

T.C.
BAŞKENT ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK TEZLİ YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

İŞ HUKUKUNDA FAZLA ÇALIŞMA

YÜKSEK LİSANS TEZİ

HAZIRLAYAN
GÖKŞAN YILMAZ

TEZ DANIŞMANI
Prof. Dr. Emine Tuncay SENYEN KAPLAN

ANKARA-2019



BAŞKENT ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
YÜKSEK LİSANS / DOKTORA TEZ ÇALIŞMASI ORJİNALLİK RAPORU

Tarih: 26 / 06 / 2019

Öğrencinin Adı, Soyadı : GÖKŞAN YILMAZ

Öğrencinin Numarası : 21610365

Anabilim Dalı : Özel Hukuk Anabilim Dalı

Programı : Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans Programı

Danışmanın Unvanı/Adı, Soyadı : Prof. Dr. Emine Tuncay SENYEN KAPLAN

Tez Başlığı : İŞ HUKUKUNDA FAZLA ÇALIŞMA

Yukarıda başlığı belirtilen Yüksek Lisans/Doktora tez çalışmamın; Giriş, Ana Bölümler ve Sonuç Bölümünden oluşan, toplam 112 sayfalık kısmına ilişkin 26 / 06 / 2019 tarihinde şahsım/tez danışmanım tarafından ..T.M.Q.N.A.T.U.N.. adlı intihal tespit programından aşağıda belirtilen filtrelemeler uygulanarak alınmış olan orijinallik raporuna göre, tezimin benzerlik oranı % 11.....'dır.

Uygulanan filtrelemeler:

1. Kaynakça hariç
2. Alıntılar hariç
3. Beş (5) kelimeden daha az örtüşme içeren metin kısımları hariç

"Başkent Üniversitesi Enstitüleri Tez Çalışması Orijinallik Raporu Alınması ve Kullanılması Usul ve Esaslarını" inceledim ve bu uygulama esaslarında belirtilen azami benzerlik oranlarına tez çalışmamın herhangi bir intihal içermediğini; aksinin tespit edileceği muhtemel durumda doğabilecek her türlü hukuki sorumluluğu kabul ettiğimi ve yukarıda vermiş olduğum bilgilerin doğru olduğunu beyan ederim.

Öğrenci İmzası:.....

Onay

26/06/2019

Prof. Dr. Emine Tuncay SENYEN KAPLAN

KABUL VE ONAY SAYFASI

Gökşan YILMAZ tarafından hazırlanan **İŞ HUKUKUNDA FAZLA ÇALIŞMA** adlı bu çalışma jürimizce Yüksek Lisans Tezi olarak kabul edilmiştir.

Kabul (sınav) Tarihi: 17.../07/2019

Jüri Üyesi : Prof. Dr. E. Tuncay SENYEN KAPLAN
Başkent Üniversitesi



Jüri Üyesi : Doç. Dr. Z. İpek YÜCER
Başkent Üniversitesi



Jüri Üyesi : Dr. Öğr. Üy. G. Çağlar ÇOPUROĞLU
Çankaya Üniversitesi



Onay

Yukarıdaki imzaların, adı geçen öğretim üyelerine ait olduğunu onaylarım.

...../...../2019

Enstitü Müdürü
Prof. Dr. İpek KALEMCİ TÜZÜN

TEŞEKKÜR

Bu çalışmanın gerçekleştirilmesinde, iki yıl boyunca değerli bilgilerini benimle paylaşan, kullandığı her kelimenin hayatıma kattığı önemi her zaman hatırlayacak olduğum saygıdeğer danışman hocam; Prof. Dr. Emine Tuncay SENYEN KAPLAN' a,

Çalışma süresince tüm zorlukları benimle göğüsleyen ve hayatımın her evresinde bana destek olan annem Okşan YILMAZ ve babam Gökhan YILMAZ' a,

Çalışmam boyunca benden bir an olsun yardımlarını esirgemeyen arkadaşlarıma sonsuz teşekkürlerimi sunarım.

ÖZET

Ekonomik ve teknolojik gelişmeler, çalışma sürelerinin uygulanmasında esneklik sağlamaya yönelik düzenlemeler yapılması ihtiyacını doğurmuştur. 1475 sayılı İş Kanunu'nun katı düzenlemelerinden çıkılarak oluşturulan 4857 sayılı İş Kanunu'muzda işçi sağlığı ve işveren ihtiyaçları arasında bir denge kurulmak istenmiştir. Bu nedenle 4857 sayılı Kanunla gerekli esnekleştirilmelere gidilmiş; çalışma süreleri ile fazla çalışmalar yeniden düzenlenmiş, fazla saatlerle çalışmalar, fazla çalışma ücreti yerine serbest zaman verilmesi gibi yeni düzenlemeler hüküm altına alınmıştır.

Yapılan değişiklikler ve yenilikler ile birlikte, fazla çalışmalar ve fazla sürelerle çalışmalar, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 41-43. ve Türk Borçlar Kanunu'nun 398 ve 402. maddeleri ve 06.04.2014 tarihinde yürürlüğe giren İş Kanuna İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği ile düzenlenmiştir.

Çalışma hayatının getirdiği zorluklar ve ihtiyaçlar nedeniyle işveren, işçisini haftalık ve günlük çalışma süresi sınırlarının üzerinde çalıştırmaya devam etmiştir. Bu durum işçinin fazla çalışma ve fazla saatlerle çalışma kavramlarını da beraberinde getirmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu ile Fazla Çalışma Yönetmeliği'ne göre, "Fazla çalışma, iş kanununda yazılı koşullar çerçevesinde haftalık 45 saati aşan çalışmalardır". Fazla çalışma tanımına eski kanunlarda da yer verilirken, fazla saatlerle çalışma 4857 sayılı İş Kanunu ile getirilen yeni düzenlemeler arasında yer almıştır. 4857 sayılı İş Kanunu ile Fazla Çalışma Yönetmeliği'ne göre, "Fazla sürelerle çalışma; haftalık çalışma süresinin sözleşmelerle kırk beş saatin altında belirlendiği hallerde, uygulanmakta olan ortalama haftalık çalışma süresini aşan ve kırk beş saate kadar yapılan çalışma" olarak tanımlanmaktadır.

ANAHTAR KELİMELER : Fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma, çalışma süreleri, fazla çalışma ücreti, ispat, hakkaniyet indirimi,

ABSTRACT

Regarding economical and technological improvements, regulations were needed due to provide flexibility in working hours. In 1947 Labor Law, which created according to strict regulations of Labour Law 1475, there has been a claim for a balance between workers health and employer. Therefore some regulations have been applied, working hours and overworking hours reorganized and instead of overcharging overworking hours, free time has been considered and applied.

The changes and innovations that are applied, overworking and over time working hours, regulated by the Labour Law 4857 article 41-43 and Turkish Law Of Obligations article 398 and 402, also the legislation of overworking and overtime working in Labour Law, which entered in to force in 06.04.2014.

Due to the challenges which came with the professional life and needs, employers continue to exceed working hours of employees in the range of weekly and daily bases. This brought the concept of overtime working and overworking.

The study has been maintained about overworking and overworking hours in Labour Law, The overtime working and overworking hours named labour law No: 4857 in article 41-43. and the Turkish code of obligations article 398 and 402 has been entered the force in 06.04.2014. According to Overtime Working and 4857 Labour Law guidelines, “The overtime working is determined by the working hours that exceeds 45 hour in a week.” Overtime working definition both enters in the old laws and in the new regulations that is in law no:4857 that named overworking hours. In Labour Law no:4857 according to overworking regulations, “Overworking hours, by the accordant, determined as the working hours that reaches up to 45 hours in a week.”

KEY WORDS : Overtime work and working with extra hours, working hours, overwork fee, demonstration, equitable discount.

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR CETVELİ.....	IX
--------------------------	----

GİRİŞ.....	1
------------	---

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK ÇALIŞMA VE YABANCI ÜLKELERDE ÇALIŞMA SÜRELERİ

1. ÇALIŞMA SÜRESİ KAVRAMI	4
I. GENEL OLARAK	4
II. ÇALIŞMA SÜRESİ KAVRAMI	5
2. ULUSAL VE ULUSLARARASI MEVZUATTA ÇALIŞMA SÜRESİ	6
I. GENEL OLARAK	6
II. ULUSAL MEVZUATTA ÇALIŞMA SÜRESİ	6
A. Türk Borçlar Kanunu'nda Fazla Çalışma	8
B. Deniz İş Kanunu'nda Fazla Çalışma	9
C. Basın İş Kanunu'nda Fazla Çalışma	10
III. ULUSLARARASI MEVZUATTA ÇALIŞMA SÜRELERİ	11
A. Genel Olarak	11
B. Uluslararası Mevzuatta Çalışma Sürelerine İlişkin Kaynaklar	12
1. Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) Sözleşmeleri	12
2. Birleşmiş Milletler Sözleşmeleri	13
3. Avrupa Konseyi Sözleşmeleri	13
4. Avrupa Birliği Mevzuatı	13
C. Mukayeseli Hukukta Çalışma Süreleri	14

İKİNCİ BÖLÜM

FAZLA ÇALIŞMA VE FAZLA SÜRELERLE ÇALIŞMA

1. FAZLA ÇALIŞMA ve FAZLA SÜRELERLE ÇALIŞMA KAVRAMI	15
I. GENEL OLARAK	15
II. FAZLA ÇALIŞMA KAVRAMI	15
III. FAZLA SÜRELERLE ÇALIŞMA KAVRAMI	16
IV. FAZLA ÇALIŞMANIN HUKUKİ NİTELİĞİ	17
2. DENKLEŞTİRME UYGULAMASINDA FAZLA ÇALIŞMA ve FAZLA SÜRELERLE ÇALIŞMA	18
I. GENEL OLARAK	18
II. DENKLEŞTİRME HESAPLAMALARI	18
A. Denkleştirme Uygulamaları	20
B. Örtülü Denkleştirme	21
III. DENKLEŞTİRME DÖNEMİNDE ÜCRET	22
3. FAZLA ÇALIŞMA TÜRLERİ	22
I. GENEL OLARAK	22
II. NORMAL NEDENLERLE FAZLA ÇALIŞMA	23
A. Genel Olarak	23
B. Normal Nedenlerle Fazla Çalışma Yapmanın Nedenleri	23
1. Fazla Çalışma Yaptırılması İhtiyacının Doğması	23
a. Ülkenin Genel Yararı	24
b. İşin Niteliği	25
c. Üretimin Artırılması	26
d. Diğer Genel Nedenler	26
2. Fazla Çalışmanın İşverenin Talebine Bağlanması	26
3. Fazla Çalıştırma Yapılacak İşçinin Onayının Alınması	28
a. Onay Zamanı	29
b. İşçinin Onay Vermesi	30
c. İşçinin Onay Vermemesi	32
d. Fazla Çalışmanın İşçilere Duyurulması	33

C. Fazla Çalışma Süresinin Sınırlandırılması	34
1. Haftalık Fazla Çalışma Süresinin Sınırlandırılması	34
2. Günlük Fazla Çalışma Süresinin Sınırlandırılması	35
3. Yıllık Fazla Çalışma Süresinin Sınırlandırılması	36
4. Fazla Çalışma Sürelerine İlişkin Sınırlandırılmalara Uyulmamasının Hukuki Sonuçları	38
III. ZORUNLU NEDENLERLE FAZLA ÇALIŞMA	40
A. Genel Olarak	40
B. Zorunlu Nedenlerle Fazla Çalışmanın Nedenleri	41
1. Bir Arızanın Çıkması	41
2. Bir Arızanın Çıkabilecek Olması	42
3. Makine, Araç ve Gereçlerin Korunması	42
4. Zorlayıcı Sebeplerin Varlığı	43
C. Zorunlu Nedenlerle Fazla Çalışmanın Sınırlandırılması	43
IV. OLAĞANÜSTÜ NEDENLERLE FAZLA ÇALIŞMA	44
A. Genel Olarak	44
B. Olağanüstü Nedenlerle Yapılan Fazla Çalışmanın Nedenleri	45
1. Seferberlik Halinin Bulunması	45
2. Diğer Olağanüstü Nedenlerin Bulunması	46
3. Cumhurbaşkanı'nın Karar Alması	46

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

FAZLA ÇALIŞMANIN SAPTANMASI VE İSPATLANMASI

1. GENEL OLARAK	47
2. FAZLA ÇALIŞMANIN SAPTANMASI	48
3. FAZLA ÇALIŞMANIN İSPATLANMASI	49
I. Fazla Çalışmada İspat Yükü	49
II. Fazla Çalışmada Kullanılan İspat Araçları	50
A. İşyeri Giriş Çıkışlarını Gösteren Kayıtlar	50
B. Ücret Bordroları	52
C. Bilirkişi Raporu	55
D. Yemin	57

E. Tanık Beyanları	58
F. Keşif	62
G. İbranameler	62
H. İşin Niteliği, İşyerinin Hacmi, İşçinin Niteliği ve Çalışma Düzeni	63
III. Fazla Çalışmanın İspatında Hayatın Olağan Akışına Uygun Olma ve Hakkaniyet İndirimi	65

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

FAZLA ÇALIŞMA YASAKLARI VE BU YASAKLARA UYMAMANIN SONUÇLARI

1. GENEL OLARAK	68
2. FAZLA ÇALIŞMA YAPILAMAYACAK İŞLER	68
I. Sağlık Kuralları Bakımından Günde Ancak Yedi Buçuk Saat veya Daha Az Çalışılması Gereken İşler.....	69
II. Gece İşleri	70
III. Maden Ocakları, Kablo Döşemesi, Kanalizasyon, Tünel İnşaatı Gibi Yeraltı ve Sualtında Yapılan İşler	72
IV. Röntgen, Radyom ve Elektrikle Tedavi ile Diğer Fizyoterapi Müesseseleri ile Yapılan İşler	74
3. FAZLA ÇALIŞMA YAPTIRILMAYACAK İŞÇİLER	75
I. 18 Yaşını Doldurmamış İşçiler	75
II. Sağlık Nedeniyle Fazla Çalışma Yapamayacak İşçiler	76
III. Gebe, Yeni Doğum Yapmış ve Çocuk Emziren İşçiler	76
IV. Kısmi Süreli İş Sözleşmesi İle Çalıştırılan İşçiler	77
V. Yeraltı Maden İşlerinde Çalışan İşçiler	78

4. FAZLA ÇALIŞMAYA DAİR SINIR VE YASAKLARA UYMAMANIN SONUÇLARI	79
I. HUKUKİ SONUÇLARI	79
II. CEZAİ SONUÇLARI	80
5. FAZLA ÇALIŞMA YASAĞI KAPSAMINDA OLMAYAN VE FAZLA ÇALIŞMA SAYILMAYAN DİĞER HALLER	83
I. HAZIRLAMA, TAMAMLAMA VE TEMİZLEME İŞLERİ	83
A. Genel Olarak	83
B. Hazırlama, Tamamlama ve Temizleme İşlerinin Özellik Arz Etmesi	84
C. Hazırlama, Tamamlama ve Temizleme İşlerinde Koşullar	85
a. Asıl İşe Uygun Olarak Yapılma	85
b. Teknik Bir Zorunluluk Hali veya Sağlık ve Güvenlik Nedeniyle Hazırlama, Tamamlama ve Temizleme İşlerinin Asıl İşten Önce veya Sonra Yapılma Zorunluluğu	85
D. Hazırlama, Tamamlama Ve Temizleme İşlerinde Fazla Çalışmanın Etkisi	86
II. EĞİTİM AMAÇLI TOPLANTILAR	87
III. BELİRLİ ÜCRETLERE DAHİL EDİLEN FAZLA ÇALIŞMA ÜCRETLERİ	88
IV. ÜST DÜZEY YÖNETİCİ İŞÇİLERİN DURUMU	89

BEŞİNCİ BÖLÜM

FAZLA ÇALIŞMANIN KARŞILIĞI

1. GENEL OLARAK	91
2. FAZLA ÇALIŞMA KARŞILIĞININ ÜCRET ŞEKLİNDE ÖDENMESİ VE FAZLA ÇALIŞMA ÜCRETİNİN HESAPLANMASI	91
I. Ücret Sistemlerine Göre Fazla Çalışma Ücreti Hesabı	92
II. Fazla Çalışma Ücreti Hesabında Esas Alınan Ücret ve Ödenmesi	95
III. Fazla Çalışma Ücretini Ödeme Yükümlüsü	96
3. FAZLA ÇALIŞMANIN SERBEST ZAMANLA KARŞILANMASI	98
I. Serbest Zamanın Kullandırılmasında İşçinin Talebi	99
II. Serbest Zamanın Süresi ve Kullandırılması	100

4. FAZLA ÇALIŞMA KARŞILIĞININ VERİLMEMESİNİN SONUÇLARI	103
I. HUKUKİ SONUÇLARI	103
A. İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı	103
B. İşçinin İş Sözleşmesini Fesih Hakkı	104
C. İşçinin Fazla Çalışma Ücretini Yargısal Yolla Talep Etme Hakkı	104
1. Fazla Çalışma Ücretine İlişkin Faiz	105
2. Fazla Çalışma Ücretine İlişkin Zamanaşımı	107
II. CEZAİ SONUÇLARI	108
 SONUÇ	109
KAYNAKÇA	113

KISALTMALAR CETVELİ

AB	: Avrupa Birliği
Any.	: Türkiye Cumhuriyeti 1982 Anayasası
BAM	: Bölge Adliye Mahkemesi
bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
ÇGİÇY	: Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik
ÇSY	: Çalışma Süreleri Yönetmeliği
E.	: Esas
FCY	: Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği
HD.	: Hukuk Dairesi
HMK	: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Usul Kanunu
HUAK	: 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu
İş K.	: 4857 sayılı İş Kanunu
İTÜ	: İstanbul Teknik Üniversitesi
K.	: Karar
Kan.	: Kanun
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
LİHSGHD	: Legal İş Hukuku Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi
m.	: madde
OECD	: Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü

S.	: Sayı
s.	: Sayfa
T.	: Tarih
TBK	: 6098 sayılı Türk Bolar Kanunu
TDK	: Türk Dil Kurumu
TTK	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
Tis	: Toplu İş Sözleşmesi
nv.	: Üniversite
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
Y.	: Yargıtay
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurul Kararı
Yüzde Yn.	: Yzdelerden Toplanan Paraların İşçilere Dağıtılması Hakkında Yönetmelik

GİRİŞ

İnsan sanayileşme dönemi ile birlikte birçok tarihsel süreçten geçerek kendini toplumsal, siyasi, ekonomik ve teknolojik anlamda yenilemiş ve geliştirmiştir. Yaşanan bu değişim ve gelişimler insanı çalışma hayatına yöneltmiştir. Değişim ve gelişim kısa sürmeden iş hayatında işçi ve işveren kavramlarını oluşturmuştur. Bu kavramlar, düzenli şekilde bir iş yerinde çalışma, istihdam ve emek karşılığında ücret verilmesi gibi durumları da beraberinde getirmiştir. Tüm bu yaşanan gelişmeler sonucu, tüm dünya da işçi sayısı yoğun şekilde artmış işveren güçlü taraf konumuna geçmiştir. Bu durum işçi sınıfın korunması ihtiyacını doğurduğundan, çalışma hayatı hukuksal bir boyuta evrilmiştir. Bu sayede, İş Hukuku alanı doğarak, çalışma hayatı kanunlarla revize edilmiş ve günümüze kadar ulaşmıştır.

Bir insanın ara vermeden sürekli bir şekilde çalışması mümkün değildir. Artan uzun süreli çalışmalar, işçilerin çalışma hayatlarını ve sağlığını olumsuz yönde etkilemektedir. Bu nedenle fazla çalışmanın süresi açısından 4857 sayılı İş Kanunu'nda günlük, haftalık ve yıllık fazla çalışma süreleri uygulanarak sınırlamalar getirilmiştir. Aynı şekilde, Avrupa ülkelerinde çalışan işçilerin çalışma sürelerine ve fazla çalışmalarına ilişkin günlük ve haftalık azami sınırlar konulmuştur. Ülkeler çalışma sürelerini belirlerken gelişmişlik düzeyi, işsizlik oranı gibi nedenleri göz önünde bulundurmıştır. Buna göre, gelişmiş ülkelere olan Amerika Birleşik Devletleri, Japonya, Meksika, Avustralya, Güney Kore ve Yunanistan'da çalışma saatleri yüksektir. Bunun yanında yine gelişmiş ülkeler statüsünde yer alan Fransa, Norveç, Hollanda ve İsviçre'de daha katı yasaların olması nedeniyle çalışma saatleri kısa tutulmuştur. Türkiye ise gelişmekte olan bir ülke konumunda bulunduğundan, ülkemizde çalışan işçilerin gelişmiş ülkelerde çalışan işçilere kıyasla daha fazla çalışma yaptıkları görülmüştür.

Çalışma yaşamının getirdiği zorluklar ve ihtiyaçlar, işçinin işyerinde haftalık ve günlük çalışma sürelerinin aşılmasını kaçınılmaz hale getirilmiştir. Dolayısıyla çalışma sürelerinin dışında da işveren, işçisini çalıştırmaya devam etmiştir. Bu durum işçinin fazla çalışma kavramını ortaya çıkarmıştır. İşçilerin normal çalışma süreleri dışında, bu çalışma sürelerine ilave olarak yaptıkları fazla çalışmalarda da işçi sağlığının korunması ilkesi ön planda tutulmuştur. Bu nedenle işçiler tarafından yapılan bu ek çalışmaların da ayrıca sınırlandırılması ve kanunla düzenlenmesi gerekmiştir.

1475 sayılı İş Kanununun katı düzenlemelerinden çıkılarak oluşturulan 4857 sayılı İş Kanunumuz da işçi sağlığı ve işveren ihtiyaçları arasında bir denge kurulmak istenmiştir. Bu nedenle 4857 sayılı Kanunla, 1475 sayılı Kanundan farklı olarak esnekleştirmelere gidilerek çalışma süreleri ve fazla çalışma kavramı yeniden düzenleme altına alınmıştır. Fazla saatlerle çalışma kavramına ilk kez 4857 sayılı İş Kanunu ile yer verilmiştir. Fazla çalışmalar ile fazla sürelerle çalışmalar; 4857 sayılı İş Kanunu’nun 41 ile 43. maddeleri arasında yer alırken, Türk Borçlar Kanunu’nun 398 ve 402. maddelerinde hüküm altına alınmıştır. Ayrıca 06.04.2014 tarihinde yürürlüğe giren İş Kanuna İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği ile de fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışmalara yer verilmiştir.

4857 sayılı Kanunun 41. maddesinin birinci fıkrası ve Fazla Çalışma Yönetmeliğinin üçüncü maddesinin a bendinde, “Fazla çalışma, iş kanununda yazılı koşullar çerçevesinde haftalık 45 saati aşan çalışmalardır”. Fazla çalışma tanımına eski kanunlarda da yer verilirken, fazla saatlerle çalışma kavramı 4857 sayılı Kanun ile getirilmiş yeni bir düzenleme olarak karşımıza çıkmıştır. 4857 sayılı Kanunun 41. maddesinin üçüncü fıkrası ve Fazla Çalışma Yönetmeliğinin üçüncü maddesinin b bendinde, “Fazla sürelerle çalışma; haftalık çalışma süresinin sözleşmelerle kırk beş saatin altında belirlendiği hallerde, uygulanmakta olan ortalama haftalık çalışma süresini aşan ve kırk beş saate kadar yapılan çalışma” olarak tanımlanmaktadır.

Çalışmamız, İstinaf ve Yargıtay kararları ışığında ele alınarak altı bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde, genel anlamda çalışma süresi kavramından bahsedilerek çalışma süresi ve fazla çalışmanın ulusal ve uluslararası mevzuattaki yeri üzerinde durulmuş ve mukayeseli hukukta çalışma süreleri inceleme altına alınmıştır.

Çalışmamızın ikinci bölümünde, fazla çalışma ile fazla sürelerle çalışma kavramları üzerinde durularak tanımlar yapılmış daha sonrasında denkleştirme uygulamasında fazla çalışma ile fazla saatlerle çalışma konusuna değinilmiştir. 4857 sayılı İş Kanunu’nun 41, 42 ve 43. maddeleri fazla çalışmanın türlerine yer vermiştir. Buna göre fazla çalışmanın normal nedenlerle, zorunlu nedenlerle ve olağanüstü nedenlerle fazla çalışma olmak üzere üç türü olduğu hüküm altına alınmıştır. Bu üç tür arasında ücretler bakımından herhangi bir farklılık bulunmasa da ortaya çıkış nedenleri bakımından belirgin farklılıklar bulunduğu değinilmiş bu nedenle ilgili bölüm içerisinde fazla çalışma türlerine de değinilmiştir.

Bir işçinin, çalıştığı işyerinde fazla çalışma yapıp yapmadığı ve çalıştığı iş yerinde geçen sürelerin fazla çalışma hesabına uygun olup olmadığının anlaşılabilmesi için fazla çalışmanın saptanması ve delillerle ispatlanması gerekmektedir. Bu nedenle çalışmamızın üçüncü bölümünde, fazla çalışmanın saptanması ve ispatlanması üzerinde durulmuştur. Ek olarak, bu bölümde fazla çalışmanın ispat araçlarından da bahsedilmiştir.

İşverenin işçisine fazla çalışma yaptırabilmesi için; işin fazla çalışma yapılmasına uygun olması ve işçinin fazla çalışma yapmaya yasaklı kişilerden olmaması gerekmektedir. Bazı işlerin özelliği ve işçilerin durumları gereği, işçilerin fazla çalışmanın olumsuz etkilerinden korunması amacıyla 4857 sayılı İş Kanunu ile Fazla Çalışma Yönetmeliği'nde fazla çalışma yapılamayacak işler ve yaptırılmayacak işçiler ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Çalışmamızın dördüncü bölümünde, fazla çalışma yapılamayacak işler ile yaptırılmayacak işçiler düzenlenmiş olup ek olarak bu yasaklara uymamanın hüküm ve sonuçlarına da yer verilmiştir.

Öyle bazı işler vardır ki, işçiler kanunen fazla çalışma yasağına tabi olmadıklarından bu işleri de işveren için yapmaktadır. Bahsi geçen bu işler, hazırlama, tamamlama, temizleme işleri olabileceği gibi eğitim amaçlı toplantılar da olabilmektedir. Çalışmamızın yine dördüncü bölümünde yer verilmiş olan bu işler fazla çalışma kapsamındaymış gibi görünmesine rağmen aslında fazla çalışma sayılmamaktadır. Yine aynı bölümde üst düzey yönetici kavramına da yer verilerek fazla çalışma yapıp yapamayacakları konusu üzerinde de durulmuştur.

Çalışmamızın beşinci bölümünde fazla çalışmanın karşılığında bahsedilmiştir. Buna göre, İşveren nezdinde çalışan bir işçinin fazla çalışma yaptığı saptandığı hallerde işçiye fazla çalışma karşılığının işveren tarafından verilmesi gerekmektedir. Fazla çalışma karşılığı işçiye iki farklı şekilde verilebilmektedir. İlk yol, fazla çalışma karşılığının kanunda ya da sözleşmede belirtilen oranlar dahilinde artırılarak zamlı ücret şeklinde ödenmesidir. İkinci yol, 4857 sayılı Kanunumuz ile gelen yeni bir uygulama olup işçi fazla çalışma karşılığını ücret şeklinde almak yerine serbest zaman şeklinde kullanabilmektedir. 4857 sayılı İş Kanunu ile getirilen bu yeni düzenleme işçiye fazla çalışma karşılığını alma konusunda seçimlik bir hak tanımış olmaktadır. Ek olarak bu bölümde, işçiye fazla çalışma karşılığının verilmemesi halinde oluşan hukuki ve cezai yaptırımlardan da bahsedilmiştir.

İŞ HUKUKUNDA FAZLA ÇALIŞMA

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK ÇALIŞMA VE ULUSLARARASI MEVZUATTA ÇALIŞMA SÜRELERİ

1. ÇALIŞMA SÜRESİ KAVRAMI

I. GENEL OLARAK

Çalışma kavramı insanlığın var oluşundan bu yana insan yaşamında geniş bir yer tutmuştur. Bunun nedeni çalışma hayatının tarihsel gelişimi ile insanlığın tarihsel sürecinin paralellik göstermesidir. Ancak resmi anlamda çalışma, Sanayi Devrimi ile anlam kazanmaya başlamıştır. Bunun nedeni Sanayi Devrimi öncesi dönemlerde günümüzdeki gibi bir çalışmanın söz konusu olmamasıdır. Bu dönemdeki çalışma hayatı, ilkel bir yaşam tarzına yakın olan tarım ve köy hayatı dönemi olarak ifade edilmiştir. Nitekim, yaşam köylerde devam etmekte, şehirlerde ise zanaatkarlar atadan kalma ve geleneksel usullerle topluma hizmet vermektedir. Dolayısıyla sanayi devrimi öncesi yaşayan toplumlarda çalışma kavramı, deyim yerindeyse günü kurtarmak ve fizyolojik açıdan hayatta kalmak amacıyla gerçekleştirilen bir eylem olarak kalmıştır.¹ Bu nedenledir ki, bu dönem için ideal bir çalışma hayatı ile modern bir iş yaşamından bahsetmek mümkün olmamaktadır.²

1768 yılında James Watt'ın buhar makinasını icat etmesiyle başlayan sanayileşme dönemi; toplumsal, siyasi, ekonomik ve hatta teknolojik gelişmeleri de beraberinde getirmiştir. Sanayi Devrimi ile dünyadaki tüm sosyoekonomik yapıyı değiştirken bu durum sanayileşen ülkeleri sanayileşemeyen ve geleneksel üretim yapmaya devam eden ülkelere kıyasla güçlendirmiştir. Tüm bunlar yaşanırken artan üretim ve tüketim dengesi yüksek oranda iş gücü ihtiyacı duyulmasına sebep olmuştur. Böylelikle değişen dünya ekonomisi çalışma hayatını da değiştirmeye ve geliştirmeye zorlamış, insanların bilgi, beceri ve yeteneklerine göre ayrılmasına ve çalışma hayatında aktif bir rol oynamalarına katkıda bulunmuştur. Bu durum işçi ve işveren kavramlarını ortaya çıkartarak, düzenli şekilde bir iş yerinde çalışma, istihdam edilme ve emek karşılığında ücret ödeme olgusunu da beraberinde getirmiştir.³

¹ ÖREN/YÜKSEL, s.34 vd. ; DENİZ, s.131

² Aynı yönde bkz. ÖREN/YÜKSEL, s.49

³ DENİZ, s.132

Tüm bu yaşanan olaylar neticesinde değişen ve gelişen ülke yapıları, işçi sayısının artması ve işçi sınıfının korunması amacıyla çalışma hayatına hukuksal bir boyut kazandırmıştır. Böylelikle İş Hukuku doğmuş, çalışma kavramı kanunlarla revize edilerek günümüze kadar gelmiştir.⁴

II. ÇALIŞMA SÜRESİ KAVRAMI

İş sözleşmesi, kavram olarak işçinin, işverenin emir ve talimatlarına bağlı şekilde belirli ya da belirsiz süreli olarak iş görmeyi, işverenin de iş görme ediminin karşılığı olarak işçisine ücret ödemeyi taahhüt ettiği bir sözleşme türüdür. Kural olarak, iş görme ediminin işçinin kendisi tarafından yerine getirilmesi, işverenle arasında kişisel bir bağ kurmaktadır. Bunun yanında işçinin işverenden çalışma karşılığı aldığı ücret, işçiyle işveren arasında ekonomik bir bağ da kurmaktadır. İş sözleşmesini diğer sözleşmelerden ayıran bu bağ, işçinin kişisel ve iktisadi değerlerini işverenden gelebilecek muhtemel tehlikelere karşı korunmasını zorunlu kılmaktadır.⁵ Bu nedenle iş hukukunda işçinin korunması, temel ilkelerden biri olarak karşımıza çıkmaktadır.

Sanayileşme ile birlikte işçilerin yoğun bir iş yaşamına adapte olarak çalışması çalışma süresi kavramını ortaya çıkartmıştır. Bu kavram iş hukuku tarihi boyunca işçinin sürekli üzerinde durduğu ve hatta devletin en çok müdahale ettiği konulardan biri olarak karşımıza çıkmaktadır.⁶ Kanımızca bunun nedeni işçinin zayıf taraf olarak işveren karşısında kendisini koruyamamasından kaynaklanmaktadır. Nitekim çalışma süresine ilişkin düzenlemeler, işçi sağlığının korunması amacıyla yapılmaktadır. Bunun nedeni çalışma süresinin, işçinin yaşamından işverene ayırdığı bir zaman oluşundan ileri gelmektedir. İşveren, işçisine iş yerinde yaptırdığı çalışma ile iş gücü ihtiyacını karşılarken, işçisinin ruh ve beden bütünlüğünü korumalı gereken tüm önleyici tedbirleri almalıdır.⁷

⁴ DENİZ, s.148; Ayrıntılı bilgi için bkz. KAPLAN, s.3-6

⁵ KAPLAN, s.7

⁶ HAFIZOĞLU, s.3; KANDEMİR, s.13

⁷ KANDEMİR, s.13

2. ULUSAL VE ULUSLARARASI MEVZUATTA ÇALIŞMA SÜRESİ

I. GENEL OLARAK

İnsanın doğası gereği ara vermeden sürekli olarak çalışması mümkün değildir. Nitekim sanayi devrimi ile artan uzun süreli çalışmaların, çalışanların yaşamlarına ve sağlıklarına yaptığı olumsuz etkilerin görülmesiyle birlikte Türkiye ve diğer dünya ülkelerinde işçilerin çalışma sürelerine ilişkin günlük ve haftalık azami sınırlar konulmuştur.⁸ Ülkelerin çalışma sistemlerinin olağan yaşam nezdinde ve yasalarla düzenlenmesinde uluslararası belgelerinde etkisi büyük olmaktadır. Bu nedenle çalışmamızda çalışma sürelerine dair hükümler içermekte olan uluslararası belgelerden de bahsedilmiştir. Fakat ilgili çalışmanın konusu, iş hukukunda fazla çalışma olması nedeniyle çalışma süreleri konusunda ayrıntılı bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

II. ULUSAL MEVZUATTA ÇALIŞMA SÜRESİ

4857 sayılı İş Kanunu’nun⁹ 63 vd. maddelerinde çalışma sürelerine ayrıntılı şekilde yer verilmiş ancak çalışma süresinin tanımı yapılmamıştır. Buna karşın, İş Kanununa İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği’nin¹⁰ 3. maddesinde, “ Çalışma süresi, işçinin çalıştırıldığı işte geçirdiği süre ” olarak tanımlanmıştır. Bu düzenlemeye göre, işçinin hem fiilen çalıştırıldığı süre hem de işverenin emri altında işte geçirdiği süre çalışma süresi olarak sayılmaktadır. Fakat çalışma sürelerinin kapsamı bu kadarla sınırlı değildir. Maddenin devamında, 4857 sayılı İş Kanunun 66. ve 68. maddelerine atıf yapılarak hangi işlerin çalışma süresi olup hangilerinin çalışma süresinden sayılmayacağına ilişkin düzenleme getirilmiştir. O halde çalışma süresi, işçinin iş yerinde çalıştığı süre diğer bir deyişle fiili çalışma süresi olarak karşımıza çıkmaktadır. Bunun yanında 4857 sayılı Kanununun 66. maddesi ile Çalışma Süreleri Yönetmeliği’nin 3. maddesi gereği, “işçinin işinde fiilen çalışarak geçirdiği sürelerin dışında kalan ve çalışma süresinden sayılan haller diğer deyişle farazi çalışma süreleri de iş süresinden sayılmaktadır”. Diğer taraftan işçinin sadece işyerinde geçirdiği süreler değil, işverenin talimatı ile kendi işini görmeksizin bir başka yerde veya işverenin evinde çalıştırılması durumunda dahi geçirdiği süreler iş süresinden sayılacaktır (İş K. m.66/4).¹¹

⁸ HAFIZOĞLU, s.3

⁹ Bundan sonra “4857 sayılı Kanun” olarak anılacaktır.

¹⁰ Bundan sonra “Çalışma Süreleri Yönetmeliği” olarak anılacaktır.

¹¹ SÜZEK, s.802; KAPLAN, s.327-328; HAFIZOĞLU, s.3-4

4857 sayılı İş Kanunumuzun 63. maddesinin birinci fıkrasına göre, “Genel bakımdan çalışma süresi haftada en çok kırkbeş saattir. Aksi kararlaştırılmamışsa bu süre, işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine eşit ölçüde bölünerek uygulanır”. Görüldüğü üzere çalışma süresi haftada kırkbeş saattir. Bu süre, taraflarca aksi kararlaştırılmadığı sürece haftanın çalışılan günlerine eşit şekilde bölünecektir. Ancak 4857 sayılı Kanunla taraflara bunun aksini kararlaştırabilecekleri bir imkan tanınmış ve günlük çalışma sürelerinin esnekleştirilmesi¹² tarafların iradesine bırakılmıştır. Nitekim İş Kanunun 63. maddesinin 2. fıkrasında, “tarafların anlaşarak haftalık normal çalışma süresinin, günde on bir saati aşmamak koşuluyla işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine farklı şekilde dağıtılabileceği” hükme bağlanmıştır. Böylelikle 1475 sayılı eski İş Kanunun çalışma sürelerine getirdiği katı kurallardan¹³ çıkılmış, iş hayatının olağan akışına uygun yeni bir düzenlemeye yer verilmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu’nun 63. maddesi ile hüküm altına alınan çalışma süresi, haftalık ve günlük çalışma süreleri olarak tespit edilmiş ve işçileri korumak amacıyla bazı sınırlamalar getirmiştir. İş Kanuna İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliğinin 11. maddesi uyarınca, “çalışma sürelerine getirilen bu sınırlamalar, işyerleri ya da yürütülen işlere değil, işçilerin şahıslarına ilişkindir”. Dolayısıyla bu düzenlemenin amacı kişisel olarak işçilerin korunması içindir. Nitekim 04.04.2015 tarih ve 6645 sayılı kanunun 36. maddesi ve İş Kanunun 63. maddesinin 1. fıkrasına eklenen cümle uyarınca, “yer altı maden işyerlerinde çalışan işçilerin çalışma süresi, günde en çok yedi buçuk, haftada en çok otuz yedi buçuk saat olarak değiştirilmiştir”. Bu hükümle çalışma sürelerine getirilen sınırlama, tüm yeraltında çalışanları değil, sadece madenlerin yer altlarında çalışan işçileri kapsayacağı belirtilmiştir.¹⁴

Haftalık ve günlük olarak yapılan çalışmaların azami sürelerle sınırlandırılmasının temelinde işçi sağlığının korunması bulunmaktadır. Fakat gerek ekonomik gerekse teknolojik gelişmeler ile işyerinin ihtiyaçlarına göre işçinin korunması ihtiyacı unutulmadan iş hukukunda belirli esnekleştirilmelere gidilmiştir. 1475 sayılı İş Kanununun katı düzenlemelerinden çıkılarak oluşturulan 4857 sayılı İş Kanunumuzda işçi sağlığı ve işveren ihtiyaçları arasında bir denge kurulmak istenmiştir. Bu nedenle 4857 sayılı Kanunla gereken esnekleştirilmeler yapılarak çalışma süreleri ile fazla çalışma ve fazla saatlerle çalışmalar yeniden hüküm altına alınmıştır.¹⁵

¹² Ayrıntılı bilgi için bkz. GÜNAY, Esneklik s.173-191

¹³ Aynı yönde bkz. GÜNAY, Esneklik, s.4vd.; SÜZEK, s.802-803; KAPLAN,s.328

¹⁴ SÜZEK, s.803; Ayrıca bkz. AKYİĞİT, Maden İşyerlerinde Fazla Çalışma s.348vd.

¹⁵ KAPLAN,s.345; SÜZEK, s.803; NARMANLIOĞLU, s.638

4857 s. İş Kanunumuzun yanı sıra, 6098 s Türk Borçlar Kanunu, 854 sayılı Deniz İş Kanunu ve 5359 sayılı Basın İş Kanunu'nda fazla çalışma konusunda farklı düzenlemeler getirilmiştir.

A. Türk Borçlar Kanunu'nda Fazla Çalışma

Türk Borçlar Kanunu, 4857 s. İş Kanunumuza kıyasla çalışma süreleri ile fazla çalışmalar konusunda ayrıntılı düzenlemelere yer vermemiş, genel nitelikte hükümler kurmuştur. Fazla çalışma TBK'nın 398 ile 402. maddelerinde düzenlenmiştir.

TBK'nın 398. maddesine göre, fazla çalışma ilgili kanunlarla belirlenmiş olan normal fazla çalışma süresinin üzerinde yapılan ve işçinin rızasıyla yapılan çalışma şeklinde tanımlanmıştır. Kanımızca "ilgili kanun" teriminden anlaşılan, 4857 s. İş K., 854 s. Deniz İş K. ile 5953 s. Basın İş K. gibi fazla çalışma hakkında özel hükümler içeren kanunlar olmaktadır. TBK'nın 398. maddesinin devamında, normal süreden daha fazla çalışılmayı gerektiren bir işin yerine getirilme zorunluluğu doğmuş, işçi bunu yapabilir durumda bulunmuş ve aynı zamanda kaçınması da dürüstlük kurallarına aykırılık teşkil etmişse fazla çalışma yapılmış olmaktadır.

4857 sayılı İş Kanunu'nda olduğu gibi TBK m.398 son cümlede, fazla çalışma yapan işçiye fazla çalışma karşılığının verilmesi gerektiği hüküm altına alınmıştır.

TBK m. 402'ye göre, 4857 sayılı İş Kanunu'nda olduğu gibi, işveren, işçisine yaptırdığı fazla çalışma karşılığında normal çalışma ücretinin en az yüzde elli fazlasını ödemekle mükelleftir. Fakat 4857 sayılı İş Kanunu'ndan farklı olarak, ödenmeyen işçilik alacaklarına uygulanacak faiz konusuna ilişkin TBK'da herhangi bir düzenleme bulunmadığından TBK'dan doğan fazla çalışma ücretine temerrüt tarihinden itibaren uygulanacak faiz en yüksek mevduat faizi yerine yasal faiz olmaktadır.¹⁶

İş Kanunumuz ile getirilen serbest zaman uygulaması TBK'nın 402. maddesinin ikinci cümlesinde de yer almaktadır. Buna göre, işveren işçisinin rızasıyla fazla çalışma ücretini tercih etmek yerine uygun bir zamanda fazla çalışmayla orantılı bir izin verebilmektedir (TBK m.402/2). Kanımızca ilgili hüküm ile 4857 sayılı İş Kanunu'nda uygulanan serbest zaman uygulamasında oluşan tek fark, 4857 sayılı İş Kanununda işverenin işçilerin talepleri ile bağliyen, TBK'da işverenin işçisinin rızasıyla bağli olmasıdır.

Belirtmek gerekir ki, 4857 s. İş Kanunumuz özel kanun niteliğinde olup bu kanunda ve FÇY'de bulunmayan hallerde genel hükümlerin yer aldığı 6098 s. TBK'ya başvurulacaktır.

¹⁶ KARADEMİR/EKİNCİ, s.110

B. Deniz İş Kanunu'nda Fazla Çalışma

Deniz İş K. m. 26/1'e göre, "Genel bakımdan iş süresi, günde sekiz ve haftada kırk sekiz saattir. Bu süre haftanın iş günlerine eşit olarak bölünmek suretiyle uygulanır". İş Kanunumuzdan ayrı olarak, Deniz İş Kanunu'nda günlük çalışma süresi sekiz saat şeklinde belirlenirken haftalık çalışma süresi de kırk sekiz saat olarak belirlenmiş ve 270 saatlik bir fazla çalışma sınırı öngörülmemiştir.

Deniz İş K. m. 26/2'ye göre, İş süresi, gemi adamının iş başında çalıştığı ve vardiya tuttuğu süredir. Bu durumda gemi adamının gemide bulunduğu tüm süreler çalışma süresinden sayılmamakta, gemi içerisinde fiilen çalıştığı veya fiilen çalışmasa dahi gücünü işverenin emrinde tuttuğu süreler çalışma süresinden sayılmaktadır.¹⁷ Nitekim Yargıtay, Gemi adamının çalışma süresinin iş başında olduğu ve vardiye tuttuğu süre olarak belirlemiştir. Gemi adamının gemide bulunduğu sürelerin tamamı çalışma süresi olarak kabul edilmemektedir. Gemi adamının fiilen çalıştığı veya fiilen çalışmamakla birlikte gücünü işverenin emrinde bulundurduğu, iş verilmesi veya çıkması için beklediği sürelerin ise çalışma süresinden sayıldığı kabul edilmiştir.¹⁸

Deniz İş K. m. 28/1'e göre, Bu yasaya göre tespit edilmiş bulunan iş sürelerinin aşılması suretiyle yapılan çalışmalar, fazla saatlerde çalışma sayılır. Bahsi geçen düzenlemeye göre, bu kanun kapsamında çalışan gemi adamının iş başında çalıştığı veya vardiya tuttuğu süreler, günlük sekiz veya haftalık kırk sekiz saati geçtiği takdirde gemi adamının fazla çalışma yaptığı kabul edilmektedir.

Deniz İş K. m. 28/2 gereği; gemi adamının yaptığı fazla çalışmaların her saatine ödenecek ücret, normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının yüzde ellisi değil, %25'i oranında arttırılarak bulunan miktardan az olmayacağı düzenlenmiştir. Kanımızca, TBK, İş Kanunu ve Basın İş Kanunu'nda fazla çalışma ücreti karşılığı %50 zamlı olarak belirlenmişken Deniz İş Kanunu'nda getirilen %25 zamlı ücret uygulaması eşitliğe aykırı olup gemi adamları nezdinde hak kaybına yol açacaktır. Bu nedenle en kısa zamanda bahsi geçen eşitsizliğin önüne geçilmesi gerekmektedir.

¹⁷ KARADEMİR/EKİNCİ, s.106

¹⁸ Y.9. HD., 2012/25671 E., 2014/3980 K., 11.02.2014 T., www.karararama.yargitay.gov.tr .

Deniz İş Kanunu'nda, gemi adamlarının fazla çalışma nedeniyle onaylarının alınmasına ilişkin herhangi bir düzenleme getirilmemişken, İş Kanunu'nda ve FÇY'de işverenin, fazla çalışma yaptıracığı işçisinden yazılı onay alması gerektiği hükmü getirilmiştir.¹⁹

Ücrete işleyecek faiz oranı konusunda iki kanun arasında farklılıklar bulunmaktadır. Deniz İş Kanunu'nda, 4857 s. İş Kanunu'nda olduğu gibi ücret ve ücret ekleri için en yüksek banka mevduat faizi düzenlenmediğinden, fazla çalışma ücretinde yasal faiz uygulanması gerekmektedir.²⁰

Fazla çalışma karşılığının ödenmemesi hususunda da iki kanun arasında farklılıklar mevcuttur. Deniz İş Kanunu'nun 51/1-b'ye göre, 28. madde gereğince gemi adamının fazla çalışma ücretini ödemeyen, işveren veya işveren vekili hakkında, bu durumda olan her gemi adamına karşılık, ödemediği meblağın, bin Türk Lirasından aşağı olmamak üzere iki katı tutarında idari para cezası verilmektedir. Bu fiil yurtdışında işlendiği takdirde verilecek cezalar iki kat olarak uygulanmaktadır.²¹

C. Basın İş Kanunu'nda Fazla Çalışma

5953 s. Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun²², 13.06.1952 tarihinde kabul edilip 20.06.1952 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Kanun'un Ek 1. maddesinde, bu kanuna tabi olarak çalışan işçilerin günlük 8 saatlik devreler halinde çalıştırılabileceği, ikinci fıkrasında ise, günlük 8 saati aşan çalışmalarla, hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatillerde yapılan çalışmaların fazla saatlerle çalışma sayılacağı, son fıkrasında ise, günlük fazla çalışma saati sınırının 3 saat olduğu hüküm altına alınmıştır.

¹⁹ ARAVACIK, s.2067

²⁰ KARADEMİR/EKİNCİ, s.108

²¹ ÇİÇEK, s.200

²² Basın İş Kanunu olarak anılacaktır.

5953 sayılı Basın İş Kanunu, 4857 sayılı İş Kanunu ile paralel bir düzenlemeye yer vererek, her bir fazla çalışma saati için verilecek ücretin, normal çalışma saati ücretinin kural olarak yüzde elli fazlası olduğunu hükme bağlamıştır. Zamanında ödenmeyen fazla çalışma ücretlerinde işveren bu ücretin günlük yüzde beşi oranında fazla ödeme yapmakla yükümlü tutulmaktadır. Gazetecilerin fazla çalışmaları yasal süresi içerisinde ödenmezse günlük yüzde beş oranında faiz uygulamasına tabi olacağı Yargıtay kararları²³ ile de sabitlenmiştir.²⁴

Ücrete işleyecek faiz oranı konusunda iki kanun arasında farklılıklar bulunmaktadır. Basın İş Kanunu'nda, 4857 s. İş Kanunumuzda yer aldığı gibi en yüksek banka mevduat faizine hükmedilmediğinden, fazla çalışma ücretinde yasal faiz uygulanması gerekmektedir.²⁵

III. ULUSLARARASI MEVZUATTA ÇALIŞMA SÜRELERİ

A. Genel Olarak

İşçiler, gerek insan hakları gerekse çalışma hayatlarındaki sosyal hakları bakımından uluslararası düzeyde koruma altına alınmışlardır. Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO), Birleşmiş Milletler (BM), Avrupa Konseyi Sözleşmeleri ve Avrupa Birliği tarafından kabul edilen sözleşme, tüzük ve yönergelerle (direktifler) korunan işçilik hakları, iş hukukunun uluslararası kaynakları arasında yerini almış olmaktadır. Tüm bunlardan bahisle, çalışma süreleri kavramı, yalnızca ulusal mevzuatta değil aynı zamanda uluslararası mevzuatlarla da korunan bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır.

Dünya üzerinde çalışma sürelerine bakıldığında bazı ülkelerde çalışma sürelerinin uzun olduğu görülürken bazı ülkeler de daha kısa olduğu fark edilmiştir. Çalışma saatlerindeki bu değişikliğin nedeni sanayileşme, işsizlik oranı ve bu saatleri düzenleyen ülke yasaları olmaktadır. Bunun yanında bir ülkenin gelişmişlik düzeyi de çalışma saatlerinde üzerinde etkin bir rol oynamaktadır. Nitekim gerek gelişmekte olan gerekse gelişmiş ülkelerdeki çalışma saatleri farklılık göstermektedir. Örneğin, gelişmiş ülke statüsünde bulunan Amerika Birleşik Devletleri, Japonya, Meksika, Avustralya, Güney Kore ve Yunanistan'da çalışma saatleri yüksektir. Bunun yanında yine gelişmiş ülkeler statüsünde yer alan Fransa, Norveç, Hollanda ve İsviçre'de daha katı yasaların olması nedeniyle çalışma saatleri kısa tutulmuştur.²⁶

²³ YHGK, 2005/9203 E., 2005/252 K., 13.04.2005 T.; ÇİÇEK, s.201

²⁴ ÇİÇEK, s.201

²⁵ KARADEMİR/EKİNCİ, s.109

²⁶ YILDIRIM, s.45

B. Uluslararası Mevzuatta Çalışma Sürelerine İlişkin Kaynaklar

1. Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) Sözleşmeleri

Uluslararası mevzuatın en önemli kaynakları arasında Uluslararası Çalışma Örgütü tarafından hazırlanan sözleşmeler yer almaktadır. Uluslararası Çalışma Örgütü'nün kuruluş amacı, sosyal adalet ile evrensel barışın sağlanması, uluslararası düzeyde çalışma koşullarının iyileştirilmesi ve yine uluslararası düzeyde rekabet eşitliğinin sağlanmasıdır. ILO Anayasası; çalışma sürelerinin düzenlenmesi, haftalık ve günlük azami çalışma sürelerinin belirlenmesi, asgari geçim düzeyini sağlayacak ücret ve şartlar gibi bir çok işçilik hakkı konusunda ilkeler belirlemiştir.²⁷

Uluslararası Çalışma Örgütü, 1919 yılı itibarıyla Washington'da gerçekleştirdiği genel konferansında ilk sözleşmesini kabul etmiştir. Bahsi geçen sözleşme, sanayi kuruluşu olan iş yerlerindeki çalışma sürelerinin haftalık 48 saat ve günlük 8 saatle sınırlanması hakkında düzenlemelere yer vermiştir. Türkiye bu sözleşmeyi onaylamamıştır. Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 1935 tarih ve 47 sayılı Sözleşmesi'nde, haftalık çalışma süresinin kırk saate indirilmesi kararlaştırılırken 1939 tarihli 67 sayılı Sözleşme de ise, karayolu taşımacılığında çalışan işçilerin haftalık çalışma sürelerinin kırk sekiz saati geçmeyeceği kabul edilmiştir.²⁸

Türkiye, Uluslararası Çalışma Örgütü'nün hazırladığı 189 sözleşmeden yalnızca 59 tanesi ülkemiz tarafından onaylanmıştır. Örgüt tarafından hazırlanan çalışma sürelerine ilişkin sözleşme sayıları çok olmasına rağmen, Türkiye bu sözleşmelerden yalnızca üç tanesini onaylamıştır. Bu sözleşmelerden ilki olan 14 sayılı “Sınai İşletmelerde Haftalık Dinlenme Sürelerine İlişkin Sözleşme” de, “sınai işyerlerindeki çalışma süresinin günde 8 ve haftada 48 saat olduğu, resmi veya ulusal herhangi bir iş yerinde çalışan tüm işçilerin her 7 günde kesintisiz 24 saat dinlenme hakkı olduğunu” kabul edilmiştir. Kabul gören ikinci sözleşme, 146 sayılı “Gemi Adamlarının Yıllık Ücretli İznine İlişkin Sözleşme” dir. Onaylanan üçüncü sözleşme ise, 153 sayılı “Karayolu Taşımacılığında Çalışma ve Dinlenme Sürelerine İlişkin Sözleşme” olup ilgili sözleşmede, çalışma süresinin tanımı yapılmış, “molasız dört saatten fazla araç kullanılamayacağına, fazla çalışma dahil olmak üzere, azami toplam araç kullanma süresinin günde 9, haftada 48 saati geçmeyeceğine” karar verilmiştir.²⁹

²⁷ YILDIRIM, s.35

²⁸ YILDIRIM, s.36

²⁹ KAPLAN, s.19 vd.; YILDIRIM, s.37

2. Birleşmiş Milletler Sözleşmeleri

Ülkemizde üyesi bulunduğu Birleşmiş Milletler 1945 yılında, uluslararası barış ve güvenliği korumak amacıyla kurulan bir örgüttür. Birleşmiş Milletlerin bilinen en önemli sözleşmesi, 1948 kabul tarihli “İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi”dir.

Çalışma süreleri bakımından incelendiğinde, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nin 24. maddesinde çalışma sürelerinin makul ölçülerle sınırlı olması gerektiği vurgulanmaktadır.

3. Avrupa Konseyi Sözleşmeleri

Türkiye’inde üye olarak yer aldığı Avrupa Konseyi’nde kabul edilen sözleşmelerden en önemlileri “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi” ile “Avrupa Sosyal Şartı”dır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 3 Eylül 1953 yılında yürürlüğe girmiş olup ekonomik ve sosyal haklardan ziyade medeni ve siyasal haklara yer verilmiş olan bir sözleşme olarak karşımıza çıkmaktadır. Türkiye tarafından 1954 tarihinde onaylanmıştır.³⁰

Avrupa Sosyal Şartı ise, 26.02.1965 tarihinde yürürlüğe girerek AİHS’ de yer almayan sosyo ekonomik haklar konusunda düzenlemeler getirerek eksiklikleri gidermeye çalışmıştır. Türkiye, bu şartı 1989 yılında onaylamıştır. Şarta 1988,1991 ve 1995 tarihli üç ek protokol eklenmiştir. 1988 tarihli ek protokolde, çalışma hakkı ve koşullarına ilişkin birçok hakka yer verilmiştir.³¹

4. Avrupa Birliği Mevzuatı

Avrupa Birliği, altı ülke tarafından 1957 yılında ortak ekonomi politikası gütmek amacıyla Roma’da kurulmuştur. Avrupa birliğinin temelini Roma Antlaşması oluşturmaktadır. Roma Antlaşması’nın 117. maddesinde, üye devletlerde bulunan işçilerin çalışma şartlarının düzenlenmesi ve düzeltilmesi hususlarında hükümler yer almaktadır.³²

³⁰ KAPLAN, s.23

³¹ YILDIRIM, s.39

³² KAPLAN, s.24

2003/88 sayılı Direktifin 6. maddesinde, yapılan fazla çalışmalar da dahil olmak üzere her bir 7 günlük ortalama çalışma süresinin 48 saati aşamayacağı karara bağlanmıştır. 4857 sayılı İş Kanunu'na göre, denkleştirme süresi 2 ay olup toplu iş sözleşmeleriyle 4 aya kadar çıkarılabilecekken, Direktife göre, AB ülkelerinde 4 aylık bir denkleştirme süresi kararlaştırılabilecek olup bu süre toplu iş sözleşmeleri ile 6 aya kadar çıkarılabilecek, haklı sebeplerin varlığı halinde 12 aya kadar da uzatılabilir olacaktır.³³

Avrupa Birliği 1999/63 sayılı direktifi ile ILO'nun 180 sayılı sözleşmesine ek şeklinde getirilen 187 sayılı tavsiye kararlarında, normal çalışma sürelerini aşan çalışmaların fazla çalışma olarak kabul edileceği karara bağlanmıştır. AB üyesi devletlerde, fazla çalışma karşılığı olarak yapılan fazla çalışmanın ilk saati için %25 zamlı ödenmekte olup her ek saat için bu ücret belirli oranlarda arttırılmaktadır.³⁴

C. Mukayeseli Hukukta Çalışma Süreleri

2015-2016 “European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions (EurFound)” tarafından yayınlanan rapora göre; gelişmiş ülkeler arasında yer alan Avustralya, Yunanistan gibi ülkelerde haftalık çalışma saatleri kırk saat olarak belirlenirken günlük çalışma saatleri 8 saat olarak belirlenmiştir.³⁵

Bahsi geçen rapora göre, Fransa haftalık ortalama 35,6 saatlik çalışma süresi ile en az çalışılan ülke konumunda kalmıştır. İngiltere ve Hollanda ortalama 37 saat, Norveç 37.5 saat, Almanya ve İtalya ise ortalama 38 saat ile Fransa'yı takip etmektedir.³⁶

Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü (OECD) verileri ve CNN Turk aracılığıyla yapılan bir analize göre³⁷; haftalık çalışma saatleri sıralamasında dünyada en fazla çalışma yapılan ülkelerin Meksika, Kosta Rika ve Güney Kore olduğu belirtilmiştir. Ayrıca yayınlanan veriler dünya genelindeki çalışma saatlerinin giderek düşürüldüğünü ortaya konmaktadır. Nitekim Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü'nün 2016 yılı verilerine³⁸ bakıldığında CNN Turk tarafından yapılan analiz ile uyum gösterdiği görülmektedir.

³³ YILDIRIM, s.44-45

³⁴ YILDIRIM, s.44

³⁵ EURFOUND, Working time, s.9-10

³⁶ EURFOUND, Working time, s.10-12

³⁷ CNNTurk, 2018

³⁸ OECD, 2018

İKİNCİ BÖLÜM

FAZLA ÇALIŞMA VE FAZLA SÜRELERLE ÇALIŞMA

1. FAZLA ÇALIŞMA ve FAZLA SÜRELERLE ÇALIŞMA KAVRAMI

I. GENEL OLARAK

İşveren iş yaşamının mali dengesini korumak amacıyla, işçiye ödediği ücret ile işyeri ihtiyacı nedeniyle oluşan makina kullanımı, genel tesis masrafları gibi giderlerini dengede tutmak zorundadır. Bu nedenle işyerinde daha çok işçi çalıştırılması ve yeni makinalar alınması mali imkanlara bağlı tutulmaktadır. Fakat çalışma hayatındaki ivedi işler nedeniyle işyeri teşkilat ve tesislerinin hızlı şekilde genişletilmesi hem zaman hem de mali yönden mümkün olmamaktadır. Bu nedenle iş fazlalığının geçici olduğu dönemlerde işveren işyeri teşkilat ve tesisini genişletmek yerine işyerinde çalışan mevcut işçileri ile fazla çalışma yoluna gitmektedir. Çalışma yaşamı nedeniyle oluşan ihtiyaçlar doğrultusunda haftalık ve günlük çalışma sürelerinin aşılması kaçınılmaz hale geldiğinden çalışma sürelerinin dışında da çalışılmaya devam edilmiş bu durum da fazla çalışma kavramını ortaya çıkarmıştır. Nitekim işyerindeki faaliyetin sürdürülmesi amacıyla zorunlu olan fazla işlerin yerine getirilmesi de fazla çalışmanın amacını ortaya koymaktadır.³⁹

İşçilerin, çalışma sürelerine ek olarak yaptıkları fazla çalışmalarda işçi sağlığının korunması ilkesi ön plana çıkmaktadır. Bu nedenle işçiler tarafından yapılan bu ek çalışmaların ayrıca sınırlandırılması ve kanunla düzenlenmesi gerekmiştir.⁴⁰

II. FAZLA ÇALIŞMA KAVRAMI

4857 sayılı İş Kanunu'nda, 1475 sayılı eski İş Kanunun'dan farklı olarak çalışma sürelerinin esnekleştirilmesine olanak sağlayan bir düzenleme ile fazla çalışma kavramına farklı esaslar getirilmiş ve “fazla sürelerle çalışma” kavramı ortaya çıkmıştır. Fazla çalışmalar ile fazla sürelerle çalışmalar; 4857 sayılı İş Kanunu'nun 41 ile 43. ve Türk Borçlar Kanunu'nun 398 ve 402. maddelerinde hüküm altına alınmıştır. Ayrıca 06.04.2014 tarihinde yürürlüğe giren İş Kanuna İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği ile de fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışmalara yer verilmiştir.

³⁹ KURUCU, s.14-15; AĞIR, s.101

⁴⁰ NARMANLIOĞLU, s.638

4857 sayılı İş Kanunu m.41/1 ile Fazla Çalışma Yönetmeliği m.3/a’da fazla çalışmanın tanımı yapılmıştır. Buna göre, “Fazla çalışma, iş kanununda yazılı koşullar çerçevesinde haftalık 45 saati aşan çalışmalardır”.

6098 sayılı TBK’nın 398. maddesinde “Fazla çalışma, ilgili kanunlarda belirlenen normal çalışma süresinin üzerinde ve işçinin rızası alınarak yapılan çalışma” olarak tanımlanmaktadır. Fakat Borçlar Kanununda, bu kanuna tabi çalışanların normal çalışma süresinin sınırı ile yapılan çalışmaların hangi saatten itibaren fazla çalışma olarak sayılacağına dair herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Kanımızca, normal çalışma süresi konusunda 4857 sayılı İş Kanunumuzun 63. maddesinde yer alan haftalık 45 saatlik çalışmanın Borçlar Kanununa tabi çalışanlar içinde geçerli olması ve 45 saatin üzerinde yapılan çalışmaların fazla çalışma olarak kabul edilmesi yerinde olacaktır.⁴¹

III. FAZLA SÜRELERLE ÇALIŞMA KAVRAMI

4857 sayılı İş Kanunu m.41/3 ve Fazla Çalışma Yönetmeliği m.3/b ‘de fazla sürelerle çalışmanın tanımı yapılmıştır. İlgili maddelere göre; “Fazla sürelerle çalışma; haftalık çalışma süresinin sözleşmelerle kırk beş saatin altında belirlendiği hallerde, uygulanmakta olan ortalama haftalık çalışma süresini aşan ve kırk beş saate kadar yapılan çalışma” olarak tanımlanmaktadır.

Örneğin, toplu iş sözleşmesiyle iş yerindeki haftalık çalışma süresi 40 saate indirilmişse, haftada 40 saatin üzerinde yapılan fakat 45 saati geçmeyen çalışmalar fazla sürelerle çalışma olarak kabul edilecektir. Buna karşılık haftada 48 saat çalışılmışsa, beş saat fazla sürelerle çalışma, üç saat ise fazla çalışma söz konusu olmaktadır.⁴²

Haftalık çalışma saatlerinin sözleşme ile 45 saatin altında belirlenmesi halinde, bu süreyi aşan ve 45 saate kadar yapılan çalışmalar “fazla sürelerle çalışma” olarak anılmaktadır. Böylelikle 1475 sayılı eski İş Kanunundan farklı olarak 4857 sayılı Kanun, fazla çalışmalar kavramını, “fazla çalışma” ve “fazla sürelerle çalışma” şeklinde iki farklı başlık olarak düzenlemiştir. Doktrinde her iki durumu kapsar şekilde nitelendirilen bir üst kavram olarak

⁴¹ SÜZEK, s.822; SOYER, Genel Hizmet Sözleşmesi s.181; AKYİĞİT, s.26

⁴² SÜZEK, s.823

“fazla saatlerle çalışma”⁴³ veya “normali aşan çalışma”⁴⁴ deyimlerini kullanan yazarlar olduğu gibi bu terimleri fazla berrak bulmayarak kanundaki deyimleri kullanmayı tercih eden yazarlar⁴⁵ da mevcuttur. Kanımızca konu bütünlüğü içerisinde ilgili terimlerin kullanılması açık bir anlatıma sebebiyet vermeyip karışıklık ihtimaline neden olacağından, doktrinsel terimler yerine kanundaki deyimleri kullanmak daha uygun olmaktadır.⁴⁶

IV. FAZLA ÇALIŞMANIN HUKUKİ NİTELİĞİ

1475 sayılı Kanunumuzdan ayrı olarak 4857 sayılı Kanunda, “günlük çalışma süresi” ölçütü terkedilerek “haftalık çalışma süresi” esas alınmıştır. Gerçekten de, 1475 sayılı kanunda, “günlük çalışma süresi dışında yapılan çalışmalar” tanımı kullanılırken, 4857 sayılı Kanunda, “haftalık kırkbeş saatin üzerinde yapılan çalışmalar”ın fazla çalışma olacağı hükme bağlanmıştır.⁴⁷

4857 sayılı Kanunun 41. maddesi ile getirilen fazla çalışmayı belirleyen haftalık çalışma süresi hükmü mutlak emredicidir.⁴⁸ Bu nedenle fazla çalışma ve fazla sürelerle yapılan çalışmalarda bu ölçütün kaldırılarak ve sözleşmelerle başka bir ölçüt getirilerek değişiklik yapılması mümkün değildir.⁴⁹ Bunun yanında haftalık çalışma süresi olarak belirlenen kırkbeş saatlik süre, nisbi emredici olup taraflar sözleşmeyle aralarında anlaşarak daha az bir süreyi haftalık normal çalışma süresi olarak belirleyebilmektedir. Bu durumda, fazla çalışma esasları ile bu esasların uygulanmasında işçi lehine değişiklik olabilecektir. Nitekim 4857 s. Kanunun 41. maddesinin 2, 3, 4 ve 5. bentleri ile Fazla Çalışma Yönetmeliğinin 4. ve 6. maddeleri de nispi emredici olup bu maddelerin işçi lehine sözleşmelerle aşılabilmesi mümkün olmaktadır.⁵⁰

⁴³ SOYER, s.797

⁴⁴ AKYİĞİT, s.1vd.

⁴⁵ NARMANLIOĞLU, s.639-640

⁴⁶ Aynı yönde bkz. NARMANLIOĞLU, s.640

⁴⁷ EKONOMİ, Fazla Çalışma s.1-2; SOYER, s.797vd.; Aynı yönde bkz. KAPLAN, s.345

⁴⁸ KANDEMİR, s.14-15; EKONOMİ, Fazla Çalışma s.2

⁴⁹ AKYİĞİT, s.26; EKONOMİ, Fazla Çalışma s.2

⁵⁰ KARADEMİR/EKİNCİ, s.62; KANDEMİR, s.15; AKYİĞİT, s.26

2. DENKLEŞTİRME UYGULAMASINDA FAZLA ÇALIŞMA ve FAZLA SÜRELERLE ÇALIŞMA

I. GENEL OLARAK

4857 s. Kanun, iş hukukunun katı kurallarının daha esnek bir yapıya kavuşturulması amacıyla çalışma sürelerine esneklik getirmiştir. Yapılan düzenlemelerle, “haftalık normal çalışma süresinin haftanın çalışılan günlerine farklı şekilde dağıtılması” olanağı sağlanmıştır. Ek olarak, “bir haftayı aşan zaman dilimlerinde (denkleştirme dönemi), haftalık ortalama çalışma süresi aşılmadan, bazı haftalarda haftalık çalışma süresini normalin üstüne çıkarma” şeklinde tanımlanan “yoğunlaştırılmış iş haftası⁵¹” uygulaması getirilmiştir.⁵²

Diğer çalışma sürelerinde olduğu gibi denkleştirme süreleri de işçinin şahsına ilişkindir. Denkleştirme dönemi, bütün işyerinde, işyerinin bazı bölümlerinde ya da bir bölümünde çalışan bir grup işçi için uygulanabileceği gibi tek bir işçi için de uygulanabilmektedir. Nitekim denkleştirme döneminin amacı, işverenin ihtiyaç duyduğu iş gücünü kanunda belirlenen sınırlar çerçevesinde daha esnek bir şekilde kullanabilmesini sağlamaktır.⁵³

Fazla çalışma konusunda denkleştirme uygulamaları şu şekilde uygulanmaktadır. İşçinin ilk hafta 60 saat, sonraki hafta 30 saat çalışması halinde iki haftalık ortalama çalışma süresi 45 saat olduğundan burada fazla çalışmadan söz edilmeyecektir. Fakat işçinin ilk hafta 50 saat, sonraki hafta 45 saat çalışması halinde iki haftalık ortalama çalışma süresi 45 saatin üzerinde olacağından iki haftalık denkleştirme dönemi boyunca işçinin fazla çalışma yapacağı kabul edilmelidir.

II. DENKLEŞTİRME HESAPLAMALARI

4857 sayılı Kanunun 41. ve 63. maddeleri gereğince fazla çalışma hesabı haftalık süreler üzerinden yapılmaktadır. Başka bir anlatımla, hafta bazında 45 saatin üzerinde yapılan çalışmalar, o hafta içinde fazla çalışma yapıldığını gösterecektir. Haftalık 45 saatin aşılp aşılmadığı tespit edilirken, o işçiye denkleştirme uygulanıp uygulanmadığına bakılmaktadır.⁵⁴

⁵¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. GÜNAY, Esneklik, s.10-11

⁵² KARACAN, s.49-50

⁵³ KARACAN, s.50

⁵⁴ KARADEMİR/EKİNCİ, s.76; AKYİĞİT, s.2

Eğer herhangi bir denkleştirme uygulaması bulunmuyorsa, her hafta için 45 saatin aşılması gerekli ve yeterlidir. Örnek vermek gerekirse, 60 saatlik çalışma yapılması durumunda o işçinin o hafta 45 saati aşan süre kadar (60saat - 45saat = 15 saat) fazla çalışma yaptığı kabul edilir. Ancak bu haftaya denk gelen bir telafi çalışması varsa, telafi çalışması süresi hesaba katılmamaktadır.”⁵⁵

Öte yandan 4857 sayılı İş Kanunu denkleştirme adı altında bir uygulamaya yer vermiştir. İlgili Kanunun 41. maddesinin ilk fıkrası, “63 üncü madde hükmüne göre denkleştirme esasının uygulandığı hallerde, işçinin haftalık ortalama çalışma süresi, normal haftalık iş süresini aşmamak koşulu ile, bazı haftalarda toplam kırkbeş saati aşsa dahi bu çalışmalar fazla çalışma sayılmaz” şeklinde hüküm getirmiştir. Yine 63. madde hükmüne göre ise, “Tarafların anlaşması ile haftalık normal çalışma süresi, işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine, günde onbir saati aşmamak koşulu ile farklı şekilde dağıtılabilir. Bu halde, iki aylık süre içinde işçinin haftalık ortalama çalışma süresi, normal haftalık çalışma süresini aşamaz. Denkleştirme süresi toplu iş sözleşmeleri ile dört aya kadar artırılabilir. Turizm sektöründe dört aylık süre içinde işçinin haftalık ortalama çalışma süresi, normal haftalık çalışma süresini aşamaz; denkleştirme süresi toplu iş sözleşmeleri ile altı aya kadar artırılabilir” şeklinde hüküm kurulmuştur. Dolayısıyla, denkleştirme uygulamaları için esas alınan süre 2 ay olarak belirlenmiştir. Ancak toplu iş sözleşmeleri mevzu bahis olduğunda 2 aylık sürenin 4 aya kadar çıkarılabileceği öngörülmüştür.

Denkleştirme dönemi açısından belirli yasal sınırlamalar mevcuttur. Bunlardan ilki çalışmanın günde on bir saati geçememesi ve haftalık çalışma süresini aşamamasıdır. İkincisi ise denkleştirme süresi açısından 2 ve 4 aylık süreler getirilmiş olmasıdır. Bu nedenle taraflar kural olarak en fazla 2 aylık süre için denkleştirme uygulamasına geçebilmektedir. Bu süre toplu iş sözleşmesiyle de 4 aya kadar artırılabilir. Burada önemli olan denkleştirmenin birbirini takip eden aylarda uygulanmasının gerekli olmasından kaynaklanmaktadır. Yukarıda bahsedildiği üzere 2 ve 4 aylık süreler nisbi emredici olduğundan, taraflar sözleşmelerinde aksini belirterek daha az bir süre için denkleştirme dönemine gidilebilmektedir.⁵⁶

⁵⁵ AKYİĞİT, s.2

⁵⁶ KARADEMİR/EKİNCİ, s.76

A. Denkleştirme Uygulamaları

Denkleştirme esasının uygulandığı hallerde, her bir haftada 45 saatin aşıp aşılmadığına bakılmayacaktır. Önemli olan, denkleştirme dönemindeki toplam çalışmanın bir haftaya düşen ortalama süresinin 45 saati aşıp aşmadığı olacaktır. Böylelikle denkleştirme dönemindeki bazı haftalar 45 saatin üzerinde çalışılırken, kimi haftalarda 45 saatin altında çalışabilmektedir. Denkleştirme dönemi içerisinde haftalık 45 saati aşan çalışmalar fazla çalışma sayılmayacaktır. Fakat denkleştirme dönemi içerisinde ortalama haftalık 45 saati aşan çalışmalar fazla çalışma sayılacaktır.⁵⁷

Örneğin, sözleşmede haftalık çalışma süresi 40 saat olan bir işçi denkleştirme esasına göre çalıştırılır ve denkleştirme döneminde haftalık çalışma süresi ortalaması kırk saati aşarsa, kırk saat ile kırk beş saat arasındaki çalışmalar fazla sürelerle çalışma, kırkbeş saati aşan çalışmalar ise fazla çalışma olarak değerlendirilecektir.⁵⁸

Denkleştirme hesabında, ortalama haftalık çalışma süresi dikkate alınarak denkleştirme döneminde yapılan toplam çalışma süresinin yine bu dönemdeki hafta sayısına bölünmesiyle bulunmaktadır. Başka bir örnek vermek gerekirse;

2 aylık bir denkleştirme döneminde, işçi ilk üç hafta 60'şar saat, kalan beş hafta boyunca ise 40'ar saatlik çalışma yapmış ise,

$(3 \text{ hafta} \times 60 \text{ saat}) = 180$, $(5 \text{ hafta} \times 40 \text{ saat}) = 200$ toplamda $(200+180) = 380$ saat

$380\text{saat} / 8 \text{ hafta} (2 \text{ ay}) = 47,5\text{saat}$ (İşçinin haftalık ortalama çalışma süresi 47,5saattir.)

İşçi dönem içinde haftada $(47,5 \text{ saat} - 45 \text{ saat}) = 2,5 \text{ saat}$ fazla çalışma yaparken,

8 hafta içinde toplamda $(2,5\text{saat} \times 8 \text{ hafta}) = 20 \text{ saat}$ fazla çalışma yapmaktadır.⁵⁹

⁵⁷KARADEMİR/EKİNCİ, s.76-77; AKYİĞİT, s.2-3; SÜZEK,s.822; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.285-286

⁵⁸SÜZEK, s.823

⁵⁹KARADEMİR/EKİNCİ, s.77

B. Örtülü Denkleştirme

Denkleştirme uygulamasının yapılabilmesi için işçi ve işverenin anlaşması gerekmektedir fakat bu anlaşmanın ne şekilde yapılacağına ilişkin 4857 sayılı Kanunla getirilmiş herhangi bir düzenleme yoktur. Buna karşın ÇSY m.5 gereği, tarafların yazılı olarak anlaşması ve yazılı anlaşmanın varlığı halinde denkleştirme dönemi içinde günlük ve haftalık çalışma süreleri ile denkleştirme süresi uygulamasının başlangıç ve bitiş tarihlerinin işverence belirlenmesi gerekmektedir. KARADEMİR/EKİNCİ'ye göre⁶⁰, “İşçinin denkleştirmeye dair alınacak olan rızası, her denkleştirme döneminin başında alınabileceği gibi bireysel iş sözleşmesine veya toplu iş sözleşmesine konulacak bir kayıtla da alınabilmektedir”.

Çalışma Süreleri Yönetmeliği her ne kadar tarafların anlaşmalarının yazılı olarak yapılmasını şart koşmuş olsa da uygulamada örtülü denkleştirme adı altında bir yöntem uygulanmaktadır. Örtülü denkleştirme denilen durum işçinin yazılı onayının değil zımni rızasının kabulü demektir.⁶¹ Nitekim, Yargıtay da verdiği birden çok kararda, bu uygulamaya yönelik anlaşmanın açık olabileceği gibi örtülü denkleştirme adı altında işçinin zımni rızasıyla da yapılabileceğine hükmetmiştir.⁶²

Değinilmesi gereken bir diğer husus ise, denkleştirme döneminin sona ermesinden önce iş sözleşmesinin feshedilmesi halinde fazla çalışma hesabının nasıl yapılacağıdır. Böyle bir durumda denkleştirme dönemine ilişkin esasların sözleşmenin sona erdiği tarihe kadar kendi içinde uygulanması gerekmektedir.⁶³ Örnek vermek gerekirse, İki aylık bir denkleştirme döneminde, işçi ilk üç hafta 60'şar saat, kalan beş hafta boyunca ise 40'ar saatlik çalışma yapması gerekirken, kalan beş hafta olmadan iş sözleşmesini dördüncü (yani toplamda yedinci) haftada sona erdirdiğinde;

(3 hafta x 60 saat) : 180 saat, (4 hafta x 40 saat) = 160 saat. İşçinin toplam çalıştığı süre (180+160) = 340 saat. 340saat/7 hafta = 48,5saat (İşçinin haftalık ortalama çalışma süresi 48,5saattir.) Bu işçi haftada;(48,5 saat – 45 saat) = 3,5 saat fazla çalışma yapmış olup, 7 haftada toplamda (3,5 x 7) = 24,5 saat fazla çalışma yapmış olacaktır. ⁶⁴

⁶⁰ KARADEMİR/EKİNCİ, s.78

⁶¹ KARACAN, s.52

⁶² Y.9.HD. 2010/9024 E.2010/7984 K.25.03.2012 T.; Y.9.HD. 2009/45842 E.2012/6570 K.01.03.2012 T., www.kazanci.com

⁶³ KARADEMİR/EKİNCİ, s.78

⁶⁴ KARADEMİR/EKİNCİ, s.79

III. DENKLEŞTİRME DÖNEMİNDE ÜCRET

Denkleştirme döneminde, ortalama haftalık çalışma süresi değişmemekle birlikte, bazı haftalarda normal çalışma süresinin üzerinde, bazı haftalarda ise normal çalışma sürelerinin altında çalışma yapılabileceğinden bahsedilmiştir. Burada tartışılması gereken bir noktada değişen çalışma süreleri karşısında ödenecek ücretlerin buna bağlı olarak değişip değişmeyeceğidir. Kanaatimizce, denkleştirme dönemi içindeki ödeme dönemleri için işçinin ücreti, çalıştığı sürenin uzunluğuna göre değişmemelidir. Nitekim denkleştirme uygulamasında esas olan ortalama çalışma süresinin sabit tutulmasıdır. Bu kural ücret için de kabul edilmeli ve işçiye her dönem için, karşılaştırılan normal ücreti ödenmelidir.⁶⁵

Denkleştirme dönemi içerisinde, ortalama çalışma saatlerinin üzerinde yapılan çalışmaların fazla çalışma olduğundan bahsedilmiştir. Bu durumda denkleştirme döneminde yapılan fazla çalışmalar için, normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının yüzde elli yükseltilmesiyle ödenecekken; fazla sürelerle yapılan çalışmalarda ödenecek ücret, çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının yüzde yirmi beş artırılmasıyla ödenecektir (İş K. m.41).

3. FAZLA ÇALIŞMA TÜRLERİ

I. GENEL OLARAK

4857 sayılı İş Kanunumuzun Fazla Çalışma Ücreti başlığı altında yer alan 41, 42 ve 43. maddeleri fazla çalışmanın yasal türlerinden bahsetmiştir. İlgili yasal düzenlemelere göre fazla çalışmanın; “normal nedenlerle fazla çalışma”, “zorunlu nedenlerle fazla çalışma” ve “olağanüstü nedenlerle fazla çalışma” olarak üç türü bulunmaktadır. Bu üç tür arasında ücretler bakımından herhangi bir farklılık bulunmasa da ortaya çıkış nedenleri bakımından belirgin farklılıklar bulunmaktadır.

Yasal fazla çalışma türlerinin yanı sıra birde yasaya aykırı şekilde yapılan fazla çalışmalar vardır. Bu tür fazla çalışmalara doktrinde “hukuka aykırı fazla çalışma”⁶⁶ ismi verilmiştir. Hukuka aykırı fazla çalışmalar kanunla düzenlemediğinden bahisle fazla çalışma türleri arasında yer almamaktadır.

⁶⁵ Aynı yönde bkz. KARACAN, s.57

⁶⁶ AKYİĞİT, s.3

II. NORMAL NEDENLERLE FAZLA ÇALIŞMA

A. Genel Olarak

4857 s. İş Kanunu m. 41/1'e göre, "ülkenin genel yararları ya da işin niteliği veya üretimin artırılması gibi nedenlerle yapılan fazla çalışmalar normal nedenlerle fazla çalışma" şeklinde nitelendirilmektedir. Nitekim doktrinde de konu başlığı olarak normal fazla çalışma altında incelemeler yapıldığı açıkça görülmektedir.⁶⁷

Hükümde yer alan nedenler sayılan durumlarla sınırlı olmayıp çok geniş kapsamlıdır. Nitekim 'gibi' sözcüğü, fazla çalışma sebeplerinin kanunda sınırlayıcı olarak belirlenmediğini, benzer nedenler neticesinde de fazla çalışma yapılabileceğini öngörmektedir. Örneğin işyerinin geçirdiği grev veya lokavttan sonra gerçekleşen üretim kaybının telafi edilmesi amacıyla fazla çalışma yapılabilmektedir.⁶⁸

B. Normal Nedenlerle Fazla Çalışma Yapmanın Nedenleri

Normal nedenlerle fazla çalışmanın koşullarında öncelikli olarak fazla çalışma ihtiyacının ortaya çıktığı hallerden bahsedilecek sonrasında fazla çalışma uygulamasında tarafların anlaşmış olması ile işverenin talebinin ve işçinin fazla çalışma için onayının alınmasının şekli ve son olarak fazla çalışma yaptırılacağına dair işlemin işçilere duyurulması üzerinde durulacaktır.

1. Fazla Çalışma Yaptırılması İhtiyacının Doğması

Fazla çalışma ihtiyacının doğmasına ilişkin nedenler; ülkenin genel yararı, işin niteliği veya üretimin artırılması şeklinde belirtilmiştir (İş K. m.41/1). 1475 sayılı Kanundan aynen alınan bu ifade, Fazla Çalışma Yönetmeliğinin amaç ve kapsam başlığı altında yer alan 1. maddesine eklenmiştir.

⁶⁷ NARMANLIOĞLU, s.641; AĞIR, s.101-102

⁶⁸ EKONOMİ, s.303; Aynı yönde bkz. SÜZEK, s.823; ÖYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.287; KARADEMİR/EKİNCİ, s.66

Hükümde yer alan gibi sözcüğü yukarıda da bahsedildiği üzere fazla çalışma nedenlerinin sınırlı sayıda olmadığı, benzer nedenlerle de fazla çalışma ihtiyacının doğabileceğinden bahsetmektedir. Hükümde bahsi geçen bu nedenler bazı durumlarda birbirini kapsayabilmektedir. Örneğin, ülkenin genel yararı için yapılan bir fazla çalışma aynı zamanda üretimin artırılmasını beraberinde getirebilmektedir. Nitekim, salgın hastalık nedeniyle ilaç üretimini artırmak zorunda kalan ilaç firmasının yapacağı fazla çalışma, kanunda sayılan üç nedeni de bünyesinde bulundurmaktadır.⁶⁹

a. Ülkenin Genel Yararı

4857 sayılı İş Kanunumuzda ülkenin genel yararları için fazla çalışma yapılabilmesi öngörülmüştür. Fazla çalışma uygulaması, yalnız içinde bulunulan zaman içerisinde değil, geleceğe yönelik ihtiyaçların da öngörülmesi suretiyle yapılmaktadır. Örneğin; demir, kömür gibi madenlerin üretim aşamasında kamu yararı bulunduğundan bu alanda yapılan fazla çalışmaların geleceğe yönelik bir ihtiyaç olduğu görülmektedir. Ayrıca, salgın hastalıkların önlenmesi, ilaç, yiyecek ve giyecek ihtiyaçlarının karşılanması, bayram günlerinde ulaşım normal günlerden daha fazla ihtiyaç duyulması ve bu nedenle ulaşım sektöründe çalışan işçilerin fazla çalışma yapmalarında ülkenin genel bir yararı söz konusu olmaktadır.⁷⁰

Ekonomik koşullar dikkate alındığında fazla çalışma, ülke ekonomisi açısından yararlı sonuçlar doğurmaktadır. Yapılan fazla çalışmalar doğrudan ülke yararı için yapılmamış olsa bile, işçinin birey olarak fazla çalışma nedeniyle elde ettiği kazanımlarda dolaylı olarak ülkenin yararı bulunmaktadır. Ancak işçiler tarafından yapılan her fazla çalışma da ülke yararının olduğu genel bir görüş olarak kabul edilmemelidir. Nitekim uzun süreli fazla çalışmalar işçinin hem ruhsal hem de bedensel sağlığında negatif sonuçlara neden olabileceği gibi istihdam açısından da işsizliğin yaygınlaşmasına yol açarak ülke ekonomisini olumsuz yönde etkilemektedir. Nitekim, gelişmekte olan ve işgücü fazlası bulunan ülkelerde, uzun süreli fazla çalışmalara ‘kara çalışma’ denilmekte ve iki işçinin yapacağı iş bir işçiye yaptırılarak, bir işçinin işsiz kalmasına neden olunmaktadır.⁷¹

⁶⁹ KARACAN, s.98,101

⁷⁰ KURUCU, s.86; Aynı yönde bkz. KARACAN, s.98; ATEŞ, s.37

⁷¹ KARACAN, s.99

b. İşin Niteliği

Kanunda belirtilen fazla çalışma nedenlerinden bir diğerini de işin niteliği oluşturmaktadır. İşin niteliğinden kaynaklanan fazla çalışmalar farklı şekillerde görülebilmektedir. Nitekim, o işin belirli bir süre içinde veya mümkün olduğunca kısa bir süre içinde bitirilmesi gereken durumlarda fazla çalışma yapılabilmektedir. Buradaki amaç işin mümkün olduğunca erken bitirilerek tamamlanması ve işin bitirilmemesi nedeniyle doğabilecek olumsuz sonuçlardan kaçınmaktır. Örneğin, bir projenin hazırlanması sırasında arazideki ölçme işlerinin kısa süre içinde bitirilmesi inşaat işlerini gecikmeden başlatacak böylelikle hem işçilere hemde işletmeye fayda sağlanmış olacaktır.⁷²

İşlerin yoğunlaştığı bazı gün ve dönemlerde, işyerindeki işçi sayısının, işyerinin coğrafi ve fiziki durumu nedeniyle artırılması mümkün olmadığından mevcut işçilerle fazla çalışma yaptırılmaktadır. Ücret ödeneceği zaman muhasebe bölümünde çalışan işçilere fazla çalışma yaptırılması da buna örnek oluşturmaktadır.⁷³

Yapılacak işlerin yıl içinde bazı dönemlerde yoğunlaşırken bazı dönemlerde azalması mümkündür. Bunun nedeni ilgili işlerin yıl içerisinde düzenli olarak dağıtılmamasından kaynaklanmaktadır. Kış şartlarının ağır geçtiği bölgelerde inşaat yapımı, yalnızca yaz aylarında yapıldığından bütün bir yıl yalnızca yaz döneminde çalışılması gerekmektedir. Nitekim Akdeniz bölgesinde yıl boyu sürdürülebilen inşaat işleri, bazı bölgelerde mevsimlik iş niteliği kazandığından, ilgili dönemde yapılan çalışmalar artmakta, bu nedenle fazla çalışmalar görülebilmektedir. Bunun yanında sosyal veya politik gelişmelerden fazlasıyla etkilenen turizm sektörü, belirli dönemlerde neredeyse hiç turist çekmezken, belirli dönemlerde turist akınına maruz kalabilmiştir.⁷⁴ Örneğin, Maya takvimine göre 21 Aralık 2017 tarihinde kıyamet kopacağı ve bu kıyametten Fransa'nın Bugarach köyü ile İzmirdeki Şirince köyünün etkilenmeyeceğine ilişkin haber tüm dünyaya yayılmıştır. Bu haber neticesinde kışın fazla turist çekemeyen Şirince köyü, Aralık ayında turizm açısından yoğun bir patlama yaşamıştır.

⁷² KARACAN,s.99 ,ATEŞ, s.38

⁷³ KURUCU,s.87; ATEŞ, s.38

⁷⁴ KARACAN,s.100; KURUCU,s.87

c. Üretimin Artırılması

İşveren, ülkenin genel yararı yahut işin niteliği olmadan yalnızca işletme yararının oluşması amacıyla üretimin artırılması yoluna gidebilmekte ve bu nedenle işçilerin fazla çalışma yapmasını isteyebilmektedir. Böyle bir durumda işverenler yeni işçi almak yerine, mevcut işçileri fazla çalıştırma yolunu tercih etmektedir. Somut bir örnek vermek gerekirse, bir pastanede nişan, düğün gibi kutlamalar nedeniyle sipariş fazlalığının artması fazla çalışma yapılmasını gerektirmektedir. Üretimin artırılması için işçilere fazla çalışma yaptırmanın, işverenler açısından da çeşitli faydaları bulunmaktadır. Nitekim, işçilere fazla çalıştırma yaptırarak işveren bir yandan geçici olarak ihtiyaç duyduğu üretim artışını sağlarken diğer taraftan da iş hacmi daraldığında işçilerin işlerine son verilmesi gibi işlemlerle uğraşmak zorunda kalmamaktadır. Tüm bu anlatılanlardan çıkarılan sonuç, yapılan fazla çalışmalardaki nihai amacın üretimin sürdürülmesi ve artırılması olduğudur.⁷⁵

d. Diğer Genel Nedenler

İş K. m. 41'e göre, "Ülkenin genel yararları, işin niteliği ve üretimin artırılması gibi nedenlerle fazla çalışma yapılabilir". Hükme göre, fazla çalışma nedenlerinin kanunda belirtilen nedenlerle sınırlandırılmadığı açıktır.

Hastalık nedeniyle bazı işçilerin devamsızlık yapması ve bu nedenle diğer işçilerin fazla çalışması gerekebilmektedir. Bunun yanında, hammadde yokluğu veya grev ve lokavt nedeniyle azalan üretimin normal düzeye çıkarılması amacıyla normal fazla çalışma yapılabilir. ⁷⁶

2. Fazla Çalışmanın İşverenin Talebine Bağlanması

Bir iş yerinde fazla çalışma yapılıp yapılmayacağına karar verecek olan kişi "işveren" veya "işveren vekili" olmaktadır. İşveren, işçisine yaptıracığı fazla çalışma biçimini belirleme yetkisine sahip olduğundan yönetme hakkını da elinde tutmuş olmaktadır.⁷⁷ Bu nedenle, işçinin fazla çalışma karşılığında oluşan ücret ve fazla çalışmanın bağladığı diğer sonuçlardan yararlanabilmesi kural olarak, fazla çalışmanın işveren yönünden talebine bağlanmıştır.⁷⁸

⁷⁵ KARACAN, s.101; KURUCU, s.87-88; ATEŞ, s.39; GÜNAY, Şerh, s.1821

⁷⁶ KURUCU, s.87-88; ATEŞ, s.39

⁷⁷ KÖSEOĞLU/KABUL, s.241; KARACAN, s.104

⁷⁸ KARADEMİR/EKİNCİ, s.67; KARACAN, s.101

İşverenin fazla çalışma konusundaki talebi açık veya zımni olabilmektedir. İşverenin “talimatı ve bilgisi” olmadan yapılan fazla çalışmalar, fazla çalışma olarak sayılmayacaktır. Bu şekilde yapılan çalışmalara doktrinde beyhude/boşuna çalışma⁷⁹ denmektedir. Bunun yanında, işveren, işçisine talimat vermediği halde çalışanın fazla çalışmasını görüp izin verir ve işçiye fazla çalışma ücretini ödemekten kaçınırsa dürüstlük kurallarına aykırı davranmış olacaktır. Hatta işveren, işçinin fazla çalışma yaptığını görmesede, işçinin yapmakta olduğu iş fazla çalışmayı gerektirir nitelikteyse, dürüstlük kuralları gereği bu işçinin yaptığı fazla çalışmalarda işverenin talimatı doğrultusunda sayılmaktadır.⁸⁰

İşçinin fazla çalışma yapıp yapmadığına ilişkin uyuşmazlıklarda birkaç ihtimal söz konusu olmaktadır. Bunlardan ilki işçinin, işyeri olanaklarını kullanarak, çalışma saatleri haricinde, kendi yararına bazı işler görmesidir. Bu işler fazla çalışma olarak sayılmayacaktır. İkinci ihtimalde ise işçinin, işyerinde yürütülen faaliyetler için gerekli işleri yapmak adına işyerinde kaldığı durumlardan bahsedilmektedir. Buna göre, işçinin işyerinin düzenli işleyişi için elzem olan ve dürüstlük kuralları gereğince zaten yapmak zorunda olduğu işi gerçekleştirmek üzere yaptığı fazla çalışmalar, fazla çalışma ücretine hak kazandıracaktır. Nitekim bu tarz çalışmaların işveren tarafından farkedilmemiş olma ihtimali çok düşük olduğundan burada işverenin zımni bir talebi olduğundan bahisle işçinin fazla çalışma yapıldığı kabul edilmelidir.⁸¹ Bir başka ihtimalde ise, işveren yazılı olarak fazla çalışma yapılmamasını bildirmiş olmasına rağmen fazla çalışma yapılarak bitirilebilecek bir işi işçiden istemesi halinde, işçinin fazla çalışma ücretini talep hakkı doğacaktır.⁸²

İşveren fazla çalışmaya karar verme konusunda yönetim hakkını kullanırken, eşitlik ilkesine uygun davranmak zorundadır. Nitekim eşit davranma ilkesi, işverenin işçiler arasında farklılık gözetmeksizin keyfi şekilde ayırım yapmamasını, aynı durumdaki işçilere haklı bir neden olmadıkça eşit davranması gerekliliğini ifade etmektedir. Dolayısıyla işveren haklı nedeni olmadığı süre işçileri arasında ayırım yapamayacaktır. Örneğin, sadece sendikası işçilerin fazla çalıştırılması hakkın kötüye kullanması olarak karşımıza çıkmaktadır.⁸³

⁷⁹ AKYİĞİT, s.4

⁸⁰ KARACAN, s.102; KURUCU, s.215, ATEŞ, s.40;

⁸¹ KÖSEOĞLU/KABUL, s.241; KARACAN, s.103-104; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.288

⁸² KÖSEOĞLU/KABUL, s.241; KARACAN, s.103-104; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.288

⁸³ KURUCU, s.105; KARACAN, s.103

Eşit davranma ilkesi nedeniyle işveren, fazla çalışma yapmasını istediği işçileri belirlerken serbest olmaktadır. Fakat fazla çalışma konusunda istekli olan işçilerin olması halinde, işverenin çalışmayı yapmak isteyenler arasından seçim yapması iş hayatının olağan akışına daha uygun düşecektir. Buna karşılık, fazla çalışma konusunda istekli olan işçi sayısı, fazla çalışma uygulamasındaki iş için duyulan ihtiyaçtan fazla olduğunda işverenin işçiler arasında ayırım yapmadan eşit davranarak karar vermesi yerinde olacaktır.

Tüm bunların yanında, fazla çalışmaların düzenlenmesinde kişisel düşünceler ve değerlendirmeler önemli rol oynadığından eşit davranma ilkesinin pratikte bir etkisi bulunmamaktadır. Nitekim, kimi işçiye göre kazançlı sayılan fazla çalışma, kimine göre angarya iş olarak nitelendirilmektedir. Hatta fazla çalışmalar için evi işyerinin yakınında olan veya evlilerin ailelerine vakit ayırabilmesi için bekar işçilerin tercih edilmesi haklı bir ayırım olarak görülmektedir. Nitekim işverenin bu esasları gözeterek değerlendirme yapması eşit davranma ilkesine aykırılık teşkil etmediği düşünülmektedir.⁸⁴ Kanımızca işverenin yapması gereken eşit davranma ilkesine aykırılık teşkil etmeyecek şekilde, fazla çalışma talebinin ihtiyacı olan işçiye götürülmesidir. Nitekim ihtiyacı olan işçi, normal çalışma süresi içerisinde aldığı ücreti gündelik yaşantısında yeterli olmayan ve fazla çalışma ücretini ek gelir kaynağı olarak gören işçilerden oluşmaktadır.

3. Fazla Çalıştırma Yapılacak İşçinin Onayının Alınması

İş K. m. 41/7 gereği; “Fazla saatlerle çalışmak için işçinin onayının alınması gerekir.” Aynı yönde FÇY m.9’a göre “Fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma yaptırmak için işçinin yazılı onayının alınması gerekir. Fazla çalışma ihtiyacı olan işverence bu onay işçilerden yazılı olarak alınır ve işçi özlük dosyasında saklanır”. 25.08.2017 T. ve 30165 s. Resmi Gazete içeriğinde yayınlanan “İş Kanununa İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik” ile ilgili maddede değişiklik yapılmış olup işçilerden alınan fazla çalışma onayının her yıl başında alınması zorunluluğu ortadan kaldırılmıştır. İlgili kanun hükmü gereğince, fazla çalışmanın yaptırılmasında yalnızca işveren talebinin yetmeyeceği, işçinin de onayının alınması gerektiği belirtilmiştir.

⁸⁴ KARACAN, s.105; KARADEMİR/EKİNCİ, s.68

1475 s. eski İş Kanunumuzdan farklı olarak, 4857 s. İş Kanun ile getirilen bu düzenleme ile normal fazla çalışma yaptırılması için aranan Bölge Çalışma Müdürlüğünden ayrıca izin alınması koşulu kaldırılmıştır. Bunun nedeni madde gerekçesinde şu şekilde ifade edilmiştir; esnek sürelerle çalışma düzenine imkan verilmesi nedeniyle fazla çalışma yapma olanağı kısıtlı olduğundan bu konuda ayrıca Bölge Çalışma Müdürlüğünden izin alınması gerekmemektedir.⁸⁵

Fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma yaptırılabilmesi için zorunlu nedenler ve olağanüstü haller hariç işverenin, işçiden yazılı onay alması gerekmektedir. Bunun yanında Fazla Çalışma Yönetmeliği m.9/2 gereği yalnızca fazla çalışmalar yönünden, bu onayın işçilerden yazılı olarak alınacağı ve işçi özlük dosyasına saklanacağı öngörülmektedir. Dolayısıyla, fazla sürelerle yapılan çalışmalarda da işçinin yazılı onayı alınacaktır. Aynı Yönetmeliğin 10. maddesi gereği işveren, fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma yaptırdığı işçilerin çalışma saatlerini gösteren belgeleri düzenlemek ve bu belgelerin imzalı bir nüshasını işçinin özlük dosyasında saklamak zorundadır.

a. Onay Zamanı

İşçinin onayının alınmasında karşılaşılan sorunlardan biri onay zamanının ne zaman olduğudur. FÇY m.9, fazla çalışmalarda işçinin onayının her yıl başında alınacağını hükme bağlamıştır fakat “İş Kanununa İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik”⁸⁶ ile ilgili maddede değişiklik yapılmış olup işçilerden alınan fazla çalışma onayının her yıl başında alınması zorunluluğu ortadan kaldırılmıştır. Bahsi geçen değişiklik ile birlikte bu onay işveren tarafından iş sözleşmesinin yapılacağı esnada yani işçinin işe giriş zamanında veya fazla çalışma ihtiyacının ortaya çıktığı hallerde alınabilmektedir. Böylelikle işçiden bir kereye mahsus alınmış olan bir onay, fazla çalışma yapılabilmesi için yeterli olmuş olacaktır. Kanımızca bu haliyle işçiler bakımından aleyhe bir düzenlemeymiş gibi gözükse de, aynı yönetmelik değişikliği ile işçilere fazla çalışma onaylarını “geri alabilme hakkı” da verilmiştir. FÇY m.9/ son cümlesine göre, “fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma yapmak istemeyen işçi verdiği onayı otuz gün önceden işverene yazılı olarak bildirimde bulunmak koşuluyla geri alabilme hakkına sahiptir”. Bahsi geçen düzenlemeye göre; işçi yazılı belge ile fazla çalışmak istemediğini işverenine ilettikten itibaren 30 gün sonra işçi artık fazla çalışma yapmayacaktır. Bu 30 günlük süre zarfında işçi, işveren nezdinde fazla çalışmasına devam edecektir.

⁸⁵ ÖYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.286

⁸⁶ 25.8.2017 T. ile 30165 s. RG.

Yapılan bu değişikliklerle, işçi onayının her yıl başında alınma zorunluluğunun kaldırılması ile hem her yıl başı deyiminden ne anlaşılması gerektiği konusunda yaşanan tartışmaların önüne geçilmiş hem de fazla çalışma uygulamasının daha kolay ve zahmetsiz şekilde yürütülmesi sağlanmıştır. Bunun yanında, işçilerin çoğunlukla işverenden çekinmesi nedeniyle başlangıçta verdikleri fazla çalışma onayını geri almaları konusunda zorlanacakları günümüz şartlarında aşıkardır. Ek olarak, Fazla Çalışma Yönetmeliği ile her ne kadar fazla çalışma onayını geri alma hakkı tanınmış olsa da ülkemiz çapında işçiler kanundan doğan haklarını tam anlamıyla bilmemektedir. Bu nedenle, işçilerin bir çoğu bu hakkı bilmedikleri için kullanamayacak ve bahsi geçen bu düzenleme sanki işveren lehineymiş gibi sonuçlar doğurabilecektir.

b. İşçinin Onay Vermesi

Sözleşmelerle fazla çalışmaya onay veren bir işçi, fazla çalışmaya katılmakla yükümlüdür. Nitekim vermiş olduğu bu onaya rağmen fazla çalışma yapmaktan kaçınırsa bu durum işveren açısından haklı fesih sebebi sayılmaktadır.⁸⁷ Fazla çalışma hakkında işçiden alınan onayla birlikte, işçinin işverene karşı fazla çalışma yapma yükümlülüğü doğmaktadır. Fakat bu onayın işçinin hür iradesiyle verilmesi zorunludur. İşçiden zorla alınan yahut mobbing uygulanarak alınan onay, hür iradeyle gerçekleşmediğinden bahisle geçerli olmayacaktır.⁸⁸

İşçinin fazla çalışmaya onay vermesi fakat fazla çalışma yapmama konusunda ısrar etmesi halinde işverenin işçiye fazla çalışmaya onay verdiğini hatırlatması gerekmektedir. Bu hatırlatma, “sözlü ya da yazılı” olarak yapılabilir. Yargıtay 7. Hukuk Dairesi, “işverenin hatırlatmasının ardından işçinin sadece bir kez görevi yapmaması halinde bu durumun işverence haklı fesih sebebi olarak nitelendirilmeyeceği” şeklinde karar vermiştir.⁸⁹ Görevini yerine getirmeyen işçinin, iş akdinin feshedileceğinin ayrı şekilde bildirilmesi gerekmemektedir. İşçi kendisine durumun hatırlatılmasına rağmen fazla çalışma yapmaktan kaçındığı takdirde, bu durum işveren açısından 4857 sayılı İş Kanunun 25/2 anlamında, “işçinin

⁸⁷ KARACAN, s.111; KARADEMİR/EKİNCİ, s.70

⁸⁸ AĞIR, s.104

⁸⁹ Y.7. HD., 2015/2947 E., 2015/7623, 29.04.2015 T., www.kazanci.com. “İşçinin görev tanımının, bireysel yada toplu iş sözleşmesinde açıkça öngörülmüş olması işverenin hatırlatma yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz. İşçiye yapılacak hatırlatmada/uyarıda, işçiye yapması istenen görev açık biçimde bildirilmeli ve işin tamamlanmasına yetecek bir süre öngörülmelidir. Bildirimde, görevin hatırlatılması yeterlidir. Görevin gereklerinin yerine getirilmemesi durumunda iş sözleşmesinin feshedileceği hususunun ayrıca bildirilmesi gerekmez. Ancak, işveren tarafından işçiye bu yönde bir bildirim yapılmış ise, işçinin yeni bir eylemi gerçekleştirmediği, önceki eylemlerine dayanılarak iş akdi feshedilemez. Çalışma koşullarında işçi aleyhine değişiklik niteliğinde olan görevlendirmelerin, 4857 sayılı Yasanın 22’nci maddesi uyarınca işçiye bağlamayacağı açıktır. Bu kapsamda bir görevin yerine getirilmemiş olması işverene haklı fesih imkânı vermez.”

yapmakla ödevli bulunduğu görevleri kendisine hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesi” olarak sayılan ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırılık teşkil ettiğinden tazminatsız fesih için haklı neden oluşturmaktadır.⁹⁰

İşçinin fazla çalışmaya onay vererek gerekli fazla çalışmaları yapmasına rağmen işverenin ilgili fazla çalışma karşılığı olan ücretinin işçiye ödenmemesi dürüstlük kurallarına aykırılık teşkil etmektedir. Böyle bir durumda önceki dönem fazla çalışma karşılıklarının işçiye ödenmemesine rağmen işverenin işçiden yeniden fazla çalışma yapmasını talep etmesi hakkın kötüye kullanılması sonucunu ortaya çıkartmaktadır. Böyle bir durumda işçinin onay vermesine rağmen fazla çalışma yapmaktan kaçınması işveren tarafından haklı bir fesih nedeni oluşturmayacaktır.⁹¹

İşçinin onay vererek fazla çalışma yapma borcu, mutlak değildir. Nitekim Fazla Çalışma Yönetmeliği m.8/1-b gereği, “ iş 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 bu durumu belgeleyen işçiye fazla çalışma yaptırılmayacaktır”. İlgili hüküm gereği, işçi fazla çalışmaya onay vermiş bulursa da, işçinin sağlık durumunun o an için fazla çalışma yapmasına imkan vermemesi ya da fazla çalışmamayı haklı kılan bir mazeretin varlığı halinde örneğin, eşinin veya çocuğunun ağır hastalığında veya kazaya uğramalarında işçinin fazla çalışmaya zorlanmaması iyiniyet kurallarından sayılmaktadır. Bu tür durumların varlığı halinde fazla çalışma yapmaya zorlanan işçinin, fazla çalışma yapmaktan kaçınma hakkı bulunmaktadır. İşçinin kaçınma hakkını kullanmasına rağmen işverenin, işçinin fazla çalışma yapmadığı gerekçesiyle iş sözleşmesini feshetmesi, dürüstlük kurallarıyla bağdaşmayacaktır.⁹²

Tüm bunların yanında işçi, onayını yasal fazla çalışma için vermektedir. Bu nedenle, şartları oluşmamış ya da kanuna aykırı olan fazla çalışmalar bakımından işçilerden fazla çalışma yapması beklenmeyecektir. Bunun yanında, işverenin öne sürdüğü fazla çalışma ile ilgili olmayan çalışmalarda da işçi fazla çalışmaya zorlanamayacaktır. Nitekim, 4857 sayılı Kanun m.24/2-f hükmü gereği, işverenin yasal olmayan fazla çalışma konusunda işçiyi sürekli şekilde zorlaması ve bu durumun işçiyi ciddi şekilde olumsuz etkilemesi halinde, işçinin haklı nedenle iş sözleşmesini feshinden söz etmek mümkün olmaktadır.⁹³

⁹⁰ KARACAN, s.111; KARADEMİR/EKİNCİ, s.70-71

⁹¹ KARADEMİR/EKİNCİ, s.77

⁹² EKONOMİ, s.305; KARACAN, s.112; KARADEMİR/EKİNCİ, s.71; ÇİL, s.59

⁹³ KARACAN, s.112; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.287; ÇİL, s.59

c. İşçinin Onay Vermemesi

İşverenin talebine karşılık olarak işçi fazla çalışmaya onay vermemiş olabilmektedir. İşçinin, işverenin fazla çalışma talebini karşılıksız bırakması, iş akdinin haklı nedenle feshine imkan sağlamayacaktır. Buna rağmen, iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedilmesi halinde yapılan fesih haksız fesih olacaktır.⁹⁴

İşçinin fazla çalışma talebine onay verip vermeme konusunda bir zorunluluğunun bulunması ayrı bir tartışma konusu olmaktadır. Nitekim TBK'nın 398. maddesine göre “normal süreden daha fazla çalışmayı gerektiren bir işin yerine getirilmesi zorunluluğu doğar, işçi bunu yapabilecek durumda bulunur ve aynı zamanda kaçınması da dürüstlük kurallarına aykırı olursa işçi, karşılığı verilmek koşuluyla, fazla çalışmayı yerine getirmekle yükümlüdür.” şeklinde yapılan düzenleme, işçinin onay vermekten kaçınamayacağı gibi bir anlamı karşımıza çıkarmaktadır. Fakat böyle bir durum mümkün görünmemektedir. TBK m. 398 hükmü, her halde değil, fazla çalışmanın zorunluluk olduğu ve fazla çalışma yapmaktan kaçınmanın dürüstlük kurallarına aykırı sayılacağı hallerde işçinin bu onayı vermekten kaçınmasının hukuka aykırı olduğunu düzenlemektedir. Yine, işçi herhangi bir neden göstermeksizin, fazla çalışma yapmaya onay vermezse, bu durum tek başına dürüstlük kurallarına aykırılık teşkil etmeyecektir. Nitekim işçinin dinlenme ihtiyacı dahi bu durumda başlı başına bir neden olarak karşımıza çıkacaktır. Dolayısıyla, işçinin onay vermekten kaçınması hali, tek başına haklı veya geçerli bir fesih sebebi teşkil etmemelidir. Bunun yanında, işçinin fazla çalışma talebine onay vermemesi her olayın oluşuna göre ayrı değerlendirmelidir. Nitekim, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi vermiş olduğu bir kararında⁹⁵, “işçiden fazla mesai için önceden onay alınmamış olsa da daha önce fazla çalışma yapan ve ücreti tam ve düzenli olarak ödenen işçinin fazla mesaiye kalmak istememesi halinin fesih için geçerli neden olarak kabul etmektedir”.⁹⁶

Kanaatimizce, işverenin fazla çalışma talebini onaylamayan işçinin bunu neden onaylamadığı ve onaylamaması neticesinde doğabilecek sonuçları, bu durumun dürüstlük kurallarına aykırı olup olmadığı, her somut olayın özelliğine göre değerlendirilerek hakim tarafından tespit edilmesi yerinde olacaktır.⁹⁷

⁹⁴ KARADEMİR/EKİNCİ, s.72

⁹⁵ Y.9.HD.,2007/11936E.,2007/29817,08.10.2007T., www.kazanci.com.

⁹⁶ KARADEMİR/EKİNCİ, s.73

⁹⁷ Aynı yönde bkz. AĞIR, s.106

Tüm bunların yanında işçinin yazılı onay vermemiş olmasına rağmen, fazla çalışma ücretini almış olması fazla çalışmaya onay verdiği anlamına gelmemektedir.⁹⁸ Nitekim Yargıtay bir kararında⁹⁹, “Somut olayda, davacı, yıllık yasal sınır olan 270 saatten fazla mesai yaptırıldığı ve bu hususun çalışma şartlarının uygulanmaması olduğu iddiasıyla iş sözleşmesini feshettiğini ileri sürmüş olup dosyada davacının her yıl için fazla çalışma yapmaya muvafakat ettiğine dair verdiği bir belge bulunmamaktadır. Ücrete, fazla çalışma karşılıklarının dahil olması ise, peşinen muvafakat niteliğinde olmayıp mahkemece 270 saati aşan çalışmaların varlığının araştırılıp var olduğunun tespiti halinde, davacının fesih hakkının doğduğunu kabul etmek gerekirken, davacının fazla çalışmaya kaldığı ve ücretini de aldığı gerekçesiyle kıdem tazminatı talebinin reddi hatalıdır.” hükmüne yer vermiştir.

Fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma nedeniyle işçinin onayını almayan işveren veya işveren vekilleri, aynı kanunun m.102/c hükmü gereği, her işçi için para cezasına çarptırılacaktır.¹⁰⁰

d. Fazla Çalışmanın İşçilere Duyurulması

Fazla çalışma yapılmasına dair işverenin talebi ile işçiden alınan onayın yanında birde fazla çalışma yapılacağına işçilere duyurulması gerekmektedir. İşverenin yaptığı bu duyurunun akabinde işçinin buna karşılık herhangi bir beyanda bulunması gerekmemektedir. Bunun nedeni zaten işçinin önceden fazla çalışmaya onay vermesinden kaynaklanmaktadır. Fakat uygulamaya katılmak istemeyen işçi, fazla çalışmaya neden katılamayacağına dair sebeplerini mümkün olan en kısa süre içerisinde işverene veya bağlı bulunduğu işveren vekiline bildirmelidir. Bu uygulama ile işverenin işinin aksamaması amaçlanmaktadır.¹⁰¹

İşveren yönetim hakkını kullandığı emir ve talimatların tümünü yazılı şekilde yapmak zorunda değildir. Bunun yanında fazla çalışma yapılmak istenildiğine bu isteğin yazılı şekilde yapılabileceği sözleşmeyle kararlaştırılabilir. Sözleşmeyle böyle bir düzenlemeye yer verilmemişse, işveren sözlü şekilde fazla çalışma isteğini işçilerine duyurabilmektedir. Bunun yanında ilgili talimatların yazılı şekilde yapılması işverenin lehine sonuçlar doğuracaktır. Nitekim, işveren işçinin yükümlü olduğu işi yapmaması, bunun üzerine yapması gerektiği

⁹⁸ Aynı yönde bkz. **KARADEMİR/EKİNCİ**, s.73-74

⁹⁹Y.7. HD., 2014/19129 E., 2015/13542, 02.07.2015 T., www.kazanci.com.

¹⁰⁰ **GÜNAY**, Şerh, s. 1835; **EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN**, s.287

¹⁰¹ **KURUCU**,s.131; **KARACAN**, s.113

hususunun kendisine hatırlatılmasına rağmen işçi tarafından yine yapılmadığını ispat etmekle yükümlüdür. İşverenin bu hususlardan herhangi birini ispat edememiş olması feshi, haksız fesih haline getirmiş olmaktadır. ¹⁰²

C. Fazla Çalışma Süresinin Sınırlandırılması

4857 sayılı İş Kanunumuz gereği fazla çalışmanın süresi konusunda “günlük”, “haftalık” ve “yıllık” fazla çalışma süreleri uygulanmaktadır.

1. Haftalık Fazla Çalışma Süresinin Sınırlandırılması

İş K. m.63/1’e göre, “Genel bakımdan çalışma süresi haftada en çok kırkbeş saattir. Aksi kararlaştırılmamışsa bu süre, işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine eşit ölçüde bölünerek uygulanır”.

İş K. m.41/1 ile FÇY m.3/a hükmünde, fazla çalışmanın tanımı yapılmıştır. Buna göre, Fazla çalışma, iş kanununda yazılı koşullar çerçevesinde haftalık 45 saati aşan çalışmalardır. İş K. m. 41 ile getirilen fazla çalışmayı belirleyen haftalık çalışma süresi hükmü mutlak emredicidir.¹⁰³ Bu nedenle fazla çalışma ve fazla sürelerle yapılan çalışmalarda bu ölçütün kaldırılarak ve sözleşmelerle başka bir ölçüt getirilerek değişiklik yapılması mümkün değildir.¹⁰⁴ Bunun yanında haftalık çalışma süresi olarak belirlenen kırkbeş saatlik süre, nisbi emredici olup taraflar sözleşmeyle aralarında anlaşarak daha az bir süreyi haftalık normal çalışma süresi olarak belirleyebilmektedir.¹⁰⁵

Haftalık çalışma süresinin sınırları açısından kanunda belirli bir sınırlama söz konusu olmayıp ancak günlük azami çalışma süreleri dikkate alınarak o hafta için işçiye azami çalışma yaptırılabilir.¹⁰⁶

¹⁰² ODAMAN, s.81-85; Aynı yönde bkz. KARACAN, s.113

¹⁰³ EKONOMİ, Fazla Çalışma s.2; KANDEMİR, s.14-15;

¹⁰⁴ EKONOMİ, Fazla Çalışma s.2; AKYİĞİT, s.26

¹⁰⁵ KARADEMİR/EKİNCİ, s.62; KANDEMİR, s.15; AKYİĞİT, s.26

¹⁰⁶ HÜSEYİNLİ, s.19

2. Günlük Fazla Çalışma Süresinin Sınırlandırılması

1475 s. eski İş K. m. 35’de, “fazla çalışmanın süresinin günlük 3 saati geçemeyeceği ve fazla çalışma yapılacak günlerin toplamının da bir yılda doksan iş gününden fazla olamayacağı” hükmü getirilerek sınırlamalar getirilmiştir. Böylelikle işçinin bir günde çalıştırılabileceği azami bir süre gösterilmiş olmaktadır. 4857 sayılı İş Kanununda ise eski kanundan farklı olarak değişikliğe gidilerek 3 saatlik sınır kaldırılmış ve yalnızca telafi çalışmasına ilişkin düzenlemelerde günlük çalışma sürelerinin 3 saatten fazla olamayacağı şeklinde bir düzenleme yapılmıştır.¹⁰⁷

Yabancı ülkelerde de fazla çalışma sürelerinin günlük olarak sınırlandırılmış olduğu örnekler mevcuttur. Örneğin; Azerbaycan İş Kanununa göre, fazla çalışma süresi ard arda yapılacaksa iki iş günü içerisinde dört saatten, çalışma koşulları ağır ve zararlı olan iş yerlerinde ise iki saatten çok yaptırılmayacaktır.¹⁰⁸

4857 sayılı İş Kanunumuz günlük, haftalık ve yıllık yapılan fazla çalışma sürelerinde, yalnızca yıllık üst sınırla ilgili açık bir hüküm getirmiştir. Bu nedenle kanunumuzda fazla çalışmalara ilişkin günlük ve haftalık olarak üst sınır belirlenmemiştir. Ancak böyle bir sınır getirilmemiş olması, işçiye günde sınırsız süreyle fazla çalışma yaptırılacağı anlamını taşımamaktadır.¹⁰⁹

4857 sayılı Kanunumuz, fazla çalışmalarda günlük bir sınırı açıkça belirtmemiş olsa da, Kanunun 63. maddesinin ikinci fıkrasında, “Tarafların anlaşması ile haftalık normal çalışma süresinin, günde on bir saati aşmamak koşuluyla işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine farklı şekilde dağıtılabileceği” hükme bağlanmıştır. Bunun yanında Çalışma Süreleri Yönetmeliğinin 4. maddesinin 3. fıkrasında, “günlük çalışma sürelerinin her ne şekilde olursa olsun on bir saati geçemeyeceği düzenlenmiştir. Ayrıca işçinin bu süreleri aşan sürelerle çalıştırılmasında 4857 sayılı Kanunun 41.,42. ve 43. madde hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir”. Bir diğer ifade ile, on bir saatlik sürenin aşılması halinde fazla çalışmaya ilişkin kanun hükümlerinin uygulanacağı açıkça görülmektedir. Ayrıca, doktrinde de ilgili hükümlerin mutlak sınırlayıcı ifadeleri karşısında getirilen günlük 11 saati aşmama koşulunun, fazla çalışma uygulamalarını da kapsadığı belirtilmektedir.¹¹⁰

¹⁰⁷ KANDEMİR, s.21; HÜSEYİNLİ, s.18; KAPLAN, s.347

¹⁰⁸ HÜSEYİNLİ, s.18

¹⁰⁹ HÜSEYİNLİ, s.18

¹¹⁰ KANDEMİR, s.22; KAPLAN, s.347-348 ; SÜZEK, s.825; EKONOMİ, Fazla Çalışma, s.163;

Yapılan düzenlemeler karşısında varılan sonuca göre; haftalık toplam 45 saati aşan çalışmalar fazla çalışma sayılacak ancak işçi her durumda günde 11 saatten fazla da çalıştırılmayacaktır.¹¹¹ Nitekim Yargıtayın vermiş olduğu bir kararda, günlük azami çalışma süresinin aşılması halinde işçinin fazla çalıştığı süreye ilişkin ücreti talep edebileceği yer almaktadır.¹¹²

İşyerinde denkleştirme uygulandığı hallerde, günde 11 saati aşmama koşulu ile bazı haftalarda 45 saati aşan çalışmalar fazla çalışma sayılmayacaktır. Buna karşılık, denkleştirme uygulanan iş yerinde haftalık çalışma süresi sınırı içinde kalınmış kısaca ortalama 45 saat aşılmamış ancak işçiye bazı günler 11 saati de aşan çalışmalar yaptırılmışsa, haftalık çalışma süresi aşılmamış olmasına karşın günlük 11 saati aşan çalışmaların da fazla çalışma ücretine hak kazandırması gerekmektedir.¹¹³ Yargıtay vermiş olduğu bir kararında, “4857 sayılı Kanun gereği günlük çalışma süresinin 11 saati aşmamanın emredici bir düzenleme olduğuna ve bu süreyi aşan çalışmaların doğrudan fazla çalışma sayılarak denkleştirmeye tabi tutulamayacağına” karar vermiştir.¹¹⁴

3. Yıllık Fazla Çalışma Süresinin Sınırlandırılması

4857 sayılı İş Kanunu 41/8’e göre; “Fazla çalışma süresinin toplamı bir yılda iki yüz yetmiş saatten fazla olamaz.” Fazla Çalışma Yönetmeliği’nin 5. maddesi de “Fazla Çalışmada Sınır” başlığı altında benzer nitelikte bir düzenlemeye yer vermiştir. İlgili maddeye göre, yıllık 270 saatlik süre sınırı, işyerlerine veya yürütülen işçilere değil, işçilerin şahıslarına ilişkin olmaktadır. Aynı zamanda fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma sürelerinin hesabında yarım saatten az olan süreler yarım saat, yarım saati aşan süreler ise bir saat olarak değerlendirmeye alınacaktır.

SOYER, s.805

¹¹¹SÜZEK, s.825

¹¹² Y.9.HD. 2009/35292 E. 2012/189 K. 16.01.2012 T., “Günlük çalışma süresinin onbir saati aşamayacağı Kanunda emredici şekilde düzenlendiğine göre, bu süreyi aşan çalışmaların denkleştirmeye tabi tutulamayacağı, zamlı ücret ödemesi veya serbest zaman kullanımının söz konusu olacağı kabul edilmelidir.”, www.calismatoplum.org/arama.htm

¹¹³HÜSEYİNLİ, s.19; SÜZEK, s.825; Aksi yönde bkz. GÜNAY, Şerh, s.1841

¹¹⁴ Y.9.HD., 2015/336 E., 2016/9663 K., 18.04.2016 T., www.karararama.yargitay.gov.tr .

Hem İş Kanunumuz hem de Fazla Çalışma Yönetmeliği'nin yaptığı düzenlemeler dikkate alındığında, işçilerin fazla çalışmaya ilişkin kural olarak yıllık 270 saatlik bir süre sınırına tabi olduğu ve işyerinde farklı işçilere yaptırılan fazla çalışma sürelerinin toplamının yıllık 270 saati geçmesinde herhangi bir engel yokken, her işçinin yapacağı fazla çalışmaların toplam süresinin yıllık 270 saati aşamayacağı kararlaştırılmıştır.¹¹⁵

Yapılacak olan iş sözleşmeleriyle, 270 saatlik sürenin yıl içinde dağıtımı farklı şekilde kararlaştırılabilmektedir. Bunun yanında işyerinin, işin gerekleri, somut olay dikkate alındığında fazla çalışma sürelerinin toplamı aydan aya da farklılık arz edebilecektir.¹¹⁶

Ücret işçinin en temel hakkını oluşturmaktadır. Fazla çalışmalarda yıllık 270 saatlik sınırı aşılması halinde işçi fazla çalışma ücretine hak kazanmaktadır. Nitekim, işçi yıllık sınırın üzerinde çalışma yapmış ise de fazla çalışma ücretini talep edebilecek ve kanunun getirdiği sınırlama işçinin ücret hakkını ortadan kaldırmayacaktır.¹¹⁷ Yargıtayın vermiş olduğu kararlarda¹¹⁸ bu yönde olup yasadaki sınırlamanın işçinin sağlığının korunması ve çalışma düzeninin kurulması amacına yönelik olarak getirildiği açıktır.¹¹⁹

Uygulamada, yıllık fazla çalışma süresinin aylık ücret içinde olduğuna ilişkin sözleşmeler bulunmaktadır. Bunun yanında, yasa aylık fazla çalışma bakımından herhangi bir sınır getirmemektedir. Bu durumda yıllık azami fazla çalışma süresinin yıllara eşit şekilde dağıtılması söz konusu olmamaktadır. Bu nedenle işçi, fazla çalışma ücretinin aylık ücretine dahil edilmesi halinde bu süreyi tamamladığı andan itibaren fazla çalışma ücretini talep etme hakkına sahip olmaktadır.¹²⁰

Fazla çalışma süresinin aylık ücret içine dahil edildiğine ilişkin bir sözleşmenin varlığı halinde işçinin yasal haftalık 45 saatlik çalışma süreleri üzerinde yapmış olduğu fazla çalışmaların 270 saatlik süresinin ispatlanan fazla çalışmalardan indirilmesi gerekmektedir. Bu nedenle sözleşmeyle günlük çalışma süresine dahil edilen süreler, yıl bazında iki yüz yetmiş saate kadar yapılan fazla çalışmalar için kabul edilmiş olacaktır. Nitekim yapılan bu

¹¹⁵ SÜZEK, s.825; HÜSEYİNLİ, s.20

¹¹⁶ HÜSEYİNLİ, s.20

¹¹⁷ HÜSEYİNLİ, s.20; Aynı yönde bkz. ERDEM, s.66

¹¹⁸ Y.9.HD., 2007/32717 E., 2008/31210 K., 18.11.2008 T; “Fazla çalışma yönünden diğer bir yasal sınırlama da, İş Kanunu’nun 41. maddesinde yazılı olan fazla çalışma süresinin toplamı bir yılda iki yüz yetmiş saatten fazla olamayacağı şeklindeki hükümdür. Ancak bu sınırlamaya rağmen işçinin daha fazla çalıştırılması halinde, bu çalışmalarının karşılığı olan fazla mesai ücretinin de ödenmesi gerektiği açıktır.”; www.calismatoplum.org/arama.htm .

¹¹⁹ ERDEM, s.66

¹²⁰ HÜSEYİNLİ, s.20

Çalışmaların da günlük 11 saati aşmaması gerekmektedir. Fazla alışma sürelerinin emredici düzenlemelerle belirlenen sınırlarının aşılması durumunda, işçi bu azami sınırları aşan kısımlar için fazla çalışma ücretine hak kazanmış olmaktadır.¹²¹

4. Fazla alışma Sürelerine İlişkin Sınırlandırılmalara Uyulmamasının Hukuki Sonuçları

zerinde durulması gereken en önemli konulardan biri, mevzuatla düzenlenmiş olan azami fazla çalışma sürelerinin aşılması halinde, sözleşmenin işçi tarafından tek taraflı olarak haklı nedenle feshedilip edilmeyeceğine ilişkindir. Her ne kadar fazla çalışma süresinin toplamı yıllık 270 saatlik sınırın üzerine çıkılamaz denilse de uygulamada birçok işveren yasaya aykırı bir biçimde bu sınırı aşmaktadır. İlgili sınırlamaların getirilme amacı, işçinin sağlığını olumsuz etkileyebilecek nitelikte olan bu tarz uygulamaların önüne geçilmesidir.¹²²

İşçinin haklı nedenlerle feshi başlığını taşıyan İş K. m.24'de, fazla çalışmaya ilişkin nedenlere açıkça yer verilmemiştir. Fakat böyle bir düzenlemenin olmaması işçinin belli nedenlerle fazla çalışmaya ilişkin olarak iş sözleşmesini haklı nedenle feshedemeyeceği anlamı taşımamaktadır. Nitekim, işveren yasal dayanaktan yoksun fazla çalışma konusunda işçiye sürekli olarak bir baskı kurar ve bu durum işçiyi ciddi anlamda olumsuz şekilde etkilerse, aynı kanunun m.24/2-f'de belirtilen çalışma koşullarının uygulanmaması nedeniyle işçi lehine haklı nedenle fesih imkanı doğmaktadır. Bu koşullarda fazla çalışma yapmak istemeyen işçinin iş sözleşmesi işveren tarafından fesildiğinde yapılan bu feshin haksız olacağı açıktır.¹²³

İşçinin iş sağlığı ile güvenliği dikkate alındığında, iş sözleşmesi haklı nedenle ve tek taraflı olarak feshedilmişse, İş K. m.24/1-a hükmüne de başvurulabilmektedir. Yasal sınırlar içinde yapılacak olan fazla çalışmanın işçinin fiziksel ve zihinsel yorgunluğuna sebebiyet verdiği hallerde bu durum işçinin sağlığı veya yaşayışı için tehlikeli bir durum yaratacağından, iş sözleşmesi işçi tarafından haklı nedenle feshedilebilmektedir. Bu koşullar ile fazla çalışmayı kabul etmeyen işçinin iş akdinin işveren nezdinde sona erdirilmesi ise haksız feshi doğurmaktadır.¹²⁴

¹²¹ HÜSEYİNLİ, s.20

¹²² HÜSEYİNLİ, s.21

¹²³ SÜZEK, s.826; HÜSEYİNLİ, s.21

¹²⁴ SÜZEK, s.826; HÜSEYİNLİ, s.21-22

Bir diğerkonu da işveren tarafından yıllık sınırların üstünde çalıştırma yaptırılmasının süreklilik arz etmediğı durumlarda, işçinin fesih hakkının bulunup bulunmadığının tartışılmasıdır. Bu durumun süreklilik arz etmesi ve işçinin çalışma koşullarını önemli derecede etkilemesi durumunda, işçinin iş akdini haklı olarak feshetme imkanı bulunmaktadır. Nitekim süreklilik arz etmeyen durumlarda, örneğın, işçi lehine verilen bir Yargıtay kararında¹²⁵, fazla çalışmaya onay veren ve fazla çalışmaya kalması için yalnızca bir kez uyarılan işçinin fazla çalışmaya kalmaması halinde iş sözleşmesinin feshedilmesi, hakkın kötüye kullanımı olarak ortaya çıkmaktadır.¹²⁶

Yorum yapılması gereken bir diğerkonu ise fazla çalışmanın yılda 270 saati aştığı hallerde iş sözleşmesinin ne kadarlık bir süre içinde feshedilebileceğidir. Yargıtayın vermiş olduğı bir kararda¹²⁷; işçinin haklı nedenle sözleşmeyi feshedebilmesi için 270 saati aşan fazla çalışmanın ardından en geç altı gün içerisinde kullanılması gerektiğı kabul edilmektedir. Altı günlük sürenin geçirilmesi durumunda, sözleşmenin haklı nedenle feshedilemeyeceğı ve işçinin kıdem tazminatına da hak kazanamayacağı karara bağlanmıştır. İlgili karar neticesinde; fesih hakkının son fazla çalışmadan sonra 6 günlük hak düşürücü süre içinde kullanılması gerektiğı anlaşılmaktadır. Bu nedenle de Yargıtay, haklı sebeple fesihlerde aranan 6 günlük hak düşürücü süreyi gözeterek, ilgili süre içinde iş sözleşmesinin feshedilmemesi nedeniyle kararı bozmuştur. Kanımızca, bahsi geçen Yargıtay kararlarının, yıllık çalışma sınırı üzerinde yapılan çalışmalar bakımından konuya bir netlik kazandırdığı görülmektedir.¹²⁸

¹²⁵ Y.9.HD., 2004/2546E., 2005/16086K., 09.05.2005T.; “Davacının davalıya ait işyerinde çalışırken 12.09.2000 tarihinde düzenlenen hizmet akdi ve fazla mesai izin belgesine göre işverenin istediğı dönemde işin niteliğı veya ücretinin artırılması gibi sebeplerle günlük çalışma süresinin dışında fazla mesai yapması gerekmekte ise de 10.10.2002 tarihinde fazla çalışma yapmasını istediğı dosya içeriğinden anlaşılmaktadır. Reyon sorumlusu olan davacının emrindeki işçilerle birlikte fazla çalışma için işyerinde kalmasının istenmesi ve buna rağmen davacının fazla mesaiye kalmaması 1475 sayılı Yasanın 17/2-g maddesi kapsamında yapmakla ödevli bulunduğı görevleri kendisine hatırlatıldığı halde yapmaması olarak nitelendirilemez. Zira fazla mesaiye kalması için bir kez uyarılan davacının bu eyleminden dolayı iş sözleşmesinin feshi haklı kabul edilemez. Bu nedenle ihbar ve kıdem tazminatı istekleri konusunda yapılan Bilirkişi raporuna göre isteklerin kabulü gerekirken reddi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.”

¹²⁶ HÜSEYİNLİ, s.22

¹²⁷ Y.7.HD., 2013/10801 E., 2013/18002 K., 31.10.2013 T.; “Somut; olayda, taraflar arasında imzalanan belirsiz süreli iş sözleşmesinin 5. Maddesinde personelin yasal sınır ve esaslar içerisinde kalmak kaydı ile işverenin isteğı üzerine her türlü fazla çalışmayı ücret karşılığında yapmayı kabul edeceği hükmü mevcuttur. ... Davacının, yıllık 270 saatten fazla çalışma yaptığının anlaşılması karşısında çalışma şartlarının uygulanmaması nedeniyle 4857 sayılı Yasanın 24/II-f maddesi gereğince iş akdinin işçi tarafından haklı sebeple feshedildiğı açıktır. Davacının, ... iş akdini feshettiğı, ancak son fazla çalışmadan sonra fesih hakkını 6 günlük hak düşürücü süre geçtikten sonra kullandığı anlaşıldığından mahkemece feshin süresind eyapılmadığı ve davacının kıdem tazminatına hak kazanamadığı gözetilmeksizin yazılı şekilde davanın kabulüne karar verilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.”

¹²⁸ HÜSEYİNLİ, s.22-25

III. ZORUNLU NEDENLERLE FAZLA ÇALIŞMA

A. Genel Olarak

Zorunlu nedenlerle fazla çalışma, 4857 s. İş K. m.42 ile hüküm altına alınmıştır. İlgili maddenin ilk fıkrasına göre, bir arıza sırasında, bir arızanın mümkün görülmesi halinde yahut makineler veya araç ve gereç için hemen yapılması gerekli acele işlerde veya zorlayıcı sebeplerin ortaya çıkması halinde işçilerin hepsi veya bir kısmına zorunlu olarak fazla çalışma yaptırılabilir. Ancak, zorunlu nedenle fazla çalışmanın işyerinin normal çalışmasını sağlayacak dereceyi aşmamak koşuluyla yapılması gerekmektedir.

Kanun hükmünde yapılan tanım dikkate alındığında, yapılan fazla çalışmanın ileride karşılaşılan acil ve bekleyemez bir durum nedeniyle yapılan plansız bir çalışma olduğu dikkate alınmaktadır.¹²⁹

Zorunlu nedenlerle fazla çalışmalarda çalışma süresinin sınırsız olmaması için 1475 sayılı İş Kanununun 35. maddesinden farklı bir düzenlemeye gidilmiştir. İş K. m.42/1-son cümle'ye göre, zorunlu nedenlerle fazla çalışma süresi sınırsız değildir. İşyerinin normal çalışma düzenine geçebildiği hallerde bu çalışmalara son verilmesi gerekmektedir. Buna göre zorunlu nedenlerle fazla çalışma yaptırılırken işçilere uygun bir dinlenme süresi verilmesi zorunludur. Öte yandan zorunlu nedenle fazla çalışma yapılması için “Bölge Çalışma Müdürlüğüne bildirimde bulunulması zorunluluğu” uygulamada yarar sağlamaması nedeniyle kanundan çıkarılmıştır.¹³⁰

4857 sayılı kanun gereği acele işlerde ve zorlayıcı sebeplerin ortaya çıkması halinde işçilerin hepsi veya bir kısmı zorunlu olarak fazla çalışma yapmaktadır. Örneğin, deprem nedeniyle bütün işçilerin fazla çalışmaya kalması istenebilirken; bazı makinelerde oluşan arızaların giderilmesi için bir kısım işçilere zorunlu çalışma yaptırılması uygun olacaktır.¹³¹

4857 sayılı Kanunumuz gereği, zorunlu nedenlerle yapılan fazla çalışmalarda m.41/1,2,3 hükümleri uygulanmaktadır. İş K. m. 41/2 gereği; Zorunlu nedenle fazla çalışacak olan işçinin o hafta 45 saati aşan şekilde çalışma yapması halinde, fazla çalışma ücretine hak kazanacağı açıktır. Dolayısıyla, zorunlu nedenlerle fazla çalışma karşılığı olarak ödenmesi gereken ücret, normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının yüzde elli fazlası olacaktır.

¹²⁹ AKYİĞİT, s.6

¹³⁰ GÜNAY, Şerh, s.2010; ÇİL, s.62

¹³¹ EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.296; GÜNAY, Şerh, s.2010

Çalışma süresinin sözleşmeyle 45 saatin altında belirlendiği hallerde ise ortalama haftalık 45 saatlik çalışma süresini aşan ve 45 saate kadar yapılan çalışmalar fazla sürelerle çalışma olarak sayılmaktadır. Fazla sürelerle yapılan çalışmalarda, her bir saat fazla çalışma için verilecek ücret normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının yüzde yirmi beş yükseltilmesiyle ödenecektir.¹³² Yapılan düzenlemede 41. maddenin dördüncü fıkrasına değinilmemesi nedeniyle, zorunlu nedenlerle yapılan fazla çalışmalarda işçinin zamlı ücret yerine serbest zaman kullanım hakkı bulunmamaktadır.

FÇY m.9/1 gereği; “zorunlu nedenlerle yaptırılacak olan fazla çalışmalarda işçi onayı aranmamaktadır”. Bu nedenle işçiler zorunlu nedenlerin varlığında, kural olarak işverenin fazla çalışma kararına uymak zorundadır. Bunun yanında işçinin sağlık durumunun fazla çalışma yapmaya uygun olmadığı hallerde işçi zorunlu sebeple de olsa fazla çalışmaya zorlanmamalıdır.¹³³ Haklı bir sebebi olmaksızın yapılacak olan zorunlu fazla çalışmaya katılmak istemeyen işçinin bu davranışı, sadakat borcuna aykırılık teşkil etmektedir. Bu nedenle işveren, işçinin iş akdini İş K. m.25/2’yi gerekçe göstererek gereği haklı nedenle derhal feshedebilecektir.

B. Zorunlu Nedenlerle Fazla Çalışmanın Nedenleri

4857 sayılı Kanunumuzun 43. maddesi gereği; çıkan bir arıza sırasında veya arıza oluşabilecek hallerde yahut makine, araç ve gereç için hemen yapılması gereken acele işler ile zorlayıcı sebeplerin ortaya çıkması ile işçilere zorunlu nedenlerle fazla çalışma yaptırılmaktadır.

Çalışmamızda zorunlu nedenlerle fazla çalışmanın ortaya çıktığı haller; bir arızanın çıkması, bir arızanın çıkabilecek olması, makine, araç ve gereçlerin korunması ve zorlayıcı sebepler olarak dört ana başlık altında incelenecektir.

1. Bir Arızanın Çıkması

Fazla çalışmanın bir an önce yapılmaması halinde işyerinde can ve mal kaybına yahut faaliyetin aksaması ya da durmasına yol açacak nitelikte olması gerekmektedir. Bu nedenle işyerinin normal çalışmasını etkileyen durumlar zorunlu fazla çalışmaya neden olacaktır.¹³⁴

¹³²;NARMANLIOĞLU, s.643; KAPLAN, s.351;

¹³³ Aynı yönde bkz. GÜNAY, Şerh, s.2011

¹³⁴ MOLLAMAHMUTOĞLU, s.700

İşyerinde ortaya çıkan arızalar faaliyetin aksamasına neden olacağından bu arızaların giderilmesi amacıyla zorunlu fazla çalışma yapılabilir. Bu şekilde ortaya çıkan arızalar, genel anlamda bir makine arızası olmak zorunda değildir. Bu nedenle ortaya çıkan her arızada mutlaka bir onarım işi yapılması gerekmemektedir. Örneğin, üretimde kullanılan suyu taşıyan boruların tıkanması zorunlu fazla çalışmayı gerektirmektedir.¹³⁵

Çıkan arızaların etkileri bazı durumlarda aynı işyerinde görülmemektedir. Diğer işletmelerin enerji veya hammadde ihtiyaçlarını karşılayan taşıma hatlarındaki veya araçtaki arızalar, aracı kullanan işçi ve bağlı olduğu işyeri yönünden zorunlu fazla çalışma uygulamasını getirmektedir. Taşınacak hammadde başka bir araçla götürülebilecek durumdaysa ve arızanın onarımı sonraki bir güne bırakılabiliriyorsa bu durum zorunlu fazla çalışma niteliğinde sayılmamaktadır.¹³⁶

2. Bir Arızanın Çıkabilecek Olması

İşyeri faaliyetinin durmasına yol açabilecek arızaların giderilmemesi, işyerinde can ve mal kaybı gibi tehlikeli sonuçlar ortaya çıkarabilecektir. Örneğin, bir gaz borusunun patlama ihtimalinin zamanında ortadan kaldırılmaması, büyük zararlara neden olabilmektedir. Bu nedenle imkan dahilinde ise arıza ortaya çıkmadan gerekli önlemlerin alınması işyeri ve işyerinde çalışan işçiler bakımından büyük önem arz etmektedir.¹³⁷

3. Makine, Araç ve Gereçlerin Korunması

İşyerinde herhangi bir faaliyeti aksatmayacak nitelikse olsa dahi makineler ile araç ve gereçlerin dış etkilere korunması ve ömürlerinin uzun olması için yapılan bakımlar nedeniyle işçiler zorunlu olarak fazla çalışma yapmaktadır.¹³⁸

Makine, araç ve gereçlerinin korunmasındaki amaç işyerindeki işin devamlılığının sağlanmasıdır. Örneğin, sel baskını dolayısıyla işyerine giren suların makinelere zarar verecek olması nedeniyle işçilerin suları işyerinden dışarı çıkarması, zorunlu nedenle yapılan fazla çalışma olarak nitelendirilecektir. Burada dikkat edilmesi gereken makine ile araç ve gereç onarımlarının mutlaka acele bir niteliğe sahip olmasıdır. Nitekim ilgili onarımlar acele nitelikte değilse zorunlu fazla çalışma nedeni olarak görülmemektedir.¹³⁹

¹³⁵ KURUCU, s.89

¹³⁶ KURUCU, s.89

¹³⁷ KURUCU, s.89

¹³⁸ KURUCU, s.90

¹³⁹ KURUCU, s.90

4. Zorlayıcı Sebeplerin Varlığı

Bir aracın devrilmesi, toprak kayması ve çıkan yangının söndürülmesi gibi hallerde işçiler, zorlayıcı sebeplerden ötürü zorunlu nedenlerle fazla çalışma yapmaktadır. Zorlayıcı nedenle fazla çalışmalarda, işyeriyle bağlantılı şekilde oluşan tehlikenin işçiye, işletmesine ya da çevreye verdiği zararlı etkilerinin hafifletilmesi, önlenmesi ve ortadan kaldırılması amaçlanmaktadır.¹⁴⁰

Zorunlu olarak fazla çalışmayı gerektiren acil nedenin, işçinin çalıştığı işletmede ortaya çıkması kadar orayı etkileyen dış çevrede bir yerde oluşması da mümkündür. Örneğin; 17 Ağustos depreminde enkaz kaldırma işinde çalıştırılmak amacıyla deprem yöresine gönderilerek orada çalışmak zorunlu sebeple fazla çalışma sayılmıştır.¹⁴¹

C. Zorunlu Nedenlerle Fazla Çalışmanın Sınırlandırılması

1475 sayılı eski İş Kanunumuzda olduğu gibi, 4857 sayılı yeni İş Kanunumuzda da zorunlu nedenlerle yapılan fazla çalışmalarda belirli bir süre sınırlaması getirilmemiştir. Bunun yanında, 4857 sayılı Kanunun 42. maddesinde zorunlu nedenlerle işçilerin ancak işyerinin normal çalışmasını sağlayacak dereceyi aşmamak koşuluyla fazla çalışma yapabileceği öngörülmüştür. Dolayısıyla, işçiler ancak zorunlu nedenlerin varlığı süresince fazla çalışma yapabilecekken zorunlu nedenlerin ortadan kalkmasıyla olağan çalışma hayatlarına devam edecek ve fazla çalışma yapamayacaklardır.¹⁴²

Normal nedenlerle yapılan fazla çalışmalardan farklı olarak zorunlu şekilde yapılan fazla çalışmalarda yıllık 270 saatlik bir süre sınırlaması bulunmamaktadır. Dolayısıyla zorunlu nedenle yapılan fazla çalışmalarda bir üst sınır belirlenmiş değildir. İşçinin günlük olarak da en fazla kaç saat zorunlu şekilde çalıştırılabileceği açıkça belirtilmediğinden bu durum, önemli bir boşluk yaratmaktadır. Bunun yanında işçilere uygun dinlenme süreleri verilmesi zorunludur. Nitekim doktrinde, çalışan işçinin yemek yemek, tuvalate gitmek gibi doğal ihtiyaçlarının karşılanması amacıyla dinlenme süreleri verilmesi gerektiğini savunmaktadır. Fakat işçilere kaç saatlik bir dinlenme süresi verilmesi gerektiği konusunda görüş ayrılıkları mevcuttur. Nitekim EKONOMİ'ye göre işçilere en az 8 saatlik bir dinlenme süresi tanınması gerekirken,

¹⁴⁰ KURUCU, s.90

¹⁴¹ AKYİĞİT, s.7

¹⁴² EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.296

AKYİĞİT işçiye en az 12 saatlik kesintisiz bir dinlenme süresini uygun görmektedir. SOYER'e göre ise zorunlu nedenlerle fazla çalışmalarda da günde 11 saat çalışmaya dair üst sınırın gözetilmesi gerektiği ve bu sonucun, 24 saatlik bir zaman diliminde en az 11 saat dinlenmeyi öngören Avrupa Birliğinin 93/104 sayılı yönergesine uygun olduğu ileri sürülmüştür.¹⁴³

Kanaatimizce işçilere 11 saatlik bir dinlenme süresi verilmesi uygun düşecektir. Nitekim işçiye 24 saatte yalnızca 11 saat dinlenme süresi verilmesi işyerindeki olağan akışı bozmayacak ve işçinin gereksinimlerini karşılaması için yeterli bir zaman olacaktır.¹⁴⁴

IV. OLAĞANÜSTÜ NEDENLERLE FAZLA ÇALIŞMA

A. Genel Olarak

Olağanüstü hallerde yapılacak olan fazla çalışmalar, 1475 sayılı eski İş Kanunumuzun 37. maddesinde düzenlenmiş ve herhangi bir değişikliğe uğramadan yeni kanunun 43. maddesinde yer bulmuştur. 4857 s. İş K. m. 43/1' e göre, "Seferberlik sırasında ve bu süreyi aşmamak şartıyla yurt savunmasının gereklerini karşılayan işyerlerinde fazla çalışmaya lüzum görülürse işlerin çeşidine ve ihtiyacın derecesine göre Cumhurbaşkanı günlük çalışma süresini, işçinin en çok çalışma gücüne çıkarabilir" hükmüne yer vermiştir. Doktrinde bu şekilde yapılan fazla çalışmalara, "olağanüstü nedenlerle fazla çalışma" denmektedir.¹⁴⁵

Aynı kanunun ikinci fıkrasında ise, olağanüstü nedenlerle fazla çalışma yapan işçilere verilecek olan ücret hakkında 41'inci maddenin birinci, ikinci ve üçüncü fıkraları hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. İlgili düzenlemeye göre, olağanüstü hallerde fazla çalışma yapan işçilere ödenecek ücret, yapılan çalışmaların haftalık çalışma süresini veya denkleştirme ile ortalama haftalık iş süresini aşması halinde, saat ücretinin yüzde elli fazlası şeklinde ödenecektir. Haftalık çalışma süresi sözleşmeler ile 45 saatin altında kararlaştırılmış ise o sürenin üzerinde oluşan çalışma halinde her bir saat yüzde yirmi beş yükseltilerek ödenecektir. Yapılan düzenlemeler neticesinde, olağanüstü hallerde yapılan fazla çalışmanın karşılığında işçi zamlı ücret talep edebilecekken, serbest zaman talebinde bulunamamaktadır".¹⁴⁶

¹⁴³ EKONOMİ, s.310; ÇİL, s.63; AKYİĞİT, s.7; ATEŞ, s.50; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.296; SOYER, s.806;

¹⁴⁴ Aynı yönde bkz. ATEŞ, s.50

¹⁴⁵ EKONOMİ, s.311; ÇİL, s.63

¹⁴⁶ EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.296; KAPLAN, s.353; ÇİL, s.66; Aksi yönde bkz.

Olağanüstü nedenlerle çalışma yaptırabilmek için işverenin işçiden onay alması gerekmez. Nitekim Fazla Çalışma Yönetmeliği m.9/1 hükmünde de, “olağanüstü durumlarda yapılan fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışmalarda bu onayın aranmadığı” açıkça düzenleme altına alınmıştır.

B. Olağanüstü Nedenlerle Yapılan Fazla Çalışmanın Nedenleri

4857 sayılı Kanunla getirilen düzenlemeye göre olağanüstü nedenlerle yapılan fazla çalışmalar belirli koşullara bağlanmıştır. Bunlardan ilki seferberlik halinin bulunması iken diğeri ise yapılacak olan fazla çalışmaların işveren talimatı ile değilde Cumhurbaşkanı kararıyla uygulanmasıdır.

1. Seferberlik Halinin Bulunması

Olağanüstü hallerde fazla çalışmadan söz edebilmek için ülkede bir seferberlik halinin bulunması gerekmektedir. 2941 sayılı Seferberlik ve Savaş Hali Kanunu’na göre Seferberlik, devletin tüm güç ve kaynaklarının, başta askeri güç olmak üzere, savaşın ihtiyaçlarını karşılayacak şekilde hazırlanması, toplanması, tertiplenmesi ve kullanılmasına ilişkin bütün faaliyetlerin uygulandığı; hak ve hürriyetlerin kanunlarla kısmen veya tamamen sınırlandırıldığı hal olarak tanımlanmıştır. Aynı kanuna göre ülkenin genelinde yahut bir kısmında kısmi olarak seferberlik ilan edilebilmektedir. Kısmi seferberlik halinde oluşan fazla çalışmaların yapıldığı işyerlerinin, seferberlik ilan edilen bölgede kurulu ve faaliyette bulunması şart olmamaktadır.¹⁴⁷

Seferberlik süresi, seferberliğin başladığı gün ve saatten, seferberliğin kaldırıldığı güne kadar olan zaman dilimini ifade etmektedir. Yapılacak olan fazla çalışmaların belirtilen seferberlik süresini aşmaması gerekmektedir. Bu nedenle de Cumhurbaşkanı’nın bu süreyi aşan bir fazla çalışma yükümlülüğü getirmesi mümkün değildir. Ancak, seferberlik süresince Cumhurbaşkanı, olağanüstü şekilde yapılan fazla çalışmalara her zaman son verme hakkına sahiptir.¹⁴⁸

GÜNAY, Şerh, s.2012

¹⁴⁷ ATEŞ, s.51

¹⁴⁸ KANDEMİR, s.25; AKYİĞİT, s.7; ÇİL, s.63

2. Diğer Olağanüstü Nedenlerin Bulunması

Olağanüstü nedenlerle yapılan fazla çalışma koşullarını yalnızca seferberlik halinin bulunması durumuyla sınırlandırmamak gerekmektedir. Nitekim devletin ekonomik yönden güçlendirilmesi, kalkınmanın sağlanması ve olağanüstü toplumsal ihtiyaçların karşılanması birbirleriyle bağlantılı durumlardır. Savaş, zelzele, salgın hastalıklar gibi olağanüstü durumların yol açtığı zararların önüne geçilebilmek amacıyla da işçiye fazla çalışma yaptırılabilir.¹⁴⁹

3. Cumhurbaşkanı'nın Karar Alması

4857 sayılı İş Kanunumuzun 43. maddesine göre; “seferberlik sırasında ve bu süreyi aşmamak şartıyla yurt savunmasının gereklerini karşılayan işyerlerinde fazla çalışmaya lüzum görülürse işlerin çeşidine ve ihtiyacın derecesine göre Cumhurbaşkanı günlük çalışma süresini, işçinin en çok çalışma gücüne çıkarabilmektedir”. Bahsi geçen hükme göre, olağanüstü hallerde yapılacak olan fazla çalışmalar Cumhurbaşkanının kararıyla¹⁵⁰ yapılmaktadır. Cumhurbaşkanı kararı yeterli olmakla birlikte ayrıca işçi ve işverenin rızası aranmamaktadır.

İlgili kanun hükmünde de bahsedildiği üzere, olağanüstü bir fazla çalışmanın söz konusu olabilmesi için, çıkarılacak olan fazla çalışma kararının, ülke savunmasının ihtiyaçlarını karşılayacak olan işyerleri için geçerli olmasıdır. Ancak ülke savunmasının gereklerini karşılayan iş yerleri, savunma sanayi kapsamında mal ve hizmet üreten işyerleriyle sınırlı değildir. Bu nedenle ülke savunmasının ihtiyaç hissettiği mal ve hizmetleri üreten tüm işyerlerinin bu kapsamda değerlendirilmesi gerekmektedir. Nitekim bu işyerlerinin kamu sektöründe olabileceği gibi özel sektörde olması da mümkündür.¹⁵¹

Yapılan sınırlandırmalardan bir diğeri ise yapılacak olan fazla çalışma süresini belirleme yetkisinin Cumhurbaşkanı'na bağlı olmasıdır. Bu süre kanunda “işçinin en çok çalışma gücü” ile sınırlandırılmıştır (İş K. m. 43/1). İşçinin en çok çalışma gücüne ilişkin ifadenin somut olarak ne kadarlık bir süre olduğu kanunda belirtilmemiştir. Henüz Avrupa Birliği üyesi olmamanız nedeniyle bizi şuan için bağlamıyor olsa da, AB'nin 93/104 sayılı

¹⁴⁹ KURUCU, s.92

¹⁵⁰ 4857 s. İş Kanunu'nun 43. maddesi'nde yer alan “Bakanlar Kurulu” ibaresi 700 s. KHK 'nın birinci maddesi gereğince “Cumhurbaşkanı” olarak değiştirilmiştir. 700 s. Anayasada Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlanması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname 7 Temmuz 2018 Tarihli ve 30471 Sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

¹⁵¹ ATEŞ, s.51-52; NARMANLIOĞLU, s.644

Yönergesi'nden hareket edildiğinde işçiye günde en az 11 saat dinlenme olanağı tanınması gerekmektedir.¹⁵² Bu durumda 24 saatlik bir zaman diliminde en çok çalışma gücünün 13 saati aşamayacağı ortaya çıkmaktadır. Fakat Çalışma Süreleri Yönetmeliği m.3/2'ye göre ara dinlenmeleri 24 saatlik süre içerisinde kesintisiz 12 saat olarak düzenlenmiştir. İlgili Yönetmelik dikkate alındığında en çok çalışma süresinin geriye kalan 12 saat üzerinden hesaplanacağı fakat bu sürenin içerisine ara dinlenmelerinin de eklenmesiyle en çok çalışma gücünün net 11 saat olabileceği öngörülmüştür.¹⁵³ DEMİR'e göre ise; işçiye 24 saatlik süreçte kesintisiz 8 saatlik bir dinlenme süresi verilmesi gerekmektedir.¹⁵⁴

Kanımızca, işçinin sağlık durumu dolayısıyla sürekli olarak çalıştırılması mümkün değildir. Bu nedenle yapılacak olan çalışmalarda işçinin dinlenebilmesi için gerekli olan sürelerin her şekilde işçiye verilmesi gerekmektedir. Buna göre olağanüstü fazla çalışmalarda da işçiye günlük 11 saatlik bir dinlenme süresi verilmesinin uygun olacağı düşüncesindeyiz.

Tüm bu sınırlamalar yanında yapılan olağanüstü fazla çalışmaların her şekilde seferberlik süresiyle sınırlı olduğu unutulmamalıdır. Nitekim Cumhurbaşkanı'nın seferberlik süresi bitmiş olmasına rağmen çıkaracağı olağanüstü fazla çalışma kararı, yasaya aykırı olarak çıkarılmış olacaktır. Bunun yanında, Cumhurbaşkanı çıkaracağı bir kararla da, seferberlik süresi bitmeden yapılan olağanüstü fazla çalışmalara her zaman son verilebilecektir.¹⁵⁵

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

FAZLA ÇALIŞMANIN SAPTANMASI VE İSPATLANMASI

1. GENEL OLARAK

Dava konusu hakkın ve bu hakka karşı yapılan savunmanın dayandığı vakıaların var olup olmadıkları hakkında mahkemeye kanaat verilmesi işlemine ispat denilmektedir. Hakka dayanan tarafın, kendisinin dayandığı vakıaların doğru olduğunu yahut karşı tarafın dayandığı vakıaların doğru olmadığını ispat etmesi gerekmektedir. Nitekim bir davada ne kadar haklı olunursa olunsun, hakka dayanan tarafın o hakka dayanan vakıaları ispat etmemesi davayı

¹⁵² Aynı yönde bkz. EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.298, KÖSEOĞLU/KABUL, s.244

¹⁵³ AKYİĞİT, s.7

¹⁵⁴ DEMİR, s.1001; Aynı yönde bkz. EKONOMİ, s.311-312, KANDEMİR, s.25-26

¹⁵⁵ AKYİĞİT, s.7

kaybetmesine yol açabilmektedir. Bu nedenle davada, ispat büyük bir öneme sahip olmaktadır.¹⁵⁶

İspat konusunu tarafların üzerinde anlaşma sağlayamadıkları ve uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek çekişmeli vakıalar oluşturmakta ve bu vakıaların ispatlanabilmesi için delil gösterilmektedir. Tarafların üzerinde anlaştıkları ve özellikle ikrar edilmiş olan vakıalar taraflar arasında çekişmeli olmayan vakıalar arasındadır. Herkesçe bilinen vakıalar ile taraflar arasında çekişmeli olmayan vakıalar için delil gösterilmesine gerek bulunmamaktadır.¹⁵⁷

Fazla çalışma iddiaları, iş sözleşmesinin feshinden itibaren açılacak olan davaların başlıca konularından biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Nitekim işçi iş sözleşmesi yürürlükte iken işini kaybetme korkusu gibi nedenlerle fazla çalışma karşılığını işverenden talep edememektedir. Bu da ülkemizde halen yerleşmiş bir iş güvencesi uygulaması olmadığını ve işçinin yeteri kadar korunmadığını gösterir niteliktedir.¹⁵⁸ Bu nedenle fazla çalışma alacakları iş sözleşmesi sona erdikten sonra açılan davalara konu olarak karşımıza çıkmaktadır.

2. FAZLA ÇALIŞMANIN SAPTANMASI

Fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma yapılmadığının öne sürüldüğü davalarda, kanunen ya da sözleşme gereği çalışılmış sayılmayan sürelerin fazla çalışma hesabına katılmayacağı kuşkusuzdur. Özellikle hafta tatili ve diğer ücretli tatil ve izin günleri ile ara dinlenmelerinde, işçinin meşru bir nedene dayanan devamsızlık yaptığı günlerde, grev ve lokavt uygulaması sırasında geçen günlerde olduğu gibi işçinin çalışmadığı veya çalışmasının mümkün olmadığı durumlarda ortaya çıkan sürelerin fazla çalışma süresi hesaplanırken göz önünde bulundurulması ve fiilen çalışılmayan günlerin dikkate alınarak fazla çalışma sürelerinin bu çerçevede hesaplanması gerekmektedir.¹⁵⁹

¹⁵⁶ KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.351-352

¹⁵⁷ KURU/ARSLAN/YILMAZ, s.352

¹⁵⁸ KARACAN, s.115

¹⁵⁹ NARMANLIOĞLU, s.652

3. FAZLA ÇALIŞMANIN İSPATLANMASI

I. Fazla Çalışmada İspat Yüğü

İş K. ve FÇY’de, fazla çalışmanın ispatı ile ilgili açık bir hükme yer verilmemiştir. Dolayısıyla, ispat yüğü, genel hükümlere tabi olmaktadır. 4721 sayılı TMK’nın 6. maddesine göre, “kanunda aksine bir hüküm bulunmadığı müddetçe taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispat etmekle yükümlüdür”. Aynı madde daha açık bir şekilde 6100 s. HMK m.190’nın ilk fıkrası gereğı, “ispat yüğü, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakıya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa aittir” şeklinde belirtilmiştir.

NARMANLIOĞLU’na göre de, “fazla çalışma iddiasında bulunan işçi, kural olarak bu iddiasını ispatla yükümlüdür ve yapılan fazla çalışmaların karşılığının ödendiğini de işverenin ispatlaması gerekmektedir”.¹⁶⁰

HMK kapsamında değerlendirildiğinde herkes iddiasını ispatla yükümlü olduğundan, fazla çalışmayı ispat yüğü işçi üzerine bırakılmıştır. Buna karşılık işverenin de kayıt tutma yükümlülüğü bulunmaktadır. İşverenin kayıt tutma yükümlülüğünü yerine getirmemiş olması ispat yükünün yer değiştirmesine neden olmamaktadır. Dolayısıyla işçi yalnızca işveren kayıtlarına dayanarak iddiasını ispat etmiş sayılmayacaktır. Ancak hem işçi hem de işveren ispat araçlarından olan tanık deliline dayanıyor ve her iki tarafın tanık beyanları birbiri ile çelişiyor ise, kayıt ve belge tutma yükümlülüğüne uymayan işveren aleyhine çözüm yoluna başvurulacaktır.¹⁶¹ Kanımızca bu durum işçinin işverene kıyasla hukuken zayıf tarafta bulunması ve zayıf tarafın korunması gerekliliğinden ortaya çıkmaktadır.

Ayrıca belirtmemiz gerekir ki, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2017 yılında, fazla çalışmayı ispat yükümlülüğü işçi üzerinde bırakılmasına rağmen işveren tarafından işe giriş kayıtları sunulmuyor ise çalışma düzeninin aynı olacağı prensibinden yola çıkılarak, işe giriş çıkış kayıtlarının bulunmadığı dönem yönünden kayıtların sunulduğu dönem gibi hesaplama yapılacağını karara bağlamıştır.¹⁶²

¹⁶⁰ NARMANLIOĞLU, s.652; KARACAN, s.116; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.299

¹⁶¹ ÇİL, İş Uyuşmazlıkları, s.272

¹⁶² YHGK , 2017/9-2891 E., 2017/1420 K., 21.11.2017 T.; ÇİL, İş Uyuşmazlıkları, s.273

II. Fazla Çalışmada Kullanılan İspat Araçları

Fazla çalışma da kullanılan ispat araçlarına ilişkin de özel bir düzenlemeye yer verilmemiştir. HMK m. 192'ye göre, “kanunun belirli bir delille ispat zorunluluğunu öngörmediği hallerde, kanunda düzenlenmemiş olan diğer delillere de başvurulabileceği” hüküm altına alınmıştır. Bu durumda işçi fazla çalışma yaptığını veya çalıştırıldığını her tür delille ispat edebilmektedir.¹⁶³

Burada üzerinde durulması gereken konu, işçinin fazla çalışma yapıp yapmadığına ilişkin delillerin somut ve inandırıcı olmasıdır. Nitekim HMK m. 194'e göre, “ tarafların, dayandıkları vakıaları, ispata elverişli şekilde somutlaştırmaları” gerekmektedir. 6100 sayılı HMK, yeni bir düzenleme getirerek “belge delilini” düzenlemiştir. HMK m.199 kapsamında belge niteliğinde kabul edilen ispat araçları delil niteliğinde sayılmıştır. İlgili hüküm baz alındığında, “işyeri giriş çıkış kayıtları”, “ücret hesap pusulaları ve bordrolar”, “işçinin fazla çalışma yaptığını destekleyecek her türlü yazılı belge” (örneğin “işyerine ait günlük faaliyet ve satış raporları”, “servis kayıt formları”, “puantaj tabloları ve işyeri içi yazışmalar”) ispat aracı şeklinde kullanılabilir. Ancak, fazla çalışmanın yukarıda bahsedildiği üzere herhangi bir yazılı belge şeklinde ispatlanamaması halinde, işçi ve işveren tanık deliline başvurabilmektedir. Ayrıca uygulamada az rastlanmakla birlikte, taraflarca, fazla çalışmaların yalnızca belirli delillerle ipatlanabileceğine ilişkin delil sözleşmesi de yapılabilmektedir. Delil sözleşmesinin amacı, ilgili sözleşme içeriğinde belirtilmeyen delillerin ispat aracı olarak kullanılmasını engellemektedir.¹⁶⁴

A. İşyeri Giriş Çıkışlarını Gösteren Kayıtlar

İş yerlerinde, işçilerin işe giriş ve çıkış saatleri “çalışma çizelgesi (mesai cetveli, puantaj kaydı)”ne yazılarak işçilere imzalatılmaktadır. Bu nedenle iş yeri giriş çıkış saatlerini gösteren kayıtlar fazla çalışmanın hesaplanması konusunda delil olarak kullanılmaktadır. Puantaj kayıtlarının işçi tarafından imzalanmış olması önem arz etmektedir. Nitekim, ilgili çizelgelerin işçi tarafından imzalanmış olması halinde Yargıtay, tanık anlatımlarına değer vermemektedir.¹⁶⁵

¹⁶³ KARADEMİR/EKİNCİ, s.93

¹⁶⁴ KARACAN, s.117; ÇİL, s.64, ÖZDEMİR, Deliller, s.3, www.jurix.com.tr.

¹⁶⁵ Y.7.HD., 2013/15259 E., 2014/415 K., 16.01.2014 T., www.legalbank.net.; KARACAN, s.117

İşçi, yazılı bir delil niteliğinde olan puantaj kayıtlarında gösterilen çalışma süresinin üzerinde çalışma yaptığını ancak yazılı bir delille ispat edebilmektedir. Puantaj kayıtlarının işçinin giriş ve çıkışını tam olarak içermemesi halinde ise tanık beyanlarına itibar edilebilecektir.¹⁶⁶

Bazı işyerlerinde çalışma çizelgesi yerine işçiye bir kart verilmektedir. İşçinin ilgili kartı takip çıkarması ile giriş çıkış saatleri belirlenmektedir. Bu belirlemeyi yapan aletlere “yazar saat” denilmektedir. Yazar saatler, işçinin iradesini yansıtan herhangi bir ibare taşımaması nedeniyle çalışma çizelgeleri kadar ispat gücüne sahip olmamaktadır. Bunun nedeni işçinin işyerinde olmasının herhalde işçinin çalışma yaptığını göstermemektedir.¹⁶⁷

İşçinin işini elektronik bir sistem üzerinden yürütmesi halinde, gün içerisinde sistemin işçi tarafından bizzat kullanıldığı saatler çalışma süresinden sayılmaktadır. Bu nedenle işçiye tahsis edilmiş olan ve şifresini kendi bildiği bir bilgisayarın açılış kapanış aralığına bakılarak işlem saat aralığı bulunabilecek ve işçinin çalışma süresi tespit edilebilecektir.¹⁶⁸

Çalışma sürelerini belirlemede kullanılan takometre veya diğer araç takip cihazları da şoför niteliğinde çalışan işçinin çalışma süreleri hakkında bilgi verebilmektedir. Uygulamada, bilirkişiler tarafından incelenen takometre ve diğer araç takip cihazları ile işçinin kilometre bazında gün içerisinde kaç saat araç kullandığı ve ne kadar süre çalıştığı belirlenebilmektedir.¹⁶⁹ Yargıtay bir kararında, tır şoförlerinin yurt dışı taşımacılık yaparken salt tanık beyanları ile fazla mesai ücret alacağını ispatlayamayacağı takometre ve sürüş kartı bulundurmalarının zorunlu olduğu, yurtiçi taşımacılıkta ise bahsi geçen cihazların ispat konusunda zorunlu olmasa da gerekli olduğuna karar vermiştir.¹⁷⁰ Ayrıca Yargıtay, işçiye sefer başına yol harcırahı olarak ödenen meblağların aldığı sabit ücretin de üzerinde olması nedeniyle uluslararası alanda çalışan tır şoförlerinin fazla çalışma ücretlerine hak kazanamayacaklarına karar vermiştir.¹⁷¹ Ek olarak Yargıtay bir kararında, tır şoförünün işini tek başına yerine getiriyor olması nedeniyle onun çalışma sistemini tam anlamıyla bilebilecek bir tanığının olamayacağını bu nedenle fazla çalışmanın tam olarak ispatlanamayacağı sonucuna varmıştır.¹⁷² Tüm bu kararlara rağmen,

¹⁶⁶ Y.9.HD., 2014/27423 E., 2016/447 K., 12.01.2016 T., www.karararama.yargitay.gov.tr ; **ÇİL**, İş Uyuşmazlıkları, s.270

¹⁶⁷ **KARACAN**, s.118

¹⁶⁸ Y.22.HD., 2013/2278 E., 2014/730 K., 23.01.2014 T., www.karararama.yargitay.gov.tr.

¹⁶⁹ **ÇİL**, İş Uyuşmazlıkları, s.271

¹⁷⁰ Y.9.HD., 2015/7237 E., 2017/1016 K., 06.02.2017 T., **ÇİL**, İş Uyuşmazlıkları, s.274

¹⁷¹ Y.9.HD., 2015/33402 E., 2017/18179 K., 14.11.2017 T., www.karararama.yargitay.gov.tr.

¹⁷² Y.9.HD., 2014/27939 E., 2016/1440 K., 21.01.2016 T., www.karararama.yargitay.gov.tr.

takometre vb. diğer araç takip cihazları ile uluslararası yolda dahi olsa tır şoförlerinin fazla çalışma yaptığı kanıtlanıyor ise fazla çalışma ücretine hak kazanılacağı da Yargıtay tarafından göz ardı edilmemiştir.¹⁷³

B. Ücret Bordroları

FÇY m. 10'a göre, "İşveren, fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma yaptırdığı işçilerin bu çalışma saatlerini gösteren bir belge düzenlemek, imzalı bir nüshasını işçinin özlük dosyasında saklamak zorundadır. İşçilerin işlemiş olan fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma ücretleri normal çalışmalarına ait ücretlerle birlikte, 4857 sayılı İş Kanununun 32 ve 34 üncü maddeleri uyarınca ödenir. Bu ödemeler, ücret bordrolarında ve İş Kanununun 37 nci maddesi uyarınca işçiye verilmesi gereken ücret hesap pusulalarında açıkça gösterilir" hükmüne yer vererek fazla çalışmanın ispatlanmasında, "ücret bordroları ile hesap pusulalarının" kullanılabileceğini düzenlemektedir.

Yargıtay yönünden güçlü bir yazılı delil niteliğine sahip olan ve bir çok karara ev sahipliği yapan ücret bordroları fazla çalışma yapıldığının ispatı konusunda en çok kullanılan deliller arasında yer almaktadır. Ücret bordrolarında fazla çalışma ücret tahakkukunun yapılmış olup olmaması, buna bağlı olarak işçinin imzasının veya ihtirazi kaydının bulunup bulunmaması konusunda farklı durumlar ortaya çıkmaktadır.

Fazla çalışma yapan işçi ücret bordrosunda fazla mesai tahakkuku bulunup belirtilen fazla çalışma ücretini alamadığı halde, ihtirazi kayıt ileri sürmeden bordroyu imzalar ise belirtilen ücreti alamadığını veya belirtilenden daha fazla çalışma yaptığını yazılı delille ispatlamak zorunda olup tanıkla ispat yöntemine gidememektedir. Nitekim Yargıtay, imzalı ücret bordrolarında fazla çalışma ve ücretine dair tahakkuk var ise söz konusu bordro dönemi için fazla çalışma yapılmış kabul edildiğini, daha yüksek oranlı bir fazla çalışma yapılma iddiası bulunuyor ise bu iddianın tanıkla değil bordronun hukuki durumuna eşdeğer yazılı bir delille ispatlanması gerektiği görüşünü benimsemiştir.¹⁷⁴ Ancak, işveren işçilerinin fazla çalışma

¹⁷³ Y.9.HD., 2015/5106 E., 2016/19652 K., 10.11.2016 T., ÇİL, İş Uyuşmazlıkları, s.282

¹⁷⁴ KARADEMİR/İKİNCİ, s.96; Ayrıca bkz. Y.22. HD., 2015/6676 E., 2016/11679 K., 20.04.2016 T.; "Fazla çalışma yaptığını işçi, fazla çalışma ücretinin ödendiğini ise işveren kanıtlamak zorundadır. İmzalı ücret bordrolarında fazla çalışma ve ücretine dair tahakkuk var ise söz konusu bordro dönemi için daha yüksek oranda fazla çalışma yapıldığı ancak eşdeğer bir delille yani yazılı delille ispatlanabilir. Diğer taraftan bordronun da kendi içinde tutarlı olması durumunda o ay için fazla çalışma ücretinin ödendiği kabul edilmelidir."

iddialarının önüne geçmek amacıyla bordrolarda sembolik tutarlar yazarak bu bordroları işçilere imzalatmış ise bu durum doktrinde “bordro hilesi” olarak anılmaktadır.¹⁷⁵ Örneğin, işçinin ücreti gerçekte 4.000 TL olduğu ve banka hesabına bu miktar yatırılmasına rağmen sonradan düzenlenen ve işçinin imzasını taşıma olasılığı bulunmayan bordrolarda, temel ücretin 3.000 TL gösterilerek her ay 500 TL fazla çalışma ve 500 TL ulusal bayram ve genel tatil gösterilmesi fakat ay içinde ulusal bayram ve genel tatilin olmaması söz konusu ise bordro hilesinden bahsedilmektedir.¹⁷⁶

Bordro hilesi bulunan durumlarda Yargıtay¹⁷⁷, ücret bordrolarında belirtilen sembolik tutarlara itibar etmemekte fakat sembolikte olsa gösterilen fazla çalışma ücretinin ödendiğini kabul etmektedir. Ancak ilgili dönemdeki fazla mesai ücretinin tamamen ödendiği kabul edilmeyip gerçek fazla çalışma süresinin hesaplanması ve ispatlanması gerektiği bu ispat içinde yalnız yazılı delillerin değil tanıkla da fazla çalışma ücret alacağının ispatlanabileceği görüşü benimsenmiştir.

Her ne kadar kural olarak imzalanmış bordrolarda ihtirazi kaydın bulunmaması halinde fazla çalışmanın ispatında yazılı delil gerekse de, işveren tarafından fazla çalışma ücretinin ödendiği; makbuz, ücret hesap pusulası yahut ücret bordrosu ve benzeri belgelerle kanıtlanamıyorsa, uygulamada mahkemeler tanık beyanlarına dayanarak hüküm kurmaktadır.

Ücret bordrolarında fazla mesai tahakkuku bulunmasına rağmen, işçi ilgili bordroya ihtirazi kayıt koyarak imzalamış ise işçi ilgili bordro üzerinde gösterilen ödemenin üzerinde fazla çalışma yaptığını her tür delille ispatlayabilmektedir.¹⁷⁸ Aynı şekilde işçinin imzaladığı ücret bordrosunda fazla çalışma tahakkunun doldurulmaması durumunda da, işçi fazla

¹⁷⁵ KARADEMİR/İKİNCİ, s.97; Ayrıca bkz. Y.9. HD., 2014/11074 E., 2015/26460 K., 28.09.2015 T., ÇİL, İş Uyuşmazlıkları, s.287

¹⁷⁶ ÇİL, İş Uyuşmazlıkları, s.288

¹⁷⁷ Bkz. Y.9. HD., 2014/37956 E., 2016/8727 K., 07.04.2016 T., www.kazanci.com., “ Bordro imzalı olsa da bordroda fazla mesai ve tatil çalışmaları karşılığı ücret göstermelik ve sembolik olarak gösterilmiş ise bu durumda da işçi tanıkla fazla mesai ve tatillerde çalıştığını kanıtlarsa, bu durumda fark ücretleri hesaplanmalıdır. Gerçek durumu yansıtmadığı açık olan ücret bordrolarındaki kısmi tahakkuklara itibar edilerek tüm fazla mesai ve genel tatil alacaklarının işçiye ödendiği düşünülemez. Mahkemece, tanık beyanlarının birlikte değerlendirmeye tabi tutulması, davacının fazla mesai süresi ve çalıştığı genel tatillerin tespit edilmesi, imzalı olan ve ihtirazi kayıt içermeyen bordrolarda tahakkuk ettirildiği anlaşılan süreler ve ödemelerin hesaptan mahsup edilmesi, oluşacak sonuca göre davacının alacaklarının hüküm altına alınması gerekir.”

¹⁷⁸ Bkz. Y.9. HD., 2009/9576 E., 2011/7568 K., 21.03.2011 T., www.calismatoplum.org., 2011/4, s.280 vd.

“...İmzalı ücret bordrolarında fazla çalışma ücreti ödendiği anlaşıyorsa, işçi tarafından gerçekte daha fazla çalışma yaptığının ileri sürülmesi mümkün değildir. Ancak, işçinin fazla çalışma alacağının daha fazla olduğu yönündeki ihtirazi kaydının bulunması halinde, bordroda görünenenden daha fazla çalışmanın ispatı her türlü delille söz konusu olabilir. Buna karşın, bordroların imzalı ve ihtirazi kayıtsız olması durumunda dahi, işçinin geçerli bir yazılı belge ile bordroda yazılı olandan daha fazla çalışmayı yazılı delille kanıtlaması gerekir.”

çalışmasını her şekilde kanıtlayabilmektedir. Nitekim Yargıtay¹⁷⁹, ücret bordrolarında fazla çalışma ve tatil sütunu bulunduğu halde bu sütunun boş bırakılmış olmasının işçinin fazla çalışma yapmadığının kanıtı olarak görülmediğini belirtmiştir.¹⁸⁰

Yargıtay, işçiye ücret bordrosunun imzalatılmadığı hallerde, fazla çalışma ücreti tahakkuklarını içeren her ay değişik miktarlarda yapılan ücret ödemelerinin banka kanalıyla yapılması halinde, ücretlerin bankadan tahsil edilirken işçinin ihtirazi kayıt ileri sürüp sürmediğine bakılması gerektiğini hüküm altına almıştır. Dolayısıyla, işçi ücreti bankadan tahsil ederken ihtirazi kayıt ileri sürmüştse ödenen ücretin üzerinde fazla çalışma yapıldığı her tür delille ispatlanabilecekken, ihtirazi kaydın ileri sürülmediği durumlarda ödenenin üzerinde fazla çalışma yapılmış olması ancak yazılı delille ispat edilebilecektir dolayısıyla tanık deliline başvurulamayacaktır.¹⁸¹

Yargıtay'ın, işçinin ücretini bankadan tahsil ederken ihtirazi kayıt ileri sürmemesi durumunda işçinin fazla çalışma iddiasını yazılı delille ispat etmesi gerektiğine dair hükmü doktrin tarafından eleştirilmiştir. Nitekim, ŞUA'ya göre; "ücretini bankadan tahsil eden bir işçinin ücret bordrosunu hiç görmediği bu nedenle de ihtirazi kayıt ileri sürmenin zayıf tarafın korunması ilkesine açıkça aykırılık teşkil edeceği bu nedenle yazılı delil aranması koşulu yerine ücret bordroları ya da banka dekontları üzerinde işçi tarafından İ.K. ya da F.H.S. şeklinde konan işaretlerin ihtirazi kayıt olarak değerlendirilmesi gerektiği öne sürülmüş ve hatta yazılı delil sistemi yerine serbest delil sisteminin kabul edilmesi gerektiği" savunulmuştur.¹⁸²

Yargıtay İş Daireleri son dönemde, fazla çalışma ücreti tahakkuku içeren bordroların işçinin imzasını taşıması ve karşılığının işçinin banka hesabına ödenmesi halinde fazla çalışma alacaklarının ispatında yazılı delil aranacağına ilişkin görüşünü değiştirmiştir. Yeni görüşe göre, imzasız ve tahakkuk içeren bordro karşılığı bankaya ödenmiş olsa bile fazla çalışmalar her türlü delille ispat edilebilecektir. Bu nedenle ispatlanan fazla çalışma süresinin bordro da belirtilen fazla çalışma tahakkukunu aşması halinde mahsup yöntemi uygulanarak farka dair karar verilmesi gerektiği düzenlenmiştir.¹⁸³ Yargıtay, bankadan alınan ödemelerde ihtirazi kayıt

¹⁷⁹ Y.9. HD., 2007/18589 E., 2007/7133 K., 01.04.2008 T., www.calismatoplum.org., 2008/3, s.216-219.

¹⁸⁰ ŞUA, s.83 vd.; KARACAN, s.119; NARMANLIOĞLU, s.653

¹⁸¹ Bkz. Y.9. HD., 2014/37743 E., 2016/8158 K., 04.04.2016 T., www.emsal.yargitay.gov.tr. "İşçiye bordro imzalatılmadığı halde, fazla çalışma ücreti tahakkuklarını da içeren her ay değişik miktarlarda ücret ödemelerinin banka kanalıyla yapılması durumunda da ihtirazi kayıt ileri sürülmemiş olması, ödenenin üzerinde fazla çalışma yapıldığının yazılı delille ispatlanması gerektiği sonucunu doğurmaktadır."; Aynı yönde bkz. Y.7. HD., 2015/6270 E., 2016/8661 K., 20.04.2016 T.; Y.9. HD., 2009/9576 E., 2011/7568 K., 21.03.2011 T., www.calismatoplum.org., 2011/4, s.280 vd.

¹⁸² ŞUA, s.87; KARACAN, s.120

¹⁸³ ÇİL, İş Uyuşmazlıkları, s.285

ileri sürme imkanının olmayacağından bahisle imzasız bordrolarda tahakkuk yer alsın ve banka hesabına ödeme yapılırsa dahi mahsup yapılması gerektiğine karar vermiştir.¹⁸⁴ Aynı şekilde Yargıtay 9. Hukuk Dairesi de önceki kararlarından farklı olarak, imzasız bordrolarda yazılı tahakkuk rakamlarının bankaya ödenmiş olması durumunda dönem dışlaması yerine, mahsup sistemi uygulanmasına karar vermiştir.¹⁸⁵ Nitekim Ankara BAM da, imzasız bordrolarda fazla çalışma tahakkuku halinde karşılığı bankaya ödenmiş olsa bile fazlasının her tür delille kanıtlanabileceğini ve mahsup sisteminin geçerli olacağını kabul etmiştir.¹⁸⁶

Kanımızca, doktrinin eleştirel bakış açısına hak vermemek elde değildir. Nitekim Yargıtay ve İstinaf Mahkemeleri de bu konuda vermiş olduğu kararları yumuşatarak; işçinin Türk Hukuk Sistemi içerisindeki konumunu göz önünde bulundurup işçinin işveren karşısında ezilmesini vermiş olduğu kararla bir nebze önlemiş ve işçinin ispat hakkını fazla çalışma ücreti konusunda sınırlandırmaktan vazgeçerek serbest delil sistemini bir nebze de olsa kabul etmiş görünmektedir.

Bunun yanında her ay değişik miktarda yapılan ücret ödemelerinin bankadan değilde elden yapılıyor olması halinde, ödenen ücret üzerinde fazla çalışma yapıldığı işçi tarafından her tür delille ispat edilebilecektir. Oysaki, fazla çalışma ücreti tahakkuklarını içeren her ay aynı miktarlarda yapılan ücret ödemeleri ister banka kanalı ister elden yapılsın, ödenen ücret üzerinde fazla çalışma yapıldığı her tür delille ispatlanmaktadır. Son olarak imzalanmamış ücret bordroları üzerinde fazla mesai tahakkunun bulunmadığı aylara ait fazla çalışma ücretleri de her tür delille ispatlanabilir olmaktadır.¹⁸⁷

C. Bilirkişi Raporu

Bilirkişi raporu, Türk hukuk sistemimizde sıkça başvurulmuş dolayısıyla da iş hukukundaki uyuşmazlıkları çözmede yardımcı bir ispat aracı olarak öne çıkmaktadır. HMK'ya göre; "mahkeme, çözümü hukuk dışında, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde, taraflardan birinin talebi üzerine yahut kendiliğinden, bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verir. Ancak genel bilgi veya tecrübeyle ya da hâkimlik mesleğinin gerektirdiği hukukî bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiye başvurulamaz. Bilirkişi, raporunu, varsa kendisine incelenmek üzere teslim edilen şeylerle birlikte bir dizi pusulasına bağlı olarak

¹⁸⁴ Y.22.HD., 2014/26998 E., 2016/1091 K., 19.01.2016 T., **ÇİL**, İş Uyuşmazlıkları, s.286

¹⁸⁵ Y.9.HD., 2016/35375 E., 2016/21931 K., 12.12.2016 T., www.karararama.yargitay.gov.tr

¹⁸⁶ Ankara BAM 7. HD, 2017/2798 E., 2017/2068 K., 13.09.2017 T., **ÇİL**, İş Uyuşmazlıkları, s.286

¹⁸⁷ **ŞUA**, s.84 vd.; **KARACAN**, s.119-120

mahkemeye verir; verildiği tarih rapora yazılır ve duruşma gününden önce birer örneği taraflara tebliğ edilir. Hâkim, bilirkişinin oy ve görüşünü diğer delillerle birlikte serbestçe değerlendirir.”

Türk hukuk sisteminde işçinin iş sözleşmesinden kaynaklanan ücret, kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, fazla çalışma ücreti, ulusal bayram ve genel tatil ücreti, yıllık izin ücretleri gibi işçilik alacakları söz konusudur. Ayrıca, işçinin çalıştığı işyerindeki durum, işçilerin sayıları ve bu işçilerin görevlerine bağlı olarak işçinin işyerinde çalıştığı sürelerin hesaplanması gerekmektedir. İşçinin, işçilik alacaklarının ve işyerinde çalıştığı sürelerin hesaplanması belirli uzmanlık, özel veya teknik bilgi gerektiren konulardan olup bu alacakların hesaplanmasında hakimler bilirkişilerden yararlanmaktadır. Dolayısıyla, işçinin fazla çalışma sürelerinin hesaplanması ve buna ilişkin fazla çalışma ücretine hükmedilmesinde hakimler bilirkişilerden yardım almaktadır.

Bilirkişi tarafından hazırlanan rapor hakim tarafından serbestçe değerlendirilen bir ispat aracıdır. Bu nedenle bilirkişi raporları kesin delil teşkil etmemektedir. Dolayısıyla, bilirkişi raporlarının fazla çalışmanın kanıtlanmasında, delil niteliğine haiz olabilmesi için ilgili raporun denetime elverişli olması yani fazla çalışma saatleri hesaplanırken kullanılan hesaplama yöntemlerinin ve dikkate alınan hususların bilirkişi raporunda net bir şekilde açıklanmış olması gerekmez. Nitekim Yargıtay, fazla çalışma karşılığı ücret alacaklarının nasıl hesaplandığı, günde kaç saat kabul edildiği anlaşılmadığında, rapor denetime elverişli olmadığından, anılan eksiklikleri gideren, denetime elverişli rapor alınması gerektiği şeklinde hüküm kurmuştur.¹⁸⁸

Kanaatimizcede, bilirkişi raporlarının kesin delil olmaması ve dolayısıyla hakimi bağlamaması ve hakimin bu konuda kendi takdir yetkisini kullanması önemlidir. Bunun nedeni uygulamada karşılaşılan sorunlardır. Uygulamada, bir işçilik alacağı davasında bilirkişi tarafından alacak miktarı net hesaplanmadan yahut eksik hesaplanarak rapora geçirilmiş olabilmektedir. Böyle durumlarda yeni bir bilirkişi raporu istenmesi yerinde olacaktır. Yine uygulamada, işçilik alacakları konusunda hakimin tek bir bilirkişi raporu ile doğru bir hüküm kurması pek olanaklı olmamaktadır. Nitekim Yargıtay, fazla çalışmaların hatalı hesaplanması durumunda ek bilirkişi raporu alınması gerektiğine hükmetmiştir.¹⁸⁹

¹⁸⁸ Bkz. Y.9. HD., 2003/5791 E., 2003/18114 K., 27.10.2003 T., www.calismatoplum.org., 2004/3, s.205-206; Aynı yönde Y.9. HD., 2017/8424 E., 2017/4718 K., 23.03.2017 T., www.kazanci.com. “Somut uyumsuzlukta, hükme esas alınan bilirkişi raporunda fazla mesai alacağına esas davacı ücretinin ne şekilde ve nasıl tespit edildiği belli değildir. Fazla mesainin gerçekleştiği tarihteki dönem brüt ücretinin saat ücreti ve % 50 zamlı ücretinin tespit edilerek hesaplama yapılması gerekirken bu yönden de denetime elverişli olmayan bilirkişi raporuna dayanarak hüküm kurulması hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.”

¹⁸⁹ Bkz. Y.9. HD., 2003/5791 E., 2003/18114 K., 27.10.2003 T., www.calismatoplum.org., 2004/3, s.205-206.

D. Yemin

HMK m.225 gereği, “yeminin konusu, davanın çözümü bakımından önem taşıyan, çekişmeli olan ve kişinin kendisinden kaynaklanan vakıalardır, uyuşmazlık konusu vakıanın ispatı için yeminden başka delili olduğunu beyan etmiş olan taraf dahi yemin teklif edebilir. Yemin teklif olunan kimse, yemini edaya hazır olduğunu bildirdikten sonra, diğer taraf teklifinden vazgeçerek başka bir delile dayanamaz ve yeni bir delil de gösteremez”.

Yemin, mahkeme huzurunda eda olunur. Hâkim, yeminin icrasından önce yemin edecek kimseye, hangi konuda yemin edeceğini açıklar, yeminin anlam ve önemini anlatır ve yalan yere yemin etmesi hâlinde cezalandırılacağı hususunda dikkatini çeker. Yemin eda edilirken, hâkim de dâhil olmak üzere hazır bulunan herkes ayağa kalkar. Hâkim, yemin eden kimsenin beyanını dinleyip tutanağa geçirir ve yazılanları yüksek sesle huzurunda okur; beyanında ısrar edip etmediğini sorar ve verilen cevabı tutanağa kaydeder ve böylelikle yemin eda edilmiş sayılır.

ÖZDEMİR’e göre, “İşçi, fazla çalışma yaptığını yemin ederek ispatlayamamaktadır. Fazla çalışma iddiasında bulunan işçi, fazla çalışmalarını diğer ispat araçlarını kullanarak ispat edebilmiş ise yemin teklifinde bulunamayacaktır. Ancak, işçi iddiasını ispatlayamadığı zaman işverene yemin teklifinde bulunmaktadır. İşveren, yemin edeceğini bildirdikten sonra işçi başka bir delil gösteremeyecektir”.¹⁹⁰

Medeni Usul Hukuku’na göre yemin delili kesin delil niteliğinde olup, uygulama ve doktrinde iki başlık altında incelenmektedir. Bunlardan ilki taraf yemini (kesin yemin) diğeri ise re’sen yemin (hakimin teklif ettiği tamamlayıcı yemin) şeklinde ortaya çıkmaktadır. Kesin yemin, ispat yükü kendisine düşen tarafın davanın durumuna etkili bir vakıanın ispatı için diğer tarafa teklif ettiği yemin olarak karşımıza çıkmaktadır. Dolayısıyla, yemin teklif edecek taraf ispat yükü kendisine düşen fakat iddiasını ve savunmasını ispat edememiş olan taraftır. Mahkeme tarafından yemin teklif etme hakkının hatırlatılması ancak ispat yükü kendisine düşen tarafın yemin deliline başvuru hakkının varlığı ile mümkündür. Dolayısıyla ispat yükü kendisinde olmayan tarafın karşı tarafa yönelttiği yemin hukuki sonuç doğurmamaktadır. Bu durumda işveren, kendisine teklif edilen yemini yaparak, işçinin fazla çalışma yapmadığını beyan etmesi durumunda işçinin fazla çalıştığı iddiası aksi kesin delille ispatlanmış olacaktır. Bunun yanında işveren yemini yapmayıp, yemini işçinin yapmasını isteyebilmektedir. Bu

¹⁹⁰ ÖZDEMİR, Deliller, s.4

durumda işçi yemini yaparsa iddiasını kesin delille ispatlamış, yemini yapmaktan kaçınırsa iddia ettiği fazla çalışmayı yapmadığı kesin olarak ispatlanmış sayılacaktır.¹⁹¹ Nitekim Yargıtay 9. Hukuk Dairesi vermiş olduğu bir kararında¹⁹²; davacı işçi yemininde açıkça fazla mesai yaptığı yönünde beyanda bulunmuştur. Bu durumda işçinin fazla çalışma iddiası kanıtlanmış olup mahkemece eda edilen yemin beyanına göre fazla çalışma ücret alacağının hesaplanıp hüküm altına alınması gerekirken reddi hatalı bulunup bozma yönünde hüküm verilmiştir.

E. Tanık Beyanları

HMK'ya göre herkes iddiasını ispatla yükümlüdür (HMK m.190/1). Kanun hükmüne göre, fazla çalışma iddiasında bulunan işçi; ücret bordroları, iş yeri giriş çıkış kayıtları, iş yeri iç yazışmaları, nöbet çizelgeleri gibi araçlarla iddiasını ispat edebileceği gibi tanık deliline de başvurabilmektedir. İşveren ise, işçinin yapmış olduğu fazla çalışmanın karşılığı olan ücreti ödediğini belge ile ispatlamak zorundadır. İşverenin işçisine yaptığı fazla çalışma ücretine ilişkin ödemeler tanıkla ispat edilememektedir. Fakat fazla çalışma olgusu bir fiil niteliğine haiz olduğundan işçi fazla çalışma yaptığını tanıkla ispat edebilmektedir.¹⁹³

Ülkemizdeki birçok işyerinde yapılan çalışmaların düzensiz oluşundan bahisle günlük iş süreleri kayıtlara geçirilmemektedir. Bundan ötürü işçinin gün hatta ay ve yıl bazında ne kadarlık bir fazla çalışma yaptığı veya fazla çalışmasının olup olmadığı net şekilde anlaşılmamaktadır. Ancak bu durum tek başına fazla çalışma iddialarının reddini de gerektirmemektedir. Bu nedenlerle yazılı belgelerin yanı sıra işçi tanıkta dinletebilmektedir.¹⁹⁴

Tanık beyanları, yazılı belgelere kıyasla uygulamada pek güvenilir bir delil olarak görülmemektedir. Bunun nedeni, tanık adı altında getirilen kişi veya kişilerin yargılama karşılığı bir yarar sağlayabileceği ya da tanık beyanlarının doğruluğu konusunda kuşkuyu

¹⁹¹ ÖZDEMİR, s.24-25

¹⁹² Y.9. HD., 2014/26391 E., 2016/2333 K., 02.02.2016 T., www.kazanci.com. “Dava,işçilik alacakları istemine ilişkindir. Davacı/karşı davalı işçi yemininde açıkça, “çalışma saatlerini kendim belirlemediğime, normal sezonda haftanın 5 günü sabah 08.00 de işe başlayıp, akşam 19.00 a kadar, cumartesi günleri ise akşam 18.00 e kadar, mesai yaptığuma, yaz döneminde 3 ay 21.00 e kadar mesai yaptığuma, yılda bir kereye mahsus olmak üzere 3-4 akşam saat 24.00 e kadar sayım sebebiyle fazla mesai yaptığuma” yönünde beyanda bulunmuştur. Davalı/karşı davacı işveren, davacı/karşı davalı işçinin çalışma saatlerini kendisinin ayarladığına dair savunmasını tanık delili dahil tüm dosya kapsamı ile ispatlayamadığı gibi ayrıca bu hususu eda edilen yemine konu etmiştir. Bu durumda, Mahkemece eda edilen yemin beyanına göre fazla çalışma ücret alacağının hesaplanıp hüküm altına alınması gerekirken reddi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.”

¹⁹³ BİLGİLİ, s.8

¹⁹⁴ KARACAN, s.122

gerektiren sebeplerin iddia ve ispat olunabileceğidir.¹⁹⁵ Nitekim, işçilik alacağına ilişkin bir davada, davacı olan işçi tarafın tanıkları çoğunlukla işveren tarafından işten çıkartılmış ve bu nedenle işverenle husumet yaşamış olmaktadır. Böyle bir durumda tanık beyanları mahkemeler nezdinde doğruluğu kuşkuyu gerektiren beyanlar şeklinde ortaya çıkmaktadır. Örneğin Yargıtay, “Somut olayda davacı; işyerinde fırın ustası olarak görev almıştır. Davacı şahitlerinin anlatımları değerlendirilerek bilirkişi raporu esas alınarak sonuca gidilmiş ise de aynı isteklerle işverene karşı davaları olan ve dolayısıyla bu dava sonucunda yararı bulunan şahit anlatımlarına değer verilmesi ve bu anlatımlara dayanan hesabın hükme esas alınması yerinde bulunmamıştır” şeklinde bir hüküm tesis etmiştir.¹⁹⁶ Benzer olarak Yargıtay, “Mahkemece davacının fazla mesai alacağı hesaplaması yapılırken davacı tanık beyanlarına itibar edilmiştir. Ancak davacı tanıklarının davalı işverene aynı iddialarla açmış oldukları davaları bulunmaktadır. Bu nedenle işverenle husumeti olduklarından beyanlarına itibar edilmesi hatalı olmuştur.” şeklinde hüküm kurmuştur.¹⁹⁷

Fazla çalışma iddiasının tanıklarla ispatı konusunda birkaç duruma değinmek gerekmektedir. Bunlardan ilki, yazılı bir belgenin varlığı halinde tanığa itibar edilmeyeceğidir. Fazla çalışma iddiası belgeler ile ispat edilebiliyor ise ve bu belgelerin sahteliği de ispatlanmamış ise tanık dinlenmesinde hukuki bir yarar bulunmamaktadır. Nitekim Yargıtay, fazla çalışmanın ispatı konusunda işyeri kayıtları ve özellikle işyerine giriş çıkışı gösteren belgelerin delil niteliğinde olduğunu, yazılı belgenin bulunduğu hallerde tanık ifadelerine değer verilmeyeceği şeklinde bir karar vermiştir.¹⁹⁸ Dolayısıyla yazılı bir belgenin bulunmadığı durumlarda tanık beyanlarına itibar edilecektir. Yargıtay buna ilişkin olarak bir kararında, işçinin imzasını taşıyan belgeler ortaya konmadıkça bordrolardaki fazla çalışma karşılığının ödendiğini kabul etmekte ve işyeri giriş çıkış kayıtları vb. belgeler fazla çalışmayı ispat vasıtası olarak görmektedir. Yazılı belge bulunmaması halinde ise tanık anlatımlarına göre değerlendirme yapılması gerektiği görüşündedir.¹⁹⁹

¹⁹⁵ KARACAN, s.123

¹⁹⁶ Y.22. HD., 2012/14975 E., 2013/4217 K., 01.03.2013 T., **BİLGİLİ**, s.11.

¹⁹⁷ Y.7. HD., 2014/6860 E., 2014/19152 K., 20.10.2014 T., **BİLGİLİ**, s.11. Aynı yönde bkz. Y.9. HD., 2012/7710 E., 2012/31888 K., 26.09.2012 T.; Y.9. HD., 2010/29603 E., 2012/12606 K., 12.04.2012 T.; Y.9. HD., 2012/32378 E., 2012/34139 K., 11.10.2012 T.

¹⁹⁸ Y.9. HD., 2007/18990 E., 2008/12208 K., 12.05.2008 T., www.kazanci.com.

¹⁹⁹ Y.9. HD., 2013/14837 E., 2013/21409 K., 10.12.2013 T., www.kazanci.com.

Diğer değinilmesi gereken konu ise, “işyerindeki çalışma düzenini bilmeyen veya bilmesi mümkün olmayan tanık beyanları”na itibar edilmemesi gerektiğidir. Nitekim Yargıtayda vermiş olduğu birçok kararı ile bu görüşü yerleşik içtihat şekline getirmiştir.²⁰⁰ Fazla çalışmaların ispatında, dinlenen tanıkların işyerindeki çalışma düzenini bilebilecek konumda olmaları gerekmektedir. Bu nedenle, davacı tanıklarının, davacı işçi ile aynı dönem içerisinde çalışmış olması gerekmektedir. Dolayısıyla, işçi ile birlikte aynı işyerinde çalışmamış olan tanıkların beyanları ile aynı işyerinde çalışmış olup aynı zamanlarda çalışmamış olan tanıkların beyanlarına itibar edilmemektedir. Nitekim Yargıtay da vermiş olduğu birçok kararında bu görüşü savunmaktadır. Örneğin Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’ne göre, “Davacının fazla çalışmanın ispatına yönelik dinlettiği iki tanıktan biri 2001, diğeri 2003 yılında işyerinden ayrıldığını beyan etmiş olmasına karşın, mahkemece 2003 sonrası için de hesaplama yapılan rapora itibar edilmiştir. Davacının fazla çalışma için tanık beyanına dayanması halinde, ancak bu dönemde aynı işyerinde çalışan tanıklarla ispat gerçekleştirilebilmektedir. Hal böyle olunca bu tanıkların 2003 yılı sonrası beyanları dikkate alınmayacaktır” şeklinde hüküm tesis edilmiştir.²⁰¹ Yine Yargıtay, davacı ile tüm çalışma döneminde beraber çalışmamış olan davacı tanıklarının, davacı işçi ile aynı zamanlarda davalı şirket nezdinde çalıştıkları dönemlerin Sosyal Güvenlik Kurumu kayıtları incelenerek belirlenmesi gerektiğine karar vermiştir.²⁰²

Fazla çalışma konusunda bir diğer üzerinde durulması gereken kısım, işçi tanıklarının komşu işyerlerinde çalışanlar arasından da seçilebileceğidir. Aynı pasaj ya da alışveriş merkezi içerisinde yer alan veya yan yana bulunan işyerlerinde geçen çalışma saatlerinin komşu işyerlerinde çalışan işçiler tarafından bilinmesi ihtimal dahilinde yer almaktadır. Bundan bahisle komşu işyerlerinde çalışan tanıkların tanıklıklarına itibar edilebilmektedir.²⁰³ Ancak

²⁰⁰ Y.9. HD., 2007/18589 E., 2008/7133 K., 01.04.2008 T., www.calismatoplum.org., 2008/3, s.216-219

“... Özellikle tanık beyanlarının tarafsız olması, tanık beyanları arasında çelişki var ise giderilmesi gerekir, işyerinde çalışma düzenini bilmeyen ve bilmesi mümkün olmayan tanıkların anlatımlarına değer verilemez. Tanık sözlerinin değerlendirilmesi açısından, gerektiğinde fazla çalıştığı iddia olunan işin, niteliği yönünden fazla çalışmaya elverişli bulunup bulunmadığı konusunda bilirkişi incelemesi yapılmalıdır.” Aynı yönde bkz. Y.9. HD., 2007/15191 E., 2008/7266 K., 01.04.2008 T., www.kazanci.com; YHGK, 2012/9843 E., 2013/25 K.; **TERZİ**, s.2084.

²⁰¹ Y.9. HD., 2008/543 E., 2012/353 K., 06.12.2012 T., www.kazanci.com.

²⁰² Y.22.HD., 2015/15557 E., 2017/14162 K., 15.06.2017 T., **ÇİL**, İş Uyuşmazlıkları, s.277

²⁰³ Y.22.HD., 2016/6202 E., 2016/9312 K., 24.03.2016 T., www.kazanci.com. “Alışveriş Merkezi içinde bulunan lokanta olduğu, davacının da bu işyerinde kebab-döner ustası olarak çalıştığı, davacı tanıklarının, her ne kadar davacı ile birlikte aynı lokantada çalışan kişiler değil iseler de; aynı alışveriş merkezinde başka iş yerlerinde çalışan kişiler olduğu, alışveriş merkezinin açılış ve kapanış saatlerine göre tüm iş yerlerinin faaliyette bulunduğu, bu haliyle de davacı tanıklarının beyanlarının fazla çalışma süresi iddiasını doğrular nitelikte bulunduğu, salt ve işyerinde çalıştığı tespit edilen davalı tanık anlatımlarına göre çalışma süresinin belirlenmesi yolundaki bozma ilamı gerekçesinin yerinde olmadığı.” gerekçesiyle verilmiş olan direnme kararı onanmıştır.

organize sanayi bölgesi gibi bir yerde farklı yerlerde bulunan iki farklı iş yeri komşu olarak kabul edilemeyeceğinden o işyerlerinde çalışanların tanıklıklarına itibar edilmesi mümkün olmamaktadır. Aynı şekilde, farklı işyerlerinde çalışan fakat işyerlerine gidebilmek için aynı toplu taşımayı kullanan iki işçinin de tanıklıkları fazla çalışma açısından yeterli bulunmayacaktır.²⁰⁴

Bir diğer konu ise, tanığın mahkeme sırasında ifadesi alınırken hangi saatler arasında çalışma yaptığı, ne kadar süreyle haftada kaç saat fazla çalışma yapıldığı açıkça yüzeysellik içermeden somut şekilde sorulmasıdır. Özensiz ve yüzeysel beyanlar, fazla çalışmanın ispatlanması konusunda hiçbir işe yaramamaktadır.²⁰⁵ Uygulamada fazla çalışma süresine bağlı olan ücret hesabını bilirkişiler yapmaktadır. Bilirkişilerin doğru bir hesaplama yapabilmesi için tanığın somut ifadeler kullanması gerekmektedir. Örneğin, “işyerinde fazla çalışma yapılıyordu.” ifadesi yerine “ işyerinde sabah 08.30 iş başı yapılıyor, akşam 19.30 da çıkıyorduk, bir saat ara dinlenmemiz vardı. ” şeklinde açık ve somut beyanlarda bulunulması daha yerinde olmakta ve bilirkişileri hesap konusunda yanıltmamaktadır. Kanımızca hakimlerin, tanığın ifadesi alınırken, tanığa açık ve net sorular sorması, soyut anlatımlardan tanığı uzaklaştırması onların daha doğru bir karar vermesi sonucunu doğuracaktır.

Davacı işçinin akrabası veya arkadaşı olan tanıkların tarafsızlığı kuşkuludur. Aile bağı, kan bağı, menfaat ya da dostluk bağları gibi dayanışma hissi doğuran bağlar işçi ile tanıklar arasında sıklıkla karşılaşılan durumlardandır. Bu tür durumlarda hakimler yapılan tanıklığa da kuşkuyla bakmaktadır. Fakat akrabaların ve arkadaşların tanık olarak dinletilmesinde herhangi bir engel bulunmamaktadır. Ayrıca dinlenen tanıkların akraba ve arkadaş durumunda olup aynı işyerinde aynı dönemlerde çalışanlardan olması halinde, beyanlarına değer verilmesi gerekmektedir.²⁰⁶

İşveren ile husumet içerisinde olan tanık beyanlarına çok fazla itibar edilmemektedir. Nitekim Yargıtay vermiş olduğu bir kararında, işveren aleyhine dava açanların tanık olarak dinlenebileceğini fakat bu işçilerin tanıklıklarına ihtiyatlı yaklaşılması gerektiğini, bu beyanların diğer yan deliller ile birlikte değerlendirmeye alınarak sonuca gidilmesi gerektiğini kabul etmiştir.²⁰⁷ İstinaf Mahkemesi, “iş yerinde çalışma süreleri bakımından yazılı delilin mevcut olmadığına, işyerinin organize sanayi içinde faaliyet gösterdiğine ve davacının fazla

²⁰⁴ ÇİL, İş Uyuşmazlıkları, s.278

²⁰⁵ BİLGİLİ, s.10

²⁰⁶ BİLGİLİ, s.12-13

²⁰⁷ Y.9.HD., 2015/400 E., 2016/8220 K., 04.04.2016 T., www.kazanci.com.

çalışma yaptığını iş yerinde çalışmış olan tanık beyanları dışında başkaca bir delille ispatlayamacağına, bu nedenle, dava açan tanık beyanlarının ispat için yetersiz olmadığı düşünülmüş olup davacı tanıklarının birbirini doğrulayan anlatımları ile davacı işçinin haftada 7 saat fazla çalışma yaptığı kanıtlanmıştır” şeklinde karar vermiştir.²⁰⁸

Davacı işçinin, tanık olarak dinlediği bir başka davada kendisi ile ilgili yaptığı açıklamalar kendisini bağlamaktadır. Nitekim, davacı işçi aynı işyerinin davalı olduğu bir davada bir başka işçinin fazla çalışma konusunda tanıklığını yapmış ise söylediği beyanlarla bağlı olması gerekmektedir.²⁰⁹ Örneğin davacı bir işçi, aynı işverenin davalı olduğu bir dava da “fazla çalışma yapmadım” şeklinde bir beyanda bulunmuş ve bu duruşma zaptına geçirilmiş ise duruşma zaptı yazılı delil niteliğinde olacağından, işveren davacı işçi aleyhine bu beyanı davacı işçinin kendi davasında kullanabilecektir.

F. Keşif

İşçi ve işveren arasındaki anlaşmazlığın çözümlenebilmesi için işyerinde inceleme ve araştırma yapılabilir. Bu durumda keşif, uyuşmazlıkların çözümünde ispat aracı olarak kullanılmaktadır. Bilirkişi aracılığıyla keşif yapılarak; işyerinin fazla çalışma yapılmasına uygun olup olmadığı ya da işçinin yapmış olduğu işin fazla çalışmayı gerektirip gerektirmediği tespit edilebilmektedir.²¹⁰

G. İbranameler

Uygulamada işçi ve işveren arasındaki iş sözleşmesi sona erdiğinde işveren; işçiye işçilik alacaklarını verdikten sonra ibraname başlığı altında bir sözleşme imzalatır. İbranameler, işçinin işverenden herhangi bir alacağı kalmadığını bu nedenle de işçilik alacağına dair herhangi bir dava açmayacağını belirten bir sözleşme türü olarak karşımıza çıkmaktadır.

İşçi ibranameye rağmen işçilik alacaklarına ilişkin dava açtığında; işveren ibranameleri mahkemeye sunarak işçinin fazla çalışma iddialarının doğru olmadığını ibraname ile kanıtlayabilmektedir.

²⁰⁸ Ankara BAM 7. HD, 2017/2832 E., 2018/222 K., 07.02.2018 T., **ÇİL**, İş Uyuşmazlıkları, s.280

²⁰⁹ **BİLGİLİ**, s.14

²¹⁰ **KARACAN**, s.124

İbra sözleşmesi, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na kadar ne eski Borçlar Kanunlarında ne de İş yasalarımızda yer almamıştır. İbranamelerin geçerlilik koşulları, TBK'nın 132. ve 420. maddeleri ile ilk kez hukukumuzda girerek yasal bir dayanağa oturtulmuştur. TBK'nın ibra sözleşmesine ilişkin bu hükümleri, 4857 sayılı İş Kanunumuzda ibra sözleşmelerine ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmadığından genel kanun-özel kanun ilişkisi bakımından iş uyuşmazlıklarında da uygulama alanı bulmaktadır.

TBK m.420/2 gereğince; iş hukukunda ibranamenin geçerli sayılabilmesi için belirli şartlara özen gösterilmelidir. Örneğin; işçilik alacağının doğmuş olması, iş sözleşmesinin sona ermiş olması ve sona ermeden itibaren bir ay geçtikten sonra düzenlenmesi, işçi ve işverenin hukuki bağlamda ehliyet sahibi olmaları, ibranamenin yazılı şekilde yapılması, alacak türünün ve miktarının açıkça belirtilmesi, bu alacağın işveren tarafından banka kanalıyla işçiye yatırılması, ibraname ile işçi iradesinin fesada uğramaması ve ibranameler ile aşırı yararlanma (gabin) söz konusu olmamalıdır. Tüm bunların yanında imzalanan ibranameler ile işverenin savunması ve delilleri birbiriyle çelişmemelidir. Nitekim kendisiyle çelişen bir ibraname hukukumuzda geçerli sayılmamaktadır.²¹¹

H. İşin Niteliği, İşyerinin Hacmi, İşçinin Niteliği ve Çalışma Düzeni

Fazla çalışma konusunda işin niteliği, işyerinin hacmi, işçinin niteliği ve çalışma düzeni dikkate alınması gereken diğer bir ispat konusu olmaktadır.

İşyerinin üretim kapasitesi ve işyerinde kaç kişinin çalıştırıldığı hemen hemen her olayda incelenmesi gereken konuların başında gelmektedir. Dönemsel olarak işin niteliği itibariyle işyerinde fazla çalışmaya ihtiyaç duyulabilmektedir.²¹² Örneğin; pamuk hasatı zamanı pamuk işleyen bir fabrika normal çalışma düzeyinden yüksek olmak üzere işçilerine fazla çalışma yaptırabilmektedir. Yahut hizmet sektörüne tabi otel işletmelerinde dönemsel olarak daha yoğun turist olması sebebiyle işçiler fazla çalışma yapabilmektedir. Örneğin, kayak turizminin yoğun olduğu kış ayları döneminde, kayak turizmine ev sahipliği yapan otellerde çalışan işçiler dönemsel olarak kışın daha yoğun çalışabilmekte bu nedenle fazla çalışma yapabilmektedir.

²¹¹ AĞIR, s.126

²¹² KARACAN, s.129

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi bir kararında²¹³, otel işlerinde çalışan işçinin, tüm yılın tamamında fazla çalışma yapamayacağı işlerin bölgesel bitimi itibarıyla kış aylarında yoğun kabul edilerek altı aylık kış dönemi için fazla çalışma hesabı yapılması gerektiğine karar verilmiştir.

İşin ve işyerinin niteliğinin ve iş yeri hacminin yanı sıra işçinin işyerindeki konumu neticesinde işçinin işyerindeki çalışma düzeni ve işyerindeki görevinin ne olduğu da fazla çalışma yapılıp yapılmadığı konusunda bilgi verebilmektedir. Öyleki, işçinin işyerinde çalıştığı kısım fazla çalışmanın olmadığı bir kısım olabilmektedir. Bunun yanında, işçinin işyerindeki konumunu kendi düzenlemesi fazla çalışma iddiaları konusunda önemli bir rol oynamaktadır.²¹⁴

Fazla çalışma iddialarında bir diğer önemli durum ise işyerindeki çalışma düzenine ilişkindir. Buna göre Yargıtay, “vardiya sistemi ile çalışılan işyerlerinde, ikili vardiya sisteminde çalışan işçilerin fazla çalışma iddialarını kabul etmekte iken²¹⁵ üçlü veya dörtlü vardiya sistemlerinde çalışan işçilerin fazla çalışma iddialarını çoğunlukla reddetmektedir”.²¹⁶ Yargıtay’a göre, “üçlü vardiya sisteminde çalışıldığında her bir vardiyaya sekiz saatlik çalışma süresi düşmektedir. Buna göre bu sekiz saatlik çalışma süresinin tamamında işçinin çalıştığını kabul etmek isabetli olmayacaktır”. Bunun nedeni işçinin yeme, içme ve diğer doğal ihtiyaçlarını karşılaması bakımından en azından yarım saatlikte olsa bir ara dinlenmesi olduğu bu durumda işçinin haftalık fazla çalışma süresini aşmayacağıdır.²¹⁷

Yargıtay’ın üçlü vardiya sistemi ile fazla çalışma iddiaları hakkındaki bu görüşü doktrin tarafından çoğu kez eleştirilmiştir. Bunun nedeni, Yargıtay’ın tam anlamıyla araştırma yapmadan sırf vardiya sistemi üçlü olduğu için hüküm kurmasından kaynaklanmaktadır. Oysaki, vardiyasını bitiren bir işçi sonraki vardiyada çalışmasına devam etmiş yahut bir vardiya bitiminde o işçinin yerine geçecek diğer işçinin gecikmesiyle vardiyası biten işçinin diğer işçi gelene kadar işyerinde çalışması fazla çalışma iddialarını doğurabilmektedir. Böyle durumlarda, sırf işçi üçlü vardiya sisteminde çalıştı diyerek fazla çalışma iddiaları reddedilmemeli aksine işçinin fazla çalışma yapıp yapmadığı tanık anlatımları, işyeri giriş çıkış kayıtları gibi belgelerle çok yönlü bir araştırma yapılarak karara bağlanmalıdır.²¹⁸

²¹³ Y.9. HD., 1997/12116 E., 1997/14391 K., 10.07.1997 T., www.kazanci.com.

²¹⁴ KARACAN, s.129-130

²¹⁵ Y.9. HD., 2004/5898 E., 2004/24148 K., 25.10.2004 T.; www.kazanci.com.

²¹⁶ Y.9. HD., 2010/1038 E., 2010/25821 K., 30.09.2010 T., www.calismatoplum.org., 2011/2, s.484 vd.

²¹⁷ Y.9. HD., 1997/2740 E., 1997/7984 K., 02.05.1997 T.; KARACAN, s.135

²¹⁸ KARACAN, s.135

III.Fazla Çalışmanın İspatında Hayatın Olağan Akışına Uygun Olma ve Hakkaniyet İndirimi

Fazla çalışma konusunu düzenleyen İş K. ile FÇY’de, fazla çalışma halinde hayatın olağan akışına uygunluk ve fazla çalışma durumunda uygulanacak hakkaniyet indirimine ilişkin bir hükme yer verilmemiştir. Ancak Yargıtay, belli durumlarda fazla çalışma sürelerinin hesaplanmasında istikrarlı şekilde hakkaniyet indirimi uygulamaktadır.

İşçilerin fazla çalışma ücretlerini almak için, fazla çalışma yaptıktan uzun bir süre sonra dava açmış olması, yapılan fazla çalışmaların net tespitini engellemektedir. Hatta, genellikle tanık beyanlarına dayanarak işçiler, davalarında uzun yıllar çalıştıkları işyerinde herhangi bir tatil yapmadan, ara dinlenmesi verilmeden gece gündüz, düzenli ve sürekli şekilde fazla çalışma yapıldığı yönünde oldukça abartılı iddialarda bulunabilmektedir. Normali aşan fazla çalışma iddialarına Yargıtay bir sınır çekerek, “hayatın olağan akışına uygunluk” kriterini getirmiştir.²¹⁹

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’ne göre, “bir insanın, uzun süreden beri, çalıştığı her iş günü fazla çalışma yapması ve tüm hafta tatillerinde çalıştığının kabulü, hayatın olağan akışına uymaz; hastalık, mazeret, izin vb. nedenlerle zaman zaman fazla çalışma yapılmaması ihtimali her zaman mevcuttur.”²²⁰ Benzer şekilde, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, “birgün çalışılıp, birgün dinlenme şeklinde tam gün çalışma yapılan işlerde de çalışanların uyku ve diğer zorunlu ihtiyaçlarını karşılamak için gerekli olan zaman dilimini gözetmekte ve çalışmanın günde en fazla 14 saat sürdürülebileceğini” kabul edilmektedir.²²¹

Yargıtay, hayatın olağan akışına uygun bulmadığı fazla çalışma iddialarının, hakkaniyetli verilmesi adına “hakkaniyet indirimi” şeklinde bir durum geliştirmiştir. Bu anlamda, Yargıtay, fazla çalışma, ubgt alacaklarının uzun bir süre için hesaplanması ve miktarın yüksek çıkması halinde ve işçilik alacaklarının özellikle de tanıkla ispatlanması durumunda hakkaniyet indirimine karar vermektedir. Nitekim ÖZDEMİR’e göre, “bir işçinin uzun süre ve her gün aynı şekilde günlük çalışma süresinin üzerinde fazla çalışma yapması, tüm hafta ve genel tatillerde çalıştırılması hayatın olağan akışına uygun düşmemektedir”.²²² Yargıtay 9.

²¹⁹ KARACAN, s.124

²²⁰ Y.9. HD., 2004/16762 E., 2004/6039 K., 25.03.2004 T., www.kazanci.com.

²²¹ YHGK, 2006/9374 E., 2006/382 K., 14.06.2006 T., www.kazanci.com.

²²² ÖZDEMİR, Hakkaniyet İndirimi, s.84; KARACAN, s.125-126; NARMANLIOĞLU, s.656, Ayrıca bkz. Y.9. HD., 2012/21855 E., 2014/17169 K., 27.05.2014 T., “Somut olayda hesaplama tanık anlatımlarına göre yapılmış olup, yıllık izin, bayram ve genel tatil günleri hesaplama dışı tutulmuş olsa da, bir işçinin uzun süre

Hukuk Dairesi bir kararında; “davacının 3.5 yılı aşkın bir zamanda hiç hafta tatili ve genel tatil yapmamasını hayatın olağan akışına aykırı bulmuş ve tanıklarında bu durumu bilmelerinin imkansız olduğu” kanaatine varmıştır.²²³ Benzer şekilde yine Yargıtay, “yarım saatlik ara dinlenmesi yapılmaksızın gün boyunca çalışılmış olmayı hayatın olağan akışına aykırı bularak, fazla çalışma sürelerinin hesaplanmasında bu sürenin mutlaka düşürülmesi gerektiğine” karar vermiştir.²²⁴

Ancak her fazla çalışma ücreti için hakkaniyet indirimi yoluna gidilmemektedir. Yargıtay’ın yerleşik içtihatları gereği, “fazla çalışmanın takdiri delil niteliğinde olan tanık anlatımları yerine, yazılı belgelere ve işveren kayıtlarına dayanması halinde hakkaniyet indirimi uygulanmamaktadır”.²²⁵ Bu durumun nedeni, fazla çalışmanın ispatı konusunda, işyeri kayıtlarının özellikle de işyeri giriş çıkış saatlerini gösteren belgeler ve iş yeri iç yazışmalarının delil niteliğinde olduğu, fazla çalışmanın yazılı belgelerle kanıtlanmaması durumunda tanık beyanları ile sonuca gidilmesi gerektiği ve ancak tanık beyanlarına itibar edilmesi durumunda hakkaniyet indiriminin söz konusu olabildiğidir.²²⁶

Yargıtay’ın her olayda hakkaniyet indirimi uygulanması gerektiği yolundaki tutumu doktrin tarafından eleştirilmektedir. EKONOMİ²²⁷, “her fazla çalışma ücreti talebinde hakkaniyete uygun bir indirimle gidilmesinin yerinde olmayarak somut olayın özelliğine uygun düşüp düşmediğinin araştırılması gerektiğini”; KARACAN²²⁸ ise, “fazla çalışma iddiası geçerli delille ortaya konmuş olsa dahi, her olayda zorunluymuşçasına indirim yapılmasını isabetli görmediğini” belirtmiştir. Kanımızca da, Yargıtay’ın her olayda aynı şekilde karar vermesi yerinde olmayıp somut olayın tüm özellikleri dikkate alınarak hakkaniyet indiriminin yapılıp yapılmayacağını incelemesi gerekmektedir.

Hakkaniyet indirimi kavramı mevzuatımızda geçmediği gibi, buna ilişkin olarak yapılan indirim oranının ne kadar olacağına dair de kesin bir düzenleme mevcut değildir. Hatta Yargıtay

normal mesaisinin üzerine her gün belirtildiği şekilde fazla çalışma yapmış olması hayatın olağan akışına aykırıdır.”,www.kazanci.com.

²²³ Y.9. HD., 2004/16762 E., 2004/6039 K., 25.03.2004 T., www.kazanci.com.

²²⁴ Y.9. HD., 1993/30054 E., 1993/9118 K., 10.06.1993 T.; Y.9. HD., 1996/6867E., 1996/18326K., 30.09.1996 T.

²²⁵ Y.9. HD., 2017/19909 E., 2018/1067 K., 23.01.2018 T. “Somut uyumsuzlukta fazla mesai alacağı hesabı işe giriş çıkış kayıtlarına göre yani kayda dayalı yapıldığından bu alacaktan makul oranda indirim yapılması hatalıdır.”; Aynı yönde bkz. Y.9. HD., 2014/30054 E., 2016/2499 K., 15.02.2016 T., www.kazanci.com.

²²⁶ Y.7. HD., 2015/16074 E., 2015/12201 K., 16.06.2015 T., **ÖZDEMİR**, Hakkaniyet İndirimi, s.84; Aynı yönde bkz. Y.9. HD., 2009/14623 E., 2011/16592 K., 06.06.2011 T.; Y.9. HD., 2009/7608 E., 2011/7526 K., 21.03.2011 T., www.calismatoplum.org., 2011/4, s.289 vd.; Y.9. HD., 2009/9576 E., 2011/7568 K., 21.03.2011T., www.calismatoplum.org., 2011/4, s.280 vd., **KARACAN**, s.126

²²⁷ **EKONOMİ**, Değerlendirme, s.47

²²⁸ **KARACAN**, s.128

kararlarında da net bir görüş birliği mevcut değildir. Yargıtay bir kararında; “%50 oranında hakkaniyet indirimi yapılmasının hakkın özünü etkileyeceğini belirtirken”²²⁹; bir diğer kararında, “davacının hesaplanan fazla çalışma alacağından yapılan %10 olan hakkaniyet indirimini az bularak ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur”.²³⁰ Ancak genel olarak Yargıtay kararları incelendiğinde; fazla çalışma iddialarında yerleşik olarak %30 oranında bir hakkaniyet indirimi yapıldığı görülmektedir.²³¹ Yargıtay 9. HD., “somut olayda davacının fazla çalışma ücreti alacağının tanık anlatımlarına göre hesaplandığı anlaşılmış, tanık beyanı ve dosya içeriğine göre bahsi geçen alacaklardan %50 oranında hakkaniyet indirimi yapılması doğru bulunmamış, çalışma süresine uygun düşeceği şekilde emsal nitelikteki dosyalar gibi %30 oranında hakkaniyet indirimi uygulanması gerektiğini” belirtilmiştir.²³² Benzer şekilde, Yargıtay 7. HD., “karar davalı yan tarafından temyiz edilmiş, fazla mesai ücretinde yapılan %30 hakkaniyet indirimi yönünden davalı yararına oluşan usuli kazanılmış hakkın dikkate alınması gerektiğine” dair hüküm verilmiştir.²³³

Güncel durumda İstinaf Mahkemesi tarafından hakkaniyet indirimine ilişkin belirli kriterler belirlenerek uygulanmaya başlanmıştır. İlgili kriterlere göre işçinin günde bir saat (haftada 6 veya 7 saat) veya daha altında fazla çalışmasının bulunduğu hallerde indirim oranı %25, günde bir saat ile 3 saate kadar (haftalık 18 veya 21 saat) olan fazla çalışmalarda indirim oranının %30, günde 3 saati (haftalık 21 saatin üzerinde olan) aşan çalışmalarda ise %35 hakkaniyet indirim oranının uygulanacağı karara bağlanmıştır. Ancak, aynı kararda işçinin ücretinin yüksek olması, zamanaşımı definin ileri sürülmemiş olmasına bağlı olarak hesaplamaya konu olan sürenin çok kısa veya çok uzun olması nedenleri gibi istisnai hallerin mevcut olması halinde daha fazla ya da az oranlarda indirim yapılabileceği de hüküm altına alınmıştır.²³⁴

Hakkaniyet indirimi yalnızca fazla çalışma alacakları için değil diğer işçilik alacakları içinde uygulanan bir indirimdir. Ancak yıllık ücretli izin alacağı ile kıdem ve ihbar tazminatı alacaklarında hakkaniyet indirimi uygulanmamaktadır.²³⁵

²²⁹ Y.9. HD., 2014/30051 E., 2016/2497 K., 15.02.2016 T., www.kazanci.com.

²³⁰ Y.9. HD., 2015/28134 E., 2016/2633 K., 15.02.2016 T., www.kazanci.com.

²³¹ ÖZDEMİR, Hakkaniyet İndirimi, s.84-85

²³² Y.9. HD., 2013/35468 E., 2015/13766 K., 15.04.2015 T., www.kazanci.com.

²³³ Y.7. HD., 2014/21676 E., 2015/22051 K., 11.11.2015 T., www.kazanci.com.

²³⁴ Ankara BAM 7. HD, 2017/357 E., 2017/396 K., 01.03.2017 T., ÇİL, İş Uyuşmazlıkları, s.326. Aynı yönde bkz. Ankara BAM 7. HD, 2017/1995 E., 2018/54 K., 16.01.2018 T.

²³⁵ ÖZDEMİR, Hakkaniyet İndirimi, s.85

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

FAZLA ÇALIŞMA YASAKLARI VE BU YASAKLARA UYMAMANIN SONUÇLARI

1. GENEL OLARAK

İşverenin işçisine fazla çalışma yaptırabilmesi için; işin fazla çalışma yapılmasına uygun olması ve işçinin fazla çalışma yapmaya yasaklı kişilerden olmaması gerekmektedir. Fazla çalışma yasakları, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 41. Maddesinin 6., 9. ve 10. fıkraları ile Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği'nin 7. ve 8. maddesi ile düzenlenmiştir.

İş K. m.41/6; “63 üncü maddenin son fıkrasında yazılı sağlık nedenlerine dayanan kısa veya sınırlı süreli işlerde ve 69 uncu maddede belirtilen gece çalışmasında fazla çalışma yapılamaz” şeklinde hüküm kurmaktadır. Bu düzenleme ile, gece çalışmalarında fazla çalışma yapılmayacağı kanunen açıkça belirtilmiştir. 4857 sayılı Kanun'un 63. maddesinin son fıkrası, sağlık kuralları bakımından günde yedibuçuk saat ve daha az çalışması gereken işler hakkında olup 16.07.2013 tarihli Sağlık Kuralları Bakımından Günde Azami Yedibuçuk Saat veya Daha Az Çalışması Gereken İşler Hakkında Yönetmelik ile 4857 sayılı Kanundan kaldırılmıştır.

10.09.2014 tarih ve 6552 sayılı kanunla İş Kanunu'nun 41. maddesine 9. fıkra hükmü eklenerek, “Bu Kanunun 42 nci ve 43 üncü maddelerinde sayılan hâller dışında yer altında maden işlerinde çalışan işçilere fazla çalışma yaptırılamaz” denmiştir.

2. FAZLA ÇALIŞMA YAPILAMAYACAK İŞLER

İş Kanunu'na İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği'nin 7. maddesi fazla çalışma yapılmayacak işleri alt alta bentler halinde sıralamıştır. İlgili yönetmelik maddesine göre;

- a) İş Kanununun 63 üncü maddesinin son fıkrası uyarınca sağlık kuralları bakımından günde ancak 7,5 saat ve daha az çalışması gereken işler,
- b) Gece döneminde yürütülen işler,
- c) Maden ocakları, kablo döşemesi, kanalizasyon, tünel inşaatı gibi yeraltında ve sualtında yapılan işler, fazla çalışmanın yapılmadığı işlerdir.

I. Sağlık Kuralları Bakımından Günde Ancak Yedi Buçuk Saat veya Daha Az Çalışılması Gereken İşler

Bazı işlerde çalışan işçilerin çalışma süreleri, normal günlük çalışma sürelerinden daha kısa olmaktadır. Sağlık Kuralları Bakımından Günde Ancak Yedi Buçuk Saat veya Daha Az Çalışılması Gereken İşler Hakkında Yönetmeliği'nin 7. maddesinde; ilgili Yönetmelik kapsamına giren işlerde fazla çalışma yapılamayacağı açıkça belirtilmiştir.

Yönetmeliğin 5. maddesinde, “bir işçinin günde azami 7.5 saat çalıştırılabileceği işler (m.4) ile günde 7.5 saatten daha az çalıştırılması gereken işler ve bunların her birinde işçilerin en çok kaç saat çalıştırılacağı” belirtilmiştir. Yönetmeliğe göre bu işlerden; “kurşun ve arsenik işleri, cam sanayii işleri, cıva sanayii işleri, kok fabrikalarıyla termik santrallerdeki işler, çinko sanayii işleri, bakır sanayii işleri ile demir çelik ve döküm sanayii işleri” şeklinde sayılarak uzun bir liste halinde sunulan işler günde azami 7.5 saate kadar çalışabilecek işlerdendir. Bunun yanında; “su altında basınçlı hava içinde çalışmayı gerektiren işler, cıva, kurşun ve karbonsülfür işleri ile insektisitler” şeklinde bahsi geçen işler günde 7.5 buçuk saatten daha az çalışması gereken işler olarak belirlenmiştir.

Sağlık Kuralları Bakımından Günde Ancak Yedi Buçuk Saat veya Daha Az Çalışılması Gereken İşler Hakkında Yönetmeliği'nin 6. maddesinde, ilgili yönetmelik kapsamına giren işlerde çalışan işçilere, yönetmelikte belirtilen günlük en çok iş sürelerinden sonra herhangi bir işte çalışma yasağı getirilmiştir. Dolayısıyla, Yönetmelikte belirtilen işlerden birinde çalışan işçiye, bir gün içinde, o iş için belirlenen sürenin üzerinde fazla çalışma yaptırılamayacağı gibi, ilgili işin süresi bittikten sonra işveren işçisini başka bir işte de çalıştırılamayacaktır.²³⁶

Çalışma sürelerinin özel olarak sınırlandırıldığı bu tarz işler yapan işyerlerinde, işçinin iş sağlığı ve güvenliği koruma altına alınmak istenmektedir. Bu nedenle bahsi geçen iş yerlerinde de fazla çalışma yapmak yasaklanmıştır.²³⁷

İlgili yasağa rağmen günlük 7.5 saatin üzerinde yapılan çalışmalar Yargıtay tarafından doğrudan fazla çalışma olarak sayılmaktadır. Sözü edilen çalışmalarda haftalık 45 saat olan yasal sürenin aşılmamış olmasının herhangi bir önemi yoktur. ²³⁸ Günde 7.5 saati aşan çalışmalar fazla çalışma olarak nitelendirilmektedir.

²³⁶ KARACAN, s.219; KANDEMİR, s.28

²³⁷ KANDEMİR, s.28

²³⁸ Y.9. HD., 2015/17720 E., 2017/21436 K., 18.12.2017 T. ;www.karararama.yargitay.gov.tr .

II. Gece İşleri

İş K. m.69'a göre, gece, en geç saat 20.00'da başlayarak en erken saat 06.00'ya kadar geçen ve her halde en az fazla 11 saat süren bir dönemi kapsamaktadır. Yapılan düzenleme, gece ve gündüz saatlerinin yaz kış uygulaması gibi durumlarda değişebileceğini fakat her halükarda en fazla 11 saatlik bir dönemi kapsamak zorunda olduğunu belirtmektedir.²³⁹

4857 sayılı İş Kanunu'nun 41. maddesinin ikinci cümlesinde 69. maddede belirtilen gece çalışmasında fazla çalışma yapılmayacağı belirtilmiştir. Hüküm emredici nitelikte olup, anılan sürenin sözleşmelerle aşılması mümkün değildir.²⁴⁰ Fakat, gece dönemindeki çalışmalara ilişkin sınırlamalar yalnızca fazla çalışmalar için geçerli olup, fazla sürelerle çalışma için uygulanmamaktadır.²⁴¹

6645 sayılı Kanun ile 4857 sayılı İş Kanunu'nun 69. maddesinin 3. fıkrası gereği, "gece döneminde turizm, özel güvenlik ve sağlık hizmeti yürütülen işlerde, işçinin yazılı onayının alınması halinde, 7.5 saatin üzerinde çalışma yapılabilmektedir".²⁴² Gece döneminde turizm, özel güvenlik ve sağlık sektöründe 7.5 saatin üzerinde çalışma yapılabilmesine rağmen, gece döneminde fazla çalışma yapılmamasına ilişkin kural muhafaza edilmiştir. Dolayısıyla işçi, turizm, özel güvenlik veya sağlık sektöründe gece döneminde çalışıyor olsa bile fazla çalışma yasağı o işçi için geçerli olmaktadır. Fakat bu sınırlama yalnızca fazla çalışma için olup fazla sürelerle çalışmayı kapsamamaktadır. Fakat MÜLAYİM'e göre, turizm, özel güvenlik veya sağlık sektöründe çalışan bir işçinin gece döneminde çalışma süresinin uzatılmasına ilişkin vereceği bir onay, fazla çalışmayı kapsar niteliktedir.²⁴³ Kanımızca, gece döneminde turizm, özel güvenlik veya sağlık sektöründe çalışan bir işçiye 7.5 saatin üzerinde çalışma yapma yolu açılmış ise fazla çalışma yolunun da açılarak, İş K. m.41/6 ile m.69/3 arasındaki uyumsuzlukların giderilmesi gerekmektedir.

²³⁹ KANDEMİR, s.29

²⁴⁰ KANDEMİR, s.29

²⁴¹ EKONOMİ, Fazla Çalışma s.11; MÜLAYİM, s.3; Aksi yönde bkz. Y.7. HD., 2014/519 E., 2015/22051 K., 16.01.2014 T.; Y.9. HD., 2007/40862 E., 2009/17766 K., 23.06.2009 T., "...Ancak aynı yasanın 69. Maddesinde gece çalışmaları için günlük 7.5 saatlik çalışma üst sınırı emredici olarak düzenlenmiş olup, belirtilen süreyi aşan çalışmalar için haftalık 45 saat sınırı aşılmamış olsa dahi fazla çalışma ücreti ödenmelidir."

²⁴² MÜLAYİM, s.3; Ayrıntılı bil için bkz. MÜLAYİM, Değerlendirme, s.4-8

²⁴³ MÜLAYİM, s.3-4

FÇY'nin 7. maddesinin b bendi uyarınca, gece çalışmalarında fazla çalışma yasağı işçinin çalışması gece ise söz konusu olmaktadır. Buna göre, “günlük çalışma süresinin yarısı veya daha fazlası gece dönemine rastlayan bir işçiye fazla çalışma yaptırılamaz”. Kısaca burada yasaklanan, işçinin gece çalışmasının üzerinde yaptığı normali aşan çalışmalardır. Buna göre, çalışmasını gündüz dönemi içerisinde yerine getiren işçi, gece döneminde fazla çalışma yapabilmektedir. Bu durumda gündüz çalışmasının gece çalışmasına uzadığı durumlarda, işçi fazla çalışmaya hak kazanabilmektedir. Şöyle ki, 15.00-23.00 arasında çalışan işçinin çalışması, yarısından fazlası gündüz döneminde gerçekleştiğinden gündüz çalışması niteliğindedir. Bu şekilde çalışan işçinin, yaptığı fazla çalışmalar gece döneminde gerçekleşmesine rağmen gündüz çalışması niteliğinde olduğundan hukuka uygun kabul edilerek fazla çalışmaya hükmedilecektir.²⁴⁴

Haftanın bir ya da iki günü gece diğer günleri gündüz çalışan işçilerin çalışmasının gece çalışması olup olmadığının saptanabilmesi için, işçinin o günkü çalışması üzerinden bakılarak, yapılan çalışmanın gece veya gündüz çalışması olduğuna karar verilmelidir.²⁴⁵

Üçlü posta düzeni ile çalışan işyerlerinde fazla çalışma söz konusu olmamaktadır. Bunun nedeni, fazla çalışma koşullarının bu durumda oluşmamasıdır.²⁴⁶ Yargıtay, üçlü vardiya sistemlerinde çalışılan iş yerlerinde fazla mesai olmayacağını, fazla mesainin oluştuğu durumlarda ancak yazılı delille ispatlanabilir olduğunu hükme bağlamıştır.²⁴⁷

Kanımızca Yargıtayın bu şekilde kararlar vermesinin nedeni Postalar Halinde İşçi Çalıştırılarak Yürütülen İşlerde Çalışmalara İlişkin Özel Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'in 4. maddesinin a bendine dayanmaktadır. İlgili maddeye göre, nitelikleri itibarıyla sürekli çalıştıkları için durmaksızın birbiri ardına postalar halinde işçi çalıştırılarak yürütülen işlerde posta sayısı 24 saatlik süre içinde en az üç işçi postası çalıştırılacak şekilde düzenlenmektedir. Buna göre bir işçi üçlü vardiya sisteminde her vardiya 8 saat çalışmış olacaktır. Bir işçinin hiç durmadan, ihtiyaçlarını gidermeden, ara vermeden 24 saat boyunca çalışması hayatın olağan akışına uygun olmayacağından fazla mesai iddiası kabul edilmeyecektir.

²⁴⁴ KANDEMİR, s.30; MÜLAYİM, s.4

²⁴⁵ AKYİĞİT, s.8

²⁴⁶ ÖZCAN, s.181; ÇİL, İş Uyuşmazlıkları, s.281

²⁴⁷ Y.9. HD., 2015/12397 E., 2017/14201 K., 25.09.2017 T., www.karararama.yargitay.gov.tr . Aynı yönde bkz. Y. 9. HD., 2011/6042 E., 2013/12451 K., 18.04.2013 T.; Y. 9. HD., 2005/32128 E., 2017/11926 K., 01.05.2016 T.

Yargıtay tarafından üçlü vardiya sisteminde fazla mesainin kabul edilmemesi yerleşik bir içtihat olarak kabul edilse de özellikle de hizmet sektöründe bu kuralın istisnalarına rastlanılabilmektedir. Hizmet sektöründe, gün içerisinde işlerin yoğun olması nedeniyle vardiyaların çakışması ve işçinin günlük çalışma süresinin sekiz saati aşması mümkün olabilmektedir.²⁴⁸

Hazırlama, Tamamlama ve Temizleme İşleri Yönetmeliği'nin 5. ve 13. maddelerinde düzenlenen hallerde gece fazla çalışma yasağına ilişkin kural uygulanmamaktadır.²⁴⁹ Buna göre, hazırlama, tamamlama ve temizleme işlerinin yapılacağı saatlerin gece dönemine rastladığı hallerde, bu işlerde çocukların ve kadınların çalıştırılması, İş Kanunu'nun 71. ve 73. maddeleri uyarınca gerçekleşecektir. İş Kanunumuz, kadın işçiler için gece çalışma yasağı ile ilgili herhangi bir hükme yer vermemiştir. İş K. m.73/son uyarınca, 18 yaşını doldurmuş olan kadın işçilerin gece postalarında çalıştırılmalarının usul ve esasları, Kadın İşçilerin Gece Postalarında Çalıştırılma Koşulları Hakkında Yönetmelik ile düzenlenmiştir. İlgili Yönetmeliğin 5. maddesinde, “kadın işçilerin; her ne şekilde olursa olsun gece postasında 7.5 saatten fazla çalıştırılmayacağına” hükmedilmiştir.²⁵⁰

III. Maden Ocakları, Kablo Döşemesi, Kanalizasyon, Tünel İnşaatı Gibi Yeraltı ve Sualtında Yapılan İşler

Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği'nin fazla çalışma yapılamayacak işler başlığında kalan son iş grubunu; maden ocakları, kablo döşemesi, kanalizasyon, tünel inşaatı gibi işlerin yer altı ve sualtında yapılan işler oluşturmaktadır.

Yer veya su altı işçisinin; maruz kaldığı yüksek basınç, yetersiz güneş ışığı ve oksijen ve hatta karbonmonoksit zehirlenmesi gibi tehlikeler sebebiyle, diğer iş yerlerinde çalışan çalışanlara oranla daha çok yorulup yıprandığı açıktır. Bu sebeple, çalışanın sağlığı bakımından olması gereken çalışma süresinden sonra ek çalışma yaptırılmaması daha uygundur.²⁵¹

²⁴⁸ ÇİL, İş Uyuşmazlıkları, s.281

²⁴⁹ OKUR, s.551

²⁵⁰ KANDEMİR, s.30-31; MÜLAYİM, s.5

²⁵¹ KANDEMİR, s.31

Kanunda yer alan “gibi” belirttiği üzere, ek çalışmanın izinli olmadığı bu işler maddede belirtilen sınırlarla olmamaktadır. Benzer niteliğe sahip yer ve sualtında yapılan işlerde de ek çalışmalar yapmak yasaktır. Yasa da belirtilen üzerine anlaşılan diğer bir sonuç ise, gösterilen niteliğe sahip işlerin yer ve su üstünde yapılan bölümlerinde ek çalışmalar yapılmasında bir sakınca olmamasıdır.²⁵² Örneğin, bir tünel inşaatı için dönecek kalıpları, inşaatın olduğı yere getiren şoförler veya bir kanalizasyon çalışması nedeniyle oluşan atıkları bulunduğı alandan uzaklaştırmakla görevli çalışanlar ek çalışma yasağına tabi olmamaktadır.

Üzerinde durulması gereken bir diğer konu ise, maden işyerlerinde çalışan işçilerin çalışma ve fazla çalışma sürelerine ilişkin durumdur. Kamuoyunda torba kanun olarak adlandırılan, 6552 s. Kanun, 11.09.2014 yılında Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. 6552 sayılı torba kanunla getirilen 7. madde hükmüne göre; “Yer altı maden işlerinde çalışan işçiler için yer altındaki çalışma süresi, haftada en çok 36 saat olup günlük 6 saatten fazla olamaz”. İlgili hükmün kapsamına yalnızca yer altında maden işlerinde çalışan işçiler girmektedir. Yer altında maden işlerinde çalışan işçilerin sadece yer altındaki haftalık normal çalışma süresi en çok 36 saat iken, eşit dağılım ya da farklı dağılım halinde bunun günde 6 saatten fazla olamayacağı görülmektedir.

AKYİĞİT²⁵³; “Yargıtay’ın yer altı maden işleri dışında genel olarak günde 7.5 saatten fazla çalışmayı yasaklayan hallerde bunu aşan çalışmanın ve genelde de günde 11 saati aşan çalışmanın yasaya aykırı da olsa fazla çalışma sayılacağı yönündeki kararlarından yola çıkarak; yer altı maden işlerinde günde 6 saatten fazla çalışılan sürenin de fazla çalışma sayılacağı” sonucuna varmaktadır.

Anılan işçilere, “zorunlu fazla çalışma” ile “olağanüstü fazla çalışma” yaptırmak mümkün iken, “olağan fazla çalışma”, İş K. m. 41/9 ve FÇY m. 8/e gereğı yasaklanmıştır. Kısacası, işçinin ve işverenin olağanüstü veya zorunlu bir durum yokken, karşılıklı olarak anlaşarak fazla çalışma yapmaları yasaya aykırı olmaktadır. Bu düzenleme ile, ekonomik getiri vs. gibi nedenlerle çoğu kez işçinin razı olacağı bu tarz fazla çalışmalara set çekilmek istenmiştir. Zira anılan yasağın amacı, işçiye rağmen yaptırılan hukuka aykırı fazla çalışmanın karşılığının işverenin cebinde kalmamasıdır.²⁵⁴ Fakat, yasağın amacı farklı yorumlanmıştır. Uygulamada; işveren bu yasaktan yararlanarak işçilere fazla çalışma yaptırabilmekte fakat kanun tarafından işçilere fazla çalışma yasağı konulmuş olduğundan işçiler bu fazla çalışma

²⁵² KANDEMİR, s.31

²⁵³ AKYİĞİT, Maden İşyerlerinde Fazla Çalışma, s.349 vd.

²⁵⁴ AKYİĞİT, Maden İşyerlerinde Fazla Çalışma, s.350

ücretlerini alamama sorunuyla karşı karşıya kalabilmektedir. Bu sorunun önüne geçebilmek adına; 6652 s. Torba Kanunu'nun 4. maddesinin 3. fıkrası ile; “zorunlu nedenlerle ve olağanüstü nedenlerle yer altı maden işlerinde çalışan işçilere haftalık otuz altı saati aşan her bir saat fazla çalışma için verilecek ücret, normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının yüzde yüzünden az olmamak üzere arttırılması suretiyle ödenmektedir” hükmü getirilmiştir (İş K. m.41/10). İlgili hükümle birlikte yapılan fazla çalışmalar yer altı maden işçileri nezdinde önemli bir gelir kapısı olsa da, işverenlerin yükünü normal fazla çalışma ücretine kıyasla en az ikiye katlayacaktır.

AKYİĞİT; İş Kanunu m. 41/9 ve m.41/10 ‘da yer alan düzenlemeler, işverenleri, çalıştırdıkları yer altı maden işçilerine fazla çalışma yaptırmak yerine yeni işçi alımına veya fazla çalışmadan vazgeçmek gibi farklı yollara yönlendireceği görüşündedir.²⁵⁵

IV. Röntgen, Radyom ve Elektrikle Tedavi ile Diğer Fizyoterapi Müesseseleri ile Yapılan İşler

Röntgen ve radyom ile daimi çalışan işçiler bakımından günlük azami çalışma süresi Radyoloji, Radyom ve Elektrikle Tedavi Müesseseleri Hakkında Nizamname'nin 21. maddesi uyarınca röntgen ve radyom ile daimi olarak çalışan işçiler günde beş saatten fazla çalıştırılmaz. Yargıtay uygulamalarına göre ise haftalık çalışma süresi ise 27.5 saat olup Cumartesi günleri yarım gün çalışılacağı düzenlenmiştir.²⁵⁶ Ne var ki; 3153 sayılı Radyoloji, Radyom ve Elektrikle Tedavi ve Diğer Fizyoterapi Müesseseleri Hakkında Kanun'a, 5947 sayılı Kanun'la 30.01.2010 tarihinde yapılan değişiklikle getirilen 14. maddenin Ek 1. Maddesi ile; iyonlaştırıcı radyasyonla teşhis, tedavi veya araştırmanın yapıldığı yerler ile bu iş veya işlemlerde çalışan işçilerin haftalık çalışma süresi 35 saat olarak belirlenmiştir. Bahsi geçen düzenlemeye göre ilgili iş ve işlemlere tabi olarak çalışan işçilerin haftalık çalışma süresi 4857 sayılı İş Kanunundan farklı olarak 45 saatin altında düzenleme altına alınmıştır.

3153 s. K. m.14 Ek 1. maddesine göre, haftalık çalışma süresi 35 saat olup haftalık 35 saatin üzerinde yapılan çalışmaların fazla çalışma olarak kabul edilmektedir. İş K. m.41/2 gereği, fazla çalışma saat ücreti, normal çalışma saat ücretinin yüzde elli fazlası olduğundan ilgili işler nedeniyle yapılan fazla çalışma ücretlerinin de yüzde elli zamlı olarak işçiye ödenmesi gerekmektedir. Nitekim Yargıtay²⁵⁷; davacının radyoloji teknisyeni olması nedeniyle

²⁵⁵ AKYİĞİT, Maden İşyerlerinde Fazla Çalışma, s.350

²⁵⁶ Y.9. HD., 2004/27601 E., 2015/20095 K., 01.06.2015 T., www.karararama.yargitay.gov.tr

²⁵⁷ Y.9. HD., 2011/46984 E., 2013/33285 K., 16.12.2013 T., www.karararama.yargitay.gov.tr . Aynı yönde bkz. Y. 9. HD., 2013/16769 E., 2015/10563 K., 16.03.2015 T.

Radyoloji, Radium Ve Elektrikle Tedavi Müesseseleri Hakkındaki Nizamnamenin²⁵⁸ 21.maddesi gereği bahse konu alan işçinin günde 5 saat çalışabileceği dikkate alınarak hesaplamanın %50 zamlı ücret üzerinden yapılmamasını hatalı bulmuştur.

3. FAZLA ÇALIŞMA YAPTIRILMAYACAK İŞÇİLER

FÇY madde 8, hangi işçilerin fazla çalışma yapamayacağını alt alta bentler halinde sıralamıştır. Bahsi geçen yönetmelik maddesine göre; a) 18 yaşını doldurmamış işçilere, b) İş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi ile önceden veya sonradan fazla çalışmayı kabul etmiş olsalar bile sağlıklarının elvermediğini işyeri hekiminin veya Sosyal Sigortalar Kurumu Başkanlığı hekiminin, bunların bulunmadığı yerlerde herhangi bir hekimin raporu ile belgeleyen işçilere, c) Gebe, yeni doğum yapmış ve çocuk emziren işçilere, d) Kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalıştırılan işçilere, e) 4857 sayılı Kanunun 42 nci maddesi uyarınca zorunlu nedenler ve 43 üncü maddesi uyarınca olağanüstü haller dışında yer altında maden işlerinde çalışan işçilere fazla çalışma yaptırılamaz. Kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçilere fazla sürelerle çalışma da yaptırılamaz.

I. 18 Yaşını Doldurmamış İşçiler

Fazla Çalışma Yönetmeliği'nde fazla çalışma yaptırılması yasaklanan ilk işçi grubunu 18 yaşını doldurmamış işçiler oluşturmaktadır. Yapılan düzenlemeye göre, 18 yaşını doldurmamış kanunen küçük sayılan işçilere fazla çalışma yaptırılmayacaktır.

18 yaşına girmemiş işçinin kadın ya da erkek olmasına ilişkin bir ayırım gözetilmediği gibi, rızasının alınarak fazla çalışma yaptırılması gibi bir durumda söz konusu değildir.²⁵⁹

Çalıştırma yaşı ve çocukları çalıştırma yasağının düzenlendiği İş Kanunu'nun 71. maddesi ve bu maddeye dayandırılarak çıkartılan Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik²⁶⁰, 18 yaşını doldurmamış işçileri iki gruba ayırmaktadır. Buna göre, 14 yaşını bitirmiş 15 yaşını doldurmamış ve ilköğretimini tamamlamış kişi "çocuk işçi",

²⁵⁸ 02/07/2018 tarihli ve 698 sayılı KHK'nin 11 inci maddesiyle, "nizamname" ibaresi "yönetmelik" şeklinde değiştirilmiştir.

²⁵⁹ KARACAN, s.222

²⁶⁰ RG. 06.04.2004, 25425.

15 yaşını tamamlamış ancak 18 yaşını tamamlamamış kişi “genç işçi” olarak sayılmaktadır. Temel eğitimi tamamlamış fakat okula gitmeyen çocukların çalışma saatleri günde 7 ve haftada 35 saatten fazla olamaz. Ancak, 15 yaşını tamamlamış genç işçiler için bu süre, günde 8 haftalık 40 saate artırılabilir (İş K. m. 71/4, ÇGİÇY m.6/3). Okula devam eden çocukların eğitim dönemindeki çalışma süreleri ise, okulun açık olduğu dönemlerde, eğitim saatleri dışında olmak üzere, en fazla günde 2 saat ve haftada 10 saat olabilmektedir (İş K. m. 71/son, ÇGİÇY m.6/3). Her iki grubun da çalışma sürelerine İş Kanunu ve ÇGİÇY ile birlikte getirilen sınırlamalar, bahsi geçen çocuk işçi ve genç işçilerin fazla çalışma yapmalarını fiilen imkansız hale getirmektedir.²⁶¹

II. Sağlık Nedeniyle Fazla Çalışma Yapamayacak İşçiler

Kanunen yasaklı olan ikinci grup işçileri, sağlık nedenleri ile fazla çalışma yapamayacak olan işçiler oluşturmaktadır. Buna göre, iş sözleşmesi veya tis ile önceden veya sonradan fazla çalışmayı kabul etmiş olsalar bile sağlıklarının elvermediğini işyeri hekiminin veya Sosyal Sigortalar Kurumu Başkanlığı hekiminin, bunların bulunmadığı yerlerde herhangi bir hekimin raporu ile belgeleyen işçilere fazla çalışma yaptırılmayacaktır.

Bahsi geçen düzenlemeden de anlaşılacağı üzere, işyerinde fazla çalışmaya onay vermiş dahi olsa sağlık sorunlarını, bahsi geçen kuruluşlardan alınan hekim raporu ile belgelendiren işçiye fazla çalışma yaptırılmayacaktır. Ayrıca, işveren işçisini fazla çalışma yapmıyor diyerek bu nedenle de işten çıkartmamaktadır.²⁶²

Kanımızca, getirilen düzenlemenin amacı, işçi sağlığını korumaktır. Bu nedenle sağlık nedeniyle hekim raporu alan işçiye, normal fazla çalışma yaptırılmayacağı gibi zorunlu haller ile olağanüstü durumlarda fazla çalışma yaptırılmayacaktır.

III. Gebe, Yeni Doğum Yapmış ve Çocuk Emziren İşçiler

Analık hali, kadınların çalışma hayatında çeşitli zorlukların ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Bu nedenle, İş Kanunu ve 16.08.2013 tarihi itibarıyla yürürlüğe giren Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları Ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik²⁶³ ile kadın işçiye hamilelik ve analık durumlarında doğumdan önce ve sonra hem

²⁶¹ KANDEMİR, s.31

²⁶² CANIKLIOĞLU, s.177

²⁶³ RG. 16.08.2013, 28737.

kendisinin, hem de çocuğunun sağlıklı olarak yaşamına devam etmesi için birtakım koruyucu hükümler getirilmiştir.²⁶⁴

Gebe Veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları Ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmeliğin çalışma saatlerini düzenleyen 9. maddesi’nde, gebe veya emziren işçinin, günde yedi buçuk saatten fazla çalıştırılmayacağı hüküm altına alınmıştır. Bahsi geçen hüküm ile bu durumdaki kadın işçilerin fazla çalışmaları da engellenmektedir. Nitekim Fazla Çalışma Yönetmeliği’nin 8. maddesi de; gebe, yeni doğum yapmış ve çocuk emziren işçilerin fazla çalışma yasağı kapsamında olduğunu belirtmiştir.

Kadın işçi ile çocuğunun sağlığı bakımından getirilen düzenlemeler emredici niteliğe haizdir. Kadın işçi, gebe kalmadan önce fazla çalışma yapacağına ilişkin rıza vermiş dahi olsa, gebe olduğunu sağlık kurumundan alacağı bir raporla belgelendirmesi halinde işveren tarafından fazla çalışma yapmaya zorlanamayacaktır. Aynı şekilde, bahsi geçen kadın işçiye normal fazla çalışma yaptırılmayacağı gibi zorunlu hallerde ve olağanüstü hallerde de fazla çalışma yaptırılmayacaktır. Dolayısıyla, işverenin, bu şartlar altındaki gebe bir kadını fazla çalışmaya zorlaması fakat kadın işçinin fazla çalışma yapmaması işveren bakımından haklı bir fesih nedeni oluşturmayacaktır.²⁶⁵

IV. Kısmi Süreli İş Sözleşmesi İle Çalıştırılan İşçiler

İstihdam sağlanmasında etkin bir rol oynayan kısmi çalışmalar uygulama da yer edinmiş olmakla birlikte, ilk defa 4857 sayılı İş Kanunumuz ile tanımlanmıştır. İş K. madde 13’e göre, kısmi süreli iş sözleşmesi, işçinin normal haftalık çalışma süresinin, tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan emsal işçiye göre önemli ölçüde daha az belirlendiği sözleşme olarak tanımlanmıştır.

Hükümde yer alan “önemli ölçüde daha az” ifadesinin tam olarak ne anlama geldiği, işyerinde tam süreli iş sözleşmesiyle emsal olan çalışmanın üçte ikisi oranına kadar yapılan çalışma şeklinde tespit edilmiştir (ÇSY m.6). İlgili hükme göre; “haftalık normal çalışma süresi 45 saat olduğundan, haftalık kısmi çalışma süresi de en fazla 30 saat olarak hesaplanmaktadır”. İş K. m13/3 gereği; Kısmi süreli iş sözleşmesinin belirlenmesinde esas alınan “emsal işçi”, işyerinde aynı veya benzer işte tam süreli olarak çalıştırılan işçiyi, iş yerinde böyle bir işçi bulunmuyor ise, o iş kolunda, şartlara uygun işyerinde aynı veya benzer işi üstlenen tam süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılan işçi olarak tanımlanmıştır.

²⁶⁴ FETTAH, s.77-84

²⁶⁵ KANDEMİR, s.34

Fazla Çalışma Yönetmeliği'nde, kısmi süreli işçilere fazla çalışma yaptırılmayacağı belirtilmiştir. Hatta diğer yasaklardan farklı olarak kısmi süreli işçilere fazla süreli çalışma yaptırılmayacağı da belirtilmiştir. 4857 sayılı İş Kanunu'nda böyle bir yasak yer almazken Yönetmelikte böyle bir yasağa hükmedilmiş olması doktrin tarafından çoğu kez eleştirilmiştir.²⁶⁶ SÜZEK; “kısmi süreli çalışan işçilere fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma yaptırılmayacağına ilişkin yasak hem Anayasanın çalışma ve sözleşme özgürlüğünü düzenleyen hükmüne (Any. m.48/1) hemde İş Kanunu'nun fazla çalışmaya ilişkin 41. maddesine aykırılık teşkil etmektedir diyerek bir anayasal hakkın yönetmelik hükmüyle sınırlandırılmasının mümkün olamayacağını” savunmuştur.²⁶⁷ Fazla çalışmaya dair Kanunda getirilen sınırlamaların bütünü işçi sağlığı ve güvenliğinin korunması amacına yöneliktir. Fakat kısmi süreli çalışan işçilere ilişkin Yönetmelikle getirilen ve İş Kanunu'nda yer almayan bu yasağın işçi sağlığı ve güvenliği ile bir ilgisi bulunmamaktadır. Bu nedenle Yönetmelik maddesinin iptali gerekeceği gibi hakimler de önlerine gelen bu uyuşmazlıkta Yönetmelik maddesine göre hüküm kurmamalı, İş K. m. 41'e göre karar vermelidir.²⁶⁸

Bu yorumlara karşın SOYER'e göre, “kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçinin birden fazla işverenle iş ilişkisi içinde bulunması ihtimali göz önüne alındığında, diğer iş ilişkilerinden kaynaklanan edimlerini yerine getirebilmesi için, bu işçiye, işverenin fazla çalışma talebini reddetme imkanının sağlanmak istenmesi yasağın gerekçesi olarak” savunulabilmektedir.²⁶⁹

V. Yeraltı Maden İşlerinde Çalışan İşçiler

6552 sayılı torba kanunla getirilen 7. madde hükmüne göre; “Yer altı maden işlerinde çalışan işçiler için yer altındaki çalışma süresi, haftada en çok 36 saat olup günlük 6 saatten fazla olamaz”. İlgili hükmün kapsamına yalnızca maden ocaklarında çalışmakta olan maden işçileri girmektedir. Yer altında çalışan madenciler sadece yer altındaki haftalık olması gereken vardiya süresi en çok 36 saat, günde ise 6 saatten fazla olamayacağı görülmektedir.

²⁶⁶ KANDEMİR, s.35

²⁶⁷ SÜZEK, s.827-828; Aynı yönde bkz; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.291; KARACAN, s.227

²⁶⁸ SÜZEK, s.828

²⁶⁹ SOYER, s.808

İş K. m. 41/9 ve FÇY m. 8/e gereği, “yeraltı maden işlerinde çalışan işçilere zorunlu olarak fazla çalışma ile olağanüstü fazla çalışma yaptırmak mümkün iken, olağan fazla çalışma yaptırmak yasaklanmıştır”. Anılan yasağa uyulmaması ve yukarıda bahsi geçen sürelerle uyulmaması halinde, hukuka aykırı olarak yaptırılan çalışmaların fazla çalışma gibi değerlendirilmesi gerekmektedir. Hatta, yeraltı maden işçilerine yaptırılan hukuka aykırı fazla çalışmaların karşılığı yüzde yüz zamlı olarak ödenmektedir (İş K. m41/10).

4. FAZLA ÇALIŞMAYA DAİR SINIR VE YASAKLARA UYMAMANIN SONUÇLARI

Fazla çalışmayla ilgili olarak sınır ve yasakların aşılması uygulama da çokça karşılaştığımız bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır. Nitekim, bir işçiye kanuni süre sınırlarının üstünde fazla çalışma yaptırılabilirdiği gibi fazla çalışma yasağı olan bir işçiye de fazla çalışma yaptırılabilir. Fakat bu durumlara ilişkin müeyyidelerin ne olacağına dair mevzuatımızda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bunun yanında, “işçinin korunması ilkesi” nezdinde, yasaya aykırı olarak düzenlenen işçi-işveren ilişkisinin hukuki ve cezai sonuç ve yaptırımlara bağlanması gerektiği de aşıkardır. Ayrıca, işçilerin emredici hükümlere aykırı şekilde çalışmaya zorlanmaları, işçiler bakımından haklı nedenle iş sözleşmesini sona erdirmeye sebebi olduğu da unutulmamalıdır.²⁷⁰

I. HUKUKİ SONUÇLARI

Fazla çalışma yasağına rağmen çalıştırılan veya yasal süre sınırlarına uymayarak hukuka aykırı şekilde fazla çalışma yaptırılan işler, hukuka uygun olmayan fazla çalışma olarak karşımıza çıkmaktadır. Hukuka aykırı nitelikte olsa dahi niteliği itibarıyla işçinin yaptığı iş bir fazla çalışma olduğundan, işçiye bu çalışmaların karşılığının verilmesi gerekmektedir. Nitekim, İş Kanunu ve Yönetmeliklerle getirilen sınırlamalar işçinin iş sağlığını koruyabilmek içindir. Bu amaca ters düşen çalışmalar, işçiyi tehlike sokabilmekte ve hatta bedenen veya ruhen zarara uğratabilmektedir.

²⁷⁰ KARACAN, s.236; KANDEMİR, s.35

Belirtilen yasak ve sınırlara rağmen, işçiye fazla çalıştırma yaptırılması halinde bu çalışmaların nasıl değerlendirilmesi, nasıl ücretlendirilmesi gerektiğine ilişkin İş Kanunumuz ve Fazla Çalışma Yönetmeliği'nde herhangi düzenleme bulunmamaktadır. Fakat öğretide, sınır ve yasaklara aykırı olarak yapılan fazla çalışmalar da normal ücretlere oranla daha yüksek ücret verilmesi gerektiği, tespit edilecek artırım oranının ise, işvereni kanuna aykırı olarak fazla çalışma yaptırmaktan alıkoyacak yükseklikte tutulması gerektiği savunulmaktadır. Aynı zamanda ücret karşılığı olarak, fazla çalışmalarda olduğu gibi yüzde elli oranında zamlı ücret ödenmesi gerektiği de doktrinde sıklıkla savunulan bir görüş olmaktadır.²⁷¹ Yargıtay da, İş Kanunu'nda belirtilen süreye ilişkin sınırların fiilen dışına çıkılarak, işçiye fazladan çalışma yaptırılması halinde, tıpkı sınır içinde yapılan fazla çalışmalar gibi fazla çalışma karşılığının yüzde elli oranında artırımı olarak hüküm altına alınması gerektiğine karar vermiştir.²⁷²

Hukuka aykırı yapılan fazla çalışmalar nedeniyle yüzde elli oranında ücret verilmesi gerektiği savunulan görüşün aksine, KURUCU'ya göre; “kanuna aykırı bu fazla çalışmaların karşılığı, işçinin yaptığı fazla çalışmanın miktarı ve bu çalışmaları yaparken katlanmak zorunda kaldığı külfetler gibi özel durumlar göz önüne alınmalı ve hakimler dilediği kadar fazla çalışma ücretine hükmedebilmelidir. Aynı zamanda, hukuka aykırı fazla çalışmaların yasal fazla çalışmalar gibi ücretlendirilmesi bu uygulamaları işçi açısından cazip hale getirmektedir. Bu durumlar neticesinde, hukuka uygun olan ve olmayan fazla çalışmalar ayrı ayrı değerlendirilerek ödenmesi gereken ücretler konusunda da ayırım yapılması gerekmektedir.”²⁷³

II. CEZAI SONUÇLARI

Hukuka aykırı fazla çalışmaların hukuki sonuçları mevzuatımızla düzenleme altına alınmamışken, cezai sonuçlarına ilişkin çeşitli hükümler yer almaktadır. Buna göre, İş Kanunumuz cezai yaptırım olarak idari para cezalarına hükmetmektedir. Cezayı veren makama göre cezalar adli ve idari cezalar şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Adli makamlarca verilen para cezalarına, “adli para cezası”; idari makamlar tarafından verilen para cezalarına “idari para cezaları” adı verilmektedir. İş Kanunumuz, idari para cezası sistemini kabul etmektedir.²⁷⁴

²⁷¹ SOYER, s.807; KARACAN, s.235; KANDEMİR, s.38; AKYİĞİT, s.14

²⁷² Y.9. HD., 2013/1699 E., 2013/3484 K., 29.01.2013 T., LİHSİGH, 2013/38, s.309 vd.

²⁷³ KURUCU, s.213-229

²⁷⁴ KARACAN, s.237

İş K. m.102/c göre, “41. 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 vekiline, bu durumda olan her işçi için ikiyüzirmi Türk Lirası idari para cezası verilir”. İlgili hükümle cezai yaptırıma bağlanan durumlar yani 41. maddede belirtilen durumlar, fazla çalışma ücretinin ödenmemesi, işçinin hak ettiği serbest zamanın altı ay içinde kullandırılmaması ile işçinin onayının alınmamasıdır.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu’nun 30. maddesi uyarınca, Sağlık Kuralları Bakımından Günde Azami 7.5 Saat veya Daha Az Çalışması Gereken İşler Hakkında Yönetmelik çıkarılmıştır ve bu Yönetmelik kapsamına giren işlerde fazla çalışma yapılmayacağı açıkça belirtilmiştir. Buna göre, İSGK madde 26’ya göre, “30. maddede öngörülen yönetmeliklerde belirtilen yükümlülükleri yerine getirmeyen işverene, uyulmayan her hüküm için tespit edildiği tarihten itibaren aylık olarak bin Türk Lirası para cezası verileceği” hüküm altına alınmıştır. Ek olarak, İş Kanunu madde 104 gereği, “sağlık kuralları bakımından günde azami 7.5 saat veya daha az çalışması gereken işlerde Fazla Çalışma Yönetmeliği’ne uymayan işveren veya işveren vekiline binikiyüz Türk Lirası idari para cezası verilmektedir”. Böylelikle, sağlık nedenlerine dayanan kısa veya sınırlı süreli işlerde fazla çalışma yapılmayacağına ilişkin yasağa aykırılık cezai yaptırıma bağlanmış olmaktadır (İş K. m.104/1).²⁷⁵

Gece çalışmalarında da fazla çalışma yasağı bulunmaktadır. İş Kanunu’nun 104. maddesinde, işçileri aynı Kanunun 69. maddesine aykırı olarak geceleri yedibuçuk saatten fazla çalıştıran; gece ve gündüz postalarını değiştirmeyen işveren veya işveren vekiline binikiyüz Türk Lirası idari para cezası verilmesi” hüküm altına alınmıştır. Aynı şekilde, “sanayiye ait işlerde onsekiz yaşını doldurmamış çocuk ve genç işçilerin gece çalıştırılması yasaktır. Bu yasağa uymayan işveren veya işveren vekiline binikiyüz Türk Lirası idari para cezası verilmektedir (İş K. m.104/1).

Fazla Çalışma Yönetmeliği m.8/1 hükmü gereği, fazla çalışma yaptırılması yasaklanan 18 yaşını doldurmamış işçilerle ilgili herhangi bir yaptırım bulunmamaktadır. Fakat İş K. m104/1 hükmünde, m.71’de yer alan bu işçilerin çalışma sürelerine getirilen sınırlamalar fazla çalışma yapmalarını da fiilen imkansız hale getirmektedir. Dolayısıyla 18 yaşını doldurmamış işçiler için de, m.104/1 de yer alan ve fazla çalışma yasağına uymayan işveren ya da işveren vekiline binikiyüz Türk Lirası idari tutarında para cezası verilmesi gerekecektir.²⁷⁶

²⁷⁵ KARACAN, s.238

²⁷⁶ KARACAN, s.242

Gebe, yeni doğum yapan ve çocuk emziren işçi kadınlar bakımından getirilen fazla çalışma yasaklarının ihlali halinde uygulanacak yaptırımın ne olduğu konusunda açık bir hüküm bulunmamaktadır. İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu madde 26'ya göre, Gebe Veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları Ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik ile belirtilen yükümlülükleri yerine getirmeyen işverene, uyulmayan her hüküm için tespit edildiği tarihten itibaren aylık olarak bin Türk Lirası idari para cezası verileceği hüküm altına alınmıştır. İş Kanunumuz da belirtilmese bile gelen düzenleme ile söz konusu işçilere, gece çalışması yaptıran veya fazla çalışma yaptıran işveren idari para cezası ile karşılaşmış olmaktadır. Bunun yanında, İş Kanunu m.104'e göre, İş Kanunu'nun 74. maddesindeki hükme aykırı olarak doğumdan önceki ve sonraki sürelerde gebe veya doğum yapmış kadınları çalıştıran veya ücretsiz izin vermeyen işveren veya işveren vekiline binikiyüz Türk Lirası idari para cezası verilmektedir.

Yine aynı maddenin ilk fıkrasına göre, maden ocakları ile kablo döşemesi, kanalizasyon ve tünel inşaatı gibi yer altında veya su altında çalışılacak işlerde onsekiz yaşını doldurmamış erkek ve her yaştaki kadınların çalıştırılması yasaktır fakat bu yasağa rağmen belirtilen yerlerde onsekiz yaşını doldurmamış erkek çocukları ve gençleri ve her yaştaki kadınları çalıştıran işveren veya işveren vekiline binikiyüz Türk Lirası idari para cezası verilmektedir (İş K. m.104/1).

İş K. madde 75'e göre, "işveren çalıştırdığı her işçi için, "özlük dosyası" düzenlemektedir. İşveren özlük dosyasına, işçinin kimlik bilgilerini ve İş Kanunu ile diğer kanunlar nezdinde düzenlemek zorunda olduğu her türlü belge ve kayıtları saklamak ve bunları istendiği zaman yetkili memur ve mercilere göstermek zorundadır". İş Kanunu'nun 75. maddesine aykırı hareket eden işveren yahut işveren vekiline de binikiyüz Türk Lirası idari para cezası verilmektedir (İş K. m.104/1).

Yine İş K. m104/1'e göre, Çalışma sürelerinin, bu sürelerin haftanın çalışılan günlerine hangi koşullar altında nasıl dağıtılacağı ve denkleştirme dönemi ile yoğunlaştırılmış iş haftası uygulamasının düzenlendiği İş Kanunu'nun 63. maddesi ve bu maddeye dayandırılarak çıkarılan Çalışma Süreleri Yönetmeliği'nde belirlenen çalışma sürelerine aykırı şekilde işçilerini çalıştıran işveren veya işveren vekiline de binikiyüz Türk Lirası idari para cezası verilmektedir. Bahsi geçen düzenlemeye göre, yer altında maden işlerinde çalışan işçilerin yeraltındaki çalışma sürelerinin haftada en çok 36, günlük altı saatten fazla olamayacağı düşünüldüğünde bu sürelerinin üzerinde yapılan çalışmalarda da İş Kanunu'nun 104/1 hükmü

uygulama alanı bulacak ve yapılan fazla çalışmalar neticesinde işveren yahut işveren vekiline binikiyüz Türk Lirası idari para cezası verilecektir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 104. maddesinde öngörülen idari para cezaları, gerekçesi belirtilmek suretiyle Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı Bölge Müdürlüğü tarafından verilmektedir (İş K. m.108/1) .

Bahsi geçen ve 4857 s. İş Kanunumuz ile öngörülen idari para cezalarına karşı başvurulacak makam 08.02.2008 tarihinden itibaren Kabahatlar Kanunu uyarınca Sulh Ceza Mahkemeleri olmaktadır. Bununla birlikte, Sulh Ceza Mahkemeleri, 18.06.2014 tarih ve 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanuna getirilen düzenleme ile kaldırılmış olup, “Sulh Ceza Mahkemesine” yapılan atfın “Sulh Ceza Hakimine” yapılacağı kararlaştırılmıştır. Buna göre, günümüzde İş K. ve İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ile bahsedilen idari para cezalarına karşı başvuru Sulh Ceza Hakimliklerine yapılmaktadır.

5. FAZLA ÇALIŞMA YASAĞI KAPSAMINDA OLMAYAN VE FAZLA ÇALIŞMA SAYILMAYAN DİĞER HALLER

I. HAZIRLAMA, TAMAMLAMA VE TEMİZLEME İŞLERİ

A. Genel Olarak

Fazla çalışmanın yukarıda bahsi geçen üç türünün yanı sıra, 4857 sayılı İş Kanununun 70. maddesinde, “hazırlama, tamamlama ve temizleme işleri; bir iş yerinde yürütülen asıl işin düzenli biçimde görülebilmesi için günlük iş sürelerinden önce veya sonra zorunlu olarak yapılan ek çalışmalar olarak” tanımlanmaktadır. Hazırlama, tamamlama ve temizleme işleri öğretide “sürekli fazla çalışma” başlığı altında incelenirken olağan, zorunlu ve olağanüstü nedenler ile yapılan fazla çalışmalar ise “geçici fazla çalışmalar” başlığı altında yer almaktadır.²⁷⁷

İş K. m. 70 gereği, Genel olarak bir işyerinde belirli çalışma saatlerinden önce veya sonra gerekli olan hazırlama veya tamamlama yahut temizleme işlerinde çalışan işçiler adına işin düzenlenmesi ile ilgili hükümlerden hangilerinin uygulanmayacağı yahut ne gibi değişik şartlar ve usullerle uygulanacağı Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından hazırlanacak bir yönetmelikte gösterilmektedir. İlgili Yönetmelik, Hazırlama, Tamamlama ve Temizleme İşleri Yönetmeliği²⁷⁸ adı altında yürürlüğe girmiştir.

²⁷⁷ KANDEMİR, s.19

²⁷⁸ 28.04.2004 tarih ve 25446 sayılı RG.

B. Hazırlama, Tamamlama ve Temizleme İşlerinin Özellik Arz Etmesi

HTTY’ye göre; hazırlama, tamamlama ve temizleme işleri, bir işyerinde yürütülen asıl işin yapılabilmesi için, çalışma saatlerinden önce veya sonra yapılması gereken ve geçici veya istisnai nitelik göstermeden hep aynı şekilde gitmesi zorunlu olan işlerdir. İşyerindeki ocak ve fırınların yakılması ya da soğutulması hazırlama; üretilen malların soğutulduktan yahut ısıtıldıktan sonra paketlenmesi tamamlama; işyerinin süpürülmesi, aletlerin ve makinaların günlük bakım ve temizliğinin yapılması ise temizleme işlerine örnek gösterilmektedir. Buna göre, hazırlama, tamamlama ve temizleme işleri asıl işçilerden ayrı olarak, sadece bu işleri yapmak üzere işe alınmış işçiler tarafından yapılmakta ise bu tarz işçilere 4857 sayılı İş Kanunu’nun genel hükümleri uygulanacak ve durum herhangi bir özellik arz etmeyecektir. Buna karşın bahsi geçen işler işyerindeki işçilere, asıl işlerine ek olarak yaptırılıyorsa HTTY uygulanacak ve özel bir durum olarak incelenmesi gereken bir konuyu oluşturacaktır.²⁷⁹

Hazırlama, Tamamlama ve Temizleme İşleri Yönetmeliği, bu tarz işlerde çalıştırılan işçilerin sayısını işyerinde çalışan işçi mevcuduna uygun olarak sınırlandırdığı gibi (HTTY m.6), işçilerin nöbetleşe şekilde çalıştırılmalarını da zorunlu hale getirmiştir (HTTY m.9). Aynı zamanda, ilgili Yönetmelik’in 10. maddesi, işyerinde yürütülen asıl işin bitmesinden sonra hazırlama, tamamlama ve temizleme işlerini yapacak olan işçilerin, bu işlere başlamadan önce yarım saatten az olmamak üzere dinlenmelerini de zorunlu kılarak bu dinlenmelerin çalışma sürelerinden sayılmayacağını hükme bağlamıştır.

HTTY m.11’e göre, Sağlık Kuralları Bakımından Günde Ancak Yedibuçuk Saat veya Daha Az Çalışması Gereken İşler Hakkında Yönetmelik²⁸⁰ içeriğinde 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 şekilde düzenlenmesi zorunlu hale getirilmiştir. Bir işyerinde yapılmakta olan asıl işin yürütülmesi koşullarına ve sürelerine göre, hazırlama, tamamlama ve temizleme işlerinin gece dönemine rastlaması halinde ise bu işler, HTTY m.13 uyarınca belirtilen koşullar içinde yaptırılmaktadır. Üzerinde durulması gereken bir diğer husus aynı Yönetmeliğin 14. maddesi gereği, “hazırlama, tamamlama ve temizleme işleri yaptırılmak üzere ayrılmış olan işçilerin, bu işlere ayrılan saatlerde, herhangi bir başka işte çalıştırılmalarının yasak olduğudur”.

²⁷⁹ NARMANLIOĞLU, s.668; KURUCU, s.93

²⁸⁰ 15/4/2004 tarih 25434 s. RG.

C. Hazırlama, Tamamlama ve Temizleme İşlerinde Koşullar

Bir işin hazırlama, tamamlama ve temizleme işlerinden sayılabilmesi için iki koşulun bir arada bulunması gerekmektedir. Bu koşullardan ilki hazırlama, tamamlama ve temizleme işlerinin asıl işe uygun olarak sürdürülmesi gereken bir iş olmasıdır. İkinci koşul ise, teknik bir zorunluluk hali yahut sağlık ve güvenlik bakımından hazırlama, tamamlama ve temizleme işlerinin asıl işten önce veya sonra yapılması gerektiğidir (HTTY m.4/1).

a. Asıl İşe Uygun Olarak Yapılma

Asıl işlerin düzenli bir şekilde yürütülmesi için hep aynı şekilde yapılması gereken ve asıl işlerin bir bölümünden ibaret olan bir işin bulunması gerekmektedir. Kısacası, hazırlama, tamamlama ve temizleme işlerinin asıl işin amacına uygun olarak yapılması gerekmektedir. Şöyle ki, sabah saatlerinde iş yerine giden işçinin çalışmaya başlamadan önce işyerini temizlemesi, o işyerinde çalışmak amacıyla yapılan bir temizleme işi olarak karşımıza çıkmaktadır. Aynı şekilde, işini bitiren işçinin akşam iş yerinden ayrılmadan önce kullandığı makinaları kapatması ve ertesi güne hazır hale getirmesi de bu tür işlerden sayılmaktadır. Görüldüğü üzere, hazırlama, tamamlama ve temizleme işlerinin yapılmasındaki asıl amaç, asıl işin düzenli şekilde yapılabilmesi ve bu tür işlerin aynı şekilde sürdürülmesi gerektiğidir . Bu nedenle beklenmedik hallerde yahut ara sıra ortaya çıkabilen olağan dışı işler örneğin, makinaların haftada bir yağlanması veya üç ayda bir bakıma alınması hazırlama, tamamlama ve temizleme işi olarak sayılmamaktadır.²⁸¹

b. Teknik Bir Zorunluluk Hali veya Sağlık ve Güvenlik Nedeniyle Hazırlama, Tamamlama ve Temizleme İşlerinin Asıl İşten Önce veya Sonra Yapılma Zorunluluğu

HTTY madde 4/1'e göre, Hazırlama, tamamlama ve temizleme işlerinin, asıl işe ilişkin günlük çalışma sürelerinden önce veya sonra yaptırılabilmesi, teknik bir zorunluluğun bulunmasına veya bu işlerin, asıl işin yürütümü sırasında yapılmasının sağlık ve güvenlik yönünden sakıncalı olmasına bağlanmıştır.

²⁸¹ KURUCU, s.93; ATEŞ, s.53-54

Yukarıda bahsi geçen hüküm dolayısıyla bu işler, asıl işle birlikte yürütülmesinde teknik yönden yahut sağlık veya güvenlik açısından sakınca bulunan işlerdendir. Anılan sakıncalardan sadece birinin bulunması yeterlidir. Kısacası teknik bir zorunluluk hali olabileceği gibi işçi yalnızca sağlık veya güvenlik yönünden asıl işle birlikte yapılamayan bir işle de karşı karşıya kalabilmektedir. Aynı zamanda anılan sakıncalar yalnızca işçilere yönelik değil üretilen mallara, işyerine yahut çevreye yönelik de olabilmektedir.²⁸²

Hazırlama, tamamlama, temizleme işlerinin asıl işin yapıldığı iş saatlerinin içerisinde yapılması olanaksız ise burada teknik bir zorunluluk hali söz konusu olmaktadır. Ayrıca, bu işlerin asıl işin yapıldığı saatlerde yapılması işçinin, iş sağlığı ile güvenliği açısından tehlikeli olması bu işlerin esas işten önce ya da sonra yapılması zorunluluğunu ortaya çıkartmaktadır.²⁸³ Örneğin, makinaların çok sıcak olması nedeniyle işçinin makina temizliğini yapabilmesi için ilgili makinaların soğumasını beklemesi, işçinin sağlığı ve güvenliği bakımından önem arz ettiğinden temizleme işi, asıl işin yapılmasından sonra ortaya çıkan bir durum olarak karşımıza çıkmaktadır.

D. Hazırlama, Tamamlama Ve Temizleme İşlerinde Fazla Çalışmanın Etkisi

Hazırlama, Tamamlama ve Temizleme İşleri Yönetmeliği m.5 gereği; hazırlama, tamamlama ve temizleme işlerinde çalıştırılacak olan işçiler günlük çalışma sürelerine ek olarak, bu sürelerin başlama saatlerinden önce veya bitme saatlerinden sonra, bu işlerde günde en çok iki saat daha çalıştırılabilmektedir.

HTTY m.12 ve 15'e göre, Hazırlama, tamamlama ve temizleme işleri ile yapılan fazla çalışma sürelerinin toplamı günde 11 saati, yılda 270 saati aşmamaktadır. Yapılan ek çalışmalar nedeniyle işçilere, hazırlama, tamamlama ve temizleme işlerinde geçirdikleri sürenin her bir saati için ödenecek ücret, o işyerindeki asıl işlerine ait normal çalışma ücretinin saat başına düşen tutarının yüzde elli yükseltilmesi suretiyle ödenmektedir.

²⁸² KURUCU, s.93

²⁸³ ATEŞ, s.54

II. EĞİTİM AMAÇLI TOPLANTILAR

Günümüzde bir çok işveren, işçilerinin görev kapsamına giren işler hakkında yeterli bilgi birikimine sahip olabilmesi ve iş performansını ile mesleki yeterliliğinin artırılması amacıyla eğitim amaçlı toplantılar düzenlemektedir. Genel olarak bu toplantılar, iş yeri çalışma saatlerinin dışında gerçekleşmekte olup bazı hallerde işyeri içerisinde yapıldığı da olmaktadır. Bu nedenle eğitim amaçlı toplantılara katılan işçilerin, bu toplantılar nedeniyle fazla çalışma yapıp yapmadığı sorunu gündeme gelmektedir.²⁸⁴

İşçilerin eğitim amaçlı toplantılarda geçirdiği zamanların, fazla çalışma zamanının belirlenmesinde dikkate alınıp alınmayacağı sorununun çözümlenebilmesi nedeniyle öncelikli olarak bu toplantıların çalışma saatleri içerisinde sayılıp sayılmadığının tespiti gerekmektedir. Yargıtay²⁸⁵; eğitim amaçlı toplantılarda geçirilen sürelerde işçilerin fiilen çalışma yapmadığı, işverene belirtildiği anlamda bir yarar sağlamadıkları, eğitimde geçen sürelerde üretime yönelik herhangi bir çalışmanın olmadığını, eğitimde alınan bilgilerle işçinin mesleki yeteneğinin geliştiğinden bahisle işçinin bilgi ve performansını artırma amacıyla yapıldığı dolayısı ile eğitimde geçirilen sürelerin fazla çalışma olarak değerlendirilmemesi gerektiğine hükmetmiştir.

Yargıtay her ne kadar, eğitim amaçlı düzenlenen toplantıların çalışma saatleri içerisinde yer almadığını bu nedenle de eğitimde geçirilen sürelerin fazla çalışma tespitinde yer almayacağı görüşünde ise de, 6331 sayılı İş Sağ. ve Güv. K. m.17'ye göre; çalışanlara verilmesi gereken eğitimleri bu durumdan ayrı tutulmaktadır. Zira bahsi geçen 17. maddenin 7. fıkrasında, “Eğitimlerde geçen süre çalışma süresinden sayılır. Eğitim sürelerinin haftalık çalışma süresinin üzerinde olması hâlinde, bu süreler fazla sürelerle çalışma veya fazla çalışma olarak değerlendirilir” düzenlemesi yer almaktadır. O halde, iş sağlığı ve güvenliği kapsamında çalışanların aldığı eğitimlerde geçen sürelerin çalışma zamanında kabul edileceği ve dolayısıyla bu eğitimlere katılan işçilerin çalışma süresinin haftalık çalışma süresini aşması halinde fazla çalışma ücretine hak kazanacağı kanuni olarak düzenleme altına alınmıştır.²⁸⁶

Kanımızca eğitim amaçlı toplantılarda geçirilen süreler hakkında ayırım yapılıyor olması hakkaniyetli bir yaklaşım olmamaktadır. Nitekim, iş sağlığı ve güvenliği amacıyla yapılan eğitimlerin amacı da diğer eğitimler gibi uzun vadede işçinin mesleki yeterliliğini ve performansını artırmaktır. Dolayısıyla, eğitim amaçlı toplantıların nitelik itibariyle de

²⁸⁴ AĞIR, s.118

²⁸⁵ Y.9.HD. 2017/14949 E. 2017/4416 K. 20.03.2017 T.; Y.9.HD. 2007/1129 E. 2007/39176 K. 26.12.2007 T., (www.kazanci.com)

²⁸⁶ AĞIR, s.118

birbirlerinden bir farkı bulunmamaktadır. Bunun yanında, 4857 sayılı İş K. m.66'ya göre; “işçinin işveren tarafından başka bir yere gönderilmesi veya işverenle ilgili herhangi bir yerde meşgul edilmesi suretiyle asıl işini yapmaksızın geçirdiği süreler iş süresinden sayılmaktadır”. Bahsi geçen kanuni düzenleme göz önüne alındığında, işçi işverenin talimatı ile eğitim toplantılarına katıldığından fiilen işverenin işini yapıyor sayılmaktadır. Tüm bunlardan bahisle, eğitimde geçirilen sürelerin fazla çalışma tespitinde dikkate alınması gerekmektedir.²⁸⁷

III.BELİRLİ ÜCRETLERE DAHİL EDİLEN FAZLA ÇALIŞMA ÜCRETLERİ

İş K. m.41/8'e göre, İşçi ve işveren arasında akdedilen iş sözleşmelerinde; işçi için belirlenmiş olan ücrete fazla çalışma ücretlerinin de dahil edilmesi mümkündür. Bu tür durumlarda, işçinin ücretine dahil olan fazla çalışma ücretinin ne kadar süreyle yapılan fazla çalışmanın karşılığı olduğu sözleşmede belirtilmemişse, bunun kanunen en yüksek sınırının yılda 270 saat olduğu kabul edilmektedir.²⁸⁸

İşçinin ücretine dahil olan fazla çalışmalar yıllık 270 saatin üzerinde olduğunda ve işçi tarafından yapılan fazla çalışma ispatlanabilir nitelikte bulunduğunda işçinin fazla çalışma ücretine hak kazanacağı Yargıtay tarafından da genel bir görüş haline getirilmiştir. Örneğin; Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, işçinin 270 saatlik yasal sınır üzerinde yaptığı fazla çalışmayı ispat etmesi halinde nüans olan fazla çalışma bedelinin ödenmesi gerektiği yönünde karara ulaşmıştır.²⁸⁹

Kanımızca yapılan bu düzenlemeler, asgari ücret alan bir işçi için geçerli olmamaktadır. Zira, asgari ücret işçilere normal çalışma karşılığı ödenen çalışma ücretidir ve sözleşmelerle buna fazla çalışma ücreti dahil edilemeyecektir.²⁹⁰

²⁸⁷ Aynı yönde bkz. **KÖSEOĞLU**, s.124; **AĞIR**, s.119

²⁸⁸ **AĞIR**, s.119

²⁸⁹ Y.9.HD. 2009/19722 E. 2009/38425 K. 29.12.2009 T.; Y.9.HD. 2008/44327 E. 2010/3385 K. 12.11.2010 T., (www.kazanci.com)

²⁹⁰ **EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN**, s.294

IV. ÜST DÜZEY YÖNETİCİ İŞÇİLERİN DURUMU

İşyerindeki üst düzey yönetici tıpkı diğer personel gibi işçi sayılmakta fakat normal bir işçinin aksine üst düzey yöneticinin hukuki bağımlılığının niteliği ve derecesi farklı olmaktadır. Üst düzey yönetici kavramının oluşabilmesi için işyerinde en yetkili kişi konumunda olmak gerekmekte ve en yetkili kişi konumunda olmak, somut olayın niteliğine göre değişiklik gösterebilmektedir. Örneğin, üst düzey yöneticiler işçi alıp çıkarmak, işyerinin bütününe sevk ve idare etmek, görev ve talimat vermek, diğer işçileri denetlemek ve çalışma saatlerini kendisi belirlemek gibi işveren niteliğine haiz yetkiler de kullanabilmektedir.²⁹¹

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, “huzurevinde genel koordinatör olarak çalışan davacı işçinin, işyerindeki en yetkili kişi konumunda çalıştığını” kabul etmiştir.²⁹² Bir başka kararında ise, mağazada satış müdürü olarak çalışmakta olan davacı işçinin üst düzey yönetici konumunda olduğuna ilişkin hüküm kurmuştur.²⁹³ Fakat Yargıtay’ın hukuk daireleri arasında görüş ayrılıkları mevcuttur. Nitekim Yargıtay 7. HD. bir kararında, mağaza müdürünün şirket merkezinden gelen emir ve talimatlar ile iş yaptığının anlaşılması halinde fazla mesai ücretine hak kazanabileceğini düzenlemiştir.²⁹⁴ Ek olarak Yargıtay, işletme müdürü²⁹⁵, fabrika müdürü²⁹⁶, bölge müdürü²⁹⁷, proje müdürü²⁹⁸, şantiye şefi²⁹⁹, banka müdürü³⁰⁰ gibi konumlarda çalışanları da üst düzey yönetici olarak saymıştır. Ayrıca Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, genel müdür yardımcısı olarak çalışılan süre için de fazla çalışma ücreti istenemeyeceğine hükmetmiştir.³⁰¹ Tüm bu içtihatların yanında Yargıtay satış temsilcilerinin iş yerindeki konumu hakkında karar vermiştir. Buna göre, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, satış temsilcilerinin çalışma saatlerini kendilerinin belirlemediğini savunarak fazla çalışma ücreti isteyebileceklerini hüküm altına almıştır.³⁰² Tüm bu kararlardan bahisle, Yargıtay’ın 7., 9. ve 22. Hukuk Dairesi olmak üzere üç iş dairesinde de kimlerin üst düzey yönetici olduğuna ilişkin bir uyum bulunmadığı açıktır.

²⁹¹ **ASTARLI**, s.54-55; **KARACAN**, s.130

²⁹² Y.9. HD., 2006/15189 E., 2006/20637 K., 11.07.2006 T., www.kazanci.com.

²⁹³ Y.9. HD., 2005/34647 E., 2006/5099 K., 28.02.2006 T., www.kazanci.com.

²⁹⁴ Y.7. HD., 2014/17328 E., 2015/10993 K., 04.06.2015 T., www.karararama.yargitay.gov.tr

²⁹⁵ Y.22. HD., 2016/30065 E., 2016/29571 K., 29.12.2016 T., www.karararama.yargitay.gov.tr

²⁹⁶ Y.9. HD., 2017/7826 E., 2017/21102 K., 12.12.2017 T., www.karararama.yargitay.gov.tr

²⁹⁷ Y.9. HD., 2015/660 E., 2016/6576 K., 17.03.2016 T., www.karararama.yargitay.gov.tr

²⁹⁸ Y.9. HD., 2015/27922 E., 2017/14778 K., 03.10.2017 T., www.karararama.yargitay.gov.tr

²⁹⁹ Y.9. HD., 2017/4780 E., 2017/8123 K., 08.05.2017 T., www.karararama.yargitay.gov.tr

³⁰⁰ Y.9. HD., 2011/50634 E., 2014/590 K., 20.01.2014 T., www.karararama.yargitay.gov.tr

³⁰¹ Y.22. HD., 2017/28002 E., 2017/14548 K., 15.06.2017 T., www.karararama.yargitay.gov.tr

³⁰² Y.9. HD., 2015/18444 E., 2017/21902 K., 20.12.2017 T., www.karararama.yargitay.gov.tr

İş Kanunumuzun çalışma sürelerine ilişkin bütün hükümleri üst düzey yönetici işçiler bakımından da uygulanmaktadır. Dolayısıyla fazla çalışan üst düzey yöneticilerin, bunlara ilişkin zamlı ücret talep edemeyeceklerine ilişkin kanunda herhangi bir düzenleme yoktur. Yargıtay, “üst düzey yönetici konumundaki işçilerin fazla çalışma iddialarını, işveren tarafından fazla çalışma yapması yönünde açık bir talimat bulunmadığı sürece³⁰³, çalışma saatleri ve günlerini kendileri ayarladıkları gerekçesiyle reddetmektedir”. Örneğin, bölge müdürünün çalışma saatlerini kendisinin belirlediğini gerekçe göstererek fazla çalışma iddiasını reddetmiştir.³⁰⁴

Ayrıca, üst düzey yöneticinin fazla çalışmaya ilişkin kayıtları bizzat tutması, ödeme belgeleri ile ücret bordrolarını kendisinin düzenlemesi de fazla çalışma iddialarının Yargıtay tarafından reddine yol açmıştır. Örneğin, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, bölge müdürü olarak çalışan ve çalışma saatlerini bizzat kendisi tespit edip, ödeme belgelerini buna göre düzenlettiren üst düzey yöneticinin fazla çalışma talebini çelişkili bulmuştur.³⁰⁵

Yargıtay’ın üst düzey yöneticilerinin fazla çalışma iddialarını reddettiği bir diğer durum ise üst düzey yöneticilerin yüksek ücretlerine ilişkindir. Yargıtay’a göre, asgari ücretin yedi katı tutarında maaş alan ve işyerinde yapılan satış rakamları üzerinden yüksek miktarda satış primi ödenen ve mesaisini kendi belirleyen davacının fazla çalışma ücreti isteği reddedilmiştir.³⁰⁶

Kanaatimizce yüksek ücret tek başına üst düzey yöneticiliğin unsurlarından biri olmamalıdır. Bir üst düzey yöneticinin hem yüksek ücret alması hem kendi çalışma saatlerini belirliyor olması o yöneticiyi fazla çalışma ücretini almaktan yoksun bırakmamalıdır. Nitekim ücreti yüksek olmayan fakat kendi çalışma saatlerini belirleyen, diğer işçilere emir ve talimat veren kişiler üst düzey konumunda sayılıp fazla çalışma ücretine hak kazanamayacaktır.³⁰⁷

Yargıtay son yıllarda işçinin üst düzey yönetici konumunda olup olmadığını tespit ederken, o işçinin üzerinde görev şeması dahilinde başka bir işçinin olup olmadığını, bu yönetici tarafından denetlenip denetlenmediğini araştırmaktadır. Nitekim Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, üst düzey yönetici konumunda olan bir işçiye aynı yerde görev ve talimat veren bir

³⁰³ Y.9. HD., 2010/4805 E., 2012/12361 K., 11.04.2012 T., www.kazanci.com.

³⁰⁴ Y.9. HD., 2004/27430 E., 2005/20192 K., 01.06.2005 T., www.kazanci.com. Aynı yönde bkz. Y.9. HD., 2005/18860 E., 2005/9549 K., 24.03.2005 T., “..mesaisini kendi ayarlayan müdürün fazla çalışma iddiası gerçekçi değildir..”.

³⁰⁵ Y.9. HD., 1997/12205 E., 1997/16187 K., 22.05.1997 T. Aynı yönde bkz. Y.9. HD., 1995/19525 E., 1995/30139 K., 03.11.1995 T.

³⁰⁶ Y.9. HD., 2006/34647 E., 2006/5099 K., 28.02.2006 T., www.kazanci.com.

³⁰⁷ ASTARLI, s.62-63

yönetici ya da şirket ortağı bulunması halinde, işçinin çalışma gün ve saatlerini kendisi belirleyemeyeceğinden bahisle yasal sınırları aşan fazla çalışmalar için fazla çalışma ücret hakkı doğar şeklinde karar vermiştir.³⁰⁸

BEŞİNCİ BÖLÜM

FAZLA ÇALIŞMANIN KARŞILIĞI

1. GENEL OLARAK

İşçi ve işveren arasında düzenlenen iş akitlerinde, işveren işçisinin iş görme edimi karşılığında belli bir ücret ödemektedir. Bu ücret işçinin normal çalışma karşılığı ücreti olarak adlandırılmaktadır. Bunun yanında, işveren işçisini haftalık 45 saatin üzerinde çalıştırdığında normal ücretinin yanı sıra o işçinin harcadığı emek ve mesai sebebiyle ayrıca ek bir ücret ödemesi yapmaktadır. İşçinin normal saatlerin üzerinde yapacağı işler için aldığı ücrete “fazla çalışma karşılığı ücret” denilmektedir.³⁰⁹

Fazla çalışmanın karşılığı işçiye iki şekilde verilmektedir. Bunlardan ilki, fazla çalışma karşılığının, kanunda yada sözleşmede belirtilen oranlar kapsamında artırılarak zamlı ücret şeklinde ödenmesidir. İkinci yol ise, 4857 s. İş Kanunumuz ile gelen yeni bir uygulama olup 1475 s. Kanun döneminden farklılık teşkil etmektedir. İlgili uygulamaya göre, işçi fazla çalışma karşılığını ücret şeklinde almak yerine serbest zaman olarak alabilmektedir.³¹⁰ Kanımızca, 4857 s. İş Kanunu ile getirilen bu yeni düzenleme işçiye fazla çalışma karşılığını almak konusunda seçimlik bir hak tanımış olmaktadır.

2. FAZLA ÇALIŞMA KARŞILIĞININ ÜCRET ŞEKLİNDE ÖDENMESİ VE FAZLA ÇALIŞMA ÜCRETİNİN HESAPLANMASI

Fazla çalışmalarda, işçi sosyal yaşamından fedakarlık ederek normal çalışmasına oranla daha fazla güç harcadığından bu çalışma karşılığının normal çalışma karşılığından daha tatminkar olması gerekmektedir. İş K. m. 41/2. ile FÇY m. 4 gereği, “her bir fazla çalışma için verilecek olan ücret, normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının yüzde elli yükseltilmesi suretiyle ödenecektir”. FÇY madde 4/2 de ise, “Fazla süreli çalışmalarda ise her

³⁰⁸ Y.9. HD., 2009/9576 E., 2011/7568 K., 21.03.2011 T., www.calismatoplum.org., 2011/4, s.280 vd.

³⁰⁹ TERZİ, s.2082; KARACAN, s.137

³¹⁰ KARACAN, s.137

bir saat fazla çalışma için verilecek ücret normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının yüzde yirmi beş yükseltilmesi suretiyle ödenecektir” şeklinde hüküm kurulmuştur.

Fazla çalışma ücreti, nispi emredici bir hüküm niteliği taşımaktadır. Belirtilen oran, yasal artırım oranı olup fazla çalışma ücretinin hesaplanmasında alt sınırı oluşturmaktadır. Bu nedenle işçi ve işveren tarafları, bu miktarın altında bir düzenleme yapamamaktadır. Fakat taraflar işçi yararını gözeterek iş akdi üzerinde yasal artırım oranının üzerinde fazla çalışma ücreti belirleyebilmektedir.³¹¹ Yargıtay, işverenin yüzde elli zamlı ücret yerine daha az bir oranda ödeme yapması vb. halleri kanunun emredici hükümlerine aykırı bularak böyle bir düzenlemenin işçiyi bağlamayacağını, tarafların aralarında kararlaştırdığı iş akdi gereği fazla çalışma ücretlerinin yüzde yüz zamlı ücret üzerinden ödenmesinde herhangi bir sakınca bulunmadığını hüküm altına almıştır.³¹²

I. Ücret Sistemlerine Göre Fazla Çalışma Ücreti Hesabı

Fazla çalışma ücretinin hesaplanmasında birden çok ücret sistemi yer almaktadır. Bunlardan ilki ve en yaygın olarak kullanılanı zamana göre ücrettir. Zamana göre ücret sisteminde, çalışma süresinin uzunluğuna göre belli bir ücret ödemesi yapılmaktadır. Örneğin, esas alınan zaman ölçüsü saat, gün, hafta veya ay olmasına göre saat ücreti, günlük ücret, haftalık ve aylık ücret şeklinde isimler almaktadır. Bu ücret sisteminde önemli olan belirlenmiş olan zaman dilimi için tespit edilecek olan ücretin ödenmiş olmasıdır. Kısacası, üretilen işin azlığı, çokluğu, niteliği gibi durumlar ücretin azalması ya da çoğalması gibi bir durum ortaya çıkarmayacaktır.³¹³

Fazla çalışma ücretinin hesaplanmasında kanun gereği, saat ücreti temel alınmış olup Fazla Çalışma Yönetmeliği m.5/2’ye göre, “fazla çalışma sürelerinin hesabında yarım saatten az olan süreler yarım saat, yarım saati aşan süreler ise bir saat” sayılmaktadır. Dolayısıyla yarım saat (30 dakika) olan fazla çalışmaları bir saat değil yarım saat olarak değerlendirmeye alınacaktır.³¹⁴

Fazla çalışma ücreti hesabında, işçinin normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarı esas alındığından herhangi bir hesaplama yapılabilmesi için ilk olarak işçinin saat

³¹¹ EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.293; KARACAN, s.139

³¹² Y.9. HD., 2007/34216 E., 2009/111 K., 19.01.2009 T., www.kazanci.com.

³¹³ KARACAN, s.142

³¹⁴ SOYER, s.801

başına düşen normal ücret miktarı bulunmaktadır. Daha sonra bulunan bu miktar %50 artırılarak ulaşılan sonuç işçinin fazladan çalıştığı saat sayısı ile çarpılarak fazla çalışma ücreti olarak ödenmektedir.³¹⁵

Günlük ücret kararlaştırılmış ise, kararlaştırılan günlük ücret gün içerisinde işte geçirilen saat sayısına bölünerek öncelikli olarak saat başına düşen ücret bulunmaktadır. Daha sonra bu sonuç %50 artırılarak bir saatlik fazla çalışmanın karşılığı bulunur ve bulunan bu miktar ile fazla çalışılan süre çarpılarak toplam fazla çalışma miktarına ulaşılmaktadır.

Haftalık ücret kararlaştırılmış ise, haftalık ücret bir hafta için kararlaştırılan normal çalışma süresine bölünerek saat başına düşen normal ücret bulunur ve bu şekilde bulunan rakamın %50 artırılması ile elde edilen meblağ fazla çalışılan saat sayısı ile çarpılarak toplam fazla çalışma ücreti hesaplanmaktadır. Cumartesi günü işyerinin tamamen ya da kısmen tatil olması haftalık ücret tutarında değişikliğe neden olmamaktadır.

Aylık ücret, uygulamada en çok karşılaşılan ücret şekli olarak karşımıza çıkmaktadır. Aylık ücretlerde, işçi o ay hasta, izinli, raporlu vb. nedenlerden işe gitmese dahi ücretinde herhangi bir kesinti olmadan aylık ücretinin tamamının işveren tarafından ödendiği bir ücret türüdür. Aylık ücret hesabında, gün sayısı değil ayın kendisi esas alınmaktadır. Dolayısıyla ayın kaç gün çektiği önemli olmamaktadır. Aylık ücrette fazla çalışma ücretinin hesaplanabilmesi için, saat ücretinin bulunması gerekmektedir. Aylık ücretin otuzda biri olan günlük ücretin yedi buçukta biri saat ücretini vermektedir. İşçinin aylık çalışmasında, bir ay otuz gün kabul edildiğinden $30 \times 7.5 = 225$ saat sayılmalıdır. İşçinin aylık ücretinin iki yüz yirmi beşe bölünmesiyle saatlik ücret ortaya çıkmaktadır. Ulaşılan bu rakam %50 arttırılarak fazla çalışılan saat sayısı ile çarpılıp normal ücrete eklendiğinde aylık fazla çalışma ücreti hesaplanmış olmaktadır.³¹⁶

Kısa bir örnekle belirtmek gerekirse;

Bir işçinin aylık brüt maaşı 2.250 TL olup ayda 12 saat fazla çalışma yaptığı biliniyorsa;

$2.250 \text{ TL} / 225 (30 \times 7.5) = 10 \text{ TL}$ (işçinin bir saatlik ücreti)

10×1.5 (%50 artırılmış ücret $1 + 0.50 = 1.5$) = 15 TL

15×12 (aylık fazla çalışma sayısı) = 180 TL

(180 TL = işçinin bir ayda yaptığı 12 saatlik fazla çalışma ücret bedelidir.)

³¹⁵ KARACAN, s.143

³¹⁶ ÖZCAN, s.778; KARACAN, s.143

Yapılan işin sonucuna göre hesaplanan ücrete “akort ücret” denmektedir. Akort ücret sisteminde ücret, parça sayısı, büyüklük, uzunluk veya ağırlık gibi birimlere göre saptanır. Götürü ücrette, yapılan işin sonucuna göre belirlenen bir akort ücret şeklidir. Akort ücretin kararlaştırıldığı hallerde, fazla çalışma ücretinin miktarı, fazla çalışılan süre içerisinde üretilen birim (parça, ağırlık, uzunluk vs.) sayısı, o birim için tespit edilen ücretin %50 fazlası (fazla sürelerle çalışmalarda %25) ile çarpılarak hesaplanmaktadır. Bu yöntem, işçinin fazla çalışma süresince işçinin ürettiği parça başına veya yapılan iş tutarına göre hesaplanmasında zorluk çekilmeyen haller için kullanılır. Götürü ücretin kararlaştırıldığı durumlarda olduğu gibi, fazla çalışma süresi içerisinde işçinin ürettiği miktarın tam olarak tespit edilemediği yahut tespit edilmesinin zor olduğu 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 ücreti olarak karşımıza çıkacaktır (FÇY m.4/3). Yargıtaya göre, fazla çalışmaların %150 değil, sadece %50’lik kısmı zamlı kısmının sabit ücretinden hesaplanarak hüküm altına alınmalıdır. Bunun nedeni işçinin yapmış olduğu çalışmaların karşılığının bir katını normal çalışma ücreti üzerinden almış olmasıdır.³¹⁷

İş K. m. 51/1 ile Yüzde Yön. m.4’e göre, Yüzde usulü ücret genellikle, otel lokanta, eğlence yerleri ve benzeri yerler ile içki verilen ve hemen orada yenilip içilmesi için çeşitli yiyecek satan yerlerde uygulanan bir yöntem olarak karşımıza çıkmaktadır. Yüzde usulünün uygulandığı işyerlerinde, işveren tarafından servis karşılığı veya başka isimlerle müşterilerin hesap pusulalarına yüzde eklenmekte veya ayrı şekillerde alınan paralarla kendi isteği ile müşteri tarafından işverene bırakılan yahut da onun kontrolü altında bir araya toplanan paraların, işveren tarafından toplanarak işyerinde çalışan tüm işçilere eksiksiz olarak ödemesi gerekmektedir” .

Yüz. Yön. m.4/1’e göre, Yüzde usulünün uygulandığı işyerlerinde fazla çalışma ücreti, 4857 sayılı İş Kanununun 51 inci maddesinde öngörülen yönetmelik hükümlerine göre ödenir. Bahsi geçen kanun ve yönetmeliğe göre, yüzde usulünde puan sistemi esas alınıp, ücretler bu puan sistemine göre belirlenmektedir. Bu durumda yüzde usulüne göre çalışan bir işçinin fazla çalışma ücretinin bulunabilmesi için öncelikli olarak, saat başına düşen puanının bulunması gerekmektedir. Bu bağlamda, fazla çalışma (fazla sürelerle çalışma) yapan işçinin, fazla çalışma (fazla sürelerle çalışma) saatlerine ait puanları, normal çalışma puanlarına eklenerek toplam

³¹⁷ Y.9. HD., 2006/13733 E., 2006/3302 K., 14.12.2006 T., www.calismatoplum.org., 2007/3, s.261-262 vd.

puanları elde edilir. Yüz. Yön. m.5/4-5 gereği, Toplam puan bulunduğunda, bulunan rakam ödeme dönemi içerisindeki yüzdelerden elde edilen paya bölünerek puan başına düşen birim ücret bulunur ve her bir işçi o dönem içerisinde topladığı puanın, birim ücret ile çarpımı sonucu bulunan miktar kadar ücrete hak kazanır. Bu ücret, işçinin normal çalışma ücreti ile fazla çalıştığı saatlerin zamsız olarak toplamından oluşmaktadır. Bulunan bu rakama işçinin fazla çalıştığı dönemdeki zamlı ücreti dahil olmadığından, yüzdelerden ödenen fazla çalışmanın zamsız karşılığı ile zamlı olarak ödemesi gereken ücret arasındaki fark, işveren tarafından ödenir.³¹⁸

II. Fazla Çalışma Ücreti Hesabında Esas Alınan Ücret ve Ödenmesi

Yargıtay'ın yerleşik içtihatları gereği, fazla çalışma ücreti ait olduğu dönem ücretiyle hesaplanmaktadır ve son ücrete göre hesaplama yapılması doğru olmamaktadır.³¹⁹ Ücretlerin belirlenmesinde, tarafların sunduğu delillerin kuşku uyandırması halinde Yargıtay meslek odalarından görüş alınmasını da uygun bulmuştur. Meslek odalarından görüş alınamaması ya da fazla çalışma yapılan dönemlerdeki ücretlerin belirlenememesi halinde bu dönemler için asgari ücret üzerinden hesaplama yapılması doğru bulunmaktadır.³²⁰

Normal çalışma ücretlerinin en geç bir ay içerisinde işveren tarafından işçisine ödenmesi gerekmektedir. Fazla çalışma ücretleri de esas ücretle birlikte verildiğinden onlarında en geç bir ay içerisinde işçiye ödenmesi gerekmektedir. Bazı durumlarda, fazla çalışma ücretlerinin ödenmesi bir sonraki aylara sarkabilmektedir. Denkleştirme döneminin uygulandığı hallerde, işçinin fazla çalışma yapıp yapmadığı ancak dönem sonunda mümkün olacağından, dönem içerisinde ücrette değişiklik meydana gelmiş olsa bile fazla çalışmaların karşılığı dönem sonundaki ücret üstünden ödenmektedir.³²¹

Fazla çalışma ücreti çıplak ücret üzerinden hesaplanmaktadır. Ancak taraflar yapacakları bir anlaşma ile de çalışma ücretinin giydirilmiş ücret üzerinden hesaplanacağını kararlaştırabilmektedir.³²² Yargıtay tarafından genel görüş haline getirilen uygulamaya göre, davacı yan tarafından talep edilen fazla çalışma ücretinin net mi brüt mü olduğu belirtilmediğinde, bu fazla çalışma ücretinin brüt olarak talepte bulunulduğunu kabul etmek gerekmektedir.³²³ Nitekim Yargıtay, mahkeme tarafından hükmedilmiş olan işçi alacağının net

³¹⁸ NARMANLIOĞLU, s.659, KARACAN, s.147

³¹⁹ ÇİÇEK, s.198

³²⁰ NARMANLIOĞLU, s.660, KARADEMİR/EKİNCİ, s.80, KARACAN, s.152; Y.9. HD., 2016/13228 E., 2016/10547 K., 27.04.2016 T.; Y.9. HD., 2009/5264 E., 2011/5883 K., 03.03.2011 T.; Y.9. HD., 2007/38524 E., 2009/7580 K., 23.03.2009 T., www.kazanci.com.

³²¹ EKMEKÇİ, s.46; KARACAN, s.154

³²² KARADEMİR/EKİNCİ, s.81; AKYİĞİT, s.12

³²³ Y.7. HD., 2013/17310 E., 2013/10991 K., 11.06.2013 T., www.kazanci.com.

veya brüt olduğunun belirtilmemesi infazda tereddüte yol açacağından bozma nedeni olarak görmüştür.³²⁴

Fazla çalışma ücreti kural olarak nakden ödenmektedir. İş K. m.32/2'ye göre, ücret, prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit alacak kalemi kural olarak, Türk parası ile işyerinde veya özel olarak açılan bir banka hesabına ödenmektedir.

Eski düzenlemeye göre normal ücretin yabancı para cinsinden ödeneceği kararlaştırılmış ise “aynen ödeme kaydı”nın bulunması halinde, gerek esas ücretin gerekse fazla çalışma ücretinin yabancı para cinsinden ödenmesi gerekmektedir. Fakat, 06.10.2018 tarih ve 60557 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karara İlişkin Tebliğ (Tebliğ No: 2008-32/34)’de Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ (Tebliğ No: 2018-32/52)’in 8. maddesinin 3. fıkrası, Türkiye’de yerleşik kişilerin (yurt dışında ifa edilecekler dışında kalan), kendi aralarında akdedecekleri, iş sözleşmelerinde sözleşme bedelini ve bu sözleşmelerden kaynaklanan diğer ödeme yükümlülüklerini döviz cinsinden veya dövizle endeksli olarak kararlaştıramayacaklarını hüküm altına almıştır. Bu düzenleme ve İş K. m.32/2 gereği; ücret, prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkak, yabancı para olarak kararlaştırılmış olsa dahi ödeme günündeki rayice göre Türk parası ile ödenecektir.

Aynı kanunun 2. maddesine göre de, kararın yayım tarihinden, yani 13.09.2018 tarihinden itibaren 30 gün içerisinde ve daha öncesinde yapıp yürürlükte olan sözleşmeler içerisinde döviz cinsinden kararlaştırılan bedeller, Hazine ve Maliye Bakanlığınca belirlenen haller dışında, Türk parası olarak yeniden belirlenecektir.³²⁵

İş K. m.32/3’e göre, emre muharrer senet, kupon veya yurtda geçerli parayı temsil ettiği iddia edilen bir senet ile yahut diğer herhangi bir şekilde ücret ödemesi yapılamayacaktır. Dolayısıyla fazla çalışma karşılığı oluşan ücretler de bono, kupon vb şekillerde ödenemeyecektir.

III. Fazla Çalışma Ücretini Ödeme Yükümlüsü

İş K. m.32/1 gereği, “işçinin ücretini ödemekle kural olarak işveren yükümlüdür”. Bu durumda, işçiye fazla çalışma karşılığını ödeyen taraf işveren olmaktadır. Kural olarak, fazla çalışma ücretinin ödenmesinde görülen işten doğrudan yararlanan işveren sorumlu olmaktadır fakat alt işveren, geçici iş ilişkisi, iş yerinin veya iş sözleşmesinin devri halleri özellik arz etmektedir.³²⁶

³²⁴ Y.9. HD., 2014/31150 E., 2016/4926 K., 07.03.2016 T., www.emsal.yargitay.gov.tr.

³²⁵ KAPLAN, s.169-171

³²⁶ NARMANLIOĞLU, s.661, KARACAN, s.158 vd.

İş K. m.2/6 gereği, “alt işveren ilişkisinin söz konusu olduğu hallerde, asıl işveren işçinin fazla çalışma ücretinden, alt işverenle birlikte müştereken ve müteselsilen sorumlu tutulmaktadır”. İş K. m.36/5 gereği, “işverenler, alt işverene iş verdikleri takdirde alt işveren işçilerinin ücretlerinin ödenip ödenmediğini işçinin başvurusu üzerine veya aylık olarak resen kontrol etmekle ve varsa ödenmemiş ücretleri hak edişlerinden keserek işçilerin banka hesabına yatırmakla yükümlü tutulmaktadır”. Ücret, Prim, İkramiye ve Bu Nitelikteki Her Türlü İstihkakın Bankalar Aracılığıyla Ödenmesine Dair Yönetmelik’in 10. maddesine göre, “İşyerleri ve işletmelerinde İş Kanunu hükümlerinin uygulandığı işverenler ile üçüncü kişilerin, Türkiye genelinde çalıştırdıkları işçi sayısının en az 10 olması halinde, çalıştırdıkları işçiye o ay içinde yapacakları her türlü ödemenin kanuni kesintiler düşüldükten sonra kalan net tutarını, bankalar aracılığıyla ödemekle yükümlü” tutulmuşlardır.

İş K. m.6/1-3’e göre, “İşyerinin tümünü yahut bir kısmının hukuki prosedürle devri halinde, devir tarihinde işyerinde mevcut olan iş akitleri tüm hak ve borçları ile devralan işverene geçeceği, devreden işverenin ise devirden önce doğmuş ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan, 2 yıl süreyle, devralan işverenle birlikte sorumlu olacağı hüküm kapsamına alınmıştır”. Bu durumda devirden önde doğmuş bulunan fazla çalışma karşılıkları dahil ücret alacakları, ubgt ücretleri, hafta tatil ücretleri ile diğer işçilik alacaklarından devralan ve devreden iki yıl birlikte sorumlu olmaktadır. Devir tarihinden sonra doğan veya muaccel olan işçi alacaklarından ise devralan işveren tek başına sorumlu olup bu alacaklardan devreden işveren sorumlu tutulmamaktadır.³²⁷

Ticari şirketlerin, birleşme, bölünme veya tür değiştirmesi yoluyla dönüşmesi bir işyeri devri sonucunu doğuruyorsa, devredilen işyerindeki işçilerin iş ilişkilerinin devralan işverene geçişinde TTK m.178 uygulanmalı, TTK m.178’de öngörülmeyen hallerde İş K. m. 6 uygulanmalıdır. Böyle bir uygulamanın sebebi, TTK m.178’in, İş K. m.6’ya göre sonradan yürürlüğe giren daha özel nitelikli bir hüküm olması nedeniyle uygulama önceliğine sahip olduğunun savunulmasıdır. TTK m.178’in İş K. m.6’dan farkı, işçiye itiraz hakkı ve alacaklarının teminat altına alınmasını isteme hakkı tanınması, devreden ve devralan işverenlerin müteselsil sorumluluğunu herhangi bir süreye bağlamaması, birleşme, bölünme ve tür değiştirmede müteselsil sorumluluğu kabul etmesidir.³²⁸

³²⁷ KARACAN, s.160; Aynı yönde bkz. Y.9. HD., 2009/7084 E., 2011/6085 K., 04.03.2011 T., www.calismatoplum.org, 2011/4, s.322 vd.

³²⁸ MOLLAMAHMUTOĞLU, s.286-288; KARACAN, s.162-163

Geçici(ödünç) iş ilişkisi, bir işverenin kendi işçisini, rızasını alarak, geçici ve nispeten kısa bir süre çalışmak üzere bir başka işverenin emrine vermesiyle kurulmaktadır.³²⁹ Geçici iş ilişkisinin kurulduğu yerlerde, sürekli işverenin işçisine ücret ödeme yükümlülüğü devam etmekle birlikte, geçici iş ilişkisi kurulan işverenin de işçinin kendisinde çalıştığı süre itibarıyla doğan ücretinden sorumlu olduğu hüküm altına alınmıştır (İş K. m.7/3). Kanımızca kanunda belirtilmiş olan ücret hem sürekli işveren hem de geçici işverenin ödeme yükümlülüğüne giriyor ise aynı durumun fazla çalışma ücretleri içinde geçerli olması gerekmektedir.

İş sözleşmesinin devri, sözleşmenin tüm hak ve borçlarıyla bir kül halinde başka bir işveren tarafından üstlenilmesi olarak tanımlanmaktadır. Kül halinde geçişte hukuki olarak halefiyet durumu ortaya çıkmaktadır.³³⁰ İş sözleşmesinin devri, 4857 sayılı İş Kanunu’muzda düzenleme altına alınmamıştır. Yargıtay bu konuyla ilgili olarak iş yeri devrine ilişkin hükümleri kıyasen uygulamaktadır. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin vermiş olduğu bir karara göre, “İş Kanunu’nun 6. Maddesi uyarınca gerek işyerinin devrinde gerekse iş sözleşmesinin devrinde, devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan, devreden ve devralan işveren müteselsilen sorumludur. Ancak devreden işverenin bu yükümlülüklerden doğan sorumluluğu, devir tarihinden itibaren iki yıl ile sınırlıdır.”³³¹

3. FAZLA ÇALIŞMANIN SERBEST ZAMANLA KARŞILANMASI

1475 sayılı İş Kanunu’ndan farklı olarak, 4857 sayılı İş Kanunu’nun getirdiği en önemli yeniliklerden biri, fazla çalışma ve fazla saatlerle çalışma yapan işçinin, yaptığı fazla çalışmalar karşılığında zamlı ücret yerine serbest zaman kullanmasıdır. İş K. m.41/4’e göre, “işçi, fazla çalışma karşılığı olarak serbest zaman talep etmesi halinde, fazla çalıştığı her saat karşılığında bir saat 30 dakikayı, fazla sürelerle çalıştığı her saat karşılığında bir saat 15 dakikayı serbest zaman olarak kullanabilmektedir”. Kanımızca bahsi geçen serbest zaman, işçi nezdinde seçimlik bir hak olarak ortaya çıkmakta olup işçi lehine düzenleme altına alınmış bir hüküm olmaktadır.

³²⁹ MOLLAMAHMUTOĞLU, s.365

³³⁰ KARACAN, s.165 vd.

³³¹ Y.9. HD., 2011/37591 E., 2013/32119 K., 09.12.2013 T., www.kazanci.com

İşçinin fazla çalışma ve fazla sürelerle yaptığı çalışmalar yerine serbest zaman kullanması, işçinin günlük çalışma süresi içerisinde yer almamaktadır. Kısaca serbest zaman, günlük çalışma süresinden sayılmamaktadır. Bunun nedeni İş K. m.66'nın günlük çalışma süreleri başlığında serbest zamana yer verilmemiş olmasından kaynaklanmaktadır. Burada kullanılacak olan serbest zaman, işçinin sağlık durumunu muhafaza edebilmek için zamlı ücret yerine kullanılabilen ve ücret kaybı oluşturmeyen bir istirahat zamanı olarak görülmektedir.³³²

4857 s. İş Kanunu işçiye tanınan bu serbest zaman kullanma imkanı, yalnızca normal fazla çalışma dönemleri için geçerlidir. Bu durumda işçi, zorunlu ve olağanüstü nedenlerle yaptığı fazla çalışma dönemlerinde zamlı ücret almak yerine işverenden serbest zaman isteme hakkını kullanamayacaktır. Bunun nedeni, zorunlu nedenlerle fazla çalışmanın düzenlendiği 42. madde ile olağanüstü nedenlerle fazla çalışmanın düzenlendiği 43. maddenin serbest zaman hükmüne atıf yapmamasından kaynaklanmaktadır.³³³ Öğretide de bu durum sıkça eleştirilmekle birlikte, kanımızca olağanüstü ve zorunlu fazla çalışma dönemlerinde de fazla çalışma yaptırılması halinde işçiye serbest zaman hakkının tanınması hakkaniyet gereğidir.³³⁴

I. Serbest Zamanın Kullandırılmasında İşçinin Talebi

İş K. m.41/4'e göre, "Fazla çalışma (veya fazla sürelerle çalışma) yapan işçi isterse, bu çalışmalar karşılığı zamlı ücret yerine serbest zaman kullanabilmektedir". Fazla çalışma karşılığı olarak zamlı ücret almak yerine işverenden serbest zaman kullandırılmasını isteme hakkı işçinin seçimlik haklarından ve işçinin isteğine bağlanmıştır. Bu durumda, işçinin serbest zaman isteme hakkı işveren tarafından teklif edilemeyeceği gibi seçme hakkı sözleşmeyle bile olsa işveren yönüne bırakılmamaktadır.³³⁵ Dolayısıyla, işçinin serbest zaman istemesi halinde işverenin bunu reddetme hakkı bulunmamakta olup işveren bu hakkı kullandırmak zorundadır.³³⁶

³³² KARACAN, s.184

³³³ GÜNAY, s.1850; NARMANLIOĞLU, s.663-664; ÇİL, s.63

³³⁴ Aynı yönde bkz; SOYER, s.804

³³⁵ KARACAN, s.185

³³⁶ NARMANLIOĞLU, s.665

Fazla Çalışma Yönetmeliği'nin 6. maddesinin 1. ve 2. fıkrasına göre, fazla çalışmaları karşılığı serbest zaman kullanma hakkı doğan işçi, altı ay içinde, işverene önceden yazılı olarak başvurma koşuluyla bu hakkını kullanabilmektedir. Buradaki yazılılık koşulu geçerlilik şartı olarak kabul edilmemekle birlikte işçi işverenden yazılı veya sözlü olarak serbest zaman talebinde bulunabilmektedir. Nitekim bu talebin işverene yazılı olarak iletilmesi, öğretide hem işçi hem de işverenin lehine ispat kolaylığı sağlayacağı düşünülmektedir.³³⁷

İşçinin hakkı olan serbest zamanı, altı aylık süreç içerisinde işverene önceden yazılı olarak bildirmemesi halinde serbest zaman hakkına ne olacağı konusu öğretide görüş ayrılığına neden olmuştur. Öyleki, NARMANLIOĞLU'na göre, “altı aylık sürenin hak düşürücü bir süre olarak değerlendirilmesi gerektiği bu nedenle de altı aylık süre içerisinde işverene yazılı olarak başvurmayan işçinin serbest zaman hakkının düştüğü” kabul edilmektedir.³³⁸ ÇİL'e göre, “işverence altı aylık süre içerisinde serbest zamanın kullandırılmaması halinde bu hakkın ortadan kalkmayacağı ve işçinin dilerse daha sonra serbest zaman kullanabileceği” ileri sürülmüştür.³³⁹ Kanımızca işçinin serbest zaman talebi olmasına rağmen, işveren, haklı objektif bir nedene dayanarak işçisine serbest zaman kullandıramıyor ise bu durum işçinin serbest zaman talebini red sayılmamalıdır. Nitekim serbest zaman kullanma hakkı işçiye verilmiş seçilmiş bir hak olduğundan, işçi 6 aylık serbest zaman kullanma hakkından vazgeçerek ücret talep etme hakkına sahiptir.

II. Serbest Zamanın Süresi ve Kullandırılması

İş K. m.41/5'e göre, işçi hak ettiği serbest zamanı altı ay zarfında, çalışma süreleri içinde ve ücretinde bir kesinti olmadan kullanmaktadır. FÇY m.6/3 gereği, kanundan veya sözleşmelerden kaynaklanan tatil ve izin günlerinde serbest zaman kullandırılmaz. İş Kanunu ve Fazla Çalışma Yönetmeliği'ne bakıldığında, bu hakkın kullanılması serbest zamanın doğumundan itibaren 6 aylık bir süreyle sınırlandırılmıştır. Serbest zaman için işçiye ne kadarlık bir süre verileceği ise işçinin her saat karşılığı yaptığı fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışmaya göre bulunacaktır. İş K. m.41/4'e göre, işçi, fazla çalıştığı her saat karşılığında bir saat 30 dakikayı, fazla sürelerle çalıştığı her saat karşılığında ise bir saat 15 dakikayı serbest zaman olarak kullanabilecektir.

³³⁷ KARADEMİR/EKİNCİ, s.85; AKYİĞİT, s.23

³³⁸ NARMANLIOĞLU, s.664; KARACAN, s.187

³³⁹ SOYER, s.802; ÇİL, s.74; GÜNAY, Şerh, s.1847

İşçinin serbest zaman kullanma hakkı fazla çalışma yapıldığı anda doğarken, serbest zamanı kullanma yönündeki talep hakkı ise fazla çalışma yapıldığının tespit edilmesi ile doğmaktadır. İşçinin fazla çalışma yapıp yapmadığı, normal haftalık çalışma döneminin uygulandığı hallerde hafta sonunda, denkleştirme döneminin uygulandığı hallerde ise denkleştirme döneminin sonunda belli olmaktadır. Buna göre denkleştirme dönemi içerisinde serbest zaman kullanımı söz konusu olamayacaktır. Bunun nedeni denkleştirme süresi boyunca, bir iş yerinde fazla çalışma yapıp yapılmadığının tespitinin güç olmasıdır. İlgili tespit ancak denkleştirme sonunda yapılabileceğinden serbest zaman talebi de denkleştirme süresi sonunda yapılabilecektir.³⁴⁰ Örneğin, ilk hafta 50 saat, ikinci hafta 55 saat, üçüncü hafta 40 saat, dördüncü hafta 35 saat, beşinci hafta 55 saat çalışılan ve beş haftalık bir denkleştirme uygulaması olan bir işyerinde haftalık ortalama çalışma süresi 47 saat olmaktadır. Buna göre işçiler beş haftalık denkleştirme süresi boyunca toplam 10 saat fazla çalışma yapmış olacaktır. İşçilerin 10 saat fazla çalışma yaptıkları denkleştirme dönemi sonunda belli olduğundan 10 saatlik fazla çalışmanın zamlı ücreti yerine 15 saat serbest zaman kullanmayı talep edebileceklerdir.

Bahsi geçen serbest zamanı kullanıp kullanmamak işçinin talebi ve iradesi doğrultusunda olup, talebi halinde altı aylık sürenin hangi tarihlerde kullanılabileceği tayin yetkisi işverene aittir. İşveren bu yetkisini iş işleyişinin gereklerine göre örneğin yoğun üretim haftası dışında bir dönem için kullanabilmektedir. FÇY m.6/3 gereği, “işveren işçisine serbest zamanı, ulusal bayram ve genel tatil günlerinde veremeyeceği gibi işçinin yıllık iznine denk gelerek kullandıramayacaktır”. FÇY m.6/2’ de ise, “işçi serbest zamanını işverenin, işin veya işyerinin gereklerine uygun şekilde belirlediği tarihten itibaren, iş günleri içerisinde aralıksız ve ücretinde herhangi bir kesinti olmaksızın kullanmaktadır” hükmü yer almıştır. Serbest zamanın aralıksız şekilde kullandırılması öğretide eleştirilmiştir. SOYER’e göre, “İşçinin menfaati için geliştirilen serbest zaman uygulamasının sınırlandırılması, serbest zaman verilmesinin amacına aykırı düşmektedir”.³⁴¹ KARACAN’a göre, “İşçi altı aylık dönemde, serbest zamana kişisel ve ailevi nedenlerle farklı zamanlarda ihtiyaç duyabilmektedir. Bu nedenle aralıksız serbest zaman uygulaması yerinde değildir”.³⁴²

³⁴⁰ ÇİL, s.74

³⁴¹ SOYER, s.804

³⁴² KARACAN, s.189

Serbest zaman uygulamasında bir diğer konu ise, fazla çalışma karşılığı olarak belirlenen fazla çalışma ücreti veya serbest zaman kullanma hakkına sahip olan işçinin bu hakkını bölerek kullanabilmesinin mümkün olup olmadığıdır. Başka bir deyişle, işçi fazla çalışma karşılığının bir kısmını zamlı ücret kalan kısmını ise serbest zaman olarak kullanabilecek midir? Öğretide çoğunluğun savunduğu görüşe göre, işçi fazla çalışma neticesinde doğan haklarının bir kısmını zamlı ücret diğer kısmını ise serbest zaman şekline bölerek kullanabilmelidir.³⁴³ Kanımızca da, işçinin fazla çalışma yapması nedeniyle hak ettiği zamlı ücret ve serbest zamanın birlikte kullanılması işveren yönünü herhangi bir hak kaybına uğratmayacak aksine işveren zamlı ücretin bir kısım ödemesinden bu yolla kurtulmuş olacaktır.

İşçi, altı aylık süresi içerisinde işverene serbest zaman istediğine dair yazılı başvuru da bulunmasına rağmen, serbest zaman herhangi bir nedene dayanılarak işverence altı ay içinde kullandırılmamışsa, işçinin serbest zaman kullanma hakkı ortadan kalkmayacaktır, ancak işçi bu halde serbest zaman kullanamayacağını düşünüp serbest zaman kullanmayı tercih etmek yerine zamlı ücret talep etme hakkına sahip olacaktır.³⁴⁴ Aynı şekilde, serbest zaman talep eden işçi, altı aylık süreçte bu hakkını kullanmadan işverenle anlaşarak serbest zaman isteğinden dönebilme hakkına da sahiptir.³⁴⁵

İşçinin süresi içerisinde yazılı olarak serbest zaman talebinde bulunması fakat işverenin bu talebi yerine getirmemesi halinde işçi, iş akdini haklı olarak sonlandırma hakkına sahiptir.³⁴⁶

İş sözleşmesinin sona ermesi nedeniyle serbest zaman kullandırılmasının fiilen imkansız hale gelmesi halinde, fazla çalışma karşılığı olarak işçiye zamlı ücret ödemesi yapılması gerekmektedir. Böyle bir durumda sözleşmenin hangi nedenle, kim tarafından sona erdirildiği önem arz etmemektedir.³⁴⁷

³⁴³ KARADEMİR/EKİNCİ, s.86; AKYİĞİT, s.22; NARMANLIOĞLU, s. 664

³⁴⁴ EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.294

³⁴⁵ KARACAN, s.189

³⁴⁶ KARADEMİR/EKİNCİ, s.86

³⁴⁷ GÜNAY, Şerh, s.1849; SOYER, s.804; ÇİÇEK, s.199; KARADEMİR/EKİNCİ, s.87

4. FAZLA ÇALIŞMA KARŞILIĞININ VERİLMEMESİNİN SONUÇLARI

I. HUKUKİ SONUÇLARI

A. İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı

İş K. m.34/1'e göre, "ücreti ödeme gününden itibaren yirmi gün içinde mücbir bir neden dışında ödenmeyen işçi, iş görme borcunu yerine getirmekten kaçınabilir. Bu nedenle kişisel kararlarına dayanılarak iş görme borcunu yerine getirmemeleri sayısal olarak toplu bir nitelik kazansa dahi grev olarak nitelendirilemez" hükmüne yer verirken, aynı maddenin ikinci fıkrası ise, "işçinin iş görmekten kaçınma hakkını kullanması halinde, işveren işçilerin iş akitlerini çalışmadıkları için feshedemeyeceği gibi işçinin yerine yeni işçi alamaz ve bu işleri başkalarına yaptıramaz" hükmünü düzenlemiştir.

İlgili kanun fıkrasına göre, iş görmekten kaçınma hakkının kullanılması için ilk koşul fazla çalışma ücretini "muaccel" hale getirmektir. Fazla çalışma ücreti, asıl ücretin ödeme zamanını takip ettiğinden buradaki yirmi günlük süre asıl ücretin ödenmesi gereken tarihten itibaren başlamaktadır. İkinci koşul, ücretin gününde ödenmemesidir. Burada önemli olan ücretin hiç veya kısmen ödenmemesidir. Kısaca ücretin bir kısmının ödenmiş olması, işçinin iş görmekten kaçınma hakkını kullanmasına etki etmemektedir. Üçüncü koşul ise, ücretin gecikmesi veya hiç ödenmemesi konusunda işverenin herhangi bir mücbir sebebe dayanmamış olmasıdır. Mücbir sebep, önüne geçilmesi olanaksız, önceden sezilemez, karşı konulamaz ve harici bir etkenden ileri gelmiş olaylar şeklinde tanımlanmıştır.³⁴⁸ Örneğin, deprem, sel baskını gibi doğal afetler ve yangın gibi olaylar mücbir sebep olarak kabul edilmektedir.³⁴⁹

Mücbir nedenlerin söz konusu olduğu hallerde işçi iş görmekten kaçınma hakkını kullanamaz. İşverenin mücbir nedenin varlığını işçisine bildirmesine rağmen, işçisinin bu durumu fırsat bilerek iş görmekten kaçınması, işverene iş sözleşmesini İş K. m.25/2-h nezdinde haklı nedenle feshetme imkanı tanımaktadır.

İşçi dilerse, iş görme borcunu yerine getirmemek için öngörülen yirmi günlük süreyi beklemeksizin iş sözleşmesini haklı nedenle feshetme imkanına da sahiptir (İş K. m.24/II-e).

³⁴⁸YHGK., 2012/11-1096 E., 2013/382 K., 20.03.2013 T., www.kazanci.com

³⁴⁹ KARACAN, s.189

B. İşçinin İş Sözleşmesini Fesih Hakkı

İşçinin fazla çalışma alacağı, tıpkı ücret gibi işçinin vazgeçilmez bir alacağı konumuna sahiptir. İş K. m.24/II-e gereği, ücreti, işveren tarafından kanun hükümleri veya sözleşme şartlarına uygun olarak hesap edilmeyen ve ödenmeyen işçi, süresi belirli olsun veya olmasın, iş sözleşmesini, sürenin bitiminden önce veya bildirim süresini beklemeksizin haklı nedenle derhal feshedebilecektir. Hükümden anlaşılacağı üzere, fazla çalışma ücreti yalnızca ödenmediği hallerde değil aynı zamanda eksik hesaplandığı hallerde de işçiye iş sözleşmesini haklı olarak feshetme imkanı vermektedir.³⁵⁰

C. İşçinin Fazla Çalışma Ücretini Yargısal Yolla Talep Etme Hakkı

İşçi, iş sözleşmesini haklı nedenle feshettikten sonra dava yolunu tercih ederek işvereni fazla çalışma alacağını karşılaması konusunda zorlayabilecektir. Fazla çalışma ücreti, esas ücretten bağımsız olarak talep edilen bir alacak türüdür. Bu nedenle, işçi fazla çalışma ücretini alabilmek amacıyla işveren aleyhine dava açabileceği gibi ilamsız takip yoluna da başvurabilmektedir. İşçinin ilamsız takip yoluna başvurabilmesi için fazla çalışma ücretini zamlı olarak ve çalıştığı dönem bazında hesaplaması gerekmektedir. Günümüz şartlarında bu hesaplamalar uzman bilirkişiler tarafından yapılmaktadır.

Uygulamada, ilamsız takip yoluna başvurmak dava yoluna kıyasla daha kısa süreli bir işlem gibi gözükse de, fazla çalışma ücretleri ve faizlerin net şekilde hesaplanamaması icra takibinde şikayet ve borca itirazı gündeme getireceğinden, ilamsız takip yolu tercih edilmemektedir. Bu nedenle, işçi hukuki ilişki, asgari miktar veya değeri belirterek İş Mahkemeleri'nde belirsiz alacak davası ile fazla çalışma ücretinin tahsilini isteme yoluna gitmektedir.

Fazla çalışma ücretlerinin tahsilinde yargısal yola başvurulmadan önce 7036 s. İş Mah. K. madde 3 ile getirilen bir “arabuluculuk” müessesesi bulunmaktadır. 01.01.2018 tarihi itibarıyla işçilik alacaklarından kaynaklanan iş uyuşmazlıklarında dava açabilme koşulu olarak arabuluculuğa başvuru şartı konulmuştur. İlgili kanun hükmüne göre, “Kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda, arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. Davacı, arabuluculuk faaliyeti

³⁵⁰ ÇİÇEK, s. 187

sonunda anlaşmaya varılamadığına ilişkin son tutanağın aslını veya arabulucu tarafından onaylanmış bir örneğini dava dilekçesine eklemek zorundadır. Bu zorunluluğa uyulmaması hâlinde mahkemece davacıya, son tutanağın bir haftalık kesin süre içinde mahkemeye sunulması gerektiği, aksi takdirde davanın usulden reddedileceği ihtarını içeren davetiye gönderilir. İhtarın gereği yerine getirilmez ise dava dilekçesi karşı tarafa tebliğe çıkarılmaksızın davanın usulden reddine karar verilir. Arabulucuya başvurulmadan dava açıldığının anlaşılması hâlinde herhangi bir işlem yapılmaksızın davanın, dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddine karar verilir” (İş Mah. K. 3/1).

HUAK m.18/5’e göre, “ tarafların arabuluculuk görüşmeleri esnasında fazla çalışma ücreti konusunda anlaşmaları halinde üzerinde anlaşılan fazla çalışma ücreti konusunda taraflarca dava açılmayacaktır”. Arabuluculuk faaliyetleri esnasında tarafların fazla çalışma ücreti hakkında anlaşma sağlayamaması halinde, işçi bu alacak kalemini zamanaşımı sürelerini de dikkate alarak işverenden dava yoluyla talep etme hakkına sahip olmaktadır.

Bahsi geçen düzenlemeye göre iş davalarında arabuluculuk, dava şartı olarak getirilmiş olup mahkemelerin iş yükü azaltılmaya çalışılmıştır. Kanımızca iş yükünün bir derece azalacağı kabul edilmekle birlikte, arabuluculuk toplantısına hiçbir şey bilmeden oturan işçinin haklarının bu toplantı ile ne derece korunabileceği konusu da tartışmaya açık olacaktır.

İşçilik alacağı kalemlerinden sayılan fazla çalışma ücretlerinin yargısal yolla belirlendiği durumlarda, fazla çalışma ücreti alacağı hak edildiği tarihteki çıplak brüt ücrete göre hesaplanmaktadır. Fakat işçi, fazla çalışma ücretine brüt olarak hak kazanamamakta olup hükme esas alınan brüt fazla çalışma ücreti üzerinden her yıl belirlenen gelir vergisi ve damga vergisi kesintileri ile %15’lik SGK kesintilerinin yapılarak net fazla çalışma ücreti bulunmaktadır.

1. Fazla Çalışma Ücretine İlişkin Faiz

Fazla çalışma ücretinin işveren tarafından zamanında ödenmemesi halinde, işçinin talebi halinde faizin de ödenmesi gerekmektedir. İş K. m. 34 gereği, “gününde ödenmeyen ücret alacaklarına, mevduata uygulanan en yüksek faiz oranının uygulanacağı” hüküm altına alınmıştır. Fazla Çalışma Yinetmeliği’nin 10. maddesi, İş Kanunu’nun 34. maddesine atıf yaptığından, “fazla çalışma ücreti alacaklarına da mevduata uygulanan en yüksek faiz oranı”

uygulanmaktadır. Ek olarak Yargıtay³⁵¹ ve İstinaf Mahkemelerinin³⁵² de uygulaması, “fazla çalışma ücretinin geniş anlamda ücret niteliğine haiz olması nedeniyle, fazla çalışma ücretinin gününde ödenmemesi durumunda bankalarca mevduata uygulanan en yüksek faize karar verileceği” yönünde olmaktadır.

İş K. m.32/2’ye göre ; “ücret, prim, ikramiye ve bu nitelikteki her çeşit istihkaktan biri olan fazla çalışma ücreti kural olarak, Türk parası ile işyerinde veya özel olarak açılan bir banka hesabına ödenecektir. Bahsi geçen alacak yabancı para olarak kararlaştırılmış ise ödeme günündeki rayice göre Türk parası ile ödeme yapılabilmektedir”. İlgili hükme göre, ücret yabancı para cinsinden kararlaştırılmış olsa dahi, ödeme günündeki rayice göre Türk parası cinsinden ödeme yapılacağından, fazla çalışma ücreti nedeniyle temerrüt faizi de Türk parası cinsinden mevduata uygulanan en yüksek faiz oranı üzerinden hesaplanacaktır. Ücretin Türk parası cinsinden hesaplanmasında, faizi uygulayacak olan bankanın devlet bankası ya da özel bir banka olması farketmeyeceğinden, fazla çalışma ücretine ilişkin faizlerde de faizi uygulayacak olan bankanın devlet ya da özel bir banka olması farketmeyecektir.

TBK m.120 gereği, “zamanında ödenmeyen fazla çalışma ücretine yürütülmesi gereken faizin başlangıç tarihi, borçlunun temerrüde düştüğü tarihtir”. İlgili hükme göre, bir işçinin alacağına faiz yürütebilmesi için işvereni temerrüde düşürmesi gerekmektedir. Yargıtay da, gününde ödenmeyen ücret alacaklarına faiz yürütebilmesini, işvereni temerrüde düşürme koşuluna bağlamıştır.³⁵³ Uygulamada, işvereni fazla çalışma ücretlerinde faiz isteyip temerrüde düşürmek için ihtar çekme yoluna başvurulmaktadır.

Fazla çalışma ücretlerine ilişkin talepler uygulamada çoğunlukla kısmi dava şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Kısmi dava dilekçesinde faiz istenmemiş ise ıslah dilekçesi ile istenen faiz talebinin kabul edilebileceği³⁵⁴, ıslah dilekçesinde de faiz istenmemiş ise faize karar verilemeyecektir.³⁵⁵ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu³⁵⁶ ile İstinaf Mahkemesi’nin³⁵⁷ bu konuya dair vermiş olduğu kararlara göre, “kısmi dava dilekçesinde faiz istenmiş fakat ıslah

³⁵¹ Y.22.HD., 2015/34437 E., 2017/12492 K., 29.05.2017 T., **ÇİL**, İş Uyuşmazlıkları, s.315

³⁵² Ankara BAM 6.HD., 2017/4876 E., 2017/3143 K., 29.12.2017 T., **ÇİL**, İş Uyuşmazlıkları, s.282

³⁵³ Y.9. HD., 2003/13534 E., 2004/2744 K., 19.02.2004 T., www.calismatoplum.org, 2004/2, s.93; Y.9. HD., 2003/2140 E., 2003/14827 K., 19.09.2003 T., www.calismatoplum.org, 2004/3, s.226

³⁵⁴ Y.22.HD., 2017/38499 E., 2017/18303 K., 18.09.2017 T., www.karararama.yargitay.gov.tr .

³⁵⁵ Y.9.HD., 2017/21538 E., 2017/10569 K., 15.06.2017 T., www.karararama.yargitay.gov.tr .

³⁵⁶ YHGK, 2015/22-449 E., 2017/128 K., 25.01.2017 T., **ÇİL**, İş Uyuşmazlıkları, s.317

³⁵⁷ Ankara BAM 9.HD., 2017/2756 E., 2018/320 K., 15.02.2018 T. “...ıslah dilekçesinde faiz talebi bulunmasa dahi dava dilekçesinde faiz talep ettiğinden faize hükmedilmesinin yerinde olduğu.”, **ÇİL**, İş Uyuşmazlıkları, s.317

dilekçesinde faiz istenmemiş ise kısmi davadaki talepler ıslaha konu meblağı da kapsar nitelikte olduğundan ıslah tarihinden itibaren faize hükmedilmesi” gerekmektedir.

2. Fazla Çalışma Ücretine İlişkin Zamanaşımı

Fazla çalışma ücretleri kural olarak normal ücretin ödenme zamanında muaccel hale gelmektedir. Ancak normal ücretin ödenme zamanı gelmeden iş akdi sonlandırılmış ise, ücretin ödenme zamanı beklenmeksizin fazla çalışma ücreti talep edilebilmektedir.³⁵⁸

İş K. m.32 ile FÇY m.10 birlikte değerlendirildiğinde, Fazla çalışma ücretinin talep süresi ücret alacağı gibi beş yıllık zamanaşımına tabidir. Fazla çalışma açısından beş yıllık zamanaşımı süresi fazla çalışma ücretinin ödenmesi gereken süreden itibaren başlamaktadır. Dolayısıyla her fazla çalışma ücreti alacağı için, zamanaşımı, bu alacakların muaccel olduğu tarihte ayrı ayrı başlayıp ayrı ayrı işleyecektir. İş sözleşmesinin devam ediyor olması zamanaşımı süresinin başlamasına engel değildir.³⁵⁹

Zamanaşımı süresi yukarıda da bahsedildiği üzere beş yıldır, usulüne uygun olarak zamanaşımı defî ileri sürülmesi halinde dava tarihinden geriye dönük son beş yıl öncesinde kalan alacaklar zamanaşımına uğramaktadır. İşverenin temerrüde düşürülmüş olması zamanaşımını kesmemektedir. Zamanaşımı, davanın açılması ile kesilmektedir. Fakat fazla çalışma alacağı için kısmi dava açılması yalnızca talep edilen kısım bakımından zamanaşımını kesecektir. Bu nedenle açılan kısmi davada ıslah dilekçesi ile meblağ yükseltilmiş olsa dahi ıslah tarihinden itibaren geriye dönük beş yıllık zamanaşımı süresi işlemiş olacaktır.³⁶⁰

Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin vermiş olduğu bir karara göre, davanın belirsiz alacak davası şeklinde açılması, alacağın tamamı için zamanaşımını kesmektedir. Bu nedenle talep artırım dilekçesinden sonra ileri sürülecek olan zamanaşımı definin sonuca bir etkisi olmayacaktır.³⁶¹ Belirsiz alacak davası şeklinde açılan bir işçilik alacağı davasında, dava dilekçesine karşı usulüne uygun olarak zamanaşımı define bulunulması halinde, bu defî dava tarihinden geriye dönük son beş yıl öncesinde kalan fazla çalışmalar yönünden sonuç doğuracaktır.³⁶²

³⁵⁸ AKYİĞİT, s.15-18; KARADEMİR/EKİNCİ, s.89

³⁵⁹ KARADEMİR/EKİNCİ, s.84; ÇİÇEK, s.187; KARACAN, s.205

³⁶⁰ ÇİL, İş Uyuşmazlıkları, s.320

³⁶¹ Y.9.HD., 2016/17656 E., 2018/1211 K., 02.01.2018 T., www.karararama.yargitay.gov.tr .

³⁶² ÇİL, İş Uyuşmazlıkları, s.322

II. CEZAI SONUÇLARI

Fazla çalışma ücretinin ödenmesine ilişkin yükümlülüklerde hukuki yaptırımların varlığı kadar cezai yaptırımlar da bulunmaktadır. İş K. m.102/c'ye göre, “fazla çalışmalara ilişkin ücreti ödemeyen işveren veya işveren vekiline, bu durumda olan her işçi için ikiyüzyirmi Türk Lirası idarı para cezası” verilmektedir. İlgili hüküm yalnızca fazla çalışma ücreti için getirilmiş olup fazla sürelerle çalışma ücreti için herhangi bir cezai yaptırım öngörülmemiştir. Kısa zaman içerisinde eksikliğin giderilmesi ve ilgili cezai yaptırımın fazla sürelerle çalışma yapan işçilerin ücret hakları içinde getirilmesi gerekmektedir.



SONUÇ

Sanayileşme ile birlikte işçilerin yoğun şekilde çalışma hayatına girişi, çalışma süresi kavramını ortaya çıkartmıştır. Bu kavram iş hukuku tarihi boyunca işçinin sürekli üzerinde durduğu ve hatta devletin en çok müdahale ettiği konulardan biri olarak karşımıza çıkmıştır. Bunun nedeni, işçinin zayıf taraf olarak işveren karşısında kendisini koruyamamasından ileri gelmiştir. Nitekim çalışma süresine dair düzenlemelerinde işçi sağlığının korunması amacıyla yapıldığı bilinmektedir. İşçilik haklarının korunmasına yönelik önlem ve uygulamalar, yalnızca ulusal mevzuatla değil uluslararası mevzuatla da koruma altına alınmıştır.

İnsanın doğası gereği ara vermeden sürekli olarak çalışması mümkün değildir. Çalışma saatlerindeki bu değişikliğin nedeni sanayileşme, işsizlik oranı ve bu saatleri düzenleyen ülke yasaları olarak belirlenmiştir. Bunun yanında bir ülkenin gelişmişlik düzeyi de çalışma saatlerinde üzerinde etkin bir rol oynamaktadır. Nitekim gerek gelişmekte olan gerekse gelişmiş ülkelerdeki haftalık çalışma süreleri farklı olmaktadır. Avustralya, Yunanistan gibi ülkelerde haftalık çalışma süreleri kırk saat olarak belirlenirken günlük çalışma süreleri 8 saat olarak belirlenmiştir. Fransa haftalık ortalama 35,6 saatlik çalışma süresine sahip iken, İngiltere ve Hollanda ortalama 37 saat, Norveç 37.5 saat, Almanya ve İtalya ise ortalama 38 saat ile takip etmektedir. Nitekim Türkiye’de çalışma süreleri haftalık 45 saat ve günlük 11 saat ile sınırlandırılmaktadır. Avrupa ülkelerine kıyasla Türkiye’deki çalışma süreleri yoğun ve işçi sağlığını etkiler nitelikte kalmaktadır. Nitekim çalışma sürelerinde bu sınırlamaların amacı işçi sağlığının korunması olmaktadır. Çalışma süreleri üzerinde yapılan fazla çalışmalar ise işçi için kaçınılmaz bir tehlike oluşturmaktadır. Bu nedenle en kısa sürede yapılacak olan yasal düzenlemelerle haftalık 45 saatlik ve günlük 11 saatlik sınırlamaların daha aşağıya çekilmesi gerekmektedir.

İşçinin sağlık durumu dolayısıyla sürekli olarak çalıştırılması mümkün değildir. Bu nedenle yapılacak olan çalışmalarda işçinin dinlenebilmesi için gerekli olan sürelerin her şekilde işçiye verilmesi gerekmektedir. Buna göre olağanüstü fazla çalışmalarda da işçiye günlük 11 saatlik bir dinlenme süresi verilmesinin uygun olacağı düşüncesindeyiz.

İşçinin, ispat hakkının fazla çalışma ücreti konusunda sınırlandırılmaması ve her türlü serbest delil sisteminin kabul edilmesi gerekmektedir. Nitekim, Yargıtay ve İstinaf Mahkemeleri de bu konuda vermiş olduğu kararları yumuşatarak; işçinin Türk Hukuk Sistemi içerisindeki konumunu göz önünde bulundurup işçinin işveren karşısında ezilmesini vermiş olduğu kararla bir nebze önlemiş ve işçinin ispat hakkını fazla çalışma ücreti konusunda sınırlandırmaktan vazgeçerek serbest delil sistemini bir nebze de olsa kabul etmiş görünmektedir. Yargıtay ve İstinaf Mahkemelerinin görüş değiştirerek serbest delil sistemine yaklaşmış olması çalışmamızda da belirtmiş olduğumuz doktrinsel tartışmaların da önüne geçmiş olmaktadır.

İşçinin ispat hakkı nezdinde önemli olan bir diğer durum, hakimlerin tanıklara sorduğu sorulardır. Tanığın mahkeme sırasında ifadesi alınırken hangi saatler arasında çalışma yaptığı, ne kadar süreyle haftada kaç saat fazla çalışma yapıldığı açık ve somut şekilde tanığa sorulmalıdır. Özensiz ve yüzeysel beyanlar, fazla çalışmanın ispatlanması konusunda hiçbir işe yaramamaktadır. Hâkimlerin, tanığın ifadesi alınırken, tanığa açık ve net sorular sorması, soyut anlatımlardan tanığı uzaklaştırması ve tanığa somut açıklamalar yaptıracak sorular sorması gerektiği düşüncesindeyiz.

Yargıtay kararlarının aksine, her fazla çalışma ücreti talebinde hakkaniyet indirimi yapılması doğru değildir. Nitekim öğretide de fazla çalışma iddiası, geçerli delille ortaya konmuş olsa dahi, her olayda zorunluymuşçasına indirim yapılması isabetli görülmemiştir. Yargıtay'ın her olayda aynı şekilde karar vermesi yerinde olmayıp somut olayın tüm özellikleri dikkate alınarak hakkaniyet indiriminin yapılıp yapılmayacağına karar verilmesi gerektiği düşüncesindeyiz.

Hakkaniyet indirimi kavramında bir diğer husus ise, ilgili kavramın mevzuatımızda yer almamasından ötürü bu indirim oranının hangi hallerde ve hangi oranda kullanılacağı konusunda net bir görüş birliği olmamasıdır. Yakın tarihlere kadar, Yargıtay İş Hukuku Dairelerinin genel görüşü, yazılı delilin bulunmadığı ve fazla çalışma ücret alacağının tanık anlatımlarına dayandırıldığı hallerde yüzde otuz oranında bir hakkaniyet indirimi uygulanması gerektiği idi. İstinaf Mahkemelerinden çıkan kararlarla birlikte hakkaniyet indirim oranlarında değişiklikler meydana gelmiştir.

Güncel durumda İstinaf Mahkemesi kararlarına göre işçinin günde bir saat (haftada 6 veya 7 saat) veya daha altında fazla çalışmasının bulunduğu hallerde indirim oranı %25, günde bir saat ile 3 saate kadar (haftalık 18 veya 21 saat) olan fazla çalışmalarda indirim oranının %30, günde 3 saati (haftalık 21 saatin üzerinde olan) aşan çalışmalarda ise %35 hakkaniyet indirim oranının uygulanacağı karara bağlanmıştır. Ancak, aynı kararda işçinin ücretinin yüksek olması, zamanaşımı definin ileri sürülmemiş olmasına bağlı olarak hesaplamaya konu olan sürenin çok kısa veya çok uzun olması nedenleri gibi istisnai hallerde daha fazla veya az oranlarda indirim yapılabileceği de hüküm altına alınmıştır.

6645 sayılı Kanun ile 4857 sayılı İş Kanunu'nun 69. maddesinin 3. fıkrası gereği, “gece döneminde turizm, özel güvenlik ve sağlık hizmeti yürütülen işlerde, işçinin yazılı onayının alınması halinde, 7.5 saatin üzerinde çalışma yapılabilmektedir”. Gece döneminde turizm, özel güvenlik ve sağlık sektöründe 7.5 saatin üzerinde çalışma yapılabilmesine rağmen, gece döneminde fazla çalışma yapılmamasına ilişkin kural muhafaza edilmiştir. Dolayısıyla işçi, turizm, özel güvenlik veya sağlık sektöründe gece döneminde çalışıyor olsa bile fazla çalışma yasağı o işçi için geçerli olmaktadır. Fakat bu sınırlama yalnızca fazla çalışma için olup fazla sürelerle çalışmayı kapsamamaktadır. Fakat, turizm, özel güvenlik veya sağlık sektöründe çalışan bir işçinin gece döneminde çalışma süresinin uzatılmasına ilişkin vereceği bir onay, fazla çalışmayı kapsar niteliktedir. Kanımızca, gece döneminde turizm, özel güvenlik veya sağlık sektöründe çalışan bir işçiye 7.5 saatin üzerinde çalışma yapma yolu açılmış ise fazla çalışma yolunun da açılarak, İş K. m.41/6 ile m.69/3 arasındaki uyumsuzlukların giderilmesi gerekmektedir.

Eğitim amaçlı toplantılar, işverenin isteği dâhilinde, işçilerinin görev kapsamına giren işler hakkında yeterli bilgi birikimine sahip olabilmesi ve iş performansını ile mesleki yeterliliğinin artırılması amacıyla gönderdiği toplantılar olarak görülmektedir. Eğitim amaçlı toplantılarda geçirilen süreler hakkında ayırım yapılması hakkaniyetli bir yaklaşım değildir. Nitekim iş sağlığı ve güvenliği amacıyla yapılan eğitimlerin amacı da diğer eğitimler gibi uzun vadede işçinin mesleki yeterliliğini ve performansını artırmaktır. Dolayısıyla, eğitim amaçlı toplantıların nitelik itibarıyla da birbirlerinden bir farkı bulunmamaktadır. Bunun yanında, işçi işverenin talimatı ile eğitim toplantılarına katıldığından fiilen işverenin işini yapıyor sayılmaktadır. Dolayısıyla, eğitimde geçirilen sürelerin çalışma süresine dahil edilerek fazla çalışma tespitinde dikkate alınması gerekmektedir.

İşçiye fazla çalışma karşılığı konusunda 4857 sayılı İş Kanunu ile yeni getirilen bir uygulama mevcuttur. Bu uygulamaya göre işçi, fazla çalışmasının karşılığını zamlı ücret olarak almak yerine serbest zaman olarak kullanabilmektedir. Buna göre işçi, fazla çalışma karşılığının bir kısmını zamlı ücret kalan kısmını ise serbest zaman olarak kullanabilecek midir sorusu akla gelmektedir. İşçinin fazla çalışma yapması nedeniyle hak ettiği zamlı ücret ve serbest zamanın birlikte kullanılması, işveren yönünü herhangi bir hak kaybına uğratmayacak aksine işveren zamlı ücretin bir kısım ödemesinden bu yolla kurtulmuş olacaktır. Bu nedenle bu iki hakkın birlikte kullanılabileceği görüşündeyiz.

4857 s. İş Kanunu işçiye tanınan bu serbest zaman kullanma imkanı, yalnızca normal fazla çalışma dönemleri için geçerlidir. Bu durumda işçi, zorunlu ve olağanüstü nedenlerle yaptığı fazla çalışma dönemlerinde zamlı ücret almak yerine işverenden serbest zaman isteme hakkını kullanamayacaktır. Bunun nedeni, zorunlu nedenlerle fazla çalışmanın düzenlendiği 42. madde ile olağanüstü nedenlerle fazla çalışmanın düzenlendiği 43. maddenin serbest zaman hükmüne atıf yapmamasından kaynaklanmaktadır. Hakkaniyet gereği bu eksikliğin giderilmesi, olağanüstü ve zorunlu fazla çalışma dönemlerinde de fazla çalışma yaptırılması halinde işçiye serbest zaman hakkının kanunla tanınması gerekmektedir.

Fazla Çalışma Yönetmeliği'nde, kısmı süreli işçilere fazla çalışma ve fazla süreli çalışma yaptırılmayacağı belirtilmiştir. İş Kanunumuzda böyle bir yasak yer almazken Yönetmelikte böyle bir yasağa hükmedilmiş olması Anayasanın “çalışma ve sözleşme özgürlüğünü” düzenleyen hükmüne ve İş Kanunu'nun fazla çalışmaya ilişkin 41. maddesine aykırılık teşkil etmektedir. Bu nedenle Yönetmelik maddesinin iptali gerekeceği gibi hâkimler de önlerine gelen bu uyuşmazlıkta Yönetmelik maddesine göre hüküm kurmamalı, İş Kanunu'nun 41. maddesi değerlendirilerek karar vermelidir.

Fazla çalışma konusunda getirilen diğer bir yenilik ise arabuluculuk müessesidir. 7036 s. İş Mah. K. madde 3'e göre, 01.01.2018 tarihi itibarıyla işçilik alacaklarından kaynaklanan iş uyuşmazlıklarında dava açabilme koşulu olarak arabuluculuğa başvuru şartı getirilmiştir. Bu nedenle, fazla çalışma ücretlerinin tahsilinde yargısal yola başvurulmadan önce arabulucuya gidilmesi zorunlu dava şartı olarak hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla, İş Mah. K. 3/1'e göre, “arabulucuya başvurulmadan dava açıldığının anlaşılması hâlinde herhangi bir işlem yapılmaksızın davanın, dava şartı yokluğu sebebiyle usulden reddine karar verilecektir”. Tüm bu nedenlerle, fazla çalışma ücretleri konusunda arabulucuya başvurulmadan, dava açılmaması gerekmektedir.

KAYNAKÇA *

- AĞIR, Çetin** : İş Hukukunda Normal Fazla Çalışma, Ocak- Şubat 2013
İstanbul Barosu Dergisi, C.87, S.1, s.101 – 127.
- AKYİĞİT, Ercan** : Yeni İş Yasasında Normali Aşan Çalışmalar, Mayıs
2005, TÜHİS, s.1-26.
- AKYİĞİT, Ercan** : Maden İşyerlerinde Çalışma Süreleri ve Fazla Çalışma,
Aralık 2017, Terazi Hukuk Dergisi, C.9, S.100,
s.345-352. (Maden İşyerlerinde Fazla Çalışma)
- ARAVACIK DÜNDAR, Esra** : Deniz İş Hukuku'nda Fazla Çalışmaya İlişkin Sorunların
Yargıtay Kararları Işığında Değerlendirilmesi, 2017,
Dokuz Eylül Ün. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr.
Şeref ERTAŞ'a Armağan, C. 19, Özel Sayı, s. 2057-2099
- ASTARLI, Muhittin** : Üst Düzey Yöneticilerin Çalışma Süreleri ve Fazla
Çalışma Ücreti Talepleri (Yargıtay Kararlarına Genel
Bir Bakış), İstanbul 2011, İş Dünyası ve Hukuk Dergisi,
Prof. Dr. Tankut Centel'e Armağan.
- ATEŞ, Derya** : Fazla Çalışma ve Fazla Saatlerle Çalışma, Konya 2010,
Yüksek Lisans Tezi.
- BİLGİLİ, Abbas** : Fazla Çalışmanın Tanıkla İspatı,
<https://jurix.com.tr/article/5539> erişim tarihi: 28.12.2017
- CANIKLIOĞLU, Nurşen** : 4857 Sayılı İş Kanununun Çalışma Sürelerine İlişkin
Düzenlemeleri, III. Yılında İş Yasası, Bodrum 21-25
Eylül 2005, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam
Sanayi İşverenleri Sendikası'nca Düzenlenen Seminer.

* Dipnotlarda geçen eserler, yazarlarının soyadları ile anılmıştır. Aynı yazarın birden fazla eserine yapılan yollamalar kısaltılmış şekilleriyle parantez içerisinde gösterilmiştir.

- ÇİÇEK, Hilal** : Fazla Çalışma Ücreti, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2009, C.6, S.21, s.186 – 202.
- ÇİL, Şahin** : 4857 Sayılı İş Kanununa Göre Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma, 2007/3, Çalışma ve Toplum Dergisi.
- ÇİL, Şahin** : İş Kanunu Şerhi, 2007, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, Turhan Kitabevi, C.3 (Şerh)
- ÇİL, Şahin** : İş Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk ve 7036 sayılı İ.M.K. Uygulaması Tazminat ve Alacaklarda Hesaplamalar İş Güvencesi, 2018, Yetkin Yayınları, Ankara. (İş Uyuşmazlıkları)
- DEMİR, Fevzi** : Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, 2003, 3. Baskı, İzmir.
- DENİZ, Önder** : Cumhuriyet Döneminde Çalışma Hayatı, 2007, Çağdaş Türkiye Tarihi Araştırmaları Dergisi, C.6, S.15, s.131-150.
- EYRENCİ, Öner**
- TAŞKENT, Savaş**
- ULUCAN, Devrim** : Bireysel İş Hukuku, 2017, 8. Baskı, Beta Basım Yayın, İstanbul.
- ERDEM, Hasan** : 4857 Sayılı İş Kanunu Uyarınca Fazla Çalışma Uygulamasına Bir Bakış, 2017, İstanbul Barosu Dergisi, C.91, S.1, s.63-72.
- EKMEKÇİ, Ömer** : Yeni İş Kanunu Ne Getiriyor Semineri, 2003 Türkiye İşveren Sendikaları Konfederasyonu, İzmir, 3 Temmuz, s.43 vd.
- EKONOMİ, Münir** : İş Hukuku, 1987 Yenilenmiş 3. Bası, C.1, İTÜ Vakfı Kitap Yayınları No:18, İstanbul Teknik Üniversitesi Makine Fakültesi Ofset Atölyesi .

- EKONOMİ, Münir** : 4857 Sayılı İş Kanununa Göre Fazla Çalışma Kavramı, 2004, İş Hukuku ve İktisat Dergisi Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası, C.1, S.3, s.1-14. (Fazla Çalışma)
- EKONOMİ, Münir** : Bireysel İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay'ın 2002 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, 2004, Ankara, 26 vd. (Değerlendirme)
- FETTAH, Melek** : İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Kadın İşçilerin Korunması, 2006, İstanbul Üniv. Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, s.77-84.
- GÜNAY, Cevdet İlhan** : Türk İş Hukukunda Fazla Saatlerle Çalışma Ücreti, 2007, Yetkin Yayınları, Ankara.
- GÜNAY, Cevdet İlhan** : İş Kanunu Şerhi, 2015, Genişletilmiş 4. Baskı, Yetkin Yayınevi, C.2, Ankara. (Şerh)
- GÜNAY, Cevdet İlhan** : Çalışma Sürelerinde Esneklik, 2004, İş Hukuku ve İktisat Dergisi Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası, C.1, S.3, s.173-191. (Esneklik)
- HAFIZOĞLU, Ece Sıla** : Çalışma Süreleri, <<https://jurix.com.tr/article/5536>> erişim tarihi: 28.12.2017
- HÜSEYİNLİ, Namık** : İş Kanunu Kapsamında Fazla Çalışmanın Yıllık Sınırının Aşılmasının Hukuki Sonuçları, 2017, Terazi Hukuk Dergisi, C.12, S.136, Aralık, s.14-25.
- KANDEMİR, Murat** : Fazla Çalışmanın Azami süresi ve Fazla Çalışma Yasakları, 2011, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C.8, S.29, s.12-42.
- KARACAN ÇETİN, Hatice** : 4857 Sayılı İş Kanununa Göre Fazla Çalışma, 2015, Seçkin Yayınevi, Güncellenmiş 5. Baskı, Temmuz, Ankara.

KARADEMİR, Artür

EKİNCİ, Hakan : İşçilik Alacakları, 2017, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Mart.

KÖSEOĞLU, Ali Cengiz

KABUL, Sibel : 4857 Sayılı İş Kanunu Bağlamında Çalışma Süresinin Aşılması: Fazla Çalışma, 2014, İstanbul Üniv. Hukuk Fakültesi Mecmuası, C.72, S.2, s. 233-268.

KÖSEOĞLU, Ali Cengiz : Eğitim Amaçlı Düzenlenen Toplantıların Fazla Çalışma Olarak Kabul Edilmemesi, Fazla Çalışma Süresinin Hesaplanması, 2009, Sicil İş Hukuku Dergisi, Mart, S.13, s.117-133.

KURU, Baki

ARSLAN, Ramazan

YILMAZ, Ejder : Medeni Usul Hukuku, 2014, Yetkin Yayınları, 25. Baskı.

KURUCU, Oğuz : Fazla Çalışma, 1987, Kadioğlu Matbaası, Ankara.

MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi : İş Hukuku, 2005, 2. Basım, Ankara.

MÜLAYİM, Baki Oğuz : İş Hukukunda Gece Döneminde Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma, <https://jurix.com.tr/article/8161> erişim tarihi: 28.12.2017

MÜLAYİM, Baki Oğuz : Avrupa Birliğinin 2003/88 EC. Sayılı Yönergesi Kapsamında Turizm, Özel Güvenik ve Sağlık Hizmeti Yürütülen İşlerde Gece Çalışma Süresine Dair Düzenlemenin Değerlendirilmesi <https://jurix.com.tr/article/7450> erişim tarihi: 28.12.2017 (MÜLAYİM, Değerlendirme)

- NARMANLIOĞLU, Ünal** : İş Hukuku (Ferdî İş İlişkileri I), 2012, Yeni Mevzuata Göre Gözden Geçirilmiş 4. Baskı, Beta Basım Yayın, İstanbul.
- NARMANLIOĞLU, Ünal** : İş Kanununa Göre Fazla Çalışma ve Karşılığı, 2010, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.17, s.27-45. (Fazla Çalışma)
- ODAMAN, Serkan** : 4857 Sayılı Kanunun Kabulü Sonrasında Yargıtay Kararları Işığında İşçinin, Yapmakla Ödevli Bulunduğu Görevleri Kenidisine Hatırlatıldığı Halde Yapmamakta Israr Etmesi ve Hukuki Sonuçları, 2004, TÜHİS, Ağustos-Kasım, s.81-93.
- OKUR, Zeki** : İş Hukukunda Gece Çalışması, 2010, Prof. Dr. Ali Güzel'e Armağan, İstanbul, C.1,
- ÖREN, Kenan**
- YÜKSEL, Hasan** : Geçmişten Günümüze Çalışma Hayatı, 2012, HAK-İŞ Uluslararası Emek ve Toplum Dergisi, C.1, S.1, s.34-59.
- ÖZCAN, Durmuş** : Uygulamalı İş Davaları, 2014 Genişletilmiş ve Güncellenmiş 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara.
- ÖZDEMİR, Cumhur Sinan** : İş Kanunu Kapsamında Fazla Çalışmanın Niteliği, 2013, Yargı Dünyası, Yargın Hukuk Yayınları, S.216, Aralık, s.17-27.
- ÖZDEMİR, Cumhur Sinan** : Fazla Çalışma İçin Her Yıl İşçinin Onayının Alınıp Alınmama Sorunu, 2007 Terazi Hukuk Dergisi, Y.2, S.8, Nisan, s.35-38. (İşçi Onayı)
- ÖZDEMİR, Cumhur Sinan** : Fazla Ücretinde Hakkaniyet İndirimi, 2017, Terazi Hukuk Dergisi, C.12, S.133, Eylül, s.82-85. (Hakkaniyet İndirimi)

- ÖZDEMİR**, Cumhuri Sinan : İş Kanununa Göre Fazla Çalışmayı İspatlayan Deliller, <https://jurix.com.tr/article/1770> erişim tarihi: 28.12.2017 (Deliller)
- SENYEN KAPLAN**, E. Tuncay : Bireysel İş Hukuku, 2017, Yenilenmiş 8. Baskı, Gazi Kitabevi, Eylül.
- SOYER**, Polat : Yeni Düzenlemeler Karşısında Fazla Saatlerle Çalışmaya İlişkin Bazı Düşünceler, 2004, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C.1, S.3, s.797-808.
- SOYER**, Polat : Genel Hizmet Sözleşmesine İlişkin Yeni Borçlar Kanunu Hükümlerinin İş Hukuku Bakımından Önemi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri, 2012, 15. Yıl Toplantıları, İstanbul . (Genel Hizmet Sözleşmesi)
- SÜZEK**, Sarper : İş Hukuku, 2017, Yenilenmiş 14. Baskı, Beta Basım Yayın, İstanbul.
- ŞUA**, İbrahim Halil : Fazla Çalışma’da İşçinin İspat Hakkının Sınırlandırılması, 2014, Terazi Hukuk Dergisi, C.9, S.91, Mart, s.82-87.
- TERZİ**, Ali Kemal : Fazla Çalışmanın Tespitinde Tanıkların Önemi, 2016, Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, C.13, S.52, s. 2081-2086.
- ULUCAN**, Devrim : Yargıtay’ın Kayan İş Süreleri ve Fazla Çalışma İle İlgili Yaklaşımı, Prof. Dr. Ünal Narmanlıoğlu’na Armağan, 2007, Dokuz Eylül Üniv. Hukuk Fakültesi Dergisi, C.9 Özel Sayı, İzmir, s.177-188.
- YAZAR**, Özlem : İsviçre Federal Mahkeme Kararı “Fazla Çalışma İddiasında İspat Yüğü”, 2009, Prof. Dr. Saim Üstündağ’a Armağan, Adalet Yayınevi, Ankara.

YILDIRIM, Kenan

: Uluslararası Düzenlemelerde Fazla Çalışma Ve Ülke Uygulamaları, 2011, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C.23, S.4, Mayıs, s.34-103.

İnternet Kaynakları :

Working time developments 2015-2016, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions,

<https://www.eurofound.europa.eu/observatories/eurwork/comparative-information/developments-in-working-time-2015-2016>

erişim tarihi : 24.02.2018

(EurFound, Working time, s.9-12)

CNN Turk, İşte Ülkelere Göre Çalışma Saatleri, 12.01.2018

<https://www.cnnturk.com/dunya/iste-ulkelere-gore-calisma-saatleri> erişim tarihi :28.02.2018
(CNNTurk, 2018)

OECD 2018, Hours Worked: Average usual weekly hours worked – averages, OECD Employment and Labour Market Statistics (database).

<http://dx.doi.org/10.1787/data-00306-en>
(OECD, 2018)

erişim tarihi: 28.02.2018

www.kazanci.com

: **Kazancı İçtihat Bilgi Bankası**

www.kararara.com

: **Yargıtay ve Danıştay Kararları - İçtihat Arama Motoru-Hukuk Forumu**

www.legalbank.net

: **LegalBank Elektronik Hukuk Bankası**

www.calismatoplum.org

: **Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi**

www.emsal.yargitay.gov.tr.

: **Yargıtay Başkanlığı Emsal Karar Arama Motoru**

www.karararama.yargitay.gov.tr

: **Yargıtay Başkanlığı Karar Arama Motoru**