

T.C.
DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK PROGRAMI
YÜKSEK LİSANS TEZİ

4857 SAYILI İŞ KANUNUNDA FAZLA SAATLERLE ÇALIŞMA

Merve ÇETİNKAYA

Danışman
Dr. Öğr. Üyesi Erhan BİRBEN

İZMİR - 2018

YÜKSEK LİSANS
TEZ ONAY SAYFASI

Üniversite : Dokuz Eylül Üniversitesi
Enstitü : Sosyal Bilimler Enstitüsü
Adı ve Soyadı : Merve ÇETİNKAYA
Öğrenci No : 2013800411
Tez Başlığı : 4857 Sayılı İş Kanununda Fazla Saatlerle Çalışma

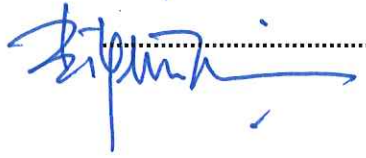
Savunma Tarihi : 05.07.2018
Danışmanı : Dr.Öğr.Üyesi Erhan BİRBEN

JÜRİ ÜYELERİ

<u>Ünvanı, Adı, Soyadı</u>	<u>Üniversitesi</u>
Dr.Öğr.Üyesi Erhan BİRBEN	Dokuz Eylül Üniversitesi
Dr.Öğr.Üyesi Sezgi ÖKTEM SONGU	Dokuz Eylül Üniversitesi
Doç.Dr.Bilgehan YEŞİLOVA	Yaşar Üniversitesi

İmza


.....

.....

.....

Merve ÇETİNKAYA tarafından hazırlanmış ve sunulmuş olan bu tez savunmada başarılı bulunarak oy birliği () / oy çokluğu () ile kabul edilmiştir.

Prof. Dr. Metin ARIKAN
Müdür

YEMİN METNİ

Yüksek Lisans Tezi olarak sunduğum “Fazla Saatlerle Çalışma” adlı çalışmanın, tarafımdan, akademik kurallara ve etik değerlere uygun olarak yazıldığını ve yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

...../...../2018

Merve ÇETİNKAYA

ÖZET

Yüksek Lisans Tezi

4857 Sayılı Kanunda Fazla Saatlerle Çalışma

Merve ÇETİNKAYA

Dokuz Eylül Üniversitesi

Sosyal Bilimler Enstitüsü

Özel Hukuk Anabilim Dalı

Özel Hukuk Programı

Çalışma sürelerinin sınırlandırılması, bir koruma hukuku olarak şekillenen iş hukukunun öncelikli konusu, hatta ortaya çıkış nedenlerinden birisidir. Sınırlı bir çalışma süresi kavramı olmadığı takdirde, fazla saatlerle çalışmadan da bahsedilemez. Bu nedenle çalışma sürelerine getirilen sınırlar ve sınırların aşılması üzerinde durulması gereklidir.

4857 sayılı İş Kanunu'nda düzenlenen fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma kavramları için, fazla saatlerle çalışma üst başlığı kullanılmıştır. Bu çalışmada temel olarak 4857 sayılı İş Kanunu anlamında fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma incelenmiş olup, yer yer 854 sayılı Deniz İş Kanunu, 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile ilişkilendirilmeye çalışılmıştır. Yine çalışmamızın tamamında yerleşik yargı kararlarına ilişkin değerlendirmelere yer verilmiştir.

Çalışmanın ilk bölümünde çalışma sürelerinin sınırlandırılmasına ilişkin tarihsel gelişim, fazla çalışmanın hukuki dayanakları ve 4857 sayılı Kanunda düzenlenen benzer kavramlarla fazla çalışma kavramı ilişkilendirilerek açıklanmaya çalışılmıştır. İkinci bölümünde, öncelikle fazla çalışma türleri ve şartları, çalışma sürelerine getirilen sınırlamalar daha sonra fazla saatlerle çalışmaya ilişkin ispat sorunlarının yanında uygulamada geniş yer tutan hakkaniyet indirimi üzerinde durulmuştur. Son bölümünde ise fazla saatlerle

Çalışmanın karşılığı olan fazla çalışma ücreti ve serbest zaman verilmesinin şartları incelenmiştir. Ayrıca fazla çalışma karşılığının zamanında verilmemesine bağlanan sonuçlar da bu bölümde incelenmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Fazla saatlerle çalışma, fazla çalışma, fazla sürelerle çalışma, fazla çalışmanın ispatı, hakkaniyet indirimi, fazla çalışma ücreti, serbest zaman verilmesi.

ABSTRACT

Master's Thesis

Working Extra Hours In Labour Law no 4857

Merve ÇETİNKAYA

Dokuz Eylül University

Institute of Social Sciences

Department of Private Law

Program of Private Law

Limiting working hours is the priority issue of the labour law shaped as a conservation law, even reasons of emergence of it.If there isn't a limited working hour concept,working extra hours can't also be mentioned.Therefore it is necessary to urge upon limits brought to working hours and exceeding the limits.

For the overworking and working extra hours concepts arranged in the Labour Law no 4857, head piece of working extra hours is used.In this study,extra work and working extra time were basically analyzed in the meaning of Labour Law no 4857 and they are partly tried to be correlated with Maritime Labor Law no 854, Coordination of the Relationship between Employees and Employers in Press Sector Law No 5953 and Turkish Code of Obligations Law no 6098.Also in our whole study, assessments regarding settled judicial decisions were included.

In the first part of the study, the historical development concerning restricting working hours, legal basis' of extra work and similar concepts arranged in Law no 4857 were tried to be explained by correlating extra work.In the second part, firstly, kinds and conditions of extra work,limits brought to working hours and then besides demonstration problems regarding extra work,equity reduction which have a wide place in application were dwelt on.In the last part, overtime pay which is the cover for extra work

and the conditions of giving leisure time were analyzed. The results depending on not giving the cover of extra work on time were also tried to be analyzed.

Key words : Working extra hours, extra work, working extra times, demonstration of extra work, equity reduction, overtime pay, giving leisure time.

4857 SAYILI KANUNDA FAZLA SAATLERLE ÇALIŞMA

İÇİNDEKİLER

TEZ/PROJE ONAY SAYFASI	ii
YEMİN METNİ	iii
ÖZET	iv
ABSTRACT	vi
İÇİNDEKİLER	viii
KISALTMALAR	xiii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK FAZLA SAATLERLE ÇALIŞMA

I. FAZLA ÇALIŞMA KAVRAMI VE HUKUKİ DAYANAKLARI	4
A. İş Süresinin Sınırlandırılmasına İlişkin Tarihsel Gelişim	4
B. Uluslararası Kaynaklarda Fazla Çalışma	7
C. Ulusal Kaynaklarda Fazla Çalışma	8
1. Anayasa	8
2. Kanun	9
3. Tüzük ve Yönetmelikler	11
II. FAZLA SAATLERLE ÇALIŞMANIN İŞİN DÜZENLENMESİ HÜKÜMLERİ VE DİĞER MÜESSESELER İLE KARŞILAŞTIRILMASI	12
A. Denkleştirme	12
B. Telafi Çalışmaları	15
C. Hazırlama, Tamamlama ve Temizleme İşleri	16
D. Kısmi Süreli Çalışma	17
E. Ara Dinlenmeleri	18

İKİNCİ BÖLÜM

FAZLA SAATLERLE ÇALIŞMA TÜRLERİ, ŞARTLARI VE FAZLA SAATLERLE ÇALIŞMAYA İLİŞKİN İSPAT SORUNLARI

I. FAZLA SAATLERLE ÇALIŞMA TÜRLERİ	21
A. Genel Olarak	21
B. Zorunlu Nedenlerle Fazla Çalışma	21
1. Zorunlu Nedenle Fazla Çalışma Sebepleri	21
2. Zorunlu Nedenle Fazla Çalışmada İşçinin Çalışma Yükümlülüğü Ve Sınırları	22
3. Dinlenme Süresi	25
4. Zorunlu Nedenle Fazla Çalışmanın Karşılığı	27
C. Olağanüstü Hallerde Fazla Çalışma	28
1. Olağanüstü Hallerde Fazla Çalışma Sebepleri	28
2. Olağanüstü Hallerde Fazla Çalışmada İşçinin Çalışma Yükümlülüğü Ve Sınırları	29
3. Dinlenme Süresi	30
4. Olağanüstü Nedenle Fazla Çalışmanın Karşılığı	31
D. Normal Fazla Çalışma	32
1. Fazla Çalışma Sebepleri	32
2. Fazla Çalışma İzni	33
3. İşverenin Talebi	33
a. İşverenin Talebinin Açık Veya Zımni Olması	33
b. İşverenin Fazla Çalışma Talebini İşçiye Bildirme Süresi	35
4. İşçinin Onayı	36
a. İşçinin Onayında Şekil	36
b. Fazla Çalışmaya Onay Veren İşçinin Çalışma Yükümlülüğü	41
c. İşçiden Fazla Mesai İçin Önceden Onay Alınmamış Olsa da Daha Önce Fazla Çalışma Yapan ve Ücreti Tam ve Düzenli Olarak Ödenen İşçinin Fazla Mesaiye Kalmak İstememesi	46
d. İşçinin Onayı Alınmadan Fazla Çalışma Yaptırılmasının Cezai Yaptırımı	48
e. Fazla Çalışma Ücretinin Aylık Ücretin İçinde Belirlenmesine İlişkin İşçinin Onayı	50

f. Fazla Sürelerle Çalışma İçin İşçinin Onayı ve Fazla Sürelerle Çalışma Ücretinin Aylık Ücrete Dahil Edilip Edilmeyeceği Sorunu	57
g. Fazla Çalışmaya İlişkin Onay Verilmesi Halinde İkiyüzyetmiş Saatin Hangi Yılı Kapsayacağı Ve Yıl İçine Dağılımı Sorunu	59
h. Türk Borçlar Kanununa Göre İşçinin Onayı	62
5. Fazla Çalışmanın Azami Süresi	64
a. Yıllık Azami Fazla Çalışma Süresi	64
b. Haftalık ve Günlük Azami Fazla Çalışma Süresi	65
c. Denkleştirme Uygulamasında Azami Fazla Çalışma Süresi	70
d. Sözleşme İle Getirilen Günlük Azami Çalışma Süresi	74
e. Gece Çalışmalarında Azami Çalışma Süresi	75
f. Yirmidört Saat Çalışılan İşyerlerinde Azami İş Süresi	78
6. Fazla Çalışma Yasakları	79
a. Fazla Çalışma Yapılması Yasak Olan ve Sınırlandırılan İşler	80
b. Fazla Çalışma Yapması Yasak Olan ve Sınırlandırılan Kişiler	81
c. Kısmi Süreli İş Sözleşmesi ile Çalışan İşçilere İlişkin Getirilen Yasak	83
II. FAZLA SAATLERLE ÇALIŞMANIN İSPATI	87
A. Fazla Saatlerle Çalışma Yapıldığının İspatı	88
1. Fazla Saatlerle Çalışma Yapıldığının İspat Yükü	88
2. Fazla Çalışma Yapıldığına İlişkin İspat Araçları	89
a. Genel Olarak	89
b. Fazla Çalışmanın İspatında Yazılı Deliller	90
(1) İşçi Tarafından Tutulan Kayıtlar	90
(2) Bordroların İspat İşlevi	91
(i) Fazla Çalışma Sütunu Bulunan ve Ücret Tahakkuku Olan İmzalı Ücret Bordroları	91
(ii) Fazla Çalışma Sütunu Bulunan ve Ücret Tahakkuku Olan İmzasız Ücret Bordroları	93
(iii) Bordrolarda Fazla Çalışma Sütunu Olmaması, Fazla Çalışma Sütununun Boş Olması ya da Fazla Çalışma Sütununda "0" Yazması	95
(3) Puantaj Kayıtları ve Dijital Ortamda Tutulan Kayıtlar	96
(4) Bölge Çalışma Müdürlüğü Tarafından Yapılan Tespitler	97
c. Tanık Beyanları	99
d. Keşif ve Bilirkişi	101
3. Hakkaniyet İndirimi Meselesi	102
B. Fazla Çalışmanın Saptanması/Belirlenmesi	109

1. Maden İşçilerinin Fazla Çalışması	109
2. Fırın İşçilerinin Fazla Çalışması	111
3. Şoförlerin Fazla Çalışması	114
4. Kapıcıların Fazla Çalışması	118
5. Üst Düzey Yöneticilerin Fazla Çalışması	122
a. Üst Düzey Yöneticinin Çalışma Süresini Belirleme Yetkisi	124
b. Üst Düzey Yöneticinin En Yetkili Kişi Olması	126
c. Üst Düzey Yetkilinin Ücreti	127
6. Radyoaktif ve Radyoionizan Maddelerle Yapılan İşlerde Çalışan İşçilerin Fazla Çalışması	132
C. Fazla Çalışma Ücretinin Ödendiğinin İspatı	134

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

FAZLA SAATLERLE ÇALIŞMAYA BAĞLANAN HUKUKİ SONUÇLAR

I. Fazla Çalışma Ücreti	136
A. Zamana Göre Çalışma Karşılığı Ücret Ödenmesi Halinde Fazla Çalışma Ücreti	140
B. Parça Başına(Akort) Veya Götürü Ücret Ödenmesi Halinde Fazla Çalışma Ücreti	141
C. Yüzde Usulü Veya Bahşişler İle Ücret Ödenmesi Halinde Fazla Çalışma Ücreti	141
D. Prim Usulü Ücret Ödenmesi Halinde Fazla Çalışma Ücreti	143
E. Fazla Saatlerle Çalışma Ücretinin Zamanında Ödenmemesi	145
1. Zamanında Ödenmeyen Fazla Saatlerle Çalışma Ücretine İşleyecek Faiz	145
2. Fazla Saatlerle Çalışma Ücretine İlişkin Faiz Başlangıç Tarihi	146
3. Ödenmeyen Fazla Saatlerle Çalışma Ücretine İlişkin Zamanaşımı Süresi	148
4. Fazla Saatlerle Çalışma Ücreti Ödenmeyen İşçinin Diğer Hakları	148
F. Fazla Çalışma Ücretinin Sigorta Primi	149
II. Serbest Zaman Verilmesi	151
A. İşçinin Serbest Zaman Talebi	154
B. Serbest Zamanın Kullandırılmasına İlişkin 6 Aylık Sürenin Başlangıcı	156
C. İşverence Serbest Zamanın Kullandırılması ve Altı Aylık Süre İçinde Kullandırılmamasına Bağlı Hukuki Sonuçlar	158

D. Serbest Zamanın Aralıksız Kullanılması	161
SONUÇ	162
KAYNAKÇA	176

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
DK	: Deniz İş Kanunu
E.	: Esas
e.t.	: Erişim tarihi
H.D.	: Hukuk Dairesi
H.G.K.	: Hukuk Genel Kurulu
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HTTİY	: Hazırlama, Tamamlama Ve Temizleme İşleri Yönetmeliği
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
ILO	: Uluslararası Çalışma Örgütü
İHD	: İş Hukuku Dergisi
İHSGD	: İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi
K.	: Karar
Kamu – İş	: Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası
KÇGPÇKHY	: Kadın Çalışanların Gece Postalarında Çalıştırılma Koşulları Hakkında Yönetmelik
m.	: Madde
Sa.	: Sayı
s.	: Sayfa
s.K.	: Sayılı Kanun
ss.	: Sayfa sayısı

TBK : Türk Borçlar Kanunu

vd. : Ve devamı

Yarg. : Yargıtay

YTPİDHY : Yüzdelerden Toplanan Paraların İşçilere Dağıtılması Hakkında
Yönetmelik

GİRİŞ

Fazla saatlerle çalışma kavramının incelenebilmesi için öncelikle çalışma süresi kavramından bahsetmek gerekir. Çalışma süresi işçinin, işverenin talimatlarına hazır olduğu süre olarak tanımlanabilir. Çalışma süresi işçinin hizmet akdi ile üstlendiği iş görme edimini fiilen yerine getirerek çalıştığı süreler ile çalışılmış sayılan sürelerden oluşur. Çalışılmış sayılan süreler yani farazi çalışma süreleri 4857 sayılı Kanun'un 66. maddesinde düzenlenmiş olup, bunun yanında akdi farazi çalışma süreleri de kararlaştırılabilir. İşte tüm bu sürelerin toplamı da işçinin çalışma süresini oluşturur.

İşçinin tüm zamanını iş görme ediminin ifasına ayırması ve çalışma süresi olarak geçirmesi beklenemeyeceğinden çalışma sürelerine sınırlar getirilmesi zorunluluğu doğmuştur. Çalışma sürelerinin sınırlandırılması neticesinde de, bu süreleri aşan çalışmalara hukuki, cezai ve idari müeyyideler bağlanmıştır. Çalışmamızda bu sonuçları ayrıntıları ile incelemeye çalışacağız.

Fazla çalışma kavramı 4857 sayılı İş Kanunu'nun 41., 42. ve 43. maddeleri, 854 sayılı Deniz İş Kanunu'nun 26., 27. ve 28. maddeleri, 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun'un ek 1. maddesi ve Türk Borçlar Kanunu'nun 398. ve 402. maddeleri ile düzenlenmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu ile fazla çalışma, kanunda yazılı koşullar çerçevesinde, haftalık kırkbeş saati aşan çalışmalar olarak tanımlanmıştır. Haftalık çalışma süresinin sözleşmelerle kırkbeş saatin altında belirlendiği durumlarda kanunda belirtilen esaslar dahilinde uygulanan ortalama haftalık çalışma süresini aşan ve kırkbeş saate kadar yapılan çalışmalar da fazla sürelerle çalışmalar olarak tanımlanmıştır. Yasada fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma kavramları için fazla saatlerle çalışma üst başlığı kullanılmıştır.

4857 sayılı İş Kanunu'nda fazla çalışma sebepleri sayılmış olup, yasal düzenlemeye göre üç tür fazla çalışma sebebi bulunmaktadır. Bu sebeplerden birincisi, Kanun'un 41. maddesinde ülkenin genel yararları yahut işin niteliği veya üretimin artırılması gibi nedenlerle normal fazla çalışma sebepleri olarak belirtilmiştir. İkincisi Kanun'un 42. maddesinde bir arıza sırasında, bir arızanın mümkün görülmesi halinde yahut makineler veya araç ve gereç için hemen yapılması gerekli acele işlerde zorunlu nedenlerle fazla çalışma sebepleri olarak sayılmıştır. Üçüncüsü ise Kanun'un, 43. maddesinde seferberlik sırasında bu süreyi aşmamak kaydıyla ülke savunmasının ihtiyaçlarını sağlayan işlerde Bakanlar

Kurulu'nun gerek görmesi halinde olağanüstü hallerle fazla çalışma sebepleri olarak belirtilmiştir.

Normal fazla çalışma yapılabilmesi için Kanun'da sayılan fazla çalışma sebeplerinin olması, işverenin açık veya zımni talebi, işçinin fazla çalışma yapacağına ilişkin onayı ve fazla çalışma yasağının olmaması gereklidir. Bu çalışmada işçinin onayının şekli, fazla saatlerle çalışma yapmaya onay veren işçinin fazla çalışma yükümlülüğünün doğup doğmadığı, fazla saatlerle çalışma ücretinin aylık ücrete dahil edilip edilemeyeceği sorunu ve sonuçları, fazla çalışma ücretine ilişkin onayın hangi yılı kapsayacağı ve 270 saatlik fazla çalışma sınırının yıl içinde dağılımı sorunları incelenmiştir.

Yine çalışmamızda 4857 sayılı Kanun ile fazla saatlerle çalışmaya getirilen sınırların günlük, haftalık, aylık ve yıllık azami süreleri incelenmiş, çözüm önerileri getirilmeye çalışılmıştır.

Sağlık kuralları bakımından günde en çok 7,5 saat ve daha az çalışması gereken işler, gece döneminde yapılan işler, maden ocakları, kablo döşemesi, kanalizasyon, tünel inşaatı gibi yer altında veya su altında yapılan işler, fazla çalışma yapılamayacak işler olarak düzenlenmiştir. Sağlık kuralları bakımından günde ancak yedi buçuk saat veya daha az çalışması gereken işler, Sağlık Kuralları Bakımından Günde Azami Yedi Buçuk Saat Veya Daha Az Çalışması Gereken İşler Hakkında Yönetmelik'te düzenlenmiştir. Fazla çalışma yapılması yasaklanan ve sınırlandırılan işlerin yanında fazla çalışma yapması yasak olan veya sınırlandırılan kişiler ve kısmi süreli çalışanlara ilişkin getirilen yasaklar çalışmamız kapsamında ayrıca incelenmiştir.

Fazla çalışma yaptığını iddia eden işçi kural olarak bu iddiasını ispatlamakla yükümlüdür. Fazla çalışma yaptığını kanıtlayan işçi ispat yükünü yerine getirmiş olur. Bu kez ücretin zamlı karşılığıyla birlikte ödendiği ya da serbest zaman verildiği konusunda ispat yükü işverene geçer. Fazla çalışma yapıldığı ve karşılığının verildiğine ilişkin ispat araçları da birbirinden farklı olup ayrı ayrı irdelenmiştir. Fazla çalışmanın ispat edilmesi halinde Yargıtay tarafından işçinin uzun süreli çalışmalarında her gün aynı fazla çalışma temposuyla çalışmasının insan takadına uygun düşmeyeceği, işçinin yaşam tecrübelerine göre hiç hastalanmadan veya evlenme, ölüm, doğum, özel işleri gibi mazereti çıkmadan sürekli çalıştığının kabul edilemeyeceği, ara dinlemeler, hafta tatilleri, ulusal bayram ve genel tatil günleri, yıllık izin günlerine denk gelen dönemlerde çalışmayacağı gerekçeleriyle, hükmedilecek fazla çalışma ücretinden hakkaniyet indirimi yapılması içtihat

edilmektedir. Yasal dayanağı olmayan hakkaniyet indirimine ilişkin eleştiri ve önerilerimize çalışma kapsamında yer verilmiştir.

Gerek Yargıtay kararlarında gerek doktrinde ispat için bordrolar, puantaj kayıtları, yazılı deliller, tanık anlatımları ile sonuca gidilmeye çalışılmakta ise de, tüm bunlar mesleklere göre ayrıca ele alınmalı ve her meslek için özel değerlendirmeler yapılmalıdır. Bu nedenle bazı işçilerin çalışma biçimleri ve somut olayın özellikleri de dikkate alınarak fazla çalışma yapılıp yapılmadığının değerlendirilmesi gerekeceğini düşünüyoruz. Bu nedenle üzerinde durulması gerektiğini düşündüğümüz, maden işçileri, fırın işçileri, şoförler, kapıcılar, üst düzey yönetici konumunda çalışanlar ile radyoaktif ve radyoionizan maddelerle yapılan işlerde çalışan işçilerin fazla çalışmalarına ilişkin özel değerlendirmeler yapılarak ispat kurallarına ilişkin uygulama ve düzenleme önerileri sunulmaya çalışılmıştır.

4857 sayılı İş Kanunu'na göre, her bir saat fazla çalışma için verilecek ücret, normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının yüzde elli yükseltilmesi suretiyle ödenir. (m.41/II) Fazla süreli çalışmalarda, her bir saat fazla çalışma için verilecek ücret, normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının yüzde yirmibeş yükseltilmesiyle ödenir. Yine 4857 sayılı İş Kanunu'nun 41. maddesi ile, fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma yapan işçinin isteği halinde zamlı ücret yerine, fazla çalıştığı her saat karşılığında bir saat otuz dakikayı, fazla sürelerle çalıştığı her saat karşılığında bir saat on beş dakikayı serbest zaman olarak kullanabileceği düzenlenmiştir.

Zamana göre çalışma karşılığı ücret alan, parça başına (akort) veya götürü ücret ödenmesi şeklinde çalışan, yüzde usulü çalışan veya bahşişler ile ücreti ödenen, prim usulü ücreti ödenen işçilerin fazla çalışma ücretinin ödenme usulleri ayrı ayrı incelenecektir. Yine fazla saatlerle çalışma ücretinin zamanında ödenmemesi, işleyecek faiz türü ve faiz başlangıç tarihleri, fazla çalışma ücretinin zamanaşımı süresi ile fazla çalışma karşılığının verilmemesine bağlanan diğer sonuçlar çalışmamız kapsamında ele alınmıştır.

Fazla çalışılan saatler karşılığında serbest zaman kullanılması işçinin isteğine bağlanmış olup, işçinin işverene yazılı olarak bildirmesi, işin ve işyerinin gereklerine uygun olarak işveren tarafından belirlenen tarihten itibaren iş günleri içerisinde aralıksız olarak, ücretinde bir kesinti olmaksızın ve altı ay içinde kullandırması gerekir. İşveren, işçinin talebi olmadan kendiliğinden fazla çalışma ya da fazla sürelerle çalışma karşılığında serbest zaman veremez. Bu çerçevede, işçinin serbest zaman kullanmasına ilişkin esaslarda son bölümde incelenmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK FAZLA SAATLERLE ÇALIŞMA

I. FAZLA ÇALIŞMA KAVRAMI VE HUKUKİ DAYANAKLARI

A. İş Süresinin Sınırlandırılmasına İlişkin Tarihsel Gelişim

Politik ve ekonomik nedenler, fizyolojik gerekler, sosyal koruma düşüncesi, işçilere boş zaman sağlanması, işsizliğe karşı mücadele ve verimli çalışmayı sağlamak için çalışma sürelerinin sınırlandırılması gerekmekte olup, işçinin çalışacağı günlük ve haftalık sürelerin sınırları belirlenmiştir. İnsan gücüne ve emeğine dayalı olarak yapılan işlerde, işçilerin bedensel ve ruhsal güçleri sürekli çalışmaya yetmeyeceği için çalışma saatlerinin sınırlandırılması zorunluluğu doğmuştur. İnsan faktörünün söz konusu olduğu işlerde, yeme, içme gibi fizyolojik ihtiyaçların karşılanması dışında günlük ve haftalık periyotlarla dinlenme, uyuma, sosyal aktivitelerde bulunma gibi ihtiyaçların karşılanması, boş zaman sağlanması, aile ilişkilerine zaman ayrılması, sosyal koruma sağlanması, tüm bunların ötesinde sağlığın korunması düşüncesiyle, işçilerin normal çalışmalarına ve bunun yanında fazla çalışmalarına da sınırlar getirilmiştir. Yine çalışma saatlerinin sınırlandırılmasında işçi lehine sosyal amaçların yanında, işsizliği önleme, daha çok istihdam sağlama, verimli ve hata oranı daha az çalışma gerçekleştirme gibi toplumsal ve ekonomik nedenler de bulunmaktadır. Sınırlı bir çalışma süresi kavramı olmadığı takdirde, fazla saatlerle çalışmadan da bahsedilemez. Çalışma sürelerinin sınırlandırılması, bir koruma hukuku olarak şekillenen iş hukukunun öncelikli konusu, hatta ortaya çıkış nedenlerinden birisidir¹.

Hukukumuzda çalışma sürelerine ilişkin sınırlamaları içeren ilk düzenlemeler 151 sayılı Ereğli Havzai Fahmiyesi Maden Amelesinin Hukukuna Müteallik Kanun ile getirilmiştir. Anılan Kanun'un 8. maddesi ile günlük çalışma süresi 8 saat olarak sınırlandırılmıştır. Yine hiçbir işçinin daha fazla çalışmaya zorlanamayacağı ancak işçinin rızası şartıyla 8 saatten fazla çalışabileceği ve bu durumda işçiye 2 kat ücret ödenmesi gerekeceği düzenlenmiştir. Çalışma sürelerinin sınırlandırılmasına ilişkin

¹ Hamdi Mollamahmutoğlu ve Muhittin Astarlı, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun İşin Düzenlenmesine İlişkin Hükümlerinin İncelenmesi", Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, Cilt:1, İstanbul 2011, s.596. Murat Kandemir, "Fazla Çalışmanın Azami Süresi ve Fazla Çalışma Yasakları", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Sayı:29, 2011, s.18. Nurşen Caniklioğlu, "4857 Sayılı Kanuna Göre Çalışma Süresi ve Bu Sürenin Günlere Bölünmesi" Toprak İşveren Dergisi, www.toprakisveren.org.tr/2005-66-nursencaniklioglu.pdf, 21.02.2015, s. 4.

bir başka düzenleme ise 22.04.1926 tarihli 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun fazla iş için ücret başlıklı 329. maddesi ile getirilmiştir. Anılan hüküm günlük çalışma süresini, sözleşme ya da adet gereğince kabul edilen iş miktarı ile sınırlandırmıştır.

Daha sonra 24.04.1930 tarihli 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun işçiler hıfzıssıhhası başlıklı 7. babının 173-179. maddeleri arasında çalışma sürelerini sınırlayan ve yasaklayan düzenlemeler getirilmiştir.

08.06.1936 tarihinde ise 3008 sayılı İş Kanunu kabul edilmiştir. 3008 sayılı İş Kanunu'nun 35. maddesi ile haftalık çalışma süresi azami 48 saat olarak sınırlandırılmıştır. Haftalık çalışma süresinin günlere bölünmesi, cumartesi günleri saat 13:00 itibarıyla kapanması gerekli olan işyerlerinde günde en çok dokuz saati, cumartesi günleri saat 13:00'den sonra çalışmaya devam edecek işyerlerinde ise, günde en çok sekiz saati geçmeyecek şekilde sınırlandırılmıştır. Yine aynı Kanun'un 37. maddesi ile günlük fazla çalışma en çok 3 saat, yıllık fazla çalışma ise 90 iş günü ile sınırlandırılmıştır.

Basın çalışanlarına ilişkin çıkarılan 13.06.1952 tarihli 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun'a sonradan eklenen ek madde 1 hükmü ile günlük çalışma süresi 8 saat olarak sınırlandırılmıştır.

20.04.1967 sayılı Deniz İş Kanunu'nun 26. maddesi ile iş süreleri günlük 8 saat, haftalık 48 saat olarak sınırlandırılmış, 28. maddesi ile de bu süreleri aşan çalışmalar fazla saatlerde çalışma olarak düzenlenmiştir.

İptal edilen 28.07.1967 tarihli 931 sayılı Kanun döneminde fazla çalışma kavramı açıklığa kavuşturulmuş, genel sebeplerle fazla çalışma, zorunlu sebeplerle fazla çalışma ve olağanüstü nedenlerle fazla çalışma olarak düzenlenmiştir². 25.08.1971 tarihli 1475 sayılı İş Kanunu'nun 61. maddesinde haftalık iş süresi en çok 48 saat ile sınırlandırılmıştır. Bu sürenin haftalık çalışma günlerine bölünmesi ise, haftada 6 iş günü çalışılan işlerde günde 8 saati geçmemek üzere ve cumartesi günleri kısmen veya tamamen tatil eden işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine eşit ölçüde bölünerek uygulanması gerektiği şeklinde sınırlandırılmıştır. Daha sonra 29.07.1983 tarihli ve 2869 sayılı Kanun'un 12. maddesi ile 1475 sayılı Kanun'un 61. maddesi değiştirilerek haftalık çalışma süresi 45 saat ile sınırlandırılmıştır. Bu sürenin haftalık çalışma günlerine bölünmesi ise, haftada 6 iş günü çalışılan işlerde günde 7,5 saati geçmemek üzere ve cumartesi günleri kısmen veya tamamen tatil

² İsa Karakaş, İş Kanunu Uygulaması ile İhtilafları ve Çözüm Yolları, Muhasebe&Sosyal Güvenlik Kitapevi, Ankara, 2012, s.254.

eden işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine eşit ölçüde bölünerek uygulanması gerekeceği şeklinde değiştirilmiştir. Yine Kanun'un 35. maddesi ile günlük fazla çalışma süresi 3 saat, yıllık fazla çalışma süresi ise 90 iş günü ile sınırlandırılmıştır.

Son olarak 22.05.2003 tarihli 4857 sayılı İş Kanunu'nun 63. maddesi ile çalışma süreleri haftada 45 saat ile sınırlandırılmıştır. Haftalık çalışma süresinin günlere bölünmesi ise aksi kararlaştırılmamışsa iş günlerine eşit ölçüde bölünerek uygulanacaktır. Yine Kanun'un 41. maddesi ile yıllık fazla çalışma süresi de 270 saat ile sınırlandırılmıştır.

Çalışma saatlerinin sınırlandırılması, işçiler için ve iş gücünün devamlılığı için vazgeçilmez bir zorunluluktur. Bu nedenle devlet çalışma hayatına yasalar aracılığıyla müdahalede bulunarak, özel hukukun temel ilkelerinden olan sözleşme özgürlüğü ilkesini sınırlandırmaktadır. Devlet işçinin, işveren karşısındaki konumu nedeniyle, işçi lehine değiştirilebilen ancak işçi aleyhine değiştirilemeyen nisbi emredici hukuk kurallarıyla, hukuki, cezai ve idari yaptırımlarla işçi ve işveren arasında düzenlenecek iş akitlerinde, sözleşme özgürlüğüne müdahale etmektedir³.

Devlet anılan müdahalesini, sadece çalışma sürelerini sınırlayarak, nisbi emredici kurallar getirerek, işçi ve işveren arasındaki ilişkiyi düzenleyerek değil, konulan kurallara uyulmasını denetleyerek de göstermek zorundadır. 4857 sayılı Kanun'un 91. maddesi ile, devlete, çalışma hayatı ile ilgili mevzuatın uygulanmasını izleme, denetleme ve teftiş etme yetkisi verilmiştir. Devlet Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'na bağlı olarak ihtiyaca yetecek sayı ve özellikte teftiş ve denetlemeye yetkili iş müfettişleri aracılığıyla anılan izleme, denetleme ve teftiş işlemlerini yerine getirecektir. 4857 sayılı İş Kanunu'nda hapis cezasına yer verilmemiş, sadece para cezalarına yer verilmiştir. Para cezası, Kanunda belirlenen sınırlara göre tespit edilen, suçludan alınarak Devlet hazinesine ödenen bir miktar paradır⁴. İşverenin fazla saatlerle çalışmaya ilişkin yükümlülüklerini yerine getirmemesinin yaptırımı, 4857 sayılı Kanun'un 102. ve 104. maddesinde düzenlenmiştir.

³ Ercan Güven ve Ufuk Aydın, **Bireysel İş Hukuku**, Nisan Kitabevi Yayınları, Genişletilmiş Güncellenmiş 4. Baskı, Eskişehir 2013, s.303. Nurşen Caniklioğlu ve Talat Canbolat, "4857 Sayılı İş Kanununda Para Cezasına Bağlanan Yükümlülükler ve Bu Para Cezalarının Özellikleri", **Kamu-İş**, C.7, Sayı:3, 2004, s.221.

⁴ Caniklioğlu/Canbolat, s.223.

B. Uluslararası Kaynaklarda Fazla Çalışma

Uluslararası Çalışma Örgütü tarafından ilk olarak 13 Haziran 1921 tarihinde Sanayi Kuruluşlarında Çalışma Sürelerinin Haftalık Kırk Sekiz, Günlük Sekiz Saatle Sınırlanmasına ilişkin 1 Sayılı ILO Sözleşmesi kabul edilmiştir. Sözleşmenin 3. maddesine göre, haftalık çalışma süresi günlük sekiz, haftalık kırk sekiz saati geçemeyecek, 4. maddesi uyarınca da haftalık çalışma süresi, günlük çalışma süresi on saati aşmayacak şekilde dağıtılabilecektir. Ancak anılan sözleşme Türkiye tarafından henüz onaylanmamıştır.

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından tüm halklar ve uluslar için ortak ideal ölçüleri belirleyen İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 24. maddesine göre; *herkesin dinlenmeye, eğlenmeye, özellikle çalışma süresinin makul ölçüde sınırlandırılmasına ve belirli dönemlerde ücretli izne çıkmaya hakkı vardır.*

Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesi'nin 31. maddesinde adil ve hakkaniyete uygun çalışma koşulları başlığı altında, her işçinin, kendi sağlığı, emniyeti ve onuruna saygı gösteren çalışma koşullarından yararlanma hakkına sahip olduğu ve azami çalışma saatlerinin sınırlandırılması, günlük ve haftalık dinlenme dönemleri ve yıllık ücretli izin hakkına sahip olduğu hüküm altına alınmıştır.

Avrupa Sosyal Şartı'nın, adil çalışma koşullarına sahip olma hakkına ilişkin 2. maddesinde, bu hakkın etkili bir biçimde kullanılmasını sağlamak üzere akit devletlere; *verimlilik artışı ve ilgili diğer etkenler izin verdiği ölçüde haftalık çalışma süresinin aşamalı olarak azaltılmasını öngören makul günlük ve haftalık çalışma saatleri sağlama, ücretli resmi tatil olanağı sağlama, en az dört haftalık ücretli yıllık izin sağlama, içkin olarak tehlikeli ve sağlığa zararlı işlerdeki riski ortadan kaldırmayı ve bu risklerin henüz yeterince azaltılamadığı ya da kaldırılamadığı durumlarda bu işlerde çalışanlara ücretli ek izin verilmesini veya bunların çalışma saatlerinin azaltılmasını sağlama, ilgili ülke veya yörenin geleneklerine göre dinlenme günü olarak kabul edilen günle olabildiğince bağdaşmak üzere, haftalık bir dinlenme günü sağlama, çalışanların, derhal ve en geç çalışmaya başladıkları tarihten itibaren iki ay içinde, sözleşmenin ya da iş ilişkisinin asli unsurları hakkında yazılı olarak bilgilendirilmelerini sağlama, gece çalışması yapan çalışanların, yaptıkları işin özellikleri göz önünde tutularak alınacak önlemlerden yararlanmalarını sağlama* şeklinde yükümlülükler yüklenmiştir⁵.

⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz.; Mollamahmutoğlu/Astarlı, s.596 vd.

C. Ulusal Kaynaklarda Fazla Çalışma

1. Anayasa

Anayasa'nın 48. maddesinde çalışma ve sözleşme hürriyetine, 49. maddesinde çalışma hakkı ve ödevine, 50. maddesinde çalışma şartları ve dinlenme hakkına ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır.

Anayasa'nın çalışma ve sözleşme hürriyetini düzenleyen 48. maddesi ile herkesin dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahip olması ile özel teşebbüsler kurması güvence altına alınmıştır. Yine aynı madde gereğince Devlet, özel teşebbüslerin millî ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri almakla yükümlüdür. Bununla birlikte, Anayasa'nın çalışma hakkı ve ödevini düzenleyen 49. maddesi gereğince, Devlet, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür.

Yine Anayasa'nın 50. maddesi ile çalışma şartları ve dinlenme hakkı düzenlenmiş olup, herkesin yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılması yasaklanmış, küçükler ve kadınlar ile bedenî ve ruhî yetersizliği olanların çalışma şartları bakımından özel olarak korunması güvence altına alınmıştır. Yine aynı hüküm ile dinlenmek, çalışanların anayasal hakkı olarak belirlenmiş ve ücretli hafta ve bayram tatili ile ücretli yıllık izin hakları ve şartlarının kanunla düzenleneceği güvence altına alınmıştır. Böylece Anayasa'nın 50. maddesi ile özellikle çocuklar, gençler ve kadınların iş güvenliği hakları ile herkesin dinlenme hakkı güvence altına alınmıştır.

Ayrıca çalışma ve dinlenme hakkı ile çalışma şartlarına ilişkin olan Anayasa'nın 48., 49. ve 50. maddeleri aynı zamanda Anayasa'nın değiştirilemeyecek hükümlerinden olan 2. maddesinde belirlenen sosyal devlet anlayışına da uygun nitelikte birer anayasal haktır. Çalışma ve sözleşme hürriyeti, çalışma hak ve ödevi, çalışma şartları ve dinlenme hakkı gibi sosyal hakların gerçekleşmesi için devletin bunları tanımış olması yeterli olmayıp, olumlu edimde bulunması gerekir. Olumlu edim gerektiren bu tür haklarda, bunların salt Anayasada yer almış olması, kişilere yargı yoluna başvurma hakkı vermez bu haklar ancak

yasama organının o alandaki kanuni düzenlemesinden sonra doğabilir⁶. Bu açıdan bu tür sosyal hakları tanıyan Anayasa hükümleri, doğrudan doğruya uygulanabilir hukuk kuralları değil, yasama organına siyasal nitelikte direktifler veren veya yol gösteren "program hükümler" niteliğindedir⁷.

İş hukuku işçi ve işveren arasındaki ilişkileri düzenleyen bir hukuk dalıdır. İş hukukunun tarafları olan işçi ve işveren arasında, eşitlik olmadığı gibi kişisel ve maddi bağımlılık ilişkisi bulunmaktadır. Bu nedenle de aradaki ilişkinin güçsüz tarafı olan işçinin korunması gerekmektedir. İş sürelerinin sınırlandırılması ve çalışma şartlarının düzenlenmesi anayasal hakların korunması bakımından da gerekli olduğundan, Devlet fazla saatlerle çalışmaya ilişkin düzenleme yapma yükümlülüğü altındadır.

2. Kanun

Fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma temelde 4857 sayılı İş Kanunu'nun 41., 42. ve 43. maddeleri, 854 sayılı Deniz İş Kanunu'nun 26., 27. ve 28. maddeleri, 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun'un ek 1. maddesi, Türk Borçlar Kanunu'nun 398. ve 402. maddeleri ile düzenlenmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 41/I. maddesi ile *ülkenin genel yararları yahut işin niteliği veya üretimin artırılması gibi nedenlerle yapılabilecek olan ve kanunda yazılı koşullar çerçevesinde, kırkbeş saati aşan çalışmalar*, 42/I. maddesi ile *gerek bir arıza sırasında, gerek bir arızanın mümkün görülmesi halinde yahut makineler veya araç ve gereç için hemen yapılması gerekli acele işlerde*, 43/I. maddesi ile *seferberlik sırasında ve bu süreyi aşmamak şartıyla yurt savunmasının gereklerini karşılayan işyerlerinde haftalık çalışma süresinin üzerinde yapılan çalışmalar fazla çalışma olarak açıklanmıştır*.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 41/III. maddesi ile *haftalık çalışma süresinin sözleşmelerle kırkbeş saatin altında belirlendiği durumlarda, 63. maddede belirtilen esaslar dahilinde uygulanan ortalama haftalık çalışma süresini aşan ve kırkbeş saate kadar yapılan çalışmalar fazla sürelerle çalışma olarak tanımlanmıştır*.

⁶ Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, Yetkin Yayınları, Gözden Geçirilmiş 10. Baskı, Ankara 2009, s.146. Kemal Gözler *Anayasa Hukukuna Giriş*, Ekin Basın Yayın Dağıtım, 14. Baskı, Bursa, Eylül 2009, s.206-207.

⁷ Özbudun, s.146.

5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun'un ek 1. maddesi ile, *anılan kanunun birinci maddesindeki gazeteci tabirinin şümulü içinde bulunan kimselerden müessese, matbaa, idarehane ve büro gibi yerlerde hizmetlerinin mahiyeti itibariyle müstemirren çalışanlar için günlük iş müddeti, gece ve gündüz devrelerinde sekiz saat olduğu ve fazla mesainin günde üç saati geçemeyeceği* düzenlenmiştir.

854 sayılı Deniz İş Kanunu'nun 26. maddesinde, genel bakımdan gemiadamının işbaşında çalıştığı veya vardiya tuttuğu süre, günde sekiz ve haftada kırksekiz saat olarak belirlenmiş olup, aynı Kanun'un 28. maddesi ile bu sürelerin aşılması suretiyle yapılan çalışmalar, fazla saatlerde çalışma olarak düzenlenmiştir⁸.

6098 sayılı Kanun'un 398. maddesinde fazla çalışma *"ilgili kanunlarda belirlenen normal çalışma süresinin üzerinde ve işçinin rızasıyla yapılan çalışma"* olarak tanımlanmış olup, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda olduğu gibi 6098 sayılı Kanun'da da bu kanuna tabi işçiler için çalışma sürelerinin azami sınırı belirlenmiş değildir. 6098 sayılı Kanun'un 398. maddesinde ilgili kanunların hangi kanunlar olduğu açıkça belirli olmamakla birlikte, 4857, 5953 ve 854 sayılı İş Kanunları olması muhtemeldir⁹. 4857 sayılı Kanun ve diğer İş Kanunları arasında yeknesaklık¹⁰ bulunmadığından 6098 sayılı Kanun ile normal çalışma süresi açıklanmayarak belirsiz nitelikte bir düzenleme yapılması, aynı zamanda hukuk güvenliğini de zedeler niteliktedir¹¹.

Kanımızca, Borçlar Kanunu'nun 402. maddesinin gerekçesinde 4857 sayılı Kanun'un 41. maddesine değinilmiş olması ve iki hükmün birbirine paralel olarak düzenlenmiş olması nedeniyle Borçlar Kanunu'na tabi işçiler için de 4857 sayılı İş Kanunu tarafından esas alınan haftalık 45 saatlik çalışma esası normal çalışma

⁸ Deniz iş ve basın iş hukukunda fazla çalışmaya ilişkin düzenlemelerin karşılaştırılmasına ilişkin bkz.; Hakkı Şahin ve Ali Kemal Terzi, "Deniz İş Hukuku ve Basın İş Hukukunda Fazla Çalışma", **Yaklaşım Dergisi**, Sayı:223, Temmuz 2011, <http://uye.yaklasim.com/dergiler>, 17.03.2017, ss.436-440.

⁹ Başak Güneş ve Faruk Barış Mutlay, "Yeni Borçlar Kanununun "Genel Hizmet Sözleşmesi"ne İlişkin Hükümlerinin İş Kanunu ve 818 Sayılı Kanunla Karşılaştırılarak Değerlendirilmesi", **Çalışma ve Toplum**, Yıl:2011/3, Sayı:30, s.245. Hamdi Mollamahmutoğlu, Muhittin Astarlı ve Ulaş Baysal, **İş Hukuku**, Turhan Kitabevi, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Baskı, Ankara 2014, s.1262. M. Polat Soyer, "Borçlar Kanunu'nun İş Hukukuna Etkileri", **İş Hukukunda Yapılan Son Değişiklikler Semineri**, Kamu-İş, Ankara-Başkent Öğretmenevi, 20-21 Şubat 2013, Borçlar Kanunu, s.6. Mollamahmutoğlu/Astarlı, s. 598.

¹⁰ 4857 sayılı İş Kanunu'nda haftalık çalışma süresi 45 saat olarak belirlenmişken, 5953 sayılı Kanun'da çalışma süresi gece ve gündüz devrelerinde sekiz saat olarak belirlenmiştir. Bunun yanında 5953 sayılı Kanun'da fazla mesainin günde üç saati geçemeyeceği düzenlenmiştir. 854 sayılı Kanun'da ise çalışma süresi günde sekiz ve haftada kırksekiz saat olarak belirlenmiştir.

¹¹ Kanunun kendi uygulama alanındaki iş sözleşmeleri bakımından normal çalışma süresini belirlememesine rağmen, fazla çalışmayı tanımlarken başka kanunlara yollama yapması bakımından eleştiriler için bkz.; Gülsevil Alpagut, "Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasağı, Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri", **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Sayı:31, 2011, s.914. Mollamahmutoğlu/Astarlı, s. 597.

olarak kabul edilmelidir¹². Bunun yanında doktrinde, Borçlar Kanunu'nda günlük azami çalışma süresi bakımından da bir sınır getirilmediği, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 63/2. maddesinin kamu hukukuna ilişkin bir koruma normu olması nedeniyle, bu hükümdeki 11 saatin, Borçlar Kanunu'na tabi işçiler içinde günlük azami çalışma süresi olarak kabul edilmesi gerektiği savunulmaktadır¹³.

3. Tüzük ve Yönetmelikler

1475 sayılı İş Kanunu döneminde ülkenin genel yararları veya işin niteliği yahut üretimin artırılması gibi nedenlerle normal çalışma sürelerinin dışında yapılacak fazla çalışmalar hakkındaki düzenlemelerin Fazla Çalışma Tüzüğü ile belirleneceği hüküm altına alınmıştı. Bu çerçevede 1475 sayılı Kanun'un 61. maddesinin a bendinin 2. fıkrası uyarınca 04.04.1973 tarihli Resmi Gazete'de Fazla Çalışma Tüzüğü yayınlanmıştır. Daha sonra anılan Tüzük 12.06.2005 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanan Fazla Çalışma Tüzüğü'nün Yürürlükten Kaldırılması Hakkında Tüzük hükümleri gereğince de yürürlükten kaldırılmıştır.

Çalışma sürelerinin düzenlendiği ve sınırlandığı başlıca yönetmelikler, İş Kanununa ilişkin Fazla Çalışma Ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği, İş Kanununa ilişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği, Sağlık Kuralları Bakımından Günde Azami Yedi Buçuk Saat Veya Daha Az Çalışılması Gereken İşler Hakkında Yönetmelik'tir.

4857 sayılı İş Kanunu'nda düzenlenen fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma kavramları için, fazla saatlerle çalışma üst başlığı kullanılmıştır¹⁴. Buna

¹² Durmuş Özcan, *İş Hukukunda İşçilik Alacakları*, Adalet Yayınevi, Güncellenmiş 4. Baskı, Ankara 2016, s.312. Güneş/Mutlay s.245. Mollamahmutoğlu/Astarlı, s. 600. Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.1244. Öner Eyrenci, Savaş Taşkent ve Devrim Ulucan, *Bireysel İş Hukuku*, Beta Yayıncılık, Yenilenmiş 5. Baskı, İstanbul 2014, s.257. Sarper Süzek, *İş Hukuku (Genel Esaslar-Bireysel İş Hukuku)*, Beta Yayıncılık, Yenilenmiş 10. Baskı, İstanbul 2014, s.799. Soyer, Borçlar Kanunu, s.7, 30-31.

¹³ Soyer, Borçlar Kanunu, s.6-7.

¹⁴ Caniklioğlu/Canbolat, s.244. Cevdet İlhan Günay, "Fazla Saatlerle Çalışmanın Hukuki Sonuçları", *SİCİL İHD*, Haziran 2007, s.6. Cevdet İlhan Günay, "Hukuki Yönden Fazla Çalışma", *SİCİL İHD*, Yıl:2013, Sayı:30, Fazla Çalışma, s.27. Cevdet İlhan Günay, *İş Kanunu Şerhi*, Cilt:2, Yetkin Yayınları, Genişletilmiş 4. Baskı, Ankara 2015, Şerh, s.1814. Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s.255. Hatice Karacan, *4857 Sayılı İş Kanununa Göre Fazla Çalışma*, Seçkin Yayıncılık, Birinci Baskı, Temmuz 2007, s.19. Kandemir, s.16. M. Polat Soyer, "Yeni Düzenlemeler Karşısında Fazla Saatlerle Çalışmaya İlişkin Bazı Düşünceler", *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, Sayı:3, 2004, Fazla Saatler, s.797. Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.1269. Muhittin Astarlı, *İş Hukukunda Çalışma Süreleri*, Turhan Kitabevi, Ankara 2008, s.167-168. Mustafa Kılıçoğlu, *4857 Sayılı İş Kanunu Yorumu ve Yargıtay Uygulaması*, Ayhan Yayıncılık, Ankara 2005, İş Kanunu, s.400. Sezgi Öktem Songu, *Türk İş Hukukunda Çalışma Süresinin Düzenlenmesi*, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2007, s.331. Fazla saatlerle çalışma kavramını isabetli bulmayan görüş için bkz.; Ünal Narmanlıoğlu, *İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I*, Beta Yayıncılık, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, İstanbul 2014, s.644. Ünal Narmanlıoğlu, "İş Kanunu'na

karşılık, İş Kanununa ilişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliğinde fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma kavramları ayrı ayrı belirtilmiş olup, fazla saatlerle çalışma kavramına yer verilmemiştir. Bununla birlikte, Yönetmeliğin 5., 8., 9. ve 10. maddelerinin başlıklarında sadece fazla çalışmadan bahsedilip madde metninde fazla sürelerle çalışmaya da yer verilmiştir. Kanun yapma tekniği bakımından, Kanun ile yönetmelikte kullanılan kavramlar arasında yeknesaklık oluşturulması yerinde olur.

II. FAZLA SAATLERLE ÇALIŞMANIN İŞİN DÜZENLENMESİ HÜKÜMLERİ VE DİĞER MÜESSESELER İLE KARŞILAŞTIRILMASI

Fazla çalışma kavramı ile benzerlik ve farklılık gösteren hususların ortaya konulması ve kavramların daha iyi anlaşılabilmesi bakımından denkleştirme, telafi çalışmaları, hazırlama ve tamamlama temizleme işleri, ara dinlenmeleri, kısmi süreli çalışmalar ile ilişkisine kısaca yer verilmesi uygun olacaktır.

A. Denkleştirme

Gelişen teknoloji, rekabet ortamı gibi etkenler dolayısıyla işverenler tarafından değişen çalışma koşullarına uyum sağlanmasına yönelik taleplerinin dile getirilmesi neticesinde, dinamik, koşullara kolay uyum sağlayan, sadece çalışma ilişkilerinde esnek olan işletmelerin ayakta kalabileceği düşüncesi, aile dostu iş hukuku uygulamalarının gelişmesi, işçiyi zamanı kullanmada söz sahibi kılmak, kadınların ve ailenin de korunmasına hizmet etmek amacıyla esnekliğe ihtiyaç duyulmuş¹⁵ ve 4857 sayılı İş Kanunu'nda esneklik ile ilgili hükümler ve çeşitli çalışma modelleri getirilmiştir.

Göre Fazla Çalışma ve Karşılığı", **SİCİL İHD**, Mart 2010, Fazla Çalışma, s.28. Normali aşan çalışmalar kavramı için bkz.; Ercan Akyiğit, "Yeni İş Yasasında Normali Aşan Çalışmalar", **Tühis İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, Cilt:19, Sayı:4, Mayıs 2005, <http://www.tuhis.org.tr/upload/dergi/1348753304.pdf>, 21.02.2015, s.1.

¹⁵ Caniklioğlu, s.1. Güven/Aydın, s.303. Mustafa Alp, "İş Sözleşmesindeki Değişiklik Kayıtlarının İçerik Denetimi", **SİCİL İHD**, Eylül 2006, s.40. Yazara göre, iş hukuku kurallarının esnekleştirilmesi, işçi ve işveren arasındaki ilişkilerin emredici kurallar yerine taraf iradelerine öncelik tanınarak sözleşme hukukuna dönüşü ile çalışma koşullarında değişen şartlara kolay ve hızlı uyum sağlaması için sözleşmelerde değişiklik kayıtlarına yer verilmesi önemlidir. Öner Eyrenci, "Türkiye'de Çalışma Sürelerinin Esnekleştirilmesi", **Çalışma Hayatında Esneklik**, Çeşme Altın Yunus 27-31 Ekim 1993, Yaşar Eğitim ve Kültür Vakfı, İzmir Kasım 1994, Esnekleştirilme, s.163.

İş sürelerinin esnekleştirilmesi kavramı çalışma saatlerinin azaltılması kavramı ile aynı anlamda değildir¹⁶. Esnekleştirme ve kuralsızlaştırma kavramları zaman zaman aynı anlamda kullanılmakla birlikte, İş Kanunu ile benimsenen esneklik kavramı, ekonomik, sosyal, teknik ve teknolojik değişikliklere uyum sağlamayı kolaylaştırmak için emredici kurallara istisnalar getirerek, taraflara birden çok seçeneği değerlendirebilecekleri güvenli bir esneklik sağlayarak düzenleme yapmalarına olanak sağlama anlamında anlaşılmalıdır¹⁷. Değişim gereksinimini hisseden işverene, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde yönetim hakkını genişletme, geri alma, cayma hakkı ve bağlayıcı olmama kaydı gibi değişiklik kayıtları ile yetki verilebilir. Ancak bu yetkinin, mevcut iş sözleşmesini ortadan kaldırıp yenisini kuracak ölçüde bir yetki olmaması gerekir. Başka bir deyişle, işverene verilen değişiklik kayıtları yetkisi kanunun yasakladığı bir sonuca, izin verdiği araçlarla ulaşma imkanı da vermemelidir¹⁸.

4857 sayılı Yasa döneminden önce çalışma sürelerinin haftanın çalışılan günlerine eşit ölçüde bölünmesine ilişkin kuralın aksinin kararlaştırılabileceğine ilişkin bir yasal düzenleme olmamakla birlikte, doktrinde, bu ihtiyaç önemle vurgulanmaktaydı¹⁹. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 63. maddesiyle, çalışma süresinin haftada en çok kırkbeş saat olduğu ve aksi kararlaştırılmamışsa bu sürenin, işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine eşit ölçüde bölünerek uygulanacağı düzenlenmiştir. Görüleceği üzere, yasada açıkça işçi ve işveren arasında haftalık 45 saatlik azami çalışma süresinin, günlere dağılımı konusunda anlaşma yapılabileceği düzenlemiştir. Çalışma Süreleri Yönetmeliği'nin 5. maddesi ile de bu hususun taraflarca yazılı olarak kararlaştırılması gerektiği belirlenmiştir. Taraflar günlük çalışma sürelerinin haftalık dağılımını belirlememişse, haftalık çalışma süresi 45 saat olduğundan, haftanın 6 günü çalışılan iş yerlerinde günlük çalışma süresi 7,5 saat, haftanın 5 günü çalışılan iş yerlerinde ise günlük çalışma süresi 9 saat olacaktır.

Mevzuatımızda, işyerinde denkleştirme uygulanabilmesi için, tarafların anlaşması şart olup, işverence tek taraflı olarak denkleştirme uygulanamaz. Piyasada yaşanan ekonomik güçlüklerden etkilenen işveren, işçinin iş görme

¹⁶ Eyrenci, Esnekleştirilme, s.162. Başlıca esnek süreli çalışma modelleri için bkz.; Eyrenci, Esnekleştirilme, s.164-169. Kayan iş sürelerine ilişkin bkz.; Devrim Ulucan, "Yargıtay'ın Kayan İş Süreleri ve Fazla Çalışma ile İlgili Yaklaşımı", Prof. Dr. Ünal Narmanlıoğlu'na Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:9, Özel Sayı, İzmir 2007, ss.177-188. Günay, Fazla Çalışma, s.25 vd.

¹⁷ Öner Eyrenci, "4857 Sayılı İş Kanunu ile Getirilen Yeni Düzenlemeler Genel Bir Değerlendirme", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Sayı:1, 2004, Yeni Düzenlemeler, s.17-18.

¹⁸ Alp, ss.37-39.

¹⁹ Eyrenci, Esnekleştirilme, s.170-171,185.

borcunu kabul edemediği hallerde, alacaklının temerrüdüne düşer ve işverenin çalışmaya hazır olan işçiye ücret ödeme borcu devam eder²⁰. Yani işçi fiilen çalışmasa dahi, çalışmaya hazır olduğu için ücret alacağı doğar. Yargıtay²¹, denkleştirme yapılması için İş Kanununa ilişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği'nin 5. maddesinde düzenlenen işçinin yazılı onay vermesi şartını bir kenara bırakarak, mevzuata aykırı olmasına rağmen, işyerindeki fiili çalışma sisteminin örtülü denkleştirme olduğunu içtihat etmektedir. Anılan kararlar doktrinde haklı olarak eleştirilmektedir²². İşçiye fazla çalışma yaptırılıp karşılığının ödenmesi beklenirken, bir anda denkleştirme yapıldığı belirtilerek çalışmalarının karşılığının verilmemesi iş koşullarında esaslı değişiklik anlamı taşır²³. İşçinin sağlığı ve sosyal yaşamının korunması isteklerinin yanında bu nedenle de işçinin denkleştirmeye ilişkin rızasının alınması gereklidir²⁴.

Haftalık çalışma süresinin 45 saatin altında belirlendiği iş yerlerinde, fazla sürelerle çalışma yapılması halinde denkleştirmeye gidilip gidilemeyeceği konusunda kanunda bir açıklık bulunmamaktadır. Kanun'un 63. maddesinde "haftalık normal çalışma süresinden" bahsedildiğinden haftalık çalışma süresi 45 saatin altında belirlenen iş yerlerinde de belirlenen saat üzerinden denkleştirme yapılabileceği kabul edilebilir²⁵.

²⁰ E. Murat Engin, "Denkleştirme Esası Uygulamasında Çalışma ve Dinlenme Sürelerine İlişkin Emredici Hükümler", *SİCİL İHD*, Mart 2007, s.73.

²¹ Yarg. 22.H.D., 19.09.2013 gün ve E. 2012/26026, K. 2013/19201, (Çalışma ve Toplum, Yıl:2014/1, Sayı:40, s.604-606). Yarg. 9. H.D., 01.12.2011 gün ve E. 2009/29109, K.2011/46757, (Şahin Çil, *İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları (2013-2014 Yılları)*, Yetkin Yayıncılık, Açıklamalı 6. Baskı, Ankara 2015, s.911-912). H.G.K., 05.11.2008 gün ve E. 2008/9-669, K. 2008/670, (Mustafa Kılıçoğlu, *İlke Kararları Işığında İş Hukukunda Temel Kavramlar*, Turhan Kitabevi, Ankara 2009, Temel Kavramlar, s.623-626).

²² Güven/Aydın, s.307. Mehmet Nusret Bedük, "Çalışma Sürelerinin Denkleştirilmesi Esneklik Mi, Yoksa Keyfilik Midir? İş Hukuku Uygulamasında Çalışma Sürelerinin Denkleştirilmesi ve Fazla Çalışma Konusunda Bir Değerlendirme" *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt:19, Yıl:2011, Sayı:2, s.219-220. Narmanlıoğlu, Fazla Çalışma, s.35. Öner Eyrenci, "İş İlişisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi", *Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2012*, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Derneği, Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası (Kamu-İş), Ankara 2014, İşin Düzenlenmesi, s.38. Songu, s.190-193. Aksi yönde; Erdem Özdemir, "Fazla Çalışmaya İlişkin Güncel Yargıtay Kararları ve Değerlendirilmesi" *SİCİL İHD*, Yıl:3 Sayı:12, Aralık 2008, s.83. Yazılı şekil şartının geçerlilik değil, ispat şartı olduğuna ilişkin bkz.; Cüneyt Özen, "Denkleştirme Döneminde Fazla Çalışma Ücreti Ödenir Mi?" (E-Yaklaşım), *Yaklaşım Dergisi*, Sayı:225, Eylül 2011, <http://uye.yaklasim.com/dergiler>, 17.03.2017, s.491.

²³ Bedük, s.218-220. Engin, s.73.

²⁴ Bedük, s.218. Yazara göre, işveren denkleştirme uygulamasını kabul etmeyen işçinin sözleşmesini geçerli nedenle feshedebilir.

²⁵ Akyiğit, s.10. Eyrenci, Yeni Düzenlemeler, s.43. Kandemir, s.15,17. Münir Ekonomi, "4857 Sayılı İş Kanununa Göre Fazla Çalışma Kavramı", *Kamu-İş*, <http://www.kamu-is.org.tr/pdf/739.pdf>, 21.02.2015, s.12. Narmanlıoğlu, s.656. Narmanlıoğlu, Fazla Çalışma, s.35-36. Süzek, s.800. Şahin Çil, "4857 Sayılı İş Kanununa Göre Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma", *Çalışma ve Toplum*, Yıl:2007/3, Sayı:14, Fazla Çalışma, s.60. Şahin Çil, *4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi*, 3. Cilt, Turhan Kitabevi Yayınları, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2007, Şerh, s.2490-2491. Yazar her iki eserin de anılan kısımda verdiği örnekte, çalışma süresi haftalık 40 saat olarak belirlenen bir işyerinde bir hafta 35 saat ikinci hafta 45 saat çalışılması halinde, fazla sürelerle çalışılmadığı, ilk hafta

Denkleştirme uygulamasının amacı işçinin fazla çalışmasına neden olmadan iş sürelerinin belirlenen haftalar arasında kaydırılması şeklinde olmasına karşılık belirli hallerde fazla çalışma ya da fazla sürelerle çalışma yapılması mümkündür. Açıklanan nedenle, gerekli hallerde karşılaştırmalar ile birlikte doktrinde savunulan görüşlere ve uygulamaya aşağıda yer verilecektir.

B. Telif Çalışmaları

Telif çalışmaları 4857 sayılı Kanun'un 64. maddesinde düzenlenmiştir. Telif çalışması yapılması ve fazla saatlerle çalışma yapılmasına ilişkin sebepler kanunda sayılmıştır. 4857 sayılı Kanun ile işçiye fazla çalışma yaptırabilmek için üç tür sebep belirlenmiştir. Ülkenin genel yararları yahut işin niteliği veya üretimin artırılması gibi nedenlerle normal fazla çalışma, bir arıza sırasında, bir arızanın mümkün görülmesi halinde yahut makineler veya araç ve gereç için hemen yapılması gerekli acele işlerde zorunlu nedenlerle fazla çalışma, seferberlik sırasında bu süreyi aşmamak kaydıyla ülke savunmasının ihtiyaçlarını sağlayan çalışmalar ise olağanüstü fazla çalışma sebeplerini oluşturur. Kanunda, telif çalışması yapılabilmesinin sebebi ise zorunlu nedenlerle işin durması, ulusal bayram ve genel tatillerden önce veya sonra işyerinin tatil edilmesi veya benzer nedenlerle işyerinde normal çalışma sürelerinin önemli ölçüde altında çalışılması veya tamamen tatil edilmesi ya da işçinin talebi ile kendisine izin verilmesi halleri olarak açıklanmıştır.

Telif çalışması Kanunda sayılan haller ve benzerleri konularda yaptırılabilir olup, daha önce Kanunda sayılan bir sebeple işçinin çalıştırılmadığı, tatil edilen günlerin karşılığı olarak işveren tarafından iki ay içinde çalışılmayan süreler için telif çalışması yaptırılması şeklinde ortaya çıkar. Fazla saatlerle çalışmada ise bir telif söz konusu olmaksızın, haftalık çalışma sürelerinin üstünde çalışılmaktadır. Yine telif çalışmalarının çalışılmayan sürelerin telifi olması nedeniyle fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma sayılmayacağı açıkça düzenlenmiştir.

35 saat, ikinci hafta 55 saat çalışılması halinde ise 5 saat fazla sürelerle çalışmış, 5 saat de fazla çalışmış olacağını belirtmiştir. Yazara fazla sürelerle çalışma yapılması halinde de denkleştirme yapılabilmesi yönünden katılmakla birlikte, ilk hafta 35 saat, ikinci hafta 55 saat çalışılması şeklinde verilen örneğe 5 saat fazla sürelerle çalışma, 5 saat de fazla çalışma yapıldığının kabul edilmesi gerektiği yönünden katılmıyoruz. Anılan örnekte, iki haftada toplam 90 saat çalışma yapılmış olduğundan, ortalaması haftalık 45 saat olacaktır. Bu halde toplamda 10 saat fazla sürelerle çalışma yapıldığının kabul edilmesi gerektiğini düşünüyoruz.

Telafi alışmaları, günlük en çok çalışma süresini aşmamak koşulu ile günde üç saatten fazla olamaz. 4857 sayılı İş Kanunu'nda her ne kadar açıkça günlük çalışma süresi belirlenmemişse de, telafi çalışmalarına ilişkin günlük en çok çalışma süresi ifadesiyle kastedilenin, Kanun'un 63/2 maddesindeki "günde 11 saati aşmamak" ifadesi olduğunu düşünüyoruz. Dolayısıyla günde 11 saati aşmamak üzere, en fazla 3 saat telafi çalışması yaptırılabilir. Yine tatil günlerinde telafi çalışması yaptırılmaz.

C. Hazırlama, Tamamlama ve Temizleme İşleri

Hazırlama, tamamlama ve temizleme işleri 4857 sayılı Kanun'un 70. maddesinde düzenlenmiştir. Kanunda 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 yönetmeliğe bırakılmıştır.

4857 sayılı Kanun'un 70. maddesine dayanılarak 28.04.2004 tarihli, 25446 sayılı resmi gazete ile Hazırlama, Tamamlama ve Temizleme İşleri Yönetmeliği yayınlanmıştır. Hazırlama, tamamlama ve temizleme işleri, görevleri yalnız bu işleri yapmakla sınırlı olan işçilere yaptırılıyorsa bu işçiler için yönetmelik hükümleri uygulanmaz. Hazırlama, tamamlama ve temizleme işleri, işyerinin asıl işçilerine yürüttükleri işlere ek olarak yaptırıldığı takdirde, bu Yönetmelik hükümleri uygulanır.

Hazırlama, Tamamlama ve Temizleme İşleri Yönetmeliği'nin 4. maddesinde hazırlama, tamamlama ve temizleme işlerinin, asıl işe ilişkin günlük çalışma sürelerinden önce veya sonra yaptırılabilieceği, teknik bir zorunluluğun bulunması veya bu işlerin, asıl işin yürütümü sırasında yapılmasının sağlık ve güvenlik yönünden sakıncalı olması halinde yaptırılabilieceği düzenlenmiştir.

Yine asıl iş için belirlenmiş olan günlük çalışma sürelerine ek olarak, bu sürelerin başlama saatlerinden önce veya bitme saatlerinden sonra, hazırlama, tamamlama ve temizleme işlerini yapacak olan işçiler, bu işlerde günde en çok iki saat daha çalıştırılabilir. (HTTİY m.5) Sağlık Kuralları Bakımından Günde Ancak Yedibuçuk Saat veya Daha Az alışılması Gereken İşler Hakkında Yönetmelikte belirtilen işlere ilişkin olarak hazırlama, tamamlama ve temizleme işlerinin asıl işçilere yaptırılması halinde, bu işlerin, söz konusu Yönetmelikte yer alan işlerden

her birine özgü olmak üzere belirtilmiş bulunan iş sürelerini aşmayacak biçimde düzenlenmesi zorunludur. (HTTİY m.11)

Hazırlama, tamamlama ve temizleme işleri de dahil olmak üzere, günlük çalışma süresi 11 saati aşamaz. Günlük normal çalışma süresi dışında yapılan hazırlama, tamamlama ve temizleme işleri ile yapılan fazla çalışma sürelerinin toplamı yılda iki yüz yetmiş saati geçemez. (HTTİY m.12) Bir işyerinde, hazırlama, tamamlama ve temizleme işlerini de yapan asıl işçilere, bu işlerde geçirdikleri sürenin her bir saati için ödenecek ücret, o işyerindeki asıl işlerine ait normal çalışma ücretinin saat başına düşen tutarının yüzde elli yükseltilmesi suretiyle verilir. (HTTİY m.15)

D. Kısmi Süreli Çalışma

4857 sayılı Kanun'un 13. maddesinde *işçinin normal haftalık çalışma süresinin, tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan emsal işçiye göre önemli ölçüde daha az belirlenmesi durumunda yapılan sözleşme kısmî süreli iş sözleşmesi olarak tanımlanmıştır.* Hükümde önemli ölçüde az olarak ifade edilen ölçüt açık olmayıp, anılan maddenin gerekçesinde tam sürenin üçte ikisinden daha az belirlenen süre şeklinde açıklanmıştır. İş Kanununa İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği'nin 6. maddesinde de *işyerinde tam süreli iş sözleşmesi ile yapılan emsal çalışmanın üçte ikisi oranına kadar yapılan çalışma kısmi süreli çalışma olarak ifade edilmiştir.* Yani yasada haftalık normal çalışma süresi 45 saat olarak belirlendiğine göre, kural olarak kısmi süreli çalışma süresinin de haftalık 30 saatten az olarak belirlenmesi gerekmektedir. İşyerinde tam süreli iş sözleşmesi ile yapılan emsal çalışmanın üçte ikisinden bahsedildiğinden, kanaatimizce haftalık çalışma süresinin 45 saatin altında belirlendiği iş yerlerinde, haftalık çalışma süresi olarak belirlenen sürenin üçte ikisi üzerinden yapılacak hesaplama ile tespit edilen saatin, kararlaştırılan saatten yüksek olup olmamasına göre kısmi süreli çalışma olup olmadığı değerlendirilmelidir. Örneğin haftalık çalışma süresi 42 saat olarak belirlenen bir işyerinde, haftalık çalışma süresinin üçte ikisi 28 saattir. Bu nedenle de çalışma süresi 42 saat olarak belirlenen bir işyerinde, kısmi süreli çalışan işçinin haftalık çalışma süresinin 28 saatten az belirlenmesi gerekir. Eğer iş akdinin kısmi süreli olduğu belirlenmiş ancak saat belirlenmeyerek işverene bırakılmışsa, kısmi süreli çalışma saatinin işverene bırakılmasına ilişkin hüküm geçersiz olup, sözleşmede bu

hususta boşluk oluşması nedeniyle İş Kanunu'nun 14/II maddesi gereğince çalışma süresi 20 saat olarak kararlaştırılmış kabul edilir²⁶.

İş Kanununa İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği'nin 8. maddesinin d bendinde kısmi süreli iş akdi ile çalışan işçilerin onay vermesine rağmen yasal süreler içinde fazla sürelerle çalıştırılması yasaklanmıştır. Öncelikle belirtmek isteriz ki, aşağıda açıklanacağı üzere Yönetmelik hükmünün Anayasa'ya aykırı olması nedeniyle uygulanmaması görüşünderiz²⁷. Ancak, uygulanması ve hükme geçerlilik tanınması halinde, 30 saati aşan çalışmaların yasak olduğu kabul edilecektir. Kanaatimizce bu kabule göre, kural olarak haftalık çalışma süresi 30 saate kadar belirlenen iş sözleşmeleri kısmi süreli olacağından, fazla sürelerle çalışma yapılmasına da bir alt sınır getirildiği söylenebilir. Yani fazla sürelerle çalışma, haftalık çalışma süresinin en az 30 saatin üstünde belirlendiği iş ilişkilerinde, belirlenen saat ile haftalık 45 saate kadar olan süre arasında yapılan çalışmalar olarak tanımlanabilir.

Bu kısımda açıklanan bilgilerle yetinilecek, kısmi süreli çalışmaya ilişkin ayrıntılı değerlendirmelerimiz fazla çalışma yasakları açıklanırken diğer yasaklarla da ilişkilendirilerek yapılacaktır.

E. Ara Dinlenmeleri

4857 sayılı Kanun'un 68. maddesi gereğince günlük çalışma süresinin ortalama bir zamanında o yerin gelenekleri ve işin gereğine göre ayarlanmak suretiyle işçilere; dört saat veya daha kısa süreli işlerde onbeş dakika, dört saatten fazla ve yedibuçuk saate kadar (yedibuçuk saat dahil) süreli işlerde yarım saat, yedibuçuk saatten fazla süreli işlerde bir saat, ara dinlenmesi verilir. Bu dinlenme süreleri en az olup aralıksız verilir. Ancak bu süreler, iklim, mevsim, o yerdeki gelenekler ve işin niteliği göz önünde tutularak sözleşmeler ile aralı olarak kullanılabilir.

Ara dinlenmeler bir işyerinde işçilere aynı veya değişik saatlerde kullanılabilir. Ara dinlenmelerinin hangi işçi tarafından ne zaman kullanılacağı'nın belirlenmesi konusunda yetki işverende olup, ara dinlenmeleri işverence yönetim hakkı çerçevesinde dürüstlük kuralına uygun olarak kullanılmalıdır.

²⁶ Alp, s.51. Eyrenci, Yeni Düzenlemeler, s.28. Mustafa Alp, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005, Sözleşme, s.365.

²⁷ Bkz.; İkinci Bölüm, I., D., 6., c.

Kanun'un emredici düzenlemesi karşısında ara dinlenmeleri çalışma süresinden sayılmaz²⁸. Dolayısıyla fazla çalışma hesabı yapılırken de günlük çalışma süresinden işçiye kullandırılan ara dinlenmeleri çıkarılarak çalışma süresinin hesap edilmesi gerekmektedir. Ancak kanaatimizce maddede belirtilen ara dinlenmelerinin işveren tarafından fiilen kullandırılıp kullandırılmadığı araştırılmalıdır. Ara dinlenmesinde işçi fiilen çalıştırılmış ise bu süreler de çalışma süresinden sayılmalıdır²⁹. Ancak Yargıtay, gerçek durumun araştırılması yerine, aşırı bulduğu fazla çalışma ücreti taleplerinde daha fazla indirim yapabilmek için, mevzuat hükümleriyle de bağdaşmayan gerekçelerle hakkaniyete uygun olduğunu düşünerek farklı ara dinlenmeleri uygulamaktadır³⁰. Oysaki kanunda işçi ve işveren arasındaki statüsel farklılıklar değerlendirilerek dağıtıcı adalet gereğince bir denge kurulmuş olup, yargı kararları ile salt varsayımsal olarak belirlenen ara dinlenmelerinin düşülmesi uygulaması yerinde değildir. Her ne kadar Kanunda belirlenen ara dinlenme süreleri asgari süreler ise de, bir işyerinde fiilen ara dinlenmesi verilip verilmediği araştırılmaksızın varsayımsal olarak kabul edilen genel kapsamlı içtihatlar oluşturulmasını uygun bulmuyoruz.

Yargıtay bir kararında³¹, günlük çalışma süresi 10 saate kadar ise bir saat, 10 saati aşıyor ise 1,5 saat ara dinlenmesinin düşülmesi gerektiğini, bir başka kararında³², günde 11 saate kadar olan çalışmalar için bir saat, 11 saat ve daha fazla çalışmalarda ise bir buçuk saat ara dinlenmesi verilmesini, bir başka kararında

²⁸ Caniklioğlu, s.4. Yazara göre, ara dinlenmelerinin çalışma süresinden sayılmayacağına ilişkin hükmün sözleşmeler ile aksi kararlaştırılabilir.

²⁹ A. Murat Demircioğlu ve Tankut Centel. **İş Hukuku**, Beta Yayıncılık, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 18. Bası, 2015, s.128. Erol Güner, "Fazla Çalışma Yapanların Ara Dinlenme Süresi Artar mı?" (E-Yaklaşım), **Yaklaşım Dergisi**, Sayı:228, Aralık 2011, <http://uye.yaklasim.com/dergiler>, 17.03.2017, Ara Dinlenme, s.542-543. Eyrenci, İşin Düzenlenmesi, s.70. Fevzi Demir, **En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması**, Birleşik Matbacılık, 5. Baskı, İzmir 2009, s.216. Fikriye Gonca Öcalan, "4857 Sayılı İş Kanunu Çerçevesinde Fazla Çalışma Kavramı ve Kapsamı", **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt:84, Sayı:2010/3, s.1630. Günay, s.15. Karacan, s.33. Murat Şen, "Ulusal Bayram ve Genel Tatil Günlerine Rastlayan Haftalarda Fazla Çalışma", **SİCİL İHD**, Yıl:5, Sayı:18, Haziran 2010, Fazla Çalışma, s.14-15. Oğuz Kurucu, **İş Yargısı, İş Mahkemelerinde Yargılama Yöntemi**, Ankara 1994, s.582. Öner Eyrenci, "Yargıtay Kararları Işığında Fazla Saatlerle Çalışmanın Saptanması", Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, Cilt:1, İstanbul 2011, ss.459-473, Fazla Saatler, s.471.

³⁰ Eyrenci, Fazla Saatler, s.472.

³¹ Yarg. 9.H.D., 19.09.2008 gün ve E. 2007/25935, K. 2008/24130, (Çalışma ve Toplum, Yıl:2009/2, Sayı:21, s.192-193). Yarg.9.H.D., 29.06.2009 gün ve E. 2009/23986, K. 2009/18196, (Çalışma ve Toplum, Yıl:2010/1, Sayı:24, s.373-374).

³² Yarg. 9.H.D., 06.05.2014 gün ve E. 2012/14454, K. 2014/14594, (Çalışma ve Toplum, Yıl:2015/4, Sayı:47, s.507-511). Yarg. 9.H.D., 06.05.2014 gün ve E. 2012/14453, K. 2014/14593, (Çalışma ve Toplum, Yıl:2015/3, Sayı:46, s.364-368). Yarg. 7.H.D., 11.02.2014 gün ve E. 2013/16016, K. 2014/3557, (Çalışma ve Toplum, Yıl:2014/4, Sayı:43, s.347-348). Yarg. 22.H.D., 14.01.2014 gün ve E. 2013/1747, K. 2014/150, (Çalışma ve Toplum, Yıl:2014/4, Sayı:43, s.495-497). Yarg. 9. H.D., 10.11.2015 gün ve E. 2014/18797, K. 2015/31828, (www.legalbank.net e.t.18.05.2016). Yarg. 7. H.D., 24.04.2013 gün ve E. 2013/2900, K. 2013/7458, (www.legalbank.net e.t.18.05.2016).

ise³³, 15 saatlik çalışma süresinden 1,5 saat ara dinlenmesi düşülmesi gerektiğini kabul etmiştir. İşveren tarafından yönetim hakkı çerçevesinde yasanın belirlediği asgari ara dinlenme sürelerine uyulmaması halinde işvereni koruyacak şekilde varsayımsal içtihatlar oluşturulması yerine, yasada düzenlenen asgari sürelerin altında verilen ara dinlenmelerine hesaplamalarda geçerlilik tanınarak ara dinlenmelerinin fiili duruma göre günlük çalışma süresinden düşülmesi gerektiği yönünde içtihatlar oluşturulması halinde hem işçinin emeği zayi olmayacak hem de işveren tarafından yasal düzenlemelere bir nebze daha riayet edilecektir.

Yine Yargıtay kararlarında³⁴, işçinin ara dinlenme saatinde tamamen serbest olduğu, bu süreyi işyerinde ya da işyeri dışında geçirebileceği, işyerinde geçirdiğinde çalışarak geçirmesi halinde ara dinlenmesinin verilmemiş sayılacağı, bu süre içinde çalışmaya zorlanamayacağı da değerlendirilmiştir. Yargıtay, işverenin yönetim hakkı çerçevesinde, işçilerin ara dinlenmelerini sırayla kullanmasını ve ara dinlenmelerinin zamanını belirleyebileceğini ancak ara dinlenmenin günlük çalışma içinde belirli bir şekilde amaca uygun ve aralıksız olarak kullandırması gerekeceğini dolayısıyla da sabah geç gelerek ya da akşam erken çıkarak kullandıramayacağını içtihat etmektedir³⁵. Açıklandığı üzere her ne kadar bir kısım kararlarda³⁶ işçinin ara dinlenmelerini işyerinde geçirdiğinde, çalışarak geçirmesi halinde ara dinlenmesinin verilmemiş sayılacağı değerlendirilse de işbu varsayımsal süreler hemen hemen her kararda düşülmekte ve gerçek durum araştırılmamaktadır.

³³ Yarg. 9.H.D., 02.12.2013 gün ve E. 2011/44651, K. 2013/31457, (Çalışma ve Toplum, Yıl:2014/1, Sayı:40, s.425-427).

³⁴ Yarg. 9.H.D., 06.05.2014 gün ve E. 2012/14453, K. 2014/14593, (Çalışma ve Toplum, Yıl:2015/3, Sayı:46, s.364-368). Yarg. 9.H.D., 02.12.2013 gün ve E. 2011/44651, K. 2013/31457, (Çalışma ve Toplum, Yıl:2014/1, Sayı:40, s.425-427).

³⁵ Yarg. 9. H.D., 17.11.2008 gün ve E. 2007/35281, K. 2008/30985, (www.legalbank.net e.t.20.03.2017). Yarg. 9. H.D., 10.11.2015 gün ve E. 2014/18797, K. 2015/31828, (www.legalbank.net e.t.18.05.2016).

³⁶ Yarg. 9. H.D., 12.05.2014 gün ve E. 2012/9972, K. 2014/15167, (www.legalbank.net e.t.20.03.2017). Yarg. 7. H.D., 24.10.2016 gün ve E. 2016/34694, K. 2016/17427, (www.legalbank.net e.t.20.03.2017).

İKİNCİ BÖLÜM

FAZLA SAATLERLE ÇALIŞMA TÜRLERİ, ŞARTLARI VE FAZLA SAATLERLE ÇALIŞMAYA İLİŞKİN İSPAT SORUNLARI

I. FAZLA SAATLERLE ÇALIŞMA TÜRLERİ

A. Genel Olarak

Genel olarak fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma işçinin belirlenen çalışma saatlerinin üstünde bir çalışma gerçekleştirilmesiyle ortaya çıkacağı için, işverenin fazla çalışma yaptırabilmesi için bunu gerektiren bir durumun ya da sebebin ortaya çıkması gerekmektedir.

4857 sayılı İş Kanunda fazla çalışma sebepleri sayılmış olup, yasal nedenlerle üç tür fazla çalışma sebebi bulunmaktadır. Bu sebeplerden birincisi, Kanun'un 41. maddesinde ülkenin genel yararları yahut işin niteliği veya üretimin artırılması gibi nedenlerle normal fazla çalışma sebepleri olarak belirtilmiştir. İkincisi Kanun'un 42. maddesinde bir arıza sırasında, bir arızanın mümkün görülmesi halinde yahut makineler veya araç ve gereç için hemen yapılması gerekli acele işlerde zorunlu nedenlerle fazla çalışma sebepleri olarak sayılmıştır. Üçüncüsü ise Kanun'un, 43. maddesinde seferberlik sırasında bu süreyi aşmamak kaydıyla ülke savunmasının ihtiyaçlarını sağlayan işlerde Bakanlar Kurulu'nun gerek görmesi halinde olağanüstü hallerle fazla çalışma sebepleri olarak belirtilmiştir. Çalışmamızda öncelikle zorunlu ve olağanüstü nedenlerle fazla çalışma açıklanacak olup daha sonra normal fazla çalışma ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

B. Zorunlu Nedenlerle Fazla Çalışma

1. Zorunlu Nedenle Fazla Çalışma Sebepleri

4857 sayılı İş Kanunu'nun 42. maddesinde; gerek bir arıza sırasında, gerek bir arızanın mümkün görülmesi halinde³⁷ yahut makineler veya araç ve gereç için hemen yapılması gerekli acele işlerde yahut zorlayıcı sebeplerin ortaya çıkmasında,

³⁷ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.1263. Yazarlara göre, arıza her zaman mümkün olabileceğinden, anılan ifade "bir arızanın muhtemel görülmesi halinde" şeklinde anlaşılmalıdır. Aynı Yönde; Demir, s. 191.

işyerinin normal çalışmasını sağlayacak dereceyi aşmamak koşulu ile işçilerin hepsi veya bir kısmına yaptırılan fazla çalışmalar, zorunlu nedenlerle yapılan fazla çalışma olarak düzenlenmiştir. Kanunda zorlayıcı neden olarak, arıza sırasında, makineler veya araç gereç için fazla çalışmanın gerekli olması halleri anıldığından, bahsi geçen zorlayıcı nedenin hukuki anlamda mücbir sebep olması gerekmez³⁸. İşyerinde kusur ile de oluşabilecek beklenmeyen durumlar, can ve mal güvenliği bakımından tehlike doğurabilecek durumlar, işyerinin normal faaliyetini olumsuz etkileyerek işin aksamasına neden olan durumlar, zorunlu nedenle fazla çalışma yaptırılması için gerekli olan sebep unsuru olarak sayılabilir³⁹. Yine deprem, sel, yangın gibi afetler neticesinde işyerinin olumsuz etkilenmesi durumunda, işyerinin normal çalışmasını sağlayacak aşamaya gelene kadar ve işçinin anılan afetten etkilenmesi halinde dürüstlük kuralı gereğince fazla çalışması kendisinden beklenilebilir olduğu ölçüde zorunlu nedenlerle fazla çalışma yaptırılabilir. Doktrinde bir görüşe göre⁴⁰, İş Kanunu'nun m.24/III ve m.25/III bentlerinde belirtilen sebeplerin giderilmesi için yapılacak fazla çalışmalar da zorlayıcı nedendir ve bu durum işçi ve işverenin çıkan engele karşı birlikte el ele mücadelesi anlamını taşır. Ancak kanaatimizce telafi çalışması yapılabilmesinin sebepleri arasında, zorunlu nedenlerle işin durması hali de sayıldığından, İş Kanunu'nun 24/III. ve 25/III. maddelerinde anılan zorunlu nedenlerle işin durması halinde şartları varsa telafi çalışması yapılıp yapılmadığı değerlendirilmelidir.

Üretim artışı, piyasadaki talep fazlalığı, bir anda ortaya çıkan sipariş çokluğu gibi durumlar ise zorunlu nedenle fazla çalışma değil, işçinin rızasına bağlı olan olağan nedenlerle fazla çalışma sebebi olabilir.

2. Zorunlu Nedenle Fazla Çalışmada İşçinin Çalışma Yükümlülüğü Ve Sınırları

1475 sayılı İş Kanunu'nun 36. maddesinde zorunlu nedenlerle fazla çalışma yaptırmak isteyen işveren işin niteliğini, başladığı gün ve saati işin bitiminden başlayarak 48 saat içinde ilgili Bölge Çalışma Müdürlüğüne bildirmek zorundayken,

³⁸ Ali Cengiz Köseoğlu ve Sibel Kabul. "4857 Sayılı İş Kanunu Bağlamında Çalışma Süresinin Aşılması: Fazla Çalışma", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt:72, Yıl:2014, Sayı:2, s.243. Astarlı, s.210-211. Günay, s.11. Hilal Çiçek, "Fazla Çalışma Ücreti", *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, Sayı:21, 2009, s.189. Kenan Tunçomağ ve Tankut Centel, *İş Hukukunun Esasları*, Beta Yayıncılık, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 7. Bası, İstanbul 2015, s.159. Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.1263. Songu, s.362.

³⁹ Astarlı, s.210-211. Günay, s.11. Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.1263.

⁴⁰ Kılıçoğlu, İş Kanunu, s.408.

4857 sayılı Kanun ile Bölge Çalışma Müdürlüğüne bildirimde bulunma zorunluluğu, uygulamada bir yarar sağlamadığı gerekçesiyle kaldırılmıştır⁴¹.

4857 sayılı İş Kanunu'nun zorunlu fazla çalışmayı düzenleyen 42. maddesinde, 41. maddenin işçinin onayının aranmasına ilişkin fıkrasına atıf yapılmadığından, işverenin zorunlu nedenle fazla çalışma yaptırabilmesi için işçinin onayını alması gerekmemektedir. İş Kanununa İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği'nin 9. maddesinde de işçilere yaptırılacak zorunlu fazla çalışmalar için işçinin onayı alınmayacağı şeklinde düzenleme yapılmıştır. Yapılan düzenlemeler ile işyerinin varlığının korunması, işçinin iradesinden üstün tutulmuştur. Zorunlu nedenlerle fazla çalışma yapılması halinde işçinin onayının aranmayacağına ilişkin hüküm mutlak emredici nitelikte olup, aksi sözleşme ile kararlaştırılmaz⁴².

Zorunlu nedenle fazla çalışma yapılmasının istenilmesi halinde işçinin onayı aranmadığından, zorunlu nedenin varlığı konusunda objektif bir yaklaşım gerekmekte olup, işçinin gerek görmediği, işverenin arıza tehlikesi olduğunu düşündüğü durumlarda uyumsuzluk meydana gelecektir. Bu tür durumlarda işçinin, işverenin keyfi taleplerine karşı çıkması kabul edilebilir, ancak zayıf da olsa arıza oluşma ihtimali varsa işçinin fazla çalışma yapması gerekmektedir⁴³. İşveren tarafından zorlayıcı nedenle fazla çalışma yapılacağına dair verilen talimat, gerçekte zorlayıcı nedenin mevcut olmaması halinde hukuka aykırı talimat niteliği taşıyacağından, işçinin anılan talimata uymama hakkı olmakla birlikte işçi hukuka aykırı talimata rağmen fazla çalışma yapmışsa bu durumda, işverenin zorunlu nedenlerle fazla çalışmaya yönelik talimatının, normal fazla çalışma talimatına tahvil edilmesi gerekir⁴⁴.

İşyerinde zorlayıcı neden meydana gelmesine rağmen, işverenin zorlayıcı nedeni aşacak nitelikte, örneğin arıza olan makinanın bulunduğu bölümdeki işçiler yanında gerekli olmamasına rağmen diğer bölümlerdeki işçileri de, işbu durumdan yararlanmak suretiyle zorlayıcı neden adı altında fazla çalışma yaptırmak istemesi halinde, zorlayıcı nedenin gerçek muhatabı olmayan işçiler bu çalışmadan kaçınabilirler⁴⁵. Bu durumda işçinin fazla çalışma yapmaktan kaçınması sadakat yükümlülüğüne ya da iş görme borcuna aykırılık oluşturmaz. Ancak işverenin bir

⁴¹ 4857 sayılı Kanun 42. madde gerekçesi.

⁴² Süzek, s.812.

⁴³ Kılıçoğlu, İş Kanunu, s.407.

⁴⁴ Gaye Baycık, *İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar*, Yetkin Yayınları, 2011, s.359-360.

⁴⁵ Astarlı, s.211. Müjdat Şakar, *İş Hukuku Uygulaması*, Beta Yayıncılık, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 10. Baskı, İstanbul, Kasım 2014, s.117.

kısım işçilerden zorunlu nedenle fazla çalışma talep ettiği halde, zorlayıcı nedenin gerçek muhatabı olmayan işçiler, olağan fazla çalışmaya onay vermiş ve işverenin talebi olağan fazla çalışma şartlarını taşıyorsa, bu halde işçinin fazla çalışma yapmaktan kaçınması sadakat yükümlülüğüne ya da iş görme borcuna aykırılık oluşturabilir.

İş Kanunu'nun 42. maddesinde zorunlu nedenle fazla çalışma yaptırılacak süre ve yoğunluk, işyerinin normal çalışmasını sağlayacak dereceyi aşmayacak şekilde sınırlanmıştır. Zorunlu nedeni gerektiren işlerin tamamlanması ve işyerinin normal faaliyetine dönmesi ile işverenin zorunlu nedenle fazla çalışma yaptırma yetkisi sona erer.

4857 sayılı İş Kanunu'nun zorunlu fazla çalışmayı düzenleyen 42. maddesinde, 41. maddenin işçinin yıllık ikiyüzyetmiş saatlik sınır belirlenmesine ilişkin fıkrasına atıf yapılmadığından, zorunlu nedenle yapılan fazla çalışmalar ikiyüzyetmiş saatlik fazla çalışma sınırlamasının hesabında dikkate alınmaz⁴⁶. Ancak kanaatimizce işçinin onayı dışında yapmak zorunda kaldığı zorunlu nedenle fazla çalışmaların 270 saatlik fazla çalışma sınırlamasının hesabında dikkate alınmaması hususu kat'i olarak uygulanmamalı ve 270 saatlik sınırlamanın temelinde esas olanın işçi sağlığı olduğu hususu dikkate alınarak dürüstlük kuralı ve işçinin korunması ilkeleri göz ardı edilmeden uygulanmalıdır. Aksi halde işyerinde zorunlu fazla çalışma ihtiyacı doğmadan önce olağan fazla çalışma için onay vermiş olan işçilerin, zorunlu fazla çalışmanın sona ermesinin ardından bu kez onayları nedeniyle uzun saatlerle normal fazla çalışma yaparak sağlıklarının olumsuz etkilenmesi sonucu doğar.

Zorunlu nedenle fazla çalışma işçinin sadakat borcu kapsamında bir yükümlülük olduğundan, işçinin sağlığı gibi haklı nedenleri olmadığı takdirde, zorunlu nedenlerle fazla çalışmayı kabul etmemesi halinde işveren tarafından iş akdi, şartları varsa 4857 sayılı Kanun'un 25/II (h) bendi gereğince haklı nedenle fesih edilebilir⁴⁷. Yine şartları varsa işçinin doğruluk ve bağlılığa uymayan

⁴⁶ Alparslan Işıklı, *İş Hukuku*, İmaj Kitabevi, Yeniden Gözden Geçirilmiş 6. Baskı, Ankara 2005, s.114. Günay, s.12. Kandemir, s.21. Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.1264. Mustafa Çenberci, *İş Kanunu Şerhi*, Olgaç Matbaası, Altıncı Bası, Ankara 1986, s.819. Narmanlıoğlu, s. 648. Öcalan, s.1646. Özcan, s.317. Songu, s.363-364. Soyer, *Fazla Saatler*, s.806-807. Süzek, s.812. Turhan Esener, *İş Hukuku*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Yeniden Gözden Geçirilmiş 3. Bası, Ankara 1978, s.205.

⁴⁷ Çiçek, s.189. Yazar, feshin hangi bent kapsamında olacağını açıklamamıştır. Çil, *Fazla Çalışma*, s.63. Durmuş Özcan, *İş Hukukunda İşçilik Alacakları*, Adalet Yayınevi, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara 2013, İşçilik, s.137. Eda Hergüner, "Ulusal ve Dini Bayramlarda, Hafta sonunda ve Günlük Çalışmada Fazla Çalışma, Yasakları ve Sonuçları", *İstanbul Barosu Dergisi*, Cilt:83, Sayı:2009/5, s.2635. Yazar, feshin hangi bent kapsamında olacağını açıklamamıştır. Ercan Akyiğit, "Maden İşyerlerinde Çalışma Süreleri ve Fazla Çalışma", *Tühis İş Hukuku ve İktisat Dergisi*,

davranışları nedeniyle İş Kanunu'nun 25/II (e) bendi gereğince haklı nedenle feshedilebilir⁴⁸. Ancak bu durumda kanaatimizce fazla çalışmanın zorunlu nedenlerle yapılması gerektiği ve işçinin bu hususu bildiği işverence kanıtlanmış olmalıdır. İşçinin, işveren talimatının zorlayıcı nedenle fazla çalışmaya yönelik olduğunu bilmemesi halinde, normal nedenle fazla çalışmaya ilişkin onay vermeyen işçi, normal fazla çalışma olduğunu düşünerek kabul etmeme hakkını kullanabilir⁴⁹. Bu nedenle, işçinin iş akdinin zorlayıcı nedenle fazla çalışma talebini reddettiği gerekçesiyle feshedilmesi halinde, işverenin öncelikle zorlayıcı neden olduğunu ispatlaması, bu hususu ispatlaması halinde bu kez işçilere bu durumu bildirdiğini⁵⁰ ispat etmesi gereklidir. İşverenin anılan hususlara ilişkin ispat yükünü yerine getirmesi halinde, bu kez bilmediğini ispat yükü işçiye geçer. Bu çerçevede işveren eğer çalışmanın zorunlu nedenle yapıldığını ispat etmişse, zaten işçinin aksini ispat etme imkanı yoktur. Ancak işveren zorunlu nedenle fazla çalışma yapılacağını işçilere bildirdiğini ispat etmesine rağmen, işçi bu durumu bilmediğini kendi şahsında ispat edebilir. Örneğin; işverenin bildirim yaptığı gün ya da saatte, işçi izinli olduğunu, raporlu olduğunu ya da her hangi bir haklı sebeple orada bulunmadığını ispat ederek, zorunlu nedenle fazla çalışma yapılacağını bilmediğini ispat edebilir. Yine okumayı bilmeyen işçiye yazılı bildirim yapılması ya da duyma engeli olan işçiye sözlü bildirim yapılması halleri de işçinin bilmediğini ispat için geçerli kabul edilebilir.

3. Dinlenme Süresi

Zorlayıcı nedenle fazla çalışma halinde, zorunlu nedenin niteliğine göre işçilerin hepsi veya bir kısmı çalıştırılabilir. Zorlayıcı nedenlerle fazla çalışma yaptırılan işçilere uygun bir dinlenme süresi verilmesi de yine Kanun gereği zorunlu

Cilt:25, Sayı: 3-4-5-6, Şubat, Mayıs, Ağustos, Kasım 2014, <http://www.tuhis.org.tr/upload/dergi/1420013200.pdf>, 17.03.2017, Maden, s.24. Güven/Aydın, s.326. Köseoğlu/Kabul, s.243. Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.1264. Nizamettin Aktay, Kadir Arıcı ve E. Tuncay Senyen Kaplan. *İş Hukuku*, Gazi Kitabevi, Yenilenmiş 6. Baskı, Ankara 2013, s.254. Songu, s.363. Yazar, feshin hangi bent kapsamında olacağını açıklamamıştır.

⁴⁸ Akyiğit, s.6.

⁴⁹ Baycık, s.357-358. Yazara göre, işverenin İş Kanunu'nu 25/II-e veya 25/II-h uyarınca işçinin iş akdini feshetmesi halinde, işverenin işçiye zorunlu nedenleri bildirmediği için fesih geçersiz sayılmaz ancak işçinin zorunlu nedenle fazla çalışma olduğunu bilmeyerek red hakkı doğacağından fesih geçersiz sayılabilir. Bu nedenle işçinin, işverenin talebinin zorunlu nedenle fazla çalışma olduğunu bilmesi gereklidir. Ancak işçinin talebi halinde işveren somut vakıaları da bildirmekle yükümlü olur.

⁵⁰ Baycık, s.357. Yazara göre, işçinin bilmesi gerektiğinin de ispatlanması yeterli görülmemektedir. İşçinin bilmesi veya bilmesi gerektiğinin ispatı halinde işçinin ayrıca İş Kanunu m.26/2 veya 6098 sayılı Kanun'un m.437/1-2 uyarınca tazminat ödemesi gerekmektedir. Ancak Kanaatimizce, özellikle normal fazla çalışma yapmaya onay vermeyen işçi bakımından, tazminatsız feshin ağır sonuçları nedeniyle bilmesi gerektiği şeklindeki ispat yeterli görülmemelidir.

tutulmuş ancak sürenin ne kadar olacağına ilişkin bir düzenleme yapılmamıştır. Bu durum doktrinde farklı görüşler oluşmasına sebebiyet vermiştir.

Bir görüşe göre⁵¹, uygun bir dinlenme süresinden, işçiye 24 saat içinde en az sekiz saatlik bir dinlenme süresi verilmesi gerektiğinin anlaşılması gerekir. Ancak işçinin onayına dahi tabi olmayan ve işverene, işçinin serbest zamanı üzerinde tasarruf yetkisi veren zorunlu fazla çalışmanın, bir işçinin şahsında günlük 16 saatlik çalışma şeklinde gerçekleşmesinin hukuki dayanağı olmadığından ve işçi sağlığı bakımından 16 saat çok yüksek bir süre olduğundan anılan görüşe katılmak mümkün değildir. Yine bir başka görüşe göre⁵², işçiye 24 saatlik süre içinde en az 12 saatlik bir dinlenme süresi verilmelidir. Doktrinde baskın görüş işçiye 11 saat kesintisiz dinlenme süresi verilmesi şeklinde olup, bu görüş farklı gerekçelerle savunulmaktadır. Bir görüşe göre⁵³, Postalar Halinde İşçi Çalıştırılarak Yürütülen İşlerde Çalışmalara İlişkin Özel Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik hükümleri gereğince, posta değişiminde işçilerin sürekli olarak en az 11 saat dinlenmesi öngörüldüğünden, işçinin en az 11 saat kesintisiz dinlenmesinin sağlanması gerektiği savunulurken, diğer bir görüşe göre⁵⁴, işçiye 24 saatlik dönem içinde en az 11 saat dinlenme süresi verilmesi, AB mevzuatına uygun olduğu için, AB'ye uyum ve işçi lehine yorum ilkesi gereğince verilmelidir. Kanaatimizce her iki gerekçe de geçerli olup, gerek Postalar Halinde İşçi Çalıştırılarak Yürütülen İşlerde Çalışmalara İlişkin Özel Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik gerekse AB'ye uyum ve işçi lehine yorum ilkesi gereğince, işçiye en az 11 saat kesintisiz dinlenme süresi verilmesi gereklidir.

Dinlenme süresine ilişkin bir görüşe göre ise⁵⁵, Çalışma Süreleri Yönetmeliği'nin 4. maddesinde geçen *günlük çalışma süresi her ne şekilde olursa olsun 11 saati aşamaz* hükmü zorunlu nedenlerle ve olağanüstü nedenlerle yapılan

⁵¹ Demir, s.194. Demircioğlu/Centel, s.125. Erol Güner, "Fazla Çalışma ve Fazla Çalışma Yasakları", *Yaklaşım Dergisi*, Sayı:152, Ağustos 2005, <http://uye.yaklasim.com/dergiler>, 17.03.2017, s.209-210. Esener, s.205. Güner, Erol. "Haftalık Çalışma Süresi 45 Saatin Altında Olanların Fazla Çalışma Ücreti Nasıl Hesaplanacaktır?" (E-Yaklaşım), *Yaklaşım Dergisi*, Sayı:204, Aralık 2009, <http://uye.yaklasim.com/MagazinePrint.aspx?ID=10800>, 17.03.2017, Fazla Çalışma, s.2. Kandemir, s.25. Tunçomağ/Centel, s.160.

⁵² Akyiğit, s.7. Akyiğit, Maden, s.25.

⁵³ Astarlı, s.193. Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s.269. Müjdat Şakar, "Fazla Çalışma ve Fazla Çalışma Sorunları", *Yaklaşım Dergisi*, Sayı:168, Aralık 2006, <http://uye.yaklasim.com/dergiler>, 17.03.2017, Fazla Çalışma, s.20.

Özcan, s.317. Soyer, Fazla Saatler, s.806. Soyer, Borçlar Kanunu, s.7. Yazar, Türk Borçlar Kanunu'na tabi olan işçiler içinde aynı gerekçe ile, en az 11 saat dinlenme süresi verilmesi gerektiğini savunmaktadır. Süzek, s.812-813.

⁵⁴ Günay, s.16. Günay, Şerh, s.1839. Güven/Aydın, s.325. Songu, s.365. Süzek, s.812-813.

⁵⁵ Günay, s.16.

fazla çalışmayı da kapsar. Bizim de katıldığımız aksi yöndeki görüşe göre ise⁵⁶, zorlayıcı nedenlerle fazla çalışmanın dayanağını oluşturan nedenler değerlendirildiğinde Çalışma Süreleri Yönetmeliği'nin 4. maddesinde geçen *günlük çalışma süresi her ne şekilde olursa olsun 11 saati aşamaz* hükmünün sadece normal fazla çalışmaları kapsadığı şeklinde anlaşılması gerekir. Çalışma Süreleri Yönetmeliği'nin 4. maddesi incelendiğinde, madde başlığı da haftalık normal çalışma süresi olup, anılan madde zorunlu nedenle fazla çalışmaları kapsamaz. Yine Yönetmeliğin 4. maddesinde bir işçinin bu sınırları aşan sürelerle çalıştırılmasında 4857 sayılı İş Kanunu'nun 41, 42 ve 43. maddeleri hükümlerinin uygulanacağı düzenlenmiştir. Ancak bunun nedeni işçinin yasal sürelerin üzerinde çalıştırıldıktan sonra, yasak olması nedeniyle fazla çalışma karşılığını alamayacağına ilişkin yorumları engellemek olup, zorunlu nedenle fazla çalışma için azami sınır getirmek değildir.

4. Zorunlu Nedenle Fazla Çalışmanın Karşılığı

4857 sayılı İş Kanunu'nun 42. maddesinin 2. fıkrasında zorunlu sebeplerle yapılan fazla çalışmalar için 41. maddenin 1., 2. ve 3. fıkraları hükümlerinin uygulanacağı düzenlenmiş olup, işçiye yaptırılan 45 saati aşan her bir saat fazla çalışma için %50 zamlı ücret, haftalık çalışma süresinin 45 saatin altında belirlendiği durumlarda ise 45 saate kadar yapılan her bir saat için %25 zamlı ücret ödemesi yapılır. Anılan madde de 41. maddenin 4. fıkrasına atıf yapılmadığından işçi zorunlu nedenlerle yapılan fazla çalışma karşılığında serbest zaman talebinde bulunamaz⁵⁷.

Kanaatimizce, işçiye zorunlu nedenlerle yapılan fazla çalışma karşılığında sadece ücret ödenmesinin kabul edilmesi kanun koyucunun bilinçli bir tercihidir⁵⁸. Yine kanunda işçi ve işveren arasındaki statüsel farklılıklar değerlendirilerek dağıtıcı adalet gereğince bir denge kurulmuş olup, sözleşme ile işçi lehine dahi bu denge bozulmamalıdır. Zorunlu nedenle fazla çalışma ihtiyacı doğduğunda, fazla

⁵⁶ Astarlı, s.193-194. Kandemir, s.24-25. Soyer, Fazla Saatler, s.806.

⁵⁷ İşçinin isterse zamlı ücret yerine serbest zaman kullanabileceğine ilişkin görüş için bkz.; Cumhuriyet Sinan Özdemir, "4857 Sayılı İş Kanunu'na Göre "Fazla Çalışma"", *Yaklaşım Dergisi*, Sayı:130, Ekim 2003, <http://uye.yaklasim.com/dergiler>, 17.03.2017, Fazla Çalışma, s.252. Günay, s.11. Şakar, s.117. Tunçomağ/Centel, s.160. Borçlar Kanunu'na tabi işçilerin zorunlu nedenlerle fazla çalışma yapması halinde serbest zaman kullanabileceğine ilişkin görüş için bkz.; Soyer, Borçlar Kanunu, s.8.

⁵⁸ Madde gerekçesi "Zorunlu sebeplerle fazla çalışmaya ilişkin düzenlemede çalışmanın süresinin sınırsız olmaması için bir değişiklik yapılarak bu gibi hallerde de işçiye uygun bir dinlenme süresi verilmesi ve yapılan fazla çalışmanın yanı sıra gerçekleşmesi halinde fazla süreli çalışma bakımından da 41 inci maddenin ikinci ve üçüncü fıkraları esasları içinde ücret ödenmesi kabul edilmiştir. Bölge Çalışma Müdürlüğüne bildirimde bulunma zorunluluğu ise uygulamada bir yarar sağlamadığı için kaldırılmıştır. Diğer hükümler aynen korunmuştur." şeklindedir.

çalışmanın ne kadar süreceği her zaman önceden bilinemez. İşçi ve işveren arasında zorunlu nedenle fazla çalışma karşılığında serbest zaman kullanılacağı yönünde bir sözleşme yapılması halinde, işçinin serbest zaman talebinin ardından 6 aylık süre içinde serbest zamanın kullanılması gereklidir. Bu sürede zorunlu nedenle fazla çalışmayı gerektiren hallerin sona ermemiş olması ihtimalinde, serbest zaman kullanılması işverene kanun ile yüklenmeyen bir külfet niteliğinde olacaktır. Kaldı ki, kanun koyucu tarafından fazla çalışma karşılığında ücret ödenmesi gerektiği yönündeki düzenleme emredici nitelikte olup, aksi kararlaştırılmaz. Bu nedenle de kanun koyucunun kurmuş olduğu denge sözleşme ile bozulamaz. Bu yönde yapılan sözleşme hükmü de geçersizdir. Ancak işveren tarafından zorunlu nedenle fazla çalışma karşılığında talep edilen serbest zaman kullanılmış ise bu halde sözleşmenin geçersizliğinden bahisle işverenin tekrar ücret ödemesi gerekli olmayıp, serbest zaman kullanılması ile işverenin edimini ifa ettiği kabul edilmelidir.

C. Olağanüstü Hallerde Fazla Çalışma

1. Olağanüstü Hallerde Fazla Çalışma Sebepleri

4857 sayılı İş Kanunu'nun 43. maddesinde düzenlenen, seferberlik sırasında ve bu süreyi aşmamak şartıyla yurt savunmasının gereklerini karşılayan işyerlerinde fazla çalışmaya lüzum görülürse işlerin çeşidine ve ihtiyacın derecesine göre Bakanlar Kurulu tarafından günlük çalışma süresinin, işçinin en çok çalışma gücüne çıkarılmasıyla oluşan fazla çalışmalar olağanüstü fazla çalışma olarak adlandırılır. Anayasa'nın 122. maddesinde seferberlik, sıkıyönetim ve savaş hali birlikte anılmış olup, seferberlikten sıkıyönetim ve savaş hali de anlaşılmalıdır⁵⁹.

Olağanüstü fazla çalışma yaptırılacağına, anılan işyerlerini Bakanlar Kurulu belirler. Bu işyerleri kamu kesiminde olabileceği gibi, özel sektörde de olabilir⁶⁰. Bu tür fazla çalışmalarda, fazla çalışma yapılmasında ülkenin yüksek yararı olduğu için, Bakanlar Kurulu kararı olduktan sonra başka bir şart aranmamıştır. Seferberlik hali devam ederken de Bakanlar Kurulu olağanüstü fazla çalışmaya her zaman son verebilir⁶¹.

⁵⁹ Tunçomağ/Centel, s.160.

⁶⁰ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.1267. Narmanlıoğlu, s.648.

⁶¹ Akyiğit, s.7. Kandemir, s.25. Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.1267.

2. Olağanüstü Hallerde Fazla Çalışmada İşçinin Çalışma Yükümlülüğü Ve Sınırları

4857 sayılı İş Kanunu'nun olağanüstü fazla çalışmayı düzenleyen 43. maddesinde, 41. maddenin işçinin onayının aranmasına ilişkin fıkrasına atıf yapılmadığından, işverenin olağanüstü nedenle fazla çalışma yaptırabilmesi için işçinin onayını alması gerekmez. İş Kanununa ilişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği'nin 9. maddesinde de işçilere yaptırılacak olağanüstü fazla çalışmalar için işçinin onayı alınmayacağı şeklinde düzenleme yapılmıştır. Olağanüstü nedenlerle fazla çalışma yapılması halinde işçinin onayının aranmayacağına ilişkin hüküm mutlak emredici nitelikte olup, aksi sözleşme ile kararlaştırılamaz⁶².

Olağanüstü nedenlerle fazla çalışmaya ilişkin farklı Kanunlarda düzenlemelere yer verilmiştir. 3780 sayılı Milli Korunma Kanunu'nun 19. maddesi ile *sanayi ve maadin müesseseleriyle diğer iş yerlerinde fazla çalışmaya Hükümetçe lüzum görülen hallerde, işlerin mahiyetine ve ihtiyacın derecesine göre, günlük iş saatleri, gündüz ve gece çalışmalarında tatbik edilmek üzere, üçer saate kadar artırılabilir* düzenlenmiştir. 2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanunu'nun 8. maddesine göre, *tabii afet ve tehlikeli salgın hastalıklar sebepleriyle olağanüstü hal ilan edilen bölgelerde bulunan 18 - 60 yaşları arasındaki bütün vatandaşlar, olağanüstü hal sebebiyle kendilerine verilecek işleri yapmakla yükümlüdürler. Görevlendirmelerde; iş mevzuatının çalıştırma yasağı ile ilgili hükümleri çalıştırılacak kişilerin yaş, cinsiyet, sağlık, meslekleri, meşguliyetleri ve sosyal durumları ile aile ve bakıma muhtaç yakınları göz önünde bulundurulur*. Yine aynı maddeye göre, *gerekli görülen hallerde çalışılan işyerlerinde gündüz ve gece çalışmalarında günlük iş saatleri, işlerin niteliğine ve ihtiyaç derecesine göre artırılabilir*. Aynı Kanun'un 10. maddesinde ise, ağır ekonomik bunalım sebebiyle olağanüstü hal ilanı durumunda, çalışmaya ilişkin her türlü tedbir ve yükümlülüklerin tespiti, tanzimi ve takibi konularında Bakanlar Kurulunca kanun hükmünde kararname çıkarılabileceği düzenlenmiştir. Zorunlu hallerde fazla çalışmada arızanın telafi edilerek işyerinin normal çalışma kapasitesine ulaşması, olağanüstü hallerde fazla çalışmada ise işçinin iş yapabilme kapasitesinin en yüksek olması esas alınmıştır⁶³.

⁶² Sözek, s.812.

⁶³ Muzaffer Koç, "Zorunlu Nedenlerle ve Olağanüstü Hallerde Fazla Çalışma" (E-Yaklaşım), *Yaklaşım Dergisi*, Sayı:153, Eylül 2005, <http://uye.yaklasim.com/dergiler>, 17.03.2017, Olağanüstü Hal, s.418.

Olağanüstü nedenle fazla çalışmalar ikiyüzyetmiş saatlik fazla çalışma sınırlamasının hesabında dikkate alınmaz⁶⁴. Ancak işçinin onayı dışında yapmak zorunda kaldığı olağanüstü nedenle fazla çalışmaların 270 saatlik fazla çalışma sınırlamasının hesabında dikkate alınmaması hususu kat'i olarak uygulanmamalıdır. Fazla çalışmaya getirilen 270 saatlik sınırlamanın temelinde esas olanın işçi sağlığı olduğu dikkate alınarak dürüstlük kuralı ve işçinin korunması ilkeleri göz ardı edilmeden uygulanmalıdır. Aksi halde işyerinde olağanüstü nedenlerle fazla çalışma ihtiyacı doğmadan önce olağan fazla çalışma için onay vermiş olan işçilerin, olağanüstü fazla çalışmanın sona ermesinin ardından bu kez onayları nedeniyle uzun saatlerle normal fazla çalışma yaparak sağlıklarının olumsuz etkilenmesi sonucu doğar.

3. Dinlenme Süresi

Kanunda olağanüstü hallerde fazla çalışma yapan işçinin dinlenme süresine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Dinlenme süresinin düzenlenmemesi nedeniyle işçilerin sürekli çalıştırılacağı ve dinlenme süresi verilmeyeceği düşünülemeyeceğinden makul bir dinlenme süresi verilmelidir⁶⁵.

Olağanüstü hallerde fazla çalışmaya ilişkin madde metninde de, zorunlu nedenle fazla çalışmaya ilişkin madde metni gibi dinlenme süresinin ne kadar olacağına ilişkin düzenleme bulunmadığından, anılan sürenin ne kadar olması gerektiği doktrinde tartışılmaktadır. Öğretide bazı yazarlar olağanüstü hallerde fazla çalışma ve zorunlu nedenle fazla çalışma halinde aynı esasları kabul ederek dinlenme süresinin belirlenmesi gerektiğini savunmuş, bazı yazarlar her iki fazla çalışma türünde birbirinden bağımsız esasları kabul ederek dinlenme sürelerinin belirlenmesi gerektiğini savunmuştur. Bu nedenle olağanüstü hallerde dinlenme süresi ayrı bir başlık altında ele alınmıştır.

Bu konuda bir görüşe göre⁶⁶, olağanüstü hallerde fazla çalışma yapan işçi için uygun bir dinlenme süresinden, işçinin 24 saat içinde en az sekiz saatlik bir dinlenme süresinin anlaşılması gerekir. Ancak işçinin onayına dahi tabi olmayan ve işverene, işçinin serbest zamanı üzerinde tasarruf yetkisi veren olağanüstü fazla çalışmanın, bir işçinin şahsında günlük 16 saatlik çalışma şeklinde gerçekleşmesinin

⁶⁴ Günay, s.17. Işıklı, s.114. Kandemir, s.21. Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.1264. Narmanlıoğlu, s. 648. Öcalan, s.1646. Özcan, İşçilik s.136. Soyer, Fazla Saatler, s.806-807. Süzek, s.812.

⁶⁵ Narmanlıoğlu, s.648.

⁶⁶ Demir, s.194. Güner, s.210. Güner, Fazla Çalışma, s.2. Kandemir, s.25-26. Tunçomağ/Centel, s.161.

hukuki dayanağı olmadığından anılan görüşe katılmak mümkün değildir. Doktrinde bir diğer görüşe göre⁶⁷, Postalar Halinde İşçi Çalıştırılarak Yürütülen İşlerde Çalışmalara İlişkin Özel Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik hükümleri gereğince, posta değişiminde işçilerin sürekli olarak en az 11 saat dinlenmesi öngörüldüğünden, işçinin en az 11 saat kesintisiz dinlenmesinin sağlanması gerektiği savunulmaktadır. Bir başka görüş⁶⁸, olağanüstü nedenlerle fazla çalışma yapılması halinde dinlenme süresi kanun koyucu tarafından, işçinin en çok çalışma gücüne kadar çalıştırılabileceği şeklinde kısıtlandığından Postalar Halinde İşçi Çalıştırılarak Yürütülen İşlerde Çalışmalara İlişkin Özel Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik hükümlerinin uygulanmasının da mümkün olmadığı, bu nedenle işçinin yaptığı işin niteliği itibarıyla sağlığının ve iş güvenliğinin korunmasını sağlayacak makul süre kadar dinlendirilmesi gerekeceğini savunmaktadır. Bir başka görüşe göre ise⁶⁹, Bakanlar Kurulu, günlük yapılacak fazla çalışmanın azami süresini işçilerin cinsiyetine, yaşına ve yaptıkları işe göre farklı sürelerle belirleyebilecektir. Yine bir diğer görüşe göre⁷⁰, Bakanlar Kurulu günlük çalışma süresini, işçinin en çok çalışma gücüne çıkarabilir ifadesindeki sürenin en çok 11 saat olarak anlaşılması gerekir.

Son olarak dinlenme süresine ilişkin bir görüşe göre ise⁷¹, Çalışma Süreleri Yönetmeliği'nin 4. maddesinde geçen *günlük çalışma süresi her ne şekilde olursa olsun 11 saati aşamaz* hükmü zorunlu nedenlerle ve olağanüstü nedenlerle yapılan fazla çalışmayı da kapsar. Anılan görüşe katılmadığımızı ve aksi yöndeki görüşümüzü zorunlu nedenlerle fazla çalışmaya ilişkin dinlenme süresini incelerken açıklamıştık⁷². Tekrara yer vermemek için anılan bölüme yollama yapmakla yetiniyoruz.

4. Olağanüstü Nedenle Fazla Çalışmanın Karşılığı

4857 sayılı İş Kanunu'nun 43. maddesinin 2. fıkrasında olağanüstü sebeplerle yapılan fazla çalışmalar için 41. maddenin 1., 2. ve 3. fıkraları hükümlerinin uygulanacağı düzenlenmiş olup, işçiye yaptırılan 45 saati aşan her bir saat fazla çalışma için %50 zamlı ücret, haftalık çalışma süresinin 45 saatin altında

⁶⁷ Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s.270. Köseoğlu/Kabul, s.244. Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.1268. Soyer, Fazla Saatler, s.805. Şakar, s.117. Şakar, Fazla Çalışma, s.20.

⁶⁸ Astarlı, s.194-195.

⁶⁹ Karakaş, s.263.

⁷⁰ Akyiğit, s.7. Akyiğit, Maden, s.26. Günay, s.12. Kılıçoğlu, İş Kanunu, s.410. Songu, s.367.

⁷¹ Günay, s.16.

⁷² Bkz.; İkinci Bölüm, I., B., 3.

belirlendiği durumlarda ise 45 saate kadar yapılan her bir saat için %25 zamlı ücret ödemesi yapılır⁷³. Anılan madde de 42. maddenin 4. fıkrasına atıf yapılmadığından işçi olağanüstü nedenlerle yapılan fazla çalışma karşılığında serbest zaman talebinde bulunamaz⁷⁴.

D. Normal Fazla Çalışma

Normal fazla çalışma 4857 sayılı Kanun'un 41. maddesinde düzenlenmiş olup, bu bölümde, fazla çalışma sebepleri, fazla çalışma yaptıracak işverenin talebi, fazla çalışma yapacak işçinin onayı, fazla çalışma yaptırılabilir azami süre ve fazla çalışma yasakları incelenecektir.

1. Fazla Çalışma Sebepleri

Ülkenin genel yararları yahut işin niteliği veya üretimin artırılması gibi nedenlerle yapılan fazla çalışmalar yasa gereği normal fazla çalışma olarak adlandırılır. (4857 s.K. m.41) Kanunda geçen ülkenin genel yararları, işin niteliği ve üretimin artırılması ifadelerinden açıkça anlaşılacağı üzere işverene fazla mesai yaptırabilmesi için geniş bir yetki alanı verilmişken kanun koyucu tarafından bununla da yetinilmeyip, "gibi nedenlerle" denilerek verilen yetkinin sınırları tamamen genişletilmiştir. Başka bir neden aramaksızın sadece ülkenin genel yararları gerekçesiyle dahi fazla çalışma yetkisi veren bu hükümle, işverene fazla çalışma yaptırmak için denetimsiz ve sınırsız bir yetki verilmiştir⁷⁵. İşyerinde bu tür bir çalışmanın uygulanmasına işveren veya işveren vekili tarafından yönetim yetkisi kapsamında karar verilecektir. Lakin işveren tarafından, madde kapsamında anılan fazla çalışma sebepleri olmaksızın taciz amacıyla fazla çalışma yaptırılamaz⁷⁶.

⁷³ Sözleşme ile zorunlu nedenle fazla çalışma karşılığı olarak serbest zaman verilmesinin kararlaştırılıp kararlaştırılamayacağına ilişkin değerlendirme zorunlu nedenlerle fazla çalışma bölümünde yapılmış olup, anılan değerlendirme olağanüstü nedenlerle fazla çalışma için de geçerli olduğundan tekrara düşmemek için ilgili bölüme atıf yapmakla yetiniyoruz. Bkz.; İkinci Bölüm, I., B., 4.

⁷⁴ İşçinin isterse zamlı ücret yerine serbest zaman kullanabileceğine ilişkin görüş için bkz.; Çiçek, s.190. Özdemir, Fazla Çalışma, s.252-253. Tunçomağ/Centel, s.161. Şakar, s.117.

⁷⁵ Astarlı, s.209. Çil, Şerh, s.2488. Çil, Fazla Çalışma, s.58. Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.1245.

⁷⁶ Çiçek, s.188. Çil, Şerh, s.2488. Günay, s.9. Günay, Şerh, s.1818. Günay, Fazla Çalışma, s.27.

2. Fazla Çalışma İzni

Mülga 1475 sayılı Kanun'un fazla çalışmayı düzenleyen 35. maddesinde, yasal çalışma saatlerini aşarak fazla çalışma yapılması Bölge Çalışma Müdürlüğü'nden alınacak izne bağlıydı. 4857 sayılı Kanunda esnek çalışma düzeninin getirilmesiyle fazla çalışma yapma olanağının kısıtlandığı düşünüldüğünden bu izin şartı kaldırılmıştır⁷⁷.

3. İşverenin Talebi

a. İşverenin Talebinin Açık Veya Zimni Olması

İşçinin fazla çalışma karşılığı talep edebilmesi, bu çalışmayı yapmasının işveren tarafından istenilmesine bağlıdır. İşçinin normal çalışma saatlerinin dışında işyerinde bulunması, onun fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma yaptığı sonucunu doğurmaz. İşçinin işyerinde bulunma nedeni işverenin açık ya da zimni talebi ile çalışması amaçlı olmalıdır. Doktrinde bazı yazarlar⁷⁸ işçinin fazla çalışmasının karşılığında ücret talep edebilmesi için işverenin açık talebi olması gerektiğini değerlendirirken, bazı yazarlar da⁷⁹ bu kabulün mutlak anlamda kabul edilemeyeceği, zimni talebinin bulunup bulunmadığının da araştırılması gerektiği görüşündedir. Kanaatimizce de, işverenin açıkça fazla çalışma talep etmesinin aranması gerekli olmayıp, fazla çalışma yapılmadan bitirilemeyecek bir iş istemesi, işçinin fazla çalışma yaptığını bilmesine karşılık herhangi bir müdahalede

⁷⁷ Soyer, Fazla Saatler, s.800. Yazara göre; Yasa ile esnek çalışma düzenine imkan sağlanmakla birlikte, bu husus tarafların anlaşmasına bırakılmış, anlaşma bulunmaması halinde çalışılan günlere eşit çalışma saati paylaşılması hususu geçerliliğini koruduğundan izin şartının kaldırılma gerekçesi bu husus olmamalıdır. Ancak izin şartının uygulamada pratik bir faydası olmaması nedeniyle işbu şartın kaldırılması isabetlidir. Aynı yönde; Akyiğit, s.6. Günay, Şerh, s.1833. Bir başka gerekçe için bkz.; Günay, s.14. Yazara göre; Bölge Çalışma Müdürlüğü'nden izin alınması şartının kaldırılma gerekçesi isabetli olmamakla birlikte, yeni mevzuat ile, işçinin her yıl yazılı onayı alınması şartı getirildiğinden, Bölge Çalışma Müdürlüğü'nden alınacak iznin uygulamada pratik bir önemi kalmamış olup, kaldırılması isabetlidir. (Anılan görüş, 25.08.2017 tarihinde İş Kanunu'na ilişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği'nin m.9/2 fıkrasında işçinin her yıl yazılı onayı alınması şartı kaldırılmadan önce savunulmuştur.)

⁷⁸ Özcan, s.315.

⁷⁹ Astarlı, s.182. Çetin Ağır, "İş Hukukunda Normali Aşan Çalışma", İstanbul Barosu Dergisi, Cilt:87, Sayı:2013/1, s.102. Çiçek, s.196. Demir, s.192. Eda Karaçöp, "Karar İncelemesi, İşçiden Fazla Mesai İçin Önceden Onay Alınmamış Olsa da Daha Önce Fazla Çalışma Yapan ve Ücreti Tam ve Düzenli Olarak Ödenen İşçinin Fazla Mesaiye Kalmak İstememesinin Fesih İçin Haklı Neden Kabul Edilemeyeceği", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Sayı:24, 2009, s.1448. Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s.260-261. Hergüner, s.2642. Karacan, s.76. Köseoğlu/Kabul, s.241. Narmanlioğlu s.651. Narmanlioğlu, Fazla Çalışma, s.30. Nuri Çelik, Nurşen Caniklioğlu ve Talat Canbolat, İş Hukuku Dersleri, Beta Yayıncılık, Yenilenmiş 29. Bası, İstanbul, Eylül 2016, s.556. Öcalan, s.1639. Songu, s. 354. Süzek, s.808.

bulunmaması, engellememesi gibi hallerde işverenin zımni olarak fazla çalışma talep ettiği kabul edilmelidir. Yine derhal müdahale edilmesi gerekli bir arızanın ortaya çıkması halinde, işverenin haklı menfaatleri söz konusu olduğunda fazla saatlerle çalışma yapan işçinin bu çalışmasında işverenin talebi olmadığından söz edilemez⁸⁰.

Doktrinde haklı olarak savunulan bir görüşe göre⁸¹, günlük iş süresi işverenin herhangi bir etkisi olmadan, bizzat işçiler tarafından ve işçinin yararına olarak haftalık çalışma süresini aşmaksızın artırılmışsa bu halde fazla çalışma söz konusu olmaz. Örneğin, işçiler vardiya sistemi olan bir işyerinde, işverenin etkisi olmaksızın, kendi menfaatleri için günlük vardiyalarını birbirleri ile değiştirip, kendi vardiyasının ardından başka bir işçinin vardiyasına da kalarak, günlük çalışma saatlerinin üstünde çalışmaları halinde, bu çalışma için fazla çalışma ücretine hak kazanamazlar. İşçi, kendi vardiyasına gelmesi halinde dinlenmiş olarak geleceğinden ve daha verimli çalışacağından işçinin kendi vardiyasına gelmesi işverenin lehine olup, iki vardiyayı birleştirerek çalışan işçinin verimi kural olarak daha düşük olacağından bu durum işverenin de aleyhine olacaktır. Bu durumda işçilerin bu çalışmalarından işverenin sorumlu tutulması hakkaniyete ve dürüstlük kuralına da aykırı olur.

Doktrinde⁸² ve Yargıtay'ın bazı kararlarında⁸³, işveren yazılı olarak fazla çalışma yapılmamasını bildirmiş olsa bile, fazla çalışma yapmak suretiyle yerine getirilebilecek bir işin işçiden istenilmesi halinde, yine işverenin gördüğü ve bildiği halde yapılan fazla çalışmaya ses çıkarmaması halinde de talimat dışı bir çalışma olarak nitelendirilemeyeceği ve işverenin zımni talebi olduğu haklı olarak kabul edilmektedir.

Doktrindeki bir görüşe göre⁸⁴, işveren işçinin yaptığı fazla çalışmadan yararlanmışsa, yapılan işin ücrete hak kazandırdığı ve işçinin emeği neticesinde

⁸⁰ Astarlı, s.182. Mollamahmutoğlu/Astarlı, s.602-603.

⁸¹ Çenberci, s.823. Murat Şen, "Hizmet Sözleşmesinde Haftalık 45 Saatin Üzerinde Bir Çalışma Süresinin Kararlaştırılması Halinde Fazla Çalışma", Prof. Dr. Fahiman Tekil'in Anısına Armağan, İstanbul 2003, s.679. Görüşlerin yazıldığı dönemde yürürlükte olan 01.09.1971 yürürlük tarihli 1475 sayılı Kanun'a göre günlük azami çalışma süresi, günlük çalışma süresinden 3 saat fazla ve yılda 90 iş günü olarak belirlenmiştir.

⁸² Ağır, s.102. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s.556. Çiçek, s.196. Demir, s.192. Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s.260-261. Günay, Fazla Çalışma, s.32. Hergüner, s.2642. Karacan, s.76. Köseoğlu/Kabul, s.241. Narmanlioğlu, Fazla Çalışma, s.30. Narmanlioğlu, s.651. Öcalan, s.1639. Songu, s.354. Süzek, s.808. Umut Topçu, "Fazla Çalışma Alacağının Hesaplanması, Zamanaşımı ve Gecikme Faizi Uygulamaları", **Yaklaşım Dergisi**, Sayı:208, Nisan 2010, <http://uye.yaklasim.com/dergiler>, 17.03.2017, s.200-201.

⁸³ Yarg. H.G.K., 28.05.1982 gün ve E.1980/9-1702, K. 1982/932, (www.legalbank.net e.t.:26.04.2017).

⁸⁴ Çenberci, s.819. İşverenin açık ya da zımni bir talebi olmaksızın yapılan fazla çalışma karşılığında işverenin malvarlığında oluşan zenginleşmeyi, işçinin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre talep edebileceğine ilişkin bkz.; Ağır, s.102-103.

işverenin zenginleşmesi söz konusu olduğundan işçiye fazla çalışma ücreti ödenmesi gereklidir. Ancak işçinin, işverene hiçbir etkisi olmadan sadece kendi kazancını artırma amaçlı çalışması halinde fazla çalışma ücreti de isteyemeyeceği kabul edilmektedir⁸⁵. Savunulan görüşe göre, fazla çalışmanın işverenin istek ve iradesi dışında yapılmış olduğuna yönelik ispat yükü işverende olmalıdır. Bu görüşü savunan yazarlar, işçinin sadece kendi kazancını artırma amaçlı çalışmasından bahsetmiş olup, bu konuda tam olarak neyin kastedildiği açık değildir. Kanaatimizce, işçinin işverenin imkanlarıyla kendisine ait bir işi yaparak kazancını artırması halinde işverenin talebi olmadığı ve işçinin fazla çalışma ücreti isteyemeyeceğinin kabul edilmesi gerekir. Ancak, işçinin fazla çalışmasına karşılık prim ödemesi alarak kendi kazancını artırması halinde, işverenin de kazancı artmaktadır. Bu durumda işçiye prim ödemesi yapan işverenin fazla çalışma yapıldığından haberdar olmadığı da söylenemeyeceğinden, işverenin talebinin olduğu varsayılır. Başka bir deyişle bu halde işverenin, işçinin fazla çalışma yaptığını bilmesine karşılık herhangi bir müdahalede bulunmayarak zımnen fazla çalışma talep ettiğinin kabulü gerekir.

b. İşverenin Fazla Çalışma Talebini İşçiye Bildirme Süresi

Kanunda işverenin fazla çalışma yapılmasına ilişkin talebini işçiye bildirmesine ilişkin bir süre öngörülmemiştir. İşverenin zorunlu nedenle ya da olağanüstü nedenle fazla çalışma yapılacağını önceden bildirmesi niteliği gereği her zaman mümkün olmasa da, olağan fazla çalışma için önceden bildirmesinin mümkün olmayacağı söylenemez. Bu nedenle normal fazla çalışmayı işverenin belirli bir süre önce bildirmesi gerekli olup, aksinin kabulü halinde işverene işçinin serbest zamanı üzerinde de tasarruf yetkisi verilmiş olur⁸⁶. Bu nedenle işveren tarafından fazla çalışma yapılacağı işçiye, yapılacak çalışmanın uzunluğuna göre dürüstlük kuralı gereğince makul bir süre önce bildirilmelidir. Makul sürenin sınırını Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesi belirlemektedir⁸⁷. Bunun yanında doktrinde bir görüşe göre⁸⁸, denkleştirme uygulanan iş yerlerinde fazla çalışma yapılacak ise, fazla çalışmanın yapılacağı dönem ve tarihlerin onay belgesinde yer alarak işçiye bildirilmesi gerekir.

⁸⁵ Karacan, s.78-79. Yazara göre, işverenin açık talebi olmaksızın işletmenin zararına, işçinin yararına olarak yapılan çalışmalar fazla çalışma sayılmaz. Aksine işverenin işçiden tazminat isteme hakkı vardır. Bunun dışında işletmeye zarar vermeyecek şekilde, işçinin kendi yararına yaptığı çalışma da fazla çalışma ücretine hak kazandırmaz ve işçinin sadakat yükümüne aykırılık teşkil eder.

⁸⁶ Astarlı, s.182.

⁸⁷ Karaçöp, s.1449.

⁸⁸ Günay, s.14.

4. İşçinin Onayı

a. İşçinin Onayında Şekil

04.04.1973 tarihli Resmi Gazetede yayınlanan Fazla Çalışma Tüzüğü'nün 5. maddesi *"Fazla çalışma yaptırmak için işçilerin muvafakatının alınması şarttır. Bu muvafakat, hizmet akitlerinde veya toplu iş sözleşmelerinde o işte fazla çalışma imkan ve ihtimalinin bulunduğu belirtilmek suretiyle önceden de sağlanabilir."* şeklindeydi.

4857 sayılı Kanun 10.06.2003 tarihinde yayımlanarak, yürürlük tarihini düzenleyen 121. maddesi gereğince yayımlanma tarihinde yürürlüğe girmiştir. 4857 sayılı Kanun'un 41/VII. maddesi gereğince, *işverenin işçisini fazla saatlerle çalıştırması için işçinin onayını alması gerekir*⁸⁹. İşbu Kanun'un 41/son maddesi gereğince fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma şeklinin uygulamasına ilişkin çıkarılan İş Kanunu'na İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği, yürürlük tarihini düzenleyen 11. maddesi hükmü gereğince 06.04.2004 tarihinde yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. İş Kanunu'na İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği'nin fazla çalışma yaptırılacak işçinin onayını düzenleyen 9. maddesinin 2. fıkrası, *"fazla çalışma ihtiyacı olan işverence bu onay her yıl başında işçilerden yazılı olarak alınır ve işçi özlük dosyasında saklanır"* şeklinde düzenlenmişti. 25.08.2017 tarihinde İş Kanununa İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik ile işbu Yönetmeliğin 9. maddesinin 2. fıkrası değiştirilerek her yılbaşında işçinin onayının alınması şartı kaldırılmıştır. Anılan hüküm *"fazla çalışma ihtiyacı olan işverence bu onay iş sözleşmesinin yapılması esnasında ya da bu ihtiyaç ortaya çıktığında alınır ve işçi özlük dosyasında saklanır. Fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma yapmak istemeyen işçi verdiği onayı otuz gün önceden işverene yazılı olarak bildirimde bulunmak kaydıyla geri alabilir"* şeklinde değiştirilmiştir.

25.08.2017 tarihinde İş Kanununa İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği'nde değişiklik yapılmadan önceki düzenlemede, *onayın her yıl başında alınması şartı sadece fazla çalışmaya özgülenmiş olup, fazla sürelerle çalışmayı kapsamamaktaydı. Ancak yine yönetmeliğe göre işçinin onayının hem fazla çalışma hem de fazla sürelerle çalışma yaptırılması için yazılı olarak alınması*

⁸⁹ İşverenin fazla çalışmaya ilişkin onay talebi ve işçinin onayına ilişkin yazı örnekleri için bkz.; Cumhuriyet, Özdemir, "Fazla Çalışma İçin Her Yıl İşçinin Onayının Alınıp Alınmama Sorunu", *Terazi Aylık Hukuk Dergisi*, Yıl:2, Sayı:8, Nisan 2007, Onay, s.37-38. Hergüner, s.2656.

gereklidir. Kanun ve Yönetmelik hükmü birlikte değerlendirildiğinde; İş Kanunu'nda fazla saatlerle çalışma yaptırılması için sadece işçinin onayından bahsedilirken, yönetmelikte alınacak onayın fazla saatlerle çalışma için yazılı ve fazla çalışma için her yılbaşında alınması gerektiği yönünde düzenleme yapıldığı görülmektedir⁹⁰. Yine öğretide⁹¹, Yönetmelikle getirilen bu hükümlerin, Kanun hükmünü aştığı savunulmaktaydı.

Yargıtay'ın 4857 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra ancak henüz İş Kanunu'na ilişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği'nin yürürlüğe girmesinden önce iş akdi 12.01.2004 tarihinde feshedilen ve 1475 sayılı Yasaya göre fazla çalışmaya ilişkin onayı alınmış olan işçinin, fazla çalışma yapmaması halinde işveren tarafından yapılan feshin geçerli nedene dayanmadığı, 1475 sayılı İş Kanunu'na göre verilen rızanın, 4857 sayılı İş Kanunu'nun yürürlük tarihi olan 10.06.2003 tarihinden sonra yaptırılan fazla çalışmaları haklı göstermeyeceği yönündeki içtihadı, doktrinde haklı olarak eleştirilmiştir⁹². Yargıtay tarafından verilen karar İş Hukuku prensiplerinden öte hukuk devleti ilkesine aykırıdır. İşçinin iş sözleşmesinin feshi tarihinde, henüz yürürlükte olmayan bir yönetmelik hükmünün işveren tarafından uygulanmamış olması nedeniyle feshin geçerli ve haklı nedene dayanmadığının değerlendirilmesi, işverenden beklenebilecek bir davranış değildir. Kanaatimizce, Yönetmeliğin ilk halinde fazla çalışma için her yılbaşında alınacak onaydan bahsetmesi nedeniyle, yürürlüğe girdiği 06.04.2004 tarihinden önce alınan onayların, 2005 yılının başına kadar geçerli olması, bu tarihten sonra ise 25.08.2017 tarihine kadar olan dönemde işçilerden her yılbaşında onay alınması gereklidir. 06.04.2004 tarihinde yürürlüğe giren İş Kanunu'na ilişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği yayınlanmadan önce işçiden alınması gereken onayın her yıl yenilenmesi gibi bir zorunluluk yoktu. Dolayısıyla sadece 2005 yılbaşında ve devam eden yılbaşlarında işçiden yazılı onay almayan işverenin, 25.08.2017 tarihine kadar olan dönemde işçiye önceden aldığı onaya dayalı olarak fazla çalışma yaptıramayacağı kabul

⁹⁰ Yönetmelik ile getirilen işçinin onayının yazılı olarak alınmasına ilişkin şartın geçerlilik değil, ispat şartı olduğuna ilişkin bkz.; Akyiğit, s.4-5. Münir Ekonomi, "İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi", *Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2007*, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği (Türk Milli Komitesi), İstanbul 2009, İşin Düzenlenmesi, s.55.

⁹¹ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s.552. Ekonomi, İşin Düzenlenmesi, s.55.

⁹² Yarg. 9.H.D., 23.12.2004 gün ve E. 2004/17276, K. 2004/29157. (M. Polat Soyer ve Muhammet Özekes, "İşçinin Sözleşmeye Aykırı Davranması Yargı Kararıyla Ödüllendirilebilir Mi?", *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, Sayı:8, 2005, s.1611 vd.). Karara yönelik eleştiriler için bkz.; Akyiğit, s.5. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s.553. Soyer/Özekes, s.1611 vd.

edilebilir⁹³. Ancak somut olay bakımından, fesih tarihi olan 12.01.2004 tarihinde her ne kadar 4857 sayılı İş Kanunu yürürlükte olsa dahi, yönetmelik hükmü henüz yürürlüğe girmediğinden 1475 sayılı Kanun'a göre alınan fazla çalışmaya ilişkin onay geçerli olmalı ve işveren işçisine anılan onaya dayanarak fazla çalışma yaptırabilmelidir.

Doktrinde 25.08.2017 tarihli değişiklik öncesinde savunulan bir görüşe göre⁹⁴, 1475 sayılı yasa döneminde işçinin onayının bir kez alınması yeterli görülmüş, 4857 sayılı Kanun döneminde ise her yıl alınması öngörülmüş olduğundan, 1475 sayılı Yasa döneminde alınan onay 4857 sayılı Kanun döneminde geçerli değildir, ancak 1475 sayılı Yasa döneminde muvafakat veren işçinin 4857 sayılı Yasa döneminde onay vermemesi halinde iş sözleşmesi geçerli sebeple feshedilebilir. Anılan görüş, 4857 sayılı Kanun ile işçiye fazla çalışma yükümlülüğü yüklenmemesine rağmen, salt işçinin işe giriş tarihinin 1475 sayılı Kanun döneminde olması nedeniyle, önceki tarihte vermiş olduğu onaya dayalı bir fazla çalışma yükümlülüğü yüklediğinden kanunun amacına aykırı olup yerinde değildir. Başka bir deyişle, 1475 sayılı Kanun döneminde işçinin fazla çalışma yapacağına ilişkin muvafakat vermiş olması, 4857 sayılı Kanun döneminde işveren lehine kazanılmış hak doğurmamalıdır. 4857 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra çıkarılan Yönetmelik hükmü gereğince 25.08.2017 tarihine kadar olan dönemde işçinin her yıl onayı aranmalı ancak işçiye 1475 sayılı Kanun döneminde vermiş olduğu onay nedeniyle, 06.04.2004 - 25.08.2017 tarihleri arasındaki dönemde fazla çalışma yapma yükümlülüğü yüklenmemelidir.

İşçilerin sosyal ve ekonomik durumlarını, çalışma şartlarını düzenlemek amacıyla toplu iş sözleşmesine hükümler konulabilir. Kanunda düzenlenen nisbi emredici hükümlerin aksi işçi lehine, her zaman toplu iş sözleşmesi ile düzenlenebilir. Doktrinde 25.08.2017 tarihli değişiklik öncesinde savunulan bir görüşe göre⁹⁵ işçilerin onayı iş akdi veya toplu iş sözleşmesi ile önceden alınabilir⁹⁶ ve bu şekilde bir onay alındığında yönetmelik hükmünün uygulanmaması gereklidir.

⁹³ Çil, Şerh, s.2489. Çil, Fazla Çalışma, s.59.

⁹⁴ Fevzi Demir, "Toplu İş Sözleşmesi ile İşçinin Onayının Önceden Alınması", *SİCİL İHD*, Haziran 2006, İşçinin Onayı, s.107.

⁹⁵ Ekonomi, İşin Düzenlenmesi, s.55. Güner, s.208-209. Karaçöp, s.1449. Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.1246. Narmanlıoğlu, Fazla Çalışma, s.31. Narmanlıoğlu, s.653. Songu, s.349-350. Soyer, Fazla Saatler, s.800. Süzek s.801. Vedat İlki, "Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yapmayacak İşçiler Kimlerdir?" (E-Yaklaşım), *Yaklaşım Dergisi*, Sayı:232, Nisan 2012, <http://uye.yaklasim.com/MagazinePrint.aspx?ID=13846>, 17.03.2017, s.2. Aksi görüş için bkz.; Ağır, s.103-104. Günay, s.13. Günay, Şerh, s.1832-1833.

⁹⁶ Emre Ertan, "Fazla Çalışma Ücretinin Aylık Ücrete Dahil Edilmesi", *SİCİL İHD*, Yıl:2015, Sayı:34, s.111-112. Yazara göre, işçinin toplu iş sözleşmesinde sözleşen sıfatı taşımadığı ve işçinin bireysel onayı gerektiğinden toplu iş sözleşmesi ile verilen onaya geçerlilik tanınmaz.

Yani anılan görüşe göre işçinin önceden onayı alınmışsa her yılbaşında yeniden onay alma zorunluluğu yoktur, Yönetmelik hükmü sadece işçinin önceden onayının alınmadığı hallerde uygulanmalıdır. Kanaatimizce anılan görüş yerinde değildir. İşçinin uzun yıllar çalıştığı bir işyerinde işe girerken iş bulma kaygısıyla vermiş olduğu onayın yıllarca onu bağlaması hakkaniyete uygun değildir. Kaldı ki, fazla çalışma yapmak için işçinin şartları her yıl değişebilir ve yönetmelik ile işçinin onayının her yıl alınması gerektiği açıkça düzenlenmiştir. 25.08.2017 tarihli değişiklik sonrasında da işçinin fazla çalışma yapmak için şartları değiştiğinde verdiği onayı otuz gün önceden işverene yazılı olarak bildirimde bulunmak kaydıyla geri alabilme imkanı olduğundan yine onayı onu yıllarca bağlamayacaktır. Yine toplu iş sözleşmesi ile işçinin fazla çalışmaya onay vermiş sayılması da mutlak anlamda kabul edilebilir değildir. Toplu iş sözleşmesi özerkliğinin sınırları bulunmaktadır⁹⁷. Netice olarak, toplu iş sözleşmesi, sözleşmeye taraf olan işçi sendikası tarafından işçileri temsilen yapılmaktadır. İşçi sendikası tarafından imzalanan toplu iş sözleşmesi, sözleşme tarafı olmayan işçiler üzerinde hak ve borç doğurucu düzenlemeler getiren bir hukuk kaynağı olup normlar hiyerarşisinde yasalar ile eşit güce sahiptir. Toplu iş sözleşmesi ile Kanunda düzenlenen nisbi emredici hukuk kurallarının işçi lehine olmak şartıyla değiştirilmesi veya mevzuatta olmayan bir konunun ilk defa toplu iş sözleşmesiyle getirilmesi sağlanabilir. Ancak bunu yaparken de emredici hukuk kurallarına aykırı hareket edilmemesi gereklidir. Yasa gereğince işçi sadece haftalık normal çalışma süresinde çalışmakla yükümlü olup, fazla çalışma yapma yükümlülüğü yoktur. Hatta işçinin fazla çalışma yapmak için onay vermesi her hangi bir şarta bağlanmaksızın sadece kişisel takdirine bırakılmış olup, toplu iş sözleşmesi ile işçinin özel rızası olmaksızın onun iş süresi dışındaki zamanı üzerinde tasarruf edilemez. Bu nedenle de toplu iş sözleşmesi ile işçinin onayının alınması halinde hükmün geçerliliği sadece işçi tarafından rıza verilmesi ya da sonradan icazet verilmesi ile mümkündür. Yine toplu iş sözleşmesinin yürürlük süresinin birden çok yılı kapsamaması halinde işçi tarafından rıza verilmesi ya da sonradan icazet verilmesi şartı 25.08.2017 tarihli değişiklik öncesi dönemde her yıl için ayrıca aranmalıdır.

⁹⁷ Toplu İş Sözleşmesinin özerkliği ve sınırlarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz.; Demir, İşçinin Onayı, s.94 vd.

Doktrinde 25.08.2017 tarihli değişiklikten önce savunulan bir diğer görüşe göre⁹⁸, Yönetmelik hükmünde açıkça her yılbaşında işçinin onayının alınmasından bahsedildiğinden, işçinin onayının iş sözleşmesi ya da toplu iş sözleşmesi ile önceden alınmış olması halinde dahi, her yılbaşında, o yıl içinde yaptırılacak fazla çalışmalar için, ayrıca yazılı onayının alınması gerekir. Ancak işçi önceden sözleşmede onay verdiği için de, haklı sebebi yoksa o yıl için yaptırılacak fazla çalışmalar için ayrıca onay verme yükümlülüğü altındadır. Anılan yükümlülük işçinin sözleşme ile yüklendiğı bir yükümlülük olarak kabul edilir. Doktrinde 25.08.2017 tarihli değişiklik öncesi savunulan diğer bir görüşe göre⁹⁹, iş sözleşmesi ile ya da toplu iş sözleşmesi ile alınan onay işçinin sosyal ve ekonomik olarak zayıf durumda olması nedeniyle çalışma koşulları üzerinde pazarlık etmesi de güç olacağından, alınan onay sözleşmenin imzalandığı yıl için geçerli olup, sonraki yıllar için her yıl işçinin onayı ayrıca aranmalıdır.

Kanaatimizce 25.08.2017 tarihinden önce gerek Kanun'da gerekse Yönetmelik'te hüküm bulunmadığından, fazla çalışma yaptıracak olan işverence anılan dönemde bu onay işçinin işe girişinde veya sonradan alabilir¹⁰⁰. Ancak 25.08.2017 öncesinde iş sözleşmesi ile alınan onay sadece alındığı yıl için geçerli olup, her onay alındığı tarihten sonraki yıl için geçerli kabul edilecek, tüm çalışma dönemini kapsamayacaktır¹⁰¹. İşçinin işe girerken ya da çalışırken taşıdığı kaygılarla fazla çalışmaya onay vermiş olması, Kanun ve 25.08.2017 öncesi Yönetmelik hükümleri karşısında işçinin onayını takip eden yılbaşından sonraki dönemler için geçerli kabul edilmemelidir. 25.08.2017 tarihinden sonraki dönemde ise, önceden fazla çalışmaya onay vermiş olan işçinin, fazla saatlerle çalışma yapmak istememesi halinde verdiği onayı 30 gün önceden işverene yazılı olarak bildirmek şartıyla geri alma imkanı olduğundan, işbu geri alma işlemini yapana kadar onayı geçerli sayılır. Yine işçinin toplu iş sözleşmesi ile fazla çalışma yapmak için onay verdiğine dair

⁹⁸ Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s.259-260. Eyrenci, Yeni Düzenlemeler, s.46. Yazar, anılan Yönetmelik yürürlüğe girmeden önce, işçinin iş sözleşmeleri ve toplu iş sözleşmeleri ile önceden onayının alınabileceğini savunmuştur.

⁹⁹ Ağır, s.104. Astarlı, s.184-185. Egemen Çağdaş Türk, "Fazla Çalışmada Onay / Muvafakat Süreci" (E-Yaklaşım), **Yaklaşım Dergisi**, Sayı:222, Haziran 2011, <http://uye.yaklasim.com/dergiler>, 17.03.2017, s.466-468. Karacan, s.82.

¹⁰⁰ Akyiğit, s. 5. Alptekin Burak Boydak, "Karar İncelemesi, Denetim Görevinde Bulunanların Fazla Çalışma Hakkı", **Çalışma ve Toplum**, Yıl:2013/2, Sayı:37, s.267. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s.552. Demircioğlu/Centel, s.124. Ekonomi, İşin Düzenlenmesi, s.55. Esener, s.202-203. Hergüner, s.2634. Karacan, s.79. Narmanlioğlu, Fazla Çalışma, s.31. Narmanlioğlu, s.653. Nuri Çelik, **İş Hukuku Dersleri**, Beta Yayıncılık, Yenilenmiş 15. Bası, İstanbul, Eylül 2000, 15. Bası, s.259. Yazar, 1475 sayılı Kanun döneminde de aynı görüşü savunmuştur. Öcalan, s.1639. Ömer Benokan ve Turgut Özcan, **İş Kanunu ve Vergi Uygulaması**, Maliye Hesap Uzmanları Derneğı, Ankara 2007, s.455. Tunçomağ/Centel, s.157. Aksi yönde görüş için bkz.; Günay, Şerh, s.1832.

¹⁰¹ Yarg. 9.H.D., 08.06.2006 gün ve E. 2006/10028, K. 2006/13006, (Çil, Şerh, s.2518).

düzenleme yapılması halinde, işçinin toplu iş sözleşmesi yapılmadan önce açıkça sendikaya karşı vermiş olduğu bireysel onay ya da toplu iş sözleşmesinden sonra açık ya da zımni onayı olduğunu gösteren davranışlar sergilemesi halinde geçerlilik tanınmalıdır. Kural olarak fazla çalışma için işçinin açıkça yazılı onayı aranması gerekmektedir birlikte, toplu iş sözleşmesinde verilen yazılı onaya işçinin zımni olarak dahi onay vermesi halinde geçerlilik tanınabilir. Aksi halde, toplu iş sözleşmesi ile verilen onaya geçerlilik tanınmamalıdır.

Ancak belirtmek isteriz ki, işçinin şekil kurallarına riayet edilerek ve usulüne uygun olarak onayı alınmamasına rağmen fazla çalışma yaptırılmışsa, bu çalışmaların da fazla çalışma olarak değerlendirilerek karşılığının ödenmesi gerekmektedir¹⁰².

b. Fazla Çalışmaya Onay Veren İşçinin Çalışma Yükümlülüğü

Fazla saatlerle çalışma yapacağına dair önceden onay vermiş olan işçi, her koşulda fazla çalışma yapmak yükümlülüğü altında olmamalı, sağlık nedenleri ya da başka haklı bir nedeni olması halinde, somut olay değerlendirilerek dürüstlük kuralı çerçevesinde fazla çalışma yapmaktan kaçınma hakkı olduğu kabul edilmelidir¹⁰³. İş Kanunu'na ilişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği'nin 8/b¹⁰⁴ hükmünden de fazla çalışma için aynı sonuca ulaşılabilirse de anılan husus fazla sürelerle çalışma için de kabul edilmelidir. Doktrinde bizim de katıldığımız bir görüşe göre¹⁰⁵, işçinin fazla çalışmaya onay vermiş olmasına rağmen az önce anılan sebepler gibi haklı nedenlerinin bulunması halinde çalışmaktan kaçınma hakkı bulunmakla birlikte, iş akdini haklı nedenle feshetme imkanı bulunmamaktadır. Ancak işçinin onayı yıllık 270 saati kapsayacağından, yıllık yasal 270 saatlik fazla çalışmanın da aşılıp zorlanması halinde işçi, 4857 sayılı Kanun'un 24/II-f

¹⁰² Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s.260. Hergüner, s.2649-2650. Soyer, Fazla Saatler, s.800. Süzek, s.801.

¹⁰³ Aktay/Arıcı/Senayen/Kaplan, s.253. Astarlı, s.186. Çenberci, s.815. Çil, Şerh, s. 2489. Ekonomi, İşin Düzenlenmesi, s.55. Eyrenci, Yeni Düzenlemeler, s.44. Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s.260. Günay, s.14. Kandemir, s.33. Kılıçoğlu, İş Kanunu, s.406. Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.1246. Narmanlıoğlu, Fazla Çalışma, s.31. Narmanlıoğlu, s.647, 653. Soyer, Fazla Saatler, s.800-801. Şakar, s.118.

¹⁰⁴ Madde 8: "Aşağıda sayılan işçilere fazla çalışma yaptırılamaz... ..b) İş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi ile önceden veya sonradan fazla çalışmayı kabul etmiş olsalar bile sağlıklarının elvermediği işyeri hekiminin veya Sosyal Sigortalar Kurumu Başkanlığı hekiminin, bunların bulunmadığı yerlerde herhangi bir hekimin raporu ile belgelenen işçiler..."

¹⁰⁵ Çil, Şerh, s.2489.

hükmünde geçen “çalışma koşullarının uygulanmaması” nedeniyle iş akdini haklı nedenle feshedebilir¹⁰⁶.

Yine 25.08.2017 tarihinde İş Kanununa İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği'nin m.9/2 fıkrası değiştirilmiş olup; “fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma yapmak istemeyen işçi verdiği onayı otuz gün önceden işverene yazılı olarak bildirimde bulunmak kaydıyla geri alabilir” şeklindedir. İşçinin fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma yapmak istememesi halinde, işverene bu durumu bildirdikten sonra 30 gün fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma yapma yükümlülüğü devam etmektedir.

Normal çalışma saatlerinde çalışan ve fazla çalışma yapmak için onay vermemiş olan işçinin fazla çalışma yapmaya zorlanması halinde 4857 sayılı İş Kanun'un 22. maddesi gereğince iş şartlarında esaslı değişiklik söz konusu olacağından bu madde kapsamında değerlendirme yapılmalıdır¹⁰⁷. Ayrıca Yargıtay kararlarında¹⁰⁸, fazla çalışmaya onay vermeyen işçinin fazla çalışmaya zorlanmasının işçi açısından iş akdinin haklı nedenle fesih sebebi olduğu değerlendirilmiştir. Yine Yargıtay kararlarında¹⁰⁹, işveren tarafından 25/II-h maddesi gereğince yapılan fesihlerde, 25.08.2017 tarihli değişiklik öncesinde fazla çalışma talep edilen işçiden, her yılbaşında yazılı onay alınması gerektiği, işçinin onayının alınmaması halinde fazla çalışma yapmasının işçinin yapmakla ödevli olduğu görevler kapsamına girmediği, bu sebeple yapılan fesihlerin geçersiz olduğu içtihat edilmekteydi.

Aksine bir sözleşme olmaması halinde işçinin hizmet akdinde belirlenen çalışma süreleri ya da yasal çalışma sürelerinin üzerinde çalışmak gibi bir yükümlülüğü yoktur. Fazla çalışma yapmak için onay vermiş olan işçi bakımından kural olarak fazla çalışma yapma borcu doğmuş olur. Bu nedenle de işçi fazla çalışmaya onay verdikten sonra, işverenin talebi halinde haklı neden olmaksızın fazla çalışma yapmaktan kaçınırsa, iş görme borcuna kusurlu olarak aykırı davranmış olacağından, bu halde işçinin fazla çalışma yapmaktan kaçınması

¹⁰⁶ Çil, Şerh, s.2489. Çil, Fazla Çalışma, s.59. Mustafa Baysal, **Çözümlerle İş Kanunu Sorunları**, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Eylül 2014, s.25, 72. Yazar, haklı nedenle fesih imkanını değerlendirmekle birlikte hangi bent uyarınca feshedebileceğini açıklamamıştır. Süzek, s.804.

¹⁰⁷ Astarlı, s.187. Güven/Aydın, s.307. Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.1247. Özcan, s.313. Fazla çalışma onayı vermeyen işçinin, fazla çalışma yapmaması nedeniyle iş akdinin feshinin geçerli nedene dayanmayacağına ilişkin bkz.; Demir, s.193.

¹⁰⁸ Yarg. 22.H.D., 08.03.2014 gün ve E. 2013/8243, K. 2014/7400, (Çalışma ve Toplum, Yıl:2015/2, Sayı:45, s.406-408).

¹⁰⁹ Karşıyaka 1. İş Mahkemesi, 25.05.2016 gün ve E.2015/78, K.2016/178, Yargıtay 22. H.D.'nin 24.01.2017 gün ve E. 2017/532, K.2017/974, (Yayınlanmamıştır). Karşıyaka 4. İş Mahkemesi, 29.06.2016 gün ve E.2015/60, K.2016/302, Yargıtay 7. H.D.'nin 12.12.2016 gün ve E. 2016/30185, K.2016/20942, (Yayınlanmamıştır).

işverene haklı nedenle fesih imkanı verebilir¹¹⁰. Kanaatimizce de, fazla çalışma yapmak için geçerli bir şekilde onay vermiş olan işçinin, haklı bir nedeni de yokken fazla çalışma yapmaması, İş Kanunu'nun 25/II-h maddesindeki şartlar oluşması halinde işverene haklı nedenle fesih imkanı verir. Ancak İş Kanunu'nun 25/II-h maddesindeki şartlar oluşmamışsa, işçinin fazla çalışma için onay vermiş olmasına rağmen, fazla çalışmaya kalmaması işverene iş akdini geçerli nedenle fesih hakkı verir. 25.08.2017 tarihli değişiklik öncesinde Yargıtay kararlarında¹¹¹, işçinin yılbaşında onayının alınıp alınmadığının araştırılması, onayı alınmış olmasına rağmen fazla çalışmaya kalmayan işçinin iş akdinin geçerli nedenle feshedilebileceği, onayı alınmamış ise, fazla çalışma yapmamasının işverene iş akdini geçerli nedenle fesih hakkı vermeyeceği değerlendirilmekteydi.

4857 sayılı Kanun fazla çalışma yaptırmak isteyen işverenin, işçinin onayını alması gerektiğini emredici hükümle açık ve kesin bir şekilde hüküm altına almasına rağmen, doktrinde işçinin onay vermek yükümlülüğü altında olduğu ve haklı neden olmaksızın onay vermeyen işçinin iş akdinin işverence haklı veya geçerli nedenle feshedilebileceği savunulmaktadır¹¹². Bu konuda savunulan bir görüşe göre¹¹³, İş Kanunu'nun 41-43. maddeleri geçici fazla çalışma halleri olup, ekonomik, zorunlu ya da olağanüstü nedenlerle yapılır. Dolayısıyla işçiden 41. madde gereğince fazla çalışma talep eden işverenin amacı üretimi arttırmak gibi nedenler olacağından, işçinin fazla çalışmayı reddetmesi; işin, işyerinin ve işletmenin gereklerinden kaynaklanan geçerli nedenle fesih sebebi sayılmalıdır. Yine aynı görüşe göre, TBK m.398 hükmü de dikkate alınarak, işçinin işverenin talebi halinde fazla çalışmayı reddetmesinin dürüstlük kuralına da aykırılık oluşturması halinde feshin 4857 sayılı Kanun'un 25/II maddesi gereğince haklı nedene dayandığından bahsedilebilir¹¹⁴. Anılan görüşe katılmıyoruz. Öncelikle belirtmek gerekir ki, 4857 sayılı Kanun'un 41/7

¹¹⁰ Ağır, s.104-105. Astarlı, s.187. Özdemir, Cumhur Sinan. "İşveren Fazla Çalışma Yapmaya Gelmeyen İşçiyi Tazminatsız İşten Çıkarabilir Mi?" (E-Yaklaşım), **Yaklaşım Dergisi**, Sayı:229, Ocak 2012, <http://uye.yaklasim.com/dergiler>, 17.03.2017, İşveren, s.574. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s.553-554. Çiçek, s.190-191. Günay, Şerh, s.1818. Hergüner, s.2635. İlki, s.2. İnce, 109. Karacan, s.83. Köseoğlu/Kabul, s.241. Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.1246. Öcalan, s.1640. Özcan, s.313. Songu, s.352, 417-418. Soyer/Özekes, s.1616. Şakar, Fazla Çalışma, s. 19. Feshin geçerli nedene dayandığını savunan görüş için bkz.; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s.260. Müjdat Şakar, "Fazla Çalışma Konusunda Yargıtay'ın İlke Kararları", **Yaklaşım Dergisi**, Sayı:224, Ağustos 2011, <http://uye.yaklasim.com/dergiler>, 17.03.2017, İlke, s.247-248. (Yazar, daha önce 25/II-h maddesi gereğince haklı nedenle fesih imkanı olduğunu savunmuştur. Şakar, Fazla Çalışma, s.19).

¹¹¹ Yarg. 9. H.D., 22.02.2010 gün ve E.2010/4905, K.2010/4260, (Legal İHSGD, Yıl:2010, Sayı: 26, s.750-752).

¹¹² Öcalan, s.1639-1640. Yazara göre, işçi fazla çalışma talebini kabul etmek zorunda olmamakla beraber, fazla çalışmaya onay vermektan kaçınması dürüstlük kuralına aykırılık teşkil ediyorsa, işveren iş akdini haklı nedenle feshedebilir.

¹¹³ Tunçomağ/Centel, s.97, 156-157.

¹¹⁴ Aynı yönde, ancak TBK m.398 hükmünün zorunlu nedenlerle fazla çalışma anlamında değerlendirmesi gerektiğine ilişkin bkz.; Ağır, s.106.

maddesi gereğince normal fazla çalışma için işçinin onayı gerekli olup, Kanun işçiye herhangi bir yükümlülük yüklememiştir. Bu nedenle savunulan görüş açık Kanun hükmüne aykırıdır. 4857 sayılı Kanun ve işbu Kanuna dayanılarak çıkarılan Yönetmelik hükümlerinde üretimi arttırmak gibi nedenlerle yani olağan nedenlerle talep edilecek fazla çalışma yapılması için açıkça işçinin onayı aranmaktadır. Hal böyle iken, açık rıza şartını yok sayarak, işçiye onay yükümlülüğü getirilemeyeceği gibi bu şart işyerinin ve işletmenin gereklerinden kaynaklanan geçerli nedenle fesih sebebi olarak da kabul edilemez. Bunun yanında 25.08.2017 tarihli Yönetmelik değişikliği de incelendiğinde işçinin fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma yapmak istememesi halinde bunu işverene 30 gün önceden yazılı olarak bildirmesi yeterli görülmüş, fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma yapmak istememesinin haklı gerekçesi aranmamıştır. Yani işçinin sadece fazla saatlerle çalışma yapmak istememesi yeterli görülmüştür. Lakin zorunlu ve olağanüstü nedenlerle fazla çalışma için onay şartı bulunmadığından anılan görüş kabul edilebilir. Yine 4857 sayılı İş Kanunu'nun 41. maddesinde açıkça işçinin onayından bahsedilmiş olup, açıkladığımız nedenlerle bir boşluk söz konusu olmadığından Borçlar Kanunu hükmünün, İş Kanunu hükmünü değiştirerek işçiye fazla çalışma yükümlülüğü yüklediği kabul edilemez.

Yine doktrinde savunulan, aynı yöndeki bir başka görüşe göre¹¹⁵, fazla saatlerle çalışma konusunda işçiye tanınan onay hakkı, dürüstlük kuralına uygun olarak kullanılmalı ve haklı nedeni olmayan işçinin fazla çalışmaya kalmama hakkını kullanarak, işvereni zarara uğratmaması gerekir. İşçinin fazla çalışmaya kalmaması nedeniyle, işverenin uğradığı zararın işçinin 30 günlük ücretini aşıp aşmadığı hususu değerlendirilerek iş akdinin geçerli ya da haklı nedenle feshedilebileceği, işçinin fazla çalışma yapmaması nedeniyle işverenin zararının, işçinin 30 günlük ücretini aşması halinde, işçinin dürüstlük kuralı gereğince onay vermiş olma mecburiyeti olduğundan, daha önce onay vermemiş olsa dahi, iş akdinin haklı nedenle feshedilebileceği savunulmaktadır. Anılan görüşe göre, tarafların fazla çalışma yapma ve yaptırma hakları dürüstlük kuralı çerçevesinde değerlendirilmeli ve işçinin fazla çalışma yapmak için onay vermesini arayan hüküm ilga edilerek dürüstlük kuralına üstünlük tanınmalıdır. Bu görüşün aksinin kabul edilmesinin ise ülke gerçekleriyle bağdaşmayacağı savunulmaktadır. Yine anılan görüş 25.08.2017 tarihli değişiklik öncesinde savunulmuş olup, işçinin onayını aramanın işvereni her yıl işçilerinin önünde kuyruğa girmek zorunda bırakacağı, ayrıca bir yıl onay verip

¹¹⁵ Demir, İşçinin Onayı, s.107.

sonraki yıl onay vermeyen işçinin hakkında ne yapılacağına ilişkin açık düzenleme bulunmadığından üretim akışının önemli ölçüde aksayacağı gerekçeleriyle işçinin her yıl onayı alınmaması gerektiğini, işçinin dürüstlük kuralı gereğince onay vermiş olma mecburiyeti olduğunu savunmaktadır. Anılan görüşe katılmıyoruz. 4857 sayılı Kanun'da işçinin fazla çalışmaya ilişkin onay verip vermemesi işçinin takdirine bırakılmış olup, bu hüküm ilga edilmiş sayılarak, işçinin iyi niyet kuralı ya da hakkaniyet çerçevesinde onay vermemesinin haklı nedeni yoksa işçiye onay verme zorunluluğu yüklemek, açık kanun hükmünün işçi aleyhine, işveren lehine değiştirilmesi anlamı taşımaktadır. İyi niyet kuralı ya da hakkaniyet gereğince mevzuat hükümleri ile kurulan menfaat dengesi ihlal edilerek keyfiliğe yol açacak şekilde yorum yoluyla kanun hükmünün ilga edilmesi düşünülemez. İşçinin Kanun ile belirlenen yükümlülüğü haftalık 45 saat ya da taraflarca belirlenen haftalık 45 saatin altındaki çalışma süresi kadar iş görmekle sınırlıdır. Bu sürelerin üzerinde yapılacak olan çalışma işçinin serbest zamanından feragat ederek bu zamanını işverene özgülemesi demek olur ki, bu sürede işçinin sosyal aktivitelerde bulunması, evinde dinlenerek geçirmesi ya da sadece keyfi olarak çalışmak istememesi dahi Anayasa ile koruma altına alınmış bir hakkıdır. Dolayısıyla fazla çalışmaya onay vermeyen ve onay vermemek için haklı nedeni olmayan işçinin fazla çalışmaya kalmama hakkını kullanarak, işvereni zarara uğratmaması gibi bir durum söz konusu olamaz. İşçinin fazla çalışma onayı vermemesi ve işverenin de, fazla çalışma yapılmaması nedeniyle daha az üretimi söz konusu olacaksa, bu durumda çözüm işçinin fazla çalışma yapmak konusundaki onay hakkını kaldırıp, yükümlülük haline getirmek değil, işverenin işçi sayısını artırma yoluna gitmesidir. Kaldı ki işverenin mevcut işçilerine fazla çalışma yaptırmak yerine daha fazla işçi istihdam ederek iş potansiyeli sağlaması, ülke gerçeklerine daha uygun olacaktır. Mevcut bir hakkın hiçbir gerekçe gösterilmeden adeta işverenlere kolay ve ucuz iş gücü sağlamak için ilga edilmesi de söze konu olamaz. Her ne kadar Yönetmeliğin her yıl onay alınmasına ilişkin hükmü yürürlükten kaldırılmışsa da, işçinin onayını aramanın işvereni her yıl işçilerinin önünde kuyruğa girmek zorunda bırakacağı, ayrıca bir yıl onay verip sonraki yıl onay vermeyen işçinin hakkında ne yapılacağına ilişkin açık düzenleme bulunmadığından üretim akışının önemli ölçüde aksayacağı yönünde yapılan değerlendirme de yerinde değildir. Şöyle ki, işverenin önünde kuyruğa gireceği kadar çok çalışanı varsa zaten insan kaynakları, muhasebe departmanı gibi bir bölümü de olacağından onay verecek işçiler anılan bölümlere başvurabilir. Ayrıca işverenin üretiminin artması, para kazanması için işçilerin fazla çalışmasına ihtiyacı

varsa onlardan onay almak da külfet olarak değerlendirilmemelidir. İşçinin bir yıl onay verip sonraki yıl onay vermemesi halinde, işçinin hakkında ne yapılacağına ilişkin açık düzenleme bulunmadığı eleştirilmişse de, kanaatimizce bu hususta da bir düzenlemeye ihtiyaç yoktur. İşçi fazla çalışma yapmak zorunda değildir ve fazla çalışma yapmak için zorlanamaz. İşçi fazla çalışmaya onay vermezse, işveren gerekli çalışma için tam veya kısmi zamanlı çalışacak yeni işçiler işe alabilir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 7. maddesi çerçevesinde özel istihdam büroları aracılığıyla geçici işçi temin edebilir. Yine bir yıl onay vermeyen işçinin bir sonraki yıl onay vermek istemesi halinde de işçi fazlalığı söz konusu olmaz çünkü işçinin onay vermesi için işverenin talebi gerekir. İşveren talep etmezse, işçi onay veremeyeceğinden iş gücü fazlalığı da doğmaz. Yine mevcut değişiklik sonrasında da işçinin fazla saatlerle çalışmaya ilişkin onayını geri aldığını işverene bildirmesinin ardından otuz gün daha fazla saatlerle çalışma yapma yükümlülüğü devam ettiğinden, işverenin de istihdam sağlamak için otuz günlük zamanı olacaktır. Açıklanan nedenlerle işçiye fazla çalışma yükümlülüğü getirmek isteyen ve bu yükümlülüğü Kanun ile temellendirmeye çalışan yoruma katılamıyoruz.

c. İşçiden Fazla Mesai İçin Önceden Onay Alınmamış Olsa da Daha Önce Fazla Çalışma Yapan ve Ücreti Tam ve Düzenli Olarak Ödenen İşçinin Fazla Mesaiye Kalmak İstememesi

Yargıtay¹¹⁶ ve öğretide bir kısım yazarlar¹¹⁷, işçiden fazla mesai için önceden onay alınmamış olmasına rağmen, daha önce fazla çalışmalara tam ve düzenli olarak katılan ve ücreti de ödenen işçinin haklı nedeni olmaksızın fazla mesaiye kalmak istememesini geçerli fesih neden olarak kabul etmiştir¹¹⁸.

İşçiye fazla çalışma yaptırabilmek için işverenin işçiden yazılı olarak onay almış olması gereklidir. İşverenin, işçiden fazla çalışma yapacağına ilişkin onay almamış olmasına rağmen fazla çalışma yaptırmak istemesi halinde işçi fazla çalışma yapıp yapmama konusunda serbesttir¹¹⁹. Yönetmelikte işçinin her yıl onayının alınması şartının arandığı dönemde de işçinin bir önceki yıl onay vermiş olması hali sonraki yıl için de onay vermesi zorunluluğunu doğurmaz. Yine işçinin bir

¹¹⁶Yarg. 9. H.D., 08.10.2007 gün ve E. 2007/11936, K. 2007/29817, (Çalışma ve Toplum, Yıl:2008/1 Sayı:16, s.191-193)

¹¹⁷ Ekonomi, İşin Düzenlenmesi, s.56.

¹¹⁸ Aksi görüş için bkz.; Karaçöp, s.1452. Yazara göre, yazılı onayı olmadan daha önce fazla çalışma yapmış olan bir işçi, daha sonra fazla çalışmaya kalmak istememiş ise bu durum işveren için haklı bir fesih nedeni olarak kabul edilemez.

¹¹⁹ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.1247.

önceki yıl onay vermiş olması halinde bir sonraki yıl onay vermemesi tek başına dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmez. İşçi her yıl, fazla çalışma yapmaya ilişkin onay verip vermeme konusunda kişisel değerlendirme yapma hakkına sahiptir. 25.08.2017 tarihli değişiklikten önceki Yönetmelik hükmü de onayın her yıl yenilenmesini aramakta olup, ilk onayın işçinin tüm çalışma dönemini kapsamadığını göstermekteydi. Anılan dönemde işçinin yılbaşında onayının alınmamış olmasına rağmen, işverence talep edilen fazla çalışmaya katılmış olması tek başına bundan sonraki fazla çalışmalara da onayı olduğu anlamına gelmez. Bu durumda işçinin her bir fazla çalışma için rızası ayrıca alınmalı, işçinin önceki çalışması, müteakip fazla çalışmalar için zımni onay olarak yorumlanmamalıdır¹²⁰. Doktrinde bir görüşe göre ise¹²¹, bir an için işçiden talep edilen fazla çalışmayı, işçinin karşı çıkmadan yerine getirmesi halinde zımni onayı olduğu düşünülebilirse de, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 41. maddesi ve İş Kanununa İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla sürelerle Çalışma Yönetmeliği'nin 9. maddesi düzenlemeleri karşısında işçinin zımni onay vermesi kabul edilemez. Anılan görüşe göre, zımni onaya ilişkin varsayıma dürüstlük kuralı neticesinde ulaşılabilecek olup, Kanunda düzenlenmiş bir konuda dürüstlük kuralına başvurulamaz ve dürüstlük kuralı, mevzuat hükümleri ile kurulan menfaat dengesini ihlal etmek için ve keyfiliğe yol açacak şekilde uygulanamaz¹²². Yine anılan görüşe göre, işçinin onay vermemesine rağmen fazla çalışma yapma süresi ve tekrarlanma sıklığı nedeniyle işyeri uygulamasına dönüştüğü düşünülebilirse de, bu uygulama 4857 sayılı Kanun'un 41. maddesine ve İş Kanununa İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla sürelerle Çalışma Yönetmeliği'nin 9. maddesine aykırılık teşkil ettiğinden geçersiz kabul edilerek mevzuat hükümlerinin uygulanması gerekir¹²³.

Kanaatimizce işçiye fazla çalışma yaptırılabilmesi için, işçinin yazılı onayının alınmasına ilişkin hüküm emredici nitelikte olup aksi kararlaştırılmaz. Ancak işçiden fazla çalışma için önceden onay alınmamış olmasına rağmen, daha önce fazla çalışmalara tam ve düzenli olarak katılan ve ücreti de ödenen işçinin haklı nedeni olmaksızın fazla mesaiye kalmak istememesi halinde iş akdinin feshedilebilip edilemeyeceğine ilişkin değerlendirme yapılırken işçinin hakkını kötüye kullanımını da somut olaya göre değerlendirmek gerekir. Bunun yanında işçinin onay vermemesine rağmen tek bir fazla çalışmaya katılmasına da zımni onay anlamı yüklenemez. Zira böyle bir durumda işçi sadece o fazla çalışma talebini kabul

¹²⁰ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.1247.

¹²¹ Karaçöp, s.1450-1452.

¹²² Karaçöp, s.1450-1452.

¹²³ Karaçöp, s.1450-1452.

etmiştir. Dolayısıyla işçinin olağan nedenlerle fazla çalışmaya onay vermemiş olması halinde yaptığı fazla çalışmalar her halde onay olarak kabul edilmemeli, somut olay değerlendirilmeli ve her halde yapılan değerlendirmede işçinin gerçek iradesine üstünlük tanınmalıdır. Bu nedenle işçinin fazla çalışmaya onay vermemesine rağmen çalıştığında ve ücreti ödendiğinde daha sonra çalışmaması hali kural olarak iş görme edimine aykırılık oluşturmaz ve işverene haklı ya da geçerli nedenle fesih imkanı tanımaz. Yapılan değerlendirme neticesinde işçinin aslında fazla çalışma yapmak için onayı olduğu ancak bu hakkını bilinçli olarak sırf işverene zarar vermek ya da başka bir saikle kötüye kullandığı tespit edilebilir. İşçinin bu davranışı, onayı mevzuatta açıkça yazılı şekil şartına bağlandığı için, iş görme edimine aykırı ya da yapmakla ödevli olduğu görevi yapmamakta ısrar olarak değerlendirilemez. Ancak işverenin güvenini kötüye kullanmak ya da doğruluk ve bağlılığa uymayan davranış olarak değerlendirilebiliyorsa bu halde somut olaya göre geçerli fesih sebebi yapılabilir. Fakat önemle belirtmek gerekir ki, fazla çalışma yapmak için yazılı onay vermeyen işçinin salt fazla çalışmalara tam ve düzenli olarak katılması ve ücretinin ödenmesi nedeniyle, işverende işçinin fazla çalışma yapmaya ilişkin onay verdiği yönünde bir güven oluştuğu ve bu güveninin kötüye kullanıldığından bahsedilemez.

d. İşçinin Onayı Alınmadan Fazla Çalışma Yaptırılmasının Cezai Yaptırımı

Yine 4857 sayılı İş Kanunu'nun m.102/l-c hükmüne göre *fazla saatlerde yapılacak çalışmalar için işçinin onayını almayan işveren veya işveren vekiline, bu durumda olan her işçi için ikiyüzyirmi Türk Lirası¹²⁴ idari para cezası kesilir.* Madde metninde işçinin onayının alınmasından bahsedilmekte ise de, her yıl alınmasından bahsedilmemesi nedeniyle, Yönetmelik hükmünden işçinin her yıl onayının alınması şartı çıkarılmadan önceki dönemde de idari para cezası yaptırımına tabi tutulan hal, işçinin onayının her yıl alınmaması değil, hiç alınmamış olması halidir¹²⁵. Ancak Yönetmelik ile işçinin her yıl onayının arandığı dönemde öğretilen savunulan bir görüşe göre¹²⁶, sözleşmede işçiden onay alınsa dahi, her yılbaşında yazılı olarak yenilenmemesi halinde her bir işçi için idari para cezası ödenmesi gereklidir. Kanaatimizce bu görüş cezaların kanuniliği ilkesine aykırı olup, madde de sadece

¹²⁴ Bu tutar 2018 yılı için 337,00.-TL olarak belirlenmiştir.

¹²⁵ Baysal, s.25.

¹²⁶ Şakar, s.116.

işçinin onayından bahsedilmektedir. Kaldı ki, m.102/I-c hükmünde fazla saatlerle çalışmadan bahsedilmekte olup, bu kavram hem fazla çalışmayı hem fazla sürelerle çalışmayı kapsamaktadır. Fazla saatlerle çalışma için işçinin onayının alınması şartı aranırken, her yılbaşında yenilenme şartı sadece fazla çalışma için getirilmişti. Dolayısıyla hüküm lafzi yorum yoluyla değerlendirildiğinde, cezai yaptırımın işçinin onayının her yılbaşında alınmaması halini kapsamadığı söylenebilir.

Yine belirtmek gerekir ki, zorunlu ve olağanüstü nedenle fazla çalışma için işçinin onayı aranmadığından, anılan ceza sadece normal nedenlerle fazla çalışma yaptırılması hali için geçerlidir. Ancak, zorunlu ve olağanüstü nedenlerle fazla çalışma karşılığının ödememesi halinde m.102/I-a hükmüne göre idari para cezası verilebilir.

Kanunda yıllık 270 saati aşan çalışma yaptırıldığı tespit edilen işverene idari para cezası öngörülmemiştir. Ancak 270 saatin aşılması halinde meydana gelebilecek bir iş kazasında, yasaya aykırı davranması nedeniyle işverene sorumluluk yüklenebilir¹²⁷. Başka bir deyişle, bu durum hukuka aykırı fazla çalışma yaptıran işverenin iş kazasının meydana gelmesindeki kusur oranının artmasına sebep olabilir. Yine işçinin günlük 11 saatin üzerinde çalıştırıldığı bir dönemde ya da gece 7,5 saatin üzerinde çalıştırıldığı bir dönemde meydana gelen iş kazasında, işverenin kusurunun arttığından bahsedilebilir. Bu tür durumlarda, azami sınırların üzerinde çalıştırılan işçinin yorgunluğu ve dikkatsizliğinde işverenin payı göz ardı edilmemelidir. Bunun yanında, günlük 11 saatin ya da gece 7,5 saatin aşılmadığı fakat yıllık 270 saatlik sınırın aşıldığı bir saat diliminde meydana gelen iş kazasında da işverenin kusurundan bahsedilebilir. İşverenin işçiyi gözetme borcu işçinin yaptığı iş dolayısıyla uğrayabileceği zararlara karşı gerekli önlemleri almayı da kapsayacağından, işçiye yasaya aykırı çalışma yaptırması bu borca aykırılık anlamı taşır. Yine işçinin sağlığı ve güvenliğine ilişkin önlemleri almak da işverenin yükümlülüğü olup, yasal sınırların üzerinde çalıştırılan işçi için işverenin gerekli önlemleri aldığından bahsedilemez. Tüm bu durumlar işverenin iş kazasının meydana gelmesindeki kusur oranını artıracaktır.

¹²⁷ Baysal, s.25, 72. Benokan/Özcan, s.455.

e. Fazla Çalışma Ücretinin Aylık Ücretin İçinde Belirlenmesine İlişkin İşçinin Onayı

İş sözleşmesi ile tarafların işçinin ücretine fazla çalışma ücretinin de dahil olduğunu kararlaştırma imkanı vardır. Ancak bu şekilde bir anlaşmanın geçerli olabilmesi için hükmün yazılı, taraflar arasında müzakere edilmiş ve belirli bir ücretten yüksek olması gerekir. Personel yönetmeliğinde fazla çalışma ücretinin, asıl ücrete dahil olduğu kararlaştırılmışsa, bu yönetmeliğin işçi tarafından kabul edilerek iş sözleşmesinin eki halini alması ve işçi bakımından bağlayıcı olması gerekir¹²⁸.

Öğretide¹²⁹ ve Yargıtay kararlarında¹³⁰ iş sözleşmesi ile, fazla çalışma karşılığı ödenecek olan ücretlerin, aylık ücrete dahil olduğunun kararlaştırılabileceği, ancak fazla çalışma süresinin sözleşmede belirtilmemesi halinde, en çok yasada belirlenen 270 saat ile sınırlı olarak ücrete dahil olacağı, 270 saati aşan kısmın ise yine fazla çalışma esaslarına göre ödeneceği¹³¹, aksinin kabulünün işçiyi koruma ilkesine aykırı olacağı değerlendirilmektedir. Yine fazla çalışmanın ücrete dahil olması için, işçinin bahsi geçen ücretinin aylık ücret olması gerekir, saat ücretine fazla çalışma ücretinin dahil olduğu kararlaştırılmaz¹³². Fazla çalışmanın yıllık sınırlandırılmasına ilişkin hüküm, kamu düzenine ilişkin ve emredici nitelikte olduğundan, sınırın daha yüksek saatlere çıkarılmasına yönelik hükümlerin geçerli olmayacağı ve bu durumda yasadaki sınırlamanın uygulanması gerektiği açıktır. Ancak belirtmek gerekir ki, sözleşmedeki geçersiz hükme rağmen, işçiye yıllık yasal

¹²⁸ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.1252. Aksi yönde, Ertan, s.110-111. Yazara göre, personel yönetmeliğine konulan bu hükümler geçersizdir. İşçinin personel yönetmeliğinin içeriği hakkında bilgilendirilmesi ve işçiden okuduğu/kabul ettiği yönünde imza alınması da bu hükümleri geçerli kılmaz.

¹²⁹ Ağır, s.119. Astarlı, s.217-218. Çenberci, s.816. Ekonomi, İşin Düzenlenmesi, s.57. Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s.267. Esener, s.204. Güven/Aydın, s.323. Karacan, s.102-103. Kılıçoğlu, İş Kanunu, s.400. Kılıçoğlu, Temel Kavramlar, s.613. Merve Göksel, "Fazla Çalışmanın İspatı", **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Sayı:23, 2009, s.1018. Narmanlıoğlu, Fazla Çalışma, s.38. Özcan, s.312-313. Şakar, s.115. Şen, s.677-678. Tunçomağ/Centel, s.158. Fazla çalışma ücretinin ücrete dahil olmayacağına ilişkin görüş için bkz.; Akyiğit, s.14-15. Çil, s.812. Çil, Şerh, s.2492, 2495. Çil, Fazla Çalışma, s.67. (Yazar eserlerinde bu görüşü kabul etmemekle birlikte, kabul edilmesi halindeki görüşlerini belirtmiştir.)

¹³⁰ Yarg. 9.H.D., 05.12.2008 gün ve E. 2007/34409, K. 2008/33551, (Çalışma ve Toplum, Yıl:2009/2, Sayı:21, s.261-262). Yarg. 9.H.D., 29.12.2009 gün ve E. 2009/19722, K. 2009/38425, (Çalışma ve Toplum, Yıl:2010/2, Sayı:25, s.381-384). Yarg. 7.H.D., 14.05.2014 gün ve E. 2014/2698, K. 2014/10765, (Çalışma ve Toplum, Yıl:2015/3, Sayı:46, s.286-289). Yarg. 9. H.D., 10.05.2001 gün ve E. 2001/3586, K. 2001/8214, (Ercan Akyiğit, **İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Emsal Yargıtay Kararları**, C.:1, Ethemler Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul 2003, Karar, s.875-876).

¹³¹ Alp, s.43-44. Yazar, iş sözleşmelerine konulan kayıtların değerlendirilmesinde geçersizlik yerine sınırlandırmanın daha uygun olduğunu, hakimın haksız bir sözleşme kaydının geçersizliği yerine, kaydın içeriğini hakkaniyete uygun sınırlar içine çekmesinin daha uygun olacağını savunmuştur. Kanaatimizce, Yargıtay kararları ve doktrinde, iş sözleşmesi ile fazla çalışmanın ücrete dahil olmasının kararlaştırılması halinde bunun 270 saatle sınırlandırılmasının temelinde de hükmün geçersizliği yerine hakkaniyete uygun sınırlar içine çekilmesi görüşü yatmaktadır.

¹³² Ekonomi, İşin Düzenlenmesi, s.57.

sınırın üstünde fazla çalışma yaptırılması halinde de işçi fazla çalışma ücretine hak kazanacaktır¹³³. Aksinin kabulü, işçiyi çalıştıran ve emeğinden fayda sağlayan işverene geçersizlikten bahisle ücret ödemekten kaçınacağı, hukuken korunma imkanı olmayan bir yol açar¹³⁴. Bu halde yasak ile getirilmek istenen işçinin korunması ilkesinin, iyi niyet ilkesinin, anayasal angarya yasağının ve yasal bir çalışma ödevinin olmadığı durumlarda bu çalışmanın ücreti gerektireceği kuralının ihlali anlamını taşır. Aynı zamanda bu durum, işverenin, işçinin emek ve iş gücünü kullanmasına karşılık her hangi bir ödeme yapmayarak sebepsiz zenginleşmesine¹³⁵ neden olur. İşçinin iş görme ediminin iadesi mümkün olmadığından, işverenin fazla çalışmanın karşılığını vermesi gerekir¹³⁶.

Öğretide bir görüşe göre, işverenin tek taraflı olarak işçinin çalışma süresini kısaltması¹³⁷, ücretinin de tek taraflı olarak düşürülmesi anlamı taşıyacağı için mümkün değildir¹³⁸ ancak işçinin ücreti sabit tutulmamak kaydıyla işverence çalışma süreleri uzatılabilir¹³⁹. Anılan görüş, İş Kanunu'na ilişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği'nin 9. maddesinden işçinin her yıl başında onayının alınmasına ilişkin şart kaldırılmadan önce savunulmuş olup, bu görüşe göre Yönetmelikte her ne kadar işçiden her yıl başında onay alınması gerektiğinden bahsedilse de, işçi ile işveren arasında çalışma saatlerinin artırılmasına ilişkin bir sözleşme yapıldığında ve buna karşılık olarak ücret belirlendiğinde artık her yıl başında işçinin onayına gerek yoktur ve artık işveren tek taraflı irade beyanıyla işçiye fazla saatlerle çalışma yaptırabilir¹⁴⁰. Yine işçinin çalışma sürelerinin artırılması ve ücretinin de artırılması şeklinde yapılan sözleşme nedeniyle fazla saatlerle çalışma konusunda yükümlülüğünün doğduğunu işbu durumun da hukuki

¹³³ Kanunen karşılığının ödenmesi mümkün olmayan fazla çalışma angarya yasağının ihlali anlamı taşıyacağından, işçinin fazla çalışmadan kaçınması gerekeceğine ilişkin bkz.; Bayram Alpaslan, "Fazla Çalışma Yaptırılmasının Şartları ve Sınırları" (E-Yaklaşım), *Yaklaşım Dergisi*, Sayı:197, Mayıs 2009, <http://uye.yaklasim.com/MagazinePrint.aspx?ID=10044>, 17.03.2017, s.4.

¹³⁴ Çenberci, s.816-819. Günay, Fazla Çalışma, s.33. Kılıçoğlu, İş Kanunu, s.400. Şen, s.678.

¹³⁵ Alpaslan, s.5. Hamit Tiryaki, "Haftalık Çalışma Süresi 45 Saati Geçmese Bile Fazla Çalışma Sayılan Özel Durumlar" (E-Yaklaşım), *Yaklaşım Dergisi*, Sayı:233, Mayıs 2012, <http://uye.yaklasim.com/MagazinePrint.aspx?ID=14148>, 17.03.2017, s.2. Köseoğlu/Kabul, s.256. Şen, s.678.

¹³⁶ Köseoğlu/Kabul, s.256. Tiryaki, s.2.

¹³⁷ Narmanlıoğlu, Fazla Çalışma, s.33; Yazara göre, Yasal olarak belirlenen azami çalışma sürelerinin altında çalışma süresi öngörülmesi halinde işçinin ücretinden de indirim yapılamaz. Yani işverence haftalık çalışma süresi 45 saatin altında fazla sürelerle çalışma yapma imkanı sağlayacak şekilde belirlenmişse, bu durum, ücrette eksiltme nedeni yapılamaz.

¹³⁸ Aksi yönde; Demir, İşçinin Onayı, s.102-103. Yazara göre, işçi ve işveren yazılı olarak anlaşmak kaydıyla, çalışma şartları aynı kalmakla birlikte ücretinin düşürülmesi, ücreti aynı kalarak çalışma şartlarının ağırlaştırılması şeklinde sözleşme şartlarında esaslı değişiklikler yapılabilir. Sadece yapılan anlaşmanın geçmişe etkili olacağı kararlaştırılmaz.

¹³⁹ Baycık, s.224-225.

¹⁴⁰ Aksi yönde; Ertan, s.107,111. Yazara göre, işveren işçiye yasal azami çalışma süresine denk gelen fazla çalışma ücreti tutarında bir artış önerilse dahi, işçinin serbest zaman kullanma hakkı ortadan kaldırılmış olacağından, bu teklif çalışma koşullarında esaslı değişiklik anlamına gelmektedir.

işlemlerle tanınmış değıştirici yenilik doğuran bir hak olduğu savunulmaktadır. Başka bir deyişle, işçinin fazla çalışma ücretinin, aylık ücretine dahil olduğuna ilişkin sözleşme yapılmış olması halinde, işçinin artık ücretini de alarak fazla çalışmaya onay verdiğinden bahisle bu sözleşmenin her yıl alınacak muvafakat yerine geçerli olması gerektiği savunulmuştur. Kanaatimizce, işe girerken müzakere edilerek imzalanmış bir sözleşme söz konusu olduğunda ve işçinin aylık ücretine fazla çalışma ücretinin de dahil olduğunun bilincinde olarak alacağı aylık ücretin belirlenmesi halinde işbu hükme 270 saatle sınırlı olarak geçerlilik tanınabilir. Bu şekilde geçerli bir sözleşme yapıldıktan sonra, devam eden yıllarda işçi fazla çalışmaya onay vermezse bu durumda işveren, işçinin ücretinden tek taraflı olarak indirim yapamayacaktır. Bu nedenle de işçinin devam eden yıllarda fazla çalışma yapmak için muvafakat vermemesi halinde, bu kez ücretine verdiği onay nedeniyle eklenen kısmın çıkarılmasına ilişkin muvafakat vermesi gereklidir. Bir örnekle açıklamak gerekirse, aylık ücreti 2.000.-TL olan bir işçinin, fazla çalışma ücretinin aylık ücretine dahil edileceğine ilişkin sözleşme yapılarak aylık ücretinin de 3.000.-TL olarak artırılması halinde, işçinin 25.08.2017 tarihli değışiklik öncesi dönemde her yıl başında fazla çalışma onayı vermesi, 25.08.2017 tarihli değışiklik sonrası dönemde ise, fazla çalışma onayını geri almaması gereklidir. İşçinin 25.08.2017 öncesi dönem için yıl başında fazla çalışma onayı vermemesi ya da 25.08.2017 sonrası dönemde fazla çalışma onayını geri alması halinde ise ücretinin 2.000.-TL olarak düşürölmesine muvafakat vermesi gereklidir. Dolayısıyla işçinin ücretine fazla çalışma ücretinin dahil edildiği durumlarda, işçinin her yılbaşında fazla çalışmaya ilişkin onay vereceğini ya da fazla çalışmaya ilişkin verdiği onayı geri almayacağını sözleşmesel olarak yüklediğini, işbu yükümlölüğünü yerine getirmemesi halinde, ücretinin işbu onay olmaksızın ne kadar olması gerekmektedir o miktara düşürölmesine muvafakat vermesi gerektiğini aksi halde işverenin geçerli nedenle fesih imkanı olduğunu söyleyebiliriz. Aksinin kabulü işverenin karşılığını almaksızın ücret ödeyerek işçinin sebepsiz zenginleşmesine yol açacağından, bu duruma geçerlilik tanınması hukuka aykırılık teşkil eder. Son olarak tekrar önemle belirtmek gerekir ki, işçiye sözleşme ile yüklenilen bu yükümlölük işe girerken fazla çalışma ücretinin, aylık ücrete dahil olduğuna ilişkin konulacak hükmün işçi ile müzakere edildiğinin *işveren tarafından ispatlanmasına* bağlıdır. İşveren tarafından işçi ile müzakere edilerek anılan ücretin belirlendiği ispat edilemezse, işçinin sözleşmesel olarak yükümlölüğü doğmayacaktır. Ayrıca fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dahil olduğuna ilişkin sözleşme yapılan işçinin yaptığı işin niteliği gereği alması gereken

ücret ile emsal işi yapan bir işçinin ücreti karşılaştırıldığında, fazla çalışma ücreti dahil olmaksızın belirlenen kısmın emsallerinden düşük olmaması gereklidir ki, müzakere edilen miktara geçerlilik tanınsın ve sonraki yıllar içinde işçinin yükümlülüğünden bahsedilebilsin.

Fazla çalışma karşılığı ödenmesi gereken ücretin, işçinin aylık ücretine dahil olacağına ilişkin yapılacak olan sözleşmenin geçerli olması için, kararlaştırılan ücretinin belirli ve asgari ücretten yüksek olması gerektiği de doktrin¹⁴¹ ve yargı kararları ile haklı olarak kabul edilmektedir¹⁴². Anılan kararlarda geçen "belirli bir ücretten yüksek olma" ile kastedilen, aylık ücretin, en az 270 saatin aylık bazda karşılığı olan sürede yapılabilecek fazla çalışma karşılığı olan ücret tutarından yüksek olmasıdır¹⁴³.

Öğretide bazı yazarlar fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dahil olamayacağını savunmaktadır. Bu görüşe göre¹⁴⁴, iş sözleşmelerinde fazla çalışma ücretinin aylık sabit ücrete dahil olduğuna ilişkin soyut hükümlere geçerlilik tanınmaması gereklidir. Aksi halde, işçilerin çalışmalarının karşılığını tam olarak alamamalarının yanında yasanın dolanılmasına da yargı eliyle cevaz verilmiş olur. Kanun'un tanımadığı bir hakkı, işverenin sözleşme yoluyla elde etmesine izin verilmemelidir. Anılan görüşü savunan bazı yazarlara göre¹⁴⁵, fazla çalışmanın ücrete dahil olması değil de, 270 saatlik fazla çalışmanın ücrete dahil olduğuna ilişkin yapılan sözleşmelere geçerlilik tanınması halinde, 270 saat fazla çalışma

¹⁴¹ Akyiğit, s.14. Astarlı, s.218. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s.563. Çil, s.812. Ekonomi, İşin Düzenlenmesi, s.57. Ertan, s.119-120. Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s.267. Karacan, s.102-103. Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.1253. Yazarlara göre; asıl ücret miktarının fazla saatlerle çalışmalarla orantılı olarak yüksek belirlenmemesi halinde TBK. m.27/1 anlamında ahlaka aykırılık söz konusu olur. Özcan, s.313. Songu, s.374. Süzek s.809. Şakar, s.115. Şakar, İlke, s.246-248. Yargıtay'ın yılda 270 saat fazla çalışmanın asgari ücrete dahil olamayacağı sonucuna varmasının altında, bu uygulamanın ücrete bir azalma meydana getireceği kabulünden kaynaklı olduğuna ilişkin bkz.; Engin Türsoy, "Fazla Çalışmanın Ücrete Dahil Olduğuna İlişkin Sözleşme Hükümüne Geçerlilik Tanıyan Yargıtay 9. Hukuk Dairesi İçtihadının Eleştirisi", *İstanbul Barosu Dergisi*, Cilt:86, Sayı:2012/4, s.85.

¹⁴² Yarg. 22.H.D., 22.01.2013 gün ve E. 2012/10489, K. 2013/236, (Çalışma ve Toplum, Yıl:2013/2, Sayı:37, s.462-463).

¹⁴³ Akyiğit, s.14. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s.563. Çil, s.812. Ekonomi, İşin Düzenlenmesi, s.57. Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.1253. Şakar, s.115.

¹⁴⁴ Ağır, s.120. Çil, s.812. Çil, Şerh, s.2496-2497. Çil, Fazla Çalışma, s.67. Türsoy, s.72-87. Yazara göre, anılan türde hükümler Anayasa'nın 5., 10., 14., 18., 48. ve 49. maddelerine, İş Kanunu'nun 62. maddesine, Eski Borçlar Kanunu'nun 19 ve 21. maddelerine de aykırılık teşkil eder. Yine yazara göre, TBK m.25 "Genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz" hükmü gereğince yapılacak içerik denetimi ile fazla çalışmanın aylık ücrete dahil olduğuna ilişkin uygulamanın önüne geçilmelidir.

¹⁴⁵ Çil, s.812. Çil, Şerh, s.2496-2497. Çil, Fazla Çalışma, s.67. Yazar eserlerinde de, fazla çalışma ücretinin aylık sabit ücrete dahil olduğuna ilişkin soyut hükümlere geçerlilik tanınmaması gerektiğini savunmakla birlikte, geçerlilik tanınması halinde ise işçinin 270 saatten fazla çalıştığını yazılı delillerle ispatlayabileceğini savunmaktadır. Göksel, s.1018. Yazara göre, fazla çalışmanın ücrete dahil edilmesine ilişkin sözleşme hükümlerine, 270 saatle sınırlı olarak geçerlilik tanınabilir ancak işçi 270 saatten fazla çalıştığını yazılı delillerle ispatlayabilir.

yapılacağı yazılı olarak kabul edildiğinden bu süreden fazlasının yine yazılı delillerle ispatlanması gerekir. Ayrıca bu şekilde sözleşme yapılıyorsa işveren tarafından her ay fazla çalışma tahakkuku da yapılması gereklidir¹⁴⁶. Bununla birlikte, tarafların günlük ve haftalık çalışma sürelerini, Kanunda belirlenen haftalık yasal sürenin üstünde belirledikleri ve bu belirlenen saatlere göre de zamlı ücreti hesaplayarak işçinin ücretinin belirlenmesi halinde anılan yöndeki sözleşme hükmüne geçerlilik tanınabileceği savunulmuştur¹⁴⁷. Anılan görüşe göre asıl olan, işçiye tartışma fırsatı vermeyen soyut sözleşmelere geçerlilik tanınmamasıdır.

Yine fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dahil olamayacağını savunan bir başka görüşe göre¹⁴⁸, bu şekilde bir anlaşma yapılması işçinin Kanun ile getirilen fazla çalışma karşılığında serbest zaman kullanmaya yönelik seçim hakkını engellediği için geçersizdir. Ancak her ücret ödeme döneminde anılan dönem ile sınırlı olmak kaydıyla bu şekilde anlaşma yapılabileceği savunulmaktadır¹⁴⁹. Kanaatimizce anılan görüşün uygulanması oldukça zordur. Bu görüşün kabulü halinde işçi ile her ay ücretinin tekrar müzakere edilmesi taraflar için özellikle işveren taraf için Kanun'da öngörülmemiş bir külfet niteliği taşıyacaktır. Kaldı ki, işçinin bu seçimlik hakkı fazla çalışma yaptıktan sonra doğacaktır. Bu nedenle işçinin fazla çalışma yapmadan önce fazla çalışma karşılığına ilişkin seçim hakkından vazgeçmesi, doğmamış haktan feragat anlamı taşıyacağı için, her ay fazla çalışma yapılmasından sonra tekrar değerlendirme yapılması gerekecektir.

Yine öğretide bir görüşe göre¹⁵⁰, ücretin tutarı ve iş görme ediminin niteliği bakımından herhangi bir ayırım gözetmeksizin bütün işçilere aynı kaydı içeren tip sözleşmeler imzalatılması halinde, fazla çalışmayı aylık ücrete dahil eden kayıtların genel işlem koşulu sayılıp sayılmayacağı sorgulanabilir. Türk Borçlar Kanunu'nun 20/1 maddesinde, genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyenin,

¹⁴⁶ Aksi yönde; Ertan, s.108. Yazara göre, fazla çalışma ücreti sütunu dahi açılmasına gerek yoktur.

¹⁴⁷ Çil, Şerh, s.2496-2497. Çil, Fazla Çalışma, s.67-68. Yazara göre; Yasada sözü edilen günlük en çok 11 saat çalışma kuralına rağmen işçi ve işverenin ara dinlenmesi çıktıktan sonra günde 12 saat çalışma ve karşılığında 10.000 Amerikan Doları aylık ücret ödenmesi şeklinde anlaşmaları olanaklıdır. Kanaatimizce, içeriği tartışılmaksızın yapılan soyut sözleşmelere itibar edilmemesi gerekmeyle birlikte, tarafların Yasa'nın emredici hükümlerine aykırı olarak yaptığı anlaşmalara da itibar edilemez. Emredici süreleri aşan sözleşmeler yapıldığında bu sözleşmelere yasadaki sınırların uygulanması gerekir. İş Kanunu'nun haftalık ve günlük çalışma sürelerini belirleyen ve sınırlayan hükümlerinin nispi emredici nitelikte olması nedeniyle, yasada öngörülen sürelerin azaltılabileceği ancak yükseltilemeyeceği, aksi yönde yapılan sözleşmelerin geçerli olmayacağı yönündeki görüş için bkz.; Bedük, s.203. Songu, s.117. Şen, s.673-674,677,680 vd.

¹⁴⁸ Akyiğit, s.14-15. Benzer yöndeki bir başka görüş için bkz.; Ertan, s.107,111. Yazara göre, işverence, tek taraflı olarak fazla çalışma ücretinin aylık ücretin içinde ödenmesinin önerilmesi halinde, işçinin serbest zaman kullanma hakkı ortadan kaldırılmış olacağından, bu teklif esaslı değişiklik önerisi sayılacak olup, anılan hükümlere göre değerlendirme yapılmalıdır.

¹⁴⁹ Anılan türde bir anlaşmanın sözleşme süresince geçerli olması ve işçinin isterse serbest zaman talep etme hakkının saklı tutularak yapılabileceğini savunan görüş için bkz.; Karacan, s.103-104.

¹⁵⁰ Ertan, s.106.

ileride birçok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleri olarak tanımlanmıştır. Bu durumda işveren tarafından ileride bir çok sayıdaki işçiye imzalatılmak üzere, önceden tek başına hazırlanarak işçilere sunulan fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dahil olduğuna ilişkin sözleşme hükümleri genel işlem koşulu olarak nitelendirilebilir. Bu nedenle de geçerlilik ve içerik denetiminden geçirilmelidir¹⁵¹.

Kanaatimizce, işçi ve işveren arasında müzakere edilmemiş, işverence tek taraflı olarak hazırlanan ve işçiye içeriğinde değişiklik hakkı tanınmayan sözleşmeler, işçi tarafından geçimini sağlamaya yönelik, işe girme isteği karşısında müzakere edecek durumu olmadan imzalandığı için içerik denetiminin yapılması gerekir. İşçinin bu durumda "ne iş olsa yaparım" cümlesi "sözleşme içeriği ne olsa imzalarım" anlamı taşıyacağından¹⁵², işbu sözleşmelerin içerik denetiminin yapılması gerekli olmakla birlikte, müzakere edilmiş bir sözleşme kaydını da kural olarak denetlemekten kaçınmak gerekir. Bu nedenle de işçinin fazla çalışmaya onay verdiğine, 270 saatlik fazla çalışma ücretinin, aylık ücrete dahil olduğuna ilişkin hükme, işçi ve işveren tarafından müzakere edilmiş olmasına göre geçerlilik tanınması gerektiğini düşünmekteyiz¹⁵³.

Fazla çalışma ücretinin, aylık ücrete dahil olduğuna ilişkin sözleşmelere itibar edilerek 270 saatlik kısmın ücrete dahil edilmesini yerinde bulmayan ve bu kabule ilişkin Yargıtay kararlarındaki çelişkiye işaret eden bir görüşe göre¹⁵⁴, bu şekilde bir kabul varsa, kıdem ve ihbar tazminatına esas alınan ücret belirlenirken, 270 saatlik bu ücretin aylık ücretten ayıklanması ve yılda 270 saate karşılık gelen zamlı fazla çalışma ücretinin hesaplanarak işçinin aylık ücretinden düşülmesi gerektiği değerlendirilerek, bugüne kadar Yargıtay'ın bu konuda bir görüşü olmaması eleştirilmiştir¹⁵⁵. Her ne kadar işçi aleyhine görünse dahi, anılan eleştiri kısmen isabetli olmakla birlikte sınırlı hallerde uygulanmalıdır. İşçinin ücretinin ne olacağı ve fazla çalışma ücretinin, aylık ücrete dahil olması nedeniyle ne kadar fazla ücret

¹⁵¹ Ertan, s.106.

¹⁵² Alp, s.41-42.

¹⁵³ "...Her ne kadar davacı ile akdedilmiş olan iş sözleşmesinin 9. maddesinde "aylık ücret, İş Kanun'unun 32. maddesinde sözü edilen belirgin aylık olup, bir ay boyunca çalışmaksızın ödenmesi gereken hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil günlerini ve fazla çalışma ücretlerini de kapsar" hükmüne yer verilmişse de, işverence tek taraflı olarak hazırlanmış sözleşmenin fazla çalışmaya ilişkin bu hükmünün geçerli olmayacağı kanaatiyle..." Karşıyaka 3. İş Mahkemesi, 26.12.2016 gün ve E. 2014/184, K. 2016/513, (Karar istinaf aşamasındadır), (Yayınlanmamıştır).

¹⁵⁴ Çil, s.813. Çil, Şerh, s.2495. Çil, Fazla Çalışma, s.66-67.

¹⁵⁵ Yazarın görüşü, Yargıtay'ın bu yönde kararları olduğu ancak yerleşik bir uygulamaya dönüşmediği yönünde eleştirilmiştir. Bkz.; Ertan, s.121. Yarg. 9. H.D., 17.02.2014 gün ve E. 2013/6884, K. 2014/4580, (Ertan, s.121). Yarg. 9. H.D., 17.02.2014 gün ve E. 2013/7674, K.2014/4586, (Ertan, s.121). Aynı yönde kararlar için bkz.; Ertan, s.121, (dipnot 51 ve 52).

alacağı, yapılan müzakere sırasında belirlenmemişse, emsali işçilere göre yapılan değerlendirmede, fazla çalışma ücreti olmaksızın belirlenen ücreti somut olarak çok düşük ise, öncelikle gerçek bir müzakere yapıp yapılmadığının araştırılması gerekecektir. Müzakere yapıldığını ispat yükü işverendedir. Yapılan değerlendirmeler neticesinde işçinin ücreti emsali işçilerden önemli oranda düşük belirlenmeksizin, bu ücret üzerinden hesaplanacak tutarda artırılarak fazla çalışma ücretinin belirlendiği tespit edilebilirse, tazminata esas ücretin belirlenmesinde de fazla çalışma ücretinin ayıklanması kısmen kabul edilebilir.

Doktrinde bir başka görüşe göre ise¹⁵⁶, tazminata esas alınan ücretin belirlenmesinde, 270 saatlik ücretin ayıklanması ve yılda 270 saate karşılık gelen zamlı fazla çalışma ücretinin hesaplanarak işçinin ücretinden düşülmesi şeklinde yapılması önerilen uygulama yerinde değildir. Bu görüşe göre, temel ücret fazla çalışmayı da kapsadığından bordroda fazla çalışmanın ayrıca gösterilmesine dahi gerek yoktur¹⁵⁷. Çünkü temel ücrete dahil edilen fazla çalışma ücreti bağımsız kimliğinden sıyrılarak, bir çeşit temel ücrete dönüşmektedir. Bu tür bir anlaşma yapıldığında, fazla çalışma aylık ücretle kaynaşarak, temel ücretin bütünleyici parçası, ayrılmaz bir ögesi haline gelmektedir. Yine fazla çalışma ücretinin sürekliliği de tazminata esas ücrete dahil edilme gerekçesi olarak savunulmuştur. Anılan görüşe fazla çalışma ücretinin sürekliliği nedeniyle tazminata esas ücrete dahil edilebileceği yönündeki gerekçesi ve özellikle işçinin 270 saati aşan çalışmalarının tespit edilememesine neden olacak nitelikteki, fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dahil edildiği hallerde, bordroda fazla çalışma tahakkuku olmaması gerektiği şeklinde yapılan yorum yönünden katılmıyoruz. Ancak diğer yandan, böyle bir anlaşmayı işveren işçiye sunduğuna göre, tazminata esas ücret bakımından doğan belirsizliğe işçinin katlanması, işveren bakımından ödül olacaktır. Bu nedenle de işçinin ücretinin ne olacağı ve fazla çalışma ücretinin, aylık ücretine dahil olması nedeniyle ne kadar fazla ücret alacağı, yapılan müzakere sırasında belirlenmemişse, fazla çalışmanın aylık ücretle kaynaşarak, temel ücretin bütünleyici parçası, ayrılmaz bir ögesi haline geldiği kabul edilmeli ve böylece tazminata esas ücret bakımından doğan belirsizliğe işverenin katlanmalıdır.

Kanaatimizce, önceki paragrafta ifade edildiği üzere fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dahil olduğuna ilişkin geçerli bir sözleşme yapılmaması halinde fazla çalışmanın aylık ücretle kaynaşarak, temel ücretin bütünleyici parçası, ayrılmaz bir

¹⁵⁶ Ertan, s.108-109, 121-122.

¹⁵⁷ Aksi yönde, Çil, Fazla Çalışma, s.67.

ögesi haline geldiği kabul edilmelidir. Ancak 270 saate kadar yapılan fazla çalışmanın işçinin aylık ücretine dahil olduğuna ilişkin geçerli bir sözleşme yapılması halinde ücrete yansıyan 270 saatlik tutarın her durumda temel ücret olduğu ya da tazminata esas ücretten dışlanması gerektiği yönündeki görüşlere katılmıyoruz. Fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dahil olduğuna ilişkin geçerli bir sözleşme yapılması halinde öncelikle işçiye fesihten önceki bir yılda kaç saat fazla çalışma yaptırıldığının tespiti gerekir. Eğer işçiye 270 saatin altında fazla çalışma yaptırılırsa, örneğin işçiye 200 saat fazla çalışma yaptırılmış ise, 70 saat akdi farazi çalışma süresi sayılacağından işçi 70 saat için çalışmadığı halde yine ücrete hak kazanacaktır. Ancak işveren tarafından 270 saat fazla çalışma yaptırıldığı tespit edilirse bu 270 saatin akdi farazi çalışma süresi olduğundan da bahsedilemez. *Çünkü farazi çalışma süresi işçinin çalışmasa dahi ücrete hak kazanmasını sağlamakla birlikte anılan sürede işçinin çalışması halinde farazi çalışma ücretinin yanında fiili çalışma ücretinin de ödenmesi gerekir.* İşbu durum da 270 saatin ücrete dahil olmasına ilişkin düzenlemenin amacına aykırı olarak işverene iki kez ücret ödeme külfeti yükler. Bu nedenle de kural olarak farazi çalışma süresi ücretin esaslı bir unsuru olmakla birlikte, sadece işveren tarafından 270 saatin altında fazla çalışma talep edilmesi halinde bakiye süre için farazi çalışma süresinden bahsedilebilir. Tazminata esas ücret belirlenirken de fesihten önceki bir yıllık dönemde 270 saatin kaç saatinin farazi çalışma süresi olarak ödendiği tespit edilerek hesaplama yapılabilir.

f. Fazla Sürelerle Çalışma İçin İşçinin Onayı ve Fazla Sürelerle Çalışma Ücretinin Aylık Ücrete Dahil Edilip Edilmeyeceği Sorunu

İşverenin olağan nedenlerle fazla çalışmanın yanında, fazla sürelerle çalışma yaptırabilmek için de işçinin onayını alması gereklidir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 41/7. maddesinde, fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışmayı kapsar nitelikte olan fazla saatlerle çalışma kavramı¹⁵⁸ kullanılmış ve hüküm "fazla saatlerle çalışmak için işçinin onayının alınması gerekir" şeklinde düzenlenmiştir. İş Kanunu'na ilişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği'nin 9. maddesinin 1. fıkrasında *fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma yaptırmak için işçinin yazılı onayının alınması gerektiği* düzenlenirken, 2. fıkrasında *fazla çalışma ihtiyacı olan işverence bu onay her yıl başında işçilerden yazılı olarak alınır* şeklinde

¹⁵⁸ Bkz; Birinci Bölüm, I., C., 3., dipnot 14.

düzenlenmişti. Yani Yönetmelik hükmünde, fazla sürelerle çalışma içinde yazılı onay alınması gerektiği düzenlenmekte ise de, her yıl başında yazılı olarak alınması düzenlenmemiştir¹⁵⁹. Dolayısıyla Yönetmelik hükmüne göre, işçiden fazla sürelerle çalışma yapmak için her yılbaşında onay alınması gerekli olmayıp, sözleşme ile bir kez alınması yeterli görülmekteydi. 25.08.2017 tarihinde İş Kanunu'na ilişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği'nin 9. maddesinin 2. fıkrası değiştirilerek fazla çalışma yaptırmak için de işçiden her yıl başında onay alınması şartı kaldırıldı. Yeni düzenlemeye göre, fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma ihtiyacı olan işverence bu onayın yine yazılı olarak alınması gerekmekle birlikte, fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma yapmak istemeyen işçi verdiği onayı otuz gün önceden işverene yazılı olarak bildirimde bulunmak kaydıyla geri alabilir.

Yargıtay¹⁶⁰, haftalık çalışma süresinin 40 saat olarak kararlaştırıldığı bir işyerinde, iş sözleşmesinde ücret belirlenirken fazla çalışma ücreti dahil olmak üzere ücret ödeneceği düzenlemesi karşısında, çoğun içinde azın olacağı ilkesinden hareketle, 270 saatin içinde fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma olduğunu içtihat etmiştir.

4857 sayılı Kanun'un 41. maddesinin 8. fıkrası incelendiğinde "Fazla çalışma süresinin toplamı bir yılda ikiyüzyetmiş saatten fazla olamaz" şeklinde olup, kanaatimizce aksi kararlaştırılmamışsa 270 saatin hesaplanmasına fazla sürelerle çalışma dahil edilmemelidir¹⁶¹. Çünkü kanun koyucu olağan çalışma süresini haftalık 45 saat belirlerken, işçinin sağlığını düşünerek haftalık 45 saatin üstünde olan çalışmalar içinde yıllık 270 saat sınırını belirlemiştir. Ayrıca anılan hükmün "Fazla saatlerle çalışma süresinin toplamı bir yılda ikiyüzyetmiş saatten fazla olamaz" şeklinde değil "Fazla çalışma süresinin toplamı bir yılda ikiyüzyetmiş saatten fazla olamaz" şeklinde düzenlenmesi görüşümüzü destekler niteliktedir. Yine İş Kanunu'na ilişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği'nin fazla çalışmada sınırı düzenleyen 5. maddesi de kanun ile uyumlu olarak fazla çalışma süresini düzenlemekte, fazla saatlerle çalışmayı kapsamamaktadır. Ancak iş sözleşmesine, fazla sürelerle çalışma ücretinin de aylık ücrete dahil olduğuna ilişkin

¹⁵⁹ Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s.271. Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.1271.

¹⁶⁰ Yarg. 9. H.D., 06.06.2007 gün ve E.2006/30228, K.2007/18119, (Şakar, İlke, s.246-247).

¹⁶¹ Ekonomi, s.11. Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s.265. Günay, s.17. Günay, Şerh, s.1840. Kandemir, s.20. Köseoğlu/Kabul, s.242-243. Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.1272. Öcalan, s.1646. Soyer, Fazla Saatler, s.807. Herhangi bir gerekçe belirtmeksizin fazla sürelerle çalışma süresinin de 270 saatlik sınırlamaya dahil olacağına ilişkin görüş için bkz.; Akyiğit, s.14, Faruk Andaç, **İş Hukuku (Sosyal Politikalar Bakımından Türk Çalışma Hukuku Uygulaması)**, Detay Yayıncılık, Ankara 2014, s.154. Fazla sürelerle çalışma süresinin de 270 saatlik sınırlamaya dahil olması halinin daha işçi lehine olması ve aksinin mantık kurallarıyla çalışması yönünde gerekçe için bkz.; Ertan, s.118-119.

hüküm konulması halinde, işçi lehine olan bu akdi düzenleme nedeniyle fazla sürelerle çalışma ücretinin de 270 saat içinde hesaplanması gerekmektedir.

Toplu iş sözleşmeleri ya da iş sözleşmeleri ile haftalık normal çalışma süresinin üzerinde yapılan tüm çalışmaların fazla çalışma olacağı, yani fazla sürelerle çalışmaların da, fazla çalışma ücreti gibi değerlendirileceği kararlaştırılabilir¹⁶². Ancak bu halde sözleşme hükmünün dikkatli şekilde incelenmesi gerekmektedir. Taraflar sözleşme hükmü ile fazla sürelerle çalışma için sadece fazla çalışma karşılığı olan zamlı ücret veya serbest zamanın uygulanmasını amaçlayabilecekleri gibi, fazla sürelerle çalışmanın fazla çalışma hükümlerine tabi olduğunu amaçlamış da olabilirler. Fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışmaya ilişkin hükümler incelendiğinde tek farklılık ödenecek karşılıklarına ilişkin olmadığından taraf iradelerinin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Özellikle, Kanun koyucu 270 saatlik sınırlama getirirken yukarıda açıklandığı üzere sadece fazla çalışmaları kapsayacak şekilde düzenlemiş ve fazla sürelerle çalışmayı bu düzenleme dışında bırakmıştır. Ancak taraflarca fazla sürelerle çalışmanın da, fazla çalışma hükümlerine tabi olduğu kararlaştırılırsa bu halde, 270 saatlik sınırlama hesaplanırken fazla sürelerle çalışma da dahil edilecektir. Açıklanan nedenlerle, tarafların fazla sürelerle çalışma karşılığını, fazla çalışma karşılığı gibi mi belirlediği, yoksa fazla sürelerle çalışmayı, fazla çalışma hükümlerine mi tabi etmek istediği araştırılmalıdır. Doktrinde¹⁶³ taraf iradelerinde açıklık yoksa fazla sürelerle çalışma karşılığının da, fazla çalışma karşılığı gibi artırıldığı kabul edileceği varsayılır. Eğer fazla sürelerle çalışmanın da fazla çalışma hükümlerine tabi olduğu anlaşılırsa bu halde, fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma için ayrı ayrı 270'er saat değil, her iki çalışmanın toplamının 270 saat hesabında dikkate alınması gerekmektedir¹⁶⁴.

g. Fazla Çalışmaya İlişkin Onay Verilmesi Halinde İkiyüzyetmiş Saatin Hangi Yılı Kapsayacağı Ve Yıl İçine Dağılımı Sorunu

Kanun koyucunun 4857 sayılı İş Kanunu'nun 41. maddesinde getirdiği düzenleme "*fazla çalışma süresinin toplamı bir yılda ikiyüzyetmiş saatten fazla olamaz*" şeklinde olup, fazla çalışmanın yıllık azami süresi bu hükümle belirlemiştir. Yine İş Kanununa İlişkin Fazla Çalışma Ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği'nin

¹⁶² Astarlı, s.180. Demir, İşçinin Onayı, s.106. Eyrenci, Yeni Düzenlemeler, s.44. Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s.257. Günay, s.17. Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.1270. Özcan, s.312. Songu, s.371. Soyer, Fazla Saatler, s.802.

¹⁶³ Astarlı, s.180. Ekonomi, s.10. Songu, s.371.

¹⁶⁴ Astarlı, s.195.

5/İ. maddesi de “Fazla çalışma süresinin toplamı bir yılda ikiyüzyetmiş saatten fazla olamaz” şeklinde düzenlenmiştir. Ancak her iki düzenlemede de, yıl sözcüğünün ne anlama geldiği açık değildir. İş Kanununa İlişkin Fazla Çalışma Ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği’nin 9/İİ. maddesinde 25.08.2017 tarihli değişiklikten önce işçinin her yılbaşında onayının alınmasından bahsedildiğinden anılan hükümlere ilişkin 270 saat değerlendirilmesinde, takvim yılının esas alınması gerektiği kabul edilmekteydi¹⁶⁵. Ancak mevzuatta bu konuda açıklık bulunmadığından sözleşme ile aksinin kararlaştırılabileceği de kabul edilmekteydi¹⁶⁶. Doktrinde bir görüşe göre¹⁶⁷, yıl kavramı takvim yılı olarak değil, işçinin çalışmaya başladığı tarihten itibaren geçecek 1 yıllık dönem olarak anlaşılmalıdır. Bizim görüşümüz, Fazla Çalışma Tüzüğü’nün m.2/İİ hükmünde açıkça *fazla çalışmaya başlandığı günden itibaren bir yıllık süre içinde* şeklinde kullanılan ifadenin İş Kanunu’na İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği’nin 9. maddesinde bu onayın *her yılbaşında* alınması şeklinde ifade edilmesi karşısında Yönetmelik ile açıkça takvim yılı kıstasının esas alındığı yönündeydi. Her ne kadar 25.08.2017 tarihli değişiklik ile Yönetmelik hükmünden, her yıl başında onay alınması şartı kaldırılrsa dahi takvim yılının esas alınması hem hesaplama hem de işveren için uygulama kolaylığı sağlayacağı için daha yerinde olduğundan, bir yıllık sürenin işçinin çalışmaya başladığı tarihten itibaren hesaplanması gerektiği yönündeki görüşe katılmıyoruz.

İşçi ve işveren arasında, fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dahil olacağına ilişkin sözleşme bulunması halinde, 270 saatin yıl içinde nasıl paylaştırılacağı konusunda öğretide ve yargı kararlarında görüş birliği bulunmamaktadır. Bir görüşe göre¹⁶⁸, 270 saatlik fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dahil olduğu kabul edildiği halde, 270 saati 12 aya bölerek, uyumsuzluk konusu olan ayda yapılan fazla çalışma 22,5 saati aşıyorsa, aşan kısım için fazla çalışma ücreti hesaplanması gerekmektedir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi de bir kararında¹⁶⁹, 270 saatlik fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dahil olduğunun kabul edildiği halde, yıllık 270 saati 12 aya bölerek, uyumsuzluk konusu olan ayda yapılan fazla çalışmalar 22,5 saati aşıyorsa, aşan kısım için fazla çalışma ücreti hesaplanması gerektiğini kabul

¹⁶⁵ Çenberci, s.816. Yazar; 04.04.1973 tarihinde yürürlüğe giren Fazla Çalışma Tüzüğü’nün m2/İİ hükmünde belirtilen yıl kavramının takvim yılı olduğunu savunmuştur. Ertan, s.113. Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s.265. Günay, s.16-17. Kandemir, s.20-21. Köseoğlu/Kabul, s.242. Songu, s.352. Soyer, Fazla Saatler, s.806. Şakar, s.116. Türk, s.466-468.

¹⁶⁶ Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s.265.

¹⁶⁷ Astarlı, s.191. Demir, s.194.

¹⁶⁸ Çil, s.813. Özcan, s.313.

¹⁶⁹ Yarg. 9.H.D., 08.11.2012 gün ve E. 2010/28115, K. 2012/36990, (Çalışma ve Toplum, Yıl:2013/2, Sayı:37, s.354-358). Yarg. 9. H.D., 10.09.2014 gün ve E. 2012/25035, K. 2014/26019, (www.legalbank.net e.t.:18.05.2016).

etmiştir. Yine Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin yıllık 270 saatin, haftalık 5,5 saatle sınırlı olarak hesaplanması gerektiği şeklinde kararları bulunmaktadır¹⁷⁰. Yargıtay'ın bu yöndeki kararlarına bir dönem haklı olarak konulan muhalefet şerhinde ise¹⁷¹, yıllık 270 saatlik fazla çalışma sınırının 12 aya bölünerek 22,5 saat üzerinden hesaplanması ve hatta bununla yetinilmeyip haftalık 5,2 saatlik kısım üzerinden hesaplama yapılarak, anılan sürenin üstünde çalışma yapılması şeklinde hesaplanan fazla çalışma ücretinin yerinde olmadığı, yasada yıllık toplam 270 saat ifadesi kullanılmış olup anılan şekilde bir çözümleme ön görmek istenilse zaten aylık veya haftalık olarak eşit şekilde dağılım yapılacağı şeklinde bir düzenleme olması gerektiği savunulmuştur. Daha sonra muhalefet şerhinde savunulan görüş özellikle Yargıtay 7. Hukuk Dairesi tarafından benimsenmiş olup¹⁷², fazla çalışma ücretinin, aylık ücretin içinde olacağına ilişkin sözleşme bulunması halinde, 270 saatin yılın herhangi bir zamanında dolabileceği göz önüne alınarak, günlük 11 saati aşmayan çalışmalar için yıl içinde 270 saatlik sürenin dolmasından sonra yapılan fazla çalışmaların hesaplanması gerektiği içtihat edilmiştir.

Hesaplamanın yıllık, aylık veya haftalık ölçütler esas alınarak yapılması sadece teorik bir tartışma değildir. Hesaplamaya esas alınan ölçüte göre fazla çalışma ücreti miktarları da değişecektir. Örneğin, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin içtihadına göre, ilk kez Nisan ayında haftada 5,2 saatin üzerinde ya da Yargıtay 22. Hukuk Dairesi'nin içtihadına göre ilk kez Mayıs ayında 22,5 saatin üzerinde fazla çalışma yapan bir işçinin daha önceki aylarda fazla çalışma yapmamasına ve yılda 270 saati aşan çalışması olmamasına rağmen çalışmaları fazla çalışma kabul edilecektir. Kanun'da yıllık 270 saat ifadesi kullanılmış olup, 270 saatin aylık veya haftalık olarak eşit ölçüde dağıtılacağına ilişkin bir düzenleme yoktur. Bu nedenle de yıl ölçütü yerine haftalık ya da aylık ölçütün esas alınması Kanun'un lafzına ve amacına aykırıdır. Lakin günde 11 saatin aşılması, gece 7,5 saatin üzerinde çalışılması ya da Kanunda süre yönünden belirlenen emredici hukuk kurallarına aykırı çalışma yaptırılması halinde bu çalışmalar için 270 saatin tamamlanması beklenmeksizin fazla çalışma hesaplanmalıdır.

¹⁷⁰ Yarg. 9. H.D., 13.10.2015 gün ve E. 2015/27691, K. 2015/28371, ([www.legalbank.net](http://www.legalbank.net.tr) e.t.:18.05.2016). Yarg. 9. H.D., 21.10.2015 gün ve E. 2014/15230, K.2015/29393, ([www.legalbank.net](http://www.legalbank.net.tr) e.t.:18.05.2016).

¹⁷¹ Yarg. 9. H.D., 05.06.2012 gün ve E. 2009/50037, K.2012/19513, (Çil, s.862-863). Yarg. 9. H.D., 05.02.2014 gün ve E. 2011/54067, K.2014/3471, (Çil, s.887-888).

¹⁷² Yarg. 7.H.D., 05.02.2014 gün ve E. 2013/15738, K. 2014/2397, (Çalışma ve Toplum, Yıl:2014/3, Sayı:42, s.314-315). Yarg. 9.H.D., 21.01.2014 gün ve E. 2011/51330, K. 2014/717, (Çalışma ve Toplum, Yıl:2014/3, Sayı:42, s.363-364). Yarg. 7. H.D., 29.04.2015 gün ve E. 2014/21213, K. 2015/7652, ([www.legalbank.net](http://www.legalbank.net.tr) e.t.:18.05.2016). Yarg. 7. H.D., 29.02.2016 gün ve E. 2015/5794, K. 2016/4771, (Yayınlanmamıştır).

Yıl içinde yapılan toplam fazla çalışma süresi hesaplandıktan sonra 270 saatin düşülmesi şeklinde yapılan hesaplama ile 270 saatin dolduğu andan itibaren fazla çalışma hesaplanması da uygulamada farklı sonuçlar doğurabilir. Örneğin, işçinin ücretinin yıl içinde değişiklik göstermesi halinde, 270 saatin dolduğu ay önem arz edecektir. Yani yıl içinde ücret değişiklikleri söz konusu olduğu durumlarda haftalık, aylık ya da yıllık ölçütün esas alınması da farklı hesaplama sonuçları doğuracaktır.

Yasada getirilen sınır açıkça yıllık fazla çalışma azami sınırı olup, aylık ya da haftalık fazla çalışma için bir sınır öngörülmediğinden yargı kararlarıyla aksi yönde bir kabule gidilmesi yerinde değildir. Fazla çalışma ücretinin, aylık ücretin içinde olacağına ilişkin yapılan geçerli bir sözleşme bulunması halinde, yıllık bazda 270 saatlik fazla çalışmanın dolduğu andan itibaren hesaplama yapılması gerekmektedir. Yine Yargıtay Hukuk Daireleri arasında oluşan açık görüş farklılığının İçtihadı Birleştirme Kararı ile giderilmesi gerekmektedir.

h. Türk Borçlar Kanununa Göre İşçinin Onayı

Türk Borçlar Kanunu'nun 398. maddesi ile fazla çalışma, *normal çalışma süresinin üzerinde ve işçinin rızasıyla yapılan çalışma* olarak tanımlanmış ve işçinin rızası arandığı belirtilmişse de *normal süreden daha fazla çalışmayı gerektiren bir işin yerine getirilmesi zorunluluğu doğar*¹⁷³, işçi bunu yapabilecek durumda bulunur ve aynı zamanda kaçınması da dürüstlük kurallarına aykırı olursa işçi, karşılığı verilmek koşuluyla, fazla çalışmayı yerine getirmekle yükümlü kılınmıştır. Yani Borçlar Kanunu ile kural olarak fazla çalışma yaptırılacak işçinin onayı aranırken, fazla çalışmayı gerektiren bir işin yerine getirilmesi zorunluluğu doğması, işçinin bunu yapabilecek durumda olması ve çalışmaktan kaçınması da dürüstlük kuralına aykırı olmaması şeklinde sayılan üç koşulun bir arada gerçekleşmesi halinde, işçinin çalışma yükümlülüğü, rızasından üstün tutulmuştur¹⁷⁴. Ancak doktrinde¹⁷⁵, TBK'nın 398. maddesi ile fazla çalışmanın ancak işçinin rızasıyla yapılabileceğinin düzenlendiği gerekçesiyle, genel sebeplerle yapılan fazla çalışmaya işçi rıza

¹⁷³ Alpagut, s.915. Yazar, madde de geçen "işin yerine getirilmesi zorunluluğu" ile kastedilenin İş Kanunu anlamında zorunlu fazla çalışmanın şartlarının varlığı mı yoksa genel anlamda tüm fazla çalışma gereksinimleri için mi dürüstlük kuralı ölçüsünün getirildiğinin anlaşılmaması bakımından hükmü eleştirmiştir.

¹⁷⁴ Süzek, s.801. TBK m.398/1 hükmünün Deniz ve Basın İş Kanunlarına tabi işçiler için kıyasen uygulanması gerektiğine ilişkin görüş için bkz.; Ertan, s.105.

¹⁷⁵ Güven/Aydın, s.321.

göstermediği takdirde fazla çalışmaya zorlanamayacağı ve işverenin de fazla çalışma yapmayan işçiyi bu nedenle işten çıkaramayacağı savunulmaktadır.

6098 sayılı Kanun ile fazla çalışmaya ilişkin bir yükümlülük getirilse de, fazla çalışmanın bir borç olarak doğması için işçinin fiziki ve ruhi bakımdan iş gücü ile bunu yapabilecek durumda olması, dürüstlük kuralları gereğince¹⁷⁶ kendisinden beklenilebilir olması, işçinin bozulan sağlık durumu, ev ve aile yükümlülükleri, işyerine ulaşım dair trafik sorunları, işçinin katıldığı kurslar, dernek ve politik faaliyetleri gibi hususların göz önünde bulundurulması ve fazla çalışma talebinin işçiye ne kadar erken bildirilirse, işçiden beklenebilirliğinin de o ölçüde artacağı göz önünde bulundurulmalıdır¹⁷⁷.

Türk Borçlar Kanunu'nun 398. maddesinin yürürlüğe girmesiyle birlikte doktrinde bazı yazarlar İş Kanunu'nda işçinin fazla çalışma yükümlülüğünden bahsedilmemesinin bir eksiklik olduğunu ve bu eksikliğin anılan hükümle giderildiğini, bu hükmün İş Kanunu'na tabi iş sözleşmeleri için de uygulanacağını¹⁷⁸ savunmaya başlamışlardır. Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre¹⁷⁹ İş Kanunu'nun zorunlu hallerde fazla çalışmayı düzenleyen 42. maddesi ve olağanüstü hallerde fazla çalışmayı düzenleyen 43. maddesi zaten işçiye fazla çalışma yükümlülüğü doğuran maddeler olup, bu konuda bir yasa boşluğu da bulunmadığından Borçlar Kanunu'na tabi işçiler için getirilen yükümlülüklerle ilişkin hüküm 4857 sayılı Kanun'a tabi işçiler için uygulama alanı bulmaz. Ancak Borçlar Kanunu, İş Kanunlarına nazaran genel kanun niteliğinde olduğundan ve fazla çalışma borcu hakkında hüküm bulunmayan Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanunu kapsamındaki işçiler bakımından normal süreden daha fazla çalışmayı gerektiren bir işin yerine getirilmesi zorunluluğu doğduğunda Borçlar Kanunu hükmü uygulama alanı bulabilir¹⁸⁰.

¹⁷⁶ Tankut Centel, "Türk Borçlar Kanunu'nda İşçinin Borçları", *SİCİL İHD*, Haziran 2011, s.8. Yazara göre, işçinin kişisel olarak fazla çalışma yapmaktan hoşlanıp hoşlanmaması önemli değildir. İşçinin fazla çalışmayı reddetmesine ilişkin gerekçesinin dürüstlük kuralı gereğince haklı neden olup olmadığına hakim takdir etmelidir.

¹⁷⁷ Mollamahmutoğlu/Astarlı, s.602. Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.1260-1261.

¹⁷⁸ Centel, s.7. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s.553-554. Güneş/Mutlay, s.245-246.

¹⁷⁹ Mollamahmutoğlu/Astarlı, s.604. Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.1262. Süzek, s.802.

¹⁸⁰ Mollamahmutoğlu/Astarlı, s.604. Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.1262.

5. Fazla Çalışmanın Azami Süresi

a. Yıllık Azami Fazla Çalışma Süresi

4857 sayılı İş Kanunu'nun 41. maddesinde "*fazla çalışma süresinin toplamı bir yılda ikiyüzyetmiş saatten fazla olamaz*" şeklinde yapılan düzenleme ile fazla çalışmanın yıllık azami süresi belirlenmiştir. Fazla çalışmada sınırı düzenleyen İş Kanununa ilişkin Fazla Çalışma Ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği'nin 5/l. maddesi de "*Fazla çalışma süresinin toplamı bir yılda ikiyüzyetmiş saatten fazla olamaz. Bu süre sınırı, işyerlerine veya yürütülen işlere değil, işçilerin şahıslarına ilişkindir*" şeklinde olup, anılan 270 saatin işyerine ve yürütülen işe değil işçilerin şahıslarına ilişkin getirilen sınırlama olduğu belirtilmiştir¹⁸¹. Dolayısıyla bir işyerinde işçilerin fazla çalışma saatleri bireysel olarak yıllık 270 saati geçmeyecek şekilde işyerinin çalışma saatleri düzenlenebilir, hatta işyeri 24 saat boyunca çalışma halinde olabilir. Önemli olan işçinin sağlığının korunması amacıyla¹⁸², yılda 270 saatin işçinin şahsında aşılmasıdır. Doktrinde bir görüşe göre¹⁸³, çalışma süresindeki kişisel ilkesi, işçinin birden çok işyerinde çalışması halinde de, bütün olarak dikkate alınmalı, tüm iş yerlerinde toplam fazla çalışmasının 270 saati aşmaması gözetilmeli, yoğunlaştırılmış iş haftası uygulamaları için getirilen günlük 11 saat azami çalışma süresi, işçinin farklı işyerlerinde çalışsa dahi günlük azami çalışma süresi olarak kabul edilmelidir.

İş sözleşmesi ile Yasada belirlenen azami fazla çalışma süresini aşan saatlerle fazla çalışmalara ilişkin işçinin onayı alınsa dahi, bu onay geçersizdir¹⁸⁴. Çünkü kanun koyucu, 270 saate ilişkin süreyi emredici olarak getirmiş olup, işçinin sağlığını ve insan takatini düşünerek bu süreyi belirlemiştir. Ancak belirtmek gerekir ki, uygulamada birçok işyerinde yıllık 270 saatlik çalışma şahsa ilişkin olarak da aşıldığından işçinin korunması ilkesi gereğince, çalışma ispatlanması halinde fazla

¹⁸¹ İlk olarak 04.04.1973 tarihli Fazla Çalışma Tüzüğü ile anılan sınırın işçilerin şahsına ilişkin olduğu hüküm altına alınmış olup, Tüzük hükmünden önce doktrinde baskın görüşün, Yasa ile getirilen sınırın işyerlerine ve yürütülen işlere ilişkin olduğuna dair bkz.; Esener, s.202.

¹⁸² Süzek, s.802. Yazara göre, işçinin sağlığının korunması amacıyla fazla çalışma süresi 270 saati aşmaması gereklidir yönünde yapılan yorumun mefhumu muhalifinden, işçinin sağlığı elveriyorsa 270 saati aşan çalışmalar yaptırılabilirdi sonucuna çıkarılmamalıdır.

¹⁸³ Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s.245.

¹⁸⁴ Astarlı, s.191. Ergun İnce, *Çalışma Hukuku*, Artı Yayınları, 1998, s.109. Esener, s.202.

çalışma ücreti ödenmesi gerekmektedir¹⁸⁵. Ayrıca, taraflar anlaşarak 270 saatin altındaki bir süreyi azami sınır olarak belirleyebilir.

Fazla sürelerle çalışma için azami bir sınır ayrıca getirilmemiş olup, fazla sürelerle çalışmanın azami sınırı haftalık belirlenen çalışma süresi ile haftalık 45 saat arasındaki çalışma süresi kadardır.

b. Haftalık ve Günlük Azami Fazla Çalışma Süresi

Mülga 1475 sayılı İş Kanunu'nun 35. maddesinde normal fazla çalışma, *memleketin genel yararları, yahut işin niteliği veya üretimin artırılması gibi sebeplerle kanunda yazılı günlük çalışma süresinin dışında yapılan, günde üç saati yılda doksan iş gününü aşmaması gereken çalışmalar* olarak tanımlanmıştı.

1475 sayılı İş Kanunu'nda fazla çalışma günlük yasal çalışma süresini aşan saatlerle çalışma olarak tanımlanmışken, 4857 sayılı İş Kanunu ile haftalık yasal çalışma süresini aşan saatlerle çalışma olarak tanımlanmıştır. Kanun koyucu tarafından yapılan bu düzenleme karşısında, doktrinde Kanun ile işçinin yaptığı çalışmanın haftalık 45 saatlik çalışma süresini aştığı takdirde fazla çalışma sayılacağı görüşünün getirilmek istenildiği¹⁸⁶ düşüncesi oluşmuştur¹⁸⁷. Yargıtay tarafından da bu esas kabul edilerek hesaplamanın aylık fazla çalışma süresi üzerinden yapılamayacağına karar verilmiştir¹⁸⁸.

1475 sayılı Kanun döneminde azami fazla çalışma süresi, günde üç saat ve yılda 90 iş günü olarak belirlenmişti. Anılan hüküm 4857 sayılı Kanun'un tasarı aşamasında, haftalık çalışma süresinin 48 saati aşamayacağı şeklinde Meclis'e sunulmuştur. Ancak hüküm fazla çalışma süresinin yılda 270 saatten fazla olamayacağı şeklinde yasalaşmıştır. 1475 sayılı Kanunda düzenlenen günlük 3 saat ve yılda 90 iş günü zaten 270 saate tekabül etse de yasa koyucu, sınırlamayı yıl üzerinden yapmayı tercih etmiştir. Bu hüküm haftalık ve günlük azami çalışma

¹⁸⁵ Akyiğit, s.5. Baysal, s.25. Çil, Şerh, s.2492. Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s.265. Esener, s.201-202. Günay, Şerh, s.1840. Kandemir, s.37-39. Narmanlıoğlu, Fazla Çalışma, s.37. Narmanlıoğlu, s.646. Özcan, s.312-313. Soyer, Fazla Saatler, s.807. Süzek, s.803

¹⁸⁶ Akyiğit, s.2. Astarlı, s.167. Baysal, s.23. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s.550. Çil, Şerh, s.2488. Demir, İşçinin Onayı, s.106. Ekonomi, s.1-2. Ekonomi, İşin Düzenlenmesi, s.50. Günay, s.6. Güven/Aydın, s.318. Kandemir, s.14. Karakaş, s.257. Kılıçoğlu, İş Kanunu, s.397. Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.1242. Narmanlıoğlu, Fazla Çalışma, s.32. Narmanlıoğlu, s.655.

¹⁸⁷ 4857 sayılı Kanun'un 41. maddesinin gerekçesinde bu husus, "Getirilen bu düzenleme ile fazla çalışma ve fazla süreli çalışmanın belirlenmesinde, artık günlük çalışma süresi yerine haftalık çalışma süresinin esas alınması kabul edilmiştir. Haftalık en çok 45 saati aşan çalışmalar fazla çalışmadır." şeklinde ifade edilmiştir.

¹⁸⁸ Yarg.9.H.D., 29.06.2009 gün ve E. 2009/23986, K. 2009/18196, (Çalışma ve Toplum, Yıl:2010/1, Sayı:24, s.373-374).

süresinin düzenlememesi yönünden doktrinde isabetsiz bulunmakla¹⁸⁹, aynı zamanda esnek çalışma süresi uygulandığında, bir işçinin günlük en çok kaç saat fazla çalışma yapacağı, yine günlük belirli bir saatten fazla çalışması halinde salt günlük çalışmasının da fazla çalışma sayılıp sayılmayacağına ilişkin sorunlar doğurmaktadır.

Doktrinde baskın görüş, günlük azami çalışma süresinin 11 saat olacağı yönünde olmakla, bu görüş farklı gerekçeler ile savunulmuştur. Bir kısım yazarlar; İş Kanunu'nun 63. maddesinde düzenlenen çalışma süresine ilişkin günlük azami 11 saatlik çalışma süresinin, aynı zamanda günlük azami fazla çalışma süresi olarak da kabul edilebileceği¹⁹⁰ şeklindeki gerekçelerle, bir kısım yazarlar¹⁹¹, Kanun hükmünün yanında İş Kanunu'na Göre Çalışma Süreleri Yönetmeliği'nin 4. maddesinde *günlük çalışma süresi her ne şekilde olursa olsun 11 saati aşamaz* şeklindeki düzenlemeye dayanarak işbu hükmün mutlak sınırlayıcı olması nedeniyle, günlük azami çalışma süresi olarak 11 saati kabul etmektedir. Bazı yazarlar ise¹⁹², 4857 sayılı Kanun'un denkleştirmeyi düzenleyen 63/2 maddesinde getirilen "günde 11 saati aşmamak" ve yine Avrupa Birliği normlarına uygun olarak telafi çalışmasına ilişkin Kanun'un 64/2 maddesinde geçen, "günlük en çok çalışma süresini aşmamak koşuluyla, günde 3 saatten fazla olamaz" hükmünü değerlendirerek kanunun aslında mantık yorumu ile günlük üst sınırı 11 saat olarak belirlediğinin kabul edilebileceğini savunmaktadır¹⁹³.

Geçmişten bu yana, haftalık çalışma saatini aşmayan ancak günlük çalışma süresini aşan çalışmaların fazla çalışma sayılıp sayılmayacağı sorunu tartışılmıştır¹⁹⁴. Yargıtay kararlarında¹⁹⁵, isabetli olarak 4857 sayılı Kanunda kural olarak fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma için haftalık çalışma esasının belirlendiği ancak Yönetmelik hükümleri ile de, bu esasa istisnalar getirildiği içtihat edilmektedir. Anılan içtihatlara göre, günlük 11 saati aşan çalışmalar yasanın emredici hükmü karşısında denkleştirmeye tabi tutulamayacağından bu halde

¹⁸⁹ Astarlı, s.188-189. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s.554-555. Ekonomi, s. 9. Günay, s.15. Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.1250. Soyer, Fazla Saatler, s.804-805. Süzek, s.802.

¹⁹⁰ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s.555. Eyrenci, Yeni Düzenlemeler, s.44. Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s.265. Güven/Aydın, s.320. Hatice Duygu Özer, "Çalışma Saatlerini Kendi Belirleyen İşçi Fazla Çalışma Ücretine Hak Kazanır mı?", *Çalışma ve Toplum*, Yıl:2007/3, Sayı:14, s.145. Karacan, s.36. Öcalan, s.1632.

¹⁹¹ Ağır, s.111. Aktay/Arıcı/Senyen/Kaplan, s.254. Akyiğit, s.6. Akyiğit, Maden, s.22. Astarlı, s.190. Bedük, s.204. Günay, Şerh, s.1838-1839. Kandemir, s.22. Kılıçoğlu, İş Kanunu, s.402. Narmanlioğlu, Fazla Çalışma, s.37. Songu, s.175. Soyer, Fazla Saatler, s.805-806.

¹⁹² Çil, Şerh, s.2491. Çil, Fazla Çalışma, s.60-61. Ekonomi, s.5. Eyrenci, Yeni düzenlemeler, s.41. Günay, s.16.

¹⁹³ Kanunun kıyas yoluyla uygulanamayacağına ilişkin eleştiri için bkz.; Astarlı, s.190-191.

¹⁹⁴ Esener, s.199.

¹⁹⁵ Yarg. 9.H.D., 29.01.2013 gün ve E. 2013/1699, K. 2013/3484, (Çalışma ve Toplum, Yıl:2013/3, Sayı:38, s.569-572).

haftalık sınırın aşılp aşılmadığına bakılmaksızın günlük sınır esas alınmalıdır¹⁹⁶. Yine Kanun'un 63/son hükmüne göre sağlık kuralları bakımından günde en çok 7,5 saat ve daha az çalışması gereken işlerde bu süreyi aşan çalışmalarda da haftalık sınırın aşılp aşılmadığına bakılmaksızın günlük sınır esas alınmalıdır¹⁹⁷. Son olarak anılan içtihatlar göre maden ocakları, kablo döşemesi, kanalizasyon, tünel inşaatı gibi yer ve su altında yapılan işler ve Kanun'un 69/3 hükmü uyarınca gece çalışmalarında 7,5 saati aşan çalışmalar bakımından haftalık sınırın aşılp aşılmadığına bakılmaksızın günlük sınır esas alınmalıdır¹⁹⁸.

Öğretide savunulan bir görüşe göre¹⁹⁹, İş Hukuku'nun temel ilkelerine aykırılık oluşturmaması için 11 saati aşan çalışmalarda kanuna aykırı çalışma karşılığının zamlı ödenmesi gerekmele birlikte bunun anlamı Kanun'un günlük 11 saat şeklinde bir ölçüt getirmesi değildir. Savunulan görüşe göre, kanuna aykırı çalışmaların karşılığı günlük 11 saatin aşılması halinde de ödenmeli, ancak haftalık 45 saatin hesabında da bu çalışmalar dışlanmalıdır. Anılan görüşü bir örnekle açıklamak gerekirse, haftanın 4 günü çalışılan bir işyerinde 1 gün 15 saat, 1 gün 12 saat, 1 gün 11 saat ve 1 gün 10 saat çalışıldığında; 15 saat çalışılan günde 4 saat, 12 saat çalışılan günde 1 saat kanuna aykırı fazla çalışma yapıldığı ve bu hafta içinde toplam $(4+1) = 5$ saat kanuna aykırı fazla çalışma yapıldığı kabul edilmektedir. Ancak haftalık 45 saat hesaplamasında da kanuna aykırı çalışmalar dışlanarak; $(11*3) + (10*1) = 43$ saat çalışıldığı ve işçinin toplamda 5 saat fazla çalışma yaptığı kabul edilmektedir. Aksi halde $(1*15) + (1*12) + (1*11) + (1*10) = 48$ saat olup $(48 - 45) = 3$ saat fazla çalışma yapıldığı sonucuna ulaşılabilecekti. Yine başka bir örnekle açıklamak gerekirse, haftanın 3 günü 15'er saat çalışan bir işçi, haftalık 45 saat çalışmış olması nedeniyle fazla çalışma ücreti hak edemezken, anılan görüşe göre hesaplama yapıldığında her gün 4 saat kanuna aykırı fazla çalışma yapıldığından toplamda 12 saat fazla çalışma ücretine hak kazanacaktır.

Doktrinde bir görüşe göre²⁰⁰, sadece fazla çalışmanın yıllık 270 saati aşması halinde değil, günlük 11 saati aşması halinde de fazla çalışma ücretinin ayrıca ödenmesi gerekir. Bu görüşü savunan bir kısım yazarlara göre²⁰¹, 270 saatin

¹⁹⁶ Yarg. 7.H.D., 26.03.2014 gün ve E. 2013/13332, K. 2014/6846, (www.legalbank.net e.t.:22.03.2017).

¹⁹⁷ Yarg. 7. H.D. 20.10.2014 gün ve E.2014/9323, K.2014/19139, (www.legalbank.net e.t.:22.03.2017).

¹⁹⁸ Yarg. 9. H.D. 21.05.2012 gün ve E.2011/22849, K.2012/17760, (www.legalbank.net e.t.:22.03.2017).

¹⁹⁹ Bedük, s.207. Ekonomi, s.4-5. Köseoğlu/Kabul, s.236.

²⁰⁰ Ekonomi, s.5-6. Ekonomi, İşin Düzenlenmesi, s.48, 91. Ertan, s.117. Kandemir, s.37-39. Kılıçoğlu, İş Kanunu, s.403. Işıklı, s.113. Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.1253. Narmanlioğlu, Fazla Çalışma, s.37. Özcan, s.313.

²⁰¹ Kandemir, s.37-39. Kılıçoğlu, İş Kanunu, s.403.

hesaplanmasında, günlük 11 saati aşan çalışmalar da dahil edilmez, yani 270 saatlik fazla çalışma sınırının 11 saati aşan günlük çalışmalarda hiçbir işlevi yoktur. Fazla çalışmaların ücrete dahil olması kararlaştırılmış olsa bile, günlük 11 saati aşan çalışmalar, kanundaki sınırların üstünde olacağından, fazla çalışma ücreti ayrıca hesaplanmalıdır. Yine 11 saati aşan çalışmalar denkleştirme söz konusu olsa da, 270 saatin altında kalsa da fazla çalışma olarak kabul edilmelidir. Bir örnekle açıklamak gerekirse, fazla çalışma ücreti aylık ücretine dahil olan bir işçinin ocak ayının ilk haftasında günde 15 saat çalışması halinde, henüz 270 saatlik fazla çalışma yapmamış olmasına rağmen, 11 saatin üzerinde çalışmış olması nedeniyle günlük 4 saat fazla çalışma ücretinin ödenmesi gerekmektedir. Ancak anılan günlük 4 saatlik fazla çalışma ücretinin, aylık ücretine dahil olan 270 saatlik fazla çalışma süresinden de düşülmemesi gereklidir. Aksi halde, sözleşmeye getirilen hüküm ile kanuna aykırı çalışma yaptıran işveren gözetilmiş olur. İşçi ile sözleşme yapmayan işveren kanuna aykırı çalışmanın karşılığını ödüyorsa, sözleşme yapan işverenin de ödemesi gereklidir. Yani kanuna aykırılık sözleşme hükmü ile korunmamalıdır.

Yine bazı yazarlar²⁰², İş Kanunu'na ilişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği'nin 4. maddesinde belirtilen "*işçinin bu süreleri aşan sürelerde çalıştırılması halinde 4857 sayılı İş Kanunu'nun 41., 42. ve 43. madde hükümlerinin uygulanacağı*" hükmünün sadece haftalık 45 saati aşan çalışmaları değil aynı maddede düzenlenen günlük 11 saatin aşılması halini de kapsadığını değerlendirerek bu sonuca ulaşmaktadır. Bu görüş, Yönetmeliğin yapmış olduğu atfın, işçinin 11 saatin üzerinde çalıştırıldığı her halde fazla çalışmaya hak kazanacağı anlamına gelmeyeceği, aksi halde Yönetmelik hükmüyle yeni bir düzenleme getirildiği sonucu doğacağı gerekçesiyle eleştirilmektedir²⁰³. Eleştiri niteliğindeki bu görüşe göre Yönetmelik hükmü ile yasak olmasına rağmen çalıştırılan işçinin, fazla çalışma karşılığını alamayacağına ilişkin yorumların engellenmesi amaçlanmıştır. Yani Yönetmelik hükmü ile günlük çalışma sınırı şeklinde yeni bir düzenleme getirilmemiştir.

Kanaatimizce, işçinin günlük 11 saati aşan saatlerle çalıştırılması ancak bu çalışmasının haftalık 45 saati aşmaması nedeniyle, normal ücret ile yetinmesi hakkaniyete uygun değildir. Ancak kanun hükmünün işçinin günlük çalışma saatlerine azami sınır getirerek, salt günlük kıstas üzerinden fazla çalışma hesaplanmasına cevaz vermeyi amaçladığı da söylenemez. Kanun koyucu günlük

²⁰² Narmanlioğlu, Fazla Çalışma, s.37. Sarper Süzek, *İş Hukuku (Genel Esaslar-Bireysel İş Hukuku)*, Beta Yayıncılık, 2. Bası, İstanbul 2005, 2. Bası, s.628. Songu, s.175.

²⁰³ Astarlı, s.176-179. Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s.257. Günay, s.8. Günay, Şerh, s.1816. Kandemir, s.16.

çalışma süresine azami sınır getirmek ve günlük çalışma süresinin aşılmasına da fazla çalışma anlamı tanımak isteseydi 1475 sayılı Kanun'da olduğu gibi bu hususu zaten düzenlerdi. Sosyal amaçlarla dahi, kanuna rağmen kanunda günlük çalışma saatlerine getirilen bir sınırlama olduğundan bahsetmek hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmaz. Aksi halde, işçinin korunması amaçlanırken, işveren taraf da düşünülerek kurulan menfaat dengesi bozulmuş olur. Zira 4857 sayılı İş Kanunu'nun 104. maddesinde *63. maddede ve 63. maddede belirtilen yönetmelikte belirlenen çalışma sürelerine aykırı olarak işçilerini çalıştıran işveren için idari para cezası* düzenlenmiştir. Ancak işçi ve işveren arasında haftalık 45 saatin aşılmasına bakılmaksızın, günlük çalışma süresinin de aşılması halinde fazla çalışma ücreti ödeneceğine ilişkin anlaşma bulunması halinde günlük azami çalışma süresinin varlığından bahsedilebilecektir. Bunun yanı sıra 4857 sayılı Kanun'un denkleştirmeyi düzenleyen 63/2 maddesinde getirilen "günde 11 saati aşmamak" hükmü yine Avrupa Birliği normlarına uygun olarak telafi çalışmasına ilişkin Kanun'un 64/2 maddesinde "günlük en çok çalışma süresini aşmamak koşuluyla, günde 3 saatten fazla olamaz" hükmü ve İş Kanunu'na Göre Çalışma Süreleri Yönetmeliği'nin 4. maddesinde "günlük çalışma süresi her ne şekilde olursa olsun 11 saati aşamaz" hükmü değerlendirilerek Kanun koyucunun aslında mantık yorumu ile günlük üst sınırı 11 saat olarak belirlediğinin kabul edilebileceği kanaatimizce de yerinde bir görüştür. Ancak yukarıda da ifade ettiğimiz üzere Kanun koyucu bu düzenlemelere zaten yaptırımlar ön görmüş ve işçiyi korumak adına belirli hallerde işçinin günlük çalıştırılabileceği bir saat sınırı getirmiştir. Bu şekilde getirilen düzenlemenin amacının, güvenli ve denetimli esneklik sağlama olduğunu düşünmekteyiz. Yani kanun koyucu, işverenin ihtiyaçlarına göre, işçinin de kabulüne bağlı olarak yoğunlaştırılmış iş haftaları belirleme imkanı tanımış ancak bunu yaparken de örneğin haftanın 4 günü 24 saat çalıştırıp, sonraki hafta hiç çalıştırmamak gibi bir denkleştirme yapılmaması için 11 saati aşmamak ölçütünü getirmiştir. Yine denkleştirmeye ilişkin hükümde kanun koyucu ortalama haftalık iş süresini esas almış olup, ortalama günlük iş süresini esas almamıştır. Açıklanan nedenlerle yasa koyucu işçiyi koruma prensibi gereğince günlük çalışma süresinin 11 saati aşmaması gerektiğini yasanın mantığına yerleştirmiştir. Önemle belirtmek gerekir ki, açıklamalarımız sadece normal fazla çalışma için geçerli olup, zorunlu nedenlerle fazla çalışma ve olağanüstü nedenlerle fazla çalışma için günlük azami çalışma süresi yukarıda değerlendirilmiştir²⁰⁴. Sonuç olarak, yasada günlük 11 saati aşan

²⁰⁴ Zorunlu nedenle fazla çalışma için bkz.; İkinci Bölüm, I., B., 3. Olağanüstü fazla çalışma için bkz.;

Çalışmaların fazla çalışma sayılacağına ilişkin açık bir hüküm bulunmamakla birlikte yasa koyucu zımnen yasanın mantığına bunu yerleřtirdiđinden²⁰⁵ kural olarak günlük 11 saati aşan çalışmalar kanuna aykırı çalışma olacağından, haftalık 45 saati aşmasa dahi fazla çalışma sayılacaktır. Yine önemle belirtmek gerekir ki, Kanun koyucu haftalık çalışma süresi üzerinden yapılacak hesaplamaya ilişkin kurala bazı istisnalar getirerek belirli durumlarda günlük kıstası esas almıştır. 11 saati aşan çalışmalar yasanın emredici hükmü karşısında denkleştirmeye tabi tutulamayacağından bu halde, yine Kanun'un 63/son hükmüne göre sağlık kuralları bakımından günde en çok 7,5 saat ve daha az çalışılması gereken işlerde bu süreyi aşan çalışmalar, maden ocakları, kablo döşemesi, kanalizasyon, tünel inşaatı gibi yer ve su altında yapılan işlerde ve Kanun'un 69/3 hükmü uyarınca gece çalışmalarında 7,5 saati aşan çalışmalar bakımından haftalık sınırın aşılıp aşılmadığına bakılmaksızın günlük sınır esas alınacak şekilde istisnalar tanındığı kabul edilmelidir.

c. Denkleştirme Uygulamasında Azami Fazla alışma Süresi

Bir işyerinde denkleştirme uygulandığında, denkleştirme döneminin sonunda haftalık ortalama çalışma süresinin, işçinin haftalık çalışma süresini aşıp aşmadığı değerlendirilir. Bir işyerinde denkleştirme uygulanıyorsa, günde 11 saati aşmamak koşuluyla, bazı haftalarda 45 saati aşan çalışmalar da kural olarak fazla çalışma sayılmaz²⁰⁶. Örneğin; haftanın 5 günü çalışılan bir işyerinde denkleştirme uygulandığında; bir hafta 10 saat diğer hafta ise 8 saat çalışılması halinde, ilk hafta $(10 \times 5) = 50$ saat çalışılmış olmasına karşılık sonraki hafta $(8 \times 5) = 40$ saat çalışılarak haftalık ortalama çalışma süresi $(50 + 40) / 2 = 45$ saat olacağından, 50 saat çalışılan haftada fazla çalışma yapılmadığı kabul edilir. Ancak denkleştirme uygulandığında günlük 11 saati aşan çalışmalar olmasına karşılık, haftalık ortalama çalışma süresi 45 saati aşmıyorsa bu durumda hesaplamanın nasıl yapılacağı tartışma konusudur.

Yargıtay kararlarında²⁰⁷ ve doktrinde bir görüşe gre²⁰⁸, denkleştirme

İkinci Bölüm, I., C., 3.

²⁰⁵ Kanaatimizce, alışma süresinin haftalık olarak hesaplanması amaçlandığı için açıkça günlük sınır getirilmekten kaçınılmış olup, günlük sınıra ilişkin istisnalar getirmekle yetinilmiştir.

²⁰⁶ Haftalık 45 saatin üzerinde çalışılmasına rağmen, denkleştirme uygulanarak fazla çalışma creti verilmemesinin anayasal angarya yasağının ihlali anlamı taşıdığı ve 11 saatlik azami sınırın yüksek olmasının yanında Anayasa'nın 50. maddesine aykırı olduğu yönündeki görüş için bkz.; şakar, Fazla alışma, s.17-18.

²⁰⁷ Yargıtay'ın bu yönde verdiği kararına göre; "...yasanın 63. maddesinde, haftalık normal iş süresinin haftanın çalışılan günlerine günde 11 saati aşmamak üzere farklı şekilde dağıtılabileceği ngrlmş olmakla Dairemizin uygulaması gereği günde 11 saati aşan çalışmalar denkleştirmeye tabi tutulmayıp,

uygulanen süre ortalaması dikkate alındığında 45 saati aşmayan çalışmalar yaptırıldığı tespit edilmiş olsa bile, geçen sürede günlük 11 saatin üzerinde çalışma yapıldığı tespit edilirse, işçinin bu süreler için fazla çalışma ücretine hak kazanması gereklidir. Örneğin, bir hafta 5 gün 12'şer saat, ikinci hafta 3 gün 10'ar saat çalışılması halinde, ilk hafta 60 saat, ikinci hafta 30 saat olmak üzere; ortalama çalışma süresi $(60+30)=90 / 2 = 45$ saat olup, haftalık 45 saati aşmamaktadır. Ancak haftalık ortalama çalışma süresi 45 saati aşmamasına rağmen, ilk hafta her gün 11 saatin üzerinde çalışma yapılması nedeniyle bu görüşe göre günlük 1'er saat olmak üzere toplamda 5 saat fazla çalışma ücreti ödenmesi gereklidir. Bir diğer görüş ise²⁰⁹, 45 saati aşmayan çalışmalar salt günlük azami çalışma süresi olan 11 saati aştığı için, fazla çalışma karşılığı ödenmemesi gerektiğinin yanında denkleştirme döneminde günlük 11 saati aşan çalışmaların fazla çalışma sayılmasının da Yasa'nın sözü ve amacına aykırı olduğunu savunmaktadır.

Doktrinde bir görüşe göre²¹⁰, işçi denkleştirme döneminde sürekli olarak haftalık 45 saati aşacak şekilde çalıştırıldığında, bahsi geçen dönem için denkleştirme yapıldığı kabul edilmemeli ve tamamı için dönem ücreti esas alınarak fazla çalışma ücreti hesaplanmalıdır. Örneğin, haziran ayının sonunda işçilerin aylık ücretlerine zam yapılan bir işyerinde, haziran ve temmuz aylarını kapsayacak şekilde iki aylık denkleştirme dönemi planlanması durumunda, denkleştirme dönemi boyunca haftalık 45 saati aşacak şekilde çalıştırılan işçinin ücreti belirlenirken,

karşılığının fazla çalışma olarak ödenmesi gerekir..." Yarg. 9.H.D., 21.10.2008 gün ve E. 2008/25716, K. 2008/28014, (Çalışma ve Toplum, Yıl:2009/2, Sayı:21, s.242-244). Yarg. 7. H.D., 10.10.2013 gün ve E. 2013/10239, K. 2013/16666, (www.legalbank.net e.t.:18.05.2016). Yarg. 9.H.D., 15.12.2008 gün ve E. 2007/30201, K. 2008/33618, (Çalışma ve Toplum, Yıl:2009/3, Sayı:22, s.443-445). Yarg. 7.H.D., 03.11.2014 gün ve E. 2014/9338, K. 2014/20048, (Çalışma ve Toplum, Yıl:2015/4, Sayı:47, s.386-389). Yarg. 7.H.D., 14.05.2014 gün ve E. 2014/2698, K. 2014/10765, (Çalışma ve Toplum, Yıl:2015/3, Sayı:46, s.286-289). Yarg. 7.H.D., 16.01.2014 gün ve E. 2013/14932, K. 2014/519, (Çalışma ve Toplum, Yıl:2014/3, Sayı:42, s.327-329). Yarg. 22.H.D., 19.09.2013 gün ve E. 2012/26026, K. 2013/19201, (Çalışma ve Toplum, Yıl:2014/1, Sayı:40, s.604-606).

²⁰⁸ Baysal, s.24,148-149. Yazara göre, denkleştirme dönemleri dışında işçinin günlük çalışma süresinin 11 saati aşması halinde, haftalık 45 saati aşmadığı sürece fazla çalışma sayılmasının yasal dayanağı yoktur ve 11 saati aşan çalışmalar fazla çalışma sayılmaz. Bedük, s.232. Cumhur Sinan Özdemir, "İş Kanunu'na Göre Fazla Çalışma Ücreti Aylık Ücrete Dahil Edilir Mi?" (E- Yaklaşım), **Yaklaşım Dergisi**, Sayı:221, Mayıs 2011, <http://uye.yaklasim.com/dergiler>, 17.03.2017, Aylık Ücret, s.455. Çil, Fazla Çalışma, s.61. Engin, s.74-75. Eyrenci, İşin Düzenlenmesi, s.36. Günay, Fazla Çalışma, s.28. Kılıçoğlu, İş Kanunu, s.402-403. Narmanlıoğlu, s.656. Ö. Hakan Çavuş, "İş Kanunu'na Göre Fazla Çalışma ve İspatlanması", **Yaklaşım Dergisi**, Sayı:227, Kasım 2011, <http://uye.yaklasim.com/dergiler>, 17.03.2017, s. 194-195. Özcan, s.313. Özdemir E., s.83. Songu, s.175. Soyer, Fazla Saatler, s. 799. Süzek, s.803. Şakar, İke, s.244. Şen, Fazla Çalışma, s.14-16. Tiryaki, s.1. Aksi yönde görüş ve eleştiri için bkz.; Çil, Şerh, s.2492. Yazar, Çil, Fazla Çalışma, s.61'de belirttiği görüşünden farklı olarak; bu görüşün kabulü halinde, işçinin haftada 3 gün 15'er saat çalıştığı halde, 11 saatten fazlası hesaplamaya dahil edilmediğinde haftada 33 saat çalıştığı ve denkleştirmeye tabi olacağı gibi sonuçlar doğuracağı gerekçesiyle anılan görüşü eleştirmiştir.

²⁰⁹ Günay, s.17-18. Günay, Şerh, s.1841-1842, 1859.

²¹⁰ Çil, Şerh, s.2490. Çil, Fazla Çalışma, s.59-60.

denkleştirme yapıldığı kabul edilmemeli ve tüm haftalar için ait olduğu haftaya ilişkin ücreti esas alınarak fazla çalışma ücreti hesaplanmalıdır.

Yine doktrinde bir görüşe göre²¹¹, işçinin raporlu²¹² ya da izinli olduğu dönemler denkleştirme değil, fazla çalışma ücreti olarak değerlendirilmelidir, aksi halde bir hafta 60 saat çalışıp diğer hafta raporlu²¹³ olan işçi için denkleştirme neticesinde haftalık ortalama 30 saat çalıştığı gibi bir sonuca ulaşılabileceğinden adil olmayacaktır. Doktrinde savunulan bir başka görüşe göre ise²¹⁴, denkleştirme süresine işçinin raporlu veya izinli olduğu askı süreleri dahil edilmemeli ve denkleştirme süresi işçinin raporlu veya izinli olduğu süreler kadar uzatılmalıdır.

İşçiye uygulanan denkleştirme dönemi henüz sona ermeden iş akdinin herhangi bir nedenle sona ermesi halinde de, iş akdinin sona erdiği tarihi denkleştirme döneminin sonu olarak kabul etmek ve o zamana kadar yapılan haftalık ortalama aşan çalışmaları tespit ederek, bu çalışmaların karşılığının fazla çalışma ücreti olarak ödenmesi gerekmektedir²¹⁵. Bir başka görüşe göre ise²¹⁶, denkleştirme dönemi önce serbest zaman tanınması sonra yoğunlaştırılmış iş haftası uygulanması şeklinde planlandığında, henüz yoğunlaştırılmış iş haftasında çalışmadan iş akdi sona eren işçi, kullandığı serbest zamanın karşılığını denkleştirme dönemi içinde çalışmadığından, kendisine çalışmadığı dönemlerin ücreti ödenmemeli veya sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde işverene iadesi sağlanmalıdır.

4857 sayılı Kanun'un bilim komisyonu tarafından hazırlanan taslakta ortalama haftalık çalışma süresi, fazla çalışmalar da dahil olmak üzere 48 saati aşamayacağı şeklinde belirlenmişse de, Meclis'teki görüşmeler sırasında anılan sınır yasa metnine alınmaksızın hüküm kabul edilmiştir. Yasada haftalık azami fazla çalışma süresinin²¹⁷ belirlenmemesini eleştiren bir görüş²¹⁸, haftalık azami çalışma

²¹¹ Çil, Şerh, s.2490. Çil, Fazla Çalışma, s.59-60.

²¹² Raporlu sürenin denkleştirmeye tabi boş gün sayılmayacağına ilişkin görüş için bkz.; Gökhan Güçlü, "Haftalık 45 Saati Aşan Tüm Çalışmalar Fazla Çalışma Mıdır?" (E-Yaklaşım), *Yaklaşım Dergisi*, Sayı:235, Temmuz 2012, <http://uye.yaklasim.com/MagazinePrint.aspx?ID=14270>, 17.03.2017, s. 2. Günay, Şerh, s.1827. Çil, Fazla Çalışma, s.60.

²¹³ Kanaatimizce, işçinin raporlu ve ücretsiz izinli olması hali için bu görüş kabul edilebilirse de, yıllık ücretli izne çıkması halinde 4857 sayılı Kanun'un m.55/k hükmü gereğince bu süreler çalışılmış gibi sayıldığından ve ücreti ödendiğinden anılan örnek geçerli değildir.

²¹⁴ Bedük, s.225. Aksi yönde; Karacan, s.43. Songu, s.180.

²¹⁵ Ağır, s.123-124. Bedük, s.234. Caniklioğlu, s.11. Eyrenci, Yeni Düzenlemeler, s.43. Güven/Aydın, s.307. Karacan, s.56. Köseoğlu/Kabul, s.250. Muzaffer Koç, "Fazla Çalışma" (E-Yaklaşım), *Yaklaşım Dergisi*, Sayı:152, Ağustos 2005, <http://uye.yaklasim.com/dergiler>, 17.03.2017, s.477. Songu, s.187-188. Soyer, Fazla saatler, s.801.

²¹⁶ Bedük, s.234-235.

²¹⁷ Soyer, Fazla Saatler, s.805. Yazara göre; haftalık azami çalışma süresi yasada belirlenmemiş olması karşısında, günlük azami çalışma süresi 11 saat kabul edilerek, haftanın 1 günü de hafta tatili

süresi belirlenmediğinden ve denkleştirme döneminde günlük en çok 11 saat çalışılabileceği düzenlendiğinden, haftada 6 gün çalışılan bir işyerinde günde 11 saat çalışılan işçinin, 8 haftalık bir denkleştirme süresinde $6\text{gün} \times 11\text{saat} \times 8\text{hafta} = 528$ saat çalışmış olacağı ve 8 haftalık sürede normal çalışma süresi $45\text{saat} \times 8\text{hafta} = 360$ saat olacağından, işçinin 2 aylık denkleştirme döneminde $528 - 360 = 168$ saat fazla çalışma yapılabileceğini, dolayısıyla da 270 saatin yarısından fazlasını 2 ay içinde çalışmak zorunda kalabileceğini değerlendirmiştir. Anılan eleştiri de doktrinde bazı yazarlar tarafından yerinde görülmemiş²¹⁹, iki farklı nedenle eleştirilmiştir. Birincisi, haftalık çalışma süresinin ve haftalık ortalama çalışma süresinin farklı kavramlar olduğu, denkleştirme yapılan hallerde haftalık çalışma süresinin zaten aşılabileceği, yasa ile getirilmesi gerekenin haftalık ortalama çalışma süresine ilişkin azami sınır olması gerektiği şeklindedir. İkinci eleştiri nedeni ise, denkleştirme uygulanan hallerde, 45 saatlik sınır aşılsa dahi bu kısımların fazla çalışma olarak değerlendirilmeyeceği ve 270 saatin hesabında dikkate alınmayacağı, bu nedenle de işverenin zaten 2 aylık denkleştirme döneminde fazla çalışma yaptıramayacağı şeklindedir.

Kanaatimizce kanun koyucunun, günlük azami çalışma süresini sınırlı hallerde uygulanacak şekilde düzenlemesi, günlük ve haftalık azami çalışma süresi getirmeyerek sadece yıllık azami çalışma süresi ile yetinmiş olması iş hukukunun ihtiyaçlarını karşılayacak yeterlilikte değildir. Günlük çalışmalara açıkça azami sınır getirilmesi işçinin sağlığının korunması bakımından gerekli olup, işveren bakımından da caydırıcı nitelik taşıyacaktır. Denkleştirme uygulaması yapılması halinde günlük azami sınır bulunmakla birlikte, bu halde de haftalık azami sınır bulunmaması nedeniyle yine işçi sağlığı tehlikeye atılmış olmaktadır. Bu şekilde sınırlamalar bulunmaması ülkemiz şartlarında sağlanması gereken güvenli esneklik anlayışına uygun değildir. Tarafların işçi ve işveren olması ve aralarındaki hiyerarşik konum nedeniyle kanun ile getirilen yıllık 270 saatlik sınır yeterli ve güvenli değildir. Yıllık 270 saatlik azami sınır yanında günlük ve haftalık azami çalışma sürelerine ilişkin düzenlemeler yapılması gereklidir.

olacağından ($6 \times 11 = 66$ saat) haftalık azami çalışma süresi 66 saattir. Aynı yönde; Güven/Aydın, s.320. Öcalan, s.1647.

²¹⁸ Günay, s.15. Günay, Şerh, s.1837-1838. Kandemir, s.23. Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.1250. Soyer, Fazla Saatler, s.805.

²¹⁹ Astarlı, s.188-189.

d. Sözleşme İle Getirilen Günlük Azami Çalışma Süresi

4857 sayılı İş Kanunu'nda fazla çalışma haftalık 45 saatin üstünde yapılan çalışmalar olarak tanımlanmış olup, doktrinde²²⁰ toplu iş sözleşmesi ile haftalık çalışma süresinin yanında günlük çalışma sürelerinin üzerinde yapılan çalışmaların da fazla çalışma olarak karşılığının verilmesine ilişkin konulacak hükmün geçerli olacağı kabul edilmektedir²²¹. Ancak doktrinde bir diğer görüş²²², 4857 sayılı Kanun'un fazla çalışmanın belirlenmesinde haftalık çalışma süresine ilişkin getirdiği kıstası mutlak emredici nitelikte kabul etmekte ve sözleşme ya da toplu iş sözleşmesi ile bu kıstasın değiştirilmesinin mümkün olmadığını ve geçersiz olduğunu savunmaktadır. Haftalık çalışma ölçütünün yerine, günlük çalışma ölçütü getirilmesi halinde işverence denkleştirme hükümlerinin uygulanmasının da engellenmiş olacağı savunulmaktadır. Ayrıca toplu iş sözleşmesi ile fazla çalışmanın tespitinde haftalık yerine günlük kıstas getirilmesinin, mülga 2822 sayılı Kanun'un 5. maddesi gereğince toplu iş sözleşmesi ile düzenlenemeyecek hallerden olduğu savunulmuştur.

Kanaatimizce, toplu iş sözleşmesi ile kanunda düzenlenen nisbi emredici hukuk kurallarının işçi lehine olmak şartıyla değiştirilmesi veya mevzuatta olmayan bir konunun ilk defa toplu iş sözleşmesiyle getirilmesi sağlanabileceğinden yasada belirlenen haftalık çalışma süresinin yanında işçi lehine günlük çalışma süresi belirlenerek bu sürelerin aşılması halinde de fazla çalışma ücreti ödeneceği belirlenebilir. Bu durum kanunun haftalık çalışma süresinin 45 saat olacağına ilişkin hükmüne de aykırılık teşkil etmeyecektir.

Doktrinde, 1475 sayılı Yasa hükümleri esas alınarak düzenlenen sözleşme, toplu iş sözleşmesi ve iş sözleşmesi niteliğindeki personel yönetmeliklerinin de 4857

²²⁰ Astarlı, s.174-175. Demir, İşçinin Onayı, s.106. Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s.257. Narmanlıoğlu, Fazla Çalışma, s.33. Süzek, s.799.

²²¹ Astarlı, s. 175. Yazara göre, bu şekilde bir hüküm ile anlaşma sağlanması halinde taraflar, esnek çalışma süreleri uygulamalarından vazgeçmiş sayılırlar. Çünkü taraflar günlük çalışma sürelerinin aşılması halinde fazla çalışmayı kabul ettiklerinden, denkleştirme uygulaması mümkün olmayacaktır ve denkleştirme de tarafların anlaşmasına bağlı olduğundan bu yönde yapılan anlaşmanın sakıncası bulunmamaktadır. Fevzi Şahlanan, "Fazla Çalışmayı Günlük İş Sürelerinin Üzerinde Yapılan Çalışmalar Olarak Düzenleyen Toplu İş Sözleşmesi Hükümünün 4857 Sayılı İş Kanunu Karşısında Değerlendirilmesi" **Çalışma ve Toplum**, Yıl:2007/2, Sayı:13, s.166-168. Yazara göre, 4857 sayılı İş Kanununun fazla çalışma ölçütü olarak getirdiği haftalık kırkbeş saati aşan çalışmalar şeklindeki hükmü mutlak emredici bir hüküm olmayıp nisbi emredici bir hükümdür. Bunun sonucu olarak da toplu iş sözleşmeleri ile günlük çalışma süresinin üzerinde yapılan çalışmaların da fazla çalışma olarak kabul edilebileceği değerlendirilmektedir.

²²² Bedük, s.203. Yazara göre, taraflar yasal azami süre olan haftalık 45 saatin üstünde de çalışma süresi belirlenemez. Ekonomi, s.2. Günay, s.9. Günay, Şerh, s.1820. Kandemir, s.15. Karacan, s.37. Yazara göre, taraflar yasal azami süre olan haftalık 45 saatin üstünde de çalışma süresi belirlenemez. Köseoğlu/Kabul, s.235. Songu, s.332.

sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesiyle geçerliliğini kaybedeceği ve kazanılmış hak da sayılmayacakları değerlendirilmiştir²²³.

Yine, yıllık 270 saatlik sınır sözleşmelerle kısaltılabileceği gibi, yıl içindeki dağılımı da Kanunda açıkça düzenlenmediği için taraflarca düzenlenebilir²²⁴. Yine 11 saati aşan günlük çalışmaların fazla çalışma sayılacağına ilişkin anlaşma yapılırsa ya da denkleştirme uygulamasında günlük 11 saati aşan çalışma yaptırılırsa işbu çalışmalar kanuna aykırı çalışma sayılacağı için 270 saatin değerlendirilmesinde kural olarak dikkate alınmaz. Ancak işçinin sürekli bu şekilde çalıştırılması halinde sağlığı bakımından dikkate alınması somut olaya göre değerlendirilmelidir.

e. Gece Çalışmalarında Azami Çalışma Süresi

4857 sayılı Kanun'un 69. maddesine göre, 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. Yine gece çalışmaları günde yedibuçuk saati geçemez. Gece ve gündüze rastlayan çalışma sürelerinin eşit olması halinde, gece çalışmasına uygulanan iş sağlığını koruyucu hükümler göz önünde bulundurularak işçi yararına yorum ilkesi uyarınca, işin gece işi olduğu kabul edilmelidir²²⁵.

Haftalık çalışma süresi 45 saati geçmese dahi, gece çalışmalarının 7,5 saati geçmesi halinde fazla çalışma ücreti ödenmelidir²²⁶. Yargıtay kararları da bu yöndedir²²⁷. Fazla çalışmanın azami sınırlarının işçinin şahsında aşılmaması gerekmekte olup, 24 saat açık olan bir işyerinde 2 vardiya halinde çalışılması durumunda gece çalışmasının da 7,5 saati aşması muhtemel olacaktır.

6645 sayılı "İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" 23.04.2015 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Anılan Kanun ile 4857 sayılı İş Kanunu'nun 69. maddesine "*Ancak, turizm, özel güvenlik ve sağlık hizmeti yürütülen işlerde işçinin yazılı onayının*"²²⁸ alınması şartıyla yedi buçuk saatin üzerinde gece

²²³ Günay, s.9. Şahlanan, s.166.

²²⁴ Günay, s.17. Songu, s.360. Soyer, Fazla Saatler, s.807.

²²⁵ Ağır, s.107. Hergüner, s.2646. Kandemir, s.30. Köseoğlu/Kabul, s.253.

²²⁶ Akyiğit, s.8. Çil, Şerh, s.2493. Ekonomi, İşin Düzenlenmesi, s.48. Eyrenci, İşin Düzenlenmesi, s.36-37. Süzek, s.803

²²⁷ Yarg. 7.H.D., 14.05.2014 gün ve E. 2014/2698, K. 2014/10765, (Çalışma ve Toplum, Yıl:2015/3, Sayı:46, s.286-289). Yarg. 9.H.D., 06.03.2014 gün ve E. 2012/2946, K. 2014/7424, (Çalışma ve Toplum, Yıl:2015/1, Sayı:44, s.414-418). Yarg. 7.H.D., 16.01.2014 gün ve E. 2013/14932, K. 2014/519, (Çalışma ve Toplum, Yıl:2014/3, Sayı:42, s.327-329). Yarg. 7.H.D., 01.07.2013 gün ve E. 2013/3898, K. 2013/12354, (Çalışma ve Toplum, Yıl:2014/1, Sayı:40, s.361-362).

²²⁸ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat s.544. Yazarlara göre, onay açıkça gece 7,5 saatten fazla çalışmaya yönelik olmalıdır. Genel kapsamlı onaylar bu kapsamda sayılmamalıdır. Mahmut Kesici, "Turizm, Özel

çalışması yaptırılabilir" hükmü eklenmiştir. Doktrinde, turizm, özel güvenlik ve sağlık hizmeti yürütülen işlerde çalışan işçinin yazılı onayı halinde gece çalışmalarında 7,5 saati aşan çalışmaların üst sınırı olarak 11 saat kabul edilmektedir²²⁹. Yine Yasa gereği yazılı onayının alınması şartıyla yedi buçuk saatin üzerinde gece çalışması yaptırılacak işçiler, çalıştığı işyerlerine göre değil, yapılan işlere göre belirlenecektir²³⁰.

Kanun koyucu yazılı onayının alınması şartıyla yedi buçuk saatin üzerinde gece çalışması yaptırılacak işleri turizm²³¹, özel güvenlik²³² ve sağlık hizmeti²³³ yürütülen işler olarak saymış olup, anılan sektörler oldukça kapsamlıdır. Bununla birlikte, doktrinde²³⁴ niteliği itibarıyla turizm, özel güvenlik ve sağlık hizmetiyle bağlantılı işlerin de bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği ancak, işçilerin gece çalışmalarının 7,5 saati aşamayacağı genel kuralı karşısındaki istisnai özelliği de dikkate alınarak, bağlantılı işlerin tespitinde dar yorum ilkesinin benimsenmesi gerektiği değerlendirilmektedir.

Postalar Halinde İşçi Çalıştırılarak Yürütülen İşlerde Çalışmalara İlişkin Özel Usul Ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 7. maddesine göre *çalışma süresinin yarısından çoğu gece dönemine rastlayan bir postanın çalışması, gece çalışması sayılır*. Yargıtay kararlarında²³⁵, *postalar halinde çalışma olmayan işyerlerinde*, işin yarısından fazlasının gece döneminde geçmesi halinde, tamamı gece çalışması olarak kabul edilmemekte, gece ve gündüz çalışması oranlanıp, ara dinlenmesinin de ayrı ayrı indirilerek hesaplama yapılması gerektiği içtihat edilmektedir. Bir örnekle açıklamak gerekirse; 16:00 – 04:00 saatleri arasında çalışılan bir işyerinde postalar halinde çalışma bulunmadığından işin yarısından fazlası gece döneminde geçse de

Güvenlik ve Sağlık Hizmeti Yürütülen İşlerde Gece Çalışması", **Çalışma ve Toplum**, Yıl:2015/4, Sayı:47, s.229-230. Yazara göre, Kanun'da yazılı onayın ne kadar süre için geçerli olacağına ilişkin bir düzenleme olmaması nedeniyle İş Kanununa ilişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği hükümlerinin kıyas yoluyla uygulanması ve her yılbaşında onay alınması gerekir. (Anılan görüş, 25.08.2017 tarihinde İş Kanunu'na ilişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği'nin m.9/2 fıkrasında işçinin her yıl yazılı onayı alınması şartı kaldırılmadan önce savunulmuştur.)

²²⁹ Kesici, s.223.

²³⁰ Kesici, s.223.

²³¹ Turizm sektörüne ilişkin bkz.; 17.09.1955 tarih ve 9106 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Turizm İşbirliği Nizamnamesi, 2634 sayılı Turizmi Teşvik Kanununa dayanılarak hazırlanan Turizm Tesislerinin Belgelendirilmesine ve Niteliklerine İlişkin Yönetmelik.

²³² Özel güvenlik hizmetlerine ilişkin bkz.; 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun, 07.10.2004 tarih ve 25606 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanunun Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik.

²³³ Sağlık Hizmetine ilişkin bkz.; Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesi Hakkında Yönerge, 22.05.2014 tarih ve 29007 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Sağlık Meslek Mensupları ile Sağlık Hizmetlerinde Çalışan Diğer Meslek Mensuplarının İş ve Görev Tanımlarına Dair Yönetmelik.

²³⁴ Kesici, s.227.

²³⁵ Yarg. 7.H.D., 01.04.2014 gün ve E. 2013/24796, K. 2014/7184, (Çalışma ve Toplum, Yıl:2015/1, Sayı:44, s.328-329).

çalışmanın tamamı gece çalışması niteliğinde sayılmayacaktır. Bu nedenle de 16:00-04:00 arasında yapılan 12 saat çalışmadan 1,5 saat ara dinlenmesinin düşülmesiyle $12-1,5=10,5$ saat çalışıldığı ve 7,5 saatin üzerinde çalışmaların gece çalışması olmasından bahisle $10,5-7,5=3$ saat fazla çalışma yapıldığı şeklinde hesaplama yapılmayacaktır. Bunun yerine; 16:00-20:00 arasında geçen 4 saat gündüz çalışması ve 20:00-04:00 arasında yapılan 8 saat gece çalışması olduğundan; 12 saat çalışmaya tekabül eden 1,5 saatlik ara dinlenmesinin gece ve gündüz çalışmalarına oranlanması gereklidir. Bu durumda yarım saat gündüz çalışmasından ara dinlenmesi düşülmesi gerekirken, 1 saat gece çalışmasından ara dinlenmesi düşülmesi gereklidir. Ara dinlenmelerinin düşülmesinden sonra 3,5 saat gündüz, 7 saat gece çalışması yapıldığının kabulü gerekir. Bu halde postalar halinde çalışma olmayan bir işyerinde 16:00-04:00 saatleri arasında çalışan işçinin gece fazla mesaisi yapmadığı sonucuna ulaşılabacaktır.

Yargıtay bir kararında²³⁶, gece vardiyasında çalıştıktan sonra, gündüz vardiyasında da, 2 saat fazla mesai yapması istenilen işçinin, daha önce yasa ve yönetmeliğe uygun şekilde fazla mesai yapmaya muvafakat vermiş olması nedeniyle işveren tarafından iş akdinin feshedilmesinin geçerli nedene dayandığını içtihat etmiştir. Anılan olayda Yerel Mahkeme, işçiden 7,5 saati geçen yasak çalışma talep edildiğinden feshin geçerli nedene dayanmadığı yönünde karar vermiştir. Yargıtay'ın kararı yerinde değildir. Kanunda açıkça işçilerin gece çalışmalarında 7,5 saatten fazla çalıştırılmayacağı düzenlenmiştir. İşçilerin gece çalışması nedeniyle gün ışığından faydalanamaması daha fazla yorulması ve yıpranmasının engellenmesi amacıyla gece çalışmalarına ilişkin böyle bir sınırlama getirilmiş olup, işçilerden gece dönemindeki 7,5 saatlik çalışmadan sonra bir de gündüz döneminde çalışmalarının istenmesi yasak kapsamındadır.

İş Kanununa İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği'nin fazla çalışma yapılamayacak halleri düzenleyen 7. maddesinde, gündüz işi sayılan çalışmalara ek olarak yapılan fazla çalışmaların gece döneminde yapılabileceği şeklinde istisna getirilmiş olsa dahi, gece döneminde yapılan işlere ek olarak gündüz döneminde fazla çalışma yapılamaz. Ancak işçinin gece çalışmalarına ek olarak gündüz döneminde çalışmış olması halinde yasak olması nedeniyle karşılığının ödenmemesinden bahsedilemez. Aksi halde işçi aleyhine anayasal angarya yasağının ihlali ve işçinin emeği neticesinde işverenin sebepsiz

²³⁶ Yarg. 9.H.D., 13.05.2014 gün ve E. 2014/3840, K. 2014/15607, (Çalışma ve Toplum, Yıl:2014/3, Sayı:42, s.411-414).

zenginleşmesi söz konusu olacağından, işçiye fazla çalışmasının karşılığı verilmelidir.

f. Yirmidört Saat Çalışılan İşyerlerinde Azami İş Süresi

Yargıtay²³⁷, günde 24 saat çalışma yapılan işyerleri bakımından, işçinin gün içinde kullanacağı ara dinlenmeleri ve kişisel ihtiyaçları için gerekli olan zorunlu süre çıkarıldığında, çalışma süresinin 14 saat olacağını içtihat etmektedir. Yine Yargıtay nöbet usulüyle çalışan ve 24 saat çalışma iddiası olan işçilerin, çalışmalarının günde 14 saat olabileceğini²³⁸ içtihat etmektedir²³⁹. Anılan içtihatlar doktrinde farazi bir kabul olması ve 4857 sayılı İş Kanunu'nun 66/c maddesi gereğince işçinin çıkacak işi bekleyerek boş geçirdiği sürelerin de iş süresinden sayılması hükmünü göz ardı etmesi nedeniyle eleştirilmektedir²⁴⁰. Yirmidört saat nöbette olan bir işçi için bekleyerek geçirdiği sürenin çalışma süresi olarak ve fazla çalışma kavramı içerisinde değerlendirilmesi gerekir²⁴¹. 24 saat çalışma iddialarında varsayımsal olarak 10 saat ara dinlenmesinin yapıldığı ve fiilen 14 saat çalışıldığı yönündeki kabul yerine, işyerinin özelliğine göre fiili mesainin 14 saatten fazla olabileceği kabul edilmeli ve araştırılmadan farazi sonuçlara ulaşılmamalıdır²⁴².

Bir diğer önemli konu ise 24 saat açık olan işyerlerinde üç vardiya halinde çalışma sistemi uygulanmasıdır. Yargıtay kararlarında²⁴³, üçlü vardiya sisteminin uygulandığı işyerlerinde, kural olarak fazla çalışma yapılmadığı

²³⁷ Yarg. 9.H.D., 21.10.2008 gün ve E. 2008/25716, K. 2008/28014, (Çalışma ve Toplum, Yıl:2009/2, Sayı:21, s.242-244). Yarg. 7.H.D., 03.11.2014 gün ve E. 2014/9338, K. 2014/20048, (Çalışma ve Toplum, Yıl:2015/4, Sayı:47, s.386-389). Yarg. 9.H.D., 11.02.2014 gün ve E. 2013/16815, K. 2014/4018, (Çalışma ve Toplum, Yıl:2015/1, Sayı:44, s.452-455). Yarg. 22.H.D., 19.09.2013 gün ve E. 2012/26026, K. 2013/19201, (Çalışma ve Toplum, Yıl:2014/1, Sayı:40, s.604-606). Yarg. 7. H.D., 11.02.2014 gün ve E. 2013/15935, K.2014/3569, (Çil, s.852-853). Yarg. 9. H.D., 11.06.2012 gün ve E.2010/14125, K. 2012/20034, (Legal İHSGD, Yıl:2012, Sayı:36, s.259-262).

²³⁸ Eyrenci, İşin Düzenlenmesi, s.55,58,69. Yazarın tebliğine ilişkin genel görüşme sırasında Mehmet Uçum tarafından 14 saatlik sınırın asgari olarak belirlendiği görüşü(s.55) öne sürülmüşse de, Yargıtay tarafından bu sürenin asgari süre olarak görülmediği gerek Eyrenci(s.69) gerek Murat Özveri (s.58) tarafından ifade edilmiştir.

²³⁹ Yarg. 9. H.D., 21.10.2008 gün ve E.2008/25716, K. 2008/28014, (Çalışma ve Toplum, Yıl:2009/2, Sayı:21, s.242-244).

²⁴⁰ Bedük, s.238-239. Yazara göre, 24 saat çalışmada günlük 4 saat ara dinlenmesi dikkate alınarak fiili çalışma süresinin 20 saat olduğunun kabulü gerekir. Eyrenci, İşin Düzenlenmesi, s.37.

²⁴¹ Eyrenci, İşin Düzenlenmesi, s.64-65. Yazar, işçinin 24 saat nöbeti, işyerinde değil de sadece çağrı halinde gelmesi, onun dışındaki saatlerde zamanını serbestçe kullanabilmesi şartıyla çalıştığı süreyi, fazla çalışma ücreti olmasa dahi, serbest zamanını da rahatça kullanamadığı için bu süre için de hakkaniyete uygun bir ücret belirlenmesi gerektiğini savunmaktadır.

²⁴² Çil, s.811.

²⁴³ Yarg. 9. H.D., 01.05.2006 gün ve E. 2005/32128, K. 2006/11926, (Çil, Şerh, s.2518-2519). Yarg. 9.H.D., 09.02.1999 gün ve E.1999/5829, K.1999/7316, (Memduh Yelekçi ve İlhami Yelekçi, **Notlu İzahlı – İçtihatlı 4857 – 1475 – 854- 5953 Sayılı İş Kanunu Şerhi ve Tüzük – Yönetmelikler**, Ankara 2005, s.169). Yarg. 9. H.D., 03.04.2001 gün ve E. 2001/1886, K. 2001/5422, (Akyiğit, Karar, s.984).

değerlendirilmektedir. Ancak vardiyaların çakışması somut olarak ortaya konulduğunda işçi fazla çalışma ücretine hak kazanabilir²⁴⁴. Fazla çalışma ispatının işçi aleyhine daha zor hale geldiği üçlü vardiya sistemi uygulanan işyerlerinde, Yargıtay içtihatları ile işçilerin vardiyaların çakıştığını ispat etmesi daha da zor hale getirilmektedir. Ancak Yargıtay bir kararında²⁴⁵, üçlü vardiya sistemi olan işyeri kayıtları ve işyerinde inceleme amacıyla keşif yapılması, çıkarılan iş miktarına göre bu yerde fazla çalışmayı gerektirecek durumun bulunup bulunmadığının tespit edilmesi gerektiği içtihadında bulunmuştur. Ancak bu halde de işverenlerin kayıt dışı çalışması ve düşük vergi ödemek amacıyla resmi kayıtlar üzerinde kazancını ve satışlarını gerçeğe aykırı tutması olasılıkları değerlendirilerek tanık anlatımlarına da itibar edilmeli, işin niteliği, işyerinin kapasitesi ve işyerinde çalışma sürelerine göre araştırma yapılarak sonuca gidilmelidir²⁴⁶.

6. Fazla Çalışma Yasakları

İşverenin işçiye fazla çalışma yaptırabilmesi için aranan bir diğer şart ise fazla çalışma yasaklarının bulunmamasıdır. Fazla çalışma yaptırılmasına ilişkin yasaklar İş Kanunu'nun 41. maddesinin 6. fıkrası ile İş Kanununa İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği'nin 7. ve 8. maddelerinde düzenlenmiştir. Gerek 4857 sayılı İş Kanunu'nun 41. maddesinin düzenleniş şekli, gerekse İş Kanununa İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği'nin 7. ve 8. maddelerinin düzenleniş şekli incelendiğinde fazla çalışma yasağının sadece fazla çalışma için öngörüldüğü, fazla sürelerle çalışmalara genel anlamda bir sınırlama getirilmediği görülmektedir²⁴⁷. Ancak çalışma süreleri özel olarak belirlenen kapsamdaki işçilerin fazla sürelerle çalışma yapmaları için üst sınır 45 saat değil, özel hükümlerinde belirlenen günlük ve haftalık azami sürelerdir. Örneğin günlük 7,5 saat çalışılması gereken bir işte işçinin çalışma süresi 6 saat olarak belirlenmişse, bu halde anılan işçiye fazla sürelerle çalışma yaptırılması yasak kapsamında olmamalıdır. Fakat bu genel kabulün yanında sağlık durumu fazla çalışma yapmalarına engel olan işçilerin, fazla sürelerle çalışma yapması da yasak olmalıdır²⁴⁸.

²⁴⁴ Çil, s.814.

²⁴⁵ Yarg. 9. H.D., 03.05.2010 gün ve E. 2008/23602, K. 2010/12022, (Baysal, s.73-76).

²⁴⁶ Göksel, s.1030.

²⁴⁷ Narmanlıoğlu, s.649. Astarlı, s.198-199.

²⁴⁸ Kandemir, s.27.

a. Fazla Çalışma Yapılması Yasak Olan ve Sınırlandırılan İşler

İş Kanununa ilişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği'nin 7. maddesi ile fazla çalışma yapılamayacak işler belirlenmiştir. İşbu hükümde sağlık kuralları bakımından günde en çok 7,5 saat ve daha az çalışması gereken işler, gece döneminde yapılan işler, maden ocakları, kablo döşemesi, kanalizasyon, tünel inşaatı gibi yer altında veya su altında yapılan işler, fazla çalışma yapılamayacak işler olarak düzenlenmiştir.

Maden ocakları, kablo döşemesi, kanalizasyon, tünel inşaatı gibi yer altında veya su altında yapılan işler ifadesinde kanun koyucunun "gibi" ifadesini kullanarak sınırlı sayım yapmadığı açıkça anlaşılmaktadır. Yer veya su altında çalışan işçiler, yüksek basınç, yetersiz güneş ışığı ve oksijen gibi nedenlerle diğer işlerde çalışan işçilere oranla daha fazla yorulur ve daha fazla yıpranır²⁴⁹. Hükümden anlaşılabileceği üzere anılan nitelikteki işlerde çalışan tüm işçiler için değil, bu işlerde çalışan işçilerden sadece yer ve su altında çalışanlar için yasak getirilmiştir. Bu şekilde ağır şartlarda çalışan işçilerin, sağlığı için normal çalışmalarından sonra sadece yer altında değil, yer üstünde de çalıştırılmamaları gerekir. Yine bu tür işlerde işçinin yorgunluğu ve yıpranmışlığının artması iş kazalarını da beraberinde getireceğinden aslında yasak işverenin de lehinedir.

Bazı işler niteliği gereği, iş sağlığı ve güvenliği bakımından tehlikeli görüldüğünden çalışma süreleri günlük 7,5 saatten daha kısa olması gerekmektedir. Sağlık kuralları bakımından günde ancak yedi buçuk saat veya daha az çalışması gereken işler, Sağlık Kuralları Bakımından Günde Azami Yedi Buçuk Saat Veya Daha Az Çalışması Gereken İşler Hakkında Yönetmelik'te düzenlenmiştir. Anılan yönetmeliğin 4. maddesinde günde azami yedi buçuk saat çalışılabilecek işler, 5. maddesinde günde yedi buçuk saatten daha az çalışması gereken işlerle bunların her birinde en çok kaç saat çalışılabileceği düzenlenmiştir. Yönetmeliğin 6. maddesi gereğince işçiler 4. ve 5. maddede belirtilen günlük azami iş sürelerinden sonra diğer herhangi bir işte çalıştırılmaz.

Gece çalışmaları 4857 sayılı İş Kanunu'nun 69. maddesinde düzenlenmiş olup, Kanun'un 41. maddesi ve İş Kanununa ilişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği'nin 7/I-b hükmü ile fazla çalışma yasağı getirilmiştir. 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 Gece çalışmalarının

²⁴⁹ Kandemir, s.31.

sınırlandırılmasının temelinde ise, gecenin dinlenmeye ayrılmış olması, insan sağlığı ve aile ilişkilerinin korunması amacı bulunmaktadır²⁵⁰. Gece çalışmalarına ilişkin getirilen yasak, fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma için değil, işçinin gece çalışmasının 7,5 saati aşmaması şeklindedir. Yani gece çalışması yapılan bir işyerinde işçi ve işveren arasında her gece 7 saat çalışma yapılacağı kararlaştırılmışsa, gece 7,5 saat çalışma yapılarak fazla sürelerle çalışma yapılmasına bir engel yoktur.

b. Fazla Çalışma Yapması Yasak Olan ve Sınırlandırılan Kişiler

İş Kanununa ilişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği'nin 8. maddesinde fazla çalışma yaptırılmayacak kişiler düzenlenmiştir. Anılan hükümde 18 yaşını doldurmamış işçilere, fazla çalışmayı kabul etmiş olsalar bile sağlıklarının elvermediği işyeri hekiminin veya Sosyal Güvenlik Kurumu hekiminin raporu ile belgelenen işçilere, gebe, yeni doğum yapmış ve çocuk emziren işçilere ve kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalıştırılan işçilere fazla çalışma yaptırılmayacağı düzenlenmiştir. Anılan maddede sayılan kişilere 26.08.2017 tarihli değişiklik ile zorunlu nedenlerle ve olağanüstü nedenlerle fazla çalışma yapılması hali dışında yer altında maden işlerinde çalışan işçiler de eklenmiştir.

İş Kanununa ilişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği'nin 8. maddesinde her ne kadar 18 yaşından küçüklere fazla çalışma yaptırılmayacağı düzenlenmişse de, 4857 sayılı Kanun'un 71. maddesinde çalıştırma yaşı ve çocukları çalıştırma yasağı düzenlenmiş olduğundan, çocuk ve genç işçi gruplarının²⁵¹ zaten 41. madde kapsamında fazla çalışmaya tabi tutulmaları Kanuna aykırıdır²⁵². Hükümde açıkça 18 yaşın doldurulmuş olması arandığından, evlenme ve yargı kararı ile ergin olan işçilerde 18 yaşını doldurmadıkları sürece, fazla çalışma yasağına tabi olmaya devam ederler²⁵³. Yine bu yükümlülüğünü ihlal eden işverenler için 4857 sayılı Kanun'un 104. maddesi ile cezai yaptırım düzenlenmiştir. Bunun yanında çocuk ve genç işçilerin çalışma koşulları, Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik'te düzenlenmiştir.

²⁵⁰ Kandemir, s.29.

²⁵¹ Çocuk ve genç işçi kavramlarına ilişkin bkz.; Sinan Binbir, "18 Yaşını Doldurmamış İşçilerin Çalışma Süreleri ve Fazla Çalışma Uygulaması", *Yaklaşım Dergisi*, Sayı:172, Nisan 2007, <http://uye.yaklasim.com/dergiler>, 17.03.2017, ss.192-194.

²⁵² Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.1249.

²⁵³ Akyiğit, s.9. Kandemir, s.32.

İş Kanunu'nun 71. maddesine göre; on beş yaşını doldurmamış çocukların çalıştırılması yasaktır. Ancak, on dört yaşını doldurmuş ve zorunlu ilköğretim çağını tamamlamış olan çocuklar; bedensel, zihinsel, sosyal ve ahlaki gelişmelerine ve eğitime devam edenlerin okullarına devamına engel olmayacak hafif işlerde çalıştırılabilirler. On dört yaşını doldurmamış çocuklar ise bedensel, zihinsel, sosyal ve ahlaki gelişmelerine ve eğitime devam edenlerin okullarına devamına engel olmayacak sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde yazılı sözleşme yapmak ve her bir faaliyet için ayrı izin almak şartıyla çalıştırılabilirler. Yine çocuk ve genç işçilerin işe yerleştirilmelerinde ve çalıştırılabilecekleri işlerde güvenlik, sağlık, bedensel, zihinsel ve psikolojik gelişmeleri, kişisel yatkınlık ve yetenekleri dikkate alınır. Çocuğun gördüğü iş onun okula gitmesine, mesleki eğitiminin devamına engel olamaz, onun derslerini düzenli bir şekilde izlemesine zarar veremez.

Zorunlu ilköğretim çağını tamamlamış ve örgün eğitime devam etmeyen çocukların çalışma saatleri günde yedi ve haftada otuz beş saatten; sanat, kültür ve reklam faaliyetlerinde çalışanların ise günde beş ve haftada otuz saatten fazla olamaz. Bu süre, on beş yaşını tamamlamış çocuklar için günde sekiz ve haftada kırk saate kadar artırılabilir²⁵⁴.

Okul öncesi çocuklar ile okula devam eden çocukların eğitim dönemindeki çalışma süreleri, eğitim saatleri dışında olmak üzere, en fazla günde iki saat ve haftada on saat olabilir. Okulun kapalı olduğu dönemlerde çalışma süreleri ise bir önceki paragrafta belirtilen saatlerle sınırlanmıştır. Açıklanan nedenlerle 18 yaşından küçük çocuklar için çalışma saatleri özel olarak düzenlendiği için 41. madde kapsamında fazla çalışma yaptırılması zaten söz konusu dahi olamaz.

Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelikte gebe veya emzikli kadınların çalıştırılma şartları düzenlenmiştir. Ayrıca kadın işçilerin gebe kalmadan önce fazla çalışma yapacağına ilişkin rıza vermiş olması haline, sağlık kurumundan aldığı belge ile gebe olduğunu belgelendirmesi halinde işveren tarafından fazla çalışma yapmaya zorlanamaz²⁵⁵.

Bu hükümlerin yanı sıra on sekiz yaşını doldurmuş kadın işçilerin gece postalarında çalıştırılma koşulları, Kadın Çalışanların Gece Postalarında Çalıştırılma Koşulları Hakkında Yönetmelik'te düzenlenmiştir. Yönetmeliğe göre kadın çalışanlar gece postalarında yedi buçuk saatten fazla çalıştırılamaz. Ancak turizm, özel

²⁵⁴ Kırk saatin üzerinde yaptırılan çalışmalara %50 zamlı ücret ödenmesi gerektiğine ilişkin görüş için bkz.; Binbir, s.194.

²⁵⁵ Akyiğit, s.9. Kandemir, s.34.

güvenlik ve sağlık hizmeti yürütülen işlerde ve bu işlerin yürütüldüğü işyerlerinde faaliyet gösteren alt işveren tarafından yürütülen işlerde kadın çalışanın yazılı onayının alınması şartıyla yedi buçuk saatin üzerinde gece çalışması yaptırılabilir. (KÇGPÇKHY m.5) Yine Yönetmeliğe göre kadın işçiler doğumdan itibaren 1 yıl süreyle gece postasında çalıştırılmayacakları gibi, anne veya çocuğun sağlığı açısından gerekli olduğunun işyerinde görevli işyeri hekiminden alınan raporla belgelenmesi halinde bu süre altı ay daha uzatılabilecektir.

c. Kısmi Süreli İş Sözleşmesi ile Çalışan İşçilere İlişkin Getirilen Yasak

Fazla çalışma yapılamayacak işler ve fazla çalışma yaptırılmayacak kişilere ilişkin düzenlemeler incelendiğinde kural olarak iş sağlığı ve güvenliğinin gözetildiği göze çarpmaktadır. Ancak anılan yönetmeliğin 8. maddesinin d bendinde kısmi süreli iş akdi ile çalışan işçilerin onay vermesine rağmen yasal süreler içinde fazla sürelerle çalıştırılmasının yasaklanmasında iş sağlığı ve güvenliğinin gözetildiği söylenemez. Ayrıca kısmi süreli iş akdi ile çalışan işçinin kendi onayına rağmen yasal çalışma sürelerini aşmayacak şekilde çalışmasına yasak getirilmesi bu işçilerin anayasal hakkı olan "çalışma ve sözleşme özgürlüğünün" kısıtlanması anlamını taşır²⁵⁶.

İşçinin sağlığının söz konusu olduğu hallerde fazla çalışmanın yaptırılmaması gerek Anayasa gerek İş Kanunu ve iş güvenliğine ilişkin diğer yasal düzenlemelere aykırılık teşkil etmez²⁵⁷. İş Kanunu'nun 41. maddesinin 6. fıkrasında sağlık kuralları ve gece çalışmaları gözetilerek bir sınırlama yapılmıştır. İş Kanununa İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği'nde de yedi buçuk saatten az çalışılması gereken işler, gece çalışmaları, maden ocakları, kablo döşemesi, kanalizasyon, tünel inşaatı gibi işlerde ayrıca 18 yaşını doldurmamış olanlar ile sağlığının elvermediği hekim raporuyla belgelenmiş işçiler, gebe, yeni doğum yapmış çocuk emziren işçilere fazla çalışma yaptırılmayacağı yönündeki düzenlemeler kanun hükmü ile uyumludur. Ancak kısmi süreli iş akdi ile çalışan işçiler için getirilen kısıtlama kanuna uygun değildir. Yani Kanunda fazla çalışma yasakları sadece, yapılan fazla çalışmanın iş sağlığı ve güvenliğine aykırı düşebileceği hallere özgülenmiş olup, kısmi süreli çalışanların fazla sürelerle

²⁵⁶ Astarlı, s.197-198. Demir, s.195. Hergüner, s.2649. Narmanlıoğlu, s.650. Süzek, s.804

²⁵⁷ Süzek, 2. Bası, s.629.

çalıştırılmasının dahi yasaklanmasının iş sağlığı ve güvenliği ile herhangi bir ilgisi yoktur²⁵⁸.

Doktrinde savunulan başka bir görüşe göre ise²⁵⁹, kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçilerin fazla sürelerle çalışmasını yasaklayan Yönetmelik hükmü, yasal sürelerin aşılp aşılmadığının, tatil ve dinlenme sürelerine riayet edilip edilmediğinin tespitinde yaşanan güçlüklerin engellenmesi, işverenin kısmi süreli çalışma düzenini istismar etmesinin önlenmesi ve işçinin diğer iş ilişkilerinden kaynaklanan edimlerini yerine getirebilmesi için düzenlenmiş bir hüküm olarak kabul edilebilir.

Kısmi süreli iş akdi ile çalışan işçilerin onayı halinde yasal sınırlar içerisinde fazla çalışmasının Kanun'a aykırı bir yönü olmadığından²⁶⁰ anılan Yönetmelik hükmünün uygulanmaması ve iptal edilmesi gerekmektedir²⁶¹. Hatta Yargıcın da bu hükmü Anayasa ve Kanun'un ilgili kurallarına uygun bir biçimde yorumlama imkanı olmadığından, Yönetmelik hükmünü uygulamaktan kaçınarak Anayasa'ya uygun olan İş Kanunu hükmünü uygulaması ve kısmi süreli çalışan işçilerin onayı olması halinde özellikle *fazla sürelerle çalışmalarına* olanak sağlanması gerekmektedir²⁶².

Yargıtay kararlarında da²⁶³, iş sözleşmesi ile çalışma süresi haftalık 30 saatin altında belirlenen işçilerin belirlenen iş süresinden, 45 saate kadar olan çalışmaları fazla süreli çalışma olarak kabul edilmiştir²⁶⁴. Doktrinde haklı olarak savunulan bir görüşe göre²⁶⁵, işçiye sürekli olarak fazla sürelerle çalışma yaptırılıp yaptırılmamasına dikkat etmek gereklidir. Şöyle ki, işçi ile işveren arasındaki kısmi süreli iş sözleşmesi 25 saat üzerinden belirlenmişse ve işçi sürekli olarak 30 saatin üstünde çalıştırılıyorsa, bu halde artık fazla sürelerle çalışmadan değil, tam zamanlı iş sözleşmesinden bahsedilmesi gerekmektedir. Doktrinde savunulan bir diğer

²⁵⁸ Ağır, s.109. Çiçek, s.192. İlki, s.3. Kandemir, s.35. Süzek, 2. Bası, s.629-630.

²⁵⁹ Ağır, s.109-110. Aktay/Arcı/Senyen/Kaplan, s.259. Günay, Şerh, s.1844-1845. Köseoğlu/Kabul, s.255. Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.1272. Soyer, Fazla Saatler, s.808. Anılan görüşün, gerekçesine ilişkin eleştiri için bkz.; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s.264. Yazarlara göre, anılan görüşün, gerekçesi yerinde değildir. Çünkü işçiler için anılan şekilde koruma getirilseydi, Yönetmelik hükmünün kısmi süreli çalışanlar için koşullu olarak belirlenmesi gerekirdi ancak Yönetmelikte mutlak anlamda bir yasak getirilmiştir.

²⁶⁰ Eyrenci, Yeni Düzenlemeler, s.44. Yazar'ın İş Kanununa İlişkin Fazla Çalışma Ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği henüz yayınlanmadan ele aldığı eserinde de, Kanun hükmü, kısmi süreli çalışan bir işçinin sözleşme ile kararlaştırılan haftalık çalışma süresinin üstünde, ancak 45 saatin altındaki çalışmalarının fazla sürelerle çalışma sayılacağı ve buna göre karşılığının verilmesi gerektiği değerlendirilmiştir. Aynı yönde, Nuri Çelik, *İş Hukuku Dersleri*, Beta Yayıncılık, Yenilenmiş 16. Bası, İstanbul, Ekim 2003, 16. Bası, s.290.

²⁶¹ Akyiğit, s.9. Baycık, s.225. Demir, İşçinin Onayı, s.97-98. Süzek, s.804-805

²⁶² Baycık, s.225. Demir, s.195. Demir, İşçinin Onayı, s.98. Hergüner, s.2649. Kandemir, s.35-36. Süzek, 2. Bası, s.630.

²⁶³ Yarg. 22.H.D., 09.03.2014 gün ve E. 2013/3027, K. 2014/7495, (Çalışma ve Toplum, Yıl:2015/2, Sayı:45, s.391-393).

²⁶⁴ Aynı yönde, Özcan, s.319.

²⁶⁵ Akyiğit, Maden, s.26. Astarlı, s.198.

görüŖe göre ise²⁶⁶, 30 saati aşan çalışmalar tıpkı 45 saati aşan çalışmalar gibi değerdendirmeye tabi tutulmalıdır. Yine bir başka görüŖe göre ise²⁶⁷, işçi sürekli olarak belirlenen saatin üstünde çalıştırılıyorsa, bu halde bir çağrı üzerine çalışma ilişkisinin de kurulduğunu kabul ederek asgari çalışma süresi garantisini uygulamak gereklidir.

Doktrinde²⁶⁸, kısmi sürekli çalışan işçinin fazla mesai yaptığında, tam sürekli çalışan işçi gibi %50 zamlı ücret değil, %25 zamlı ücret alması nedeniyle işçi aleyhine oluşan bu durumun işveren tarafından kötüye kullanılmaya elverişli olduğu savunulmaktadır. Bu görüŖe göre, aynı işverenin, işçilerle sadece kısmi sürekli iş akitleri bağtlayıp, fazla çalışma hakkını da saklı tutarak, iş yoğunluğu azaldığında az ücret ödemek, iş yoğunluğu arttığında ise az zamlı ücret ödemek istemesi korunmamalıdır. İşverenler tarafından bu şekilde kötüye kullanımları önlemek için işverene fazla sürekli çalışma yaptıрма yetkisi tanıyan kayıtların belirli şartlara bağlanması ve sınırlandırılması gereklidir. Aksi halde, kısmi sürekli işçileri tek yanlı olarak fazla çalıştırma yetkisi geçerli kabul edilmemelidir. Anılan görüŖ, işverene tanınan fazla saatlerle çalışma yaptıрма hakkının geçerliliği ile kötüye kullanımına ilişkin denetimin birbirinden ayrılması gerektiği yönünden eleştirilmektedir²⁶⁹. Eleştiri niteliğindeki bu görüŖe göre ise, kısmi sürekli çalışan işçilerin onayıyla işverene fazla saatlerle çalışma yaptıрма hakkı tanıyan kayıtlar herhangi bir şarta bağlı olmaksızın geçerlidir. Ancak işverenin fazla saatlerle çalışma yaptıрма hakkını kötüye kullanıp kullanmadığının denetlenmesi gereklidir.

Kısmi sürekli iş akdi ile çalışan işçilerin birden çok işveren yanında çalışması durumunda çalışma süresinin nasıl hesaplanacağı, fazla çalışma söz konusu olup olmayacağı, fazla çalışma söz konusu olaksa hangi işverenin sorumlu olacağı öğretilde tartışmalıdır. Bu konuda bir görüŖe göre²⁷⁰, kısmi sürekli çalışan işçinin birden çok işyerinde çalışması halinde tüm işyerlerindeki çalışmaları bütün halinde değerdendirilmeli, 45 saati hangi işverenin yanındaki çalışmasında aşırıyorsa o işverenin fazla çalışma ücreti ödemesi ya da serbest zaman kullandırması gerektiği

²⁶⁶ İlki, s.2.

²⁶⁷ Alp, Sözleşme, s.368.

²⁶⁸ Alp, Sözleşme, s.366-368.

²⁶⁹ Baycık, s.225.

²⁷⁰ Aktay/Arıcı/Senyer/Kaplan, s.259. Astarlı, s. 172-174. Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s.264. Kandemir, s.36-37. Soyer, Fazla Saatler, s.808. Yazara göre, işverenin kendi işyerindeki çalışma sonucunda haftalık sürenin aşıldığını bilmesi halinde anılan görüŖ kabul edilebilir. İşverenin talimat ve bilgisi olmayan çalışmalar fazla çalışma sayılamayacağı gibi, 45 saatin aşıldığından da haberdar olmayan işvereni yükümlü tutmak doğru değildir. Aynı yönde; Kandemir, s.36-37. Songu, s.402-403.

savunulmaktadır²⁷¹. İş Kanununa İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği'nin 10. maddesi gereğince, işveren işçinin çalışma saatlerini gösterir belge düzenleyeceğinden diğer işverenlerde zamansal olarak 45 saatin ne zaman aşıldığını öğrenebilecektir. Kaldı ki, birden fazla iş ilişkisi ile bağlı işçinin her bir işverene diğer iş ilişkilerine ve çalışma koşullarına ilişkin dürüstlük kuralı gereğince bilgi verme yükümlülüğü vardır. İşçinin iş sözleşmesinin yapılması sırasında bilgi vermeyerek işvereni yanıltması, somut olaya göre esaslı unsur sayılabilecek durumlarda 4857 sayılı Kanun'un 25/II-a kapsamında işverene haklı nedenle fesih imkanı verebilir²⁷². Diğer bir görüşe göre²⁷³, kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçinin her bir işvereni ile yaptığı çalışmanın 45 saate kadar olan kısmı fazla süreli, yasak olmasına rağmen 45 saatin üstündeki kısmı ise fazla çalışma kabul edilmelidir. İşçinin fazla saatlerle çalıştırılması halinde sadece son işverenin sorumlu tutulması Yasaya ve hakkaniyete aykırı olması yönüyle eleştirilmiş ve her işverenin kendi yaptırdığı çalışmadan sorumlu olması gerektiği kabul edilmiştir.

Kanaatimizce kural olarak fazla çalışmaya onay veren işçinin, işe girerken başka işveren nezdinde de çalışması bulunması halinde, işvereni çalışma koşulları hakkında bilgilendirmesi gerekmektedir. Yine bir işverenin yanında kısmi süreli iş akdi ile çalışan işçinin, başka bir işveren ile de kısmi süreli iş akdi bağitlaması halinde, işverenlerden en az birine fazla çalışmaya ilişkin onay vermişse, her iki işvereni de diğer iş ilişkisi konusunda bilgilendirme yükümlülüğü altında olduğunu kabul etmek gerekir. İşçinin anılan bilgilendirme yükümlülüğü, dürüstlük kuralının gerektirdiği hallerde ve ölçüde "açıklama yükümlülüğü" ile sınırlıdır²⁷⁴. Böylece, işverenler işçi tarafından bilgilendirileceği için daha sonra durumdan haberdar olmadığını ileri sürme imkanları da kalmayacaktır. İşçi birden çok işveren ile farklı çalışma süreleri üzerinden anlaşmış ve son işveren ile anlaşığı çalışma saatinin toplamda 45 saati geçeceği daha sözleşme kurulurken bilinmekteyse bu durumda sadece 45 saate kadar olan kısım için sözleşme yapılabilecekken daha fazla yapıldığı işverence de bilindiğinden 45 saati aşan kısımdan son işveren sorumlu olmalıdır. Yani ilk işverenle 20 saat, ikinci işverenle 10 saat üzerinden anlaşılan işçi üçüncü işverenle ancak 15 saat üzerinden anlaşabilir. Eğer işçinin son işverenle

²⁷¹ Astarlı, s.196. Yazara göre, bir işveren yanında 20 saat çalışan işçiye, bu süre üzerinde yaptırılacak çalışma kural olarak fazla sürelerle çalışma olmakla birlikte, aynı anda birden çok işveren yanında kısmi süreli çalışma yapılması halinde toplam çalışma süresinin 45 saati aşması ile işçi fazla çalışma ücretine hak kazanacaktır.

²⁷² Astarlı, s.173.

²⁷³ Günay, s.19. Günay, Şerh, s.1845. Karacan, s.160. Anılan görüşün eleştirisi için bkz.; Ağır, s.110.

²⁷⁴ İşçinin işe girerken soru sorulduğunda ve soru sorulmadan açıklama yükümlülüğüne ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz.; Serkan Odaman, *İşçinin İşe Başvuru Esnasında İşvereni Yanıltması ve Hukuki Sonuçları*, web.deu.edu.tr/sosyalhukuk/iscininisvereniyaniltmasi.doc, (e.t. 16.07.2017) s. 2 vd.

çalışma süresi 15 saatin üstünde belirlenirse, bu durumda 15 saatten fazlası için son işveren tek başına sorumlu olmalıdır. Aynı örnekte ilk işverenle 20 saat, ikinci işverenle 10 saat, üçüncü işveren ile ise 15 saat üzerinden anlaşılması halinde, hangi işveren yanında belirlenen süreden daha fazla çalıştırılırsa o işveren aşan süre için fazla çalışma ücreti ödemekle yükümlüdür. Yine aynı örnekte ilk işverenle 20 saat, ikinci işverenle 10 saat, üçüncü işveren ile de 10 saat üzerinden anlaşılması halinde, hangi işveren yanında belirlenen süreden daha fazla çalıştırılırsa o işveren aşan sürenin ilk 5 saati için fazla sürelerle çalışma, sonraki her saat için fazla çalışma ücreti ödemekle yükümlüdür. Ancak işverenlerin bu şekilde sorumlu tutulabilmesi için fiili duruma ilişkin işçinin fazla saatlerle çalışmadan önce bilgi vermesi gereklidir. Aksi halde işveren bilmediği ve bilmesi gerekmeyen bir durumdan kaynaklı yükümlülük altına sokulmuş olur. İşçinin bilgi verme yükümlülüğünü yerine getirmemiş olması halinde, işçi her işverenle yaptığı sözleşmede belirlenen saatten 45 saate kadar olan süre için fazla sürelerle çalışma, 45 saati aşan çalışmalar için fazla çalışma karşılığı isteyebilir. Başka bir deyişle, işçi bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirmemişse, her işveren işçi ile sadece kendisi sözleşme yapmış gibi değerlendirme yapabilecektir.

Yasak gereğince kısmi süreli iş ilişkisi içinde olan işçinin iş sözleşmesine fazla saatlerle çalışma yapacağına ilişkin hüküm konulsa dahi, yasak nedeniyle geçerli olmayacağından işveren açısından geçerli ya da haklı fesih sebebi teşkil etmeyecektir²⁷⁵. Ancak yasak olmasına rağmen fazla saatlerle çalışma yaptırılan kısmi süreli işçilere zamlı ücreti veya serbest zaman verilmelidir.

II. FAZLA SAATLERLE ÇALIŞMANIN İSPATI

Bir işyerinde fazla saatlerle çalışma yapıldığına ilişkin ispat yükünü taşıyan taraf ile yapılan fazla saatlerle çalışmanın karşılığının verildiğine ilişkin ispat yükünü taşıyan taraf farklıdır. Yine fazla saatlerle çalışma yapıldığının ve fazla saatlerle çalışmanın karşılığının ödendiğini ispat edecek tarafın ispat araçları birbirinden farklıdır. Bu nedenle çalışmamızda öncelikle fazla saatlerle çalışma yapıldığının ispatı, daha sonra karşılığının ödendiğinin ispatına değinilecektir.

²⁷⁵ Soyer, Fazla Saatler, s.808.

A. Fazla Saatlerle Çalışma Yapıldığının İspatı

1. Fazla Saatlerle Çalışma Yapıldığının İspat Yüğü

4857 sayılı İş Kanunu'nda fazla saatlerle çalışma yapıldığını kimin ispat edeceğine ilişkin hükme yer verilmemiştir. Bu nedenle Türk Medeni Kanunu'nun 6. maddesi gereğince *kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandığı olguların varlığını ispatla yükümlü* olduğundan, fazla çalışma yaptığını iddia eden işçi kural olarak bu iddiasını ispatlamakla yükümlüdür²⁷⁶.

İşçinin ispatla yükümlü olduğu sadece o işyerinde fazla çalışma yapıldığı hususu değildir. Aynı zamanda kendisinin de fazla saatlerle çalıştığını ispat etmesi gerekmektedir. Yargıtay kararlarında²⁷⁷, aynı işverene karşı fazla çalışma talepli açılan davalarda farklı saatlerde fazla çalışma yapılmasına ilişkin kurulan hükümler kabul edilmeyerek bozma sebebi yapılmaktadır. Ancak bu kararlarda dikkat edilmesi gereken asıl mesele, bir işyerinde farklı zamanlarda ve farklı statüde çalışanlar olabileceğidir. Şöyle ki, bir işyerinde vardiya sistemi ile çalışan işçiler olabileceği gibi sadece gün döneminde çalışan işçiler, mavi yakalı işçiler olabileceği gibi beyaz yakalı işçiler, mevsimlik işçiler çalışabileceği gibi daimi işçiler, tam zamanlı işçilerle birlikte kısmi zamanlı çalışan işçiler de bir arada bulunabilir. Dolayısıyla aynı işyerinde aynı işi yapan işçilerin çalışma şartlarının birebir aynı olduğu şeklinde bir kabul her şartta doğru bir varsayım değildir. Açıklanan nedenlerle de işçinin sadece işyerinde fazla çalışma yapıldığını değil, kendisinin de fazla çalışma yaptığını ispat etmesi gereklidir.

²⁷⁶ Ağır, s.111. Boydak, 267. Çiçek, s.193. Eyrenci, Fazla Saatler, s.460. Göksel, s.1016-1017. Güven/Aydın, s.323-324. Karacan, s.88. Köseoğlu/Kabul, s.257. Narmanlıoğlu, s.658. Narmanlıoğlu, Fazla Çalışma, s.36. Özdemir E., s.80. Özlem Yazar, "İsviçre Federal Mahkeme Kararı "Fazla Çalışma İddiasında İspat Yüğü", Prof. Dr. Saim Üstündağ'a Armağan, Adalet Yayınevi, Ankara 2009, s.562. Yarg. 9.H.D., 15.12.2008 gün ve E. 2007/31409, K. 2008/33718, (Çalışma ve Toplum, Yıl:2009/2, Sayı:21, s.274-275). Yarg. 9.H.D., 16.04.2009 gün ve E. 2007/42573, K. 2009/10858, (Çalışma ve Toplum, Yıl:2009/4, Sayı:23, s.352-354).

²⁷⁷ Yarg. 9.H.D., 04.06.2014 gün ve E. 2012/12211, K. 2014/18174, (Çil, s.826-828). Yarg. 7. H.D., 13.01.2014, E. 2013/17160, K. 2014/130, (Günay, Şerh, s.1877-1880).

2. Fazla Çalışma Yapıldığına İlişkin İspat Araçları

a. Genel Olarak

Fazla saatlerle çalışma bir hukuki fiil olduğundan, işçi bu iddiasını kural olarak her türlü delille ispat edebilir²⁷⁸. İş Kanununa İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği'nin 10. maddesine göre işveren, fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma yaptırdığı işçilerin bu çalışma saatlerini gösteren bir belge düzenlemek, imzalı bir nüshasını işçinin özlük dosyasında saklamak zorundadır. İşveren, işçilerin işlemiş olan fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma ücretlerini de zamlı olarak ödemek, bu ödemeleri de ücret bordrolarında ve İş Kanununun 37. maddesi uyarınca işçiye verilmesi gereken ücret hesap pusulalarında açıkça göstermekle yükümlüdür. İşveren, işçiye yapmış olduğu ücretin ödeme gününü, ilişkin olduğu dönemi, fazla çalışma, hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil ücretlerini, asıl ücrete ek ödemeleri, vergi, sigorta primi, avans, nafaka, icra gibi kesintileri gösteren imzalı ve işyerinin özel işaretini taşıyan pusula vermek zorundadır. İşverenin işçiye ücretini öderken bordro imzalatmış olması hesap pusulası verme yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz ve anılan pusulayı işçinin talebine bağlı olmaksızın vermekle yükümlü olup, bu yükümlülüğünü sözleşme ile ortadan kaldıramaz²⁷⁹.

İşverenin hesap pusulası düzenlememesi İş Kanunu 102/l-b hükmü ile yaptırıma bağlanmış olmasına rağmen işverenler tarafından bu yükümlülük yerine getirilmemektedir. İşyeri kayıtlarının mevzuat hükümlerinde belirtilen şekilde tutulmaması ve aslında istihdamın yarısını oluşturan kayıt dışı istihdamda hiçbir kaydın mevcut olmaması en büyük ispat güçlüğü oluşturmaktadır²⁸⁰. İşçinin çalışmalarının gereği gibi kayıt altına alınmaması nedeniyle işverenin kazancı artarken, işçi karşılıksız yıpranmaktadır²⁸¹. İşveren tarafından hiç tutulmayan ya da gerçeğe aykırı olarak tutulan, bununla da yetinmeyen bir kısım işveren tarafından, işçi karşısındaki hiyerarşik konumu kullanılarak işçinin imzası ile delil niteliği kazandırılan belgelere yargı kararlarıyla ispat işlevleri yüklenmektedir. Bunun yanında bir kısım işçiler iş sözleşmesinde gerçek miktarın gizlenmesinin, sigorta primlerinin ve vergilerinin düşük ödenmesinin ileride kendi aleyhine sonuç

²⁷⁸ Eyrenci, Fazla Saatler, s.460. Karacan, s.88. Köseoğlu/Kabul, s.257. Narmanlıoğlu, Fazla Çalışma, s.36.

²⁷⁹ Caniklioğlu/Canbolat, s.242.

²⁸⁰ Eyrenci, Fazla Saatler, s.459.

²⁸¹ Göksel, s.1015.

doğuracağını öngörmeksizin işbu kayıt dışılığı razı olsa dahi, hiç kimse sosyal güvenlik haklarından vazgeçemeyeceğinden ve bu hususlar kamu düzenine ilişkin olduğundan, yargının işçiyi kendisinden dahi korumak yerine işverenleri kayıt dışılığı teşvik edecek bu belgelere ispat işlevi yüklemesi yerinde değildir. Netice olarak, işverenlerin kanuna aykırı olarak tanzim ettiği belgeler ve işlemler, yargı kararları ile engellenmek yerine, yargısal temellere oturtularak meşrulaştırılmaktadır.

b. Fazla Çalışmanın İspatında Yazılı Deliller

(1) İşçi Tarafından Tutulan Kayıtlar

Yargıtay kararlarında²⁸² da belirtildiği üzere, işçinin kendi tuttuğu kayıtlar, işveren tarafından kabul edilmediği takdirde, kendisi tarafından her zaman düzenlenebilecek şahsi kayıtlar olduğundan yazılı belge niteliği taşımamaktadır²⁸³. Her ne kadar kural olarak kişinin kendi tuttuğu kayıtlara her zaman düzenlenebilecek nitelikte olduğundan ispat işlevi yüklenememesi yerinde olsa dahi, kanaatimizce yine de içeriğinin incelenmesi ve en azından takdiri delil olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Çünkü anılan kayıtlar her ne kadar kişinin kendi tuttuğu kayıtlar olsa da her zaman sonradan düzenlenebilecek nitelikte olmayabileceği göz önünde tutularak değerlendirme yapılması gereklidir.

Örneğin, iş tanımı büro işyerinde evrak kayıt ve telefonlara cevap vermek olan bir işçinin, görüşme kayıtlarına ilişkin tuttuğu tarih ve saat içeren belgeler kendisi tutsa dahi çalışma saatlerine ilişkin takdiri delil olarak nitelendirilebilir. Yine

²⁸² Yarg. 22.H.D., 16.09.2013 gün ve E. 2012/26307, K. 2013/18846, (Çalışma ve Toplum, Yıl:2013/4, Sayı:39, s.577-578)

²⁸³ İsviçre Federal Mahkemesi'nin fazla çalışma iddiasının ispatında, işverenin belgeleri usulüne uygun tutmaması nedeniyle işçinin tuttuğu belgeler ile ispat yükünün yer değiştirip değiştirmediğine ilişkin değerlendirmesini içeren bir kararı, "...davacı, davalının çalışma saatlerini kaydetmemesi ve çalışma saatlerini bizzat elle yazmasına izin vermesi sebebiyle ispat yükünün yer değiştirmesi gerektiği iddiasındadır... ..işveren çalışma saatlerini belgelemekle yükümlüdür. Bu görevin ihlal edilmesinin ispat yükünün yer değiştirmesine sebep olup olmayacağı ise tartışmalıdır. Böyle bir yaptırım ne İş Kanununda ne de Yönetmeliğinde açıkça belirtilmektedir. Bu tür bir yaptırım, ispat faaliyetinin engellenmesi sonucu olarak ortaya çıkabilir. İspat yükünü taşıyan tarafın yalnızca ispat imkansızlığı, ispat yükünün yer değiştirmesini haklı kılmaz. İspat yükünün yer değiştirmesi, işverenin tutumu hakkın kötüye kullanılması veya işçinin ispatını mümkün kılmamak için ispat aracını yok etmek amacı taşıdığına söz konusudur. Bu durumda, kanunen belirlenmiş ispat yüküne yönelik istinaf talebi hakkın kötüye kullanılması olarak kabul edilir. İşverenin davranışının ispat veya delil sunma güçlüğüne sebep olması da istinaf incelemesine konu olur. Bunlar dışında belgelerin usulüne göre düzenlenmemesini dahi ispat yükünün yer değiştirmesi için yeterli gören kararlar vardır. Ancak tüm bu kararlar toplu iş sözleşmesinde açıkça ve ayrıca belirtilmiş olan belgelendirme zorunluluğu ile ilgilidir... ..Davalı belgelendirme zorunluluğunu yeterince yerine getirmemiştir. Ancak, davalıya karşı bu sebeple davacının delil sunmasını engellediği ile ilgili bir suçlama yapılamaz..." şeklindedir. İsviçre Federal Mahkemesi, 26.03.2007 gün ve 4.C 307/2006, (Yazar, s.566) Kararın tamamının çevirisi için bkz.; Yazar, s.561-567.

işyerinde farklı postalarda çalışan işçilerin ayrı ayrı tuttuğu kayıtların karşılaştırılması neticesinde elde edilen, işçinin kendi tuttuğu kayıtlar, günlük faaliyet raporları, servis kayıtları da bu nitelikte değerlendirilebilir. Bunun dışında işçinin işyerine ilişkin e-mail adresi ya da kendi e-mail hesabı üzerinden ancak işyerine ilişkin göndermiş olduğu e-mail tarih ve saatleri, niteliğine göre takdiri delilin ötesinde kesin delil olarak da değerlendirilebilir.

(2) Bordroların İspat İşlevi

Yargı kararlarında genel olarak kabul edilen yazılı deliller işverence düzenlenen belgeler, bu belgelerin başında da ücret bordroları gelmektedir. Yargı kararlarında ve doktrinde vurgulandığı üzere, işçinin imzasını taşıyan bordrolar, sahteliği ispat edilene kadar kesin delil niteliğindedir²⁸⁴. Yargı kararları ile bordrolarda fazla çalışma sütunu ve fazla çalışma ücreti tahakkuku bulunup bulunmamasına, bordroların imzalı olup olmamasına ve yine bordroların ihtirazi kayıt içerip içermemesine göre farklı ispat işlevleri yüklenmiştir.

(i) Fazla Çalışma Sütunu Bulunan ve Ücret Tahakkuku Olan İmzalı Ücret Bordroları

Öğretide²⁸⁵ ve yargı kararlarında²⁸⁶ ücret bordrosunda fazla çalışma sütununun bulunması ve ücret tahakkuku olması halinde, bordroyu ihtirazi kayıt

²⁸⁴ Çavuş, s.193. Çil, Şerh, s.2493. Çil, Fazla Çalışma, s.64. Eyrenci, Fazla Saatler, s.464. Göksel, s.1020. Hamit Tiryaki, "Fazla Çalışmanın İspatında Deliller" *Yaklaşım Dergisi*, Sayı:234, Haziran 2012, <http://uye.yaklasim.com/MagazinePrint.aspx?ID=13990>, 17.03.2017, Delil, s.1. Narmanlioğlu, s.658. Narmanlioğlu, Fazla Çalışma, s.36. Şakar, İlke, s.245. Yarg. 9.H.D., 16.04.2009 gün ve E. 2007/42573, K. 2009/10858, (Çalışma ve Toplum, Yıl:2009/4, Sayı:23, s.352-354).

²⁸⁵ Çavuş, s.193-194. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 557-558. Çil, Şerh, s.2493. Çil, Fazla Çalışma, s.64. Demir, s.200. Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s.275. Eyrenci, Fazla Saatler, s.464. Göksel, s.1021. Narmanlioğlu, s.658. Narmanlioğlu, Fazla Çalışma, s.36. Öcalan, s.1640. Raşit Ulubey, "Fazla Çalışma Ücretinin Ödenmesinde İşçinin İhtirazi Kaydı ve Sonuçları", *Yaklaşım Dergisi*, Sayı:223, Temmuz 2011, <http://uye.yaklasim.com/dergiler>, 17.03.2017, s.182-183. Tiryaki, Delil, s.2. Aksi yönde bkz.; Ağır, s.116. Aydın Başbuğ, "Fazla Çalışma Ücreti Eksik Ödenen İşçinin Alacağı B.K. m. 133'e göre Sona Erer mi ?", *Tühis İş Hukuku ve İktisat Dergisi*, Cilt:17, Sayı:6, Şubat 2003, <http://www.tuhis.org.tr/upload/dergi/1348749487.pdf>, 21.02.2015, s.55-56. Yazara göre, fazla çalışma ücreti feri nitelikte bir hak olmadığından ihtirazi kayıt konulmadan bu alacağa ilişkin ücretin kabulü fazla çalışma ücretini sona erdirmes. Borçlar Kanunu hükümlerine göre kural olarak alacaklının kısmi ifayı kabul yükümlülüğü bulunduğundan, işçinin de kısmi fazla çalışma ücretini kabul etmesi gereklidir. Kısmi ifayı kabul halinde işçinin ihtirazi kayıt koymamış olması da, fazla çalışma ücreti alacağı feri alacak değil, asıl alacak olduğundan bu hakkı sona erdirmes. Hergüner, s.2640.

²⁸⁶ Yarg. 9.H.D., 20.04.1992 gün ve E.1991/16796, K. 1992/4436, (Kurucu, s.585). Yarg. 9.H.D., 02.02.2009 gün ve E. 2007/36411, K. 2009/763, (Çalışma ve Toplum, Yıl:2009/3, Sayı:22, s.321). Yarg. 9.H.D., 04.05.2009 gün ve E. 2008/178, K. 2009/12322, (Çalışma ve Toplum, Yıl:2009/4, Sayı:23, s.266-267). Yarg. 9.H.D., 30.04.2009 gün ve E. 2008/358, K. 2009/12170, (Çalışma ve Toplum, Yıl:2009/4, Sayı:23, s.294-297). Yarg. 22.H.D., 19.02.2015 gün ve E. 2013/32844, K.

koymaksızın imzalayan işçinin sonradan fazla çalışma ücreti talep edemeyeceği ya da ancak yazılı delillerle aksini ispat edebileceği, ihtirazi kayıt konulması halinde ise her türlü delille ispat edilebileceği değerlendirilmektedir. Anılan istikrar kazanmış kararlar işçinin işveren karşısındaki hiyerarşik konumu düşünülmezsizin iş hukukunun temel ilkelerine ve ispat hukukuna aykırı niteliktedir. İşçinin ücret bordrosunu ihtirazi kayıt koymaksızın imzalaması, fazlaya ilişkin haklarından feragat ettiğine değil, bordroda gösterilen kadar çalışmasının karşılığının ödendiğine delil olmalıdır²⁸⁷. Aksi halde anılan imzaya ispat hukukunun ötesinde bir etki tanınmış olur. Kaldı ki, işçinin yazılı belge ile daha fazla çalıştığını ispat etmesi de pek imkan dahilinde olmadığından, anılan görüş ile Yargıtay kararlarının sonuçları bakımından pratikte fark yoktur²⁸⁸. Yargıtay'ın doktrinde belirtilen bu görüşe uygun kararlar vermesi en azından ispat hukuku ve iş hukukunun temel ilkelerine aykırı sonuçlar doğurmayacaktır. Dolayısıyla anılan yöndeki Yargıtay kararlarına katılmak mümkün değildir. İşbu ilkesel kararlar verilirken, işçinin işveren karşısındaki konumu, işverenlerin belirli aralıklarla bordroları işçilerin önüne getirerek, içeriğini inceleme fırsatı vermeksizin imzalattığı, işçi ve işveren arasındaki bağımlılık ilişkisi devam ederken imzalanan evraklar olduğu düşünülmezsizin içtihat edildiğinden verilen kararlar hakkaniyete uygun sonuçlar doğurmamaktadır.

Yargıtay kararlarında²⁸⁹, bordroda fazla çalışma sütununun bulunması ve ücret tahakkuku olması halinde, bordroyu ihtirazi kayıt koymaksızın imzalayan işçinin fazla çalışma ücreti hesaplanırken, fazla çalışma alacağıının ödendiği ayların hesaba dahil edilmeden, kalan aylar için fazla çalışma alacağı hesaplanması gerektiği değerlendirilmektedir. Yani Yargıtay, ispat edilen saatlerle yapılan hesaplama, fazla saatlerle çalışma ücreti ödenen aylardaki tahakkukun düşülmesi yöntemini kabul etmemekte, baştan ödeme yapılan ayların dışlanarak hesaplama hiç katılmamasını içtihat etmektedir. Her ne kadar fazla çalışma tahakkuku yapılan aylara ilişkin bordroların, işçinin sadece anılan kısım kadar ücretinin ödendiği dışında bir ispat işlevi olmadığını düşünsek dahi, Yargıtay'ın anılan hesap yöntemine ilişkin kararı diğer kararları ile kendi içinde tutarlıdır.

2015/5571, (Çalışma ve Toplum, Yıl:2015/4, Sayı:47, s.575-576). Yarg. 7.H.D., 01.07.2013 gün ve E. 2013/3900, K. 2013/12358, (Çalışma ve Toplum, Yıl:2013/4, Sayı:39, s.437-440).

²⁸⁷ Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s.275. Eyrenci, Fazla Saatler, s.465. Göksel, s.1021. Günay, Şerh, s.1867. Süzek, s.806.

²⁸⁸ Göksel, s.1022.

²⁸⁹ Yarg. 9.H.D., 02.02.2009 gün ve E. 2007/37147, K. 2009/7169, (Çalışma ve Toplum, Yıl:2010/1, Sayı:24, s.441). Yarg. 9.H.D., 02.06.2014 gün ve E. 2012/14357, K. 2014/17689, (Çalışma ve Toplum, Yıl:2015/3, Sayı:46, s.353-354). Yarg. 7. H.D., 16.06.2015 gün ve E. 2015/17620, K. 2015/12209. (Yayınlanmamıştır).

Yine Yargıtay kararlarında²⁹⁰, fazla çalışma tahakkuku bulunan imzalı bordrolarda, Yerel Mahkeme tarafından fazla çalışma tahakkuklarının hep aynı oranda olması, ücret miktarının davacı tanık anlatımlarıyla da doğrulandığından bordrolarda fazla mesai olarak gösterilen miktarların aslında ücretin bir parçası olduğu hüküm altına alınmışsa da, bu çıkarım yerinde görülmemiş ve fazla çalışmaların hep aynı miktarda ve hep aynı oranda olması mümkün görülerek, imzalı bordrolarda tahakkuk edilen çalışmalardan daha fazla çalışıldığına ancak eş değer yazılı belge ile ispatlanabileceği, yazılı belgelerle ispatlanan tutarda fazla mesai ücretinin hesaplanması, hesaplanan miktardan bordro ile aynı dönem ödenen miktarın düşülmesi kalan miktar varsa hüküm altına alınması yönünde değerlendirme yapılmıştır. Ancak Yargıtay aynı dönemde daha isabetli olan bir başka kararında²⁹¹, fazla çalışma talebi olan dönemde ihtirazi kayıt konulmadan imzalanan bordrolarda fazla mesai tahakkuku olsa dahi, bu tahakkukların işçinin fazla çalışma ücreti talep etmesini engellemek için yapıldığı ve sembolik olduğu değerlendirilerek, ispatlanan fazla çalışmadan, ödeme tespit edilen aylardaki miktarların mahsup edilerek hüküm kurulması gerektiği şeklinde karar vermiştir.

(ii) Fazla Çalışma Sütunu Bulunan ve Ücret Tahakkuku Olan İmzasız Ücret Bordroları

Yargıtay içtihatlarında²⁹², işçiye bordro imzalatılmadığı halde, fazla çalışma ücreti tahakkuklarını içeren bordroların mevcut olması ve her ay bordrolara uyumlu bir şekilde, değişik miktarlarda ödemenin banka kanalıyla yapılması halinde de, işçinin ihtirazi kayıt ileri sürmemiş olması, ödenenin üzerinde fazla çalışma yaptığını ancak yazılı delille ispatlaması sonucunu doğurduğu kabul edilmektedir.

Yargıtay'ın anılan yöndeki görüşü ve kararları doktrinde²⁹³, banka hesap ekstresinde özel bir açıklama olmadıkça işçinin bankaya yatırılan miktarın ne kadarının fazla çalışmaya ilişkin olduğunu bilme olanağı olmaması, İş Kanunu'nun

²⁹⁰ Yarg. 22.H.D., 09.04.2014 gün ve E. 2013/7874, K. 2014/7561, (Çalışma ve Toplum, Yıl:2015/3, Sayı:46, s.479-481). Yarg. 22.H.D., 06.03.2014 gün ve E. 2013/6818, K. 2014/4871, (Çalışma ve Toplum, Yıl:2015/3, Sayı:46, s.482-484).

²⁹¹ Yarg. 7.H.D., 10.03.2014 gün ve E. 2013/22464, K. 2014/5560, (Çalışma ve Toplum, Yıl:2015/2, Sayı:45, s.263-264).

²⁹² Yarg. 9.H.D., 30.04.2009 gün ve E. 2008/358, K. 2009/12170, (Çalışma ve Toplum, Yıl:2009/4, Sayı:23, s.294-297). Yarg. 9.H.D., 04.11.2014 gün ve E. 2013/19795, K. 2014/30172, (Çalışma ve Toplum, Yıl:2015/4, Sayı:47, s.599-601). Yarg. 22.H.D., 02.05.2014 gün ve E. 2013/9964, K. 2014/11106, (Çalışma ve Toplum, Yıl:2015/2, Sayı:45, s.383-385). Yarg. 7.H.D., 06.03.2014 gün ve E. 2013/20612, K. 2014/5505, (Çalışma ve Toplum, Yıl:2015/1, Sayı:44, s.361-362). Yarg. 7.H.D., 15.01.2014 gün ve E. 2013/15877, K. 2014/309, (Çalışma ve Toplum, Yıl:2014/3, Sayı:42, s.330-331). Yarg. 7. H.D., 16.06.2015 gün ve E. 2015/17620, K. 2015/12209, (Yayınlanmamıştır).

²⁹³ Eyrenci, Fazla Saatler, s.465. Göksel, s.1022-1023. Özdemir E. s.92.

37. maddesi ile işverene yüklenen "işveren işyerinde veya bankaya yaptığı ödemelerde işçiye ücret hesabını gösterir imzalı veya işyerinin özel işaretini taşıyan bir pusula vermek" yükümlülüğünü ihlal niteliği taşıdığı gerekçeleriyle kanunun amaç ve ruhuna aykırı olduğundan bahisle haklı olarak eleştirilmektedir. Çözüm olarak ise, banka aracılığıyla yapılan ve ihtirazi kayıtsız alınan ödemelerde de, işverence ücret pusulası verilerek işçinin haberdar olduğu kanıtlanmadıkça, işçiye fazla çalışma iddiasını her türlü delil ile ispatlama imkanı verilmesinin gerektiği savunulmaktadır.

Kanaatimizce yapılan eleştiriler haklı olmakla birlikte yeterli olmadığı gibi, önerilen çözümler de hayatın olağan akışına uygun değildir. Çünkü işçi banka hesabına yapılan ödemenin açıklama kısmı olup olmadığını, varsa içeriğini ancak internet şubesi aracılığıyla dekont içeriğini kontrol ederek yahut banka şubesine giderek dekont ya da hesap dökümünü talep etmesi halinde öğrenebilir. İşçinin açıklama kısmına ulaştıktan sonra, almış olduğu dekontta gösterilen ödemelerin fazla çalışmaya tekabül eden kısmının o aya ilişkin çalışmasının zamlı karşılığını karşılayıp karşılamadığını kontrol etmesi ve sonrasında da buna ilişkin ihtirazi kayıt koyması gereklidir. İşçinin tüm bunları yapabilecek düzeyde yasal haklarını ve iş mevzuatını bildiğini varsaydığımızda dahi, işçinin her ay yatan maaşını ATM aracılığıyla değil, mesai saatleri içinde banka şubesinden çekmesi ve para çektiği dekonta imza atarken ihtirazi kaydını yazarak banka personeline teslim etmesi, sonra da ücretinin kullanmayacağı kısmını yeniden banka hesabına yatırması gereklidir. Tüm bunları yapabilmesi içinde işçinin her ay bir gün bankaya gidebilmek için mesai saatleri içinde izin alması gerekmektedir. Yargıtay kararlarında işçinin ülkemiz şartlarındaki imkanları düşünülmeyle, özellikle mavi yakalı işçilerin bağımlılık ilişkisinin boyutları göz ardı edilerek, gerçek hayattan bağımsız içtihatlar oluşturulmaktadır. İşçinin ihtirazi kayıt koymasının diğer yolu da işverene fazla çalışma saatlerine karşılık olan ücretinin eksik ödendiğini bildirmesi şeklinde olabilir, ancak bunu da ispat edebilmesi için yazılı şekilde yapması gereklidir. Bu durumda da işverenin haklı nedeni olmasa dahi, işçi işini kaybetmekle karşı karşıya kalacağı düşüncesiyle işsizlik oranını ve hayat şartlarını değerlendirdiğinde çaresiz kalacaktır. Netice olarak yargı kararlarıyla işçilerin çalışmalarının karşılığını alması engellenerek, anayasal angarya yasağını ihlal edici nitelikte içtihatlar oluşturulmaktadır.

(iii) Bordrolarda Fazla Çalışma Sütunu Olmaması, Fazla Çalışma Sütununun Boş Olması ya da Fazla Çalışma Sütununda "0" Yazması

Fazla çalışma sütunu boş olan ya da "0" olarak gösterilen bordroyu, ihtirazi kayıt koymaksızın imzalayan işçinin, imzası fazla çalışma talebinde bulunmasına engel olmadığı gibi, fazla çalışma yapmadığı ya da fazla çalışma ücretinden feragat ettiği anlamı da taşımaz²⁹⁴. Yargıtay kararlarında işçinin fazla mesai sütunu boş bırakılmış olan bordroyu imzalamış olması halinde dahi, fazla çalışma yaptığını her türlü delil ile ispat edebileceği içtihat edilmektedir²⁹⁵. Yine bordroda fazla mesaiye ilişkin ayrıca bir sütun bulunmaması halinde de işçinin ihtirazi kayıt koymasına gerek kalmaksızın, fazla çalışma yaptığını her türlü delille ispat etme imkanı vardır. Doktrinde²⁹⁶, fazla çalışma sütununun boş veya "0" olarak gösterilmesi halinde, işçinin fazla çalışma yapmadığının değerlendirilebileceği ya da işverenin yükümlülüğüne uygun davranmayarak çalışılan saatleri veya fazla saatlerle çalışmaları karşılığında ödenen ücreti ilgili belgelerde göstermediği şeklinde değerlendirilebileceği savunulmuştur. Her iki değerlendirme yönünden işçinin aleyhine bir çözüm öngörülelemeyeceğinden, işçi fazla çalışma tahakkuku olmayan bordroyu ihtirazi kayıt koymadan imzalasa dahi, fazla çalışmayı her türlü delil ile ispatlayabileceği kabul edilmiştir.

Doktrinde savunulan bir görüşe göre²⁹⁷, fazla çalışma yapılmadığı belirtilen ya da bazı işçiler için fazla çalışma ücreti tahakkuk ettirildiği halde kendisi için fazla çalışma tahakkuku yapılmadığını gören işçi ihtirazi kayıt koymadan imzaladığı bordronun ait olduğu dönemde fazla çalışma ücreti talep edemez.

Yargıtay kararlarında²⁹⁸ isabetli olarak işçi ile işveren arasında iş ilişkisinin devam ettiği sırada fazla mesai tahakkuku bulunmayan ücret bordrolarına konulan, *fazla mesai yapmadım, aylık istihkakımı tam olarak aldım* gibi kayıtların da geçerli

²⁹⁴ Cumhuriyet Sinan Özdemir, "Ücret Bordrosu İmzalıda Olsa Şahitle Fazla Çalışma Tespit Ettirilebilir(Mi)?" (E-Yaklaşım), *Yaklaşım Dergisi*, Sayı:214, Ekim 2010, <http://uye.yaklasim.com/dergiler>, 17.03.2017, Bordro, s.500-501. Demir, s.200. Eyrenci, Fazla Saatler, s.464. Göksel, s.1020. Günay, Fazla Çalışma, s. 29. Hergüner, s.2640. Karacan, s.122. Narmanlıoğlu, s.658. Narmanlıoğlu, Fazla Çalışma, s.36. Özdemir, Aylık Ücret, s.454. Özdemir, İşveren, s.572-573. Ramazan Yıldız, "İş Kanunu'na Göre Fazla Çalışma Süresi Nedir?", *Yaklaşım Dergisi*, Sayı:227, Kasım 2011, <http://uye.yaklasim.com/dergiler>, 17.03.2017, s.192. Songu, s.407. Aksi görüş için bkz.; Ekonomi, İşin Düzenlenmesi, s.58. Yazara göre, işçinin imzasının bulunduğu fazla çalışma sütunu açılmış olan bordrolarda, fazla çalışma ücreti tahakkuku bulunmamakta ve işçinin bu hususta bir ihtirazi kaydı bulunmuyorsa o aya ilişkin fazla çalışmasının bulunmadığı sonucuna varılmalıdır.

²⁹⁵ Yarg. 9.H.D., 16.04.2009 gün ve E. 2007/42573, K. 2009/10858, (Çalışma ve Toplum, Yıl:2009/4, Sayı:23, s.352-354).

²⁹⁶ Astarlı, s.232.

²⁹⁷ Öcalan, s.1644. Özdemir, Bordro, s.500-501.

²⁹⁸ Yarg. 9.H.D., 21.10.2008 gün ve E. 2007/29051, K. 2008/28165, (Çalışma ve Toplum, Yıl:2009/2, Sayı:21, s.247-249)

olmadığı kabul edilmektedir²⁹⁹. Herhangi bir ayırım gözetmeksizin bütün işçilere aynı kaydı içeren bordroların imzalatılması veya aynı kaydın el yazısı ile tüm işçilere yazdırılması halinde, bu kayıtların geçerliliği sorgulanmalıdır. Bu tür bordrolar uygulamada, işten ayrılan işçilerin fazla çalışma talebine yönelik açtığı davalarda zaman zaman gerçekte çalıştığı saatlerden çok daha fazla çalıştığı yönünde iddialarda bulunmasının da neticesinde ortaya çıkmıştır. Bu bordrolarda bulunan, işverenin birçok işçisine imzalatmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak sunduğu ve bağımlılık ilişkisine dayalı olarak imzalattığı hükümler genel işlem koşulları olarak kendini gösterir. Bu şekilde hazırlanıp imzalatılan bordrolardaki hükümler geçerlilik ve içerik denetiminden geçirilmeli ve kural olarak matbu hükümlere geçerlilik tanınmamalıdır.

(3) Puantaj Kayıtları ve Dijital Ortamda Tutulan Kayıtlar

Aksi ispatlanana kadar, işyerine giriş çıkışı gösteren belgeler ve işyeri iç yazışmaları da yazılı delil niteliğindedir. Doktrinde bir görüş³⁰⁰, günlük mesai saatlerinin puantaj kayıtları ya da elektronik ortamda kart basma, parmak okuma gibi sistemlerle işverence ispat edildiği hallerde ispat yönünden anılan kayıtlara değer verilmesi gerektiğini yazılı delil olmaları nedeniyle aksinin yazılı delillerle ispat edilebileceğini bu nedenle de tanık beyanlarına itibar edilmemesi gerektiğini aynı zamanda bu şekilde ispatlanan fazla çalışma ücreti alacağından indirim de yapılmaması gerektiğini savunmaktadır. Ancak anılan kayıtlar elektronik ortamda dahi tutulsa, sistem güvenliği, dışarıdan manuel müdahale edilebilip edilemediği ya da dökümlerinin işçi tarafından imzalanıp imzalanmadığı hususları değerlendirilmeksizin, kayıtsız şartsız kesin delil kabul eden bu görüşe katılmak mümkün değildir.

Yargıtay'ın bir kararında³⁰¹, işyerinde kullanılan sistemde tanımlı olan işçilerin, kendi kullanıcı adı ve şifresi vs. ile karşılaşmadan doğrudan giriş yapılabildiği, her kullanıcının başka bir kullanıcı adına giriş yapabileceği gibi, admin yöneticisinin de sistemi görme ve güncelleme yetkisi olduğu, sistem içeriğinde bu

²⁹⁹ Aksi yönde bkz.; Özdemir, Bordro, s.500-501. Yazara göre, bordroda fazla çalışma olmadığı açıkça yazılı ise ya da aynı bordroda başka işçilerin fazla çalışma ücretine hak kazandığı yazılı ise bu durumda işçinin fazla çalışma tahakkuku olmasa da ihtirazi kayıt koyması aranır.

³⁰⁰ Çil, Şerh, s.2497. Çil, s.810; Yazar daha sonra ele aldığı eserinde bu görüşünü genişleterek, anılan kayıtların gerçeği yansıtmadığı veya işverence sonradan veriler üzerinde değişiklik yapıldığı iddiası bulunması halinde teknik yönden araştırma yapılmasını kabul etmiştir. Eyrenci, Fazla Saatler, s.463. Göksel, s.1019.

³⁰¹ Yarg. 9. H.D., 24.03.2015 gün ve E. 2015/7920, K.2015/11658. (Yayınlanmamıştır). Yarg. 9. H.D., 24.03.2015 gün ve E. 2015/7921, K.2015/11659. (Yayınlanmamıştır)

yolla değişiklikler yapabildiği ve bu konuda herhangi bir loglama işlemi de yapılmadığından güvenlik tehlikesi içeren bir sistem olduğu değerlendirilmiştir. Yargıtay bir başka kararında ise³⁰², işyerinde çalışma saatlerinin elektronik ortamda kayda alındığı ve işverenin bu kayıtlara müdahale ettiği ispatlanamadığında elektronik kayıtlara değer verilmesi gerektiğini içtihat etmiştir. Kanaatimizce işveren tarafından kullanılan elektronik sistemlerin denetim yapılmaksızın doğruluğunun kabul edilmesi yerinde değildir. İşveren tarafından sunulan işyeri kayıtlarının denetimine ilişkin gerekirse keşif ve bilirkişi incelemesi de yapılarak, kayıtlarda güvenlik tehlikesi olup olmadığına ilişkin işçiye ispat imkanı tanınmalıdır.

(4) Bölge Çalışma Müdürlüğü Tarafından Yapılan Tespitler

Devlet, çalışma hayatı ile ilgili mevzuatın uygulanmasını izler, denetler ve teftiş eder. Bu ödev Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığına bağlı ihtiyaca yetecek sayı ve özellikte teftiş ve denetlemeye yetkili iş müfettişlerince yapılır. (4857 s.K. m.91/1) Devletin iş müfettişleri ve görevli memurları aracılığıyla çalışma hayatı ile ilgili mevzuatı izleme ödevini yerine getirmesi neticesinde yapılan inceleme raporları ve tutanakların ispat işlevinin de incelenmesi gereklidir.

25.02.2011 tarihli 1. mükerrer Resmi Gazete’de yayımlanan 6111 sayılı Kanun’un 77. maddesi ile 4857 sayılı Kanun’un 91. maddesine “30/1/1950 tarihli ve 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanununun 10 uncu maddesine istinaden iş sözleşmesi fiilen sona eren işçilerin kanundan, iş ve toplu iş sözleşmesinden doğan bireysel alacaklarına ilişkin şikayetleri Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı bölge müdürlüklerince incelenir” hükmü eklenmiştir. 4857 sayılı Kanun’un 91. maddesinin uygulanmasında yetkili makam ve memurların düzenlendiği 92. maddesi de 6111 sayılı Kanun’un 78. maddesi ile değiştirilmiştir.

Anılan değişiklikler öncesinde işçi şikâyetlerini incelemek görevi iş müfettişlerine aitti. Ancak, 6111 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle iş sözleşmesi fiilen sona eren işçilerin kanundan, iş ve toplu iş sözleşmesinden doğan bireysel alacaklarına ilişkin şikâyetlerini inceleme yetkisi Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüklerine verilmişti. İş sözleşmesi devam eden işçilerin şikayetleri ise, iş müfettişleri tarafından incelenmeye devam edilecektir. İş sözleşmesi sona eren işçilerin şikayetleri üzerine Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğü memurları tarafları çağırıp, ifade ve bilgi alarak, gerekli olan

³⁰² Yarg. 9. H.D., 21.01.2011 gün ve E. 2011/50636, K. 2014/772, (Çil, s.908).

belge ve delilleri getirterek inceleme yapabilecekken, iş sözleşmesi devam eden işçilerin şikayetleri üzerine iş müfettişleri işçilerin çalıştığı işyerinde de teftiş ve inceleme yapabilecekti.

25.10.2017 tarihinde yayınlanan 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 13. maddesi ile 4857 sayılı Kanun'un m.91/2 hükmü, *işçilerin kanundan, iş ve toplu iş sözleşmesinden doğan bireysel alacaklarına ilişkin başvuruları üzerine, iş sözleşmesinin devam etmesi kaydıyla birinci fıkra hükmü uyarınca işlem yapılabilir* şeklinde değiştirilmiştir. Bir önceki değişiklikle, iş sözleşmesi sona eren işçilerin şikayetlerini inceleme yetkisi Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüklerine verildiğinden, 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 14. maddesi ile 4857 sayılı Kanun'un 92/2. maddesinden *işçi şikayetlerini inceleyen bölge müdürlüğü memurları* ibaresi ve 92/3. maddesinde yer alan *işçi şikayetlerini incelemekle görevli bölge müdürlüğü memurları* ibareleri madde metinlerinden çıkarılmıştır.

Doktrinde 7036 sayılı Kanun ile değişiklik yapılmadan önce savunulan bir görüşe göre³⁰³, iş müfettişleri ve Çalışma ve İş Kurumu İl Müdürlüğü memurlarının hazırladığı işçi alacağının varlığını ve tutarını gösteren rapor ve tutanaklar, Yasa gereği aksi ispat edilene kadar geçerli olduğundan, içeriklerinin doğruluğu adi bir kanuni karinedir.

7036 sayılı Kanun ile değişiklik yapılmadan önce verilen bir Yargıtay kararında³⁰⁴ 4857 sayılı Kanun'un m.92/son hükmüne göre düzenlenen tutanakların niteliğine ilişkin "...maddede ifade edilen tutanaklar; müfettiş tarafından belgelere dayalı olarak düzenlenmiş olanlar ile belgeye dayalı olmamakla birlikte düzenlenmesinde hazır bulunan işveren, sigortalı veya üçüncü kişi beyanları uyarınca düzenlenerek doğruluğu ilgili kişilerin imzaları ile tasdik edilen ve imza inkarına konu olmayan tutanaklardır. İş müfettişi tarafından yapılan incelemelere dayalı tutanakların değerlendirildiği ve varılan sonucun yazıya geçirildiği müfettiş raporlarının sadece müfettiş tarafından düzenlenmiş olmaları 4857 sayılı İş Kanununun 92/son maddesi kapsamında kabulleri için yeterli değildir. Buna göre, özellikle, rapor veya ekli tutanaklarda imzası bulunmayanlar/tespite uyan beyanı olmayanlar yönünden, söz konusu tutanakların aksinin yazılı delille kanıtlanması yükümünden söz etmek mümkün değildir. İş müfettişi raporlarının,

³⁰³ Nesibe Kurt Konca, "İş Kanunu'nun 6111 Sayılı Kanun ile Değişik 91. ve 92. Maddelerinin Medeni Usul ve İcra Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi", *Tühis İş Hukuku ve İktisat Dergisi*, <http://www.tuhis.org.tr/upload/dergi/1347534361.PDF>, 24.03.2017, s.76.

³⁰⁴ Yarg. 10. H.D., 24.02.2014 gün ve E. 2013/22783, K. 2014/3452, (www.legalbank.net e.t.24.03.2017).

rapora dayanak alınan tutanaklar ile birlikte değerlendirilmesi ve ekli tutanakların anılan Kanun kapsamında aksi sabit oluncaya kadar geçerli belge olduğunun kabulü, 4857 sayılı İş Kanununun 92/son maddesinin açık hükmü karşısında zorunludur...” şeklinde değerlendirme yapılmıştır.

Yine 7036 sayılı Kanun ile değişiklik yapılmadan önce, Yargıtay bir başka kararında³⁰⁵, işyerinde yapılan fazla çalışma süresinin belirlenmesinde tanık beyanları ve iş müfettişi tarafından yapılan tespitlerin birlikte değerlendirilmesi gerektiğini içtihat etmiştir. Anılan dönemde bir kısım Yargıtay kararlarında ise³⁰⁶, Bölge Çalışma Müdürlüğü'nün işyerinde fazla çalışma yapıldığı yolundaki tespiti yazılı belge niteliğinde kabul edilmektedir. Ancak Yargıtay'ın bir başka kararında³⁰⁷, iş müfettişi raporunun, işverence sunulan belgelere ve birkaç işçinin beyanına göre hazırlanmış olduğu, bu nedenle de anılan raporların yazılı belge niteliğinde olmaması nedeniyle, aksinin her türlü delil ile ispat edilebileceği değerlendirilmiştir.

c. Tanık Beyanları

Bordrolar ve işyeri kayıtlarına ilişkin yargı kararları ile kabul edilen ispat silsilesi işçi tarafından aşılabılır ve fazla çalışmanın ispatına ilişkin tanık dinletilebilirse, bu halde, çoğunlukla işyerinde çalışmış tanıkların beyanlarına göre fazla çalışma yapıp yapılmadığı konusunda tespit yapılır³⁰⁸. Bu tanıkların da işçi ile aynı dönemde çalışan işçiler olması gerekmektedir³⁰⁹. Bu nedenle her tanığın ifadesi kendi çalıştığı dönemle sınırlı olarak geçerlidir. İşyerinin çalışma şartlarını bilebilecek durumda olan komşu işyeri sahibi ve çalışanları da tanık olarak dinlenebilirler. Yasal düzenlemeler ile çalışma sürelerine ilişkin getirilen sınırlamalar, işyerine ve yürüten işe değil işçilerin şahıslarına ilişkin olarak getirildiğinden, tanık ifadeleriyle uyumsuzluğa konu olan işyerindeki çalışma saatleri ve işin yürütümünün ifade edilmesinden öte, iddia sahibi işçinin fazla saatlerle çalıştığının ispat edilmesi önemlidir.

³⁰⁵ Yarg. 9. H.D., 23.01.2012 gün ve E. 2009/37037, K. 2012/1230, (www.legalbank.net e.t.24.03.2017).

³⁰⁶ Yarg. 9.H.D., 10.12.2009 gün ve E. 2009/17056, K. 2009/34159, (Çalışma ve Toplum, Yıl:2010/2, Sayı:25, s.457-459). Yarg. 9. H.D., 12.06.2000 gün ve E. 2000/8508, K. 2000/8290, (Günay, Şerh, s.1944). Yarg. 9. H.D., 14.06.1999 gün ve E. 1999/8239, K.1999/10587, (Günay, Şerh, s.1959).

³⁰⁷ Yarg. 7. H.D., 24.11.2015 gün ve E. 2015/30524, K. 2015/23125, (Yayınlanmamıştır).

³⁰⁸ Tanık anlatımlarına göre fazla çalışmanın ispatlanması halinde işçinin daha avantajlı olduğuna ilişkin görüş için bkz.; Özdemir E., s.81.

³⁰⁹ Aksi yönde; Özdemir E., s.86. Yazara göre, işçinin tüm çalışma dönemini kapsayan tanık bulması çok kolay değildir. Bu nedenle işçinin tüm çalışma dönemini kapsayan tanık bulmasını beklemek yerine, tanıkların çalışma süreleri ile davacının talep ettiği süreler arasındaki fark arttıkça, yapılacak indirimin artırılması gerekmektedir.

Yine Yargıtay tarafından, işverene dava açarak işveren ile uyuşmazlık içinde olan tanıkların birbirine tanıklık yapmak suretiyle menfaat birliği sağladıkları bu nedenle de salt bu tanıkların beyanıyla sonuca gidilemeyeceği değerlendirilmektedir³¹⁰. Doktrinde³¹¹, anılan kararın mutlak bir şekilde uygulanmaması gerektiği, işverence tüm işçiler sistemli bir şekilde işçilik alacakları ödenmeksizin işten çıkarılarak yasal yollara başvurusu gibi hallerde, işyerinin özelliği ve işin niteliği değerlendirilerek tanık anlatımlarına itibar edilebileceği, her zaman ifadelerinin samimi olmadığı gibi bir çözüme ulaşılmasının yerinde olmadığı değerlendirilerek eleştirilmiştir. Yapılan eleştiri haklı olmakla birlikte yeterli değildir. Fazla saatlerle çalışma alacağı talepli davalar çalışırken açılacak olmasına karşılık işçiler, işsiz kalma ve bakmakla yükümlü olduğu bir ailesi bulunması gibi kaygıları nedeniyle işbu davaları çalışırken açmamaktadır. Zaten yargı kararları incelendiğinde, açılan davaların büyük çoğunluğuna işten ayrıldıktan sonra feshe bağlı haklar ile birlikte fazla çalışma, hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil ücreti alacaklarının da konu olduğu görülecektir³¹². Hal böyle iken, işverenin yanında çalışan tek bir işçiye fazla çalışma ücretini ödemediği diğer tüm işçilere ödediği de kural olarak kabul edilebilirliği olan bir olasılık olmadığından elbette işten çıkan ve fazla çalışma talepli dava açan işçilerin tanıklarının da aynı konuda davaları olması olağandır. Kural olarak işten çıkan işçinin, işyerinde çalışmaya devam eden işçilerden tanık bulması çok güçtür. Çalışırken işveren aleyhine tanıklık eden işçilerin, ülkemiz şartlarında işsiz kalma olasılığı arttığı için, bakmakla yükümlü olduğu kişilerin sorumluluğunu düşünmesi ve işyerinde yaşayacağı huzursuzluğa hazırlıklı olması gerekmektedir. Bu durumla karşı karşıya kalmanın zorluğu nedeniyle işçinin işyerinden ayrılan işçiler arasından tanık seçmesi gereklidir. İşçilerde işten ayrıldıktan sonra ya "mahkeme ile uğraşmamak" düşüncesi ile dava

³¹⁰ Yarg. 7. H.D., 13.01.2014, E. 2013/17160, K. 2014/130, (Günay, Şerh, s.1877-1880). Yarg. 9.H.D., 12.11.2010 gün ve E. 2010/26710, K. 2010/33776, (Şahin Çil, **İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları (9. Hukuk Dairesi 2010-2011 Yılları)**, Turhan Kitabevi Yayınları, 4. Baskı, Ankara 2011, İlke, s.649-651). Yargıtay kararında, bir avukatın açmış olduğu fazla çalışma talepli davada, tanık olarak dinlenen avukat arkadaşları ile arasında menfaat birliği olması, işverenin fazla çalışmaya ilişkin yazılı talimatı olup olmadığı, fazla çalışma yaptığına ilişkin yazılı belge olup olmadığı, çalıştığı dönemde baktığı iş sayısı, avukatlık işlerine ilişkin tüm bilgi ve belgelerin toplanması, işin gereğinden dolayı mı fazla çalışma yapıldığı yoksa işleri kendisinin yetiştiremeyip, işin bitirilmesine ilişkin mi olduğunun da araştırılması gerektiğini değerlendirmiştir.

³¹¹ Ağır, s.113. Çil, Şerh, s.2497. Çil, Fazla Çalışma, s.68-69. Çil, s.810; Yazar, işçinin çoğu kez iş sözleşmesi feshedilen işçiler dışında tanık bulma imkanının olmayacağını, hakları ödenmeyen ve işten çıkan/çıkarılan işçilerin dava açmaktan başka çareleri olmadığını da kabul etmekle birlikte, yine de şüpheyle yaklaşılması gerektiğini değerlendirmiştir. Kanaatimizce, tanık delili zaten takdiri delil olduğundan yapılan değerlendirmeler ve Yargıtay'ın görüşü yersizdir. Eyrenci, Fazla Saatler, s.462. Göksel, s.1025.

³¹² Ulusal bayram ve genel tatil ücretleri ile hafta tatili ücretine ilişkin hesaplamaların fazla çalışma ücretinin hesaplanması ile ilişkisi için bkz.; Şen, Fazla Çalışma, s.5-19. Hergüner, s.2632-2634.

açmamış olduğundan tanıklık da yapmak istemeyecek ya da zaten açılmış bir davası olacaktır. İşte yargı kararları ile “mahkeme ile uğraşmak istemediğim için dava açmadım ama tanıklık yaparım” diyebilecek çok küçük bir kesimi içeren işçilerin tanıklığı kabul edilmektedir. Açıklanan nedenlerle, tanığın salt işverene karşı aynı konuda açılmış davası olması onun yalan söyleyeceği, samimi olmayacağı anlamı taşımaz. Kaldı ki tanık delili takdiri bir delil olup, işçinin kendi davasını düşünerek yalan söyleyip söylemediğinin takdiri değerlendirmesini mahkeme hakimi yapacakken, bu delili yok sayan Yargıtay kararları yerinde değildir.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun yürürlükte bulunduğu dönemde 247. maddenin 6. fıkrası gereğince *şahadet zamanında iki taraftan birinin evinde veya ticarethanesinde infak ve iâşe veya istihdam olunanlar* yeminsiz dinlenirdi. Özellikle işçi ve işveren arasındaki iş akdi nedeniyle bağımlılık ilişkisi içinde olan işçinin işini kaybetme korkusuyla işveren aleyhine tanıklık yapması düşünülemez. İşverenin işçiden öyle bir talebi olup olmadığına bakılmaksızın, işçiler çoğu zaman işten çıkarılma korkusuyla işveren lehine tanıklık yapmayı sadakat yükümlülüğünün bir parçası olarak görmekte ve görev bilinciyle yalan söylemektedir. HUMK döneminde kanun koyucunun bu durumu gözeterek işyerinde çalışan işçilerin yeminsiz dinlenmesini öngörmesine karşılık HMK ile bu düzenlemenin kaldırılmış olması, işveren yanında çalışan tanıkları birden bire güvenilir tanık kategorisine yükseltmemeli, yine bu tanıklara şüpheli yaklaşılmalıdır. Yargı kararlarında işverene dava açan işçiler arasında menfaat birliği vurgusu yapılırken, güvenilirliği çok daha düşük olan işveren yanında çalışan tanıklara itibar edilmesine aynı mesafe ile yaklaşılmaması yerinde değildir. Çünkü işverene karşı davası olan işçinin tanıklık ettiği işçi ile arasındaki bağlantı dolaylı olmakla birlikte, işveren yanında çalışan işçi ile işveren arasındaki ilişki her gün devam eden sürekli ve doğrudan bir ilişkidir. Açıklanan nedenlerle, illa ki belirli kategoride işçilerin tanıklığına itibar edilmeyecekse bunlar işveren yanında çalışmaya devam eden tanıklardır. Tüm bu değerlendirmelerin yanında tanık delilinin takdiri delil olması karşısında tanıkların kategorize edildiği kararların yerinde olmadığını tekrar belirtmek isteriz.

d. Keşif ve Bilirkişi

Tanık anlatımlarının birbiriyle çelişkili olması, tutarlılık içermemesi halinde, işyerinin kapasitesi, niteliği, işçinin yaptığı işler bakımından fazla çalışma gerektirip gerektirmediği, gerektiriyorsa süresinin tespit edilmesi için bilirkişi düşüncesine

başvurularak ve gerekli olması halinde keşif de yapılarak fazla çalışma yapılıp yapılmadığı araştırılmalıdır³¹³. Yargıtay da zaman zaman bu yönde kararlar vermektedir³¹⁴.

Uygulamada Mahkemelerin iş yükü nedeniyle fazla çalışma ücretinin hesabı yönünden genel olarak taraflardan birinin talebi üzerine yahut Mahkemece kendiliğinden, bilirkişi raporu alınmasına karar verilmektedir. Bilirkişi, fazla çalışmaya konu olan işin niteliğini, işyerindeki işçi sayısını, işçilerin görevlerini de dikkate alarak dosya kapsamındaki deliller ile ispat edilen hususlar çerçevesinde dava konusu işyerinde fazla çalışma yapılıp yapılmadığını inceleyerek tespitleri neticesinde hesap raporu düzenlemektedir. Ancak uygulamada bilirkişi raporlarındaki hesap hataları sık sık Yargıtay'ın bozma kararlarına da konu olarak yargılamanın uzamasına sebebiyet vermektedir³¹⁵.

3. Hakkaniyet İndirimi Meselesi

4857 sayılı İş Kanunu ile işverenlere yüklenen kayıt tutma yükümlülüklerini işverenlerin genel olarak çeşitli ekonomik kaygılarla yerine getirmede, ya da aynı nedenlerle gerçeğe aykırı olarak yerine getirdiği bilinmektedir. Birçok işçi de bu nedenle yapmış olduğu çalışmaların karşılığını alamamasına rağmen, çalışmalarını ispat etmekte zorluklarla karşılaşmaktadır³¹⁶. İşçi tarafından yasal çalışma sürelerinin üzerinde çalışıldığı ispat edilse dahi Yargıtay yerleşmiş içtihatları ile işyerinde söz konusu alacakları sağlıklı şekilde tespit ederek ödenmesine olanak sağlayacak organizasyon bulunmadığı için kayda bağlı olmayan³¹⁷ ve tanık ile ispat edilen fazla çalışmaların hesaplanmasından sonra Mahkemece takdiri olarak hakkaniyet indirimi yapılmaktadır. Böylece kayıt dışı çalıştırılan işçilerin, ispata ilişkin tüm güçlükleri aşmasının ardından bu kez de takdiri olan bir delilin takdirinde mutlaka hata olduğu düşünülerek, hem de hakkaniyet adı altında indirim

³¹³ Eyrenci, Fazla Saatler, s.462. Göksel, s.1026-1027.

³¹⁴ Yarg. 22. H.D., 05.12.2013 gün ve E. 2012/29850, K. 2013/28146. (Yayınlanmamıştır).

³¹⁵ "...hesaplama tablosunda, dönemler halinde gösterilen toplam fazla çalışma saatlerine nasıl ulaşıldığı hususu denetime elverişli değildir. Bu halde, ek bilirkişi raporu alınması suretiyle, normal mesaiye ilaveten çalışılan saatlerin gün bazında dökümlendirilerek gösterilmesi suretiyle denetime açık bir şekilde hesaplama yapılmalıdır..." Yarg. 22. H.D., 25.04.2017 gün ve E. 2017/7514, K. 2017/9617. (Yayınlanmamıştır). Yarg. 22. H.D., 13.04.2017 gün ve E. 2017/6822, K. 2017/8463. (Yayınlanmamıştır). Yarg. 9. H.D., 23.03.2017 gün ve E. 2017/8425, K. 2017/4719, (www.legalbank.net e.t. 20.07.2017). Yarg. 7. H.D., 14.06.2016 gün ve E. 2016/11693, K. 2016/1322, (www.legalbank.net e.t.20.07.2017).

³¹⁶ Göksel, s.1015. Levent Akın, "Takdiri İndirimin Fazla Çalışma Alacaklarına ve Gazetecinin Ücretine Etkisi", Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, Cilt:1, İstanbul 2011, s.771.

³¹⁷ Akın, s.773.

yapılmaktadır. Hakimlere yasal dayanağı olmayan takdiri indirim yapma yetkisi verilerek, işçi ve işveren arasındaki uyuşmazlık, iki tarafı da tatmin edeceği düşünülen bir miktara indirilmektedir³¹⁸. Hatta hakkaniyet indirimi yapılmamış olması ya da az yapılmış olması da Yargıtay tarafından bozma nedeni yapılmaktadır³¹⁹.

Yargıtay kararları ile uygulamaya konulan hakkaniyet indirimi, işçinin uzun süreli çalışmalarında her gün aynı fazla çalışma temposuyla çalışmasının insan takadına uygun düşmeyeceği, işçinin yaşam tecrübelerine göre hiç hastalanmadan veya evlenme, ölüm, doğum, özel işleri gibi mazereti çıkmadan sürekli çalıştığı kabul edilemeyeceği, ara dinlemeler, hafta tatilleri, ulusal bayram ve genel tatil günleri yıllık izin günlerine denk gelen dönemlerde çalışmayacağı gerekçeleriyle, hükmedilecek fazla çalışma ücretinden indirim yapılması gerektiği şeklinde uygulanmaktadır³²⁰. Ancak fazla saatlerle çalışma hesabında, işverenin kayıtlarına dayanılmış ve bu kayıtlarla hesaplama yapılmışsa, hakkaniyet indirimi yapılmaması gerektiği değerlendirilmektedir³²¹.

Doktrinde Yargıtay'ın hayatın olağan akışına aykırı³²² fazla çalışmaların inandırıcılığı olmaması nedeniyle hakkaniyet indirimi yapılmasına ilişkin kararını, işçinin uzun süre hiç izin kullanmadan veya hastalanmadan fazla çalışma yapması düşünülemeyeceğinden isabetli bulan yazarların³²³ yanında anılan uygulamayı kural olarak isabetli bulan yazarlar³²⁴ bu uygulamanın gerçek dışı iddiaları önlemeye yaradığı ölçüde geçerli olduğunu savunmaktadır. Hakkaniyet indirimi uygulamasının

³¹⁸ Akın, s.771. Levent Akın, "Fazla Çalışma Alacakları ve 5953 Sayılı Yasadan Doğan Alacağa İlişkin Hakkaniyet İndirimi", *Çimento İşveren Dergisi*, Cilt:28, Sayı:1, Ocak 2014, Hakkaniyet, s.56. Gazetecinin emeğinin karşılığı olan hakların güvence altına alınması ve tarafsızlığının sağlanması amacıyla 5953 sayılı Kanun'da bazı alacakların gününde ödenmemesi halinde günlük %5 fazlasıyla ödeneceğine dair hükmün uygulanmasında da bir kısım indirimler yapılmaktadır. Anılan indirimin uygulanma şekline ve eleştirilere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz.; Akın, Hakkaniyet, s.51-62.

³¹⁹ Yarg. 7.H.D., 30.01.2014 gün ve E. 2013/21224, K. 2014/1266, (Çalışma ve Toplum, Yıl:2014/3, Sayı:42, s.316-317). Yarg. 9.H.D., 16.05.2006 gün ve E. 2006/3631, K. 2006/14863, (Çil, Şerh, s.2514).

³²⁰ Yarg. 9. H.D., 31.03.1997 gün ve E.1996/22749, K.1997/6449, (Yargıtay Kararları Dergisi, C.:24, Sa:5, Mayıs 1998, s.683-684).

³²¹ Yarg. 9.H.D., 07.10.2008 gün ve E. 2008/22720, K. 2008/25706, (Çalışma ve Toplum, Yıl:2009/1, Sayı:20, s.208-209). Yarg. 22.H.D., 22.01.2013 gün ve E. 2012/10502, K. 2013/249, (Çalışma ve Toplum, Yıl:2013/2, Sayı:37, s.459-461). Karşıyaka 2. İş Mahkemesi bir kararında, fazla çalışma ücretinin kısmen tanık anlatımları, kısmen işyeri kayıtlarına dayalı olarak ispatlanması halinde, yazılı delillerle ispatlanan kısımdan hakkaniyet indirimi yapılmadan hüküm altına alınmak yerine, daha düşük oranda hakkaniyet indirimi yapılması gerektiğine ilişkin karar verilmiştir. (Karşıyaka 2. İş Mahkemesi, 06.12.2016 gün ve E. 2015/98, K. 2016/440). (Yayınlanmamıştır).

³²² 5953 sayılı Kanun'da bazı alacakların gününde ödenmemesi halinde günlük %5 fazlasıyla ödeneceğine dair hükmün uygulanmasında iki farklı indirim uygulanmakta olup, asıl alacak üzerinden yapılan indirimin hayatın olağan akışına aykırı olması nedeniyle yapıldığına, bu indirimin ücretlerin gününde ödenmemesine ilişkin hesaplanan günlük %5 fazlaya dair istekle ilgisi bulunmadığına ilişkin bkz.; Akın, Hakkaniyet, s.57-58.

³²³ Özcan, s.316.

³²⁴ Ağır, s.115. Akın, s.782. Çiçek, s.194. Ekonomi, İşin Düzenlenmesi, s.51, 92. Eyrenci, Fazla Saatler, s.468. Göksel, s.1028. Narmanlıoğlu, Fazla Çalışma, s.37. Hergüner, s.2641. Karacan, s.94-95. Özdemir E., s.87. Songu, s.411. Süzek, s.807

kısmen isabetli olduğunu savunan bu görüşe göre; Yargıtay uygulaması genellikle bir "formül gerekçe"³²⁵ ile indirim yapılması şeklindedir. Halbuki hakkaniyet indirimi somut olayın özelliğine uygun düşüp düşmediği araştırılmadan her olaya uygulanmamalı³²⁶, ülkemiz koşullarında kural olarak fazla çalışma yaptırıldığı, işçilerin ekonomik baskılar nedeniyle bir gün ödeneceği umuduyla çalışmalara devam ettiği, fazla çalışma yapıldığı işçi tarafından yeterli delillerle ispatlanmışsa sırf gerçek dışı görünüyorsa diyerek ya da salt yüksek çıktığı için indirim yapılması hem de "hakkaniyet nedeniyle" indirim yapılması kabul edilemez. Bu kabulün yerine, işçi fazla çalışma iddiasını ispatladıktan sonra bu kez delil ikame yükünün işverene geçtiği kabul edilerek işverenin delillerine göre bir indirim yapılmalıdır³²⁷. Doktrinde bir başka görüşe göre³²⁸, Yargıtay'ın yapılmasını öngördüğü indirimi fazla çalışma ücreti üzerinden indirim olarak algılamamak gerekir. Yapılan değerlendirmelerde hükme esas alınan maddi vakıaların ispat için yeterli olmaması nedeniyle, çalışma saatlerinin belirlenmesine ilişkin hakimın takdirinin de isabetsiz olduğu bu nedenle de, Yargıtay'ın bu takdire müdahale ederek hakkaniyet indirimini öngördüğü değerlendirilmektedir. Yani aslında fazla çalışma saatine ilişkin yapılan tespitte bir müdahale olduğu, ancak birden çok kez hesap yapılmaması için tüm tutardan belirli bir hakkaniyet indirimi yapıldığını belirtmiştir. Anılan görüşe göre, Yargıtay zaten yazılı belgelerle ve işveren kayıtları ile ispat edilen çalışmalara hakkaniyet indirimi uygulanmaması gerektiğini değerlendirdiğinden, tanık anlatımlarına ilişkin olan bu ispat yönteminde hakkaniyet indirimi uygulanması isabetlidir. Ancak hakkaniyet indiriminin Yargıtay'ın benimsediği şekilde değil, tanık anlatımlarından sonra tespit edilen günlük fazla çalışma saatinden, duruma ve diğer delillere göre yapılacak olan indirim neticesinde hayatın olağan akışına uygun olan saat belirlenmeli ve hesaplama belirlenen saate göre yapılmalıdır. Böylece hesaplanan tutardan da ayrıca indirim gidilmeyecektir. Yine doktrinde bir görüşe göre³²⁹, hakkaniyet indirimi yapılması için, fazla çalışmanın tanık anlatımlarına dayalı olmasının yanında, çalışma süresinin de bir yılı geçmesi gerekmektedir.

³²⁵ Akın, s.782. Çiçek, s.194. Eyrenci, Fazla Saatler, s.468. Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s.274. Göksel, s.1028. Hergüner, s.2641. Karacan, s.94. Songu, s.411. Süzek, s.807

³²⁶ Akın, s.782. Çiçek, s.194. Eyrenci, Fazla Saatler, s.468. Ekonomi, İşin Düzenlenmesi, s.51, 92. Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s.274. Narmanlıoğlu, Fazla Çalışma, s.37. Narmanlıoğlu, s.661.

³²⁷ Akın, s.782. Çiçek, s.194. Göksel, s.1028. Songu, s.412.

³²⁸ Çil, s.894-895. Çil, Şerh,2499. Çil, Fazla Çalışma, s.71-72.

³²⁹ Özcan, İşçilik, s.135.

Yargıtay kararları ile indirimde kullanılan oranların da bir tutarlılık içerdiği söylenemez. Yargıtay kararlarında³³⁰, fazla mesai alacağında ½ oranında takdiri indirim yapılmasının hakkın özünü etkileyecek derecede yüksek olduğu ve indirim oranı içtihadının gözettiği amacı aştığı değerlendirilmektedir. Onun dışında uygulamada genellikle %25 ile %40 arasında değişen, ancak neye göre değiştiği, hangi kriterlerin değerlendirildiği kararlarda açıklanmayan genel soyut ifadelerle yapılan indirimler görülmektedir³³¹. Öğretide³³², mahkemelerin indirim yapması nedeniyle, işçilerin de aşırı fazla çalışma ücreti talebiyle adeta bir pazarlığın karşılığını ortaya koyduğu düşünülmektedir. Yani işçiler Yargıtay'ın koyduğu varsayımsal engeli aşabilmek için taleplerini yüksek tutma yoluyla, indirim neticesinde hak ettiklerine yakın bir ücret alabilmeyi amaçlar hale gelmişlerdir. Kanuna aykırı olarak verilen, işvereni koruma amacı güden yargı kararları nedeniyle işçiler, işçilik alacaklarını alabilmek için işverenlerden sonra bir de yargının keyfiliğiyle başa çıkmak zorunda bırakılmaktadır.

Kanaatimizce, hakkaniyet indirimi yapılarak kayıt tutmakla yükümlü olan işverenin bu yükümlülüğünü yerine getirmemesinden hukuki menfaat elde etmesi sağlanmaktadır. İşveren lehine bu şekilde bir kazanç sağlanması hakkaniyete aykırı olduğu gibi, kayıt tutmamaları da hiçbir yaptırıma tabi tutulmayarak üstüne ödüllendirilmeleri karşısında, hangi gücün etkisiyle kayıt tutmaya başlayacaklarının düşünüldüğü merak konusudur. Yargı kararları ile hakkaniyet indirimi yapılmasının temelinde işverenin kendisine yüklenen yükümlülükleri yerine getirmemesi ve yargının da bu durumu koruması bulunmaktadır. Yargıtay tarafından da hakkaniyet indirimi görüşünden dönülmek yerine, işverenler adeta kayıt tutmamaya teşvik edilerek, işçi aleyhinde hakkaniyete aykırı kararlar verilmektedir. Yargıtay'ın anılan kararlarına göre işyeri kayıtlarına dayanılması halinde hakkaniyet indirimi yapılmamaktadır. Öyleyse hakkaniyet indirimi yapılmasına sebebiyet veren taraf işçi midir yoksa kayıtları tutmakla yükümlü olan işveren mi? Bu durumda yargı sistemimiz kayıtları tutmakla yükümlü olan işverenin kayıtları tutmamasını hakkaniyet indirimi yaparak ödüllendirmekte, kayıtlarını tutan işverenleri ise hakkaniyet indirimi yapmayarak cezalandırmaktadır. Bu durumda da işverenler haklı olarak kayıtlarını eksik tutacak ya da hiç tutmayacaktır. Açıklanan nedenlerle

³³⁰ Yarg. 9.H.D., 04.02.2014 gün ve E. 2011/52229, K. 2014/2979, (Çalışma ve Toplum, Yıl:2014/4, Sayı:43, s.399-400). Yarg. 7. H.D., 02.06.2015 gün ve E. 2015/13972, K. 2015/10752, (Yayınlanmamıştır).

³³¹ Özdemir E., s.88-89. Yazara göre, hakkaniyet indirimini bilirkişi yapmalıdır.

³³² Ekonomi, İşin Düzenlenmesi, s.53, 91.

hakkaniyet indirimi yapılması daha temelden yanlış bir uygulamadır ve istisnai olarak dahi isabetli değildir.

Hakkaniyet indirimi yapılmasının bir diğer nedeni olarak, işçinin hasta olduğu, mazeret izni kullandığı, ulusal bayram genel tatilleri, hafta tatilleri, yıllık izin günleri gibi nedenlerle sürekli olarak fazla çalışma yaptığının kabul edilmesinin mümkün olmadığı gösterilmektedir. Her şeyden önce, fazla çalışma ücreti hesaplaması yapılırken ulusal bayram genel tatilleri ve hafta tatilleri zaten dışlanarak işçinin kaç saat fazla çalışma yaptığı belirlenir. Eğer işçi yıllık izin kullanmışsa işveren bunu sadece yazılı deliller ile ispat edebileceğinden yine ispat ettiği yıllık izin kullanılan günler için zaten fazla çalışma hesaplanmamaktadır. Bu durumda Yargı kararlarında yapılan hakkaniyet indirimi aslında sadece işçinin hasta ve mazeret izni kullandığı günler olabileceği ve işverence bu günlerin kayıt altına alınmadığı hallere istinaden yapılmaktadır. Yani yine işverence kayıt altına alınmayan günlerin bedeli işçiye ödetilmektedir. 4857 sayılı Kanun'un 25/l. maddesinde *işçinin hastalık, kaza, doğum ve gebelik gibi hallerde işveren için iş sözleşmesini bildirimsiz fesih hakkı; belirtilen hallerin işçinin işyerindeki çalışma süresine göre 17. maddedeki bildirim sürelerini altı hafta aşmasından sonra doğar.* Dolayısıyla 17. maddedeki bildirim süreleri dikkate alındığında işçinin anılan izinleri, kıdemi altı aydan az ise 2+6 hafta sonra, altı ay ile bir buçuk yıl arasında ise 4+6 hafta sonra, bir buçuk yıl ile üç yıl arasında ise 6+6 hafta sonra, üç yıldan fazla ise 8+6 hafta sonra zaten işveren için bildirimsiz fesih imkanı söz konusu olacaktır. Bu halde tek gerekçe işçinin hasta veya izinli olması nedeniyle fazla çalışma yapmamış olabileceği ise bu durumda kanunun benimsediği şekle uygun olarak anılan maddeye kıyasla bir hakkaniyet indirimi yapılması, neye göre yapıldığı belirli olmayan hakkaniyet indirimlerinden daha isabetli ve daha hakkaniyetli olacaktır. Kanun koyucu işçinin hastalık ve mazeret izinleri için bildirim sürelerine altı haftalık sürenin eklenmesi ile bulunan zamanı bildirimsiz fesih için yeterli kabul ettiğine göre, işçinin fazla çalışma ücreti alacağı hesaplanan süre göz önüne alınarak tespit edilecek bildirim süresine altı haftanın eklenmesi ile bulunan süreye tekabül eden fazla çalışma ücretinden daha fazla indirim yapılamamalıdır. Yani netice olarak işçi fazla çalışma ücretini ispat ettikten sonra hakim tarafından takdir edilecek hakkaniyet indirimi miktarı bildirim süresinin altı hafta fazlasına tekabül eden miktarı aşmamalıdır. Daha önce belirttiğimiz üzere, işçiler fazla çalışma ücreti alacağını iş akdi devam ederken de dava yoluyla talep edebilecekse de, işini kaybetme endişesi ile bu taleplerini iş akdi sona erdikten sonra yargıya intikal ettirebilmektedirler. Bu halde de işverence zamanaşımı defi ileri

sürüldüğünde sadece talep tarihinden önceki 5 yıllık alacaklarını, ispat edebilirlerse alabileceklerdir. Bu nedenle işveren zamanaşımı definde bulunduğu tüm çalışma dönemi üzerinden değil, hesaplama yapılan döneme karşılık olan bildirim süreleri üzerinden hesaplanan miktarı aşmamasına dikkat edilerek hakkaniyet indirimi yapılmalıdır. Yine fazla çalışma talep edilen süre, işçinin tüm çalışma dönemini değil de sadece belirli bir dönemi kapsarsa bu halde de talep edilen süre ile sınırlı olarak bildirim süreleri hesaplanmalı ve uygulanan hakkaniyet indiriminin hesaplanan tutarı aşmaması esas olmalıdır. Aksi halde işçinin örneğin 2 yıllık fazla çalışma ücreti alacağından çalışma süresi boyunca fazla çalışmadığı tüm günlerin düşülmesi gibi hakkaniyete aykırı bir durum oluşur.

Yargıtay tarafından³³³ davacının fazla çalışma ücreti alacağından, kıdemi, yaptığı iş ve işin nitelikleri dikkate alındığında hakkın özünü etkileyecek biçimde 1/2 oranında hakkaniyet indirimi yapılmasının hatalı olduğu gerekçesiyle bozulan karara, Yerel Mahkeme tarafından³³⁴, yine işçinin 9 yıllık fazla mesai alacağının 44.492,90-TL brüt olması, kıdem tazminatı alacağının 3 katından (somut olayda belirlenen kıdem tazminatı brüt 13.340,66.-TL'dir ayrıca somut olayda 44.492,90.-TL fazla çalışma ücreti alacağına zamanaşımı defii uygulanarak tespit edilen 11.801,10.-TL brüt alacağa 1/2 oranında hakkaniyet indirimini uygulanarak 5.900,55.-TL brüt fazla çalışma ücretine hükmedilmiştir) daha yüksek olması nedeniyle işverenin yüksek fazla mesai ücreti sebebiyle ekonomik sıkıntıya düşürülmesinin engellenmesi, tanık delilinin doktrinde en güvenilir delil sayılması, hakkın özü gibi kavramının son bozmalarda dile getirildiği ve objektif kriterler içermediği daha somut kriterleri içeren yerleşik içtihatlar doğrultusunda değerlendirilme yapılması gerektiği, gerekçeleriyle direnilmiştir. Benzer nitelikte başka kararları da bulunması nedeniyle Yerel Mahkeme tarafından, hakkaniyet indirimine fazla çalışma ücretinin kıdem tazminatını aşmayacak miktarda belirlenmesi şeklinde bir kriter getirilmeye çalışıldığı bu nedenle de kararların

³³³ Yargıtay 7. H.D., 02.06.2015 gün ve E. 2015/13972, K. 2015/10752. (Yayınlanmamıştır)

³³⁴ İzmir 5. İş Mahkemesi'nin 23.11.2015 gün ve E. 2015/570, K. 2015/593 sayılı kararı (Dosya halen Hukuk Genel Kurulu'ndadır). Aynı yönde; Yarg. 7. H.D., 24.11.2015 gün ve E. 2015/30524, K. 2015/23125. (Yayınlanmamıştır) Yargıtay tarafından, fazla mesai ücretinden %60 oranında hakkaniyet indirimi uygulanmasının hakkın özünü ortadan kaldıracak kadar yüksek olması nedeniyle, makul bir indirim yapılması amacıyla bozulan karara Yerel Mahkeme tarafından işçinin 5 yıllık fazla mesai alacağının 40.327,99.-TL brüt olması, kıdem tazminatı alacağının 2 katından (somut olayda belirlenen kıdem tazminatı brüt 17.609,45.-TL'dir) daha yüksek olması nedeniyle işverenin yüksek fazla mesai ücreti sebebiyle ekonomik sıkıntıya düşürülmesinin engellenmesi, tanık delilinin doktrinde en güvenilir delil sayılması, hakkın özü gibi kavramının son bozmalarda dile getirildiği ve objektif kriterler içermediği daha somut kriterleri içeren yerleşik içtihatlar doğrultusunda değerlendirilme yapılması gerektiği, gerekçeleriyle direnilmiştir. (İzmir 5. İş Mahkemesi'nin 18.04.2016 gün ve E. 2016/185, K. 2016/129 sayılı kararı - Dosya halen Hukuk Genel Kurulu'ndadır)

Yargıtay Hukuk Dairelerine ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'na taşınmak istenildiği düşünülmektedir. Yerel Mahkeme tarafından hakkaniyet indirimine bir kriter getirilmek istenilmesi yerinde ise de getirilmek istenilen kriter hakkaniyete aykırıdır. Şöyle ki, öncelikle değerlendirme brüt tutarlar üzerinden yapılmış olup kıdem tazminatından sadece damga vergisi düşülmesi gerekliken, fazla çalışma ücretinden damga vergisinin yanında gelir vergisi, sigorta ve işsizlik primi de düşülmektedir. Somut olarak yukarıdaki karardan örnek vermek gerekirse 44.492,90.-TL brüt fazla mesai ücreti net 31.808,42.-TL iken, 13.340,66.-TL brüt kıdem tazminatı 13.239,40.-TL net'dir. Dolayısıyla somut olayda 31.808,42.-TL zaten 13.239,40.-TL'nin 3 katından fazla değildir. Direnme gerekçesi olarak belirtilen ve hakkaniyet indirimi için oluşturulmaya çalışılan kriterler fazla çalışma ücretinin, kıdem tazminatından çok daha yüksek olması olağan değilmiş gibi aksettirilmiş olması nedeniyle de yerinde değildir. Şöyle ki, 4857 sayılı İş Kanunda dahi yılda 270 saate kadar fazla çalışma yaptırılabilceği belirtilmişken ve fazla çalışma ücretinin zamlı ödenmesi de yine yasa gereği; kıdem tazminatının hem zamlı ödenmemesi, somut olay bakımından giydirilmiş ücret hesabına sadece yol ve yemek ücretinin eklendiğinin görülmesi, 1475 sayılı Kanun gereği her geçen tam yıl için işverence işçiye 30 günlük ücreti tutarında kıdem tazminatı ödeneceği bilinmekteyken, ayrıca kural olarak kıdem tazminatının bağlı olduğu bir tavan ücret uygulaması olduğu da göz önüne alındığında 9 yıllık (5 yıllık) fazla çalışma ücretinin 9 yıllık kıdem tazminatından çok daha yüksek hesaplanmasından daha olağan bir durum yoktur. Dolayısıyla her ne kadar hakkaniyet indirimi yapılmasının isabetli bir görüş olmadığını düşünsek de, kıdem tazminatı ile kıyaslanarak getirilecek bir kriter; brüt ve net tutarların, zamanaşımı definin, giydirilmiş ücret ve çıplak ücretin, kıdem tazminatı tavanının gözetilmeksizin uygulanması halinde hakkaniyet indirimi için şu an var olan soyut kriterlerden daha hakkaniyetsiz bir durum oluşturacaktır.

Yargıtay kararlarında, fazla çalışma talepli açılan davaların hakkaniyet indirimi nedeniyle kısmen reddedilmesi halinde, reddedilen kısım yönünden; red sebebi eski Borçlar Kanunu'nun 43.-44. maddeleri ve 161/son maddesi ise indirim nedeni kanundan kaynaklandığından davalı yararına vekalet ücreti ödenmemesi, hakkaniyet ve takdiri indirim kaynaklı ise davalı yararına vekalet ücreti ödenmesi içtihat edilmekteydi³³⁵. Bu durum uygulamada hakkaniyete aykırı sonuçlar

³³⁵ Yarg. 9.H.D., 09.04.2009 gün ve E. 2007/41289, K. 2009/10185, (Çalışma ve Toplum, Yıl:2009/4, Sayı:23, s.369-371). Yarg. 9.H.D., 02.07.2009 gün ve E. 2008/5265, K. 2009/19075, (Çalışma ve Toplum, Yıl:2010/1, Sayı:24, s.369-370). Yarg. 9. H.D., 07.10.2008 gün ve E. 2007/29430, K. 2008/25962, (Kılıçoğlu, Temel Kavramlar, s.630).

doğurduğundan, Yargıtay isabetli olarak anılan görüşünden dönmüş, fazla çalışma alacağından yapılan indirim nedeniyle reddine karar verilen miktar bakımından, davalı yararına vekalet ücretine hükmedilmeyeceğini kabul etmiştir³³⁶.

B. Fazla Çalışmanın Saptanması/Belirlenmesi

Gerek Yargıtay kararlarında gerek doktrinde fazla çalışmanın ispatı için bordrolar, puantaj kayıtları, yazılı deliller ve tanık anlatımları ile sonuca gidilmeye çalışılmakta ise de, tüm bunlar mesleklere göre ayrıca ele alınmalı ve her meslek için özel değerlendirmeler yapılmalıdır. Bu nedenle bazı işçilerin çalışma biçimleri ve somut olayın özellikleri de dikkate alınarak fazla çalışma yapılıp yapılmadığının değerlendirilmesi gerekir. Ayrıca haftalık çalışma süresi 45 saatin altında belirlenerek kanun ile korunan işçilerin çalışma şekilleri de ayrıca değerlendirilmelidir. Bu nedenle üzerinde durulması gerektiğini düşündüğümüz bazı meslek türleri ve bu meslek türlerinin ispata ilişkin özellikleri bu bölümde değerlendirilmeye çalışılacaktır.

1. Maden İşçilerinin Fazla Çalışması

6552 sayılı Kanun ile 4857 sayılı Kanun'un 41. maddesine eklenen fıkralara göre zorunlu ve olağanüstü nedenlerle fazla çalışma dışında yer altında maden işlerinde çalışan işçilere fazla çalışma yaptırılamaz. Yine, yer altında maden işlerinde çalışan işçilere³³⁷, zorunlu ve olağanüstü nedenlerle fazla çalışma yaptırıldığı hâllerde haftalık otuz yedi buçuk saati aşan her bir saat fazla çalışma için verilecek ücret, normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının yüzde yüzden az olmamak üzere artırılması suretiyle ödenir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 66. maddesine göre; *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, işçilerin işveren tarafından işyerlerinden başka bir yerde çalıştırılmak üzere gönderilmeleri halinde yolda geçen süreler,*

³³⁶ Yarg. 7.H.D., 14.05.2014 gün ve E. 2014/2698, K. 2014/10765, (Çalışma ve Toplum, Yıl:2015/3, Sayı:46, s.286-289). Yarg. 9.H.D., 06.03.2014 gün ve E. 2012/2946, K. 2014/7424, (Çalışma ve Toplum, Yıl:2015/1, Sayı:44, s.414-418). Yarg. 9.H.D., 05.02.2014 gün ve E. 2011/5471, K. 2014/3474, (Çalışma ve Toplum, Yıl:2014/4, Sayı:43, s.373-379).

³³⁷ Yeraltında ve yerüstünde çalışan maden işçilerinin çalışma sürelerine ilişkin bkz.; Akyiğit, Maden, s.29.

demiryolları, karayolları ve köprülerin yapılması, korunması ya da onarım ve tadili gibi, işçilerin yerleşim yerlerinden uzak bir mesafede bulunan işyerlerine hep birlikte getirilip götürülmeleri gereken her türlü işlerde bunların toplu ve düzenli bir şekilde götürülüp getirilmeleri esnasında geçen süreler çalışma süresinden sayılmakla birlikte, işin niteliğinden doğmayıp da işveren tarafından sırf sosyal yardım amacıyla işyerine götürülüp getirilme esnasında araçlarda geçen süre çalışma süresinden sayılmaz. Kanuni düzenlemelerden de anlaşılacağı üzere maden işçileri, çalışma şekillerinin ağırlığı nedeniyle özel düzenlemelere tabidir. Yargıtay kararlarında da³³⁸, işveren tarafından işçilerin yolda geçirdiği sürelerin, sosyal yardım amaçlı taşıma mı yoksa çalışma süresinden sayılan hallere ilişkin bir götürüp getirme işlemi mi bu hususun irdelenmesi gerektiği değerlendirilmektedir. Ancak madenlerde, taş ocaklarında 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, çalışma yerlerine götürülürken yolda geçen süreler, hep birlikte getirilip götürülmeleri gereken her türlü işlerde bunların toplu ve düzenli bir şekilde götürülüp getirilmeleri esnasında geçen süreler yasal düzenleme gereği çalışma süresinden sayılmaktadır.

Ülkemizde maden ocaklarında meydana gelen iş kazalarından da bilindiği üzere kanuni düzenlemeler ve denetimler maalesef işverenleri caydırıcı nitelikte ve yeterlilikte değildir. Bu konuda gerek yargı gerek devlet sistemleri tarafından maden işçilerinin bedensel bütünlüğünü koruyucu önlemlerin alınması gereklidir. Maden işinde çalışan işçilere fazla çalışma yaptırılamayacağı ve yaptırılması halinde karşılığının yüzde yüz zamlı ödeneceğinin kararlaştırılmasından önce, bu işçilerin düzenli ve sık aralıklarla çalışma sürelerinin ve iş güvenliği önlemlerinin denetlenmesi gereklidir. Maden işleten işverenlerin kazançlarını borçlu oldukları işçilere haklarını teslim etmek, diğer işverenlere nazaran en önemli borçlarıdır. Maden işinin zorluğu ve önemi nedeniyle ispat kuralları noktasında da daha esnek davranılması gereklidir.

Maden işçilerinin, yerin altında güneş ışıklarından mahrum kalarak, basıncın etkisi altında, her an ölüm riski taşıyarak, bakmakla yükümlü olduğu kişilerin sorumluluğuna ilişkin hisleri, oksijen eksikliği gibi yıpranmaları artırıcı süreçlerin ardından yer altında ya da yer üstünde imzaladığı evraklara geçerlilik tanınmaması ya da belirli şartlar altında geçerlilik tanınması gerektiği yönünde düzenlemeler

³³⁸ Yarg. 22. H.D., 17.01.2014 gün ve E. 2013/1986, K. 2014/296, (Çalışma ve Toplum, Yıl:2014/4, Sayı:43, s.473-475).

yapılmalıdır. Yine fazla çalışma yapması yasak olan işçilerin fazla çalışma yaptığına ilişkin imzaladıkları bu belgeler meşrulaştırılmamalıdır. Örneğin, maden işçilerinin fazla çalışma sütunu olsun olmasın imzaladıkları bordrolara, puantaj kayıtlarına, giriş çıkışlarına ilişkin işverence tutulan her hangi bir teknik sisteme bakılmaksızın kanuna aykırı çalışma yaptırıldığı ve iradelerinin sakatlanabileceği ihtimali üstün tutularak kural olarak geçerlilik tanınmamalı ve kural olarak tanık anlatımlarına göre sonuca gidilmelidir. Anılan yazılı belgelerin gerçeği yansıttığını ve işçinin iradesi sakatlanmadan imzalandığını ispat yükü işverene ait olmalıdır. Ancak, işverence kayıtların düzenli ve işçilerin iradeleri sakatlanmaksızın tutulduğu ispatlandığı istisnai hallerle sınırlı olarak fazla çalışmaya ilişkin genel ispat kuralları uygulanmalıdır. Yine yer altında yapılan çalışmalarda işçilerin birbirinden başka tanıklık edeceği kimse bulma imkanı zor olduğundan, maden işçilerinin fazla çalışmalarından takdiri indirim yapılmamalı, işçilerin bazı günler fazla çalışma yapmadığını ispat yükü işverende olmalı ve ancak işverence ispat edilirse indirim yapılmalıdır.

Maden işçilerine ilişkin kanuni düzenlemelerdeki ve denetimdeki eksiklikler, yargı yoluyla ispat yükü ağırlığını işverene vererek ve işçinin özel koruma gerektiren çalışma şartları düşünülerek takdir edilmeli, bu şekilde devletin yasal düzenleme ve denetimi eksik bıraktığı hususlarda oluşan boşluk yargı kararları ile doldurulmalıdır.

2. Fırın İşçilerinin Fazla Çalışması

Ülkemizde fırın işyerleri için fazla çalışmaya ilişkin verilen kararlar genellikle, fırın işyerlerinin işleyişi bakımından hayatın olağan akışına aykırılık teşkil etmektedir. Gece ve gündüz farklı zamanlarda sıcak ekmek ve unlu mamullerin üretiminin devam ettiği günlük hayatta da tecrübe edilebilmekle birlikte, verilen kararlarda işbu unlu mamullerin üretim safhası göz ardı edilmektedir. Fazla çalışmaya ilişkin değerlendirme yapılırken, yapılan işe ve işin yapıldığı yerin örf ve adetine göre de değerlendirme yapılması gereklidir. Üretim yapılan yerin büyük bir fabrika ya da küçük bir işletme olması, işyerinin hizmet verdiği kitlenin beklentileri ve işyerinin bulunduğu semt çalışma saatleri bakımından fikir verebilecek nitelikte olabilir. Gerekirse keşif yapılarak ve bu işin uzmanı olan bilirkişiler yanında işçilerden de gerçek olgunun öğrenilmesi ve değerlendirmelerin bu çerçevede yapılması gereklidir.

Bir fırın işyerinde birbiriyle çakışmayan üçlü vardiya sistemi uygulanmaması halinde fazla çalışma yapılmıyor olması imkansız yakın bir olasılıktır. Her şeyden önce salt ekmek üretilen bir fırında dahi, hamur yapılması, mayalanmasının ve dinlenmesinin beklenilmesi, şekil verilmesi, pişirilmesi aşamaları uzun zamana yayılmaktadır. Tüm bu işlemler sırasında örneğin hamurun mayalanması sırasında ya da ekmeğin pişmesi sırasında işçinin yapabileceği başka bir iş yok ise, beklemesi de iş süresinden sayılacaktır. 4857 sayılı Kanun'un 66. maddesinde bu husus, işçinin işinde ve her an iş görmeye hazır bir halde bulunmakla beraber çalıştırılmaksızın ve çıkacak işi bekleyerek boş geçirdiği süreler ve işçinin işveren tarafından bürosunda yahut işverenle ilgili herhangi bir yerde meşgul edilmesi suretiyle asıl işini yapmaksızın geçirdiği sürelerin iş süresinden sayılacağı şeklinde açıklanmıştır.

Fırında çalışan işçilerin, fazla çalışma talepli davalarında mutlaka keşif yapılmalı, keşif sırasında davacı işçi, davalı işveren ve tanıklar da hazır edilerek, işçinin çalıştığı dönemde bulunan pişirme fırını ve diğer ekipmanların aynı olup olmadığı, var olan iş ekipmanları ve varsa değişen iş ekipmanlarının kullanılarak yapılacak işin miktarı ve süresinin ne olacağı açıklığa kavuşturulmalıdır. Yine keşif heyetinde gıda mühendisi olması gerekmektedir. salt ekmek ve diğer unlu mamullerin yapılma şeklini bilen bir mühendis yeterli olmayacağından mümkünse bu fırında çalışmış bir kimse, davacı işçi ve tanıkların tecrübeleri ile yapılan işin süresi aydınlatılmalıdır. Bir işin teorik olarak uygulanabilirliği ile gerçekte fiili uygulanma şekli birbirinden farklı olabileceğinden, işbu durum göz ardı edilmeden keşif yapılması gereklidir. Yargıtay da bir kararında³³⁹, işyerinin kapasitesi, yürütülen işin yoğunluğu ve işin niteliğine göre işyerinde kaç çuval un işlendiği ve ne kadar ekmek üretildiği hususlarında araştırma yapılması gerektiğini, yine bu çalışmaların kaç işçi tarafından yapılabileceği ve günde kaç kez hamur yapıldığı hususunun da değerlendirilmesi gerektiğini içtihat etmiştir.

Açıklanan nedenlerle fırın işyerinde yapılan işin niteliğinden kaynaklı olarak değerlendirme yapılmalı ve üretimin yoğun kısmının gece yapıldığı da dikkate alınarak, hayatın olağan akışına aykırı olan işveren kayıtlarına değer verilmemelidir. Üretimin tamamına yakını gece yapılan fırın işyerlerinde gece çalışmalarının 7,5 saati geçmesi yönünden de değerlendirme yapılmalıdır.

³³⁹ Yarg. 22. H.D., 05.12.2013 gün ve E. 2012/29850, K. 2013/28146. (Yayınlanmamıştır). Yarg. 9.H.D., 12.02.1986 gün ve E. 1985/12491, K.1986/1576, (Kurucu, s.589).

Yargıtay'ın hayatın olağan akışı formülü, özellikle fırın işyerleri için genel karine olmalı ve hayatın olağan akışı gereğince fırın işyerlerinde belirli durumlarda fazla çalışma yapılmadığını işverenin ispat etmesi gereklidir³⁴⁰. Ülkemizde özellikle dini bayramlarda başta baklava olmak üzere unlu mamullere ilişkin tüketim yoğun olduğundan, bu bayramlardan yaklaşık iki ay öncesinde fırın işyerlerinde belirli hazırlıklar yapılmaya başlanır ve normalden daha fazla çalışma yapılır. Bu nedenle ülkemizde fırın işyerlerinde hayatın olağan akışına göre fazla çalışma yapıldığından, fazla çalışma yapılmadığına ilişkin delil ikame yükü işverende olmalıdır. Örneğin özellikle milli bayramlarda ekmek üretiminin yapıldığı herkesin tecrübe edebileceği bir gerçektir. Dolayısıyla milli bayramlarda fırın işyerinin çalışması hayatın olağan akışı kaynaklı olup aksini iddia eden işveren kanıtlamalıdır. Yine diğer ulusal bayram ve genel tatil günleri ya da hafta tatilinde de fırınlarda ekmek ve diğer unlu mamullerin üretimi yapıldığı hayatın olağan akışı kaynaklı olup aksini ispat yükü işverende olmalıdır. Şüphesiz fırın işyerine ilişkin açılan fazla çalışma ücreti talepli davalarda da ispat yükü yine işçide olacaktır. Ancak kural olarak başlangıçta hem ispat yükü hem de delil ikame yükü işçide olsa da, fırın işyerlerinde hayatın olağan akışı gereğince işçinin delil ikame yükünü yerine getirdiği kabul edilerek delil ikame yükünün yer değiştirdiği, işverene geçtiği kabul edilmelidir. Örneğin işveren işyerinin üretim kapasitesini, çalışan işçilerin sayısını, vardiyalı çalışma düzenini ortaya koyarak fazla çalışma yapılmadığına ilişkin emareler ortaya koyabilir. Ya da milli bayramlara tekabül eden günlere ilişkin işyerinde bulunan kasa hesap dökümünü delil olarak sunabilir. Bir vakıanın mevcut olmaması daima müspet maddi koşullar aracılığıyla ispatlanabilir³⁴¹. Fırın işyerinin kapalı olduğu, fazla çalışma yapılmadığı gibi mevcut olmayan bir şeyin ispatı her zaman başka olayların varlığından hareketle anlaşılabilir. Bu nedenle de işverenin bu yöndeki delil ikame yükünü yerine getirmesinden sonra delil ikame yükünün yer değiştirmesinden ve işçiye geçmesinden de bahsedilebilir.

Açıklanan nedenlerle sadece fazla çalışma değil, hafta tatili ve ulusal bayram genel tatil günlerinde de fırın işyerlerinde çalışma yapıldığı hayatın olağan akışından kaynaklı olup aksine dair delil ikame yükü öncelikle işverende olmalıdır. Yine hakimın takdir yetkisini kullandığı durumlarda yapılan iş dikkate alınarak hayatın olağan akışına göre değerlendirme yapılmalıdır.

³⁴⁰ Menfi vakıaların ispatına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz.; Oğuz Atalay, **Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı**, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2001.

³⁴¹ Atalay, s.91.

3. Şoförlerin Fazla Çalışması

Ülkemizde çalışma sürelerine ilişkin ispat sorunu yaşanan bir diğer meslek grubu ise şoförlerdir. Yargı kararlarında, şoförlerin çalışma süreleri ile ücretleri arasında bağlantı kurulmakta bunun dışında yurt içinde ve yurt dışında çalışan şoförler için farklı kriterler kabul edilmektedir. Yargıtay kararlarında şoförlere sefer başına ödenen belirli miktarlar prim olarak nitelendirilmekte ancak hangi ölçütlere göre prim olarak nitelendirildiği açıklanmamaktaydı. Yine kararlarda prim ödemesi ile fazla çalışma arasında doğrudan ya da dolaylı olarak kurulan bağlantı da doktrinde yerinde görülmeyle eleştirilmekteydi³⁴². Yargıtay daha sonraki kararlarında özellikle yurt dışı sefer primlerinin ücret niteliğinde olduğunu kabul etmeye başlamıştır. Yargıtay 7. Hukuk Dairesi'nin son dönemde tır şoförlerinin ücretlerine ilişkin görüşlerini açıkladığı ayrıntılı bir kararında³⁴³;

"...Tır şoförleri yurt içinde veya yurt dışına sefer yapmak olmak üzere iki şekilde çalışabilirler. Ülke içinde taşımacılık işinde çalışan tır şoförlerinin ücretleri taraflar arasında temel ücret olarak kararlaştırılabileceği gibi, sabit ücrete ilave olarak sefer sayısına ya da kat edilen kilometre başına ödenen prim şeklinde gerçekleşebilmektedir. Uluslararası alanda çalışan tır şoförlerinin ücretleri genelde asgari ücret ve sefere bağlı prim esasına göre belirlenmektedir. Bazı işveren uygulamalarında ise garanti ücret olarak adlandırılan asgari ücret ödenmeyip, sadece sefere bağlı prim ödemesi yapılmaktadır. Bu ihtimalde de tır şoförünün ücreti salt sefer primlerinden oluşur. Sefer primi, uygulamada harcırah olarak adlandırılmakta ve gidilen ülkeye göre değişkenlik gösterebilmektedir. Sözü edilen sefer primi, yol geçiş ücretleri ve diğer masraflar için verilen, Türkiye'ye dönüşte belge karşılığı kapatılan avanstaki farklı olup, tamamen işçiye ödenen ücret niteliğindedir. Yerleşik Yargıtay kararlarında da uluslararası alanda faaliyet gösteren tır şoförlerinin yasal asgari ücretle çalışmayacağı kabul edilmektedir. Uluslararası taşımacılık işinde çalışan tır şoförünün aylık ücretinin tartışmalı olması durumunda, tarafların ikame ettikleri delillerle kesin bir sonuca ulaşılamaması halinde ilgili işçi ve işveren meslek kuruluşları ile gerektiğinde sendikalardan ücret araştırması

³⁴² Eyrenci, İşin Düzenlenmesi, s.35. Yazarın, eleştirisi genel görüşme sırasında dönemin Yargıtay 9. Hukuk Dairesi üyesi Hicri Tuna tarafından, haklı bulunarak, primin bir ücret olduğu, işçinin tazminata esas ücretinde dahi esas alındığı bu nedenle eleştiriler doğrultusunda yapılan ödemenin bir sefer primi olmadığından düzeltilmesine ilişkin görüşme yapılacağı belirtilmişse de, aslında prim ödemesi nedeniyle değil, şoförlerin yalnız çalışmaları nedeniyle fazla çalışma ücretini ispat edemediklerini düşündüklerini açıklamıştır (s.47-48), 2012 yılında yapılan işbu toplantıdan sonra Yargıtay kararlarında kısmen değişiklik söz konusu olmuştur.

³⁴³ Yarg. 7.H.D., 01.04.2014 gün ve E. 2013/23367, K. 2014/7174, (Çalışma ve Toplum, Yıl:2015/1, Sayı:44, s.333-337).

yapılmalıdır. İşçinin çalıştığı süre içinde taşıma işini gerçekleştirdiği ülkeler belirtilerek sefer başına ne kadar ücret alabileceği belirlenmeli ve dosya kapsamındaki diğer delillerle birlikte değerlendirmeye tabi tutularak sonuca gidilmelidir. Sefer primi hesabı yönünden işçinin aylık veya yıllık sefer sayılarının tartışmalı olması ve bu konunun diğer delillerle kesin olarak kanıtlanamaması durumunda işçinin yurda giriş ve çıkış kayıtları emniyet birimlerinden getirilmeli ve buna göre değerlendirme yapılmalıdır. Yurt dışı sefer primi, ücretin eki olmayıp ücret niteliğinde olmakla³⁴⁴ tazminata esas ücrette doğrudan dikkate alınır. Ücretin asgari (garanti) ücret ve sefer primi toplamından oluşması durumunda, işçinin ayda kaç sefer yaptığı belirlenerek aylık sefer primi ile asgari ücretin toplamı üzerinden tazminata esas ücret tespit olunur. Yurt dışına çıkış periyodunun değişkenlik göstermesi ve gidilen ülkeye göre sefer priminin değişmesi halinde, işçinin bir yılda yapmış olduğu seferlere göre aldığı prim tutarları toplamının bir güne bölünmesi suretiyle günlük tazminata esas ücret belirlenir. Yurt dışına sefer yapan tır şoförlerinin fazla çalışma yaptıklarını ve hafta tatillerinde çalıştıklarını yazılı delille ispatlamaları gerekir...” içtihadında bulunmuştur.

Yargıtay’ın yukarıda verilen kararında da ifade edildiği üzere tır şoförlerine yurt dışı giriş çıkış işlemleri, yurt içi yol geçiş ücretleri, gümrükte ödeyecekleri ücretler gibi yapılan işin niteliği gereği olması gereken harcırahın işçinin ücreti ile ilgisi yoktur. Fakat işçiye ödenen sefer primi ücret eki niteliğinde değil ücretin kendisidir. Çünkü özellikle yurt dışına da sefere giden tır şoförlerinin asgari ücretle çalışması düşünülemez. Tır şoförlerine kilometreye göre, gittiği ülkeye, gittiği şehre, taşıdığı ürünün niteliği ya da sayısı gibi değişen oranlara göre ödenen prim, işçinin ücretinin bir kısmının işverenin ihtiyacına göre istediği iş üzerinden anlaşma yapılan ölçütlere göre ödeme yapılmak suretiyle belirlenmesinin sonucu olan bir ücret türüdür. Bu nedenle de, işçinin anılan prim ödemesini hak etmek için daha fazla çaba ya da zaman harcamasından ziyade sadece verilen işi yapması gerekmektedir. Satış temsilcisi gibi çalışanların performansına bağlı olarak ödenen prim ile şoförlere verilen işe göre değişen prim ödemesi birbirinden farklıdır. Şöyle ki, performansa ya da satışa bağlı olarak değişen prim oranlarında ücrette ek olarak harcanan emek ve mesai karşılığı ödeme yapıldığı için bu ödemeler parça başı ya da yüzde usulü ücret alan işçilerde olduğu gibi bu sürelerin zamsız karşılığı sayılabilir ve %50 zam kısmının hesaplanarak ödenmesi gerekir. Tır şoförlerinde

³⁴⁴ Yarg. 9.H.D., 24.06.2013 gün ve E. 2011/19728, K. 2013/19424, (Çalışma ve Toplum, Yıl:2013/4, Sayı:39, s.456-459).

belirlenen yöntem ise, işverenin işinin süresi, yoğunluğu gibi etkenlerden kaynaklı olup işçinin performansına göre değil, işverenin iş potansiyeline göre değişmektedir. Dolayısıyla işverenin yıl boyunca alacağı işin yoğunluğu önceden tamamıyla öngörülelemeyeceğinden sadece net sabit ücret kararlaştırılması halinde işçinin emeğinin karşılığı olmaması nedeniyle şoföre ödenen prim ücret eki değil, ücretinin kendisidir. Ödenen prim ücret eki değil ücretin kendisi olduğundan, fazla çalışmanın karşılığı olan zamsız kısmı karşılaması gibi bir kabulde de bulunulamaz. Ancak Yargıtay bir kararında³⁴⁵, işyerinde asgari ücret ve yapılan sefer başına prim almak suretiyle çalışan işçinin, fazla çalışma ücretinin zamsız kısmının prim olarak ödendiğini, bu nedenle fazla çalışma ücretinin %150 zamlı ücret değil, sadece %50 zam kısmıyla hesaplanması gerektiğini değerlendirmiştir. Yargıtay'ın anılan hesaplama yöntemini benimsediği kararları, şoförlerin aldığı primin ücret eki değil, ücret niteliğinde olması şeklindeki kararları ile çelişmektedir.

Yukarıda bir kısım metnine yer verilen Yargıtay kararında da görüleceği üzere, Yargıtay tarafından *yurt dışına sefer yapan tır şoförlerinin fazla çalışma yaptıklarını ve hafta tatillerinde çalıştıklarını yazılı delille ispatlamalarının* gerektiği kabul edilmektedir. Yargıtay'ın bu şekilde yapmış olduğu kabul, işçinin sabit ücrete ek olarak aldığı sefer primleri kaynaklı olup, şoförlerin işini tek başına yerine getirmesi nedeniyle bu durumu bilecek tanık olmaması ispat sorununu doğurmaktadır. Ücrete ilişkin yapılan ve fazla çalışma ile ilişkilendirilen kabulü yerinde bulmadığımızı yukarıda gerekçeleriyle açıklamıştık. Yargıtay'ın işçinin işini tek başına yapması nedeniyle ispata ilişkin yaptığı değerlendirme doktrinde haklı olarak³⁴⁶, tır şoförünün sürüş dışında da tırı terk edememesi ve sefer dönemlerinde araçtan ayrılamaması gibi halleri çalışma süresi içinde saymaması yönünden eleştirilmektedir. Yargıtay kararlarında³⁴⁷, tır şoförleri için çalışma koşullarını kendisinin belirlediği ve trafik yasalarına göre günlük yasal sınırlamalar haricinde fazla çalışması mümkün olmadığı gerekçesiyle fazla çalışma alacağının reddine karar verilmektedir. Yine bu kararlarda, şoförlerin tek başına çalışsalar ve çalışma saatlerini kendileri belirleseler dahi, kendilerine verilen belirli işleri yapmaları, örneğin gümrükten mal çekmeleri çok kolay ve hızlı olan işler olmadığından, çalışma

³⁴⁵ Yarg. 9.H.D., 15.07.2010 gün ve E. 2009/49917, K. 2010/24104, (Çil, İlke, s.687-689). Yarg. 7.H.D., 13.02.2014 gün ve E. 2013/10041, K. 2014/3818, (Çalışma ve Toplum, Yıl:2014/4, Sayı:43, s.301-302).

³⁴⁶ Çil, s.814.

³⁴⁷ Yarg. 9.H.D., 07.07.2011 gün ve E. 2009/17833, K. 2011/23205, (Çil, İlke, s.643-646).

saatlerini kendisinin belirlemesinden bahisle fazla çalışma yapmayacakları şeklindeki kabul eleştirilmektedir³⁴⁸.

4857 sayılı Kanun'un 66. maddesi ile *işçinin işinde ve her an iş görmeye hazır bir halde bulunmakla beraber çalıştırılmaksızın ve çıkacak işi bekleyerek boş geçirdiği süreler* çalışma süresinden sayılan hallerden biri olarak belirtilmiştir. Yargıtay şoförler için, araç kullanma saatlerinden fazla araç kullanamaması şeklinde bir varsayıma bağlı kalıp, şoförlerin yurt içi ve yurt dışında aracın gittiği yerlerde yükleme, boşaltma işlemleri, gümrüklerde bekleme işlemleri gibi iş görmeye hazır halde beklediği süreleri göz ardı etmektedir³⁴⁹. Yargı kararlarında anılan şekilde hatalı kararlar verilmesinin asıl nedeni, şoförlerin işini sadece araç kullanmak olarak kabul etmeleridir. Şoförler sadece kesintisiz olarak trafik kanunlarında belirlenen süreler kadar araç kullansalar ve başka bir iş görmeseler kararlar yerinde görülebilirdi. Ancak doktrinde haklı olarak eleştirildiği üzere, şoförlerin yapmaları gereken belirli işler bulunmakta olup, bunlar araç kullanmanın yanında gümrüklerde bekleme süreleri, trafik durumu gibi hususların yanında gittiği yerde tır ile taşınacak malların yüklenmesi ve boşaltılması sırasında yardım edip etmediğinin önemi olmaksızın beklediği süreler de çalışma süresine dahildir. Tüm bunların yanında gittiği yerde çoğu zaman tırdaki malları bırakıp, aracı terk etme imkanı da bulunmadığından yine araçta kalması gerekmektedir. 4857 sayılı İş Kanununa göre işverene ait araçlar da işyerinden sayılır. Yine Kanun'a göre işçinin işverenle ilgili herhangi bir yerde meşgul edilmesi suretiyle asıl işini yapmaksızın geçirdiği sürelerde çalışma süresinden sayılır. Dolayısıyla tüm bu hususları göz ardı eden yargı kararları hakkaniyete uygun değildir. Bu noktada şoförlerin araç kullanmadan da çalışması nedeniyle, fazla çalışma saatlerinin trafik mevzuatı ile de ilgisi yoktur.

Tır şoförleri sefere çıktıktan sonra, hele ki şehir ve ülke değiştirdikleri sırada, ailelerinden sosyal hayatlarından mahrum kaldıkları için aslında serbest zamanları kısıtlanmış ve sadece işveren için onun emrinde çalışmaktadırlar. Bu nedenle hayatın olağan akışı ve yapılan işin niteliği birlikte değerlendirilerek ispat şekli belirlenmelidir. Şoförlerin yaptıkları iş nedeniyle, araç kullanmadıkları zamanlarda da araçta bir nevi bekçilik görevi yaptıklarında sefere çıktıkları andan döndükleri zamana kadarki tüm süre aslında iş süresidir. Ancak işçinin bu süreçte araçta beklemek, araç güvenliğınden sorumlu olmak gibi görevleri olmaması, işveren tarafından konaklama ve araç park yeri alanlarının belirlenmiş olması hallerinde

³⁴⁸ Eyrenci, İşin Düzenlenmesi, s.64.

³⁴⁹ Eyrenci, İşin Düzenlenmesi, s.35.

geçirilen sürelerin tamamının iş süresinden sayıldığı söylenemez. Bu nedenle de işçinin araç kullanmadığı zamanlarda da işveren ile bağımlılık ilişkisinin devam ettiğini dolayısıyla şoförlük yanında bekçilik işinin de olduğunu ispat etmesi halinde bu kez işverenin, işçinin sefere çıktığında kendisine tabi kalmadığını ve serbest zaman kullandığını ispat etmesi gerekir. Aksi halde sefere çıkış tarihinden dönüş tarihine kadar olan sürede, günlük evinde olsa da uyku ve yemeğe ayırması beklenecek ortalama 8-10 saatlik süre düşülerek, sefere gittiği yer ile taşıdığı malların niteliği değerlendirilerek günlük 14 – 16 saat çalıştığı kabul edilmelidir. Çünkü sefer sırasında işçi istese de aracı terk ederek sosyal hayata vakit ayırabileceği imkanlara sahip olmadığından, hayatın olağan akışı sadece uyku ve yemek için ayırdığı sürelerin düşülmesini gerektirir. Yemek molaları ara dinlenmesi olarak kabul edilebilir. Ancak araçta taşınan yük ya da araçta yük olmasa dahi aracın güvenliği için uyku molalarının araç içinde verilmesi zorunlu ise şoförün bu kez bekçilik görevi nedeniyle uyku molaları ara dinlenmesi olarak kabul edilmemelidir. Netice olarak tekrar belirtmek isteriz ki, şoförün çalışma süresi sadece araç kullandığı zamanlar değil, yasa gereği belirli bir süre araç kullandıktan sonra mola vererek araç içinde zorunlu olarak beklemesi gereken zamanlar, gümrükte ya da gittiği yerlerde mal indirilip yüklenirken beklemesi gereken süreler, hiçbir iş yapmasa dahi araçta beklediği süreler gibi zamanlar da iş süresinden sayılmalıdır.

4. Kapıcıların Fazla Çalışması

Kapıcı olarak çalışan işçilerin çalışmalarında, yaptığı işlerin çeşitliliği, sürekli belirli bir kişi ile aynı işi yapmaması gibi sebeplerle ispat güçlükleri yaşanmaktadır. Kapıcının çalışma süreleri belirlenirken somut olarak yaptığı işlerin yayıldığı sürenin yanında çalışılmış gibi sayılan haller göz ardı edilmeden hesaplama yapılmalıdır.

İşçinin, işinde ve işverenin buyruğunda hazır bir halde bulunmakla beraber, çalıştırılmaksızın ve çıkacak işi bekleyerek boş geçirdiği süreler çalışma süresinden sayılır. İşçi bazen iş yetersizliği nedeniyle işyerinde boş kalabilmektedir. Ancak işçi bu sürelerde işyerinde bulunmakta, çıkacak işi beklemekte ve emeğini işverene özgülemiş olarak beklemekte olduğundan çalışılmış gibi sayılır. Aynı zamanda bu durum işverenin/alacaklının temerrüdü anlamına da gelir. Önemli olan işçinin bu sürelerde istediği şekilde hareket edip etmediğinin, işverenin muhtemel iş gücü talebine karşı hazır bekleyip beklemediğinin belirlenmesidir. Bunun yanında işçinin,

işveren tarafından başka bir yere gönderilmesi veya işverenin evinde, bürosunda başka bir işyerinde herhangi bir şekilde meşgul edilmesi suretiyle asıl işini yapmaksızın geçirdiği süreler de çalışma süresinden sayılır. (4857 s.K. m.66/d) İşçi bu halde de iş gücünü işverene özgülemiş durumdadır.

Bazı sitelerde kapıcıların iş talimatında antraklar düzenlenmektedir. İşçinin işinde ve her an iş görmeye hazır bir halde bulunmakla beraber çalıştırılmaksızın ve çıkacak işi bekleyerek boş geçirdiği süreler ile işverenle ilgili herhangi bir yerde meşgul edilmesi suretiyle asıl işini yapmaksızın geçirdiği süreler 4857 sayılı Kanun'un 66. maddesi gereğince çalışılmış sayıldığından, kapıcının kanun gereğince çalışılmış sayıldığı bu süreler iş talimatlarıyla antrak olarak düzenlenemez. Örneğin, kapıcının iş talimatında 06:30-07:00 arası alışveriş yapılması, 07:00-08:00 arası apartmana servis yapılması, 08:00-10:00 arası apartmanın genel temizliği, 10:00-11:00 arası çöp toplanması, daha sonra 11:00-17:00 arası evinde sadece apartman sakinleri tarafından çağrıldığında gelmek üzere serbest zaman verilmesi, 17:00-20:00 arası sipariş alma ve servis yapması düzenlenebilir. Bu durumda 11:00-17:00 arası geçirilen zaman çıkacak işi bekleyerek geçirilen zaman olduğundan iş talimatıyla antrak sayılamaz. Yine bu sürelerin hiç çağrılmadığı zamanlarda antrak sayılması ya da çağrıldığı zamanlarda sadece işi yaparken geçirdiği zamanın iş süresi, bakiye sürenin antrak olduğu kabul edilemez. Bu sürenin tamamı yasa gereği iş süresidir. Ancak 11:00-17:00 arası kapıcının serbest zamanı olarak belirlenmesi ve talimata hazır beklemesinin de gerekmediği şeklinde düzenlenen ve uygulanan iş talimatına göre çalışan kapıcının bu saatler arasında geçirdiği sürelerde çalışılmış sayılması mümkün değildir. Bu durumda kapıcının antraklı çalıştığı kabul edilebilir. Ancak önemle belirtmek gerekir ki, kapıcı işçinin bir saat çalışması bir saat ara vermesi şeklinde gün boyu çalıştırılması da hakkın kötüye kullanılması sonucunu doğuracağı için antrakların belirlenmesinde dürüstlük kuralına uygun davranılması gereklidir. Bu konuda işin mahiyetine göre 4857 sayılı İş Kanunu'nun çağrı üzerine çalışmayı düzenleyen 14. maddesine kıyasla günlük çalışma süresini aşmamakla birlikte *her çağrıda işçinin günde en az dört saat üst üste çalıştırılmak zorunda* olduğu kabul edilerek, dürüstlük kuralının ölçüsü belirlenebilir.

Kural olarak kapıcının çalışma süresi somut olaya göre değerlendirilmelidir. Öğretide de savunulduğu üzere³⁵⁰, herkesçe bilinen genel vakıalar fazla çalışma yapıp yapılmadığı noktasında dikkate alınabilir. Bu nedenle işçinin fiilen yaptığı işin

³⁵⁰ Çil, s.810.

niteliği ve yoğunluğu değerlendirilerek fazla çalışma yapılıp yapılmadığının değerlendirilmesi gerektiği ve mesela 50 bağımsız bölümden oluşan ve kömür kaloriferli bir apartmanda kapıcı kaloriferci olarak çalışan işçinin fazla çalışma yaptığı varsayılabilceği değerlendirilmiştir. Kanaatimizce 20 bağımsız bölümden oluşan ve 4 katlı ya da 5 katlı bir binada da kaloriferi doğalgazlı olsa dahi fazla çalışma yapma imkanı vardır. Kapıcı işçiler için tüm şartların birlikte değerlendirilmesi gerektiği ve her zaman aynı şartların aynı sonucu doğurmayacağı kabul edilmelidir.

Kapıcının çalışma saatleri belirlenirken, işyeri olan apartmanda bulunan kat ve daire sayısı, asansör bulunup bulunmadığı, bahçeli olup olmadığı, kalorifer bulunup bulunmadığı, bahçe ya da kalorifer bulunması halinde bu alanlarında kapıcı işçinin sorumluluğunda olup olmadığı, yine kalorifere sorumlu olması halinde doğalgazlı mı yoksa kömürlü mü olduğu, bunların dışında apartmanda temizlik yapıp yapmadığı ve sıklığı, çöplerin toplanıp toplanmadığı ve sıklığı, alveriş yapılıp yapılmadığı ve sıklığı, apartman genel kapısından kapıcının sorumlu olup olmadığı, apartmana ilişkin işlere devam ederken ya da bittiğinde kat sakinlerinin özel işlerini yapma yükümlülüğü olup olmadığı gibi etkenler irdelenerek öncelikle kapıcının iş tanımı belirlenmelidir. Kapıcının yaptığı işler tespit edildikten sonra bu işleri yapmak için kullandığı ekipman, binanın imkanları ve yaşı da özel önem arz edeceğinden bu hususlarda da tanık ifadelerine başvurulmalı ve gerekli olması halinde yerinde inceleme yapılmalıdır.

Yargıtay bir kararında³⁵¹, işçinin, işverene ait villada ailesiyle beraber oturduğu, normal yaşamı ile görevinin iç içe girdiği ve yaptığı görev de göz önünde bulundurularak fazla mesai yapmadığı şeklinde karar vermiştir. Anılan yöndeki kararlar doktrinde³⁵², salt işçinin çalıştığı yer ile evinin aynı mekanda olmasının fazla çalışma yapmadığı yönündeki kabulü doğurmayacağı ve çalışma süresinden sayılan hallerin değerlendirilmeden bu kararın verildiği şeklinde eleştirilmiştir. Yargıtay yine bir başka kararında³⁵³, işçinin bekçilik yaptığı lojmanda aile ve çocuklarıyla oturup hatta tavuk ve hayvan besleyerek yaşantısını sürdürmesini, günlük ve haftalık çalışma süresinin normal yaşantısı ile iç içe girdiğini değerlendirerek iş ve aile yaşantısı iç içe geçen işçinin geçirdiği sürelerin iş süresinden sayılmasını olanak dahilinde görmeyerek fazla çalışma hak etmeyeceğini değerlendirmiştir.

³⁵¹ Yarg. 9.H.D., 09.11.2006 gün ve E. 2006/8335, K. 2006/29661, , (Çalışma ve Toplum, Yıl:2007/3, Sayı:14, s.310).

³⁵² Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s.263. Eyrenci, Fazla Saatler, s.462-463. Özer, s.146.

³⁵³ Yarg. H.G.K., 14.10.1992 gün ve E. 1992/9-385, K. 1992/577, (Çil, Şerh, s.2512).

Kapıcı işçiye Konut Kapıcıları Yönetmeliği'nin 13. maddesi gereğince görevi nedeniyle konut verilmesi zorunlu değildir³⁵⁴. Kapıcıya görevi nedeniyle konut verilmişse, konutun 3194 sayılı İmar Kanunu ve Belediye İmar Yönetmelikleri ile öngörülen asgari koşullara uygun olması gerekir. Kapıcıya sosyal yardım olarak konut verilerek, daha sonra da işyeri ile yaşadığı yerin aynı olmasından bahisle fazla çalışma yapmadığı şeklinde bir sonuca ulaşılamaz. Kapıcıya konut verilmesi her ne kadar kapıcı için bir kolaylık sağlayacaksa da, apartman sakinlerinin de saat ayrımı yapmaksızın istedikleri zaman ulaşım sağlama imkanları olması ve ayrıca apartmanda bulunduğu zamanlarda apartmanın güvenliğinden de sorumlu olabileceği gibi nedenlerle apartman sakinlerinin de lehinedir. Dolayısıyla salt aynı apartmanda oturması nedeniyle kapıcı işçinin sosyal hayatı ile iş hayatı iç içe geçmiştir, fazla çalışma yapma imkanı yoktur denilemez. Ancak kapıcı işçinin gün içinde başka işlerde de çalışması, kısmi zamanlı olarak başka apartmanların temizliği alışverişi gibi çalışmalar yapması halinde her zaman tam zamanlı bir iş sözleşmesinin varlığından bahsedilemeyebilir.

Kapıcı işçinin, apartmanın imkanları varsa ya da apartman harici bir yerde hayvan yetiştirmesi, geçimini sağlama amaçlı dahi olsa çalıştığı apartmanda tam zamanlı çalışmadığı sonucunu doğurmaz. İşyeri evine uzak olan işçiler, isterlerse hayvan yetiştirmek, bahçe işleriyle ilgilenmek gibi aynı zamanda hobi amaçlı işlerle ilgilenebilir. Bu nedenle salt işçinin kapıcı olması nedeniyle bu tür faaliyetlerde bulunamayacağı, bulunursa fazla çalışma yapmamış sayılacağı kabul edilemez. Her zaman somut olayın özellikleri değerlendirilerek sonuca ulaşılmalıdır.

Kanaatimizce, kapıcı işçilerin özellikle çalıştıkları apartmanda oturmaları ya da apartman sakinlerinin ihtiyaç duymaları halinde gelebilecek şekilde yakında oturması halinde, fazla çalışma yapma olasılıkları daha yüksektir. Kapıcı işçilere bordro, puantaj kaydı gibi evrakların imzalatılması halinde dahi yaptığı iş, hayatın olağan akışı gereğince ve herkesçe bilinen genel vakıalar konusunda oluşan karine nedeniyle kapıcının apartmanda yaptığı işe göre ve apartman sakinlerinin taleplerini bekleyerek geçirdiği boş zamanlarında çalışma süresinden sayılmasına göre tanık anlatımları ve gerekirse keşif ile fazla çalışmanın ispatı kabul edilmelidir.

³⁵⁴ Danıştay 10. Dairesi'nin 13.03.2007 gün ve E. 2004/6952, K. 2007/946 sayılı kararı ile bu Yönetmeliğin 13. maddesinde yer alan "Kapıcıya görevi nedeniyle konut verilmesi zorunlu değildir." hükmü iptal edilmiştir. Daha sonra bu Karara karşı yapılan temyiz, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulunun 17.9.2012 gün ve E. 2007/2123, K. 2012/1180 sayılı kararı ile ret edilmiş ve yine aynı Kurul 05.02.2015 tarihli ve E. 2013/1692, K. 2015/245 sayılı ilamı ile yapılan karar düzeltme başvurusunun reddine karar vermiştir.

Ülke genelinde kapıcıların çalışma saatleri belirli olmayıp tüm güne yayıldığı, zaman zaman geceye sarktığı bilinmekle birlikte, özellikle site yönetimleri tarafından birden çok kapıcı çalıştırılması, kapıcıların vardiyalı sistemle çalışması, iş talimatlarıyla çalışma sürelerinin sınırlandırılması şeklinde uygulamalar bulunmaktadır. Anılan şekilde yapılan çalışmalarda kapıcılar lehine hayatın olağan akışı gereğince ve herkesçe bilinen genel vakıalar konusunda oluşan karineden de bahsedilemez. Bu nedenle kapıcının çalışma şartlarının somut olaya göre değerlendirilmesi gerekmektedir.

5. Üst Düzey Yöneticilerin Fazla Çalışması

İş sözleşmesi, niteliği gereğince işçinin işverene karşı kural olarak iş görme edimini yüklediği, işverenin emir ve talimatlarına karşı bağımlılık içinde olduğu bir ilişki doğurur. Üst düzey yönetici olarak tabir edilen çalışanda niteliği itibarıyla işçidir. Ancak üst düzey yönetici pozisyonunda bulunan işçi ile işveren arasındaki emir ve talimatlara ilişkin bağımlılık ilişkisi daha esnek olabilmektedir³⁵⁵. Ancak bu durum üst düzey yöneticinin işçi olması gerçeğini değiştirmez. Sadece işçi ve işveren arasında, anılan işçinin vasıflarından daha fazla yararlanabilmek, karşılıklı daha fazla verim alabilmek için, çalışma saatlerinin önceden düzenlenmesi ve kontrol edilmesi imkanı da olmadığından esnek çalışma düzeni belirlenerek ortaya çıkan bir iş ilişkisinden bahsedilebilir.

Üst düzey yönetici ile işveren arasında, sıradan işçi ve işveren arasındaki bağımlılık ilişkisinin, güven ilişkisi ile harmanlanması sonucunda oluşan alışılmışın dışında bir işçi işveren ilişkisi kurulmaktadır. İşvereni üst düzey yönetici konumundaki işçisine, bir yandan yönetim yetkisi tanımış olup, diğer yandan da vermiş olduğu yetkiyi her an kendisi kullanmak üzere geri alabilecek ya da başka bir işçisine devredebilecektir. Bu nedenle de üst düzey yöneticilerin çalışma koşulları da diğer işçilerden farklılık arz edecektir.

İşverene ait yetkileri kullanma yetkisini haiz bir işçinin, ücretinin de yetkileri kadar yüksek olması ve işverenle, yapacağı iş karşılığı sarf edeceği emeği ve mesaisini önceden tahmin edebileceği, önceden tahmin edemediği hallerde dahi, çalışma süresi içinde işverenle müzakere edebileceği ve fazla çalışmasının

³⁵⁵ Muhittin Astarlı, "Üst Düzey Yöneticilerin Çalışma Ücreti Talepleri (Yargıtay Kararlarına Genel Bir Bakış)", İş Dünyası ve Hukuk, Prof. Dr. Tankut Centel'e Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Üst Düzey Yönetici, s.59. Yazara göre, bağımlılık ilişkisinin bir ölçütü olan çalışma süresinin konumu ve uzunluğunu belirleme yetkisi kimi zaman açık kimi zaman zımni olarak üst düzey yöneticiye devredilmiştir. Özer, s.145-146.

karşılığını alabileceği düşünülebilir. İşte gerek üst düzey yönetici ile işveren arasındaki bu özellik arz eden güvene dayalı iş ilişkisi gerekse ücretine ilişkin kayıtlar nedeniyle üst düzey yöneticilerin fazla çalışma ücretlerine ilişkin taleplerinin hüküm altına alınmasında ispat sorunları yaşanmaktadır. Ancak tüm bu durumlar üst düzey yöneticinin mutlak anlamda fazla çalışma ücreti talep etmesine engel teşkil etmemelidir. Kaldı ki, 4857 sayılı İş Kanunu'nda ve işbu Kanuna dayanılarak çıkartılan yönetmelik hükümlerinde üst düzey yöneticilerin fazla saatlerle çalışmalarının karşılığını talep edemeyeceklerine ilişkin düzenleme bulunmamaktadır.

Öte yandan, iş mevzuatında üst düzey yönetici kavramı tanımlanmamışsa da 5510 sayılı Kanun'un primlerin ödenmesine ilişkin olan 88. maddesinde primlerin ödenmemesinden kuruma karşı sorumlu tutulan kişiler arasında üst düzey yönetici sayılmıştır. 5510 sayılı Kanun anlamında üst düzey yönetici Yargıtay kararlarında³⁵⁶, *"...primlerin ödenmesinden sorumlu üst düzey yöneticiden söz edebilmek için, bu kimsenin şirket kurucu ortağı veya yönetim kurulunda başkan veya iş bölümüne göre primlerin ödenmesinden sorumlu üye olması veya şirketin yönetiminde parasal konularda yetkili genel müdür, finansman veya muhasebe müdürü gibi üst düzeyde sorumluluk taşıyan görevli olması gerekir. Bunun dışında kalan ve şirketin idare veya mali işlerinde doğrudan söz sahibi veya yetkili olmayan, karar organında yer almayan kişilerin işverenle müşterek sorumluluğu düşünülemez. Şirkette görevli bir kimsenin; belli konularda imza sahibi olması da, bu zorunluluğu ortadan kaldırmaz..."* şeklinde açıklanmıştır. Görüleceği üzere 5510 sayılı Kanun'da geçen üst düzey yönetici ile inceleme konumuz olan ve Yargıtay kararları ile fazla çalışma ücreti alacağı değerlendirilen üst düzey yönetici kavramları aynı anlamda değildir³⁵⁷.

³⁵⁶ Yarg. 10. H.D., 22.03.2007 gün ve E. 2006/16556, K. 2007/4367, (www.legalbank.net e.t.25.03.2017). Yarg. 21. H.D., 03.05.2007 gün ve E.2006/9012, K. 2007/7502, (www.legalbank.net e.t.25.03.2017). Yarg. 21. H.D., 08.03.2011 gün ve E.2010/379, K. 2011/2028, (www.legalbank.net e.t.25.03.2017). Yarg. 21. H.D., 17.06.2003 gün ve E.2003/4802, K. 2003/5742, (www.legalbank.net e.t.25.03.2017).

³⁵⁷ Üst düzey yönetici kavramına 5510 sayılı Kanun'da yer verilmiş olup, 5510 sayılı Kanun anlamında üst düzey yöneticinin, Yargıtay kararlarında fazla çalışma talep edebilirliği tartışılan üst düzey yönetici ile anlamları ve tanımlarının aynı olmadığına ilişkin bkz.; Astarlı, Üst Düzey Yönetici, s.57-58.

a. Üst Düzey Yöneticinin Çalışma Süresini Belirleme Yetkisi

Fazla çalışma ücreti kural olarak işverenin talebi ve işçinin onayına bağlı olarak yapılmasına karşılık, üst düzey yönetici işçinin fazla çalışma ücreti talep edememesinin temelinde üst düzey yönetici işçinin kendi çalışma süresi üzerindeki hakimiyeti olduğu yönündeki varsayım bulunmaktadır. Doktrinde³⁵⁸ Yargıtay'ın anılan kararlarında açıkça belirtilmese de gerekçesinden işyerinde fazla çalışma yapılmasına ve uygulanmasına ancak işveren veya vekilinin karar verebileceği, işverenin talebi ve bilgisi olmadan işçinin günlük normal çalışma süresinden sonra kendi isteği ile işyerinde kalarak çalışmasının fazla çalışma sayılmayacağı ilkesine de dayandığı kabul edilmektedir. Yine Yargıtay kararları ile üst düzey yönetici konumunda bulunan işçi ile aynı yerde görev ve talimat veren bir yönetici ya da şirket ortağı bulunması halinde ise, çalışma gün ve saatlerini kendisinin belirlediğinden söz edilemeyeceğinden fazla çalışma talep hakkı doğacağı değerlendirilmektedir³⁵⁹.

Doktrinde diğer bir görüşe göre³⁶⁰, üst düzey yönetici konumundaki işçinin çalışma saatlerini düzenleyen bir üst otorite olmaması nedeniyle, yürüttüğü görevlerin niteliğine göre esnek çalışma saatleriyle çalışarak, kendi içinde bir denkleştirme gerçekleştirmiş olacağına ilişkin inanç ve işverenle aralarında iş yürütümüne yönelik oluşan güven ilişkisinin çalışma sürelerini belirleme yetkisi yönünden de devredilmiş olması nedeniyle oluşan güven ilişkisinin varlığı yönündeki varsayım nedeniyle fazla çalışma ücreti talep edilemeyeceği kabul edilmektedir. Yargıtay kararlarında da³⁶¹, bu görüş ile uyumlu olarak üst düzey yöneticinin kendisini denetleyen bir amiri olmadığı, çalışma saatlerini ayarlayabilecek konumda ve çalışma zamanları bakımından inisiyatif sahibi olması nedeniyle fazla çalışma ücretinin talep edilemeyeceği değerlendirilmektedir.

³⁵⁸ Eyrenci, Fazla Saatler, s.469.

³⁵⁹ Yarg. 9.H.D., 16.12.2008 gün ve E. 2008/40088, K. 2008/33769, (Çalışma ve Toplum, Yıl:2009/2, Sayı:21, s.278-280). Yarg. 9.H.D., 30.04.2009 gün ve E. 2008/358, K. 2009/12170, (Çalışma ve Toplum, Yıl:2009/4, Sayı:23, s.294-297).

³⁶⁰ Astarlı, Üst Düzey Yönetici, s.59-60. Cumhuriyet Sinan Özdemir, "Üst Düzey Yönetici Fazla Çalışma Ücretine Hak Kazanır mı?" (E-Yaklaşım), *Yaklaşım Dergisi*, Sayı:195, Mart 2009, <http://uye.yaklasim.com/dergiler>, 17.03.2017, Üst Düzey Yönetici, s.577. Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.1254. Özdemir, Aylık Ücret, s.455. Özer, s.149. Tefik Bayhan, "Fazla Çalışma Yapmasına Rağmen Kimlere Fazla Çalışma Ücreti Ödenmez?" (E-Yaklaşım), *Yaklaşım Dergisi*, Sayı:193, Ocak 2009, <http://uye.yaklasim.com/dergiler>, 17.03.2017, s.498-499.

³⁶¹ Yarg. 22.H.D., 07.05.2014 gün ve E. 2013/10497, K. 2014/11825, (Çalışma ve Toplum, Yıl:2015/3, Sayı:46, s.468-469). Yarg. 22.H.D., 04.03.2014 gün ve E. 2013/5164, K. 2014/4744, (Çalışma ve Toplum, Yıl:2015/2, Sayı:45, s.411-412).

Bir işyerinde çalışan her yönetici üst düzey yönetici olamaz. Yönetici vasfına haiz olan işçinin öncelikle objektif kriterler çerçevesinde üst düzey yönetici yetkilerine sahip olup olmadığı değerlendirilmeli, daha sonra yöneticinin çalışma sürelerinin belirlenmesi anlamında bir yetkisinin olup olmadığı değerlendirilmelidir³⁶². Üst düzey yönetici işçiye çalışma süreleri üzerinde hakimiyet verilmesinin amacı, çalışma saatlerini fazla çalışma yapması suretiyle arttırmak değil, işverenin bilgisi ve talimatı olmaksızın belirli dönemler içinde kendiliğinden denkleştirebilmesi şeklinde esnek ve ihtiyaca göre düzenleyebilmesinin sağlanmasıdır³⁶³. Ancak belirli bir sıfatı taşıyan yöneticilerin fazla çalışma yapamayacakları şeklinde bir sınıflandırma yerinde olmayıp, bu yöneticiler her ne kadar kendi çalışma sürelerini belirleme yetkisine sahip olsa dahi, bu yetkileri fazla çalışma yapmadıkları anlamına gelmemelidir³⁶⁴.

Üst düzey yöneticilerin çalışma sürelerini belirleme yetkisi olsa dahi, bu durum fazla çalışma yapmadıkları anlamına gelmez³⁶⁵. Çünkü yapılması gereken belirli bir iş, işveren tarafından üst düzey yöneticiye verildiğinde bu işlerin yapılması için gerekli olan belirli bir süre vardır. Bu işlerin yapılması içinde fazla mesai yapmak gerekmiş olursa işverenin üst düzey yöneticiden anılan işleri tamamlaması yönünde verdiği geniş yetki nedeniyle zaten zımni talebi olduğu varsayılmalıdır. Örneğin bir şubenin yönetiminden sorumlu olan üst düzey yönetici elbette o şube için yapılması gereken birçok işi tek başına yapacak ve gerektiğinde fazla saatlerle de çalışacaktır. Bu tür sorumlulukları olan yöneticinin esnek çalışma şekilleriyle fazla çalıştığı zamanları daha sonra denkleştirme imkanının da her zaman olacağı şeklinde bir kabul gerçeklikten uzaktır.

Yargıtay bir kararında³⁶⁶, bankada müfettiş olarak çalışan işçilerin kendi mesailerini ayarlayacak konumda olduğundan fazla çalışma alacağı talep edemeyeceğini içtihat etmiştir. Anılan Yargıtay kararı doktrinde³⁶⁷, banka müfettişinin de teftiş kuruluna bağlı olarak, bu kurulun emir ve direktifleri doğrultusunda çalıştığı, Bankacılık Kanunu ve Bankaların İç Sistemleri Hakkında Yönetmelik incelendiğinde görüldüğü üzere iç denetim birimlerine bağlı olarak görev yaptıkları da açık olmasına karşılık, bankada müfettiş olarak çalışanların kendi

³⁶² Astarlı, Üst Düzey Yönetici, s.60. Bayhan, s.499-501. Çiçek, s.197.

³⁶³ Astarlı, Üst Düzey Yönetici, s.60.

³⁶⁴ Narmanlıoğlu, Fazla Çalışma, s.30.

³⁶⁵ Narmanlıoğlu, s.650.

³⁶⁶ Yarg. 9.H.D., 29.02.2012 gün ve E. 2009/43783, K. 2012/6401, (Çalışma ve Toplum, Yıl:2013/2, Sayı:37, s.261-264).

³⁶⁷ Boydak, s.265-271. Eyrenci, İşin Düzenlenmesi, s.34.

mesailerini ayarlayacak konumda olduğundan bahisle fazla çalışma alacağı talep edemeyeceğine ilişkin verilen karar eleştirilmektedir.

b. Üst Düzey Yöneticinin En Yetkili Kişi Olması

Üst düzey yönetici niteliğindeki işçiyi tespit bakımından aranan ölçütlerden birisi de, işçinin iş organizasyonu itibarıyla işyerindeki konumu ve görevi gereğince en yetkili kişi olup olmadığıdır. Bununla birlikte, işçinin bir üst düzey yöneticiden emir ve talimat alıyor olması bordroları düzenlemesi bakımından da önemsenmekte ve fazla çalışmaya ilişkin kayıtları da bir otoriteye bağlı olmaksızın kendisi tutuyor olacağından sonradan bu kayıtların aksini iddia etmesi ya da kayıtları tutmaya yetkili kişi kendisi olmasına rağmen tutmayarak bu durumdan faydalanmak istemesi çelişkili bulunmaktadır³⁶⁸. Yine bu kapsamda işyerinin bütünü sevk ve idare edip etmediği, işçi alma çıkarma yetkisinin de olup olmadığı değerlendirilir. İşçinin, üst düzey yönetici olup olmadığı iş organizasyonu itibarıyla en yetkili kişi olarak adlandırılması değil, fiilen bu görevi yerine getiriyor olması halinde anlam kazanır³⁶⁹. Kanaatimizce yapılan değerlendirme işçi alıp çıkarmaya yetkili olma bakımından da geçerli olmalıdır, işçiye fesih bildirimini yapmak, tebliğ işlemini yapmak ya da görünüşte işe alma ve işten çıkarma yetkisini haiz olmak değil, bu hususta fiilen tek başına yetkili olmak önem taşımaktadır.

Öğretide savunulan bir görüşe göre³⁷⁰, üst düzey yöneticinin en az işveren vekili niteliklerine sahip olması gereklidir ancak yeterli değildir. İşveren vekilinin aynı zamanda üst düzey yönetici sayılması için, işyerinde görevi ve konumu itibarıyla en yetkili kişi olması, işin yönetiminde tek başına yetkili olması ve kendi çalışma süreleri dahil olmak üzere çalışma sürelerini belirleyebilmesi ile buna ilişkin kayıtları da emir ve talimat olmaksızın düzenleyebilmesi gereklidir. Ancak bir başka görüşe göre³⁷¹, üst düzey yönetici olarak adlandırılan kişi, işveren niteliği taşımadığı sürece, bir işveren vekili olarak –genel müdür³⁷² dahi olsa- İş Kanunu'nun 2/5. maddesi

³⁶⁸ Astarlı, Üst Düzey Yönetici, s.55,60-61. Göksel, s.1029. Özer, s.151.

³⁶⁹ Astarlı, Üst Düzey Yönetici, s.56. İşçinin en yetkili kişi olmasının fazla çalışma ücretini hak etmemesi sonucunu doğurmayacağı yönünde görüş için bkz.; Çil, Fazla Çalışma, s.66.

³⁷⁰ Astarlı, Üst Düzey Yönetici, s.57.

³⁷¹ Sarper Süzek, *İş Hukuku (Genel Esaslar-Bireysel İş Hukuku)*, Beta Yayıncılık, Yenilenmiş 4. Baskı, İstanbul 2008, 4. Baskı, s.756. Süzek, s.808-809.

³⁷² "...hastane organizasyon şemasına göre davacı, genel müdür olup, üstünde yönetim kurulu bulunmaktadır. Davacı ile imzalanan belirsiz süreli iş akdi uyarınca sözleşme kapsamında davacının temsil yetkisinden bahsedilmemiş olup işçi olarak vasıflandırılmıştır. Dosyada bulunan vekaletname uyarınca, davacıya işçi alma ve çıkarma yetkisi verilmiş ise de, işyerini temsil amacıyla sınırlı bir yetki verilerek 30.000.-TL'ye kadar miktar için sözleşme yapma yetkisi verilmiştir. Bu vekaletname uyarınca davacının şirketi tam olarak temsil yetkisi bulunmadığından ve organizasyon şemasında doğrudan

gereğince İş Kanunu'ndan doğan ve işçilere tanınan tüm haklardan, dolayısıyla fazla çalışma ücreti hakkından da ispat etmek şartıyla yararlanabilir. Yine benzer bir görüşe göre³⁷³, işçi her zaman işverene bağımlı konumdur, aksinin kabulü halinde zaten aradaki ilişkinin hizmet sözleşmesine dayalı olup olmadığı tartışma konusu olur. Bu nedenle de, yasanın günlük ve haftalık çalışma sürelerini düzenleyen emredici hükümleri karşısında, işçinin üst düzey yönetici olduğundan bahisle, fazla çalışma ücreti ödenmemesi işçi aleyhine bir yorum tarzı olur. Sadece tarafların üst düzey yönetici sıfatı nedeniyle aralarındaki hizmet ilişkisine fazla çalışma ücreti ödenmeyecek şekilde bir ücret belirleyip, çalışma saatlerini kendisinin belirleyeceği ve bu yönde açık bir iradeleri olması durumunda itibar edilmelidir.

Günümüzde teknik ve teknolojik gelişmeler göz önüne alındığında, internet, GPS, akıllı telefon ve tabletler gibi iletişim araçları ile GSM şirketlerinin sağladığı imkanlar dahilinde her zaman denetim yapılabileceğinden, işçinin nerede ne işle meşgul olduğu da bilinebilir olduğundan "aynı işyerinde emir ve talimat veren daha üst amir bulunması" gibi bir kriterin belirleyici olması kabul edilebilirlikten uzaktır³⁷⁴. İşveren ülkenin her yerinde bulunan işyerleri için, her bölgenin iş yoğunluğunu giriş çıkış saatlerini takip eden üst düzey yöneticiler ve yine bölgeleri de takip eden bir amir belirleyebilir ve bu kişiler aynı işyerinde olmamakla birlikte takipte kalabilir, emir ve talimat verebilir. Bu nedenle işverenin, üst düzey yönetici konumundaki işçisini denetim imkanı olmaması ya da emir ve talimat vermeksizin onu en yetkili kişi kılması gibi kriterler günümüz teknolojisinde, gerçekte bağdaşmamaktadır.

c. Üst Düzey Yetkilinin Ücreti

Yargıtay kararları³⁷⁵ ile işyerinde üst düzey konumda çalışan işçinin görev ve sorumluluklarının gerektirdiği ücretin kendisine ödenmesi durumunda, ayrıca fazla çalışma ücretine hükmedilmemesi gerektiği içtihat edilmektedir. Bu husus öğretide tartışılmaktadır. Bir görüşe göre³⁷⁶, üst düzey yöneticinin ücretinin yüksek olması fazla çalışma ücreti talep edemeyeceğine ilişkin bir kriter niteliği taşır. Çünkü üst düzey yönetici işinin niteliği gereği yüksek ücretli çalıştığından fazla çalışma ücreti

yönetim kuruluna bağlı olması da işveren vekili olduğunu göstermediğinden..." İstanbul 7. İş Mahkemesi, E.2016/34, K. 2016/489, (Karar istinaf aşamasındadır), (Yayınlanmamıştır).

³⁷³ Boydak, s.269. Çil, Şerh, s.2495.

³⁷⁴ Çil, s.811.

³⁷⁵ Yarg. 9.H.D., 16.12.2008 gün ve E. 2008/40088, K. 2008/33769, (Çalışma ve Toplum, Yıl:2009/2, Sayı:21, s.278-280). Yarg. 9.H.D., 30.04.2009 gün ve E. 2008/358, K. 2009/12170, (Çalışma ve Toplum, Yıl:2009/4, Sayı:23, s.294-297).

³⁷⁶ Göksel, s.1029. Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.1254. Özer, s.149. Tunçomağ/Centel, s.158-159.

de asıl ücretine dahildir³⁷⁷. Yine fazla çalışma için işverenin talebi aranması gerekirken, üst düzey yönetici işçide bu talep bulunmadığından fazla çalışma yapmaları imkanı da olmadığı değerlendirilmektedir. Anılan görüşe göre üst düzey yönetici konumunda çalışan işçinin fazla çalışma ücretine hak kazanması için, fazla çalışma ücretinin asıl ücrete dahil olmadığına sözleşmesinde açık ve kesin olarak kararlaştırılmış olması gereklidir.

Bir diğer görüşe göre³⁷⁸, işçiye yüksek ücret ödenmesi ve bazı ek olanaklar sağlanması olgusuna dayanarak onu üst düzey yönetici olarak nitelenmesi ve fazla çalışma ücretine hak kazanmayacağını kabul etmek yerinde değildir. Öncelikle işçinin ücretinin yüksekliğinden ne kastedildiği de açık değildir. Sonuçta ücretin yüksek olması deyimi görecelidir. Belirli bir miktarın üzerinde ödenen her ücret mi, yoksa aynı nitelikteki bir işçiye ödenen ücretten daha yüksek ücretin mi yüksek olduğunun kastedildiği anlaşılmamaktadır. Anılan görüşe göre, işçinin ücretinin yüksek olması ve ek bazı olanaklar verilmesi olsa olsa yasal 270 saatlik fazla çalışma saatinin, ücretinin içinde olduğunun kabulünü gerektirir. Anılan görüşü savunan yazarlardan bir kısmı³⁷⁹, üst düzey yöneticinin de işçi olduğunun göz ardı edilmemesi gerektiğini ve yılda 270 saati aşan fazla çalışma yaptığını ya da başka bir günde serbest zaman kullanarak telafi etmediğini kesin olarak kanıtlayan üst düzey yöneticinin de fazla çalışma ücretine hak kazanması gerektiğini savunurken, yazarların bir kısmı³⁸⁰, fazla çalışma ücretlerinin işçinin ücretine dahil olduğunu iddia eden işverenin, bu iddiasını yazılı bir belge ile kanıtlaması gerekeceğinden işveren böyle bir iddiada bulunmazsa ya da ispat edemezse, salt ücretinin yüksek olması nedeniyle fazla çalışma ücretinin işçinin ücretine dahil olduğu sonucuna varılamayacağını, ancak sözleşmesinde varsa yılda 270 saati aşan fazla çalışma yaptığını ya da başka bir günde serbest zaman kullanarak telafi etmediğini kesin olarak kanıtlaması halinde fazla çalışma ücretine hak kazanacağını savunmaktadır. Yani bu görüşü savunan yazarlar üst düzey yöneticinin ücretine 270 saate kadar

³⁷⁷ Astarlı, Üst Düzey Yönetici, s.63-64. Yazar, üst düzey yöneticileri, yüksek ücretli ve yüksek ücretli olmayan şeklinde bir ayrıma tabi tutarak, yüksek ücretli olanlar için fazla çalışma ücretinin ücretlerine dahil olduğunu, ancak işverenin açık talebi ile fazla çalışma yaptığını ya da işverenden kaynaklanan bir nedenle çalışma süresini denkleştirmediklerinden fazla çalışma yaptığını ispatlarsa 270 saati aşan çalışmaların karşılığını isteyebileceğini değerlendirmektedir. Ücreti yüksek olmayan üst düzey yöneticilerin ise kural olarak fazla çalışma yapmayacağını, ancak işverenin açık talebi ile fazla çalışma yaptığını ya da işverenden kaynaklanan bir nedenle çalışma süresini denkleştirmediklerinden fazla çalışma yaptığını ispatlarsa fazla çalışmanın karşılığını talep edebileceğini savunmuştur. Ancak yazar "yüksek ücret" ile neyi kastettiğini açıklamamıştır.

³⁷⁸ Eyrenci, Fazla Saatler, s.469-470. Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s.262.

³⁷⁹ Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s.262. Özer, s.149-150. Yazara göre, üst düzey yöneticinin yüksek miktarda ücret alması, üst düzey yöneticiye fazla çalışma ücretinin ücrete dahil edilerek verildiği götürü ücret anlaşmasının sonucudur. Aynı yönde; Çiçek, s.195.

³⁸⁰ Eyrenci, Fazla Saatler, s.469-470.

yapılan fazla çalışma ücretinin dahil olduğu varsayımını kabul ederek işçinin karşılığını almadığını ispat etmesi ve 270 saate kadar yapılan fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dahil olduğu şeklinde bir varsayım öngörülemez, işverenin bu hususu ispat etmesi gerektiği noktasında ayrılmaktadır.

İşveren yetkilerini kullanan işçilerin, sözleşme ile işverene görev ve yetkilerini değiştirme yetkisi veren kayıtlar, aşırıya kaçmadıkça haklı kabul edilmeli ve ücretle ilgili de değişiklik kayıtlarına izin verilmelidir³⁸¹. Yine belirli bir proje yürütümünde üst düzey yönetici vasfını taşıyan işçinin, proje bitince eski görevine dönmesi ve ücretinin de bu süreçlerde değiştirilebilmesi söz konusu olabilmelidir. Yani üst düzey yöneticilerin yaptığı iş gereği ücretinde değişiklik kaydı bulunması ve yüksek ücretle çalışması olması gerektirir³⁸². Ne var ki, içtihatlar ile üst düzey yönetici konumundaki işçilerin ücretlerinin yüksek olması fazla çalışma ücreti talep edememesine gerekçe yapılmaktadır.

İmzalı bordrolarda fazla çalışma ücreti tahakkuku olması halinde aksinin yazılı delillerle ispat edilebileceğine ilişkin yargı kararlarından bahsetmiştik. Üst düzey yöneticilerin yaptıkları işin niteliği gereğince yüksek ücretle çalıştıkları bilinmektedir. Bu işçilerin aylık ücretlerinin yüksek olması karşısında, yüksek fazla çalışma ücretleriyle karşılaşan işverenler, işçinin üst düzey yönetici olup olmamasıyla ilgili tartışmaları aşmak için bu kez bordrolarda işçinin aylık ücretini düşük göstererek, aylık ücret kadar ya da daha fazla miktarı fazla çalışma tahakkuku göstermektedir. Örneğin aylık ücreti 15.000.-TL olan bir yöneticinin bordrosunda aylık ücreti 5.000.-TL, fazla çalışma ücreti ise 10.000.-TL olarak tahakkuk ettirilmiştir. Bu bordrolar imzalı olmasa dahi işverenler ödemeleri banka aracılığıyla yaparak, içtihatlar çerçevesinde ispat hukukunu dolanmaktadır. Kanaatimizce bu tür durumlarda yöneticinin yaptığı iş çerçevesinde aylık emsal ücreti tespit edilmeli ve bordrolarda gösterilen fazla çalışma tahakkuklarına geçerlilik tanınmamalıdır. 4857 sayılı Kanun'un 62. maddesi *"her türlü işte uygulanmakta olan çalışma sürelerinin yasal olarak daha aşağı sınırlara indirilmesi veya işverene düşen yasal bir yükümlülüğün yerine getirilmesi nedeniyle ya da bu Kanun hükümlerinden herhangi birinin uygulanması sonucuna dayanılarak işçi ücretlerinden her ne şekilde*

³⁸¹ Alp, s.48.

³⁸² Astarlı, Üst Düzey Yönetici, s.63. Yazar, Yargıtay kararlarında ücretin üst düzey yöneticiliğin bir unsuru mu yoksa fazla çalışma talep edememelerine bir gerekçe mi olduğunun anlaşılamadığını, bununla beraber üst düzey yöneticiliğin bir unsuru olmadığını, yüksek ücret almasının beklenildiğini ancak böyle bir kural olduğunun da söylenemeyeceğini savunmaktadır. Özer, s.147. Yazara göre, ücretin yüksek belirlenmesi ve bu nedenle ayrıca fazla çalışma ücretinin ödenmemesi sadece üst kademedeki çalışanlar için kabul edilmeli, işçinin görevi dikkate alınmalıdır.

olursa olsun eksiltme yapılamaz” şeklinde olup, işçinin ücretinde bu şekilde eksiltme yapılması yasaya da aykırıdır.

Yüksek fazla çalışma ücretleriyle karşılaşan işverenler, işçinin üst düzey yönetici olup olmamasıyla ilgili tartışmaları aşmak ve fazla çalışma ücreti ödememek için içtihatlar çerçevesinde ispat hukukunu dolanmanın yanında işçi ile yaptığı iş sözleşmeleri ile de dolanmaya çalışmaktadır. Örneğin, işçinin aylık ücretinin 5.000.-TL olacağı ve her ay 10.000.-TL fazla çalışma ücreti ödeneceği iş sözleşmesi ile kararlaştırılabilmektedir. İşçi ve işveren arasında yapılan bu tür sözleşmelerinde geçerlilik denetiminin yapılması gerekmektedir. Aylık 5.000.-TL ücret ile çalışan işçinin günlük ücreti 166,67.-TL, saat ücreti 22,22.-TL, %50 zamlı saat ücreti ise 33,33.-TL’dir. 4857 sayılı İş Kanunu gereğince yıllık azami fazla çalışma süresinin 270 saat olması karşısında, 5.000.-TL ücret ile çalışan işçinin yıllık fazla çalışma ücreti alacağı $33,33.-TL \times 270 = 8.999,10.-TL$ olabilir. Bunun da aylık ücrete yansması $8.999,10 / 12 \text{ ay} = 749,93.-TL$ olabileceğinden, işçinin aylık ücreti sözleşme ile en çok 5.749,93.-TL olarak belirlenebilir. Aylık 5.000.-TL ücret ile çalışan işçinin, aylık 10.000.-TL fazla çalışma ücreti hak edebilmesi için 300,03 saat fazla çalışma yapması gerekir. Bir ayda 30 gün * 24 saat = 720 saat bulunduğu düşünüldüğünde bir işçinin aylık 345,03 saat çalışması sadece yasaya aykırı değil aynı zamanda imkansızdır. Bu nedenle de sözleşmeye bu yönde konulan hükümlerin de geçersiz kabul edilmesi, belirsizliğe işverenin katlanması ve işçinin ücretinin 15.000.-TL olduğunun kabul edilmesi gereklidir.

Üst düzey yöneticinin de işverene bağlı bir işçi olduğunu, sadece aradaki iş ilişkisinin daha çok güven temeline oturtulduğunu, bu şekilde bir ilişki kurulmasının işverenin emir ve talimat yetkisini ortadan kaldırmadığını günümüz teknolojik gelişmeleri de göz önüne alındığında, işverenin denetimi olmaksızın üst düzey yöneticinin en üst yetkili kişi olamayacağını yukarıda ayrıntılı olarak değerlendirmiştik. İşveren bizzat kendisinin yürütmesi gereken işleri fiziki olarak aynı anda birden çok yerde olamaması ya da sadece keyfi nedenlerle uzaktan yürüterek, fiziki olarak şubelere yerleştirdiği üst düzey yöneticiler aracılığıyla çalışmaktadır. İşverenin belirlediği iş organizasyonu bakımından yetki verdiği bu işçilere, diğer işçilerinden daha çok güvenmesi gereklidir. İşlerinin doğru şekilde yürütülmesi içinde bu işçilerin maddi anlamda da tatmin edilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla üst düzey yöneticilerin ücretlerinin yüksek olması elbette olması gerektir. Yürütülen işin önemine göre ücretin de yüksek olması gerekmektedir. Çoğu zaman işverenler kendilerine daha çok vakit ayırabilmek için bu şekilde işçilerin yetkilerini artırarak

cretlerini de aynı oranda artırabilirler. Bu husus tamamen yapılan iş ve işverene sağlanan fayda ile alakalıdır. İşveren, işçinin ücretini yüksek tutarak ya da ücretin yanında ek olanaklar sağlayarak kendi işinin daha doğru yürütülmesini sağlamaktadır. Dolayısıyla bir işçinin ücretinin yüksek olması onun fazla çalışma creti almasına engel de olmamalıdır. Yine aynı sebeplerle işçinin ücretine fazla çalışma ücretinin de dahil olması kural olarak mümkün değildir. İşçinin gerek fazla çalışmaya ilişkin onay vermiş olması gerekse fazla çalışma ücretinin de aylık ücretine dahil olduğuna ilişkin yazılı bir anlaşma yapılması gerekir. İşçi st düzey yönetici dahi olsa, işverenle müzakere edilerek ücretinin belirlendiği gerekirse fazla çalışma da yapabileceği düşünülerek ücret miktarında anlaşıldığı ispatlanmadığı takdirde, üst düzey yöneticinin fazla çalışma yapmış olması halinde işbu ücret aylık ücretine dahil olamaz.

Sonuç olarak, üst düzey yönetici nitelikli bir işçi olması nedeniyle özel bir öneme sahip ise de, üst düzey yöneticilerin fazla çalışma yapamayacağına ilişkin verilen kararlar ispat hukukuna ve İş Hukuku mevzuatına uygun nitelikte değildir. Üst düzey yöneticinin tek başına yetkili olduğu düşünüldüğü hallerde dahi, işveren ile mutlaka bir emir talimat ilişkisi içinde olması gerekmekte olup neticede şirket sahibi ya da ortağı değil anılan işyerinde çalışan bir işçidir. Yine fazla çalışma şartları gerektiğinde fazla çalışması ve daha sonra denkleştirememe ihtimali de iş hayatı içinde her zaman mümkün olduğundan, denkleştirme yaptığının işveren tarafından ispatlanması gerekmektedir. Ancak bir durum vardır ki, eğer üst düzey yönetici, hiçbir talimat almaksızın kendi bordrolarını işveren müdahalesi olmaksızın kendisi düzenliyor ise ya da işverenin talimatına rağmen kendi bordrolarını düzenlemiyor ise bu durumda üst düzey yöneticinin bu davranışı korunmamalıdır. Lakin işverenin talimatı olmadan bordroların içeriğini düzenleme yetkisi olmadığını bu nedenle bordrosunu yanlış düzenlediğini ispatlaması ya da başka işçiler için bordro düzenleme yetkisi olmakla birlikte kendi bordrolarını kendisinin düzenlemediğini ispat etmesi halinde yine her türlü delil ile fazla çalışma yaptığını ispat edebilmelidir. Aksi halde hiç kimse kendi muvazaasına dayanarak, kendi kusurlu davranışı ile kendi lehine hak ve menfaat sağlayamayacağından fazla çalışma yaptığını yazılı delillerle ispat etmek zorundadır.

6. Radyoaktif ve Radyoionizan Maddelerle Yapılan İşlerde Çalışan İşçilerin Fazla Çalışması

4857 sayılı İş Kanunu'nun 41. maddesinde, 63. maddenin son fıkrasında yazılı sağlık nedenlerine dayanan kısa veya sınırlı süreli işlerde fazla çalışma yapılamayacağı düzenlenmiştir. Kanunda anılan 63. madde ile sağlık kuralları bakımından günde ancak yedibuçuk saat ve daha az çalışması gereken işler, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı ile Sağlık Bakanlığı tarafından müştereken hazırlanacak bir yönetmelikle düzenleneceği hüküm altına alınmıştır. 20.06.2012 tarihli 6331 sayılı Kanun'un 37. maddesi ile 4857 sayılı İş Kanunu'nun 63. maddesinin son fıkrası hükmü yürürlükten kaldırılmıştır. Daha sonra 6331 sayılı Kanun'un 30. maddesine dayanılarak 16.07.2013 tarihinde Sağlık Kuralları Bakımından Günde Azami Yedi Buçuk Saat Veya Daha Az Çalışması Gereken İşler Hakkında Yönetmelik yürürlüğe girmiştir.

Sağlık Kuralları Bakımından Günde Azami Yedi Buçuk Saat Veya Daha Az Çalışması Gereken İşler Hakkında Yönetmeliğin günde azami yedibuçuk saat çalışılacak işleri düzenleyen 4. maddesinde radyoaktif ve radyoionizan maddelerle yapılan işler; 19.04.1937 tarihli ve 3153 sayılı Radyoloji, Radyom ve Elektrikle Tedavi ve Diğer Fizyoterapi Müesseseleri Hakkında Kanunun Ek 1 inci maddesinde yer alan hükümler saklı kalmak kaydıyla doğal ve yapay radyoaktif, radyoionizan maddeler veya bütün diğer korpüsküler emanasyon kaynakları ile yapılan işler olarak sayılmıştır. Yine anılan Yönetmeliğin 6. maddesine göre, 4. madde kapsamında olan radyoaktif ve radyoionizan maddelerle yapılan işlerde çalışanların belirtilen yedibuçuk saatlik günlük azami iş sürelerinden sonra diğer herhangi bir işte çalıştırılmayacağı, 7. maddesi ile de fazla çalışma yapılamayacağı düzenlenmiştir.

3153 sayılı Kanuna dayanılarak çıkarılan 06.05.1939 tarihli Radyoloji, Radyom ve Elektrikle Tedavi Müesseseleri Hakkında Nizamnamenin 21. maddesi gereğince Röntgen ve radyom ile daimi olarak günde beş saatten fazla çalışamaz ve 22. maddesi gereğince de hastanelerde, röntgen ve radyom ile tam müddetle (günde 5 saat) çalışan kimseler, hastanenin başka işlerinde kullanılamaz şeklindeydi. Daha sonra 3153 sayılı Radyoloji, Radyom Ve Elektrikle Tedavi Ve Diğer Fizyoterapi Müesseseleri Hakkında Kanun'a 5947 sayılı Kanun ile 21.01.2010 tarihinde getirilen ve 30.01.2010 yürürlük tarihli ek madde 1 hükmüne göre iyonlaştırıcı radyasyonla teşhis, tedavi veya araştırmanın yapıldığı yerler ile bu iş

veya işlemlerde çalışan personelin haftalık çalışma süresi 35 saat olarak belirlenmiştir.

Yargıtay kararlarında da isabetli olarak³⁸³, 3153 sayılı Kanun'un 5947 sayılı Kanun ile 30.01.2010 tarihinde değiştirilmesiyle getirilen ek-1. madde uyarınca, bu maddenin yürürlük tarihinden sonra haftalık 35 saati aşan çalışmaların fazla çalışma olduğu, yürürlük tarihinden önceki dönem için ise günlük 5 saati aşan çalışmaların fazla çalışma olduğu kabul edilmektedir.

Yine Yargıtay kararlarında³⁸⁴, röntgen ve radyom sebebiyle radyasyona maruz kalan işçiler, doktor ve teknisyen gibi, işi gereği sürekli bu çalışmayı yapan işçiler olarak belirlenmiş olup, anılan bölümde temizlik işçisi olarak çalışan işçinin röntgen ve radyom sebebiyle radyasyona maruz kalan işçilerden sayılmayacağına karar vermiştir. Mevzuatın düzenlenme şekline de anılan bölümde işi gereği sürekli çalışan işçiler kastedildiğinden kararı yerinde bulmakla birlikte, temizlik işçisi gibi asıl işi olmamakla birlikte, röntgen ve radyom sebebiyle radyasyona maruz kaldığını ve bu durumun sağlık durumunu etkilediğini düşünen işçiler için bu durumu belgeledikleri takdirde çalışma yerinin değiştirilmesi kabul edilebilirse de, kıyas yoluyla fazla çalışma saatlerinin günlük azami sınıra çekilemeyeceği görüşündeyiz.

Yargıtay kararlarında³⁸⁵, radyasyonlu ortamda çalışan işçilerin yasal hükümlerde belirlenen şekilde bir ortamda çalışıp çalışmadığının radyasyon ve etkileri konusunda uzman bilirkişilerce keşif yapılarak tespit edilmesi gerektiği değerlendirilmektedir.

Yukarıda açıklandığı üzere, Sağlık Kuralları Bakımından Günde Azami Yedi Buçuk Saat veya Daha Az Çalışması Gereken İşler Hakkında Yönetmeliğin 4. maddesinde radyoaktif ve radyoionizan maddelerle yapılan işlerde çalışan işçiler için günlük azami çalışma süresi yedibuçuk saat olarak belirlenmiş olup, aynı yönetmeliğin 6. maddesinde bu işçilere yedibuçuk saatten sonra başka bir iş yaptırılmayacağı, 7. maddesinde ise fazla çalışma yaptırılmayacağı düzenlenmiştir. Yine 4857 sayılı Kanun'un 41. maddesi ile Yönetmelik'te belirlenen bu işçilere fazla çalışma yaptırılmayacağı düzenlenmiştir. Buna rağmen fazla çalışma yaptırılması halinde işçinin emeğinin korunması bakımından karşılığının verilmesi gerekmektedir. Kanun ve Yönetmelik ile emredici olarak yasaklanan bir düzenlemenin aksi kararlaştırılmaz. Ancak buna rağmen Yargıtay bir

³⁸³ Yarg. 22. H.D., 20.05.2014 gün ve E. 2013/12082, K.2014/13366, (Çil, s.833-834). Yarg. 22. H.D., 27.02.2014 gün ve E. 2013/5330, K.2014/4245, (Çil, s.850-851).

³⁸⁴ Yarg. 22. H.D., 28.05.2014 gün ve E. 2013/12446, K.2014/14953, (Çil, s.833).

³⁸⁵ Yarg. 9. H.D., 11.04.2000 gün ve E.2000/1212, K. 2000/5028, (Akyiğit, Karar, s.958-959).

kararında³⁸⁶, radyoloji teknisyeni olarak çalışan bir işçinin sözleşmesinde bulunan fazla çalışmanın aylık ücrete dahil olacağına ilişkin hükmün, 4857 sayılı Kanun'un 41. maddesinde bulunan yıllık 270 saatlik sınırın, işçinin çalıştığı süreye oranlanmasıyla bulunacak süre ile sınırlı olarak yapılan fazla çalışmanın ücrete dahil olduğunun kabul edilmesi gerektiğini, onun üzerindeki kısım için fazla çalışma ücretine hak kazanılabileceğini değerlendirmiştir. 4857 sayılı Kanun'un 41. maddesinde fazla çalışma yasağı olmayan işçiler için onay vermeleri halinde yıllık 270 saat fazla çalışma yapılabileceği düzenlenmişse de, bu düzenleme kıyas yoluyla fazla çalışması yasak olan işçilere oranlanıp, uyarlanarak uygulanması kanunun dolanılması, kanunun izin vermediği bir sonuca yargı yoluyla cevaz verilmesi anlamına gelmekle birlikte, bu kabul hukuka ve insan haklarına da aykırıdır. Yargıtay tarafından kabul edilen bu içtihattan ilkesel bir karar haline gelmeden dönülmesi gerekmektedir. Aksi halde açık Kanun hükmü yargı eliyle ihlal edilmiş, işçi sağlığı tehlikeye atılmış olur. Dolayısıyla radyoaktif ve radyoionizan maddelerle yapılan işlerde çalışan işçilerin fazla çalışma yapmaları yasak olduğundan sözleşmelerinde fazla çalışma ücretlerinin aylık ücretlerine dahil olmasına ilişkin getirilecek hükümlerin hukuken hiçbir bağlayıcılığı olmadığı ve geçersiz olduğu kabul edilmelidir. Kaldı ki, yapılması mümkün olmayan bir çalışmanın ücretinin resmen ödendiği kabul edilemez.

C. Fazla Çalışma Ücretinin Ödendiğinin İspatı

Fazla çalışma yaptığını kanıtlayan işçi ispat yükünü yerine getirmiş olur. Fazla saatlerle çalışma karşılığında zamlı ücret ödendiğinin ya da serbest zaman verildiğinin ispatı işverene aittir³⁸⁷. Fazla saatlerle çalışma ücretine ilişkin açılan davada, işçinin fazla çalışma yaptığını ispat etmesi halinde bu kez işçiye fazla çalışmanın karşılığının verildiği yönündeki delil ikame yükü işverene geçer³⁸⁸. Yani, fazla saatlerle çalışma talepli olarak açılan davalarda başlangıçta hem ispat yükü hem de delil ikame yükü işçide olmakla birlikte, delillerin ikamesinden sonra duruma

³⁸⁶ Yarg. 7.H.D., 03.04.2014 gün ve E. 2013/15880, K. 2014/7395, (Çalışma ve Toplum, Yıl:2015/2, Sayı:45, s.219-220).

³⁸⁷ Yarg. 9.H.D., 18.07.2008 gün ve E. 2007/25885, K. 2008/20584, (Çalışma ve Toplum, Yıl:2009/2, Sayı:21, s.156-157). Yarg. 9.H.D., 17.09.2009 gün ve E. 2008/9372, K. 2009/23312, (Çalışma ve Toplum, Yıl:2010/2, Sayı:25, s.566-570). Yarg. 9.H.D., 05.05.2014 gün ve E. 2012/9712, K. 2014/14518, (Çalışma ve Toplum, Yıl:2015/4, Sayı:47, s.512-516). Yarg. 7.H.D., 02.04.2014 gün ve E. 2013/26609, K. 2014/7228, (Çalışma ve Toplum, Yıl:2015/2, Sayı:45, s.241-243).

³⁸⁸ İspat, ispat yükü ve delil ikame yüküne ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz.; Atalay, ss.5-22.

göre delil ikame yükünün işverene geçebileceğinden söz edilebilir³⁸⁹. İspat yükünü taşıyan işçi fazla saatlerle çalışma yaptığını ispat etmeye çalışırken, işverenin karşı ispat yoluyla hedefi ise, işçi tarafından hakimde oluşturulan kanaatin sarsılması ve işçinin fazla çalışma ücreti alacaklısı olduğu yönündeki iddialarının doğruluğu hakkında şüphe uyandırmaktır³⁹⁰.

Fazla saatlerle çalışma karşılığında zamlı ücretin ödenmesi ya da serbest zaman verilmesi hukuki işlem niteliğinde olduğundan, karşılığını verdiğini iddia eden işveren bu iddiasını ancak yazılı delil ile ispatlayabilir³⁹¹. Yine Yargıtay kararlarında işveren tarafından fazla çalışma ücretinin ödendiğinin, tanıkla ispat edilemeyeceği³⁹², yazılı delille ispat edilebileceği bunun yanında yemin delili ile³⁹³ de ispatlanabileceği içtihat edilmiştir. Bunun yanında doktrinde³⁹⁴, fazla çalışma yaptığını ispat edemeyen işçinin de işverene yemin teklifinde bulunabileceği³⁹⁵, bu halde işveren yemin edeceğini bildirdikten sonra işçinin başka delil gösteremeyeceği savunulmaktadır. İşveren yemin eda edemez ise, yemin konusu olan fazla çalışmayı ikrar etmiş sayılır. İşverenin, işçinin fazla çalışma yaptığını ikrar etmesi, işçiye karşılığının ödendiğine ilişkin yemin teklifinde bulunmasına engel değildir.

İşveren işçiye yaptığı her ödemeyi imzasını taşıyan bordro, her işçiye ait bir ücret kartonu, ücret fişi ya da makbuz gibi belgelerle ya da işçiye 37. madde kapsamında düzenleyip vermekle yükümlü olduğu hesap pusulasının imzalı örneği ile, banka kanalıyla yapılan ödemelerde ise yazılan açıklama ile ispatlayabilmesi mümkündür³⁹⁶.

İşverenin fazla çalışma ücretini ödemediğinin ispatında, bordroların ispat işlevini doktrin ve Yargıtay kararları çerçevesinde yukarıda değerlendirdiğimiz için, tekrara düşmemek için anılan kısımlara atıf yapmakla yetiniyoruz³⁹⁷.

³⁸⁹ Atalay, s.19.

³⁹⁰ Atalay, s.7.

³⁹¹ Demir, s.199. Ekonomi, İşin Düzenlenmesi, s.45. Eyrenci, Fazla Saatler, s.460. Göksel, s.1017-1018. Günay, Fazla Çalışma, s.31. Karacan, s.118. Narmanlıoğlu, Fazla Çalışma, s.36. Öcalan, s.1644. Şakar, İlke, s.245-246. Tiryaki, Delil, s.1. Ulubey, s.182-183. Yazılı sözleşme ya da açık bir muvafakat bulunduğu takdirde tanıkla ispatın mümkün olduğuna ilişkin görüş için bkz.; Ağır, s.113-114.

³⁹² Yarg. 9. H.D., 09.05.2002 gün ve E. 2002/291, K. 2002/7370, (Günay, Şerh, s.1937).

³⁹³ Yarg. 9.H.D., 17.09.2009 gün ve E. 2008/9372, K. 2009/23312, (Çalışma ve Toplum, Yıl:2010/2, Sayı:25, s.566-570). Yarg. 9.H.D., 05.05.2014 gün ve E. 2012/9712, K. 2014/14518, (Çalışma ve Toplum, Yıl:2015/4, Sayı:47, s.512-516).

³⁹⁴ Tiryaki, Delil, s.2.

³⁹⁵ İşçinin fazla çalışma yaptığı iddiasını yemin delili ile ispat edemeyeceğine ilişkin bkz.; Yarg. 9. H.D., 16.02.1981 gün ve E. 1981/16241, K. 1981/1842, (Çenberci, s.828).

³⁹⁶ Ekonomi, İşin Düzenlenmesi, s.45

³⁹⁷ İkinci Bölüm, II., A., 2., b., (2).

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

FAZLA SAATLERLE ÇALIŞMAYA BAĞLANAN HUKUKİ SONUÇLAR

I. Fazla Çalışma Ücreti

4857 sayılı İş Kanunu'na göre, her bir fazla saat çalışma için verilecek ücret normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının yüzde elli yükseltilmesi suretiyle ödenir. (m.41/II) Fazla süreli çalışmalarda, her bir saat fazla çalışma için verilecek ücret normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının yüzde yirmibeş yükseltilmesiyle ödenir. (m.41/III) Dolayısıyla ödeme şekli ne olursa olsun işçinin bir saatlik ücreti bulunarak hesaplama yapılması gerekmektedir.

İş Kanununa İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği'nin 5. maddesinin 2. fıkrasında fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma sürelerinin hesabında yarım saatten az olan sürelerin yarım saat, yarım saati aşan sürelerin ise bir saat sayılacağı düzenlenmiştir.

Fazla sürelerle çalışma ücretinin fazla çalışma ücretinden daha düşük belirlenmesi doktrinde eleştirilere konu edilmiştir. Doktrinde bir kısım yazarlar tarafından³⁹⁸, 4857 sayılı Kanun ile yasalaşan fazla sürelerle çalışma ücretine ilişkin hükmün, fazla çalışmanın niteliğinde bir değişme olmamasına rağmen, bu şekilde bir ayırım yapılmasına neden olarak işverenlere haftalık 45 saatin altında çalışma süresi belirlememeyi dayatmaya yönelik olduğu gerekçesiyle Anayasa'nın 48. ve 53. maddelerine aykırı olduğu, aynı zamanda toplu pazarlık sistemine de dolaylı bir müdahale anlamına geldiği savunulmaktadır. Bir diğer görüşe göre³⁹⁹, taraflarca haftalık 45 saatin altında çalışma süresi belirlenmiş olması durumunda, 4857 sayılı Kanun ile getirilen zamlı ücret oranı, uygulamada oluşan önceki duruma göre daha az olmakla birlikte, bunun gerekçesi işçinin daha az efor sarf etmesi, nimet külfet dengesi ölçütünün dikkate alınmasıdır. Kanaatimizce yasal olarak 45 saat haftalık çalışma süresi belirlenmiş olup, işverenin kendi menfaatlerini de değerlendirerek ya da sırf işçinin menfaatine olacak şekilde haftalık 45 saatin altında çalışma süresi belirlenmesi halinde, 45 saate kadar olan çalışmaların zamlı ücretinin daha düşük olması hakkaniyete uygundur. Yasa zaten 45 saate kadar olan çalışmalara cevaz vermişken, haftalık çalışma süresi 45 saatin altında olan işyerlerinde 45 saate kadar

³⁹⁸ Şakar, s.114. Şakar, Fazla Çalışma, s.16,18. Şakar, İlke, s.244.

³⁹⁹ Kılıçoğlu, s.398.

olan çalışmalarla 45 saati aşan çalışmaları eş değer tutmak işverenleri haftalık çalışma süresini 45 saatin altına çekmemeye de yönltebilecektir. Bu nedenle fazla sürelerle çalışma ücretinin fazla çalışma ücretinden daha düşük belirlenmesi bizce yerindedir. Kaldı ki, taraflarca daha yüksek oranda fazla saatlerle çalışma ücreti de belirlenebilir.

Fazla çalışma karşılığı ve fazla süreli çalışma karşılığı ödenecek olan zamlı ücrete ilişkin düzenlemeler nisbi emredici nitelikte olup⁴⁰⁰, işçi lehine sözleşme ile artırılabilir. Ancak fazla çalışma yapılması halinde karşılığının ödenmeyeceği ya da işçinin fazla çalışma yapmaması halinde ücretinden düşüleceği kararlaştırılamaz. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 102/l-c maddesinde fazla çalışmalara ilişkin ücretin ödenmemesi yaptırıma bağlanmıştır. Ancak anılan madde de fazla saatlerle çalışma kavramı yerine, fazla çalışma kavramı kullanılmış olup, cezaların kanuniliği ilkesi gereğince fazla sürelerle çalışma ücretinin ödenmemesi halinde yaptırım uygulanamayacaktır⁴⁰¹.

4857 sayılı Kanuna, 10.09.2014 tarihli 6552 sayılı Kanun ile eklenen hükme göre yer altında maden işlerinde çalışan işçilere normal fazla çalışma yaptırılamaz. Ancak yasada yer altında maden işlerinde çalışan işçilere, zorunlu nedenle ya da olağanüstü nedenle fazla çalışma yaptırılması halinde haftalık otuz yedi buçuk saati aşan her bir saat fazla çalışma için verilecek ücret, normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının yüzde yüzden az olmamak üzere artırılması suretiyle ödeneceği düzenlenmiştir. Kanun koyucu 4857 sayılı İş Kanunu'nun 41. maddesinde fazla çalışma ücretini normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının yüzde elli yükseltilmesi şeklinde düzenlemişken, *aynı maddede* yer altında maden işlerinde çalışan işçiler için normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının yüzde yüzden az olmamak üzere artırılmasını hüküm altına almıştır. Kanun'da yer altında maden işlerinde çalışan işçiler için fazla çalışma yasağı olması ve istisnai olarak zorunlu ve olağanüstü nedenle çalışan işçilerin fazla çalışma yapabileceği düzenlendiği için, kanun yapma tekniği bakımından zamlı ücretin de sadece zorunlu ve olağanüstü nedenle çalışan işçiler için düzenlendiği kanaatindeyiz. Ancak yüzde yüz zamlı ücretin zorunlu nedenle fazla çalışmanın

⁴⁰⁰ Esener, s.204. Yazar, fazla mesai ücretinin %50'nin üzerinde sabit bir oran belirlenebileceği gibi, çalışılan saatlerin sayısına göre, örneğin birinci saat fazla çalışma için %50, sonrakiler için %60 zamlı ücret gibi kademeli belirlenebileceğini isabetli olarak savunmuştur. Alpaslan, s.5. Yazara göre, Kanun'da belirlenen oranlar sınırlı sayma yoluyla düzenlenmiştir. Bu nedenle Kanunda belirlenen bu oranları asgari miktar kabul edip, belirlenen sınırı sözleşme serbestisi ile aşmak ve fazla çalışma saat ücretini bu oranları aşacak şekilde belirlemek mümkün değildir.

⁴⁰¹ Caniklioğlu/Canbolat, s.245. Yazarlara göre, bu husus bilinçli olarak değil gözden kaçma neticesinde kanunda yer almamıştır.

düzenlendiği 42. madde veya olağanüstü nedenle fazla çalışmanın düzenlendiği 43. maddede değil de olağan nedenlerle fazla çalışmanın düzenlendiği 41. maddede düzenlenmesi nedeniyle, yer altında maden işlerinde çalışan işçiye normal fazla çalışma yaptırılması yasak olmasına rağmen, yaptırılması halinde de normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının yüzde yüzden az olmamak üzere⁴⁰² artırılması suretiyle ödenmesi gerektiğini düşünüyoruz⁴⁰³. Aksinin kabulü fazla çalışma sebebine göre ücretinin belirlenmesi anlamı taşır. Fazla çalışma ücretinin zamlı ödenmesinin ve çalışma sürelerine getirilen sınırın temel sebebi işçi sağlığı olup, hangi saikle fazla çalışma talep edildiğinin ücret miktarının belirlenmesinde önemi yoktur.

Türk Borçlar Kanunu'nun 402. maddesinde fazla çalışma karşılığı olarak yüzde elli zamlı ücret ödeneceği düzenlenmişse de fazla süreli çalışmalara ilişkin bir düzenleme yapılmamıştır. 6098 sayılı Kanuna göre, normal çalışma süresinin, 4857 sayılı Kanun anlamında normal çalışma süresi olduğunun kabulü halinde, Borçlar Kanunu'na tabi olarak çalışan işçiler için 45 saatin altında bir çalışma süresi haftalık normal çalışma süresi olarak belirlenmişse, bu miktarı aşan çalışmaların karşılığı fazla çalışma olmayacaktır⁴⁰⁴. Bu nedenle de, Borçlar Kanunu'na tabi işçilerin fazla sürelerle çalışma ücreti talep edemeyecekleri kabul edilmektedir⁴⁰⁵.

5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun'un Ek Madde 1 hükmü gereğince; *her bir fazla çalışma saati için verilecek ücret, normal çalışma saati ücretinin % 50 fazlasıdır. Ancak, günlük normal çalışma müddetine ilaveten bu madde gereğince tatbik edilecek fazla çalışmaların saat 24 den sonraya tesadüf eden saatlerinde ücret bir misli fazlasıyla ödenir.* 854 sayılı Deniz İş Kanunu'nun 28. maddesine göre; *yapılacak fazla çalışmanın her saatine ödenecek ücret normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarı % 25 oranında artırılmak suretiyle bulunacak miktardan az olamaz.*

Aksi kararlaştırılmamışsa, fazla çalışma ücreti normal saat ücretinin zamlı ödenmesinden ibaret olduğundan işçinin çıplak ücreti üzerinden hesaplama

⁴⁰² Fazla sürelerle çalışma ücretinin yine yüzde 25 zamlı olarak ödenmesi gerektiğine ilişkin bkz.; Akyiğit, Maden, s.32.

⁴⁰³ Akyiğit, Maden, s.31. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s. 561. Yazarlara göre; Normal fazla çalışma yapan işçilere yüzde yüz zamlı fazla çalışma ücreti ödenmesi gerekir, çünkü eşitlik ilkesi uyarınca aynı durumdaki kişilere aynı kuralın uygulanması gerekir.

⁴⁰⁴ Mollamahmutoğlu/Astarlı, s. 601. Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.1270.

⁴⁰⁵ Mollamahmutoğlu/Astarlı, s. 601, 606. Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.1251. Özcan, s.316.

yapılmalıdır. Yargıtay kararlarında⁴⁰⁶ ve doktrinde⁴⁰⁷ de isabetli bir şekilde değerlendirildiği üzere, geçmiş yıllara ait fazla çalışma ücreti belirlenirken kanunda açık bir düzenleme olmadığından son dönem ücreti değil, hesaplama yapılan her dönem için, çalışıldığı dönem ücretinin esas alınması gerekir.

Bazı işverenler daha az vergi ve sigorta primi ödemek için, işçilerle yaptıkları iş sözleşmelerine ve ücret bordrolarına işçilerin gerçek ücret miktarlarını yansıtmamaktadır. Bu durumda Yargıtay kararlarında⁴⁰⁸, işverenin düzenlemekle yükümlü olduğu belgeler aracılığıyla kendi muvazaasına dayanamayacağından işçinin kıdemi, meslek unvanı, fiilen yaptığı iş, işyerinin özellikleri, emsal işçilere ödenen ücretler dikkate alınarak imzalı bordrolarda yer alan ücretin gerçeği yansıtmadığı şüphesi ortaya çıktığında, işçinin gerçek ücretinin ne kadar olduğunun araştırılması gerektiği içtihat edilmektedir. İşçinin bu şekilde yapılan araştırma neticesinde ya da başka bir nedenle geçmiş dönemlere ait ücretinin belirlenememesi halinde bilinen ücretinin asgari ücrete oranlanması yapılarak bilinmeyen dönem ücretinin tespiti yapılır⁴⁰⁹. Ancak işçinin anılan dönemler içinde terfi alması, görev değişiklikleri, toplu iş sözleşmesi gibi esaslı ücret değişikliklerinin söz konusu olması halinde işçinin çalıştığı işe uygun meslek kuruluşlarından bilinmeyen dönem ücretlerinin ayrıca sorulması gerekmektedir⁴¹⁰. Meslek kuruluşlarından da sonuç alınamaması halinde bilinmeyen dönemler için hesaplamada asgari ücret esas alınmalıdır. Doktrinde⁴¹¹, işçinin fazla çalışma yaptığı dönem ücreti bilinmiyorsa ya da tespit edilememişse o dönem asgari ücretinin esas alınması gerektiği savunulmaktadır.

⁴⁰⁶ Yarg. 9. H.D., 18.02.2002 gün ve E.2002/101, K.2002/2797, (Savaş Taşkent, F. Barış Mutlay ve Gizem Sarıbay Öztürk. **Açıklamalı İçtihatlı 4857 Sayılı İş Kanunu**, Beta Yayıncılık, Yenilenmiş 5. Bası, İstanbul 2011, s.237). Yarg. 9.H.D., 10.03.2014 gün ve E. 2012/3467, K. 2014/7609, (Çalışma ve Toplum, Yıl:2015/2, Sayı:45, s.322-324). Yarg. 9. H.D., 12.03.2001 gün ve E. 2001/406, K. 2001/3826, (Akyiğit, Karar, s.971).

⁴⁰⁷ Akyiğit, s.11. Astarlı, s.217. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s.564. Çil, s.866. Çil, Şerh, s.2498. Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s.267. Güven/Aydın, s.323. Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.1254. Narmanlioğlu, s.665-666. Özcan, s.317, 327. Songu, s.375. Süzek 809. Şakar, s.115.

⁴⁰⁸ Yarg. 9.H.D., 17.12.2009 gün ve E. 2008/12376, K. 2009/35575, (Çalışma ve Toplum, Yıl:2010/2, Sayı:25, s.425-428). Yarg. 9.H.D., 06.05.2014 gün ve E. 2012/14454, K. 2014/14594, (Çalışma ve Toplum, Yıl:2015/4, Sayı:47, s.507-511). Yarg. 7.H.D., 22.05.2014 gün ve E. 2014/3219, K. 2014/11068, (Çalışma ve Toplum, Yıl:2015/3, Sayı:46, s.272-275).

⁴⁰⁹ Yarg. 7. H.D., 23.02.2015 gün ve E. 2015/2877, K. 2015/2224, (Yayınlanmamıştır).

⁴¹⁰ Yarg. 9.H.D., 10.03.2014 gün ve E. 2012/3467, K. 2014/7609, (Çalışma ve Toplum, Yıl:2015/2, Sayı:45, s.322-324).

⁴¹¹ Akyiğit, s.12. Çil, Şerh, s.2499. Çil, Fazla Çalışma, s.70. Günay, Şerh, s.1868,1871. Günay, Fazla Çalışma, s.32. Narmanlioğlu, s.666. Narmanlioğlu, Fazla Çalışma, s.39. Songu, s.375-376. Topçu, s.201.

A. Zamana Göre Çalışma Karşılığı Ücret Ödenmesi Halinde Fazla Çalışma Ücreti

İş Kanunu'nda fazla çalışma ücreti işçinin saat başına düşen ücret miktarına göre belirlenmiş olup, günlük, haftalık, aylık olarak zamana göre belirlenen ücret şekillerinde, işçinin saat ücreti hesaplandıktan sonra bulunacak miktar, Yasada belirlenen yüzdelerle göre artırılır.

Doktrinde bir görüşe⁴¹² göre ücretin gündelik, haftalık, aylık olarak belirlenmesi halinde ücret yıl üzerinden saate çevrilir. Şöyle ki; aylık ücret ise; işçinin aylık ücreti, ay sayısı olan 12 ile çarpılır, ve hafta sayısı olan 52'ye bölünerek haftalık ücreti bulunur. Haftalık ücreti bu şekilde bulunduktan sonra ya da ücret ödeme şekli haftalık ücret ise, bu ücret haftalık gün sayısı olan 7 güne bölünerek⁴¹³, bu ücret de günlük normal çalışma süresine bölünerek normal çalışma saati belirlenmiş olur. Başka bir görüşe göre⁴¹⁴, işçinin aylık ücreti 30'a bölünerek günlük ücreti bulunur. Bulunan günlük ücret, haftada 1 gün hafta tatili belirlenmek zorunda olduğundan haftalık 45 saat çalışma süresinin 6'ya bölünmesi ile bulunan 7,5 saate bölünerek işçinin saat ücreti bulunmalıdır. Yani işçinin, aylık ücretinin 225'e bölünmesi gerektiği savunulmaktadır. Kanaatimizce ilk görüş, işçinin ücretinin yıl içinde değişebileceği ve fazla çalışma ücretinin çalışıldığı dönem ücreti üzerinden ödenmesi gerektiği hususları göz ardı edildiği için ikinci görüş ise çalışılmayan hafta tatili ücretinin aylık ücretin içinde ödendiği hususunu göz ardı ettiğinden yerinde değildir. İşçinin aylık ücretinin 30'a bölünerek bulunan günlük ücretinin de 7,5 saate bölünmesiyle saat ücretinin tespit edilmesi gereklidir⁴¹⁵.

Maktu aylıklı çalışan işçilerin, fazla çalışma ücretlerinin aylık ücretlerine dahil olduğu kararlaştırılmışsa, yıllık 270 saate kadar olan fazla çalışma ücretleri, yıl içinde 270 saatin dolduğu tarih dikkate alınarak hesaplanmalıdır. Bu konuda daha önce açıklama yapıldığından tekrara düşmemek adına anılan kısma atıf yapmakla yetiniyoruz⁴¹⁶.

⁴¹² Astarlı, s.216. Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.1251.

⁴¹³ Narmanlıoğlu, Fazla Çalışma, s.38. Yazara göre, haftalık ücret alanlar için işçinin çalıştığı günlere göre bir günlük ücreti bulunur.

⁴¹⁴ Baysal, s.22-23.

⁴¹⁵ Fazla sürelerle çalışma saat ücretinin, işçinin aylık ücretinin 30'a bölünüp günlük ücreti, günlük ücretinin ise fiilen anlaşılan günlük çalışma süresine değil 7,5 saate bölünerek hesaplanması gerekeceği ve gerekçesi için bkz.; Güner, Fazla Çalışma, s.3.

⁴¹⁶ Bkz; İkinci Bölüm, I., D., 4., g.

B. Parça Başına(Akort) Veya Götürü Ücret Ödenmesi Halinde Fazla Çalışma Ücreti

İş Kanununa ilişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği'nin 4. maddesinin 3. fıkrasında parça başına ya da akort ücretle çalışan işçiler bakımından ödenecek ücret iki şekilde düzenlenmiştir. Şöyle ki; parça başına veya yapılan iş tutarına göre ücret ödenen işlerde, fazla çalışma süresince işçinin ürettiği parça veya iş tutarının hesaplanmasında zorluk çekilmeyen hallerde, her bir fazla saat içinde yapılan parçayı veya iş tutarını karşılayan ücret esas alınarak fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma ücreti hesaplanır. Bu usulün uygulanmasında zorluk çekilen hallerde, parça başına veya yapılan iş 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. Bu yolla bulunan bir saatlik parça veya iş tutarına düşecek bir saatlik normal ücretin, yüzde elli fazlası fazla çalışma ücreti, yüzde yirmibeş fazlası fazla sürelerle çalışma ücretidir.

İşçinin ücreti yaptığı parça başına ödenmesi halinde, zaten yaptığı her parça için ücretini aldığından, haftalık çalışma süresinin üstünde çalışması halinde de parçaların karşılığını alacaktır. Fazla çalışma sayılan saatlerde yapılan her parça için ücretinin zamsız karşılığı ödendiğinden, burada ödenmesi gereken fazla çalışma ücreti sadece zamlı kısmın karşılığıdır⁴¹⁷. İşçiye parça başı yapılan ödemeler fazla çalışmanın zamsız karşılığını oluşturduğundan, sadece %50'lik kısmının hesaplanması gereklidir⁴¹⁸. Yine fazla sürelerle çalışma ücreti talep edilmesi halinde de sadece %25'lik kısmının hesaplanması gereklidir.

C. Yüzde Usulü Veya Bahşişler İle Ücret Ödenmesi Halinde Fazla Çalışma Ücreti

İşçinin ücretinin yüzdeler üzerinden ödenmesi halinde, 4857 sayılı İş Kanununun 51. maddesi gereğince, yüzdelerden toplanan paraların, işyerinde çalışan tüm işçilere, yapılan işlerin niteliğine göre, hangi esaslar ve oranlar

⁴¹⁷ Aksi yönde; Faruk Yüksel, "Parça Başına ve Yüzde Usulüyle Çalışan İşçilerin Fazla Çalışma Ücretleri Nasıl Hesaplanır?", *Yaklaşım Dergisi*, Sayı:235, Temmuz 2012, <http://uye.yaklasim.com/Magazine/Print.aspx?ID=14211>, 17.03.2017, s.2-3. Yazara göre, fazla çalışma ücreti 1,5 kat olarak ödenir.

⁴¹⁸ Yarg. 7.H.D., 04.11.2014 gün ve E. 2014/10808, K. 2014/20082, (Çalışma ve Toplum, Yıl:2015/4, Sayı:47, s.383-385). Yarg. 9.H.D., 03.04.2014 gün ve E. 2012/4903, K. 2014/11376, (Çalışma ve Toplum, Yıl:2015/3, Sayı:46, s.382-384). Yarg. 9.H.D., 05.02.2014 gün ve E. 2011/5471, K. 2014/3474, (Çalışma ve Toplum, Yıl:2014/4, Sayı:43, s.373-379).

çerçevesinde dağıtılacağını göstermek amacıyla çıkarılan Yüzdelerden Toplanan Paraların İşçilere Dağıtılması Hakkında Yönetmelik hükümlerine göre belirlenir.

Yüzdelerden Toplanan Paraların İşçilere Dağıtılması Hakkında Yönetmeliğin 5. maddesine göre, işyerinde çalışan her işçi, toplanan yüzdelerden, fiilen çalıştığı gün sayısına ve elde ettiği puana göre yararlanır. İşçinin yaptığı işler, puan cetvelinde birden çok gruba giriyorsa, sadece puanı yüksek olan iş esas alınır. Fazla çalışma yapan ve fazla sürelerle çalışan işçilerin, fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma saatlerine ait puanları, normal çalışma puanlarına eklenir. Yüzdelerden ödenen fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışmanın zamsız karşılığı ile zamlı olarak ödenmesi gereken ücret arasındaki fark, işveren tarafından ödenir.

İşçinin ücreti yüzdelerden toplanan paraların karşılığında ödenmesi halinde, zaten çalıştığı süreye tekabül eden zaman için yüzde olarak ücretini alacağından, haftalık çalışma süresinin üstünde çalışması halinde de yüzdelerden ücretin zamsız karşılığını alacaktır. Başka bir deyişle, fazla çalışma yapılan saatlerin zamsız karşılığı ödendiğinden, burada ödenmesi gereken fazla çalışma ücreti sadece zamlı kısmın karşılığıdır. İşçiye yüzde usulü ödenen ödemeler fazla çalışmanın zamsız karşılığını oluşturduğundan sadece %50'lik kısmının hesaplanması gereklidir⁴¹⁹. Yine fazla sürelerle çalışma ücreti talep edilmesi halinde de sadece %25'lik kısmının hesaplanması gereklidir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 52. maddesi gereğince *yüzde usulünün uygulandığı işyerlerinde işveren, her hesap pusulasının genel toplamını gösteren bir belgeyi işçilerin kendi aralarından seçecekleri bir temsilciye vermekle yükümlüdür*. Kanunda açıkça ifade edildiği üzere, işveren talep gerekmeksizin işçilerin seçmiş olduğu temsilciye anılan hesap pusulasını vermek zorundadır. Maddede geçen hesap pusulası Kanun'un 37. maddesi anlamında hesap pusulası değil, işverence müşterilerin yaptıkları ödemede, müşterilere verdiği pusuladır⁴²⁰. İşveren tarafından bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi, 4857 sayılı Kanun'un 102/I-b hükmü ile yaptırıma bağlanmıştır. Buna göre, 52. maddedeki belgeyi vermeyen işveren veya işveren vekiline dörtyüzelli Türk Lirası⁴²¹ idari para cezası verilir.

Yüzdelerden Toplanan Paraların İşçilere Dağıtılması Hakkında Yönetmeliğin 5. maddesi gereğince düşün, çay, balo, ziyafet ve toplantı gibi ilave işlerden, servis

⁴¹⁹ Yarg. 9.H.D., 05.02.2014 gün ve E. 2011/5471, K. 2014/3474, (Çalışma ve Toplum, Yıl:2014/4, Sayı:43, s.373-379). Yarg. 9.H.D., 02.12.2013 gün ve E. 2011/43648, K. 2013/31451, (Çalışma ve Toplum, Yıl:2014/1, Sayı:40, s.430-435). Yarg. 9. H.D., 10.09.2014 gün ve E. 2012/25035, K. 2014/26019, (www.legalbank.net e.t.18.05.2016).

⁴²⁰ Caniklioğlu/Canbolat, s.243.

⁴²¹ Bu tutar 2018 yılı için 693,00.-TL olarak belirlenmiştir.

karşılığı yüzde alındığı takdirde, bu işler için geçici olarak alınan işçilerin ücretleri, puan cetvelinde yer alan, yapılan iş ve görev unvanları dikkate alınarak hesaplanır⁴²². Ancak, bu tutar çalışılan süreye denk gelen asgari ücretin altında olamaz. İlave işler için alınan işçiler, başka işlerde çalıştırılmaz. (YTPIDHY. m.5)

D. Prim Usulü Ücret Ödenmesi Halinde Fazla Çalışma Ücreti

İşçinin yapmış olduğu işe karşılık olarak aldığı ücretin yanında belirli bir hedefi tutturmasına bağlı olarak değişen prim ödemesi yapılması halinde fazla çalışma ücretine hak kazanıp kazanmayacağı tartışmalıdır. Özellikle satış temsilcilerinin çalışmaları karşılığında, satış hedefine bağlı olarak aldığı primler bu tartışmaları doğurmaktadır. Öğretide, işçi ve işveren arasında, belirli bir zaman diliminde öngörülecek performans hedeflerine ulaşılması konulu sözleşmeler, hedef sözleşmeler olarak tanımlanmıştır⁴²³. Hedef sözleşmelerin şartlarının belirlenmesinde, kural olarak işçinin de işveren kadar pazarlık gücüne sahip olduğu ve çoğu durumda belirlenen hedef karşılığı tutarın asıl ücretin eki niteliğinde olduğu kabul edilir⁴²⁴.

Doktrinde bir kısım yazarlar tarafından⁴²⁵ ve Yargıtay'ın bir kısım kararlarında⁴²⁶ belirli bir hedefi gerçekleştirmesine bağlı olarak prim ödenmesi usulüyle çalışan işçiler yönünden, prim ödemelerinin fazla çalışmayı karşılayıp karşılamadığının araştırılması gerektiği, karşılamaması halinde aradaki farkın işçiye ödenmesi gerektiği değerlendirilmektedir.

Yargıtay bir kısım kararlarında⁴²⁷ ise, "...prim, çalışanı özendirici ve ödüllendirici bir ücret ödemesi olup işverence işçiye garanti edilmiş bir temel ücretin

⁴²² Hesaplamaya ilişkin örnekler için bkz.; Yüksel, s.1-4.

⁴²³ Mahmut Kabakcı, "İş Hukuku Uygulamasında Hedef Sözleşmeleri", **İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar II**, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferans Serisi No:6 İş Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul 2016, s.213.

⁴²⁴ Kabakcı, s.214-215. Yazara göre işçi ile işveren arasında belirlenen hedef sözleşmeler ile işverence tek yanlı tespit edilen hedef birbirinden farklıdır. Hedef sözleşmelerin geçerlilik denetimi TBK m.26 vd. hükümleri ve ücrete ilişkin mevzuat hükümlerine tabi olup, yorumunda TBK m.19 hükmü gereğince tarafların gerçek iradesi esas alınmalı, işverence tek taraflı öngörülen hedeflerin geçerliliği ise TBK m.399 gereğince hakim dürüstlük kuralı çerçevesinde yapacağı denetime tabi olmalıdır. Konuya ilişkin ayrıntılar için bkz.; Kabakcı, s.214 vd.

⁴²⁵ Çavuş, s.194-195. Özcan, İşçilik, s.134.

⁴²⁶ Yarg. 9.H.D., 03.05.2013 gün ve E. 2011/7849, K. 2013/13353, (Çalışma ve Toplum, Yıl:2013/3, Sayı:38, s.498-499). Yarg. 9.H.D., 27.02.2013 gün ve E. 2010/42421, K. 2013/7129, (Çalışma ve Toplum, Yıl:2013/3, Sayı:38, s.536-540). Yarg. 9. H.D., 24.11.2014 gün ve E. 2013/1899, K. 2014/35144, (www.legalbank.net e.t.23.03.2017). Yarg. 7. H.D., 20.04.2016 gün ve E. 2015/6263, K. 2016/8660, (www.legalbank.net e.t.23.03.2017).

⁴²⁷ Yarg. 9. H.D., 17.09.2015 gün ve E. 2014/12296, K. 2015/26204, (www.legalbank.net e.t.23.03.2017). Yarg. 9. H.D., 26.01.2016 gün ve E. 2014/29355, K. 2016/1962, (www.legalbank.net

üzerine belirli bir usule bağlı olarak ödenen ek bir ücrettir. İşverenin istek ve değerlendirmesine bağlı olabileceği gibi, sözleşme gereği olarak da verilebilir. Genel olarak pazarlamacılık sureti ile satışlarda çalışanların ücret yanında satış bedelinden belirli oranda prim (komisyon) aldıkları bilinen bir olgudur. Fazla mesai ise kural olarak 4857 sayılı İş Kanunu'na göre, kanunda yazılı şartlar çerçevesinde, haftalık 45 saati aşan çalışmalardır. İşçi fazla mesai yapsın yapmasın prim ödemesi var ise bu ek ücrete hak kazanır. İşçinin fazla mesai yapması halinde ödenen primin fazla mesai ücretini de kapsadığı ve bu nedenle mahsubu gerektiği gerekçesi isabetli değildir. Ancak bu şekilde çalışan işçi fazla mesai yaptıkça buna bağlı olarak prime de fazladan hak kazanacağından, bir anlamda yüzde usulü çalıştığıının kabulü gerekecektir. Bu durumda ise davacının fazla mesai ücretinin sadece % 50 zamlı kısmının hesaplanarak hüküm altına alınması gerekir..." şeklinde içtihat etmiştir.

Yargıtay'ın bir başka kararında⁴²⁸ ise, primlerin kota tutturulmasına bağlı⁴²⁹ olması durumunda fazla çalışma ücretinin sabit ücret üzerinden %50 zamlı olarak hesaplanması gerektiği, şirket performansına bağlı olması durumunda ise fazla mesai alacağının prim mahsup edilmeksizin hesaplanması gerektiği içtihat edilmiştir.

Prim, baştan belirlenen objektif ve sübjektif şartların gerçekleşmesine bağlı olarak ödenen ücret eki ya da asıl ücretin bir parçasıdır⁴³⁰. Bu nedenle prim ve fazla çalışma birbirinden farklı kavramlar olduğundan aynıymış gibi mahsuplaşmaya gidilmesi hatalıdır. İşçiye satış rakamları üzerinden ödenen prim, işçinin ücretinin bir kısmının satış rakamları üzerinden yüzde usulü ya da parça başı ödeme yapılmak suretiyle belirlenmesinin sonucu olan bir ücret türüdür. Bu nedenle de, işçinin bu miktarı hak etmek için haftalık ve günlük çalışma saatlerinin üstünde fazla saatlerle

e.t.23.03.2017). Yarg. 9. H.D., 12.05.2016 gün ve E. 2015/891, K. 2016/12103, (www.legalbank.net e.t.23.03.2017).

⁴²⁸ Yarg. 22. H.D., 24.03.2016 gün ve E. 2015/2317, K. 2016/9373, (www.legalbank.net e.t.23.03.2017). Yargıtay benzer yönde bir başka kararında; "...davacı satış şefi olup, satışlar üzerinden belirli bir prim almaktadır. Bu prim mesai yapılsın veya yapılmazın alınmaktadır. Davacı dışarda pazarlamacılık usulü ile gezip satış temsilcisi konumunda değildir... ..İşçinin fazla mesai yapması halinde ödenen primin fazla mesai ücretini de kapsadığı ve bu nedenle mahsubu gerektiği gerekçesi isabetli değildir..." şeklinde içtihat etmiştir. Yarg. 9. H.D., 09.02.2015 gün ve E. 2013/8148, K. 2015/4634, (Çalışma ve Toplum, Yıl:2015/3, Sayı:46, s.346-348).

⁴²⁹ Belirli bir kotanın aşılması halinde katkıda bulunan herkese verilen primin, kotanın aşılması halinde işverenin takdirine bağlı olmaması nedeniyle, ücretin eki niteliğinde bir komisyon ücreti olacağına ilişkin bkz.; Ulucan, s.186-188. Yazara göre satış temsilcilerinin kural olarak fazla çalışma yapıp yapmadıklarının tespit edilmesi güç olduğundan, ücretine ek olarak komisyon ya da prim almaları şeklinde bir ücret belirleme yöntemi benimsenir ve aksi kararlaştırılmamışsa bu sistemin içinde fazla çalışma ücreti yer almaz. Açıkça yazılı olarak kararlaştırılmasa dahi fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dahil edildiğinin kabulü gerekir.

⁴³⁰ Kabakcı, s.224-225. Prim ve ikramiyenin niteliğine ilişkin bkz.; Kabakcı, s.224 vd.

çalışarak satışı ya da performansını artırarak hak ettiği prim olarak ödenen tutar, ancak bu sürelerin zamsız karşılığı sayılabilir ve %50 zam kısmının hesaplanarak ödenmesi gerekir⁴³¹.

E. Fazla Saatlerle Çalışma Ücretinin Zamanında Ödenmemesi

1. Zamanında Ödenmeyen Fazla Saatlerle Çalışma Ücretine İşleyecek Faiz

4857 sayılı İş Kanunu'nun 34. maddesi gereğince ücret alacağının gününde ödenmemesi halinde, bankalarca mevduata uygulanan en yüksek faiz ile birlikte ödeme yapılması gereklidir. İş Kanununa ilişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği'nin 10. maddesi ile 4857 sayılı Kanun'un 34. maddesine atıfta bulunulduğundan ve zaten fazla çalışma ücreti de geniş anlamda ücret olduğundan gününde ödenmemesi halinde, bankalarca mevduata uygulanan en yüksek faiz ile birlikte ödeme yapılması gereklidir⁴³². Bu nedenle işçinin fazla çalışma ücretine yasal faiz uygulanması talebi, açıkça 3095 sayılı Kanun anlamında yasal faiz ya da belirli bir oran üzerinden istenildiği belirtilmediği sürece İş Kanunu'nun 34. maddesi anlamında mevduata uygulanan en yüksek faiz olarak anlaşılmalıdır⁴³³.

Öğretide savunulan bir görüşe göre⁴³⁴, fazla çalışma ücretinin toplu iş sözleşmesiyle %50'nin üzerinde belirlenmesi halinde, fazla çalışma ücretine işletilmesi gereken temerrüt faizi de artık bankalarca mevduata uygulanan en yüksek faiz değil, en yüksek işletme kredisi faizi olmalıdır. Yine aynı görüşe göre, fazla çalışma ücretinin %50 zamlı kısmına mevduata uygulanan faiz, geri kalanına işletme kredisi faizi değil, toplu iş sözleşmesinden doğan bir hak olduğundan tamamına işletme kredisi faizi uygulanmalıdır. Ancak bu görüşe göre toplu iş sözleşmesinde fazla çalışma ücretinin zamlı kısmının %50 olarak belirlenmesi halinde, yasa hükmünün tekrar edildiği kabul edilerek, toplu iş sözleşmesinden doğan bir hak olmadığından uygulanacak faizin de mevduata uygulanan en yüksek

⁴³¹ Çil, s.813.

⁴³² Yargıtay'ın bir kısım kararlarında, fazla çalışma ücretine yasal faiz talep edilmesi halinde, bankalarca uygulanan en yüksek mevduat faizini geçmemek üzere yasal faize hükmedilmesi gerektiği değerlendirilmektedir; Yarg. 7. H.D., 06.11.2013 gün, E. 2013/11832, K. 2013/18510, (Çil, s.892-893).

⁴³³ Çil, s.889. Narmanlıoğlu, s.667-668. Öcalan, s.1652. Özcan, s.327. Yazara göre açıkça mevduat faizi yerine yasal faiz istenilmişse, yasal faizi aşmamak kaydıyla mevduata fiilen uygulanan en yüksek faize hükmedilmesi gerekir. Aksi görüş için bkz.; Güven/Aydın, s.323; Yazara göre; geçmiş dönemdeki ücret düzeyinden hesaplanan fazla çalışma ücretine yasal faiz oranı uygulanmalıdır.

⁴³⁴ Çiçek, s.198. Çil, Şerh, s.2498. Çil, Fazla Çalışma, s.69. Demir, s.202.

faiz olarak kabul edilmesi gerekir. Yargıtay kararlarında da⁴³⁵, yasa hükmü ile toplu iş sözleşmesi hükmü paralellik taşıdığına, en yüksek işletme kredisi faizi değil, yasa gereği düzenlenen faize hükmedilmesi gerektiği içtihat edilmektedir. Bir diğer görüşe göre ise⁴³⁶, fazla çalışma ücreti toplu iş sözleşmesinde yer alan bir düzenlemeye göre talep ediliyorsa, bu durumda toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan bir talep söz konusu olduğundan uygulanacak faiz de işletme kredisi faizi olmalıdır. Yine bir başka görüşe göre ise⁴³⁷, sözleşmede veya toplu iş sözleşmesinde faiz konusu düzenlenmişse sözleşmedeki faiz oranının uygulanması aksi takdirde mevduata uygulanan en yüksek faizin uygulanması gereklidir.

2. Fazla Saatlerle Çalışma Ücretine İlişkin Faiz Başlangıç Tarihi

Toplu iş sözleşmesi ya da bireysel iş sözleşmesinde fazla çalışmaların ödenme tarihi açıkça düzenlenmişse işverenin ayrıca temerrüde düşürülmesine gerek yoktur⁴³⁸. Ancak bu konuda açıkça düzenleme bulunmaması halinde Yargıtay kararlarında⁴³⁹ ve doktrinde bir kısım yazarlara göre⁴⁴⁰, fazla çalışma ücretine ilişkin faiz talep edebilmek için, işverenin temerrüde düşürülmesi gereklidir. Temerrüde ilişkin gönderilen ihtarnamede belirtilen miktarla sınırlı olarak temerrüt gerçekleşeceği, ihtarname ile temerrüde düşürülmemesi halinde, ya da ihtarname ile temerrüde düşürülse dahi daha yüksek alacak tespit edilmesi halinde bakiye kısımlar için dava, ıslah, ilamsız icra takibi ve ek dava tarihi dikkate alınacaktır. Doktrinde bir kısım yazarlara göre ise, ücret alacağı çalışılmasını takip eden ayda, fazla çalışma ücret alacağı da kural olarak takip eden ayda muaccel olacağından⁴⁴¹ ve belirli vadeye bağlı dönemsel bir alacak olduğundan işverenin ayrıca temerrüde düşürülmesine gerek yoktur⁴⁴².

Kanaatimizce, İş Kanununa İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği'nin 10. maddesinde *işçilerin işlemiş olan fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma ücretlerinin normal çalışmalarına ait ücretlerle birlikte, 4857 sayılı İş*

⁴³⁵ Yarg. 9. H.D., 24.03.1997 gün ve E. 1996/22177, K. 1997/5677, (Günay, Şerh, s.1978).

⁴³⁶ Karacan, s.137-138.

⁴³⁷ Ağır, s.127. Narmanlioğlu, s.667-668. Narmanlioğlu, Fazla Çalışma, s.40.

⁴³⁸ Yarg. 9. H.D., 11.04.2005 gün ve E. 2005/8566, K. 2005/12857, (Narmanlioğlu, s.668).

⁴³⁹ Yarg. 22 H.D., 16.06.2014 gün ve E.2013/15215, K.2014/17330, (Çil, s.890).

⁴⁴⁰ Ağır, s.126. Çil, s.890. Çil, Şerh, s.2506. Çil, Fazla Çalışma, s.77. Özcan, s.326.

⁴⁴¹ Cumhuriyet Sinan Özdemir, *İş Kanunu'na Göre İşveren ve İşçi Rehberi*, Adalet Yayınevi, Ankara 2010, s.153. Karacan, s.141. Karakaş, s.261. Narmanlioğlu, s.665.

⁴⁴² Akyiğit, s.20. Demir, s.202. Yazara göre, fazla çalışma ücreti de, aylık ücret gibi doğduğu tarihten itibaren 20 gün sonra muaccel olur ve işverenin ayrıca temerrüde düşürülmesi gerekmez. Fazla çalışma ücretine 21. günden itibaren faiz yürütülmelidir. Karacan, s.141.

Kanununun 32 ve 34 üncü maddeleri uyarınca ödeneceği ve 4857 sayılı Kanun'un 32/5 maddesine göre ücretin en geç ayda bir ödenmesi gerektiği düzenlemeleri karşısında, fazla çalışma ücretinin de çalışma karşılığı olması nedeniyle, en geç bir aylık çalışmayı takip eden ay sonunda ödenmesi gerekmektedir. Ücret alacağı çalışılmasını takip eden ayda, fazla çalışma ücret alacağı da kural olarak fazla çalışmayı takip eden ayda muaccel olacağından ve belirli vadeye bağlı dönemsel bir alacak olduğundan işverenin ayrıca temerrüde düşürülmesine gerek yoktur. Yine iş sözleşmesinde veya toplu iş sözleşmesinde ücret ödeme gününün belirlenmiş olması halinde gerek aylık ücret gerekse fazla çalışma ücreti için işverenin temerrüde düşürülmesine gerek olmadığı konusunda duraksamamak gerekir. Bunun ötesinde, işçinin işe girdiği tarihten itibaren en geç ayda bir ücretinin ödenmesi gerektiğinden, anılan bir aylık süre sonundan, bu olmadığı takdirde en geç 4857 sayılı İş Kanunu'nun 34. maddesi gereğince işçinin iş görmekten kaçınma hakkının doğduğu yirminci günden itibaren, işverenin temerrüde düşürülmesine gerek olmaksızın fazla çalışma ücretine faiz işletilmesi gerektiğini düşünüyoruz. Belirli vade borcun ifa edileceği zamanın taraflarca kararlaştırılmış olmasını ifade eder. İşçinin Kanun gereği en geç ayda bir ücretinin ödenmesi gerekli olup, bu sürenin üzerinden 20 gün geçtiğinden bahisle işçinin iş görmekten kaçınma hakkının doğduğu anda taraflarca ücretin ödeneceği zamanın kararlaştırılmadığından bahsedilemez.

854 sayılı Deniz İş Kanunu'nun 28. maddesine göre, fazla saatlerle çalışmaları belgelemek üzere işveren veya işveren vekili noterden tasdikli ayrı bir defter tutmak zorundadır. Bu defterde gemiadamına uygulanan zam nispetleriyle fazla çalışmanın yapıldığı gün ve o güne düşen miktarı ve gemiadamının hakettiği fazla çalışma ücreti gösterilir. Fazla saatlerle çalışma ücretlerinin asıl ücretler için hizmet aktinde gösterilmiş bulunan zaman, yer ve devrelerde, işveren veya işveren vekili tarafından gemiadamlarına tam olarak ödenmesi zorunludur. (DİK m.28) Yine Deniz İş Kanunu'nun 29. maddesine göre ücret ödeme devresi bir aydan fazla olamaz.

5953 sayılı Kanun'un ek madde 1 hükmüne göre bu Kanuna tabi işçilere fazla çalışma ücretinin, mütaakip ücret tediyesiyle birlikte ödenmesi mecburidir. Fazla çalışma ücretlerinin gününde verilmemesi halinde, her geçen gün için % 5 fazlasıyla ödenir. Yine anılan Kanun'un 14. maddesi gereğince kararlaştırılan ücret, her ay peşin olarak ödenir ve gazetecilere ücretlerini vaktinde ödemeyen işverenler, bu ücretleri, geçecek her gün için yüzde beş fazlasıyla ödemeye mecburdurlar. Bu

hükümler karşısında, temerrüt şartı aranmadığından 4857 sayılı İş Kanunu bakımından da ücretlerin her ay peşin ödeneceğine ilişkin daha açık düzenlemeler getirilmesi ve uygulamadaki tereddütlerin giderilmesi gereklidir.

3. Ödenmeyen Fazla Saatlerle Çalışma Ücretine İlişkin Zamanaşımı Süresi

4857 sayılı Kanun'un 32. maddesi gereğince ücret alacaklarına ilişkin zamanaşımı süresi 5 yıldır. Fazla çalışma ücreti de geniş anlamda ücret alacağı olduğundan 5 yıllık zamanaşımı süresine tabidir. Kanunda aksine bir düzenleme olmadığından ücret alacaklarına ilişkin zamanaşımının başlangıç tarihi hak edildikleri yani doğdukları tarihtir⁴⁴³.

Doktrinde bir görüş⁴⁴⁴, hizmet akdi devam ederken fazla çalışma ücretine ilişkin zamanaşımının işlemeyeceğini, hizmet akdi son bulduktan sonra 5 yıllık sürenin başlaması gerekeceğini, işçinin aynı işverenin yanında yeniden çalışmaya başlaması halinde de zamanaşımı süresinin duracağını savunmaktadır. Her ne kadar bu görüş işçi lehine olsa da kanunun anılan şekilde yorumlanma imkanı yoktur. Ancak, gerek işyerinde çalışırken fazla çalışmalarının karşılığını alamayan işçinin kural olarak işten ayrılmadan işveren aleyhine dava açmaya çekinmesi, gerekse fazla çalışma ücretinin ispatında yaşanan güçlükler dolayısıyla zamanaşımı süresinin hizmet akdinin sona ermesinden itibaren başlaması yönünde bir düzenleme yapılması gerektiğini düşünüyoruz. Ancak şu anda bu yönde mevcut bir düzenleme bulunmadığından ücret alacaklarına ilişkin zamanaşımının başlangıç tarihi hak edildikleri yani doğdukları tarihtir.

4. Fazla Saatlerle Çalışma Ücreti Ödenmeyen İşçinin Diğer Hakları

Fazla saatlerle çalışma ücreti de geniş anlamda ücret olup, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 24/2-e maddesi gereğince *işveren tarafından işçinin ücreti kanun hükümleri veya sözleşme şartlarına uygun olarak hesap edilmez veya ödenmezse* işçinin iş akdini haklı nedenle fesih etme imkanı vardır. Fazla çalışma ücreti de bu madde kapsamında ücrete dahil olduğundan, işveren tarafından ödenmemesi ya da

⁴⁴³ Yarg. 9.H.D., 25.12.2008 gün ve E. 2007/33216, K. 2008/35295, (Çalışma ve Toplum, Yıl:2009/3, Sayı:22, s.371). Yarg. 9. H.D., 07.05.2001 gün ve E. 2001/7837, K. 2001/7889, (Akyiğit, Karar, s.975-976).

⁴⁴⁴ Topçu, 202-204.

eksik ödenmesi halinde işçinin iş akdini haklı nedenle fesih etme imkanı bulunmaktadır⁴⁴⁵.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 34. maddesi gereğince ücreti ödeme gününden itibaren yirmi gün içinde mücbir bir neden dışında ödenmeyen işçi, iş görme borcunu yerine getirmekten kaçınabilir. Madde kapsamında bahsedilen ücrete fazla çalışma ücreti de dahil olup, işçilerin kişisel kararlarına dayanarak iş görme borcunu yerine getirmemeleri sayısal olarak toplu bir nitelik kazansa dahi grev olarak nitelendirilemez. Bunun yanında anılan madde gereğince bu işçilerin ücretlerinin ödenmemesi nedeniyle iş görme borcunu yerine getirmekten kaçındıkları için iş akitleri feshedilemez ve yerine yeni işçi alınamaz, bu işler başkalarına yaptırılamaz.

F. Fazla Çalışma Ücretinin Sigorta Primi

Fazla çalışma ücreti de diğer ücretler gibi sosyal sigortalar primine tabidir⁴⁴⁶. Bu nedenle işçinin ücretinin ve fazla çalışma ücretinin doğru belirlenmesi işçinin sosyal güvenlik hakkını da ilgilendirir. 5510 sayılı Kanun'un 80. maddesi gereğince işçinin o ay içinde hak ettiği ücret ve benzeri ödemelerin toplam miktarının brüt tutarı prime esas kazanç olarak sigortaya bildirilir. Dolayısıyla çalışırken ödenen fazla çalışma ücreti de o ay içinde prime esas kazanç olarak zaten bildirilir. Yine aynı madde gereğince Yargı mercileri ve idarenin kararı neticesinde yapılan ödemelerde, o ay yapılan ödemenin brüt miktarına göre prime esas kazanç miktarı belirlenir.

5510 sayılı Kanun'un 80. maddesinin d bendi gereğince ücretler hak edildikleri aya mal edilerek prime tabi tutulurlar. Ancak Toplu iş sözleşmesi gereğince, idare ve yargı mercilerinin kararıyla sonradan ödenen ücret dışındaki diğer ödemelerin hizmet akdinin mevcut olmadığı ya da askıda olduğu bir dönemde ödemesi halinde prime esas kazancın tabi olduğu son aya yani ödendikleri aya tabi olur. Bu durumda da ödeme yapıldığı aya ait tavan esas alınacak olup, geçmişe dönük olarak primler ödenmeyecektir. Dolayısıyla da işçinin zamanında ödenmeyen fazla çalışma ücreti alacaklarının geçmiş aylara dönük olarak primleri ödenmediği için ödenmeyen sigorta primleri işverenin uhdesinde kalır.

⁴⁴⁵ Yarg. 22.H.D., 05.03.2015 gün ve E. 2013/34163, K. 2015/9074, (Çalışma ve Toplum, Yıl:2015/4, Sayı:47, s.566-567).

⁴⁴⁶ Çil, s.867. Öcal Kemal Evren, *İş Mevzuatı Açısından İşverenin El Kitabı*, Güncellenmiş 12. Baskı, Seçkin Hukuk, Mayıs 2013, s.151.

Doktrinde bir görüşe göre⁴⁴⁷, işçilik alacaklarının brüt ve net tutarları arasındaki yasal kesintilerinden doğan fark işçiye aittir. Gelir Vergisi Kanunu gereğince vergi borcu ödeme anında doğacağından, henüz elde edilmemiş veya ödenip ödenmeyeceği belirli olmayan işçilik alacağının işverenden talep edilirken net tutardan istenmesi eleştirilmiştir. Yine bu görüşe göre, işverenin talep edilen net tutarlardan ödeme yapması halinde, anılan kesintilerden vergi dairesinin haberdar olmaması nedeniyle, tahakkuk ve beyannameyi kimin vereceğini hususlarında da vergilendirme tekniği bakımından olumsuz durumlarla karşı karşıya kalınacaktır.

Mahkeme tarafından brüt olarak belirlenen tutarlar net ücrete çevrilirken kesilecek olan sigorta primlerinde, prim tavanının gözetilmesi gereklidir. Böylece işçinin sosyal güvenlik kurumuna aktarılmayan prim alacakları işverende kalmadığı gibi, işçi de bu durumdan yararlanmış olur. Yargıtay kararlarında⁴⁴⁸, yıllık izin ücretinin hak edildiği ayın sigorta primine tabi olduğu ve sigorta primi tavanını aşmamak üzere prime tabi tutulması gerektiği, bu alacağın fesih tarihinde muaccel olması nedeniyle fesih tarihindeki prime esas kazançlar dikkate alınarak ve tavan esas gözetilerek prime tabi tutulması gerektiği değerlendirilmiştir. Kanaatimizce brüt ücretten net ücrete çevirmede yıllık izin ücreti için benimsenen yöntemin, yargı kararlarıyla hüküm altına alınan fazla çalışma ücreti için de kabul edilmesi ve tespit edilen aydaki tavan esas alınarak hesaplama yapılması gerekmekte böylece işverence Sosyal Güvenlik Kurumu'na aktarılmayan sigorta primlerinin işveren yerine işçinin uhdesine bırakılması İş Hukukunun temel ilkelerine daha uygun bir çözüm olacaktır.

Ancak yargı kararları neticesinde toplu olarak ödenen fazla çalışma ücretinin brüt ücretten net ücrete çevrilmesi işlemi yukarıda savunduğumuz şekilde yapılmadığı ve primlendirmenin son ay üzerinden yapılması halinde, işçi mahrum kaldığı ödemeyen sigorta primlerine ilişkin sosyal güvenlik haklarını işverenden tazminat⁴⁴⁹ olarak isteyebilmelidir. Yine brüt ücretten net ücrete çevirme işlemi açıkladığımız şekilde yapılsa dahi, işçinin fazla çalışma yaptığı aya ilişkin fazla çalışma ücreti çalışırken ödenmiş olsaydı her aya ilişkin sigorta prim miktarı da daha yüksek olacağından bu halde de işçi mahrum kaldığı ödemeyen sigorta primlerine ilişkin sosyal güvenlik haklarını işverenden tazminat olarak isteyebilmelidir. Netice olarak her iki ihtimalde de işçinin sigorta primlerini zamanında ödemeyerek

⁴⁴⁷ Erol Akı, H. Olcay Altıntaş ve İbrahim Bahçivancılar, **Uygulamada İş Güvencesi**, Legal Yayıncılık, Birinci Baskı, Temmuz 2005, s.158-159.

⁴⁴⁸ Yarg. 9. H.D., 10.11.2014 gün ve E. 2013/14949, K. 2014/33367. (Yayınlanmamıştır). Yarg. 9. H.D., 10.11.2014 gün ve E. 2013/14948, K. 2014/33366. (Yayınlanmamıştır).

⁴⁴⁹ Çil, s.867.

uhdesinde tutan işveren farklı oranlarda da olsa zenginleşmektedir. İşverenin bu zenginleşmesi, primleri düşük bildirilen ve bu nedenle sosyal güvenlik hakları etkilenen işçi zararına gerçekleşmiş olacaktır. Eğer işveren zamanında fazla çalışma ücretine ilişkin primleri ödemiş olsaydı, işçi bu olaydan zarar görmeyecek, işverende geç ödemeden yararlanarak primleri uhdesinde tutması neticesinde zenginleşmemiş olacaktır. İşverenin ücret ve sigorta primlerini zamanında ödememesinin haklı bir nedeni de olmadığından, işverenin sebepsiz zenginleştiğinin kabulü gerekir. İşçinin hak ettiği fazla çalışma ücreti hesaplandıktan sonra tespit edilecek sigorta primi zamanında ödenseydi işçinin sosyal güvenlik haklarına etkisi oranında ve işverenin bu tutarda miktarı elinde tutarak zenginleşmesi oranında belirlenen bir miktar ile işçinin zararı tazmin edilebilmelidir. Yine Sosyal Güvenlik Kurumu, işçi çalışırken ödenen fazla çalışma ücreti primlerini ve Mahkeme kararı neticesinde ödenen fazla çalışma ücreti primlerini farklı usullere tabi tuttuğundan, mevzuat gereği Sosyal Güvenlik Kurumu'na aktarılamayan sigorta primleri de işverenin değil, zararın tazmini olarak işçinin uhdesinde kalmalıdır.

II. Serbest Zaman Verilmesi

1475 sayılı Kanun döneminde fazla çalışma karşılığı sadece zamlı ücret olarak ödenebilirken, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 41. maddesi ile, fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma yapan işçinin isteği halinde zamlı ücret yerine, fazla çalıştığı her saat karşılığında bir saat otuz dakikayı, fazla sürelerle çalıştığı her saat karşılığında bir saat on beş dakikayı serbest zaman⁴⁵⁰ olarak kullanabileceği hükme bağlanmış olup, bu süreler sözleşmeyle artırılabilir.

Doktrinde bir görüşe göre⁴⁵¹, sözleşme ile fazla çalışma ücreti artırılmışsa, işçinin kullanabileceği serbest zamanında buna uygun olarak arttırıldığı kabul edilmelidir. Kanun'un düzenlenme şekli *işçi isterse*, bu çalışmaların karşılığını zamlı ücret yerine serbest zaman olarak kullanabileceği yönünde olup, asıl olan fazla çalışma karşılığının zamlı ücret olarak ödenmesidir. Dolayısıyla fazla çalışma ücretinin artırılması halinde, serbest zaman kendiliğinden artırılmış sayılmazsa bu

⁴⁵⁰ Şakar, s.114-115. Yazar; 4857 sayılı Kanun ile yasalaşan serbest zaman uygulamasını "işverenler işçileri iş olduğunda, fazla çalışma ücreti ödemeden, günde 11 saate kadar çalıştırabilecekler; buna karşılık, iş olmadığı zaman "git evde dinlen" diyebileceklerdir" ifadeleriyle eleştirmiştir. Aynı yönde, Ağır, s.125. Kanaatimizce anılan görüş ile gerek serbest zamanın işçi talebine bağlı olması, gerekse denkleştirmenin işçinin de kabulüne bağlı olması hususları göz ardı edilmiştir.

⁴⁵¹ Akyiğit, s.22. Eyrenci, Yeni Düzenlemeler, s.45. Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s.267. Köseoğlu/Kabul, s.252. Narmanlıoğlu, s.670. Narmanlıoğlu, Fazla Çalışma, s.40.

husus işçinin serbest zaman kullanmak istese dahi, daha avantajlı olan zamlı ücreti seçmesine neden olacaktır. Doktrinde bir diğer görüşe göre⁴⁵², aksi açıkça belirtilmediği sürece, fazla çalışma ücretinin artırılmış olması, serbest zamanında artırılmış olması anlamını taşımaz. Ancak artırma fazla saatlerle çalışmanın karşılığının belirli oranda artırılması şeklinde olursa bu durumda hem ücret hem serbest zamanı kapsadığı söylenebilir. Anılan görüşü savunan bazı yazarlar⁴⁵³, tarafların sadece fazla çalışma ücretini artırma iradesi taşıdığına da kabul edilebileceğini ve bunun haklı gerekçelerinin olabileceğini savunmuştur. Haklı gerekçe olarak da işverenin, sadece zamlı ücreti artırarak işçinin serbest zaman yerine zamlı ücreti seçmesini sağlayarak üretimdeki işgücü azalmasını önlemeyi amaçlayabileceği belirtilmiştir.

Kanaatimizce, İş Kanunu işçiyi kendisine karşı da koruduğundan, sözleşme ile fazla çalışma ücreti artırılmışsa, işçinin kullanabileceği serbest zamanında buna uygun olarak arttırıldığı kabul edilmelidir. Lakin açıkça sadece serbest zamanın ya da sadece ücretin artırıldığına ilişkin bir düzenleme varsa anılan şekilde yorum yapılamaz. Serbest zaman kullanma yönündeki seçim hakkı işçide olup, işveren tarafından işçinin seçiminde teşvik amacıyla sadece fazla çalışma ücretinin zam oranı artırılmış olabilir. Bu durum fazla çalışma karşılığını serbest zaman olarak kullanmak isteyen işçiye engel olmayacaktır.

6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun 402. maddesinde *"işveren, işçinin rızasıyla fazla çalışma ücreti yerine, uygun bir zamanda fazla çalışmayla orantılı olarak izin verebilir"* hükmüne yer verilmiş ancak oran ile neyin kastedildiği açıklanmamıştır. Doktrinde, kanunun gerekçesinde Kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nun m.321c hükmünden uyarlandığı bildirildiğinden, bu kanuna göre serbest zamanın en az fazla çalışma kadar olması gerektiği, aynı zamanda 4857 sayılı Kanun'a atıf yapıldığı ve bu kanunda ise işçinin fazla çalıştığı her saat karşılığında bir saat otuz dakikayı serbest zaman olarak kullanabileceği düzenlendiğinden, hem İsviçre Borçlar Kanunu hem 4857 sayılı Kanun'dan bahsedilmesi eleştirilmiş ve işçiye en az, fazla çalışma miktarı kadar serbest zaman verilecek şekilde anlaşılması gerektiği savunulmuştur⁴⁵⁴. Bir diğer görüşe göre⁴⁵⁵, 6098 sayılı Borçlar Kanunu ile İsviçre Borçlar Kanunu'ndan daha lehe bir düzenleme getirilmiş olup, hüküm İş Kanunu'nun

⁴⁵² Astarlı, s.224-225. Günay, Şerh, s.1847. Karacan, s.130-131. Songu, s.390. Soyer, Fazla Saatler, s.802.

⁴⁵³ Astarlı, s.224-225.

⁴⁵⁴ Güneş/Mutlay, s.246. Mollamahmutoğlu/Astarlı, s.607.

⁴⁵⁵ Soyer, Borçlar Kanunu, s.9.

41. maddesine yapılan atıf gereğince, işçiye her bir fazla çalışma saati için bir saat otuz dakikanın serbest zaman olarak verilmesi gerekeceği şeklinde anlaşılmalıdır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 41. maddesinde işçiye kullanılacak serbest zamanın altı ay zarfında, çalışma süreleri içinde ve işçinin ücretinde bir kesinti olmadan kullanılacağı hükme bağlanmıştır. Altı aylık süre, işçinin daha erken dinlenmesinin sağlanması yönünden, işçi lehine olacak şekilde sözleşme ile 6 ayın altında bir süreye de düşürülebilir⁴⁵⁶. Ancak fazla çalışma karşılığında serbest zaman verilmesi sadece normal fazla çalışma halinde mümkün olup, zorunlu nedenle ve olağanüstü nedenlerle fazla çalışma halinde serbest zaman verilmesi imkanı olmadığından sadece zamlı ücret ödemesi yapılabilir⁴⁵⁷.

Belirtmek gerekir ki, denkleştirme yapılan işyerlerinde verilen serbest zaman ile fazla çalışma karşılığı olan serbest zaman kavramları aynı anlamda değildir. Denkleştirme yapılan bir işyerinde, haftalık çalışma süresinin 45 saat olduğu kabul edildiğinde ve 2 aylık bir denkleştirme dönemi içinde, ilk iki hafta 45 saatin üzerinde çalıştırılması halinde geriye kalan 6 haftalık süre içerisinde fazla çalıştırılan zaman kadar işçiye izin verilmesi gerekmektedir. Örneğin işçi iki hafta boyunca 45 saatin, 5'er saat üstünde çalıştırılmışsa, iki hafta boyunca fazla çalıştığı toplam 10 saatlik sürenin kalan 6 hafta içinde izin olarak verilmesi gerekmektedir. Buradaki 10 saatlik süre zamlı olarak verilmediği gibi, serbest zaman verilmesindeki gibi 6 aylık süreye de tabi olmayıp denkleştirme süresi içinde kullanılması gereklidir⁴⁵⁸. Bir başka örnekle açıklamak gerekirse, haftalık çalışma süresinin 45 saat olduğu bir işyerinde, işverenin 5 saat fazla çalışma talebini kabul eden işçi, fazla çalışma karşılığını serbest zaman olarak kullanmak isterse; bu süreyi denkleştirmedeki serbest zaman gibi 5 saat olarak değil, %50 zamlı olarak yani 7,5 saat olarak kullanır. Yine işçi, anılan 7,5 saatlik serbest zamanı 6 ay içerisinde kullanabilir yani denkleştirmede olduğu gibi denkleştirme süresi ile sınırlı değildir.

⁴⁵⁶ Akyiğit, s.24. Astarlı, s.225. Caniklioğlu/Canbolat, s.244. Günay, Şerh, s.1849. Karacan, s.128. Köseoğlu/Kabul, s.251. Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.1257. Songu, s.390-391. Soyer, Fazla Saatler, s.803.

⁴⁵⁷ Anılan düzenlemenin mantıklı ve tutarlı bir gerekçesi olmadığı yönündeki eleştiriler için bkz.; Akyiğit, s.25. Soyer, Fazla Saatler, s.804.

⁴⁵⁸ Bedük, s.230-231. Caniklioğlu, s. 8. Eyrenci, Yeni düzenlemeler, s.42. Karacan, s.43-44. Songu, s.183-184.

A. İşçinin Serbest Zaman Talebi

İş Kanununa ilişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği'nin 6. maddesi ile fazla çalışılan saatler karşılığında serbest zaman kullanılması işçinin isteğine bağlanmış olup⁴⁵⁹, işçinin işverene yazılı olarak bildirmesi, işin ve işyerinin gereklerine uygun olarak işveren tarafından belirlenen tarihten itibaren iş günleri içerisinde aralıksız olarak, ücrette bir kesinti olmaksızın ve altı ay içinde kullandırması gerekir. İşveren, işçinin talebi olmadan kendiliğinden fazla çalışma ya da fazla sürelerle çalışma karşılığında serbest zaman veremez.

Öğretide savunulan bizim de katıldığımız bir görüşe göre⁴⁶⁰, serbest zaman kullanmak için işverene başvurunun yazılı olması geçerlilik şartı değil, ispat şartıdır. Yazılı olmasa da işçi serbest zaman kullanmayı talep etmiş ve işverende bu isteği yerine getirmiş ise, talebin yazılı olmamasından bahisle serbest zaman kullanımı geçersiz sayılmamalıdır.

Fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma karşılığında asıl olan zamlı ücretin ödenmesidir. Fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma karşılığında serbest zaman kullanmak ise işçinin inisiyatifine bırakılmış olup, bu konudaki seçim hakkı üzerinde işverenin yönetim hakkından söz edilemez⁴⁶¹. İşverenin yönetim hakkı sadece serbest süre kullanımının zamanının belirlenmesi ile ilgilidir. İşçinin fazla çalışmasına karşılık serbest zaman kullanmak istemesi 6 ay içinde işverene yazılı olarak başvurmaya bağlı olup, önceden verilen bir rıza ile ya da genel bir talep ile mümkün değildir, her bir fazla çalışma için ayrı talep aranması gerekir⁴⁶². Ayrıca işçinin serbest zaman kullanmaya yönelik seçim hakkı, fazla çalışma yaptıktan sonra doğacaktır⁴⁶³. Yine tüm bu nedenlerle işçinin serbest zaman kullanması, tip sözleşme, iç yönetmelik, her yıl alınan muvafakat ya da toplu iş sözleşmesi ile belirlenemez⁴⁶⁴. Belirlenmiş olması halinde de anılan hükümlere, işçinin her fazla çalışma için serbest zaman kullanmaya ilişkin bireysel talebi olup olmamasına göre

⁴⁵⁹ Fazla çalışma karşılığı serbest zaman talebine ilişkin formlar için bkz.; Hergüner, s.2653-2654.

⁴⁶⁰ Akyiğit, s.23. Astarlı, s.222. Çiçek, s.199. Çil, Şerh, s.2502. Çil, Fazla Çalışma, s.73. Evren, s.168.

⁴⁶¹ İşyerinde fazla çalışma yapılan bir dönemde işçinin fazla çalışma ücreti yerine serbest zaman kullanmak istemesini iyiniyetli bulmayan görüş için bkz.; Çil, Fazla Çalışma, s.73.

⁴⁶² Akyiğit, s.22-23. Çil, Fazla Çalışma, s.74. Günay, Şerh, s.1846-1847. Hergüner, s.2645. Narmanlıoğlu, Fazla Çalışma, s.41. Soyer, Fazla Saatler, s.802. Süzek, s.810. Aksi yönde bkz.; Demir, s.193.

⁴⁶³ Astarlı, s.223. Narmanlıoğlu, Fazla Çalışma, s.41. Aksi görüş için bkz.; Demir, s.193. Demir, İşçinin Onayı, s.107.

⁴⁶⁴ Akyiğit, s.22-23. Astarlı, s.223. Caniklioğlu/Canbolat, s.244. Çil, Şerh, s.2503. Ertan, s.113. Günay, Şerh, s.1847-1848. Köseoğlu/Kabul, s.251. Narmanlıoğlu, Fazla Çalışma, s.41. Narmanlıoğlu, s.669. Songu, s.389. Soyer, Fazla Saatler, s.802. Soyer, Borçlar Kanunu, s.8. Süzek, s.810 Aksi görüş için bkz.; Eyrenci, Yeni Düzenlemeler, s.45. Güven/Aydın, s.322. Demir, İşçinin Onayı, s.107.

geçerlilik tanınmalıdır. Ancak doktrinde bir görüşe göre⁴⁶⁵, işveren fazla çalışma için işçinin onayını alırken, fazla saatlerle çalışmasının karşılığını zamlı ücret olarak mı serbest zaman olarak mı kullanmak istediğini önceden belirlemelidir.

Yine fazla çalışma karşılığı olarak serbest zaman mı yoksa ücret mi ödeneceğine ilişkin seçim yetkisi işverene devredilemez, bu yönde yapılan sözleşmeler de geçersizdir; aynı zamanda işçinin zamlı ücret ya da serbest zamandan vazgeçtiğine ilişkin sözleşme hükümleri de geçersizdir kaldı ki işçinin bu seçimlik hakkı fazla çalışma yaptıktan sonra doğacaktır⁴⁶⁶. Bu nedenle işçinin fazla çalışma yapmadan önce fazla çalışma karşılığına ilişkin seçim hakkından vazgeçmesi, doğmamış haktan feragat anlamı taşıyacağı için hukuki sonuç doğurmaz.

6098 sayılı Kanun'un 402/2. maddesi ile fazla çalışmanın karşılığı olarak serbest zaman da verilebileceği düzenlenmiştir. Ancak anılan düzenleme ile 4857 sayılı Kanun'da düzenlenen serbest zaman verilmesine ilişkin düzenleme farklılıklar göstermektedir. 4857 sayılı İş Kanunu'nda fazla çalışma karşılığı olarak serbest zaman talep edecek olan taraf işçi olup, işverenin reddetme yetkisi yoktur. Ancak 6098 sayılı Kanun ile getirilen düzenlemede işçinin rızasından ve işverenin serbest zaman verebilmesinden bahsedilir. Bu nedenle işverenin, işçinin serbest zaman talebiyle bağlı olmadığı gibi işçiye tek taraflı olarak serbest zaman da kullandıramadığı, dolayısıyla serbest zaman verilmesinde tarafların anlaşmasının esas alındığı kabul edilmelidir⁴⁶⁷. Borçlar Kanunu ile İş Kanunu'ndan ayrılacak şekilde getirilen ayrım doktrinde isabetsiz bulunarak eleştirilmiştir⁴⁶⁸. Ancak her ne kadar Borçlar Kanunu hükmü 4857 sayılı İş Kanunu hükmü yerine uygulanamayacaksa da, işçiye fazla çalışmasının karşılığında serbest zaman verilmesine ilişkin işbu düzenleme, Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanununa tabi iş ilişkileri bakımından uygulanabilecektir⁴⁶⁹.

⁴⁶⁵ Eyrenci, Yeni Düzenlemeler, s.45. Güven/Aydın, s.322. Demir, İşçinin Onayı, s.107. Yazara göre, önceden belirlenmesi gereklilik değildir ancak, bireysel iş sözleşmesi ya da toplu iş sözleşmesi ile önceden belirlenebilir.

⁴⁶⁶ Ağır, s.125. Astarlı, s.221-222. Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.1256.

⁴⁶⁷ Mollamahmutoğlu/Astarlı, s. 606-607. Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.1258-1259. Özcan, s.317. Soyer, Borçlar Kanunu, s.8., Süzek, s.812. Aksi yönde görüş için bkz.; Güneş/Mutlay s.246. Yazara göre, Borçlar Kanunu'na göre serbest zaman verilmesi işverene verilen bir yetki olup, işveren isterse serbest zaman verebilir isterse fazla çalışma ücreti ödeyebilir.

⁴⁶⁸ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s.565.

⁴⁶⁹ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.1258. Süzek, s.811.

B. Serbest Zamanın Kullandırılmasına İlişkin 6 Aylık Sürenin Başlangıcı

İşçinin talebi halinde işverenin serbest zamanı 6 ay içinde kullandırması gerekmektedir birlikte, altı aylık sürenin başladığı tarihe ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Altı aylık sürenin başlangıcına ilişkin doktrinde savunulan bir görüşe göre⁴⁷⁰, sürenin başlangıcının fazla çalışmanın bittiği veya denkleştirme uygulanan hallerde denkleştirme döneminin sona erdiği tarih olarak belirlenmesi gerekir. Yine serbest zamanın uzunluğunun da bu süreye göre belirlenmesi gerekir. Kanaatimizce ülke koşullarında tüm işyerleri için bu belirleme çözüm olmayacaktır. Çünkü ülkemizde azımsanmayacak sayıda işveren tarafından iş yoğunluğuna göre işçi istihdam etmek yerine, var olan işçilerle tüm iş yoğunluğu karşılanmak istenilmekte ve sürekli olarak fazla çalışma yaptırılmaktadır⁴⁷¹. Bu görüşün kabulü halinde denkleştirme döneminin yasal üst sınırı olmakla birlikte, denkleştirme dönemleri dışında yapılan fazla çalışmanın bittiği bir tarih bulunmayan işyerlerinde, 6 aylık süre hiç başlayamayacaktır. İşçinin fazla çalışma yapması halinde, ücretinin en geç ayda bir ödenmesi gerektiğinden, işçinin de en azından ayda bir talebini işverene bildirebilmesinin kabul edilmesi gerektiğini düşünüyoruz. Aksi halde yıl boyunca fazla çalışma yapılan işyerinde, işçinin talepte bulunması imkanı hiç olmayacağından 6 aylık sürede hiç başlamayacaktır.

Öğretide savunulan⁴⁷², işçinin serbest zaman kullanmak istiyorsa, işveren tarafından fazla çalışma ücretinin tahakkuk ettirilip ödendiği tarihe kadar işverene başvuruda bulunabileceği yönündeki görüşü biz de paylaşıyoruz. Kanun serbest zaman kullanılmasıyla ilgili işçinin talebine ilişkin azami süre öngörmediği için, işçinin ödeme yapılmadığı sürece serbest zaman talep edebileceği kabul edilmelidir. Dolayısıyla işçi bakımından, işveren tarafından kullandırılması gereken 6 aylık süre gibi bir sınırlama da olmadığı için⁴⁷³ ödeme yapılmadığı sürece serbest zaman talebi olabilir ve işverenin 6 aylık süresi de bu taleple başlar.

⁴⁷⁰ Astarlı, s.225. Çiçek, s.199. Çil, Fazla Çalışma, s.74. Karacan, s.127. Yazara göre haftalık çalışma süresinin uygulandığı dönemlerde haftanın sonu fazla çalışmanın bittiği zaman sayılır. İşverene başvurulabilecek en erken zaman fazla çalışma yapıldığının tespit edildiği tarih, en geç zaman ise işverence fazla çalışma tahakkuku yapılmadan öncedir. Köseoğlu/Kabul, s.251. Yazara göre haftalık çalışma süresinin uygulandığı dönemlerde haftanın sonu fazla çalışmanın bittiği zaman sayılır. Öcalan, s.1645. Yazara göre haftalık çalışma süresinin uygulandığı dönemlerde haftanın sonu fazla çalışmanın bittiği zaman sayılır. Songu, s.391. Soyer, Fazla Saatler, s.802. Süzek, s.810.

⁴⁷¹ Benokan/Özcan, s.454. Yazarlara göre; 4857 sayılı Kanun'un 41. maddesinde belirlenen yasal tanıma göre devamlılık arz eden fazla çalışma yapılamaz.

⁴⁷² Astarlı, s.223-224. Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s.267. Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.1257.

⁴⁷³ Kılıçoğlu, İş Kanunu, s.405. Yazara göre, işçinin hak ettiği fazla çalışma karşılığı olarak serbest zaman kullanmak istediğini 6 ay içinde işverene talep etmesi gereklidir.

Denkleştirme yapılan işyerlerinde denkleştirme süresinin yasal üst sınırı bulunmakta olup, denkleştirme yapılması da işçinin yazılı rızasına bağlıdır. Denkleştirme süresi içinde fazla çalışma yapıp yapılmadığı da denkleştirme süresinin bitimiyle anlaşılacak olup, 6 aylık süre denkleştirmenin sona erdiği tarihten başlamalıdır. Ancak doktrinde denkleştirme yapılması halinde, günlük 11 saati aşan çalışmaların denkleştirmeye tabi olmayacağını savunan bir görüşe göre⁴⁷⁴, denkleştirme süresi içinde yapılan hali hazırdaki işbu çalışmaların sürenin uzunluğu nedeniyle denkleştirilmesinin mümkün olmadığı açık olduğundan, denkleştirme dönemi sona ermeden de serbest zaman olarak karşılığını talep etmek üzere işverene başvurabileceği savunulmaktadır. Ancak denkleştirme döneminde 11 saati aşan çalışmalar denkleştirmeye tabi tutulmayacağından işçi fazla çalışma karşılığı almaya hak kazansa dahi, uygulamada işverenler tarafından planlanan denkleştirme programının aksamaması için, işçiye bu karşılığın serbest zaman olarak kullandırılmasının ancak denkleştirme dönemi sonrasında olacağını düşünüyoruz. Bunun yanında, işverenin denkleştirme dönemi içinde işçiye fazla çalışma karşılığı olan serbest zamanı kullandırmasına engel yoktur. Örneğin; ilk iki hafta 50 saat, sonraki iki hafta 40 saat çalışma yapılması şeklinde planlanan toplamda dört haftalık bir denkleştirme programında; işçinin 2 saatlik fazla çalışma karşılığını serbest zaman olarak kullanmak istemesi ve işverence kabul edilmesi halinde, işçinin 2 saatlik fazla çalışma karşılığını 3 saat serbest zaman olarak kullanması gerekir. İşçiye bu üç saatlik serbest zaman, ilk iki haftadan birinde 50 saat yerine 47 saat ya da sonraki iki haftadan birinde 40 saat yerine 37 saat çalıştırılacak şeklinde kullandırılabilir. Daha sonra hesaplama yapılırken ortalama alındığında 3 saatlik serbest zamanı çalışmış sayılacağından hesaplama neticesinde yine haftalık ortalama çalışma süresi $(50 + 47 + 3 + 40 + 40)$ saat / 4 hafta = 45 saat ya da $(50 + 50 + 40 + 3 + 37)$ saat / 4 hafta = 45 saat olarak tespit edilecektir.

6098 sayılı Kanun'da işçiye serbest zamanın ne zaman kullanılacağına ilişkin azami süre de belirtilmemiş olup, 402. maddenin gerekçesinde *bu iznin "uygun bir zamanda" kullandırılması koşuluna yer verilerek, işin aksamamasının önlenmesinin amaçlandığı* belirtilmiştir. Doktrinde⁴⁷⁵, Yeni Borçlar Kanunu düzenlenirken İsviçre Borçlar Kanunu'ndan çeviri yapıldığı ve İsviçre öğretisinde İsviçre İş Kanunu'na ilişkin tüzük hükmünün geçerli olduğu değerlendirildiğinden, İş Kanunu'nun 41.

⁴⁷⁴ Astarlı, s.223. Köseoğlu/Kabul, s.251-252.

⁴⁷⁵ Soyer, Borçlar Kanunu, s.8.

maddesinde düzenlenen 6 aylık sürenin Borçlar Kanunu'na tabi hizmet sözleşmesiyle çalışan işçiler için de geçerli olduğu savunulmaktadır.

C. İşverence Serbest Zamanın Kullandırılması ve Altı Aylık Süre İçinde Kullandırılmamasına Bağlanan Hukuki Sonuçlar

Fazla çalışma ya da fazla sürelerle çalışma karşılığının serbest zamanla karşılanması ancak işçinin yazılı isteği ile söz konusu olur, işveren kendi kararı ile fazla çalışma ücreti ödemek yerine serbest zaman sağlama yoluna gidemez⁴⁷⁶. Ancak işçi bu çalışmalarını karşılığında serbest zaman kullanmak isterse, işveren bu isteği reddedemez⁴⁷⁷.

Her ne kadar öğretide işi aksatmamak koşulu ile serbest zamanın ne zaman kullanılacağını belirleme yetkisinin işçiye ait olduğunu savunanlar bulunmaktaysa da⁴⁷⁸ serbest zamanın 6 aylık süre içinde ne zaman kullandırılacağını belirleme yetkisi işverene aittir. İş Kanununa İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği'nin 6. maddesine göre, işveren serbest zamanı 6 ay içinde keyfi olarak değil⁴⁷⁹, işin ve işyerinin gereklerine uygun olarak belirleme yetkisine sahiptir. Bu hükümle işyeri gerekleri ve işin aksatılmaması düşüncesi işçinin ihtiyaçlarına üstün tutulmuşsa⁴⁸⁰ da işveren düzenlemenin amacına uygun ve gözetim borcunun gereklerini göz önüne alarak zamanı belirlemelidir. Doktrinde bir görüşe göre⁴⁸¹, fazla saatlerle çalışmanın karşılığı olan serbest zamanın 6 aylık süre içinde ne zaman kullanılacağını işçi tarafından belirlenmesine ilişkin sözleşme yapılabilir. Ancak bu halde de işçinin iyi niyet kurallarına uygun davranması gerekmektedir.

İşçinin talebinden sonra, işveren hak edilen serbest zamanı 6 ay içinde kullandırmalı ve işçiyi gözetme borcuna da uygun davranmalıdır. İşverenin işçinin

⁴⁷⁶ Akyiğit, s.23. Astarlı, s.221. Çil, Şerh, s.2502. Demir, İşçinin Onayı, s.107. Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s.267. Kılıçoğlu, İş Kanunu, s.399, 405. Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.1256. Narmanlioğlu, Fazla Çalışma, s.41. Narmanlioğlu, s.669. Özcan, s.317. Soyer, Fazla Saatler, s.802. Süzek, s.810.

⁴⁷⁷ Akyiğit s.23. Eyrenci, Yeni Düzenlemeler, s.45. Narmanlioğlu, Fazla Çalışma, s.40. Narmanlioğlu, s.668,670. Özcan, s.317. Soyer, Fazla Saatler, s.802. Süzek, s.810. Aksi yönde görüş için bkz.; Demir, s.198. Demir, İşçinin Onayı, s.107. Yazara göre, işçinin serbest zaman isteğini işverenin reddedememesi mutlak emredici bir hüküm olmayıp, işin ve işyerinin gereklerine uygun oldukça uygulama alanı bulacaktır. İşin ve üretimin olumsuz etkileneceğini düşünen işveren bu isteği yerine getirmeyecek, zamlı ücret olarak ödeyebilecektir.

⁴⁷⁸ Çil, Şerh, s.2502. Çil, Fazla Çalışma, s.73. Yazar; Kanun'un düzenlenme şekliyle 6 ay içinde serbest zaman kullanılacak zamanı işçinin belirlenebileceğinin anlaşıldığını ifade etmiştir. Güven/Aydın, s.322. Kılıçoğlu, İş Kanunu, s.399, 405. Yazara göre, gün içinde serbest zamanın kullanılacağı saati de işçi belirleyecektir.

⁴⁷⁹ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.1258. Soyer, Fazla Saatler, s.803.

⁴⁸⁰ Süzek, s.811.

⁴⁸¹ Astarlı, s.227. Aksi yönde görüş için bkz.; Eyrenci, Yeni Düzenlemeler, s.45. Yazar; anılan yönetmelikten önce yazdığı eserinde, işverenin tek başına belirleyebileceği yönünde sözleşme dahi yapılamayacağını savunmuştur.

talebine rağmen 6 ay içerisinde serbest zaman kullandırmaması halinde işçinin bu hakkının ortadan kalktığının kabul edilmesi, işveren lehine karşılıksız fazla çalışma yaptırma yolunu açacağı gibi, işçinin de riskini nazara alarak serbest zaman kullanmayı talep edememesine yol açar. Doktrinde bir görüşe göre⁴⁸², altı aylık süre sonunda işçiye serbest zaman verilmemiş olması halinde artık bu imkanı kullanamaz ve sadece kazanılmış hakkı gereğince zamlı ücretini isteyebilir⁴⁸³. Ancak daha isabetli olduğunu düşündüğümüz diğer görüşe göre⁴⁸⁴, 6 aylık sürede işveren tarafından serbest zamanın kullandırılmaması halinde artık işçinin bu hakkını kaybettiğini değerlendirmek yerinde değildir, bunun yerine 6 ay geçtikten sonra işçinin serbest zamandan yararlanma ihtiyacı da sona ermiş olabileceğinden artık işçinin serbest zaman yerine⁴⁸⁵ zamlı ücretini de talep etme hakkı olduğunu kabul etmek gerekir.

Ayrıca işçinin serbest zaman kullanma isteğinden sonra ve henüz bu zamanı kullanmaya başlamadan önce işçinin bu talebini geri alarak zamlı ücret isteme imkanı da vardır⁴⁸⁶. Ancak kanaatimizce bu halde işverenin serbest zaman kullandırmak için henüz 6 aylık süresi dolmadığından ve zamlı ücret ödemesi yapılmamasının nedeni de işçinin talebi olduğundan, işçinin serbest zaman kullanmaktan vazgeçme talebi ile işverenin temerrüde düştüğü kabul edilmeli ve bu tarihten önceki süre için herhangi bir faiz söz konusu olmamalıdır.

Fazla çalışma ücreti yerine serbest zaman kullanılması tamamen işçi lehine getirilen bir seçimlik hak olup, işveren tarafından işçilerin tamamından 6 aylık periyotlarla serbest zaman kullanmaya ilişkin talepler alınarak, 6 aylık süre boyunca da serbest zaman verilmeyip, bu durumu genel ve sürekli bir uygulama haline

⁴⁸² Akyiğit, s.24. Yazar, zamlı ücretin gecikme faizi ile ödemesini savunmuştur. Benokan/Özcan, s.455. Karacan, s.144. Yazara göre, serbest zamanın kullanılmaması işçiden kaynaklı ise, fazla çalışmanın karşılığı zamlı ücrete dönüşmelidir. Kılıçoğlu, İş Kanunu, s.399. Koç, s.479-480. Yazara göre, 6 aylık sürenin geçmesinden sonra fazla çalışma ücreti ile birlikte işverenin idari para cezasına da çarptırılması gerekir. Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.1256. Narmanlıoğlu, Fazla Çalışma, s.41. Narmanlıoğlu, s.669.

⁴⁸³ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.1256-1257; Yazara göre, işçinin bu hakkını kullanmaktan alıkoyan uzun süreli hastalık, grev, lokavt, zorlayıcı nedenler vs. olması halinde 6 aylık sürenin bu nedenler süresi kadar işlemediği kabul edilmesi gerekir ve anılan nedenlerin ortadan kalktığı tarihten sonra artık serbest zaman kullanma ihtiyacı kalmayan işçi ücretini de talep edebilir ancak bu halde işveren ödenme tarihinden itibaren faizini de ödemek zorundadır.

⁴⁸⁴ Astarlı, s.226. Yazara göre, ancak işçinin bu hakkını kullanmaktan alıkoyan uzun süreli hastalık, grev, lokavt, zorlayıcı nedenler vs. olması halinde 6 aylık sürenin bu nedenler süresi kadar işlemediği kabul edilmesi gerekir. Çil, Şerh, s.2503. Çil, Fazla Çalışma, s.74. Demir, s.198. Yazara göre, işçinin serbest zaman kullanması için talebi ve işverenin kabulü aranmalıdır. Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s.268. Günay, Şerh, s.1847. Karacan, s.144. Yazara göre, serbest zamanın kullandırılmama sebebi işverenden kaynaklanması halinde işçi 6 aylık sürenin sonunda serbest zaman kullanıp kullanmamak konusunda serbest olmalıdır. Köseoğlu/Kabul, s.252. Özcan, s.317. Songu, s.391. Soyer, Fazla Saatler, s.802. Süzek, s.810.

⁴⁸⁵ Çil, Şerh, s.2503. Çil, Fazla Çalışma, s.74. Yazara göre; işçi halen serbest zaman kullanmak istiyorsa işverene bu durumu yazılı olarak bildirmelidir, aksi halde işveren ücret ödemesi yapmalıdır.

⁴⁸⁶ Akyiğit, s.24. Çil, Şerh, s.2504. Çil, Fazla Çalışma, s.75.

getirerek ücretleri 6 ay geç ödemek şeklinde kendi lehine, işçi aleyhine çevrilerek, işçilerin yasal haklarının engellenmesine yol açılabilir⁴⁸⁷. Bu nedenle de, işçinin talebini takiben 6 ay içinde işverenin serbest zaman kullandırmaması ile işveren temerrüde düştüğünden, işçinin 6 aylık süre sonunda zamlı ücret istemesi durumunda, çalışmanın yapıldığı ve ücretin ödenmesi gereken ilk zamandan itibaren işlemiş faizi ile birlikte ödemesi gerekir⁴⁸⁸.

İşçinin fazla saatlerle çalışmalarına karşılık olarak serbest zaman talep etmesi halinde, işveren tarafından mevzuata uygun bir şekilde 6 ay içinde serbest zaman kullandırılmaması işçiye iş sözleşmesini haklı nedenle fesih imkanı vermektedir⁴⁸⁹. Fazla çalışma karşılığı olarak ücretin ödenmemesi ile serbest zaman kullandırılmaması hallerinde işveren aynı edimi yerine getirmemiş olmaktadır. İşveren, işçinin talebi sonrasında ücret ödeme borcu yerine serbest zaman kullandırma borcu altına girmiş ancak bu borcunu ifa etmek için 6 aylık bir süre de kazanmış oluyor. Dolayısıyla işçi ücretinin ödenmemesi halinde derhal fesih hakkına sahipken, anılan talebi nedeniyle bu hakkının ortadan kalktığı kabul edilmemeli ve 6 aylık sürenin sonunda işçi bu hakkını kullanabilmelidir. Doktrinde bir görüşe göre⁴⁹⁰, işverenin yönetim hakkını kötüye kullandığı hallerde, yani işveren imkanı olmasına rağmen serbest zaman kullandırmadığı hallerde, 6 aylık sürenin dahi sonunun beklenmesine gerek olmaksızın işçinin haklı nedenle fesih imkanı doğabilir.

İşçinin hak ettiği serbest zaman henüz kullandırılmadan iş akdi sona ermişse, fiilen serbest zaman kullandırılmasına imkan kalmadığından işçiye zamlı ücretinin ödenmesi gerekmektedir⁴⁹¹. Fazla çalışma ücreti ya da serbest zaman kullandırılması, işçinin çalışmasının karşılığı olduğundan iş akdinin feshinin hangi gerekçeye dayandığı ve kim tarafından yapıldığının da önemi yoktur.

4857 sayılı Kanun'un ücret ile ilgili hükümlere aykırılık başlıklı 102. maddesinin c bendinde *"41 inci maddesinde belirtilen fazla çalışmalara ilişkin ücreti ödemeyen, işçiye hak ettiği serbest zamanı altı ay zarfında kullandırmayan, fazla saatlerde yapılacak çalışmalar için işçinin onayını almayan işveren veya işveren*

⁴⁸⁷ Çil, Şerh, s.2504. Çil, Fazla Çalışma, s.75.

⁴⁸⁸ Astarlı, s.226. Aksi görüş için bkz.; Kılıçoğlu, İş Kanunu, s.399. Yazara göre; işçi 6 ay içinde serbest zamanı kullanmazsa artık fazla çalışma ücretine dönüşür. 6 aylık süre içinde serbest zamanı kullanmayan işçi alacaklının temerrüdüne düştüğünden bu ücrete ilişkin faize de hak kazanamaz.

⁴⁸⁹ Akyiğit, s.24. Astarlı, s.230. Çil, Şerh, s.2504. Karacan, s.145. Yazara göre işçi 4857 sayılı Kanun'un 24/II-f kapsamında iş akdini feshedebilir. Songu, s.418. Yazara göre işçi 4857 sayılı Kanun'un 24/II-f kapsamında iş akdini feshedebilir.

⁴⁹⁰ Astarlı, s.230. Çil, Şerh, s.2504. Çil, Fazla Çalışma, s.75.

⁴⁹¹ Akyiğit, s.25. Astarlı, s.230. Çiçek, s.199. Eyrenci/Taşkent/Ulucan, s.267. Günay, Şerh, s.1849. Karacan, s.130. Köseoğlu/Kabul, s.252. Soyer, Fazla Saatler, s.804. Süzek, s.811.

vekiline, bu durumda olan her işçi için ikiyüzyirmi Türk Lirası⁴⁹² idari para cezası” verileceğine ilişkin yaptırım öngörülmüştür. Anılan ceza hükmünde fazla çalışmalara ilişkin ücretin ödenmemesinden ve serbest zamanın kullandırılmamasından bahsedilirken, fazla saatlerle çalışma denilmemesi ya da fazla sürelerle çalışmadan bahsedilmemesi nedeniyle cezaların kanuniliği dolayısıyla kıyas yoluyla ceza öngörülemezliğinden, işbu idari cezanın sadece fazla çalışma karşılığı için geçerli olduğu, onaya ilişkin cezanın ise hem fazla çalışma hem fazla sürelerle çalışmayı kapsadığının kabul edilmesi gerekmektedir⁴⁹³.

D. Serbest Zamanın Aralıksız Kullandırılması

İş Kanununa İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği gereğince serbest zamanın aralıksız kullandırılması gerekir. Doktrinde serbest zamanın aralıksız kullandırılması⁴⁹⁴ eleştirilere konu olmuştur⁴⁹⁵. Hatta bir görüşe göre⁴⁹⁶, 4857 sayılı Kanun’un 56/3. maddesi ile yıllık ücretli izinlerinin dahi, tarafların anlaşması ile bir bölümünün on günden aşağı olmamak üzere en çok üçe bölünebileceğini düzenlemesinden ve Yasa’nın genel olarak esneklik konusundaki yönelişinden dolayı, serbest zamanın aralıksız kullandırılmasına ilişkin düzenleme tatmin edici nitelikte değildir. Yine işçinin anılan süreleri kişisel ve ailevi nedenlerle farklı zamanlarda kullanmak isteyebileceği değerlendirilmiştir. Ancak kanaatimizce, yıllık izin sürelerinin en az 14 gün olduğu, bu halde dahi bölünmek istenildiğinde ilkinin en az 10 gün olması gerektiği de düşünüldüğünde, fazla saatlerle çalışmanın karşılığı olan sürenin anılan izin süreleriyle kıyaslanamayacak kadar az olduğu açıktır. Örneğin en az 10 gün olan yıllık izin süresinin fazla çalışma karşılığı olabilmesi için, günlük 7,5 saat * 10 gün = 75 saat serbest zamana karşılık olması, 75 saat serbest zamanın da, 50 saat fazla çalışmaya karşılık olması gerekmektedir. Fazla sürelerle çalışma yapılabilen bir işyeri olması halinde bu süre 50 saati de aşacaktır. Dolayısıyla işçinin fazla çalışma dönemlerinin sonları, sürekli fazla çalışma yapılan bir işyeri için ücret ödeme dönemi sonu olan bir aylık süre sonu, denkleştirme yapılan işyerinde de en çok 4 ay sonunda, 50 saat fazla çalışma

⁴⁹² Bu tutar 2018 yılı için 337,00.-TL olarak belirlenmiştir.

⁴⁹³ Astarlı, s.220.

⁴⁹⁴ İşçinin talebi ya da işverenin isteğinin işçi tarafından kabul edilmesi halinde serbest zamanın bölünerek kullandırılmasının mümkün olabileceğine ilişkin görüş için bkz.; Çil, Fazla Çalışma, s.74. Demir, s.198-199.

⁴⁹⁵ Astarlı, s.227-229. Soyer, Fazla Saatler, s.804.

⁴⁹⁶ Karacan, s.128-129. Soyer, Fazla Saatler, s.804.

yapılsın ki, işçi 10 günlük bir serbest zaman kullanmaya hak kazanabilsin. Eğer serbest zamanın aralıksız kullanılması düzenlenmeseydi, haftanın 6 günü çalışılan bir işyerinde işçinin 1 gün serbest zaman kullanmak için, aylık yapması gereken 5 saat fazla çalışma (karşılığı 7,5 saat serbest zaman) sonrasında, kötü niyetli olarak kısım kısım kullandırabilir, işçinin 1 tam gün ihtiyacının da karşılanmasının engellenmesine neden olabilirdi. Kaldı ki, aralıksız olarak serbest zaman kullandırmak işverenin de lehine bir uygulama olup, ayda bir kere kullandırmakla iş akışının bozulmasını engellemiş olur. Bunun yanında serbest zamanın aralıksız kullandırılması işçinin talebi halinde fazla çalışma karşılığının, bir kısmı serbest zaman bir kısmı zamlı ücret olarak da talep etmesine engel olmayacak olup, işçi ihtiyacına göre bir kısmını ücret olarak talep edip kalan kısmı ise aralıksız serbest zaman olarak kullanabilir.

İşçinin serbest zamanı kısmen kullanarak, kalan kısmı ücret olarak talep edebilmesine ilişkin bir görüşe göre⁴⁹⁷, tarafların anlaşması halinde, işçinin fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışmanın karşılıklarını kısmen zamlı ücret, kısmen de serbest zaman olarak kullanması mümkündür. Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre ise⁴⁹⁸, işçi, fazla saatlerle çalışmasının karşılığını kısmen serbest zaman kısmen zamlı ücret olarak kullanmak isterse, işverence kullandırılması gerekir ve tarafların anlaşması şartı aranmaz. Kanaatimizce serbest zaman kullanmayı isteme yetkisi, işverenin kabulüne bağlı olmaksızın işçiye verildiğine göre, işçinin ihtiyacına göre kısmen serbest zaman olarak kullanma imkanı olmalı ancak işçinin isteği olmaması halinde işverence serbest zamanın bölünmesi yoluna da gidilememelidir. İşçinin bu yöndeki hakkını en erken fazla çalışma yaptıktan sonra kullanması gerekli olup, işçiye ödeme yapılmadığı sürece de kısmen serbest zaman talep edebileceği kabul edilmelidir.

SONUÇ

4857 sayılı İş Kanunu'nda fazla çalışma sebepleri sayılmış olup, yasal nedenlerle üç tür fazla çalışma sebebi bulunmaktadır. Bunlar, olağan nedenle fazla çalışma, zorunlu nedenle fazla çalışma ve olağanüstü nedenle fazla çalışma olarak sayılabilir. İşverenin zorunlu nedenle ve olağanüstü nedenle fazla çalışma yaptırabilmesi için işçinin onayını alması gerekmemektedir. Zorunlu nedenlerle ve

⁴⁹⁷ Demir, s.198-199. Narmanlıoğlu, Fazla Çalışma, s.41. Narmanlıoğlu, s.670.

⁴⁹⁸ Ağır, s.125. Akyiğit, s.22. Akyiğit, Maden, s.32. Astarlı, s.222. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, s.565. Köseoğlu/Kabul, s.252. Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s.1256.

olağanüstü nedenle fazla çalışma yapılması halinde işçinin onayının aranmayacağına ilişkin hüküm mutlak emredici nitelikte olup, aksi sözleşme ile kararlaştırılamaz. Zorunlu hallerde arızanın telafi edilerek işyerinin normal çalışma kapasitesine ulaşması esas alınırken, olağanüstü hallerde fazla çalışmada işçinin iş yapabilme kapasitesinin en yüksek olması esas alınmıştır

Zorunlu nedenle çalışma işçinin sadakat borcu kapsamında bir yükümlülük olduğundan, işçinin sağlığı gibi haklı nedenleri olmadığı takdirde, zorunlu nedenlerle fazla çalışmayı kabul etmemesi halinde işveren tarafından iş akdi, şartları varsa 4857 sayılı Kanun'un 25/II (h) bendi gereğince haklı nedenle fesih edilebilir. Yine şartları varsa işçinin doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışları nedeniyle İş Kanunu'nun 25/II (e) bendi gereğince haklı nedenle feshedilebilir. Ancak bu durumda fazla çalışmanın zorunlu nedenlerle yapılması gerektiği ve işçinin bu hususu bildiği işverence kanıtlanmış olmalıdır.

Olağan nedenlerle fazla çalışma sebepleri ülkenin genel yararları, işin niteliği ve üretimin artırılması şeklinde sayılmış olup, işverene fazla mesai yaptırabilmesi için geniş bir yetki alanı verilmişken kanun koyucu bununla da yetinmeyip, "gibi nedenlerle" diyerek verilen yetkinin sınırlarını tamamen genişletmiştir. Sadece ülkenin genel yararları gerekçesiyle dahi başka bir neden aramaksızın fazla çalışma yetkisi veren bu hüküm ile işverene fazla çalışma yaptırmak için denetimsiz ve sınırsız bir yetki verilmiştir.

İşverenin açıkça fazla çalışma talep etmesinin aranması gerekli olmayıp, fazla çalışma yapılmadan bitirilemeyecek bir iş istemesi, işçinin fazla çalışma yaptığını bilmesine karşılık herhangi bir müdahalede bulunmaması, engellememesi gibi hallerde işverenin zımni olarak fazla çalışma talep ettiği kabul edilmelidir. İşveren yazılı olarak fazla çalışma yapılmamasını bildirmiş olsa bile, fazla çalışma yapmak suretiyle yerine getirilebilecek bir işin işçiden istenilmesi halinde, yine işverenin gördüğü ve bildiği halde yapılan fazla çalışmaya ses çıkarmaması halinde de talimat dışı bir çalışma olarak nitelendirilemeyeceği ve işverenin zımni talebi olduğu haklı olarak kabul edilir.

25.08.2017 tarihinden önce gerek Kanun'da gerekse Yönetmelik'te hüküm bulunmadığından, fazla çalışma yaptıracak olan işverence anılan dönemde bu onay işçinin işe girişinde veya sonradan alabilir. Ancak 25.08.2017 öncesinde iş sözleşmesi ile alınan onay sadece alındığı yıl için geçerli olup, her onay alındığı tarihten sonraki yıl için geçerli kabul edilecek, tüm çalışma dönemini kapsamayacaktır. İşçinin işe girerken ya da çalışırken taşıdığı kaygılarla fazla

çalışmaya onay vermiş olması, Kanun ve 25.08.2017 öncesi Yönetmelik hükümleri karşısında işçinin onayını takip eden yılbaşından sonraki dönemler için geçerli kabul edilmemelidir. 25.08.2017 tarihinden sonraki dönemde ise, önceden fazla çalışmaya onay vermiş olan işçinin, fazla saatlerle çalışma yapmak istememesi halinde verdiği onayı 30 gün önceden işverene yazılı olarak bildirmek şartıyla geri alma imkanı olduğundan, işbu geri alma işlemini yapana kadar onayı geçerli sayılır. Yine işçinin toplu iş sözleşmesi ile fazla çalışma yapmak için onay verdiğiine dair düzenleme yapılması halinde, işçinin toplu iş sözleşmesi yapılmadan önce açıkça sendikaya karşı vermiş olduğu bireysel onay ya da toplu iş sözleşmesinden sonra açık ya da zımni onayı olduğunu gösteren davranışlar sergilemesi halinde geçerlilik tanınmalıdır. Kural olarak fazla çalışma için işçinin açıkça yazılı onayı aranması gerekmektedir birlikte, toplu iş sözleşmesinde verilen yazılı onaya işçinin zımni olarak dahi onay vermesi halinde geçerlilik tanınabilir. Aksi halde, toplu iş sözleşmesi ile verilen onaya geçerlilik tanınmamalıdır.

İşçinin onayı yıllık 270 saati kapsayacağından, yıllık yasal 270 saatlik fazla çalışmanın da aşılmaya zorlanması halinde işçi, 4857 sayılı Kanun'un 24/II-f hükmünde geçen "çalışma koşullarının uygulanmaması" nedeniyle iş akdini haklı nedenle feshedebilir. Normal çalışma saatlerinde çalışan ve fazla çalışma yapmak için onay vermemiş olan işçinin fazla çalışma yapmaya zorlanması halinde 4857 sayılı İş Kanun'un 22. maddesi gereğince iş şartlarında esaslı değişiklik söz konusu olacağından bu madde kapsamında değerlendirme yapılmalıdır.

İşçinin fazla çalışma yapmak için vermiş olduğu geçerli bir onayı olması halinde, haklı bir nedeni de yokken fazla çalışma yapmaması, İş Kanunu'nun 25/II-g veya 25/II-h maddesindeki şartlar oluşması halinde işverene haklı nedenle fesih imkanı verir. Ancak İş Kanunu'nun 25/II-g veya 25/II-h maddesindeki şartlar oluşmamışsa, işçinin fazla çalışma için onay vermiş olmasına rağmen, fazla çalışmaya kalmaması işverene iş akdini geçerli nedenle fesih hakkı verir.

İşçi ile işveren arasında azami çalışma sürelerinin üstünde çalışma saatlerinin belirlendiği bir sözleşme yapılması halinde anılan hüküm geçersiz olacaktır. Lakin geçersiz hükme rağmen, işçiye yıllık yasal sınırın üstünde fazla çalışma yaptırılması halinde, işçi fazla çalışma ücretine hak kazanacaktır. Aksinin kabulü, işçiyi çalıştıran ve emeğinden fayda sağlayan işverenin geçersizlikten bahisle ücret ödemekten kaçınacağı, hukuken korunma imkanı olmayan bir yol açar ve bu hal yasak ile getirilmek istenilen işçinin korunması ilkesinin, iyi niyet ilkesinin ve Anayasal angarya yasağının ihlali anlamını taşır. Aynı zamanda bu durum,

işverenin, işçinin emek ve iş gücünü kullanmasına karşılık her hangi bir ödeme yapmayarak sebepsiz zenginleşmesine neden olur. İşçinin iş görme ediminin iadesi mümkün olmadığından, işverenin fazla çalışma karşılığını ödemesi gerekecektir.

İşçi ve işveren arasında müzakere edilmemiş, işverence tek taraflı olarak hazırlanan ve işçiye içeriğinde değişiklik hakkı tanınmayan sözleşmeler, işçi tarafından geçimini sağlamaya yönelik, işe girme isteği karşısında pazarlık yapacak durumu olmadan imzalandığı için içerik denetiminin yapılması gereklidir. İşçinin bu durumda "ne iş olsa yaparım" cümlesi "ne sözleşme içeriği olsa imzalarım" anlamı taşıyacağından, işbu sözleşmelerin içerik denetiminin yapılması gerekli olmakla birlikte, müzakere edilmiş bir sözleşme kaydını da kural olarak denetlemekten kaçınmak gerekir. Bu nedenle de işçinin fazla çalışmaya onay verdiği, 270 saatlik fazla çalışma ücretinin, aylık ücretine dahil olduğuna ilişkin hükme, işçi ve işveren tarafından müzakere edilmiş olmasına göre geçerlilik tanınması gerekir.

270 saate kadar yapılan fazla çalışmanın işçinin aylık ücretine dahil olduğuna ilişkin geçerli bir sözleşme yapılması halinde ücrete yansıyan 270 saatlik tutarın her durumda temel ücret olduğu ya da tazminata esas ücretten dışlanması gerektiği yönündeki görüşlere katılmıyoruz. Bizce, fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dahil olduğuna ilişkin geçerli bir sözleşme yapılması halinde öncelikle işçiye fesihten önceki bir yılda kaç saat fazla çalışma yaptırıldığının tespiti gerekir. Eğer işçiye 270 saatin altında fazla çalışma yaptırılırsa, örneğin işçiye 200 saat fazla çalışma yaptırılmış ise, 70 saat akdi farazi çalışma süresi sayılacağından işçi 70 saat için çalışmadığı halde yine ücrete hak kazanacaktır. Ancak işveren tarafından 270 saat fazla çalışma yaptırıldığı tespit edilirse bu 270 saatin akdi farazi çalışma süresi olduğundan da bahsedilemez. *Çünkü farazi çalışma süresi işçinin çalışmaya dahi ücrete hak kazanmasını sağlamakla birlikte anılan sürede işçinin çalışması halinde farazi çalışma ücretinin yanında fiili çalışma ücretinin de ödenmesi gerekir.* İşbu durum da 270 saatin ücrete dahil olmasına ilişkin düzenlemenin amacına aykırı olarak işverene 2 kez ücret ödeme külfeti yükler. Bu nedenle de kural olarak farazi çalışma süresi ücretin esaslı bir unsuru olmakla birlikte, sadece işveren tarafından 270 saatin altında fazla çalışma talep edilmesi halinde bakiye süre için farazi çalışma süresinden bahsedilebilir. Tazminata esas ücret belirlenirken de fesihten önceki bir yıllık dönemde 270 saatin kaç saatinin farazi çalışma süresi olarak ödendiği tespit edilerek hesaplama yapılabilir.

4857 sayılı Kanun'un 41. maddesinin 8. fıkrası incelendiğinde "Fazla çalışma süresinin toplamı bir yılda ikiyüzyetmiş saatten fazla olamaz" şeklinde olup, aksi

kararlaştırılmamışsa 270 saatin hesaplanmasına fazla sürelerle çalışma dahil edilmemelidir. Çünkü kanun koyucu olağan çalışma süresini haftalık 45 saat belirlerken, işçinin sağlığını düşünerek haftalık 45 saatin üstünde olan çalışmalar içinde yıllık 270 saat sınırını belirlemiştir. Ayrıca anılan hükmünde "Fazla saatlerle çalışma süresinin toplamı bir yılda ikiyüzyetmiş saatten fazla olamaz" şeklinde değil "Fazla alışma süresinin toplamı bir yılda ikiyüzyetmiş saatten fazla olamaz" şeklinde düzenlenmesi görüşümüzü destekler niteliktedir. Yine İş Kanunu'na ilişkin Fazla alışma ve Fazla Sürelerle alışma Yönetmeliği'nin fazla çalışmada sınırı düzenleyen 5. maddesi de kanun ile uyumlu olarak fazla çalışma süresini düzenlemekte, fazla saatlerle çalışmayı kapsamamaktadır. Ancak sözleşme ile, işçinin fazla sürelerle çalışma ücretinin de işçinin ücretine dahil olduğunun kararlaştırılması halinde, işçi lehine olan bu akdi düzenleme nedeniyle fazla sürelerle çalışma ücretinin de 270 saat içinde hesaplanması gerekmektedir.

İşçinin günlük 11 saati aşan saatlerle çalıştırılması ancak bu çalışmasının haftalık 45 saati aşmaması nedeniyle, normal ücret ile yetinmesi hakkaniyete uygun değildir. Ancak kanun hükmünün işçinin günlük çalışma saatlerine azami sınır getirerek, salt günlük kıstas üzerinden fazla çalışma hesaplanmasına cevaz vermeyi amaçladığı da söylenemez. Kanun koyucu günlük çalışma süresine azami sınır getirmek ve günlük çalışma süresinin aşılmasına da fazla çalışma anlamı tanımak isteseydi 1475 sayılı Kanun'da olduğu gibi bu hususu zaten düzenlerdi. Sosyal amaçlarla dahi, kanuna rağmen kanunda günlük çalışma saatlerine getirilen bir sınırlamadan bahsetmek hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmaz. İşçinin korunması amaçlanırken, işveren taraf da düşünülerek kurulan menfaat dengesi bozulmuş olur. Zira 4857 sayılı İş Kanunu'nun 104. maddesinde 63. maddede ve 63. maddede belirtilen yönetmelikte belirlenen çalışma sürelerine aykırı olarak işçilerini çalıştıran işveren için idari para cezası düzenlenmiştir. Ancak işçi ve işveren arasında haftalık 45 saatin aşılmasına bakılmaksızın, günlük çalışma süresinin de aşılması halinde fazla çalışma creti ödeneceğine ilişkin anlaşma bulunması halinde günlük azami çalışma süresinin varlığından bahsedilebilecektir. Bunun yanı sıra Kanun koyucu 4857 sayılı Kanun'un denkleştirmeyi düzenleyen 63/2 maddesinde getirilen "günde 11 saati aşmamak" ve yine Avrupa Birliği normlarına uygun olarak telafi çalışmasına ilişkin Kanun'un 64/2 maddesinde geçen, "günlük en çok çalışma süresini aşmamak koşuluyla, günde 3 saatten fazla olamaz" hükmü, İş Kanunu'na Göre alışma Süreleri Yönetmeliği'nin 4. maddesinde *günlük çalışma süresi her ne şekilde olursa olsun 11 saati aşamaz* hükmü değerlendirilerek kanunun aslında mantık yorumu ile

günlük üst sınır olarak 11 saat belirlediğinin kabul edilebilmelidir. Ancak yukarıda da ifade ettiğimiz üzere Kanun koyucu bu düzenlemelere zaten yaptırımlar ön görmüş ve işçiyi korumak adına günlük çalıştırılabileceği bir saat sınırı getirmiştir. Bu şekilde getirilen düzenlemenin amacının, güvenli ve denetimli esneklik sağlama olduğunu düşünmekteyiz. Yani kanun koyucu, işverenin ihtiyaçlarına göre, işçinin de kabulüne bağlı olarak yoğunlaştırılmış iş haftaları belirleme imkanı tanımış ancak bunu yaparken de örneğin haftanın 4 günü 24 saat çalıştırıp, sonraki hafta hiç çalıştırmamak gibi bir denkleştirme yapılmaması için 11 saati aşmamak ölçütünü getirmiştir. Yine denkleştirmeye ilişkin hükümde kanun koyucu ortalama haftalık iş süresini esas almış olup, ortalama günlük iş süresini esas almamıştır. Açıklanan nedenlerle yasa koyucu işçiyi koruma prensibi gereğince günlük çalışma süresinin 11 saati aşmaması gerektiğini yasanın mantığına yerleştirmiştir. Önemle belirtmek gerekir ki, açıklamalarımız sadece normal fazla çalışma için geçerli olup, zorunlu nedenlerle fazla çalışma ve olağanüstü nedenlerle fazla çalışma için günlük azami çalışma süresi için geçerli değildir. Sonuç olarak, yasada günlük 11 saati aşan çalışmaların fazla çalışma sayılacağına ilişkin açık bir hüküm bulunmamakla birlikte yasa koyucu zımnen yasanın mantığına bunu yerleştirdiğinden kural olarak günlük 11 saati aşan çalışmalar kanuna aykırı çalışma olacağından, haftalık 45 saati aşmasa dahi fazla çalışma sayılacaktır. Yine önemle belirtmek gerekir ki, Kanun koyucu haftalık çalışma süresi üzerinden yapılacak hesaplama ile ilgili kurala bazı istisnalar getirerek belirli durumlarda günlük kıstası esas almıştır. 11 saati aşan çalışmalar yasanın emredici hükmü karşısında denkleştirmeye tabi tutulamayacağından bu halde, yine Kanun'un 63/son hükmüne göre sağlık kuralları bakımından günde 7,5 saat ve az çalışması gereken işlerde bu süreyi aşan çalışmalar, maden ocakları, kablo döşemesi, kanalizasyon, tünel inşaatı gibi işlerin yer ve su altında yapılanlarda ve Kanun'un 69/3 hükmü uyarınca gece çalışmalarında 7,5 saati aşan çalışmalar bakımından haftalık sınırın aşılıp aşılmadığına bakılmaksızın günlük sınır esas alınacak şekilde istisna tanındığı kabul edilmelidir.

Kanun koyucunun, günlük azami çalışma süresini sınırlı hallerde uygulanacak şekilde düzenlemesi, günlük ve haftalık azami çalışma süresi getirmeyerek sadece yıllık azami çalışma süresi ile yetinmiş olması iş hukukunun ihtiyaçlarını karşılayacak yeterlilikte değildir. Günlük çalışmalara açıkça azami sınır getirilmesi işçinin sağlığının korunması bakımından gerekli olup, işveren bakımından da caydırıcı nitelik taşıyacaktır. Denkleştirme uygulaması yapılması halinde günlük

azami sınır bulunmakla birlikte, bu halde de haftalık azami sınır bulunmaması nedeniyle yine işçi sağlığı tehlikeye atılmış olmaktadır. Bu şekilde sınırlamalar bulunmaması ülkemiz şartlarında sağlanması gereken güvenli esneklik anlayışına uygun değildir. Tarafların işçi ve işveren olması ve aralarındaki hiyerarşik konum nedeniyle kanun ile getirilen yıllık 270 saatlik sınır yeterli ve güvenli değildir. Yıllık 270 saatlik azami sınır yanında günlük ve haftalık azami çalışma sürelerine ilişkin düzenlemeler yapılması gereklidir.

Fazla çalışma yapılamayacak işler ve fazla çalışma yaptırılamayacak kişilere ilişkin düzenlemeler incelendiğinde kural olarak iş sağlığı ve güvenliğinin gözetildiği göze çarpmaktadır. Ancak kısmi süreli iş akdi ile çalışan işçilerin onay vermesine rağmen yasal süreler içinde fazla sürelerle çalıştırılmasının yasaklanmasında iş sağlığı ve güvenliğinin gözetildiği söylenemez. Ayrıca kısmi süreli iş akdi ile çalışan işçinin kendi onayına rağmen yasal çalışma sürelerini aşmayacak şekilde çalışmasına yasak getirilmesi bu işçilerin anayasal hakkı olan "çalışma ve sözleşme özgürlüğünün" kısıtlanması anlamını taşır.

Kısmi süreli iş akdi ile çalışan işçilerin onayı halinde yasal sınırlar içerisinde fazla çalışmasının Kanun'a aykırı bir yönü olmadığından anılan Yönetmelik hükmünün uygulanmaması ve iptal edilmesi gerekmektedir. Hatta Yargıcın da bu hükmü Anayasa ve Kanun'un ilgili kurallarına uygun bir biçimde yorumlama imkanı olmadığından, Yönetmelik hükmünü uygulamaktan kaçınarak Anayasa'ya uygun olan İş Kanunu hükmünü uygulaması ve kısmi süreli çalışan işçilerin de onayıyla özellikle *fazla sürelerle çalışmalarına* olanak sağlanması gerekmektedir.

Yasak gereğince kısmi süreli iş ilişkisi içinde olan işçinin iş sözleşmesine fazla saatlerle çalışma yapacağına ilişkin hüküm konulsa dahi, yasak nedeniyle geçerli olmayacağından işveren açısından geçerli ya da haklı fesih sebebi teşkil etmeyecektir. Ancak yasak olmasına rağmen fazla saatlerle çalışma yaptırılan kısmi süreli işçilere zamlı ücret ödenmelidir.

4857 sayılı İş Kanunu'nda fazla saatlerle çalışma yapıldığını kimin ispat edeceğine ilişkin hükme yer vermemiştir. Bu nedenle Türk Medeni Kanunu'nun 6. maddesi gereğince *kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlü* olduğundan, fazla çalışma yaptığını iddia eden işçi kural olarak bu iddiasını ispatlamakla yükümlüdür. Fazla saatlerle çalışma bir hukuki fiil olduğundan, işçi bu iddiasını kural olarak her türlü delille ispat edebilir. Fazla çalışma yaptığını kanıtlayan işçi ispat yükünü yerine getirmiş olur ve ücretin zamlı karşılığıyla birlikte ödendiğini ispat yükü işverene

geçer. Fazla saatlerle çalışma karşılığında zamlı ücretin ödenmesi ya da serbest zaman verilmesi hukuki işlem niteliğinde olduğundan, karşılığının verildiğinin ispatı işverene aittir.

İşyeri kayıtlarının mevzuat hükümlerinde belirtilen şekilde tutulmaması ve aslında istihdamın yarısını oluşturan kayıt dışı istihdamda hiçbir kaydın mevcut olmaması en büyük ispat engelini oluşturmaktadır. İşçinin çalışmalarının gereği gibi kayıt altına alınmaması nedeniyle işverenin kazancı artarken, işçi karşılıksız yıpranmaktadır. İşveren tarafından hiç tutulmayan ya da gerçeğe aykırı olarak tutulan, bununla da yetinmeyen bir kısım işveren tarafından, işçi karşısındaki hiyerarşik konumları kullanılarak işçinin imzası ile delil niteliği kazandırılan belgelere yargı kararlarıyla ispat işlevleri yüklenilmektedir. Kaldı ki, bir kısım işçiler de iş sözleşmesinde gerçek miktarın gizlenmesine, sigorta primlerinin ve vergilerinin düşük ödenmesinin ileride kendi aleyhine sonuç doğuracağını öngörmeksizin kayıt dışılığı razı olsa dahi, hiç kimse sosyal güvenlik haklarından vazgeçemeyeceğinden ve bu hususlar kamu düzenine ilişkin olduğundan, yargının işçiyi kendisinden dahi korumak yerine işverenleri kayıt dışılığı teşvik edecek bu belgelere ispat işlevi yüklemesi yerinde değildir. İşverenlerin kanuna aykırı olarak tanzim ettiği belgeler ve işlemler, yargı kararları ile düzeltilmek yerine, yargısal temellere oturtularak meşrulaştırılmaya çalışılmaktadır.

Yargı kararlarında ücret bordrosunda fazla çalışma sütununun bulunması ve ücret tahakkuku olması halinde, bordroyu ihtirazi kayıt koymaksızın imzalayan işçinin sonradan fazla çalışma ücreti talep edemeyeceği ya da ancak yazılı delillerle aksini ispat edebileceği, ihtirazi kayıt konulması halinde ise her türlü delille ispat edilebileceği değerlendirilmektedir. Anılan istikrar kazanmış kararlar işçinin işveren karşısındaki hiyerarşik konumu düşünülmezsizin iş hukukunun temel ilkelerine ve ispat hukukuna aykırı niteliktedir. İşçinin ücret bordrosunu ihtirazi kayıt koymaksızın imzalaması, fazlaya ilişkin haklarından feragat ettiğine değil, bordroda gösterilen kadar çalışmasının karşılığının ödendiğine delil olmalıdır. Aksi halde anılan imzaya ispat hukukunun ötesinde bir etki tanınmış olur. Ancak işçinin yazılı belge ile daha fazla çalıştığını ispat etmesi de çok imkan dahilinde olmadığından, imzanın feragat anlamına gelmesi ile Yargıtay kararlarının sonuçları bakımından pratikte bir fark yoktur.

Yargıtay içtihatlarında, işçiye bordro imzalatılmadığı halde, fazla çalışma ücreti tahakkuklarını içeren bordroların mevcut olması ve her ay bordrolara uyumlu bir şekilde, değişik miktarlarda ödemenin banka kanalıyla ödenmesi halinde de,

işçinin ihtirazi kayıt ileri sürmemiş olması, ödenenin üzerinde fazla çalışma yaptığını ancak yazılı delille ispatlaması sonucunu doğurduğu kabul edilmektedir. İşçinin banka hesabına yapılan ödemenin açıklama kısmı olup olmadığını, varsa içeriğini ancak internet şubesi aracılığıyla dekont içeriğini kontrol etmesi yahut banka şubesine giderek dekontu ya da hesap dökümünü talep etmesi, almış olduğu dekontta gösterilen ödemelerin fazla çalışmaya tekabül eden kısmının o aya ilişkin çalışmasının zamlı karşılığını karşılayıp karşılamadığını kontrol etmesi ve sonrasında da buna ilişkin ihtirazi kayıt koyması gereklidir. İşçinin ülke gerçekleri karşısında tüm bunları yapması ihtimal dahilinde olmadığından bu yönde verilen içtihatlarda hayatın olağan akışına aykırıdır.

Fazla çalışma sütunu boş olan ya da "0" olarak gösterilen bordroyu, ihtirazi kayıt koymaksızın imzalayan işçinin, imzası fazla çalışma talebinde bulunmasına engel olmadığı gibi, fazla çalışma yapmadığı ya da fazla çalışma ücretinden feragat ettiği anlamı da taşımaz. İşçi ile işveren arasında iş ilişkisinin devam ettiği sırada fazla mesai tahakkuku bulunmayan ücret bordrolarına konulan, *fazla mesai yapmadım, aylık istihkakımı tam olarak aldım* gibi kayıtların da geçerli olmadığı kabul edilmektedir.

Bordrolar ve işyeri kayıtlarına ilişkin yargı kararları ile kabul edilen ispat silsilesi işçi tarafından aşılabılır ve fazla çalışmanın ispatına ilişkin tanık dinletebilirse, bu halde, çoğunlukla işyerinde çalışmış tanıkların beyanlarına göre fazla çalışma yapıp yapılmadığı konusunda tespit yapılır. İşçi tarafından yasal çalışma sürelerinin üzerinde çalışıldığı ispat edilse dahi tanık ile ispat edilen fazla çalışmaların hesaplanmasından sonra Mahkemece takdiri olarak hakkaniyet indirimi yapılmaktadır. Böylece kayıt dışı çalıştırılan işçilerin, ispata ilişkin tüm güçlükleri aşmasının ardından bu kez de takdiri olan bir delilin takdirinde mutlaka hata olduğu düşünülerek hakkaniyete aykırı olan hakkaniyet indirimi yapılmaktadır. Hakimlere yasal dayanağı olmayan takdiri indirim yapma yetkisi verilerek, işçi ve işveren arasındaki uyuşmazlık, iki tarafı da tatmin edeceği düşünülen bir miktara indirilmektedir. Hatta hakkaniyet indirimi yapılmamış olması ya da az yapılmış olması da bozma nedeni yapılmaktadır.

Hakkaniyet indirimi yapılarak kayıt tutmakla yükümlü olan işverenin bu yükümlülüğünü yerine getirmemesinden hukuki menfaat elde etmesi sağlanmaktadır. İşveren lehine bu şekilde bir kazanç sağlanması hakkaniyete aykırı olduğu gibi, kayıt tutmamaları da hiçbir yaptırıma tabi tutulmayarak üstüne ödüllendirilmeleri karşısında, hangi gücün etkisiyle kayıt tutmaya başlayacaklarının

düşünüldüğü merak konusudur. Yargı kararları ile hakkaniyet indirimi yapılmasının temelinde işverenin kendisine yüklenen yükümlülükleri yerine getirmemesi ve yargının da bu durumu koruması bulunmaktadır. Yargıtay tarafından da hakkaniyet indirimi görüşünden dönülmek yerine, işverenler adeta kayıt tutmamaya teşvik edilerek, işçi aleyhinde hakkaniyete aykırı kararlar verilmektedir. İşçi fazla çalıştığını ispat ettikten sonra yapılacak bir indirim varsa bu indirimin gerekliliği ve miktarını işveren delillerine göre belirlemek gerekir. İşveren ispat yükünü yerine getiremezse indirim yapılmamalıdır.

4857 sayılı Kanun'un 25/l. maddesinde *işçinin hastalık, kaza, doğum ve gebelik gibi hallerde işveren için iş sözleşmesini bildirimsiz fesih hakkı; belirtilen hallerin işçinin işyerindeki çalışma süresine göre 17. maddedeki bildirim sürelerini altı hafta aşmasından sonra doğar*. Dolayısıyla 17. maddedeki bildirim süreleri dikkate alındığında işçinin anılan izinleri, kıdemi altı aydan az ise 2+6 hafta sonra, altı ay ile bir buçuk yıl arasında ise 4+6 hafta sonra, bir buçuk yıl ile üç yıl arasında ise 6+6, üç yıldan fazla ise 8+6 haftadan fazla sürdüğünde zaten işveren için bildirimsiz fesih imkanı söz konusu olacaktır. Yargıtay hakkaniyet indirimi yapılmasına ilişkin görüşünden dönmeyecekse bu halde tek gerekçe işçinin hasta veya izinli olması nedeniyle fazla çalışma yapmamış olabileceği olduğundan, kanunun benimsediği şekle uygun olarak yukarıda anılan maddeye kıyasla bir hakkaniyet indirimi belirlenmesi ve yapılan indirimin bu tutarları aşmamasına dikkat edilmesi, neye göre yapıldığı belirli olmayan hakkaniyet indirimlerinden daha isabetli ve daha hakkaniyetli olacaktır.

Gerek Yargıtay kararlarında gerek doktrinde ispat için bordrolar, puantaj kayıtları, yazılı deliller, tanık anlatımları ile sonuca gidilmeye çalışılmakta ise de, tüm bunlar mesleklere göre ayrıca ele alınmalı ve her meslek için özel değerlendirmeler yapılmalıdır. Bu nedenle bazı işçilerin çalışma biçimleri ve somut olayın özellikleri de dikkate alınarak fazla çalışma yapıp yapılmadığının değerlendirilmesi gerekeceğini düşünüyoruz. Bu nedenle üzerinde durulması gerektiğini düşündüğümüz, maden işçileri, fırın işçileri, şoförler, kapıcılar, üst düzey yönetici konumunda çalışanlar ile radyoaktif ve radyoionizan maddelerle yapılan işlerde çalışan işçilerin fazla çalışmalarına ilişkin özel değerlendirmeler yapılarak ispat kurallarına ilişkin uygulama ve düzenleme önerilerinde bulunulmaya çalışılmışsa da her mesleğin kendi içinde ayrıca değerlendirilmesi gerektiğini düşünüyoruz.

Maden işçilerinin çalışma şartlarının zorluğu da dikkate alındığında fazla çalışma yapması yasak olan işçilerin fazla çalışma yaptığına ilişkin imzaladıkları bu

belgelerin meşrulaştırılmaması gereklidir. Maden işçilerinin fazla çalışma sütunu olsun olmasın imzaladıkları bordrolara, puantaj kayıtlarına, giriş çıkışlarına ilişkin işverence tutulan her hangi bir teknik sisteme bakılmaksızın kanuna aykırı çalışma yaptırıldığı ve iradelerinin sakatlanabileceği ihtimali üstün tutularak kural olarak geçerlilik tanınmamalı ve kural olarak tanık anlatımlarına göre sonuca gidilmelidir. Anılan yazılı belgelerin gerçeği yansıttığını ve işçinin iradesi sakatlanmadan imzalandığını ispat yükü işverene ait olmalıdır. Yine yer altında yapılan çalışmalarda işçilerin birbirinden başka tanıklık edeceği kimse bulma imkanı zor olduğundan, maden işçilerinin fazla çalışmalarından takdiri indirim yapılmamalı, işçilerin bazı günler fazla çalışma yapmadığını ispat yükü işverende olmalı ve ancak işverence ispat edilirse indirim yapılmalıdır.

Fırında çalışan işçilerin, fazla çalışma talepli davalarında mutlaka keşif yapılmalı, keşif sırasında davacı işçi, davalı işveren ve tanıklar da hazır edilerek, işçinin çalıştığı dönemde bulunan pişirme fırını ve diğer ekipmanların aynı olup olmadığı, var olan iş ekipmanları ve varsa değişen iş ekipmanlarının kullanılarak yapılacak işin miktarı ve süresinin ne olacağı açıklığa kavuşturulmalıdır. Yine keşif heyetinde gıda mühendisi olması gerekmektedir birlikte, salt ekmek ve diğer unlu mamullerin yapılma şeklini bilen bir mühendis yeterli olmayacağından mümkünse bu fırında çalışmış bir kimse, davacı işçi ve tanıkların tecrübeleri ile yapılan işin süresi aydınlatılmalıdır. Yargıtay'ın hayatın olağan akışı formülü, özellikle fırın işyerleri için genel karine olmalı ve hayatın olağan akışı gereğince fırın işyerlerinde fazla çalışma yapılmadığını işverenin ispat etmesi gereklidir.

Şoför olarak çalışan işçiye ödenen sefer primi ücret eki niteliğinde değil ücretin kendisidir. Yargıtay şoförler için, araç kullanma saatlerinden fazla araç kullanamaması şeklinde bir varsayıma bağlı kalıp, şoförlerin yurt içi ve yurt dışında aracın gittiği yerlerde yükleme, boşaltma işlemleri, gümrüklerde bekleme işlemleri gibi iş görmeye hazır halde beklediği süreleri göz ardı etmektedir. Yargı kararlarında anılan şekilde hatalı kararlar verilmesinin asıl nedeni, şoförlerin işini sadece araç kullanmak olarak kabul etmeleridir. Şoförler sadece kesintisiz olarak trafik kanunlarında belirlenen süreler kadar araç kullansalar ve bahsi geçen farazi çalışma süreleri olmasaydı kararlar yerinde görülebilirdi. 4857 sayılı İş Kanununa göre işverene ait araçlarda işyerinden sayıldığından ve yine Kanun'a göre işçinin işverenle ilgili herhangi bir yerde meşgul edilmesi suretiyle asıl işini yapmaksızın geçirdiği sürelerde çalışma süresinden sayılacaktır. Bu noktada şoförlerin araç

kullanmadan da çalışması nedeniyle, fazla çalışma saatlerinin Trafik kanunları ile de ilgisi yoktur.

Kapıcının çalışma saatleri belirlenirken, işyeri olan apartmanda bulunan kat ve daire sayısı, asansör bulunup bulunmadığı, bahçeli olup olmadığı, kalorifer bulunup bulunmadığı, bahçe ya da kalorifer bulunması halinde bu alanlarında da kapıcı işçinin sorumluluğunda olup olmadığı, yine kalorifерden sorumlu olması halinde doğalgazlı mı yoksa kömürlü mü olduğu, bunların dışında apartmanda temizlik yapıp yapmadığı ve sıklığı, çöplerin toplanıp toplanmadığı ve sıklığı, alveriş yapıp yapılmadığı ve sıklığı, apartman genel kapısından kapıcının sorumlu olup olmadığı, apartmana ilişkin işlere devam ederken ya da bittiğinde kat sakinlerinin özel işlerini yapma yükümlülüğü olup olmadığı gibi etkenler irdelenerek öncelikle kapıcının iş tanımı belirlenmelidir. Kapıcının yaptığı işleri tespit edildikten sonra bu işleri yapmak için kullandığı ekipman, binanın imkanları ve yaşı da özel önem arz edeceğinden bu hususlarında tanık ifadelerine başvurulmalı ve gerekli olması halinde yerinde inceleme yapılmalıdır. Yine kapıcının iş süresi belirlenirken herkesçe bilinen genel vakıalar fazla çalışma yapıp yapılmadığı ve farazi çalışma süreleri göz ardı edilmemelidir.

Üst düzey yönetici nitelikli bir işçi olması nedeniyle özel bir öneme sahip ise de, fazla çalışmaya yapamayacağına ilişkin verilen kararlar ispat hukukuna ve İş Hukuku mevzuatına uygun nitelikte değildir. Üst düzey yöneticinin tek başına yetkili olduğu düşünüldüğü hallerde dahi, işveren ile mutlaka bir emir talimat ilişkisi içinde olması gerekme olup neticede şirket sahibi ya da ortağı değil anılan işyerinde çalışan bir işçidir. Vasıflarına göre bir gün bir işçiye verilen yetkiler, başka bir işçiye de her zaman verilebilecek olduğu hususu hiçbir zaman gözden kaçırılmamalıdır. Yine fazla çalışma şartları gerektiğinde fazla çalışması ve daha sonra denkleştirememe ihtimali de iş hayatı içinde her zaman mümkün olduğundan, denkleştirme yaptığıının işveren tarafından ispatlanması gerekmektedir. İşveren bizzat kendisinin yürütmesi gereken işleri fiziki olarak aynı anda birden çok yerde olamaması ya da sadece keyfi nedenlerle uzaktan yürüterek, fiziki olarak şubelere yerleştirdiği üst düzey yöneticiler aracılığıyla çalışmaktadır. İşverenin belirlediği iş organizasyonu bakımından yetki verdiği bu işçilere, diğer işçilerinden daha çok güvenmesi gereklidir. İşlerinin doğru şekilde yürütülmesi içinde bu işçilerin maddi anlamda da tatmin edilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla üst düzey yöneticilerin ücretlerinin yüksek olması elbette olması gerekendir. Açıklanan nedenlerle üst

düzey yöneticinin ücretinin yüksek olması da fazla çalışma ödenmemesi için gerekçe olamaz.

Sağlık kuralları bakımından günde azami yedi buçuk saat veya daha az çalışması gereken işlerde kural olarak belirlenen saatlerin üzerinde çalışmak yasaktır. Buna rağmen Yargıtay bir kararında, 4857 sayılı Kanun'un 41. maddesindeki yıllık 270 saatlik sınırın, işçinin çalıştığı süreye oranlanarak bulunacak süredeki kadar fazla çalışmanın ücrete dahil olduğunun kabul edilmesi gerektiğini, onun üzerindeki kısım için fazla çalışma ücretine hak kazanılabileceğini değerlendirmiştir. 4857 sayılı Kanun'un 41. maddesinde fazla çalışma yasağı olmayan işçiler için onay vermeleri halinde yıllık 270 saat fazla çalışma yapılabileceği düzenlenmişse de, bu düzenlemeyi kıyas yoluyla fazla çalışması yasak olan işçilere oranlayıp, uyarlayarak uygulanması kanunun dolanılması, kanunun izin vermediği bir sonuca yargı yoluyla cevaz verilmesi anlamına gelmekle birlikte hukuka ve insan haklarına da aykırıdır. Yargıtay tarafından kabul edilen bu içtihadın ilkesel bir karar haline gelmeden dönülmesi gerekmektedir. Aksi halde açık Kanun hükmü yargı eliyle ihlal edilmiş, işçi sağlığı tehlikeye atılmış olur. Dolayısıyla fazla çalışma yapmaları yasak olan işçilerin sözleşmelerinde fazla çalışma ücretlerinin aylık ücretlerine dahil olmasına ilişkin getirilecek hükümlerin hukuken hiçbir bağlayıcılığı olmadığı ve yok hükmünde olduğu kabul edilmelidir. Kaldı ki, yapılması mümkün olmayan bir çalışmanın ücretinin resmen ödendiği kabul edilemez.

Yer altında maden işlerinde çalışan işçiye normal fazla çalışma yaptırılması yasak olmasına rağmen, yaptırılması halinde fazla çalışma ücreti hükmün düzenlenme yeri itibarıyla, normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının yüzde yüzden az olmamak üzere artırılması suretiyle ödenmesi gerekir. Aksinin kabulü fazla çalışma sebebine göre ücretinin belirlenmesi anlamı taşır. Fazla çalışma ücretinin zamlı ödenmesinin ve çalışma sürelerine getirilen sınırın temel sebebi işçi sağlığı olup, hangi saikle fazla çalışma talep edildiğinin ücret miktarının belirlenmesinde önemi olmadığını düşünüyoruz.

İş Kanunu işçiyi kendisine karşı da koruduğundan, sözleşme ile fazla çalışma ücreti artırılmışsa, işçinin kullanabileceği serbest zamanında buna uygun olarak artırıldığı kabul edilmelidir. Lakin açıkça sadece serbest zamanın ya da sadece ücretin artırıldığına ilişkin bir düzenleme varsa anılan şekilde yorum yapılamaz. Serbest zaman kullanma yönündeki seçim hakkı işçide olup, işveren tarafından işçinin seçiminde teşvik amacıyla sadece fazla çalışma ücretinin zam oranı artırılmış

olabilir. Bu durum fazla çalışma karşılığını serbest zaman olarak kullanmak isteyen işçiye engel olmayacaktır.

Fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma karşılığında serbest zaman kullanmak işçinin inisiyatifine bırakılmış olup, bu konudaki seçim hakkı üzerinde işverenin yönetim hakkından söz edilemez. İşverenin yönetim hakkı sadece serbest süre kullanımının zamanının belirlenmesi ile ilgilidir. İşçinin fazla çalışmasına karşılık serbest zaman kullanmak istemesi 6 ay içinde işverene yazılı olarak başvurmasına bağlı olup, önceden verilen bir rıza ile ya da genel bir talep ile mümkün değildir, her bir fazla çalışma için ayrı talep aranması gerekir. Ayrıca işçinin serbest zaman kullanmaya yönelik seçim hakkı, fazla çalışma yaptıktan sonra doğacaktır. Yine tüm bu nedenlerle işçinin serbest zaman kullanması, tip sözleşme, iç yönetmelik, her yıl alınan muvafakat ya da toplu iş sözleşmesi ile belirlenemez. Belirlenmiş olması halinde de anılan hükümlere, işçinin her fazla çalışma için serbest zaman kullanmaya ilişkin bireysel talebi olup olmamasına göre geçerlilik tanınmalıdır.

KAYNAKÇA

Ağır, Çetin. "İş Hukukunda Normali Aşan Çalışma", **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt:87, Sayı:2013/1, ss.101-127.

Akı, Erol, H. Olcay Altıntaş ve İbrahim Bahçivancılar. **Uygulamada İş Güvencesi**, Legal Yayıncılık, Birinci Baskı, Temmuz 2005.

Akın, Levent. "Takdiri İndirimin Fazla Çalışma Alacaklarına ve Gazetecinin Ücretine Etkisi", **Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan**, Cilt:1, İstanbul 2011, ss.771-793.

Akın, Levent. "Fazla Çalışma Alacakları ve 5953 Sayılı Yasadan Doğan Alacağa İlişkin Hakkaniyet İndirimi", **Çimento İşveren Dergisi**, Cilt:28, Sayı:1, Ocak 2014, ss.50-62. (Hakkaniyet)

Aktay, Nizamettin, Kadir Arıcı ve E. Tuncay Senyen Kaplan. **İş Hukuku**, Gazi Kitabevi, Yenilenmiş 6. Baskı, Ankara 2013.

Akyiğit, Ercan. "Maden İşyerlerinde Çalışma Süreleri ve Fazla Çalışma", **Tühis İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, Cilt:25, Sayı: 3-4-5-6, Şubat, Mayıs, Ağustos, Kasım 2014, ss.21-34. <http://www.tuhis.org.tr/upload/dergi/1420013200.pdf>, (17.03.2017) (Maden)

Akyiğit, Ercan. "Yeni İş Yasasında Normali Aşan Çalışmalar", **Tühis İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, Cilt:19, Sayı:4, Mayıs 2005, ss.1-26. <http://www.tuhis.org.tr/upload/dergi/1348753304.pdf>, (21.02.2015)

Akyiğit, Ercan. **İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Emsal Yargıtay Kararları**, C.:1, Ethemler Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul 2003. (Karar)

Alp, Mustafa. "İş Sözleşmesindeki Değişiklik Kayıtlarının İçerik Denetimi", **SİCİL İHD**, Eylül 2006, ss.37-53.

Alp, Mustafa. **İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005. (Sözleşme)

Alpagut, Gülsevil. "Türk Borçlar Kanununun Hizmet Sözleşmesinin Devri, Sona Ermesi, Rekabet Yasağı, Cezai Şart ve İbranameye İlişkin Hükümleri", **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Sayı:31, 2011, ss.913-959.

Alpaslan, Bayram. "Fazla Çalışma Yaptırılmasının Şartları ve Sınırları"(E-Yaklaşım), **Yaklaşım Dergisi**, Sayı:197, Mayıs 2009, ss.359-373. <http://uye.yaklasim.com/MagazinePrint.aspx?ID=10044>, (ss.1-6) (17.03.2017).

Andaç, Faruk. **İş Hukuku (Sosyal Politikalar Bakımından Türk Çalışma Hukuku Uygulaması)**, Detay Yayıncılık, Ankara 2014.

Astarlı, Muhittin. **İş Hukukunda Çalışma Süreleri**, Turhan Kitabevi, Ankara 2008.

Astarlı, Muhittin. "Üst Düzey Yöneticilerin Çalışma Ücreti Talepleri (Yargıtay Kararlarına Genel Bir Bakış)", **İş Dünyası ve Hukuk**, Prof. Dr. Tankut Centel'e Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, ss.53-70. (Üst Düzey Yönetici)

Atalay, Oğuz. **Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı**, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2001.

Başbuğ, Aydın. "Fazla Çalışma Ücreti Eksik Ödenen İşçinin Alacağı B.K. m. 133'e göre Sona Erer mi ?", **Tühis İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, Cilt:17, Sayı:6, Şubat 2003, ss.53-58. <http://www.tuhis.org.tr/upload/dergi/1348749487.pdf>, (21.02.2015)

Baycık, Gaye. **İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar**, Yetkin Yayınları, 2011.

Bayhan, Tevfik. "Fazla Çalışma Yapmasına Rağmen Kimlere Fazla Çalışma Ücreti Ödenmez?" (E-Yaklaşım), **Yaklaşım Dergisi**, Sayı:193, Ocak 2009, ss.497-501. <http://uye.yaklasim.com/dergiler>, (17.03.2017).

Baysal, Mustafa. **Çözümlerle İş Kanunu Sorunları**, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Eylül 2014.

Bedük, Mehmet Nusret. "Çalışma Sürelerinin Denkleştirilmesi Esneklik Mi, Yoksa Keyfilik Midir? İş Hukuku Uygulamasında Çalışma Sürelerinin Denkleştirilmesi ve Fazla Çalışma Konusunda Bir Değerlendirme" **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:19, Yıl:2011, Sayı:2, ss.199-244.

Benokan, Ömer ve Turgut Özcan. **İş Kanunu ve Vergi Uygulaması**, Maliye Hesap Uzmanları Derneği, Ankara 2007.

Binbir, Sinan. "18 Yaşını Doldurmamış İşçilerin Çalışma Süreleri ve Fazla Çalışma Uygulaması", **Yaklaşım Dergisi**, Sayı:172, Nisan 2007, ss.192-194. <http://uye.yaklasim.com/dergiler>, (17.03.2017).

Boydak, Alptekin Burak. "Karar İncelemesi, Denetim Görevinde Bulunanların Fazla Çalışma Hakkı", **Çalışma ve Toplum**, Yıl:2013/2, Sayı:37, ss.261-271.

Caniklioğlu, Nurşen. "4857 Sayılı Kanuna Göre Çalışma Süresi ve Bu Sürenin Günlere Bölünmesi" **Toprak İşveren Dergisi**, ss.1-15. www.toprakisveren.org.tr/2005-66-nursencaniklioglu.pdf, (21.02.2015).

Caniklioğlu, Nurşen ve Talat Canbolat. "4857 Sayılı İş Kanununda Para Cezasına Bağlanan Yükümlülükler ve Bu Para Cezalarının Özellikleri", **Kamu-İş**, C.7, Sayı:3, 2004, ss.221-277.

Centel, Tankut. "Türk Borçlar Kanunu'nda İşçinin Borçları", **SİCİL İHD**, Haziran 2011, ss.5-11.

Çavuş, Ö. Hakan. "İş Kanunu'na Göre Fazla Çalışma ve İspatlanması", **Yaklaşım Dergisi**, Sayı:227, Kasım 2011, ss.193-195, <http://uye.yaklasim.com/dergiler>, (17.03.2017).

Çelik, Nuri, Nurşen Caniklioğlu ve Talat Canbolat. **İş Hukuku Dersleri**, Beta Yayıncılık, Yenilenmiş 29. Bası, İstanbul, Eylül 2016.

Çelik, Nuri. **İş Hukuku Dersleri**, Beta Yayıncılık, Yenilenmiş 15. Bası, İstanbul, Eylül 2000. (15. Bası).

Çelik, Nuri. **İş Hukuku Dersleri**, Beta Yayıncılık, Yenilenmiş 16. Bası, İstanbul, Ekim 2003. (16. Bası).

Çenberci, Mustafa. **İş Kanunu Şerhi**, Olgaç Matbaası, Altıncı Bası, Ankara 1986.

Çiçek, Hilal. "Fazla Çalışma Ücreti", **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Sayı:21, 2009, ss.185-202.

Çil, Şahin. **İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları (2013-2014 Yılları)**, Yetkin Yayıncılık, Açıklamalı 6. Baskı, Ankara 2015.

Çil, Şahin. **İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları (9. Hukuk Dairesi 2010-2011 Yılları)**, Turhan Kitabevi Yayınları, 4. Baskı, Ankara 2011. (İlke)

Çil, Şahin. **4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi**, 3. Cilt, Turhan Kitabevi Yayınları, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2007. (Şerh)

Çil, Şahin. "4857 Sayılı İş Kanununa Göre Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma", **Çalışma ve Toplum**, Yıl:2007/3, Sayı:14, ss.57-79. (Fazla Çalışma)

Demir, Fevzi. **En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması**, Birleşik Matbacılık, 5. Baskı, İzmir 2009.

Demir, Fevzi. "Toplu İş Sözleşmesi ile İşçinin Onayının Önceden Alınması", **SİCİL İHD**, Haziran 2006, ss.93-113. (İşçinin Onayı)

Demircioğlu, A. Murat ve Tankut Centel. **İş Hukuku**, Beta Yayıncılık, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 18. Bası, 2015.

Ekonomi, Münir. "4857 Sayılı İş Kanununa Göre Fazla Çalışma Kavramı", **Kamu-İş**, ss.1-14. <http://www.kamu-is.org.tr/pdf/739.pdf> (21.02.2015).

Ekonomi, Münir. "İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi", **Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2007**, İş

Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği (Türk Milli Komitesi), İstanbul 2009, ss.1-104. (İşin Düzenlenmesi)

Engin, E. Murat. "Denkleştirme Esası Uygulamasında Çalışma ve Dinlenme Sürelerine İlişkin Emredici Hükümler", **SİCİL İHD**, Mart 2007, ss.69-75.

Ertan, Emre. "Fazla Çalışma Ücretinin Aylık Ücrete Dahil Edilmesi", **SİCİL İHD**, Yıl:2015, Sayı:34, ss.103-124.

Esener, Turhan. **İş Hukuku**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Yeniden Gözden Geçirilmiş 3. Bası, Ankara 1978.

Evren, Öcal Kemal. **İş Mevzuatı Açısından İşverenin El Kitabı**, Güncellenmiş 12. Baskı, Seçkin Hukuk, Mayıs 2013.

Eyrenci, Öner. "Türkiye'de Çalışma Sürelerinin Esnekleştirilmesi", **Çalışma Hayatında Esneklik, Çeşme Altın Yunus 27-31 Ekim 1993**, Yaşar Eğitim ve Kültür Vakfı, İzmir Kasım 1994, ss.159-190. (Esnekleştirilme)

Eyrenci, Öner. "4857 Sayılı İş Kanunu ile Getirilen Yeni Düzenlemeler Genel Bir Değerlendirme", **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Sayı:1, 2004, ss.15-56. (Yeni Düzenlemeler)

Eyrenci, Öner. "Yargıtay Kararları Işığında Fazla Saatlerle Çalışmanın Saptanması", **Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan**, Cilt:1, İstanbul 2011, ss.459-473. (Fazla Saatler)

Eyrenci, Öner. "İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi", **Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2012**, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Derneği, Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası (Kamu-İş), Ankara 2014, ss.1-72. (İşin Düzenlenmesi)

Eyrenci, Öner, Savaş Taşkent ve Devrim Ulucan. **Bireysel İş Hukuku**, Beta Yayıncılık, Yenilenmiş 5. Baskı, İstanbul 2014.

Göksel, Merve. "Fazla Çalışmanın İspatı", **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Sayı:23, 2009, ss.1013-1034.

Gözler, Kemal. **Anayasa Hukukuna Giriş**, Ekin Basın Yayın Dağıtım, 14. Baskı, Bursa, Eylül 2009.

Güçlü, Gökhan. "Haftalık 45 Saati Aşan Tüm Çalışmalar Fazla Çalışma Mıdır?" (E-Yaklaşım), **Yaklaşım Dergisi**, Sayı:235, Temmuz 2012, ss.1-3, <http://uye.yaklasim.com/MagazinePrint.aspx?ID=14270>, (17.03.2017).

Günay, Cevdet İlhan. "Fazla Saatlerle Çalışmanın Hukuki Sonuçları", **SİCİL İHD**, Haziran 2007, ss.5-20.

Günay, Cevdet İlhan. "Hukuki Yönden Fazla Çalışma", **SİCİL İHD**, Yıl:2013, Sayı:30, ss.24-36. (Fazla Çalışma)

Günay, Cevdet İlhan. **İş Kanunu Şerhi**, Cilt:2, Yetkin Yayınları, Genişletilmiş 4. Baskı, Ankara 2015. (Şerh)

Güner, Erol. "Fazla Çalışma ve Fazla Çalışma Yasakları", **Yaklaşım Dergisi**, Sayı:152, Ağustos 2005, ss.208-211. <http://uye.yaklasim.com/dergiler>, (17.03.2017).

Güner, Erol. "Fazla Çalışma Yapanların Ara Dinlenme Süresi Artar Mı?" (E-Yaklaşım), **Yaklaşım Dergisi**, Sayı:228, Aralık 2011, ss.539-544. <http://uye.yaklasim.com/dergiler>, (17.03.2017). (Ara Dinlenme)

Güner, Erol. "Haftalık Çalışma Süresi 45 Saatin Altında Olanların Fazla Çalışma Ücreti Nasıl Hesaplanacaktır?" (E-Yaklaşım), **Yaklaşım Dergisi**, Sayı:204, Aralık 2009, ss.467-474. <http://uye.yaklasim.com/MagazinePrint.aspx?ID=10800>, (ss.1-4) (17.03.2017). (Fazla Çalışma)

Güneş, Başak ve Faruk Barış Mutlay. "Yeni Borçlar Kanununun "Genel Hizmet Sözleşmesi"ne İlişkin Hükümlerinin İş Kanunu ve 818 Sayılı Kanunla Karşılaştırılarak Değerlendirilmesi", **Çalışma ve Toplum**, Yıl:2011/3, Sayı:30, ss.231-288.

Güven, Ercan ve Ufuk Aydın. **Bireysel İş Hukuku**, Nisan Kitabevi Yayınları, Genişletilmiş Güncellenmiş 4. Baskı, Eskişehir 2013.

Hergüner, Eda. "Ulusal ve Dini Bayramlarda, Hafta sonunda ve Günlük Çalışmada Fazla Çalışma, Yasakları ve Sonuçları", **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt:83, Sayı:2009/5, ss.2629-2656.

Işıklı, Alparslan. **İş Hukuku**, İmaj Kitabevi, Yeniden Gözden Geçirilmiş 6. Baskı, Ankara 2005.

İlki, Vedat. "Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yapmayacak İşçiler Kimlerdir?" (E-Yaklaşım), **Yaklaşım Dergisi**, Sayı:232, Nisan 2012, ss.1-3, <http://uye.yaklasim.com/MagazinePrint.aspx?ID=13846>, (17.03.2017).

İnce, Ergun. **Çalışma Hukuku**, Artı Yayınları, 1998.

Kabakcı, Mahmut. "İş Hukuku Uygulamasında Hedef Sözleşmeleri", **İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar II**, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuka Genç Yaklaşımlar Konferans Serisi No:6 İş Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul 2016, ss.211-232.

Kandemir, Murat. "Fazla Çalışmanın Azami Süresi ve Fazla Çalışma Yasakları", **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Sayı:29, 2011, ss.11-42.

Karacan, Hatice. **4857 Sayılı İş Kanununa Göre Fazla Çalışma**, Seçkin Yayıncılık, Birinci Baskı, Temmuz 2007.

Karaçöp, Eda. "Karar İncelemesi, İşçiden Fazla Mesai İçin Önceden Onay Alınmamış Olsa da Daha Önce Fazla Çalışma Yapan ve Ücreti Tam ve Düzenli Olarak Ödenen İşçinin Fazla Mesaiye Kalmak İstememesinin Fesih İçin Haklı Neden Kabul Edilemeyeceği", **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Sayı:24, 2009, ss.1443-1452.

Karakaş, İsa. **İş Kanunu Uygulaması ile İhtilafları ve Çözüm Yolları**, Muhasebe&Sosyal Güvenlik Kitapevi, Ankara, 2012.

Kesici, Mahmut. "Turizm, Özel Güvenlik ve Sağlık Hizmeti Yürütülen İşlerde Gece Çalışması", **Çalışma ve Toplum**, Yıl:2015/4, Sayı:47, ss.221-236.

Kılıçoğlu, Mustafa. **4857 Sayılı İş Kanunu Yorumu ve Yargıtay Uygulaması**, Ayhan Yayıncılık, Ankara 2005. (İş Kanunu)

Kılıçoğlu, Mustafa. **İlke Kararları Işığında İş Hukukunda Temel Kavramlar**, Turhan Kitabevi, Ankara 2009. (Temel Kavramlar)

Koç, Muzaffer. "Fazla Çalışma" (E-Yaklaşım), **Yaklaşım Dergisi**, Sayı:152, Ağustos 2005, ss.476-483. <http://uye.yaklasim.com/dergiler>, (17.03.2017).

Koç, Muzaffer. "Zorunlu Nedenlerle ve Olağanüstü Hallerde Fazla Çalışma" (E-Yaklaşım), **Yaklaşım Dergisi**, Sayı:153, Eylül 2005, ss.412-420. <http://uye.yaklasim.com/dergiler>, (17.03.2017). (Olağanüstü Hal)

Köseoğlu Ali Cengiz ve Sibel Kabul. "4857 Sayılı İş Kanunu Bağlamında Çalışma Süresinin Aşılması: Fazla Çalışma", **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt:72, Yıl:2014, Sayı:2, ss.233-268.

Kurt Konca, Nesibe. "İş Kanunu'nun 6111 Sayılı Kanun İle Değişik 91. ve 92. Maddelerinin Medeni Usul ve İcra Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi", **Tühis İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, ss.67-85. <http://www.tuhis.org.tr/upload/dergi/1347534361.PDF> (24.03.2017).

Kurucu, Oğuz. **İş Yargısı, İş Mahkemelerinde Yargılama Yöntemi**, Ankara 1994.

Mollamahmutoğlu, Hamdi ve Muhittin Astarlı. "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun İşin Düzenlenmesine İlişkin Hükümlerinin İncelenmesi", **Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan**, Cilt:1, İstanbul 2011, ss.595-621.

Mollamahmutoğlu, Hamdi, Muhittin Astarlı ve Ulaş Baysal. **İş Hukuku**, Turhan Kitabevi, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Bası, Ankara 2014.

Narmanlıoğlu, Ünal. **İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I**, Beta Yayıncılık, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, İstanbul 2014.

Narmanlıoğlu, Ünal. "İş Kanunu'na Göre Fazla Çalışma ve Karşılığı", **SİCİL İHD**, Mart 2010, ss.27-44. (Fazla Çalışma)

Odaman Serkan, **İşçinin İşe Başvuru Esnasında İşvereni Yanıltması ve Hukuki Sonuçları**, web.deu.edu.tr/sosyalhukuk/iscininisvereniyaniltmasi.doc, (e.t. 16.07.2017)

Öcalan, Fikriye Gonca. "4857 Sayılı İş Kanunu Çerçevesinde Fazla Çalışma Kavramı ve Kapsamı", **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt:84, Sayı:2010/3, ss.1625-1652.

Özbudun, Ergun. **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, Gözden Geçirilmiş 10. Baskı, Ankara 2009.

Özcan, Durmuş. **İş Hukukunda İşçilik Alacakları**, Adalet Yayınevi, Güncellenmiş 4. Baskı, Ankara 2016.

Özcan, Durmuş. **İş Hukukunda İşçilik Alacakları**, Adalet Yayınevi, Genişletilmiş ve Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara 2013. (İşçilik)

Özdemir, Cumhur Sinan. **İş Kanunu'na Göre İşveren ve İşçi Rehberi**, Adalet Yayınevi, Ankara 2010.

Özdemir, Cumhur Sinan. "4857 Sayılı İş Kanunu'na Göre "Fazla Çalışma"", **Yaklaşım Dergisi**, Sayı:130, Ekim 2003, ss.250-254. <http://uye.yaklasim.com/dergiler>, (17.03.2017). (Fazla Çalışma)

Özdemir, Cumhur Sinan. "Fazla Çalışma İçin Her Yıl İşçinin Onayının Alınıp Alınmama Sorunu", **Terazi Aylık Hukuk Dergisi**, Yıl:2, Sayı:8, Nisan 2007, ss.35-38. (Onay)

Özdemir, Cumhur Sinan. "Üst Düzey Yönetici Fazla Çalışma Ücretine Hak Kazanır Mı?" (E-Yaklaşım), **Yaklaşım Dergisi**, Sayı:195, Mart 2009, ss.576-579. <http://uye.yaklasim.com/dergiler>, (17.03.2017). (Üst Düzey Yönetici)

Özdemir, Cumhur Sinan. "Ücret Bordrosu İmzalıda Olsa Şahitle Fazla Çalışma Tespit Ettirilebilir(Mi)?" (E-Yaklaşım), **Yaklaşım Dergisi**, Sayı:214, Ekim 2010, ss.498-501. <http://uye.yaklasim.com/dergiler>, (17.03.2017). (Bordro)

Özdemir, Cumhur Sinan. "İş Kanunu'na Göre Fazla Çalışma Ücreti Aylık Ücrete Dahil Edilir Mi?" (E- Yaklaşım), **Yaklaşım Dergisi**, Sayı:221, Mayıs 2011, ss.453-456. <http://uye.yaklasim.com/dergiler>, (17.03.2017). (Aylık Ücret)

Özdemir, Cumhur Sinan. "İşveren Fazla Çalışma Yapmaya Gelmeyen İşçiyi Tazminatsız İşten Çıkarabilir Mi?" (E-Yaklaşım), **Yaklaşım Dergisi**, Sayı:229, Ocak 2012, ss.571-574, <http://uye.yaklasim.com/dergiler>, (17.03.2017). (İşveren)

Özdemir, Erdem. "Fazla Çalışmaya İlişkin Güncel Yargıtay Kararları ve Değerlendirilmesi" **SİCİL İHD**, Yıl:3 Sayı:12, Aralık 2008, ss.80-95.

Özen, Cüneyt. "Denkleştirme Döneminde Fazla Çalışma Ücreti Ödenir Mi?" (E-Yaklaşım), **Yaklaşım Dergisi**, Sayı:225, Eylül 2011, ss.490-494, <http://uye.yaklasim.com/dergiler>, (17.03.2017).

Özer, Hatice Duygu. "Çalışma Saatlerini Kendi Belirleyen İşçi Fazla Çalışma Ücretine Hak Kazanır Mı?", **Çalışma ve Toplum**, Yıl:2007/3, Sayı:14, ss.143-155.

Songu, Sezgi Öktem. **Türk İş Hukukunda Çalışma Süresinin Düzenlenmesi**, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2007.

Soyer, M. Polat. "Yeni Düzenlemeler Karşısında Fazla Saatlerle Çalışmaya İlişkin Bazı Düşünceler", **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Sayı:3, 2004, ss.797-808. (Fazla Saatler)

Soyer, M. Polat ve Muhammet Özekes. "İşçinin Sözleşmeye Aykırı Davranması Yargı Kararıyla Ödüllendirilebilir Mi?", **Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, Sayı:8, 2005, ss.1611-1621.

Soyer, Polat. "Borçlar Kanunu'nun İş Hukukuna Etkileri", **İş Hukukunda Yapılan Son Değişiklikler Semineri**, Kamu-İş, Ankara-Başkent Öğretmenevi, 20-21 Şubat 2013, ss.1-38. (Borçlar Kanunu)

Süzek, Sarper. **İş Hukuku (Genel Esaslar-Bireysel İş Hukuku)**, Beta Yayıncılık, Yenilenmiş 10. Baskı, İstanbul 2014.

Süzek, Sarper. **İş Hukuku (Genel Esaslar-Bireysel İş Hukuku)**, Beta Yayıncılık, Yenilenmiş 4. Baskı, İstanbul 2008. (4. Baskı)

Süzek, Sarper. **İş Hukuku (Genel Esaslar-Bireysel İş Hukuku)**, Beta Yayıncılık, 2. Bası, İstanbul 2005. (2. Bası)

Şahin, Hakkı ve Ali Kemal Terzi. "Deniz İş Hukuku ve Basın İş Hukukunda Fazla Çalışma", **Yaklaşım Dergisi**, Sayı:223, Temmuz 2011, ss.436-440, <http://uye.yaklasim.com/dergiler>, (17.03.2017).

Şahlanan, Fevzi. "Fazla Çalışmayı Günlük İş Sürelerinin Üzerinde Yapılan Çalışmalar Olarak Düzenleyen Toplu İş Sözleşmesi Hükmünün 4857 Sayılı İş Kanunu Karşısında Değerlendirilmesi" **Çalışma ve Toplum**, Yıl:2007/2, Sayı:13, ss.161-168.

Şakar, Müjdat. **İş Hukuku Uygulaması**, Beta Yayıncılık, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 10. Baskı, İstanbul, Kasım 2014.

Şakar, Müjdat. "Fazla Çalışma ve Fazla Çalışma Sorunları", **Yaklaşım Dergisi**, Sayı:168, Aralık 2006, ss.16-21, <http://uye.yaklasim.com/dergiler>, (17.03.2017). (Fazla Çalışma)

Şakar, Müjdat. "Fazla Çalışma Konusunda Yargıtay'ın İlke Kararları", **Yaklaşım Dergisi**, Sayı:224, Ağustos 2011, ss.244-248, <http://uye.yaklasim.com/dergiler>, (17.03.2017). (İlke)

Şen, Murat. "Hizmet Sözleşmesinde Haftalık 45 Saatin Üzerinde Bir Çalışma Süresinin Kararlaştırılması Halinde Fazla Çalışma", **Prof. Dr. Fahiman Tekil'in Anısına Armağan**, İstanbul 2003, ss.671-682.

Şen, Murat. "Ulusal Bayram ve Genel Tatil Günlerine Rastlayan Haftalarda Fazla Çalışma", **SİCİL İHD**, Yıl:5, Sayı:18, Haziran 2010, ss.5-19. (Fazla Çalışma)

Taşkent, Savaş, F. Barış Mutlay ve Gizem Sarıbay Öztürk. **Açıklamalı İçtihatlı 4857 Sayılı İş Kanunu**, Beta Yayıncılık, Yenilenmiş 5. Bası, İstanbul 2011.

Tiryaki, Hamit. "Haftalık Çalışma Süresi 45 Saati Geçmese Bile Fazla Çalışma Sayılan Özel Durumlar" (E-Yaklaşım), **Yaklaşım Dergisi**, Sayı:233, Mayıs 2012, ss.1-3, <http://uye.yaklasim.com/MagazinePrint.aspx?ID=14148>, (17.03.2017).

Tiryaki, Hamit. "Fazla Çalışmanın İspatında Deliller" **Yaklaşım Dergisi**, Sayı:234, Haziran 2012, ss.1-3, <http://uye.yaklasim.com/MagazinePrint.aspx?ID=13990>, (17.03.2017). (Delil)

Topçu, Umut. "Fazla Çalışma Alacağının Hesaplanması, Zamanaşımı ve Gecikme Faizi Uygulamaları", **Yaklaşım Dergisi**, Sayı:208, Nisan 2010, ss.200-204. <http://uye.yaklasim.com/dergiler>, (17.03.2017).

Tunçomağ, Kenan ve Tankut Centel. **İş Hukukunun Esasları**, Beta Yayıncılık, Yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 7. Bası, İstanbul 2015.

Türk, Egemen Çağdaş. "Fazla Çalışmada Onay / Muvafakat Süreci" (E-Yaklaşım), **Yaklaşım Dergisi**, Sayı:222, Haziran 2011, ss.465-469. <http://uye.yaklasim.com/dergiler>, (17.03.2017).

Türsoy, Engin. "Fazla Çalışmanın Ücrete Dahil Olduğuna İlişkin Sözleşme Hükmüne Geçerlik Tanıyan Yargıtay 9. Hukuk Dairesi İçtihadının Eleştirisi", **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt:86, Sayı:2012/4, ss.72-87.

Ulubey, Raşit. "Fazla Çalışma Ücretinin Ödenmesinde İşçinin İhtirazi Kaydı ve Sonuçları", **Yaklaşım Dergisi**, Sayı:223, Temmuz 2011, ss.181-184, <http://uye.yaklasim.com/dergiler>, (17.03.2017).

Ulucan, Devrim. "Yargıtay'ın Kayan İş Süreleri ve Fazla Çalışma ile İlgili Yaklaşımı", **Prof. Dr. Ünal Narmanlıoğlu'na Armağan**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:9, Özel Sayı, İzmir 2007, ss.177-188.

Yazar, Özlem. "İsviçre Federal Mahkeme Kararı "Fazla Çalışma İddiasında İspat Yükü"", **Prof. Dr. Saim Üstündağ'a Armağan**, Adalet Yayınevi, Ankara 2009, ss.561-567.

Yelekçi Memduh ve İlhami Yelekçi. **Notlu İzahlı – İçtihatlı 4857 – 1475 – 854- 5953 Sayılı İş Kanunu Şerhi ve Tüzük – Yönetmelikler**, Ankara 2005.

Yıldız, Ramazan. "İş Kanunu'na Göre Fazla Çalışma Süresi Nedir?", **Yaklaşım Dergisi**, Sayı:227, Kasım 2011, ss.189-192, <http://uye.yaklasim.com/dergiler>, (17.03.2017).

Yüksel, Faruk. "Parça Başına ve Yüzde Usulüyle Çalışan İşçilerin Fazla Çalışma Ücretleri Nasıl Hesaplanır?", **Yaklaşım Dergisi**, Sayı:235, Temmuz 2012, ss.1-4, <http://uye.yaklasim.com/Magazine/Print.aspx?ID=14211>, (17.03.2017).