

T.C
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÇALIŞMA EKONOMİSİ VE ENDÜSTRİ İLİŞKİLERİ ANABİLİM DALI
ÇALIŞMA EKONOMİSİ BİLİM DALI

TÜRK İŞ HUKUKUNDA FAZLA ÇALIŞMA VE ÜCRETİ

Yüksek Lisans Tezi

Hakan ÖZALP

İSTANBUL - 2013

T.C
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÇALIŞMA EKONOMİSİ VE ENDÜSTRİ İLİŞKİLERİ ANABİLİM DALI
ÇALIŞMA EKONOMİSİ BİLİM DALI

TÜRK İŞ HUKUKUNDA FAZLA ÇALIŞMA VE ÜCRETİ

Yüksek Lisans Tezi

HAKAN ÖZALP

DANIŞMAN:

Doç. Dr. Fuat BAYRAM

İSTANBUL - 2013



T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ

TEZ ONAY BELGESİ

ÇALIŞMA EKONOMİSİ VE ENDÜSTRİ İLİŞKİLERİ Anabilim Dalı ÇALIŞMA EKONOMİSİ Bilim Dalı TEZLİ YÜKSEK LİSANS öğrencisi HAKAN ÖZALP'nın TÜRK İŞ HUKUKUNDA FAZLA ÇALIŞMA VE ÜCRETİ adlı tez çalışması, Enstitümüz Yönetim Kurulunun 28.06.2013 tarih ve 2013/24-17 sayılı kararıyla oluşturulan jüri tarafından oy birliği / oy çokluğu ile Yüksek Lisans Tezi olarak kabul edilmiştir.

Tez Savunma Tarihi 22.07.2013

Öğretim Üyesi Adı Soyadı

İmzası

1.	Tez Danışmanı	Doç. Dr. FUAT BAYRAM	
2.	Jüri Üyesi	Doç. Dr. HEDİYE ERGİN	
3.	Jüri Üyesi	Yrd. Doç. Dr. EMRE ERTAN	

ÖZET

Son yıllarda iş hayatında yaşanan değişiklikler, teknolojik ilerlemelerle beraber daha fazla bir ivme kazanmıştır. Özellikle iş yaşamında düzenli olarak verilerin kayıt altında tutulması neticesinde, bireylerin haklarını elde etmelerinin hukuki açıdan da ispatı kolay bir hal olduğu ifade edilebilir. Bunun yanında çalışma saatleriyle ilgili yasal düzenlemeler ve iş yükü ile çalışma saati/ücret arasındaki ilişkiler, geçmiş sistemlere nazaran daha hakkaniyetli bir sistemin tezahürüne de olanak vermiştir.

En genel ve basit tanımıyla fazla çalışma, İş Hukuku konusu ve ilgili yönetmelikler ve düzenlemeler çerçevesinde çizilen sınırların üzerinde çalışma koşullarını ifade etmektedir. Geçmişte kayıtların tutulması, bunlara erişim ve ispat süreleri oldukça güç olduğundan, bu konuda birçok mağduriyetler yaşanmıştır. Öte yandan günümüzde bir yandan geçmişin bu sakat ve tahsise muhtaç yapısı iyileşirken, bir yandan da yeni iş hukuku konuları nedeniyle, fazla çalışmanın şeklen ve yasal olarak niteliği farklı boyutlara erişmiştir. Bu nedenle, gerek iş hukuku açısından, gerekse insan hakları ve modern işletmecilik açısından, fazla çalışma konusunun incelenmesi gerekir. Bu nedenle bu çalışmada, fazla çalışma konusu iş hukuku ve çalışanlar açısından incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Fazla çalışma; İş hukuku; İş Kanunu.

ABSTRACT

Recent changes in business life have gained acceleration with developments in technology. Especially in work area, due to more arranged and stored data, proof of rights of individuals has become easier. In addition, legislations on working durations and work weights with working duration/fee rates give building more equitable system than in the past.

In general definition, over working means working conditions in domain of the business law in perspective of legislations and regulations. In the past, there were many inequities due to lack of stable data and reaching of them. On the other hand, while this lack system of the past have been developed, and addition, due to new business law issues, over working and its properties has been changed in legislation and current status. For this reason, examining of over working must be evaluated in detail by means of both business law and human rights and modern business approach. Thus, over working issues is examined in this research in perspective of business law and workers.

Key Words: Over working; Business law; Business legislation.

ÖNSÖZ

İş hukuku ve işletme yönetimi alanlarında önem arz eden ve her geçen gün birçok yargı davasına konu olan fazla çalışma konusunu incelediğim bu çalışmada, çalışmanın şekillenmesinde her aşamada desteklerini eksik etmeyen ve bana yol gösteren danışman hocam Doç. Dr. Fuat BAYRAM'a teşekkür ederim.

Hakan ÖZALP

İÇİNDEKİLER

	Sayfa No.
ÖZET.....	iv
ABSTRACT	v
İÇİNDEKİLER.....	vii
KISALTMALAR LİSTESİ.....	xii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

FAZLA ÇALIŞMA MEVZUATI VE KAVRAMI

1.1. FAZLA ÇALIŞMAYA YÖNELİK KANUNLAR.....	4
1.1.1. İş Kanunu	4
1.1.1.1. Deniz İş Kanunu.....	5
1.1.1.2. Basın İş Kanunu	5
1.1.1.3. Milli Koruma Suçlarının Affına, Milli Koruma Teşkilatı Sermaye ve Fon Hesaplarının Tasfiyesine ve Bazı Hükümler İhdasına Dair Kanun	5
1.1.2. Olağanüstü Hal Kanunu	5
1.1.3. Borçlar Kanunu	6
1.2. YÖNETMELİKLER	6
1.2.1. İş Kanununa İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği.....	6
1.2.2. İş Kanununa İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği.....	6
1.2.3. Haftalık İş Günlerine Bölünemeyen Çalışma Süreleri Yönetmeliği	6
1.2.4. Sağlık Kuralları Bakımından Günde Ancak Yedibuçuk Saat veya Daha Az Çalışılması Gereken İşler Hakkında Yönetmelik.....	7
1.2.5. Çocuk Ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik	7
1.2.6. Hazırlama, Tamamlama ve Temizleme İşleri Yönetmeliği	7
1.2.7. Diğer Yönetmelikler.....	7
1.3. FAZLA ÇALIŞMA KAVRAMI.....	8
1.3.1. Normal Çalışma.....	10
1.3.2. Fazla Çalışma	11
1.4. YASAL FAZLA ÇALIŞMA.....	13
1.4.1. Çalışma Süreleri	13

1.4.2. Fiili Çalışma Süresi	14
1.4.3. Farazi Çalışma Süreleri	14
1.4.4. Yasal Farazi Çalışma Süreleri	15
1.4.4.1. Çalışma Yerine Ulaşmak ve Buradan Çıkmak İçin Gerekli Olan Süreler	15
1.4.4.2. Başka Bir Yerde Çalıştırılmak Üzere Gönderilen İşçinin Yolda Geçirdiği Süreler	15
1.4.4.3. İşverenin Buyruğuna Hazır Olarak İşyerinde Geçen Boş Süreler.....	17
1.4.4.4. İşverenin Evinde, Bürosunda yahut İşverenle İlgili Herhangi Bir Yerde İşçinin Meşgul Edilmesi Sırasında Geçen Süreler	17
1.4.4.5. Emzirme İzni Sırasında Geçen Süreler	18
1.4.4.6. Araçta Geçen Süreler	18
1.4.4.7. Akdi Farazi Çalışma Süreleri	19
1.4.5. Çalışma Süresinden Sayılmayan Haller	20
1.4.5.1. Ara Dinlenmesi	20
1.4.5.2. Araçta Geçen Süreler	22
1.4.5.3. Diğer Durumlar	22
1.5. YASAL ÇALIŞMA SÜRELERİ	22
1.5.1. Yasal Günlük Çalışma Süresi.....	22
1.5.2. Yasal Haftalık Çalışma Süresi.....	23
1.5.2.1. Haftalık Döneme Göre Çalışma Süreleri	23
1.5.2.2. Haftalık Dönemi Aşan Çalışma Süreleri.....	24
1.5.2.2.1. Denkleştirme Dönemi	24
1.5.2.2.2. Denkleştirme Döneminin Süresi	25
1.5.2.2.3. Denkleştirme Döneminde Haftalık Çalışma Süresinin Hesaplanması.....	27
1.5.2.2.3.1. Denkleştirme Dönemi Uygulanmasına İlişkin Anlaşmanın Biçimi..	28
1.5.2.2.3.2. Denkleştirme Döneminin Ödenmesi Gereken Ücrete Etkisi.....	29
1.5.2.2.3.3. Haftalık İş Günlerine Bölünemeyen İşlerde Denkleştirme Yapılması	29
1.5.2.3. Günlük Çalışma Süresi Olan Yedi Buçuk Saat ve Daha Az Çalışma Süreleri 31	
1.6. AKDİ ÇALIŞMA SÜRELERİ.....	33
1.6.1. Hafta Tatilinde Dinlenme.....	33
1.6.2. Ulusal Bayram ve Genel Tatillerde Yapılan Çalışmalar	35
1.6.3. Gece Dinlenmesi	36
1.7. FAZLA ÇALIŞMANIN BELİRLENMESİ	37

1.7.1. İş Kanununa Göre.....	37
1.7.2. İş Kanununa Ait Çalışma Süreleri Yönetmeliğine Göre	38
1.7.3. Denkleştirme Usulüne Göre	39
1.7.4. Haftalık İş Günlerine Bölünemeyen Çalışma Süreleri	41
1.7.5. Sağlık Kuralları Bakımından Günde Sadece 7,5 Saat ve Daha Az Çalışılması Gereken İşler Hakkında Yönetmelik.....	41
1.7.6. Gebe, Yeni Doğum Yapmış Veya Emziren Kadınların Çalıştırılması Ve Emzirme Odaları Ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik.....	42
1.7.7. Olağanüstü Hal Kanununa Göre	42

İKİNCİ BÖLÜM

FAZLA ÇALIŞMA TÜRLERİ

2.1. OLAĞAN FAZLA ÇALIŞMA	44
2.1.1. Olağan Fazla Çalışmanın Koşulları.....	45
2.1.1.1. Olağan Nedenlerin Varlığı	45
2.1.1.2. İşverenin Fazla Çalışma Yapılmasını İstemesi	47
2.1.1.3. İşçinin Onayı	49
2.1.2. Olağan Nedenlerle Fazla Çalışmanın Sınırlanması.....	53
2.1.2.1. Fazla Çalışmanın Yıllık olarak sınırlanması	53
2.1.2.2. Fazla Çalışmanın Günlük Olarak Sınırlanması	56
2.2. ZORUNLU NEDENLERLE FAZLA ÇALIŞMA	61
2.2.1. Zorunlu Nedenlerle Fazla Çalışmanın Koşulları.....	62
2.2.2. Zorunlu Nedenlerle Fazla Çalışmanın Hükümleri	64
2.3. OLAĞANÜSTÜ NEDENLERLE FAZLA ÇALIŞMA.....	66
2.3.1. Olağanüstü Nedenlerle Fazla Çalışmanın Koşulları	68
2.3.1.1. Olağanüstü bir durumun olması	68
2.3.1.2. Bakanlar Kurulu Kararı	69
2.3.2. Olağanüstü Nedenlerle Fazla Çalışmanın Hükümleri	70
2.4. SÜREKLİ FAZLA ÇALIŞMA	72
2.5. FAZLA SÜRELERLE ÇALIŞMA	73

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

FAZLA ÇALIŞMANIN İSPATI

3.1. İSPAT YÜKÜ VE ARAÇLARI	74
3.1.1. Fazla Çalışmanın İspatından Hayatın Akışına Uygunluk	77
3.1.2. İşin Niteliği ve İşyerinin Hacminin Fazla Çalışma Açısından Önemi	77
3.1.3. İtfaiye İşçileri, Gece Bekçileri Gibi Özel Kategori İşçiler	79
3.1.4. Fazla Çalışmanın İspatında İşyeri Çalışma Düzeninin Önemi.....	80

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

FAZLA ÇALIŞMANIN KARŞILIĞI VE FAZLA ÇALIŞMA HÜKÜMLERİNİN İHLALİNİN SONUÇLARI

4.1. FAZLA ÇALIŞMA KARŞILIĞININ ÜCRET OLARAK ÖDENMESİ	83
4.1.1. Fazla Çalışma Ücretinin Hesaplanması.....	84
4.1.1.1. Zamana Göre Ücret Sisteminde Hesaplanması.....	84
4.1.1.2. Verime Göre Ücret Sisteminde Hesaplanması.....	87
4.1.1.3. Yüzde Usulüne Göre Ücret Sisteminde Hesaplanması	88
4.2. FAZLA ÇALIŞMA ÜCRETİNİN ÖDENMESİ.....	91
4.2.1. Fazla Çalışma Ücretinin Ödendiğinin İspatı	95
4.3. FAZLA ÇALIŞMA KARŞILIĞININ SERBEST ZAMAN OLARAK ÖDENMESİ.....	101
4.4. FAZLA ÇALIŞMA ÜCRETİNİN ÖDENMEMESİ.....	105
4.4.1. Hukuki Sonuçları.....	105
4.4.1.1. İşçinin İş görmekten Kaçınma Hakkı.....	105
4.4.1.1.1. İşinin Fesih Hakkı	109
4.4.2. Fazla Çalışma Ücretinin Faizi ve Zamanaşımı	110
4.4.2.1. Faizin Başlangıç Tarihi	112
4.4.2.2. Fazla Çalışma Ücretine Dair Zamanaşımı	114
4.4.3. Serbest Zaman Kullandırma Yükümlülüğüne Aykırı Davranmanın Sonuçları ..	115

BEŞİNCİ BÖLÜM
FAZLA ÇALIŞMANIN SINIR VE YASAKLARI

5.1. FAZLA ÇALIŞMA SÜRESİNE AİT SINIRLAR.....	117
5.1.1. Yıllık Üst Sınır	118
5.1.2. Günlük ve Haftalık Üst Sınır.....	119
5.2. FAZLA ÇALIŞMA YASAKLARI.....	121
5.2.1. Fazla Çalışma Yapılamayacak İşler	121
5.2.1.1. Sağlık Kuralları Bakımından Günde Ancak Yedi Buçuk Saat veya Daha Az Çalışılması Gereken İşler	121
5.2.1.2. Gece İşleri	123
5.2.1.3. Yer Altı ve Su Altında Yapılan İşler	124
5.2.2. Fazla Çalışma Yaptırılmayacak İşçiler.....	125
5.2.2.1. 18 Yaş Altı İşçiler	125
5.2.2.2. Sağlık Yönünden Fazla Çalışma Yapamayacak İşçiler.....	126
5.2.2.3. Hamile, Yeni Doğum Yapmış ve Çocuk Emziren İşçiler	126
5.2.2.4. Kısmi Süreli İş Sözleşmesiyle Çalıştırılan İşçiler	127
5.3. FAZLA ÇALIŞMAYA İLİŞKİN YASAK VE SINIRLARA UYULMAMASININ SONUÇLARI.....	130
5.3.1. Hukuki Sonuçları.....	130
5.3.2. Cezai Sonuçlar.....	133
5.3.3. Para Cezalarının Uygulanması ve İtiraz Yeri.....	136
SONUÇ	142
KAYNAKÇA	146

KISALTMALAR LİSTESİ

a.g.e. : adı geçen eser

a.g.m. : adı geçen metin

E : Esas

HD : Hukuk Dairesi

K : Karar

İş K. : İş Kanunu

Y : Yargıtay

GİRİŞ

Sanayi Devrimi'nden sonra artan üretim ve sanayileşme, beraberinde işçi sınıfının ortaya çıkması ve bireylerin sendikal ya da hukuksal açıdan örgütlenmelerini de zorunlu kılmıştır. Üretimin ve sanayileşmenin ilk aşamalarında, Taylorculuk yaklaşımı ve verimlilik ön planda olurken, bu dönemde gerek kamusal anlayışın, gerekse hukuki normların günümüz modern hukuk nosyonundan ve işletmecilik anlayışından oldukça uzak bir şekilde ilerlediği görülmektedir.

Üretimin artması ve yeni pazar arayışı, insan kaynaklarının da aynı zamanda bir sermaye bileşeni ve müşteri olma açısından da değer ifade ettiğini ortaya koymuştur. Bu nedenle, beşeri sermaye ya da bireylerin, “üretimi maksimize etmede” önem arz ettiği insan akımları yaklaşımı hakim olmaya başlamıştır.

Üretimin giderek daha fazla artması ve doygunluğa ulaşmasının ardından, üretim sistemlerine teknolojinin girmesi ve üretimde ivmenin artmasıyla birlikte, insan faktörünün de değeri giderek artmıştır. Özellikle teknoloji yoğun sektörlerin artması, beşeri sermayenin daha fazla ön planda olduğu etkileşimsel yaklaşım ve yeni kamu yönetimi anlayışının da temelini oluşturmuştur. Bu dönemde aynı zamanda hukuki anlamda da bireylerin sahip oldukları değerlerin önem arz ettiği, özellikle hukuki anlamda bir nosyon farklılığının ön plana çıktığı görülmektedir.

Fazla çalışma, beşeri sermayenin haklarını gerek hukuki anlamda, gerekse işletmecilikte performansa dayalı ücretlendirme ve insani anlamda çalışanların haklarının korunması gereken bir konudur. Bunun yanında iş çeşitliliğinin artması ve giderek üretim teknolojilerindeki farklılaşma, iş hukukunda fazla çalışma konusunun yeniden incelenmesini

zorunlu kılmaktadır. Bu çalışmada da, güncel veriler ve geçmiş hukuki içtihatlar ışığında, fazla çalışma kavramının yeniden ele alınması amaçlanmıştır.

Çalışmanın birinci bölümünde fazla çalışma mevzuatı ve kavramının incelenmesine yer verilmiştir. Bu bölümde fazla çalışmaya yönelik kanunlar, yönetmelikler, fazla çalışma ve yasal fazla çalışma kavramları, yasal çalışma süreleri, akdi çalışma süreleri ve fazla çalışmanın belirlenmesine yer verilmiştir.

İkinci bölümde ise fazla çalışmanın türleri incelenmiştir. Yine bu bölümde de, olağan fazla çalışma, zorunlu nedenlerle fazla çalışma, olağanüstü nedenlerle fazla çalışma, sürekli fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma konuları incelenmiştir. Bölümde geçen fazla çalışma türlerinin kavramsal olarak aralarında çok az fark var gibi görünse de, uygulamada ve yasal düzenlemelerde, her bir fazla çalışma türünün nev-i şahsına özgü olduğu görülmektedir.

Üçüncü bölümdeyse fazla çalışmanın ispat yükü ve araçları incelenmiştir. Burada da fazla çalışmanın ispatında hayatın akışına uygunluk, işin niteliği, işyerinin hacmi ya da çalışma düzeni gibi değişkenlerin fazla çalışmanın ispatındaki yeri, Yargıtay kararları çerçevesinde ele alınmıştır.

Devam eden dördüncü bölümde, fazla çalışmanın karşılığı ve fazla çalışma hükümlerinin ihlalinin hukuki sonuçlarına yer verilmiştir. Bu bölümde fazla çalışmanın karşılığının ücret olarak ödenmesi, fazla çalışma ücretinin ödenmesi, fazla çalışmanın karşılığının serbest zaman olarak ödenmesi ve fazla çalışmanın karşılığının ödenmemesi halleri incelenmiştir.

Çalışmada son olarak fazla çalışma sürelerine ait sınırlar ve yasaklar incelenmiştir. Bu bölümde, fazla çalışma sürelerinin yasal sınırları, iş kollarına ve işin niteliğine göre fazla

Çalışmanın yasakları, niteliği ve ilgili yasal düzenlemeler, hukuki ve yargı kararları çerçevesinde incelenmiştir. Daha sonra çalışma sonuçları yorumlanmış ve sonuç bölümünde verilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

FAZLA ÇALIŞMA MEVZUATI VE KAVRAMI

1.1. FAZLA ÇALIŞMAYA YÖNELİK KANUNLAR

1.1.1. İş Kanunu

İlk İş Kanunumuz olan 1936 tarih ve 3008 sayılı İş Kanunu fazla çalışma yaptırılmasına olanak tanımıştı. Bundan sonra çıkarılan 1967 tarih ve 931 sayılı İş Kanunu da fazla çalışmayı düzenlemiştir. 931 sayılı İş Kanununun Anayasa Mahkemesi'nin 12.05.1970 günlü kararı ile iptalinden sonra yürürlüğe konulan 1971 tarihli ve 1475 sayılı İş Kanunu da, 931 sayılı İş Kanununun fazla çalışmayı düzenleyen maddelerine aynen yer vermiştir. 1475 sayılı İş Kanununda fazla çalışma, kanunun 35, 36 ve 37. maddelerinde düzenlenmiş ve bunun yanı sıra 35. maddede fazla çalışmanın ne suretle uygulanacağını çıkarılacak bir tüzük ile düzenleneceği hükme bağlanmıştır. Diğer yandan bu maddelere aykırılığın cezai yaptırımını m. 99/b-2'de düzenlenmiştir.

Ülkemiz çalışma hayatının genel İş Kanunu olan 4857 sayılı İş Kanunu, 10.06.2003 tarih ve 25134 sayılı R.G.'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. 4857 sayılı İş Kanunu “güvenlik” ve “esneklik” temel felsefeleri üzerine kurulmuş olup, uyumlu bir bileşim öngörülmüştür. 158 sayılı ILO Sözleşmesi, Avrupa Birliği'nin 93/104 sayılı Yönergesi ve 1475 sayılı Kanun zamanındaki Yargıtay içtihatları bu kanuna kaynak olmuştur. Bu kanunda fazla çalışma 41, 42, 43, 63, 64, 65 ve 69. maddelerle düzenlenmiştir. 4857 sayılı Kanunda cezai yaptırım olarak sadece para cezalarına yer verilmiştir. İş Kanununun 102 ve 104. maddelerinde cezalar düzenlenmiştir. İş Kanununda yer alan idari para cezalarının uygulanmasına ilişkin hususlar Kanunun 108. maddesinde düzenlenmiştir.

1.1.1.1. Deniz İş Kanunu

854 sayılı Deniz İş Kanunu 20.04.1967 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu Kanuna göre fazla çalışma 28. maddede düzenlenmiştir. 51. maddede ise, “28. madde gereğince gemi adamının fazla çalışma ücretini ödemeyen” işveren veya vekili hakkında, bu durumda olan her gemi adamına karşılık, ödemediği meblağın bedelinin, 100 Liradan aşağı olmamak üzere, iki katı tutarında ağır para cezası hükmolunur.

1.1.1.2. Basın İş Kanunu

5953 sayılı, 13.06.1952 tarihli Basın İş Kanununda yürürlüğe girdiği tarihte fazla çalışma konusunda bir düzenleme yoktu. 6253 sayılı Kanunla eklenen Ek madde 1 ile 04.01.1961 tarihinde, günlük iş müddetinin sekiz saat olacağı, bunun dışındaki çalışmaların fazla saatlerle çalışma sayılacağı hüküm altına alınmıştır. Fazla mesainin günde üç saati geçemeyeceği, fazla çalışma ücretlerinin gününde verilmemesi halinde, her geçen gün için yüzde beş fazlasıyla ödeneceği de hüküm altına alınmıştır.

1.1.1.3. Milli Koruma Suçlarının Affına, Milli Koruma Teşkilatı Sermaye ve Fon Hesaplarının Tasfiyesine ve Bazı Hükümler İhdasına Dair Kanun

16.09.1960 tarih ve 79 sayılı olan bu kanunun 6. maddesi, Bakanlar Kurulu kararı ile fazla çalışma yaptırılmasına olanak tanımıştır.

1.1.2. Olağanüstü Hal Kanunu

1982 tarihli Anayasamızın 121. maddesi uyarınca yürürlüğe konulan Olağanüstü Hal Kanunu’nun 8. maddesinde, (tabii afet ve salgın hastalık halinde) günlük çalışma sürelerinin arttırılabileceği öngörülmüştür.

1.1.3. Borçlar Kanunu

818 sayılı Borçlar Kanununun 329. maddesinde İş Kanununa tabi olmayan işlerde fazla çalışma düzenlenmiştir.

1.2. YÖNETMELİKLER

1.2.1. İş Kanununa İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği

Yönetmeliğin amacı, ülkenin genel yararları yahut işin niteliği veya üretimin artırılması gibi nedenlerle 4857 sayılı İş Kanunu 63. maddede belirtilen haftalık normal çalışma süresinin dışında yapılacak fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışmaya ilişkin usul ve esasları düzenlemektir.¹

1.2.2. İş Kanununa İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği

İş Kanununa İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliğinin Amacı, çalışma sürelerinin uygulanmasına ilişkin esasları düzenlemektir.²

1.2.3. Haftalık İş Günlerine Bölünemeyen Çalışma Süreleri Yönetmeliği

Yönetmeliğin amacı, karayollarında, demiryollarında ve deniz, göl ve akarsularda hareket halindeki taşıtlarda yapılan ve 854 sayılı Deniz İş Kanununa tabi olmayan taşıma işlerinde olduğu gibi iş süresinin bir haftanın çalışma günlerine bölünmesi suretiyle yürütülmesine nitelikleri bakımından olanak bulunmayan işlerde çalışma dönemine ve iş

¹ R.G. 06/04/2004-25425 Sayılı.

² R.G. 05/04/2004-25425 Sayılı.

sürelerine uygulanacak usul ve esasları düzenlemektir.³

1.2.4. Sağlık Kuralları Bakımından Günde Ancak Yedibuçuk Saat veya Daha Az Çalışması Gereken İşler Hakkında Yönetmelik

Amacı, yönetmelikte belirtilen işlerde çalıştırılan işçilerin, sağlık kuralları bakımından, çalışabilecekleri azami çalışma sürelerini düzenlemektir.⁴

1.2.5. Çocuk Ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik

Amacı, çocuk ve genç işçilerin sağlık ve güvenliklerini, fiziksel, zihinsel, ahlaki ve sosyal gelişmelerini veya öğrenimlerini tehlikeye atmadan çalışma şekillerinin esaslarını belirlemek ve ekonomik istismarlarını önlemektir.⁵

1.2.6. Hazırlama, Tamamlama ve Temizleme İşleri Yönetmeliği

Belirli işlerin yapılmasına yönelik bir fazla çalışmayı, diğer bir deyişle sürekli fazla çalışmayı düzenleyen bir yönetmeliktir. 25446 sayı ile yayımlanmıştır.

1.2.7. Diğer Yönetmelikler

Yukarıda sayılanların dışında, Kadın işçilerin Sanayiye Ait İşlerde Gece Postalarında Çalıştırılmaları Hakkında, Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik, Radyoloji, Radyum ve Elektrikle Tedavi Müesseseleri Hakkında, Postalar Halinde İşçi Çalıştırılarak Yürütülen İşlerde

³ R.G. 06/04/2004-25425 Sayılı.

⁴ R.G. 15/04/2004-25434 Sayılı.

⁵ R.G. 06/04/2004-25425 Sayılı.

Çalışmalara İlişkin Bazı Özel Usul ve Kurallar Hakkında da çıkarılmış yönetmeliklerde fazla çalışma ile ilgili bazı hükümler vardır.

1.3. FAZLA ÇALIŞMA KAVRAMI

Aşağıda ayrıntılı olarak değinileceği gibi, İş Hukukunda fazla çalışma genel olarak işçinin belli bir iş süresinin üzerinde çalıştırılması halidir. Fazla çalışma kavramı 4857 sayılı İş Kanununda, ücretin ele alındığı üçüncü bölümde, “Fazla çalışma ücreti” başlığı altında 41. maddede düzenlenmiştir. Burada fazla çalışma, “kanunda yazılı koşullar çerçevesinde, haftalık kırk beş saati aşan çalışmalardır” (f. 1 cümle 2) şeklinde tanımlanmıştır. Aynı tanım, m. 41 uyarınca çıkarılan İş Kanununa İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği (F.Ç.Y.) m.3/1-a’da da tekrarlanmaktadır. 4857 sayılı İş Kanunu fazla çalışmayı, 1475 sayılı Kanundan farklı şekilde tespit etmiştir. O nedenle fazla çalışma kavramını kısaca eski İş Kanunu açısından incelemeye çalışalım.

1475 sayılı İş Kanununda fazla çalışma kavramının açık bir tanımı yoktur. 1475 sayılı İş Kanununun 35, 36 ve 37. maddeleri fazla çalışma yapılabilecek halleri ve fazla çalışma ücretini düzenlemekle yetinmiş, fakat bu kavramı tanımlamamıştır. 35. maddenin 1. fıkrası, belirli nedenlerle kanunda yazılı günlük çalışma süresinin üzerinde fazla çalışma yapılabileceğini belirlemiş ve (f) bendinde fazla saatlerle çalışmanın ne suretle uygulanacağını çıkarılacak bir tüzükle gösterileceğini hükme bağlamıştır.⁶ Buna uygun olarak 27.03.1973 gün ve 7/6147 sayılı kararname ile “Fazla Çalışma Tüzüğü” yürürlüğe konulmuştur.⁷

Şu halde İş Kanunu m. 35, 36, 37 ve Fazla Çalışma Tüzüğü m. 1’den hareketle, fazla çalışma, günlük yasal çalışma süresinin üstünde gerçekleştirilen çalışmadır, şeklinde tanımlanabilir.

4857 sayılı İş Kanununa dönersek, öğretide fazla çalışma ‘’üretimin artırılması, üretim

⁶ Nuri Çelik, İş Hukuku Dersleri, İstanbul, 1992, s. 238.

⁷ R.G., 04/04/1973 - 14497.

faaliyetlerindeki aksamaların önlenmesi, işletme ve toplumun bazı acil ihtiyaçlarının karşılanması amacıyla, normal iş süreleri üzerinde yapılan çalışmalar” şeklinde tanımlanmaktadır. Fazla çalışmanın amacı esas alınarak yapılan bu tanım oldukça geniştir. Bununla birlikte, m. 63 hükmüne göre denkleştirme esasının uygulandığı hallerde, işçinin haftalık ortalama çalışma süresi, normal haftalık iş süresini aşmamak koşulu ile, bazı haftalarda toplam kırk beş saati aşsa dahi bu çalışmalar fazla çalışma sayılmaz (m. 41/1). Denkleştirme döneminin sonunda, o dönem içinde, toplamda yapılan çalışmaların hafta sayısına bölünmesi suretiyle bulunan ortalama haftalık çalışma süresi, kırk beş saati aştığı takdirde, aşan kısım fazla çalışma sayılır. Tanımda yer alan “kanunda yazılı koşullar”, 41. maddenin altıncı fıkrasında, “63. maddenin son fıkrasında yazılı sağlık nedenlerine dayanan kısa veya sınırlı süreli işlerde ve 69. maddede belirtilen gece çalışmasında fazla çalışma yapılamaz” şeklinde belirtilmiştir. Dolayısıyla m. 63/son’da belirtilen sağlık kuralları bakımından günde ancak yedi buçuk saat ve daha az çalışması gereken işler ile m. 69/3 uyarınca yedi buçuk saati geçmemesi gereken gece çalışmalarında fazla çalışma yapılamayacaktır. Madde 41’de belirtilen bu yasaklara ek olarak, Fazla Çalışma Yönetmeliği, Kanuna uygun olup olmadığı öğretide tartışmalı bir düzenlemeyle, kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalıştırılan işçilere fazla çalışma yaptırılmayacağı hükmüne bağlanmıştır. Yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde, 4857 sayılı İş Kanunu bağlamında olağan fazla çalışmayı, “4857 sayılı Kanunda belirtilen sağlık kuralları bakımından günde ancak yedi buçuk saat ve daha az çalışması gereken işler ile gece çalışmaları dışında, ülkenin genel yararı yahut işin niteliği veya üretimin artırılması gibi nedenlerle, bir işçinin, haftalık kırk beş saatlik, denkleştirme esasının uygulandığı hallerde ise ortalama haftalık kırk beş saatlik çalışma süresinin üzerinde yaptığı çalışmalardır” şeklinde tanımlayabiliriz.

Fazla çalışma, çalışma süresi kavramının ortaya çıkışı ve işçinin korunması bakımından sınırlandırılması gereğinin sonucu olarak İş Hukukunda söz konusu olan bir kavramdır. Sınırlı bir çalışma süresi kavramının olmadığı yerde fazla çalışma kavramından da söz edilemez. Bu bakımdan isabetli bir şekilde, fazla saatlerle çalışmanın, sınırlandırılmış çalışma süresinin varlığını gerektirdiği, bu nedenle düzenlenmesinin de, çalışma sürelerinin sınırlandırılması ve çalışanların dinlenme haklarının tanınmasıyla ilgili tarihi gelişmeleri

takip ettiği ifade edilmektedir.⁸ Çalışma süreleri, hukuki anlamda işçinin hizmet akdinden doğan iş görme borcunu ifa ettiği veya ifa etmiş sayıldığı süreyi ifade eden bir kavramdır. İşçinin hizmet akdinden doğan iş görme borcu süreklilik arz eden bir borçtur. İşçi, iş görme borcunu, iş gücünü belirli olan veya olmayan bir süre içinde işverenin emrine tahsis etmek suretiyle yerine getirecektir. İşte bu süreler işçinin çalışma sürelerini meydana getirmektedir.⁹

Çalışma süreleri ya taraflarca tespit edilmekte veya kanunen düzenlenerek bu tespit yapılmaktadır. Gerek akdi ilişkinin kuruluşu gerekse kanuni düzenleme çalışma süresi kavramının belirlenmesinde rol oynamaktadır. Çalışma süresi kavramı kanunla veya mevzuat düzenlemeleri ile tanımlanabildiği gibi işverenin düzenlemeleri ile de belirlenebilmektedir. Yargıtay'ın yerleşik görüşü ve uygulaması, fazla çalışmanın, haftalık kırk beş saati aşan bir çalışma olduğu yönünde olmuştur.¹⁰

Yeni İş Kanununun, fazla çalışmayı, açıkça, haftalık kırk beş saati aşan çalışma olarak tanımlaması, bu konudaki hükmünün, Yargıtay görüşü ve uygulaması doğrultusunda oluşturulduğunu göstermektedir.

1.3.1. Normal Çalışma

Çalışma süresinin uzunluğu, önce yasa (koruyucu mevzuat) ve sonra da sözleşme (bireysel iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi) tarafından azami olarak sınırlanmıştır. Söz konusu sınırlar içinde kalmak koşuluyla işveren, çalışma süresini kural olarak, kendisi saptar. İşveren bu saptamayı en alışlagelmiş biçimiyle, yönetim hakkına dayanarak gerçekleştirir.

Genel bakımdan çalışma süresi, haftada en çok 45 saattir (İş K. m. 61/a). Daha önceleri ülkemizde 48 saat olan haftalık çalışma süresi, 1983 yılında yapılan yasal değişiklikle; 45 saate inmiştir. Batı Avrupa'nın sanayileşmiş ülkelerinde ise genel olarak 40-45 saatlik iş haftalarının benimsendiği ve 35 saatlik iş haftası için mücadele edildiği görülür.

Yasa tarafından, haftalık çalışma süresi olarak belirlenen 45 saat, yanlar arasındaki bir anlaşma ile daha az bir miktara düşürülebilir. Böylece, bireysel iş sözleşmesi veya toplu iş

⁸ Oğuz Kurucu, Fazla Çalışma - Dinlenme Süreleri, Ankara, Kadioğlu Matbaası, 1987, s. 171.

⁹ Kurucu, A.g.e., s. 171.

¹⁰ Yargıtay'ın bu konudaki yerleşik içtihadına örnek olarak Yarg. 9. H.D. 31.01.1969, 241/928; 24.2.1977, 1837/3663 / Yargıtay Kararları, TÜHİS, Kamu-İş, Türk Kamu-Sen, 1989, s.221-222 ve 225); 16.9.1996, E. 1996/15014, K. 1996/16843.

sözleşmesi yoluyla 40-45 saatlik iş haftalarının, ülkemiz işyerleri için geçerli olması benimsenebilir¹¹.

1.3.2. Fazla Çalışma

Fazla çalışma, kanunda gösterilen nedenlerle ve kanundaki haftalık 45 saatlik çalışma süresinin dışında yapılan çalışmaları anlatır. Buna göre, normal olarak fazla çalışma süresi; işçilerin, cumartesi günü çalıştırılıp çalıştırılmamalarına göre, haftalık 45 saatin eşit ölçüde öteki işgünlerine bölünmesiyle bulunan ve 7,5 saat ile 9 saat arasında değişen günlük iş süresinin üstündeki çalışmalarına ilişkin süredir. Denkleştirme esasının uygulandığı hallerde (İş K. m. 63/2) ise, bazı haftalardaki 45 saati aşan çalışmalar, denkleştirme dönemi (iki veya dört ay) içinde haftalık ortalama 45 saat aşılmamak kaydıyla, fazla çalışma sayılmaz (İş K. m.41/1). Haftalık çalışma süresi taraflarca kırk beş saatin altında kararlaştırılabilir.

4857 sayılı İş Kanununda ücretin ele alındığı üçüncü bölümde “Fazla çalışma ücreti” başlığı altında 41. maddede Fazla Çalışma Kavramı düzenlenmiştir. Burada fazla çalışma, “kanunda yazılı koşullar çerçevesinde, haftalık kırk beş saati aşan çalışmalardır” (m. 41, f.1, cümle 2). Aynı tanım 41. madde uyarınca çıkarılan İş Kanununa ilişkin Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği’nde de tekrarlanmaktadır (F.Ç.Y. m. 3/1-a R.G. 06.04.2004, 25425). Başlığı nedeniyle, fazla çalışma karşılığı olarak sadece ücretin düzenlendiğine dair yanlış izlenim uyandıran maddede fazla çalışma kavramının tanımı, koşulları, sınır ve yasaklarının yanı sıra, 1475 sayılı İş Kanununda yer almayan fakat iş hukuku öğretisinde benimsenen fazla sürelerle çalışma ve fazla saatlerle çalışma kavramlarına ve fazla çalışma karşılığı olarak serbest zamana da yer verilmiştir. Ücretten daha çok çalışma süreleriyle ilgili olduğu için, söz konusu düzenlemenin yasanın ücretle ilgili üçüncü bölümünde değil, İşin Düzenlenmesine ilişkin dördüncü bölümünde yer alması gerekirdi.¹²

1475 sayılı İş Kanununda fazla çalışma, “kanunda yazılı günlük çalışma süresi dışında yapılan çalışmadır” şeklinde tanımlanmıştı (m.35/1). 4857 sayılı kanuna göre fazla çalışma kavramını, 1475 sayılı kanundan farklı esas ve düzenlemeleriyle karşılaştırmalı olarak

¹¹ Murat Demircioğlu ve Tankut Centel, İş Hukuku, 10. b, Beta, Kırklareli, 2005, s.128

¹² Ercan Akyiğit, “Yeni İş Yasasında Normali Aşan Çalışmalar”, TÜHİS, c. 19, s.4, Mayıs 2005, s.1.

incelemeye çalışalım. Normal çalışma sürelerini esneklik için gerekli hükümlere bağlı şekilde düzenleyen yeni kanunda, fazla çalışma için, kanuni günlük çalışma süresi ölçütü terk edilmiş, onun yerini haftalık çalışma süresi almıştır. Yeni kanunda normal haftalık çalışma için öngörülen süre, “en çok kırk beş saatlik süre” dir. İş K. m. 41/1’de bu durum açıklanmıştır. Bu madde, 63. ve 69. maddeler ile birlikte değerlendirilince daha doğru olacaktır. 63. madde hükmüne göre, denkleştirme esasının uygulandığı hallerde, işçinin haftalık ortalama çalışma süresi, normal haftalık iş süresini aşmamak koşulu ile, bazı haftalarda toplam kırk beş saati aşsa dahi bu çalışmalar fazla çalışma sayılmaz. Denkleştirme döneminin sonunda, o dönem içinde, toplamda yapılan çalışmaların hafta sayısına bölünmesi suretiyle bulunan ortalama haftalık çalışma süresi, kırk beş saati aştığı takdirde, aşan kısım fazla çalışma sayılır. Haftalık 45 saatin aşıp aşılmadığını saptarken, o işçiye denkleştirme uygulanıp uygulanmadığına bakılır.

Eğer denkleştirme uygulanmıyorsa, somut olarak her bir haftada 45 saatin aşılması gerekli ve yeterlidir. 45 saatin üstünde bir süreyle, örneğin 55 saat çalışılması halinde o işçinin bu hafta 45 saati aşan süre kadar fazla çalışma yaptığı kabul edilir. Buna karşılık denkleştirme esasının uygulandığı hallerde, somut olarak her bir haftada haftalık 45 saatin aşıp aşılmadığına bakılmaz. Önemli olan, denkleştirme dönemindeki toplam çalışmanın bir haftaya düşen ortalama süresinin 45 saati aşp aşmadığıdır.

Tanımda yer alan “kanunda yazılı koşullar”, 41. maddenin altıncı fıkrasında, “63. maddenin son fıkrasında yazılı sağlık nedenlerine dayanan kısa veya sınırlı işlerde ve 69. maddede belirtilen gece çalışmasında fazla çalışma yapılamaz” şeklinde belirtilmiştir. Dolayısıyla m. 63/son’da belirtilen sağlık kuralları bakımından günde ancak yedi buçuk saat ve daha az çalışması gereken işler ile m. 69/3 uyarınca yedi buçuk saati geçmemesi gereken gece çalışmalarında fazla çalışma yapılamayacaktır. Madde 41’de belirtilen bu yasaklara ek olarak, Fazla Çalışma Yönetmeliğinde, Kanuna uygun olup olmadığı “öğretide tartışmalı bir düzenlemeyle”, kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalıştırılan işçilere fazla çalışma yaptırılmayacağı hükme bağlanmıştır.¹³

Öğretide fazla çalışma, “üretimin arttırılması, üretim faaliyetlerindeki aksamaların

¹³ Suat Caniklioğlu, Türk İş Hukukunda Normal Fazla Çalışma, Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2002,s. 149-152.

önlenmesi, işletme ve toplumun bazı acil ihtiyaçlarının karşılanması amacıyla, normal iş süreleri üzerinde yapılan çalışmalar” şeklinde tanımlanmaktadır.¹⁴ Bu şekilde tanımlanan fazla çalışma “yasal fazla çalışma kavramı” olarak da ifade edilebilmektedir.

1.4. YASAL FAZLA ÇALIŞMA

1.4.1. Çalışma Süreleri

Çalışma süreleri Kanunda “İşin Düzenlenmesi” başlığı altında m. 63 ve devamında düzenlenmiştir. İşin düzenlenmesi açısından 4857 sayılı İş Kanunu, 1475 sayılı İş Kanunundan oldukça farklı hükümler öngörmüştür. Kavram itibarıyla çalışma süreleri hakkında yaklaşık aynı prensipleri benimsemekle birlikte, çalışma sürelerinin haftanın çalışılan günlerine dağılımı konusunda eskisine göre çok esnek düzenlemeler getirmiştir. Çalışma sürelerinin, haftanın çalışılan günlerine farklı şekilde dağıtılması imkânı ve yoğunlaştırılmış iş haftası uygulaması, bu anlamda en önemli yeniliklerdir.

Çalışma sürelerine ilişkin olarak İş mevzuatında yer alan sınırlamalar, işçilerin şahıslarına ilişkindir.¹⁵ Çalışma sürelerine getirilen günlük ve haftalık sınırlamalardan amaç, kişisel olarak işçinin sağlığı ve sosyal yaşamını korumaktır. İşyerleri için böyle bir sınırlama yoktur. İşçilerin postalar halinde çalıştırılması yoluyla bir işyeri, haftanın yedi günü yirmi dört saat faaliyetini sürdürebilir.

İş Kanununda çalışma süresi ile ilgili bir tanım yer almamaktadır. Bununla birlikte çalışma süresi kavramının öğelerini saptamaya olanak verecek esaslar düzenlenmiştir. Kanunda çalışma süresi, “işin düzenlenmesi” başlığı altında 63. maddede düzenlenmiştir. Bu madde uyarınca çıkarılan, İş Kanununa İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliğinde.¹⁶ m. 3/1’de çalışma süresi “işçinin çalıştırıldığı işte geçirdiği süredir” şeklinde tanımlanmıştır. Bu tanım

¹⁴ Kurucu, A.g.e., s. 101,

¹⁵ Sarper Süzek, İş Hukuku, 3.Tıpkı Basım, İstanbul, Beta, 2006, s. 604, N. Çelik, A.g.e., 301-302, Fevzi Demir, A.g.e, 63.

¹⁶ RG., 06.04.2004, 25425.

yeterli değildir, zira çalışma süresi işçinin işinin başında geçirdiği süre ile sınırlı değildir, çalışmamakla birlikte, işçinin, işverenin otoritesi altında geçirdiği süreler de çalışma süresi kavramına dahildir.

Yasal düzenlemelerden de anlaşıldığı gibi, çalışma süresi iki farklı kavramı barındırmaktadır. Bunlar, işçinin çalıştırıldığı işte geçirdiği süreler (fiili çalışma süreleri) ile fiilen çalışılmayan ancak, çalışılmış gibi sayılan sürelerdir (farazi- varsayılan çalışma süreleri).

1.4.2. Fiili Çalışma Süresi

Çalışma süresi, yönetmelikte “işçinin çalıştırıldığı işte geçirdiği süre” şeklinde tanımlanmakta ise de (Çalışma Süreleri Yönetmeliği m. 3), anlaşılması gereken, işçinin, iş görmek amacıyla, işgücünü işverenin emrine tahsis ettiği, soyunma giyinme ve ara dinlenmeleri hesaba katılmaksızın, işin başlangıcından sona ermesine kadar geçen süredir. Bu süre işçinin fiili çalışma süresidir.¹⁷ Yasal farazi çalışma süreleri, İş Kanununun 66. maddesinin 1. fıkrasında 6 bent halinde sayılmıştır.

1.4.3. Farazi Çalışma Süreleri

İş Kanununun bazı işlerin niteliğine bağlı olarak veya sosyal düşüncelerle, işçinin fiilen iş görmediği veya işgücünü fiilen işverenin emrine tahsis etmediği bazı süreleri de işçinin günlük çalışma süresinden saymıştır. Fiilen çalışılmadığı halde günlük çalışma süresinden sayılan bu süreler ”farazi çalışma süresi” olarak nitelendirilmiştir. Kanunda farazi çalışma sürelerinden sayılmayan, işçinin çalışmadan geçirdiği başka süreler de, tarafların iradesiyle “akdi farazi çalışma“ süreleri olarak kararlaştırılabilir. Gerek kanun, gerekse sözleşme ile belirlenmiş olsun, belirtilen farazi çalışma süreleri, tıpkı fiili çalışma yapılan süreler gibi çalışma süresinden sayıldıklarından, işçinin günlük çalışma süresi bu süreler göz

¹⁷ Münir Ekonomi, “4857 Sayılı İş Kanununa göre Fazla Çalışma Kavramı,” Yargıç Resul Aslanköylü’ye Armağan, Kamu-İş, c.7, s. 3, 2004, s. 159; Eyrenci, Eyrenci/Taşkent/Ulucan, Bireysel İş Hukuku, 2. b, İstanbul, Legal, 2005, s. 195; Hamdi Mollamahmutoğlu, İş Hukuku, 2. b, Ankara, 2005, s. 668.

önünde bulundurularak hesaplanır. Bu sürelerle birlikte işçinin günlük veya haftalık çalışma süreleri, Kanunda belirtilen azami süreleri aşmamalıdır. Aksi takdirde aşan kısım fazla çalışma olarak kabul edilir.

1.4.4. Yasal Farazi Çalışma Süreleri

1.4.4.1. Çalışma Yerine Ulaşmak ve Buradan Çıkmak İçin Gerekli Olan Süreler

Kanunun 66. maddesinde sayılan yasal farazi çalışma sürelerinden ilki (a) bendinde belirtilen, madenlerde, taşocaklarında yahut her ne şekilde olursa olsun yeraltında veya su altında çalışılacak işlerde, işçilerin, kuyulara, dehlizlere veya asıl çalışma yerlerine inmeleri veya girmeleri ve bu yerlerden çıkmaları için gereken sürelerdir. Buna göre, yer ve su altında yapılan işlerde, işçinin asıl çalışma yerine ulaşması ve oradan tekrar geri dönebilmesi için gereken süreler çalışma süresinden sayılır.

1.4.4.2. Başka Bir Yerde Çalıştırılmak Üzere Gönderilen İşçinin Yolda Geçirdiği Süreler

İşçinin, işveren tarafından, işyerinden başka bir yerde çalıştırılmak üzere gönderilmesi halinde, yolda geçen süreler kanuni farazi çalışma sürelerinden ikinci kategoriye oluşturur (İş K. m. 66/1-b). Bu tip farazi çalışma süreleri genellikle, işin yapıldığı yerin değişiklik arz ettiği veya gidilerek yapılması gereken işlerde söz konusu olur. Örneğin bir su tesisatı işçisinin herhangi bir evdeki tamirat için o eve gitmesi ve tamiraty bitirip dönmesi esnasında yolda geçen süreler gibi.¹⁸ Ancak bu maddenin yorumlanması öğretide fikir ayrılıklarına neden olmuştur. Bu konuda iki ayrı yorum yapılmaktadır.

Birinci görüşe göre, işçilerin işveren tarafından işyerlerinden başka bir yerde çalıştırılmak üzere gönderilmeleri halinde, ifadesindeki “çalıştırılmak” sözcüğü ile işçinin kanuni iş süresi içinde yapabileceği çalışma kastedilmektedir¹⁹. İşçinin günlük kanuni çalışma süresi kanunla sınırlandırıldığından işyerinde ya da başka bir yerde çalışması kanuni süreyi

¹⁸ Kadir Arıcı, Çalışma Sürelerinin Hukuki Gelişimi ve Yeterliliği Açısından 1475 Sayılı İş Kanunu’nda Çalışma Süreleri, Ankara, 1992, s. 101.

¹⁹ Münir Ekonomi, İş Hukuku, C. 1; Ferdi İş Hukuku, s. 461-462.

aşmamalıdır. Bu görüşü savunan Ekonomi'ye göre, bu durumda işverenin yükümlülüğü işçinin yol ve ikamet masraflarını karşılamaktır. Yoksa işçinin gece uyuduğu, yemek yediği veya diğer surette geçirdiği sürelerin çalışma süresi, dolayısıyla da günlük çalışma süresini aşan kısmın da fazla çalışma olduğunu kabul etmek mümkün değildir.²⁰ Belirli masraflar dışında ayrıca bir ödemeye gerek olup olmadığı da her olayın özelliğine göre tayin edilmelidir²¹. İkinci görüşe göre, geniş yorum yapılarak yolda geçen süreler herhangi bir kısıtlamaya tabi olmaksızın çalışma süresinden sayılmalıdır.²² Çünkü işçinin işveren tarafından başka bir yere gönderilmesi suretiyle asıl işini görmeksizin geçirdiği sürelerin, günlük çalışma sürelerinden sayılacağını düzenleyen ve bunu hiçbir sınırlamaya tabi tutmayan (d) bendinden hareketle, günlük çalışma süresini aşan yolda geçen bazı sürelerin çalışılmış gibi göz önünde bulundurulması gerektiği kanaatindedir. Buna göre işçinin, işyeri dışında gönderildiği yere giderken yolda geçirdiği süre fiilen çalıştığı süreye eklenmelidir. Yargıtay, 1994 yılında verdiği kararında, işçinin 6245 sayılı Kanuna göre harcırah ödenmek suretiyle, görevlendirildiği yerlere gidip gelmek için yolda geçirdiği süreler için fazla çalışma ücreti istemesinin mümkün olmadığı sonucuna ulaşmıştır²³.

Öğretide de haklı olarak ifade edildiği gibi, asıl işyerinden başka bir yere çalışmak için gönderilen işçinin, yolda geçirdiği sürenin, günlük çalışma süresinin geçtiği zaman dilimine düşen kısmını çalışılmış gibi sayarak günlük çalışma süresine eklerken; bu süreyi aşan kısmı çalışma süresinden saymamak, aynı eylemli durumun bir kısmına hukuki ve ekonomik değer atfederken, diğer kısmını yok saymak anlamına gelir ki bu sonuç hakkaniyetle bağdaşmaz.²⁴ Bu nedenle çalışma sürelerine ilişkin yasal sınırlar aşılmış olsa dahi, yolda geçen bu süreler, çalışma süresinden sayılmalı ve aşan kısım fazla çalışma kabul edilerek zamlı ücret ödenmelidir. Nitekim işçinin asıl işyerinden başka bir yerde çalışması istisnai bir durumdur ve işveren bu istisnai durumun külfetine katlanmalıdır. İşçi ise, ikamet ettiği yerden uzaklaşarak zaten yeterince külfete katlanmış bulunmaktadır. Bu açıdan, 4857 sayılı Kanunun getirdiği yeniliklerden biri olarak, işçinin talep etmesi halinde fazla çalışma karşılığı olarak serbest zaman verilmesi imkânı, avantajlı bir seçenek olarak görülmektedir.

²⁰ S. Caniklioğlu, A.g.e., s. 46.

²¹ Ekonomi, Çalışma Süreleri, s. 48-49.

²² Çelik, A.g.e. s. 288.

²³ Y. 9. H.D. , 9.6.1994, E. 1994/3904, K. 1994/8874, Tekstil İşv., Kasım-Aralık, 1994.

²⁴ S. Caniklioğlu, A.g.e., s. 48.

Bununla birlikte, yoğun çalışma temposunun ardından işçinin dinlenmesi sağlığı açısından da faydalı olacaktır.²⁵

1.4.4.3. İşverenin Buyruğuna Hazır Olarak İşyerinde Geçen Boş Süreler

İşçinin, işinde ve her an iş görmeye hazır bir halde bulunmakla beraber, çalıştırılmaksızın ve çıkacak işi bekleyerek boş geçirdiği süreler de yasal günlük çalışma süresinden sayılır (İş K. m. 66/1-c). Burada esas olan, işyerinde çıkacak işi beklerken geçirdiği bu süre içinde, işçinin iş gücünü işverenin emrine tahsis etmiş olmasıdır.²⁶

Ancak bu koşullar altında, işçinin işyerinde çıkacak işi bekleyerek geçirdiği süreler yasal çalışma süresinden sayılır. İş gücünü işverenin emrine tahsis etmesi koşuluyla, işçinin çalışmadan geçirdiği bu sürelerin çalışılmış sayılması, öğretide, işverenin temerrüdünden hareketle açıklanmaktadır ²⁷.

İşverenin iş sözleşmesinden kaynaklanan temel borcu ücret ödeme borcu olmakla birlikte, işçiye iş verme de işveren açısından bir borç olarak kabul edilmektedir. Ancak bu şekilde, iş görmeden geçirdiği süreler için işçinin ücret talep hakkı anlam kazanacaktır.

1.4.4.4. İşverenin Evinde, Bürosunda yahut İşverenle İlgili Herhangi Bir Yerde İşçinin Meşgul Edilmesi Sırasında Geçen Süreler

“İşçinin işveren tarafından başka bir yere gönderilmesi veya işverenin evinde veya bürosunda yahut işverenle ilgili herhangi bir yerde meşgul edilmesi suretiyle asıl işini yapmaksızın geçirdiği süreler” çalışma süresinden sayılır. Bu süreler içinde de işçi, işverenin

²⁵ Hatice Karacan, 4857 s. İş Kanununa Göre Fazla Çalışma, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2007, Seçkin Yayınları.

²⁶ S. Caniklioğlu, A.g.e., s. 49

²⁷ M. Kemal Oğuzman, Hizmet “İş” Akdinin Feshi, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1955, s. 51. Yazara göre, iş verme işveren açısından sadece kendisine arz edilen hizmet edimini kabul mahiyetinde ise, bundan istinkaf edilmesi bir alacaklı temerrüdü (BK. m. 90) meydana getirir. Şayet bu bir borç olarak kabul edilirse, bu takdirde bunun yerine getirilmesi bir borçlu temerrüdüdür. (BK. m. 101) Alacaklı temerrüdünde bir borca muhalefet söz konusu olmasına rağmen borçlu temerrüdünde borcun yerine getirilmemesi söz konusudur.

emir ve talimatları altındadır. İşçinin zamanını alan, onu işi dışında oyalayan, uğraştıran işverendir. Bu nedenle bu süreler de fiili çalışma süreleri ile birlikte değerlendirilerek fazla çalışmanın tespitinde göz önünde bulundurulur.

1.4.4.5. Emzirme İzni Sırasında Geçen Süreler

Kanunun 66. maddesinin (e) bendine göre “çocuk emziren kadın işçilerin çocuklarına süt vermeleri için belirtilecek süreler” işçinin günlük çalışma süresinden sayılır. Burada amaç analığın korunmasını sağlamaktır.²⁸ Kadın işçilerin çocuklarına süt vermeleri için gerekli olan bu süreler Kanunun 74. maddesinin son fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre, kadın işçilere, bir yaşından küçük çocuklarını emzirmeleri için günde toplam bir buçuk saat süt izni verilmesi gerekir. Bu sürenin gün içinde hangi saatler arasında ve kaç bölünerek kullanılacağını işçi kendisi belirler. Bu bir buçuk saatlik sürenin günlük çalışma süresinden sayılacağı burada da belirtilmiştir.

Çalışma koşulları açısından özel olarak korunması gereken gebe ve çocuk emziren kadın işçiler için, Kanunun 88. maddesine dayanılarak Gebe veya Emziren Kadınların Çalışma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik çıkarılmıştır²⁹. Yönetmelikte ayrıca yaşları ve medeni halleri ne olursa olsun, 100-150 kadın işçi çalıştırılan işyerlerinde, bir yaşından küçük çocukların bırakılması ve bakılması ve emziren işçilerin çocuklarını emzirmeleri için işveren tarafından, çalışma yerlerinden ayrı ve işyerine yakın bir yurdun kurulma zorunluluğu da getirilmiştir (m. 15/2).

1.4.4.6. Araçta Geçen Süreler

İş Kanununun 66. maddesinin (f) bendine göre, demiryolları, karayolları ve köprülerin yapılması ve korunması ya da onarım ve tadili gibi, işçilerin yerleşim yerlerinden uzak bir mesafede bulunan iş yerlerine, bunların toplu ve düzenli bir şekilde götürülüp getirilmeleri

²⁸ Nurşen Caniklioğlu, “4857 Sayılı Kanuna Göre Çalışma Süresi ve Bu Sürenin Günlere Bölünmesi,” Toprak İşverenleri Dergisi, 2005, s. 178..

²⁹ R.G. 14.07.2004, 25522.

esnasında geçen süreler, işçinin günlük çalışma süresinden sayılır. Çalışılmış gibi varsayılan durumların içerisinde yer alan yolda geçen sürelerle ilişkin bu madde uygulamada en çok sorun yaratan maddelerden biridir.³⁰ Araçta geçen bu sürelerin, çalışma süresinden sayılabilmesi için bazı koşullar gerekir.

Bu koşullardan ilki, işyerinin, işçilerin yerleşim yerlerinden uzakta bulunmasıdır. Kanunda uzaklığın miktarı ile ilgili olarak bir kıstas belirtilmemiştir. İkinci koşul, işçilerin uzak bir mesafede bulunan bu işyerlerine getirilip götürülmelerinin topluca ve düzenli bir şekilde yapılmasıdır. Üçüncü koşul ise, bu taşımanın işin niteliğinden kaynaklanmasıdır. İşin niteliğinden kaynaklanabilecek bu nedenler bentte “demiryolları, kara yolları ve köprülerin yapılması, korunması, onarılması veya değiştirilmesi gibi nedenler” olarak belirtilmiştir. Bu son koşul, esasen ilk iki koşulu kapsar niteliktedir. Öğretinin görüşü işin uzak ve sabit olmayan bir yerde yapılması, işçilerin topluca ve düzenli olarak götürülüp getirilmelerini zorunlu kılıyorsa, araçta geçirilen sürelerin çalışma süresinden sayılması gerektiği yönündedir.³¹ Kanunda, işin niteliğinden doğmayıp da, işveren tarafından, sırf sosyal yardım amacıyla işyerine götürülüp getirilme esnasında geçen sürelerin çalışma süresinden sayılmayacağı belirtilmiştir (İş K.m. 66/son). Yargıtay da, işin niteliğinden kaynaklanma koşulunu değerlendirirken, esas olarak işyerinin bulunduğu yerin değişken olmasını aramaktadır. İşyeri sabit ve belirli ise bunlar şehir ve kasabalar veya oturlan yerlerden uzakta olsalar bile, Yargıtay bu işyerlerine götürülüp getirilmelerin, işin niteliğinden doğmayıp aradaki mesafe ve uzaklık sebebiyle sosyal yardım amacıyla yapıldığına karar vermiştir.³² Bu süreler, son olarak, fiilen çalışılan ve diğer çalışılmış gibi sayılan sürelerle birlikte normal haftalık çalışma süresini aştığı takdirde fazla çalışma sayılır.

1.4.4.7. Akdi Farazi Çalışma Süreleri

Kanunun 66. maddesinde farazi çalışma süresi olarak sayılan sürelerin dışında, taraflar

³⁰ Emine Tuncay Kaplan, Türk İş Hukuku Mevzuatında Fazla Çalışma ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar, Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi, SBE, Ankara, 1999, s. 6.

³¹ Ekonomi, İş Hukuku, s. 287, Ünal Narmanlıoğlu, İş İlişkisinin Kurulması Açısından ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay’ın 1986 Yılına Ait Kararlarının Değerlendirilmesi”, Yargıtay’ın İş Hukuku’na İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri, 1986, İstanbul s. 475.

³² Y. 9. H.D. 27.11.1984, E. 1984/10531, K. 1984/10466, Yargıtay Kararları Dergisi - Y.K.D. c. 11, s. 7, Temmuz, 1985, s. 995-999.

sözleşme özgürlüğü çerçevesinde, aralarında anlaşarak, işçinin çalışmadan geçirdiği herhangi bir sürenin çalışma süresinden sayılmasını kararlaştırabilirler. Bu çalışma süreleri, “akdi farazi (çalışılmış gibi sayılan)” çalışma süreleridir. Bu süreler, iş sözleşmeleri ile oluşturulabileceği gibi, toplu iş sözleşmeleri ile de oluşturulabilir.³³

Akdi farazi çalışma süreleri hukuki nitelik itibarıyla yasal farazi çalışma sürelerinden farklı değildir. Bu süre içinde çalışılmamış olsa dahi, işçi çalışmış sayılıp, ücrete hak kazanır. İşçinin çalışma süresi hesaplanırken, örneğin, iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi ile çalışma süresinden sayılacağı hüküm altına alınan sigara molasının çalışarak geçirilmesi durumunda, bu süre, bir fiili bir de farazi çalışma süresi olmak üzere iki kez hesaba katılır.

Hangi sürelerin çalışma sürelerinden sayılacağını belirleme konusunda sözleşme serbestisi çerçevesinde taraflar özgürdür. Bununla birlikte, sosyal yardım amacıyla yapılan taşımalar ve ara dinlenmelerinin sözleşme ile çalışma süresinden sayılıp sayılmayacağı tartışma konusu olmuştur. Bu süreler kural olarak çalışma süresinden sayılmamakla birlikte aksi kararlaştırılabilir. İşverenin tek yanlı iradesi ile vermiş olduğu dinlenmelerin çalışma süresinden sayılması gerektiği savunulmaktadır.³⁴

1.4.5. Çalışma Süresinden Sayılmayan Haller

1.4.5.1. Ara Dinlenmesi

Kanunda, çalışma sürelerinden sayılan hallerin yanı sıra, çalışma süresinden sayılmayan haller de belirtilmiştir. Bu sürelerden ilki ara dinlenmesidir. Ara dinlenmesi, kavram olarak günlük çalışma süresi içinde işçilere verilen dinlenme zamanlarını anlatır. Bu süre içerisinde işçi, hem dinlenme ve hem de yemek-içmek gibi zorunlu gereksinmelerini giderme olanağını elde eder. Ara dinlenmesinin uzunluğu; 4 saat veya daha kısa süreli işlerde 15 dakika, 4 saatten fazla ve 7,5 saate kadar (7,5 saat dahil) süreli işlerde yarım saat, 7,5 saatten fazla süreli işlerde bir saattir (İş K. m. 68/1). Ancak, bireysel iş sözleşmesi veya toplu

³³ S. Caniklioğlu, s. 54.

³⁴ Mustafa Çenberci, İş Kanunu Şerhi, 6. b., Ankara, 1986, s. 937.

iş sözleşmesi yoluyla ara dinlenmesi süreleri arttırılabilir (İş K. m. 68/2), ama sözleşme yoluyla kısaltılamaz. Çünkü ara dinlenmesi süresine ilişkin yasa hükmü, nispi emredici nitelikte bir hukuk kuralıdır. Ara dinlenmesinde işçi, kural olarak serbesttir. Bu nedenle, işçi, ara dinlenmesi süresini işyerinin içinde veya dışında geçirebilir ve işveren, işçiye bu süre içerisinde herhangi bir iş yaptıramaz. Ara dinlenmesi süresi içinde çalıştırılan işçi ise, yasada öngörülen günlük çalışma süresinin üzerinde bir çalışma yapmış olduğu takdirde, işverenden fazla çalışma ücreti isteyebilir³⁵. İşçinin, bu süre içinde işyerinde bulunması, onun bu süreyi çalışarak geçirdiği anlamına gelmez.

Ara dinlenmesi; çalışma süresinin ortalama bir zamanında ve o yerin geleneği ile işin gereği gözetilip ayarlanarak, aralıksız verilmek zorundadır (İş K. m. 68/ 1-2). Ancak işveren, iklim ve mevsim ile o yerdeki gelenekler ve işin niteliği gibi etkenleri göz önünde bulundurarak, ara dinlenmesi süresini “aralı” olarak da kullanırabilir (İş K. m. 68/3). Her halükarda, ara dinlenmesi süresi, günlük iş süresinden sayılmaz (İş K. m. 68/5). İşçiye İş Kanununda belirtilen asgari sınırlarda ara dinlenmesi vermek zorunludur. Kanundan veya sözleşmeden kaynaklanan ara dinlenmelerinde işçi çalışmaya zorlanamaz. İşçinin, bu süre içinde işyerinde bulunması, onun bu süreyi çalışarak geçirdiği anlamına gelmez³⁶. Ara dinlenmesinde işçi çalıştırılırsa bu çalışmalarının karşılığı işçiye kural olarak normal ücret üzerinden ödenir. İşçinin, ara dinlenmelerinde yaptığı çalışmanın fazla çalışma sayılabilmesi için, toplamda yaptığı fiili veya farazi diğer çalışmalarla birlikte yasal sınırları aşması gerekir³⁷. 1475 sayılı Kanun döneminde, ara dinlenmesinde yapılan çalışmalar, diğer çalışmalarla birlikte günlük çalışma süresini aştığı takdirde fazla çalışma sayılmıştı³⁸. Ara dinlenmeleri ile ilgili olarak öğreti ve uygulamada esas tartışma, Kanunda, çalışma süresinden sayılmayacağı belirtilen bu sürelerin, tarafların anlaşmasıyla çalışma süresinden sayılabiliş sayılamayacağı noktasında olmuştur. Öğretide çoğunluk, işçinin yararına olacağı gerekçesiyle, böyle bir kararlaştırmanın mümkün olması gerektiği görüşündedir.³⁹ Yargıtay ise, ara dinlenmelerinde, işçilerin işyerini terk edemeyeceklerine dair kayıtlarının ara dinlenmesinin çalışma süresinden sayılmasını gerektirmeyeceği sonucuna ulaşmıştır.

³⁵ Demircioğlu ve Centel, A.g.e., s. 135.

³⁶ Y. 9. H.D. E. 1986/4931, K. 1986/5981, Tekstil İşv. Kasım, 1986, s. 19 - 20.

³⁷ Ekonomi, A.g.e., s. 317,

³⁸ Y. 9. H.D. 29.01.1974, E. 1973/1015, K. 1974/1575, İ.H.U. İş K., m. 64, İstanbul, 1975, Münir Ekonomi'nin notu ile birlikte.

³⁹ Soyer, A.g.e., s. 23.

1.4.5.2. Araçta Geçen Süreler

Kanunda çalışma süresinden sayılmayacağı açıkça belirtilen diğer hal, işveren tarafından sırf sosyal yardım amacıyla işyerine götürülüp getirilme esnasında araçta geçen sürelerdir. Sözleşme ile bu sürelerin çalışma süresinden sayılabiliyor sayılamayacağına ilişkin tartışma burada da gündeme gelmiştir. Tarafların aralarında anlaşarak, bu sürelerin çalışma süresinden sayılmasının mümkün olması gerektiği öğretide savunulmaktadır. Buna göre, kanunun söz konusu düzenlemesi nispi emredici niteliktedir. Dolayısıyla işçi yararına olacak şekilde aksinin kararlaştırılması mümkün olmalıdır.

1.4.5.3. Diğer Durumlar

Kanunun 74. maddesinin son fıkrasında, belirtilen emzirme izninin, 66. madde uyarınca çalışma süresinden sayıldığını daha önce belirtmiştik. Aynı maddenin üçüncü fıkrasında yer alan, hamilelik süresince kadın işçiye periyodik kontroller için verilmesi gereken ücretli izinde geçen sürenin çalışma süresinden sayılıp sayılmayacağına ilişkin kanunda açık bir düzenleme yoktur. Bu sürelerin çalışma süresinden sayılıp sayılmayacağı öğretide tartışma konusu olmuştur. Nitekim çalışma süresinden sayılması, bu sırada meydana gelecek bir kazanın iş kazası sayılması gibi başka sonuçları da beraberinde getirecektir. Bu nedenle, bu sürelerin çalışma süresinden sayılmaması gerektiği kabul edilmektedir. Buna göre, Kanunda sadece kadın işçinin bu sırada ücretli izinli sayılacağı belirtilmiştir. Amaç, işçinin ücret açısından korunması olup, bu sürelerin çalışma süresinden sayılmaması gerekir.

1.5. YASAL ÇALIŞMA SÜRELERİ

1.5.1. Yasal Günlük Çalışma Süresi

Kanunda çalışma süreleri, haftalık çalışma süresi, yani kırk beş saat esas alınarak

düzenlenmiştir. Daha sonra, esneklik amacıyla getirilen değişik ihtimaller karşısında günlük çalışma süreleri belirlenmiştir. İş K. m. 63/1 uyarınca, aksi kararlaştırılmadığı sürece, günlük çalışma süresi, haftanın beş günü çalışılan işyerlerinde dokuz, altı günü çalışılan işyerlerinde ise yedi buçuk saattir.

1475 sayılı Kanunda da haftalık çalışma süresi kırk beş saat olarak belirlenmişti. İçerdiği katı kurallar nedeniyle, haftalık kırk beş saat çalışma süresi uygulanan bir işyerinde, günlük çalışma süresi haftanın beş günü çalışılıyorsa $(45/5=)9$ saat; altı günü çalışılıyorsa 7,5 saat; cumartesi kısmen çalışılıyorsa, bu süre 45 saatten çıkarıldıktan sonra kalan sürenin beşe bölünmesi sonucu ulaşılan süre kadardı.

Eski İş Kanununun haftalık çalışma süresinin iş günlerine eşit bölünmesi konusundaki katılığı eleştirilere neden olduğundan, 4857 sayılı yeni İş Kanunu “aksi kararlaştırılmamışsa bu süre, işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine eşit ölçüde bölünerek uygulanır” ifadesi ile çalışma sürelerini esnekleştirme imkanını sağlarken, aynı zamanda, 1475 Sayılı Kanunda yer alan çalışma düzenine de yer vermiş bulunmaktadır. Ancak cumartesi günü kısmen çalışılan bu işyerleri için yeni İş Kanunu özel bir düzenleme getirmemiştir.

Yeni Kanun, günlük çalışma süresini üst sınır koyarak belirlemiştir, bu nedenle günlük çalışma süresi en fazla on bir saat olabilir. Bu süre, işçi sağlığı ve sosyal yaşamını korumayı amaçladığından emredici niteliktedir⁴⁰.

1.5.2. Yasal Haftalık Çalışma Süresi

1.5.2.1. Haftalık Döneme Göre Çalışma Süreleri

Kanun koyucu İş Kanunu kapsamına giren işlerde, haftanın diğer günleri çalışan işçiye haftada bir gün tatil verileceği kuralını dikkate alarak, haftalık yasal çalışma süresini belirledikten sonra, haftalık dönem ve denkleştirme dönemi uygulamasına göre bazı esaslar

⁴⁰ Süzek, A.g.e., s. 606, N. Caniklioğlu, A.g.e., s. 8, aksi yönde Bkz. Tunçomağ/ Centel, s.144. Demircioğlu ve Centel; A.g.e., s. 128.

benimsemiştir. Haftalık çalışma süresini kırk beş saat olarak belirleyen bu düzenleme nispi emredici niteliktedir; dolayısıyla işçi yararına değiştirilebilir. Bu sürenin üzerinde haftalık çalışma süresi kararlaştırılamaz; kararlaştırılmış ise, bütün iş sözleşmesi değil, sadece bu şart geçersiz sayılır ve iş sözleşmesi yasal sınır olan kırk beş saatlik süre üzerinden kurulmuş sayılır⁴¹.

Çalışma sürelerinin iş günlerine bölünmesi açısından 4857 sayılı İş Kanununun getirdiği esnekleştirme çerçevesinde getirdiği en önemli yenilik, haftalık iş süresinin haftanın çalışılan günlerine farklı şekilde dağıtılabilmesi imkânıdır. Genel kural eşit dağıtma olduğundan bu uygulama için tarafların aralarında anlaşması gerekir. Taraflar anlaşarak, haftalık çalışma süresini haftanın çalışılan günlerine farklı şekilde dağıtabilir. Anlaşmanın şekli ile ilgili kanunda herhangi bir hüküm bulunmamaktadır⁴². Yönetmelikte tarafların yazılı anlaşması ile haftalık normal çalışma süresinin, işyerinde haftanın çalışılan günlerine günde on bir saati aşmamak koşuluyla farklı şekilde dağıtılabileceği hüküm altına alınmıştır (Ç.S.Y. m. 5/1). Düzenlemenin devamında yer alan “bu halde, yoğunlaştırılmış iş haftası veya haftalarından sonraki dönemde işçinin daha az sürelerle çalıştırılması suretiyle, toplam çalışma süresi, çalışması gereken toplam normal süreyi geçmeyecek şekilde denkleştirilir” ifadesinden hareketle şekle ilişkin bu düzenleme, denkleştirme dönemi uygulaması ile sınırlı olarak yorumlanabilir. Nitekim bu halde, haftalar arasında olmasa da, haftanın çalışılan günleri arasında bir denkleştirme yapılmaktadır.

1.5.2.2. Haftalık Dönemi Aşan Çalışma Süreleri

1.5.2.2.1. Denkleştirme Dönemi

İş Kanununun çalışma süreleri bakımından getirdiği en önemli yeniliklerden biri, denkleştirme döneminin öngörülmesidir. Kanuna göre, tarafların anlaşması ile haftalık normal çalışma süresi, işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine, günde 11 saati aşmamak

⁴¹ N. Caniklioğlu, A.g.e., s. 155

⁴² A.e., 155.

koşuluyla farklı şekilde dağıtılabilir. Bu halde, iki aylık süre içinde işçinin haftalık ortalama çalışma süresi, normal haftalık çalışma süresini aşamaz (m. 63/11), böylece kanunda çalışma süresi bakımından ölçüt alınan haftalık çalışma süresi genişletilmiş ve haftalardan oluşan bir dönem ölçüt olarak belirlenmiş olmaktadır. Denkleştirme süresi bakımından öğretide ileri sürülen bir görüşe göre, denkleştirme ancak haftalık çalışma süresinin eşit olmayan biçimde dağıtıldığı işyerlerinde söz konusu olabilir.⁴³ Gerçekten bu maddede açıkça “bu halde” haftalık ortalama çalışma süresinin dikkate alınacağı belirtilmektedir. Ancak, maddedeki “bu halde” ifadesi bir sınırlama yapmak ve denkleştirme yapma olanağını sadece bu duruma hasretmek amacı taşımamakta, sadece farklı bir şekilde dağıtma halinde de, ortalamada haftalık çalışma süresinin aşamayacağını açıklığa kavuşturmayı amaçlamaktadır⁴⁴.

Denkleştirme dönemi, işyerinin tümünde ya da bir bölümünde uygulanabileceği gibi, sadece tek bir işçi için de uygulanabilir⁴⁵. Zira denkleştirme süresi ile güdülen amaç, işverenin ihtiyacının kanuna uygun şekilde daha esnek bir tarzda karşılanmasıdır, bu ihtiyaç aynı anda tüm işçiler için ortaya çıkmaz. Ç.S.Y. m. 5’e göre, denkleştirme dönemi içinde günlük ve haftalık çalışma süreleri ile denkleştirme süresi uygulamasının başlangıç ve bitiş tarihleri işverence belirlenmelidir.

1.5.2.2.2. Denkleştirme Döneminin Süresi

Denkleştirme süresi, işçinin sağlığı ve sosyal yaşamı üzerinde olumsuz etkileri olabilecek bir dönemdir. Gerçekten, çalışma süresinin sınırlanması, işçinin güvenliği ve sağlığı bakımından önemli olduğu gibi, işe başlama ve işin bitiş saatlerinin önceden belirlenmesi, işçinin sosyal yaşamının düzenlenmesi açısından önemlidir. Oysa denkleştirme ve sağladığı esneklik, işçinin işgücünden azami yararlanmayı sağlamakta, bazı dönemlerde normal çalışma süresinin üzerine çıkma olanağı getirmektedir. Ayrıca bu dönem, işyerinin normal çalışma düzeninin dışında yeni bir düzeni gerekli kıldığı için, işçi bakımından yeniden

⁴³ N. Caniklioğlu, A.g.e, s. 155.

⁴⁴ Öğretide Çelik, söz konusu ibarenin 45 saatlik çalışma süresinin aşılması durumunda yapılması gereken denkleştirme uygulaması ile ilgili sayılması gerektiğini, haftalık 45 saatlik çalışma süresini aşmamak üzere, bu sürelerin iş günlerine eşit olmayan şekilde bölünmesi durumunda artık denkleştirme kuralının uygulanmasına gerek olmadığını belirtmektedir.

⁴⁵ Polat Soyer, Esneklik Sağlayan Düzenlemeler, İstanbul Barosu Yayınları, 2003, s. 187; Ekonomi, Fazla Çalışma, s. 166.

adapte olunması gereken, sosyal yaşamının düzenini değiştiren bir dönem olmaktadır.⁴⁶

Bu nedenle, denkleştirme süresine ilişkin olarak her hukuk sisteminde sınırlamalar öngörülmektedir. Nitekim 4857 sayılı Kanunda da bu konuda çeşitli sınırlamalara yer verilmiştir.

Öncelikle, Kanuna göre, tarafların esas alabileceği denkleştirme dönemi iki ayı geçemez. Günlük 11 saatlik sınır ise işçiyi korumak için getirilmiştir. Günlük 11 saati aşan çalışmalar denkleştirmeye tabi tutulamaz⁴⁷. İki aylık denkleştirme dönemi, toplu iş sözleşmeleri ile dört aya kadar arttırılabilir (m. 63/2). Dolayısıyla, toplu iş sözleşmesinin olmadığı işyerlerinde ya da toplu iş sözleşmesinde denkleştirme dönemine ilişkin bir hüküm bulunmadığı durumlarda en fazla iki aylık dönemler itibarıyla denkleştirme süresi kararlaştırılabilir. İki ya da dört aylık sürenin sonu, yoğunlaştırılmış iş haftasının başladığı güne denk gelen iki ya da dört aylık sürenin son günüdür⁴⁸. Denkleştirme süresi, emredici bir düzenleme olduğundan, iki ya da dört aylık dönemde tamamlanmış olmalıdır, taraflar anlaşarak daha uzun bir süre kararlaştırsalar dahi, bu anlaşma geçersiz sayılacaktır. Dolayısıyla, iki ya da dört aylık dönem aşıldıktan sonra yapılan çalışmalarla daha önceki yoğunlaştırılmış çalışma haftalarının, yasal süreden sonraki kısmı denkleştirmeye dahil edilmeyecektir. İşverenin bu olasılıkta fazla saatlerle çalışma esaslarına göre ücret ödemesi söz konusu olabilecektir. Belirtilecek başka bir nokta da, Kanun denkleştirme döneminin azami sınırını belirlemiştir.⁴⁹ Bunun sonucu olarak, taraflar iki aylık sürenin altında bir denkleştirme dönemi de öngörebilirler⁵⁰. Bu dönemin uzunluğu ya da kısalığı, yasal sınırın aşılmaması ve işçilerin de kabul etmesi koşuluyla tamamen işverenin ihtiyacına göre belirlenecektir. İşveren, işçileri çok kısa bir süre azami olarak çalıştırıp, yoğun işgücü ihtiyacını giderip, ardından haftalık ortalama 45 saat koşulunu sağlayacak kadar boş zaman vererek tekrar işyerinin olağan çalışma dönemine geçmeyi isteyebilir. Örneğin, işveren bir hafta içinde yetiştirmesi gereken bir siparişi tamamlayabilmek için işçileri birinci haftada 66 saat, ikinci haftada 24 saat yani, 7,5 saat çalışma düzeninde üç günden biraz fazla çalıştırıp, kalan süreyi de boş zaman vererek iki haftalık bir denkleştirme dönemi öngörebilir. Bunun

⁴⁶ N. Caniklioğlu, s. 9'dan H. Karacan, 42.

⁴⁷ Eyrenci, A.g.e., s. 199.

⁴⁸ Çelik, A.g.e., s. 291.

⁴⁹ N. Caniklioğlu, A.g.e., s. 149.

⁵⁰ Eyrenci (Eyrenci/Taşkent/Ulucan), A.g.e., s. 200, Soyer, A.g.e., s.157, Süzek, A.g.e., s. 606.

yanında, denkleştirme dönemi bakımından kanun koyucu yılda bir ya da birkaç defa yapılabilir şeklinde bir sınırlama getirmediğine göre, denkleştirme uygulanan bir işyerinde işveren bu dönemin bitmesinin hemen ardından, işçilerle anlaşarak yeni bir denkleştirme dönemi uygulayabilir. Buradaki amaç, denkleştirme döneminin uzun belirlenmesi sonucu işçilerin uzunca bir süre yasal haftalık çalışma süresinin üzerinde çalışmalarını engellemek istemiştir. Dolayısıyla, işçilerin yoğunlaştırılmış hafta uygulamasının ardından azaltılmış haftalarda dinlenme olanağına kavuşması onun yıpranmasını engelleyebilecektir. Bu nedenle, denkleştirme döneminin hemen veya daha sonra tekrarlanması bakımından bir engel bulunmadığı gibi, yıl içinde sadece birkaç defa denkleştirme dönemi uygulanabilir şeklinde bir sınırlama da bulunmamaktadır.

1.5.2.2.3. Denkleştirme Döneminde Haftalık Çalışma Süresinin Hesaplanması

İşveren, yoğun çalışma haftasının ardından geri kalan süreyi denkleştirebilmek için, işçileri ya haftalık normal çalışma süresinden daha az çalıştırmak ya da denkleştirme süresinde işçilerin çalıştırılabileceği azami süreyi, örneğin sekiz haftalık bir denkleştirme döneminde 360 saatlik çalışmayı tamamladıktan sonra geri kalan süreyi işçilere boş zaman olarak vermek zorundadır. Haftada altı gün çalışılan bir işyerinde, haftalık 66 saatlik azami çalışma süresi ile, 360 saatlik çalışmanın yaklaşık 5 hafta 3 günde tamamlanması, geri kalan 2,5 haftanın da işçilere boş zaman olarak verilmesi gerekir.

Esnek çalışma ile, boş zaman ve serbest zaman terimlerinin karıştırılmaması gerekir. Serbest zaman, fazla saatlerle çalışmanın bedeli olarak verilmesi gereken bir süredir (m.41/4). Öğretide de belirtildiği gibi, serbest zaman artırımı olarak verilirken, boş zaman sadece çalışılan süreyi karşılayacak kadar olmalıdır. Ayrıca, serbest zamanın altı ay içinde kullanılması gerekirken, boş zamanın denkleştirme süresi içinde verilmesi gerekir. Öte yandan, işçiye verilmesi gereken boş zamana, işçinin sözleşmeden ya da Kanundan doğan izin ve tatillerinin de eklenmesi gerekir. Denkleştirme esası gereğince işçiye tanınan boş zaman, daha önce çalışılmış sürenin karşılığı olduğu için, bu sürenin işçinin kıdeminden sayılacağı açıktır. İşçinin çalışmadığı boş zamanlar gerek yıllık izin hakkı, gerek diğer kıdeme bağlı haklar bakımından çalışma süresi olarak değerlendirilecektir. Ancak işçi, bu

süreyi istediği gibi değerlendirme olanağına sahip olduğu için, bu dönem işçi açısından çalışma süresi sayılmaz. Bunun sonucunda, bu dönemde uğranılan kazaların iş kazası olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Yoğunlaştırılmış iş haftası ile azaltılmış iş haftalarının ya da işçilere tanınacak boş zamanın denkleştirme dönemine dağıtılması konusunda Kanunda herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Dolayısıyla, bu durum tamamen ihtiyaca göre belirlenecektir. Denkleştirme döneminin başlangıcında yoğunlaştırılmış iş haftalarının, ardından da azaltılmış iş haftası ya da haftalarının gelmesi ilk bakışta daha ihtiyaca uygun görülmekteyse de, böyle bir zorunluluk bulunmamaktadır. İşyerinin özelliklerine göre önce boş zamanın verilmesi, ardından da yoğunlaştırılmış iş haftalarının uygulanması mümkündür⁵¹. Bu konudaki yetki işverendedir. İşveren, denkleştirme uygulamak için işçinin onayını almak zorundadır. Ancak, bu onayı aldıktan sonra, çalışma düzenini, Kanunun belirlediği sınırlar içinde istediği gibi kurma olanağına sahiptir. Dolayısıyla, hangi dönemde yoğunlaştırılmış iş haftası, hangi dönemde azaltılmış iş haftası olacağı konusunda ayrıca işçinin onayına gerek yoktur.

1.5.2.2.3.1. Denkleştirme Dönemi Uygulanmasına İlişkin Anlaşmanın Biçimi

Denkleştirme uygulaması yapılabilmesi için tarafların bu konuda anlaşması gerekir. İşveren, yönetim hakkına dayanarak, tek yanlı olarak denkleştirme uygulayamaz. Denkleştirme uygulaması için anlaşmanın şekli konusunda Kanunda herhangi bir hüküm yer almamaktadır. Yönetmeliğe göre bu anlaşmanın yazılı olarak yapılması gerekir (Ç.S.Y. m. 5/1). Yazılılık koşulu, sözleşme özgürlüğünü sınırlayan bir koşuldur, ve kanunla düzenlenmesi gerekir. Dolayısıyla, Kanunda olmayan bir sınırlamanın Yönetmelikle öngörülmesi mümkün olmamalıdır⁵². Yargıtay hukuk genel kurulu bir kararında; anılan dönemde davacı işçinin günde 11 saati aşan bir çalışması bulunmadığından ve de her ay 10 gün çalıştığından kalan 20 gün için 4857 sayılı kanunun 63. maddesi gereğince denkleştirmenin varlığı kabul edilir diyerek örtülü bir denkleştirmenin söz konusu olduğunu ifade etmiştir.⁵³

⁵¹ Süzek, A.g.e., s. 606-607.

⁵² A.e.

⁵³ Y.9.H.D., 03.10.2005, 2005/25340-32/4.

İşçinin denkleştirme uygulamasına ilişkin onayı, iş sözleşmesine konulacak bir hükümle alınabileceği gibi, işçinin de kabulüyle iç yönetmeliğe ya da toplu iş sözleşmelerine konulacak hükümle de alınabilir. Toplu iş sözleşmesine hüküm konulması halinde, bu hüküm sadece sendika üyesi işçiler için değil, Sendikalar Kanununun 31. maddesi gereğince, paraya ilişkin bir hüküm olmaması nedeniyle o işyerinde çalışan tüm işçiler için bağlayıcı olacaktır. İşverenin denkleştirme dönemi uygulayabilmesi için bu hususu Bölge Çalışma Müdürlüğüne bildirmesi konusunda herhangi bir yükümlülüğü bulunmamaktadır.

1.5.2.2.3.2. Denkleştirme Döneminin Ödenmesi Gereken Ücrete Etkisi

Denkleştirme dönemi uygulamasında, ortalama haftalık çalışma süresi değişmemekle birlikte, bazı haftalarda normal çalışma süresinin üzerinde; bazı haftalarda ise normal çalışma süresinden daha az çalışma yapılabilir. Bu nedenle, denkleştirme süresi içindeki aylarda farklı çalışma süreleri ortaya çıkabilir. Burada tartışılacak nokta, değişen çalışma süreleri karşısında, ödenecek ücretin de buna bağlı olarak değişip değişmeyeceğidir. Ücretin, ücret ödeme dönemi içinde meydana gelen fiili çalışma süresine göre hesaplanması gerektiği kabul edilirse, her ücret dönemi için farklı ücret ödenmesi gerekir. Bu durum Sosyal Sigortalar açısından da önem arz etmektedir. İşveren prim borcunu öderken, işçiye çalıştığı süreye göre ücret ödenmesi halinde, yoğunlaştırılmış çalışma haftasına göre daha fazla ücret, azaltılmış çalışma haftasına göre de daha az ücret ödenmesi halinde Kuruma ödenmesi gereken primler sürekli değişecektir. Buna karşılık, her ücret dönemi için, o dönemde yapılan fiili çalışmalar değil de, ortalama olarak o ücret dönemine düşen çalışmaların karşılığı esas alınır, her dönem için ücret miktarı da sabit kalmış olur. 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, kararlaştırılan normal ücret ödenmelidir. Bu çözüm yolu, Sosyal Sigortalar Hukuku için olduğu kadar, aylık gelir gider dengesini bozmaması nedeniyle işçi açısından da faydalı olacaktır.

1.5.2.2.3.3. Haftalık İş Günlerine Bölünemeyen İşlerde Denkleştirme Yapılması

Bazı işlerin niteliği gereği, haftalık çalışma süresinin haftanın çalışılan günlerine bölünmesinde zorluklar bulunmaktadır. Özellikle taşımacılıkta çalışan işçilerin çalışma sürelerinin haftanın günlerine eşit olarak paylaşılması oldukça güçtür. Bu nedenle kanunda bu gibi işler için özel düzenlemeler yapılması öngörülmüştür. Buna göre, nitelikleri gereği günlük ve haftalık çalışma sürelerinin 63. maddede öngörüldüğü şekilde uygulanması mümkün olmayan iş ve işyerlerinde çalışma sürelerinin günlük yasal çalışma süresini aşmayacak şekilde ve en çok altı aya kadar denkleştirme süresi tanınarak uygulanmasını sağlayacak usuller Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca hazırlanacak yönetmeliklerle düzenlenir” (m.76/1). Görüldüğü gibi, anılan hükümde bu gibi iş ya da işyerlerinde çalışanlar bakımından daha geniş bir dönemi esas alacak şekilde denkleştirme yapmaya olanak tanınmıştır. Maddede öngörülen yönetmelik, “Haftalık İş Günlerine Bölünemeyen Çalışma Süreleri Yönetmeliği” adı ile çıkarılmış bulunmaktadır⁵⁴. Haftalık iş günlerine bölünemeyen işler, yönetmelikte, “Bu Yönetmeliğin amacı, karayollarında, demiryollarında ve deniz, göl ve akarsularda hareket halindeki taşıtlarda yapılan ve 854 sayılı Deniz İş Kanununa tabi olmayan taşıma işlerinde olduğu gibi iş süresinin bir haftanın çalışma günlerine bölünmesi suretiyle yürütülmesine nitelikleri bakımından olanak bulunmayan işlerde çalışma dönemine iş sürelerine uygulanacak usul ve esasları düzenlemektir” denilerek örnekleme suretiyle açıklığa kavuşturulmuştur. Ancak belirtmek gerekir ki, Kanunda sadece taşıma işleri için değil, işin niteliğine bağlı olarak çalışma süresinin haftalık iş günlerine bölünmesinde zorluk bulunan diğer bazı işlerde de Yönetmelik hükümlerinin uygulanması mümkün olabilecektir.

Yönetmeliğe göre, Yönetmelik kapsamına giren işlerin yürütüleceği çalışma dönemi, işin niteliğine göre, en çok altı ayı geçmemek üzere, işveren tarafından belirlenir (m.4). Normal olarak denkleştirme uygulanabilmesi için, işçinin onayının alınması gerekirken, bu gibi işlerde işçinin rızasının alınması gerekmemektedir. Denkleştirme dönemi uygulaması işin niteliğinden kaynaklandığı için, bu konudaki yetki işverende bulunmaktadır. Ayrıca, iki aylık denkleştirme dönemi bu işlerde altı aylık bir dönemi kapsayacak şekilde genişletilmiş bulunmaktadır. Altı aylık dönem, azami bir dönemi ifade etmekte olup, işveren isterse daha kısa dönemleri esas alarak da denkleştirme uygulayabilir. Ayrıca, normal denkleştirme dönemine ilişkin düzenlemeden farklı olarak, bu sürenin belirtilen işlerde toplu iş sözleşmesi ile daha da uzatılması olanağı bulunmamaktadır.

⁵⁴ R.G. 25425- 06/04/2004.

Bu Yönetmelik kapsamına giren işlerde bir çalışma dönemi içindeki haftalık çalışma süresi 45 saatten az ya da çok olarak belirlenebilir. Ancak kararlaştırılan çalışma dönemindeki çalışma süresinin bir iş haftasına düşen ortalaması 45 saati geçemez. Yoğunlaştırılmış iş haftasından veya haftalarından sonraki dönemde işçinin daha az sürelerle çalıştırılması suretiyle, toplam çalışma süresi, bu gibi işlerde, çalışma süresi haftalara tam olarak bölünemiyorsa, bu durumda çalışma süresi iş günü üzerinden ve her iş günü 7,5 saatlik iş süresi kabul olunmak suretiyle hesaplanır.

Günlük çalışma sürelerinin uygulanmasında, günlük iş süresi 11 saati, gece çalışma süresi 7,5 saati, profesyonel ve ağır vasıta ehliyeti ile taşıt kullananların günlük çalışma süresi ise 9 saati geçemez (m.6/1). Bu durumdaki işçilere de 4857 sayılı İş Kanununun 68. maddesindeki esaslara uygun olarak ara dinlenmesi verilmesi zorunludur (m.7/1).

1.5.2.3. Günlük Çalışma Süresi Olan Yedi Buçuk Saat ve Daha Az Çalışma Süreleri

Çalışma süreleri ile ilgili olarak yukarıda belirtilen süreler, nitelikleri gereği bazı işler ve işçiler için uygulanmaz. Bunlar, sağlık kuralları nedeniyle çalışma sürelerinin kısıtlandığı işler, yaşları veya özel durumları nedeniyle çalışma süreleri açısından korunması gereken çocuk ve genç işçiler ile gebe, yeni doğum yapmış veya emziren işçilerdir.

Günde belirli sürenin üzerinde çalışması halinde işçinin sağlığının tehlike altına girebileceği kurşun ve arsenik işleri, cam, cıva ve çimento sanayi vb. işlerde günlük çalışma süresine sınırlamalar getirilmiştir. Sağlık kuralları nedeniyle çalışma süreleri sınırlandırılması gereken bu işlerin Kanunda sayılamayacak kadar fazla olması nedeniyle, bu işlerle ilgili düzenlemeler yönetmeliğe bırakılmıştır (İş K. m. 63/son). Bu amaçla, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı ile Sağlık Bakanlığı tarafından ortaklaşa hazırlanan Sağlık Kuralları Bakımından Günde Ancak Yedi buçuk Saat veya Daha Az Çalışılması Gereken İşler hakkında Yönetmelik⁵⁵ çıkarılmıştır. Yönetmeliğin 4. maddesinde bir işçinin günde en çok 7,5 saat çalıştırılabileceği işler, 5. maddesinde yedi buçuk saatten daha az çalıştırılması gereken işlerle, bunların her birinde en çok kaç saat çalıştırılabileceği ayrıntılı bir şekilde sayılmıştır.

Yönetmelik kapsamına giren işlerde çalıştırılan işçiler, 4. ve 5. maddelerde belirtilen

⁵⁵ Az. Çalışma Yönetmeliği, Resmi Gazete, 15.04.2004, 25434

günlük en çok iş sürelerinden sonra, diğer herhangi bir işte çalıştırılmazlar (m.7).

Yönetmelikte sayılan işlerden herhangi birini veya birkaçını sürekli olarak veya zaman zaman yaptıran işverenler, bu işlerin çeşit ve niteliklerini, yapılma zamanlarını, anılan işlerde çalıştırdıkları işçilerin erkek ve kadınlar ayrı ayrı gösterilmek suretiyle sayılarını, işin yürütüldüğü yerin bağlı bulunduğu Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Bölge Müdürlüğü'ne yazılı olarak bildirmekle yükümlüdürler (m.8).

İşyerlerinde yapılan işlerin, bu Yönetmeliğin 4. ve 5. maddesinde sayılan işlerden olup olmadığına ilişkin itirazlar ile 4. ve 5. maddede yer almayan işlere ilişkin başvurular, kullanılan maddelerin özellikleri, uygulanan teknoloji ve alınan teknik ve idari toplu koruma önlemleri de göz önünde bulundurulmak ve Sağlık Bakanlığı'nın görüşü alınmak suretiyle Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından karara bağlanır (m. 9).

Çalışma süreleri açısından özel düzenlemeler getirilen işçilerden ilk grup çocuk ve genç işçilerdir. Kanunda çocuk ve genç işçilerin çalışma süreleri açısından korunmalarının nedeni, onların bedensel gelişimi ve eğitimleridir. Bu nedenle temel eğitimini tamamlamış ve okula gitmeyen çocukların çalışma süreleri günde yedi ve haftada otuz beş saatten fazla olamaz, ancak on beş yaşını tamamlamış çocuklar için bu süre günde sekiz ve haftada kırk saate kadar arttırılabilir (İş K. m. 71/4). Okula devam eden çocukların eğitim dönemindeki çalışma süreleri, eğitim saatleri dışında olmak üzere, günde en fazla iki saatten haftada on saat olabilir. Okulun kapalı olduğu dönemlerde çalışma süreleri yukarıda öngörülen süreleri aşamaz (İş K. m. 71/son). Bu hükümler, çocuk ve genç işçilerin çalıştırılabilecekleri işleri ve çalışma koşullarını ayrıntılı bir şekilde düzenlemek amacıyla, Kanunun 71. maddesine dayanılarak çıkarılan Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik'te de tekrarlanmaktadır.

Çalışma süreleri sınırlandırılan diğer bir işçi grubu gebe, yeni doğum yapmış veya emziren işçilerdir. Bu işçilerin de işteki güvenlik ve sağlığının korunması ve geliştirilmesini destekleyecek önlemler uygulamak ve bu işçilerin hangi dönemlerde ne gibi işlerde çalıştırılmalarının yasak olduğunu, çalıştırılabileceği işlerde hangi şart ve usullere uyulacağını, emzirme odalarının veya çocuk bakımı yurtlarının nasıl kurulacağını ve hangi şartları taşıyacağını belirlemek üzere, Kanunun 88. maddesinde yönetmelik çıkarılması

öngörülmüştür. Bu hüküm uyarınca, Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik⁵⁶. Yönetmelik ile gebe, yeni doğum yapmış ve emziren işçilerin günde yedi buçuk saatten fazla çalıştırılmaları yasaklanmıştır (m.10).

1.6. AKDİ ÇALIŞMA SÜRELERİ

Kanunun 63. maddesinde belirlenen haftalık kırk beş saatlik süre yasal haftalık çalışma süresidir, haftalık süre sınırını belirleyen bu hüküm kamu düzenine ilişkin olup nispi emredici niteliktedir. Dolayısıyla işçi yararına olacağı için, kırk beş saatin altında olmak kaydıyla taraflar diledikleri uzunlukta haftalık çalışma süresi tespit edebilirler.⁵⁷

Yasal sürenin altında bir süreyi haftalık çalışma süresi olarak kararlaştırma, iş sözleşmeleri veya toplu iş sözleşmeleri ile yapılabilir. Kararlaştırılan haftalık çalışma süresinin, belirli bir oranın altına düşmesi durumunda kısmi çalışma gündeme gelebilir. Kısmi çalışma, işçinin normal haftalık çalışma süresinin, tam süreli, iş sözleşmesi ile çalışan emsal işçiye göre önemli ölçüde daha az belirlendiği çalışma şeklidir (İş K. m. 13/1). Bu oran Ç.S.Y.’de, emsal çalışmanın üçte ikisi oranına kadar yapılan çalışma⁵⁸ olarak tespit edilmiştir (m.6). F.Ç.Y.’de kısmi süreli çalışmalarda, fazla çalışma yasaklanmıştır.

1.6.1. Hafta Tatilinde Dinlenme

Yedi günlük bir zaman diliminde kesintisiz en az yirmi dört saat dinlenme verilir. Yasanın yedi günlük zaman dilimi ile kastettiği, pazartesi başlayan, pazar akşamı sona erecek bir zaman dilimi değildir. Haftanın herhangi bir gününden başlayarak da yedi günlük süre belirlenebilir. Çünkü maddede aksine bir düzenleme yoktur. Dinlenme kavramı, “hafta tatili” ile neredeyse özdeştir. Hafta tatili günü çalışılmadığı halde o güne ait ücret işverence tam olarak ödenir. Bu düşüncenin temeli Anayasamızda yer alan “sosyal devlet ilkesidir”. Hafta tatili ücretine hak kazanma açısından Kanunun 46. maddesinde, bazı sürelerin çalışılmış gibi

⁵⁶ R.G. 14.07.2004, 25522

⁵⁷ Ekonomi, İş Hukuku, s. 277, N. Caniklioğlu, A.g.e., s. 8.

⁵⁸ Bu oranı aşan çalışmalara uygulanacak kuralların tespitinin yine de duraksamalara neden olabileceği gerekçesiyle, ILO tarafından belirlenen şekilde, normal çalışma süresinin altında çalışmanın kısmi süreli çalışma olarak kabul edilmesinin daha uygun olacağı görüşünde, Bkz. Çelik, A.g.e., s. 87.

değerlendirileceği belirtilmiştir. Bu düzenlemeye göre işçinin, hafta tatili ücretine hak kazanması için, çalışmadığı halde kanunen çalışma süresinden sayılan zamanlar ile günlük ücret ödenen veya ödenmeyen, kanunen veya sözleşmeden doğan tatil günleri, evlenmelerde üç güne kadar, ana veya babanın, eşin, kardeş veya çocukların ölümünde üç güne kadar verilmesi gereken izin süreleri ile, bir haftalık süre içinde kalmak üzere işveren tarafından verilen diğer izinlerle, hekim raporuyla verilen hastalık ve dinlenme izinleri, çalışılmış günler gibi hesaba katılır. Bu düzenlemede, 66. maddede çalışma süresinden sayılan sürelerin yanı sıra başka bazı süreler de çalışma süresinden sayılmıştır. Ancak bu diğer haller, işçinin sadece hafta tatili ücretine hak kazanması açısından hesaba katılması gereken süreler olup, 66. madde anlamında farazi çalışma süresi sayılmazlar. Nitekim bu düzenlemenin amacı, hafta tatili ücretine hak kazanma bakımından işçinin izinli sayıldığı bazı süreleri çalışılmış gibi sayarak onun hafta tatilinden mahrum kalmasını engellemektir. Sonuç olarak bu süreler, işçinin fazla çalışmalarının hesaplanmasında göz önüne alınmaz.

İşçinin, hafta tatili ücretine hak kazanabilmesi için, Kanunun 46. maddesine göre, tatil gününden önce 63. maddeye göre belirlenen iş günlerinde çalışmış olma koşulu gerçekleşmiş olmalıdır. 1475 sayılı Kanunda bu koşul, tatilden önceki altı iş gününde, günlük çalışma sürelerine uygun olarak çalışmış olmak şeklinde aranıyordu. Yeni Kanuna göre, hafta tatilinde dinlenmesi gerekirken, çalıştırılan işçinin bu çalışmalarının fazla çalışma sayılması gerektiği öğretide çoğunluk tarafından savunulmaktadır.⁸⁴ Yargıtay da öğreti ile aynı sonuca ulaşmıştır. Şöyle ki, “Haftanın altı günü çalışmış bulunan işçinin tatil günü dahi çalışmış olması sebebiyle hem İş Kanununun 37. maddesi hükmünce fazla çalışma gündeliğine, hem de ücretli hafta tatiline ait 5837 sayılı kanun ile 6734 sayılı Kanun hükmünce hafta tatili gündeliğine hak kazanacağına... karar verildi”.⁵⁹

Hafta tatilinde yapılan çalışmaların fazla çalışma sayılmasının imkânsız olduğunu savunan görüşler de öğretide yer almaktadır. Buna göre, işçinin aralıksız çalıştırılması kanuna aykırıdır, böylece fazla çalışma ücreti dâhil, akdi hiçbir ücrete hak kazanamaz.

Sonuç olarak, eğer hafta tatilinde yapılan çalışmalar gerçek anlamda fazla çalışma kavramı içinde değerlendirilirse, bu çalışmalar için zamlı ücret ödenebilmesi ancak haftalık normal çalışma süresinin tamamlanmış olmasına bağlı olacaktır. Nitekim 4857 sayılı

⁵⁹ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı - Y.İ.B.K. 27.05.1957-15/5, R.G. 26.09.1958, 10017.

Kanunda fazla çalışma ‘‘kanunda yazılı koşullar çerçevesinde kırk beş saati aşan çalışmalar’’ şeklinde tanımlanmıştır.

Hafta tatilinde yapılan çalışmalar ile ilgili olarak belirtilmesi gereken son bir nokta da bu çalışmaların ispatının hafta içinde yapılan çalışmaların ispatından farklı olduğudur. Nitekim burada, olağan durumun tersine bir iddiada bulunulmaktadır. Yani iddia eden taraf bunu ispatla ykmldr. Bu nedenle, hafta tatilinde çalıştırıldığını ispat yükü işçinin üzerindedir. Buna karşılık, hafta içinde bir gün izin verildiğinin veya hafta tatilinde yapılan çalışmaların karşılığının ödendiğinin ispatı işverene aittir.

1.6.2. Ulusal Bayram ve Genel Tatillerde Yapılan alışmalar

Hukumumuzda ulusal bayram ve genel tatiller 2429 sayılı Kanunda düzenlenmiştir, buna göre Ulusal Bayram 29 Ekim, genel tatiller ise resmi ve dini bayramlar ile yılbaşı günüdür. İş Kanununda, ulusal bayram ve genel tatil günleri ücretli tatillerden sayılmakla birlikte, hafta tatilinden farklı olarak, bu günlerde çalışma yapılmasına bazı koşullarla izin verilmiştir (m. 47/1). Kanunun 44. maddesine göre, bu günlerde çalışılıp çalışılmayacağı toplu iş sözleşmesi veya iş sözleşmesi ile kararlaştırılabilir, sözleşmede hüküm bulunmaması halinde çalışılması için işçinin onayı gereklidir, işveren tek taraflı bir talimatla işçileri bu günlerde çalışmaya zorlayamaz. Bu günler ücretli tatil sayıldığından, işçi bu günleri çalışarak geçirirse bu bir gün için toplamda iki günlük ücret almış olur. Bu çalışmaların fazla çalışma sayılabilmesi için, ortalama haftalık 45 saatin aşılması gerekmektedir.

Bir ulusal bayram veya genel tatil gününün hafta tatiline rastlaması halinde, bu günde çalışmayan işçiye nasıl ödeme yapılacağı yolunda mevzuatta bir açıklık yoktur, öğretide çoğunlukla işçiye sadece bir gündelik tutarında ücret ödenmesi gerektiği düşünülmektedir. Öte yandan Yargıtay, ulusal bayram ve genel tatil günlerinde fazla çalışmanın ispat külfetinin davacı işçiye ait olduğunu ifade etmektedir. işçinin fazla çalışma yaptığı ve genel tatillerde çalıştığı yazı kayıtlarla ispatlanmadığından, bu taleplerin reddine karar verilmesi gerektiğine

hükmetmektedir⁶⁰.

1.6.3. Gece Dinlenmesi

Çalışma yaşamında gece, en geç saat 20.00'de başlayarak en erken sabah 06.00'ya kadar geçen gün dönemidir (İş K. m. 69/1). Ancak, bazı işlerin niteliğine veya yurdun bazı bölgelerinin özelliklerine göre, gece döneminin başlangıcının daha geri alınması veya yaz ve kış saatlerinin ayarlanması mümkündür (İş K. m. 69/2).

Gece çalışması, özellikle postalar halinde yapılan çalışmalarda önem taşımakta ve böylece işyerlerinin 24 saat faaliyette bulunabilmesi olanağı sağlanmaktadır. Zira bu durumlarda, çalışmanın bir bölümünün geceye rastlaması kaçınılmazdır.

Bazı işlerin niteliğine ve gereğine göre ya da yurdun bazı bölgelerinin özelliklerine göre çalışma hayatına ilişkin gece başlangıcının daha geriye alınması, ayarlanması ya da bunlara göre farklılıkları gidermek üzere yönetmeliklerin de çıkarılabileceği, İş K.'nun 69. maddesinin II. fıkrasında belirtilmiştir. Bu doğrultuda çıkarılacak yönetmelikte, çalışma süresinin yarıdan fazlasının gece çalışması olduğu durumlarda, çalışma gece çalışması olarak nitelendirilmektedir⁶¹.

Gece çalışmalarının, gündüze göre daha yıpratıcı ve yorucu olması sebebiyle, ayrıca aile ilişkileri göz önünde bulundurularak gece döneminde yapılan çalışmalara birtakım yasak ve sınırlamalar getirilmiştir. Nitekim, sanayi işlerinde 18 yaşını doldurmamış erkek çocuklar ile her yaştaki kadınların gece döneminde çalıştırılmaları esas itibarıyla yasaktır (İş K. m. 73/2). İşin özelliği gereği kadın işçi çalıştırılması gereken işlerde 18 yaşını doldurmuş kadın işçilerin gece postalarında çalıştırılmaları ise, ancak ilgili yönetmelik (Kadın İşçilerin Gece Postalarında Çalıştırılma Koşulları Hakkında Yönetmelik) çerçevesinde mümkündür (İş K.m.73/2). Gece döneminde çalışabilecek işçiler de, gece postasında en çok iki iş haftası çalışıp nöbetleşe gündüz postasına geçmek ve gece döneminde fazla çalışma yapmamak zorundadır (İş K. m. 69/3 ve 7).

⁶⁰ Y. 9. HD, 08.05.2012, E. 2012/15451, K. 2012/16036, Şahin Çil, İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları, 5. Basım, Ankara, 2012, s.740.

⁶¹ Nuri Çelik, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 17. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2004, s.295.

1.7. FAZLA ÇALIŞMANIN BELİRLENMESİ

1.7.1. İş Kanununa Göre

4857 sayılı İş Kanununun 41. maddesinde açıkça ,“ Haftalık kırk beş saati aşan çalışmalar” fazla çalışma olarak kabul edilmiştir (f.1 cümle 2). O halde fazla çalışmanın saptanmasında esas olan, işçiye yasal haftalık çalışma süresi kırk beş saatin üstünde iş gördürülmesidir. Ç.S.Y. m. 4/a’da da günlük azami çalışma süresi olan on bir saati aşan çalışmaların da yasanın 41, 42, ve 43. maddelerine tabi olduğu belirtilerek, sanki bu çalışmaların da fazla çalışma sayılacağı yolunda bir yoruma olanak tanınmıştır. Hemen belirtelim ki, yönetmelikle yeni bir fazla çalışma kavramı yaratılmak istenmemiştir.

Yasa koyucu, 1475 sayılı İş Kanunu döneminde iş hukuku öğretisinde yapılan ‘‘fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma’’ ayırımını benimsemiş ve bunu pozitif hukuka aktarmıştır. ‘‘Fazla saatlerle çalışma’’ bir üst kavramdır ve ‘‘fazla çalışma’’ ile ‘‘fazla sürelerle çalışma’’ kavramlarını içerir. İş K. m. 41 f. 7’de her iki kurumu kapsayacak şekilde ‘‘fazla saatlerle çalışma’’ kavramına yer verilmiştir.

Fazla çalışmayı düzenleyen 41. madde ile çalışma süresini düzenleyen 63. madde birlikte ele alınarak, fazla çalışma uygulaması daha kolaylıkla saptanabilir. 41. maddede haftalık çalışma süresi 45 saati aştıktan sonra fazla çalışma sayılır ifadesinden sonra, 63. madde hükmüne göre denkleştirme oranının uygulandığı hallerde işçinin haftalık ortalama çalışma süresi, normal haftalık iş süresini aşmamak koşulu ile, bazı haftalarda toplam 45 saati aşsalar dahi bu çalışmalar fazla mesai sayılmaz ifadesi bulunmaktadır. Kanunun 63. maddesinde tarafların anlaşması ile haftalık normal çalışma süresi, işyerlerinde haftanın çalışılan günlerinde günde on bir saati aşmamak koşulu ile farklı şekilde dağıtılabilir ifadesi bulunmaktadır. Öte yandan Yargıtay, günde 24 saat çalışan işçinin fiilen 14 saatinin mesaide geçmiş olacağına hükmetmiştir⁶².

Eski kanunda, fazla çalışma yasal günlük çalışma süresinin dışında yapılan çalışma olarak belirlendiği halde, 4857 sayılı İş K.’da günlük değil, haftalık olarak 45 saat ve üzerinin

⁶² Y. 9. HD, 02.05.2012, E. 2010/4316, K. 2012/15157, Çil, YİK, s.745.

fazla çalışma olarak değerlendirildiği görülmektedir. Dolayısıyla eski kanun günlük bazda çalışmayı ele alırken, yeni kanunda haftalık dönemlere vurgu yapılmaktadır⁶³.

1.7.2. İş Kanununa Ait Çalışma Süreleri Yönetmeliğine Göre

İş Kanununda çalışma süreleri ile ilgili bir tanıma yer verilmemekle birlikte, çalışma süresi kavramının öğelerini saptamaya olanak verecek esaslar düzenlenmiştir. “İş Kanununa ilişkin Ç.S.Y.”nin 2. maddesinde çalışma süresi, işçinin çalıştırıldığı işte geçirdiği süre..” olarak tanımlandıktan sonra, İş K.’nın 66. maddesinin 1. fıkrasında sayılan sürelerin de çalışma süresinden sayılacağı; ancak, 68. madde uyarınca verilen ara dinlenmelerinin ise çalışma süresinden sayılmayacağı belirtilmiştir. Yasal düzenlemelerden de anlaşılacağı gibi, işçinin işinde geçirdiği süreler yanında, fiilen çalışılmayan ancak çalışılmış gibi sayılan haller de çalışma süresi kavramının kapsamı içersinde yer almıştır.

Ç.S.Y. m. 4/f.3’de günlük çalışma süresi her ne şekilde olursa olsun 11 saati aşamaz. Bir işçinin bu sınırları aşması durumunda 4857 sayılı Kanununun 41, 42, 43. maddeleri uygulanmalıdır (Ç.S.Y. m.4/f. 4.a). 41. maddeye göre fazla çalışma süresinin toplamı “yılda iki yüz yetmiş saatten fazla olamaz” (41/f. 8) 270 saatlik süre kişiye ilişkindir, çalışma süresinin üst sınırı ise 11 saattir.

Günlük 11 saati aşan çalışma 41. madde doğrultusunda değerlendirileceğine göre öncelikle yasaktır. Ancak yapılmış ise fazla çalışma kabul edilir.⁶⁴

63. maddedeki günlük 11 saatlik çalışma süresi yine bu Kanunun 104. maddesindeki yaptırımla kuvvetlendirilmiş buyurucu bir hükümdür. Şu durumda günde 11 saati aşan şekilde işçisini çalıştıran işveren bu Kanunun 104. maddesindeki para cezasını öder. Aynı süre ile karşılığı fazla çalışma ücreti olarak ödenir. Aksi halde işverenin cebine artı değer olarak kalır ki bu durum hukukça korunamaz. Sonuç olarak haftalık çalışma süresini aşmasa dahi günlük 11 saati aşan süre fazla çalışma sayılır. Öğretide Mollamahmutoğlu, fazla

⁶³ Nuri Çelik, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 17. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2004, s.301.

⁶⁴ Aynı görüş için Bkz. Soyer, “Yeni İş Mevzuatı Karşısında Çalışma Süresine İlişkin Bazı Düşünceler” LİHSGHD, s3, c1, s.798,799, 2004, Soyer, günlük 11 saatin aşılmasının denkleştirmeye tabi olmayacağı, aslında haftalık 45 saati aşan bir çalışma sayılır iddiasındadır. (Soyer, tebliğ, s.11).

çalışma süresi kavramının ortaya çıkışı ve işçinin korunması bakımından sınırlandırılması gereğinin sonucu olarak İş Hukukunda söz konusu olan bir kavram olarak nitelemiştir.⁶⁵ Ekonomi, m. 41'in açık anlatımı ve Yeni İş Kanunun Hükümet gerekçesi birlikte ele alındığında Kanunda günlük çalışma süresi yerine haftalık çalışma süresinin esas alındığını, maddenin buyurucu olduğunu, söz konusu ölçütün kaldırılması ve yerine başka bir ölçüt getirilmesinin mümkün olmadığını ileri sürmüştür.

Yargıtay'a göre, fazla çalışma iddiasını işçinin, karşı iddiayı ve özellikle ücreti ödeme savını da işverenin karşılaması gerekir. İlke olarak, işçi fazla çalışma yaptığını tanıkla da kanıtlayabilir. Ödeme yapıldığının ise tanıkla değil, yazılı belge ile kanıtlanması gerekir.⁶⁶

1.7.3. Denkleştirme Usulüne Göre

“Çalışma sürelerinin esnekleştirilmesi” ilkesine uygun olarak, 4857 sayılı İş Kanunu işyerinde haftalık dönemi aşan çalışma süreleri öngörülebileceğini kabul etmiş ve bununla ilgili düzenlemeler getirmiştir. Bu düzenlemelerden, denkleştirme esasına göre çalışmayı İş Kanunun 63. maddesinin 2. fıkrasında görüyoruz. Buna göre, haftalık normal çalışma süresinin haftanın çalışılan günlerine farklı şekilde dağıtılmasının yanında, denkleştirme süresi içinde, haftalık ortalama çalışma süresini aşmadan, bazı haftalarda haftalık çalışma süresinin normalin üstüne çıkarılması, başka bir anlatımla “yoğunlaştırılmış çalışma haftası”nın uygulanması olanağı tanınmıştır. Yoğunlaştırılmış iş haftasının uygulanmasında yasa iki sınırlama getirmektedir.

1- Günlük çalışma süresinin 11 saati aşamaması,

2- İki aylık süre (denkleştirme süresi) içinde işçinin haftalık ortalama çalışma süresinin, yasal veya sözleşme ile getirilen normal haftalık çalışma süresini aşamaması.

İş K. m. 63'te öngörülen günlük azami 11 saatlik süre işçiyi koruma amacı ile getirildiğinden, bu husus Ç.S.Y.'de açıkça hüküm altına alınmıştır (m.4, f.3). Günlük 11 saati

⁶⁵ Çelik, İş Hukuku, 256-257, Eyrenci, Kısmi Süreli Çalışmalar, s.50; Narmanlıoğlu, İş Hukuku, 441; Tunçomağ/Centel, 141'den S. Caniklioğlu, s. 55.

⁶⁶ Y.9. H.D. 26.04.1993 E. 1992/57S6, K.1993/6779, Çimento İşv. D. Temmuz, 1993, s. 23.

aşan çalışmalar denkleştirmeye tabi tutulamazlar.

Cumartesi günleri tamamen veya kısmen tatil edilen bir işyerinde yoğunlaştırılmış iş haftası uygulamasına geçildiğinde, taraflar arasında bu yönde bir anlaşma varsa, cumartesi günleri de tam veya kısmen çalışılabilir. Yoğunlaştırılmış iş haftasının özelliği bunu gerektirir.

Çalışma sürelerinin işyerine değil, işçilere yönelik olduğu esastan hareketle, denkleştirme süresini belirli bir işçi ya da işçi grubu için uygulamak veya bunu işyerinin tamamına yaymak mümkündür.

Bir işçinin günlük çalışma süresi 11 saati geçemeyeceği ve 46. madde uyarınca, yedi günlük bir zaman dilimi içinde işçiye kesintisiz en az 24 saat dinlenme (hafta tatili) verilmesi zorunluluğu nedeniyle, yoğunlaştırılmış bir iş haftasında işçi haftada en fazla 66 saat çalıştırılabilecektir. Buna göre bir işçi sekiz haftalık bir denkleştirme süresi içinde, azami toplam ($45 \times 8 =$) 360 saat çalıştırılabilecektir. Yoğunlaştırılmış iş haftasında işçi günde 11 saat çalıştırılırsa ($360/11 =$) toplam 32,5 gün çalıştırılabilecektir. Haftada 6 iş günü çalışılan bir işyerinde 8 haftada ($6 \times 8 =$) 48 işgünü olacağından, işçinin 8 haftalık denkleştirme süresi içinde, tatiller dışında, toplam ($48 - 32,50 =$) 15,5 günlük boş zaman hakkı olacaktır.

Aynı formüle göre, yoğunlaştırılmış iş haftasında işçi günde 10 saat çalıştırılırsa işçinin 8 haftalık denkleştirme süresi içinde;

$$45 \times 8 = 360 \text{ saat,}$$

$$360/10 = 36 \text{ iş günü,}$$

$$6 \times 8 = 48 \text{ işgünü,}$$

$$48 - 36 = 12 \text{ boş günü olacaktır.}$$

Yoğunlaştırılmış iş haftalarında işçilerin ücretleri, o haftalardaki fiili çalışma

sürelerine göre değil, normal çalışma sürelerine göre öngörülen tutar üzerinden ödenmelidir.

1.7.4. Haftalık İş Günlerine Bölünemeyen Çalışma Süreleri

Haf. İş. Sür. Yön'e göre karayollarında, demiryollarında ve deniz, göl ve akarsularda hareket halindeki taşıtlarda yapılan ve 854 sayılı Deniz İş K.'ya tabi olmayan taşıma işlerinde olduğu gibi, iş süresinin bir haftanın çalışma günlerine bölünmesi suretiyle yürütülmesine nitelikleri bakımından olanak bulunmayan işlerde, çalışma dönemi, işin niteliğine göre, altı ayı geçmemek üzere, işveren tarafından belirlenir (Haf. İş Sür. Yön. m. 1-2, f.1). Görüldüğü gibi, bu tür işlerde çalışma dönemi, işin niteliğine göre, en fazla altı ay olarak belirlenebilecektir, dolayısıyla dönemler, örneğin 3, 4, 5 aylık olarak saptanabilecektir. Çalışma süresinin haftalara tam bölünemediği hallerde, çalışma süresi iş günü üzerinden ve her gün 7,5 saatlik iş süresi kabul edilmek suretiyle hesaplanır.

1.7.5. Sağlık Kuralları Bakımından Günde Sadece 7,5 Saat Ve Daha Az Çalışması Gereken İşler Hakkında Yönetmelik

Kanun koyucu, işçilerin sağlıklarını düşünerek, bazı işlerde günlük çalışma süresinin üst sınırlarını 7,5 saat veya daha az sürelerle sınırlandırılması gerektiğini ve bunların hangi işler olacağının Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı ile Sağlık Bakanlığı tarafından ortaklaşa hazırlanacak yönetmelikle düzenleneceğini hüküm altına almıştır (İş K. m. 63 son f.). Söz konusu yönetmelik, (Az. Ça. Yön.) adı ile yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu yönetmelikte, işçilerin günde en çok 7,5 saat çalıştırılmaları gereken işler olarak, kurşun ve arsenik, cam, cıva, bakır, demir ve çelik, alüminyum, döküm, karpit ve benzeri işler sayılmıştır. Yine yönetmeliğe göre, cıva izabe fırınlarında ve elementer cıva bulunan ocaklarda görülen işlerde, karbon sülfür işleri ve ensektisitlerde en çok altı saat, kurşun izabe fırınlarının teksif odalarında biriken kuru tozları kaldırma işlerinde en çok 4 saat, su altında basınçlı hava ile çalıştırılmayı gerektiren işlerde suyun derinliğine veya basıncına göre en çok 4 ile 7 saat çalışılabilecektir.

Yukarıdaki işlerde çalışan işçilere belirtilen saatlerden sonra fazla çalışma yaptırılamaz (m. 7) veya bunlar 4. ve 5. maddelerde belirtilen günlük en çok iş sürelerinden sonra diğer herhangi bir işte çalıştırılmazlar (m. 6).

1.7.6. Gebe, Yeni Doğum Yapmış Veya Emziren Kadınların Çalıştırılması Ve Emzirme Odaları Ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik

Söz konusu yönetmelik uyarınca, gebe, yeni doğum yapmış ve emziren kadın işçiler de günde 7,5 saatten fazla çalıştırılmaz (m.10).

1.7.7. Olağanüstü Hal Kanununa Göre

Olağanüstü Hal Kanunu'na göre doğal afet ve tehlikeli salgın hastalıklar sebebiyle olağanüstü hal ilan edilen yerlerde, gerekli görülen hallerde gündüz ve gece çalışmalarında günlük çalışma saatleri işlerin niteliğine ve ihtiyaç derecesine göre artırılabilir. Hafta T.K. kısmen veya tamamen uygulanmayabilir (m. 8). Ayrıca, bu bölgelerde ağır ekonomik bunalım hallerinde çalışmaya ilişkin her türlü yükümlülük konabilir (m.10/I)⁶⁷. 17 Ağustos depreminde enkaz kaldırma işinde çalışmak üzere deprem yöresine gönderilmek ve çalışma, zorunlu sebeple fazla çalışma sayılmıştır.⁶⁸

⁶⁷ Nuri Çelik, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 17. Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2004, s.293.

⁶⁸ Ercan Akyiğit, İş Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara, 2005, s. 281, 9. H.D. 22.11.2000, 12053/17141.

İKİNCİ BÖLÜM

FAZLA ÇALIŞMA TÜRLERİ

Fazla çalışmaya yön veren nedenler dikkate alınarak fazla çalışmanın bazı farklı görünüm, biçimleriyle karşılaşılır. İş K. üç tür fazla çalışma öngörmüştür. Bunlardan ilki, ‘ülkenin genel yararları yahut işin niteliği veya üretimin arttırılması gibi nedenlerle yapılan olağan fazla çalışmalardır (m. 41/1). Genel olarak, işyerlerinde siparişleri zamanında yetiştirmek için yapılan fazla çalışmalar bunun örneğidir. İkinci fazla çalışma türü zorunlu nedenlerle fazla çalışma olup İş K. m. 42’de düzenlenmiştir. Üçüncü fazla çalışma türü olağan üstü hallerde fazla çalışma olup İş K. m. 43’de düzenlenmiştir.

Olağan fazla çalışmada aranan neden zorunlu veya olağanüstü bir durum değildir, “ülkenin genel yararları yahut işin niteliği veya üretimin arttırılması gibi bir sebep”tir (İş K. m. 41/1, F.Ç.Y. m. 1). Yasa ve yönetmelikteki “gibi” sözcüğünden de anlaşılacağı üzere olağan fazla çalışmayı gerektiren nedenler sınırlı değildir. Örneğin sel baskını, yangın, rekabet, vs. bir sebeple işyerindeki üretim açığını gidermek amacıyla fazla çalışma yapılabilir. “Ülkenin genel yararları” deyiminin bir genişlik taşıdığı, yapılan her fazla çalışmada bir üretim artışının yaşanacağı ve nihayetle bunun da ülkenin yararına olduğu söylenebilir. Fakat bu tabirin ülke yararına yapılan “ücretsiz” çalışma olarak algılanmaması gerekir. Kanunda “... gibi nedenlerle” deymi işvereni yeterince yetkili kıldığı için, yapılacak yeni bir düzenlemede “ülkenin genel yararları” deyiminin çıkarılması yerinde ve uygun olacaktır.

Olağan fazla çalışmanın yapılabilmesi için işverenin isteği gibi işçinin rızası da şarttır. İşveren, buna yanaşmayan işçiye zorla olağan fazla çalışma yaptıramaz. Ancak işveren veya vekilinin isteği, en azından bilgisi olmadan işçinin çalışması da fazla çalışma sayılmaz. Yönetmelik, işçinin olağan fazla çalışmaya onayının (rızasının) her yılbaşında işçiden yazılı olarak alınacağını öngörmektedir (F.Ç.Y. m. 9). Olağan fazla çalışma “yıllık”, “günlük” sürelerle sınırlıdır. Yasa olağan fazla çalışmada haftalık normal azami çalışma süresinin aşılmasını ölçüt aldığından, yıllık 270 saatin ne kadarının bir günde yaptırılabilceğini

açıklamamıştır. Fakat işin özüne uyanı, günde 11 saatlik toplam çalışma sınırının aşılmasıdır. Aşan kısmın, hukuka aykırı fazla çalışma sayılması uygun olur. Nitekim bu esasa Ç.S.Y.'de de yer verilmiştir (Ç.S.Y. 4/a)⁶⁹.

2.1. OLAĞAN FAZLA ÇALIŞMA

İş Kanunumuzda fazla çalışma sürelerinin kısıtlanması, bu durumun istisnai bir nitelik taşıması gerektiğini ortaya koymaktadır. Yukarıda belirtilen sürekli fazla çalışma hali olan hazırlama, tamamlama ve temizleme işlerinde sürekli fazla çalışma yaptırılabilmesi hariç, fazla çalışma, 4857 sayılı İş Kanunun 41. maddesinde belirtildiği üzere ülkenin genel yararları yahut işin niteliği veya üretimin artırılması gibi nedenlerle fazla çalışma yaptırılabilmesi belirtilmiştir. İlerleyen maddelerde de bu çalışmanın istisnai olduğunu ortaya koyan kısıtlamalar yer almıştır. Hazırlama, tamamlama ve temizleme işlerinde fazla çalışma sürelerinin belirlenmesinde ise yine günlük, haftalık ve yıllık fazla çalıştırma süresi tespit edilmekle birlikte, süreklilik arz etmesi nedeniyle ayrıcalık arz etmektedir.

Olağan nedenlerle fazla çalışmada, normal iş süresi istisnaen ortaya çıkan ve çoğu zamanda geçici nitelik gösteren bazı nedenler sonucu uzatılmaktadır. Söz konusu nedenler ortadan kalktıktan sonra ise normal çalışma düzenine dönmektedir. Bu nedenle olağan nedenlerle fazla çalışma İş K.'da 270 saat ile sınırlandırılmıştır.

Olağan fazla çalışma, ülkenin genel yararı yahut işin niteliği veya üretimin artırılması gibi (sınırlayıcı olmayan) nedenlerle hemen her zaman yapılabilen ve tarafların isteğine (rızasına) bağlı bulunan fazla çalışmadır (İş K. 41/1)⁷⁰.

İş süresinin geçici olarak uzatılması, İş K. md. 41-43 uyarınca, ancak ekonomik nedenlerle yahut zorunlu ya da olağanüstü bir durum varsa mümkündür⁷¹.

Olağan nedenlerle fazla çalışma, 4857 sayılı İş Kanununun 63. maddesi son fıkrasında belirtilen sağlık kuralları bakımından günde ancak yedibuçuk saat veya daha az çalışması

⁶⁹ Ekonomi, Fazla Çalışma, s. 162-163.

⁷⁰ AKYİĞİT, sh. 1509.

⁷¹ TUNÇOMAĞ, Kenan / CENTEL, Tankut; İş Hukukunun Esasları, 4. Bası, İstanbul, 2005, sh. 149.

gereken işler ile 69. maddede düzenlenen gece çalışması dışında, işverenin Kanunun 41. maddesinde belirtilen ve/veya benzeri nedenlere dayanarak işçilerine, haftalık kırkbeş saatlik çalış ma süresini aşacak şekilde, günlük normal çalış ma sürelerinin üzerinde yaptırdığı çalışmadır⁷².

Yasada olağan fazla çalışma koşulu olarak sadece “işçinin onayı” aranmıştır. 1475 sayılı İş Kanununda olağan fazla çalışma yapılabilmesi için aranan Bölge Çalışma Müdürlüğünden ayrıca izin alınması koşuluna yeni düzenlemede yer verilmemiştir. Bunun nedeni madde gerekçesinde şu şekilde ifade edilmiştir: “esnek sürelerle çalışma düzenine imkân verilmesi nedeni ile fazla çalışma yapma olanağı oldukça kısıtlandığından bu konuda ayrıca eski düzenlemede öngörüldüğü gibi Bölge Çalışma Müdürlüğünden izin alınmasına gerek kalmadığı için bu fıkra maddeden çıkartılmıştır.”⁷³. Aynı eğilim ilgili yönetmelikte de sürdürülmüştür. Bununda isabetli bir tutum olduğu söylenebilir⁷⁴.

2.1.1. Olağan Fazla Çalışmanın Koşulları

2.1.1.1. Olağan Nedenlerin Varlığı

Fazla çalışmayı işyerinin iktisadi durumu gerektirmelidir. İş K. md. 41/1, bunu “ülkenin genel yararları yahut işin niteliği veya üretimin artırılması gibi nedenler” olarak tarif etmektedir. Oysa İş K. md. 41’in temelde amacı, işverene üretimini yeni durumlara uydurma olanağını sağlamaktır. Buna göre, fazla çalışmayı, işyerinin iktisadi durumunun gerektirmesi

⁷² MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi; İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş Yenilenmiş 2. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, Şubat 2005, sh. 693.

⁷³ EYRENCİ, Öner/ TAŞKENT, Savaş/ULUCAN, Devrim; Bireysel İş Hukuku, 2. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2005, sh. 210.

⁷⁴ AKYİĞİT, Normali Aşan, sh. 6. Fakat bunun gerekçesi esnek sürelerle çalışmaya imkân verilmesi değil, Soyer’in de isabetle vurguladığı gibi eskiden mevcut Bölge Çalışma Müdürlüğünden izin alma yükünün zaten uygulamada pek bir anlam ifade etmemesi olsa gerektir. Bkz.: SOYER, sh. 800.

zorunludur⁷⁵. Bu nedenle ülkenin genel yararları veya işin niteliği, yahut üretimin artırılması gibi nedenlerle fazla çalışma yapılabilmesi öngörülmüştür⁷⁶.

Yukarıda da belirtildiği üzere; olağan nedenlerle fazla çalışma, 4857 sayılı Kanunun 41. madde 1. fıkrasında belirtilen “Ülkenin genel yararları yahut işin niteliği veya üretimin artırılması gibi nedenlerle...” fazla çalışmadır. 1475 sayılı eski Kanunda da belirtilen bu nedenler, olağan nedenlerle fazla çalışma yaptırma konusunda işverene geniş bir hareket olanağı sağlayacak mahiyettedirler. Gerçekten de “gibi” sözcüğü, hükümde sayılanlara benzer tüm nedenlerle işverenin fazla çalışma yaptırmasına olanak sağladığı gibi, tek başına “ülkenin genel yararları”, çok kapsamsal içerik ve anlamıyla başka neden aranmasını gerektirmeksizin fazla çalışma yaptırma olanağı verecek nitelikte bir nedendir⁷⁷. Aslında örnek olarak verilen nedenlerden somut bir neden olan “işin niteliği” dışındaki son derece soyut nitelikteki diğer iki nedenle, işverene fazla çalışmaya başvurma konusunda sınırsız ve denetimsiz bir yetki verilmiş olmaktadır⁷⁸.

Burada aranan neden zorunlu veya olağanüstü bir durum değil “ülkenin genel yararları yahut işin niteliği veya üretimin artırılması gibi bir sebep”tir (İş K. md.41/1, FÇY.md.1). Örneğin sel baskını, yangın, iş mücadelesi, işyerinin geçici bir süre kapatımı vs. bir sebeple işyerindeki üretim açığını gidermek için yahut yapılan ek satış bağlantılarının bir gereği olarak fazla çalışma yapılabilir. “Ülkenin genel yararları” deyiminin ayrıca genişlik taşıdığı, yapılan her fazla çalışmada bir üretim artışının yaşanacağı ve nihayetle bunun da ülkenin yararına olduğu söylenebilir. Aslında ülkenin genel yararları değerlendirilirken bazen içinde bulunulan zaman kesitinin (o an mevcut ilaç, demir, hizmet vs. sıkıntısı gibi) ihtiyaçları dikkate alınabileceği gibi bazen de geleceğe dönük bir gereksinimin giderimi düşünülebilir. Şu an bir petrol sıkıntısı bulunmasa da geleceğe dönük yatırım düşüncesiyle petrol rafinerilerinde fazla çalışma yapılması böyledir⁷⁹.

“İşin niteliği” şüphesiz yapılan her bir somut iş nazara alınarak saptanır. Örneğin işlerin yoğunlaşması yahut personel azlığı, iş mevsiminin azalması veya işverence üstlenilen işin

⁷⁵ TUNÇOMAĞ/CENTEL, sh. 149.

⁷⁶ AKTAY, Nizamettin/ARICI, Kadir/SENYEN, KAPLAN, Emine, Tuncay; İş Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006, sh. 241.

⁷⁷ EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, sh.210; SÜZEK, sh. 626; EKONOMİ, sh. 303; SÜMER, sh. 126.

⁷⁸ MOLLAMAHMUTOĞLU, sh. 694.

⁷⁹ AKYİĞİT, sh. 1509.

müşteriye bir an önce yetiştirilmesi gereği bu bağlamda düşünülebilir.

“Üretimin artırılması” ise genelde her fazla çalışmanın temelinde yatan bir olgudur. Buna bir işletme politikası olarak da başvurulabilir. Örneğin o an aslında satışlar iyi değildir. Fakat yakın bir gelecekte açılacağı muhakkaktır. Ancak, şimdi yapılacak fazla çalışma maliyetli üretim, ileride yapılacak normal çalışmadan daha düşük maliyetlidir⁸⁰. Aslında üretimin artırılması nedenine dayalı fazla çalışmalar olağan fazla çalışmalar konusunda en genel nedeni oluşturmaktadır. Çünkü buradaki amaç işin sürdürülmesi ve üretimin artırılmasıdır. Dolayısıyla, burada üretimin artırılmasına yönelik fazla çalışmayı belirleyecek kriter, bu nedene dayalı fazla çalışmanın ülkenin genel yararları veya işin niteliğine dayandırılmamış olmasıdır⁸¹.

Nitekim, işverene üretimini yeni durumlara uydurabilme olanağı sağlayan her türlü neden olağan fazla çalışma nedeni olabilir⁸². Birinci fıkrada gösterilen sebepler mevcut değilken, sırf işçiyi taciz etmek amacıyla fazla çalışma yaptırılamaz⁸³. İşveren fazla çalışma yaptırma hakkını objektif iyiniyet kurallarına aykırı olmayacak bir şekilde kullanmalıdır⁸⁴. Vardiya usulü ile (nöbetleşe) çalışılan işyerlerinde fazla çalışma, 1475 sayılı Kanun zamanında da ayrı bir özellik göstermekte ve bu gibi işyerlerinde fazla çalışmada, günlük çalışma değil haftalık yasal çalışma süresinin aşılması durumunda söz konusu olmaktadır⁸⁵. 4857 sayılı İş K. da fazla çalışmanın hesabında zaten haftalık çalışmayı esas aldığından, haftalık çalışmayı aşmayan çalışmalar, eğer azami gece çalışma sürelerini aşmamışsa fazla çalışma olmayacaktır⁸⁶.

2.1.1.2. İşverenin Fazla Çalışma Yapılmasını İstemesi

Olağan fazla çalışmanın yapılabilmesi için işverenin isteği gibi işçinin rızası da şarttır.

⁸⁰ AKYİĞİT, sh. 1509.

⁸¹ KURUCU, sh. 87.

⁸² TUNÇOMAĞ, İş Hukuku I, sh. 275; KURUCU, sh. 88.

⁸³ GÜNAY, sh. 574.

⁸⁴ GÜNAY, Türk İş Hukukunda Fazla Saatlerle Çalışma, sh.54.

⁸⁵ TUNÇOMAĞ/CENTEL, sh. 149; bkz.: Y9HD., 25.1.1973, E.1973/19603-K.1973/1403; 9.7.1973, E.1973/1972-K.1973/25257; YHGK., 4.7.1973-E.1972/9-1101-K.1973/604.

⁸⁶ Y9HD. 22.09.2003, E. 2003/2477- K.2003/15161, (Yayımlanmamış); Aksi yönde, Y9HD, 5.6.2002, E.2002/2088-K.2002/9518, (Yayımlanmamış).

Yani bu tür fazla çalışma isteğe bağlıdır ve gerek işçi gerekse işverenin buna razı olması gerekir. İşveren, buna yanaşmayan işçiye zorla olağan fazla çalışma yaptıramaz. Ancak işveren veya yetkili işveren vekilinin isteği, hiç değilse bilgisi olmadan işçinin ekstradan çalışması da fazla çalışma sayılmaz⁸⁷.

İşçi kural olarak, fazla çalışmaya zorlanamaz. Ancak, işverenin fazla çalışmayı işyerinin üretimini artırmak için istediği ve işçinin bunu reddetmesinin, işyerinin daha verimli çalışmasına karşı koyma anlamını taşıdığı açıktır. Bu durumda, işverenin, fazla çalışmayı reddeden işçinin iş sözleşmesini (işin, işyerinin ve işletmenin gereklerinden kaynaklanan geçerli nedenle) feshedebileceğini kabul etmek gerekir. Diğer yandan, işçinin fazla çalışmayı reddetmesinin dürüstlük kuralına aykırılık oluşturduğu durumlarda ise, işverenin iş sözleşmesini haklı nedenle (İş K. md. 25/bent II; BK. md. 344) feshedebileceği de kabul edilmelidir⁸⁸. Nitekim, BK. md. 329/I'de açıkça, fazla iş yapmayı reddin dürüstlük kuralına aykırı düştüğü durumlarda, işçinin fazla çalışmaya zorlanacağı belirtilmiştir⁸⁹.

İşverenin herhangi bir neden yokken işçiyi psikolojik tacize tabi tutmak için fazla çalışma talep etmesi durumunda işçinin buna karşı gelerek iş görme borcunu yerine getirmemesi işveren aç ısından iş sözleşmesinin haklı nedenle feshi için neden oluşturmaz. Bu gerekçe ile yapılan bir fesih olaya göre belki geçerli bir fesih olarak kabul edilebilir⁹⁰.

Fazla çalışma yapılmasına karar veren işveren bu talebini işçilere duyurmak zorundadır. İş sözleşmeleri ile bu talebin belirli bir süre önceden yapılması koşulu getirilmiş ve bu duyuru belirlenen süreden sonra yapılmışsa işçi iş görme borcundan kaçınabilecektir. Duyurma; sözleşmede belirtilen şekilde veya en uygun vasıta ile yapılmalıdır.

Haklı neden olmadıkça işveren fazla çalışma yaptıracak işçiler arasında ayırım yapamaz, ancak objektif düzenlemeler yapabilir. Sadece sendikalı işçileri fazla çalışmaya çağıramaz veya fazla çalışmadan hariç tutamaz, çünkü bazı işçiler maddi kazanç nedeniyle fazla çalışma yapmayı talep edebileceklerdir. Aksi düzenlemeler işçiye eşit davranma ilkesine aykırılık teşkil eder. İşverenin sadece bekarları fazla çalışmaya tabi tutmasını öğretide haklı

⁸⁷ EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, sh. 211; SÜMER, sh.126.

⁸⁸ SÜMER, sh. 126.

⁸⁹ TUNÇOMAĞ, Kenan; Türk Borçlar Hukuku, Cilt II: Özel Borç İlişkileri, İstanbul 1977, sh. 854.

⁹⁰ GÜNAY, Türk İş Hukukunda Fazla Saatlerle Çalışma, sh.54.

ve objektif ayırım olarak kabul eden görüşler mevcut olmakla birlikte⁹¹, bunun eşit davranma borcunun açık ihlali olacağı kanaatindeyiz.

2.1.1.3. İşçinin Onayı

Yasaya göre, bir işyerinde fazla çalışma yapılması gerekli görüldüğünde, bu çalışmaya katılacak işçilerin onaylarının alınması gerekir (md. 41, f.7). Fazla saatlerle çalışma, fazla çalışma yanında fazla sürelerle çalışmayı da kapsayan bir kavram olarak kullanıldığı için, her iki çalışma türünde de işçinin onayı alınmalıdır⁹².

Onayın şekli ve zamanı konusunda Kanunda herhangi bir düzenleme bulunmaması nedeniyle, Yönetmelikte bu konuda getirilen “fazla çalışma ihtiyacı olan işverence bu onay her yıl başında işçilerden yazılı olarak alınır ve işçi özlük dosyasında saklanır” hükmü (FÇY.9/2), hem onayı belgeleme amacı içermekte, hem de onayın her yıl başında yenilenmesi gerektiği belirtilerek, işçilerin yıllar önce verdikleri onayların bağlayıcı olmayacağını da ifade etmektedir. Yani; her yıl onay alınması şartı geçerlilik koşulu olmasa da işçi açısından bağlayıcı olması açısından her yıl onay alınması gerektiği Yargıtay tarafından da işaret edilmektedir⁹³.

Yönetmeliğin açık hükmü karşısında, işçinin onayının iş sözleşmeleri ve toplu iş sözleşmeleri ile önceden alınmış olsa bile, her yıl başında, o yıl içinde yaptırılacak fazla çalışmalar için, ayrıca yazılı onayların alınması gerekir⁹⁴. Bu yönüyle Yönetmelikteki hükmün işçiyi koruyucu olduğu kuşkusuzdur. Her yıl onay alınması koşulunun, bireysel veya toplu iş sözleşmelerinde hüküm bulunmayanlar açısından geçerli olması, Yönetmelik hükmü karşısında toplu veya bireysel iş sözleşmelerine üstünlük tanınması gerektiği ileri sürülse de⁹⁵ işçinin 1475 sayılı İş K. döneminde işe girerken verdiği rızanın yeni İş Kanununun yürürlüğe girdiği 10.6.2003 tarihinden sonraki fazla çalışmalara yetmeyecektir⁹⁶. Ancak; çalışmakta

⁹¹ KARACAN, Hatice; 4857 Sayılı İş Kanununa Göre Fazla Çalışma, Seçkin, Ankara, 2007, sh.79.

⁹² MOLLAMAHMUTOĞLU, sh. 705; GÜNAY, Türk İş Hukukunda Fazla Saatlerle Çalışma, sh.63.

⁹³ Y9HD, 23.12.2004, E.2004/7276-K.2004/29157, İşveren Gazetesi, MESS, Ağustos 2007, sh.14.

⁹⁴ Y9HD. 08.05.2006, E.2006/10028-K.2006/13006, Çalışma Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi, Birleşik Metal-İş, 2006/3, S.10, sh.158.

⁹⁵ KOCABIYIK, Selçuk; Fazla Çalışma Onayı Her Yıl Alınmalı mı? İşveren Gazetesi, MESS, Ağustos 2007, sh.14.

⁹⁶ ... FÇY.’nin 9.maddesinin 2. fıkrasına göre işçiden her yıl fazla çalışma için onay alınması gerektiğinden davacının 2003

olan işçiden daha önce yazılı onay alınmış olsa bile, Yönetmeliğin yürürlüğe girdiği tarihi takip eden yılbaşından itibaren, her yıl yeniden onay almayan işveren, işçiyi fazla çalışma yapmaya zorlayamayacakları şeklinde yorumlamak daha uygun olacaktır⁹⁷. Çünkü; Kanunun yürürlüğe girdiği 10.06.2003 tarihinden, Yönetmeliğin yürürlüğe girdiği 06.04.2004 tarihine kadar işçinin her yıl onay alınması gerekeceğine ilişkin bir düzenleme de zaten mevzuatımızda söz konusu değildir⁹⁸. Yönetmelikteki bu sınırlayıcı yaklaşımın, Kanun'da olmayan bir kural ve kısıtlama getirmesi nedeniyle hukuka aykırılık taşıdığı gibi⁹⁹, görüldüğü üzere, uygulamada da birçok tartışma ve duraksamayı da beraberinde getirmiştir. Kısıtlamanın kanunla düzenlenmesi yasa koyucunun iradesini yansıtmayı açısından daha uygun olurdu.

İş sözleşmesinde veya toplu iş sözleşmesinde, o işte fazla çalışma olasılığının bulunduğu ve buna göre ödenecek ücret miktarı, saptanmış olabilir. Sonra, işçilerin onayı, fazla çalışmanın uygulanması sırasında da alınabilir. Nitekim, işveren veya işveren vekili, fazla çalışmanın uygulanması sırasında işçilerle anlaşmış ve onayları almış bulunabilir¹⁰⁰.

Bu düzenleme, iş sözleşmesine ya da toplu iş sözleşmesine konulan bir hükümle işçilerin onaylarının alındığı durumlarda da, ayrıca yazılı onay alma zorunluluğunun bulunup bulunmadığı hususunu, üzerinde durulması gereken önemli bir sorun haline getirmiştir.

Onay belgelerinin özlük dosyalarında muhafaza zorunluluğu nedeniyle, Kanun Koyucunun, işvereni işçinin yazılı onayını aldığını belgelemekle yükümlü tuttuğu anlaşılmaktadır.

Öncelikle, hükümde geçen “yıl” ibaresinden ne anlaşılması gerektiği açık değildir. Hükümdeki yıl ibaresinden takvim yılı anlaşılabilirliği gibi hizmet yılının, yani; her işçi

yılında imzaladığı son hizmet sözleşmesindeki onayın süresi geçmiştir. Bu itibarla davacının fazla çalışmaya kalmaması haklı nedenle fesih nedeni sayılamaz. Kabule göre, aynı eylemden hem ihtar hem fesih cezası verilmesi de doğru değildir. Bu nedenlerle, davacının hizmet sözleşmesinin feshi haksız olmakla, davacının ihbar ve kıdem tazminatları bilirkişi marifetiyle belirlenerek hüküm altına alınmak üzere hükmün bozulmasını gerektirmiştir.” Y9HD. 13.9.1999-11349/12855, Y9HD. 23.12.200417276/29157, Y9HD, 19.4.2007, E. 2006/25658 K. 2007/11311 , GÜNAY, Türk İş Hukukunda Fazla Saatlerle Çalışma, sh.665-66.

⁹⁷ ÇİL, sh.59.

⁹⁸ KOCABIYIK, Selçuk; Fazla Çalışma Onayı Her Yıl Alınmalı mı? İşveren Gazetesi, MESS, Ağustos 2007, sh.14.

⁹⁹ ÇELİK, sh.311.

¹⁰⁰ TUNÇOMAĞ/CENTEL, sh. 149-150.

bakımından işçinin işe girdiği yılı takip eden her yılın anlaşılması da mümkündür. İbarenin takvim yılı olarak anlaşılması halinde yıl başından sonra işe girenler bakımından nasıl bir işlem yapılacağı belirsiz kalmaktadır.

Öğretide, işçinin yazılı onayının, iş sözleşmesi ya da toplu iş sözleşmesinde hüküm bulunmaması halinde aranması gerektiği ifade edilmekte, aksi halde, yani iş sözleşmesinde ya da toplu iş sözleşmesinde hüküm bulunması halinde, ayrıca bir yazılı onay alınmasına gerek olmadığı görüşü dile getirilmektedir¹⁰¹. Ancak, bu görüş, onayın alınması bakımından Yönetmelikteki düzenlemeye cevap vermekle birlikte, her yıl yenilenmesi bakımından duraksamaları giderememektedir. Bu nedenle, içeriği belirsiz olan bu hükmün değiştirilip eski Fazla Çalışma Tüzüğünde yer alan hükme benzer şekilde düzenleme yapılabilir¹⁰². Ayrıca; işyerinin devri yahut farklı yollarla gerçekleşen işveren değişikliği halinde, önceki işveren döneminde alınan işçi rızasının geçerliliğini sürdüreceği de belirtilmelidir (İş K. 6/1)¹⁰³.

BK. md. 329'daki "Akit ile tayin edilen yahut adet mucibince icap eden iş miktarından ziyade bir işin ifasına hasıl olup da işçi, bunu yapmağa muktedir olur ve imtinada hüsnü kaidelerine muhalif bulunursa cebrolunur" hükmü uyarınca işçi geçerli bir onay vermişse, işverenin talebi durumunda fazla çalışma borcunu yerine getirmek zorundadır. Sözleşmelerle fazla çalışmalara önceden onay veren işçi, haklı bir sebebi yoksa, o yıl için yaptırılacak fazla çalışmalar için onay vermekle yükümlüdür. Bu, işçinin sözleşme ile yüklendiği bir yükümlülüktür. Fazla çalışmaya onay veren işçi, fazla çalışmaya katılmadığı takdirde, bunun işveren bakımından iş sözleşmesini derhal fesih için haklı bir sebep oluşturacağını bilmelidir (İş K. md. 25/II-h). Yargıtay'a göre; işçinin fazla çalışma yükümlülüğü onay koşulunun

¹⁰¹SOYER, sh. 800. Yazar, 1475 sayılı Kanun döneminde, Fazla Çalışma Tüzüğündeki hükümler gereğince, fazla çalışma yapmak için Bölge Çalışma Müdürlüğünden izin alınırken, Müdürlüğe ya iş sözleşmesi ya da toplu iş sözleşmesindeki hükmün ibraz edildiği, böyle bir hüküm bulunmaması halinde de, işçinin yazılı onayını içeren bir belgenin verildiğini belirtmekte; bu uygulamanın işçinin onayının olup olmadığının belgelendirilmesi bakımından önemine dikkat çekerek, Fazla Çalışma Yönetmeliğindeki bu hükmün de bu çerçevede değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Ayrıca bkz.: SÜZEK, sh.626-627.

¹⁰²"Bu tutum isabeti somut olayın özellikleri çerçevesinde belki tartışılabilirse de, her olaya uygulanacak genel bir çözüm olduğu söylenemez. Kaldı ki, somut olayda bile işçinin rızasının hem 1475 sayılı İş K. döneminde ne zaman alındığı belli değildir, hem de yeni yasanın bu rızanın her yılbaşında yazılı alınacağına dair hüküm içermediği unutulmamalıdır. Anılan dönemsel yazılı onay/rıza 06.04.2004'te Yönetmelikle getirilmiştir. Dolayısıyla somut olayda dahi Yargıtay'ın kendi anlayışıyla tutarlı olabilmesi için, hiç değilse (yeni İş K.'nın değil) Yönetmeliğin yürürlüğe girdiği tarihten önceki rızasını geçerli saymaması gerekirdi. Böyle yapmaması, kendi sistemi içinde bir tutarsızlıktır Yargıtay'ın bu isabetsiz tutumundan vazgeçmesi en sağlıklı yoldur." AKYİĞİT, Normali Aşan, sh. 5; CANİKLİOĞLU, N., sh. 170-171.

¹⁰³AKYİĞİT, Normali Aşan, sh. 5; Aynı Yazar, İçtihatlı ve Açıklamalı..., sh. 1511.

gerçekleşmesinden ve fazla çalışma yapılacağıının işçilere duyurulmasından sonra doğar¹⁰⁴.

Fazla çalışmaya onay vermemiş işçi bakımından bir borç söz konusu olamayacağıından buna rağmen fazla çalışmaya zorlanması, İş Kanunu md. 22 bağlamında çalışma koşullarında esaslı tarzda bir değişiklik olarak değerlendirilmeli ve bu madde hükümlerine göre sonuca varılmalıdır¹⁰⁵. 1475 sayılı Kanun döneminde fazla çalışmaya zorlanan işçinin, iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebileceği yargı kararlarında dile getirilmiştir¹⁰⁶.

İşçinin fazla çalışmaya onay vermiş olması her halükârda fazla çalışma yapmak zorunda olduğu anlamına gelmez. Nitekim FÇY md. 8 (b) bendine göre iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesiyle önceden veya sonradan fazla çalışmayı kabul etmiş olsa dahi sağlık durumunun elvermediği, hekim raporu ile sabit olan işçiye fazla çalışma yaptırılamaz. Örneğin, yakınlarından birinin hastalık veya kaza nedeniyle işçinin bakımına ihtiyaç duymaları gibi durumlarda işçi, önceden onay vermiş olsa da Medeni Kanun 2. maddede sözü geçen dürüstlük kuralına göre fazla çalışmaya zorlanamaz. Bu gibi hallerde işçinin BK. md. 329'daki yükümlülüğü olduğu kabul edilemez. Bu görüşe tarafından bu gibi durumları da içerecek şekilde işçinin fazla çalışmadan “çekinme hakkı” olduğu kabul edilir ve işçinin, iş sözleşmesinin feshine gerek kalmaksızın çekinme hakkını kullanarak fazla çalışmaya katılmama hakkı bulunmaktadır¹⁰⁷. Hatta onay vermiş işçinin sürekli kanun dışı olarak fazla çalışmaya zorlanması ve bunun işçiyi olumsuz etkilemesi durumunda da İş K. 24/II-f maddesinde yer alan “yahut çalışma koşulları uygulanmamışsa” hükmü uyarınca işçinin haklı feshinden söz etmek mümkün olabilir¹⁰⁸. Ayrıca, işçinin daha önceki fazla çalışmalara ilişkin ücretlerinin ödeme sürelerinin geçmesine rağmen ödenmemiş olması fazla çalış ma yapmaktan kaçınma hakkı verir¹⁰⁹. Belirtilen nedenlerle işçinin fazla çalış ma yapmayarak iş görme borcunu yerine getirmekten kaçınması halinin “çekinme hakkı” olarak adlandırıldığı görülmektedir.

Burada belirtmek gerekir ki; Yönetmelikte, işçinin yazılı onayının alınması zorunluluğu

¹⁰⁴ Y9HD, 5.6.1980- E. 1980/6852-K. 1980/6755 ve M. Ekonomi'nin İncelemesi, İHU, İş K. 17 (No.12). ÇELİK, sh. 311; SÜMER, sh. 126.

¹⁰⁵Y9HD.27.03.2006, E.2006/6685-K.2006/7652, Legal İHSGHD, S.2006/11, sh.1007; MOLLAMAHMUTOĞLU, sh.695.

¹⁰⁶Y9HD, 28.12.1993, E.1993/15540- K. 1993/19400.

¹⁰⁷KURUCU, sh. 124-125.

¹⁰⁸ÇİL, sh.59.

¹⁰⁹KARACAN, sh.78.

hem fazla çalışma hem de fazla sürelerle çalışma için söz konusu iken, bu onayların her yılbaşında alınması zorunluluğu sadece fazla çalışma için öngörülmüş, fazla sürelerle çalışma için böyle bir yükümlülük getirilmemiştir (md. 9/2) ¹¹⁰.

Öte yandan, işçinin fazla çalışmaya vereceği onay “yasal” fazla çalışmalar içindir. İşçiler, Yasal azami fazla çalışma süresinin üstünde yapılacak çalışmalara, hiçbir şekilde zorlanamaz. Dolayısıyla burada onay alınmamasından da söz edilemez.

1475 sayılı İş Kanununda işverenin fazla çalışma yaptırmak için Bölge Çalışma Müdürlüğüne başvurarak izin alması yükümlülüğü, kanunun madde gerekçesinde ifade edildiği üzere, esnek sürelerle çalışma düzenine imkân verilmesi nedeniyle fazla çalışma yapmanın oldukça kısıtlanabileceğinden yeni düzenlemeye alınmamıştır. Fakat bunun gerekçesi esnek sürelerle çalışmaya imkân verilmesi değil, eskiden mevcut Bölge Çalışma Müdürlüğünden izin alma yükümünün zaten uygulamada pek bir anlam ifade etmemesidir¹¹¹. Fazla çalışmalar için işçinin onayını FÇY’de öngörülen şekilde almayan işveren veya işveren vekili İş K. md. 102/c hükmü uyarınca para cezasına çarptırılacağı gibi, kanuna aykırı olmakla birlikte, yapılan fazla çalışmaların karşılığı işçiye ödenir.

2.1.2. Olağan Nedenlerle Fazla Çalışmanın Sınırlanması

2.1.2.1. Fazla Çalışmanın Yıllık olarak sınırlanması

İş K. md. 41’e göre, fazla çalışmanın süresi bir yılda 270 saatten fazla olamaz. Eski düzenlemede, bu şekilde bir süre belirtilmemişse de, fazla çalışmanın günde üç saatten; fazla çalışma yapılan günlerin de yılda 90 iş gününden fazla olamayacağına ilişkin hükümlerinden (1475 sayılı K. md. 35/bent (a) ve (b)) fazla çalışmanın eski düzenlemeye göre de yılda 270 saatten fazla olamayacağı sonucu ortaya çıkıyordu¹¹².

¹¹⁰ SOYER, Polat; Muhammet, ÖZEKES; İşçinin Sözleşmeye Aykırı Davranması Yargı Kararıyla Ödüllendirilebilir mi?, Legal İSGHD 2005/8, sh.1612-1621.

¹¹¹ SOYER, sh.800.

¹¹² MOLLAMAHMUTOĞLU, sh. 695-696.

4857 sayılı Kanunun Bilim Komisyonu tarafından hazırlanan Tasarı Taslağının, Komisyondan aynı şekilde geçen ilgili maddesinde ise, haftalık çalışma süresinin fazla çalışmalar dahil 48 saati geçemeyeceği belirtilmişti. Buna karşılık, Kanunun Genel Kurulda görüşülmesi sırasında verilen bir önerge ile maddede değişiklik yapılmış ve fazla çalışmanın yılda 270 saati geçemeyeceği öngörülmüştür¹¹³. Böylece Kanunda, günlük ya da haftalık olarak bir sınırlama öngörülmezsizin, sadece yıllık olarak sınırlama getirilmiştir. Yıllık sınırlamanın günlük çalışma süresine etkisi konusu ise belirsiz kalmıştır¹¹⁴. Oysa, bu konunun düzenlenmesi, işçinin korunması bakımından oldukça büyük bir öneme sahiptir

Belirtelim ki, yıllık 270 saatlik sınırlama fazla çalışma yapılması bakımından söz konusudur. Fazla sürelerle çalışmada 270 saatlik sınırlama bulunmamaktadır. Zorunlu ya da olağanüstü nedenlerle yapılan fazla çalışmada ise, Kanunda, açıkça, 41. maddenin ilk üç fıkrasının uygulanacağını belirtilmesi, 270 saatlik sınırlamaya atıf yapılmaması nedeniyle, 270 saatlik sınırlama uygulanmayacaktır¹¹⁵. Öte yandan, zorunlu ya da olağanüstü nedenlerle yapılan çalışmaların sınırı, zaten işin niteliğinden çıkmaktadır. Zorunlu nedenlerle fazla çalışma yapılması halinde, bu çalışma süresi “işyerinin normal çalışmasını sağlayacak dereceyi aşmayacak” sınırdadır (md. 42). Olağanüstü nedenlerle yapılan fazla çalışmada ise, bu sınırı Bakanlar Kurulu belirleyecektir (md. 43).

Fazla çalışma sınırlamaları işçinin şahsına yönelik olup¹¹⁶, işyeri bazında dikkate alınmamaktadır. Yapılabilecek fazla çalışmanın yıllık olarak 270 saat ile sınırlandırılması, bu miktarı aşan çalışmaların fazla çalışma gibi değerlendirilmesine engel değildir. Kısaca yukarıda aranan şartlar gerçekleşmeden veya sınırı aşan biçimde yapılan fazla çalışmaya “hukuka aykırı fazla çalışma” da denilen¹¹⁷ çalışmalar fazla çalışma gibi kabul edilmekte ve işçilere zamlı ücret ödenmesini gerektirmektedir¹¹⁸. İşçi 270 saatin üzerinde fazla çalışma yapmışsa, işverene ücreti ödemekten kaçınma hakkı tanımak işçiyi sebepsiz zenginleşme kurallarına başvurmayla mecbur tutmak, kanunun yasak hükmüyle izlediği amaca ters düşer. Kaldı ki, işçi yararına konulmuş bir hükmün onun zararına uygulanmasına amaca uygun

¹¹³TUNÇOMAĞ/CENTEL, sh. 150.

¹¹⁴EKONOMİ, sh. 167.

¹¹⁵SOYER, sh. 806-807.

¹¹⁶ Nitekim bu husus Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliğinde açıkça öngörülmüş ve bu süre sınırının, işyerlerine veya yürütülen işlere değil, işçilerin şahıslarına ilişkin olduğu belirtilmiştir (md.5/1).

¹¹⁷AKYİĞİT, sh. 1511.

¹¹⁸SÜZEK, sh. 628; CANIKLIOĞLU, N., sh. 173-174, AKYİĞİT, Normali Aşan, sh. 5; AKYİĞİT, sh. 1511.

yorum olmayacaktır.¹¹⁹

Ayrıca belirtmek gerekir ki; hafta tatili dışında yapılan çalışmalar hariç, resmi tatil ve ulusal bayramlarda işçiye yaptırılan çalışma süresi üzerindeki çalışmalar, Kanunda ayrıca düzenlendiğinden 270 saatlik yıllık fazla çalıştırma süresinin hesabında dikkate alınmayacaktır. Yeter ki haftalık çalışma süresini aşmasın. Aşması durumunda ise; Kanunda fazla çalışmanın tanımında belirtilen haftalık çalışma süresi üzerinde olduğu için yıllık sınırın hesabında dikkate alınması zaruri olacaktır.

Yılda en çok 270 saat olağan fazla çalışma yapabileceği hükmüne rağmen, uygulamada bu sürenin fiilen aşıldığı görülmektedir. Anılan sınırın, fiilen aşılması halinde böyle bir eylemde bulunan işveren, 1475 sayılı yasada öngörülen para cezası hükmünün 4857 sayılı İş Kanununun 104. maddesi metninden çıkarılması nedeniyle müeyyidesiz kalmıştır. Dolayısı ile, yasal sınırı aşan işverene para cezası da uygulanamamaktadır. Zira, fazla çalışmanın bir yılda belirli bir süre ile sınırlandırılması, işçinin sağlığının korunması ve istihdam politikası ile ilgilidir¹²⁰. İş K. 41. maddesinde ki “fazla çalışma süresinin toplamı bir yılda 270 saatten fazla olamaz.” hükmü metninden de anlaşıldığı üzere, ücrete ilişkin bir yasak olmayıp, çalışma sürelerine ilişkin bir düzenlemedir. Bu nedenle, İş K. md.102’deki ücret hükümlerine aykırılık da düzenlenmemesi kanaatimizce isabetli olduğu kadar İş K. md. 104 metninde cezai olarak düzenlenmemesi de bir o kadar isabetsizdir. İş K. md. 41’de ki düzenleme, cezai hükümler bölümünde müeyyidelendirilmeyerek kadük bırakılmıştır. Madde hükmüne “bir yılda 270 saattin üzerinde fazla çalışma yaptıranlar Para cezası ile cezalandırılır” şeklinde düzenleme yapılmalıdır. Bu husus çalışma kurallarına kamu denetiminin sağlanması açısından önemlidir. Kanuna aykırı fazla çalışma yaptıran işverenin cezalandırılması iş sağlığı ve güvenliğinin işyerlerinde yerleşmesi açısından da zorunluluk arz etmektedir.

Yasada bir yılda 270 saatten fazla olamayacağı belirtilen fazla çalışma sınırının süresi hesabında yıl ne zaman başlayacaktır? Buradaki “yıl” sözcüğünün ne anlama geldiği açık değildir. Ancak, işçinin her yıl başında onayının alınması gerektiğini FÇY’nin 9. maddesinin 2. fıkrası hükmünden hareketle, artık takvim yılının esas alınacağını söylemek

¹¹⁹ŞEN, M, sh.2.

¹²⁰EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, sh. 212.

mümkündür¹²¹.270 saatlik yasal sınırlama sözleşmelerle kısıtlanabileceği gibi, yıl içindeki dağılımları sözleşmelerle belirlenebilir¹²².

2.1.2.2. Fazla Çalışmanın Günlük Olarak Sınırlanması

Yasa, fazla çalışmada (günlük değil) haftalık normal azami çalışma süresinin aşılmasını ölçüt almış, yıllık 270 saatin ne kadarının bir günde yaptırılabilmesine değinmemiştir. Ancak bu durum işçinin tüm gün (24 saat) çalıştırılabileceği anlamını da taşımaz.

Eski İş Kanunundaki işçiye günde en fazla 3 saat fazla çalışma yaptırılabilmesi hükmüne benzer bir düzenleme, 4857 sayılı Kanunda bulunmadığı gibi, taslakta yer alan ve Avrupa Birliğinin 93/104 sayılı Yönergesi (md. 6/2) hükmüne uygun olarak denkleştirme süresinde yapılacak çalışmalara ilişkin olarak, ortalama çalışma süresinin fazla çalışmalar da dahil olmak üzere, haftada 48 saati aşamayacağı hükmü de 41. madde metnine alınmamıştır. Alınması durumunda, bir yıl içinde de azami toplam (3x52=) 156 saat fazla çalışma yapılabilir idi¹²³.

Fazla çalışmadan söz edebilmek için haftalık çalışma süresinin aşılması gerekmele birlikte, günlük çalışma süresine getirilen üst sınırın aşılması halinde, bu sınırı aşan kısmın nasıl değerlendirilmesi gerektiği hususu öğretide tartışılan bir konudur. Fazla çalışma süresine ilişkin 63. maddede tarafların anlaşması ile haftalık normal çalışma süresinin işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine 11 saati aşmamak koşulu ile farklı bir şekilde dağıtılabileceği hükmü getirilmiştir. Bu durumda iki aylık süre içinde işçinin haftalık ortalama çalışma süresi, normal haftalık çalışma süresini aşamaz. Maddede getirilen günlük en çok çalışma süresi olan 11 saatlik çalışma süresi fazla çalışma süresini de kapsar¹²⁴. Ayrıca 64. maddede telafi çalışmalarına ilişkin olarak; “günlük en çok çalış ma süresi” esas alınarak, günlük en çok çalışma süresini aşmamak amacı ile “günde üç saatten fazla” olamayacağı

¹²¹SOYER, sh. 806.

¹²²SOYER, sh. 807.

¹²³EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, sh. 211.

¹²⁴ ÇELİK, sh. 312; EKONOMİ, sh. 163; EYRENCİ, Öner; 4857 Sayılı İş Yasasında Ücret ve İşin Düzenlenmesi İle İlgili Yeni Düzenlemeler, Yeni İş Yasası, Çeşme 2003, sh. 162.

öngörülmüştür¹²⁵.

Burada günlük normal azami çalışma süresi olan 11 saatin (İş K. 63/2) baz alınıp alınamayacağı tartışmaya açıktır. Belki olağanüstü fazla çalışmadaki “işçinin en çok çalışma gücü” akla gelebilir. Fakat işin özüne uyanı, günde 11 saatlik toplam çalışma sınırının aşılmasıdır. Yani normal çalışmayla birlikte o günkü çalışma 11 saati aşmamalıdır. Aksi takdirde işçinin günlük 24 saat çalıştırılabileceği anlamı çıkarılabilecektir¹²⁶. Aşan kısmın yine hukuka aykırı fazla çalışma sayılması uygun olur. Kanaatimizce; 63. madde hükmünün sadece denkleştirmeye ilişkin bir günlük sınır koymaktan ibaret değil, tüm çalışmalar için günlük azami bir çalışma süresi belirlemeyi amaçlayan bir hüküm olduğu söylenebilir¹²⁷.

Diğer taraftan Çalışma Süreleri Yönetmeliği (Ça.Sür.Yön.)’nin 4. maddesinde de “günlük çalışma sürelerinin her ne şekilde olursa olsun 11 saati geçemeyeceği ifade edildikten sonra, işçinin bu süreleri aşan sürelerle çalıştırılmasında” 4857 sayılı İş Kanununun 41, 42 ve 43. maddeleri hükümlerinin uygulanacağı hükmü yer almıştır¹²⁸. Yönetmelikte, günlük çalışma sınırının 11 saat olduğu belirtilmiş, fakat bu sınırın aşılması durumunda aşan çalışma sürelerinin İş K. md. 41,42,43 gereğince fazla çalışma sayılacağı belirtilmiş ancak bir müeyyideye bağlanmamıştır¹²⁹. İş K. md. 104. cezai düzenlemesi ile Ça. Sür. Yön.’ne atıf yapılmış, “Yönetmelikte belirtilen çalışma sürelerine uyulmaması” işverenin cezalandırılacağı belirtilmiş, yani dolaylıda olsa Yönetmelik ile cezai hüküm getirilmiştir.

Sonuç olarak; 11 saatin aşılması halinde fazla çalışmaya ilişkin kanun hükmü uygulanacaktır¹³⁰. Burada işçinin korunması ilkesi doğrultusunda bir düzenleme yapıldığı açıktır. Günlük çalışma sürelerine azami 11 saatlik sınırlamayı ve fazla, fazla çalışmalar dahil

¹²⁵EKONOMİ, sh. 163; EYRENCİ, sh. 162.

¹²⁶EYRENCİ, sh. 162.

¹²⁷EKONOMİ, sh. 162-163; AKYİĞİT, Normali Aşan, sh. 6; AKYİĞİT, sh. 1511.

¹²⁸MOLLAMAHMUTOĞLU, sh. 707.

¹²⁹CANİKLİOĞLU, N., sh. 168.

¹³⁰ÇELİK, sh. 312; Yazara göre “... en çok çalışma sınırını aşan süreler için kanun hükümlerine göre zamlı ücret ödenmesi gerekir... bu suretle günlük çalışma süresi ölçüt olarak hukuki bir geçerlilik kazanmamakta, günlük en çok çalışma süresinin kanuna aykırı aşılmasının işçiye getirdiği fazla saatlerle çalışmanın hukuki yönden değerlendirilmesi İş Hukukunun temel ilkeleri açısından uygun olmaktadır. Günlük en çok çalışma sınırını aşan sürelerle zamlı ücret ödenmesi için haftalık çalışma süresinin tamamlanmasına bakılmaz. Buna karşı sözü edilen zamlı ücretin ödeneceği süreler de haftalık 45 saatlik süre ile bunu aşan sürelerin toplamında hesaba katılmaz”.EKONOMİ, sh. 163,

şeklinde anlamak Kanun'un amacına daha uygundur¹³¹. Ancak; Kanunda düzenlenmeyen bir esas Yönetmelikte düzenlenmiştir. Böyle bir esasın Yönetmelikte düzenlenmesinin isabetli olmadığı açıktır¹³². Zira, bilindiği gibi yönetmelikler Kanun'a bağlı olarak kural koyan, Kanun'u açıklayan, yeni kural koymayan, düzenlemelerdir¹³³. Bu nedenle konunun Kanunda düzenlenmesi daha isabetli olurdu¹³⁴.

Nitekim Yargıtay da 1475 sayılı İş Kanunu döneminde bir günde üç saat veya yılda 270 saati aşan çalışmalarda kanunda bir açıklık olmakla beraber zamlı ücret ödenmesine ilişkin kararlar vermiştir. Diğer taraftan bir kimsenin her gün fazla çalışma yaptığıının kabulü hayatın olağan akışına uygun düşmez. Zira bir kimsenin mazeret, hastalık, izin ve benzeri ihtiyaçlar nedeniyle zaman zaman fazla çalışma yapmaması ihtimali her zaman mevcuttur. Örneğin bir kimsenin yaklaşık 3, 5 yıl süre ile haftada 5 gün, günde 3 saat fazla çalışma yaptığı ve Cumartesi günü de 8 saat fazla çalıştığıının kabulü uygun olmaz¹³⁵. Yazılı belge ile ispatlanmayan bu durumlarda Yargıtay bir hakkaniyet indirimi uygulanmasını aramaktadır.

Denkleştirme süresinin uygulandığı dönemde, iki veya dört aylık çalışma süresi içinde, işçinin haftalık çalışma süresi, normal haftalık çalışma süresini aşamaz (md. 63/2). Denkleştirme süresinin sonunda, işçinin ortalama çalışma süresi 45 saati aşarsa, bu süreler fazla çalışma sayılacaktır¹³⁶.

Günlük çalışma süresi 11 saat olarak kabul edilmezse, telafi çalışmasının günlük çalışma süresini aşamayacağını öngören 4857 sayılı İş Kanununun 64/II. maddesindeki yasal düzenlemenin bir anlamı kalmayacaktır¹³⁷. 4857 sayılı İş Kanunu düzenlemesinde emredici olarak haftalık çalışma süresinin 45 saati aşması fazla çalışma süresinin hesabında temel olarak alınmakta, herhangi bir günlük sınır öngörülmediğinden 11 saati aşan çalışmalara, haftalık 45 saati aşmadıkça fazla çalışma ücreti ödenemeyeceği ileri sürülmektedir¹³⁸.

¹³¹ EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, sh. 211.

¹³² Bu düzenleme biçimine yöneltilen eleştiriler için bkz. SOYER, sh. 798-799.

¹³³ SOYER, sh. 798-799.

¹³⁴ CANİKLİOĞLU, N., sh. 168.

¹³⁵ Y9HD. 06.12.2003, E.2003/6546-K.2003/18736 Legal IHSGHD, S.2004/4, sh. 1475; Y9HD. 29.03.2004, E.2004/17622-K.2004/6527 Legal IHSGHD, S.2004/4, sh.1421; Y9HD. 03.02.2005, E.2004/27767- K.2005/3061 Legal IHSGHD S.2005/7, sh. 1356.

¹³⁶ AKTAY/ARICI/SENYEN, sh. 244; EKONOMİ, sh. 166.

¹³⁷ GÜNAY, Türk İş Hukukunda Fazla Saatlerle Çalışma, sh.70.

¹³⁸ "4857 sayılı İş Kanunun 41. maddesinde, münhasıran haftalık çalışma süresinin aşılması, fazla çalışma ücreti için gerekli

Bu konuda öğretide ileri sürülen bir görüşe göre, işçi, bir günde fazla çalışma da dahil olmak üzere 11 saatten fazla çalıştırılmayacağı için, fazla çalışmanın sınırı da ortaya çıkmaktadır¹³⁹. Bu durumda, haftada altı gün çalışan işçinin bir günde yapabileceği fazla çalışma süresi, günlük çalışma süresi olan 7,5 saatin üzerine yoğunlaştırılmış iş haftasına göre çalışma yapıldığında, yani günlük 11 saat üzerinden çalışma yapıldığında ise, artık o dönem itibarıyla fazla çalışma yaptırılmayacaktır. Buna karşılık, denkleştirme karşılığı daha az çalışılması ya da hiç çalışılmaması gereken dönemde, yine 11 saati aşmamak koşuluyla, işçinin normal çalışma süresinin üzerinde çalıştırılması mümkün olabilecektir. Burada, Kanunda yıllık olarak sınırlama getirilmiş olması nedeniyle, 270 saatlik sınırlamanın bir kısmının bu sırada kullanılması nedeniyle işçi uzunca bir süre azami günlük çalışma süresi üzerinden çalıştırılabilecektir. Böyle bir yorumun kabul edilmesi olası değildir. Bunun yukarıda da ifade edildiği gibi, Kanunun denkleştirme döneminde belirli bir süre yoğun çalıştırıldıktan sonra işçinin dinlendirilmesini öngören düzenlemesine aykırılık oluşturacağı açıktır¹⁴⁰.

Kanuna aykırı çalışmaya böyle bir sonuç bağlanması, iş ilişkisinin niteliği ve işçinin korunması ilkesinin bir gereğidir¹⁴¹. Kanaatimizce; aynı esastan, günlük üst sınırı aşan çalışmalar için de benimsenmesi isabetli olacaktır. Bu durumda, günlük üst sınırı aşacak şekilde çalıştırılan işçiye, yaptığı çalışmanın karşılığı olarak fazla çalışma ücreti ödenmelidir. Ancak, hemen vurgulanması gerekir ki, bu yorum, fazla çalışmanın belirlenmesi bakımından haftalık çalışma ölçütünün dışında yeni bir ölçütün esas alınması anlamına gelmemekte, kanuna aykırı çalışmanın İş Hukukunun işçiyi koruyucu karakterine uygun bir sonuca

görülmektedir. Bu nedenle günlük azami çalışma süresi olan 11 saati geçen çalışmalar kanımca fazla çalışma ücreti gerektirmemektedir. Yüksek Mahkemenin kararlarında ve öğretinin çoğunlukla kabul ettiği üzere denkleştirmede, günlük 11 saatin üzerinde çalışmanın fazla çalışma ücretiyle karşılanması yolundaki görüşün yasanın sözü ve amacı ile çeliştiği kanısındayım.

Öğretide günlük çalışma süresinin 11 saati aşması üzerine bu çalışmanın karşılığının normal ücret olmayacağı, en çok çalışma sınırını aşan süreler için kanun hükümlerine göre zamlı ücret ödenmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Ancak bu günlük çalışma süresini kıstas olarak alan görüş, hukuki geçerlilik kazanmaktadır. 4857 sayılı İş Kanununun “haftalık” çalışma süresi yerine “günlük” en çok çalışma” süresinin kanuna aykırı olarak aşılması, fazla saatlerdeki çalışma olarak kabul edilemez. Bu yoldaki düşünce yasanın açık hükmüne aykırı olduğundan, İş Hukukunun temel ilkeleri açısından uygun bir yorum olmaktan kanımca uzak kalmaktadır.” GÜNAY, Türk İş Hukukunda Fazla Saatlerle Çalışma, sh.74. Aksi görüşte; SÜZEK, sh.628, ENGİN. Murat; Denkleştirme Esası Uygulamasında Çalışma ve Dinlenme Sürelerine İlişkin Hükümler, MESS Sicil İş. Huk.Der. Mart, 2007, sh.75

¹³⁹ EYRENCİ, sh. 162; SÜZEK, sh. 627.

¹⁴⁰ CANIKLIOĞLU, N. sh. 173.

¹⁴¹ EKONOMİ, sh. 162.

bağlanmasını ifade etmektedir¹⁴².

Kanuna aykırı olarak, işçinin günlük en çok çalışma süresini aşan şekilde çalıştırılması halinde, bu çalışmalar için normal ücret değil, zamlı ücret ödenmesinin gerekçesi, bu sürenin aşılması olayıp, 11 saatin üzerindeki çalışmaların denkleştirmeye tâbi tutulamayacak olmasıdır. Gerçekten, İş K. 63. maddesinde denkleştirme esasının uygulandığı hallerde günlük çalışma süresinin haftanın çalışılan günlerine farklı dağıtılabilmek olanağını, günlük 11 saatlik azami sürenin aşılmaması koşulu ile mümkün kıldığına göre (f.2), 11 saati aşan çalışmalar için denkleştirme olanağı tanınmamıştır. Buna göre, günlük 11 saati aşan süre, çalışılan veya boş bırakılan günlere fiktif olarak ilave edilecektir. Örneğin, haftanın üç gününde, günde 12 saat; iki gününde de toplam 9 saat çalıştırılan bir işçinin denkleştirilmesine izin verilmeyen çalışma süresi 3 saattir ($12 \times 3 + 9 = 45$). Bu 3 saatin ilavesiyle ($45 + 3 = 48$) haftalık ortalama çalışma süresi 48 saat olacak ve bunun 3 saati karşılığında fazla çalışma ücreti ödenmesi gerekecektir.

Sözleşmelerle çalışma süresi 42 saat olarak belirlenen bir işçinin örneğin, haftanın iki gününde 12 saat; diğer 3 günde de 6' şar saat çalıştırılması halinde bir işçinin denkleştirilmesine izin verilmeyen çalışma süresi 2 ($12 \times 2 + 6 \times 3 = 42$) saattir; bu 2 saatin ilavesiyle ($42 + 2 = 44$) haftalık ortalama çalışma süresi 44 saat olacak ve bunun 2 saati karşılığında fazla sürelerle çalışma ücretine hak kazanacaktır¹⁴³.

Önemli bir husus; süre sınırını aşar biçimdeki fazla çalışmanın “hayatın olağan akışının gerekleri” ile sınırlı bulunduğudır. Örneğin hiç tatil yapmadan her gün 5-6 saat fazla çalışıldığı iddiası pek uygun değildir. Çünkü, işçinin hafta tatili, bayram vs. nedeniyle çalışmadığı günlerin bulunacağı açık olduğundan uygulamada hakkaniyet indirimi yapılmaktadır¹⁴⁴.

İnsan takatine uygun düşmeyecek iddiaların ve tanık beyanları ile desteklenir bir biçimde yıllarca hiç izin kullanmadan her gün fazla çalışma yapıldığı, hafta tatili ve genel tatillerde çalıştığının ileri sürülmesi, belge ile ispat edilememesi durumunda hayatın olağan akışına uygun düşmemektedir. Dikkat edilir ise, mümkün olmadığı değil aksi sabitlenene

¹⁴² CANİKLİOĞLU, N., sh. 168-169; EKONOMİ, sh. 162-163; SOYER, sh. 799; SÜZEK, sh. 628.

¹⁴³ EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, sh. 206-207.

¹⁴⁴ Y9HD. 22.06.2006, E.2005/39088-K.2006/18303, Çalışma ve Toplum Dergisi, Birleşik Metal-İş, S.2007/12, sh.309.

kadar uygun düşmemektedir. Bu süreler içerisinde bir işçi, hele bu derece yoğun çalışma içerisinde bırakılan bir işçi mutlaka rahatsızlanacak, istirahat alacak, bayram, genel tatil izni kullanacaktır¹⁴⁵. Bilirkişi tarafından tespit edilen fazla çalışma sürelerinden “hakkaniyete uygun bir indirim” yapılarak hüküm tesis edilmekte¹⁴⁶, öğretide, yerel mahkemelerin, zorunluymuş gibi her olayın somut özelliği dikkate alınmadan böyle bir indirimin uygulanması eleştirilmektedir¹⁴⁷. Ancak, gerçekliğinden kuşku duyulmayan belgeler ile ispat edilmesi durumunda, sınırı aşan fazla çalışmaların varlığı kabul edilmeli artık hakkaniyet indirimi yapılmamalıdır¹⁴⁸.

2.2. ZORUNLU NEDENLERLE FAZLA ÇALIŞMA

İş Kanununun 42. maddesinin 1. fıkrasında zorunlu nedenlerle fazla çalışma; “Gerek bir arıza sırasında, gerek bir arızanın mümkün görülmesi halinde yahut makineler veya araç ve gereç için hemen yapılması gerekli acil işlerde, yahut zorlayıcı sebeplerin ortaya çıkmasında, işyerinin normal çalışmasını sağlayacak dereceyi aşmamak koşulu ile işçilerin tamamına veya bir kısmına fazla çalışma yaptırılabilir” şeklinde tanımlanmıştır. Görüldüğü gibi, her şeyden önce zorunlu nedenlerle fazla çalışma yaptırılabilmesi için, işyerinde İş K. 42/1’de belirtilen nedenlerden birinin ortaya çıkması gerekir¹⁴⁹. Burada söz konusu edilen çalışma da bir “fazla” çalışma olduğundan, işçinin, zorunlu nedenle yaptığı çalışma dahil olmak üzere haftalık toplam çalışması, kırk beş saati veya 63. maddeye göre denkleştirme esasının uygulandığı hallerde haftalık ortalama çalışma süresi, normal haftalık çalışma süresini (kırkbeş saati) aşmıyorsa, yani md. 41 /f.3 hükümlerine göre, fazla sürelerle çalışma oluşturmuyorsa, zorunlu nedenle fazla çalışmadan bahsedilemeyecektir. 42. maddenin 2. fıkrası hükmü bu hususu, “zorunlu sebeplerle yapılan fazla çalışmalar için 41 inci maddenin birinci, ikinci ve üçüncü fıkraları hükümleri uygulanır” ifadesiyle yeterince vurgulamaktadır. Md. 42/f.2 hükmü 41. maddenin 3. fıkrasına açıkça yollama yaptığından,

¹⁴⁵ Y9HD.25.03.2004, E.2004/16762-K.2004/6039, Legal İHSGHD, S.2005/5, sh.370.

¹⁴⁶ Y9HD.15.05.2006, E.2006/12904-K.2006/13958, Legal İHSGHD, S.2007/13, sh.370.

¹⁴⁷ SÜZEK, sh.632; EKONOMİ, Münir; Bireysel İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi, Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin Kararların Değerlendirilmesi 2002, Ankara, 2004, sh. 47; KARACAN, sh.94.

¹⁴⁸ “Davacı işçinin fazla çalışma ücreti, tamamen işyeri kayıtları ve işverenin ödeme belgelerine dayalı olarak belirlenmiştir. Bu durumda fazla çalışma ücretinden takdiri indirime gidilmesi doğru olmaz.” Y9HD.04.07.2007, E.2006/4051-K.2006/19642, Legal İHSGHD, S.2007/13, sh.349,

¹⁴⁹ SÜZEK, sh. 636; TUNÇOMAĞ/CENTEL, sh. 151; TUNÇOMAĞ/CENTEL, sh. 151;

zorunlu nedenle fazla çalışma, şayet kırkbeş saatin altında haftalık çalışma süresi uygulanan işyerinde yapılıyorsa, ortalama haftalık çalışma süresini aşan; ancak, kırkbeş saatin altında kalan fazla çalışmanın “zorunlu nedenlere dayanan, fazla sürelerle çalışma” olarak nitelenmesi ve “zorunlu nedenle fazla sürelerle çalışma” teriminin kullanılması her halde yanlış olmaz. Haftalık kırkbeş saat aşılmış ise, aşılacak süreler bakımından artık “fazla sürelerle çalışma”dan değil “zorunlu nedenlerle fazla çalışma”dan bahsetmek gerekir¹⁵⁰.

Zorunlu nedenlerle fazla çalışmaya ilişkin düzenlemede çalışma süresinin sınırsız olmaması için bir değişiklik yapılarak bu gibi hallerde de işçiye uygun bir dinlenme süresi verilmesi ve yapılan fazla çalışmanın yanı sıra gerçekleşmesi halinde fazla süreli çalışma bakımından da 41. maddenin ikinci ve üçüncü fıkraları esasları içinde ücret ödenmesi kabul edilmiştir.

Yukarıda belirtilen tanım dikkate alındığında; zorunlu fazla çalışmanın, işyerinde karşılaşılan (oluşan) acil/bekleyemez bir durum üzerine yapılan plansız (düzensiz) bir fazla çalışma olduğu söylenebilir.

Ayrıca, bu çalışmanın gerçekleşmesi için, işçinin rızasını almaya gerek yoktur (FÇY. 9/1). Sadakat borcu, onun böyle bir fazla çalışmayı yapmasını gerektirir. İşverenin zorunlu fazla çalışma isteğine karşı çıkan işçinin hizmet sözleşmesi, sadakat borcuna aykırılık nedeniyle feshedilebilir (İş K. 25/İİe)¹⁵¹.

2.2.1. Zorunlu Nedenlerle Fazla Çalışmanın Koşulları

İş K. md. 42/1’de belirtilen zorunlu nedenler; çıkmış veya çıkacak bir arızanın giderilmesi yahut araç ve gereç için hemen yapılması gerekli acele işlerdir. Söz konusu hükümde, zorunlu nedenlerden sadece bazı örnekler gösterilmiştir. Bu nedenle, hammaddenin veya gıda malzemesinin bozulması yahut iş ürünlerinin başarılı olmaması tehlikesinin bulunduğu durumlarda da, bir zorunlu nedenin varlığı kabul edilmelidir. Hatta, kazanın önlenmesi, kurtarma işlerinin düzenlenmesi ve oluşan kazanın sonuçlarının giderilmesi gibi

¹⁵⁰ MOLLAMAHMUTOĞLU, sh. 699.

¹⁵¹ AKYİĞİT, Normali Aşan, sh. 6; AKYİĞİT, sh. 1512.

durumlarda söz konusu olan da, acilen yapılması gerekli ve geçici nitelikteki işlerdir¹⁵².

Zorunlu fazla çalışmayı gerektiren acil nedenin, işçinin çalıştığı işyerinde ortaya çıkması kadar işyerini etkileyen, ancak işyeri dışındaki bir yerde (örneğin dışarıdaki elektrik santralinde) oluşması da mümkündür. Örneğin 17 Ağustos Depremi'nde enkaz kaldırma işinde çalışmak üzere işçilerin deprem bölgesine gönderilerek söz konusu bölgede çalıştırılması zorunlu sebeple fazla çalışma sayılmıştır¹⁵³.

Kanunda “zorunlu nedenlerle fazla çalışma” başlığı kullanılmakla birlikte bu tür fazla çalışma yaptırılabilmesi için nedenini, mutlaka hukuksal anlamıyla zorunlu neden, yani mücbir sebep niteliğinde olması gerekmez. Nitekim md. 42/f.1’de öngörüldüğü gibi “bir arıza sırasında” veya “bir arızanın mümkün görülmesi halinde”¹⁵⁴ “makinelere veya araç ve gereç için” fazla çalışma yaptırılabilmesi, işin “hemen yapılması gerekli acele” bir iş olmasına bağlıdır. Bu nitelikteki işi ortaya çıkaran neden, bir zorunlu neden, bir umulmayan hal (cas fortuit) veya kusurlu bir davranış olabilir¹⁵⁵. Hemen yapılması gerekli acele iş; yapılmadığı takdirde, işyerinde can ve mal bakımından tehlike yaratan ve/veya faaliyetin durmasına, aksamasına yol açan, bu bakımdan da “işyerinin normal çalışmasını” olumsuz etkileyen bir durumdur.

Zorlayıcı sebepler ortaya çıktığında yapılan fazla çalışma, kural olarak mücbir sebepten kaynaklanan bir fazla çalışma olup bu durumda fazla çalışma, doğrudan nedenin özelliğinin gereğidir. İşyerinde yangın, sel, deprem gibi hallerde mücbir sebep, “işyerinin normal çalışmasını” etkilediği ölçüde fazla çalışma yaptırılabilir¹⁵⁶.

Zorunlu nedenle yapılan fazla çalışmada, genel sebeplerle yapılan fazla çalışmalardan farklı olarak, işçilerin onayları aranmamıştır¹⁵⁷. İşçi kural olarak, bu fazla çalışmayı yapmak zorundadır¹⁵⁸. Bu nedenle, işçiler, İş K. md. 42’de belirtilen sebeplerin varlığı halinde, işverenin verdiği fazla çalışma kararına kural olarak uymak zorundadırlar. Sebebin

¹⁵² TUNÇOMAĞ/CENTEL, sh. 151.

¹⁵³ Y9HD. 22.11.2000-12053/17141. AKYİĞİT, sh. 1512.

¹⁵⁴ “Bir arızanın mümkün görülmesi halinde” ifadesi, kanımızca “bir arızanın muhtemel görülmesi halinde” anlaşılmalıdır. Zira, arıza, her zaman “mümkün”dür, ama “muhtemel” değildir.

¹⁵⁵ KURUCU, sh. 111.

¹⁵⁶ MOLLAMAHMUTOĞLU, sh. 700.

¹⁵⁷ AKTAY/ARICI/SENYEN, sh. 246.

¹⁵⁸ TUNÇOMAĞ/CENTEL, sh. 151.

niteliğine göre, zorunlu sebeplerle işyerinde çalışan işçilerin hepsi fazla çalıştırılabileceği gibi, bir kısım işçinin fazla çalışmaya katılması istenebilir. Örneğin, bazı makinelerin arızalanması nedeniyle sadece bir kısım işçilerin, sel baskını (zorlayıcı sebep) sonucunda ise işyerinde çalışan bütün işçilerin fazla çalışmaya katılması istenebilir¹⁵⁹. Ancak, sağlığı elverişli olmayan işçiden, zorunlu nedenle de olsa, fazla çalışma yapması istenememelidir¹⁶⁰. İşçi işverenin zorunlu nedenlerle fazla çalışma isteğine uymakla yükümlüdür; bu konuda onayına gerek yoktur (FÇY md. 9/f. 1). Zorunlu nedenle fazla çalışma, sadakat borcu içinde yer alan bir yükümlülüktür. Bu nedenle zorunlu fazla çalışmayı, başta sağlığı olmak üzere haklı bir takım nedenleri olmadan reddeden işçinin iş sözleşmesi, işveren tarafından İş K. md. 25/bent II, (h) fıkrasına göre haklı nedenle feshedilebilir¹⁶¹.

2.2.2. Zorunlu Nedenlerle Fazla Çalışmanın Hükümleri

Zorunlu nedenlerle fazla çalışma, mahiyeti itibariyle önceden bir süre ile sınırlandırılmayacak fazla çalışmadır. Bununla birlikte, Kanun “... işyerinin normal çalışmasını sağlayacak dereceyi aşmamak koşulu ile ...” zorunlu nedenle fazla çalışmaya cevaz verdiğinden, fazla çalışmanın, işyerinin normal çalışmasını sağlayacak kadar sürebileceği; normal çalışmanın sağlanması ile birlikte fazla çalışmanın da sona ereceği; dolayısıyla, fazla çalışmaya yol açan nedenin ortaya çıkardığı fazla çalışma ihtiyacına göre, sürenin de değişeceği açıktır. Şu halde, zorunlu nedenlerle fazla çalışma süresi, olağan nedenlerle fazla çalışmanın aksine, herhangi bir azami süre sınırı konularak saptanmış değildir.

Buna karşılık, bu işlerin tamamlanması ile işyerinde normal faaliyete dönülmesinden sonra fazla çalışma yaptırılamaz. Bu tür fazla çalışmanın sınırı (süresi) “işyerinin normal çalışmasını sağlayacak dereceye kadar bir süre”dir¹⁶². Zorunlu nedenle yapılan fazla çalışmalar 270 saatlik sınırlamanın hesabında dikkate alınmayacaktır¹⁶³.

¹⁵⁹ EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, sh. 214; SÜZEK, sh. 636.

¹⁶⁰ TUNÇOMAĞ/CENTEL, sh. 151.

¹⁶¹ MOLLAMAHMUTOĞLU, sh. 700; SÜMER, sh. 127.

¹⁶² AKTAY/ARICI/SENYEN, sh. 246; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, sh. 172-173.

¹⁶³ SOYER, sh. 806-807; SÜZEK, sh. 636.

İş K. md. 42/f.2’de zorunlu nedenlerle yapılan fazla çalışmalarda yasanın 41. maddesinin 1., 2. ve 3. fıkraları hükümlerinin uygulanacağı öngörüldüğünden, zorunlu nedenle yapılan fazla çalışmalarla işçi o hafta 45 saatin üzerinde çalışmışsa, 45 saati aşan her bir saat fazla çalışma için %50 zamlı ücrete hak kazanacaktır. Aynı şekilde, haftalık çalışma süresinin 45 saatin altında belirlendiği durumlarda ise, 45 saate kadar yapılan zorunlu nedenle fazla çalışmalar için normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarı %25 zamlı ödenecektir. Buna karşılık, İK 41/2’de 41. maddenin ilk üç fıkrasına yollama yapıldığından, zorunlu nedenle fazla çalışma karşılığında işçi, zamlı ücret yerine serbest zaman kullanma isteğinde bulunamaz¹⁶⁴.

Zorunlu nedenlerle fazla çalışma, “işyerinin normal çalışmasını sağlayacak derece”ye kadar yaptırılabilirse de bu, işçinin işyerinin normal çalışmasını sağlayacak kadar fazla çalışması süresinde biteviye çalıştırılabileceği anlamına gelmez: Md. 42/f.1’in son cümlesine göre; fazla çalışma yapan işçilere, uygun bir dinlenme süresi verilmesi zorunludur. 1475 sayılı Kanunda yer almayan bu hükme göre, işveren, zorunlu nedenle fazla çalışmanın konusunu işin niteliğini, muhtemel süresini, hususiyetini dikkate alarak işçilerin dinlenmesine olanak verecek kadar bir dinlenme süresi vermekle yükümlüdür¹⁶⁵.

Her bir somut olayın özelliğine göre, bu sürenin değiştiği söylenebilir. Örneğin bir makinede oluşan arızaya ayrılan zaman ile işyerindeki tüm alet ve malzemede yaşanan arızanın giderimine harcanacak zaman birbirinden farklı olacaktır. Ancak 24 saatlik bir süreç içinde yine de işçiye en az 12 saatlik kesintisiz bir dinlenme olanağının tanınması uygun olacaktır. Nitekim yasa da böyle çalış an işçiye “uygun bir dinlenme süresi verilmesi”nden söz etmektedir (İş K. 42/I)¹⁶⁶.

Zorunlu fazla çalışma için herhangi bir makamdan izin almaya da gerek yoktur¹⁶⁷. 4857 sayılı Kanun, 1475 sayılı eski İş Kanunundan farklı olarak zorunlu nedenlerle fazla çalışma yaptıran işveren için Bölge Çalışma Müdürlüğü’ne bildirim yükümü getirmemiştir.¹⁶⁸ Oysa

¹⁶⁴ EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, sh. 173; SÜZEK, sh. 637.

¹⁶⁵ MOLLAMAHMUTOĞLU, sh. 701.

¹⁶⁶ AKYİĞİT, Normali Aşan, sh. 7; AKYİĞİT, sh. 1512; TUNÇOMAĞ/CENTEL, sh. 152, Ekonomi’nin görüşüne göre ise; İş K. md. 42/I’deki anlatım, işçinin 24 saat içinde en az “sekiz saatlik” bir dinlenme süresine de gereksineceği ve söz konusu sürenin kendisine tanınması gerektiği biçiminde yorumlanmalıdır. bkz.: EKONOMİ, sh. 310.

¹⁶⁷ AKYİĞİT, sh. 1512.

¹⁶⁸ GÜNAY, sh. 572.

1475 sayılı Kanunun md. 36/son fıkrası hükmüne göre, zorunlu nedenlerle fazla çalışma yaptıran işveren, işin niteliği ve başladığı gün ve saati, işin bitiminden itibaren kırksekiz saat içinde ilgili Bölge Çalışma Müdürlüğü'ne bildirmek zorundaydı¹⁶⁹.

Eski İş Kanununda olduğu gibi, 4857 sayılı Kanun'da da, zorunlu sebeplerle veya olağanüstü hallerde yapılan fazla çalışmalara, belirli bir süre sınırlaması getirilmemiştir; sadece İş K. md. 42/f.1'de zorunlu nedenlerle işçilerin ancak "işyerinin normal çalışmasını sağlayacak dereceyi aşmamak koşulu ile ..." fazla çalıştırılabileceği belirtilmiştir. Dolayısıyla, işçiler ancak zorunlu nedene bağlı işlerin devamı süresince fazla çalıştırılabilecekler, bu işlerin bitirilmesi ile işyerinde normal faaliyete dönülmesinden sonra fazla çalışma yaptırılmayacaktır. Ancak, zorunlu sebeplerle de olsa bir işçinin günlük azami çalışma süresini belirlemek amacıyla, 1475 sayılı Yasa zamanında ileri sürülen düşüncenin¹⁷⁰ yeni Yasaya da uyarlanarak, Postalar Halinde İşçi Çalıştırılarak Yürütülen İşlerde Çalışmalara İlişkin Özel Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik¹⁷¹ hükümleri uyarınca, posta değişiminde işçilerin sürekli olarak en az 11 saat dinlendirilmeden çalıştırılmayacaklar ı öngörüldüğünden (md. 9), her iki çalışma türünde de işçinin en az 11 saat dinlenme olanağına sahip olacak şekilde fazla çalışmaya tâbi tutulabileceği sonucuna varılmalıdır¹⁷². Buna göre, zorunlu sebeplerle veya olağanüstü hallerle yapılan fazla çalışmalarda işçi bir gün içinde en fazla (ara dinlenmesi hariç) 12 saat çalıştırılabilecektir¹⁷³. Bu sonuç, işçinin 24 saatlik bir dönem içinde en az 11 saat dinlenmesini öngören Avrupa Birliğinin 93/104 sayılı yönergesine (md. 3) de uygun düşer¹⁷⁴.

2.3. OLAĞANÜSTÜ NEDENLERLE FAZLA ÇALIŞMA

Olağanüstü durum nedeniyle de, fazla çalışma yaptırılabilir. Tümüyle istisnai bir nitelik taşıyan bu tür bir fazla çalışma, koşulları ve hükümleri yönünden de, diğer iki tür fazla

¹⁶⁹ MOLLAMAHMUTOĞLU, sh. 700.

¹⁷⁰ Bkz.: EKONOMİ, sh. 310, 312.

¹⁷¹ 07.04.2004 tarih ve 25426 sayılı Resmi Gazete.

¹⁷² SOYER, sh. 806; EKONOMİ, sh. 310; SÜZEK, sh. 636; SÜMER, sh. 127; MOLLAMAHMUTOĞLU, sh. 701.

¹⁷³ EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, sh. 214-215.

¹⁷⁴ SOYER, sh. 806; EKONOMİ, sh. 310; GÜNAY, Fazla Saatlerle Çalışma, sh.70.

çalışmadan oldukça farklıdır¹⁷⁵.

Olağanüstü hallerde fazla çalışmaya ilişkin düzenleme olan 4857 sayılı İş K. md.43’de, 1475 sayılı Kanunun 37. maddesinde içerik bakımından bir değişiklik yapılmamış, sadece fazla çalıştırılan işçilere fazla çalışma veya fazla süreli çalışma yapıp yapmadıklarına göre 41. maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarının uygulanacağı düzenlenmiştir (Yeni İş K. md. 43)¹⁷⁶.

İş Kanununun 43. maddesinin 1. fıkrasına göre; “Seferberlik sırasında ve bu süreyi aşmamak şartıyla yurt savunmasının gereklerini karşılayan işyerlerinde, fazla çalışmaya lüzum görülürse, işlerin çeşidine ve ihtiyacın derecesine göre Bakanlar Kurulu günlük çalışma süresini, işçinin en çok çalışma gücüne çıkarabilir”¹⁷⁷.

Görüldüğü gibi, olağanüstü hallerde fazla çalışmalar, işverenin talimatı ile değil, Bakanlar Kurulu’nun kararı ile uygulanır¹⁷⁸. Bakanlar Kurulunun bu yöndeki kararına, bu kararın kapsamına giren işyerlerinin işverenleri fazla çalışma yaptırmakla, işçiler de fazla çalışmaya katılmakla yükümlüdürler¹⁷⁹. Olağanüstü nedenlerle fazla çalışma sadece İş Kanununda düzenlenmiştir. Ayrıca, 79 sayılı Sayılı Milli Korunma Suçlarının Affına, Milli Korunma Teşkilatı, Sermaye ve Fon Hesaplarının Tasfiyesine ve Bazı Hükümler İhdasına Dair Kanunun 6. maddesine göre, hükümet kararı ile işyerlerinde gündüz ve gece çalışmalarında uygulanmak üzere; günlük çalışma sürelerinin, işlerin niteliğine ve gereksinim derecesine göre de üçer saate kadar artırılması suretiyle de söz konusu olabilir. Yine, 2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanunu md. 8’e göre; doğal afet ve tehlikeli salgın hastalıklar nedeniyle olağanüstü hal ilan edilen bölgelerde, gerekli görüldüğü takdirde gündüz ve gece çalışmalarında, günlük çalışma saatleri işlerin niteliğine ve gereksinim derecesine göre artırılabilir¹⁸⁰.

¹⁷⁵ TUNÇOMAĞ/CENTEL, sh. 152.

¹⁷⁶ GÜNAY, sh. 572-573.

¹⁷⁷ SÜZEK, sh. 637; AKTAY/ARICI/SENYEN, sh. 246.

¹⁷⁸ MOLLAMAHMUTOĞLU, sh. 702; GÜNAY, sh. 573.

¹⁷⁹ EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, sh. 216.

¹⁸⁰ MOLLAMAHMUTOĞLU, sh. 702.

2.3.1. Olağanüstü Nedenlerle Fazla Çalışmanın Koşulları

2.3.1.1. Olağanüstü bir durumun olması

Olağanüstü fazla çalışmaya ancak olağanüstü bir nedenin varlığı halinde ve Bakanlar Kurulu’nun kararıyla gidilir. Olağanüstü neden “seferberlik” halidir. Nitekim yasaya göre, bu tür fazla çalışmaya “seferberlik sırasında ve “seferberlik süresini aşmamak üzere” yurdun savunma ihtiyaçlarını karşılayan işyerlerinde (örneğin silah üreten işyerlerinde) gidilebilir¹⁸¹.

Olağanüstü durumlarda fazla çalışmayı düzenleyen, İş K. md. 43’ün metninde, sadece seferberlik söz konusu edilmiştir. Ancak, sıkıyönetim ile savaş halinin de, buna dahil edilmesi gerekir. Nitekim Anayasanın 122. maddesinde de, söz konusu üç hal birlikte düzenlenmiştir. Kanunun metin kısmında, önceki kanun zamanında olduğu gibi “seferberlik”, başlık kısmında “olağanüstü haller” kavramı yer almıştır. Buradan yola çıkılarak seferberlik hali ile birlikte, bundan daha ağır, mesela savaş hali gibi durumları kapsadığı sonucuna varılmaktadır¹⁸².

Olağanüstü sebeplerle yapılacak fazla çalışmayı, sadece seferberlik haliyle sınırlandırmamak gerekir. Ayrıca Anayasanın 119. maddesi gereğince doğal afet ve ağır ekonomik bunalım durumlarında olağanüstü hal ilanı ile Anayasanın 120 maddesi gereğince şiddet olaylarının yaygınlaşması ve kamu düzeninin ciddi şekilde bozulması sebebiyle olağanüstü hal ilanında da, olağanüstü sebeplerle fazla çalışma yaptırılabilceği kabul edilmelidir.

Diğer yandan, seferberlik durumu, 1983 tarihli ve 2941 sayılı Seferberlik ve Savaş Hali Kanunu md. 3’te tanımlanmıştır. Bu anlamda seferberlik, k ısmi veya genel nitelikte olabilir¹⁸³. Bu bakımdan seferberlik halinde fazla çalışmaya tâbi tutulacak işyerlerinin, seferberlik ilan edilen bölgede kurulu ve faaliyette bulunması şart değildir¹⁸⁴. Olağanüstü nedenle yapılan fazla çalışmada da, genel sebeplerle yapılan fazla çalışmalardan farklı olarak, işçilerin onayları aranmamıştır (FÇY md. 9/f. 1). İşçi kural olarak, bu fazla çalışmayı yapmak

¹⁸¹ AKYİĞİT, sh. 1512.

¹⁸² DÖNMEZ, Kazım Yücel, İşçinin Borçları, Yetkin, Ankara, 2000, sh.149

¹⁸³ TUNÇOMAĞ/CENTEL, sh. 152.

¹⁸⁴ MOLLAMAHMUTOĞLU, sh. 702.

zorundadır¹⁸⁵. Bu nedenle, işçiler, İş K. md. 43'de belirtilen sebeplerin varlığı halinde, Bakanlar Kurulunca karar alınmışsa işverenin verdiği fazla çalışma kararına kural olarak uymak zorundadırlar. Çünkü, olağanüstü nedenle fazla çalışma, sadakat borcu içinde yer alan bir yükümlülüktür. Sağlığı elverişli olmayan işçiden, olağanüstü nedenle de olsa, fazla çalışma yapması istenememelidir. Bu nedenle olağanüstü fazla çalışmayı, başta sağlığı olmak üzere haklı bir takım nedenleri olmadan reddeden işçinin iş sözleşmesi, işveren tarafından İş K. md. 25/bent II, (h) fıkrasına göre haklı nedenle feshedilebilir.

2.3.1.2. Bakanlar Kurulu Kararı

Olağanüstü durumlarda yap ılan fazla çalışma için işçinin onayı aranmaz (FÇY. md. 9/2)¹⁸⁶. Çünkü; İş K. md. 43/I, olağanüstü durum sırasında ve bu süreyi aşmamak koşuluyla, bazı işyerleri için fazla çalışma koyabilme yetkisini Bakanlar Kurulu'na tanımıştır. Olağanüstü sebeplerle fazla çalışma için Bakanlar Kurulu'nun bu konuda karar vermesi gerekir. Fazla çalış ma için söz konusu bu kararın alınmış olması yeterlidir. Ayrıca işçi ve işverenin rızası ve Bölge Çalışma Müdürlüğü'nün izni de aranmaz (FÇY.md.9/1)¹⁸⁷.

Bakanlar Kurulu bu yetkisini, yurt savunmasının gereklerini karşılayan işyerleri hakkında kullanabilir. Söz konusu işyerleri de, yurt savunması gibi olağanüstü nedenlerden doğan gereksinimlerini karşılayan işyerleridir. Olağanüstü sebeplerle fazla çalışma uygulanacak işyerlerinin kamu kuruluşu veya özel kuruluş olmasının bir önemi yoktur¹⁸⁸.

Olağanüstü çalışmanın yapılacağı işyerlerini ve bu fazla çalışmanın süresini Bakanlar Kurulu belirler¹⁸⁹. Bakanlar Kurulu tarafından belirlenen işyerlerinin işverenleri ve işçileri, kararnamede öngörüldüğü şekilde, fazla çalışma ile yükümlüdürler. Bununla birlikte, fazla çalışma yapmaya sağlık durumlarının müsait olmadığı hekim raporu ile sabit olan işçilerle İş K. md. 71 hükümlerine göre çocukların, olağanüstü nedenlerle de olsa fazla çalışmaya tâbi tutulmaması gerekir.

¹⁸⁵ TUNÇOMAĞ/CENTEL, sh. 151.

¹⁸⁶ AKTAY/ARICI/SENYEN, sh. 246.

¹⁸⁷ TUNÇOMAĞ/CENTEL, sh. 152.

¹⁸⁸ SÜMER, sh. 128.

¹⁸⁹ AKYİĞİT, Normali Aşan, sh. 7; AKYİĞİT, sh. 1513.

Bakanlar Kurulunun, md. 43'e göre fazla çalıştırma yetkisi, münhasıran “yurt savunmasının gereklerini karşılayan işyerleri” ile sınırlıdır. Ancak, yurt savunmasının gereklerini karşılayan işyerleri, savunma sanayii kapsamında mal ve hizmet üreten işyerleriyle sınırlı bir kavram değildir. Mevcut şartlara göre; yurt savunmasının ihtiyaç hissettirdiği mal ve hizmetleri üreten tüm işyerleri, kamu veya özel olmasına bakılmaksızın bu kapsamda değerlendirilebilir. Bu nedenle Bakanlar Kurulu’nun, bu konuda geniş bir takdir yetkisinin bulunduğunu kabul etmek gerekir. Bakanlar Kurulu, fazla çalıştırma yetkisini, yurt savunmasının gereklerini karşılayan işyerlerinden fazla çalışma yapılmasına lüzum gördüklerinde kullanır¹⁹⁰.

2.3.2. Olağanüstü Nedenlerle Fazla Çalışmanın Hükümleri

Görüldüğü gibi, olağanüstü hallerde fazla çalışma, işverenin talimatı üzerine değil, Bakanlar Kurulu Kararıyla yapılır. Bunun gibi, olağanüstü nedenle fazla çalışma yaptırılabilme olanağı “seferberlik” hali ile yurt savunmasının gereklerini karşılayan işyerlerinde ve bunun süresi ile sınırlıdır. Bu durumda, Bakanlar Kurulu günlük çalışma süresini işçinin en çok çalışma gücüne çıkarabilir. Fazla Çalışma Yönetmeliğinin 9. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, olağanüstü nedenle fazla çalışmalarda işçinin onayı aranmaz. İş K. 43/2’de bu suretle fazla çalıştırılan işçilere verilecek ücret hakkında 41. madde 1., 2. ve 3. fıkra hükümlerinin uygulanacağı öngörüldüğünden, bu konuda yukarıda zorunlu nedenle fazla çalışmalar hakkında belirtilenler aynen geçerlidir¹⁹¹.

Ayrıca, 10.9.1960 tarihli ve 79 sayılı Milli Korunma Suçlarının Affına, Milli Korunma Teşkilatı, Sermaye ve Fon Hesaplarının Tasfiyesine ve Bazı Hükümler İhdasına Dair Kanunla (md. 6), 25.10.1983 tarihli ve 2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanununda (md. 8, 10) olağanüstü durumlarda günlük çalışma sürelerinin artırılabilmesine ilişkin hükümler getirilmiştir¹⁹².

Bakanlar Kurulu, yukarıdaki koşulların gerçekleşmesi durumunda, ülkenin savunulması amacıyla söz konusu savunma gereksinimini karşılayan işyerlerinde, fazla çalışma

¹⁹⁰ MOLLAMAHMUTOĞLU, sh. 702-703.

¹⁹¹ SÜZEK, sh. 637; MOLLAMAHMUTOĞLU, sh. 702.

¹⁹² EKONOMİ, sh. 312; ÇELİK, sh. 302, 304; SÜZEK, sh. 637.

yapılmasına karar verebilecektir. Ancak, söz konusu fazla çalışma, iki yönden sınırlanmıştır. Nitekim, ilkin, söz edilen yerlerdeki fazla çalışma, olağanüstü durumun devam süresince yaptırılabilir. Sonra, Bakanlar Kurulu, bu türden işyerlerindeki günlük çalışma süresini, işlerin çeşidini, gereksinimin yüksekliğini göz önünde tutarak, “işçinin en çok çalışma gücüne çıkarabilir” (İş K. md. 43/I).¹⁹³.

Olağanüstü nedenlerle fazla çalışma konusunda; Bakanlar Kurulu, seferberlik sırasında ve bu süreyi aşmamak şartıyla işlerin çeşidine ve ihtiyacın derecesine göre, günlük çalışma süresini, işçinin en çok çalışma gücüne çıkarabilir (md. 43/f.1). Bakanlar Kurulu İş Kanunu hükümlerine göre, seferberlik süresini aşacak şekilde fazla çalışma uygulayamaz. Buna karşılık seferberlik sırasında artık lüzum görmediği takdirde almış olduğu fazla çalışma kararını kaldırabilir¹⁹⁴.

“İşçinin en çok çalışma gücü”, göreceli bir kavram olup, yapılan işin niteliğine; yani ağır veya hafif olmasına, titizlik ve dikkat isteyip istemediğine, çalışma ortamına vs. bakılarak, işçinin sağlığını tehlikeye sokmaksızın yapabileceği azami çalış mayı ifade eder. Bu nedenle, işçilerin işlerine göre farklı fazla çalışma sürelerine tâbi olmaları gerekir. İşçinin en çok çalışma gücünün, somut olarak ne kadarlık bir süreye denk geleceği yasada açıklanmamış olsa da; bir ihtimal henüz AB üyesi olmadığımız için bizi bağlamasa da bu konuda, AB’nin 93/104 sayılı Yönergesi’nden hareketle işçiye 24 saatlik bir zaman diliminde (bir günde) en az 11 saat dinlenme olanağının tanınması düşünülebilir. Bu durumda “en çok çalışma gücü” nün günde 13 saati aşamayacağı sonucuna varılabilir¹⁹⁵. Aksi halde insan takatinin üstünde bir çalışma söze konusu olur ki, bu tıbben ve fiziken neredeyse olanaksızdır¹⁹⁶. Olağanüstü bu durumda dönüşümlü olarak vardiya şeklinde bir çalışma yapılacağı düşünüldüğünde, işçiye her 24 saat için, en azından aralıksız 11 saatlik bir dinlenme süresinin bırakılması zorunludur (PHİÇY.md.9). Yargıtay ayrıca, üçlü vardiya sisteminin olduğu işyerlerinde, işçinin görevli

¹⁹³ TUNÇOMAĞ/CENTEL, sh. 153, Bkz.: EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, sh. 216. Eserde; olağanüstü hallerde fazla çalışmada günlük çalışma süresinin işçiye aralıksız en az “11 saat dinlenme olanağı verilecek şekilde saptanması” gerektiği önerilmiştir; SÜMER, sh. 128’de de aynı şekilde işçiye en az 11 saat dinlenme olanağı verilmesi düşüncesine yer verilmiştir; AKTAY/ARICI/SENYEN, sh. 246; MOLLAMAHMUTOĞLU, sh. 703.

¹⁹⁴ MOLLAMAHMUTOĞLU, sh. 703.

¹⁹⁵ AKYİĞİT, Normali Aşan, sh. 7; AKYİĞİT, sh. 1513.

¹⁹⁶ MOLLAMAHMUTOĞLU, sh. 703; EKONOMİ, sh. 312.

olduğu vardiya saatleri dışında çalıştığını yazılı delillerle ispat etmekle yükümlüdür¹⁹⁷.

Yukarıdaki şartların gerçekleşmesi halinde fazla çalışma yapılacak işyerlerinde çalışan işçilerin fazla çalışma yapmaları için ayrıca onayları gerekli değildir. Ancak sağlığı fazla çalışma yapmasını engeller durumda olan işçilerin, fazla çalışma yapma yükümlülükleri yoktur.¹⁹⁸

2.4. SÜREKLİ FAZLA ÇALIŞMA

Başka bir fazla çalışma türü (benzeri) de “hazırlama, tamamlama ve temizlik işleri”dir. Fazla çalışmadan ayrılan en önemli özelliği, bu işlerin “süreklilik” arz etmesidir. Bir başka deyişle hazırlama, tamamlama ve temizlik işleri, yürütülen asıl işin düzenli bir biçimde görülebilmesi için günlük iş sürelerinden önce veya sonra “zorunlu” olarak yapılan ek çalışmalardır. Özellikle “teknik bakımdan zorunluluk” bulunan işlerde “asıl işin yürütülüşü sırasında yapılmasının sağlık ve güvenlik yönünden sakıncalı olduğu” hallerde, işyerinde çalışan “asıl işçiler” tarafından “nöbetleşe” yapılması gereken hazırlama, tamamlama ve temizlik işleri, asıl işin bitimini müteakip en az yarım saatlik, bir ara dinlenmesinden sonra, günlük 11 saatlik çalışma süresini aşmayacak şekilde “en çok iki saat” devam edebilir. Gece dönemine rastlayan işler ile günde en çok 7,5 saat veya daha az çalışması gereken işlerde¹⁹⁹ yapılacak hazırlama, tamamlama ve temizleme işleri de bu işlerden her birine özgü olarak belirlenen iş sürelerini aşmayacak şekilde düzenlenir. Fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma ücreti gibi, normal saat ücretinin arttırılarak ödendiği hazırlama, tamamlama ve temizlik işlerinde nitelik ve türleri yapılma zamanları (işe başlamadan önce veya sonra) ve çalıştırılacak işçi sayısı (ihtiyaca göre ve işçi sayısının %10 u kadar kişi) Hazırlama Tamamlama ve Temizleme İşleri Yönetmeliği’nde belirtilmiştir²⁰⁰.

¹⁹⁷ Y. 9. HD, 30.04.2012, E. 2010/7747, K. 2012/15054, Çil, YİK, s.748.

¹⁹⁸ SÜMER, sh. 128.

¹⁹⁹ Sağlık kuralları bakımından günde ancak 7,5 saat veya daha az çalışması gereken işler hakkında yönetmelik, R.G. 15.04.2004-25434.

²⁰⁰ İş K. m.70, Yön. m. 4, 5, 6, 9, 11, 13, RG. 28.04.2004-25446.

2.5. FAZLA SÜRELERLE ÇALIŞMA

4857 sayılı İş Kanununun getirdiği en önemli yeniliklerden biri fazla sürelerle çalışma kavramıdır. Kanunun 41. maddesine göre, haftalık çalışma süresinin sözleşmelerle kırk beş saatin altında belirlendiği durumlarda, haftalık çalışma süresini; denkleştirme dönemi uygulanmaktaysa ortalama haftalık çalışma süresini aşan ve kırk beş saate kadar yapılan çalışmalar fazla sürelerle çalışmalardır (İş K. m. 41/3, F.Ç.Y. m. 3/b). 1475 sayılı İş K.'da, tarafların günlük ve haftalık çalışma sürelerini yasal sınırların altında kararlaştırmaları halinde, bu süreleri aşan ve yasal sınıra kadar yapılan çalışmaların hukuki niteliği ile ilgili olarak herhangi bir düzenleme yer almamıştı. 1475 s. İş K. döneminde çeşitli yönleriyle tartışılan ve öğretide “fazla saatlerle çalışma” diye anılan bu olguyu, yeni yasa ve yönetmelik açıkça düzenleyerek “fazla sürelerle çalışma” diye adlandırmayı uygun bulmuştur.

Fazla sürelerle çalışmanın da (tıpkı fazla çalışma gibi) tarafların anlaşmasıyla veya zorunlu nedenlerle yahut olağanüstü hallerde Bakanlar Kurulu kararıyla gündeme gelmesi mümkündür (F.Ç.Y. 8/d). Yönetmelik kısmi süreli çalışmada fazla sürelerle çalışmayı da yasaklamıştır. Ama bunda isabet yoktur. Öğretide olağan fazla sürelerle çalışma için işçinin rızasını aramayıp işverenin tek taraflı isteğiyle bunun gerçekleşeceğini savunan bir eğilim vardır. Fakat hem Ç.S.Y. m. 9 ve hem de İş K. m. 102/c hükmü karşısında buna katılmak mümkün değildir. Keza fazla sürelerle çalışmaya yönelik rızanın her yılbaşında yazılı alınacağı da söylenemez. F.Ç.Y. m. 9/2 hükmü de bunu doğrular niteliktedir.

Hatta bazen fazla sürelerle çalışma ile fazla çalışmanın bir arada karşımıza çıktığı da görülebilir. Örneğin, haftalık normal çalışma süresi sözleşmeyle 40 saate düşürülen bir işçinin o hafta (veya denkleştirmede) 45 saati aşar biçimde, diyelim 50 saat çalıştırılması halinde durum budur. Böylesi hallerde, işçi 40-45 saat arası 5 saat fazla sürelerle çalışmış, 45-50 saat arası 5 saat ise fazla çalışma yapmış sayılır. Bu durumda, işçinin çalışmaları ücretlendirilirken, ilk 5 saati fazla sürelerle çalışma sayılıp yüzde yirmi beş fazlasıyla ödenmeli, sonraki 5 saat için ise yüzde elli fazlasıyla ücret ödenmelidir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

FAZLA ÇALIŞMANIN İSPATI

Fazla çalışma yaptığııı iddia eden işçi kural olarak bu iddiasını ispatla yükümlüdür. Dava konusu hakkın ve buna karşı yapılan savunmanın dayandığı vakaların doğruluğu hakkında mahkemeye kanaat verilmesi işlemine ispat denir.²⁰¹ Fazla çalışma yapıldığının ispatı, fazla çalışma ücretinin ödendiğinden farklı niteliktedir. Ancak her iki alanın ortak noktası, iddia ve savunmanın ispatına ilişkin olarak, içtihatlarla geliştirilmiş bazı varsayımlara geniş ölçüde yer verilmiş olmasıdır.²⁰² Yargıtay'a göre, fazla çalışma iddiasını işçinin, karşı iddiayı ve özellikle ücreti ödeme savını da işverenin karşılaması gerekir. İlke olarak, işçi fazla çalışma yaptığııı tanıkla da kanıtlayabilir. Ödeme yapıldığının ise tanıkla değil, yazılı belge ile kanıtlanması gerekir.²⁰³

İş sözleşmesinin feshinden sonra açılan davalarda, en sık rastlanana fazla çalışma iddiasıdır. İş güvencesine sahip olmayan işçi, çalıştığı esnada, işini kaybetme korkusuyla fazla çalışma karşılığını talep edememekte; dolayısıyla, fazla çalışma alacakları, iş sözleşmesi sona erdikten sonra açılan davalara konu olmaktadır. Ancak bu davaların fazla çalışma yapıldıktan yıllar sonra açılması, fazla çalışma iddiasının doğruluğunun saptanmasını oldukça güçleştirmektedir. Bu konudaki bir başka sorun da, bu davalardaki abartılı fazla çalışma iddialarıdır. Bu nedenle, her uyuşmazlıkta, fazla çalışmanın yapılıp yapılmadığı, işin niteliği de göz önünde tutularak, ortaya konulan deliller ışığında titiz bir değerlendirmeye tabi tutulmalıdır.

3.1. İSPAT YÜKÜ VE ARAÇLARI

İş K.'da fazla çalışmanın ispatı ile ilgili olarak özel bir hüküm bulunmamaktadır. Bu

²⁰¹ Baki Kuru, Medeni Usul Hukuku, 16. b, Ankara, 2005, s. 417.

²⁰² Karacan ,A.g.e., s. 88,

²⁰³ Y.9. H.D. 26.04.1993 E. 1992/5786, K.1993/6779, Çimento İşv. D. Temmuz, 1993, s. 23.

nedenle fazla çalışmanın ispatında ispat yükü genel hükümlere tabidir. Medeni Kanuna göre taraflardan her biri hakkını dayandırdığı olguları ispatla yükümlüdür (m.6). Dolayısıyla fazla çalışma yaptığını iddia eden işçi kural olarak, bu iddiasını ispatla yükümlüdür.²⁰⁴ Ancak, bu sürelerin kesinlikle ispatı, çoğunlukla mümkün olmadığından, bu durumlarda Yargıtay, yapılan fazla çalışmanın, işin gerektirdiği çalışma şartlarına ve iş hayatının olağan akışına göre hakim tarafından tayin olunması gerektiği sonucuna ulaşmıştır.

Fazla çalışmanın ispatında ispat araçları hakkında da özel bir hüküm bulunmamaktadır. İşçinin normal çalışma saatlerinin üzerinde çalışması bir hukuki fiil niteliğinde olup senetle ispatlanması söz konusu değildir²⁰⁵. Fiili bir olgu söz konusu olduğundan, kural olarak işçi fazla çalışma yaptığını her türlü delille ispatlayabilir²⁰⁶. İşçinin imzasını taşıyan bordro sahteliği ispatlanana kadar delil niteliğindedir, ücret pusulaları, örneğin işyerine ait satış raporları, günlük faaliyet raporları, servis kayıt formları, müfettiş raporları ve de puantaj tabloları ispat aracı olarak kullanılabilir. Buna ilave olarak işyerinin çalışma sistemine ilişkin belgeler ile sorumlu müdür ve müdür yardımcısının görev ve sorumluluklarıyla ilgili belgelerin incelenmeden yapılan ispat eksik incelemeye konu olmaktadır ve bu şekilde verilen kararların ise hatalıdır²⁰⁷.

Güvenlik veya benzeri nedenlerle işyerinde tutulan işyeri giriş ve çıkışlarını gösteren kayıtlar fazla çalışmanın ispatında kullanılabilecek yazılı belgelerdir. Düzenli çalışan işyerlerinde, işçinin işe giriş çıkış saatleri, “çalışma çizelgesi” olarak adlandırılan çizelgelere yazılmakta ve bu çizelgeler işçilere imzalatılmaktadır. Bazı işyerlerinde de yazar saat olarak adlandırılan araçlar kullanılmaktadır. İşyerinde bulunması, herhalde işçinin çalışma yaptığı anlamına gelmeyeceğinden bu kayıtlar tek başına fazla çalışmanın ispatı için yeterli değildir. Bununla birlikte Yargıtay’ın işyeri devam kartlarını, tanık beyanlarına oranla daha kuvvetli delil olarak gördüğü söylenebilir²⁰⁸. İşçinin işyerindeki konumu da fazla çalışmanın ispatını etkileyen bir durumdur. Yargıtay, işçinin işyerinde müdür vekili olarak görev yaptığı

²⁰⁴ Çelik, A.g.e., s. 314, Narmanlıoğlu, A.g.e., s. 506, Y. 9. H.D. 20.09.1996, E. 1996/5981, K. 1996/17572, Tekstil İşv. Ocak 1997, s. 16.

²⁰⁵ Erdem Özdemir, İş Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Yükü Ve İspat Araçları, İstanbul, 2006, s. 181.

²⁰⁶ Y. 9. H.D. 15.04.2005, E. 2004/8235, K. 2004/8886, T.İ.D., s. 35, Mayıs 2005, s. 44.

²⁰⁷ Y.9.H.D. 17.03.2011, E. 2009/7932, K.2011/7371, Çil, YİK, s.721.

²⁰⁸ “Davacının işyeri devam kartlarından bazı günler için, normal çalışma saatleri dışında çalıştığı görülmektedir. Bilirkişi ek raporunda bu hususu tespit ettiği halde, mahkemenin, tanık beyanlarına göre hazırlanan ilk bilirkişi raporunu esas alıp fazla mesai alacağı talebini reddetmesi hatalıdır.” Y. 9. H.D. 22.06.2005, E. 2004/32014, K. 2005/22479.

dönemde işçiyi en üst düzey yetkili olarak görmekte ve bu durumda fazla çalışma hesabının yapılmamasının gerekli olduğunu savunmaktadır²⁰⁹.

Ücret bordrolarında fazla çalışma ücreti tahakkuku yapılmış ve ihtirazi kayıt konulmaksızın işçi tarafından imzalanmışsa, bu bordroların ait oldukları dönemler için, Yargıtay belirlenen miktarın üzerinde fazla çalışma yapıldığının tanıkla ispatını mümkün görmemektedir. Ancak, işçinin fazla çalışma alacağının daha fazla olduğu yönündeki ihtirazi kaydının bulunması halinde, bordroda görünenden daha fazlanın ispatı her türlü delille söz konusu olabilir.²¹⁰ Öte yandan Yargıtay yerleşmiş içtihadı ile ücret bordrosunda fazla çalışma sütununun bulunması halinde bordroyu ihtirazi kayıt koymadan imzalayan işçinin sonradan fazla çalışma ücreti talep etme hakkının olmadığını kesin hükme bağlamaktadır²¹¹.

Bilirkişi raporu, yargılama sistemimizin her alanında olduğu gibi, fazla çalışmanın ispatında da sıkça kullanılmaktadır. İşçinin fazla çalışma iddiaları ile ilgili olarak, anlaşmazlıkla ilgili günlerdeki işletmenin durumu, iş imkânları, çalıştırılan işçi sayısı, nitelikleri ve görevleri dikkate alınarak; işçinin çalışmış olması gereken sürenin hesabı için bilirkişiye başvurulur. HUMK.'a göre bilirkişi raporları hakimi bağlamaz (m.286). Ancak Yargıtay bu hükmü, hakim bilirkişi raporunu yeterli görmezse, yeniden bilirkişi incelemesi yaptırmalıdır şeklinde değerlendirmektedir.²¹²

Ülkemizde birçok küçük iş yerinde kayıtlar muntazam tutulmamaktadır, bu nedenle yazılı belgelerin yanı sıra işçi, tanık da dinletebilir. Tanık beyanı, öğreti ve uygulamada yazılı delillere oranla güvenilir bir delil olarak görülmemektedir. Tanık beyanını güvenilir bir ispat aracı olarak kabul etmeyen Yargıtay da, tanık sözleri ile diğer deliller arasında çelişki bulunduğunda, sadece tanık sözlerine dayanarak hüküm tesis edilemeyeceği görüşündedir.²¹³ Yine buna paralel olarak Yargıtay, işyerinde davacı ile aynı dönemde çalışması olmayan tanık beyanlarına itibar edilerek fazla çalışmanın tespiti hatalı olacağına hükmetmiştir²¹⁴.

Olayın özelliğine göre anlaşmazlığın çözümlenmesi için işyerinde inceleme ve

²⁰⁹ Y. HGK, 28.03.2012, E.2012/9-2, K.2012/250, Çil, YİK, s.724.

²¹⁰ Y. 9. H.D. 04.05.2004, E.2004/3141, K.2004/10519, Çalışma ve Toplum, 2005/1, s. 227, Y. 9. H.D., 04.11.2003, E. 2003/11296, K. 2003/18640, Çalışma ve Toplum, 2004/3, s. 193.

²¹¹ Süzek, Sarper, İş Hukuku, Yenilenmiş 4. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2008, s.753.

²¹² Kuru, A.g.e., s. 517.

²¹³ Y.9. H.D. 21.10.2004, E. 2004/5629, K. 2004/23761, Çimento İşv. c.18, s.1, Ocak 2005, s. 31.

²¹⁴ Y. 9. HD, 07.03.2012, E. 2009/46814, K. 2012/7495, Çil, YİK, s.776.

araştırma yapılması gerekebilir, bu bağlamda keşif de fazla çalışmanın ispatında diğer deliller arasında yerini alır, bilirkişi tarafından keşif yapılarak işçinin yapmış olduğu işin fazla çalışmayı gerektirip gerektirmediği tespit edilebilir.²¹⁵

3.1.1. Fazla Çalışmanın İspatından Hayatın Akışına Uygunluk

Davaların fazla çalışma yapıldıktan uzun süre sonra açılmış olması, yapılan fazla çalışmaların tam olarak tespitini engellemektedir. Bununla birlikte, çoğunlukla tanık beyanlarına dayanan, normalin üstünde, işyerinde beş, on sene süre ile yıl boyunca tatil veya hastalık durumu söz konusu olmadan, ara dinlenmesi verilmeden düzenli ve sürekli fazla çalışma yapıldığı iddialarına sıkça rastlanmaktadır. Normal olmayan fazla çalışma iddialarına sınır çekmek isteyen Yargıtay'ın bu kararlarında kullandığı kriter “hayatın olağan akışına uygunluk” kriteridir. Yargıtay’a göre bir insanın, uzun süreden beri, her iş günü fazla çalışma yapması, tüm hafta tatillerinde çalışması, hayatın olağan akışına uymaz. Hastalık, mazeret, izin gibi nedenlerle zaman zaman fazla çalışma yapılmaması ihtimali her zaman mevcuttur²¹⁶.

Bu gerekçelerle Yargıtay, bu türlü iddialarda “hakkaniyet indirimi”, adı altında makul bir indirim yapılması gerektiğine karar vermektedir. Bu bağlamda Yargıtay, yarım saat ara dinlenmesi olmadan bütün gün çalışılmasını, hayatın olağan akışına uygun saymayarak, fazla çalışma sürelerinin hesabında bu sürenin düşülmesine karar vermektedir. Aynı şekilde, ulusal bayram ve genel tatil günlerinin de fazla çalışılan süre hesaplanırken indirilmesi gerektiğine karar vermektedir ²¹⁷.

3.1.2. İşin Niteliği Ve İşyerinin Hacminin Fazla Çalışma Açısından Önemi

Fazla çalışma iddialarının değerlendirilmesinde diğer bir kriter de işin niteliği ve işyerinin hacmidir. İşyerinin üretim kapasitesi ve kaç işçi çalıştırıldığı, özellikle tanık ifadelerinin çelişkili olduğu durumlarda, Yargıtay tarafından fazla çalışmaların tespitinde

²¹⁵ Erdem Özdemir, İş Sözleşmesinin İçeriği ve Ücret, 3. Yılında İş Yasası Semineri, s. 27 vd.,

²¹⁶ Y. 9. H.D. 25.03.2004, E. 2004/16762, K. 2004/6039.LİHSGD, 5/2005, s. 370-375.

²¹⁷ Y.9.H.D. 16.11.2000, E. 2000/16300, K. 2000/16715., Cevdet İlhan Günay, “Ücret Ödemede Gecikmenin Hukuki Sonuçları”, Sicil Dergisi, Mart, 2006, 253-33.

hemen her olayda incelenmesi gereken bir husus olarak kabul edilmektedir²¹⁸.

İşçinin hangi bölümde çalıştığı Yargıtay’a göre, öncelikle araştırılması gereken konulardandır. Genel olarak işyerinde fazla çalışma yapılıyor olsa bile, işçinin çalıştığı bölüm, niteliği itibarıyla fazla çalışmanın yapılmadığı bir bölüm olabilir. Bu nedenle, Yargıtay’ın da haklı olarak belirttiği gibi, işin ve işyerinin niteliği yanında, işçinin çalıştığı bölümde fazla çalışma yapıp yapılmadığı, bu bölümün bayram ve genel tatil günlerinde kapalı olup olmadığının ayrıca araştırılması gerekir. İşçinin görevi, konumu, çalışma şekli, çalışma saatlerini kendisinin ayarlayabiliyor olması, Yargıtay açısından fazla çalışma iddialarının değerlendirilmesinde öne çıkan kriterlerdendir. Nitekim Yargıtay, üst düzey yönetici konumundaki işçilerin fazla çalışma iddialarını, çalışma saatlerini ve günlerini kendileri ayarladıkları gerekçesiyle, çoğu zaman, daha başlangıçta reddetmektedir.²¹⁹

Öğretide de, çalıştığı işin niteliği dolayısıyla, özel yaşantısında bile işle ilgilerini sürdürmeleri gereken, işyerinin ilgili bölümünde geniş serbesti içindeki, yüksek düzeyde ücret alan yöneticilerin, görevlerinin niteliğinden ileri gelen fazla çalışmalarının ayrıca ücretlendirilmemesi gerektiği savunulmaktadır²²⁰. Öte yandan Yargıtay genel olarak, İş K.’nın 41. maddesinde yazılı olan fazla çalışma süresinin bir yılda 270 saatten fazla olmayacağına dayanarak, bunun üzerinde çalıştırılan işçilerin fazla mesai ücretinin ödenmesi yönündedir. Burada Yargıtay, yasadaki sınırlamanın işçiyi koruma yönünde olduğunu ve bunu kökleşmiş bir uygulama olduğunu belirtmiştir²²¹.

Yargıtay işin niteliğine göre fazla çalışmayı yönetmeliklere ve iş akdinin esasına dayalı olarak ele almıştır. Örneğin ilaç tanıtımında işçi, mesaisini işin esası gereği kendi belirlediğinden, ayrıca fazla çalışma ücreti isteyemez²²². Benzer şekilde şantiye şefi gibi üst düzey yönetici olduğu kabul edilen mesleklerde, üst düzeyde yönetici konumunda olma

²¹⁸ Y. 9. H.D. 30.05.2005, E. 2004/29239, K. 2005/7218, 72, 13, Y. 9. H.D. 10.07.1997, E. 1997/12116, K.1997/14381, 73,14, Y. 9. H.D. 15.04.2005, E. 2004/8235, K. 2004/8886. Y. 9. H.D. 21.10.2004, E. 2004/5629, K. 2004/23761, Çimento İşv. c.18, s.1., Ocak 2005, 31.

²¹⁹ “Çalışma saatlerini ve günlerini kendi ayarlayan üst düzey yönetici konumundaki personelin fazla çalışma ücreti isteğinin reddine karar verilmelidir” (Y. 9. H.D. 25.09.2003, E.2003/2312, K. 2003/15347, İ.B.D. c. 78, s. 2004/3, 1259), “üst düzey yönetici olmayan davacının, fazla çalışma yaptığı anlaşılıyorsa, fazla çalışma ücretine hükmedilmelidir”(Y.9.H.D. 12.05.2004, E. 2004/22631, K. 2004/11267, İ.B.K. c.79, s. 2005/1, 223).

²²⁰ Kurucu, A.g.e., s. 205.

²²¹ Y. 9. HD, 18.11.2008, E. 2007/32717, K. 2008/31210, Çil, YİK, s.726.

²²² Y. 9. HD, 15.02.2012, E. 2009/44396, K. 2012/4258, Çil, YİK, s.785.

durumu nedeniyle, fazla çalışma ücreti talep edilemez²²³.

3.1.3. İtfaiye İşçileri, Gece Bekçileri Gibi Özel Kategori İşçiler

İşin niteliği ile ilgili olarak uygulamada, fazla çalışma açısından Yargıtay'ın formül kararlar verdiği bir grup, bekçiler ve itfaiyeciler gibi, gündüz yaptığı işine ek olarak gece de işyerinde kalmak zorunda olan işçilerdir. Çalışma şekli, günde 24 saat işyerinde kalmak ve 48 saat izinli veya istirahatlı olmak şeklinde uygulanan, belediyede itfaiyeci olarak çalışan bir işçinin, işyerinde kaldığı sürenin tamamında çalıştığını iddia ederek, fazla çalışma ücreti istediği olaya da Yargıtay, uyku ve diğer tabii ihtiyaçların giderimi için geçecek zamanın tespit edilip bunun 24 saatlik süreden indirilmek suretiyle fazla çalışmanın saptanmasına karar vermiştir²²⁴.

Yargıtay'ın bu kararları öğretide eleştirilmektedir. Buna göre, itfaiye işçisinin, işi bekleyerek geçirdiği süre, işgücünü işverenin kullanımına tahsis etmiş bulunduğundan çalışma süresinden sayılır. Aynı şekilde, gündüz döneminde çalıştırılan işçiye gece döneminde de çalıştırılmak üzere iş verildiğinde, sözü edilen işçinin gece çalışmaları, gündüz dönemindeki normal çalışmaları dışında yapılan bir çalışma olduğundan fazla çalışma sayılır.²²⁵

İşin niteliği gereği devamlılık arz etmeyip, gerektiğinde yapılan, işçinin işinin başında ya da işyerinde bulunmasına rağmen sürekli çalışmasını gerektirmeyen işleri, bir görüş de “aralı işler” olarak değerlendirmektedir. Benzin istasyonlarındaki gece nöbetçilerinin, itfaiyecilerin işlerini bu türden saymaktadır. Buna göre, işçinin işinin başında bulunduğu tüm süreyi çalışılmış saymak gerçeklerle bağdaşmaz.²²⁶

Bir görüş de, işe hazır olmak ile işletme gerekleri için hazır beklemeyi iki farklı kavram olarak değerlendirmektedir. Buna göre, işe hazır olma durumunda, işçi tam çalışmadan daha hafif de olsa daima fiziksel ve zihinsel bir faaliyet içindedir. İşletme

²²³ Y. 9. HD, 15.03.2012, E. 2010/69, K. 2012/8564, Çil, YİK, s.770.

²²⁴ Y. 9. H.D, 18.12.1985, E. 1985/9888, K. 1985/12168.

²²⁵ Ekonomi, İş Hukuku, s. 272.

²²⁶ Narmanlıoğlu, A.g.e., s. 47S.

gerekleri için hazır beklemede ise söz konusu fiziksel veya zihinsel faaliyet içinde bulunmaksızın, işçi, gerek duyulduğunda derhal işe başlayabilmek için, işyeri içinde veya dışında hazır bekler. Bu nedenle işe hazır olmadan farklı olarak, işletme gerekleri için hazır bekleme hali çalışma süresinden sayılmamalıdır.²²⁷

Bununla birlikte tam bir dinlenme de söz konusu değildir. Bu nedenle, BK. m. 314/2 hükmü gereği, gece bekçiliği, itfaiyecilik, benzin istasyonu gece nöbeti, hastane personelinin gece nöbete kalması gibi durumlarda, gerçek çalışma için kararlaştırılan tutar kadar olmasa da ek bir ücret verilmelidir. İşçiye verilecek ücret, başlangıçta bu durum düşünülerek tespit edilmiş ise ayrıca bir ödemeye gerek yoktur. Bu nedenle her somut olay titiz bir şekilde incelenmelidir.²²⁸

İş sağlığının söz konusu olduğu hallerde fazla çalıştırmanın yapılmaması Anayasa ve İş K.'na uygun olup, maden ocakları, kablo döşemesi, kanalizasyon, tünel inşaatı gibi işlerde fazla çalışmanın yapılamayacağı da hükme bağlanmıştır²²⁹. Dolayısıyla özel kategori olarak nitelendirilen işlerde, fazla çalışmanın yapılması ya da bunun ispatı, hem İş K.'na, hem Anayasaya aykırı bir durum teşkil etmektedir.

3.1.4. Fazla Çalışmanın İspatında İşyeri Çalışma Düzeninin Önemi

Fazla çalışma iddialarını değerlendirirken, Yargıtay'ın esas aldığı kriterlerden biri de işyerinde uygulanan çalışma düzenidir. Vardiya sistemi ile çalışılan işyerlerinde, ikili vardiya sistemi içinde çalışan işçilerin fazla çalışma iddialarını, Yargıtay genellikle kabul etmektedir.²³⁰ Ancak, üçlü veya dörtlü vardiya sisteminde çalışılması halinde, işçilerin fazla çalışma iddialarına şüpheyle yaklaşmakta, çoğu zaman bu iddiaları reddetmektedir²³¹. Ancak, işyerlerinde günde 3 vardiya çalışılmasına rağmen zaman zaman her iki vardiya çalışanlarının birlikte iş gördükleri yönünde iddiaların varlığı halinde Yargıtay bu konunun keşif yapılmak

²¹⁴ Soyer, A.g.e., s. 41.

²²⁸ Polat Soyer. "Sürekli Fazla Çalışma- Çözüm İçin Bir Öneri", İktisat ve Maliye Dergisi, Nisan m7, s. 37 vd.

²²⁹ Sözek, Sarper, İş Hukuku, Yenilenmiş 4. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2008, s.752.

²³⁰ Y.9. H.D.25.10.2004, E. 2004/5898, K. 2004/ 2414S İBD., s.2005/2.

²³¹ Y. 9. H.D. 02.05.1997, E. 1997/2740, K. 1997/7984., Günay, 2597'den Karacan a.g.e. s. 98.

suretiyle araştırılması gerektiğini kabul etmiştir.²³² Bu nedenle sırf üçlü vardiya ile çalışıldığı gerekçesiyle fazla çalışma iddiaları reddedilmemeli, işin niteliği, işyerinin kapasitesi ve işyerinde çalışma sürelerine ne ölçüde riayet edildiği gibi, çok yönlü bir araştırma ile sonuca ulaşılmalıdır²³³.

İşyerinin çalışma düzeni konusunda, işin kamu kurumu olup olmaması da önem arz eden husustur. Yargıtay, kamu kurumunda çalışanların fazla çalışma ispatında, çalışma gün ve saatlerine ilişkin tüm işyeri kayıtlarını getirmeleri ve dosyadaki diğer delillerle beraber değerlendirilmesine hükmetmektedir²³⁴.

İşyerindeki çalışma düzeninin bozulması da fazla çalışmaya konu olabilmektedir. İş K.'nun 42. maddesinin 1. fıkrasına göre gerek bir arıza sırasında, gerek bir arızanın mümkün görülmesi halinde yahut makinelerin veya araç gereç için bakımın acil olduğu hallerde, işyerinin normal çalışmasını sağlayacak derecede, işçilerin fazla çalışma yaptırılabilceği hükmü getirilmiştir²³⁵. Dolayısıyla işyerindeki çalışma düzenini etkileyecek bir durumun varlığı ve bu durumun giderilmesi de fazla çalışma durumunun oluşmasına neden olabilmektedir.

²³² Y. 9. H.D. 9.11.2004, E. 2004/26472, K. 2004/25227'den Karacan A.g.e.s.93

²³³ Karacan, A.g.e., s. 99.

²³⁴ Y. 22. HD, 10.04.2012, E. 2012/3249, K. /7589, Çil, YİK, s.760.

²³⁵ Sözek, Sarper, İş Hukuku, Yenilenmiş 4. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2008, s.759.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

FAZLA ÇALIŞMANIN KARŞILIĞI VE FAZLA ÇALIŞMA HÜKÜMLERİNİN İHLALİNİN SONUÇLARI

İş sözleşmeleri iki taraflı sözleşmelerdir. Taraflardan birisi işçiyi koruma ve emeği karşılığında işçiye ücret ödeme yükümlülüğü olan işveren, diğeri ise iş görme ve sadakat borcu ile emeğini işverene hasreden işçidir. Sözleşme taraflarından birisinin olmaması durumunda iş sözleşmesi kurulmaz. Kurulan sözleşmede ki yükümlülüklerin yerine getirilmemesi durumu sözleşmeye aykırılık teşkil etmekle birlikte iş hukukunda bazı özel farklı düzenlemelere tabi tutulmuştur.

İşçiye normal olarak yaptığı çalışmaya karşılık, işçinin iş görme borcu karşılığında ödenmesi gereken sözleşmeden kaynaklanan ücrettir. İşçinin bu sürelerin üzerinde yaptığı çalışmaların ayrıca bir karşılığı olacağı muhakkaktır. Çünkü aksi durum angarya teşkil edecektir. Özellikle kalifiye işçinin fazladan harcadığı emeği işveren açısından önem taşımakta, işveren daha fazla bu emekten faydalanmakta ve işçi sosyal yaşamından fedakarlık etmekte olduğundan, bu çalışmanın karşılığının normal çalışmaya oranla daha fazla olması doğaldır. İşverenin elde ettiği yararı işçi ile paylaştığı düşünülebilir.²³⁶

İş Kanunu gereğince fazla çalıştırılarak işçinin dinlenme sürelerinden azaltılarak iş başında geçirmesi istenen sürelerin karşılığı zamlı ücret veya serbest zaman olarak ödenmelidir. İşçinin karşılıksız çalıştırılarak iş sözleşmesinin unsurlarından birini yok saymanın hukuken korunması mümkün olmayacağından, bu yöndeki anlaşmalarda geçersiz sayılacaktır. Fazla çalışma ücretinin ödenmemesi veya ödenmeyeceğine ilişkin anlaşılması da bu niteliktedir²³⁷. Zira Anayasanın 18. maddesinde “angarya yasağı” getirilmiştir. Karşılık olsa da hiçbir yasa hükmü işçinin zorla çalıştırılabileceği şeklinde yorumlanamaz²³⁸. BK. Md.329’daki “cebrolunur” hükmü de, fiili bir cebir değil ancak işçiye yüklenen bir yükümlülük olarak ele alınacaktır. İşçi çalışmamasına bağlanan yasal müeyyidelere rağmen iş

²³⁶ KARACAN, sh.101.

²³⁷ ŞAKAR, sh.168.

²³⁸ DEMİR, Fevzi; Karar İncelemesi, Legal, Yargı Kararları ve İncelemeleri Dergisi, S.2006/1,sh.75.

görme borcunu yerine getirmemezse, işçiyi fiili olarak zorla tutarak iş gördürmek hürriyeti tahdit eylemi sayılacaktır. Çalışma veya fazla çalışma yapması hukuken zorunluluk olup olmadığına bakılmadan, işçilerin çıkışını engelleyerek kapıların kilitlenmesi ve herkesin fazla çalışmaya bırakılması ceza hukuku açısından da ayrıca cezalandırılacak bir eylemdir.

4.1. FAZLA ÇALIŞMA KARŞILIĞININ ÜCRET OLARAK ÖDENMESİ

Fazla çalışma karşılığının zamlı ücret olarak ödenmesi halinde, her bir saat fazla çalışma için verilecek ücret, normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının yüzde elli yükseltilmesi suretiyle bulunur. Taraflar, işçinin ücretini, fazla çalışma ücretini de kapsayacak şekilde tespit edebilirler. Ancak, bunun için, Yargıtay’a göre taraflar arasında yazılı bir sözleşme veya yazılı bir belge bulunmalıdır.²³⁹ Bununla birlikte, iş sözleşmesiyle veya sonradan yazılı olarak anlaşmak suretiyle tespit edilen bu ücret, kanunda belirtilen sınırlar içindeki fazla çalışmalar için geçerlidir. Kanunda günde en fazla 11 saat çalışmak koşuluyla, yılda ancak iki yüz yetmiş saat fazla çalışma yapılabileceği belirlenmiştir, tespit edilen ücret bu koşula uyan çalışmalar için karşılık oluşturabilir.²⁴⁰ Kanuna aykırı olarak günde on bir saatin veya yılda iki yüz yetmiş saatin üzerinde yapılan çalışmalar için, karşılık oluşturamaz. Ancak, iki yüz yetmiş saatin altında kalması halinde işçi işverene iadede bulunmaz.²⁴¹ Asgari ücretin söz konusu olduğu durumlarda da böyle bir anlaşma yapılamaz, çünkü asgari ücret, normal çalışma karşılığı olarak ödenen ücretin asgari miktarı olduğundan, sözleşme ile buna fazla çalışma ücretinin de dahil olduğu kararlaştırılamaz.

Ücretin fazla çalışma ücretini de kapsayacak şekilde kararlaştırılmasının sakıncası, işçinin, fazla çalışma karşılığı olarak serbest zaman seçme olanağının elinden alınabilmesi ihtimalidir. Bu konuda öğretide bir görüş, söz konusu anlaşmanın en erken her bir ücret ödeme döneminde ve sırf o dönem için geçerli olması gerektiğini savunmaktadır.²⁴² Böyle bir anlaşma sözleşme süresince geçerli olmakla birlikte, işçinin fazla çalışması karşılığı olarak,

²³⁹ Y. 9. H.D. 24.01.2002, E. 2002/16225, K 2002/731, Ekonomi, Değerlendirme Semineri 2002, s. 51.

²⁴⁰ Ekonomi, Değerlendirme Semineri 2002, s.51, Mollamahmutoğlu, A.g.e, s. 22, Süzek, Değerlendirme Semineri, 2001, s. 51, Soyer, Değerlendirme Semineri 1991, s. 25. Aynı önde, Y. 9. H.D. 23.05.2000, E. 2000/3151, K. 2000/7241, Günay, 2540, Y. 9. H.D. 31.01.2005, E. 2005/12507, K. 2005/2707.

²⁴¹ Kurucu, A.g.e., s. 249.

²⁴² Akyiğit, A.g.e., s. 15.

ihtiyaç duyduğu takdirde, serbest zaman talep etme hakkı saklı tutulmalıdır.²⁴³

4.1.1. Fazla Çalışma Ücretinin Hesaplanması

Fazla çalışma Kanun'da belirtilen en az %50 artırım nedeniyle, aslında işçilik maliyetlerini yükselten bir kalemdir. Yani fazla çalışma azaltılarak iş gücü ve imalat maliyetlerinin düşürülmesi sağlanabilir²⁴⁴. Fazla çalışma ücretinin hesabında normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarı dikkate alınacağından, ücreti saat esasına göre değil de, gündelik, haftalık veya aylık olarak ödenen işçiler için, önce işçinin saat başına düşen ücreti bulunacak ve bu ücret yukarıda belirtilen yüzdelere göre artırılabacaktır. Parça başına veya yapılan işin tutarına göre ücret ödenen işlerde fazla (sürelerle) çalışma ücretinin nasıl ödeneceği Fazla Çalışma Yönetmeliğinin 4. maddesinin 3. fıkrasında, yüzde usulünün uygulandığı işyerlerinde ise Yüzdelerden Toplanan Paraların İşçilere Dağıtılması Hakkında Yönetmeliğin 5. maddesinde gösterilmiştir²⁴⁵.

Fazla çalışma hesabında; işyerine geliş-gidiş gibi süreler hesaba katılmayarak, iş başında geçirilen, yani fiili çalışma sürelerinin esas alınması gerekir²⁴⁶. Öte yandan, mesaisini işin esası gereği kendi belirleyen işçilerin, ayrıca fazla çalışma ücreti isteyemeyeceğine hükmedilmiştir²⁴⁷. Yine bu konuda Yargıtay, işçinin (satış temsilcisi gibi) çalışma şekli ve mesaisini kendisinin ayarlayıp ayarlamadığının mahkemece duraksamaya yer vermeyecek şekilde belirlemesini, fazla çalışma durumunun da buna göre belirlenmesini, aksi halde eksik inceleme ile hüküm olunacağını ifade etmiştir²⁴⁸.

4.1.1.1. Zamana Göre Ücret Sisteminde Hesaplanması

Zamana göre ücretin saat üzerinden kararlaştırılması halinde işçiye ödenecek fazla çalışma ücreti; saat ücretinin %50 artırılmasıyla bulunacaktır. Ücret günlük olarak

²⁴³ Karacan, A.g.e., s. 103.

²⁴⁴ ÖZKAN, Memet; Esnek Çalışma Saatleri, www.danışmend.com/konular, 05.08.2007.

²⁴⁵ SÜZEK, sh. 632-633.

²⁴⁶ Y9HD.02.04.2002, E.2001/19721-K.2002/5740, Legal İHSGHD.S.2004/1,sh.245.

²⁴⁷ Y. 9. HD, 15.02.2012, E. 2009/44396, K. 2012/4258, Çil, YİK, s.785.

²⁴⁸ Y. 9. HD, 25.04.2012, E. 2010/7247, K. 2012/14258, Çil, YİK, s.756.

kararlaştırılmışsa ücretin günde çalışılan saat sayısına dūřen ücret bulunacak ve bu ücret %50 artırılarak fazla çalışma ücreti ödenecektir (İř K.md.41/1).

İşverence, zorunlu nedenle yaptırılacak fazla çalışma için de, olağüstü durum nedeniyle fazla çalıştırmalar için de işçiye her bir fazla çalışma saati için ücreti, kendisinin normal çalışma ücretinin saat başına dūřen miktarının yüzde elli yükseltilmesi suretiyle ödenir (İř K. md. 41/II, 43/II)²⁴⁹.

Fazla çalışmalar tespit edildikten sonra bunlara ödenecek karşılığın ne olacağı şöyle belirlenir:

Eğer işçi fazla çalışma yapmışsa; yapılacak ödeme, fazla çalışılan sürenin normal karşılığının en az %50 daha fazlasıdır. Yani ücret olarak ödenecekse, normali aşan her bir saatlik sürenin ücreti, o sürenin normal ücretinin %50 fazlasıdır. Örneğın, normalde saat ücreti 10 YTL ise fazla çalışmanın her bir saatinin ücreti en az 15 YTL olacaktır²⁵⁰.

Fazla sürelerle çalışmada ise; böyle çalışılan her bir saatlik sürenin karşılığı en az %25 artırımlı olarak ödenir. Buna göre, karşılığın ücret olarak ödeneceğı hallerde, fazla süreyle çalışmanın her bir saatinin ücreti, normal saat ücretinin en az %25 zamlısıdır. Örneğın, 2 saatlik fazla süreli çalışması bulunan ve normalde 10 YTL saat ücreti alan işçiye bu fazla süreli çalışmasının her bir saati için 12,50 YTL ücret ödenir²⁵¹. Belirtmek gerekir ki, toplu iş sözleşmeleri veya iş sözleşmeleriyle fazla sürelerle çalışmalara da fazla çalışmalar için öngörülen yüzde elli veya daha fazla zamlı ücretin ödeneceğının kararlaştırılması mümkündür²⁵².

Fazla çalışma ücretinin hesabında, normal çalışma ücretinin saat başına dūřen miktarı dikkate alınacağından, ücreti saat esasına göre değil de, gündelik, haftalık veya aylık olarak saptanan işçiler için, önce saat başına dūřen ücreti bulunacak ve bu ücret yüzde elli yükseltilmek suretiyle işçiye ödeme yapılacaktır. İşçi haftalık veya aylık ücretle çalışıyorsa, önce bir güne ve sonra bir saate dūřen ücret bulunacaktır. İşçiye ödenen ücretin maktu aylık ücret olması durumunda; aylık ücretin, çalışılan günler dikkate alınmaksızın bir aylık süre

²⁴⁹ TUNÇOMAĞ/CENTEL, sh. 153.

²⁵⁰ AKYİĞİT, Normali Aşan, sh. 11.

²⁵¹ AKYİĞİT, sh. 1516-1517.

²⁵² SÜZEK, sh. 626.

olan 30'a mı, yoksa çalışılmayan hafta tatilleri çıktıktan sonra 26'ya mı bölüneceği tartışmalıdır. Yargıtay ve öğretideki baskın görüş, aylık ücretin 30'a bölünmesi gerektiği yönündedir. işçinin günlük ücreti aylığının 1/30'udur²⁵³. Saatlik ücretin bulunması için saptanan bu ücretin günlük çalışma süresi olan 7,5 saate bölünmesi gerekir²⁵⁴. O işyerinde 5 günlük çalışma düzeni kurulmuş olsa da kanımızca günlük ücretin bulunmasında, 7,5 saatlik günlük çalışma süresinin esas alınması gerekir. Aksinin kabulü saat ücretinin daha az çıkmasına dolayısıyla, işçiye ödenecek fazla çalışma ücretinin de daha az olmasına neden olacaktır²⁵⁵.

İşçinin, hafta tatillerinde ve bayram günlerinde de çalışması ve yapılan kilometreye göre ücretinin ödenmesi halinde fazla çalışma ücretinin de ödenip ödenmediği noktasında uyuşmazlığın söz konusu olduğu bir davada, Yargıtay, “işçiye işveren tarafından ödeme şekli bir tür parça başı ödeme niteliğindedir. Böyle olunca çalışılan gün ve saatler karşılığı para davacıya ödenmiş ise de; bunun üstündeki zamlı kısım ödenmemiştir. Bu durumda ... ödenmeyen ücretin üstündeki zammın hesap edilip hüküm altına alınması gerekir” diyerek, yerel mahkeme kararını haklı olarak bozmuştur²⁵⁶.

“Zorunlu nedenle fazla sürelerle çalışma” halinde kırkbeş saate kadar olan süre md. 42/f.2 hükmü uyarınca md. 41/f.3'e göre “fazla sürelerle çalışma” ücretiyle; yani, her bir saat zorunlu nedenle fazla sürede çalışma için verilecek ücret, normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının yüzde yirmibeş artırılması suretiyle ödenir; kırkbeş saatin aşılması halinde aşılın süre ise md. 41/f.2'ye göre “fazla çalışma” ücretiyle ücretlendirilecektir²⁵⁷.

Olağanüstü hallerde fazla çalıştırılan işçilere, her bir saat çalışma için verilecek ücret hakkında, genel sebeplerle fazla çalışma ücretine ilişkin 41. maddenin birinci, ikinci ve üçüncü fıkra hükümleri uygulanır. Zorunlu ve olağanüstü hallerde yapılan fazla çalışmalarda da işçi fazla çalışma karşılığında sadece zamlı ücret talep edebilir, ancak serbest zaman talebinde bulunamaz²⁵⁸.

²⁵³ EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, sh. 212; SÜMER, sh. 129.

²⁵⁴ AKYİĞİT, sh.1331; GÜNAY, İş Kanunun Şerhi, sh.2525.

²⁵⁵ CANİKLİOĞLU, sh. 111.

²⁵⁶ Y9HD. 24.6.1997, E. 1997/9156- K.1997/12762, CANİKLİOĞLU, sh. 114.

²⁵⁷ MOLLAMAHMUTOĞLU, sh. 701.

²⁵⁸ AKTAY/ARICI/SENYEN, sh. 246; EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, sh. 216;

Fazla çalışmanın karşılığının ücret olarak ödeneceği hallerde (ki hukukumuzda kural budur) ödenecek ücret, her bir çalışmanın yapıldığı andaki ücrettir ve normal iş karşılığı ücret ne zaman ödeniyorsa, onunla birlikte ödenir. Yine normal ücret hangi ülke parasıyla ödeniyorsa, normali aşan çalışmaların ücreti de o paradan hesaplanıp ödenir²⁵⁹.

4.1.1.2. Verime Göre Ücret Sisteminde Hesaplanması

Üretilen mal ve hizmetin miktarına göre ücretin söz konusu olması durumunda verime göre ücret vardır. Verime göre ücretin en yaygın kullanımı, uzunluk parça sayısı, büyüklük veya ağırlık gibi ölçülere göre ücretin belirlendiği parça başına (akort) ücret, diğer bir çeşidi de yapılan işin sonucuna göre ücretin belirlendiği götürü ücrettir²⁶⁰. Verime göre ücretle çalışmalarda çalışma süreleri için genel olarak geçerli olan kurallar, bu ilişkilerde de geçerlidir. Her ne kadar yasal çalışma süresi üzerinde çalışma yapmak yasak ise de, evde yapılan parça başına ücretle çalışmalarda bu hususun tespiti çok zordur²⁶¹.

Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliğine (FÇY.) göre, parça başına veya yapılan iş tutarına göre ücret ödenen işlerde, fazla çalışma süresince işçinin ürettiği parça veya iş tutarının hesaplanmasında zorluk çekilmeyen hallerde, her bir fazla saat içinde yapılan parçayı veya iş tutarını karşılayan ücret esas alınarak fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma ücreti hesaplanır. Akort ücret usulü de denilen bu usulün uygulanmasında zorluk çekilen hallerde, parça başına veya yapılan iş tutarına ait ödeme döneminde meydana getirilen parça veya iş tutarları, o dönem içinde çalışılmış olan normal ve fazla çalışma saatleri sayısına bölünerek bir saate düşen parça veya iş tutarı bulunur. Bu yolla bulunan bir saatlik parça veya iş tutarına düşecek bir saatlik normal ücretin, yüzde elli fazlası fazla çalışma ücreti, yüzde yirmibeş fazlası fazla sürelerle çalışma ücretidir (md. 4/III)²⁶².

Parça başı işlerde fazla çalışma ücreti ödenmediği belirlendiği takdirde daha önce normal çalışma ücreti ödendiğinden yüzde elli fazla çalışma ücreti hüküm altına alınmalıdır.

MOLLAMAHMUTOĞLU, sh. 704.

²⁵⁹ AKYİĞİT, Normali Aşan, sh. 11.

²⁶⁰ UŞAN, sh.82.

²⁶¹ UŞAN, M.Fatih, Parça Başına Ücret, Seçkin, Ankara, 2003, sh.130.

²⁶² CANIKLIOĞLU, N., sh. 181-182; SÜMER, sh. 129.

Ancak, aylık ücretle çalışan işçilerin fazla çalışma ücretleri hiç ödenmediği gibi asıl ücretleri de ödenmediğinden aylık ücretin otuzda biri olan günlük ücretin yedibuçukta birinin yüzde yüz elli zamlı olarak karar altına alınması gerekir²⁶³.

Görüldüğü üzere; parça başına ücret sisteminde de, fazla çalışma ücretinin belirlenmesi için önce saat başına düşen ücret bulunmalıdır²⁶⁴.

Fazla çalışma süresince işçinin ürettiği parça veya iş tutarının hesaplanmasında günlük bulunmayan durumlarda her bir fazla saat içinde yapılan parçayı veya iş tutarını karşılayan ücret baz alınarak fazla çalışma ücreti hesaplanır (FÇY. md. 4/3, c.1).

Zaman esasına dayanmadan ve götürü şekilde yürütülen, ayrıca yapılan iş karşılığı olarak ücretle beraber prim alınan işlerde, fazla çalışma ve hafta tatili ücreti de talep ediliyorsa, bu çalışmaların belgelerle ispatı gerekir²⁶⁵.

4.1.1.3. Yüzde Usulüne Göre Ücret Sisteminde Hesaplanması

İş Kanununa göre uygulanan ücret şekillerinden biri de yüzde usulü ücrettir. Mevzuatımızda yüzde usulü uygulanan işyerlerinde çalışan işçilerin yasal çalışma sürelerinin ve hafta tatili, genel tatiller, yıllık ücretli izinlerin, ara dinlenmelerinin dışında bırakıldığı yolunda bir hüküm yer almamaktadır. Her ne kadar kuralsız ve çok farklı bir şekilde uygulansa da işçiler genel hükümlere tabidir.²⁶⁶

Yüzde usulü ücretin işçilere ödenmesi bazı özellikler gösterdiği için bu ücret şekli İş Kanununun 51. maddesinde diğer ücret şekillerine göre daha ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Nitekim yüzde usulü ücretin nasıl uygulanacağı, işyerinde toplanan paraların işçilere nasıl dağıtılacağını göstermek üzere bir de “Yüzdelerden Toplanan Paraların İşçilere Dağıtılması Hakkında Yönetmelik” çıkarılmıştır²⁶⁷ ve bu durumda fazla çalışmaya esas ücreti

²⁶³ GÜNAY, sh. 577.

²⁶⁴ UŞAN, Parça Başına Ücret, sh.132.

²⁶⁵ GÜNAY, sh. 575.

²⁶⁶ TUNCAY, Can, Yüzde Usulü Ücret, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, 15. Yıl Armağan, İstanbul, 1991, sh. 295.

²⁶⁷ Yüzdelerden Toplanan Paraların İşçilere Dağıtılması Hakkında Yönetmelik, 28.02.2004. tarihli Resmi Gazete

İş K. 51. md. uyarınca çıkarılan bu Yönetmelik hükümlerine göre belirlenir (FÇY. md 4/son)²⁶⁸.

Yüzde usulü ücret otel, lokanta, eğlence yerleri ve benzeri yerlerle içki verilen ve hemen orada yenilip içilmesi için çeşitli yiyecek satan yerlerde uygulanmaktadır. Bu ücret şeklinde işçiler ücretlerini işverenden değil, müşterilerin hesabına ilave edilen yüzdelerden alırlar. Bu gibi işyerlerinin tamamı “yüzde” usulü ücreti uygulamak zorunda değildir. Nitekim bu gibi işyerlerinin bir çoğunda zamana göre ücret, bazılarında ise yüzdeye göre ücret ödenmektedir. Ancak, işçilere bu ücret şekline göre ödeme yapılıyorsa, Kanunda belirtilen usullerin uygulanması gerekir²⁶⁹.

Yönetmelikle, müşterilerden toplanan yüzde ücretlerinin dağıtımında puan sistemi getirilmiş olup, işyerindeki tüm servislerden elde edilen yüzdelerin toplamı, işçilerin fiilen yaptıkları işler esas alınarak işçilerin fiilen çalıştığı gün sayısına ve elde ettikleri puana göre dağıtım yapılmaktadır.

İşyerlerinde yapılan işlerin niteliğine göre işçiler için tespit edilen puanlar, Yönetmelik ekindeki puan cetvelinde gruplar halinde günlük olarak gösterilmiştir. Bu cetvelde yer almayan işler ve unvanlar için, işçiye cetveldeki benzeri işlerden en yakın olanının puanı verilir.

Servislerde çalışan işçilerin puan cetveline göre yaptıkları işin karşılığı olan puanların tamamı dikkate alınır. Servis dışında çalışan işçiler için, işveren tarafından verilen günlük, haftalık veya aylık ücretlerine ilave olarak, yaptıkları işin karşılığında cetvelde gösterilen puanların; işçi sayısı 50’ye kadar olan işyerlerinde yüzde 20’si, işçi sayısı 51-100 arası olan işyerinde yüzde 25’i, işçi sayısı 100’den fazla olan işyerlerinde yüzde 30’u dikkate alınır. İşyerinde işçi sayısının değişmesi halinde değiş iklik tarihinden itibaren yeni oran uygulamasına geçilir (md.7).

Eğer işçinin yaptığı birden fazla iş var ve bu işler puan cetvelinde birden çok gruba giriyorsa sadece puanı yüksek olan iş esas alınır (md. 4). Ayrıca, Yönetmeliğe göre işyerinde aynı grupta başarılı geçen her üç yıllık hizmet için bir puan eklenir. İşyerine yeni alınan

²⁶⁸ AKYİĞİT, sh. 1518.

²⁶⁹ CANİKLİOĞLU, sh. 114.

işçilerin meslekte aynı grupta geçirdikleri başarılı hizmet yılları da bu esaslara göre değerlendirilebilir. Ancak, bu surette bulunacak puanlar o grubun üst sınırını geçemez (md. 6/II).

Yüzde usulüne göre ücret alan işçilerin fazla çalışma yapması halinde kendilerine ödenecek fazla çalışma ücretinin hesabı da özellik göstermektedir. Bu nedenle konu Yönetmelikte özel olarak düzenlenmiştir²⁷⁰.

Yönetmelikte puan sistemi esas alındığına ve ücretler puan sistemine göre hesaplandığına göre, yüzde usulüne göre çalışan bir işçinin fazla çalışma ücretinin bulunması için öncelikle, onun saat başına düşen puanının bulunması gerekir²⁷¹. Bu da işçinin günlük puanının çalışma saatlerine bölünmesi suretiyle bulunur. Yönetmeliğe göre puan sistemine dahil olan ücret işçinin normal saat ücretidir. Çünkü, fazla çalışma için ödenmesi gereken zamlı ücret, puana dahil olmadan işveren tarafından ayrıca ödenecektir (md. 4/V). Bu durumda fazla çalışma yapan işçilerin, toplam puanları fazla çalışma yaptıkları saatlerin puanının normal çalışma süresine eklenmesi suretiyle bulunur. Her bir işçi bu şekilde bulunacak puanları toplanarak 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 bulunacak miktar kadar ücrete hak kazanır²⁷². Bu ücret, işçinin normal çalışma karşılığı ücreti ile fazla çalıştığı saatlerdeki zamsız olarak normal çalışma ücreti üzerinden hesaplanmış ücretinin toplamını oluşturur. Ancak bulunan bu rakama işçinin fazla çalışma nedeniyle hak kazanmış olduğu en az %50 zamlı kısım dahil değildir. Bu nedenle daha sonra o dönem içerisinde fazla çalışma saatleri toplamının karşılığı olarak aldığı puanlara tekabül eden paranın fazla çalışma zammı ile çarpımı sonucu bulunan miktar işçiye, işveren tarafından, o dönem içerisinde yaptığı fazla çalışmanın karşılığı olarak ayrıca verilir.²⁷³

²⁷⁰ CANİKLİOĞLU, sh. 115-116..

²⁷¹ EKMEKÇİ, sh. 113.

²⁷² KARACAN, sh. 108.

²⁷³ CANİKLİOĞLU, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, sh. 116-117.

4.2. FAZLA ÇALIŞMA ÜCRETİNİN ÖDENMESİ

Fazla çalışma ücretinin, ücret ödeme şekline göre asıl ücretin ödeme zamanı ve esasları çerçevesinde ödenmesi gerekir²⁷⁴. Nitekim Yönetmeliğe göre, işçilerin işlemiş olan fazla çalışma ücretleri, normal çalışmalarına ait ücretlerle birlikte ve İş Kanununun 32 ve 34. maddeleri uyarınca ödenir. Bu husus FÇY’nde de açıkça ifade edilmiştir (FÇY. Md. 12).

İşverene, işçiye fazla çalışma yaptırdığı saatleri gösteren bir belge düzenlemek, imzalı bir suretini işçinin özlük dosyasında saklamak zorunluluğu getirilmiştir (İş K. Md. 34). Bu ödemeler, ücret bordrolarında veya İş K. md. 37 gereğince işçiye verilmesi gereken ücret hesap pusulasında açıkça gösterilir (FÇY. md. 10)²⁷⁵. İşverence gerçekleştirilen ücret ödemelerinin belgelenmesi, işçinin korunmasını yakından ilgilendirir. Çünkü, işçiye yapılacak ücret ödemesinde, kesintiler ile varsa artışların bir belgeyle bildirilmesi, işçinin bunları kontrol altında tutmasını olanaklı kılar. Böyle bir kontrol olanağının yaratılması ise, ücretin işçi bakımından genelde tek geçim kaynağı oluşturmamasından kaynaklanır.²⁷⁶

Fazla çalışma ücretinin ücret tanımına dahil olması nedeniyle, ücretin kesintiye ve ödentiye esas olduğu tüm kesinti ve ödentilere esas olacaktır. Yani; ödenen ücretten Sosyal Güvenlik Primi ödenecek ve kesilecek²⁷⁷, çalışılarak kazanılan primlerde fiili çalışma süresi olarak sayılacak ve yasal sınırlar içerisinde olmak üzere vergi kesintisine tabi olacaktır. Ücret gibi ödeme usullerine tabi olmakla birlikte, fazla çalışma ücretleri işçinin hak ettiği kıdem, ihbar ve kötüniyet tazminatına etki etmez, kıdem tazminatı hesabında dikkate alınmaz²⁷⁸.

Yönetmelikte açıkça İş Kanununun 32 ve 34. maddelerine atıf yapıldığı için, fazla çalışma ücretinin de Türk parası ile ödenmesi gerekir. Ücretin yabancı para ile ödeneceği kabul edilmiş olsa, başkaca bir şart olmadığı takdirde sair ödemelerin vadenin hululü günündeki rayiç üzerinden TL ile ödenmesi icap eder²⁷⁹. Eğer ücretin aynen döviz ile ödeneceği sözleşmeler ile kararlaştırılmışsa artık döviz cinsinden ödenmeli, karşılığı Türk

²⁷⁴ UŞAN, sh.150.

²⁷⁵ SÜMER, sh. 130.

²⁷⁶ CENTEL, Tankut; Ayrı Sütun Açılmış Bordrolarda Ücretin Ödendiğinin İsbatı (Karar İncelemesi), Tekstil İşv.Dergisi, Nisan, 2002.

²⁷⁷ GÜZEL, Ali, OKUR, Ali Rıza, Sosyal Güvenlik Hukuku, Beta, İstanbul, 1996, 5. Bası, sh.135; Y9HD:24.05.2004, E.2004/1066-K.2005/2966, KAYHAN, sh.253.

²⁷⁸ Y9HD.28.06.2004, E.2004/17373-K.2004/15887, DÖNMEZ, sh.150.

²⁷⁹ CANIKLIOĞLU, sh. 118-119.

Lirası ile ödenmemelidir²⁸⁰. Fazla çalışma ücreti, emre muharrer senet, kupon veya yurttan geçerli parayı temsil ettiği iddia olunan bir senetle veya diğer herhangi bir şekilde ödenemez²⁸¹.

Tarafların, sözleşmedeki çalışma süresinin üzerindeki çalışmaların karşılığını o saatlere ilişkin ücretin yanı sıra fazla çalışma karşılığı olarak paradan başka, örneğin yiyecek maddesi olarak da kararlaştırmalarına bir engel olmadığı yönündeki görüşlerin²⁸² 4857 sayılı Kanunun 32. maddesindeki para ile ödenmesi kuralı karşısında geçerliliği bulunmamaktadır.

Yargıtay'a göre, son beş yıla ait fazla çalışma ücretlerinin ait oldukları yılların ücretleri üzerinden hesaplanması gerekir.

Fazla çalışma ücretinden sorumluluğa gelince; bu noktada kural, fazla çalışmanın yapıldığı anda işçinin işvereni niteliğine sahip kişinin sorumluluk taşıdığı şeklinde gözükmektedir. Herhangi bir işveren değişikliği yaşanmamışsa problem de yoktur ve işçinin fazla çalışmayı kendisine sunduğu akit tarafı işverenin sorumluluk taşıdığı söylenebilecektir. Buna karşın, işçi bir başkasına ödünç verilmiş ve fazla çalışmada ödünç alan yanında yapılmışsa (yukarıda da değinildiği gibi) durumun bir ayrımla ele alınmasında isabet vardır. Öyle ki, eğer ödünç sözleşmesinde ödünç alan yanında fazla çalışma yapılması düzenlenmişse veya ödünç verilirken düzenlenmese de ödünç verme esnasında fiilen fazla çalışma yapılırken bunda üçlü rıza (yani ödünç veren, ödünç alan ve ödünç işçinin rızası) gerçekleşmişse; bu çerçevedeki fazla çalışma ücretinden ödünç verenin yine işveren sıfatıyla sorumlu tutulacağı söylenebilir²⁸³. Ayrıca ödünç alanın da birlikte sorumluluk taşıdığı belirtilmelidir. Fakat fazla çalışmada bu üçlü rıza olgusu hiç gerçekleşmemiş, yani ödünç verenin bilgisi dışında gerçekleşmişse (ki yapılan fazla çalışmanın tümü veya üçlü rızayı aştığında aşkın kısmı için) fazla çalışma ücretinden sorumluluk sadece ödünç alana düşecek demektir²⁸⁴.

Yargıtay ayırım yapmadan, işçinin fazla çalışma ücretinden ödünç alan yani işçiyi

²⁸⁰ AKYİĞİT, Normali Aşan, sh. 13

²⁸¹ UZUN, sh.127.

²⁸² EKMEKÇİ, sh. 36.

²⁸³ AYDEMİR, Deniz, Kırlı; Ödünç İş Sözleşmesi, Legal Yargı Kararları ve İncelemeleri Dergisi, S.2007/3, sh.117.---

²⁸⁴ AKYİĞİT, Normali Aşan, sh. 15; aynı yazar, sh. 1521.

yanında çalıştıran kişiyi sorumlu tutmuştur²⁸⁵. Yargıtay, böyle bir durumda işçinin ne kadar fazla çalışma yaptığıнын kayıtlarının fazla çalışma yaptığı işyerinde ki işveren tarafından tutulduğu için bu yorumun ispat açısından da kolaylık sağladığını ileri sürmektedir. Oysa bu konuda ikili ayırım yapmak ve işçinin yasal bir zorunluluk nedeniyle başka bir işyerinde çalıştırılması halinde bu yorumun uygun olacağını, ancak ödünç iş ilişkisi çerçevesinde başka bir işveren yanında görevlendirilmesi halinde sorumluluğun yine kendi işvereniinde olduğunu kabul etmek daha uygun olur²⁸⁶.

İşyerinin devri durumunda, fazla çalışma ücretinden sorumluluk 4857 sayılı İş Kanununun 6. maddesinde açık olarak düzenlenmiştir. İşyeri veya işyerinin bir bölümü hukuki bir işleme dayalı olarak başka birine devredildiğinde, devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmeleri bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçer, sözleşmenin hukuki niteliğinde, içeriğinde ve kapsamında herhangi bir farklılaşma olmamakta, cüz'i halefiyet sonucunu doğurmaktadır²⁸⁷. Devralan işveren, işçinin hizmet sözleşmesinin esas alındığı haklarda, işçinin devreden işveren yanında işe başladığı tarihe göre işlem yapmakla yükümlüdür. Yukarıdaki hükümlere göre devir halinde, devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan devreden ve devralan birlikte sorumludur. Ancak bu hükümlerden devreden işverenin sorumluluğu devir tarihinden itibaren iki yıl ile sınırlıdır (İş K.md.6). Yargıtay'ın 1475 sayılı Kanun zamanındaki içtihatlarında önceki işveren zamanında doğan fazla çalışma borçlarından önceki işverenin sorumlu olduğu, devralan işverenin sorumlu olmadığı yönünde içtihatları istikrar kazanmıştı²⁸⁸. Ancak 4857 sayılı Kanunun 6. maddesinin kesin düzenlemesi sonrasında devreden işveren devirden önceki fazla çalışmalardan doğan sorumluluktan kurtulmamakta devralan işveren ile birlikte iki yıl zincirleme sorumluluk taşımaktadır²⁸⁹. Sorumluluğuna gideceği kişiye bir nevi işçi karar vermektedir. Burada devir sadece hukuki işlem ile devri değil, miras, ölüm vb her türlü devri kapsamaktadır. Ancak bu durumda önceki işverenin iki yıl birlikte sorumluluğuna artık gidilemeyecek, yeni işveren tamamından sorumlu olacak ve onun aleyhine dava yoluna

²⁸⁵ Y9HD.17.1.1993, E.1993/8973,K.1993/19001, DÖNMEZ, sh.124; Y9HD.05.11.1998, E. 1998/13340,K. 1993/15611; Y9HD.07.05.2001, E.2001/7837,K.2001/7889; .AKYİĞİT, Normali Aşan, sh. 15

²⁸⁶ Y9HD. 8.6.1990, E. 1990/3925, K. 1990/7031; Y9HD. 14.11.1996, E.1996/13130, K. 1996/22129.

²⁸⁷ ARSLANOĞLU, Anıl; İş Sözleşmesinin İradi Devri ile İşverenin Değişmesi, Legal İHSGHD. S.2006/10, sh.543.

²⁸⁸ Y9HD. 15.02.1983, E.1983/10036, K.1983/1160, DÖNMEZ, sh.126.

²⁸⁹ AYKAN, Ömer, Yiğit; Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda İşyerinin Devri Halinde İşçilerin Kazanılmış

gidilebilecektir²⁹⁰. Şirketlerin birleşme veya katılma ya da nevi değişmesiyle sona ermesi halinde birlikte sorumluluk hükümleri uygulanmaz, çünkü burada işveren değişikliği olmamaktadır. Bu nedenle işçi ve işverenlerin ortaklığı nevi değiştirmesinden önceki her türlü hak ve yükümlülükleri nevi değiştirmiş yeni ortaklıkla işçiler arasında devam edeceğinden, doğacak fazla çalışma ücretini ödeme yükümlülüğü de, doğmuş olanlarla birlikte geçecektir²⁹¹.

Fazla çalışma ücretinin ödenmesi gereken yer de kural olarak normal işçi ücretinin ödenmesi icap eden yerdir. Fakat aksine bir anlaşma yapılarak farklı bir ödeme yeri belirlenmesine de engel yoktur²⁹².

Fazla çalışma ücretinin işçinin fazla çalışma yaptığı döneme ilişkin normal ücreti ile aynı zamanda ödenmesi gerekir. İşçi ücretinin bir haftadan az, bir aydan fazla olmamak üzere akitle belirlenen tarihte ödeneceği Kanunda düzenlenmiştir²⁹³. Fazla çalışma yapıp henüz olağan ödeme zamanı gelmeden hizmet akdi sona ermişse; artık olağan periyodun beklenmesine gerek yoktur ve normal ücret ve fazla çalışma ücretinin de akdin sona erdiği tarihte ödenmesi zorunludur (İş K. md. 32/5 ve BK. Md.326/son)²⁹⁴.

Fazla çalışma ücreti konusunda borç ve alacak, fazla çalışmanın yapıldığı anda doğmuş olur. Talep hakkı da, alacak muaccel olduğu anda doğar. Yargıtay’a intikal eden bir olayda da, “davacıya ücretinin ay sonunda ödendiği anlaşılmaktadır. Şu durumda başkaca bir anlaşma mevcut olmadığına göre, fazla çalışma ücretinin de ayın son günü ödenmesi gerekecektir. Böyle olunca fazla çalışma ücreti, fazla çalışmanın yapıldığı ayın son günü, yani vadenin hülûlü günü muaccel olacaktır”²⁹⁵.

4857 sayılı İş Kanununa göre fazla çalışma karşılığı alınan ücretin hesabında primler, işyerinin temelli işçisi olarak normal çalışma saatleri dışında hazırlama, tamamlama, temizleme işlerinde çalışan işçilerin bu işler için aldıkları ücretler ve sosyal yardımlar; ulusal

Haklarının Korunması, Legal İHSGHD, S.2006/12, sh.1273.

²⁹¹ ŞAHLANAN, Fevzi; İşverenin Değişmesi- İşyerinin Devri ve İş Hukukuna İlişkin Sonuçları, TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Kasım 2000, S.4-5, sh.23.

²⁹² AKYİĞİT, sh. 1523.

²⁹³ AKYİĞİT, Normali Aşan, sh. 20.

²⁹⁴ AKYİĞİT, sh. 1526.

²⁹⁵ Y9HD. 29.9.1990, E. 1990/5641, K. 1990/5883. CANIKLIOĞLU, sh. 119.

bayram, hafta tatili ve genel tatil günleri için verilen ücretler dikkate alınmaz (İş K.md.50)²⁹⁶.

4.2.1. Fazla Çalışma Ücretinin Ödendiğinin İspatı

Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her birinin, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlü olması, konuya ilişkin Medeni Kanun hükmünün doğal sonucudur²⁹⁷. Dolayısı ile; fazla çalışmayı yaptı ıgını iddia eden işçi norm kuramı uyarınca iddiasını ispatla yükümlüdür²⁹⁸.

Yargıtay kararlarında belirtildiğine göre, işçinin fazla çalışma ücreti isteyebilmesi için fazla çalışmanın işverence istendiğini kanıtlaması gerekir²⁹⁹. İspatın sağlanabilmesi için İş K. işverene fazla çalışma yapıldığını gösteren belge düzenleme ve bunu özlük dosyasında muhafaza yükümlülüğü getirmiştir³⁰⁰. Dolayısı ile işçinin çalış ma sürelerini ispat yükünün ağırlığı işverenin üzerindedir. Ancak hafta tatilindeki çalışmalar bundan istisna tutulmalıdır. Çünkü bu çalış ma iddias ında olağan durumun tersine bir iddia söz konusudur ve bu nedenle ispat yükümlülüğü işçinin üzerindedir³⁰¹. Ancak hafta tatili verildiği ve ücretinin ödendiğini ispat yükümlülüğü yine işverenin üzerindedir³⁰².

Gerçekten, fazla çalışmanın kabulü için işverenin bu konuda işçiye talimat vermesinin gerekli olduğu söylenmelidir. Bu görüş kural olarak yerinde sayılabilirse de mutlak anlamda kabul edilemez. Fazla çalışma için işverenin açık talimat ı bulunmayabilir. Hatta, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun bir kararında belirtildiği gibi, işveren yazılı olarak fazla çalışma yapılmamasını bildirmiş olsa bile, fazla çalışma yapmak suretiyle yerine getirilebilecek bir işin işçiden istenmesi halinde de fazla çalışma durumu ve ücretini talep hakkı doğar³⁰³. Ayrıca, işveren gördüğü ve bildiği halde yapılan fazla çalışmaya ses çıkarmazsa bunu talimat

²⁹⁶ UZUN, sh.51.

²⁹⁷ CENTEL, Karar İncelemesi., sh.12.

²⁹⁸ ÇİL, sh.64.

²⁹⁹ SOYER, Karar inceleme, 36-37.

³⁰⁰ İNCİRLİOĞLU, sh.229.

³⁰¹ KURU, Baki/ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder; Medeni Usul Hukuku, 16.Baskı, Ankara, 2005, sh.421.

³⁰² KARACAN, sh.95.

³⁰³ YHGK, 3.3.1982, E.1980/9-1702 K. 1982/932, İşv. D., Ocak 1983, sh.13-14.; Y9HD. 15.1.2002, E.2001/14044 K.2002/204 sayılı kararı, Haziran 2002, 16-17. Benzer şekilde, 25.9.2003, E.2003/2312, K.2003/15347, Legal İHD, 2004/1, sh.211.

dışı bir çalışma olarak nitelemek isabetli olamaz³⁰⁴.

Yargıtay'a göre, işçinin fazla çalışma iddiasına işçinin, karşı iddiayı ve özellikle ücreti ödeme savını da işverenin kanıtlaması gerekir³⁰⁵. Uyuşmazlık halinde fazla çalış ma veya fazla sürelerle çalış ma yapıldığının ispat yükü, bunu ileri süren işçi üzerindedir. İspat yükü kendine düşmeyen tarafa yemin teklif ettirilmesi yasaya aykırıdır³⁰⁶.

İşçi, fazla çalışma yaptığını her türlü delille ispat edebilir. Fazla çalışma iddialarının değerlendirilmesinde; işin niteliği ve hacmi, işçinin hangi bölümde çalıştığı, görevinin ne olduğu ve çalışma şekli fazla çalışmanın ispatında incelenmesi gereken önemli konulardır³⁰⁷.

İşyeri kayıtları, özellikle işyerine giriş çıkışı gösteren belgeler, işyeri iç yazışmaları delil niteliğindedir. İşçinin işe giriş çıkışındaki imzaladığı çizelgeler, işçinin iradesini yansıtması açısından delil niteliğindedir. Giriş kartı olarak verilen elektronik kayıtların ise Yargıtay uygulamasının aksine³⁰⁸ bir görüşe göre; işçinin iradesine ilişkin herhangi bir değer taşınamaması nedeniyle imzalı çizelgeler kadar ispat gücü olmad ığı ileri sürülmektedir. Çünkü işçinin işyerinde bulunması fazla çalışma yaptığını anlamını taşımayabilir³⁰⁹.

İlke olarak, işçi fazla çalışma yaptığını tanıkla da kanıtlayabilir. Tanık sözlerinin değerlendirilmesi açısından, gerektiğinde fazla çalışıldığı iddia olunan işin, niteliği yönünden fazla çalışmaya elverişli bulunup bulunmadığı hakkında bilirkişi incelemesi yaptırılmalı ve rapor denetime açıksa, itibar edilmelidir³¹⁰. Bunun dışında herkesçe bilinen genel bazı vakıalar da bu noktada göz önüne alınabilir. Örneğin yüz daireli bir konutun temizlik ve servis işlerini yapan kaloriferden de sorumlu olan kapıcının fazla çalışması kuvvetle muhtemeldir. Yargıtay, sulama birliği çalışanların tarım ürünlerinin sulandığı mevsimde

³⁰⁴ ÇELİK, sh. 314.

³⁰⁵ Ödeme yapılmasının tanıkla değil, yazılı belge ile kanıtlaması gerekir; Y9HD. 26.4.1993, E.1992/5786, K. 1993/6779, Çimento İşv. D., Temmuz 1993, 23; Y9HD. 18.10.2004, E.2004/7006-K.2004/23275 (Y ayımlanmamış).

³⁰⁶ Y9HD.09.05.1984. E.1984/4549. K.1984/5176, DÖNMEZ, sh.127.

³⁰⁷ KARACAN, sh.95.

³⁰⁸ Y9HD. 22.06.2005, E.2004/32014-K.2005/22479, Legal İHSGHD, S.2006/9,sh.314; ÇENBERCİ, sh.746.

³⁰⁹ KARACAN, sh.89.

³¹⁰ "... İnceleme sonucunda bilirkişi tarafından hazırlanan raporun fazla çalışmanın ispatında delil olarak kullanılabilmesi için, bilirkişi raporunun denetime elverişli olması gerekir. Bu nedenle, bilirkişi, fazla çalışılan saatleri hesaplarken dikkate aldığı hususları ve hesaplama yöntemini net bir şekilde açıklamış olmalıdır." Y9HD, 27.10.2003, E.2003/5791, K.200318114, KARACAN, sh.91.

fazla çalışma yapacağını kabul etmiştir³¹¹. İş Müfettişlerince düzenlenen tutanaklarda tespit edilen fazla çalışma süreleri veya fazla çalışma yapılmadığına ilişkin tespitler, aksi sabit oluncaya kadar muteberdir (İş K.md.92/son)³¹².

Fazla çalışma parasının gündelik ve maktu aylık içinde bulunduğunun savunulması durumunda ise ispat yükü işverende olacaktır.³¹³

Ücret bordrolarının bazılarında fazla çalışma ücretinin tahakkuk ettirilmesi durumunda, işçinin söz konusu ödemeleri ihtirazi kayıtsız olarak imzalaması halinde aynı dönemler için, fazla çalışma ücreti istenmesi mümkün değildir³¹⁴. Yargıtay'ın bu yoldaki kararlarına karşı, öğretide, yukarıdaki eleştiriler dışında, Yargıtay görüşünün Borçlar Hukuku esasları açısından da isabetli sayılamayacağı, zira, fazla çalışma ücretinin asıl borca bağlı fer'i haklardan olmadığı, tersine, asıl alacağın bir parçası olduğu ve bu nedenle de herhangi bir kayıt koymadan ihtilafsız kısmın kabul etmenin borcun ödenmeyen kısmını sona erdirmeyeceği öne sürülmektedir³¹⁵. Ücret bordrosunda fazla çalışma sütununun boş bırakılmış olması, işçinin fazla çalışmadığı anlamına gelmez³¹⁶. Ancak ücret bordrosundaki fazla çalışma sütununun boş olması halinde, işçi fazla çalışma yaptığını ve ücretini almadığını her türlü delille ispat edebilir³¹⁷. Ülkemizde bir çok işyerinde hayatın olağan akışına uymayan çalışmalar da yaptırıldığı ve güçsüz olan işçiye belgelerin imzalatılabildiği göz önüne alındığında, işçinin fazla çalışmayı ispatı açısından şahit ifadelerine kanaat edilmesi durumunda belgelerin doğruluğundan şüphe duyulmalı ve konu hakkında ayrıntılı inceleme yapılmalıdır³¹⁸.

Bir tarafın tuttuğu tek taraflı kayıtlar, karşı taraf açısından delil niteliği taşıyamamakla birlikte, işverenin tuttuğu ticari defterler, eksiksiz tutulmaları ve diğer delillerle doğrulanması durumunda delil olarak itibar görebilir. Ancak, bu kayıtların tutulması zorunlu olanların

³¹¹ ÇİL, sh.64.

³¹² Y9HD.23.09.2004, E.2004/4419-K.2004/19840.

³¹³ ŞEN, M, sh.4.

³¹⁴ Y9HD. 26.4.2005 - E.19836/K.14492 Legal İSHGHD. S. 7, 2005, sh. 1298.

³¹⁵ BAŞBUĞ, Aydın; Fazla Çalışma Ücreti Eksik Ödenen İşçinin Alacağı BK. m.113'e Göre Sona Erer mi?, TÜHİS, Kasım/Şubat 2003, sh.53-58; aksi görüş ÇİL, Şahin; 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, C.1, Ankara 2004, sh. 889.

³¹⁶ AKTAY/ARICI/SENYEN, sh. 244; bkz.: EKONOMİ, sh. 5 vd. (Değerlendirme).

³¹⁷ SÜMER, sh. 130-131; Y9HD.04.04.2006, E.2006/424İ-K.2006/8558, Legal İHSGHD, S. 2005/11, sh.1026; SÜZEK,sh.631.

³¹⁸ SÜZEK, sh.632.

mahkemece talep edildiğinde ibrazı zorunludur.³¹⁹

Tabii ihtiyaçlar ını gidermek için de insanın zamana ihtiyaç ı olduğu ve ayrıca yap ılan iin niteliği göz önüne alınmalıdır. Örneğin Yargıtay’a göre, aralı çalışma yap ılan işyerlerinde tanıklarca daha fazla çalışma yapıldığı beyan edilse de, sekiz daireli kömür kaloriferli apartmanın kap ıcısının yap ılan iin niteliği, işyerinin özellikleri ve mevsim koşulları dikkate alındığında, yılın her günü değil, sadece kış mevsiminde tatil günleri kalorifer yakma sebebiyle fazla alış ma yaptığı kabul edilmelidir³²⁰.

cret ve fazla çalışma creti ödemelerinin banka kanalıyla yap ılması durumunda işveren creti havale ettiğini ispat ile ödeme yükümlülüğünden kurtulmaktadır. Bununla birlikte, ihtirazi kayıt ileri sürmemiş olması, ödenenin üzerinde fazla çalışma yap ıldığının yazılı delille ispatlanması gerektiği sonucunu doėurmaktadır³²¹. Ücretin deme kaydedici cihazlarla (Bankamatik) ile ödenmesi durumunda ise, işçinin ücretin ihtirazi kayıt ile alması pek mümkün görülmemektedir. Bu durumda işçi, ayrıca düzenlenen ücret bordrosu varsa ücretine itiraz etmelidir, ya da bankadan ücretini gişeden çekmeli ve ihtirazi kayıt ileri sürmelidir. Ücretin bankamatikten ödenmesi durumunda ise fazla çalışma ücretinin ödenip ödenmediği incelenmelidir³²². İhtirazi kayıtsız alınan fazla çalışma ücretlerinin, ait olduğu ayın öncesi srelerden önceki fazla çalışma ücretlerinin de alınmış olduğunu ve işçinin bunlardan vazgeçmiş sayılacağı öğretide ileri sürülse de³²³, işverenin tespit edilen fazla çalışmaların karşılığını ödediğini ispat etme yükümlülüğü kaybolmamakta, otomatik olarak banka kanalıyla denmiş dahi olsa, işçinin haklarını talep imkanı ortadan kalkmamaktadır.

Yine bir insanın çalıştığı her iş günü fazla çalışma yapması ve tüm hafta tatillerinde çalıştığının kabulü mümkün olamayacağı gibi, işçinin işyerinde hukuki sorunlar sebebiyle çalışma yapılmadığı dönemde, çalışma yapıldığının kabulü de hayatın olağan akışına aykırıdır³²⁴. Servis aracında geçen sürenin iş süresinden sayılarak fazla çalışma olarak dikkate

³¹⁹ KARACAN, sh.88.

³²⁰ Y9HD. 24.9.1996, E. 1996/6500, K. 1996/17833, GÜNAY, sh. 582.

³²¹ İL, sh.65; CENTEL, Karar İncelemesi, sh.12.

³²² GÜNAY, İş Kanunu şerhi, sh.1447.

³²³ BAşBUğ, sh.57.

³²⁴ Y9HD. 29.6.2004 - E.2004/20445-K2004/16188 Legal İHSGHD, S.2005/5, sh.313.

alınması da bu anlamda hatalıdır³²⁵.

Kapıcı, bekçi gibi çalışma süresi normal hayatı ile iç içe geçmiş işlerde çalışan işçilerin temizlik, ekmek dağıtımı, kontrol vb. işleri yaptığı saatlerin fazla çalışma yap ıldığı şeklinde yorumlanması mümkün olmayacaktır. Çünkü bu çalışanlar günlük işlerini görürken aynı zamanda kendi evlerinin işleri ile ilgilenmekte, tavuk beslemekte, günlük hayatın gerektirdiği işlerin tamamını yapabilmektedirler. Böyle bir fazla çalışma yapıldığının ve yapıldığı iddia edilen fazla çalışmanın ispatının mümkün olmadığı Yargıtay kararlarına da yansımıştır³²⁶.

Yargıtay uygulamasına göre, genel müdür, işletme müdürü gibi üst düzey yönetici durumunda bulunan kişiler mesai cetvellerini istedikleri gibi düzenlemek yetkisine sahip olduklarından, kural olarak fazla çalışma yaptıklarını ileri sürerek alacak talebinde bulunamayacaklardır³²⁷.

Ayrıca müdür veya en üst düzey yönetici durumunda olmasalar bile mesaisini kendisi belirleyen kişilerin de değişik saatlerde çalışmaları fazla çalışma alacağı hakkı teşkil etmediğinden ücret doğmaz³²⁸. Her bir somut uyuşmazlık açısından üst düzey yöneticinin konumunun belirlenmesi için, yönetici durumundaki şahsa özellikle çalışma saatlerinin düzenlenmesi yönünden talimat veren/verme yetkisine sahip daha üst düzeyde yetkili bulunup bulunmad ığının araştırılması gerekecektir. Bu amaçla yönetim şeması vb. işleve sahip belge ve kayıtların temin edilerek incelenmesi gerekir. Burada işçinin ücretinin emsalleri ile arasındaki oran, mutlaka göz önünde bulundurulmalıdır³²⁹.

³²⁵ Y9HD. 02.04.2005 - E.2005/19721-K.2005/5740 Legal İHSGHD, S.2004/1, sh.245; AKTAY/ARICI/ SENYEN, sh. 245.

³²⁶ “Davacının kapıcı olduğu konutta temizlik ve ekmek dağıtımı ile de görevli olduğu, bu işlerin alacağı zaman dikkate alınmadan fazla mesai ücretine hükmedilmesi doğru değildir.” Y9HD, 24.03.1997, E.1997/22110,K.1997/5658; “Davalı şofördür. Geçici görevli gittiği günlerde harcırah aldığına göre aynı günler için fazla mesai istemesi hayatın olağan akışına aykırıdır.” Y9HD, 23.09.1977, E.1977/10104,K. 1977/13498 DÖNMEZ, sh.142.

³²⁷ Y9HD. 21.09.1995, E. 1995/8787-K. 1995/27925, Y9HD. 13.02.1996, E. 1996/35538-K. 1997/2031, Y9HD.25.09.2003, E.2003/2312-K.2003/15347; Y9HD.27.06.2006, E.2006/13671-K.2006/18967, Legal Hukuk Dergisi, S. 2007/51, sh.905.

³²⁸ Aksi görüşte; “Düşüncemize göre işçinin işyerinde haiz olduğu konumu itibarıyla fazla çalışma ücretine hak kazanamayacağı şeklinde yorum esas itibarıyla yasaya uygun düşmemektedir. Gerçekten, fazla çalışmayı düzenleyen yasa ve yönetmelik hükümlerinde böyle bir ayrık durum öngörülmemiştir. İşçi esasen her zaman işverene bağımlı konumdadır. Aksi halde sözleşmenin varlığı tartışılır hale gelir. Bu itibarla günlük ve haftalık çalışma sürelerini düzenleyen emredici yasa hükümleri karşısında, işçinin en yetkili konumda çalıştığından söz edilerek fazla çalışma ücretinden mahrum bırakılması, işçi aleyhine bir yorum tarzıdır. Düşüncemize göre bu yola ancak çok sınırlı hallerde, örneğin tarafların bu yönde açık iradelerinin varlığı gibi durumlarda gidilmelidir.” ÇİL, sh.66

³²⁹ Y9HD, 04.12.2006, E.2006/13579, K.2006/31852, Aksi görüşte; ÖZER, Hatice, Duygu; Karar İncelemesi, Çalışma ve Toplum Dergisi, Birleşik Metal -İş, S. 14.sh. 143 “Fazla çalışma yapılması iş mevzuatında özel olarak belirlenip

Fazla çalışma kapsamındaki çalışmaların mutlaka işyerinde veya mesai saatleri içinde gerçekleşmesi aranmamalıdır. Örnek vermek gerekirse, günlük veya haftalık çalışmaların rapor edilmesi ve periyodik sürelerle işverene bildirilmesi zorunluluğu söz konusu ise çalışmaların rapor edildiği ve işverenliğe ulaştırılması için geçecek sürenin de bu anlamda değerlendirilmesi gerekmektedir.

Denkleştirme döneminde, denkleştirme süresi bitmeden işçinin iş sözleşmesinin sona ermesi olasıdır. Daha sonra boş zaman verileceği düşüncesiyle ilk haftalarda 45 saatten fazla yapılan çalışmaların iş sözleşmesinin sona ermesi halinde fazla çalışma sayılıp sayılmayacağı, cevaplanması gereken bir sorundur. Böyle bir durumda, öğretide ifade edildiği gibi, bizce de, iş sözleşmesinin sona erme nedenine bakılmaksızın, iş sözleşmesinin feshedildiği tarih itibarıyla yapılan çalışmalar kendi içinde denkleştirilerek, sonucuna göre fazla çalışma var ise buna göre ödeme yapmak gerekir³³⁰.

İşçiye fazla çalışma ücreti ödendiği, fesih tarihinden sonra imzalanan miktar içermeyen ve anılan hakkın ödendiğini gösteren ibraname ile kanıtlanabilir³³¹. Uygulamada daha başlangıçta iş ilişkisi kurulurken ya da iş sözleşmesi devam ederken, işçilerden ibraname alındığı görülmektedir³³². Bu şekildeki ibranamelerin geçerli sayılmayacaklarında kuşku yoktur. İş ilişkisi sona erdikten sonra alınan ibranamelerin geçerliliği hususunda da öğretide ve yargı kararlarında birlik ve kesinlik bulunmamaktadır. Yargıtay'ın genel kararları ve öğretideki baskın görüş ise; ibranamenin işverenin savunmasıyla çelişkili olmaması gerektiği, aksi takdirde ibranameye itibar edilmeyeceği yönündedir³³³. Öte yandan ibranamenin miktar içermemesi gerekir. İbranamede bir miktara yer verilmiş ise, o miktar için ibraname makbuz

yasaklanan iş ve işçiler dışında kalanlar için her zaman mümkün olmaktadır. İşin niteliği, işçinin işyerindeki konumu ve fazla çalışma yapıldığının ispatının zorluğu gibi etkenlerin varlığı halinde doğrudan fazla çalışma ücreti talebinin reddi sonucuna ulaşılmamalıdır. Bu nedenle sonuç olarak Yargıtay'ın üst düzey yöneticilere ayrıca fazla çalışma ücreti verilmeyeceği yönündeki istikrar kazanmış görüşünü, iş saatini kendisi belirleyen tübbi mümessil içinde uygulanması gerektiği yönündeki kararına yukarıda açıkladığım gerekçelerle katılamıyorum.”; Y9HD: 10.02.2004, E.2004/13336-K.2005/7692, KAYHAN, sh.281.

³³⁰ CANIKLIOĞLU, N., sh. 182-183.

³³¹ Y9HD.30.12.2006, E.2006/12737-K.2006/1953, KAYHAN, sh.279.

³³² ŞENGÜL, Mehmet; İbranamenin Hukuki Niteliği, Kapsamı ve Geçerliliğinin Koşulları, Legal İHSGHD.

S.2006/10, sh.597.

³³³ UZUN, sh.97; Y9HD. 25.09.2006, E.2006/3261-K.2006/24577, Çalışma ve Toplum Dergisi, Birleşik Metal-İş, S.2007/12, sh.240.

olarak kabul edilir³³⁴.

4.3. FAZLA ÇALIŞMA KARŞILIĞININ SERBEST ZAMAN OLARAK ÖDENMESİ

4857 Sayılı İş K.'nın getirdiği en önemli yeniliklerden biri de, fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma yapan işçinin, yaptığı çalışmalar karşılığı zamlı ücret yerine, serbest zaman kullanabilmesidir. Buna göre, fazla çalışma karşılığı olarak serbest zaman talep etmesi halinde işçi, fazla çalıştığı her saat karşılığında bir saat otuz dakikayı, fazla sürelerle çalıştığı her saat karşılığında bir saat onbeş dakikayı serbest zaman olarak kullanabilir (İş K. m. 41/4). Fazla çalışma ücretinde olduğu gibi, burada da söz konusu oranlar alt sınır olup, işçi yararına arttırılabilir³³⁵. 1475 sayılı İş K.'da işçinin fazla çalışma ücretini talep yerine, bu hakkını serbest zaman olarak kullanabilmesi öngörülmemiştir, fakat uygulamada ortaya çıkabiliyordu. O dönemde Yargıtay, fazla çalışmanın karşılıksız kalmaması için, yapılan fazla çalışma ile kullandırılan izin süresinin eşit olması gerektiği yolunda karar vermiştir.

Zorunlu nedenlerle yapılan fazla çalışma ya da olağanüstü fazla çalışmada serbest zaman verilmesi Kanunda düzenlenmemiştir³³⁶. Bu olanak sadece olağan fazla saatlerle çalışmaya özgü bir düzenlemedir. Zorunlu nedenlerle veya olağanüstü hallerde yapılan fazla çalışmaların karşılığı serbest zaman olarak verilemez, zira zorunlu nedenlerle fazla çalışmanın düzenlendiği 42. maddede, olağanüstü hallerde yapılan fazla çalışmanın düzenlendiği 43. maddede, 41. maddenin serbest zamanı hüküm altına alan fıkrasına atıf yapılmamıştır.

Bu madde uyarınca işçiye sağlanacak serbest zaman, kanun ya da sözleşmeler uyarınca işçiye tanınması gereken izin sürelerinden tamamen bağımsızdır. Fazla çalışma karşılığı serbest zaman, işçinin sağlığının korunması amacıyla zamlı fazla çalışma ücreti

³³⁴ Türk İş Hukukunda Fazla Saatlerle Çalışma, sh.145, "Davacı tüm çalışma dönemi için fazla çalışma, hafta tatili, genel tatil ve izin ücreti talebinde bulunmuştur. Davalı bütün haklarının ödendiğini belirterek ibraname tanzim edildiğini savunmuştur. Mahkemece rakamsal ödeme kaydı içermediği için ibranameye itibar edilmediği belirtilerek anılan talepler hüküm altına alınmıştır. Dairemizin yerleşik uygulaması ibranamenin miktar içeren alacaklar için makbuz, miktar içermeyen alacaklar içinse geçerli kabul edileceği yönündedir. Davacı ibranamedeki imzasını inkar etmediği ve ibraname dosya içindeki bilgi ve belgelerle çelişmediği takdirde geçerli olarak kabulü gerekir. Ancak davacıya bu ibraname gösterilip diyecekleri sorulmalı, sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde kabulü hatalıdır."Y9HD. 11.12.2006, E.2006/14310 K.2006/32392, GÜNAY, Fazla Saatlerle Çalışma, sh.145.

³³⁵ Mollamahmutoğlu, A.g.e., s. 698.

³³⁶ Soyer, Fazla Saatlerle Çalışma, s. 804.

yerine ikame edilen, ücret kaybına yol açmayan dinlenme zamanıdır. Bu konuda tercih hakkı tamamen işçiye verilmiştir.

Fazla çalışma karşılığı olarak zamlı ücret veya serbest zamandan herhangi birini seçme konusunda, kanunun ifadesi “fazla çalışma (veya fazla sürelerle çalışma) yapan işçi isterse, bu çalışmalar karşılığı zamlı ücret yerine serbest zaman kullanabilir” şeklindedir (İş K. m. 41/4). Görüldüğü gibi, fazla çalışmanın serbest zamanla karşılanması ancak işçinin isteği halinde söz konusu olabilmektedir, bu nedenle işveren, kendiliğinden, fazla çalışmaların karşılığı olarak zamlı ücret yerine serbest zaman sağlama yoluna gidemez³³⁷.

İşveren ayrıca, sözleşme veya iç yönetmeliğe dayanarak da serbest zaman yoluna gidemez. Çünkü iş hayatında asıl olan fazla çalışma karşılığı olarak zamlı ücret ödenmesidir; serbest zaman ise, işçi tarafından istisnai olarak tercih edilebilecek bir yoldur. Bu nedenle, serbest zaman uygulaması, işçinin önceden vermiş olduğu götürü bir rıza halinde değil, her bir fazla çalışma için serbest zaman talebi mevcut olduğu takdirde uygun görülebilir. İş sözleşmesi kurulurken daha başlangıçta, fazla çalışmaların karşılığının hep serbest zaman ya da zamlı ücret olarak karşılanacağına dair sözleşme ve toplu iş sözleşmesi hükümleri geçersizdir. İşçinin serbest zaman talebinden sonra işveren, zamlı ücret yoluna gidemez.

İşverenlerin istekleri doğrultusunda çalışma sürelerinde esneklik sağlanırken, fazla çalışma karşılığı serbest zaman verilmesi işçi açısından çalışma sürelerinde esnekliği sağlamak amacıyla ortaya çıkmış bir uygulamadır, bu uygulamanın en önemli sebeplerinden biri de işçilerin gelir düzeylerinin artmasıdır.³³⁸ Fakat ülkemizde, işçi gelir düzeyleri yetersiz olduğundan, fazla çalışmalar gelir miktarını arttırıcı bir yöntem olarak görülmektedir. Bununla birlikte, bu imkandan faydalanmak isteyen işçiler de olabilir, özellikle kişisel ihtiyaçları için işverenden izin alamayan işçiler için bu yöntem bir çıkış yolu olabilecektir. Bu nedenle serbest zaman uygulamasını işçinin talebine bağlı tutan Kanunun bu düzenlemesi işçinin korunması açısından yerinde bir düşüncedir.

Serbest zaman uygulaması, işçinin talebine bağlı olduğundan, serbest zaman kullanmak isteyen işçi, bunun için işverenden talepte bulunmalıdır. Fazla Çalışma Yönetmeliğine göre işçi, bu hakkı doğduktan sonra altı ay içinde, işverene önceden yazılı

³³⁷ Soyer, A.g.e., s. 803.

³³⁸ Münir Ekonomi, Yeni Arayışlar, s.21’den Hatice Karacan, 127.

olarak başvurmak koşuluyla bu hakkını kullanabilir (F.Ç.Y. m. 6/1, 2). Öğretide, yazılı şeklin geçerlilik koşulu olmadığı kabul edilmektedir. İşçi yazılı veya sözlü olarak serbest zaman talebinde bulunabilir, ancak genel kural fazla çalışma karşılığının ücret olarak ödenmesi olduğundan, ileride ispat kolaylığı sağlaması açısından, işçilerin yazılı beyanlarını almaları, işverenlerin yararına olacaktır ³³⁹.

İşçinin serbest zaman kullanma hakkı fazla çalışma yapıldığı anda doğar, talep hakkı ise, fazla çalışması tespit olduktan sonra doğar. İşçinin fazla çalışma yapıp yapmadığı, normal haftalık çalışma döneminin uygulandığı durumda hafta sonunda, denkleştirme döneminin uygulandığı durumda ise denkleştirme dönemi sonunda belli olur. O nedenle işçi, talebini en erken, fazla çalışma yaptığının tespit edildiği bu tarihlerde yapabilir, en geç ise işverenin fazla çalışma ücretlerini tahakkuk ettirmesinden önce yapmalıdır. ³⁴⁰

İşçinin tercihini serbest zamandan yana kullanması halinde, işveren, işçinin kullanacağı serbest zamanı işin ve işyerinin gereklerine uygun olarak işçiye bildirecek ve işçinin bu hakkını kullanmasını sağlayacaktır, işçinin serbest zamanı kendisinin belirlediği bir zamanda kullanmak istemesi işverenin yönetim hakkına bir müdahaledir.

İşçiye, bayram ve genel tatil günlerinde serbest zaman kullandırılması mümkün olmadığı gibi serbest zamanın yıllık izin ile iç içe geçmesi de düşünülemez. Serbest zaman kullandırıldığı dönemde işçi ücretlerinin de tam olarak ödenmesi gerekir. Ücretin dışında kalan ikramiye, yakacak yardımı vb. ödemelerde de herhangi bir kesintiye gidilemez. İşçi serbest zamanı (FÇY. m. 6) toplu olarak kullanmak durumundadır. İşçi serbest zamanını süresi içinde kullanmamış ise, öğretide altı aylık süre geçtikten sonra da işçi isterse bunun ücretini talep edebileceği öngörülmektedir³⁴¹. İşçi, serbest zamanı kullanmadan iş sözleşmesi sona ermişse, artık serbest zaman kullanmanın bir amacı olamayacağı için, bu durumda işçiye fazla saatlerle çalışma ücreti ödenmesi gerekir³⁴². Serbest zamanın kullanılabilmesi altı aylık süre azami süreyi göstermekte olup, bu süre uzatılamamakla birlikte kısaltılması mümkündür, gerçekten, bu durumda işçi alacak hakkına daha kısa sürede kavuşacağı için böyle bir

³³⁹ Akyiğit, A.g.e., s. 23.

³⁴⁰ Eyrenci, A.g.e., s. 213, Ercan Akyiğit, “Yeni İş Yasasında Normali Aşan Çalışmalar”, TÜHİS, c. 19, s.4, Mayıs 2005, s. 22.

³⁴¹ Soyer, Fazla Saatlerle Çalışma, s. 802.

³⁴² Caniklioğlu, A.g.e., s. 244.

kararlaştırmaya olanak tanımak gerekir³⁴³.

Serbest zaman talebi bakımından üzerinde durulması gereken bir diğerk sorun ise, işçinin yaptığı fazla çalışmanın karşılığının bir kısmını ücret bir kısmını da serbest zaman olarak talep edip edemeyeceğidir.³⁴⁴ Kanunda bunu engelleyen bir düzenleme bulunmadığı gibi, bu konuda ki yetki de tamamen işçidedir. İşçinin o ay içinde yaptığı fazla çalışma karşılığının bir kısmını, ihtiyaç duyduğu oranda serbest zaman, geri kalan kısmını da ücret olarak talep etmesi esnekliğin temel amacına da uygundur³⁴⁵. Öte yandan, işçiye kullandırılan serbest zaman nedeniyle ücretinde bir indirim yapılması mümkün değildir (m. 41/5).

Fazla çalışma karşılığı olarak fazla çalışma ücreti ve serbest zaman için Kanunda belirtilen artırım oranları bu konuda alt sınırı oluşturur, fazla çalışma karşılığının miktarına ilişkin hükümler nispi emredici nitelikte olup, işçi yararına arttırılabilir. Fazla çalışmaların karşılığının, Kanunda belirlenen oranların altında bir oran ya da normal ücret üzerinden ödeneceğı yönündeki sözleşme hükümleri geçersizdir, böyle durumlarda sözleşmenin Kanunda belirlenen oranlar üzerinden kurulduğu varsayılır³⁴⁶. Artırım oranlarının üst sınırı yoktur, tarafların anlaşmasıyla, sözleşmelerle yüzde elliden az olmamak koşuluyla, herhangi bir oran kararlaştırılabilir. Fazla çalışma karşılığının hesabında Kanunda belirtilenden daha yüksek bir oran kararlaştırılırken, işçiler arasında farklı uygulamalar olmasını Yargıtay, aynı nitelikteki işçiler arasında fark gözetilmesinin adil olmayacağı noktasından hareketle doğru bulmamıştır³⁴⁷.

İş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi ile tarafların, fazla çalışma karşılığı olarak, yasal artırım oranlarından daha yüksek bir oran kararlaştırmaları halinde, bu oran, hem fazla çalışma ücretinin hem de serbest zamanın hesaplanmasında geçerli olur. Nitekim fazla çalışma karşılığı, zamlı ücret yanında, serbest zamanı da içeren bir kavramdır. Ancak sözleşmede yer alan ifade, fazla çalışma ücretinin arttırıldığı yönünde ise, bu halde de, fazla çalışma karşılığı olarak zamlı ücretin yanı sıra, serbest zamanın da arttırıldığı sonucuna varılabilecek midir?

³⁴³ Soyer, Fazla Saatlerle Çalışma, s. 803.

³⁴⁴ Canikloğlu, A.g.e., s. 186.

³⁴⁵ Eyrenci, A.g.e., s. 171.

³⁴⁶ N.Caniklioğlu, A.g.e., s. 181.; Canikloğlu, Canbolat, s. 246.

³⁴⁷ Y.H.G.K. 01 .10.1980, E.1980/1416, K. 1980/2197, Çenberci, s. 698.

Bu konuda öğretide bir görüşe göre sözleşme ile fazla çalışma karşılığı ücret artırılmışsa, işçinin kullanabileceği serbest zamanın da buna uygun olarak artırıldığını kabul etmek gerekir³⁴⁸. İkinci bir görüşe göre ise, bu şekilde bir düzenleme, sözleşmenin aksi yönde yorumuna elverişli herhangi bir durum mevcut olmadığı sürece, işçiye tanınacak olan boş zamanın da artırıldığı anlamına gelmez

Bu nedenle 1475 sayılı Kanun döneminde toplu iş sözleşmesi ile fazla çalışma ücretinin yüzde yüz zamlı ödenmesi kararlaştırılmışsa, serbest zaman imkanını getiren 4857 sayılı Kanun yürürlüğe girdikten sonra, serbest zaman talep eden işçiye yüzde elli zamlı izin verilmelidir³⁴⁹. Bu yorum, sözleşmeyle, fazla çalışma karşılığı olarak sadece serbest zamanın artırıldığı durumlar için de geçerlidir.

Sonuç olarak, sözleşmede, fazla çalışma karşılığı olarak zamlı ücret veya serbest zamandan hangisi artırılmışsa, bu artırım sadece onun için geçerli olmalıdır. Bununla birlikte, sadece zamlı ücret veya serbest zaman değil, genel olarak “fazla çalışma karşılığı” belli oranda artırılmışsa, bu düzenleme, işçiye, hem fazla çalışma ücretini hem de serbest zamanını artırımlı şekilde talep hakkı sağlar.

4.4. FAZLA ÇALIŞMA ÜCRETİNİN ÖDENMEMESİ

4.4.1. Hukuki Sonuçları

4.4.1.1. İşçinin İş görmekten Kaçınma Hakkı

İşçinin ücretinden başka geliri olmadığı düşünüldüğünde, ücretin ödenmemesinin veya ödemede gecikilmesinin birçok sosyal boyutlu sonuçlarının ortaya çıkacağı aşikardır. İş sözleşmesi, her karşılıklı borç doğuran sözleşmede olduğu gibi, taraflardan birinin edimini yerine getirmesine karşılık, diğerinin de karşı edimini yerine getirmesini gerektirir. Ancak

³⁴⁸ Eyrenci, A.g.e., s. 213.

³⁴⁹ Ekmekçi, A.g.e, s. 45.

işverenlerin bazen işçi ücretlerini düşük faizli kredi kullanmak gibi amaçlarla kasten, bazen de zorunluluk nedeni ile geç ödedikleri veya hiç ödemedikleri görülmektedir.

Fazla çalışma ücretinin ödenmesi ile ilgili olarak, Fazla Çalışma Yönetmeliğinde atıf yapılan Kanun maddelerinden biri de 34. maddedir (F.Ç.Y. m.10) Buna göre, ücreti, ödeme gününden itibaren yirmi gün içinde mücbir bir neden dışında ödenmeyen işçi, iş görme borcunu yerine getirmekten kaçınabilir. Bu nedenle kişisel kararlarına dayanarak iş görme borcunu yerine getirmemeleri sayısal olarak toplu bir nitelik kazansa dahi grev olarak nitelendirilemez (İş K. m. 34/1).

İşçinin iş görmekten kaçınma hakkını kullanabilmesinin ilk koşulu, fazla çalışma ücretinin muaccel olmasıdır. Bunun iş karşılığı ücret (kök ücret, çıplak ücret)’i kapsadığı tartışmasızdır. Fakat iş karşılığı ücret dışında, iş karşılığı olmadan yapılan (ikramiye vs. gibi) ödemeleri (sosyal ücret/ücret ekleri) de kapsayıp kapsamadığı tartışmaya açıktır.³⁵⁰ Muacceliyet için öncelikle, işçinin fazla çalışma yapmış olduğunun tespit edilmiş olması gerekir. Fazla çalışmanın tespitinde, Kanunda hafta ölçütü kriter kabul edildiğinden, bir haftalık sürenin sonunda, denkleştirme dönemi uygulanmaktaysa, denkleştirme döneminin sonunda mümkün olur. Ayrıca, fazla çalışma ücretinin ödenmesi asıl ücrete tabi olduğundan, asıl ücretin ödenmesi gereken tarihte muaccel olur. Bu nedenle, yirmi günlük sürenin başlangıcı için, fazla çalışmanın yapıldığı değil, asıl ücretin ödenmesi gereken tarih esas alınır. Hükümde ücretin gününde ödenmemesinden bahsedilmektedir, bu bağlamda ücretin kısmen veya tamamen ödenmemesinin önemi yoktur. Her iki halde de işçi bu hakkını kullanabilir. Kanunda böyle bir imkanın düzenlenmiş olması, işçinin İş K. m. 24/b. 2 uyarınca iş sözleşmesini haklı nedenle feshetme hakkını kullanmasına engel değildir.

İşçinin bu hakkını kullanabilmesinin diğer koşulu, ücret ödenmemesinin mücbir nedene dayanmamasıdır. İşveren, ücretleri mücbir nedenden dolayı ödeyemiyorsa, işçinin iş görmekten kaçınma hakkı doğmaz. Maddede yer alan mücbir sebep, işvereni borcunun ifasından alıkoyan, kaçınılamayan, önceden öngörülemeyen, kusurdan uzak, tarafların dışında meydana gelen olay olarak anlaşılmalıdır³⁵¹. Örneğin doğal afet, yangın gibi olaylar mücbir sebep olarak kabul edilebilir. Bu bağlamda işletmenin içinde bulunduğu parasal sıkıntı veya

³⁵⁰ Ercan Akyiğit, “Ücreti Geciken İşçinin Çalışmaktan Kaçınması”, LİHSGHD, s.5,c.2, 2005, s.18.

³⁵¹ Mollamahmutoğlu, A.g.e. s. 416.

ekonomik kriz öğretide bir görüşe göre mücbir sebep sayılmaz³⁵², zira bu durumda, işverenin üzerinde olması gereken işletme rizikosu işçiye yüklenmiş olur. Öğretideki bir diğer görüşe göre ise, sektörel kriz değil fakat ülke genelindeki ekonomik kriz mücbir sebep sayılmalıdır³⁵³. İşçi bu hakkını ödünç işverenin yanında da kullanabilir³⁵⁴. Buna karşılık, unutkanlık nedeniyle ödemenin gecikmesi, beklenen paranın gelmemesi gibi nedenlerle ücretin zamanında ödenememiş olmasının işçiye iş görmekten kaçınma hakkı vermeyeceği kabul edilmektedir³⁵⁵. Esas olan işverenin gerçekten ücret ödemekten kaçınmasıdır.

Mücbir neden söz konusu ise işçi çalışmaktan kaçınma hakkını kullanamaz, işverenin zorlayıcı nedenin varlığını bildirmesine rağmen çalışmaktan kaçınan işçinin bu davranışı, zorlayıcı nedenin varlığı sabit olduğu takdirde, işverene İş K.'nın 25. maddesinin 2-h bendi uyarınca iş sözleşmesini derhal fesih hakkı verir. Bu nedenle öğretide, işverenin, mücbir sebebin varlığını, ikna olacak şekilde işçiye açıklaması gerektiği savunulmaktadır³⁵⁶.

Bu düzenlemeden önce, ücretini alamayan işçinin iş görmekten kaçınma hakkı, ödemezlik def'i'nin düzenlendiği BK'nın 81. maddesine dayandırılmaktaydı³⁵⁷. O dönemde, ücret alamayan işçilere bireysel olarak iş görmekten kaçınma hakkı tanınmasına karşın, aynı durumdaki birçok işçinin, bu haklarını aynı anda kullanarak topluca işi bırakmaları, Yargıtay tarafından önce yasadışı grev olarak değerlendirilmiş, daha sonra işçilerin sadakat borcuna aykırı davranışı olarak nitelendirilmişti. Bu durumda işverenin, iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebileceği sonucuna ulaşılmıştı³⁵⁸. Bununla birlikte, Yargıtay'ın, geçmiş günlere ait işçilik hakları ödenmeyen işçinin işe devam etmesini istemenin iyi niyet ve hakkaniyet kuralları ile bağdaşmadığı yolunda verdiği kararları da vardır³⁵⁹. Öğretide, işçilerin BK.'dan kaynaklanan bir haklarını kullanmalarının, sırf aynı anda kullandıkları gerekçesiyle, grev teşkil etmeyeceği savunulmaktaydı. Yeni düzenleme ile işçilerin işi bırakmalarının toplu nitelik kazansa dahi grev olarak nitelendirilemeyeceği ayrıca belirtilerek, bu tartışmalara son

³⁵² Eyrenci, A.g.e. s. 39.

³⁵³ Kılıçoğlu, A.g.e. s. 370.

³⁵⁴ Ekmekçi, A.g.e. s. 378.

³⁵⁵ Fevzi Demir, "4857 Sayılı İş. K'nın Başlıca Yenilikleri ve Uygulamadaki Muhtemel Etkileri," Mercek, Temmuz 2003, s. 110.

³⁵⁶ Mollamahmutoğlu, A.g.e., s. 416.

³⁵⁷ Günay, A.g.e., s. 36.

³⁵⁸ Y.9. HD.19.02.1982, E.1982/643, K.1982/858, Çenberci, A.g.e., s. 663.

³⁵⁹ Y. 9. HD. 31.03.1986, E. 1986/2492, K. 1986/3578.

verilmiştir³⁶⁰. Bununla birlikte, öğretide de haklı olarak belirtildiği gibi, esas olan işçinin işi bırakmasının kişisel kararına dayanmasıdır, belirli bir örgütün veya başka kişilerin kararına uyarak, işçilerin ödenmeyen ücretleri için topluca işi bırakma girişimi bu düzenlemenin kapsamı dışında kalır³⁶¹. İdari yaptırımı olmamakla birlikte, Kanunun 34. maddesi uyarınca iş görmekten kaçınma hakkını kullanan işçilerin, bu nedenle iş sözleşmelerinin çalışmadıkları için feshedilmesi ve yerine yeni işçi alınması, bu işlerin başkalarına yaptırılması Kanunda yasaklanmıştır (İş K. m. 34/2) . Bu düzenlemeden sonra, taslakta yer alan “... ve işçiler çalışmadıkları sürece ücrete hak kazanırlar” ifadesi Kanuna geçirilmemiştir³⁶². Yargıtay bu düzenleme ile ilgili olarak “taslaktaki ifadeye Kanunda yer vermemekle, yasama organı, boşta geçen sürede ücret istenemeyeceğine dair iradesini açık olarak ortaya koymuştur, dolayısıyla, iş görme borcunu yerine getirmekten kaçınan işçi, bu süreye ait ücretini işverenden talep edemez” şeklinde karar vermiştir³⁶³. Yargıtay’ın bu kararı öğretide eleştirilmektedir. Öğretide çoğunluğun görüşü, bu ifadenin yer almamış olmasının, iş görmekten kaçındığı süre içinde, işçinin ücretinin ödenmeyeceği anlamına gelmeyeceği görüşündedir³⁶⁴. Ancak, işçinin ücrete hak kazanabilmesi farklı gerekçelere dayandırılmaktadır. Bir görüş BK. m. 81’de yer alan ödemezlik define dayandırırken³⁶⁵, başka bir görüş, işverenin, kendi edimini usulüne uygun olarak teklif etmeyerek işi kabulde temerrüde düştüğü gerekçesiyle (BK. m. 90, BK. m. 325, İş K. m. 66/c) işçinin ücrete hak kazanacağını savunmaktadır³⁶⁶.

1475 sayılı Kanun döneminde, işverenin ücret ödeme borcunu yerine getirmemesi üzerine işçinin iş görmekten kaçınma hakkını kullanabileceğini savunan görüş de, iş görmekten kaçındığı süre için işçinin ücret alacağını ortadan kalkmadığı sonucuna ulaşılmıştır³⁶⁷.

³⁶⁰ Y. 9. HD. 21.06.2004, E. 2004/3377, K. 2004/15404, Çimento İşv. 2005/1, s. 273.

³⁶¹ Süzek, A.g.e., s. 300.

³⁶² İş görmekten kaçınma ile ilgili olarak karşılaştırmalı hukuk için Bkz. Ali Güzel “İşçinin Ücretinin Ödenmemesi Nedeniyle İş Görme Edimini yerine Getirmekten Kaçınması ve Çalışmadığı Süre İçin ücret Talep Edememesi”, Karar İncelemesi, Çalışma ve Toplum, 2005/2, s. 124 vd.

³⁶³ Y. 9. HD. 10.02. 2005, E. 2004/1126, K. 2004/11275, Çimento İşveren, c. 18, s.4.

³⁶⁴ Çelik, 147.

³⁶⁵ Güzel, Karar İncelemesi, s. 140.

³⁶⁶ Akyiğit, A.g.e., s. 1407.

³⁶⁷ Centel, A.g.e., s. 371.

4.4.1.1.1. İşçinin Fesih Hakkı

İşveren işçi ücretlerini iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi hükümlerine göre hesaplayıp tam ve zamanında ödemek zorundadır. Fazla çalışma ücreti de, ücret olarak kabul edildiğinden, işçi, normal çalışma ücreti ödenmediği takdirde sahip olduğu iş sözleşmesini haklı nedenle fesih hakkına, fazla çalışma ücretinin ödenmemesi halinde de sahiptir. İş K.'ya göre, ücreti ödenmeyen işçi, süresi belirli olsun veya olmasın, iş sözleşmesini, sürenin bitiminden önce veya sonra, bildirim süresini beklemeksizin haklı nedenle derhal feshedebilir (İş K. m. 24/b, 2-e). Kanunun 34. maddesinde iş görme borcunu yerine getirmemek için öngörülen yirmi günlük bekleme süresi, işçi açısından iş sözleşmesini haklı nedenle feshetmesine engel değildir³⁶⁸. İş hayatında genellikle, fazla çalışma ücret alacağını talep eden işçilerin iş sözleşmeleri, işverenler tarafından haksız olarak feshedilmektedir. Ya da, fazla çalışma ücret alacağı, talep etmesine rağmen ödenmeyen işçi, herhangi bir yazılı bildirimde bulunmadan işyerinden fiilen ayrılmaktadır. İşçinin bu davranışı anılan düzenleme uyarınca haklı nedenle fesih halidir³⁶⁹. Yargıtay da fazla çalışma ücreti ödenmediği için iş sözleşmesini fesheden işçinin bu davranışını haklı nedenle fesih olarak kabul etmektedir³⁷⁰. Fazla çalışma ücreti ödenmeyen işçi, iş görmekten kaçınma veya haklı nedenle fesih hakkının yanı sıra, yargı yoluna başvurarak fazla çalışma ücretini talep edebilir. Fazla çalışma ücreti, asıl ücret alacağından bağımsız bir alacaktır, hukuki niteliği itibarıyla ücret alacak hakkından hiçbir farkı yoktur. Asıl ücret alacağının ödenmemesi veya eksik ödenmesi halinde sahip olduğu haklara işçi, fazla çalışma ücretinin ödenmemesi veya eksik ödenmesi halinde de sahiptir. Fer'i nitelikte olmadığından asıl ücret alacağının ihtirazı kayıt ileri sürmeksizin alınmış olması, fazla çalışma ücret alacağını sona erdirmez³⁷¹.

İşçinin ücretinin ödenmemesi iş sözleşmesine aykırılık oluşturduğundan, işçi öncelikle ücretin ödenmesi için işverene karşı bir eda davası açabilecektir, işverenin zorunlu nedenlerle de olsa işçinin ücretini ödememesi halinde işçi, İş K.'nın 24/2. maddesine göre sözleşmeyi derhal feshederek karşı tarafa ihbar tazminatı ödemekten kurtularak, koşulları

³⁶⁸ Demir, A.g.e., s. 109.

³⁶⁹ Günay, A.g.e., s. 41.

³⁷⁰ Y. 9. HD. 05.06.2002, E. 2002/2820, K. 2002/9510, YKD. C. 29, S.2, Şubat 2003.

³⁷¹ Demir, A.g.e., s. 109.

bulunuyorsa kıdem tazminatı alabilecektir. İşçi isterse çalışmaya devam ederek genel hükümlere göre, ücret alacağı için işverene karşı eda davası açarak ya da ortada bir para borcu var olduğu için ilamsız takip yoluna da giderek alacağını, faiziyle birlikte talep edebilecektir.

İşçinin bu hakkını kullanabilmesi için iş ilişkisinin sona ermesini beklemesine gerek yoktur, bununla birlikte uygulamada, iş güvencesinin tam olarak yerleşmemiş olması nedeniyle, iş ilişkisi devam ederken, işçiler, yargı mercilerine başvurmak konusunda çekingen davranmakta, işini kaybetme korkusu ile fazla çalışma ücretine ilişkin talepler genellikle iş sözleşmesinin feshi sonrasında açılan davalara konu olmaktadır³⁷².

4.4.2. Fazla Çalışma Ücretinin Faizi ve Zamanaşımı

Zamanında ödenmeyen fazla çalışma ücreti için, talep halinde faiz ödenmesi gerekir. Faiz, para alacaklısına, parasından yoksun kaldığı süre için, bir hukuki işlem veya yasa uyarınca ödenmesi gereken karşılıktır. İş hukukunda uygulanması gereken faiz oranları borcun kaynağını oluşturan sebebe göre farklılık göstermektedir. İş K.'nın 34. maddesinde, gününde ödenmeyen ücret alacaklarına, mevduata uygulanan en yüksek faiz oranının uygulanacağı hüküm altına alınmıştır (f.1). Fazla çalışma ücreti de niteliği itibarıyla ücretin bir bölümünü oluşturur, ayrıca fazla çalışma ücretinin ödenmesi ile ilgili olarak Yönetmelikte, Kanunun 34. maddesine atıf yapıldığından, gününde ödenmeyen fazla çalışma ücret alacaklarına da mevduata uygulanan en yüksek faiz uygulanır (F.Ç.Y. m.10). Yargıtay'ın da, ücret alacaklarına en yüksek banka mevduat faizi uygulanacağına, ücret kavramının, fazla çalışma ücreti, genel tatil ücreti ve hafta tatili gibi diğer ücretleri de kapsayacağına dair vermiş olduğu kararlar mevcuttur³⁷³. 1475 sayılı Kanunda işverenin ücret ödemekte temerrüde düşmesi halinde uygulanması gereken faiz hakkında bir düzenleme yer almamaktaydı. Bu nedenle o dönemde, 3095 sayılı Kanun uyarınca yasal faiz oranı esas alınmaktaydı.

Ücretin yabancı para olarak kararlaştırıldığı haller özellik arz etmektedir. Borçlar

³⁷² Günay, A.g.e., s. 36.

³⁷³ Y. 9. H.D. 27.10.2004, E. 2004/7054, K. 2004/24266, İ.B.D. c. 79, s. 2005/1, s.225,226.

Kanununa göre, yabancı para üzerinden kararlaştırılan borçlarda, borcun vadesinde ödenmemesi halinde, alacaklı, bu borcun vade veya fiili ödeme günündeki rayice göre Türk parası ile ödenmesini isteyebilir (BK. m. 83/3). Alacaklının bu konuda seçimlik yetkisi vardır. Bu tür borçlanmalarda faizle ilgili olarak 3095 sayılı Kanun hükümleri uygulanır. Buna göre, sözleşmede daha yüksek akdi veya gecikme faizi kararlaştırılmadığı hallerde, yabancı para borcunun faizinde, Devlet Bankalarının o yabancı para ile açılmış bir yıl vadeli mevduat hesabına ödediği en yüksek faiz oranı uygulanır (3095 sayılı Kanun m. 4/a-Ek:14/11/1990-3678/30 md.). Dolayısıyla ücret hangi para ile kararlaştırılmışsa, fazla çalışma ücreti için temerrüt faizi hesaplanırken, devlet bankalarının, kararlaştırılan para için mevduata uyguladıkları en yüksek faiz oranı göz önüne alınacaktır. Ancak mevduata uygulanan en yüksek faiz oranı belirlenirken, ücretin Türk parası olarak kararlaştırıldığı durumlarda bu oranı uygulayan bankanın devlet veya özel banka olması önemli değildir, yabancı para söz konusu ise sadece Devlet Bankalarının uygulamasına göre oran belirlenecektir.

Fazla çalışma ücreti, toplu iş sözleşmesinde yer alan bir düzenlemeye dayanılarak talep ediliyorsa, bu durumda toplu iş sözleşmesinden kaynaklanan bir talep söz konusu olduğundan, temerrüt faizi, Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanununun 61. maddesi uyarınca bankalarca uygulanan en yüksek işletme kredisi faizi üzerinden hesaplanır (f.1).

Nitekim bu düzenlemeye göre, toplu iş sözleşmesine dayanan eda davalarında ifaya mahkum edilen taraf, temerrüt tarihinden itibaren, bankalarca uygulanan en yüksek işletme kredisi faizi üzerinden temerrüt faizi ödemeye mahkum edilir³⁷⁴. Özel düzenleme ile belirlenen yüksek faiz yaptırımının amacı, toplu iş sözleşmesinden doğan ödeme yükümlülüğünü yerine getirmeyi ihmal eden işverenleri caydırmaaktır.

Belirtilen faiz oranının uygulanabilmesi için uyumsuzluğun toplu iş sözleşmesinde yer alan bir düzenlemeden kaynaklanması gerekir. Yargıtay'da toplu iş sözleşmesinde yer alan fazla çalışma ile ilgili hükümlerin Kanun maddesi ile paralellik arz ettiği bir olayda, faiz oranının İş K.'da belirlenen yasal faiz oranı üzerinden hesaplanması gerektiğine karar

³⁷⁴ Bununla birlikte işçi, faiz talebi ile ilgili olarak dava dilekçesindeki beyanı ile bağlıdır. Nitekim Yargıtay, dava dilekçesinde yasal faiz isteminde bulunulmuşsa, HUMK. M. 74 uyarınca en yüksek banka işletme kredisi faizi yürütülmesini hatalı bulmuştur. Y. 9. H.D. 18.09.2003, E. 2003/1942, K. 2003/14779, Çalışma ve Toplum, 2004/2, 179.

vermiştir³⁷⁵.

Temerrüt faizinin ödenmesi açısından borçlunun kusurlu olup olmadığı, alacaklının da bu geç ödemededen dolayı bir kayba ya da zarara uğrayıp uğramadığı sonuca etkili değildir. BK.'nın 103. maddesinde (ve 3095 sayılı Kanunda) öngörülen faiz, kanıtlanması gerekmeyen zararın karşılığı götürü bir tazminattır³⁷⁶. İşçinin iş görmekten kaçınma hakkının düzenlendiği Kanunun 34. maddesinde yer alan yirmi günlük süre faizin işlemesine engel olmamalıdır.

Fazla çalışma karşılığı serbest zaman talep ettikten sonra, altı aylık süre içinde kullanmayan işçinin, alacaklı temerrüdüne düştüğünü savunan bir görüşe göre, bu durumdaki işçi, serbest zamanını kullanmadan geçirdiği altı aylık süre için, ücrete dönüşen fazla çalışma karşılığına faiz yürütülmesini talep edemez³⁷⁷.

4.4.2.1. Faizin Başlangıç Tarihi

Para alacağına faiz yürütülebilmesi için borçlunun temerrüde düşürülmesi gerekir. Kural olarak, borçlu, alacaklının ihtarıyla mütemerrit olur (BK. m. 101/1). Bununla birlikte, ihtar olmaksızın borçlunun temerrüde düşeceği haller de vardır (BK. m. 101/2). Bunlar borcun ifa edileceği günün tarafların anlaşması ile belirlenmiş olduğu veya taraflardan birine bu günü belirleme hakkının tanındığı durumlardır. BK.'da yer almamakla birlikte, öğretide, ihtar yapılmasının dürüstlük kuralına (MK. m. 2) göre beklenemeyeceği hallerde de borçlunun ihtar gerekmeden mütemerrit olacağı savunulmaktadır³⁷⁸. Temerrüde düşmemiş borçlu en geç davanın açıldığı tarihte mütemerrit olur. Öğretide, faizin başlangıç tarihi olarak, İş K.'daki farklı düzenlemelerden hareketle farklı tarihler savunulmaktadır. Ödeme gününden itibaren yirmi gün içinde ücreti ödenmeyen işçinin, iş görmekten kaçınma hakkını düzenleyen Kanunun 34/1 hükmünü esas alan bir görüşe göre, bu süre işverene verilmiş bir ek süre olduğu için, mevduata uygulanacak en yüksek faizin, söz konusu yirmi günlük sürenin sonundan itibaren işlemesi gerekir³⁷⁹. Bu süreyi işverene verilmiş bir ek süre değil de, işçinin

³⁷⁵ Y. 9. H.D. 24.03.1997, E. 1996/22178, K. 1997/5678, Tekstil İşv. Haziran 1997, s.16.

³⁷⁶ Y.H.G.K, 19.06. 1996, E. 1996/5-144, K. 1996/503, Y.K.D., c,23, s.2, Şubat 1997, s.168-171.

³⁷⁷ Kılıçoğlu, A.g.e., s. 399.

³⁷⁸ M. Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Filiz, 3.b. İstanbul, 2000, s. 291.

³⁷⁹ Demir, A.g.e., s. 104.

iş görmekten kaçınma hakkının ön koşulu sayan başka bir görüşe göre, bu halde faizin ücret ödeme gününden itibaren başlaması gerekir.

Kanunun 32. maddesinin beşinci fıkrasında yer alan “İş sözleşmelerinin sona ermesinde, işçinin ücreti ile sözleşme ve Kanundan doğan para ile ölçülmesi mümkün menfaatlerinin tam olarak ödenmesi zorunludur” şeklindeki düzenlemeden hareket eden diğer bir görüş, faizin başlangıç tarihinin iş sözleşmesinin sona erdiği tarih olması gerektiğini savunmaktadır. Buna göre söz konusu düzenleme, işçinin feshe bağlı haklarının yanı sıra, iş sözleşmesinin sona erdiği son ay ücreti ve fazla çalışma ücreti dahil geçmiş zamandan ödenmeyen tüm ücret alacakları bakımından açık bir kanuni vade öngörmekte olup, sözleşme sona erdiği andan itibaren temerrüt faizi işlemeye başlar³⁸⁰.

Yargıtay, gününde ödenmeyen ücret alacaklarına faiz yürütülmesini, 1475 sayılı Kanun dönemi de dahil olmak üzere, ödeme günü yasa ya da sözleşme ile kararlaştırılmadığı haller dışında, istikrarlı bir şekilde işvereni temerrüde düşürme koşuluna bağlamaktadır³⁸¹. Yargıtay’ın bu yaklaşımı, Kanunun 32. maddesinde açıkça kanuni vade öngörüldüğünü savunan görüş tarafından, eleştirilmektedir³⁸². Yargıtay, söz konusu düzenlemeyi, kıdem tazminatı açısından kanuni vade olarak kabullenirken, ücret alacakları açısından, temerrüde düşürülmeden, tahakkuk tarihinden itibaren fazla çalışma ücretine hükmedilmesini hatalı kabul etmektedir³⁸³. Toplu iş sözleşmelerinde ya da iş sözleşmelerinde ücret ödeme günü açıklıkla belli edilmişse, ancak bu hallerde Yargıtay, BK.’nın 101. maddesine göre faizin belirtilen tarihten itibaren başlayacağını kabul etmektedir³⁸⁴, yani kanunda ödeme gününün belirtilmiş olmasını, işverenin temerrüde düşmesi için tek başına yeterli görmemektedir. Başka bir görüşe göre de, gününde ve tam olarak ödenmeyen fazla çalışma ücretleri için temerrüt faizi istenebilmesi, işverene bu konuda ihtar çekilmesi koşuluna bağlı olmamalıdır. İş sözleşmesi düzenlenirken, ücret ödeme günü kararlaştırılmışsa, ücret en geç ayda bir ödenmesi gerektiğinden (İş K. m. 32/5), bir ayın dolmasıyla işveren ihtar olmaksızın temerrüde düşmelidir, söz konusu hüküm emredici niteliktedir. Ayrıca, “gününde ödenmeyen ücretler” için mevduata uygulanan en yüksek faiz oranının uygulanmasını hüküm altına alan

³⁸⁰ Ömer Ekmekçi, Karar İncelemesi, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2004/2, 93 vd.

³⁸¹ Y. 9. H.D. 19.02.2004, E. 2003/13534, K. 2004/2744, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2004/2, s. 93.

³⁸² Ekmekçi, Çalışma ve Toplum Dergisi, s. 97- 98.

³⁸³ Y. 9. H.D. 04.04.2000, E.2000/2442, K.2000/4720, Günay, A.g.e., s. 2543.

³⁸⁴ Y. 9. H.D.18.10.2004, E.2004/5536, K. 2004/23358, Kılıçoğlu, A.g.e., s. 369.

İş K.'nın 34. maddesinin ifadesi de bu yorumu destekler niteliktedir. Ücretin başlangıç tarihinin yanı sıra, ek davaya konu talebe uygulanacak faiz de uygulamada sorun yaratan başka bir konu olmuştur. Yargıtay'ın, faizin uygulanabilmesi için işverenin temerrüde düşürülmesini benimsediğini, aksi halde, dava tarihinden itibaren faiz uyguladığını belirtmiştik. Islah yoluyla istenen, fazla çalışma ücreti dahil, bakiye ücret alacaklarına, başlangıçta dava tarihinden itibaren faiz uygulayan Yargıtay³⁸⁵, daha sonra Hukuk Genel Kurulu'nun 03.07.2002 gün ve 2002/564-572 sayılı kararını benimseyerek, ıslah tarihinden itibaren faiz yürütmeye karar vermiştir. 1475 sayılı Kanunda faiz konusunda özel bir düzenleme olmadığından, ücret alacakları için faiz oranı yasal faiz olarak hesaplanmaktaydı³⁸⁶.

4.4.2.2. Fazla Çalışma Ücretine Dair Zamanaşımı

İş K.'nın 32. maddesinin son fıkrasına göre ücret alacaklarında zamanaşımı süresi beş yıldır. Normal çalışma ücretinin ödeme esaslarına tabi tutulduğu için (F.Ç.Y. m. 10), fazla çalışma ücret alacağı da beş yıllık zamanaşımı süresine tabidir. 1475 sayılı Kanunda konu ile ilgili olarak bir düzenleme yer almamaktaydı, bu nedenle zamanaşımı, BK.'nın 126. maddesine göre beş yıl olarak tespit edilmişti.

Zamanaşımı süresinin başlangıcı alacağın muaccel olduğu tarihtir (BK. m. 128). Ücret ödeme tarihinden itibaren, fazla çalışma ücreti alacağı için de beş yıllık zamanaşımı süresi işlemeye başlar. Kanunun 34. maddesinde yer alan yirmi günlük süre zamanaşımının başlamasını engellemez³⁸⁷. İş ilişkisinin devam ediyor olması da zamanaşımının başlamasına engel değildir³⁸⁸. İşçiler iş ilişkisi devam ederken de fazla çalışma ücretlerini isteyebileceklerinden, zamanaşımının durması veya kesilmesi söz konusu olmaz. Zamanaşımı konusunda işverenin iyi niyeti önem arz etmez, bununla birlikte öğretide, dürüstlüğe aykırı olarak ileri sürülen zamanaşımı definin MK. m.2 hükmünce reddedilmesi gerektiği

³⁸⁵ Y. 9.H.D. 12.02.2002, E.2001/16965, K. 2002/2664, YKD., c.30, s. 9, Eylül 2004, s. 1381-1383.

³⁸⁶ S. Caniklioğlu, A.g.e. s. 129.

³⁸⁷ Kılıçoğlu, A.g.e. s 362.

³⁸⁸ Çelik, A.g.e. s 141.

savunulmaktadır³⁸⁹. Temerrüt faizinde değinilen, işverenin temerrüde düşürülmesi hali, zamanaşımı için söz konusu değildir, alacağın muaccel ve talep edilebilir olması zamanaşımının başlaması için yeterlidir. Her fazla çalışma ücreti için zamanaşımı süresi muaccel olduğu tarihte ayrı ayrı başlar ve ayrı ayrı hesaplanır. Dava açıldığı tarihten itibaren geriye doğru hesaplanan beş yıldan önceki süre içinde muaccel olan fazla çalışma ücreti alacakları zamanaşımına uğrar³⁹⁰. Zamanaşımının kesilmesi açısından BK.'nın 133. maddesinde sayılan nedenler, fazla çalışma ücret alacağı için de geçerlidir. Zamanaşımının kesilmesi açısından sayılan bu nedenler sınırlı sayıda olduğundan işçi alacağı için alınan tedbir kararı, zamanaşımını kesen bir sebep olarak kabul edilmemektedir³⁹¹.

Fazla çalışma ücretinin ödenmesine ilişkin yükümlülükler aykırılığın cezai yaptırımı, Kanunun 102. maddesinin © bendinde düzenlenmiştir. Buna göre fazla çalışmalara ilişkin ücreti ödemeyen işveren veya işveren vekiline, bu durumda olan her işçi için yüz milyon lira para cezası verilir, bu ceza nispi nitelikte bir idari para cezasıdır³⁹².

Hükümde açıkça fazla çalışma ücretinin ödenmemesi halinde yaptırım öngörülmuş, fazla sürelerle çalışmaya ilişkin ücretin ödenmemesi konusunda yaptırım getirilmemiştir. Bentte, fazla çalışma ücretinin ödenmemesine ilişkin olarak, fazla saatlerle çalışma ifadesine de yer verilmemiştir. Cezaların kanuniliği ilkesi gereğince, işveren veya işveren vekili, sadece fazla çalışma ücretinin ödenmemesinden sorumlu tutulmuştur.³⁹³

4.4.3. Serbest Zaman Kullandırma Yükümlülüğüne Aykırı Davranmanın Sonuçları

Süresi içinde başvurmuş olmasına rağmen, altı aylık süre, içinde herhangi bir nedenle işçi, serbest zaman hakkını kullanmamışsa, işçinin fazla çalışma karşılığı ortadan kalkmaz. Bununla birlikte bu süreden sonra, işçiye kendiliğinden serbest zaman kullanma hakkı tanımak iş hukuku sistemine uygun değildir³⁹⁴. Bu çözüm yolu işyerindeki organizasyonu ve

³⁸⁹ Çenberci, A.g.e. s. 704.

³⁹⁰ Y. 9. HD. 18.02.2003, E. 2003/724, K. 2003/1815, LİHSGHD., 3/2004, 1072, 1073.

³⁹¹ Çenberci A.g.e. s.703.

³⁹² Nurşen Caniklioğlu/Talat Canbolat, “4857 Sayılı İş Kanununda Para Cezasına Bağlanan Yükümlülükler ve Bu Para Cezalarının Özellikleri”, Yargıç Resul Aslanköylü’ye Armağan, Kamu-İş, c.7, s.3, 2004, s. 221 vd. 245.

³⁹³ N.Caniklioğlu ve Canbolat, A.g.e., s. 245.

³⁹⁴ N. Caniklioğlu, Çalışma Süreleri, s. 185.

işin işleyişini bozarak daha ağır sonuçların ortaya çıkmasına neden olabilir. İşçinin iş mahkemesinde serbest zaman kullanacağı zamana ilişkin bir karar alması da uygulama kabiliyeti olan bir durum değildir³⁹⁵. Bu nedenle öğretide bir görüş, süresi içinde serbest zaman kullandırılmaması halinde, bu hakkın fazla çalışma ücret alacağına dönüştüğünü kabul etmektedir. Başka bir görüşe göre ise, işçinin serbest zaman hakkı ortadan kalkmaz, işçi daha sonra da bu haktan yararlanabilir, fakat işçiye bu durumda serbest zaman yerine zamlı ücret talep hakkı da tanınmalıdır, zira altı ay geçtikten sonra işçinin serbest zaman ihtiyacı ortadan kalkmış olabilir. Bir diğer görüşe göre de, altı aylık süre içinde bu hakkını kullanmaktan işçiye alıkoyan nedenler (uzun süreli hastalık, grev, lokavt, işçiye ya da işyerini etkileyen zorlayıcı nedenler) söz konusu ise, altı aylık sürenin bu nedenlerden ötürü işlemediğini kabul etmek gerekmektedir.

Süresi içinde serbest zaman kullandırmayan işverenin bu çalışmalar karşılığı ücret ödemesi durumunda, eğer bu durumun sebebi işverenden kaynaklanıyorsa gecikme faizi ödenmelidir³⁹⁶. Ücretin ödenmemesi durumunda olduğu gibi, serbest zamanın kullandırılmaması durumunda da işçi, iş sözleşmesini haklı nedenle fesih hakkına da sahiptir.

Yapmış olduğu fazla çalışmalar için işçiye hak ettiği serbest zamanı altı ay içinde kullandırmayan işveren veya işveren vekiline, bu durumda olan her işçi için yüz milyon lira para cezası verilir (İş K. m. 102/1-c). Bu ceza da nispi nitelikte bir idari para cezasıdır³⁹⁷.

³⁹⁵ N. Caniklioğlu, A.g.e., s. 185.

³⁹⁶ Akyiğit, A.g.e., s. 1530.

³⁹⁷ N.Caniklioğlu ve Canbolat, A.g.e., s. 245.

BEŞİNCİ BÖLÜM

FAZLA ÇALIŞMANIN SINIR VE YASAKLARI

İş mevzuatında işçinin sağlığı, güvenliği ve sosyal yaşamı göz önünde bulundurularak fazla çalışmalar için bazı sınır ve yasaklar öngörülmüştür. Bu bölümde öncelikle, fazla çalışma sınırları olarak, günlük, haftalık ve yıllık süre sınırları, fazla çalışma yasakları olarak da, fazla çalışma yaptırılması yasak olan işler ve işçiler incelenecektir. Son olarak da, fazla çalışmaya ilişkin yükümlülöklere aykırı davranılmasının hukuki ve cezai sonuçları ele alınacaktır.

5.1. FAZLA ÇALIŞMA SÜRESİNE AİT SINIRLAR

Olağan fazla çalışmalarda, günde, haftada ve yılda yapılabilecek fazla çalışma süresinin üst sınırı konusunda 4857 sayılı İş K. sadece yıllık üst sınırla ilgili olarak açık bir hüküm getirmiştir, buna göre bir işçinin fazla çalışma süresinin toplamı, bir yılda iki yüz yetmiş saatten fazla olamaz. Fazla Çalışma Yönetmeliğinde de aynı hüküm tekrarlandıktan sonra, bu sınırın, işyerlerine veya yürütölen işlere değil, işçilerin şahıslarına ilişkin olduğu belirtilmiştir. Günlük ve haftalık fazla çalışma üst sınırları hakkında açık bir düzenleme yoktur. Böyle bir düzenlemenin yer almamış olması, işçiye bir gün veya hafta içinde sınırsız süreyle fazla çalışma yaptırılabilceğı anlamına gelmez. İşçinin sağlığının ve sosyal yaşamının korunabilmesi için bu sınırlara ihtiyaç vardır. Öğretide, yorum yoluyla bu sınırlar tespit edilmiş olmakla birlikte, Kanunun getirdiğı yeniliklerden haftalık çalışma süresinin iş günlerine farklı şekilde dağıtılma imkanı ve denkleştirme dönemi uygulamaları, bir gün ve hafta içinde yapılabilecek fazla çalışmanın azami miktarının da değişken olmasına neden olmaktadır.

Fazla çalışmaya ilişkin sınırlar, işçilerin şahıslarıyla ilgili olduğundan, işyerinde toplam çalışılan süre ile bir ilişkisi yoktur. İşyerinde vardiyalı çalışılmak suretiyle, haftanın her günü yirmidört saat üretim yapılmasına bir engel yoktur. Aşağıda açıklamaya

çalışacağımız süreye ilişkin sınırlar sadece olağan fazla çalışmaya ilişkin olup, zorunlu nedenlerle veya olağanüstü hallerde yapılacak fazla çalışmalar için geçerli değildir.

5.1.1. Yıllık Üst Sınır

Fazla çalışma süresi ile ilgili olarak Kanunda düzenlenen tek sınır, yıllık üst sınırdır. Bir yıl içinde yapılabilecek fazla çalışmaların, Kanunla belirlenmiş maksimum tutarı, yıllık üst sınırı belirler. Buna göre, bir işçinin fazla çalışma süresinin toplamı bir yılda iki yüz yetmiş saatten fazla olamaz (İş K. m.41/8). Fazla Çalışma Yönetmeliğinde de aynı hüküm tekrarlandıktan sonra, bu sınırın, işçilerin şahıslarına ilişkin olduğu belirtilmiştir (F.Ç.Y. m.5/1). 1475 sayılı Kanunda yıllık üst sınır açıkça belirtilmemiş olmakla birlikte, günde en çok üç saatten, yılda en çok doksan gün fazla çalışmaya izin verildiğinden, yıllık üst sınır ($3 \times 90 = 270$) iki yüz yetmiş saat olmaktadır (1475 sayılı K. m. 35/1-a, b). Dolayısıyla 4857 sayılı Kanun, fazla çalışmanın yıllık üst sınırı konusunda 1475 sayılı Kanundan farklı bir düzenleme getirmiş değildir.

Her bir işçinin şahsına ilişkin olarak tespit edilen iki yüz yetmiş saatlik yıllık üst sınır, sözleşmelerle kısaltılabileceği gibi yıl içindeki dağılımı farklı şekillerle belirlenebilir³⁹⁸.

Hükümde “fazla çalışma süresinin toplamı bir yılda iki yüz yetmiş saatten fazla olamaz” ifadesi kullanıldığı için, getirilen süre sınırlaması sadece fazla çalışmaya ilişkindir. Fazla sürelerle çalışmalar için bu süre sınırı uygulanamaz çünkü, fazla sürelerle çalışmalar için üst sınırı, işçinin kırk beş saatin altında belirlenen normal haftalık çalışma süresiyle, kırk beş saat arasındaki süre farkı belirler³⁹⁹.

Fazla çalışmalar için yıllık üst sınırı belirleyen “yıl” sözcüğünün başlangıcı konusunda tartışmalar olmakla birlikte, söz konusu bir yıllık sürenin fazla çalışmanın başladığı günden itibaren hesaplanması doğru olacaktır⁴⁰⁰. 1475 sayılı Kanun döneminde, bu kanuna dayanılarak çıkarılan Fazla Çalışma Tüzüğünde, Kanunda yer alan yılda doksan günlük sınırlamanın, fazla çalışmaya başladığı tarihten itibaren bir yıllık süre içinde uygulanacağı

³⁹⁸ Eyrenci, A.g.e. s. 212.

³⁹⁹ Eyrenci, A.g.e., s. 212.

⁴⁰⁰ Ekmekçi, A.g.e., s. 65.

öngörülmüştü (m.2/2). Diğer bir görüş ise, iki yüz yetmiş saatlik sınırın takvim yılı esas alınarak uygulanacak bir ölçü olduğunu savunmaktadır ⁴⁰¹. Fazla Çalışma Yönetmeliğinde yer alan, fazla çalışma için işçinin her yılbaşında onayının alınması gereğini düzenleyen hükmü (m.9/2) karşısında, takvim yılının esas alınması gerekir, ayrıca bu durum uygulama kolaylığı da sağlayacaktır.

5.1.2. Günlük ve Haftalık Üst Sınır

4857 sayılı İş Kanunu, fazla çalışmanın haftalık sınırı konusunda, bununla beraber, işçinin günlük normal çalışma süresinin üzerinde, ne kadar süreyle fazla çalışma yapacağına dair bir sınır belirtmemiştir. Yönetmelikte de bu yolda bir düzenleme yer almamaktadır. Öğretide bir görüş, Kanunun, çalışma sürelerine ilişkin 63. maddesinde öngörülen günde on bir saati aşmama koşulunun, fazla çalışmaları da kapsadığını savunmaktadır⁴⁰². Bu düzenlemeye göre, tarafların anlaşması ile haftalık normal çalışma süresi, işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine, günde on bir saati aşmamak koşulu ile farklı şekilde dağıtılabilir (İş K. m. 63/2).

Bu nedenle, gerek denkleştirme döneminin uygulandığı durumlarda, gerekse haftalık çalışma süresinin iş günlerine eşit olarak paylaştırıldığı durumlarda, işçinin bir günlük çalışma süresi, fazla çalışmalar da dahil olmak üzere on bir saati aşamaz. İş K. taslağının bu düzenlemeyi içeren 63. maddesinin hükümet gerekçesinde de, AB'nin 93/104 sayılı direktifine atıfla, fazla çalışmalar da dahil olmak üzere bir işçinin günde en fazla on bir saat çalıştırılabileceği belirtilmiştir.

Günlük on bir saatlik sınırın sadece normal çalışmalar için getirildiğini savunan karşıt görüşe göre bu sürenin üzerinde fazla çalışma mümkün olmalıdır ⁴⁰³. Bununla birlikte bu görüş de on bir saatlik çalışma süresi ve bir saatlik ara dinlenmesi ile toplam on iki saat boyunca işyerinde bulunan ve ertesi gün de aynı şekilde çalışacak işçiye, bir de fazla çalışma yaptırılmasının, işçinin sağlığı ve sosyal yaşamı açısından sakıncalı olduğunu kabul

⁴⁰¹ Eyrenci, A.g.e, s. 44.

⁴⁰² Caniklioğlu, Çalışma Süreleri, s. 173.

⁴⁰³ Mehmet Uçum, Yeni İş Kanunu Seminer Notları, Legal Yayıncılık Seminer Serisi, 1 Eylül 2003, s. 79.

etmektedir. Bu gerekçeyle, işçinin ruhsal ya da fiziksel bir tehlikeyle karşılaşmaması için zorlayıcı ve olağanüstü haller hariç, yoğunlaştırılmış iş haftasında işçiye fazla çalışma yaptırmamak gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır.

Sonuç olarak, haftalık çalışma süresinin haftanın çalışılan günlerine eşit olarak dağıtılması durumunda, haftada beş gün çalışılan işyerlerinde günde (11-9=) 2 saat, altı gün çalışılan işyerlerinde (11-7,5=) 3,5 saat, cumartesi günü kısmen çalışılan işyerlerinde ise, bu süre 45 saatten çıkarıldıktan sonra bulunacak rakamın beşe bölünmesi sonucu ulaşılan günlük çalışma süresinden, on bir saat sınırına kadar olan süre, günlük çalışma süresinin üst sınırı olarak kabul edilmelidir. Denkleştirme döneminin uygulandığı durumlarda günlük fazla çalışmanın üst sınırına geçmeden önce, fazla çalışma için haftalık üst sınırın tespit edilmesi gerekir. Çünkü haftalık üst sınır, denkleştirme döneminin uygulandığı hallerde, aynı zamanda günlük üst sınırın da belirleyicisi olacaktır.

Bir hafta içinde ne kadar süreyle fazla çalışma yapılabileceğine ilişkin bir sınırın Kanunda ve yönetmelikte yer almadığını belirtmiştik. Oysa Bilim Komisyonu tarafından hazırlanan tasarıda (m.65/a f.3); gerekse Hükümet tasarısının Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler Komisyonu tarafından aynen kabul edilen metninde (m.63/3) ortalama çalışma süresinin, fazla çalışmalar da dahil olmak üzere, haftada kırk sekiz saati aşamayacağı öngörülmüştü. Ancak kanunlaşma sürecinde bu düzenleme çıkarılarak, yerine yıllık üst sınır olarak iki yüz yetmiş saat getirilmiştir. Tasarıda yıllık üst sınıra ilişkin herhangi bir hüküm yer almamaktaydı. Haftalık ortalama üç saatten, yılda en fazla (52x3=)156 saat fazla çalışma yapılabileceği sonucuna dolaylı olarak ulaşılıyordu.

Mevcut düzenlemede bir haftalık süre içinde yapılabilecek fazla çalışmalar için süre sınırı yer almamaktadır. Bu nedenle bir hafta içinde, işçinin, en fazla ne kadar süre ile fazla çalışma yapabileceği, haftalık çalışma süresi veya yoğunlaştırılmış iş haftası uygulamalarına göre farklılık arz edecektir. Sonuç olarak, yedi günlük bir zaman dilimi içinde ortalama çalışma süresinin, fazla çalışmalar da dahil olmak üzere kırk sekiz saati aşamayacağını öngören 93/104 sayılı AB Yönergesinin m.6/2 hükmü ile de uyumsuzluk ortaya çıkmıştır.

İş K.'nın 41/8. maddesinde fazla çalışmanın “bir yılda iki yüz yetmiş saatten fazla” olamayacağının açıklanmasıyla yetinilip işçinin günlük normal çalışma süresinin üzerinde ne

kadar süreyle iş göreceğinin sınırı gösterilmediğinden yasa kurallarını açıklama işlevi bulunan yönetmelikle bir sınırlama getirilmesi de hukuken doğru değildir. Gerçekten de normlar hiyerarşisinde yasa ile yapılacak bir düzenlemenin yönetmeliğe bırakılamayacağında kuşku yoktur. Kaldı ki İş K.'ya ilişkin Ç.S.Y.'nin 4. maddesinde Kanuna uygun olarak günlük çalışmanın sınırı olan 11 saate ilişkin düzenleme, 4857 sayılı İş K.'nın 63. maddesindeki hükmün tekrarıdır. Sonuç olarak, işçi günde on bir saatten, bir hafta içinde altmışaltı saat çalıştırılabilir. Bu durumda, haftalık fazla çalışma süresinin üst sınırı $(66-45=)21$ saattir. Mevcut düzenleme karşısında, denkleştirme döneminin uygulandığı bir durumda işçi, iki aylık denkleştirme dönemi içinde haftada 66 saatten $(66 \times 8=)528$ saat çalıştırılarak, normal çalışmasının $(528-[45 \times 8]=)168$ saat üzerinde fazla çalışma yapabilir. Bu ise, yılda yapılmasına izin verilen 270 saatlik fazla çalışma süresinin yarısından fazlasının iki aylık denkleştirme dönemi içinde tüketilmesi anlamına gelir. Denkleştirme döneminin toplu iş sözleşmeleri ile dört aya kadar arttırılabileceğini düşünürsek, yıllık 270 saatlik fazla çalışma süresinin tamamının bu süre içinde kullanılabilme olanağı vardır ki, böylesi bir uygulama işçinin hem fiziksel hem de sosyal anlamda korunması ilkesiyle uyusmamaktadır.

Taslakta yer alan, haftalık çalışma süresinin kırk sekiz saati aşmayacağına dair düzenleme Kanunda yer almış olsaydı, denkleştirme dönemi içinde en fazla $(3 \times 8=)24$ saat fazla çalışma yaptırılabilirdi. Bu süre ise, mevcut düzenleme ile denkleştirme döneminde yapılmasına izin verilen fazla çalışma süresinden 144 saat daha azdır.

5.2. FAZLA ÇALIŞMA YASAKLARI

5.2.1. Fazla Çalışma Yapılamayacak İşler

5.2.1.1. Sağlık Kuralları Bakımından Günde Ancak Yedi Buçuk Saat veya Daha Az Çalışması Gereken İşler

İş K.'nın 63. maddesinin son fıkrasında yazılı sağlık nedenlerine dayanan kısa veya sınırlı süreli işlerde fazla çalışma yaptırılması yasaktır (İş K. m. 41/6). Aynı yasadaki Yönetmelikte de tekrarlanmaktadır. Buna göre “63. maddenin son fıkrası uyarınca sağlık

kuralları bakımından günde ancak 7,5 saat ve daha az çalışması gereken işlerde fazla çalışma yapılamaz” (F.Ç.Y. m. 7/1-a).

Kanunun 3. maddesinin son fıkrasına göre sağlık kuralları bakımından günde ancak yedi buçuk saat ve daha az çalışması gereken işler, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı ile Sağlık Bakanlığı tarafından müştereken hazırlanacak bir yönetmelikle düzenlenir. Böyle bir düzenlemeyi Kanunun yönetmeliğe bırakmasının nedeni, işçinin sağlığı nedeniyle çalışma sürelerinin sınırlandırılması gereken bu işlerin Kanunda düzenlemeye elverişli olmayacak kadar fazla sayıda olmasıdır. Bu nedenle m.63 uyarınca Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından müştereken, Sağlık Kuralları Bakımından Günde Ancak Yedi buçuk Saat veya Daha Az Çalışması Gereken İşler Hakkında Yönetmelik hazırlanmıştır. Yönetmelikte, bir işçinin günde ancak yedi buçuk saat çalıştırılabileceği (m.4) ile günde yedi buçuk saatten daha az çalıştırılması gereken işler ve bunların her birinde en çok kaç saat çalıştırılacağı (m.5) belirtilmiştir. Yönetmelikte bu işler, çalışılan madde itibarıyla solunması, dokunulması insan metabolizmasına zarar veren kurşun ve arsenik, cam, cıva, çimento, asit sanayi vb. işler ile çinko, bakır, demir ve çelik gibi ağır metallerin işlendiği sanayi işleri olarak uzun bir liste halinde sayılmıştır.

Yönetmelikte, yönetmelik kapsamındaki işlerde fazla çalışma yapılamayacağı ayrıca belirtilmiştir (m.7). Bununla birlikte, Yönetmelik kapsamına giren bu işlerde çalıştırılan işçiler, işin niteliğine göre belirlenen günlük en çok iş sürelerinden sonra diğer herhangi bir işte de çalıştırılmazlar (m.6). Dolayısıyla, Yönetmelikte belirtilen işlerden birinde çalışan işçi, bir gün içinde, o iş için belirlenen süreden daha fazla çalıştırılamayacağı gibi, bu süre dolduktan sonra, yönetmelik kapsamında olmayan başka bir işte çalıştırılmaya devam edilemez.

Yönetmelikte, sayılan işlerden herhangi birini veya birkaçını sürekli olarak veya zaman zaman yaptıran işverenler için, bu işlerin çeşit ve niteliklerini, yapılma zamanlarını, anılan işlerde çalıştırdıkları işçilerin erkek ve kadınlar ayrı ayrı gösterilmek suretiyle sayılarını, işin yürütüldüğü yerin bağlı bulunduğu Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Bölge Müdürlüğüne yazılı olarak bildirme yükümlülüğü getirilmiştir (m.8). İşyerlerinde yapılan işlerin Yönetmelikte sayılan işlerden olup olmadığına ilişkin itirazlar ile başvurular, kullanılan maddelerin özellikleri, uygulanan teknoloji ve alınan teknik ve idari toplu koruma

önlemleri de göz önünde bulundurulmak ve Sağlık Bakanlığının görüşü alınmak suretiyle Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından karara bağlanır (m.9).

5.2.1.2. Gece İşleri

İş K. 69. madde uyarınca “gece”, en geç saat 20.00’de başlayarak, en erken saat 06.00’ya kadar geçen ve her halde en fazla on bir saat süren dönemdir (İş K. m.69/1). Bu tanıma göre, gece sayılan dönemde ifa edilen işlerde fazla çalışma yapılamaz (İş K. m. 41/6). Aynı yasak Fazla Çalışma Yönetmeliğinde de tekrarlanmıştır. Bununla birlikte, Yönetmelikte, gündüz işi sayılan çalışmalara ek olarak Yönetmelikte öngörülen fazla çalışmaların gece döneminde yapılabileceği ayrıca belirtilmiştir (m.7/1-b). AB’nin 93/104 sayılı Yönergesinin giriş bölümünde de insan organizmasının özellikle geceleri çevre bozukluklarına ve belirli ağır çalışma koşullarına karşı çok daha fazla duyarlı olduğu gerekçesiyle, gece çalışmalarının süresi ve fazla çalışma sürelerinin sınırlandırılması gerektiği belirtilmiştir. Kanun aynı zamanda, bazı işlerin niteliğine ve gereğine göre yahut yurdun bazı bölgelerinin özellikleri bakımından, çalışma hayatına ilişkin “gece” başlangıcının daha geriye alınması veya yaz ve kış saatlerinin ayarlanması, yahut gün döneminin başlama ve bitme saatlerinin belirtilmesi suretiyle birinci fıkradaki hükmün uygulama şekillerini tespit etmek yahut bazı gece çalışmalarına herhangi bir oranda fazla ücret ödenmesi usulünü koymak veyahut gece işletilmelerinde ekonomik bir zorunluluk bulunmayan işyerlerinde işçilerin gece çalışmalarını yasak etmek üzere yönetmelikler çıkarılabileceğini de öngörmüştür (m.69/2). Ancak konu ile ilgili bir düzenleme henüz yapılmamıştır. 1475 sayılı Kanun döneminde de aynı yönde, Çalışma Bakanlığı’nca tüzükler hazırlanabileceği öngörülmüştü (m.65/2); ancak yürürlük süresi boyunca herhangi bir çalışma yapılmamıştı. 4857 sayılı Kanun döneminde, konu ile ilgili olarak düzenleme yapılmıyaya kadar, 1475 sayılı Kanun döneminde olduğu gibi, gece döneminin akşam saat 20.00 ile sabah saat 06.00 arasında on saatlik bir süre olduğu kabul edilmektedir. Gece döneminde iş ilişkisine konu olan çalışma süresi “gece çalışması” dır. Bir işçinin çalışması hem gece hem de gündüz saatlerine rastlayabilir. Bu halde işçinin yaptığı çalışmanın gece mi, yoksa gündüz çalışması mı olduğunun tespiti gerekir. İş K. m. 76/2 uyarınca çıkarılan

Yönetmelikte ⁴⁰⁴, çalışma süresinin yarısından çoğu gündüz dönemine rastlayan işçi bu çalışmasına ek olarak gece döneminde fazla çalışma yapabilir. Gece ve gündüze rastlayan çalışma sürelerinin eşit olması halinde, gece çalışmasına uygulanan, iş sağlığını koruyucu hükümler göz önünde bulundurularak, işçi yararına yorum ilkesi uyarınca, işin gece işi olduğu kabul edilmektedir⁴⁰⁵. Kadın işçilerin gece postalarında çalıştırılma koşullarını düzenleyen Yönetmelikte,⁴⁰⁶ kadın işçilerin ne şekilde olursa olsun gece postasında yedi buçuk saatten fazla çalıştırılmayacakları hüküm altına alınmıştır (m.5). Bu nedenle, çalışma süresinin yarısından fazlası gündüz dönemine rastladığı için, çalışması esas itibarıyla gece çalışması sayılmayan kadın işçiye fazla çalışma yaptırılmayacaktır.

Kanunun 69. maddesinde, işçilerin gece çalışmalarının yedibuçuk saati geçemeyeceği hüküm altına alınmıştır (f.3)⁴⁰⁷. 4857 sayılı Kanun fazla çalışmayı hafta kriterini esas alarak tespit ettiğinden, denkleştirme dönemi uygulamasının söz konusu olduğu durumlarda, günlük onbir saate kadar çalıştırılabilmesine karşılık, işçinin bir haftalık süre içinde yaptığı çalışma kırkbeş saati aşmıyorsa fazla çalışma sayılamayacaktır.

5.2.1.3. Yer Altı ve Su Altında Yapılan İşler

Fazla çalışmanın yasaklandığı işlerden bu son grup, Fazla Çalışma Yönetmeliğinde düzenlenmiştir. Buna göre, maden ocakları, kablo döşemesi, kanalizasyon, tünel inşaatı gibi işlerin yer ve su altında yapılanlarında fazla çalışma yapılamaz (m.7/1-c). Hükümde geçen “gibi” ifadesinden de anlaşıldığı üzere, fazla çalışmanın yasaklandığı bu işler maddede sayılanlarla sınırlı değildir. Aynı nitelikteki, yer ya da su altında yapılması gereken başka işlerde de fazla çalışma yapılması yasaktır. Sağlık Kuralları Bakımından Günde Ancak Yedibuçuk Saat veya Daha Az Çalışılması Gereken İşler Hakkında Yönetmelikte de, maden ocakları işleri (elementer cıva bulunduğu saptanan cıva maden ocakları hariç) kanalizasyon ve tünel yapımı gibi yer altında yapılan işlerde günlük çalışma süresinin yedibuçuk saatten

⁴⁰⁴ Postalar Halinde İşçi Çalıştırılarak Yürütülen İşlerde Çalışmalara İlişkin Özel Usul ve Esaslar Hakkında. Yönetmelik, RG. 07.04.2004, 25426.

⁴⁰⁵ Çelik, A.g.e., s. 304.

⁴⁰⁶ Kadın İşçilerin Gece Postalarında Çalıştırılma Koşulları Hakkında Yönetmelik, RG. 09.08.2004, 25548.

⁴⁰⁷ Haftalık İş Günlerine Bölünemeyen ÇSY.’de de gece çalışmalarının yedi buçuk saati aşamayacağı hüküm altına alınmıştır (m.6/1-a).

fazla olamayacağı hüküm altına alınmıştır (m.4/1-s).

Bu grupta sayılan işlerin, yer ve su üstünde yapılan kısımlarında fazla çalışma yapılması olanağı vardır. Örneğin, bir kanalizasyon çalışmasında, döşenecek boruları çalışmanın yapıldığı yere getiren şoförler veya bir tünel inşaatında, tünelden çıkan atıkları oradan uzaklaştırmakla görevli işçiler fazla çalışma yasağına tabi değildirler.

Burada bir diğer sorun da, yer altında çalışan işçiye, buradaki normal çalışma süresini tamamladıktan sonra yer üstünde bir işte fazla çalışma yaptırılıp yaptırılamayacağıdır. Yer veya su altında çalışan bir işçi, yüksek basınç, yetersiz güneş ışığı ve oksijen nedeniyle, diğer işlerde çalışan işçilere oranla daha fazla yorulur ve yıpranır. Bu nedenle işçinin, sağlığı açısından, normal çalışma süresinden sonra, yer üstünde dahi olsa başka bir işte çalıştırılmaması gerekir. Nitekim fazla çalışmanın yasaklandığı, sağlık kuralları bakımından günde ancak yedibuçuk saat veya daha az çalışması gereken işlerde çalıştırılan işçilerin, günlük en çok iş sürelerinden sonra, diğer herhangi bir işte çalıştırılmalarını yasaklayan düzenleme ile gece işlerinde çalışma süresini günde yedibuçuk saatle sınırlayan düzenleme de bu sonuca uygundur.

5.2.2. Fazla Çalışma Yaptırılamayacak İşçiler

5.2.2.1. 18 Yaş Altı İşçiler

Fazla Çalışma Yönetmeliğinde fazla çalışma yaptırılması yasaklanan işçilerden ilk grubu on sekiz yaşını doldurmamış işçiler oluşturur. Buna göre, on sekiz yaşını doldurmamış işçilere fazla çalışma yaptırılamaz (F.Ç.Y. m. 8/1-a). 1475 sayılı Kanun döneminde yaş sınırı on beş olarak tespit edilmişti (F.Ç.T. m.4/1-a). On sekiz yaşını doldurmamış işçinin, fazla çalışma için rızasının olmasının, kanunun emredici hükmü karşısında geçerliliği yoktur, bu konuda işin niteliğinin veya küçük işçinin sağlık durumunun da önemi yoktur⁴⁰⁸. Çalıştırma yaşı ve çocukları çalıştırma yasağının düzenlendiği Kanunun 71. maddesi ve bu maddeye

⁴⁰⁸ Suat Caniklioğlu, A.g.e., s. 142.

dayanılarak çıkarılan Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik (Ç.G.İ.Ç.Y.)⁴⁰⁹, on sekiz yaşını doldurmamış işçileri iki gruba ayırmıştır. Buna göre on beş yaşını tamamlamış, ancak on sekiz yaşını tamamlamamış kişi genç işçi, on dört yaşını bitirmiş, on beş yaşını doldurmamış ve ilköğretimini tamamlamış kişi çocuk işçidir (Ç.G.İ.Ç.Y. m.4).

Her iki grubun çalışma sürelerine Kanun ve Yönetmelik tarafından getirilen sınırlamalar, bu işçilerin fazla çalışma yapmalarını fiilen imkansız hale getirmektedir. Temel eğitimi tamamlamış ve okula gitmeyen çocukların çalışma saatleri günde yedi ve haftada otuz beş saatten fazla olamaz. Ancak, on beş yaşını tamamlamış çocuklar için bu süre günde sekiz ve haftada kırk saate kadar arttırılabilir (İş K. m.71/4, Ç.G.İ.Ç.Y. m.6/f.1). Okula devam eden çocukların eğitim dönemindeki çalışma süreleri ise, okulun açık olduğu dönemlerde, eğitim saatleri dışında olmak üzere, en fazla günde iki saat ve haftada on saat olabilir (İş K. m.71/son, Ç.G.İ.Ç.Y. m.6/f.3).

5.2.2.2. Sağlık Yönünden Fazla Çalışma Yapamayacak İşçiler

Fazla çalışma yaptırılmasının yasaklandığı ikinci grup işçi, iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi ile önceden veya sonradan fazla çalışmayı kabul etmiş olsalar bile, sağlıklarının elvermediği işyeri hekiminin, bunların bulunmadığı yerlerde herhangi bir hekimin raporu ile belgelenen işçilerdir (F.Ç.Y. m.8/1-b). 1475 sayılı Kanun dönemindeki düzenleme (F.Ç.T. m.4/1-b) ile paralel olan bu düzenleme sayesinde, sağlık durumunun fazla çalışmaya elvermediğini, yukarıda belirtilen şekilde belgeleyen işçi, fazla çalışmaya zorlanamaz. Daha önceden rızası olsa dahi, böyle bir durumda, fazla çalışma görevini yerine getirmediği nedeniyle iş sözleşmesi işveren tarafından haklı nedenle feshedilemez⁴¹⁰

5.2.2.3. Hamile, Yeni Doğum Yapmış ve Çocuk Emziren İşçiler

Gebe, yeni doğum yapmış ve çocuk emziren işçiler için fazla çalışmanın yasaklanması

⁴⁰⁹ RG.06.04.2004, 25425.

⁴¹⁰ Suat Caniklioğlu, A.g.e., s. 143.

Fazla Çalışma Yönetmeliğinin getirdiği yeniliklerden biridir (m.8/1-c). İş K.'nın 88. maddesine dayanılarak hazırlanan Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına dair Yönetmelik'te³¹⁵ de bu durumdaki işçilerin günde yedi buçuk saatten fazla çalıştırılmayacaklarının hüküm altına alınmış olması, bu işçilerin fazla çalışma yapmasının da önüne geçecek niteliktedir (m.10). Kadın işçinin ve bebeğinin sağlığı için getirilen bu düzenlemeler emredici niteliktedir. Bu nedenle, sağlıkları fazla çalışmaya elvermeyen işçiler için söz konusu olan, fazla çalışmaya zorlanamama ve daha önceden rızaları bulunsa dahi belirtilen durumların ortaya çıkması halinde fazla çalışma yapmaktan kaçınmaları halinde bunun iş sözleşmesinin feshi için haklı sebep oluşturmaması hali, burada da geçerlidir. Ancak bunun için, yeni doğum yapmış veya 0-1 yaş arası çocuğunu emzirmekte olan işçinin herhangi bir şekilde, hamile işçinin herhangi bir sağlık kurumundan alacağı belge ile işvereni durumu hakkında bilgilendirmesi gerekir (m.4).

5.2.2.4. Kısmi Süreli İş Sözleşmesiyle Çalıştırılan İşçiler

Kısmi süreli iş sözleşmesi, İş K. m. 13/1 uyarınca işçinin normal haftalık çalışma süresinin, tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan emsal işçiye göre önemli ölçüde daha az belirlenmesini içeren sözleşme, olarak tanımlanır. Buradaki emsal işçi, işyerinde aynı veya benzeri işte tam süreli çalıştırılan işçi olup; işyerinde böyle bir işçi bulunmadığı takdirde, o iş kolunda şartlara uygun işyerinde aynı veya benzer işi üstlenen, tam süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılan işçi esas alınır (İş K. m.13/3). Bu durumda haftalık normal çalışma süresi kırk beş saat olduğuna göre, bir iş sözleşmesinin kısmi süreli sayılabilmesi için haftalık çalışma süresinin en çok, otuz saatin altında kararlaştırılmış olması gerekmektedir.

Kısmi çalışma düşüncesi tarihi kökeni itibarıyla esasen iş süresinin sınırlanması ve esnekleştirilmesi ve bu sayede kadının çalışma hayatına atılması olgularına dayanır ⁴¹¹.

1475 sayılı Kanun'da kısmi süreli iş sözleşmesi tanımlanmamış olmakla birlikte, uygulamada kısmi süreli iş sözleşmeleri yapılmaktaydı. Yasal anlamda ilk kez 4857 sayılı Kanunla tanımlanmıştır.

⁴¹¹ Centel ve Demircioğlu, İş Hukuku, s.S4.

Kanunda yer almamakla birlikte, Fazla Çalışma Yönetmeliğinde düzenlenen yasaklardan en çok konuşulanı ve tartışılanı kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiler için getirilen fazla çalışma yasağıdır (m.8/1-d). Yönetmelik, bu işçilere, fazla çalışmanın yanı sıra, fazla sürelerle çalışmayı da yasaklamıştır (m.8/2).

Kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçinin fazla çalışması ile ilgili olarak, 1475 sayılı Kanun döneminde Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, yasada engelleyici hüküm olmadığı, dolayısıyla normal çalışmalardaki fazla çalışmaya ilişkin normatif düzenlemelerin kısmi çalışmalara da uygulanması gerektiğine karar vermişti ⁴¹² .

Yeni İş K.'da yasak yer almazken, Fazla Çalışma Yönetmeliğinde kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiye fazla çalışma yaptırılmasının yasaklanması, doktrinde çoğunluk tarafından, isabetsiz hatta Kanunun 41. maddesine ve Anayasanın çalışma ve sözleşme özgürlüğünü düzenleyen hükmüne (m.48/1) aykırı olarak görülmektedir⁴¹³ . Buna göre, fazla çalışmaya ilişkin olarak Kanundaki tüm sınırlamalar işçi sağlığı ve güvenliğinin korunmasına yöneliktir. Halbuki Kanunda yer almayan bu yasağın, işçi sağlığı ve güvenliği ile bir ilgisi yoktur. Dolayısıyla, hakim, önüne gelen uyuşmazlıkta Yönetmelikteki hükmü uygulamamalı, İş K.'nın 41. maddesine göre karar vermelidir⁴¹⁴.

Bir diğer görüşe göre, kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçinin birden fazla işverenle iş ilişkisi içinde bulunması ihtimali göz önüne alınırsa, diğer iş ilişkilerinden kaynaklanan edimlerini yerine getirebilmesi için, bu işçiye, işverenin fazla çalışma talebini reddetme olanağının sağlanmak istenmesi yasağın gerekçesi olarak savunulabilir. Yönetmelikte yer alan bu yasak, fazla çalışma yapmaktan kaçınan kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçinin bu davranışının, işveren için haklı sebeple fesih nedeni sayılmasına engel oluşturacaktır. Ayrıca bu yolla aynı zamanda, kısmi süreli iş sözleşmesinin özendirilmemesi, daha çok iş gücüne ihtiyaç varsa, işverenin, tam süreli iş sözleşmesi ile işçi çalıştırmaya teşviki de amaçlanmış olabilir ⁴¹⁵. Sendikalar da, esnek iş sürelerinin işçinin işverene olan bağımlılığını çoğaltacağı ve toplu iş sözleşmesi hükümlerinin ortadan kaldırılmasına neden

⁴¹² Y.H.G.K., 12.03.2003, E. 2003/21-143, K.2003/159, LİHSGHD, 2/2004, 594-597.

³¹⁵ Çelik, A.g.e., s. 310

⁴¹⁴ Süzek, A.g.e., s. 630.

⁴¹⁵ Soyer, A.g.e., s. 807.

olacağı düşüncesiyle kısmi süreli çalışmaya soğuk yaklaşmaktadır ⁴¹⁶.

Bu gerekçeler göz önüne alındığında, gerçekten de, kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçiye fazla çalışma yaptırılmasının yasaklanması haklı görülebilir. Ancak, işveren açısından iş hayatında meydana gelen beklenmedik değişiklikler, işçi açısından da, kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçinin fazla çalışmaya, tam süreli çalışan işçiden daha fazla ihtiyaç duyabileceği ihtimali, bizi mutlak anlamda düzenlenen bu yasağın gerçekte isabetsiz olduğu sonucuna da götürebilir.

Kısmi süreli iş sözleşmesi genel anlamda Kanunun 13. maddesinde düzenlenmiştir. Kanunun 14. maddesinde ise çağrı üzerine çalışma düzenlenmiştir. Buna göre, yazılı sözleşme ile işçinin yapmayı üstlendiği işle ilgili olarak kendisine ihtiyaç duyulması halinde iş görme ediminin yerine getirileceğinin kararlaştırıldığı iş ilişkisi, çağrı üzerine çalışmaya dayalı kısmi süreli bir iş sözleşmesidir (İş K. m. 14/1). 4857 sayılı Kanun ile yasal anlamda ilk kez düzenlenen çağrı üzerine çalışma, Kanunda da belirtildiği gibi kısmi çalışmanın bir türüdür. Kısmi çalışmalar için Yönetmelikte getirilen fazla çalışma yasağının çağrı üzerine çalışmaları da kapsayıp kapsamayacağı sorusunun cevabına gelince, Yönetmelikte yer alan fazla çalışma yasağı, çağrı üzerine çalışmaları da kapsayacaktır şeklinde anlaşılmalıdır.

Kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçi, yasağa rağmen fazla çalışma yapmış olabilir. İşçi, bu durumda fazla çalışmasının karşılığını talep edebilecektir, burada çözülmesi gereken sorun, birden fazla işverene bağlı olarak çalışan işçinin fazla çalışmasının karşılığında hangi işverenin sorumlu olacağıdır. İş sağlığı ve güvenliğine ilişkin hükümlere aykırı olmadığı ve sözleşmedeki edimini engellemediği sürece, kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçinin başka bir işte çalışması mümkündür⁴¹⁷. Birden çok işverenle kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçinin, toplam iş süresinin, yasada öngörülen azami iş süresini aşmaması gerekir. İş K.'da çalışma sürelerine getirilen üst sınırlar, işçinin şahsı göz önüne alınarak tespit edildiğinden, kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan işçinin, öncelikle, haftalık çalışma süresinin kırk beş saati aşıp aşmadığı tespit edilmelidir. Bu sürenin hesabında bütün işverenlerin yanında çalışılan toplam süre esas alınmalıdır. İşçinin bir hafta içindeki toplam çalışmasının kırk beş saati aşması halinde hangi iş yerindeki çalışmanın m. 41 anlamında

⁴¹⁶ Centel, Kısmi Çalışma, s. 21.

⁴¹⁷ A.e., s. 61.

fazla çalışma sayılacağı konusunda bir görüş, zaman bakımından daha sonra yapılan çalışmanın fazla çalışma sayılması, dolayısıyla fazla çalışma karşılığından da bu çalışmanın yapıldığı işverenin sorumlu olması gerektiğini savunmaktadır⁴¹⁸. Başka bir görüşe göre ise, bu sonuç ancak, işverenin kendi işyerindeki çalışma sonucu haftalık çalışma süresinin aşılmakta olduğunu bilmesi koşuluyla uygulanabilir. Çünkü işverenin talimatı ve bilgisi dışındaki çalışmaların fazla çalışma sayılamayacağı genel bir prensiptir; dolayısıyla kırk beş saatlik sürenin aşıldığından haberi olmayan bir işvereni fazla çalışma karşılığı ile yükümlü tutmak bu prensiple bağdaşmaz⁴¹⁹

Bu nedenlerle, işçi hangi işverenin yanında, kararlaştırdığı haftalık süreyi aşmışsa, aşan kısımdan o işveren sorumlu olmalıdır. Eğer işçi haftalık çalışma süresi kırk beş saati geçeceğini bilerek, birden fazla işverenle iş ilişkisi kurmuşsa, bu durumda fazla çalışma ücreti isteyememelidir.

5.3. FAZLA ÇALIŞMAYA İLİŞKİN YASAK VE SINIRLARA UYULMAMASININ SONUÇLARI

5.3.1. Hukuki Sonuçları

İş ve sosyal güvenlik hukuku kurallarına aykırı davranışlara, çeşitli yaptırımlar uygulanabilmektedir. Bunlar, hukuki yaptırımlar olabileceği gibi, disiplin cezaları, ceza yaptırımları ve idari yaptırımlar şeklinde olabilir. Çalışma yaşamına ilişkin kuralların uygulanmasını sağlayan en etkili araçlardan birisi idari yaptırımlardır. Gerek iş hukukunda ve gerekse sosyal güvenlik hukukunda idari yaptırımların en yaygın uygulanma biçimi idari para

⁴¹⁸ Eyrenci, A.g.e., s. 209.

⁴¹⁹ Soyer, A.g.e., s. 808.

cezaları olarak karşımıza çıkmaktadır ⁴²⁰ .

Kanuna aykırı olarak iş sözleşmesi yapılması veya işçiye Kanunun çalışma esaslarına ilişkin sınır ve yasaklar ihlal edilerek çalışma yaptırılması halinde, bu çalışmalara hukuki sonuç bağlanarak karşılığında ücret ödenmesi İş Hukukunda kabul gören bir uygulamadır⁴²¹. Kanunun emredici düzenlemelerine aykırı çalışmalar, fiili bir durum olarak kabul edilir ve hukuki sonuç bağlanır.

Fazla çalışma ile ilgili olarak, sınır ve yasakların aşılması ihtimali her zaman vardır. Özellikle süreye ilişkin günlük, haftalık ve yıllık sınırların üzerinde fazla çalışma yaptırılması sık karşılaşılan bir durumdur. Mevzuatta yer alan yasaklara rağmen işçiye fazla çalışma yaptırılması halinde, bu çalışmaların sonunun ne olacağı konusunda Kanunda açık bir düzenleme yoktur. Bununla birlikte İş Hukukunda, iş ilişkisinin niteliği ve işçinin korunması ilkesi nedeniyle, kanuna aykırı işçi işveren ilişkisine hukuki sonuçlar bağlanması kuraldır. Nitekim, Ç.S.Y.'de, bir işçinin günlük on bir saati aşacak şekilde çalıştırılması halinde Kanunun 41, 42 ve 43. maddelerinin uygulanacağı hüküm altına alınmıştır (m.4/4-a). Bu düzenleme, günde on bir saatlik süre sınırına aykırı olarak yaptırılan çalışmaların, fazla çalışma hükümlerine tabi olduğu anlamına gelmektedir. Dolayısıyla bu çalışmaların karşılığının zamlı ücret veya talep etmesi halinde serbest zaman olarak işçiye verilmesi gerekir.

Koşulları gerçekleşmeden veya günlük sınır da dahil olmak üzere, işçinin, haftalık ve yıllık süre sınırına veya bazı iş ve işçiler için getirilen diğer fazla çalışma yasaklarına aykırı olarak fazla çalışma yaptırılması halinde, “hukuka aykırı fazla çalışma” ortaya çıkar. Hukuka aykırı fazla çalışmaların ücretlendirilmesine ilişkin olarak, günlük on bir saatlik üst sınırın aşılması durumu hariç, mevzuatta herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Hukuka aykırı bile olsa işçiye bu çalışmaların karşılığının verilmesi gerekir. Nitekim fazla çalışma için mevzuatta düzenlenen yasaklar, işçinin korunması amacıyla getirilmiştir, bu yasaklara aykırı olarak çalıştırılması halinde, işçinin, sosyal ve fiziksel anlamda zarar görmesi muhtemeldir. Dolayısıyla bu çalışmaların karşılığının, normal ücrete oranla daha yüksek ücret üzerinden

⁴²⁰ Fevzi Şahlanan, “İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin İdari Para Cezaları Konusunda Son Gelişmeler”, Sicil Dergisi, Mart, 2006, s.5.

⁴²¹ Centel, A.g.e., s. 61.

ödenmesi gerekir. Tespit edilecek artırım oranı, işvereni, kanuna aykırı olarak fazla çalışma yaptırmaktan alıkoyacak yükseklikte olmalıdır. Karşılık olarak, fazla çalışmalarda olduğu gibi yüzde elli oranında zamlı ücret ödenmesi gerektiği öğretide çoğunluk tarafından savunulmaktadır. Yargıtay da, Kanunda 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 hüküm altına alınması gerektiğine karar vermektedir.⁴²² Benzer bir sonuca Yargıtay başka bir kararında da varmaktadır, “Davacı işçinin işyerinde fazla çalışma yapıp yapmadığının tespiti bakımından işyerinde haftada kaç gün çalışıldığının belirlenmesi gerekir. Bu konuda dinlenen taraf tanıkları haftada kaç gün çalışıldığını açıklamaksızın günlük çalışmanın başladığı ve bittiği saatleri belirtmişlerdir. Mahkemece mütalaasına başvuru bilirkişi tarafından, işçinin haftada altı gün çalıştığı kabul edilerek fazla çalışma ücreti hesaplanmıştır. Davalı vekili ise, haftada beş gün çalışma olduğunu belirterek rapora itiraz etmiştir. Mahkemece tanıkların yeniden celbedilip dinlenerek bu yöndeki uyuşmazlığın giderilmesi gerekirken, eksik incelemeyle sonuca gidilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir”⁴²³. Fazla çalışma konusunda, “en çok çalışma sınırını aşan süreler” için kanun hükümlerine göre zamlı ücret ödenmesi gerekir. Bu suretle günlük çalışma süresi ölçüt olarak hukuki bir geçerlilik kazanmamakta, günlük en çok çalışma süresinin kanuna aykırı aşılmasının işçiye getirdiği fazla saatlerle çalışmanın hukuki yönden değerlendirilmesi İş Hukukunun temel ilkeleri açısından uygun olmaktadır. Günlük en çok çalışma sınırını aşan sürelerle zamlı ücret ödenmesi için haftalık çalışma süresinin tamamlanmasına bakılmaz. Buna karşı sözü edilen zamlı ücretin ödeneceği süreler de haftalık 45 saatlik süre ile bunu aşan sürelerin toplamında hesaba katılmaz.

Hukuka aykırı fazla çalışmaların karşılığı olarak fazla çalışma için Kanunda belirlenen yüzde elli oranını kıyasen uygulayan çoğunluk görüşüne karşı bir görüş, bu çalışmalara BK.’nın hizmet akdine ilişkin hükümlerinin uygulanması gerektiğini savunmaktadır. Buna göre, İş K.’daki boşluklar için BK.’nın getirdiği ve İş Hukuku ilkelerine aykırı olmayan çözüm yollarından yararlanılmalıdır. Bu nedenle, Kanuna aykırı fazla çalışmaların karşılığı, işçinin yaptığı fazla çalışmanın miktarı ve bu çalışmaları yaparken

⁴²² Y. 9. H.D, 04.06.1992, E. 1992/744, K. 1992/6088, Tekstil İşv., Ocak-Şubat 1993, s. 44 - 45.

⁴²³ 9. H.D. 01.02.2005-7561/2733, Ercan Akyiğit, İş Kanunu Şerhi, c. 2 2006-Ankara, Öğretide Ekonomi, Fazla Çalışma, s.163.

katlanmak zorunda kaldığı külfetler gibi özel durumlar göz önüne alınarak belirlenmelidir. İşçinin bu çalışmayı kendi isteğiyle yapıp yapmadığı da özellikle araştırılmalıdır. Bütün bunları değerlendirerek, hakim, dilediği kadar fazla çalışma ücretine hükmedebilmelidir⁴²⁴.

Sonuç olarak, hukuka aykırı fazla çalışma yaptırılması halinde, bu çalışmaların karşılığı, her olayda olağan fazla çalışma ücreti üzerinden hüküm altına alınmamalıdır. Burada söz konusu olan, işçinin sağlığı ve sağlığının zarar görmesi tehlikesidir. Fazla çalışmaya getirilen sınır ve yasakların tamamı işçinin sağlığı düşünülerek getirilmiştir. Bu nedenle, bu çalışmaların karşılığının fazla çalışma ücretinden de daha yüksek olması gerekir, ya da, fazla çalışma ücreti ile birlikte, durumun özelliğine göre, işçiye bir miktar tazminat ödenmesine hükmedilmelidir⁴²⁵.

5.3.2. Cezai Sonuçlar

4857 sayılı Kanunda cezai yaptırım olarak sadece para cezalarına yer verilmiştir. Cezayı veren makama göre para cezaları adli ve idari para cezaları olarak ikiye ayrılır. Adli makamlar tarafından verilen cezalara adli para cezası, idari makamlar tarafından verilen cezalara idari para cezası adı verilir. 4857 sayılı Kanun bunlardan idari para cezası sistemini kabul etmiştir. İdari yaptırımlar, yasaların yetki verdiği durumlarda bir yargı kararına ihtiyaç olmaksızın idarenin bir işlemiyle ve idare hukukuna özgü usullerle vermiş olduğu cezalardır. İdari yaptırımları hukuki ve cezai yaptırımlardan ayıran en belirgin özellik, bu yaptırımların uygulanabilmesi için herhangi bir yargı kararına ihtiyaç olmamasıdır.

İdari yaptırımlar, yargı kararlarına dayanan yaptırımlara göre yaptırım uygulamasında süratli ve etkin bir yoldur. Bazı durumlarda kamu yararının korunması derhal önlem almayı gerektirebilir. Ancak idarenin yargı organının bir kararı olmaksızın bizzat yaptırım, Anayasal kuvvetler ayrılığı ve yargılama ödevinin bağımsız yargı organınca yerine getirilmesi ilkelerine ve bu ilkelerin kişi hak ve özgürlüklerini yürütme organına ve onun uzantısı olan

Kurucu, A.g.e., s. 220.

⁴²⁵ Kurucu, A.g.e., s. 21S.

idare organına karşı korunması esasına ters düşen bir yönünün de bulunduğu bir gerçektir. Bu nedenle yaptırım uygulanacak fiillerin ve bu fiillere uygulanacak idari yaptırımların mutlaka önceden yasayla öngörülmüş olması ve idarenin kararına karşı da yargı yoluna başvurulabilme hakkının tanınmış olması gerekir.

4857 sayılı İş K.'nın 98-107. maddelerinde idari para cezaları yer almıştır. İş K.'nın 98. maddesinde işyerini bildirme yükümlülüğüne, 99. maddesinde genel hükümlere (eşit davranma ilkesine, geçici iş ilişkisine ilişkin hükümlere, yazılı sözleşme yapılmayan durumlarda belge verme yükümlülüğüne, çağrı üzerine çalışmaya ilişkin kurallara, çalışma belgesi verme zorunluluğuna), 100. maddesinde toplu işçi çıkarma ile ilgili hükümlere, 101. maddesinde özürlü ve eski hükümlü çalıştırma zorunluluğuna, 102. maddesinde ücreti düzenleyen kurallara, 103. maddesinde yıllık ücretli izin hükümlerine, 104. maddesinde çalışma sürelerine, çocuk ve genç işçilerin ve kadın işçilerin korunmasına, telafi çalışması ve kısa çalışmalara ilişkin kurallara, 105. maddesinde iş sağlığı ve güvenliğini düzenleyen hükümlere, 106. maddesinde iş ve işçi bulma ile 107. maddesinde iş denetimine ilişkin kurallara aykırı davranan işveren ve işveren vekillerine idari para cezaları öngörülmüştür.

Fazla çalışma sınır ve yasaklarına ilişkin yükümlülüklerin ihlal edilmesini önlemek için, İş K.'da cezai yaptırımlar öngörülmüştür. Fazla çalışmaya ilişkin yükümlülüklerle aykırılığın cezai yaptırımı esasen Kanunun 102. maddesinin © bendinde düzenlenmiştir. Buna göre, "Kanunun 41. maddesinde belirtilen fazla çalışmalara ilişkin ücreti ödemeyen, işçiye hak ettiği serbest zamanı altı ay zarfında kullandırmayan, fazla çalışmalarda yapılacak çalışmalar için işçinin onayını almayan işveren veya işveren vekiline, bu durumda olan her işçi için yüz milyon lira para cezası verilir (İş K. m.102/1-c)". Görüldüğü gibi burada, fazla çalışma ile ilgili olarak hüküm altına alınan sınır ve yasakların tamamı cezai yaptırıma bağlanmış değildir. Kanunun 41. maddesinde yer alan konulardan cezai yaptırıma bağlananlar, fazla çalışmaya ilişkin ücretin ödenmemesi, işçiye hak ettiği serbest zamanın altı ay içinde kullandırılmaması ve fazla çalışma için işçinin onayının alınmamasıdır. Bir yılda yapılabilecek fazla çalışma süresinin toplamının yılda iki yüz yetmiş saatten fazla olamayacağı yönündeki emredici düzenlemenin (41/8) cezai yaptırımı yoktur.

İşçinin onayı, usulüne uygun şekilde alınmadan, fazla çalışma yaptırılması, cezai yaptırımı gerektiren diğer bir uygulamadır. 1475 sayılı Kanun döneminde iş sözleşmesi veya

toplu iş sözleşmesi ile fazla çalışma için işçinin rızası alınmışsa, 4857 sayılı Kanun yürürlüğe girdikten sonra, yeni mevzuat çerçevesinde işçinin onayının yeniden alınmasına gerek olmadığı öğretide savunulmaktadır ⁴²⁶. Yargıtay ise, 1475 sayılı Kanun döneminde iş veya toplu iş sözleşmesi ile onay alınmış dahi olsa, yeni düzenlemeler karşısında Yönetmeliğe uygun olarak yazılı onay koşulunu sağlamayan işverenin cezadan kurtulamayacağı sonucuna varmıştır ⁴²⁷.

Kanunun 41. maddesinde yer alan yasaklardan biri 63. maddenin son fıkrasında yazılı sağlık nedenlerine dayanan kısa veya sınırlı süreli işlerde fazla çalışma yapılmamasıdır. Bu yasağa ilişkin olarak 102. maddede cezai yaptırım öngörülmemiştir. Bununla birlikte Kanunun 104. maddesinde, sağlık kuralları bakımından işçilerin daha kısa süre çalıştırılmasını düzenleyen yönetmelik hükümlerine aykırı davranan işverenler hakkında idari para cezası öngörüldüğü için, söz konusu yasağa aykırılık yaptırıma bağlanmıştır. Buna göre, yasağa aykırı davranan işveren veya işveren vekiline beş yüz milyon lira para cezası verilir (m.104/1).

Kanunun 41. maddesinde, gece çalışmalarında fazla çalışma yaptırılama- yacağı yönündeki yasağın yaptırımının da gece çalıştırma yasaklarına ilişkin yükümlülükler kapsamında değerlendirilmesi gerektiği öğretide kabul görmektedir. Kanunun 104. maddesinde, işçileri Kanunun 69. maddesine aykırı olarak geceleri yedi buçuk saatten fazla çalıştıran, gece ve gündüz postalarını değiştirmeyen işveren veya işveren vekiline beş yüz milyon lira para cezası verileceği hüküm altına alınmıştır.

Fazla Çalışma Yönetmeliği'nde düzenlenen, gebe, yeni doğum yapmış ve çocuk emziren işçiler için fazla çalışma yasağının ihlaline karşı Kanunda bir yaptırım yoktur. Bununla birlikte, Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelikte bu işçilerin günde yedi buçuk saatten fazla çalıştırılmayacağı hüküm altına alınmıştır (m.10). Kanunun 105. maddesinin son fıkrasında bu Yönetmelikte gösterilen şartlara ve usullere uymayan işveren veya işveren vekiline beş yüz milyon lira para cezası verileceği hüküm altına alınmıştır. Bu düzenleme sayesinde gebe, yeni doğum yapmış ve çocuk emziren işçilere fazla çalışma yaptırılması dolaylı da olsa cezai

⁴²⁶ Akyiğit, A.g.e., s. 1533.

⁴²⁷ Y.9. HD. 23.12.2004, E. 2004/17276, K. 2004/29157, Akyiğit, A.g.e., s. 1533-1535.

yaptırıma bağlanmıştır.

Fazla Çalışma Yönetmeliğinde fazla çalışma yaptırılması yasaklanan on sekiz yaşını doldurmamış işçilerle ilgili olarak da Kanunda doğrudan bir yaptırım öngörülmemiştir. Bununla birlikte, Kanunun 71. maddesinde bu işçilerin çalışma sürelerine getirilen sınırlamalar, fazla çalışma yapmalarını fiilen imkansız hale getirmektedir. Söz konusu düzenlemeye aykırı hareket eden işveren veya işveren vekiline beş yüz milyon lira para cezası verilir (İş K. m.104/1). Dolayısıyla, düzenleme aynı zamanda, on sekiz yaşını doldurmamış işçilere fazla çalışma yaptırılmasının cezai yaptırımını da karşılamaktadır.

Genel anlamda çalışma sürelerinin, bu sürelerin haftanın çalışılan günlerine hangi koşullar altında nasıl dağıtılacağı ve denkleştirme dönemi ile yoğunlaştırılmış iş haftası uygulamasının düzenlendiği Kanunun 63. maddesi ve bu maddeye dayanılarak çıkarılan ÇSY.'de belirlenen çalışma sürelerine aykırı olarak işçilerini çalıştıran işveren veya işveren vekiline beş yüz milyon lira para cezası verilir (İş K m.104/1).

5.3.3. Para Cezalarının Uygulanması ve İtiraz Yeri

İş Kanununda yer alan idari para cezalarının uygulanmasına ilişkin hususlar Kanunun 108. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, “Kanunda öngörülen idari para cezaları, 101. maddedeki idari para cezaları hariç, gerekçesi belirtilmek suretiyle Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Bölge Müdürünce verilir. 101. madde kapsamındaki idari para cezaları ise, doğrudan Türkiye İş Kurumu İl Müdürü tarafından verilir (f.1). Verilen idari para cezalarına dair kararlar ilgililere 11.02.1959 tarihli ve 7201 sayılı Tebligat Kanunu hükümlerine göre tebliğ edilir. Bu cezalara karşı tebliğ tarihinden itibaren en geç yedi gün içinde yetkili İdare Mahkemesine itiraz edilebilir. İtiraz, idarece verilen cezanın uygulanmasını durdurmaz. İtiraz üzerine verilen karar kesindir. İtiraz, zaruret görülmeyen hallerde evrak üzerinde inceleme yapılarak en kısa sürede sonuçlandırılır. Bu kanuna göre verilen idari para cezaları, 21.07.1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre tahsil olunur (f.2)”.

Kanunda öngörülen idari para cezalarının, 101. maddedeki idari para cezaları hariç,

gerekçesi belirtilmek suretiyle Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı Bölge Müdürünce verileceği ve bu karara karşı tebliğ tarihinden itibaren en geç yedi gün içinde yetkili idare mahkemesine itiraz edilebileceği düzenlenmiştir. Buna karşılık, tarih ve 25772 mükerrer sayılı R.G.'de yayımlanan, 30.03.2005 kabul tarihli ve 5326 sayılı Kabahatler Kanunu 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 2. maddesine göre kabahat; kanunun karşılığında idari yaptırım uygulanmasını öngördüğü haksızlık olarak tanımlanmış, 16. maddesi ile de kabahatler karşılığında uygulanacak idari yaptırımlar, idari para cezası ve idari tedbirler olarak tasnif edilmiştir. Kanunun 3. maddesi ile bu kanunun genel kanun niteliğinde olduğu belirtilerek, kanunun birinci kısmında yer alan genel hükümlerinin diğer kanunlardaki kabahatler hakkında da uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Nitekim, idari para cezaları, idari tedbirler konusunda iş ve sosyal güvenlik hukukuna ilişkin kanunlar dahil tüm mevzuatta yer alan düzenlemeler tek rejime tabi tutulmuştur. Buna göre, 01.06.2005 tarihinden önce yürürlüğe girmiş olan tüm kanunlarda yer alan idari para cezalarının, cezayı içeren idari kararda bulunması gereken hususlar, kararın ilgililere tebliğ usulü, yasal başvuru süreleri ve başvuru yolları, ödeme usulü, zamanaşımı, idari para cezalarının devlet geliri sayılması hakkında, ilgili kanunlarda aksine hüküm bulunsa dahi Kabahatler Kanunu'nun genel hükümleri uygulanmaya başlamıştır. Bu tarihten önce yürürlüğe girdiği ve idari para cezası sistemini benimsediği için, söz konusu Kanun hükümlerinin, İş Kanununda yer alan tüm idari para cezaları hakkında uygulanması benimsenmiştir³³⁴.

Kabahatler Kanunu uyarınca idari yaptırım olarak idari para cezası uygulayan idarelerin Kabahatler Kanunu'nun 25. maddesi uyarınca işlem yapmaları gerekmektedir. Buna göre, 5326 sayılı Kanunun 25. maddesine göre idari yaptırım kararlarında;

- a- Hakkında idari yaptırım karar verilen kişinin kimlik ve adresinin,
- b- İdari yaptırım kararı verilmesini gerektiren kabahat fiilinin,
- c- Bu fiilin işlendiğini ispata yarayacak bütün delillerin,
- d- Karar tarihi ve kararı veren kamu görevlilerinin kimliğinin,
- e- Fiilin işlendiği yer ve zamanının; bulunması zorunludur.

İdari yaptırım kararında, söz konusu bilgilerin yanı sıra idari para cezasının ödeme süresi, ödeme yeri, idari yaptırım kararına karşı kanun yolu, mercii ve süresi, indirimli ödeme hakkı, taksitlendirme talep hakkı, ödeme yapılmaması halinde uygulanacak müeyyideler ile tebliğ tarihi bilgilerine yer verilmesi gerekmektedir.

Kabahatler Kanununun 27. maddesinde, idari para cezasına ilişkin idari yaptırım kararına karşı, kararın tebliği veya tefhimi tarihinden itibaren en geç onbeş gün içinde, sulh ceza mahkemesine başvurulabileceği hüküm altına alınmıştır (f.1). Bu çerçevede, İş K. kapsamında verilen idari para cezalarına karşı itiraz mercii sulh ceza mahkemeleri olmuştur.

Ayrıca, Uyuşmazlık Mahkemesinin 28.12.2005 tarih ve 26037 sayılı R.G.’de yayımlanan 21.11.2005 tarihli, E. 2005/77, K. 2005/103 sayılı kararında, 4857 sayılı

İş K. kapsamına giren idari para cezalarına karşı yapılan itirazların Sulh Ceza Mahkemelerince çözümlenmesi gerektiği karara bağlanmıştır.

1475 sayılı İş Kanununda da idari para cezalarına itiraz mercii olarak Sulh Ceza Mahkemesi gösterilmiştir.

Bu durum öğreti ve uygulamada, sonraki tarihli bir genel kanunun önceki özel kanunu yürürlükten kaldırıp kaldırmayacağı tartışmasını beraberinde getirmiştir. Bu çerçevede çoğu yerel mahkeme (ceza mahkemesi) nin başvurusu üzerine, Anayasa Mahkemesi 01. 03. 2006 tarihinde verdiği karar ile Kabahatler Kanununun 3. maddesini Anayasa’ya aykırı bularak iptal etmiştir.

Bununla birlikte Mahkeme, düzenlemenin iptali nedeniyle kamu yararını olumsuz etkileyecek hukuki bir boşluk olmaması için iptal kararının, R.G.’de yayımlandığı 22.07.2006 tarihinden itibaren altı ay sonra yürürlüğe girmesine karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi’nin kararında öngörülen altı aylık süre dolmadan

06.12.2006 tarih ve 5560 sayılı Kanun ile Kabahatler Kanununda bazı değişiklikler yapılmıştır. Değişiklik çerçevesinde Kabahatler Kanunu’nun “Genel Kanun Niteliği” kenar başlığını taşıyan 3. maddesi “Bu Kanunun;

a- İdari yaptırım kararlarına karşı kanun yoluna ilişkin hükümleri, diğer kanunlarda aksine hüküm bulunmaması halinde,

b- Diğer genel hükümleri, idari para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında, uygulanır” şeklinde yeniden kaleme alınmıştır.

Kabahatler Kanunu’nun değiştirilen diğer maddeleri; “idari para cezası” başlıklı 17. maddesinin 3. ve 4. fıkraları, “Soruşturma Zamanaşımı” başlıklı 20. maddesinin 2. fıkrası, “Başvuru Yolu” başlıklı 27. maddesinin 5, 6, 7 ve 8. fıkraları, “Başvurunun İncelenmesi” başlıklı 28. maddesinin 9. fıkrası ve nihayetinde Geçici 1. maddesidir.

Kabahatler Kanununun 3. maddesinde 5560 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik, söz konusu 3. maddenin ilk halinin, İş K.’ya dahil diğer özel kanunlarda yer alan aksi yöndeki hükümleri yürürlükten kaldırıp kaldırmadığı tartışmasını yeniden gündeme getirmiştir. Bu noktada, 01.05.2006 tarihinde yürürlüğe giren Kabahatler Kanununun 3. maddesinin, İş Kanunu m.108 dahil diğer kanunlarda idari yaptırım öngören hükümlerin yerini aldığı kabul edilirse⁴²⁸ . 5560 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ile bu hükümler canlanamayacağından sonuç olarak Kabahatler Kanununun hükümleri uygulanmaya devam edecektir. Buna karşılık Kabahatler Kanununun, yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla idari yaptırım ve buna yönelik kanun yolu öngören diğer kanunlarda açık veya örtülü değişiklik yapmadığı kabul edilirse, (öğretide bu görüşü savunanlara göre), Kabahatler Kanunu iptal edilen ve değiştirilen 4857 sayılı İş Kanununun 108. maddesini yürürlükten kaldırmamıştır. Zira söz konusu hükmün yürürlükten kaldırıldığına dair açık bir hükme Kabahatler Kanununda yer verilmemiştir. Örtülü bir yürürlükten kaldırma ise, sonraki ve önceki tarihli kanunlar aynı nitelikte olmadığından söz konusu değildir.⁴²⁹ İş Kanununun, idari para cezalarına karşı İdare Mahkemesine itiraz yolunu öngören 108. maddesi uygulanmaya devam edecektir. Çoğunluğun katıldığı bu yorum şekline göre, artık İş Kanununa göre verilen idari para cezalarına karşı itiraz mercii, 108. madde uyarınca yetkili İdare Mahkemesidir. Uyuşmazlık Mahkemesi de 25.12.2006 tarih ve E. 2006/146, K. 2006/254 sayılı kararı ile idari yargı yerinin görevli olduğuna karar vermiştir.

Yukarıda da belirtmiş olduğumuz gibi, Kabahatler Kanunu’nun kanun yoluna ilişkin

⁴²⁸ Ömer Ekmekçi,” Özürlü, Eski Hükümlü ve Terör Mağduru İstihdamında Yaşanan Sorunlar ve İtiraz Usulündeki Değişiklikler”, Çimento İşv. Eylül, 2005, s. 49 vd.

⁴²⁹ Akyiğit, A.g.e., s. 158 vd.

hükümleri hariç diğer genel hükümleri, idari para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında, uygulanmaya devam edecektir.

Mahkeme son karar olarak idari yaptırım kararının, hukuka uygun olması nedeniyle “başvurunun reddine”, hukuka aykırı olması nedeniyle “idari yaptırım kararının kaldırılmasına” karar verir (K.K. m.28).

Kabahatler Kanunu sadece iki bin Yeni Türk Lirası dahil idari para cezalarına karşı başvuru üzerine verilen kararların kesin olduğunu hükme bağlamıştır (K.K. m.28). Şu halde ikibin Yeni Türk Lirası’nın üzerindeki idari para cezalarında sulh ceza mahkemesinin verdiği son karara karşı itiraz yoluna başvurmak mümkündür. Kabahatler Kanunu’nun 29. maddesine göre, Sulh Ceza Mahkemesinin verdiği son karara karşı, yargı çevresinde yer aldığı Ağır Ceza Mahkemesine itiraz edilebilir. Bu itiraz, kararın tebliği tarihinden itibaren en geç yedi gün içinde yapılır. Ağır Ceza mahkemesi itirazla ilgili kararını, dosya üzerinden inceleme yaparak verir. Mahkeme, her bir itirazla ilgili olarak “itirazın kabulüne” veya “itirazı reddine” karar verir. Mahkemenin verdiği karar taraflara tebliğ edilir.

5326 sayılı Kabahatler Kanunu’nun 17/1. maddesinde idari para cezalarının maktu veya nispi olabileceği belirtilmiştir. Bu nedenle iş ve sosyal güvenlik hukukunda düzenlenen idari para cezalarının niteliği itibarıyla, maktu para cezası mı, yoksa nispi para cezası mı olduğunun belirlenmesi büyük önem taşımaktadır. Maktu para cezası, kanunda sadece tek bir rakam olarak veya aşağı ve yukarı hadleri gösterilerek belirlenmiş para cezası, nispi para cezası ise, failin sorumlu olacağı ceza miktarı önceden belli olmayıp, miktarı ihlal süresine, kişi sayısına, elde edilen menfaatin miktarına göre değişen para cezasıdır.

Örneğin, İş Kanununun “İdari Ceza Hükümleri” başlıklı sekizinci bölümünde, bazı maddelerde, işçi sayısı veya aykırılığın devam ettiği süre ile ilgilenilmeksizin tek bir para cezası öngörülmüştür, bu tür düzenlemelerde yer alan idari para cezaları maktu para cezasıdır. Örneğin, İş Kanunu madde 104’de yer alan işin düzenlenmesine ilişkin hükümlere aykırılıklarda öngörülen para cezaları maktu para cezasıdır. Her bir aykırılık için işçi sayısı ve aykırılığın süresi ile ilgilenilmeksizin sabit bir rakam para cezası olarak öngörülmüştür. Buna karşılık örneğin özürlü ve eski hükümlü çalıştırma yükümlülüğüne uymamaya ilişkin idari para cezasını düzenleyen 101. maddesinde “Bu kanunun 30. maddesindeki hükümlere aykırı

olarak özürlü ve eski hükümlü çalıştırmayan işveren veya işveren vekiline çalıştırmadığı her özürlü ve eski hükümlü ve çalıştırmadığı her ay için” denilerek nispi bir para cezası öngörülmüştür.

Bir idari para cezasının maktu veya nispi olmasının büyük önemi bulunmaktadır. Tüm idari para cezaları için geçerli olan Kabahatler Kanunu’nda bu konu tereddüde yer bırakmayacak şekilde düzenlenmiştir. Kabahatler Kanunu madde 17’ye göre; idari para cezaları da maktu veya nispi nitelikte olabilir (K.K. m, 17/1). Maktu nitelikteki idari para cezaları her takvim yılı başından itibaren o yıl için 213 sayılı Vergi Usul Kanununun mükerrer 298. maddesi hükümleri uyarınca saptanan yeniden değerlendirme oranında artırılarak uygulanır. Fakat bu sistemin (yeniden değerlendirme oranında artırımın) nispi nitelikteki idari para cezaları için uygulanmayacağı da yasada bizzat açıkça belirtilmiştir (K.K. m. 17/7). İş Kanunundaki idari para cezalarının bazılarının maktu, bazılarının ise nispi nitelikte olduğu dikkate alınınca Kabahatler Kanununun yürürlüğe girdiği 01.06.2005’den itibaren de yeniden değerlendirme oranında artırımın sadece maktu idari para cezaları için uygulanacağı, fakat nispi idari para cezaları bakımından yapılacak bir artırım uygulamasının kanuna aykırı olacağı sonucuna ulaşılabacaktır. Hal böyle iken bazı nispi nitelikteki idari para cezalarının yeniden değerlendirme oranında artırılmasına ilişkin uygulama Kabahatler Kanunu’nun 17/7. hükmüne aykırıdır.

Fazla çalışmaya ilişkin İş Kanununda belirlenen para cezalarından 102. maddede yer alan para cezası nispi, 104 ve 105. maddede yer alan para cezaları maktu niteliktedir.

SONUÇ

Çalışan kişinin çalışmasını sürdürebilmesi, fizyolojik, psikolojik ihtiyaçlarını karşılayabilmesi ve toplumsal ilişkilerini sürdürebilmesi için iş sürelerinin sınırlandırılması zorunludur. Bu sınırlandırma sonucu ise üretim faaliyetlerinin aksatılmaması düşünülerek, zorunlu fazla işlerin fazla saatlerle yapılmasına imkan tanımıştır. Bu gelişmenin sonucu olarak, fazla çalışma müessesesi sınırlandırılmış çalışma sürelerinin ortaya çıkmasından sonra doğmuş bir müessesedir. Bununla birlikte günümüzde fazla çalışma, başlı başına büyük önem taşıyan bir konu niteliğini kazanmıştır.

Araştırma konumuz olan fazla çalışma konusu işçi işveren ilişkilerinde her zaman güncelliğini koruyan konulardan biri olmuştur. Niteliğinden dolayı fazla çalışma hem işletmeler hem de işletmelerde çalışan işçiler açısından büyük önem taşır. Fazla çalışma iyi düzenlenmiş olma koşulu ile işletmeler, işçiler ve de ülke ekonomisi için yararlı sonuçlar verebilir. Ancak tamamen denetimsiz bırakılması halinde ise sakıncalar da yaratabilir. Bu nedenle birçok ülkede olduğu gibi ülkemizde de fazla çalışma, yasalar, bu yasalara dayanılarak tanzim edilmiş yönetmelik ve de tüzüklerle düzenlenmiş, uygulaması bazı koşullara bağlı kılınmıştır.

Fazla çalışmalar belirli nedenlere ve koşullara bağlı olarak yasada yazılı günlük ve haftalık çalışma sürelerinin dışında yapılan çalışmalardır. Sosyal niteliğine uygun olarak İş Kanununda açık bir biçimde düzenlenmiştir. Kanunda yazılı koşullar çerçevesinde haftalık kırk beş saati aşan çalışmalar “fazla çalışma”dır. Fazla çalışma, işçi açısından ek gelir sağlayan bir çalışma olarak telakki edilirken işveren açısından da ek işgücü ihtiyacının giderilme yöntemi olarak görülmektedir. Fazla çalışma yapılmasında hizmet akdi taraflarının her ikisinin de yararı olunca uygulamada fazla çalışmalar, tüm yasaklara rağmen, işçinin sağlığını tehdit edici boyutlara ulaşabilmektedir. Bu nedenle konunun üzerinde önemle durulmalıdır.

Fazla çalışma kavramı, çalışma sürelerine bağlı bir kavramdır. Çalışma süresinin bittiği yerde fazla çalışma başlar. Uygulamada bazı işyerlerinde, özellikle de hizmet üretilen işyerlerinde çalışma süreleri tarafların anlaşmaları ile Kanundaki düzenlemeye aykırı bir şekilde belirlenebilmektedir. Fazla çalışma yapılmasına ilişkin olarak ortaya çıkan en büyük sorunlardan biri de fazla çalışma yapılıp yapılmadığının, yapıldığının tespiti halinde de fazla

Çalışma ücretinin ödenip ödenmediğinin ispatıdır. Fazla alışma yapıldığı işçi tarafından her türlü delille ispatlanabilir, yalnız bu ispat vasıtaları, hayatın olağan akışına aykırı olmamalıdır.

Fazla alışma karşılığı işçiye, bir saatlik normal çalışma ücretinin yüzde elli artırımını ile ödenebilir ya da serbest zaman olarak verilebilir. Ancak, artırılmış ücret ödemesi ile fazla çalışma sorunları lenemez. İşçi ücretini yeterli düzeye çıkartabilmek için fazla çalışma yapmak zorunda bırakılmamalıdır. İşçinin geçimini sağlayabileceği miktarda ücret, normal çalışmaları karşılığında ödenmelidir. 4857 sayılı İş Kanunu, alışma süresi ile ilgili düzenlemeleri, uzunca bir zamandan beri ileri sürülen esneklik taleplerini büyük ölçüde karşılamaktadır. İşletmeler, değişen pazar koşullarına ayak uydurabilmek ve rekabet konumlarını güçlendirmek için ihtiyaç duyduklarını iddia ettikleri esnek çalışma yöntemlerini önemli ölçüde uygulayabilecek durumdadırlar. Bir ülkenin rekabet gücünü belirleyen sermaye maliyeti, teknoloji, girdi fiyatları, mali piyasaların yapısı, vergi düzeni, iş gücünün verimliliği gibi alanlarda gereken düzenlemeler yapıldıkça istenilen sonuçlara ulaşılabilmesi de mümkün olabilecektir.

Diğer taraftan Türkiye’de yüzde elliye yaklaşan bir kayıt dışı sektör olgusu vardır. Çalışma sürelerinde esneklik sağlanırken amaç, kayıt dışı sektördeki uygulamalara hukukilik kazandırmak değildir. Kayıtlı sektörde esnekliği sağlayabilmek, kayıt dışı sektörde denetimi sağlayabilmek, piyasaları rahatlatmak açısından hedef olmalıdır.

Çalışma süreleri ve fazla çalışmalar ile ilgili olarak 4857 sayılı Kanunda büyük değişiklikler yapılmıştır. Fazla çalışmanın tespitinde yasal haftalık kırk beş saatlik süre sınırı korunmakla birlikte, 1475 sayılı Kanun döneminde kullanılan günlük ölçüt terk edilmiş, yerine haftalık çalışma süresi ölçütü kabul edilmiştir. Buna göre fazla çalışma, haftalık kırk beş saatin üzerinde yapılan çalışmalardır. 4857 sayılı Kanun, tarafların anlaşmasıyla, haftalık çalışma süresinin haftanın çalışılan günlerine günde on bir saati aşmamak kaydıyla, farklı şekilde dağıtılması olanağını getirmiştir. Bunun yanı sıra, denkleştirme uygulaması sayesinde, bazı haftalarda kırk beş saatin üzerinde çalışma yapılsa dahi, ortalama haftalık çalışma süresi kırk beş saati aşmamışsa bu çalışmaların fazla çalışma sayılmayacağını hüküm altına almıştır.

Denkleştirme dönemi içinde yer alan yoğunlaştırılmış iş haftası, işçinin sağlığı ve sosyal yaşamı üzerinde olumsuz etkileri olabilecek bir uygulamadır. Denkleştirme döneminde iki aylık dönemde işçi, bir haftalık süre içerisinde günde on bir saat üzerinden haftada altmışaltı saate kadar çalıştırılabilecektir. Avrupa Birliğinin 93/104 sayılı Yönergesine uygun olarak kanunun tasarısında yer alan “ortalama çalışma süresinin, fazla çalışmalar da dahil olmak üzere, haftada kırk sekiz saati aşamayacağı” kuralı Kanuna alınmadığından, denkleştirme dönemi içerisinde işçinin arka arkaya haftalarca altmışaltı saat üzerinden çalıştırılmasına bir engel yoktur. Bu ise işçinin ruh ve beden sağlığının ve sosyal yaşamının korunması ilkesiyle ters düşmektedir. Ayrıca esnek çalışma saatleri işçiler arasında kopukluğa neden olabilmekte, giderek bazı işçilerin işverene aşırı bağımlılığına yol açabilmektedir. Bu nedenle sendikalar esnek çalışma uygulamalarına pek sıcak bakmamaktadır. Büyük işyerlerinde işçilerin, işveren tarafından topluca getirilip götürülmesi, yaygın bir şekilde uygulanan vardiya sistemi denkleştirme döneminin kolaylıkla işletilememesine sebep olmaktadır.

Yeni İş Kanununun getirdiği yeniliklerden biri de fazla sürelerle çalışma kavramıdır. Haftalık çalışma süresinin sözleşmelerle kırk beş saatin altında belirlendiği durumlarda, kırk beş saate kadar yapılan çalışmalar fazla sürelerle çalışmalar olarak tanımlanmıştır. Fazla sürelerle çalışmalarda, her bir saat fazla çalışma için verilecek ücretin normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının yüzde yirmi beş yükseltilmesiyle ödeneceği hüküm altına alınmıştır.

Fazla çalışmanın koşullarından, fazla çalışma nedenleri ile işverenin fazla çalışma yaptırılmasını istemesi ve işçinin onayının alınması konusunda ciddi anlamda bir değişiklik getirilmemiştir. 1475 sayılı Kanun döneminde fazla çalışma yaptırılması için Bölge Çalışma Müdürlüğünden izin alınması koşulu, uygulamada pratik bir etkiye sahip olmadığı gerekçesiyle yeni düzenlemede yer almamıştır.

Fazla çalışma süresi toplamının, bir yılda iki yüz yetmiş saatten fazla olamayacağı hüküm altına alınmıştır. Belirtilen yıllık süre sınırına aykırı davranmanın yaptırımı ise kanunda düzenlenmemiştir.

Fazla çalışma karşılığı olarak 4857 sayılı Kanunun getirdiği en önemli yenilik, yapmış

olduğu fazla çalışmalar karşılığında işçinin serbest zaman isteyebilmesidir. Serbest zaman uygulaması, işçi ücretlerinin yüksek olduğu ülkelerde ortaya çıkmış olup, uygulanabilmektedir. Ülkemizde ise, fazla çalışma ek gelir kaynağı olarak görüldüğünden, işçiler fazla çalışmalarının karşılığını mecburen ücret olarak talep edeceklerdir. Bu nedenle Kanunda öngörölen serbest zaman uygulamasının işlevsel hale gelebilmesi için işçi ücretlerinin yeterli seviyeye getirilmesi gerekmektedir.

İşçi, fazla çalışma karşılığı kendisine ücret veya serbest zaman olarak ödenmediğı takdirde, sözleşmesini fesih, dava hakkı gibi kanundan doğan haklara sahiptir. Gününde ödenmeyen fazla çalışma ücretlerine faiz uygulaması da bu haklara dâhildir. Fakat ülkemizde işçiler, yeterli iş güvencesine sahip olunmaması nedeniyle ancak iş sözleşmeleri sona erdikten sonra açılan davalarla bu haklarını talep edebilmektedirler. Birtakım işler ve işçiler için Kanun, alışma yasakları öngörmüştür. Fazla alışma için getirilen sınır ve yasaklara ilişkin yükümlölöklere aykırı davranma halinde, yaptırım olarak İş Kanununda sadece idari para cezalarına yer verilmiştir. Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nın Bölge Müdürlüğü'nce verilecek olan idari para cezalarına karşı itiraz mercii olarak idare mahkemeleri öngörölmüştür.

Sonuç olarak fazla çalışma, işçinin sağığı, sosyal yaşamı ve ekonomik durumu, işverenin işletmesi ve ülkenin istihdam politikaları üzerinde çok önem taşıyan bir kurum olduğundan, fazla çalışmaya ilişkin esaslar titizlikle düzenlenmelidir. Ülkemizde, ücretlerin ve para değeriinin düşük olması, ekonominin istikrarsızlığı, kayıt dışılık, fazla çalışmayı hem işçi hem de işveren açısından cazip hale getirmektedir. Fazla alışma ile ilgili olarak sorunların tam anlamıyla özömlenebilmesi için, işçinin ücreti tüm ihtiyaçlarını karşılayabilmeli, asıl önemlisi iş güvencesi tam anlamıyla gerçekleştirilmelidir.

KAYNAKÇA

- Akın, Levent** : “İşçi Ücretlerinin Otomatik Para Çekme Makineleri İle Ödenmesinin Hukuki Niteliği ve İspatı Sorunu”, **Yargıtay Dergisi**, c.22, s.3, Temmuz, 1996.
- Akyiğit, Ercan** : “Yeni İş Yasasında Normali Aşan Çalışmalar,” **TÜHİS**, c. 19, s.4, Mayıs 2005, s.22.
- Akyiğit, Ercan** : “Ücreti Geciken İşçinin Çalışmaktan Kaçınması”, **LİHSGD.**, s.5, c.2, 2005, s. 18.
- Aktay, A. Nizamettin, Kadir Arıcı, E. Tuncay Senyen Kaplan** : **İş Hukuku**, Ankara, 2006
- Akyiğit, Ercan** : **İş Hukuku**, Seçkin Yayınları, Ankara, 2005.
- Akyiğit, Ercan** : **İş Kanunu Şerhi**, C. 2, Ankara 2006.
- Arıcı, Kadir** : **Çalışma Sürelerinin Hukuki Gelişimi ve Yeterliliği Açısından 1475 Sayılı İş Kanunu’nda Çalışma Süreleri**, Ankara, 1992.
- Caniklioğlu, Suat** : “**Türk İş Hukukunda Normal Fazla Çalışma**,”Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, S.B.E., İstanbul, 2002.
- Caniklioğlu, Nurşen ve Talat Canbolat** : “4857 Sayılı İş Kanununda Para Cezasına Bağlanan Yükümlülükler ve Bu Para Cezalarının Özellikleri”, **Yargıç Resul Aslanköylü’ye Armağan, Kamu-İş**, c.7, s.3, 2004, s.221-245.
- Caniklioğlu, Nurşen** : 4857 Sayılı Kanuna Göre Çalışma Süresi ve Bu Sürenin Günlere Bölünmesi,” **Toprak İşverenleri Dergisi**, 2005, s.149-199.

- Centel, Tankut** : **İş Hukukunda Ücret**, Kazancı Yayınları No:106, İstanbul, 1988.
- Centel, Tankut ve Murat Demircioğlu** : **İş Hukuku**, 10. b, Beta, Kırklareli, 2005.
- Centel, Tankut** : “Bordro Dışında Ücret Ödendiğinin İspatı,” Karar İncelemesi, **Tekstil İşveren Dergisi**, Mayıs 2004, s.38-40.
- Çelik, Nuri** : **İş Hukuku Dersleri**, İstanbul, 1992.
- Çenberci, Mustafa** : **İş Kanunu Şerhi**, 6. b., Ankara, 1986.
- Çil, Şahin** : **İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları**, 5. b., Ankara, 2012
- Demir, Fevzi** : “4857 Sayılı İş. Kanununun Başlıca Yenilikleri ve Uygulamadaki Muhtemel Etkileri”, **Mercek**, Temmuz, 2003, s.110.
- Ekmekçi, Ömer** : **Türk İş Hukukunda Fazla Çalışma**, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, S.B.E., 1988.
- Ekmekçi, Ömer** : İstanbul Üniversitesi İş Hukuku ve Soysa Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, Karar İncelemesi, 2004/2. Y. 9.H.D. 2003/13534 E., 2004/2744 K.
- Ekmekçi, Ömer** : “Özürlü, Eski Hükümlü ve Terör Mağduru İstihdamında Yaşanan Sorunlar ve İtiraz Usulündeki Değişiklikler”, **Çimento İşv.** Eylül, 2005, s. 49.
- Ekmekçi, Ömer** : “4857 Sayılı İş K.nda Geçici (Ödünç) İş İlişkisinin Kurulması Hükümleri ve Sona Ermesi”, **LİHS GHD**. 2/2004, s.367.

- Ekonomi, Münir** : **Çalışma Süreleri - Tatiller ve Yıllık Ücretli İzinler – 931 Sayılı İş K. ve Getirdiği Yenilikler**, İstanbul, 1968.
- Ekonomi, Münir** : **İş Hukuku**, c.1, Ferdi İş Hukuku, 2. Bası, İstanbul, 1980.
- Ekonomi, Münir** : “4857 Sayılı İş K.’ya göre Fazla Çalışma Kavramı, Yargıç Resul Aslanköylü’ye Armağan”, **Kamu- İş**, c.7, s.3 2004.
- Eyrenci, Öner** : **Bireysel İş Hukuku**, 2.b, İstanbul, Legal, 2005.
- Eyrenci/Taşkent/Ulucan** : **Yeni Çalışma Modelleri- Özellikle Fonksiyonel Esneklik- Çalışma Hayatında Esneklik**, MESS Yayını, 1995.
- Eyrenci, Öner** : “İşin Düzenlenmesinde Değişim ve Esneklik Gerekliliği,” **TÜHİS**, Mayıs Ağustos, 2001, s.9.
- Günay, Cevdet İlhan** : “Ücret Ödemede Gecikmenin Hukuki Sonuçları, **Sicil Dergisi**, Mart, 2006, s.36.
- Güzel, Ali** : “İşçinin Ücretinin Ödenmemesi Nedeniyle İş Görme Edimini yerine Getirmekten Kaçınması ve Çalışmadığı Süre İçin ücret Talep Edememesi”, Karar İncelemesi, **Çalışma ve Toplum**, 2005/2, s. 124 vd.
- Güzel, Ali** : “İş Hukukunda Yeniden Yapılanma Süreci ve İşin Düzenlenmesi Konusunda Esneklik,” **Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan**, Ankara, 2000, s. 203-218.
- Kaplan, Emine Tuncay** : **İşverenin Fesih Hakkı**, Ankara, 1987.
- Kaplan, Emine Tuncay** : **Türk İş Hukuku Mevzuatında Fazla Çalışma ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar**, Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi, SBE, Ankara, 1999.

- Karacan, Hatice** : **4857 s. İş Kanununa Göre Fazla Çalışma**, Yüksek Lisans.Tezi, Ankara, Seçkin Yayınları, 2007.
- Kılıçoğlu, Dr. Mustafa** : **İş Kanunu Yorumu ve Yargıtay Uygulaması**, Ankara, Ayhan Yayıncılık, 2005.
- Kuru, Baki** : **Medeni Usul Hukuku**, 16. b, Ankara, 2005.
- Kurucu, Oğuz** : **Fazla Çalışma-Dinlenme Süreleri**, Ankara Kadioğlu Matbaası, 1987.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi** : **İş Hukuku**, 2. b, Ankara, 2005.
- Narmanlıoğlu, Ünal** : “İş İlişkisinin Kurulması Açısından ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay’ın Yılına Ait Kararlarının Değerlendirilmesi”, **Yargıtay’ın İş Hukuku’na İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri, 1986**, İstanbul, s. 490.
- Oğuzman, M. Kemal** : **Hizmet “İş” Akdinin Feshi**, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1955.
- Oğuzman, M. Kemal ve Turgut Öz** : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Filiz, İstanbul, 2000.
- Özdemir, Erdem** : **İş Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Yükü ve İspat Araçları**, İstanbul, 2006.
- Özdemir, Erdem** : “İş Sözleşmesinin İçeriği ve Ücret,” 3. Yılında İş Yasası Semineri, s. 27 vd.

- Soyer, Polat** : “Sürekli Fazla Çalışma- Çözüm İçin Bir Öneri”, **İktisat ve Maliye Dergisi**, Nisan, 1987, s. 37.
- Soyer, Polat** : **Esneklik Sağlayan Düzenlemeler**, İstanbul Barosu Yayınları, 2003.
- Süzek, Sarper** : **İş Hukuku**, 3.Tıpkı Bası, İstanbul, Beta, 2006.
- Süzek, Sarper** : “İşverenin Yönetim Hakkı ve Sınırları,” **Prof. Dr. Metin Kutal’a Armağan**, Ankara, 1998. s.227.
- Şahlanan, Fevzi** : “İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin İdari Para Cezaları Konusunda Son Gelişmeler,” **Sicil Dergisi**, Mart, 2006, s. 5.
- Şahlanan, Fevzi** : “İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirme Semineri, 1995, s.3 vd.
- Tuncay, A. Can** : **Yeni Çalışma Modelleri**, MESS Yayınları, İstanbul, 1995.
- Tuncay, A.Can** : **İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi**, İstanbul, 1982.
- Tunçomağ, Kenan** : **Türk Borçlar Hukuku**, Özel Borç İlişkileri c. 2, İstanbul, 1977.
- Tunçomağ, Kenan ve Tankut Centel** : **İş Hukukunun Esasları**, B.2, İstanbul, 1999.
- Uçum, Mehmet** : **Yeni İş Kanunu Seminer Notları**, Legal Yayıncılık Seminer Serisi, 1 Eylül 2003.

Ulucan, Devrim

: AB Ülkelerinde Esnek Çalışma ve İş Kanunu Taslağında Yer Alan Esnek Çalışma Düzenlemeleri, Çalışma Hayatımızda Yeni Dönem, Seminer Notları, Marmaris, 2002, s.112.

Ulucan, Devrim

: “Fazla Çalışma”, **İş ve Hukuk Dergisi**, Mayıs, 1990, s. 73.