3759 (Çimento İşveren D., Mayıs 1999) s.45; Y.9.H.D., 25.09.2003, E.2690, K.15379 (Legal İHSGHD., S.1, 2004) ss.210-211.

⁵⁷² “...Davalı işveren, davacı işçinin fazla çalışması olmadığını, kaldı ki, dava konusu fazla çalışma ücreti nedeniyle davacının kendisini ibra ettiğini savunmuştur. Fazla çalışma olmadığı savunması ile çelişki oluşturan ibranameye değer verilemez.”, Y.H.G.K., 19.09.2007, E. 9-645, K.596 (Yargı Dünyası D., Ocak 2008) ss.62-64; Y.9.H.D., 10.12.1996, E.14576, K.22643 (Tekstil İşveren D., Şubat 1997) s.16); Y.9.H.D., 01.02.2005, E.8761, K.2729, Akyiğit, Şerh, s.1564.

⁵⁷³ “...ibranamede her türlü hakların ödendiği yazılı olmasına rağmen sonradan yapılan ödeme çelişkili bir durum oluşturmaktadır. Bu noktada salt ibranameye değer verilerek sonuca gidilmesi doğru olmaz.”, Y.9.H.D., 15.06.2004, E.2003/19557, K.2004/14884 (Çalışma ve Toplum D., 2005/1) ss.271-272.

⁵⁷⁴ “İşçi...işçilik alacaklarını açık ve ayrıntılı olarak yani kalem kalem göstererek aldığını belirtmiş ise miktar yazılı olmasa bile işvereni ibra etmiş sayılır”, Y.H.G.K., 12.12.2003, E.9-778, K.796 (Yargı Dünyası D., S.99, Mart 2004) ss.40-42; “...miktar içermemesi başlı başına ibranamenin geçersizliği sonucunu doğurmaz. Fesihden sonra düzenlenen ve davacının imzasını taşıyan ibranamede, fazla çalışma ücretlerinin tam olarak ödendiği başkaca alacağın kalmadığı belirtildiğine göre, anılan ibranameye değer vermek gerekir.”, Y.9.H.D., 28.12.2004, E.4977, K.29756 (İstanbul Barosu D., C:79, Eylül-Ekim 2005) ss.2278-2279; aynı yönde Y.9.H.D., 04.04.2008, E.2007/15168, K.2008/7484 (Çalışma ve Toplum D., 2008/4) ss.412-413.

⁵⁷⁵ Erdem Özdemir, *İbraname*, s.36; Süzek, s.290; Çil, *İbraname Sözleşmesi*, ss.153-155.

⁵⁷⁶ Y.9.H.D., 21.03.2008, E.2007/13059, K.2008/5588 (TÜHİS İş ve İktisat D., Mayıs 2008) ss.111-114; Bu kararda İş Hukukunun özelliği dikkate alınarak ibranamelerin dar yorumlanması gerektiği belirtilmiştir. Yeni Borçlar Kanunu Tasarısı’nın 419’uncu maddesinin miktar içermeyen ibranamenin geçersiz kabul edileceği yönündeki hükmü Yargıtay’ın karar değişikliğine gerekçe olarak gösterilmiştir.

karşısında işverenin, ibranamenin içeriğinin doğruluğunu yazılı delil ile kanıtlaması gerekecektir.

Söz konusu karardan önceki kararları incelediğimizde ise, miktar içeren ibranameler Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından *makbuz* niteliğinde görülmekte ve bu ibraname ile işçiye kısmi ödeme yapılmış olarak kabul edilmektedir⁵⁷⁷. Makbuz niteliği bulunmasının neticesinde, işçinin ödenmediğini düşündüğü haklarını istemesine engel bir durum söz konusu değildir.

İşveren tarafından ileri sürülen ibranamenin geçersizliği işçi tarafından iddia ediliyorsa ispat yükü işçiye geçmektedir. İbra, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile oluşturulmakta ve sözleşme niteliği taşımaktadır. Bu yüzden işçi, iradeyi sakatlayan hata (BK.m.23-27), hile (BK.m.28), ikrah (BK.m.29-30), gabin (BK.m.21) ile ibranameyi imzaladığını ileri sürerek ibranamenin geçersizliğini ispat edebilir⁵⁷⁸. İşçi bu durumları ileri sürerek 1 yıllık hak düşürücü sürede ibranamenin iptalini isteyebileceği gibi, bu süre içinde açılan bir davada geçersizliği def'i olarak ileri sürebilecektir⁵⁷⁹. İspat için tanık, işverenin kayıtları ve diğer her türlü kanıt dayanabilecektir (HUMK.m.293/V)⁵⁸⁰. İşçi ibranameyi baskı altında imzaladığını iddia ediyorsa, uyuşmazlığın çözümünde işçinin görev pozisyonu ve olayların akışı Yargıtay tarafından haklı olarak değerlendirilmektedir⁵⁸¹.

3.2.2.5.2.4. Yemin

Hukuk Muhakemeleri Usul Kanunu'nda 337 ile 362'nci maddeleri arasında ayrıntıları ile düzenlenen yemin deliline, ispat yükü kendisine düşen taraf

⁵⁷⁷ Y.H.G.K., 27.04.1983, 9-3055/427 (Yargıtay Kararları D., Kasım 1983) ss.1581-1583; Y.9.H.D., 25.11.2003, E.5343, K.18724 (TÜHİS İş ve İktisat D., Şubat 2004) ss.63-64; Y.9.H.D., 21.11.2006, E.29467, K.30663 (Çalışma ve Toplum D., 2007/2) ss.262-263.

⁵⁷⁸ Saymen, s.614; *Akadin feshini müteakip düzenlendiği anlaşılan, davacı tarafından ihtirazi kayıtsız imzalanan, hata ve ikrah ile alındığı kanıtlanamayan ibranamede davacı, fazla mesai alacaklarını aldığı ve işvereni ibra ettiğini bildirdiğinden ibraname nedeniyle anılan isteğin reddi gerekirken...*, Y.9.H.D., 25.05.2006, E.2005/35781, K.2006/15312 (Çalışma ve Toplum D., 2006/4) s.261; Y.9.H.D., 04.02.2003, E.13863, K.1378 (Legal İHSGHD., S.3, 2004) ss.1080-1081; Y.9.H.D., 18.02.2003, E.24164, K.1808 (Legal İHSGHD., S.3, 2004) ss.1074-1075.

⁵⁷⁹ "...ibranamenin baskı altında alındığı iddia edilerek bir yıllık süre içerisinde iptal için dava açılmadığı gibi... davanın da ibranameden yaklaşık iki yıl sonra açıldığı göz önünde bulundurulduğunda ibranamenin geçerli olarak kabul edilmesi gerekir.", Y.9.H.D., 31.10.2007, E.5179, K.30263 (Çalışma ve Toplum D., 2008/2) ss.326-327.

⁵⁸⁰ Erdem Özdemir, *İbraname*, s.40.

⁵⁸¹ Murat Engin, "Bireysel İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi", *Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2004*, Ankara, 2006, s.10.

dayanabilir⁵⁸². Yemin kesin delil olduğu için, kendisine yemin teklif edilen tarafın yemin etmesi ile o durum ispat edilmiş sayılır. Yemin, tarafların en son başvuracağı kesin delildir ve yemine dayanan taraf yemin teklif etmekle iddiasını başka deliller ile ispat etme hakkını kaybeder⁵⁸³. Bu yüzden işveren yazılı deliller ile ücreti ödediğini ispat edemiyorsa işçiye yemin teklif edebilir.

Bu delile işçi de başvurabilmektedir. Fazla çalışma yapıldığının ispat edilmesi işçiye düşmektedir. İşçi diğer delillerin yanı sıra işverene bu konuda yemin teklifinde bulunabilir⁵⁸⁴.

Tarafların birbirine yemin teklif etmesinden başka, hakimin de bütün delilleri inceledikten sonra kanaatini güçlendirmek için ispat yükü kendisine düşen tarafa re'sen yemin teklif etme hakkı bulunmaktadır. Tarafın yemin etmesi ile onun lehine hükmünü verir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu verdiği bir kararda yemin deliline başvurulabilmesi için gerekli şartları "*Yemin deliline başvurulabilmesi için ancak, ya tarafların delil listesinde açıkça bu delile dayanmaları veya davacının dava dilekçesinde, davalının da cevap dilekçesinde yemin deliline veyahut uygulamada kabul edildiği gibi 'sair deliller' ifadesine yer verilmesi ile mümkündür*" şeklinde özetlemiştir⁵⁸⁵.

Yemin delilinin gücü, tamamen yemin etmesi istenen tarafın dini ve ahlaki inançlarına bağlı bulunduğundan, ispat külfeti kendine düşen tarafın, diğer bütün deliller ile iddiasını ispat etmeye çalışıp bunu başaramadığı takdirde son çare olarak yemin deliline başvurması daha isabetli olacaktır.

3.2.2.6. Fazla Çalışma Ücretinin Ödenmesi

Fazla çalışma ücretinin ödenmesi konusuna Fazla Çalışma Yönetmeliği'nin 10'uncu maddesi açıklık getirmektedir. Buna göre, *işçilerin işlemiş olan fazla çalışma*

⁵⁸² Y.9.H.D., 03.03.2005, E.15406, K.6840, Akyiğit, *Şerh*, s.1560.

⁵⁸³ Yargıtay ücret alacakları hakkında verdiği bir kararında yemin delilinin bu özelliğini ele almıştır, Y.9.H.D., 07.11.2007, E.30156, K.32841 (*Yargı Dünyası D.*, Şubat 2008) ss.159-160.

⁵⁸⁴ Y.9.H.D., 03.03.2005, E.15406, K.6840, Akyiğit, *Şerh*, s.1560.

⁵⁸⁵ Y.H.G.K., 24.01.2007, E.3-29, K.19 (*Yargıtay Kararları D.*, C:33, S.12, Aralık 2007) s.2204.

(ve fazla sürelerle çalışma) ücretleri normal çalışmalarına ait ücretlere eklenerek, 4857 sayılı İş Kanunu'nun ücret konusunun düzenlendiği 32'nci ve 34'üncü maddeleri uyarınca ödenecektir. İş Kanunu'nun 32'nci maddesi ücretlerin ödenmesinin şartlarını belirlerken, 34'üncü maddesi ise ücretin ödenmemesi halini düzenlemektedir. Bizde aynı sırayı takip ederek öncelikli olarak fazla çalışma ücretinin ödenmesini inceleyip, ardından ücretin ödenmemesi halinde hukuksal sonuçların neler olacağını inceleyeceğiz.

3.2.2.6.1. Fazla Çalışma Ücretinin Ödenmesinin Şekli

3.2.2.6.1.1. Türk Parası Olarak Ödenmesi

İş Kanunu'nun 32'nci maddesinin 2'nci fıkrasında kural olarak, ücretin Türk parası ile ödeneceği hüküm altına alınmıştır. Bu yüzden, fazla çalışma ücreti de asıl ücret gibi, normal ücretle ilgili hükümlere tabi olarak Türk parası ile nakden ödenecektir. Nakden ödeme konusu ile ilgili olarak, İLO'nun 95 sayılı Ücretin Korunmasına İlişkin Sözleşme'sine uygun olarak, aynı maddenin 3'üncü fıkrası, emre muharrer senetle (bono ile), kuponla veya yurtda geçerli parayı temsil ettiği iddia olunan bir senetle veya diğer herhangi bir şekilde ücret ödemesi yapılamayacağını belirtmiştir.

3.2.2.6.1.2. Yabancı Para Olarak Kararlaştırılan Ücretin Ödenmesi

Ücretin ödenmesi konusunda 4857 sayılı İş Kanunu, 1475 sayılı İş Kanunu'ndan farklı bir düzenleme içermektedir. 1475 sayılı İş Kanunu'nun 26'ncı maddesinin düzenlemediği ücretin yabancı para olarak kararlaştırılması haline, 4857 sayılı İş Kanunu yer vermiştir⁵⁸⁶. Buna göre "...Ücret yabancı para olarak kararlaştırılmış ise ödeme günündeki rayice göre Türk parası ile ödenebilir" hükmü yabancı para ile ücretin ödenmesi konusuna açıklık getirmiştir (İK.m.37/2).

Bu hükmün emredici niteliği üzerinde tartışmalar bulunmaktadır. Bu tartışmalar, normal ücret hangi paraya göre ödeniyorsa, fazla çalışma ücretinin de o para birimine göre ödenmesi gerekeceğinden önem taşımaktadır. *Bir görüş*, bu hükmün mutlak emredici ve kamu düzenine ilişkin bir hüküm olduğu anlayışındadır. Taraflar

⁵⁸⁶ 1475 sayılı İş Kanunu'nda ücretin yabancı para olarak kararlaştırılması konusunda açık bir hüküm bulunmamakta idi. Bu yüzden Borçlar Kanunu'nun 83'üncü maddesine göre karar verilerek, ücretlerin yabancı para olarak kararlaştırılmasına izin veriliyordu.

ücreti döviz üzerinden kararlaştırmış olsalar bile, ödeme mutlaka kararlaştırılan gündeki rayice göre Türk parası ile yapılacaktır⁵⁸⁷. *Diğer görüş ise*, ücretin Türk parası ile ödenmesinin kural olduğunu; ancak aksinin kararlaştırılabileceğini söyleyerek, mutlak emredici bir hüküm olmadığını haklı olarak belirtmektedir. Borçlar Kanunu'nun 83'üncü maddesi, para borcunun memleket parası ile ödeneceğini belirtirken, kanuni rayici olan bir yabancı para ile ödeme yapılmasının kararlaştırılabileceğini belirtmektedir. Borçlar Kanunu'nun bu hükümden yola çıkarak, aynı yorumun iş hukuku için de yapılması kanaatimizce de mümkündür. Kısacası ücret, Türk parası yerine dövizle ödenebilecektir⁵⁸⁸. İş Kanunu'nun 32'nci maddesinin 2'nci fıkrasında bulunan “*ödenir*” sözü yerine “*ödenebilir*” sözcüğünün tercih edilmesi de bu yorumu desteklemektedir. Bunun yanı sıra, ücret vadesinde ödeniyorsa, seçim hakkı işverene ait olmak üzere, ücretin yabancı para olarak ödenmesinin kararlaştırıldığı hallerde, işverenin ücreti ödeme günündeki rayice göre Türk parası olarak ödeyebileceğinin kabul edilmesi gerekmektedir⁵⁸⁹. Ancak taraflar ücretin “aynen” yabancı para olarak ödenmesi konusunda anlaşmışlarsa, ücretin yabancı para biriminde ödenmesi gerekecektir (BK.m.83/II).

Ücretin yabancı para olarak kararlaştırıldığı sözleşmeler için, işverenin ücreti gününde ödememesi halinde, “ödeme günündeki rayice göre” ifadesi, döviz kurlarının değişiklik gösterdiği ülkemizde işçi aleyhine sonuçlar doğurabilecektir. Bu yüzden Borçlar Kanunu'nun alacaklıyı koruyan 83'üncü maddesini örnek alarak çözüm bulmak yerinde olacaktır (BK.m.83/III). İşveren vade tarihinde ücreti ödüyorsa, o tarihteki rayice göre hesaplama yapacaktır. Eğer, işveren ücreti vadesi geçtikten sonra geç ödemişse, hangi tarihteki döviz kurunun dikkate alınacağı konusunda seçim hakkının

⁵⁸⁷ Aktay ve Diğerleri, s.129; Mollamahmutoğlu, s.388; Tunçomağ ve Centel, s.116; Demir, *Sorularla Bireysel İş Hukuku*, ss.190-191; Uçum, s.59; Alpagut, ss.53-54; Çelik, aynı yöndeki görüşüne gerekçe olarak, vergi, sigorta primleri gibi kesintilerin Türk parası olarak gösterilmesi zorunluluğu karşısında ücretin yabancı para olarak ödenmesinin mümkün olmadığını dile getirmiştir, Çelik, s.147.

⁵⁸⁸ Stüzek, s.293; Akyiğit, *Şerh*, s.1321; Akyiğit, *Normali Aşan Çalışmalar*, s.13; Fevzi Şahlanan, “Yabancı Para Borcu ve İşçi Ücretinin Yabancı Para Olarak Belirlenmesi ve Ödenmesi”, **Kenan Tunçomağ'a Armağan**, İstanbul, 1997, s.461; Karacan katıldığımız bir görüşünde, vergi, sigorta primi gibi kesintilerin Türk parası olarak ödeneceğini, bunların dışında ücretin yabancı para ile ödenmesinin mümkün olduğunu ifade etmektedir, Hatice Karacan, **4857 Sayılı İş Kanununa Göre Fazla Çalışma**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2007, s.115; Yargıtay da işçinin çalışma alanı itibariyle ücretin yabancı para olması mutlak ise, dolar üzerinden ücretinin hesaplanması gerektiğini belirtmiştir, Y.H.G.K., 1.10.2003, E.9-558, K.537 (**İstanbul Barosu D.**, C:79; S.1, Ocak-Şubat 2004)) ss.273-276; Ancak konvertibil olmayan paralara ilişki verdiği bir kararda ilk önce dolara sonra Türk parasına çevrilerek ödenmesi gerektiğine hükmetmiştir, Y.9.H.D., 24.05.2005, E.2004/25385, K.2005/14236 (**Legal İHSGHD.**, S.7, 2005) ss.1310-1311.

⁵⁸⁹ Y.9.H.D., 22.02.2005, E.11472, K.6007, Akyiğit, *Şerh*, s.1321; Şahlanan, *Yabancı Para Borcu*, s.463.

işçide olduğunun kabul edilmesi gerekecektir. İşçinin isterse, yabancı para olarak kararlaştırılan ücretin vade tarihindeki rayiç değerinin, isterse işverenin ücreti geç ödediği günün rayiç değerinin hesaplamada kullanılmasını isteme hakkının kabul edilmesi gerekmektedir⁵⁹⁰. Taraflar ücret borcunun “aynen” yabancı para olarak ödenmesini kararlaştırmışlarsa, işçinin bu seçim hakkı bulunmamaktadır⁵⁹¹.

3.2.2.6.2. Fazla Çalışma Ücretinin Ödenme Zamanı

İş Hukukunda ücret, kural olarak, işçi çalışıp ücrete hak kazandıktan sonra ödenmektedir⁵⁹². Borçların karşılıklı ve aynı anda ifa edilmesi kuralı⁵⁹³, İş Hukukunda hizmet sözleşmelerine uygulanmamaktadır. Pratik nedenlerle, işçinin yaptığı her birim işten sonra ücretinin hemen ödenmesi karışıklık yaratacağından, bu kuralın uygulanması mümkün değildir⁵⁹⁴. Bu yüzden, işçi fazla çalışma yapması ile ücrete hak kazanmakla birlikte, işçinin talep hakkı, borcunu ifa etmesinden sonra ücret alacağıının muaccel olması ile mümkün olmaktadır⁵⁹⁵.

Fazla çalışma ücretini işçinin talep etme hakkı, ücretin ödenme zamanı ile ilgilidir. Bu konu, işçi ve işveren arasındaki hizmet sözleşmesi veya toplu iş sözleşmeleri ile belirlenebilir. Ancak işverenin ücreti belirli aralıklarla ve düzenli ödemesi gereği İş Kanunu'nun 32'nci maddesinin 4'üncü fıkrasında açıkça belirtilmiş ve ödeme zamanı konusunda yapılacak sözleşmelerin içeriğine sınır getirilmiştir. Çünkü, ödeme zamanının işçiyi sıkıntıya sokacak kadar uzun veya hem işvereni hem de işçiyi zorlayacak kadar kısa olmaması yapılacak sözleşmelere getirilecek sınırlama ile mümkün olmaktadır. İşte bu düşünce ile emredici bir hüküm getirilmiştir. Buna göre, işçinin hak ettiği ücretin en geç ayda bir ödeneceği, iş sözleşmeleri veya toplu iş sözleşmeleri ile ödeme süresinin bir haftaya kadar indirilebileceği belirtilmiştir

⁵⁹⁰ Akyiğit, *Şerh*, s.1322; Yazar aynı zamanda rayicin belirlenmesi konusunda da İş Kanunu'nda açık hüküm bulunmamasını haklı olarak eleştirmektedir. Uygulamada efektif kur üzerinden Türk parasına çevrilmesi uygun görülmektedir, Akyiğit, *Şerh*, s.1323; Demir, *Sorularla Bireysel İş Hukuku*, s.191; Y.H.G.K., 07.04.1993, E.993/13-41, K.993/145 (**Yargıtay Kararları D.**, C:20, S.4, Nisan 1994) s.544.

⁵⁹¹ Şahlanan, *Yabancı Para Borcu*, s.464.

⁵⁹² Saymen, s.507; Esener, ss.177-178; Narmanlıoğlu, s.234-235; Tunçomağ ve Centel, s.116.

⁵⁹³ Borçlar Kanunu'nun 81'inci maddesi bu kurala yer vermektedir.

⁵⁹⁴ Tunçomağ ve Centel, s.116; Mollamahmutoğlu, s.391; İşçinin ücrete hak kazanması için mutlaka fiili olarak iş görmesi gerekmektedir. İşçi çalışmak için işverenin emrine amade bir şekilde hazır beklemesine rağmen işveren iş vermezse, BK.'nın 325'inci maddesi gereğince işverenin temerrüdünden bahsedileceğinden işçi ücrete hak kazanacaktır, Eyrenci, s.11.

⁵⁹⁵ Suat Caniklioğlu, s.119; Mollamahmutoğlu, s.394.

(İK.m.32/IV).

Ücretin bir aydan uzun veya bir haftadan kısa aralıklarla ödeneceğini içeren sözleşmeler geçersizdir. *Bir görüş*, bir aydan uzun aralıklar ile ücretin ödenemeyeceğini kabul etmekle birlikte, sözleşme ile bir haftadan kısa aralıklarla ücretin ödenmesi konusunda yapılan anlaşmanın geçerli olacağını savunmaktadır⁵⁹⁶. Alt sınır olan bir haftanın işveren yararına getirildiği ve işverenin rızası ile bunun altında süre belirlemenin mümkün olduğu belirlenince bu görüşe katılmamız mümkün değildir. Çünkü, Kanun sözleşmeler ile belirlenecek alt sınırı açık bir şekilde hüküm altına almıştır. Bir haftadan kısa bir sürenin belirlenmesine izin vermek isteseydi, madde metninde sadece üst sınırı belirtmekle yetinirdi. Diğer yandan, bir haftadan kısa sürelerle ücret ödenmesinin işçi açısından da sakıncaları bulunmaktadır. İşçi, aldığı küçük miktarda paralarla birikim yapamayacak, günlük harcamaları ile parasını tüketecektir⁵⁹⁷. Eğer Kanun'a aykırı geçersiz bir sözleşme yapılmışsa, sözleşmenin yerine Kanun uygulanacak, üst sınır veya alt sınırdan hangisinin uygulanacağına taraf iradelerine bakılarak karar verilecektir⁵⁹⁸. İşçi yaptığı fazla çalışmanın ücretini, normal çalışmasının ücreti için belirlenen zamanda isteyebileceğinden, bu emredici hüküm fazla çalışma ücreti için de geçerli olacaktır.

İş sözleşmesi ücretin ödeneceği zaman gelmeden sona ererse, fazla çalışma ücreti de asıl ücretle beraber İş Kanunu'nun 32'nci maddesinin 5'inci fıkrasına göre ödeme zamanı gelmeden istenecektir. Çünkü bu fıkra göre, hizmet sözleşmesinin son bulması ile tüm işçilik haklarının işçiye tam olarak ödenmesi zorunludur.

İşyerinde çalışma saatlerinde denkleştirme esası uygulanıyorsa, fazla çalışma yapıp yapılmadığı veya fazla çalışmanın süresi dönem sonunda (iki ay veya toplu iş sözleşmeleri ile dört ay sonunda) belirleneceğinden, ücretin en geç ayda bir ödenmesi kuralı uygulanmayacaktır.

⁵⁹⁶ Tunçomağ ve Centel, s.117.

⁵⁹⁷ Mollamahmutoğlu, s.392.

⁵⁹⁸ Çemberci, *Şerh 1984*, s.478.

3.2.2.6.3. Fazla Çalışma Ücretinin Ödenme Yeri

Fazla çalışma ücretinin ödeneceği yeri belirlemek için, ücretin ödenmesinin düzenlendiği İş Kanunu'nun 32'nci maddesine göz atmak gerekmektedir. Bu maddenin 2'nci fıkrasına göre kural olarak, işverenin ücret ödeme borcu ya işyerinde ya da özel olarak açtırılan banka hesabına yatırılmak suretiyle yerine getirilir. Bu hüküm ile 1475 sayılı İş Kanunu'nda ödeme yeri konusundaki boşluk, uygulamaya paralel olarak düzenlenmiştir⁵⁹⁹.

İşçi ve işverenin anlaşarak başka bir ödeme yerini tespit etmelerine engel bir durum söz konusu değildir. İş Kanunu'nun 32'nci maddesi ödeme yeri konusunda yalnızca kuralı belirlemiştir. Yoksa tarafların ödeme yerini belirleme serbestisini ortadan kaldıran bir hüküm söz konusu değildir^{600 601}. İşçi ve işveren ödeme yeri konusunda açık bir şekilde belirleme yapmadan, belli bir uygulamada bulunuyorlarsa zimni bir şekilde anlaştıkları kabul edilmelidir⁶⁰². Hatta doktrinde, tarafların anlaşması olmasa dahi, işçinin işyerine gelmesinin imkansız olduğu durumlarda, işveren tarafından ücretin işçinin bulunduğu yerde (ikametgahı olabilir) ödenmesi, işverenin işçiyi gözetme borcu ile dürüstlük kuralının bir gereği olarak görülmektedir⁶⁰³.

İşçi ücretlerinin özel olarak açtırılan banka hesaplarına yatırılması, bankaların *otomatik vezne (ATM) makinelerinde* kullanılan kartların işçilere verilmesini yaygınlaştırmıştır. Otomatik veznedeki ücretin çekilebilmesi ile işçi, tatil günlerinde veya mesai saatleri dışında makinelerin olduğu her yerden ücretine ulaşır olmuş, işverenin maliyetleri azaltılmıştır⁶⁰⁴. Ancak bu kolaylık beraberinde birtakım sorunları

⁵⁹⁹ 1475 sayılı İş Kanunu'nun 26'ncı maddesinde, ücretin ödenme yeri belirlenmemiştir. Bu yüzden Borçlar Kanunu'nun 73'üncü maddesi dikkate alınmıyordu. Ancak aksi kararlaştırılabilen bir hüküm olması nedeniyle, işçinin ikametgahı yerine, işyerinde ödeme yapılması ya da ücretlerin banka yolu ile ödenmesine sıklıkla rastlanmaktaydı, Esener, s.178; Akyiğit, *Şerh*, s.1316; Yargıtay bu uygulamayı, " ...ödemeler banka aracılığı ile yapıldığına göre, uyumsuzluk konusu olan ödemelerin bankaya yatırılıp yatırılmadığı araştırılmalıdır" şeklinde kararına yansıtmıştır, Y.9.H.D., 29.12.1995, E.34994, K.36853 (Çimento İşveren D., Mart 1996) s.29.

⁶⁰⁰ Demircioğlu ve Centel, s.117; Demir, *Sorularla Bireysel İş Hukuku*, s.201; Mollamahmutoğlu, s.394.

⁶⁰¹ Bu serbesti, İş Kanunu'nun 32'nci maddesinin 6'ncı fıkrasında yer alan "Meyhane ve benzeri eğlence yerleri ve perakende mal satan dükkan ve mağazalarda, buralarda çalışanlar hariç, ücret ödemesi yapılamaz" hükmü ile sınırlandırılmıştır. İLO'nun 95 sayılı sözleşmesi'nin 13'üncü maddesinin 2'nci fıkrasına uygun olan bu hüküm işçiyi korumak amacıyla, alışveriş ve eğlence gibi kişiyi para harcamasını kolaylaştıran yerlerde ödeme yapılmasını yasaklanmıştır. Bu sınıra uyulmadan yapılan sözleşmeler geçersiz sayılacak, işverenin işçiyi zorlaması halinde gerektiğinde işveren temerrüde düşmüş sayılacaktır.

⁶⁰² Demir, *Sorularla Bireysel İş Hukuku*, s.201.

⁶⁰³ Ekonomi, s. 143; Centel, *Ücret*, s.312.

⁶⁰⁴ Süzek, s.294.

da getirmiştir. Çünkü Yargıtay, asıl borca bağlı işçilik haklarına ilişkin gerçek dışı ödemelerde, işçinin ihtirazı kayıt koyarak verilen ücreti kabul etmesini aramaktadır. Ancak, fazla çalışma ücreti, gecikme faizi gibi haklarının eksik olduğunu düşünen işçinin ATM makinelerinden ücretini tahsil ederken, buna ilişkin ihtirazı kaydını koyabilmesi mümkün değildir⁶⁰⁵. Fazla çalışma ücretinin faiz gibi ücret eki olmadığından hareketle ihtirazı kayıt koymanın gerekmediği ileri sürülmüşse⁶⁰⁶ de, Yargıtay'ın içtihatları doğrultusunda soruna çözüm getirmek gerekecektir. Yargıtay, banka yoluyla yapılan ödemelerde ihtirazı kaydın ileri sürülmesini aramaktadır⁶⁰⁷. Daha önce, İş Kanunu'nun 37'nci maddesinin 1'inci maddesine göre, işverenin ücretle ilgili olarak ücret hesap pusulası tutma yükümlülüğünden bahsetmiştik. Normal ücretle birlikte fazla çalışma ücretinin ATM makinelerinden ödenmesi işverenin bu yükümlülüğünü kaldırmaz⁶⁰⁸. Ayrıca Vergi Usul Kanunu'nun 238 ve 239'uncu maddelerine göre düzenlenerek işçi tarafından imzalanması gereken bordro ve yerine geçen belgelere işçinin kabul etmediği ödemeler konusunda ATM ile yapılan ödemeden sonra şerh koyacağına kabulü kanaatimizce en uygun çözüm olacaktır⁶⁰⁹.

Fazla çalışma ücretini eksiksiz olarak banka hesabına yatırması ile işveren ücret ödeme borcunu yerine getirmiş sayılmaktadır. ATM kartının çalınması veya kaybolması halinde 3'üncü kişiler tarafından ücretin tahsil edilmesi veya teknik arıza nedeniyle ücretin çekilememesi gibi kartın kullanılmasından kaynaklanan durumlarda işverenin sorumlu tutulması mümkün değildir. Bu durumda işçi banka ile karşı karşıya kalacaktır.

⁶⁰⁵ Aydın Başbuğ, "İşçi Ücretlerinin ATM (Automated Teller Machines-Otomatik Vezne Makinaları) İle Ödenmesinden Doğan Sorunlar", **İş Hukuku Dergisi**, C:3, S.1-4, Nisan-Haziran 1993, s.221.

⁶⁰⁶ Başbuğ, s.221.

⁶⁰⁷ "Keza bordrolarda davacı imzası olmasa bile, ücret banka hesabına yatırılarak ödeniyor ve hesap çekilirken ihtirazı kayıt konulmamış ise, banka yolu ile yapılan fazla mesai ve tatil ücretleri ödemelerinin da dikkate alınması gerekir.", Y.9.H.D., 01.04.2008, E.2007/33244, K.2008/7135 (**Çalışma ve Toplum D.**, 2008/3) ss.224-226; "İşçiye bordro imzalatılmadığı halde, fazla çalışma ücreti tahakkuklarını da içeren her ay değişik miktarlarda ücret ödemelerinin banka kanalıyla yapılması durumunda da ihtirazı kayıt ileri sürülmemiş olması, ödenenin üzerinde fazla çalışma yapıldığının yazılı delil ile ispatlanması gerektiği sonucunu doğurmaktadır", Y.9.H.D., 01.04.2008, E.2007/15191, K.2008/7266 (**Çalışma ve Toplum D.**, 2008/3) ss.227-230.

⁶⁰⁸ Süzek, s.295; Çelik, s.147.

⁶⁰⁹ Mollamahmutoğlu, ss.396-397; Süzek, s.295; Kılıçoğlu, ss.354-355; Başbuğ çözüm olarak, ihtirazı kaydı önceden konduğunun karine olarak kabul edilmesi ya da alacağın banka hesabına yatırılmasından sonra ihtirazı kayıt koymak için işçiye süre tanınması gerektiğini belirtmiştir, Başbuğ, s.219.

3.2.2.6.4. Fazla Çalışma Ücretinin Ödenmesinde Taraflar

İşverenin fazla çalışma yapan işçisine karşı ücret ödeme borcundan kurtulabilmesi için, hukuken geçerli kişilerce ödemenin yapılması gerektiği gibi, işçi tarafında da ücret ödemesinin bu ücreti kabule yetkili kişiye yapılması gerekmektedir. Fazla çalışma ücretinin ödenmesi konusunda tarafları, ücreti ödeyecek olan kişi ve ödemeyi kabul edecek olan kişi olarak ikiye ayırarak incelemek gerekecektir.

3.2.2.6.4.1. Fazla Çalışma Ücretini Ödeyecek Olan Kişi

Hizmet sözleşmesinin temel borçlarından birisi olan ücret ödeme borcunun sorumlusu olarak ilk akla gelen, işveren ya da onun yetkilendirdiği işveren vekilidir. Normal ücret gibi, fazla çalışma ücretini ödeyecek olan yine işveren veya vekili olacaktır⁶¹⁰.

İş Kanunu'nun 32'nci maddesi dışında, alt işveren-asıl işveren, ödünç iş ilişkisi veya işyerinin devri söz konusu olduğunda, işçilik haklarının, dolayısıyla fazla çalışma ücretinin ödenmesinde sorumluluğun kime ait olacağı konusunun özel olarak incelenmesi gerekmektedir. Fazla çalışma ücretini ödeyecek kişinin belirlenmesini bu düzenlemelere göre açıklığa kavuşturmak önemli bir meseledir.

İlk önce asıl işveren-alt işveren ilişkisinde fazla çalışma ücretini ödeyecek olan kişiyi ele alalım . Asıl işveren kendi işyerinde, İş Kanunu'nun 2'nci maddesinin 6'ncı fıkrasında belirtilen nedenlerle çalıştırılmak üzere, kendi işçilerini çalıştıracak olan bir alt işverenle anlaşılabilir. Asıl işveren ile alt işverenin işçileri arasında bir hizmet sözleşmesi yoktur ve doğal olarak alt işveren, kendi işçilerinin işçilik haklarını ödemekle yükümlüdür. Ancak, genellikle taşeron olarak adlandırılan bu alt işverenin işçileri, asıl işverenin işçileri olmamalarına rağmen, ücret konusunda Kanun bu işçilere koruma sağlamıştır. Buna göre, bu ilişkide asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı, o işyeri ile ilgili olarak İş Kanunu, iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmelerinden doğan

⁶¹⁰ İş Kanunu'nun 32'nci maddesinin ilk fıkrasında işçi ücretlerinin üçüncü kişiler tarafından sağlanmasından bahsedilmiştir. Bu düzenleme otel, lokanta gibi işyerlerinde müşteriler tarafından yüzdeye göre ödenen paraların işverence işçiye ödenmesi halinde, bu ödemelerin ücret niteliğinde olduğunun açıklığa kavuşması amacını taşımaktadır. İşçiye verilen bahşişler de aynı hükümden yola çıkılarak ücret olarak kabul edilmektedir. Eğer işçi bahşiş usulü ile ücretini alıyorsa, bu bahşişlerin normal ücret karşılığı olduğu fazla çalışma ücretinin ise ayrıca ödenmesi gerekeceği Yargıtay kararlarına konu olmuştur, Y.9.H.D., 26.01.2000, E.18391, K.569 (Tekstil İşveren D., Haziran 2000) s.18.

yükümlülüklerden alt işveren ile birlikte sorumlu tutulmuştur (İK.m.2/6). Bu hükmün amacı, ekonomik bakımdan zayıf olmaları nedeniyle, isteyerek ya da istemeyerek alt işverenin işçilerinin haklarının tehlikeye düşmesi halinde, bu işçilerin çalışmasından menfaati olan asıl işvereni de alt işverenle birlikte sorumlu tutarak işçilerin korunmasının sağlanmasıdır⁶¹¹. Birlikte sorumluluk, müteselsil sorumluluğu anlatmaktadır⁶¹². Alt işveren işçilerine, asıl işveren iş yerinde fazla çalışma yaptırır ve ödeme yapmazsa, işçi müteselsil sorumluluk ilkeleri gereğince, asıl işveren ve alt işverene birlikte başvurabileceği gibi, bunlardan birine tek başına da başvurma hakkına sahiptir⁶¹³. Asıl işverenin sorumluluğu, işin alt işverene verildiği anda başlamaktadır⁶¹⁴.

İş Kanunu'nun 7'nci maddesinde düzenlenen, işçinin kendi rızası alınarak geçici bir süre hizmet sözleşmesi ile bağlı olmadığı başka bir işveren emrinde çalışması geçici iş ilişkisini oluşturur⁶¹⁵. Bu ilişkinin en önemli özelliği, işçilerin bir başka işverenin nam ve hesabına çalışmalarına rağmen, devreden işveren ile iş sözleşmelerinin devam ediyor olmasıdır⁶¹⁶. Uygulamada bu ilişkiye ait sorunlar 1475 sayılı İş Kanunu'nda düzenlenmemesi nedeniyle, Borçlar Kanunu'nun 320'nci maddesi ile çözümlenmeye çalışılıyordu. 4857 sayılı İş Kanunu bu eksikliği gidermiş ve geçici iş ilişkisinin koşullarını belirlemiştir. İş Kanunu'nun 7'nci maddesinin 3'üncü fıkrasına göre, ödünç veren işverenin ücret ödeme borcu devam etmektedir. Bu ücrete ilişkin ödeme yükümlülüğünün normal ücret gibi fazla çalışma ücretini de kapsamı gerektiği ileri sürülmüştür⁶¹⁷. Aynı fıkra hükmünde geçici işverenin, işçinin kendisinde çalıştığı sürede ödenmeyen ücretinden, işçiyi gözetme borcundan ve ödenmeyen sigorta primlerinden ödünç veren işverenle birlikte sorumlu olduğu belirtilmiştir. Ödünç veren

⁶¹¹ Talat Canbolat, **Türk İş Hukukunda Asıl İşveren- Alt İşveren İlişkileri**, İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları:113, 1992, s.65; Tuñçomağ ve Centel, s.58.

⁶¹² Esener, s.79; Canbolat, s.70; Mollamahmutoğlu, s.144; "4857 sayılı İş Kanunu ile asıl işverenin, bu Kanun'dan iş sözleşmesinden ve alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerden sorumlu tutulması şeklinde düzenleme, asıl işverenin sorumluluğunun genişletilmesi olarak değerlendirilmelidir. Bu durumda...fazla çalışma...gibi tüm işçilik haklarından birlikte sorumluluk esastır. Kanunun kullandığı 'birlikte sorumluluk' deyiminden tam teselsülün, dolayısı ile müşterek ve müteselsil sorumluluğun anlaşılması gerekir", Y.9.H.D., 04.04.2008, E.2007/29931,K.2008/7460 (Legal İHSGHD., 19/2008) ss.1195-1197.

⁶¹³ Süzek, s.142; Esener, s.79.

⁶¹⁴ Yüksel Bozkurt ve Ebru Armağan, "Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinde Sorumluluk ve Sınırları", **Sicil İş Hukuku D.**, Mart 2008, s.47-55.

⁶¹⁵ Demir, s.54; Serkan Odaman, **Türk ve Fransız İş Hukukunda Ödünç İş İlişkisi**, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2007, s.23.

⁶¹⁶ Çelik, s.102.

⁶¹⁷ Ömer Ekmekçi, "4857 Sayılı İş Kanunu'nda Geçici (Ödünç) İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve Sona Ermesi", **Legal İHSGHD.**, 2/2004, s.373; ODAMAN, s.160.

işveren ile geçici işveren, ücretlerin geçici işveren tarafından ödeneceğini kararlaştırsalar bile sorumluluk her ikisi için de devam edecektir. Bu anlaşmaya işçi rıza gösterse bile durum değişmeyecektir⁶¹⁸. Bir diğer görüş, eğer ödünç veren işverenle devralan işveren fazla çalışma yapılması konusunda anlaşmışlarsa, her iki işverenin de sorumlu tutulması gerekeceği yönündedir⁶¹⁹. Kanaatimizce, yapılan fazla çalışmanın ücretinin ödünç veren işveren tarafından ödeneceği konusunda yapılan anlaşmalar geçerli sayılmalıdır. Çünkü önemli olan ücreti kimin ödediği değil, işçinin ücretinin ödenmesidir. Ayrıca bu tür bir anlaşma yapılmışsa, ödünç veren işverenin bilgisi dahilinde fazla çalışma yapılmış olacaktır. Yargıtay, geçici iş ilişkisinde fazla çalışma ücretini ödeme borcundan sorumluluğun, geçici işverende olacağını bir çok kararında vurgulamıştır. Çünkü, geçici işverenin yaptırdığı fazla çalışma, ödünç veren işverenin emir ve talimatı dışında yapıldığından, fazla çalışma ücretini ödeme ödünç alan işverenin borcu olarak kabul edilmektedir⁶²⁰. Ödünç veren işverenin yapılan fazla çalışma ücretini ödeme konusunda yükümlülüğü bulunmamaktadır⁶²¹.

İşyerinin devredilmesi halinde işçilik alacaklarından sorumluluk, İş Kanunu'nun 6'ncı maddesinde düzenlenmiştir. İş Kanunu'na göre, işyeri ve işyerinin bir bölümü hukuki bir işlemle başka birine devredildiğinde, devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde yapılmış olan sözleşmeler, tüm hak ve borçlar ile devralan işverene geçer (İK.m.6/I). Ancak, devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan, devreden ve devralan işverenin birlikte sorumlu oldukları; devreden sorumluğunun devir tarihinden itibaren iki yıl ile sınırlı olduğu belirtilmiştir (İK.m.6/III). Demek ki, işyerini devreden işveren, fazla çalışma ücretini

⁶¹⁸ Ekmekçi, *Geçici İş İlişkisi*, s.373.

⁶¹⁹ Akyiğit, *Normali Aşan Çalışmalar*, s.16.

⁶²⁰ "Davacı,davaya ait işyerinde şoför olarak çalışmakta iken,...Mamak İlçe Seçim Kurulu'nda geçici süreyle görevlendirildiğini ve Seçim Kurulundaki fazla çalışmaları ve hafta tatili ücretlerinin ödenmediğini ileri sürerek, davalı işverenden tahsiline karar verilmesini istemiştir...Söz konusu çalışmalar işverenin emir ve talimatı dışında İlçe Seçim Kurulu Başkanlığının talimatları doğrultusunda gerçekleşmiştir...Bu nedenle işverenin bilgisi, emir ve talimatı dışında İlçe Seçim Kurulu emrindeki çalışmalarından dolayı işverenin sorumlu tutulması düşünülemez", Y.9.H.D., 17.12.1993, E.8973, K.19001 (**Yargıtay Kararları D.**, C:20, S.5, Mayıs 1994) ss.748-749; "...Dairemizin bu konuda yerleşmiş içtihatları hangi işveren ya da kurum işçiye fazla mesai yaptırmış ve hafta tatilinde çalıştırmışsa bu tür isteklerin o işverene yöneltilmesi doğrudur.", Y.9.H.D., 05.11.1998, E.13240, K.15611 (**Kamu-İş D.**, Kasım-Aralık 1998) s.10; Y.9.H.D., 24.04.2002, E.2001/20671, K.2002/6484, Günay, *Şerh*, s.1790; Bir başka kararda, Yargıtay, Bakanlık personeli iken, deprem nedeniyle geçici olarak bir başka yerde görevlendirilen işçinin, fazla çalışma ücretlerinin bağlı olduğu devreden kurum tarafından ödeneceğini belirtmiştir, Y.9.H.D., 26.11.2001, E.18986, K.18590, Çil, *Şerh*, s.2636.

⁶²¹ Aksi görüş olarak Süzek, yapılan fazla çalışmanın ücretinin aksi kararlaştırılmadıkça ödünç veren işveren tarafından ödenmesi gerektiğini ifade etmiştir, Süzek, s.234.

devir tarihinde ödememiş ise, devralan işveren de bu borçtan sorumlu tutulacaktır⁶²². İşçi fazla çalışma ücretini ister sorumluların birinden, isterse her ikisinden isteme hakkına sahiptir. Ancak devreden işverenin sorumluluğu devir tarihinden sonra iki yıl geçmesi ile son bulacaktır. Fazla çalışmanın karşılığı ücret ve serbest zaman olabileceğinden, devreden işveren sadece fazla çalışma ücretinin ödenmesi konusunda sorumlu tutulurken, devralan işveren hem fazla çalışma ücreti, hem de serbest zaman verilmesi konusunda sorumluluk taşımaktadır. Devirden önce fazla çalışmanın karşılığı konusunda bir anlaşma yapılmışsa, bu anlaşma devralan işvereni bağlayacaktır⁶²³. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, fazla mesai gibi işçilik alacaklarından devreden işverenin kendi dönemi ile sınırlı olmak üzere iki yıl gibi süre sınırlaması getirmeden sorumlu olması gerektiğini belirtmiştir⁶²⁴.

İşyerinin devri ile ilgili hükümler içeren İş Kanunu'nun 6'ncı maddesinin 4'üncü ve son fıkrası, fazla çalışma ücretinde birlikte sorumluluk ilkesinin uygulanmayacağı halleri açıklamıştır. İşyeri tüzel kişiliğinin, birleşme, katılma ya da türünün değişmesi hallerinde, işverenin ölümü ile işyerinin miras olarak mirasçılara geçmesi durumunda birlikte sorumluluk söz konusu olmaz (İK.m.6/IV). İşyerinin iflas etmesi sonucu, fazla çalışma ücreti için birlikte sorumluluktan bahsedilemeyeceği açıkça belirtilmiştir (İK.m.6/son). İşçinin bu alacağından iflas masası sorumlu olacak, yeni işveren sorumlu tutulmayacaktır⁶²⁵.

İşyerinin devri konusu dışında, iş sözleşmesinin devri Kanun'da düzenlenmemiştir. İş sözleşmesinin devrine uygulamada rastlanmakta, öğreti ve Yargıtay kararları ile uygulanacak kurallar belirlenmeye çalışılmaktadır. İş sözleşmesinin devrinde, devreden ve devralan işverenlerin, işçinin alacaklarından sorumluluğu Yargıtay ve öğretide tartışılmaktadır. Bir görüşe göre, her işveren işçiyi çalıştırdıkları dönemde doğmuş olan alacaklardan tek başına sorumludur⁶²⁶. Diğer görüş

⁶²² Y.9.H.D., 7.3.2005, E.6628, K.7496 (Legal İHSGHD., S.8,2005) ss.1763-1764 ve kararı isabetli bulan görüş, Güzel, *Değerlendirme*, ss.41-42.

⁶²³ Akyiğit, *Normali Aşan Çalışmalar*, s.17.

⁶²⁴ Y.H.G.K., 13.04.2005, E.9-203, K.252 (Çalışma ve Toplum D., 2005/3) ss.165-167.

⁶²⁵ İcra- İflas Kanunu'na göre, işçilerin iş ilişkisine dayanan ve iflasın açılmasından önceki 1 yıl içinde tahakkuk etmiş alacaklarına (bu alacaklara fazla çalışma ücreti de girer) birinci sırada yer verilerek ücret konusunda işçilere ayrıcalık tanınmıştır (İİK.m.206/Bent A).

⁶²⁶ M. Anıl Arslanoğlu, "İş Sözleşmesinin İradi Devri İle İşverenin Değişmesi", *Legal İHSGHD.*, S.10, 2006, ss.544-545.

ise, işyeri devri ile iş sözleşmesinin devrine uygulanacak kuralların aynı olması gerektiğini belirtmektedir. Bizim de katıldığımız bu görüşe göre, iş sözleşmesinin devrinden önce doğmuş ve ödenmesi gereken fazla çalışma alacağı varsa, devreden işveren ile devralan işveren müteselsil sorumlu olacaklardır. Devreden işverenin sorumluluğu devirden itibaren iki yıl geçmekle son bulacaktır⁶²⁷.

3.2.2.6.4.2. Fazla Çalışma Ücretinin Ödeneceği Kişi

İşveren, ücreti ödemekle yükümlü olduğu kişiye ödeme yapmakla ücret ödeme borcundan kurtulacaktır. Aksi takdirde işverenin borcu devam edecektir⁶²⁸. Kural olarak, fazla çalışma ücretinin, fazla çalışmayı yapmış olan işçiye ödenmesi gerekmektedir. İLO'nun 95 sayılı Sözleşmesi'nin 5'inci maddesi, aksi ulusal mevzuat, toplu sözleşme, hakem kararı ile öngörülmedikçe ücretin doğrudan işçiye ödenmesi gerektiğini vurgulayarak bu kurala yer vermiştir.

İşveren, işçi dışında 3'üncü kişilere ödeme yaparak borcundan kurtulamaz. Ancak, işçi, fazla çalışma ücretini kabul etmesi için, mutemet olarak adlandırılan üçüncü bir kişiyi yetkilendirmiş olabilir. Bu durumda, işverenin, mutemedin gerçekten ücreti kabule yetkili olup olmadığını araştırarak ödemeyi yapması halinde, fazla çalışma ücretini ödeme borcundan kurtulduğu söylenecektir⁶²⁹. Hatta bu kişi, Borçlar Kanunu'nun 100'üncü maddesinde belirtilen ifa yardımcısı olsa dahi geçerli bir ödemedden bahsedilecektir⁶³⁰.

3.2.2.7. Fazla Çalışma Ücretinin Ödenmemesi Halinde Başvurulacak

Hukuksal Yollar

3.2.2.7.1. Genel Olarak

İşverenin ücret ödeme yükümlüğünü yerine getirdiğinin kabul edilebilmesi için, ücretin tamamını ödeme yeri, ödeme zamanı ve şekli, ödenecek kişi gibi kanun ve

⁶²⁷ Güzel, *Değerlendirme*, s.37.

⁶²⁸ Tolga, s.143; Çemberci, s.479.

⁶²⁹ Çemberci, s.692; Mollamahmutoğlu, s. 398.

⁶³⁰ Tunçomağ ve Centel, s.118; Mollamahmutoğlu, s.398; Y.H.G.K., 16.12.1964, E.9/1240, K.734, (Adalet D., LVI., 9 Eylül 1965), s.1092; Çemberci, ifa yardımcısına yapılacak ödeme ile işverenin borcundan kurtulamayacağını ifade etmektedir, Çemberci, s.692.

sözleşmelerde belirlenen şartlara dikkat ederek borcunu ödemesi gerekmektedir. Ücretin ödenmemesi haline bağlanan hukuki sonuçlar genel anlamda ücret için öngörülmektedir. Ancak, işverenin ücretin ödenmesi ile ilgili hükümlere uymayacak şekilde fazla çalışma ücretini ödemesi, hiç ödememesi veya eksik ödemesi durumunda, işçinin hakkını elde etmek için başvuracağı yollar ücretin ödenmemesi ile aynıdır ve işçi için büyük önem taşımaktadır.

İşveren ödeme gücü olduğu halde ücreti işçiye ödemediği gibi, yaşadığı ödeme güçlüğü nedeniyle de ücret ödemesi yapamamış olabilir. Bu olasılıkları değerlendiren İş Hukuku, işçinin ücretini elde etmesini sağlamak üzere değişik hükümlere yer vermiştir⁶³¹.

İş Hukuku dışında, işçinin ücret borcunun niteliğinden kaynaklanan genel hükümlere göre bir takım hakları da bulunmaktadır. Aşağıda inceleyeceğimiz hukuki yollardan başka, işçi ve işveren arasında hizmet sözleşmesinden doğan para borcu bulunduğundan, işçi İcra-İflas Kanunu'na göre *ilamsız takip* yoluna başvurabilir. Medeni Kanun'da yazılı şartlar varsa, işçi işverenin rızası ile zilyedi bulunduğu menkul eşyasında veya kıymetli evrakında, ücreti ödeninceye kadar *hapis hakkını* (MK. m.950 vd.) ya da işçi aynı zamanda zanaatkar ise *kanuni ipotek hakkını* (MK.m.893 vd) kullanabilir⁶³². Bu yollara başvurabilmesi için işçinin sözleşmenin feshini beklemesine de gerek yoktur.

Fazla çalışma ücretinin ödenmemesi halinde işçinin alacağına kavuşması için başvuracağı yolları işçinin dava açma hakkı, çalışmaktan kaçınma hakkı, hizmet sözleşmesini feshetme hakkı ve ücret garanti fonundan yararlanma hakkı olarak incelemeyi uygun görüyoruz.

3.2.2.7.2. İşçinin Dava Açma Hakkı

Fazla çalışma ücretini alamayan veya eksik alan işçinin, dava ile alacaklarını talep edebilmesi için hizmet sözleşmesinin sona ermesine gerek yoktur. Ancak işçinin çalışmasına devam ederken fazla çalışma ücreti konusunda eda davası açması pek

⁶³¹ Öcal Kemal Evren, "Ücretten Doğan Sorumluluk", *Terazi Aylık Hukuk Dergisi*, Yıl:1, S.4, Aralık 2006, s.65.

⁶³² Evren, ss.130-132.

rastlanan bir durum değildir. Genellikle, işçi ile işveren arasındaki ilişkinin son bulması halinde fazla çalışma ücretleri dava edilmektedir.

İşveren işçinin normal ücretini eksiksiz ödemiş, fazla çalışma ücretlerini ödeme konusunda ihtilaf yaşanmış olabilir. Unutulmamalıdır ki, işçinin asıl ücretinin tam ödenmiş olması fazla çalışma ücreti için dava açılmasına engel değildir.

5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 5'inci maddesine göre, işçinin açacağı davada görevli ve yetkili mahkeme, işyerinin merkezinin bulunduğu veya işin yapıldığı yerde bulunan iş mahkemesidir⁶³³. İş mahkemesinin bulunmadığı yerlerde iş mahkemesi sıfatıyla asliye hukuk mahkemesi davaya bakacaktır. Davayı işçinin kendisi veya mirasçıları, kanuni temsilcisi açabilecektir.

Dava dilekçesinde işçi, fazla çalışma ücretine ilişkin açık ve kesin ifadeler kullanmalıdır. Hakim işçinin talebi ile bağlı olduğundan fazla çalışma ücreti istendiği ve bunun miktarı, fazla çalışma ücretinin ait olduğu dönem dilekçede açıklanmış olmalıdır⁶³⁴.

Daha önce değindiğimiz gibi yapılan fazla çalışmanın işçi tarafından ispat edilmesi gerekirken, ücretin ödendiğinin işveren tarafından ispatı aranmaktadır.

3.2.2.7.2.1. Fazla Çalışma Ücretinde Zamanaşımı

Zamanaşımı, alacak hakkının belli bir süre kullanılmaması nedeniyle dava edilebilme niteliğinden yoksun kalınmasını ifade etmektedir. Ancak zamanaşımı süresinin geçmesi ile söz konusu hak sona ermemekte, sadece eksik borç niteliği kazanmaktadır.

4857 sayılı İş Kanunu'na kadar ücret alacaklarını talep ve dava etme hakkına ilişkin zamanaşımı süresi açıkça hüküm altına alınmamıştı. Bu boşluk, işçi ücretlerinde zamanaşımını düzenleyen Borçlar Kanunu'nun 126'ncı maddesinin 3'üncü fıkrasının

⁶³³ Y.9.H.D., 27.09.2004, E.25457, K.20759 (Yargıtay Kararları D., C:31, S.2, Şubat 2005) ss.204-205.

⁶³⁴ "Mahkemece, talep aşularak fazla mesai ücretine hükmedilmesi doğru değildir.", Y.9.H.D., 17.02.2003, E.2002/14336, K.2003/1772 (Yargıtay Kararları D., C:30, S.7, Temmuz 2004) s.1058.

öngördüğü 5 yıllık zamanaşımı süresi ile çözüme kavuşturuluyordu⁶³⁵. Yargıtay da, “*Fazla mesai, hafta tatili...paraları niteliği itibariyle ücrettir. BK'nun 126/3 maddesine göre işçi ücretleri hakkındaki davalar 5 yıllık zamanaşımına tabidir*⁶³⁶” kararında olduğu gibi fazla çalışma ücretini niteliği itibariyle ücret olarak belirlemekte ve 5 yıllık zamanaşımı süresini uygulamaktaydı.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 32'nci maddesinin son fıkrasında yer alan, “*Ücret alacaklarında zamanaşımı süresi beş yıldır*” hükmü ile Borçlar Kanunu'na uygun olan eski uygulama yazılı hale getirilmiştir⁶³⁷. Bu hüküm, *fazla çalışma*, hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil gibi ücret eklerini de kapsamaktadır⁶³⁸.

İş Kanunu'nda zamanaşımı süresine açıklık getirilmiş, ancak tartışmalı olan zamanaşımı süresinin başlayacağı tarih konusunda bir düzenleme yapılmamıştır. Yargıtay ve doktrinindeki görüşlere göre, zamanaşımı süresi Borçlar Kanunu'nun 128'inci maddesinde belirtildiği üzere, *fazla çalışma ücretinin muaccel olduğu andan itibaren* işlemeye başlamaktadır⁶³⁹. İşçi ile işveren arasında hizmet sözleşmesinin devam ediyor olması zamanaşımı süresinin işlemesine engel değildir. Kısacası, zamanaşımı hizmet sözleşmesinin bittiği andan değil, fazla çalışma alacağının muaccel olduğu andan itibaren işleyecektir. Fazla çalışma ücretine ilişkin açılan davalarda, dava tarihinden geriye doğru gidilerek 5 yıllık zaman dilimi içindeki fazla çalışma ücreti alacaklarının zamanaşımına uğramadığı söylenecektir⁶⁴⁰. İşçinin işini kaybetme korkusu ile iş sözleşmesi devam ederken alacaklarına ilişkin talepte bulunmadığı gerçeği göz önünde bulundurularak, zamanaşımı süresinin sözleşme süresince işletilmemesi gerektiği görüşü ileri sürülmüştür⁶⁴¹. Kanımızca, bilim kurulu taslağında ücret alacakları

⁶³⁵ “*İşçilik alacakları BK. 126'ınca maddesi uyarınca 5 yıllık zamanaşımına tabidir.*”, Y.9.H.D., 28.05.1991, E.1213, K.8984 (Tekstil İşveren D., Nisan 1992) s.21; Y.9.H.D., 24.11.1999, E.14838, K.17871, Günay, *Şerh*, s.1808.

⁶³⁶ Y.9.H.D., 21.02.1978, E.15784, K.2593 (Yargıtay Kararları D., S.9, Eylül 1978) s.1490.

⁶³⁷ Ücret alacakları dışında, işçinin tazminat alacakları için 10 yıllık zamanaşımı süresi öngörülmüştür.

⁶³⁸ Y.9.H.D., 01.03.1988, E.262, K.2280 (Tekstil İşveren D., Ağustos 1998) s.18.

⁶³⁹ Esener, s.181; Süzek, s.298; Kılıçoğlu, s.361; Akyiğit, *Şerh*, 1328; Aktay ve Diğerleri, s.134; Buna karşılık Borçlar Kanunu'nda hizmetçilerin istihdam edene karşı açacakları davalarda zamanaşımının hizmet sözleşmesi devam ettiği sürece işlemeyeceği belirtilmiştir (BK.m.132/4). Borçlar Kanunu'nda, hizmetçinin çalıştığı süre boyunca işini kaybetmemek için dava açmama yolunu tercih etmesinin manevi imkansızlık olarak kabul edildiği ve aynı şekilde İş Hukukuna tabii işçiler için de aynı çözümün kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Bu durumda, Yargıtay uygulamasından farklı olarak zamanaşımının işçinin hizmet sözleşmesinin sona ermesi halinde işlemeye başlaması gerekecektir, Akyiğit, *Normali Aşan Çalışmalar*, s.18.

⁶⁴⁰ Kılıçoğlu, s.351; Y.9.H.D., 21.05.1996, E.8948, K.10935, Günay, *Şerh*, s.1465.

⁶⁴¹ Akyiğit, s.165.

için 10 yıllık zamanaşımı süresinin kabul edilmemiş olması, işçinin alacaklarını elde etme hakkını zayıflatmıştır. Bu hüküm İş Kanunu'na geçirilmiş olsaydı, hem Borçlar Kanunu'nun 125'inci maddesi ile uyum sağlanmış olacak hem de işçinin alacaklarına daha uzun süre ile koruma sağlanacaktı.

İş Kanunu'nun 34'üncü maddesinde yer alan bir hüküm ile ücreti, ödeme gününden itibaren 20 gün içinde mücbir bir neden olmadan ödenmeyen işçi *çalışmaktan kaçınma hakkına* sahiptir. Bu durumda zamanaşımı süresinin ödeme gününden itibaren mi, Kanun'da belirtilen 20 gün geçtikten sonra mı başlayacağı sorusu akla gelmektedir. Kanaatimizce, zamanaşımı süresi ödeme gününden itibaren başlatılmalıdır. Bahsi geçen 20 günlük süre işçinin çalışmaktan kaçınma hakkı ile ilgili bir süredir⁶⁴². Buna karşılık, zamanaşımı süresinin başlama tarihinin, bu 20 günlük süreyi hesaba katarak, 21'inci günden itibaren başlatılması gerektiği de görüş olarak ileri sürülmüştür⁶⁴³.

Usul hukuku açısından zamanaşımı süresinin geçtiği savunması itiraz değil, bir def'dir ve ilgilisi tarafından ileri sürülmedikçe, hakim tarafından re'sen dikkate alınmayacaktır⁶⁴⁴. Bunun sonucunda zamanaşımı süresi geçtikten sonra fazla çalışma ücretini isteme hakkı ortadan kalkmadığı için, zamanaşımı def'ini ileri sürmeyen işveren fazla çalışma ücretini ödemek durumunda kalacaktır. Bu yüzden davalı işveren açısından zamanaşımı def'i çok büyük önem taşımaktadır. İşverenin bu def'ini en geç ilk oturumda ileri sürülmesi gerekmektedir. Bu zamandan sonra ileri sürülmesi, davacı tarafın savunmanın genişletildiği itirazını ileri sürmesine neden olabilecektir. Eğer davacı, savunmanın genişletildiği itirazında bulunmazsa, Mahkeme zamanaşımı def'ini dikkate alarak karar verecektir⁶⁴⁵. Ancak, işveren, işçinin süresi içinde dava açmasını engellemiş veya işçiye verdiği güven davanın süresi içinde açılmasını engellemiş ise, işverenin dürüstlüğe aykırı olarak ileri sürdüğü zamanaşımı def'inin, Medeni Kanunu'nun 2'nci maddesi gereğince kabul edilmemesi gereklidir⁶⁴⁶.

Zamanaşımını kesen sebepler, sınırlı sayıda olmak üzere Borçlar Kanunu'nun

⁶⁴² Kılıçoğlu, s.362.

⁶⁴³ Demir, s.114.

⁶⁴⁴ Y.H.G.K., 03.05.2006, E.4-232, K.269 (Yargıtay Kararları D., C:32, S.10, Ekim 2006) ss.1567-1573; Y.9.H.D., 27.03.2006, E.2005/293342, K.2006/7383 (Çalışma ve Toplum D., 2006/3) ss.206-207.

⁶⁴⁵ Akyiğit, Şerh, s.1329; Y.9.H.D., 15.12.2004, E.11703, K.27988, Akyiğit, Şerh, s.1546.

⁶⁴⁶ Y.H.G.K., 12.05.1965, E.4/5, K.203, Çemberci, Şerh 1984, s.489, dpn.100.

133'üncü maddesinde sayılmıştır. Bu konuda, fazla çalışma alacağının yüksek olduğu, davacının yargılama giderlerinden kaçınmak amacıyla fazla çalışma alacağının bir bölümünü dava ettiği durumlara özellikle değinmek gerekmektedir. İşçi açmış olduğu kısmi davada, yargılama devam ederken kendi lehine bir durum söz konusu olursa, davasını *ıslah ederek* talep etmediği kısmı sonradan isteyebilme hakkına sahiptir⁶⁴⁷. Bu tür davalarda dikkat edilmesi gereken en önemli nokta, açılan kısmi davanın alacağın tümü için zamanaşımı süresini kesmediğidir. Dava açılmış olsa da, talep edilmeyen kısım için zamanaşımı süresi işlemeye devam etmektedir⁶⁴⁸.

3.2.2.7.2.2. *Fazla Çalışma Ücreti Alacağında Faiz*

Ücret, talep edilmesi gereken bir alacak olduğundan, ücretin gününde ödenmemesi neticesinde gecikilen süre için, işçinin işverenden Borçlar Kanunu'nun 102'nci maddesinde belirtildiği üzere alacağına faiz⁶⁴⁹ isteme hakkı bulunmaktadır.

İş Kanunu, ücrete faiz uygulanacağını 34'üncü maddesinde açıkça belirtmiştir. Faizin, sadece bu maddede öngörülen koşul ve 20 günlük süre içinde ödenmeyen normal ücret için değil, gününde ödenmeyen her türlü ücret alacağı için hüküm altına alındığı haklı olarak ileri sürülmüştür⁶⁵⁰. Yargıtay aynı görüş ile işçinin ücreti için belirlenen faiz oranının, sadece çıplak ücrete değil fazla çalışma, hafta tatili gibi ücret eklerine de uygulanacağını belirtmiştir⁶⁵¹.

Borçlar Kanunu'nun 113'üncü maddesinin 2'nci fıkrasına göre, faiz asıl para borcuna bağlı fer'i niteliğe sahip bir borçtur. Bu nedenle işçinin ödenmeyen fazla

⁶⁴⁷ Bir kısım fazla mesai ücretinin zamanaşımına uğradığı def'inin ıslah yolu ile sonradan ileri sürülmesinde usule aykırı bir yön bulunmadığı Yargıtay tarafından belirtilmiştir, Y.9.H.D., 02.04.2007, E.2006/23805, K.2007/8901 (**Yargıtay Kararları D.**, C.33, S.8, Ağustos 2007) ss.1477-1478.

⁶⁴⁸ Yargıtay, dava konusu miktarın ıslah yolu ile artırılması durumunda, arttırılan miktarlar yönünden zamanaşımı def'inin ileri sürüleceğini belirtmektedir, Y.9.H.D.,28.12.2004, E.4498, K.29752 (**İstanbul Barosu D.**, C:79, S.3, Mayıs-Haziran 2005) ss. 970-971.

⁶⁴⁹ Temerrüt faizi olarak adlandırılan bu faiz ile, alacaklıya ait paranın, süresinde ödenmemesi nedeniyle daha fazla bir süre borçlunun yanında kalmasından dolayı uğranılan zararın karşılanması istenmektedir. Bu yüzden, gecikme faizi veya geçmiş günler faizi olarak da anılmaktadır, Turgut Akıntürk, **Borçlar Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 9. Bası, İstanbul: Beta, 2003, s.116.

⁶⁵⁰ Sarper Süzek, "İşçi Ücretlerinin Ödenmemesinin Hukuki Sonuçları", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C:56, S.4, 2007, s.210; Eyrenci, *Yeni Düzenlemeler*, s.39; Ercan Akyiğit, "Ücreti Geciken İşçinin Çalışmaktan Kaçınması", **Legal İHSGHD.**, S.5, 2005, s.20; Aktay ve Diğerleri, s.132; Güzel, *Değerlendirme*, ss.68-69; Mollamahmutoğlu, s.401; Demir, *Sorularla Bireysel İş Hukuku*, s.209.

⁶⁵¹ "... genel tatil ve fazla mesai alacaklarına 4857 sayılı Yasa gereği mevduata uygulanan en yüksek faize karar verilmesi gerekir..." , Y.9.H.D., 02.04.2007, E.2006/23805, K.2007/8901 (**Yargıtay Kararları D.**, C:33, s.8, Ağustos 2007) s.1477; Y.9.H.D., 27.10.2004, E.8507, K.24281 (**Legal İHSGHD.**, S.6, 2005) s.763.

çalışma ücretinden doğan faizi isteyebilmesi için, faiz isteme hakkını mutlaka saklı tutması gerekmektedir⁶⁵². Aksi takdirde işveren asıl ücreti ödediği anda faiz borcu da kendiliğinden ortadan kalkacaktır.

Fer'i nitelikte bir borç olmasının diğer sonucu zamanaşımına ilişkindir. Fazla çalışma ücreti için geçerli olan zamanaşımı süresi, bu alacağa bağlı olan faiz alacağı için de geçerli olacaktır (BK.m.131).

- İşveren tarafından ödenmeyen ücrete *gecikme faizi* isteyen işçinin alacağına uygulanacak faiz oranı, İş Kanunu'nun 34'üncü maddesinin ilk fıkrasında "...*Gününde ödenmeyen ücretler için mevduata uygulanan en yüksek faiz oranı uygulanır*" hükmü ile açıkça belirlenmiştir. 1475 sayılı İş Kanunu döneminde özel bir düzenleme olmaması nedeniyle uygulanan kanuni faiz yerine, mevduata uygulanan en yüksek faiz oranının uygulanması İş Kanun'un getirdiği önemli değişikliklerdendir. Böylelikle yüksek faiz oranı ile işverenin işçinin ücretini zamanında ödemesi ve uzayan yargılama sürecinden işçinin zarar görmemesi sağlanmaya çalışılmıştır. Bu emredici hüküm karşısında, işçi ve işveren anlaşarak daha düşük bir faiz oranı belirleyemezken, işçi lehine daha yüksek bir faiz oranı kararlaştırmalarına hiçbir engel bulunmamaktadır.

İşçi ve işverenin, İş Kanunu'nun 32'nci maddesinin 2'nci fıkrasına göre, ücreti yabancı para olarak kararlaştırdıkları sözleşmelere sıklıkla rastlanmaktadır. 3095 sayılı *Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun'un* 4'üncü maddesinin (a) fıkrasına göre, işçinin ücretinin yabancı para ile kararlaştırıldığı durumlarda, aksine anlaşma yoksa, uygulanacak temerrüt faizi için, *Devlet Bankalarının* o yabancı para ile açılmış *bir yıl vadeli mevduat hesabına ödediği en yüksek faiz oranı* esas alınacaktır. Faiz oranı belirlenirken mutlaka devlet bankalarının oranları dikkate alınacaktır.

Türk parasına göre ücret belirlenmişse, mevduata uygulanacak olan en yüksek faiz oranı bulunurken, Türkiye'de faaliyet gösteren özel ya da kamuya ait veya yabancı bankaların verdiği en yüksek mevduat faizini belirlemek gerekecektir. Mevduat faizinin hangi vade tarihi dikkate alınarak belirleneceği konusu önem taşımaktadır. Aylık, 3

⁶⁵² Demir, *Sorularla Bireysel İş Hukuku*, s.210; Y.9.H.D., 21.6.2004, E.13272, K.14579 (**Çimento İşveren D.**, Kasım 2004) ss.72-73; Y.9.H.D., 17.2.2006, E.2005/30603, K.2006/9809 (**Legal İHSGHD.**, S.11, 2006) ss.1011-1012.

aylık, 6 aylık veya 1 yıllık olarak tespit edilen vadelerden, 1 yıllık vadeye verilen en yüksek mevduat oranına göre hesaplama yapılması uygun olacaktır⁶⁵³. Yargıtay, aynı faiz oranına sahip kıdem tazminatı için vermiş olduğu bir kararda, mevduata uygulanacak en yüksek faiz oranının belirlenmesinde Merkez Bankası'ndan bilgi alınmasını uygun görmemiştir. Çünkü Merkez Bankası oranı bankaların belli dönemlerde uygulayacaklarını bildirdikleri faiz oranıdır. Bankaların *fiilen uyguladıkları faiz oranı* önem taşımaktadır ve tarafların bildirecekleri bankalara sorularak tespit edilmesi gerektiği vurgulanmıştır⁶⁵⁴. Kanaatimizce de, bankaların fiilen uyguladıkları oranın tespit edilmesi doğru bir uygulama olacaktır.

Bir işyerinde toplu iş sözleşmesi uygulanıyorsa uygulanacak olan faiz oranı farklılık göstermektedir. 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu'nun 61'inci maddesinin 1'inci fıkrası, "*Toplu iş sözleşmesine dayanan eda davalarında ifaya mahkum edilen taraf, temerrüt tarihinden itibaren uygulanacak en yüksek işletme kredisi faizi üzerinden temerrüt faizi ödemeye de mahkum edilir.*" hükmü bu farklılığı ortaya koymaktadır. Kısacası, ücret alacağı toplu iş sözleşmesine dayanıyorsa, ödenmeyen ücretin faizi için *en yüksek işletme kredisi faizi* uygulanacaktır⁶⁵⁵. Bu hükme aykırı olarak yapılan sözleşmeler ise geçersiz kabul edilecektir⁶⁵⁶.

Yargıtay, en yüksek işletme kredisi faiz oranının, işletme kredisi veren kamu bankalarından sorulup öğrenilmesi gerektiğini belirterek bankalar arasında ayrıma gitmiştir⁶⁵⁷.

Yargıtay, en yüksek işletme kredisi faizine hükmedilmesi için, ücret konusunun İş Kanunu'ndan farklı olarak toplu iş sözleşmesinde düzenlenmesini

⁶⁵³ Akyiğit, 1 senelik mevduat oranının dikkate alınma gerekçesi olarak, Borçlar Kanunu'nun 103'üncü maddesinin 1'inci fıkrasını ve 3095 sayılı Kanuni ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun'un 4'üncü maddesinde yabancı para borçları ile ilgili olarak getirilen "...para borcunun faizinde Devlet Bankalarının o yabancı para ile açılmış bir yıl vadeli mevduat hesabına ödediği en yüksek faiz oranı uygulanır" hükmünü göstermektedir, Akyiğit, *Şerh*, s.1410; Aynı görüş Günay, *Şerh*, s.1702.

⁶⁵⁴ Y.9.H.D., 05.10.2004, E.2003/23868, K.2004/22053 (Yargıtay Kararları D., C: 31, S.8, Ağustos 2005) s.1229.

⁶⁵⁵ Faiz oranının yüksekliğinin sebebi olarak toplu iş sözleşmesinin güvence altına alınması isteği gösterilmektedir, Cevdet İlhan Günay, "İş Hukukunda Faiz ve Uygulaması", Aydın Özkul'a Armağan, C:6, S.4, Kamu-İş, 2002, s.125.

⁶⁵⁶ Akyiğit, *Şerh*, s.1412.

⁶⁵⁷ Y.9.H.D., 6.2.2000, E.20260, K.2502, Günay, *Faiz*, s.125.

aramaktadır⁶⁵⁸. Bu görüşün sonucu olarak, toplu iş sözleşmesinde yer alan İş Kanunu'ndan farklılık göstermeyen düzenlemelere, mevduata uygulanan en yüksek faiz oranı, aşan kısım içinse en yüksek işletme kredisi faizinin uygulanması gerekecektir. Ancak kanaatimizce bu tür bir ayrıma gidilmesi yerinde değildir. Kanun maddesi toplu iş sözleşmesine dayanılarak açılan davalardan bahsetmekte olduğuna göre, 2822 sayılı Kanunu'nun 61'inci maddesinin uygulanabilmesi için, toplu iş sözleşmesinde Kanunda yer alan hükmün aynısının yer almış olması yeterli olacaktır⁶⁵⁹.

-*Faizin işlemeye başlayacağı tarih* konusunda İş Kanunu'nda hüküm bulunmadığından, Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri dikkate alınacaktır. Buna göre, faizin başladığı tarih borçlunun fazla çalışma ücretini ödemede temerrüde düştüğü tarih olacaktır (BK.m.103)⁶⁶⁰. Temerrüt için ise ihtarname çekilmesi veya dava açılması gerekmektedir (BK.m.101)^{661 662}.

Yargıtay'a göre işveren ücreti gününde ödemediği zaman işleyecek olan temerrüt faizi, ihtar yapılmış ise ihtar tarihinden itibaren; yapılmamış ise dava tarihinden itibaren işlemeye başlayacaktır. Yargıtay, borcun muaccel olması ile temerrüt kavramlarının farklı olduğunu belirterek “...*Ücret alacağının her ay sonunda ödenmesi gerektiği kuralı, bu alacağın muaccel olma zamanını gösterir...takip tarihinden önce alacaklı davacının ihtarı olmadığına göre takip tarihine kadar işlemiş faiz alacağı istenemeyeceğinden...*” şeklindeki kararı ile kanun gereği muaccel olan ücret alacağı için ihtar ile işverenin temerrüde düşürülmesini aramaktadır⁶⁶³. Bir başka kararında ise

⁶⁵⁸ Y.9.H.D., 22.9.1999, E.11704, K.14428, Günay, *Faiz*, s.125; Y.9.H.D., 02.02.2005, E.2004/12851, K.2005/2861, sayılı kararın incelenmesi, Fevzi Demir, “Toplu İş Sözleşmesinden Kaynaklanan Ücret Faizinin Başlangıcı ve Faiz Oranları”, Karar İncelemesi, **TÜHİS İş ve İktisat D.**, C:20, S.4-5 Kasım 2006/Şubat 2007, ss. 70-82.

⁶⁵⁹ Akyiğit, *Şerh*, s.1411; Aksi görüşe göre, yasalardan doğan işçilik alacakları toplu iş sözleşmesi olmasa bile yasal faizi ile birlikte ödenecektir. Toplu iş sözleşmesinde yasaların üzerindeki alacaklar sendikanın ve üyelerin gayretleri sonucunda elde edildiğinden söz konusu bu haklara işletme kredisi faizinin uygulanması gerekecektir, Demir, *Karar İncelemesi*, s.79 Soyer, toplu iş sözleşmesinin Kanun hükümlerini tekrarlayan maddelerini “nötr hüküm” olarak tanımlamaktadır. Bu tür hükümlerin toplu iş sözleşmesi hükümleri olmadığı ve işletme kredisi faiz oranının uygulanmaması gerektiğini belirtmiştir, Soyer, *Değerlendirme*, s.43.

⁶⁶⁰ “...*İşçi hüküm altına alınan alacakları bakımından işvereni ihtarname ile verilen 7 günlük süre sonunda temerrüde düşürdüğünden, fazla çalışma karşılığı ücret, ...alacağına dava ve ıslah tarihinden itibaren faiz yürütülmesi isabetsizdir. Anılan alacaklarla ilgili olarak temerrüt tarihinden itibaren faize karar verilmesi gerekir*”, Y.9.H.D., 12.04.2004, E.2003/19260, K.2004/8271 (**Legal Hukuk D.**, S.18, Haziran 2004) ss.1650-1651.

⁶⁶¹ “...*BK. 101 uyarınca temerrüt tarihinden itibaren kadem tazminatı dışındaki alacaklar için faiz yürütülmesi gerekir.*”, Y.9.H.D., 21.12.2006, E.14497, K.33643 (**Yargıtay Kararları D.**, C:33, S.3, Mart 2007) s.478; Y.9.H.D., 18.10.2004, E.5536, K.23358, Kılıçoğlu, s.369; Güzel, *Değerlendirme*, s.61.

⁶⁶² Borçlar Kanunu'nun 101'inci maddesine göre, muaccel bir borcun borçlusu alacaklının ihtarı ile temerrüde düşürülmelidir. Ancak borcun ifa edileceği gün belirli ise temerrüt için ihtarla gerek yoktur (BK. m.101/II).

⁶⁶³ Y.9.H.D., 23.06.2003, E.930, K.11746 (**Yargıtay Kararları D.**, C:30, S.5, Mayıs 2004) s.709.

“...davacı davalıyı daha önce temerrüde düşürdüğünü kanıtlayabilmiş değildir. Ücretler ödeme tarihi itibarıyla bireysel veya toplu sözleşme ile belirlenmemiştir. Bu nedenle ücret alacaklarına dava tarihinden itibaren faiz yürütülmesi gerekirken faiz başlangıcının yazılı şekilde belirlenmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir⁶⁶⁴.” hükmü ile ödeme günü taraflarca bireysel sözleşme veya toplu iş sözleşmeleri ile açıkça belirlenmemişse, işverenin temerrüde düşürülmesi şartının Borçlar Kanunu’nun 101’inci maddesinin 2’nci fıkrasına uygun olarak aranacağını belirtmiştir. Eğer, taraflar anlaşarak kesin bir ödeme gününü belirlemişlerse, bu takdirde ihtar gerekmeksizin ödeme günü geldiğinde işverenin kendiliğinde temerrüde düşeceği belirtilmiş olmaktadır⁶⁶⁵.

Ücret alacaklarına yürütülecek faizin işletilmeye başlayacağı zamanın belirlenmesinde, işverenin temerrüde düşürülmesi konusunda değişik görüşler söz konusudur. Bir görüşe göre, kural olarak fazla çalışma ücreti normal ücretin ödeneceği zamanda ödenecektir. Normal ücret İş Kanunu’nun 32’nci maddesinin 4’üncü fıkrasına göre, 1 haftadan az 1 aydan fazla olmamak üzere akitle belirlenerek ödendiğinden, ayrıca bir ihtarla gerek olmaksızın işveren temerrüde düşmüş sayılacaktır⁶⁶⁶. Bir başka görüşe göre, İş Kanunu’nun 34’üncü maddesinin 1’inci fıkrasında ücret alacaklarına uygulanacak faiz oranı, işçilerin 20 gün içinde ücretlerinin ödenmemesi halinde çalışmaktan kaçınma haklarını belirten cümleden sonra yer almaktadır. Bu yüzden fazla çalışma ücret alacağı 20 günden sonra muaccel olacağından, faizi 20 günün sonundan itibaren başlatmak gerekmektedir⁶⁶⁷. Bu görüşe göre, işverenin ayrıca temerrüde düşürülmesine gerek yoktur⁶⁶⁸. Çünkü kötüye kullanılmadığı sürece, işverenin 20 güne

⁶⁶⁴ Y.9.H.D., 10.11.2004, E.22916, K.25607, Günay, Şerh, s.1703; “Borçlar Kanununun 101. maddesi gereğince taraflar ödeme tarihini birlikte tayin ettiklerinde davalının temerrüde düşürülmesi için ayrıca ihtarla gerek bulunmamaktadır...”, Y.9.H.D., 17.01.2006, E.2005/36681, K.2006/322 (Legal Hukuk D., S.48, Aralık 2006) ss.3802; Aynı yönde Y.9.H.D., 05.10.2004, E.12959, K.22023, Şakar, Yorum, s.389.

⁶⁶⁵ “...taraflar arasında TİS’in 55. maddesinde ücretlerin her ayı takip eden ayın 15’ inden sonra bir hafta içinde ödeneceği düzenlenmiştir. Temerrüt olgusu bu sözleşme hükmü ile ihtarla gerek kalmaksızın gerçekleştiğinden...her ayı takip eden ayın 23’ünden ödeme tarihine kadar yasal faiz alacağına hak kazanmıştır”, Y.9.H.D., 11.04.2005, E.8566, K.12857 (Çalışma ve Toplum D., 2005/3) ss.278-279; İş Kanunu’nun 32nci maddesinde belirtilen işçinin iş görmekten kaçınması için öngörülen 20 günlük sürenin bitmesi ile işverenin temerrüde düşmesi ile iş sözleşmesi sona erdiğinde para ve para ile ölçülmesi mümkün menfaatlerin tamamının ödenmesi gerektiğini belirten hükümler karşısında ihtarla gerek olmadığı ileri sürülmüştür, Demir, Karar İncelemesi, s.76.

⁶⁶⁶ Akyiğit, Normali Aşan Çalışmalar, s.20; Uçum, s.63.

⁶⁶⁷ Sümer’e göre, faizin işletilmesi için işçinin ücretinin zamanında ödenmemesi yeterli olup, 20 günlük sürenin geçmesi beklenmemelidir, Sümer, s.84.

⁶⁶⁸ Demir, s.112; aynı yazar, İş Kanunu’nun 32’nci maddesinde belirtilen işçinin iş görmekten kaçınması için öngörülen 20 günlük süre sonunda iş sözleşmesi sona erdiğinde, para ve para ile ölçülmesi mümkün menfaatlerin

kadar ücret ve ekleri (fazla çalışma ücreti vd.) için erteleme hakkı olduğu ileri sürülmektedir. Kanaatimizce, madde gerekçesinde de belirtildiği gibi, bu hükümde öngörülen 20 günlük süre, işçinin ücretlerin gününde ödenmemesi halinde hemen çalışmaktan kaçınarak işletmeye zarar vermesini önlemeye yöneliktir. İşçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilmesi için getirilen 20 günlük süreyi, fazla çalışma ücretinin muaccel olmasını engelleyen ve ödemeyi erteleyen bir süre olarak yorumlamak yerinde değildir.

Yargıtay, hizmet sözleşmesinin sona ermesi durumunda faizin başlayacağı tarihin belirlenmesi konusunda fesih tarihini değil, temerrüt tarihini dikkate alarak işverene ihtar çekilmesini gerekli görmektedir⁶⁶⁹. Ancak iş sözleşmesinin herhangi bir sebeple son bulması halinde, işçinin para ile ölçülmesi mümkün olan tüm alacaklarının tamamen ödenmesi gerekmektedir (İK.m.32/5; BK.m.326/son). Bu durumda ödenmeyen fazla çalışma ücretleri için, işveren ihtar yerine geçen bu hüküm gereğince temerrüde düşeceğinden, işçinin ayrıca ihtar çekmesine gerek olmadığı görüşüne katılmaktayız⁶⁷⁰.

Eğer işçi ilk önce kısmi dava açıp sonrasında davasını ıslah ederse, ıslah ettiği kısım için ıslah tarihinden itibaren faiz yürütülmesi gerekecektir⁶⁷¹.

tamamının ödenmesi gerekeceğinden işverenin temerrüdü için ihtar gerek olmadığı ileri sürülmüştür, Demir, *Karar İncelemesi*, s.76.

⁶⁶⁹ “Şayet vade sözleşmede değil de, kanunda belirlenmişse, borçlunun temerrüde düşmesi için ihtar yine gerek vardır...1475 sayılı İş Kanunu'nun 26. maddesinin son fıkrası...hizmet akitlerinin sona ermesinde işçinin bütün haklarının tam olarak ödenmesinin zorunlu olduğunu belirten hüküm, soruna Borçlar Kanunu'nun 326. maddesi doğrultusunda bir çözüm getirir niteliktedir. Bu maddede tüm işçilik haklarının hizmet akitlerinin hitamında ödenmesinin zorunlu olduğunun belirtilmesiyle yetinilmiş, daha ileri gidilerek fesih tarihinden itibaren faiz yürütülmesi biçiminde bir hükme yer verilmemiş olması karşısında, ihtar olmaksızın işverenin fesih tarihinde kendiliğinden temerrüde düşeceği sonucuna varılamaz...”, Y.H.G.K., 04.11.1987, E. 9-427, K.819 (**Yargıtay Kararları D.**, C:14, S.4, Nisan 1988) s.455; Aynı kararın karşı oy yazısında ise, sözleşmelerin feshinde işçinin ücreti ile sözleşme ve Kanundan doğan para ve parayla ölçülmesi mümkün menfaatlerin tam olarak ödenmesi gerekeceği İş Kanununda hüküm altına alındığından bu hüküm ihtar anlamı taşımaktadır. Başka bir ihtar gerek kalmadan işveren temerrüde düşer. İhtarın aranması dürüstlük kuralı ile de bağdaşmamaktadır, Seyfettin Çetinelli, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Üyesi.

⁶⁷⁰ Akyiğit, *Normali Aşan Çalışmalar*, s.20; Uçum, s.63; Ekmekçi, ücret alacakları için sözleşmenin feshinin, İK. m.32/V'e göre kanunen belirlenmiş bir vade olduğunu ve BK.m.101/II'ye göre ihtar gerek kalmadan borçlu işverenin temerrüde düşmüş sayılması gerektiğini belirtmektedir, Ömer Ekmekçi, “Karar İncelemesi”, **Çalışma ve Toplum D.**, 2/2004, ss.96-100.

⁶⁷¹ “...kıdem tazminatı dışındaki alacaklarda ilgili ıslaha konu miktarlara ıslah tarihinden itibaren faiz yürütülmesi gerektiği...”, Y.9.H.D., 06.02.2003, E.2002/13549, K.2003/1554, (**Yargıtay Kararları D.**, C:30, S.5, Mayıs 2004) s.704.

3.2.2.7.3. İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı

İş sözleşmesi, işçinin bağımlı olarak iş görme borcunu, işverenin de ücret ödeme borcunu içeren bir sözleşmedir (İK.m.8/II). İş sözleşmesi ile çalışan işçi iş görme edimini ifa ettikten sonra, işverenin de ücret ödeme borcunu Kanun veya sözleşmede belirtilen zamanda ve kurallara bağlı olarak yerine getirmesi gerekmektedir. İşverenin bu borcunu gerektiği gibi yerine getirmemesi halinde, işçiye İş Kanunu'nun 34'üncü maddesi ile 1475 sayılı İş Kanunu'ndan farklı olarak, mücadeleciler bir çözüm yolu tanınmıştır⁶⁷². Bu maddeye göre, işveren tarafından ücreti ödeme gününden itibaren yirmi gün içinde mücbir bir neden⁶⁷³ dışında ödenmeyen işçi, iş görme borcunu yerine getirmekten kaçınabilecektir. Ücreti ödenmeyen işçilerin kişisel kararlarına dayanarak, iş görme borcunu yerine getirmemeleri sayısal olarak toplu bir nitelik kazansa dahi bu davranışları grev olarak nitelendirilemeyecektir. Çalışmaktan kaçınan işçilerin iş akitleri çalışmadıkları için feshedilemeyecek ve bu işçilerin yerine işçi alınamayacak, bu işler başkalarına yaptırılmayacaktır (İK.m.34/I-II)⁶⁷⁴.

Toplu iş hukukunda *grev hakkı* ile çalışmaktan kaçınan işçi, bu hakkını bireysel iş hukukunda ücretinin ödenmemesi ile kullanabilecektir⁶⁷⁵.

Geniş anlamda ücretin içinde yer alan fazla çalışma ücreti *mücbir bir neden olmadan*⁶⁷⁶ gününde ödenmeyen işçi, *20 gün bekleyecek*⁶⁷⁷, sonrasında *kişisel kararı*

⁶⁷² Uçum, s.61.

⁶⁷³ Bilim Komisyonu'nun Taslağında süre 10 gün olarak belirlenmiş, mücbir sebep ayırımına yer verilmemiştir.

⁶⁷⁴ 1475 sayılı İş Kanunu'nda çalışmaktan kaçınma hakkı düzenlenmemiştir. Ancak öğretide işçinin Borçlar Kanunu'nun 81'inci maddesinde yer alan ifa edilmezlik def'ine dayanarak, ücretinin ödenmemesi halinde çalışmaktan kaçınacağı savunulmaktaydı, Centel, *Ücret*, s.370.

⁶⁷⁵ Bir diğer çalışmaktan kaçınma hakkı, İş Kanunu'nun 83'üncü maddesinde iş güvenliği ve sağlık önlemlerinin alınmaması hali için düzenlenmiştir.

⁶⁷⁶ Mücbir neden, önceden öngörülemeyen ve önlenemeyen, tarafların dışında gelişen olaylar olarak tanımlanabilir. Her olayda mücbir neden işyeri de dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Ülke genelinde yaşanan ekonomik krizler mücbir sebep sayılabilecekken, sektörel kriz ya da işverenin ekonomik açıdan zor durumda olduğu için ücretleri ödeyemiyor olması mücbir sebep olarak nitelendirilemez. Aksinin düşünülmesi işverenin üzerinde olması gereken işletme rizikosunun işçilere yükletilmesi anlamına gelir, Eyrenci, *Yeni Düzenlemeler*, s.39; Kılıçoğlu, s.370; Sümer, s.84.

⁶⁷⁷ İşçinin 20 gün beklemesine gerek olmadan hemen kısa süre bekleyip çalışmaktan kaçınabileceği savunulmaktadır. Çünkü bu bekleme süresi işveren tarafından kötüye kullanılıp, işçi ücretlerinin önemsiz nedenlerle geciktirilmesinin önü açılmış olmaktadır. Eyrenci ve Diğerleri, s.107; Kanaatimizce işçinin kanun maddesinin açık anlatımı karşısında 20 günlük süreyi beklemesi gerekmektedir. Ancak, işverenin ücretleri geciktirmesi iyiniyet ve dürüstlük kurallarına aykırı bir hal almışsa, artık 20 günlük sürenin beklenmesi bu maddenin hukuka aykırı olarak işveren lehine yorumlanması sonucuna götürecektir.

olarak⁶⁷⁸ çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilecektir. Fazla çalışma ücretini işçisine ödemeyen işverenin, buna rağmen işçisinin fazla çalışmaya kalmasını istemesi hakkın kötüye kullanılması olarak kabul edilmektedir. Yargıtay, “...davacının davalıya ait işyerinde fazla mesai yaptığı ve fazla mesai ücretlerinin ödenmediği saptanmıştır. Fazla mesai ücretleri ödenmediğine göre, davacıdan fazla mesaiye kalmasının istenmesi hakkın kötüye kullanımıdır” şeklindeki kararında bu hususa değinmiştir⁶⁷⁹. İşçilerin kişisel kararları ile çalışmaktan kaçınmaları neticesinde işyerinde toplu olarak iş bırakılması söz konusu olursa bu, grev olarak nitelendirilmeyecektir.

Eğer işveren Kanun’a aykırı olarak, işçinin sözleşmesini, iş görmekten kaçınma hakkını kullanarak çalışmadığı için feshederse bu fesih geçersiz sayılacaktır⁶⁸⁰. Yargıtay, fazla çalışma ücretleri ödenmediği için fazla çalışma yapmayan işçilerin, sözleşmelerinin işveren tarafından geçerli nedenle feshedilemeyeceğini karara bağlamıştır⁶⁸¹. İşçi açısından baktığımızda, işçiye kaçınma hakkının tanınmış olmasının, işçinin sözleşmesini, ücretlerin ödenmediği haklı nedenine dayanarak (İK.m.24/II-e) feshetmesine engel olacak bir düzenleme olmadığını belirtmek isteriz⁶⁸².

İşçinin hak ettiği ücreti kısmen ödenmiş olsa bile işçi çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilecektir⁶⁸³. Söz konusu 20 günün sonunda işçiler bu haklarını kullanmasalar bile, fazla çalışma ücreti ödenmediği sürece bu haklarını kullanma imkanına sahip olacaklardır⁶⁸⁴. İşçinin kaçınma hakkını kullanması için geçmesi gereken 20 günlük süre, fazla çalışmanın yapıldığı andan itibaren hesaplanmayacaktır.

⁶⁷⁸ Ücretin ödenmemesi nedeniyle çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılması işçinin kişisel kararı yerine bir sendika (veya örgüt) kararına dayanıyorsa, kanun dışı grev olarak kabul edilmesine neden olacaktır (TİSGLK.m.25), Demir, *Sorularla Bireysel İş Hukuku*, s.206; Eyrenci ve Diğerleri, s.106; Yine işçilerin aralarında anlaşarak çalışmaktan kaçınmaları da yasadışı grev olarak kabul edilecektir, Cevdet İlhan Günay, “Ücret Ödemede Gecikmenin Hukuki Sonuçları”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, S.1, Mart 2006, s.43; Bir görüşe göre ise, çalışmaktan kaçınma kararının kişisel ya da toplu olması bu hareketin hukuki niteliğini etkilemeyecektir. Eğer çalışmaktan kaçınma başka bir hakka dayanılarak gerçekleştiriliyorsa, kişisel karar olup olmamasının önemi olmaması gerekmektedir, Melda Sur, “İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı”, *A. Can Tuncay’a Armağan*, 1.Bası, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2005, s. 399; Ayrıca sendika veya örgüt tarafından yapılan çalışmaktan kaçınılacağına ilişkin açıklama işçileri bağlamayacağından, çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılmasının yasa dışı grev olarak kabul edilmesinin isabetli olmayacağı belirtilmiştir, Akyiğit, *İşçinin Çalışmaktan Kaçınması*, s.22.

⁶⁷⁹ Y.9.H.D., 11.10.2004, E.25431, K.22821 (*Yargı Dünyası D.*, Şubat 2005) ss.36-37.

⁶⁸⁰ “Ücret ve diğer hakları ödenmeyen işçinin ‘iş görmekten kaçınma hakkını’ kullanmakta iken davalı işverence iş sözleşmesinin feshi ‘geçersiz fesih’ sayılır...”, Y.9.H.D., 21.06.2004, E.3377, K.15404, Çankaya ve Diğerleri, ss.716-717.

⁶⁸¹ Y.9.H.D., 27.03.2006, E.6685, K.7652 (*Çalışma ve Toplum D.*, 2006/3) ss.217-218.

⁶⁸² Çelik, s.155.

⁶⁸³ Süzek, *İşçi Ücretleri*, s.210; Akyiğit, *İşçinin Çalışmaktan Kaçınması*, s.20.

⁶⁸⁴ Akyiğit, *İşçinin Çalışmaktan Kaçınması*, s.21; Süzek, *İşçi Ücretleri*, s. 211.

Fazla çalışma ücreti normal ücret ile ödeneceğinden, fazla çalışma ücretini de içeren ücretin ödenmesi gereken tarih dikkate alınacaktır. İşçi ve işverenin anlaşarak 20 günlük sürenin üstünde bir süreyi kararlaştırmaları söz konusu olamazken, altında bir süreyi kararlaştırabilme imkanına her zaman sahiptirler⁶⁸⁵. Belirtilen 20 günlük süre hesaplanırken iş günleri değil, takvim günleri sayılarak çalışmaktan kaçınma hakkı kullanılmalıdır⁶⁸⁶.

İşçi fazla çalışma ücretini alamadığı için çalışmaktan kaçınıyorsa, işyerinde bulunması gerekli midir? Kanaatimizce çalışmaktan kaçındığı sürece işyerinde bulunup, çalışmaması en doğru çözüm olacaktır. Ücretin ödenmesi konusunda işverene çalışmayarak baskı yapıldığına göre, işveren ücreti ödediği anda işçinin çalışmaya başlaması gerekmektedir. İşverenin her an ödeme yapabileceği düşünülürse işçinin işyerinde bulunması en uygun yaklaşım olacaktır⁶⁸⁷.

Bilim Komisyonu Taslağı'nda işçilerin çalışmaktan kaçındıkları süre boyunca ücret alacaklarını öngören düzenlemesinin, İş Kanunu'nun 32'nci maddesinde yer almamış olması tartışmalara neden olmuştur. Taslak hükmüne Kanun maddesinde yer verilmemiş olması da gerekçe gösterilerek, Yargıtay ve bir kısım yazarlar tarafından, işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullandığı süre boyunca ücret alamayacağı ifade edilmektedir⁶⁸⁸. Bu yorum karşısında fazla çalışma ücreti ödenmeyen bir işçinin ücret alamayacağı bir dönemi göze alarak çalışmaktan kaçınma hakkını kullanacağını düşünmenin, hayatın gerçekleri ile ne kadar uyumlu olacağı tartışılır bir konudur.

⁶⁸⁵ Akyiğit, *İşçinin Çalışmaktan Kaçınması*, s.16.

⁶⁸⁶ Kılıçoğlu, s.376; Mollamahmutoğlu, s.416.

⁶⁸⁷ Uçum, s.62; İşçilerin işyerinden ayrılmaları gerektiği de ifade edilmiştir, Mollamahmutoğlu, s.417; Günay, Ücret Ödemede Gecikmenin Hukuki Sonuçları, s.47.

⁶⁸⁸ Mollamahmutoğlu, ss.417-418; Demir, ss.111-112; Günay, *Ücret Ödemede Gecikmenin Hukuki Sonuçları*, ss.48-49; Çalışmaktan kaçınan işçi karşısında B.K.m.81 ve B.K. m. 325 uyarınca alacaklı temerrüdüne düşen işverenin ücret ödeme yükümlülüğünün devam ettiğini belirten aksi görüşler, Süzek, ss.301-302; Aktay ve Diğerleri, s.132; Akyiğit, *İşçinin Çalışmaktan Kaçınması*, ss.23-24; Erdem Özdemir, *İş Sözleşmesinin İçeriği*, s.55; Eyrenci ve Diğerleri, s.107; Eyranci, *Yeni Düzenlemeler*, s.39; Sur, s.402; Güzel, *Değerlendirme*, ss.58-60; Ayrıca Güzel haklı olarak, işverenin ücret ödemeyeceğinin kabul edilmesi halinde, ücreti ödemeyerek Kanun'a aykırı ve dolayısıyla kusurlu davranışı ile iyiniyet kuralları ile bağdaşmayan biçimde hareket eden işverenin lehine bir sonuç çıkacağını belirtmektedir. Böylece işveren bu maddeyi, işçiyi ücretsiz izne çıkarmada araç olarak kullanabilecektir, Ali Güzel, "İşçinin Ücretinin Ödenmemesi Nedeniyle İş Görme Edimini Yerine Getirmekten Kaçınması ve Çalışmadığı Süre İçin Ücret Talep Edememesi", Karar İncelemesi, *Çalışma ve Toplum D.*, 2005/2, s.143.

3.2.2.7.4. İşçinin Sözleşmeyi Feshetmesi

Ücreti ödenmeyen veya eksik ödenen işçinin sözleşmesini derhal feshetme hakkı İş Kanunu'nda hüküm altına alınmıştır. Buna göre, *işveren tarafından işçinin ücreti kanun hükümleri veya sözleşme şartlarına uygun olarak hesap edilmez veya ödenmezse*, işçi iş sözleşmesini sürenin bitiminden önce veya bildirim süresini beklemeksizin feshetme hakkına sahiptir (İK.m.24/II-e). İşverenin ücreti eksik ödemesi ya da hiç ödememesinin yanı sıra, zamanında ödememesi hali de derhal fesih hakkını işçiye tanımaktadır⁶⁸⁹. Fazla çalışma ücreti de geniş anlamda ücret olarak kabul edildiğinden, işçi aynı hükme dayanarak fazla çalışma ücreti ödenmediğinde sözleşmesini haklı nedenle feshetme hakkına sahiptir. Normal ücrette olduğu üzere, fazla çalışma ücreti hiç ödenmemiş, eksik ödenmiş veya fazla çalışma yapılan saatler olandan az gösterilerek hesaplama yapılmış olabilir. Tüm bu durumlarda işçi fesih hakkını kullanabilecektir. Yargıtay da fazla çalışma ücreti ödenmeyen işçinin haklı nedenle sözleşmesini feshedeceğini karara bağlamıştır⁶⁹⁰.

Fazla çalışma ücretinin ödenmediğinin kabulü için, işverenin işçinin ücretini ödememek niyetiyle hareket etmesi gerekmektedir. Karşılaşılan her olayda iyiniyet ve dürüstlük kuralları dikkate alınarak işçinin bu hakkını yerinde kullanıp kullanmadığı araştırılacaktır⁶⁹¹. İşverenin unutkanlıkla veya para havalesinin gecikmesi ya da kasa anahtarının kaybolması gibi nedenlerle fazla çalışma ücretini ödememesi halinde, işçinin derhal feshetme yetkisini kullanması doğru olmayacaktır⁶⁹². Buna karşılık, işverenin yaşadığı ekonomik kriz nedeniyle ücretleri ödeyememesini işçi için haklı nedenle fesih nedeni saymak yerinde olacaktır⁶⁹³. Fazla çalışma ücreti tam olarak

⁶⁸⁹ Y.H.G.K., 29.03.1989, E.9-132, K.210 (Tekstil İşveren D., Mart 1990) s.20.

⁶⁹⁰ " ...Fazla mesai ücreti ödenmediğine göre, davacıdan fazla mesaiye kalmasının istenmesi hakkın kötüye kullanımudur. Davacının, fazla mesai ücreti ödenmediği için iş sözleşmesini feshettiği kabul edilmelidir. Zira 1475 sayılı İş Kanunu'nun 16/II-d maddesi...işçiye haklı fesih hakkı verir.", Y.9.H.D., 11.10.2004, E.25431, K.25431 (Yargı Dünyası D., Şubat 2005) ss.36-37; Y.9.H.D., 12.05.2005, E.2004/26398, K.2005/16337 (Legal İHSGHD., 7/2005) ss.1257-1258; Y.9.H.D., 31.03.1986, E.2492, K.3578, Kılıçoğlu, ss.738-739.

⁶⁹¹ Çemberci, s.369; Akyiğit, ücretin büyük bölümünün ödenip, çok küçük bir kısmının ödenmemesi durumunda, dürüstlük kuralı gereğince işçinin çalışmaktan kaçınmasını haklı bir kaçınma olarak görmemektedir, Akyiğit, *İşçinin Çalışmaktan Kaçınması*, s.16.

⁶⁹² Demir, *Sorularla Bireysel İş Hukuku*, s.468.

⁶⁹³ Yargıtay kamu kuruluşları ile ilgili olarak verdiği kararlarda, ücret konusunda toplu iş sözleşmesi kurallarının, hakim müdahalesi ile değişen koşullara uyarlanacağını kabul etmektedir. Bu konudaki kararlar, Y.H.G.K., 03.05.1995, E.9-267, K.442 (Çimento İşveren D., Temmuz 1995) ss.40-44; Bunların aksine işverenin ekonomik kriz yaşaması nedeniyle ücretleri ödenmeyen işçilerin iş sözleşmelerini derhal fesih hakkı bulunduğu görüşü haklı olarak ileri sürülmüştür, Çemberci, s.369; Süzek, *İşçi Ücretlerinin Ödenmemesi*, s.216.

ödenmeyen işçinin fesih hakkını, İş Kanunu'nun 26'ncı maddesinin 1'inci fıkrasında belirtilen *6 iş günlük hak düşürücü* süre içinde kullanması gerekmektedir. Bu süre geçtikten sonra işçinin iş sözleşmesini feshetmesi halinde, haklı fesihten söz edilemez. İşveren tarafından ücret ödenmediği sürece, bu hak düşürücü süre işlemeye başlamayacaktır. İşverenin bu ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırı davranışının son bulduğu günden itibaren, 6 iş günlük süre işlemeye başlayacaktır.

3.2.2.7.5. Ücret Garanti Fonu

İşverenin iflas etmesi halinde işçinin ücret alacakları imtiyazlı alacak kabul edilse de (İİK.m.206, 207), rehinli alacaklar, kamu alacakları ve özel kanunlar ile imtiyaz tanınmış bazı alacakların önüne geçememektedir. Bu yüzden, işçinin İcra İflas Kanunu'nda yer alan hükümlere göre ücretine kavuşamaması ihtimali oldukça yüksektir. 4857 sayılı İş Kanunu'na getirilen yeni bir düzenleme ile işçinin alacağına kavuşması için daha fazla koruma sağlanmak istenmiştir⁶⁹⁴.

İşverenin konkordato ilan etmesi, işverenin aciz vesikası alması veya iflası, iflasın ertelenmesi ile işverenin ödeme güçlüğüne düştüğü hallerde, işçinin iş ilişkisinden kaynaklanan *son üç aylık ücret alacaklarını* karşılamak üzere, İşsizlik Sigortası Fonu kapsamında ayrı bir *Ücret Garanti Fonu* oluşturulacağı ilk kez İş Kanunu'nun 33'üncü maddesinde belirtilmişti. Ancak bu hüküm 15.5.2008 tarihli 5763 sayılı "İş Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun" ile yürürlükten kaldırılmıştır⁶⁹⁵. Bu düzenleme bazı değişiklikler yapılarak 4447 sayılı "İşsizlik Sigortası Kanunu"na (İSK.) aktarılmıştır.

Ücret Garanti Fonundan bir tek ücret alacakları karşılanmaktadır. Geniş anlamda ücret içinde yer aldığından *fazla çalışma ücreti de* ücret garanti fonundan karşılanacaktır.

İşsizlik Sigortası Kanunu'na göre, işverenin konkordato ilan etmesi, işveren için aciz vesikası alınması, iflası veya iflasın ertelenmesi nedenleri ile işverenin ödeme güçlüğü çektiği hallerde geçerli olmak üzere, İşsizlik Sigortası Kanunu'na göre sigortalı

⁶⁹⁴ Eyrenci ve Diğerleri, s.114; Çelik, s.150.

⁶⁹⁵ RG., 25.05.2008, 26887.

sayılan işçilerin⁶⁹⁶ iş sözleşmesinden kaynaklanan üç aylık ödenmeyen ücret alacaklarını karşılamak amacıyla İşsizlik Sigortası Fonundan ayrı Ücret Garanti Fonu oluşturulacaktır (İSK.ek m.1). Getirilen değişiklik ile işçilerin sadece son üç aylık ücretleri değil, herhangi üç aylık ücretleri garanti altına alınmıştır.

İş sözleşmesinin devam edip etmediğine bakılmaksızın, işverenin ödeme gücüne düşmesi ile ücretini alamayan işçinin, üç aylık ücretlerinin ödenmediğini gösterir işçi alacak belgesi veya bu durumu gösterir başka belgeler ve *Ücret Garanti Fonu Yönetmeliği*'nde⁶⁹⁷ (ÜGFY.) gösterilen diğer belgeler ile birlikte yetkili kurum birimine başvurması gerekecektir (ÜGFY.m.8). Yapılacak ödemeler Fonun kaynakları ile sınırlıdır (ÜGFY.m.9/II-III). Bu yüzden işçinin fondan karşılanmayan ücret alacakları için genel hükümlere başvurma hakkı her zaman bulunmaktadır.

3.2.3. İşçinin Serbest Zaman Kullanması

3.2.3.1. Genel Olarak

1475 sayılı İş Kanunu fazla çalışmanın karşılığını sadece zamlı ücret olarak belirlemekle yetinmişti. Toplu iş sözleşmelerinde ise, tarafların anlaşmaları halinde fazla çalışmaya ücret yerine işçiye izin verilebileceği kabul edilmişti⁶⁹⁸. 4857 sayılı İş Kanunu, söz konusu boşluğu gidererek, işçinin yapmış olduğu fazla çalışmanın karşılığının ödenmesinde ücretin yerine geçecek ikinci bir seçenek daha eklemiştir. İş Kanunu'nun 41'inci maddesinin 4'üncü fıkrasında, işçinin kendi isteği ile fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma karşılığının zamlı ücret yerine, fazla çalıştığı her saat karşılığında bir saat otuz dakika, fazla sürelerle çalıştığı her saat karşılığında bir saat onbeş dakika serbest zaman kullanılabileceği ifade edilmiştir. Bu imkanın verilmesi bir yandan işçinin serbest zaman yaratabilmesine bir yandan da iş hacminin uygun olduğu

⁶⁹⁶ Yürürlükten kaldırılan İş Kanunu'nun 33'üncü maddesinde yer alan ücret garanti fonu sadece İş Kanunu'nun kapsamına giren işçilere uygulanırken, yeni düzenleme ile İşsizlik Sigortası Kanunu'nun sigortalı saydığı işçilere uygulanacaktır. Böylece Basın İş Kanunu ve Deniz İş Kanunu hükümlerine tabi işçilerde ücret alacakları için bu fondan yararlanabileceklerdir.

⁶⁹⁷ RG., 18.10.2004, 25617.

⁶⁹⁸ Bu yönde alınmış kararlar doktrinde de kabul edilmekteydi, Fevzi Şahlanan, "İş İlişkisinin kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay'ın 1995 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", *Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirme Semineri 1995*, İstanbul 1997, s.13.

durumlarda işveren açısından verimliliğe hizmet etmektedir⁶⁹⁹.

Fazla çalışma ücreti yerine serbest zaman seçeneğinin kullanması belli şartlara uyulması ile mümkün olmaktadır. İşçi serbest zamanı hak ettikten sonra, bu hakkını *6 ay zarfında ve çalışma süreleri içinde* kullanmalıdır. İşverenin, işçi bu hakkını kullandığında çalışmamasını gerekçe göstererek işçinin *ücretinde kesinti yapması* yasaklanmıştır (İK.m. 41/V).

İş Kanunu'nun 41'inci maddesine paralel olarak Fazla Çalışma Yönetmeliği'nin 6'ncı maddesi, serbest zaman kullanma hakkına açıklayıcı hükümler getirmiştir. Hem Kanun'u hem de Yönetmelik hükümlerini inceleyerek işçi ve işverene yönelik serbest zaman kullanma hakkının koşullarını açıklayacağız.

3.2.3.2.Olağan Fazla Çalışmada Serbest Zaman Kullanılmasının Koşulları

3.2.3.2.1. İşçinin İsteği

Fazla çalışma yapan işçinin ücret yerine, serbest zaman kullanma hakkını düzenleyen İş Kanunu'nun 41'inci maddesinin 4'üncü fıkrasına ek olarak, Fazla Çalışma Yönetmeliği'nin 6'ncı maddesinin 1'inci fıkrası, işçinin bu isteğini ve isteğin şeklini açık bir şekilde belirlemiştir. Bu hükme göre, fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma yapan işçi, *isterse* işverene *yazılı* olarak başvurarak, fazla çalışmasının karşılığını fazla çalıştığı her saat için 1 saat 30 dakika, fazla sürelerle çalıştığı her saat karşılığında ise 1 saat 15 dakika serbest zaman olarak kullanmak istediğini bildirecektir. Serbest zaman isteğinin işverene bildirilmesinde aranan yazınlık şartı geçerlilik şartı değil, ispat şartıdır. Bu yüzden isteğin sözlü olarak yapılacağıın da kabulü gerekir⁷⁰⁰. İşveren açısından baktığımızda ise, ihtilaf halinde ispatlayabilmesi için işçiden bu isteği yazılı olarak alması yararına olacaktır. Çünkü, fazla çalışmalarda asıl olan ücret olduğu için işçinin serbest zaman istediğini iddia eden işveren bu iddiasını ispat edecektir⁷⁰¹. Sözlü ya da yazılı bir anlaşma olmadan, zımni olarak işçinin isteğinin bulunduğuun

⁶⁹⁹ Alpagut, s.31.

⁷⁰⁰ Çil, *Fazla Çalışma*, s.73.

⁷⁰¹ Akyiğit, *Normali Aşan Çalışmalar*, s.23.

işveren tarafından ileri sürülmesi kabul edilemez⁷⁰².

Fazla çalışma süresi haftalık olarak veya denkleştirme dönemi uygulanıyorsa dönem sonunda hesaplanabilmektedir. Buna göre işçinin serbest zaman kullanma hakkı doğduktan sonra, serbest zaman kullanma isteğinin işverene, fazla çalışma ücreti tahakkuk etmeden, denkleştirme dönemi söz konusu ise, dönem sonunda bildirilmesi gerekmektedir⁷⁰³.

İşçinin fazla çalışmasının karşılığını tamamen serbest zaman olarak, isterse bir bölümünü zamlı ücret ödenmesi bir bölümünü serbest zaman olarak kullanmak isteğinin geçerli kabul edilmesi yerinde olacaktır⁷⁰⁴. Bunun aksi düşüncesiyle işçinin kendisine tanınan bu seçenekleri, ihtiyaçları doğrultusunda bölerek kullanma hakkı bulunmadığını söylemek mümkün gözükmemektedir. Bu uygulama için tarafların anlaşması da aranmamalıdır⁷⁰⁵. Çünkü, İş Kanunu'nda hem ücret hem de serbest zaman gibi karşılıkların hesaplanması açıkça belirtilmiştir. İşçi fazla çalışmasının karşılığının bir bölümü için ücret aldıktan sonra nasıl ki karşılığın tümü için koşullara uygun olarak serbest zaman kullanma isteğini işverene iletiyorsa, geri kalan kısım için de serbest zaman kullanma isteği de işverenin onayı olmadan yerine getirilmelidir.

Serbest zamanın kullanılması işçinin yazılı isteği ile mümkün olduğundan işveren, işçisini zamlı ücret yerine serbest zaman kullanma konusunda zorlayamaz. Serbest zaman kullanılması tamamıyla işçinin isteğine bırakıldığından, işverenin bu tür bir zorlaması kanun dışı sayılacaktır⁷⁰⁶.

İşçinin yazılı olarak başvurarak serbest zaman kullanma hakkını işverene bildirmesi halinde, işverenin bu isteği kabul etmemek gibi bir seçeneği bulunmakta mıdır? Bizim de katıldığımız görüşe göre, İş Kanunu ve Fazla Çalışma Yönetmeliği, işçinin koşulları oluşan bu hakkı kullanma isteği karşısında işverenin onayını aramamaktadır. Nasıl ki fazla çalışma ücreti ödeme konusunda işverenin bir takdir

⁷⁰² Alpagut, s.32.

⁷⁰³ Sümer, s.134.

⁷⁰⁴ Akyiğit, *Şerh*, s.1528.; Uzun, s.141

⁷⁰⁵ Tarafların iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmeler ile işe girişinde veya sonrasında anlaşma yapmaları halinde, fazla çalışmanın karşılığının kısmen ücret kısmen serbest zaman olarak kullanılabilmesi görüşü ileri sürülmüştür, Demir, *Sorularla Bireysel İş Hukuku*, s.283.

⁷⁰⁶ Mollamahmutoglu, s.698; Süzek, s.634; Soyer, *Fazla Saatler*, s.803.

yetkisi bulunmuyorsa, ücret yerine geçen serbest zaman kullanma hakkının kullanılmasına izin verme konusunda da işverenin onayı aranmayacaktır⁷⁰⁷. Buna karşılık, işçinin kullanmak istediği serbest zamanın mutlaka verilmesi gerektiğini düşünmenin yanlış olacağı doktrinde vurgulanmıştır. Çünkü Fazla Çalışma Yönetmeliği'ne göre serbest zamanın kullanılmasında işyeri ve işin gerekleri, işçinin ihtiyaçlarının üzerinde tutulmuştur (FÇY.m.6/II). Öyleyse, işyeri ve işin gerekleri serbest zaman yerine ücret ödenmesini gerektiriyorsa, işveren fazla çalışma ücreti ödemeyi tercih edebilecektir⁷⁰⁸.

İşçinin hizmet sözleşmesi veya iç yönetmelik hükümleri ile fazla çalışmasının karşılığını serbest zaman olarak kullanacağını belirten, *önceden vermiş olduğu rıza* geçerli değildir. Fazla çalışma karşılığının zamlı ücret olarak ödenmesi asıldır. Bu yüzden istisnai nitelik taşıyan serbest zaman kullanma hakkının kullanılabilmesi için, her bir fazla çalışmada işçinin yazılı olarak başvuruda bulunması ya da işverenin işçiye tercihini sorması gerekmektedir⁷⁰⁹. Hatta toplu iş sözleşmeleri ile kararlaştırılmış olması bile işçiyi bağlamamalıdır. İşçinin, isteğine bırakılmış olan bu hakkı kullanması bireysel alana ilişkin olup, toplu iş sözleşmesi ile kararlaştırılması mümkün değildir⁷¹⁰.

3.2.3.2.2. *Hakkın Altı Ay İçinde Kullanılması*

Normal çalışma saatinin üzerindeki çalışmasının karşılığını serbest zaman olarak kullanmak isteyen işçinin, bu hakkını kullanabilmesi için 6 aylık süre öngörülmüştür (İK.m.41/V; FÇY.m.6/II). İşçinin yazılı isteği kendisine ulaşan işveren, işin ve işyerinin gereklerine uygun olarak belirleyeceği tarihten itibaren *işgünleri içerisinde, aralıksız ve ücretinde bir kesinti olmadan* işçiye bu hakkını kullandıracaktır (İK.m.41/V; FÇY.m.6/III). Kanun'dan veya sözleşmeden kaynaklanan tatil ve izin günlerinde serbest zaman kullandırılması ise söz konusu değildir (FÇY.m.6/III).

Fazla çalışmanın (veya fazla sürelerle çalışma) yapıldığı tarihi 6 aylık sürenin başlangıcı olarak tespit etmemiz gerekmektedir. Bu sürenin başlangıç tarihini

⁷⁰⁷ Eyrenci, *Yeni Düzenlemeler*, s.45; Süzek, s.634; Akyiğit, *Şerh*, s.1529; Kılıçoğlu, s.405; Çelik, s.340; Uçum, s.69.

⁷⁰⁸ Demir, ss.150-151.

⁷⁰⁹ Soyer, *Fazla Saatlerle*, s.803; Eyrenci, *Yeni Düzenlemeler*, s.45.

⁷¹⁰ Soyer, *Fazla Saatlerle*, ss.803-804; Süzek, s.156; Akyiğit, *Normali Aşan Çalışmalar*, ss.22-23; Alpagut, s.32.

belirlemek için, fazla çalışma haftalık çalışma süresine göre belirlendiği için, fazla çalışmanın yapıldığı hafta sonu; işyerinde denkleştirme esası uygulanıyorsa, fazla çalışma yapılıp yapılmadığı denkleştirme döneminin sonunda belli olacağından, denkleştirme döneminin bittiği tarih esas alınacaktır⁷¹¹.

İşçi hak düşürücü süre olan 6 ay içinde serbest zaman hakkını kullanmaz ise, süre geçtikten sonra istekte bulunması mümkün değildir. Ancak fazla çalışmasının ücretini, ücrete ilişkin zamanaşımı süresi içinde talep etme hakkı ortadan kalkmamaktadır⁷¹². Ancak, söz konusu altı aylık süre içinde, işçinin isteğine rağmen serbest zaman kullanma hakkı işverence engellenmiş ise, işçinin serbest zaman kullanma hakkı ortadan kalkmaz. Altı ay geçtikten sonra işçi, o zamanki ihtiyaçlarına göre isterse serbest zaman yerine ücret talep edebilmelidir⁷¹³. Bazen de işçinin uzun süren hastalığı, grev-lokavt veya iş sözleşmesinin askıda kalması gibi nedenlerle işçi serbest zaman hakkını kullanamaz. Bu durumlarda sürenin işlemediğini kabul etmek yerinde olacaktır⁷¹⁴.

İşçi serbest zaman kullanma hakkını işverene yazılı olarak ilettikten sonra tek taraflı olarak bu hakkından vazgeçebilmelidir. Bu vazgeçme hakkının dürüstlük kuralına uygun şekilde, işvereni zarara sokmamasına özen gösterilerek kullanılması gerekmektedir⁷¹⁵.

İşçi ve işverenin anlaşarak 6 aydan daha kısa bir süreyi belirlemeleri mümkündür. Azami süre olarak belirlenen bu sürenin aşılması konusunda yapılan anlaşmalar geçersiz kabul edilecektir⁷¹⁶. İşveren bu tip geçersiz bir anlaşma nedeniyle idari para cezası alacağı gibi, işçinin bu sözleşme şartlarına uymama veya sözleşmeyi feshetme hakları bulunmaktadır (İK.m.24/II-e,f).

⁷¹¹ Nurşen Caniklioğlu, s.185; Demir, s.150; Süzek, s.634; Akyiğit ise, fazla çalışmayı içeren dönemin ücretinin ödeneceği tarihten itibaren 6 aylık sürenin işlenmesi gerektiğini belirtmektedir, Akyiğit, *Şerh*, s.1529; Akyiğit, *Normali Aşan Çalışmalar*, s.23; Kanaatimizce ücret ödemesi için getirilen dönemsellik ilkesinin serbest zaman için kullanılacağını ileri sürmek yerinde olmayacaktır. Serbest zaman hakkı, fazla çalışma sona erdiği anda doğmaktadır ve 6 aylık süre bu tarihten itibaren işlemeye başlamalıdır.

⁷¹² Akyiğit, *Normali Aşan Çalışmalar*, s.24.

⁷¹³ Süzek, s.635; Mollamahmutoğlu, s.699; Alpagut, s.33.

⁷¹⁴ Mollamahmutoğlu, S.698.

⁷¹⁵ Akyiğit, tarafların anlaşması ile işçinin serbest zaman kullanma isteğini geri çekebileceğini belirtmektedir. Dürüstlük kuralına uygun, tek taraflı vazgeçmelerin de kabul edilebileceğini ifade etmiştir, Akyiğit, *Şerh*, s.1529.

⁷¹⁶ Soyer, *Fazla Saatler*, s.803.

3.2.3.2.3. Serbest Zamanın Kullanılacağı Zamanın Belirlenmesi

İşçi serbest zaman kullanma isteğini işverene bildirdiğinde, bu hakkını 6 ay içinde istediği zaman kullanamaz. İşçinin serbest zaman kullanma hakkını istediği zaman kullanması işverenin yönetim hakkına müdahale olacaktır⁷¹⁷. Bu yüzden, Fazla Çalışma Yönetmeliği'nin 6'ncı maddesinin 2'nci fıkrasında, işçinin serbest zaman isteğinin işverenin, işin ve işyerinin gereklerine uygun olarak belirlediği tarihten itibaren iş günleri içinde, aralıksız ve ücretinde kesinti yapılmadan yerine getirileceği belirtilerek, serbest zamanın kullanılacağı zamanı belirleme yetkisi işverene verilmiştir⁷¹⁸.

İşverenin serbest zaman kullanılacağı zamanı belirleme yetkisini, dürüstlük kuralına uygun bir şekilde kullanması gerekmektedir⁷¹⁹. Bu yetki asla serbest zaman tanınması amacına aykırı bir şekilde kullanılmamalıdır⁷²⁰. Bu hakkın belirlenen sürede aralıksız olarak iş günlerinde kullandırılması gerekmektedir⁷²¹. Ancak serbest zamanın kullanılmasında, işin ve işyerinin ihtiyaçlarına önem verildiği hükümden anlaşılmaktadır. İşçinin serbest zamanı aralıksız kullanmasını belirten hüküm yerine, 6 aylık süre içerisinde gerektiğinde aralıklar ile kullandırılabilmesinin hüküm altına alınması yerinde olurdu. Bir görüşe göre, işyeri ve işin gerekleri üstün tutulduğundan, gerekirse işverenin işçinin serbest zaman kullanma isteğini yerine getirmeyerek ücret ödemesi yapabileceği kabul edilmektedir⁷²². Kanaatimizce, işçinin serbest zaman kullanma isteğinin 6 ay içinde yerine getirilmemesi halinde, fazla çalışmanın karşılığının fazla çalışma ücretine dönüştüğünü kabul etmek mümkün gözükmemektedir. Çünkü, Fazla Çalışma Yönetmeliği işin ve işyeri gereklerini de dikkate alarak, bu hakkın kullandırılması için 6 ay gibi uzun bir süreyi öngörmüştür.

⁷¹⁷ Çil, *Fazla Çalışma*, s.74.

⁷¹⁸ Eyrenci, *Fazla Çalışma Yönetmeliği çıkarılmadan önce, serbest zamanın kullanılacağı zamanı belirleme yetkisinin tek başına işverene ait olamayacağını belirtirken bunun İş Kanunu'nun 41'inci maddesinden açıkça anlaşıldığını ileri sürmüştür*, Eyrenci, *Yeni Düzenlemeler*, s.45; Yönetmelik hükmüne rağmen işçinin hak ettiği serbest zamanı kullanacağı zamanı ve nasıl kullanılacağını belirleme yetkisinin işçide olduğu ileri sürülmektedir, Eyrenci ve Diğerleri, s.172.

⁷¹⁹ Akyiğit, *Normali Aşan Çalışmalar*, s.24; Ayrıca, serbest zamanın kullanılacağı zamanın belirlenmesinde işverenin sahip olduğu yönetim hakkını, işçiyi gözetme borcunun gereklerine uygun olarak kullanması gerekmektedir, Süzek, s.635; Soyer, *Fazla Saatler*, ss.802-803.

⁷²⁰ Eyrenci, *Yeni Düzenlemeler*, s.45.

⁷²¹ Serbest zamanın aralıksız kullandırılacağına ilişkin hükmün mutlak emredici olmadığı ve tarafların anlaşması ile iş ve işyeri gereklerine uygun olduğu ölçüde aralıksız olarak kullanılabilmesi belirtilmiştir, Demir, *Sorularla Bireysel İş Hukuku*, s.281; Çil, *Fazla Çalışma*, s.74.

⁷²² Demir, ss.150-151.

Serbest zaman, bu süre içinde işin ve işyerinin gerekleri dikkate alınarak kullanılacaktır. Diğer yandan, işverenin serbest zaman vermek yerine fazla çalışma ücreti ödemesini haklı görmek, işverenin 6 ay bekleyip sürenin sonunda fazla çalışma ücreti ödemesine neden olacaktır. Bu uygulama süreklilik kazandığında ise, işverenin lehine olarak, fazla çalışma karşılığının 6 aylık sürelerle geciktirilerek fazla çalışma ücreti olarak ödenmesinin yolu açılacaktır⁷²³. Tüm bu uygulamaların önüne geçmek için İş Kanunu, işçinin serbest zaman kullanma isteğinin yerine getirilmemesine idari para cezası öngörerek koruma sağlamaya çalışmıştır (İK.m.102/c). Bu nedenlerle, işçi 6 aydan sonra da bu hakkını kullanmalı ya da serbest zaman ihtiyacı ortadan kalmışsa fazla çalışma ücreti ödenmesini kendi talep etmelidir⁷²⁴.

Kanun ve sözleşme ile getirilen izin ve tatil günlerinde serbest zaman kullanılamaz (FÇY.m.6/III). Bir başka ifadeyle, fazla çalışmadan doğan serbest zaman ile izin ve tatil günlerinin birleştirilmesi söz konusu olamayacaktır. Serbest zaman kullanılan saatler, çalışılmış gibi sayılan sürelerden sayılmamakla birlikte ihbar, kıdem ve yıllık izin süresinin belirlenmesinde hesaba katılacaktır. Serbest zaman kullanan işçinin ücretinde kesinti yapılamayacaktır. Buna bağlı olarak ikramiye, yakacak yardımı gibi ücret eklerinde de kesinti yapılamayacağını söylememiz yerinde olacaktır. Serbest zaman bir iş gününü aşırsa da, yol ve yemek gibi ödentilerden kesintiye gidilmemesi gerekmektedir⁷²⁵.

İşveren serbest zaman hakkının başlayacağı tarihi belirlerken, iş günü içerisinde hangi zaman dilimi içinde kullanacağına işçinin karar vermesi gerekecektir⁷²⁶. İşçinin serbest zamanı kullanırken işyerinde bulunması gerektiğini gösteren bir hüküm İş Kanunu'nda bulunmamaktadır. İşçi bu hakkını isteği yerde kullanabilecektir. Ancak gün içinde çok küçük bir zaman diliminde bu hakkını kullanacaksa, süresi biter bitmez işinin başında olması gerekmektedir.

⁷²³ Çil, *Fazla Çalışma*, s.75.

⁷²⁴ Süzek, s.635; İşçi 6 aydan sonra serbest zaman hakkını kullanacaksa bu isteğini tekrar işverene bildirmelidir. Aksi halde, işverenin serbest zaman kullandırma yükümünün yerini fazla çalışma ücreti ödenmesi alacaktır, Çil, *Fazla Çalışma*, s.75.

⁷²⁵ Çil, *Fazla Çalışma*, s.74.

⁷²⁶ Kılıçoğlu, s.405.

İşçi ve işveren anlaşarak, fazla çalışma ücretinin İş Kanunu'nda belirtilen orandan fazla olacağını kararlaştırmış olabilirler. Bu durumda tarafların bu yöndeki iradelerinin serbest zaman kullanma hakkını da kapsadığını ve serbest zaman kullanma hakkının da arttırıldığını kabul etmek yerinde olacaktır⁷²⁷.

İşçi serbest zaman kullanmak isteğini işverene bildirdikten sonra, ancak bu hakkını kullanmadan sözleşmesi son bulursa ne olacaktır? Bu durumda iş ilişkisi sona erdiğinden, işçinin serbest zaman kullanma hakkı kendiliğinden ortadan kalkacaktır. Ama iş sözleşmesi devam ederken yaptığı fazla çalışmanın, sözleşme hangi nedenle sona ermiş olursa olsun karşılıksız kalacağını söylemek yanlış olur. Bu durumda işçi fazla çalışma ücretini talep edebilecektir. Fazla çalışma ücretine sözleşmenin son bulunduğu tarihteki ücrete göre değil, fazla çalışmasını yaptığı dönem ücreti dikkate alınarak karar verilmesi gerekecektir⁷²⁸.

3.2.3.3. Fazla Çalışma Ücretinin Normal Ücret İçinde Kararlaştırıldığı

Hallerde Serbest Zaman Kullanma Hakkı

4857 sayılı İş Kanunu'nun fazla çalışma karşılığı olarak, fazla çalışma ücretinin yerine serbest zaman hakkını tanıması, fazla çalışma ücretinin normal ücretin içinde kararlaştırıldığı sözleşmeler için tartışma yaratmaktadır. Tartışmalar, bu tip sözleşmelerin varlığı halinde serbest zaman kullanma hakkının ne olacağı konusunda toplanmaktadır. Bir görüş, bu yöndeki bir anlaşmanın en erken her ücret döneminde, sadece o dönem için yapılmasının çözüm olacağını ileri sürmektedir⁷²⁹. Kanaatimize göre, fazla çalışmanın aylık ücret içinde kararlaştırıldığı hallerde işçinin serbest zaman kullanma hakkı ortadan kalkmamaktadır. İş Kanunu'nun 41'inci maddesine göre, işçi isterse fazla çalışma ücreti almak yerine serbest zaman kullanacaktır. Serbest zaman kullanma hakkı ise, yapılan fazla çalışmanın ardından doğmaktadır. İşçinin sözleşme ile doğmamış serbest zaman kullanma hakkından vazgeçmesi mümkün değildir⁷³⁰. Bu yüzden işçi her fazla çalışmadan sonra, ihtiyaç duyduğunda serbest zaman kullanma

⁷²⁷ Eyrenci, *Yeni Düzenlemeler*, s.45; Aksi görüş, Karacan, s.131; Nurşen Caniklioğlu, s.184; Ekmekçi, *Yeni İş Kanunu Semineri*, s.45.

⁷²⁸ Soyer, *Fazla Saatler*, s.804; Akyiğit, *Normali Aşan Çalışmalar*, s.25.

⁷²⁹ Akyiğit, *Normali Aşan Çalışmalar*, s. 15.

⁷³⁰ Süzek, s.634; Çil, *Fazla Çalışma*, s.74.

hakkını ileri sürecektir. Ancak işçinin, serbest zaman hakkını kullandığında, aksi kararlaştırılmamışsa, yapmış olduğu fazla çalışmanın karşılığını işverene iade etmesi gerekecektir. Aksi takdirde, işçinin yaptığı fazla çalışma için iki karşılıktan faydalanması gibi bir sonuç ortaya çıkacaktır⁷³¹.

3.2.3.4. Zorunlu ve Olağanüstü Fazla Çalışmada Serbest Zaman Hakkı

Zorunlu fazla çalışmanın düzenlendiği İş Kanunu'nun 42'nci maddesi ve olağanüstü hallerde fazla çalışmanın düzenlendiği 43'üncü maddesi, işçinin serbest zaman hakkını kullanması ile ilgili olarak olağan fazla çalışmadan farklı bir yorumun yapılmasına neden olmaktadır.

Söz konusu 42 ve 43'üncü maddelerin 2'nci fıkraları, 41'inci maddenin 1, 2, 3'üncü fıkralarına atıf yapmakta, ancak bu atıfta fazla çalışma ücreti yerine serbest zaman kullanma hakkının yer aldığı 4 ve 5'inci fıkralar yer almamaktadır. Bu sebeple, zorunlu nedenle yapılan fazla çalışmalar ile olağanüstü hallerde yapılan fazla çalışmaların karşılığının mutlaka zamlı ücret olacağı, işçinin serbest zaman kullanma hakkının söz konusu olamayacağını söylemek ilk akla gelen yorum olmaktadır. Kanaatimizce uygun olan yorum da budur. Çünkü söz konusu atıf, açıkça 41'inci maddenin 1, 2, 3'üncü fıkralarına yapılmıştır⁷³². Her iki fazla çalışma türü, uygulanma koşulları normal fazla çalışmadan farklı, işçinin onayının aranmadığı geçici fazla çalışmalardır. İş Kanunu, bu tür fazla çalışmaların niteliklerine uygun olarak, karşılığın sadece ücret olmasını uygun görmüştür. İş Kanunu'nun 41'inci maddesinde olağan fazla çalışma, işçinin rızası ile işyerinin üretimine ilişkin gerekçelerle yapılabilmektedir. Bu yüzden işverenin olağan fazla çalışmada işçinin serbest zaman kullanma hakkını göz önünde bulundurarak talepte bulunması gerekmektedir. Halbuki zorunlu fazla çalışma ve olağanüstü fazla çalışmada, işçinin rızası aranmamakta, zorunlu kalındığı için fazla çalışma yapılmaktadır. Olağan fazla çalışmada olduğu gibi işverenin dahi fazla çalışma yapılıp yapılmaması konusunda bir seçim hakkı bulunmamaktadır. Bu nedenle, olağan fazla çalışma dışında işçinin serbest zaman kullanma hakkı olduğunu söylemek, işyerinde çalışma düzeninde sorunlara yol açacağından yanlış olacaktır. Bu görüşe

⁷³¹ Astarlı, *Fazla Saatlerle Çalışma*, ss.61-62.

⁷³² Eyrenci ve Diğerleri, s.173; Süzek, s.637; Mollamahmutoğlu, s.702,704; Aktay ve Diğerleri, s.246; Kılıçoğlu, s.408,411; Sümer, s.134.

karşılık, olağan fazla çalışma dışında yapılan fazla çalışma türlerinde serbest zaman kullanılmamasının hiçbir mantıklı gerekçesi bulunmadığı ve işçinin isterse serbest zaman hakkını kullanacağı belirtilmektedir⁷³³.

3.2.3.5. Serbest Zamanın Kullanılmamasının Hukuki Sonuçları

İşçinin serbest zaman kullanma isteği, işveren tarafından 6 ay içinde yerine getirilmediğinde, işverenin hukuki ve cezai yaptırımlarla karşılaşması söz konusu olacaktır. Elbetteki işçinin, işverenin hukuk dışı bu davranışına, kendi kendine serbest zaman tanıyarak işi bırakma yönünde bir diğer hukuk dışı davranışla cevap vermesi mümkün değildir. Böyle bir durumda serbest zaman hakkı kullanılmadan 6 ay geçmiş olsa bile, işçinin serbest zaman kullanma veya zamlı ücret talep etme haklarının devam etmesi gerektiğini daha önce belirtmiştik.

İşverenin, işçinin serbest zaman kullanma hakkını süreklilik arz edecek şekilde engellemesi halinde, fazla çalışma ücretinin ödenmemesinde olduğu gibi, İş Kanunu'nun 24'üncü maddesinin 2'nci bendinin (f) fıkrasına göre, çalışma koşulları uygulanmadığı gerekçesi ile işçinin sözleşmesini feshetme hakkı olduğu kanaatindeyiz. Çünkü işçinin yapmış olduğu fazla çalışmanın karşılığı olarak, fazla çalışma ücreti ile serbest zaman arasında bir ayrıma gidilmemiştir.

Eğer işveren, serbest zaman hakkını kullandırmadığı işçisine yeni bir fazla çalışma teklifinde bulunursa, zaten fazla çalışma için işçinin onayı arandığından bu teklifi reddetmesi yeterli olacaktır. İşçinin serbest zaman hakkı kullanılmadığı gerekçesiyle İş Kanunu'nun 32'nci maddesinde belirtilen çalışmaktan kaçınma hakkını kullanamayacağı haksız olarak ileri sürülmüştür⁷³⁴. İşçi fazla çalışma yaparak ücrete hak kazanmakta, ancak ücret yerine serbest zaman hakkını tercih etmektedir. Bu yüzden çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılabilmesi için ücret ile serbest zaman kullanma hakkı arasında fark yaratmak mümkün görülmemektedir.

⁷³³ Tunçomağ ve Centel, ss.155-156; Akyiğit, *Normali Aşan Çalışmalar*, s.25; Soyer, *Fazla Saatler*, s.804; Uçum, ss.70-71.

⁷³⁴ Akyiğit, *Şerh*, s.1531.

3.3. FAZLA ÇALIŞMA KARŞILIĞININ VERİLMEMESİNE

BAĞLANAN İDARİ PARA CEZASI

3.3.1. Olağan Fazla Çalışmada İdari Para Cezası

Devlet, işçileri korumak, işçi-işveren arasında dengeyi sağlayarak sosyal adaleti gerçekleştirmek amacıyla emredici hükümlere yer vermekle kalmayıp, bu kurallara uymayan işverenlere idari yaptırımlar uygulayarak, bir yandan da kamu düzenini korumaya çalışmaktadır. İşçinin yaptığı fazla çalışma için hak ettiği karşılığın, işveren tarafından ödenmemesi ile ortaya çıkan hukuka aykırı davranışa uygulanacak olan idari yaptırım *idari para cezaları*⁷³⁵ olarak karşımıza çıkmaktadır.

İdarenin yargıyı araya katmadan ceza vermesi, kuvvetler ayrılığına, kişilerin hak ve özgürlüklerinin yürütmeye karşı yargı eliyle korunması ilkelerine aykırılık taşımaktadır. Bu yüzden idari yaptırımların mutlaka kanun ile açık bir şekilde hüküm altına alınması ve bu yaptırımlara karşı itiraz yolunun tanınması gerekmektedir⁷³⁶. Bu sebeple, İş Kanunu “*41inci maddesinde belirtilen fazla çalışmaya ilişkin ücreti ödemeyen, işçiye hak ettiği serbest zamanı altı ay zarfında kullandırmayan, ...işveren veya işveren vekiline, bu durumda olan her işçi için yüz milyon lira para cezası...*” verileceği belirtilerek idari para cezasının uygulanacağı hukuka aykırılıklar hüküm altına alınmıştır (İK.m.102/c).

4857 sayılı İş Kanunu’na göre, iş hukukunda idari para cezasını vermeye *yetkili olan idari organ*, o yerin Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Bölge Müdürüdür (İK.m.108/I). Yapılan denetimler sonucunda, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı’na bağlı iş müfettişlerinin hazırlayacağı rapor Bölge Çalışma Müdürlüğüne iletildiğinde, gerekçesi belirtilmek suretiyle idari para cezası müdür tarafından verilecektir⁷³⁷.

4857 sayılı İş Kanunu’nun idari para cezalarına karşı yargı yolunu gösteren

⁷³⁵ Para cezaları genellikle yargı kararlarına dayanmakla birlikte, yargı sürecinin uzunluğu cezalardan beklenen sonucun alınmasını engellemektedir. Bu yüzden bazı hukuka aykırılıklara, yargı yerine idari makamlar tarafından idari para cezaları verilmesi tercih edilmektedir, Nurşen Caniklioğlu ve Talat Canbolat, “4857 Sayılı İş Kanununda Para Cezasına Bağlanan Yükümlülükler ve Bu Para Cezalarının Özellikleri”, **Kamu-İş D.**, C:7, S.3, 2004, s.226.

⁷³⁶ Sarper Süzek, “İş Hukuku Yaptırımları”, **İş Hukuku D.**, C:3, S.1-4, 1993, s.180; Caniklioğlu ve Canbolat, s.226.

⁷³⁷ İş yerlerinde denetim yapıp eksiklikleri belirleyen makamın ceza vermesi, cezaların etkili olmasını sağlamaktadır, Caniklioğlu ve Canbolat, s.271.

108'inci maddesinin 2'nci fıkrası, 23.01.2008 tarihli 5728 sayılı “Temel Ceza Kanunlarına Uyum Amacıyla Çeşitli Kanunlarda ve Diğer Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” ile yürürlükten kaldırılmıştır. Yürürlükten kalkan fıkra göre, verilen para cezasının ilgisine tebliği, Tebligat Kanunu hükümlerine göre yapılacaktır. İdarenin yapmış olduğu işlem ve eylemler Anayasanın 125'inci maddesinde belirtildiği üzere yargı denetimine tabidir. Bu yüzden cezanın tebliğ edilmesiyle, tebligatı alan kişinin *en geç yedi gün içinde yetkili idare mahkemesine* itiraz etme hakkı söz konusu idi.⁷³⁸ İdari para cezalarında ihtilafları çözecek yargı yerinin yetkisi konusunda 5728 sayılı Kanun'a kadar tartışmalar yaşanmıştır, ancak bu Kanun ile bu tartışmaların çözüme kavuştuğunu söylemek güçtür. Bu yüzden, tartışmalara neden olan süreçten kısaca bahsetmek yerinde olacaktır.

1475 sayılı İş Kanunu'nda yargı yolu olarak sulh ceza mahkemeleri görevli kılınmıştı. 4857 sayılı İş Kanunu bunu değiştirmiş ve idari mahkemeleri yetkili kılmıştır. Ancak 30.03.2005 tarihli 5326 sayılı Kabahatler Kanunu (Kab.K.) uygulamada tartışmaları beraberinde getirmiştir. Çünkü Kabahatler Kanunu'nun 2'nci maddesi, idari yaptırım uygulanan aykırılıkları kabahat olarak kabul etmiş, 3'üncü maddesi ise, kendi genel hükümlerinin diğer kanunlarda yer alan kabahatler hakkında da uygulanacağını belirtmiştir. Buna göre 5326 sayılı Kanun'un yürürlük tarihi olan 01.06.2005 tarihinden itibaren idari para cezalarının ilgisine tebliği veya tefhiminden itibaren 15 gün içinde Sulh Ceza Mahkemesi'ne başvurulacağı belirtilmiştir (Kab.K.m.27/I). Ağır Ceza Mahkemesi'ne itiraz yolu da tanınmıştır (Kab.K.m.29). İdari para cezaları bakımından, İş Kanunu ile Kabahatler Kanunu'ndaki yargı yeri farklılık göstermiştir. Bu farklılığın yarattığı tartışmalar, Anayasa Mahkemesi'nin Kabahatler Kanunu'nu genel kanun olarak kabul eden 3'üncü maddesinin iptali ile giderilmeye çalışılmıştır.

Sonuçta 5728 sayılı Kanun ile 108'inci maddenin 2'nci fıkrası yürürlükten kaldırılarak idare mahkemelerinin yetkisi tekrar ortadan kaldırılmıştır⁷³⁹. Bundan böyle

⁷³⁸ 1475 sayılı İş Kanunu'nun 108'inci maddesinin 2'nci fıkrasına göre itiraz merci yetkili sulh ceza mahkemeleri idi.

⁷³⁹ İş Kanunu'nda yer alan idari para cezalarının teknik ve hukuki anlamda bir ceza olmadığı dile getirilerek Anayasa'nın 142'nci maddesine uygun olarak, iş hukukunda uzman yargı yeri olan iş mahkemelerinin yetkili olması gerektiği belirtilmiştir. Bu Anayasa'nın 142'nci maddesine uygun bir düzenleme olacaktır, Ercan Akyiğit, “İş Yasası'ndaki İdari Para Cezalarında Son Durum”, *Sicil İş Hukuku D.*, S.11, Eylül 2008, s.156; Utkan Araslı, “İdari

idari para cezalarına karşı başvurularda görevli yargı yeri, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu çerçevesinde sulh ceza mahkemesi olacaktır. Yapılan değişiklik ile 1475 sayılı İş Kanunu'nda yer alan uygulamaya geri dönmüştür.

İdari para cezası ilgisine tebliğ edilmiş ve bu cezaya itiraz edilmişse, yargılama devam ederken fazla çalışma ücreti ödenmiş ya da serbest zaman verilmiş olması suçun oluşmasını engellemeyecektir⁷⁴⁰.

3.3.2. Zorunlu ve Olağanüstü Fazla Çalışmada İdari Yaptırım

İş Kanunu'nun 102'nci maddesine baktığımızda 41'inci maddesine aykırılıklara idari para cezası öngörülmektedir. İş Kanunu'nun 42'nci ve 43'üncü maddelerinden bahsedilmediği için zorunlu nedenlerle fazla çalışma ve olağanüstü hallerde fazla çalışmalara uygulanmayacağı düşünülebilir⁷⁴¹. Daha önce belirttiğimiz üzere, zorunlu fazla çalışma ve olağanüstü fazla çalışmalarda ücret konusuna, İş Kanunu'nun 41'inci maddesindeki hükümleri uygulanacaktır.

İş Kanunu'nun 102'nci maddesi, fazla çalışma ücretinin ödenmemesini, serbest zaman kullandırılmamasını, fazla saatlerle çalışmalarda işçinin onayının alınmamasını yaptırıma bağlamıştır. Zaten işçinin onayının alınmaması ve serbest zaman kullandırılmaması şeklindeki hukuka aykırılıklar olağan fazla çalışma dışında mümkün değildir. Ancak, zorunlu fazla çalışma ve olağanüstü fazla çalışmalarda ücret konusuna, İş Kanunu'nun 41'inci maddesinin hükümleri uygulandığından, bu tür fazla çalışmalarda ücretin ödenmemesi halinde de idari para cezasının verileceğinin kabul edilmesi yerinde olacaktır.

Para Cezası Uyuşmazlıklarında Yargı Yerine İlişkin Yaşanan Kaos ve Sorunun Çözümü", **Sicil İş Hukuku D.**, S.10, 2008, s.205; Süzek s.731; Caniklioğlu ve Canbolat, s.275; İş Mahkemeleri, işçi ile işveren arasında sözleşmeler veya kanun'dan kaynaklanan ihtilafları çözmek amacıyla özel olarak kurulmuş mahkemelerdir. İş Kanunu'ndan doğan idari para cezaları yargı tarafından denetlenirken öncelikle para cezasının verilmesini gerektiren iş hukukuna özgü olayların değerlendirilmesi gerekecektir. Bizce de bu değerlendirmeyi özel bilgi ve ihtisas sahibi iş mahkemelerinin yapmasını sağlamak en doğru çözüm olacaktır.

⁷⁴⁰ Y.9.H.D., 04.02.1994, E.166, K.490 (**Tekstil İşveren D.**, Ocak 1995) Kararlar eki.

⁷⁴¹ Caniklioğlu ve Canbolat, s.245.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

DENİZ İŞ KANUNU VE BASIN İŞ KANUNUNDA FAZLA ÇALIŞMA

Türk İş Hukukunda, İş Kanunu'nun kapsamına almadığı, yapılan işlerin özellikleri dikkate alınarak ayrıca düzenlenmesi uygun görülen işler için çıkarılmış iki Kanun bulunmaktadır. 854 sayılı “Deniz İş Kanunu”⁷⁴² ve kısaca Basın İş Kanunu olarak adlandırılan 5953 sayılı “ Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştırılanlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun”, fazla çalışma konusunda İş Kanunu'ndan değişik düzenlemeler yer almaktadır⁷⁴³.

4.1. DENİZ İŞ KANUNU

4.1.1. Gemi Adamının Çalışma Süresi

Deniz işinin kendine özgü nitelikleri dikkate alınarak, bu alanda çalışanların İş Kanunu'ndan ayrı bir düzenlemeye tabi olması gerektiği düşünülmüş ve gemi adamları İş Kanunu'nun kapsamı dışında tutulmuştur. Deniz İş Kanunu'nun⁷⁴⁴ kapsamının belirlendiği 1'inci maddesinde, İş Kanunu'nda yer alan işyeri ve işçi kavramlarına karşılık “gemi”⁷⁴⁵ ve “gemi adamı” kavramları yer almıştır.

Gemi adamının çalışma süresi, gemi adamının iş başında çalıştığı veya vardiya

⁷⁴² 10 Mart 1954 tarihli 6379 sayılı ilk Deniz İş Kanunu çıkarılmıştır (RG., 20.03.1954, 8663). Bu Kanun 20.04.1967 tarihli 854 sayılı Deniz İş Kanunu ile yürürlükten kaldırılmıştır (RG., 29.04.1967, 12586).

⁷⁴³ Her iki İş Kanunu'nda boşluk bulunması halinde, uygulanacak kanun konusunda değişik görüşler ileri sürülmüştür. Öğretide, İş Kanunu'nun ana kanun olduğu ve boşluk durumunda öncelikle İş Kanunu'nun uygulanmasının gerektiği vurgulanmıştır, Y.9.H.D., 21.10.1993, E.3494, K.14976 (Çimento İşveren D., Ocak 1994) ss.28-29; Tankut CENTEL, İş Hukuku-Bireysel İş Hukuku, 2.Baskı, C:1, İstanbul: Beta, 1994, s.10; Şakar, s.288; Bazı yazarlar ise, Basın İş Kanunu ve Deniz İş Kanunu'nun, İş Kanunu ile arasında özel kanun genel kanun ilişkisi olduğu yönünde herhangi bir düzenlemeye yer verilmediği için, boşluk halinde Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerinin uygulanması gerektiğini ileri sürmüşlerdir, Halid Kemal ELBİR “İş Hukukunda Yorum”, İş ve Hukuku D., C:1, S.1, Ocak 1969, s.7; Y.9.H.D., 26.10.1964, E.6723, K.7191, Orhaner, ss.205-206; Süzek, s.39.

⁷⁴⁴ RG.29.04.1967,12586.

⁷⁴⁵ Geminin, denizlerde, göllerde, akarsularda çalışan ve Türk Bayrağı taşıyan, yüz ve daha üstü grostonilatoluk gemi olması gerekmektedir (D.İ.K. m. 1/I). Eğer geminin grostonilatosu yeterli değilse, o takdirde çalıştırdığı gemi adamı sayısının 5 ve yukarısı olmasına bakılacaktır (D.İ.K. m. 1/II). Bu şart da sağlanamıyorsa, o takdirde şartları taşımayan geminin Bakanlar Kurulu Kararı ile kapsam içine alınıp alınmadığına bakılacaktır (D.İ.K. m. 1/IV). Nasıl hareket ettirildiği konusunda bir açıklama yer almadan sandal, mavna, şat salapurya gibi küçük ölçekli deniz taşıtları da gemi sayılmaktadır (D.İ.K. m.1/III).

tuttuğu süreyi anlatmaktadır (DİK.m.26/II). *Gemi adamı* ise, bir hizmet akdi ile gemide çalışan kaptan⁷⁴⁶, zabıt ve tayfalarla diğer çalışanları ifade etmektedir (DİK. m.2/B). Gemi Adamı Yönetmeliği'nin⁷⁴⁷ 4'üncü maddesi ise gemi adamını, geminin kaptanı, zabıtları, yardımcı zabıtları, stajyerleri, tayfaları ve yardımcı hizmet personeli olarak tanımlamıştır. Deniz İş Kanunu getirdiği hükümler ile gemide hizmet akdiyle çalışan gemi adamını korumayı amaçlamaktadır.

Gemi adamının çalışma süresi, haftanın iş günlerine eşit olarak bölünmesi suretiyle, günde sekiz saat ve haftada kırk sekiz saattir (DİK. m.26). Bu hüküm ile Deniz İş Kanunu, 4857 sayılı İş Kanunu'ndan hem çalışma süresinin haftanın çalışılan iş günlerine eşit olarak bölünmesi, hem de haftalık çalışma süresinin azami kırk sekiz saat olması hususlarında ayrılmaktadır. Deniz İş Kanunu kapsamına giren işlerde çalışan gemi adamının çalışma sürelerinin denkleştirilmesi söz konusu değildir.

Çalışma süresinin tespit edilmesinde, gemi adamının mutlaka fiili olarak çalışmasına gerek yoktur. İş Kanunu'nda olduğu gibi, işverenin emrinde iş görmeye hazır bir durumda beklemesi halinde geçen süre de çalışma süresi olarak kabul görmelidir⁷⁴⁸. Gemi adamının çalıştığı yer, görev yaptığı gemidir. Ancak gemide geçirdiği sürenin tamamı değil, iş başında geçirdiği süre dikkate alınacaktır⁷⁴⁹. İşveren gemi adamının vardiyalarını belirleyecek ve bunları gemi adamlarının görebileceği yere asacaktır (DİK. m.26/son).

Cumartesi günü çalışılıp çalışılmamasına göre günlük çalışma süresinin değişmesine Deniz İş Kanunu izin vermemiştir. Günlük çalışma süresi sekiz saattir. Böylelikle gemi adamı, İş Kanunu'na tabi işçiden daha uzun çalışmak zorunda bırakılmıştır⁷⁵⁰. Ayrıca iş sürelerine tabi olmayan kişiler de tek tek sayılmıştır (DİK. m. 27). Bunlar:

⁷⁴⁶ Kaptanın, Türk Ticaret Kanunu'nun 972'nci ve devamı maddelerde belirtilen yetkileri nedeniyle özel statüde olması, uygulamada gemi adamı sayılıp sayılmayacağı konusunda tartışmalara yol açmıştır. Özellikle, kaptanın diğer gemi adamlarına karşı işveren vekili sıfatıyla hareket etmesinin gemi adamı niteliğini etkilemeyeceği belirtilmiştir, Y9HD., 26.12.1972, E.19952, K.32782, Devrim Ulucan, **Deniz İş Hukukuna İlişkin Temel Bilgiler**, Türkiye Denizciler Sendikası, İstanbul, 1986, s.22.

⁷⁴⁷ RG., 31.07.2002, 24832.

⁷⁴⁸ Ulucan, s.28.

⁷⁴⁹ Kadriye Bakırcı, "Deniz İş Hukukunda İş Süresi ve Fazla Saatlerle Çalışma", **İş ve Hukuk Dergisi**, S.212, Mart 1991, s.6; Ulucan, s.28.

⁷⁵⁰ Ulucan, s.30; Fevzi Şahlanan, "Deniz İş Hukukunda İş Süresi, Fazla Çalışma, Yıllık İzin ve Hafta Tatiline İlişkin Sorunlar", **TÜHİS İş ve İktisat D.**, C:11, S.7, Kasım 1988, s.12.

- Birden fazla kaptanın bulunduğu gemilerde birinci kaptan veya bu kanunun 2'inci maddesinin (c) fıkrasında yazılı olduğu şekilde kendisine vekalet eden kişi (kılavuz kaptanlar dahil),
- Birden fazla makinistin bulunduğu gemilerde başmakinist,
- Doktor ve sağlık memurları,
- Hemşire ve hastabakıcılar,
- Asli görevleri can, mal ve gemi kurtarma olan kurtarma gemilerinde çalışan gemi adamları,
- Gemide kendi nam ve hesabına çalışanlardır.

Sayılan kişilerin ortak özelliği, gemideki görevleri nedeniyle sorumluluklarının süreklilik taşımasıdır⁷⁵¹. Ancak kendi nam ve hesabına çalışan kişilerin bu maddede sayılması ilginçtir.

4.1.2. Gemi Adamının Fazla Çalışması

4.1.2.1. Fazla Çalışmanın Saptanması

Deniz İş Kanunu'na tabi gemilerde, gemi adamlarının yapacağı fazla çalışmaya uygulanacak kurallar İş Kanunu'ndan farklı olarak düzenlenmiştir. Ancak gemi adamının yaptığı işin nitelikleri dikkate alınarak yapılan özel düzenlemelerin, gemi adamının hakları ve korunması açısından daha iyi hükümler getirdiğini söylemek mümkün değildir.

Gemi adamının çalışma süresi günde 8 saat, haftada 48 saattir (DİK.m.26/I). Deniz İş Kanunu'nun 28'inci maddesinin 1'inci fıkrasında yer alan "*Bu kanuna göre tespit edilmiş bulunan iş sürelerinin aşılması suretiyle yapılan çalışmalar, fazla saatlerle çalışma sayılır.*" hükmü ile fazla çalışma konusunda İş Kanunu'na benzer bir

⁷⁵¹ Ulucan, s.31.

tanımlama yapıldığı görülmektedir. Her iki Kanun maddesi değerlendirildiğinde, fazla çalışma yapıldığının kabulü için, günlük⁷⁵² veya haftalık çalışma süresinin aşılması gerekmektedir.

Diğer taraftan, işverenin fazla çalışma yaptırması için gemi adamının onayı gerekli değildir. İş Kanunu'na göre fazla çalışma yapılabilmesi için 41, 42, 43'üncü maddelerinde yazılı sebeplerin ortaya çıkması gerekmektedir. İş Kanunu'nda olduğu gibi, gemi adamına fazla çalışma yaptırılması için gerekli olacak sebepler Deniz İş Kanunu'nda öngörülmemiştir. Gemi adamının korunmasına yönelik olarak fazla çalışmanın sınırlandırılmamış olması diğer farklı uygulama olarak göze çarpmaktadır. Kısacası, işveren fazla çalışma yapılmasını istediğinde, işçinin rızasını aramadan, süre sınırlaması olmaksızın bu istek gemi adamı tarafından yerine getirilecektir⁷⁵³. Ancak her ihtilafta, hem işçinin fazla çalışma yapmak istememe sebepleri hem de işverenin dayandığı fazla çalışma sebepleri araştırılarak karar verilmesi kanaatimizce yerinde olacaktır.

Özellikle uzak seferlere çıkan gemilerde, gemi adamının zamanının tümünü gemide geçirecek olması fazla çalışmanın tespitinde görüş ayrılıklarına neden olmuştur. Bir görüş, gemi adamının gemide bulunması uzak seferlere çıkılmasından kaynaklanıyorsa, gemide geçirilen tüm zamanın iş süresinden sayılmasının yerinde olmayacağını ifade etmiştir. Ama, gemi adamı gemide fiili bir zorunluluk olmadan işverenin emriyle ya da yasal bir zorunluluk nedeniyle bulunuyorsa, gemi adamının zorunlu ihtiyaçları için gerekli süreler düşülerek iş süresi tespit edilecektir⁷⁵⁴. Yargıtay'a göre, gemi adamının normal ve fazla çalışma süresi tespit edilirken, gemi adamının gemide kaldığı süre değil, işbaşında çalıştığı veya vardiya tuttuğu süre dikkate alınacaktır. Ayrıca gemi adamının 24 saat sürekli çalıştığı iddialarının hayatın olağan akışına uygun düşmediği ifade edilmiştir⁷⁵⁵. Mahkeme tarafından yapılacak olan, gemi adamının çalışma sistemi, ücretin ödenme şekli, işyeri kayıtları, gemi jurnalleri ve

⁷⁵² Haftalık çalışma süresi aşılmaya da günlük çalışma süresinin aşılması fazla çalışma için yeterli görülmektedir, Şahlanan, s. 13.

⁷⁵³ Kurucu, s.61.

⁷⁵⁴ Şahlanan, s.12.

⁷⁵⁵ Y.9.H.D., 14.12.1993, E.16301, K.18577 (İş ve Hukuk D., Haziran-Temmuz 1994) ss.30-32; Gemi adamının fazla çalışma süresi hesaplanırken, gemi adamının gemide işgücünü işverenin buyruğuna hazır tuttuğu süreler çalışma süresi sayılıp, gemi adamının yemek, dinlenmek vb. ihtiyaçları için serbestçe kullanacağı süreler çalışma süresinden düşülmesi gerektiği ifade edilmiştir, Akı, Değerlendirme, s.26.

bordoları incelenerek sonuca ulaşılmasıdır⁷⁵⁶.

Fazla çalışma ücreti, İş Kanunu'ndan farklı bir orana tabidir. Fazla çalışılan her saat için, normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının %25 oranından az olmamak üzere arttırılarak ödenmesi öngörülmektedir (DİK.m.28/2). Aynı madde de, işveren ya da vekili tarafından, fazla çalışma saatleri ve ücretlerinin yer alacağı noter tasdikli bir defter tutulması yükümlülüğüne yer verilmiş, fazla çalışma ücretinin, asıl ücretin ödeneceği yer ve zamanda ödenmesi gerektiği belirtilmiştir. Gemi adamının ücreti konusunda ihtilaf varsa meslek kuruluşlarından sorularak ücretin belirlenmesi yoluna gidilmelidir⁷⁵⁷.

Normal iş süreleri aşılsa dahi, fazla çalışma sayılmayacak çalışmalar da yine Kanun'un 28'inci maddenin 3'üncü fıkrasında sayılmıştır. Bu işler şunlardır:

- Gemi, gemideki şahısların veya gemi hamulesinin selameti için kaptanın yapılmasını zaruri gördüğü işler,
- gümrük, karantina ve sair sıhhi formaliteler dolayısıyla yerine getirilmesinde zorunluluk bulunan ilave işler,
- Gemi seyir halinde veya limanda iken gemide yaptırılan (yangın, gemiyi terk etme, denizde çatışma, denizden adam kurtarma ve savunma) talimleri.

Deniz İş Kanunu'nun 27'inci maddesinde sayılan kişilerden farklı olarak, bu maddede sayılan işlerde geçirilen süre çalışma süresinden sayılacak, fakat fazla çalışma sayılmayacaktır. Yapılan fazla çalışmaların 28'inci madde kapsamında fazla çalışma ücret ödemeyi gerektirmediği işverence ispat edilecektir⁷⁵⁸.

Deniz İş Kanunu'nun 27'inci maddesinde, Kanun'da belirtilen çalışma sürelerine tabi olmayan kişilerin açıklandığını daha önce belirtmişik⁷⁵⁹. Fazla çalışma ve ücretinden bahsedebilmek için sınırlandırılmış çalışma süresine ihtiyaç vardır. Ancak

⁷⁵⁶ Y.9.H.D., 01.06.1995, E.18197, K.19595, Günay, *Şerh*, ss.1904-1905.

⁷⁵⁷ Y.9.H.D., 11.06.2002, E.3735, K.9661, GÜNAY, *Şerh*, ss.1538-1539

⁷⁵⁸ Kurucu, s.62.

⁷⁵⁹ Bkz. 4.1.1., s.195.

bu sınır aşıldığında fazla çalışma hükümleri devreye girebilecektir. Peki bu sayılan kişilerin fazla çalışma yaptığı hangi sınıra göre belirlenecektir?

Deniz İş Kanunu'nda bu konuda açık bir hüküm bulunmamaktadır. Yargıtay, 6379 sayılı Deniz İş Kanunu yürürlükte iken verdiği bir kararda, işin sürekliliğinin sağlanması amacıyla bu istisnaların getirildiğini; sayılan gemi adamlarının fazla çalışma hakkı olmadığının iddia edilmesinin hakkaniyet ve nefaset ölçüleri, iş kanunlarının prensipleri ve Anayasa'da yer alan sosyal hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmayacağı görüşünü belirtmiştir⁷⁶⁰. Yürürlükte olan 854 sayılı Deniz İş Kanunu döneminde ise Yargıtay bu görüşten ayrılmıştır. Bizimde katıldığımız bir görüş, bu sayılan gemi adamlarının sürekli çalışıp, bu çalışmalarının karşılığını alamayacaklarını düşünülmemeyeceğini belirtmektedir. Yapılan işin niteliği dikkate alınarak, çalışma süresi tespit edilmeli ve bu sürenin üzerindeki çalışmalara fazla çalışma ücreti ödenmelidir. Yargıtay'ın istikrarlı bir şekilde savunduğu “insan doğasına aykırı çalışma süresi” prensibini, sayılan gemi adamları için uygulamaması hakkaniyet ve Anayasada yer alan eşitlik ilkesine aykırıdır⁷⁶¹.

Gerçekten, Kanun'da belirtilen genel iş süreleri uygulanmıyor olsa da bu gemi adamlarının çalışma sürelerine sınır getirilmesi, uygun bir dinleme süresinin tanınması gerekmektedir. Kanun'da sayılan işler özellikleri gereği belli bir iş süresinden sonra bırakılıp gidilmesine imkan vermeyen devamlılık arz eden işlerdir. Elbette ki, Kanun'un amacı, gemi adamının sınırsız bir şekilde devamlı çalıştırılması değildir. Yapılan işlerin ve sayılan gemi adamlarının bu işlerdeki önemi dikkate alınarak Kanun'un düzenlemediği bu duruma çözüm bulunabilir. Eğer gemi adamına fedakar çalışmasını karşılayacak, diğer çalışanlardan daha yüksek bir ücret veriliyorsa, gemi adamının zarara uğradığı söylenemez⁷⁶². Ancak ücret düşük ise, bu takdirde Borçlar Kanunu'nun 329'uncu maddesi gereğince çalışma süresi tespit edilip, fazla çalışmanın ücreti ödenmelidir. Tabii bu madde uygulandığında, olağan iş süresi benzer çalışmalara göre

⁷⁶⁰ Y.9.H.D., 22.03.1966, E.10583, K.2429, Selçuki, ss.587-588.

⁷⁶¹ Ulucan, s.33.

⁷⁶² Şahlanan'a göre, Deniz İş Kanunu'nun açık düzenlemesi karşısında gemi adamının fazla çalışma ücreti istemesi, çalışmadan geçirdiği sürelerin, 8 saatten fazla çalıştığı süreleri dengelemesi nedeniyle mümkün değildir, Şahlanan, s.13.

belirlenmelidir⁷⁶³. Söz konusu kişilerin çalışma süresine bağlı olarak çalışacağına taraflarca sözleşme ile kararlaştırılabileceği de kabul edilmelidir. Çünkü 48'inci madde, Deniz İş Kanunu'na göre uygulanacak hükümlerin, gemi adamlarına daha elverişli hak ve menfaatler sağlayan kanun, toplu iş sözleşmesi, hizmet sözleşmesi, örf ve adetlerden doğan hakların uygulanmasını engellemeyeceği hüküm altına alınmıştır.

Deniz İş Kanunu'nda ücrete ilişkin zamanaşımına ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Bu yüzden gemi adamının fazla çalışma alacağı için zamanaşımı süresi 5 yıldır (BK.m.126/III)⁷⁶⁴.

4.1.2.2. Fazla Çalışma Ücreti

Deniz İş Kanunu'nun 28'inci maddesinin 2'inci fıkrasında gemi adamının yaptığı fazla çalışmaya ödenecek olan ücret belirlenmiştir. Buna göre, fazla çalışmanın her saatine ödenecek ücret, normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarı %25 oranında arttırılmak suretiyle bulunacak miktardan az olamayacaktır. İş Kanunu'nda yer alan %50 oranı %25 olarak belirlenmiştir.

4.1.2.3. Fazla Çalışmaya İlişkin Hükümlere Aykırılığın Sonuçları

Deniz İş Kanunu'nda çalışma süreleri ve fazla çalışma konusunda yer alan hükümlere aykırılığın cezai sonuçlarına ilişkin bir düzenleme yer almamıştır. Ancak fazla çalışma ücretinin ödenmemesi hali için 51'inci madde hüküm altına alınmıştır. Bu maddeye göre, 28'inci madde hükmü gereğince gemi adamının fazla çalışma ücretini ödemeyen işverene idari para cezası verileceği belirtilmiştir (DİK.m.51/b).

⁷⁶³ Kurucu, s.6; Haftalık iş günlerine bölünemeyen işlerde dahi çalışma süresinin sınırlandırıldığı ve çıkarılacak tüzük ile Deniz İş Kanunu'nun 27'nci maddesinde sayılan kişilerin çalışma süreleri için kuralların belirlenebileceği görüşü ileri sürülmüştür, Ulucan, s.35; Aynı görüş Bakırcı, s.8.

⁷⁶⁴ Y.9.H.D., 20.04.1995, E.1994/19250, K.1995/13891, Günay, Şerh, s.1652

4.2. BASIN İŞ KANUNU

4.2.1. Gazetecinin alıŐma Suresi

Kısaca Basın İŞ Kanunu olarak bilinen, 5953 sayılı ‘‘Basın Mesleğinde çalışanlarla alıŐtıranlar Arasındaki Múnasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun’’ (BİK.) 1952 yılında kabul edilmiŐtir⁷⁶⁵. Kanun’un 1inci maddesine göre, Türkiye’de yayınlanan gazete ve mevkutelerle haber ve fotoğraf ajanslarında her türlü fikir ve sanat işlerinde alıŐıŐ⁷⁶⁶, İŞ Kanunu kapsamı dışında kalan çalışanlara ve işverenlere Basın İŞ Kanunu hükümleri uygulanacaktır.

Bu Kanun’un uygulanabilmesi için, gazeteci⁷⁶⁷ ile işveren arasında hizmet sözleşmesinin bulunması gerekmektedir. Gazeteci olsa dahi kişiler, sözleşme dışında belli bir işletmeye bağlı olmadan çalıŐıyorlarsa, Kanun’un kapsamı dışında kalmaktadırlar. Bu Şekilde alıŐan ile işveren arasındaki ilişkiye, Borçlar Kanunu’nun 372’inci maddesinde düzenlenen yayın sözleşmesi kuralları uygulanacaktır⁷⁶⁸.

5953 sayılı Basın İŞ Kanunu’na, 19.02.1954 tarihli 6253 sayılı Kanun ile çalışma sürelerine ve fazla çalışmaya ilişkin olarak ek 1’inci maddesi eklenmiŐtir. Kanun daha sonra 212 sayılı Kanun ile tekrar değiştirilmiştir. Buna göre, gazetecilerden hizmetlerinin gereği müessese, matbaa, idarehane ve büro gibi yerlerde müstemirren çalışanların günlük çalışma süreleri gece ve gündüz devrelerinde *sekiz saat* olarak belirlenmiştir (BİK.ek m.1/I).

Gazetecilerin haftada bir gün dinlenme ve izin hakları vardır. EĞer gazeteci devamlı olarak gece çalışıyorsa hafta tatili iki gündür (BİK.m.19/I). Haftada bir gün tatil hakkı olan gazetecilerin haftalık çalışma süresi 48 (6x8=48) saat iken, iki gün tatil hakkı olanların 40 (5x8=40) saattir.

⁷⁶⁵ RG., 20.06.1952, 8140; Söz konusu Kanun, metin içinde kısaca Basın İŞ Kanunu olarak adlandırılmıştır.

⁷⁶⁶ ücretle çalışan gazeteciler dışında, 3984 sayılı ‘‘Radyo ve Televizyonların KuruluŐ ve Yayınları Hakkında Kanun’’a göre özel radyo ve televizyonların haber ile ilgili servislerinde çalışanlara da bu Kanun uygulanacaktır. Basın İŞ Kanunu’nun 2’inci maddesine göre, kamu kurum ve bağlı kuruluŐlarında alıŐanlar Kanun’un kapsamı dışında tutulmuşlardır.

⁷⁶⁷ Basın İŞ Kanunu’nun kapsamına giren fikir ve sanat işlerinde ücret karşılığı çalışanlar ‘‘gazeteci’’ olarak adlandırılmaktadır (BİK.m.1/I).

⁷⁶⁸ Kemal OĞuzman, ‘‘Gazetecilerin Mesleki ve Sosyal Hakları ve Bunların Korunması’’, İHFMM, C:XXXII, S: 2-4, İstanbul: Sermet Matbaası, 1966, s.859.

4.2.2. Gazetecinin Fazla Çalışması

4.2.2.1. Fazla Çalışmanın Saptanması

Basın İş Kanunu, son şeklini 04.01.1961 tarihli 212 sayılı Kanun ile almıştır. Bu Kanun'a göre, gündüz ve gece devrelerinde normal çalışma süresinin aşılması fazla çalışma olarak tanımlanmıştır. Gündüz ve gece devrelerinde günlük çalışma süresi 8 saat olarak belirtildiğinden, fazla çalışma süresi 8 saatin üzerindeki çalışmalar olarak kabul edilmektedir⁷⁶⁹ (BİK.ek m.1/I-II).

Ulusal bayram, genel tatiller ve hafta tatilinde yapılacak olan çalışmalar da fazla çalışma olarak kabul edilmiş ve İş Kanunu'ndan farklı olarak bu durum Kanun'da açıkça belirtilmiştir (BİK.ek m.1/II). Hafta tatili ve genel tatiller hakkındaki bu düzenleme, ne 4857 sayılı İş Kanunu'nda ne de Deniz İş Kanun'da yer almaktadır. 4857 sayılı İş Kanunu'nda hafta tatilinde çalışılması hali düzenlenmediği gibi, bayram ve genel tatillerde çalışmaya bir kat fazlasının ödeneceği belirtilmiştir.

İş Kanunu'nda fazla çalışma yaptırılabilmesi için aranan nedenlere Basın İş Kanunu'nda yer verilmemiştir. Bu yüzden yapılan işin gerektirdiği fazla çalışmanın gazeteci tarafından yapılması gerekmektedir. Gazetecilik mesleğinin niteliği gereği yapılacak fazla çalışmaya gazetecinin onay vermesi de aranmamaktadır. Bazen işverence fazla çalışma yapılması konusunda bir talep olmasa bile, yapılan iş gerektirdiği zaman, işverenin bilgisi dışında gazetecinin fazla çalışma yapması gerekebilir. Gazetecinin, fazla çalışma ücretine hak kazanabilmesi için, bu durumu derhal işverene bildirmesi ve fazla çalışma yaptığından işvereni haberdar etmesi yerinde olacağı haklı olarak belirtilmiştir⁷⁷⁰. Ancak fazla çalışma için gazetecinin onayı aranmasa da, İş Kanunu'nda olduğu gibi, gazeteci fazla çalışmayı yapamayacak durumda ise zorlanmamalıdır. Fazla çalışma yaptığını ispat edecek olan gazeteci, fazla çalışma ücretini ödediğini ispat edecek olan ise işverendir⁷⁷¹.

Fazla çalışmaya günlük sınır getirilmiştir. Günde üç saatin üzerinde fazla

⁷⁶⁹ Y.9.H.D., 18.02.2003, E.725, K.1816, Seracettin Göktaş ve Şahin Çil, *Açıklamalı- İçtihatlı Basın İş Kanunu*, Ankara: Turhan Kitabevi, 2003, s.322.

⁷⁷⁰ Şakar, s.318.

⁷⁷¹ Göktaş ve Çil, s.312.

çalışma yapılamayacaktır. Ancak yıllık sınıra yer verilmemiştir (BİK. ek m. 1/son). Bu konuda Kurucu, İş Kanunu'nda fazla çalışma için getirilen yıllık 270 saatlik sınırın gazeteciler içinde uygulanması gerektiğini belirtmiştir. Böylece yıllık 270 saatin aşılması halinde gazeteci işverenden gelen fazla çalışma talebini reddedebilecektir⁷⁷². Fazla çalışma saatlerinin hesabında, yarım saatten az sürelerin yarım saat, fazlasının bir saat sayılacağı hükmü tekrar edilmiştir (BİK. ek m. 1/VI).

4.2.2.2. Fazla Çalışma Ücreti

Fazla çalışmanın her saatine verilecek ücret, normal çalışma saati başına verilen ücretin %50 fazlasıdır. Ancak, fazla çalışmanın saat 24'den sonrasına denk gelen saatleri için ücret bir misli fazlası ile ödenecektir (BİK.ek m.1/IV-V). Bu hüküm ile İş Kanunu'nun tersine, fazla çalışmanın gazetecilik mesleği gereği gece dönemine denk gelmesi halinde, yüksek ücretle fazla çalışma yapılmasına izin verilmiştir. Fazla çalışma ücretinde artırım oranı belirlenirken alt sınır verilmiştir. Taraflar anlaşmış olsa dahi, Kanun'da yazılı bu oranın altında bir oran belirlenerek fazla çalışma ücreti hesaplanamaz. Toplu iş sözleşmeleri ya da hizmet sözleşmeleri ile bu yüzdelerin artırılması her zaman mümkündür⁷⁷³. Ayrıca, gazetecilerden ücretini parça başı veya yapılan iş miktarına göre alanlarında fazla çalışma ücretleri bu hükme göre hesaplanacaktır (BİK.ek m.1/VII). Fazla çalışma ücreti, izleyen ücret ödemesi ile birlikte ödenecektir.

4.2.2.3. Fazla Çalışmaya İlişkin Kurallara Aykırılığın Sonuçları

Basın İş Kanunu'nda fazla çalışma ile ilgili kurallara aykırılığın cezai sonuçlarına ilişkin bir hüküm yer almamakla birlikte, fazla çalışma ücretinin ödenmemesi ya da eksik ödenmesi haline ilişkin bir hükme Kanun'da yer verilmiştir. Fazla çalışma ücretinin ödenmemesi halinde her geçen gün için %5 zamlı ücret ödenecektir (BİK.ek m.1/VIII)⁷⁷⁴. Yargıtay'a göre, fazla çalışma ücretinin ödenmemesi nedeniyle ödenecek bu zamlı ücrete faiz, fazla çalışma ödemesinin yapılacağı ay

⁷⁷² Kurucu, s.70; Aynı görüş, Şakar, s.318.

⁷⁷³ Oğuzman, *Gazetecilerin Mesleki ve Sosyal Hakları*, s.13, dpn.25.

⁷⁷⁴ Fazla çalışma ücretinin ödenmemesi halinde her geçen gün için öngörülen %5 zammın hukuksal niteliği konusunda ayrıntılı bilgi bkz. Şahin Çil, "Basın İş Kanununda Öngörülen Yüzde Beş Fazlasıyla Ödeme Kuralı ve Anayasaya Aykırılık Sorunu", *Yargıtay Dergisi*, C.29, S.1-2, Ocak-Nisan 2003, ss.185-190.

sonundan itibaren işletilir. Çünkü fazla çalışma ücretinin peşin olarak ödeneceğine ilişkin bir hüküm Kanun'da yer almamaktadır⁷⁷⁵. Fazla çalışma ücretinin ödenmemesi, %5 zammın eksik hesaplanması halinde para cezası da öngörülmüştür. Buna göre, Kanun'un ek 1'inci maddesine göre fazla saatlerle çalışma ücretini gazeteciye ödemeyen veya mezkur maddede yazılı zam hadlerinden daha aşağı hesap ederek ödeyen işveren için para cezası öngörülmüştür. (BİK. ek m.3).

Yargıtay, işçinin alacaklarına ilişkin zamanaşımı süresinin 5 yıl olduğunu belirtmiş ve %5 zam ile hesaplanan bedelden takdiri indirim yapılmasını belirtmiştir⁷⁷⁶.

⁷⁷⁵ Y.9.H.D. 25.09.2003, E.13047, K.15461 (Yargıtay Kararları D., C:30, S.1, Ocak 2004) s.65.

⁷⁷⁶ Y.9.H.D., 28.11.1997, E.1546, K.1197, Günay, *Şerh*, ss.1594-1595.

SONUÇ

Dünyayı tek pazar haline getiren küreselleşme, iletişim ve teknolojideki hızlı ilerleme, artan uluslararası rekabet, ülkelerin mevcut kanunlarında, rekabeti sağlamak, devletlerin ekonomik güçlerini diğer devletlere karşı korumak, ülke içinde istihdamı sağlamak amacıyla esnek hükümlere yer vermelerini sağlamıştır. Diğer taraftan ülkelerin uluslararası sözleşmelere imza atması, kendi iç hukuklarında değişiklik yapmalarını zorunlu kılmıştır.

Ülkemizde de, dünyada yaşanan değişime ayak uydurarak, katı hükümleri sürekli eleştirilen 1475 sayılı İş Kanunu yerine, esnek hükümlere yer verilen 4857 sayılı İş Kanunu yürürlüğe girmiştir. Bu Kanun ile getirilen denkleştirme esası, işyerinde gelen taleplere bağlı olarak çalışma düzeninin ayarlanmasını sağlayan, maliyetleri düşüren, aynı zamanda ekonomik krizlerde istihdamın korunmasına da yardımcı olacak yerinde bir değişikliktir. Ancak, AB'nin 93/104 sayılı Yönergesi'nin , haftalık çalışma süresinin fazla çalışmalar dahil olmak üzere 48 saati aşamayacağını belirten hükmünün, İş Kanunu'na alınmamış olması denkleştirme döneminde sorunlar yaratacak niteliktedir. Denkleştirme döneminde, işçi sağlığının ve güvenliğinin korunması amacıyla, yoğun çalışılan haftaların karşılığının diğer haftalarda daha az çalışarak ya da hiç çalışılmayarak dengelenmesi gerekmektedir. Ancak, fazla çalışmanın yıllık 270 saat ile sınırlandırılmış olmasına karşılık, haftalık sınıra yer verilmemiş olması, işçinin dinlenmesi gereken zamanlarda günde 11 saat hatta hukuka aykırı olarak daha fazla bir şekilde fazla çalışma yapmasına neden olacak niteliktedir.

4857 sayılı İş Kanunu'nda, fazla sürelerle çalışma kavramı fazla çalışmadan ayrı olarak açıkça düzenlenmiştir. Bu çalışmalara, çalışılan fazla süreli çalışmanın her saati için, fazla çalışmadan farklı olarak, işçinin normal ücretinin saat başına karşılığı olan ücretin %25 arttırılarak ödenmesi gerektiği hüküm altına alınmıştır. Taraflar anlaşarak 45 saat yerine daha az bir çalışma süresini belirleme hakkını kullandıklarında,

haftalık çalışma süresi yerine geçen bu süre aşıldığında fazla çalışmanın niteliği değişmemektedir. Bu yüzden bu çalışmaların da fazla çalışma olarak kabul edilip ücretin %50 oranında arttırılarak ödenmesi daha yerinde bir yaklaşım olurdu.

Eski İş Kanunu'nda, fazla çalışma yapılabilmesi için Bölge Çalışma Müdürlüğü'nden alınan izin, uygulamada prosedürü uzattığı için kaldırılmıştır. Ancak Fazla Çalışma Yönetmeliği ile işçinin onayının her yıl yazılı olarak alınması kuralı getirilmiştir. Bu kurala, yönetmelik hükümleri ile kanuna aykırı düzenlemeler getirilemeyeceği düşüncesi ile karşı çıkılmış, değişik görüşler ileri sürülmüştür. İş Kanunu onay alınması gerekliliğinden bahsetmiş, Fazla Çalışma Yönetmeliği ise Kanun'a uygun olarak bu onaya ilişkin ayrıntıları düzenlenmiştir. Üstelik onayın her yıl alınması, uzun zaman önce alınmış onaylar ile işçinin fazla çalışmaya zorlanmasını engelleyeceğinden yerinde bir düzenleme olmuştur.

4857 sayılı İş Kanunu'na göre, işçinin ücreti, ödeme gününden itibaren mücbir neden olmadan 20 gün içinde ödenmediği takdirde, işçi çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilecektir. İş Kanunu bu hakkı düzenlerken, işçinin çalışmaktan kaçındığı süre içinde ücretinin ödenmesi konusunda bir düzenleme yapmamış; Yargıtay, işçinin çalışmaktan kaçındığı sürece ücrete hak kazanmayacağı yönünde kararlar vermiştir. Genelde tek geçim kaynağı ücret olan işçinin, ücret alamadığı bir dönemi göze alarak bu hakkı kullanacağını düşünmek iyimser bir yaklaşım olmaktadır. İş Kanunu'nda, tasarıda düzenlendiği gibi çalışmaktan kaçınılan dönemde ücret ödeneceğine ilişkin bir hükmün yer alması yerinde olurdu.

Ücreti ödenmemesi halinde faizin işlemeye başlayacağı tarih konusunda Yargıtay, işverenin temerrüde düşürülmesini aramaktadır. Bu yapılmamışsa, işverenin davanın açıldığı tarihte temerrüde düşürüldüğü kabul edilmektedir. Eğer taraflar sözleşmeler ile kesin bir tarih belirlemişlerse, Yargıtay, bu tarihi faizin başlangıcı olarak kabul etmekte, Kanun'da belirtilen vadeyi işverenin temerrüdü için yeterli görmemektedir. Bu uygulama ne yazık ki, fazla çalışma ücretinin, ücretin ödenmediği günden çok sonra açılan davalar ile istenmesi halinde işverenin lehine sonuç doğurmaktadır.

Fazla çalışmanın karşılığı ücret olarak ödenebileceği gibi getirilen değişiklik ile işçiye serbest zaman kullanma hakkı da tanınmıştır. Ülkemiz gibi ücretlerin düşük olduğu ülkelerde, fazla çalışma ücreti yerine serbest zaman kullanma hakkının çok fazla tercih edileceği düşünülemez. Çünkü, işçi zaten düşük olan ücretine, fazla çalışma ücretini de ekleyerek zar zor geçimini sağlamaktadır. Yine de işçinin ihtiyaçları dikkate alınarak, bu hakkın Kanun'da düzenlenmesi çağdaş bir yaklaşım olmuştur.

İş Kanunu'nda olmamasına rağmen, Fazla Çalışma Yönetmeliği ile getirilen kısmi süreli çalışmalarda fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışmayı yasaklayan hüküm tartışmalara neden olmuştur. İşçinin birden fazla sözleşme ile çalışması nedeniyle bu yasağın getirildiği yorumu yapılırsa da, bu tür bir yasağın amacını ve yönetmelik hükmü ile düzenlenmesi yaklaşımını anlamak mümkün değildir.

Zorunlu fazla çalışma ve olağanüstü fazla çalışmada işçilere açık bir sınır getirilmemesi, işçinin ihtiyaç duyacağı dinlenme süresi konusunda tartışmalara neden olmuştur. Aslında bu tür fazla çalışmanın niteliği gereği kesin süre verilmemesini haklı bulmakla beraber, bir kişinin ne sebeple olursa olsun çalışma gücü dışında çalıştırılması mümkün olmayacağından alt sınır getirilerek açıklık sağlanması tercih edilebilirdi.

Fazla çalışmanın 270 saatlik sınırına uyulmaması haline cezai bir yaptırım öngörülmemekle birlikte, fazla çalışma karşılığının ödenmemesine idari para cezası öngörülmüştür. 5728 sayılı Kanun ile, İş Kanunu'nun idari para cezalarına itiraz edilmesinde idari mahkemeleri yetkili kılan 108'inci maddesinin 2'inci fıkrası yürürlükten kaldırılmış, sulh ceza mahkemelerinin yetkili olduğu bir dönem başlamıştır. Bu değişikliklere karşı, idare mahkemesi ve sulh ceza mahkemesi dışında, aslında iş mahkemelerinin yetkili olması konusunda haklı bir eleştiri yapılmaktadır. Fazla çalışma sınırına uyulmamasının yaptırımına yer verilmemesini de anlamak güçtür. Bu eksiklik, sınırın aşılması halinde fazla çalışma ücreti ödenmesi ile kapatılmaya çalışılmaktadır. Bu konuda etkili cezaların verilmesini öngören düzenlemelere ihtiyaç vardır.

Deniz İş Kanunu'nun, gemi adamlarının fazla çalışma ve fazla çalışma ücretine ilişkin hükümlerinde değişen şartlar da göz önünde bulundurarak yeniden düzenlenmesi yerinde olacaktır.

Daha öncede belirttiğimiz gibi, fazla çalışma ile ilgili düzenlemelerin, hem işçi-işveren hem de devletin istihdam politikaları ile yakın ilişkisi vardır. Üretimin sağlanması, rekabetin korunması amacıyla esnek düzenlemelere yer verilirken, işçinin de haklarının korunmasına dikkat edilmesi gerekmektedir. Fazla çalışma süreleri kısaltılırken, işçinin ücretlerinin düşüklüğü beklenen yarar yerine, işçinin hukuka aykırı fazla çalışma yapmasına neden olabilecektir. İşveren de yeni işçi alıp ek külfetlere katlanmak yerine, işten çıkarılma korkusu yaşayan varolan işçisini uzun saatler çalışmaya mahkum edecektir. Ülkemizde fazla çalışma yapıp karşılığını almadan çalışanlara sıklıkla rastlandığından konunun ne kadar önemli olduğu ortaya çıkmaktadır. İşçi ücretlerinde adaletin sağlanması, işçinin fazla çalışmayı tercih etmesini engelleyecek seviyeye çıkarılması gerekmektedir. Ayrıca hukuk dışı fazla çalışmalara etkin cezaların verilmesi de caydırıcı olabilecektir. Bu önlemler dışında, kayıt dışı ekonomi ile mücadele edilerek, işçilerin hukuki korumaya kavuşturulması, iş hukuku kurallarının işçilere uygulanması açısından çok önemlidir. Aksi takdirde, fazla çalışmaya ilişkin kurallar kağıt üzerinde kalmaya devam edecek, işçiyi korumak yerine “koruyormuş gibi görünmekten” öteye gidemeyecektir.

KAYNAKÇA

Kitaplar

- Akı, Erol, H. Olcay Altıntaş ve İbrahim Bahçıvanlar. **Uygulamada İş Güvencesi**. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2005.
- Akıntürk, Turgut. **Borçlar Hukuku**. Gözden Geçirilmiş 9. Baskı. İstanbul: Beta, 2003.
- Aktay, Nizamettin, Kadir Arıcı, E. Tuncay Kaplan Senyen. **İş Hukuku**. Ankara: Seçkin Kitabevi, 2006.
- Akyiğit, Ercan. **Yeni Mevzuata Göre Hazırlanmış İş Hukuku**. Güncellenmiş 3. Baskı. Ankara: Seçkin, 2003. (İş Hukuku I)
- Akyiğit, Ercan. **İş Hukuku**. 7. Baskı. Ankara: Seçkin, 2008.
- Akyiğit, Ercan. **İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi**. Güncelleştirilmiş Genişletilmiş 2. Baskı, C:2, Ankara: Seçkin Kitabevi, 2006. (Şerh)
- Ar, Kamil Necdet. **Küreselleşme Sürecinde Türkiye’de Ücretlerin Gelişimi**, Ankara: Kamu-İş, 2007.
- Arıcı, Kadir. **Çalışma Sürelerinin Hukuki Gelişimi ve Yeterliliği Açısından 1475 Sayılı İş Kanunu’nda Çalışma Süreleri**. Ankara: Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası, 1992.
- Astarlı, Muhittin. **İş Hukukunda Çalışma Süreleri**, Ankara: Turhan Kitabevi, 2008.
- Başgil, Ali Fuat. **Türk İşçi Hukukuna Giriş**. Ankara: Adliye Ceridesi Yayını, 1936.
- Bozkurt, H. Argun. **İş Hukuku Yargılaması**. Ankara: Seçkin, 2003.
- Canbolat, Talat. **Türk İş Hukukunda Asıl İşveren- Alt İşveren İlişkileri**. İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları:113, 1992.
- Caniklioğlu, Suat. “Türk İş Hukukunda Normal Fazla Çalışma”. **Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi**. Marmara Üniversitesi SBE, 2002.
- Centel, Tankut. **İş Hukuku- Bireysel İş Hukuku**. 2. Baskı. İstanbul: Beta, 1992.
- Centel, Tankut. **Kısmi Çalışma**. İstanbul: Kazancı Yayınları,1992 (Kısmi Çalışma)
- Çakır, Özlem. **Ücret Adaletinin İş Davranışları Üzerindeki Etkileri**. Ankara: Kamu-İş Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası, 2006.

- Çankaya, Osman Güven, Cevdet İlhan Günay ve Seracettin Göktaş. **Türk İş Hukukunda İşe İade Davaları**. Genişletilmiş 2. Baskı. Ankara: Yetkin Yayınları, 2006.
- Çelik, Nuri. **İş Hukuku Dersleri**. Yenilenmiş 21. Baskı. Ankara: Beta, 2008.
- Çil, Şahin. **İş Kanunu Şerhi**. Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı. Ankara: Turhan Kitabevi, 2007.
- Çemberci, Mustafa. **İş Hukuku Şerhi**. Ankara 1984. (Şerh 1984)
- Çemberci, Mustafa. **İş Hukuku Şerhi**. Ankara, 1986.
- Demir, Fevzi. **İş Hukuku ve Uygulaması**. 4. Baskı. İzmir, 2005.
- Demir, Fevzi. **Sorularla Bireysel İş Hukuku**. C:1, Ankara:Türkiye Barolar Birliği, 2006.
- Demircioğlu, Murat ve Tankut Centel. **İş Hukuku**. 12. Bası. İstanbul: Beta, 2007.
- Dönmez, Kamil Yücel. **İşçinin Borçları**. Ankara: Yetkin Yayınları, 2000.
- Erdiner, Ercan. **Açıklamalı-İçtihatlı İş Kanunu Şerhi**. Ankara, 2004.
- Erkul, İhsan ve Nuray Karaca. **4857 Sayılı İş Kanunu ve Uygulaması**. Eskişehir: Nisan Kitabevi, 2004.
- Ertan, Özhan. **Açıklamalı İçtihatlı İş Kanunu**. Ankara: Adil Yayınevi, 2004.
- Esener, Turhan. **İş Hukuku**, Ankara: Sevinç Matbaası, 1978.
- Eyrenci, Öner. **Uygulama ve İş Hukuku Açısından Kısmi Süreli Çalışma**. İstanbul,1989. (Kısmi Süreli Çalışma)
- Eyrenci, Öner, Sezai Taşkent ve Devrim Ulucan, **Bireysel İş Hukuku**, 3. Bası, İstanbul: Legal, 2006.
- Ilgaz, Fevzi. **İş Kanunu**, 1967.
- İzveren, Adil. **İş Hukuku (I,II,III)**. Ankara:Doğuş Matbaacılık, 1974.
- Göktaş, Seracettin ve Şahin Çil. **Açıklamalı- İçtihatlı Basım İş Kanunu**. Ankara: Turhan Kitabevi, 2003.
- Günay, İlhan Cevdet. **Fazla Saatlerle Çalışma Ücreti**. Ankara: Yetkin Yayınları, 2007.
- Günay, İlhan Cevdet. **İş Kanunu Şerhi**. Genişletilmiş 2. Baskı. C.II. Ankara: Yetkin Yayınları, 2006. (Şerh)

- Karacan, Hatice. **4857 Sayılı İş Kanununa Göre Fazla Çalışma**. Ankara: Seçkin Yayınları, 2007.
- Kessler, Gerhard. **İçtimai Siyaset**. Orhan Tuna (çev.). İstanbul: Milli Mecmua Basımevi, 1945.
- Kılıçoğlu, Mustafa. **4857 Sayılı İş Kanunu ve Yargıtay Uygulaması**. İstanbul: Ayhan Yayıncılık, 2005.
- Kılıçoğlu, Mustafa, Kemal Şenocak. **İş Kanunu Şerhi**. Güncellenmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı. C:2, İstanbul: Legal, 2008.
- Kuru, Baki, Ramazan Arslan ve Ejder Yılmaz. **Medeni Usul Hukuku**. Ankara: Yetkin Yayınları, 2000.
- Kurucu, Oğuz. **İş Süreleri Dinlenmeler Fazla Çalışma**. Ankara: Kadioğlu Matbaası, 1987
- Kuzu, Burhan. **Olağanüstü Hal Kavramı ve Türk Anayasa Hukukunda Olağanüstü Hal Rejimi**, İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, 1993.
- Makal, Ahmet. **Osmanlı İmparatorluğu'nda Çalışma İlişkileri:1850-1920**. 1.Baskı. Ankara: İmge Kitabevi, 1997.
- MESS. **Birlikte Tedavi Esneklik**. İstanbul,1999.
- MESS. **Çalışma Sürelerinde Esneklik-Geleceğe Açılım**, İstanbul, 2002.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi. **İş Hukuku**. 2. Bası. Ankara: Turhan Kitabevi, 2005.
- Narmanlıoğlu, Ünal. **İş Hukuku Ferdi İlişkileri**. C.1, İzmir, 1998.
- Odaman, Serkan. **Türk ve Fransız İş Hukukunda Ödünç İş İlişkisi**. İstanbul: Legal, 2007.
- Orhaner, A. Baki. **Türk İş Hukuku Yargıtay Emsal Kararları**. Ankara, 1966
- Öcal, Kemal Evren. **İş Hukukunda Ücret ve Uygulaması**. Ankara: Seçkin, 2007.
- Ökçün, A. Gündüz. **Türkiye İktisat Kongresi 1923-İzmir**. Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, 1968.
- Özdemir, Cumhuri Sinan. **1000 Yargıtay Kararı Açıklamalı İş Kanunu**. Ankara: Adalet Yayınevi, 2007.
- Saymen, Ferit, Hakkı. **Türk İş Hukuku**. İstanbul: İsmail Akgün Matbaası,1954.
- Selçuki, Sabih. **İlmi Kazai İçtihatlarla İş Kanunu- Son Değişikliklerle 1475 Sayılı**. Değişik 3.Baskı. İstanbul, 1973.

- Soyer, M. Polat. **İHU. İş Kanunu m.35 (No.7)**. İstanbul, 1981.
- Sümer, Haluk Hadi. **İş Hukuku**. 14.Baskı. Konya: Mimoza, 2008.
- Süzek, Sarper. **İş Güvenliği Hukuku**. Ankara, 1985.
- Süzek, Sarper. **İş Hukuku**. 3. Baskı (Tıpkı Basım). İstanbul: Beta, 2006.
- Şakar, Müjdat. **İş Hukuku ve Uygulaması**. Yenilenmiş 6. Baskı. İstanbul: Der Yayınları, 2005.
- Şakar, Müjdat. **Gereçeli ve İçtihatlı İş Kanunu Yorumu**. Ankara: Yaklaşım Yayıncılık, 2006. (Yorum)
- Tolga, Muammer, Vassaf. **İş Hukuku**. İstanbul: Raşit Bütün Matbaası, 1943.
- Tunçomağ, Kenan. **Türk İş Hukukunun Esasları**. İstanbul:Beta, 1989.
- Tunçomağ, Kenan ve Tankut Centel. **İş Hukukunun Esasları**. 5. Bası. İstanbul: Beta, 2005.
- Turan, Kamil. **Ferdi İş Hukuku**. C:II. Ankara,1993.
- Türkiye İşverenler Sendikası Konfederasyonu. **4857 Sayılı İş Kanunu ve Gereçesi**, İstanbul, 2003.
- Uçum, Mehmet. **Yeni İş Kanunu Seminer Notları**. İstanbul: Legal, 2003.
- Ulucan, Devrim. **Deniz İş Hukukuna İlişkin Temel Bilgiler**. İstanbul:Türkiye Denizciler Sendikası Eğitim Dizisi-3, 1986.
- Von Tuhr, Andreas. **Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı**. Cevat Edege (çev.). C:1-2, Ankara: YargıtayYayınları, 1983.
- Yavuz, Cevdet. **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**. İstanbul: Beta, 2007.
- Yiğiter, Ümran Nazif. **Kömür Havzasında Amele Hukuku**, Zonguldak, 1943.
- Yorulmaz, Çiğdem. **Kısmi Süreli İş Sözleşmesi**. Ankara: Yetkin Yayınları, 2008.
- Zaim, Sabahattin. **Çalışma Ekonomisi ve İş Piyasası Yönünden Günümüz Sosyal Siyaset Meseleleri**. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1962.

Makaleler

- Akı, Erol. “Ferdî İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay’ın 1993 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”. **Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1993**. İstanbul 1995, s.5-55.
- Aksu, Ömer Alparslan. “Sosyal Siyaset Konferansları”. **Orhan Tuna’ya Armağan**. İstanbul: Fakülteler Matbaası,1982, ss.273-296.
- Akyiğit, Ercan. “Yeni İş Yasasında Normali Aşan Çalışmalar”. **TÜHİS İş ve İktisat Dergisi**. Mayıs 2005, ss.1-26. (Normali Aşan Çalışmalar).
- Akyiğit, Ercan. “Ücreti Geciken İşçinin Çalışmaktan Kaçınması”. **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**. 5/2005, ss.16-26. (İşçinin Çalışmaktan Kaçınması)
- Akyiğit, Ercan. “İş Yasası’ndaki İdari Para Cezalarında Son Durum”. **Sicil İş Hukuku Dergisi**. S.11, Eylül 2008, s.154-160.
- Alpagut, Gülsevil. “İş Süreleri ve Ücret”. İş Hukuku Uygulama Sorunları ve Sosyal Güvenlik Sisteminde Yeniden Yapılanma. **İstanbul Barosu Çalışma Komisyonu Seminer Notları**. İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2006, ss.15-68.
- Araslı, Utkan. “İdari Para Cezası Uyuşmazlıklarında Yargı Yerine İlişkin Yaşanan Kaos ve Sorunun Çözümü”. **Sicil İş Hukuku Dergisi**. S.10, Haziran 2008 ss.191-205.
- Arslanoğlu, M. Anıl. “İş Sözleşmesinin İradi Devri İle İşverenin Değişmesi”. **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, 2006/10, ss.533-545.
- Astarlı, Muhittin. “Alman ve Türk Hukuklarında Fazla Saatlerle Çalışma Ücretlerinin Asıl Ücrete Dahil Olduğuna İlişkin Sözleşme Hükümleri ve Geçerlilik Koşulları”. **Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi**. C:9, S.4, 2008, ss.39-67. (Fazla Saatlerle Çalışma)
- Aydemir, Murteza. “97/81/EC Sayılı Avrupa Birliği Yönergesi ve Alman Hukukuyla Karşılaştırmalı Olarak 4857 Sayılı Kısmi Süreli Çalışma ve Bu Çalışmada Kaynaklanan İşçilik Hakları”, **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi’nce Hazırlanan 30. Yıl Armağanı**, Ankara, 2006, ss.203-239.
- Bakırcı, Kadriye. “Deniz İş Hukukunda İş Süresi ve Fazla Saatlerle Çalışma”, **İş ve Hukuk Dergisi**. S.212, Mart 1991, ss.4-9.

- Bakırcı, Kadriye. “Deniz İş Hukukunda İş Süresi ve Fazla Saatlerle Çalışma”, **İş ve Hukuk Dergisi**. S.213, Nisan 1991, ss.4-9
- Başbuğ, Aydın. “İşçi Ücretlerinin ATM (Automated Teller Machines-Otomatik Vezne Makineleri) İle Ödenmesinden Doğan Sorunlar”. **İş Hukuku Dergisi**. C:3, S.1-4, Nisan-Haziran 1993, ss.209-224.
- Bozkurt, Yüksel ve Ebru Armağan. “Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinde Sorumluluk ve Sınırları”. **Sicil İş Hukuku Dergisi**. S.9, Mart 2008, ss.47-55.
- Bölükbaşı, N. Ahmet. “Çalışma Süresi İle İlgili Avrupa Birliği Yönergesi Yürürlüğe Girdi”. **Mercek Dergisi**. S.5, Ocak 1997, ss.
- Camkurt, Mehmet Zülfi. “İşyeri Çalışma Sistemi ve İşyeri Fiziksel Faktörlerinin İş Kazaları Üzerindeki Etkisi”. **TÜHİS İş ve İktisat Dergisi**. C:20-21, S.6-7, Mayıs-Ağustos 2007, ss.
- Caniklioğlu, Nurşen. “4857 Sayılı İş Kanununun Çalışma Sürelerine İlişkin Düzenlemeleri”. Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, **III. Yılında İş Yasası (Seminer Notları)**. Bodrum, 21-25 Eylül 2005, s.149-199.
- Caniklioğlu, Nurşen ve Talat Canbolat. “4857 Sayılı İş Kanununda Para Cezasına Bağlanan Yükümlülükler ve Bu Para Cezalarının Özellikleri”. **Resul Aslanköylü’ye Armağan**. Kamu-İş. C:7, S.3, 2004, ss.221-277.
- Çelebican, Gürkan. “Küreselleşme ve Türkiye Üzerinde Etkileri”. **İş Hukukunun Güncel Sorunları Semineri**. Bolu, 9-12 Aralık 1997, ss.80-101.
- Çil, Şahin. “Basın İş Kanununda Öngörülen Yüzde Beş Fazlasıyla Ödeme Kuralı ve Anayasaya Aykırılık Sorunu”. **Yargıtay Dergisi**. C.29, S.1-2, Ocak- Nisan 2003, ss.182-217.
- Çil, Şahin. “ İş Hukukunda İbra Sözleşmesi” . **Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi** . C.7, S.3, 2004, ss.129-158. (İbra Sözleşmesi)
- Çil, Şahin. “4857 Sayılı İş Kanununa Göre Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma”. **Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi**. 3/2007, ss.57-79. (Fazla Çalışma)
- Demir, Fevzi. “Atatürk Dönemi Çalışma Hayatımız”. **TÜHİS İş ve İktisat Dergisi**. C:20, S.4-5, Kasım 2206/Şubat 2007, ss.1-20. (Çalışma Hayatımız)
- Demir, Fevzi. “4857 Sayılı İş Kanunu’nun Başlıca Yenilikleri ve Uygulamadaki Muhtemel Etkileri”, **Mercek Dergisi**. Temmuz 2003, ss.83-121. (Yenilikler)
- Demir, Fevzi. “Toplu İş Sözleşmesi İle İşçinin Onayının Önceden Alınması”. **Sicil İş Hukuku Dergisi**. Haziran 2006, ss.93-113.

- Demir, Fevzi. "Toplu İş Sözleşmesinden Kaynaklanan Ücret Faizinin Başlangıcı ve Faiz Oranları". Karar İncelemesi. **TÜHİS İş ve İktisat Dergisi** C:20, S.4-5, Kasım 2006 - Şubat 2007, ss.70-82.
- Ekmekçi, Ömer. "Yeni İş Kanunu Ne Getiriyor Semineri". **Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu**. İzmir, 3 Temmuz 2003, ss.43-52. (Seminer)
- Ekmekçi, Ömer. "4857 Sayılı İş Kanunu'nda Geçici(Ödünç) İş İlişkisinin Kurulması,Hükümleri ve Sona Ermesi", **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**. 2/2004, ss.367-382. (Geçici İş İlişkisi)
- Ekmekçi, Ömer. "Karar İncelemesi". **Çalışma ve Toplum Dergisi**. 2/2004, ss. 93-100.
- Ekmekçi, Ömer. "4857 Sayılı İş Kanunu'nda Postalar Halinde Çalışma ve Gece Çalışması". **Çimento İşveren Dergisi**. Ocak 2006, ss.48-55.
- Ekonomi, Münir. "Türk İş Hukukunda Esnekleşme Gereği". Çalışma Hayatında Yeni Gelişmeler Esneklik. **Çimento Müstahsilleri İşverenleri Sendikası**. Antalya, 27-30 Nisan, Ankara, 1995, ss.19-37. (Esneklik)
- Ekonomi, Münir. "4857 Sayılı İş Kanunu'na Göre Fazla Çalışma Kavramı". **Resul Aslanköylü'ye Armağan**. Kamu-İş. C.7, S.3, 2004, ss.159-172. (Fazla Çalışma)
- Ekonomi, Münir. Genel Görüşme. Yargıtay'ın 1975 Yılı İş Hukukuna İlişkin Kararların Değerlendirilmesi Semineri, **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi**, İstanbul, 21-22 Mayıs 1976, s.59-78.
- Ekonomi, Münir. "Bireysel İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin düzenlenmesi Açısından Yargıtay'ın 2002 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi".**Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2002**. Ankara, 2004, ss.25-58.
- Elbir, Halid Kemal. " İş Hukukunda Yorum". **İş Hukuku Dergisi**. C:1, S.1, Ocak 1969, ss. 3-34.
- Engin, Murat. "Ferdî İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay'ın 2000 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi". **Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2000**. Ankara, 2002, ss.1-23.
- Engin, Murat. "Bireysel İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi". **Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2004**. Ankara, 2006, ss.1-15.
- Engin, Murat. "Denkleştirme Esası Uygulamasında Çalışma ve Dinlenme Sürelerine İlişkin Emredici Hükümler". **Sicil İş Hukuku Dergisi**. S.5, Mart 2007, ss.69-75. (Emredici Hükümler).

- Erdut, Tijen. “Esneklik ve İş Süresi”. **Mercek Dergisi**. S.15, Temmuz 1999, ss.98-114.
- Erdut, Tijen. “Çalışma Yaşamında Esneklik ve Kuralsızlaştırma”. **TÜHİS İş ve İktisat Dergisi**. Kasım 2003, ss.8-35.
- Erdut, Zeki. “Avrupa Birliği’nde İş Süresinin Düzenlenmesi ve Türkiye”. **TÜHİS İş ve İktisat Dergisi**. Mayıs-Ağustos 2002, ss.1-18.
- Erkul, İhsan. “İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay’ın 1977 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, **Yargıtay’ın 1977 Yılı İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri**, İstanbul 1979, ss.75-91. (Değerlendirme)
- Evren, Kemal Öcal. “Ücretten Doğan Sorumluluk”. **Terazi Aylık Hukuk Dergisi**. S.4, Aralık 2006, ss.65-75.
- Eyrenci, Öner. “Ücret ve İşin Düzenlenmesi”. **Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1979-1983**. İstanbul, 1985, ss.147-172.
- Eyrenci, Öner. “İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay’ın 1985 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”. **Yargıtay’ın 1985 Yılı İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri**. İstanbul, 1987, ss.111-118.
- Eyrenci, Öner. “İş Sürelerinin Esnekleştirilmesi ve Türk Hukuku”, **Münir Ekonomi 60. Yaş Armağanı**. Ankara, 1993, ss. 227-242.
- Eyrenci, Öner. “Ferdî İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay’ın 1994 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”. **Yargıtay’ın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1994**. İstanbul 1994, ss.5-16. (Değerlendirme)
- Eyrenci, Öner. “İşin Düzenlenmesinde Değişim ve Esneklik Gerekliliği”. **TÜHİS İş ve İktisat Dergisi**. Mayıs-Ağustos 2001, ss.1-12.
- Eyrenci, Öner. “Ücret ve İşin Düzenlenmesi İle İlgili Yeni Düzenlemeler”. Yeni İş Yasası. **Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası**. Çeşme, 25-29 Haziran 2003, ss.152-164.
- Eyrenci, Öner. “4857 Sayılı İş Kanunu İle Getirilen Yeni Düzenlemeler-Genel Bir Değerlendirme”, **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**. S.1, Ocak –Şubat- Mart 2004, ss.15-56. (Yeni Düzenlemeler)
- Fuat, Doktor Ali. “Türk İşçi Hukukuna Giriş”. **Adliye Ceridesi**. S.15, Ankara, Mart 1936, ss.1283-1300.
- Günay, Cevdet İlhan. “İş Hukukunda Faiz ve Uygulaması”, **Aydın Özkul’a Armağan**. C:6, S.4, Kamu-İş, 2002, ss.105-131. (Faiz)
- Günay, Cevdet İlhan. “Ücret Ödemede Gecikmenin Hukuki Sonuçları”. **Sicil İş Hukuku Dergisi**. S.1, Mart 2006, ss.36-52. (Hukuki Sonuçlar)

- Günay, Cevdet İlhan. “Fazla Saatlerle Çalışmanın Hukuki Sonuçları”. **Sicil İş Hukuku Dergisi**. Haziran 2007, ss.5-21.(Fazla Saatlerle)
- Güzel, Ali. “İş Hukukunda Yeniden Yapılanma Süreci ve İşin Düzenlenmesi Konusunda Esneklik”, **Turhan Esener’e Armağan**, Ankara, 2000, ss.203-221.
- Güzel, Ali. “Bireysel İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay’ın 2005 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”. **Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2005**. Ankara, 2007, ss.11-71. (Değerlendirme)
- Güzel, Ali. “İşçinin Ücretinin Ödenmemesi Nedeniyle İş Görme Edimini Yerine Getirmekten Kaçınması ve Çalışmadığı Süre İçin Ücret Talep Edememesi”. Karar İncelemesi. **Çalışma ve Toplum Dergisi**. 2005/2, ss.123-146.
- Hoogendorn, Hans. “Hollanda’da Kısmi Süreli Çalışma”. **Sicil İş Hukuku Dergisi**. S.6. Haziran 2007, ss.230-232.
- Kahraman, Abdullah. “Türk İş Hukukunda Haftalık İş Günlerine Bölünemeyen Çalışmalar”, **Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi**. C:3, S.3-4, Ocak 1994, ss.91-98.
- Kılıç, Cem. “Çalışma Sürelerinin Kısıtlanması Konusundaki Teorik Yaklaşımlar ve Almanya-Hollanda Ülke Örnekleri”. **Kamil Turan’a Armağan**. C.2, S.7, Kamu-İş İş ve İktisat Dergisi, 2003, ss.215-226.
- Kuban, Arzu. “İş Hukukunda Esneklik Tartışması Üzerine Bir Değerlendirme”. **İstanbul Barosu Çalışma Hukuku Komisyonu Bülteni**. S.4, İstanbul, 2000, ss.51-63.
- Kocaoğlu, A. Mehmet. “Osmanlı’dan Cumhuriyete Uzanan Süreçte Çalışma Hayatındaki Düzenlemelere Genel Bakış”. **M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan**, İstanbul: Beta, 2000, ss.477-502.
- Kutal, Gülten. “Küreselleşmenin Emek Piyasalarına Etkisi”, Çalışma Hayatında Esneklik ve İş Hukukuna Etkileri, **İstanbul Barosu Yayınları**, 2002, ss.32-40.
- Kutal, Metin. “Sosyal Hukuk ve Tatbikatı”. **İktisat ve Maliye Dergisi**. C: XIV, S.5, Nisan 1967-Mart 1968, ss.191-196.
- Kutal, Metin. “Ferdî İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay’ın 1987 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”. **Yargıtay’ın 1987 Yılı İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri**. İstanbul, 1989, ss.13-32.
- Kutal, Metin. “Türkiye’de İş Hukukunda Gelişme Süreci ve Özellikleri”. **Halid Kemal Elbir’e Armağan**. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Eğitim Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı, 1996, ss.223-229.

- Kutal, Metin. Genel Görüşme. **Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1996**. İstanbul, 1998, ss.33-65.
- Loritz, Karl George. “Alman İş Hukukunda Esnekleşmeye Yönelik Çabalar”. Tankut Centel(çev.). **Çalışma Hayatında Esneklik**. Çeşme, 27-31 Ekim 1993, ss.9-30.
- Meriç, Nedim. “Türk Alman İş Hukukunda Kısmi Süreli Çalışma”. Legal İHSGHD. 8/2005, ss.1546-1580.
- Narmanlıoğlu, Ünal. “İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi”. **Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1986**. İstanbul, 1988, ss.5-35. (Değerlendirme)
- Oğuzman, Kenan. “Gazetecilerin Mesleki ve Sosyal Hakları ve Bunların Korunması”. **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**. C:XXXII, S.2-4, 1966, ss. 858-883. (Gazetecilerin Mesleki ve Sosyal Hakları)
- Özdemir, Cumhur Sinan. “Fazla Çalışma İçin Her Yıl İşçinin Onayının Alınıp Alınmaması Sorunu”. **Terazi Aylık Hukuk Dergisi**. S.8, Nisan 2007, ss.35-38.
- Özdemir, Erdem. “İş Sözleşmesinin İçeriği ve Ücret”. Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, **III. Yılında İş Yasası(Seminer Notları)**. Bodrum, 21-25 Eylül 2005, ss.27-55.
- Özdemir, Erdem. “ İş Hukukunda İbraname Uygulamaları”. **Sicil İş Hukuku Dergisi**. S.5, Mart 2007, ss.31-46. (İbraname)
- Özer, Hatice Duygu. “Çalışma Saatlerini Kendi Belirleyen İşçi Fazla Çalışma Ücretine Hak Kazanır mı?”. **Çalışma ve Toplum Dergisi**. 2007/3, ss.143-155.
- Özveri, Murat. “4857 Sayılı Yasa Döneminde Fazla Çalışma Kavramı Üzerine”. **Legal Yargıtay Kararları ve İçtihat Dergisi**. Aralık 2006, ss.193-205.
- Özyurt, Vuslat. “Gece Çalışması ve Postalar Halinde Çalışma”. **Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, 19/2008, ss.919-955.
- Tuna, Orhan. “ Geçmişte ve Günümüzde Sanayi Hayatında Çalışma Süreleri”. **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Araştırma ve Uygulama Merkezi 1984 Yılı Konferansları**, İstanbul, 1985, ss.123-147.
- Tuncay, A. Can. “Değişim ve Esneklik İhtiyacı”. **İşveren Dergisi**. C.XXXVII, S.3, Aralık 1998, ss.10-13.
- Sarıbay, Gizem. “Kısmi Süreli İş Sözleşmeleri”. **Devrim Ulucan’a Armağan**. İstanbul: Legal, 2008, ss.267-326.
- Saymen, Ferit, Hakkı. “Türkiye’de Sosyal Sigortalar Gelişme Hareketleri ve Yeni

Temayülleri”. **İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası**. C:XVIII, S.3-4, 1952, ss.1065-1095. (Sosyal Sigortalar Gelişme Hareketleri)

Soyer, M. Polat. “İş Kanunu Tasarısının Çalışma Süresinde Esneklik Sağlayan Düzeltmeler”. **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku’na İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2003 Yılı Toplantısı:2. Yeni İş Yasası Sempozyumu**. İstanbul Barosu Çalışma Hukuku Komisyonu. İstanbul, 2003, ss.185-198. (Esneklik Sağlayan Düzeltmeler)

Soyer, M. Polat. Ferdi İlişkinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi. **Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1997**. İstanbul, 1999. ss.9-55. (Değerlendirme)

Soyer, M. Polat. “Yeni Düzenlemeler Karşısında Fazla Saatlerle Çalışmaya İlişkin Bazı Düşünceler”. **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**. 2004/3, ss.797-808. (Fazla Saatler)

Soyer, M. Polat. “Sürekli Fazla Çalışma-Çözüm İçin Bir Öneri”. **İktisat Maliye Dergisi**. C:XXXIV, S.1, Nisan 1987, ss.37-41.

Subaşı, İbrahim, ‘İş Hukukunda Çalışma Süreleri’, **A. Can Tuncay’a Armağan**, İstanbul: Legal, 2005, ss.301-360.

Sur, Melda. “İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı”. **A. Can Tuncay’a Armağan**. 1.Bası. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2005, ss.395-414.

Süzek, Sarper. “İş Hukuku Yaptırımları”. **İş Hukuku Dergisi**. C:3, S.1-4, 1993, ss.165-183.

Süzek, Sarper. “Bireysel İş İlişkinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay’ın 2001 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”. **Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2001**. Ankara, 2003, ss.1-57.

Süzek, Sarper. “İşçi Ücretlerinin Ödenmemesinin Hukuki Sonuçları”. **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**. C.56, S.4, 2007, ss.207-221. (Hukuki Sonuçları)

Şahlanan, Fevzi. “İş İlişkinin kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay’ın 1995 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”. **Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirme Semineri 1995**. İstanbul, 1997, ss.3-35.

Şahlanan, Fevzi. “Yabancı Para Borcu ve İşçi Ücretinin Yabancı Para Olarak Belirlenmesi ve Ödenmesi”. **Kenan Tunçomağ’a Armağan**. İstanbul,1997, ss. 457-467. (Yabancı Para Borcu)

Şahlanan, Fevzi. “ Deniz İş Hukukunda İş Süresi, Fazla Çalışma, Yıllık İzin ve Hafta Tatiline İlişkin Sorunlar”. **TÜHİS İş ve İktisat Dergisi**. C:11, S.7, Kasım 1998, ss.11-16.

- Şen, Murat. "Hizmet Sözleşmesinde Haftalık 45 Saatin Üzerinde Bir Çalışma Süresinin Kararlaştırılması Halinde Fazla Çalışma". **Fehiman Tekil'in Anısına Armağan**. İstanbul: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 2003, ss.671-682.
- Şen, Sabahattin. "Avrupa'da Emek Esnekliği". **TÜHİS İş ve İktisat Dergisi**. Ağustos 1998, ss.25-40.
- Ulucan, Devrim. "Ferdî İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi". **Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1996**. İstanbul, 1998, ss.9-32.
- Ulucan, Devrim. Karar İncelemesi. **MESS Endüstri İlişkileri Almanacağı**. Yayın No:267, 1997, ss. 53-57. (İnceleme)
- Ulucan, Devrim. "AB Ülkelerinde Esnek Çalışma ve 4857 Sayılı İş Kanununda Yer Alan Esnek Çalışma Düzeni". **Mercek Dergisi**. Temmuz 2003, ss.60-68. (AB Ülkelerinde Esnek Çalışma)
- Ulucan, Devrim. "Günümüzde Mal ve Hizmet Üretim Modellerinin İş Süreleri Üzerindeki Etkisi, Esnek Çalışma Süreleri İle İlgili Bazı Düşünceler", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S.7, Eylül 2007, ss.5-10. (Esnek Çalışma Süreleri)
- Ulusoy, Yasin. "4857 Sayılı İş Kanunu Açısından Ara Dinlenmesi". **İrfan Baştuğ Anısına Armağan**. İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, 2005, ss.383-407.
- Uzun, Bekir. "Fazla Çalışma". **Yeni İş Yasası Semineri**, İstanbul: İTO Yayınları, No:2004-31, 2004, ss.139-148.
- Zeytinoğlu, Emin. "Kısmi Süreli Çalışma Şekilleri ve 4857 Sayılı İş Kanunundaki Görünüm". **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**. C.XLIII, S.1-2, 2004, ss.449-466.

