

## 4857 SAYILI İŞ KANUNUNA GÖRE FAZLA ÇALIŞMA VE FAZLA SÜRELERLE ÇALIŞMA

Şahin ÇİL\*

In this article, the concept of overtime has been defined in the context court of cassation practice as well as the doctrine. Accordingly, such issues have been explored as the conditions under which overtime applies, its limits and types, the question of evidence, the concept of Overtime Work —as it was introduced into our legislation via Code No. 4857, the principles according to and the way in which overtime work is renumerated.

**Keywords:** Overtime work, court of cassation

### A- GENEL OLARAK

Fazla çalışma, çalışma süresi kavramının ortaya çıkışı ve işçinin korunması bakımından sınırlandırılması gereğinin sonucu olarak İş Hukukunda söze konu olan bir kavramdır<sup>1</sup>. 1475 sayılı İş Kanununda fazla çalışmanın tanımı yapılmamıştı. Bu konuda öğretide yapılan en kapsamlı tanıma göre fazla mesai, üretimin arttırılması, üretim faaliyetlerindeki aksamaların önlenmesi, işletme ve toplumun bazı ivedi ihtiyaçlarının karşılanması amacıyla normal iş süreleri üzerinde yapılan çalışmalardır<sup>2</sup>.

1475 sayılı İş Kanunun yürürlükte olduğu dönemde öğretide çoğunlukla günlük iş süresinin üzerindeki çalışmalar fazla çalışma olarak değerlendirilmekte ve ayrıca haftalık 45 saatlik çalışma süresinin aşılmasının gerekmediği görüşü benimsenmekteydi<sup>3</sup>. Ancak, günlük iş süresinin aşılmasının yeterli olmadığı, haftalık 45 saatlik çalışma süresinin aşılması gerektiği de ileri sürülmüştür<sup>4</sup>. Yargıtay da, istikrarlı biçimde haftalık 45 saati aşan çalışmaları fazla çalışma olarak kabul etmiş, günlük iş süresinin aşılmış olmasının yeterli görmemiştir<sup>5</sup>. Yargıtay bu

---

\* Şahin Çil-Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Tetkik Hakimi

<sup>1</sup> Mollamahmutoğlu, Hamdi: İş Hukuku, 2. bası, Ankara 2005, s. 691.

<sup>2</sup> Kurucu, Oğuz: İş Süreleri, Dinlenmeler, Fazla Çalışma, Ankara 1987, s. 101.

<sup>3</sup> Ekonomi, Münir: İş Hukuku, C.1, Ferdi İş Hukuku, B.3, İstanbul 1984, s. 294.; Akyiğit, Ercan: İş Kanunu Şerhi Ankara 2001, s. 1205.; Süzek, Sarper: İş Hukuku, İstanbul 2002, s. 491.

<sup>4</sup> Günay, C. İlhan: Serhli İş Kanunu, Ankara 1998, s.1601.

Çalışma ve Toplum, 2007/3

kabul şekliyle 4857 sayılı İş Kanunu öncesinde de haftalık çalışma süresinin haftanın çalışılan günlerine farklı şekilde bölünebileceğini kabul etmiş durumdaydı.

4857 sayılı İş Kanunu bu tartışmaya son noktayı koymuş ve fazla çalışmayı haftalık 45 saati aşan çalışma olarak tanımlamış, ayrıca bu bir haftalık ölçüyü de yeterli görmeyip, 2 aylık süre için denkleştirme esası getirilmiştir. Buna karşılık 4857 sayılı yasa döneminde de, fazla çalışmanın günlük çalışma süresini aşan çalışmalar olduğu öğretide ileri sürülmüştür<sup>6</sup>.

Kanunun 41. maddesinde normal fazla çalışma halinin esasları düzenlenmiştir.

## **B- NORMAL FAZLA ÇALIŞMA NEDENLERİ**

Ülkenin genel yararları, işin niteliği veya üretimin artırılması gibi nedenlerle işverenin fazla çalışma yaptırması mümkündür. Ancak işçinin rızası olmadıkça fazla çalışma yaptırılmayacağı gibi, birinci fıkrada gösterilen sebepler mevcut değilse, sırf işçiyi taciz etmek amacıyla yaptırılamaz<sup>7</sup>.

Fazla çalışma yaptırabilme olanağı tanıyan haller çok geniş bir nitelik taşımaktadır. Ayrıca hükümdeki “gibi” sözcüğü belirtilen nedenlerin sınırlı olmadığını ve benzer nedenlerin varlığı halinde de fazla çalışmaya başvurulabileceğini göstermektedir<sup>8</sup>. Örneğin işyerinde uygulanan bir grevden sonra ortaya çıkan üretim kaybının telafisi için fazla çalışma yapılabilir<sup>9</sup>.

Yasada yer alan fazla çalışma yapılabilmesinin olağan nedenleri olarak gösterilen “işin niteliği” dışında kalan diğer iki sebebin soyut nitelikte olduğu ve işverene fazla çalışma yaptırabilme yönünde sınırsız ve denetimsiz bir yetki verilmiş olduğu da öğretide ileri sürülmüştür<sup>10</sup>.

## **C- İŞÇİNİN ONAYININ ALINMASI ZORUNLULUĞU**

İş Kanununun 41. maddesinin 7. fıkrası hükmüne göre, işçinin fazla çalışma yapması için onayının alınması şarttır. Fazla Çalışma Yönetmeliğine<sup>11</sup> göre işçinin onayının her yıl başında yazılı olarak alınması ve işçinin özlük dosyasında saklanması bir zorunluluktur<sup>12</sup>. Anılan Yönetmelik çıkarılıncaya kadar yürürlükte olan Fazla Çalışma Tüzüğünde yer alan düzenleme işçinin onayının bireysel ya da toplu iş sözleşmeleri ile önceden alınabileceği şeklindeydi. Yine Tüzüğe göre

<sup>6</sup> Bkz. Tunçomağ/Centel: İş Hukukunun Esasları, B. 3 İstanbul 2003, s. 147.

<sup>7</sup> Günay, C.İlhan: İş Kanunu Şerhi, Ankara 2005, s. 1429.

<sup>8</sup> Süzek, Sarper: İş Hukuku, 3. bası İstanbul 2006, s. 626.

<sup>9</sup> Ekonomi, Münir: İş Hukuku, C.1, Ferdi İş Hukuku, B.3, İstanbul 1987, s. 303.

<sup>10</sup> Bkz. Mollamahmutoglu, Hamdi: İş Hukuku, 2. bası, Ankara 2005, s. 694.

<sup>11</sup> Yönetmelik 6 Nisan 2004 gün 25425 sayılı Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

<sup>12</sup> Bkz. Fazla Çalışma Yön. Madde 9.

onayın her yıl yenilenmesi gibi bir zorunluluk bulunmamaktaydı. O halde Fazla Çalışma Yönetmeliğinin yürürlüğe girdiği 6.4.2004 tarihine kadar işçiden alınmış olan onaylar, 2005 yılı başına kadar geçerli kabul edilmelidir. Ancak işverenler tarafından 2005 yılı ve takip eden her yıl başında işçilerden fazla çalışma onayı alınması zorunlu hale gelmiştir. Çalışmakta olan işçiden daha önce yazılı onay alınmış olsa dahi, Yönetmeliğin yürürlüğe girdiği tarihi takip eden yıl başından itibaren ve her yıl yeniden onay almayan işveren, işçiyi fazla çalışma yapmaya zorlayamayacaktır. Her yıl fazla çalışma onayı alınmamış olan bir işçinin fazla çalışmayı kabul etmemesi üzerine, iş sözleşmesinin işverence feshinin geçerli nedeni oluşturmadığı, Yargıtay tarafından kabul edilmiştir<sup>13</sup>.

İşçi fazla çalışmaya onay vermiş olsa da, sağlık durumunun fazla çalışmaya imkan tanımaması ya da fazla çalışmaya katılmamayı haklı kılan diğer nedenlerin varlığı halinde işçi fazla çalışmaya zorlanamaz<sup>14</sup>. Bir görüşe göre, fazla çalışmanın işçinin durumunu kendisinden beklenemeyecek ölçüde ağırlaştırması durumunda sözleşmesinin feshine gerek kalmadan Borçlar Kanununun 329. maddesine göre fazla çalışmadan çekinme hakkı vardır<sup>15</sup>. Gerçekten işçinin onay alınmadan fazla çalışma yapmasının istendiği veya onay alındığı halde belirlenen an için fazla çalışma yapmasının istenmesinin iyiniyet kuralları ile bağdaşmadığı durumlarda, işçinin bu çalışmayı yapmaktan çekinme hakkı vardır. Ancak bu durumun işçiye doğrudan haklı fesih imkanı tanığını söylemek zordur. İşçinin haklı feshinin düzenlendiği 4857 sayılı İş Kanununun 24. maddesinde böyle bir nedene yer verilmemiştir. Yine de işverenin yasal olmayan fazla çalışma konusunda işçiyi sürekli şekilde zorlaması ve bu durumun işçiyi ciddi şekilde olumsuz etkilemesi halinde, anılan yasanın 24/II f fıkrasında yer alan “*yabut çalışma koşulları uygulanmazsa*” hükmü uyarınca işçinin haklı feshinden söz etmek mümkün olabilir.

### D- NORMAL FAZLA ÇALIŞMANIN SINIRI

4857 sayılı İş Kanununa göre haftalık 45 saati aşan çalışmalar fazla çalışma sayılır. Bundan başka haftalık çalışma sürelerinin değişkenlik göstermesi durumunda haftalık ortalama iş süresi belirlenir ve bunun 45 saati aşması halinde aşan kısım fazla çalışma sayılır. O halde günlük iş süresinin, hatta bazı hallerde haftalık iş süresinin aşılması fazla çalışma yapmış sayılmak için yeterli değildir. Bu düzenlemeye göre gün içinde ya da hafta başında yapılan fazla çalışmaya rağmen, takip eden gün ya da haftalar içinde eksik çalıştırılmak suretiyle denkleştirme olanaklı hale gelmiştir. Yoksa, işçi denkleştirme dönemi içinde sürekli olarak haftalık 45 saati aşacak şekilde çalıştırıldığında denkleştirmeye gidilmesi olanaklı

<sup>13</sup> Yargıtay 9.HD. 8.5.2006 gün 2006/10028 E, 2006/13006 K.

<sup>14</sup> Ekonomi, Münir: İş Hukuku, C.1, Ferdî İş Hukuku, İstanbul 1987, s. 305.; Mollamahmutoglu, Hamdi: İş Hukuku, 2. bası, Ankara 2005, s. 694.

<sup>15</sup> Kurucu, Oğuz: İş Süreleri, Dinlenmeler, Fazla Çalışma, Ankara 1987, s. 125.

değildir. Daha açık bir ifadeyle, işçinin 2 aylık bir denkleştirme süresi içinde her hafta 45 saati aşan ve değişen sürelerde çalışma yapması durumunda, fazla çalışma ücretlerinin hesabı için bir denkleştirmeye gidilmesi doğru olmaz. Bahsi geçen dönemler içinde dönem ücretlerine göre fazla çalışmaların karşılığının ödenmesi gerekir.

4857 sayılı İş Kanunu ile getirilen denkleştirme ise işçinin bazı haftalar haftalık çalışma süresinin altında çalıştırılması halinde anlam kazanır. Örneğin işçi birinci hafta 50 saat ikinci hafta ise 40 saat çalıştırılmışsa, her iki hafta ortalamasının 45 saati aşmaması sebebiyle fazla çalışmadan söz edilemeyecektir. Üstelik denkleştirmeye esas alınan dönem içinde işçinin ücretinin artmış ya da azalmış olması, denkleştirmeye engel oluşturmaz.

Denkleştirme için esas alınacak sürenin iki ay olduğu Kanunda belirlenmiştir (İş K. M. 63). Ancak toplu iş sözleşmesiyle bu sürenin dört aya kadar çıkarılabileceği belirtilmiştir.

İşçinin izinli yada raporlu olduğu dönem bu denkleştirmede esas alınmamalıdır. Yoksa işçinin, 60 saat çalıştığı bir haftayı takiben bir haftalık izin kullanması halinde iki hafta ortalamasının alınması halinde 30 saat haftalık ortalama çalışma süresi belirlenir ki, bunun adil olmayacağı açıktır.

Kanunun 66. maddesinde belirtilen çalışma süresinden sayılan haller de, haftalık iş süresinin, dolayısıyla fazla çalışmanın tespitinde dikkate alınır.

Haftalık iş süresinin sözleşmelerle 45 saatin altında belirlenmesi mümkündür. Bu halde haftalık çalışma süresini aşan 45 saate kadar çalışmalar ise “fazla sürelerle çalışma” olarak adlandırılmıştır (m.41/3). Fazla sürelerle çalışma halinde denkleştirmeye gidilip gidilemeyeceği, Kanunda açıkça düzenlenmemiştir. Bununla birlikte denkleştirme esasının kabul edildiği 63. maddede “haftalık normal çalışma” süresinden söz edildiğine göre, tarafların 45 saatin altında haftalık çalışma süresi belirlemeleri halinde denkleştirmenin kararlaştırılan haftalık çalışma süresine göre yapılması gerekecektir. Örneğin, sözleşme ile belirlenen azaltılmış haftalık iş süresinin 40 saat olduğunu düşünelim, ilk hafta 35 saat ikinci hafta 45 saat çalışılması durumunda düşüncemize göre denkleştirme yapıldığında, işçinin fazla sürelerle çalışmadığı şeklinde sonuca gidilmelidir. Aynı örnekte işçi ilk hafta 35 saat, ikinci hafta 55 saat çalıştığında ve denkleştirme uygulandığında, 5 saat fazla sürelerle çalışmış ve 5 saat de fazla çalışmış olmaktadır<sup>16</sup>.

Fazla çalışmaların toplamı bir yılda 270 saatten fazla olamaz (m.41/8). 1475 sayılı yasa döneminde günlük fazla çalışmanın üst sınırı da 3 saat olarak belirtilmişken, 4857 sayılı İş Kanununda böyle bir günlük sınır belirlenmemiştir. Öğretide günlük bir üst sınırın olması gerektiği ve bu durumun 41. madde uyarınca çıkarılacak yönetmelikte düzenlenmesi gerektiğine işaret edilmiş<sup>17</sup>, ancak daha sonra çıkan Fazla Çalışma Yönetmeliğinde günlük bir üst sınır

<sup>16</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Ekonomi, Münir: 4857 sayılı İş Kanununa Göre Fazla Çalışma Kavramı, Resül Aslanköylü'ye Armağan, Kamu –İş 2004 sayı 3. s.170.

belirlenmemiştir. Esasen bu hususta bir sınırlamanın varlığı, Kanunun mantığı yorumundan hemen çıkarılabilecektir. Nitekim 63/2. maddede denkleştirme kapsamındaki haftalık çalışma süresinin iş günlerinde eşit olmayan şekilde bölünmesinde işçinin “*günde onbir saati aşmamak*” günlük çalışma süresinin belirleneceği öngörülmüş, Avrupa Birliği normlarına uygun bu sınırlar telafi çalışmasına ilişkin düzenleme bakımından şöyle hükme bağlanmıştır: “*Telafi çalışmaları, günlük en çok çalışma süresini aşmamak koşuluyla günde 3 saatten fazla olamaz*”<sup>17</sup>. Bu hüküm kıyasen işverenin 41. maddeye göre haftalık çalışma süresinde ve fazla çalışmanın saptanmasında dikkate alınmak üzere, işçinin günlük çalışmasının üst sınırı yönünden de uygulanacaktır<sup>18</sup>. O halde 4857 sayılı İş Kanunu açısından günlük 11 saatlik çalışma sınırı, fazla çalışmanın da üst sınırı olarak karşımıza çıkar. Bu günlük sınırın aşılmadığı hallerde de kıyas yoluyla, telafi çalışmasının düzenlendiği 64. maddenin 2. fıkrasında yazılı olan 3 saatlik üst sınırın fazla çalışmanın günlük üst sınırını belirlediği düşünülebilir<sup>19</sup>.

Konu 63. maddede ele alınacak olursa da, günlük çalışma süresinin 11 saati aşamayacağı Kanunda emredici şekilde düzenlendiğine göre, bu süreyi aşan çalışmaların denkleştirmeye tabi tutulamayacağını ve zamlı ücret ödemesi veya serbest zaman kullanımının söz konusu olacağını da burada belirtmek gerekir.

Ancak bu sınırlamaya rağmen işçinin daha fazla çalıştırılması halinde, bu çalışmalarının karşılığı olan fazla mesai ücretinin de ödenmesi gerektiği açıktır. Yasadaki sınırlama esasen işçiyi korumaya yöneliktir. Uygulamada işçinin günde 3 saat ile yılda 270 saati aşan fazla çalışmalarına rağmen İş Kanununda öngörülen sınırlama çerçevesinde hesaplama yapılabileceği şeklinde bilirkişi hesap raporları verildiği görülmektedir. Anılan hesap yönteminin hukuka uygun olduğundan söz edilemez. İşçi lehine olarak yasada yer alan bir kuralın, işçinin aleyhine yorumlanması doğru olmaz. Yasada yer alan 270 saatlik yıllık üst sınırın aşılması halinde işveren veya işveren vekili için bir yaptırım da öngörülmüş değildir. O halde yasada yer alan bu sınırlamanın çok fazla bir öneminin de olmaması gerekir. Sınırlama, Yargıtay uygulamasına göre fazla çalışmanın ücretin içinde yer aldığı şeklinde sözleşme hükümlerinin geçerliliği yönünden bir önemi haizdir. Gerçekten anılan kurallara Yargıtay tarafından günde 3 ve yılda 270 saatlik süre

<sup>17</sup> Ekonomi, Münir: 4857 sayılı İş Kanununa Göre Fazla Çalışma Kavramı, Resül Aslanköylü'ye Armağan, Kamu –İş 2004 sayı 3. s. 163.

<sup>18</sup> Ekonomi, Münir: 4857 sayılı İş Kanununa Göre Fazla Çalışma Kavramı, Resül Aslanköylü'ye Armağan, Kamu –İş 2004 sayı 3. s. 163.

<sup>19</sup> Ekonomi, Münir: 4857 sayılı İş Kanununa Göre Fazla Çalışma Kavramı, Resül Aslanköylü'ye Armağan, Kamu –İş 2004 sayı 3. s. 163.

<sup>20</sup> Demir, Fevzi: 4857 sayılı İş Kanununun Başlıca Yenilikleri ve Uygulamadaki Muhtemel Etkileri, Mercak Temmuz, 2003, s. 116.

bakımından değer verilmekte, işçinin bu süreleri aşan çalışmalarının kanıtlanması durumunda karşılığının ödenmesi gerektiği kabul edilmektedir<sup>21</sup>.

Sağlık kuralları bakımından günde ancak yedibuçuk saat ve daha az çalışması gereken işlerin, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı ile Sağlık Bakanlığı tarafından müştereken hazırlanacak bir yönetmelikle belirleneceği de İş Kanununun 63/son maddesinin hükmü gereğidir. Anılan yönetmelik 15.4.2004 gün ve 25434 sayılı Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Adı geçen yönetmeliğin 4. ve 5. maddelerinde sözü edilen işler yönünden günlük çalışma süresi belirlenmiştir.

Yine işçilerin gece çalışmaları günde yedibuçuk saati geçemez (m.69/3). Bu hal de, günlük çalışmanın dolayısıyla fazla çalışmanın bir sınırını oluşturur.

## **E- ZORUNLU NEDENLERLE FAZLA ÇALIŞMA**

İşçinin rızasına bağlı olmayan zorunlu fazla çalışma hali, İş Kanununun 42. maddesinde düzenlenmiştir. Yürürlükten kaldırılan 1475 sayılı İş Kanununun 36. maddesinden farklı olarak 4857 sayılı İş Kanununda, çalışma süresinin sınırsız olamayacağı ve işçiye uygun bir dinleme süresi verilmesi gerektiği kurala bağlanmıştır.

Zorunlu nedenlerle fazla çalışma nedenleri Kanunda sayılmıştır. Bir arızayı gidermek veya muhtemel bir arızayı önlemek için ya da zorlayıcı sebeplerin ortaya çıkması halinde zorunlu fazla çalışma yapılabilecektir. Yangın, su baskını gibi haller de zorlayıcı sebeplerle örnek olarak verilebilir.

Zorunlu nedenlerle işçilerin tamamına veya bir kısmına fazla çalışma yaptırabilir. Ancak bu çalışma da sınırsız değildir. İşyerinin normal çalışma düzenine geçmesi halinde zorunlu fazla çalışmaya son verilmelidir. Yine işçilerin zorunlu nedenlerin sürmesi halinde sürekli olarak fazla çalışmaları beklenemez. İşverence uygun bir dinlenme süresi verilmesi zorunludur.

Zorunlu nedenlerle fazla çalışma halinde bu çalışma karşılığı olarak ödemesi gereken ücret 41. maddeye göre belirlenecektir. Bu da normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının yüzde elli fazlasıdır (m.41/2).

Zorunlu nedenlerle fazla çalışmalar 41. maddenin 1.fıkrasına göre belirlenir. Buna göre haftalık 45 saati aşan çalışmalar ve denkleştirme esasına göre ortalama 45 saati aşan çalışmalar fazla çalışma sayılır.

Haftalık çalışma süresinin 45 saatin altında belirlediği hallerde zorunlu nedenlere fazla sürelerde çalışma yaptırılması da mümkündür. Bu halde ise saat ücreti yüzde yirmibeş zamlı ödenir.

Zorunlu nedenlerle fazla çalışma yaptırabilmek için işçinin önceden onayının alınması gerekmez (F.Ç.Y. madde 9).

<sup>21</sup> Yargıtay 9.HD. 14.3.2006 gün 2005/3826 E, 2006/ 6560 K. ve Yargıtay 9.HD. 10.11.2004 gün 2004/ 9638 E, 2004/ 25610 K.

Zorunlu nedenle fazla çalışma, sadakat borcu içinde kalan bir yükümlülüktür. Bu nedenle zorunlu fazla çalışmayı başta sağlığı olmak üzere haklı bir takım nedenleri olmadan reddeden işçinin iş sözleşmesi işveren tarafından İş k. 25/ II bent (h) fıkrasına göre haklı nedenle feshedilebilir<sup>22</sup>.

Son olarak belirtmek gerekir ki, zorunlu nedenlerle fazla çalışma yapılması durumunda işçinin 41/4.fıkarda öngörülen serbest zaman kullanma hakkı yoktur. Gerçekten, 42. maddenin son fıkrasında, 41.maddenin uygulanabilecek hükümleri arasında serbest zamanı düzenleyen 4. fıkra sayılmamıştır. Aynı şekilde 4857 sayılı İş Kanunu kapsamında zorunlu olarak fazla çalışma yapılan dönemler için denkleştirme esasının uygulanamayacağı düşüncesindeyiz. Gerçekten denkleştirme kurallarının belirlendiği 63. madde normal fazla çalışmalarla ilgili hükümler içermektedir. Örneğin 63. maddede sözü edilen günlük 11 saatlik üst sınırın, zorunlu fazla çalışmalar için uygulanması düşünülemez. Zorunlu fazla çalışmada bir üst sınır belirlenmemiştir. Sadece 42. maddenin ilk fıkrasının son cümlesinde, işverenin uygun bir dinlenme süresi tanınması gerektiğinden söz edilmiştir. Öğretide zorunlu nedenlerle fazla çalışmalarda da günde 11 saat çalışmaya dair üst sınırın gözetilmesi gerektiği ve bu sonucun, 24 saatlik bir zaman diliminde en az 11 saat dinlenmeyi öngören Avrupa Birliğinin 93/104 sayılı yönergesine de uygun olduğu ileri sürülmüştür<sup>23</sup>.

Bundan başka öğretide işçinin zorunlu fazla çalışma halinde de serbest zaman kullanma hakkının varlığından ve denkleştirme esasının uygulanabilirliğinden söz edilmiştir<sup>24</sup>.

## F- OLAĞANÜSTÜ NEDENLE FAZLA ÇALIŞMA

Olağanüstü hallerde fazla çalışmadan söz edebilmek için ülkede bir seferberliğin olması gerekir. Bakanlar Kurulunca belirlenecek olan işyerlerinde yurt savunması gereklerinin karşılanması için fazla çalışma yaptırılması mümkündür. Bakanlar Kurulu aynı zamanda bu işyerlerindeki günlük çalışma süresini de belirler. İşlerin çeşidine ve ülke ihtiyacının derecesine göre bu çalışma süresi işçinin en çok çalışma gücüne kadar çıkarabilir. Bu işyerleri kamu kesiminde olabileceği gibi özel sektörde de olabilir<sup>25</sup>.

<sup>22</sup> Mollamahmutoğlu, Hamdi: İş Hukuku, 2. bası, Ankara 2005, s. 700.

<sup>23</sup> Soyer, Polat: Yeni Düzenlemeler Karşısında Fazla Saatlerde Çalışmaya İlişkin Bazı Düşünceler, Legal IHSGHD Temmuz- Eylül 2004. s. 806, Süzek, Sarper:İş Hukuku, 3. bası İstanbul 2006, s. 636.; Aksi yönde, Mollamahmutoğlu, Hamdi: İş Hukuku, 2. bası, Ankara 2005, s. 701.

<sup>24</sup> Günay, C.İlhan: İş Kanunu Şerhi, Ankara 2005, s. 1520. Aksi yönde Eyrenci/Taşkent/Ulucan: Bireysel İş Hukuku, 2. bası İstanbul 2005, s. 173.; Süzek, Sarper:İş Hukuku, 3. bası İstanbul 2006, s. 637.

<sup>25</sup> Narmanlıoğlu, Ünal; İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri, 1. Bası, İzmir 1998, s. 501.

Olağanüstü nedenlerle fazla çalışmalar için işçinin onayının alınması da gerekmez<sup>26</sup>.

Fazla çalışmaya dair yasada yer alan diğer sınırlandırmalar ( yılda 270 saat ve günde 11 saat) olağanüstü nedenlerle fazla çalışmada geçerli değildir. İşçinin çalışma süresini de Bakanlar Kurulu belirleyecektir.

Olağanüstü hallerde fazla çalıştırılan ve fazla saatlerde çalıştırılan işçilerin bu çalışmalarını karşılığı olan alacakları da 41. maddenin 2. ve 3. maddelerine göre belirlenir. Bu çalışmalar yönünden de denkleştirme esası geçerli değildir ve işçinin serbest zaman kullanma talep hakkı yoktur.

### **G- FAZLA ÇALIŞMANIN İSPATI**

Fazla çalışma yaptığını iddia eden işçi norm kuramı uyarınca bu iddiasını ispatla yükümlüdür. Ücret bordrolarına ilişkin kurallar burada da geçerlidir. İşçinin imzasını taşıyan bordro sahteliği ispat edilinceye kadar kesin delil niteliğindedir. Bir başka anlatımla bordronun sahteliği ileri sürülüp kanıtlanmadıkça, imzalı bordroda görünen fazla çalışma alacağının ödendiği varsayılır. Bordroda fazla çalışma bölümünün boş olması yada bordronun imza taşınamaması halinde işçi fazla çalışma yaptığını her türlü delille ispat edebilir<sup>27</sup>.

Fazla çalışmanın ispatı konusunda işyeri kayıtları, özellikle işyerine giriş çıkışı gösteren belgeler, işyeri iç yazışmaları delil niteliğindedir. Ancak, fazla çalışmanın bu tür yazılı belgelerle kanıtlanamaması durumunda tarafların dinletmiş oldukları tanık beyanları ile sonuca gidilmesi gerekir. Bunun dışında herkesçe bilinen genel bazı vakıalar da bu noktada göz önüne alınabilir. Örneğin yüz dairesel bir konutun temizlik ve servis işlerini yapan ve kaloriferden de sorumlu olan bir kapıcının fazla çalışması kuvvetle muhtemeldir. Yargıtay, sulama birliği çalışanlarının tarım ürünlerinin sulandığı mevsimde fazla çalışma yapacağını kabul etmiştir<sup>28</sup>.

İmzalı ücret bordrolarında fazla çalışma ücreti ödendiği anlaşılıyorsa, işçi tarafından gerçekte daha fazla çalışma yaptığının ileri sürülmesi mümkün değildir. Ancak, işçinin fazla çalışma alacağının daha fazla olduğu yönündeki ihtirazi kaydının bulunması halinde, bordroda görünenden daha fazla çalışmanın ispatı her türlü delille söz konusu olabilir. Buna karşın, bordroların imzalı ve ihtirazi kayıtsız olması durumunda dahi, işçinin geçerli bir yazılı belge ile bordroda yazılı olandan daha fazla çalışmayı kanıtlaması durumunda ilave fazla çalışma alacağına hak kazanabileceği kabul edilmektedir. Zira bordronun imzalı olması işçinin fazlaya dair haklarından vazgeçtiği anlamına gelmez. Yargıtay'ın istikrarlı uygulaması bu doğrultudadır<sup>29</sup>.

<sup>26</sup> Fazla Ç. Y. M. 9.

<sup>27</sup> Kılıçoğlu, Mustafa: İş Kanunu Şerhi, Ankara 1999, s. 821.

<sup>28</sup> Yargıtay 16.5.2006 gün 2006/ 3631 E, 2006/ 14863 K.



İşçiye bordro imzalatılmadığı halde, fazla çalışma ücreti tahakkuklarını da içeren her ay değişik miktarlarda ücret ödemelerinin banka kanalıyla yapılması durumunda da ihtirazi kayıt ileri sürülmemiş olması, ödenenin üzerinde fazla çalışma yapıldığının yazılı delille ispatlanması gerektiği sonucunu doğurmaktadır<sup>30</sup>.

Öğretide Yargıtay'ın anılan uygulaması eleştirilmiş ve ihtirazi kayıt belirtmeden bir miktar fazla çalışma ücreti alan işçinin, önceki aylarda yaptığı fazla çalışma karşılıklarını almış olduğunun ve önceye ait aynı nitelikteki haklardan vazgeçmiş sayılmasının kabul edilemeyeceği ileri sürülmüştür<sup>31</sup>. Ancak belirtmek gerekir ki, Yargıtay'ca imzalı bir bordronun önceki dönemlerle ilgili hakkı ortadan kaldırdığı kabul edilmiş değildir. İmzalı ve ihtirazi kayıt içermeyen bordro sadece ait olduğu ay yada dönem için hüküm ifade eder. Bir başka anlatımla, imzalı ve ihtirazi kayıtsız bordro öncesindeki fazla çalışma ücretlerinin istenmesi mümkündür. Yine imzalı bordronun ait olduğu dönemde de tahakkuk ettirilenden daha fazla çalışmanın yapıldığı, yazılı delille kanıtlanabilmektedir.

Uygulamada ortaya çıkan bir diğer ispat sorunu da üst düzey yöneticilerin fazla çalışmaları ile ilgilidir. Yargıtay'ca, işçinin, işyerinde mesaisini kendisinin belirlediği en üst düzeyde bir çalışan olması halinde fazla çalışma alacağına hak kazanamayacağı kabul edilmektedir. Yargıtay çeşitli kararlarında, genel müdürün<sup>32</sup>, bölge müdürünün<sup>33</sup>, mağaza müdürünün<sup>34</sup>, saha müdürünün<sup>35</sup> ve müfettişin<sup>36</sup> fazla çalışma ücreti isteyemeyeceği sonucuna varmıştır. Bahsi geçen kararlarda öne çıkan husus, işçinin görevi veya bulunduğu yer itibarıyla en yüksek konumda çalışması ve kendi mesaisini kendisinin belirleyebilecek durumda olmasıdır. Yine işçinin almakta olduğu ücretin yüksek oluşu ve harcırah prim ve benzeri ilave ödemeler alması da bu konuda belirleyici olmaktadır. Gerçekten işçinin işyerinde en üst düzey çalışan konumunda olmasına rağmen asgari ücret ya da ona çok yakın bir ücret alması halinde, işçiye ödenen ücretin, görevi ile ilgili olarak yapması gereken tüm işleri ve bu arada fazla çalışmayı kapsadığından söz edilemez. Ya da işçinin genel müdür konumunda olmasına rağmen, aynı yerde bulunan yönetim kurulu başkan veya üyeleri ile birlikte görev ifa etmesi ve tüm

<sup>29</sup> Yargıtay 9.HD. 29.3.2005 gün 2004/16534 E, 2005/10838 K. Ve Yargıtay 9.HD. 18.4.2006 gün 2005/ 30415 E. 2006/ 10539 K.

<sup>30</sup> Yargıtay 9.HD. 30.3.2006 gün 2005/21140 E, 2006/8092 K.

<sup>31</sup> Bkz. Başbuğ, Aydın: Fazla Çalışma Ücreti Eksik Ödenen İşçinin Alacağı BK.133'e Göre Sona Erer mi?, Tühis.Kasım 2002-Şubat 2003,s.57.

<sup>32</sup> Yargıtay 9.HD. 6.9.1996 gün 1995/35202 E, 1996/1476 K.

<sup>33</sup> Yargıtay 9.HD. 4.4.2005 gün 2004/ 22721 E, 2005/ 11958 K. Ve 6.12.2005 gün 2005/24436 E, 2005/ 38707 K.

<sup>34</sup> Yargıtay 9.HD. 8.3.2005 gün 2004/ 13366 E, 2005/ 7692 K. Ve 3.3.2005 gün 2004/ 17353 E, 2005/ 7225 K.

<sup>35</sup> Yargıtay 9.HD. 2.2.2006 gün 2005/ 38748 E, 2006/ 2076 K.

<sup>36</sup> Yargıtay 9.HD. 28.12.2004 gün 2004/ 9692 E, 2004/ 29823 K.

yetkilerin birlikte kullanımı halinde işçinin kendi mesaisini kendisinin belirlediğinin kabulü doğru olmaz. Nitekim Yargıtay, bölge müdürünün bulunduğu yerde finans koordinatörüne bağlı olarak görev yapması halinde, en yetkili konumda çalışmadığını ve fazla çalışma ücretine hak kazanılabileceğini kabul etmiştir<sup>37</sup>. Yine işyerinde gece müdürü<sup>38</sup>, muhasebe müdürü<sup>39</sup> ve genel sekreter yardımcısı<sup>40</sup> olarak çalışan işçilerin fazla çalışma ücreti talep edebilecekleri sonucuna varmıştır.

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 ayırık durum öngörülmemiştir. İşçi, esasen her zaman işverene bağımlı konumdadır. Aksi halde iş sözleşmesinin varlığı tartışılır hale gelir. Bu itibarla günlük ve haftalık çalışma süreleri 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.

Burada fazla çalışma ücretinin, periyodik olarak ödenen genel anlamda ücretin içinde olduğuna dair sözleşme hükümlerinin de değerlendirilmesi gerekir. 1475 sayılı İş Kanununun yürürlükte olduğu dönem içinde Yargıtay'ın vermiş olduğu kararlarda, bu tür sözleşme hükümleri, fazla çalışmanın Kanuni sınırı olan yılda 90 gün ve 270 saat için geçerli kabul edilmiştir. İşçinin ancak bunun üzerinde bir fazla çalışmayı kanıtlaması durumunda, kanıtlanan fazlası için, fazla çalışma alacağına hak kazanabileceği kabul edilmiştir<sup>41</sup>. Sözleşmede yazılı olan fazla çalışma ücretinin ücretin içinde yer aldığı kuralının yılda 270 saati kapsadığına dair Yargıtay'ın belirtilen yorum şekli, bu tür sözleşme hükümlerine geçerlilik tanımakla, tanımamak arasında ortalama bir çözüm arayışının bir sonucudur. Zira değişkenlik gösteren fazla çalışmanın aylık sabit ücretin içinde yer alması hayatın olağan akışına aykırı düşmekte, öte yandan tarafların serbest iradeleriyle ortaya koydukları bir kurala kısmen de olsa geçerlilik tanınması düşüncesi ortaya çıkmaktadır.

Öte yandan fazla çalışma ücretinin aylık sabit ücretin içinde ödendiği şeklinde sözleşme hükümleri geçerli sayıldığında işçinin tazminata esas ücretinin tespiti bir sorun olarak karşımıza çıkar. Zira fazla çalışma ücretleri ihbar ve kıdem tazminatı hesabında dikkate alınmayacağına göre işçinin tazminata esas ücretinin

<sup>37</sup> Yargıtay 9.HD. 19.4.2005 gün 2004/ 19511 E, 2005/ 13763 K.

<sup>38</sup> Yargıtay 9.HD. 28.4.2005 gün 2004/ 26348 E, 2005/14833 K.

<sup>39</sup> Yargıtay 9.H.D: 25.3.1999 gün 1999/4699 E, 1999/6658 K.

<sup>40</sup> Yargıtay 9.HD. 27.4.2005 gün 2004/ 22691 E, 2005/ 14697 K.

<sup>41</sup> Yargıtay 9.HD. 14.3.2006 gün 2005/ 3826 E, 2006/ 6560 K. ve Yargıtay 9.H.D. 12.10.1998 gün 1998/11811 E, 1998/14306 K

ayıklanması gerekir. Bunun için de, yılda 270 saate karşılık gelen zamlı fazla çalışma ücretinin hesaplanarak işçi ücretinden düşülmesi ve tazminata esas ücretin buna göre belirlenmesi zorunluluğu ortaya çıkacaktır. Ancak fazla çalışma ücretinin aylık ücretin içinde ödendiğini kabul eden Yargıtay, bu güne kadar tazminata esas ücretin yukarıda açıklanan yöntemle göre belirlenmesi yönünde bu güne kadar bir karar vermemiş, işçinin fazla çalışma ücreti dahil olan ücreti dikkate alınarak yapılan tazminat hesaplarını kabul etmiştir.

Bu konuyla ilgili daha da farklı bir yorum da 5953 sayılı yasaya tabi gazeteciler yönünden yapılabilir. Yargıtay, anılan yasa kapsamında çalışanlar yönünden de ek madde 1. madde hükmünde yer alan yılda 270 saatlik sınırlandırmayı gözetmekte ve sözleşme hükümlerini yılda 270 saate kadar olan fazla çalışmalar yönünden geçerli saymaktadır<sup>42</sup>. Oysa anılan yasaya göre gazetecinin ücreti çalışmazdan önce peşin olarak ödenir ( 5953 sy m. 14). Fazla çalışma ise yapıldıktan sonra takip eden ücret ödeme döneminde tahakkuk ettirilerek ödenir. Gazetecinin yapacağı fazla çalışmaların peşin olarak ödenmesi hayatın olağan akışına uygun düşmez.

Düşüncemiz, iş sözleşmelerinde fazla çalışma ücretinin aylık sabit ücretin içinde yer aldığına dair hükümlere geçerlilik tanınmaması gerektiği yönündedir. Aksi halde, işçilerin karşılığını alamadan fazla çalışmaya zorlanmaları ve yasanın amir hükümlerinin dolanılması gibi genel ve yaygın bir uygulama ortaya çıkacaktır. Fazla çalışmaların aylık sabit ücretle birlikte ödendiği şeklinde sözleşmelere geçerlilik tanınmasının bir sonucu da, daha fazla çalışıldığının ispatı noktasında kendini gösterir. Gerçekten işçiye yılda 270 saat ücreti aylık ücretin içinde ödendiği kabul edildiğine göre, bu süreyi aşan fazla çalışmaları tanık deliline dayanılarak kanıtlanamayacaktır. Fazla çalışmayı da içeren ücretin ödenmiş olması, bunu aşan çalışmaların yazılı delille kanıtlanması yükümünü de ortaya çıkarır.

Tarafların fazla çalışma ücretinin aylık ücretin içinde ödendiği şeklinde anlaşmaları halinde beklenen ve umulan o dur ki, işveren, fazla çalışma ücretinin tahakkukunu da bordroda ayrıca göstermeli ve kararlaştırılan fiiks ücreti fazla çalışma ücreti dahil biçimde ödemelidir.

Bununla birlikte tarafların günlük çalışma süresini kanunda yazılı süreden daha fazla olarak belirledikleri ve ücreti de buna göre tespit ettikleri sözleşme hükümleri geçerli sayılmalıdır. Örneğin taraflar işçinin haftada 6 gün ve günde 10 saat çalışacağı ve bu süreye karşılık olarak belli bir ücret ödeneceğini kararlaştırabilirler. Bu ihtimalde işçi ücretinin asgari ücret yada ona çok yakın bir miktarda belirlenmesi mümkün olmaz. Ancak işçinin yasada öngörülen fazla çalışma zamlı ücretini de aşacak şekilde böyle bir düzenlemeye gitmeleri halinde sözleşme hükümleri geçerli olabilir. Sözleşmede mesainin başlangıç ve bitiş

<sup>42</sup> Yargıtay 9.HD. 18.12.2003 gün 2003/725 E, 2003/1816 K., Bkz. Gökteş/Çil: Basın İş Kanunu, Ankara 2003, s. 322.

saatlerinin açıkça kararlaştırılması ve işçiye bu çalışma şeklinde göre ücret ödeneceğinin açıklanması, yukarıda sözü edilen sözleşmede yer alabilecek “ fazla çalışma ücretin içindedir” şeklindeki soyut kuraldan farklılık gösterir. Gerçekten tarafların mesai gün ve saatlerini açıkça kararlaştırmaları halinde bu yöndeki iradelerine değer verilmelidir. Düzenlemenin, İş Kanununun iş sürelerini ve fazla çalışmayı öngören emredici kurallara aykırı olduğundan söz edilemez. Öyle ki, yasada sözü edilen günlük en çok 11 saat çalışma kuralına rağmen işçi ve işverenin ara dinlenmesi çıktıktan sonra günde 12 saat çalışma ve karşılığında diyelim ki, 10.000 Amerikan Doları aylık ücret ödenmesi şeklinde anlaşmaları olanaklıdır. Verilen örnekte işçi fazla çalışma ücretlerini ücret içinde almış durumdadır. Tazminata esas ücreti ise, fazla çalışmaların karşılığı çıkarıldıktan sonra kolaylıkla belirlenebilecektir.

Öyle ki Yargıtay, radyoloji uzmanı olarak çalışan bir işçinin Radyoloji Radyom, ve Elektrikli Tedavi Müesseseleri Hakkında Nizamnamenin 21. maddesinde haftada en çok 27 saat 30 dakika çalışabileceğini öngören ve emredici nitelikteki düzenlemeye rağmen, tarafların günlük mesai başlangıç ve bitiş saatlerini kararlaştırdıkları, bu çalışma şekline göre aylık 5.000 Amerikan Doları ödenmesini öngören sözleşmeye değer vermiş ve işçinin haftalık 27 saat 30 dakikayı aşan çalışmaları için fazla çalışma ücreti talep edemeyeceği sonucuna varmıştır<sup>43</sup>.

İşyerinde günlük mesainin puantaj kaydı ya da elektronik ortamda kart basma olarak şeklinde işverence tespit edildiği hallerde ispat yönünden anılan kayıtlara değer verilmelidir<sup>44</sup>. Anılan kayıtların varlığı halinde tanık beyanlarına göre sonuca gidilmesi doğru olmaz.

Fazla çalışmaların ispatı noktasında en yaygın ispat aracı, tanık delili olarak karşımıza çıkmaktadır. Çoğunlukla işyerinde çalışmış tanıkların beyanlarına göre fazla çalışma konusunda bir tespit yapılmaktadır. İşçinin dinlettiği tanıkların davacı ile aynı dönemlerde çalışmış olmaları gerekir. Gerçekten bir işçinin çalışmasını olmadığı bir dönemde işyerinde çalışma düzenini bilmesi düşünülemez<sup>45</sup>. Bu itibarla çalışmış olan tanığın beyanı, kendi çalıştığı süre ile sınırlı bir etkiye sahiptir.

Salt işverene karşı dava açan tanık beyanları ile sonuca gidilmesi ise, Yargıtay tarafından kabul edilmemektedir<sup>46</sup>. İşçilerin birbirlerine tanıklık yapmak suretiyle menfaat birliği içine girmeleri halinde bu beyanların fazla çalışma tespitinde dikkate alınması yerinde olmaz. Yine de işverence sistemli bir biçimde tüm işçilerin hakları ödenmeksizin işten çıkarılmaları halinde tüm işçilerin yasal yollara başvurması ortaya çıkabilecek bir olgudur. Böyle bir durumda tanık

<sup>43</sup> Yargıtay 9.HD. 21.3.2006 gün 2006/684 E, 2006/7063 K.

<sup>44</sup> Yargıtay 9.HD. 21.2.2006 gün 2005/ 33806 E, 2006/ 4647 K.

<sup>45</sup> Yargıtay 9.HD. 12.4.2005 GÜN 2004/18387 E, 2005/12948 K.

<sup>46</sup> Yargıtay 9.HD. 26.1.2006 gün 2005/ 11607 E, 2006/1465 K.

beyanları, yine işyerinin özelliği ve işin niteliği gibi diğer taktiri delillerle birlikte değerlendirilmeye alınabilir.

İşyerinde çalışma düzenini bilmeyen işçinin arkadaşı, akrabası gibi tanıkların beyanlarına göre fazla çalışma tespiti de doğru olmaz. Ancak Yargıtay, işyerinde çalışma şeklini gözlemlene imkanı olan komşu işyeri sahibi ve çalışanları gibi tanıkların beyanlarına geçerlilik tanımıştır<sup>47</sup>.

Günde 3 vardiya çalışılan işyerlerinde kural olarak fazla çalışmadan söz edilemez. Yargıtay kararları bu yönde istikrar kazanmıştır<sup>48</sup>. Ancak, işyerinde günde 3 vardiya çalışılmasına rağmen zaman zaman her iki vardiya çalışanlarının birlikte iş gördükleri yönünde iddiaların varlığı halinde Yargıtay bu konunun keşif yapılmak suretiyle araştırılması gerektiğini kabul etmiştir<sup>49</sup>.

## H- FAZLA ÇALIŞMA VE FAZLA SÜRELERLE ÇALIŞMA ÜCRETİ

### 1- Fazla Çalışma Ücreti

Fazla çalışma saat ücreti, normal çalışma saat ücretinin yüzde elli fazlasıyla ödenir (m.41/2)<sup>50</sup>. İşçiye fazla çalışma yaptığı saatler için normal çalışma ücreti ödenmişse, bu halde sadece kalan yüzde elli zamlı kısmı ödenir.

Kanunda öngörülen yüzde elli fazlasıyla ödeme kuralı, nispi emredici bir nitelik taşır. Tarafların bunun altında bir oran belirlemeleri mümkün değilse de, sözleşmelerle daha yüksek bir oran tespiti olanaklıdır. Örneğin toplu iş sözleşmesinde fazla çalışma ücretinin yüzde yüz zamlı ödeneceği öngörülmüş olabilir. Bu halde işçinin ödenmeyen fazla çalışma ücreti hakkı, toplu sözleşmeden kaynaklandığından 2822 sayılı Yasanın 61. maddesine göre temerrüt faizi de en yüksek işletme kredisi faizi olmalıdır. Hemen belirtelim ki, bu örnekte fazla çalışma ücretinin bir kısmının yasadan bir kısmının toplu iş sözleşmesinden doğduğu şeklinde bir ayrıma gidilerek, alacağın bir bölümüne yasal faiz (4857 sayılı yasa döneminde bankalarca mevduata uygulanan en yüksek faiz) ve kalanı için en yüksek işletme kredisi faizi tatbiki isabetli olmaz. Ancak toplu iş sözleşmesi hükmü, fazla çalışma ücretinin yüzde elli zamlı ücret üzerinden ödeneceği şeklinde olsaydı, yasa hükmünün tekrarından ibaret olduğundan konunun anılan sözleşme ile düzenlendiğinin kabulü mümkün olmazdı.

Fazla çalışma ücreti ait olduğu dönem ücretiyle hesaplanır. Son ücrete göre hesaplama yapılması doğru olmaz. Yargıtay kararları da bu yöndedir<sup>51</sup>. Bununla

<sup>47</sup> Yargıtay 9.HD. 26.1.2006 gün 2005/11607 E, 2006/1465 K.

<sup>48</sup> Yargıtay 9.HD. 1.5.2006 gün 2005/ 32128 E, 2006/ 11926 K. ve Yargıtay 9.HD. 8.2.2005 gün 2004/ 9286 E, 2005/3640 K.

<sup>49</sup> Yargıtay 9.HD. 9.11.2004 gün 2004/26472 E, 2004/25227 K.

<sup>50</sup> Yargıtay 9.HD. 22.11.2005 gün 2005/ 12165 E, 2005/ 36870 K.

<sup>51</sup> Yargıtay 9.HD. 16.2.2006 gün 2006/ 20318 E, 2006/ 3820 K. ve Yargıtay 9.HD. 24.3.2005 gün 2004/ 18882 E, 2005/ 2455 K.

birlikte bir Yargıtay kararında fazla çalışma ücretinin son günlük ücretin 7.5 'a bölünmesi suretiyle hesaplanacağı belirtilmiştir<sup>52</sup>. Kararın aksi yönde çok sayıda karar karşısında Yargıtay'ın görüşünü yansıtmadığı düşüncesindeyiz.

Bu durumda fazla çalışma ücretlerinin hesabı için işçinin son ücretinin bilinmesi yeterli olmaz. İstek konusu dönem içinde işçi ücretlerinin miktarı da belirlenmelidir. İşçinin geçmiş dönemlere ait ücretinin belirlenememesi halinde bilinen ücretin asgari ücrete oranı yapılarak bilinmeyen ücretin buna göre tespiti de Yargıtay tarafından kabul görmektedir. Ancak yine Yargıtay'ın bir kararında<sup>53</sup>, son dönem öncesi ücretinin bilinmemesi durumunda bilinen ücretin asgari ücrete oranının değil, asgari ücretin fazla çalışma hesabında dikkate alınması gerektiğini kabul ettiği de görülmektedir. İşçinin işyerinde çalıştığı süre içinde terfi ederek çeşitli unvanlar alması veya son dönemlerde toplu iş sözleşmesinden yararlanması gibi durumlarda, bilinen son ücretin asgari ücrete oranının geçmiş dönemler yönünden dikkate alınmasının doğru olmayacağı düşüncesindeyiz. Bu gibi hallerde ilgili meslek kuruluşundan bilinmeyen dönemler ücretleri sorulmalı, bundan da sonuç alınamaması halinde bilinmeyen dönemler için hesaplamada asgari ücret esas alınmalıdır.

Parça başına veya yapılan iş tutarına ait ödeme dönemlerinde 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<sup>54</sup>. Her iki durumda da bulunan bir saatlik parça veya iş tutarına düşecek bir saatlik normal ücretin, %50 fazlası fazla çalışma ücreti, %25 fazlası fazla sürelerle çalışma ücretidir<sup>55</sup>.

Fazla çalışma alacağının uzun bir süre için hesaplanması ve miktarın yüksek çıkması halinde Yargıtay'ca son yıllarda hakkaniyet indirimi yapılması gerektiği istikrarlı uygulama halini almıştır<sup>56</sup>. Esasen bu konuda indirimi öngören bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Bu yönüyle Yargıtay'ın anılan uygulaması bazı eleştirilere açıktır. Ancak, Yargıtay'ın yapılmasını öngördüğü indirimi fazla çalışma ücretinden indirim olarak algılamamak gerekir<sup>57</sup>. Zira Yargıtay kararlarında, işçinin hesaplamaya esas alınan süreler kadar fazla çalışma yapmasının hayatın olağan akışına aykırı olduğu belirtilmektedir. Bu konuda, hakim taktirinin isabetli olmadığı ve hükme dayanak alınan maddi vakıaların

<sup>52</sup> Yargıtay 9.HD. 21.4.2005 gün 2004/ 24272 E, 2005/ 14200 K.

<sup>53</sup> Yargıtay 9.HD. 16.12.2004 gün 2004/ 28615 E, 2004/ 28072 K.

<sup>54</sup> Kılıçoğlu, Mustafa: 4857 Sayılı İş Kanunu Yorumu ve Yargıtay Uygulaması, Ankara 2005, s. 404.

<sup>55</sup> Kılıçoğlu, Mustafa: 4857 Sayılı İş Kanunu Yorumu ve Yargıtay Uygulaması, Ankara 2005, s. 404.

<sup>56</sup> Yargıtay 9.HD. 28.4.2005 gün 2004/ 24398 E, 2005/ 14779 K. ve Yargıtay 9.HD. 9.12.2004 gün 2004/ 11620 E, 2004/ 27020 K.

<sup>57</sup> Yargıtay 9.HD. 8.3.2006 gün 2005/26431 E, 2006/5752 K.

ispat için yeterli olmadığı noktasında Yargıtay'ın bir müdahalesi söz konusudur. Bir başka anlatımla, örneğin günde üç saat fazla çalışma yerine iki saat fazla çalışmanın yapıldığının kabulünün hakkaniyete uygun olacağı şeklinde anlaşılmalıdır. Yapılacak olan indirimin, hesaplamada esas alınacak olan saat yerine doğrudan fazla çalışma ücretinden yapılmasının bazı sakıncaları olsa da, yeniden hesaplama yapılmasının gerekmemesi ve daha önce alınmış olan hesap raporunda belirlenen miktar üzerinden indirim yapılması pratik yönden de fayda sağlamaktadır.

Bu yüzden Yargıtay'ın yüksek mahkeme önüne gelen uyuşmazlıkta fazla çalışma alacağından indirim yapılması gerektiği yönünde uygulamasının yerinde olduğu söylenebilir. Kaldı ki, fazla çalışmanın taktiri delil niteliğindeki tanık anlatımları yerine yazılı belgelere ve işveren kayıtlarına dayanması durumunda böyle bir indirimle gidilmemektedir<sup>58</sup>. Yine Yargıtay, işyerinin açılış ve kapanış saatlerinin esas alındığı hesaplamada fazla çalışma ücretinden indirimle gidilemeyeceğini kabul etmiştir<sup>59</sup>.

Düşüncemize göre asıl sorun, indirimin hangi hallerde yapılması gerektiği ve indirim oranı noktasında yaşanmaktadır. Öyle ki, Yargıtay'ca günde 3.5 saat<sup>60</sup>, 2.5 saat<sup>61</sup>, 2 saat<sup>62</sup>, 1.5 saat<sup>63</sup> fazla çalışmalar hayatın olağan akışına aykırı bulunmuş ve indirim yapılması gerektiği noktasından kararlar bozulmuştur. Yine Yargıtay'ın bazı kararlarında bir işçinin her gün fazla çalışma yapmasının mümkün olmadığı ve indirim yapılması gerektiği kabul edilmiştir<sup>64</sup>. Şu hale göre, Yargıtay'ın kararlarından yola çıkılarak günlük fazla çalışma miktarına bakılmaksızın bir indirim yapılması gerektiğini söylemek mümkündür. Ancak, hesaplamada dikkate alınan günlük fazla çalışma süresine bağlı olmaksızın, hemen her durumda %30 oranında yapılan indirimler yeterli görünmektedir. Diyelim ki, günde 4 saat ya da 1 saat olarak hesaplanan fazla çalışmalardan aynı oranda indirim yapıldığında hesap tarzı hayatın olağan akışına uygun kabul edilmektedir. Yargıtay'ın bir kararında ise, haftada 15 saat olarak hesaplanan fazla çalışma ücretlerinden %10 oranında indirim yetersiz kabul edilmiştir<sup>65</sup>.

Yargıtay'ın fazla çalışma ücretlerinden indirim yapılmasına dair kararlarının gerçek dışı fazla çalışma iddialarını önlemeye yaradığı ölçüde isabetli olduğu

<sup>58</sup> Yargıtay 9.HD. 17.1.2006 gün 2005/ 17421 E, 2006/ 124 K. ve Yargıtay 9.HD. 5.5.2005 gün 2004/ 26570 E, 2005/ 15622 K.

<sup>59</sup> Yargıtay 9.HD. 25.4.2005 gün 2004/25521 E, 2005/14348 K.

<sup>60</sup> Yargıtay 9.HD. 9.12.2004 gün 2004/ 11620 E, 2004/27020 K.

<sup>61</sup> Yargıtay 9.HD. 15.5.2006 gün 2006/ 12905 E, 2006/ 13959 K.

<sup>62</sup> Yargıtay 9.HD. 15.5.2006 gün 2006/ 12904 E, 2006/ 13958 K.

<sup>63</sup> Yargıtay 9.HD. 6.4.2006 gün 2005/ 28237 E, 2006/7894 K.

<sup>64</sup> Yargıtay 9. HD.24.11.2005 gün 2005/9770 E, 2005/14779 K. ve Yargıtay 9.HD. 28.7.2005 gün 2004/24398 E, 2005/14779 K.

<sup>65</sup> Yargıtay 9.HD. 5.5.2005 gün 2004/25654 E, 2005/ 15597 K.

öğretide ileri sürülmüş, ancak formül uygulama haline dönüşerek her bir olay yönünden indirimle gidilmesinin yerinde olmayacağı belirtilmiştir<sup>66</sup>.

Düşüncemize göre, işçinin her gün ve 2,3,4 saat sürelerle fazla çalışma yapmasının hayatın olağan akışına aykırı olduğu düşünülerek saat sayısında indirimle gidilmeli ve gerçek duruma uygun düşen fazla çalışma süresi belirlendikten sonra bir hesaplama yapılmalıdır. Böyle bir hesap yönteminin ardından belirlenmiş olan fazla çalışma tutarından indirim yapılması artık gündeme gelmeyecektir. Zira tanık anlatımlarına göre günde 3 saat fazla çalışma yapıldığı izlenimi doğmasına rağmen, hesaplamada bu durumun hayatın olağan akışına uygun düşmediği ve işçinin hastalık mazeret izin gibi nedenlerle bu şekilde çalışmadığı günlerin olmasının kaçınılmaz olduğu gerekçesiyle günde 2 saat (ya da duruma göre 2.5 saat) fazla çalışma olgusuna göre hesaplama yapılması yeterli ve yerinde olacaktır. Sorunun fazla çalışma ücretlerinin hesabı sırasında belirtilen şekilde çözümü hukuka uygun olacak, böylelikle indirim yapılması gerekmeyecek ve asıl önemlisi reddedilen miktar ve red vekalet ücreti gibi tartışmalar gündeme gelmeyecektir.

Yeri gelmişken belirtelim ki Yargıtay, fazla çalışma ücretlerinden indirim sonucu reddedilen miktar yönünden red vekalet ücreti verilmesi gerektiği yönünde kararlar vermektedir<sup>67</sup>. Zira yapılan indirim taktire dayalı değildir. Esasen yargıcın bu yönde bir taktir hakkı da yoktur. Fazla çalışmalarla ilgili vakianın hesaplamada geçtiği şekilde gelişmediği ve gerçek durumun, indirimden sonra kalan miktarı hak edecek kadar fazla çalışma yapıldığı biçiminde olduğu kabul görmektedir.

### 2- Fazla Sürelerle Çalışma Ücreti

Fazla sürelerle çalışma kavramı 4857 sayılı İş Kanunu ile ilk kez İş Kanununda yerini almıştır. İşçinin normal çalışma ücretinin sözleşmelerle haftalık 45 saatin altında belirlenmesi halinde, işçinin bu süreden fazla, ancak 45 saate kadar olan çalışmaları, fazla sürelerle çalışma olarak adlandırılabilir. Konuyu örneklerle ele almak gerekirse, sözleşme ile normal çalışma süresinin haftalık 40 saat olarak belirlenmesine rağmen 45 saat çalıştırılan işçi fazla çalışma yapmış sayılamaz, ancak fazla saatlerde çalışmıştır. Bu şekilde fazla saatlerde çalışma halinde normal çalışma saat ücreti yüzde yirmibeş yükseltilecek ödenir.

Aynı örnekte geçen işçinin haftada 50 saat çalıştırılması halinde ise ilk 5 saati fazla sürelerle çalışma sayılıp yüzde yirmibeş fazlasıyla ödenmeli, sonraki 5 saat için ise yüzde elli fazlasıyla ücret ödenmelidir.

Sözleşmelerle haftalık çalışma süresinin 45 saatin altında belirlendiği durumlarda da tarafların anlaşmasıyla denkleştirmeye gidilebilir<sup>68</sup>. Denkleştirme

<sup>66</sup> Bkz. Süzek, Sarper: İş Hukuku, 3. bası İstanbul 2006, s. 632.

<sup>67</sup> Yargıtay 9.HD. 20.3.2006 gün 2005/26564 E, 2006/7026 K.

<sup>68</sup> Süzek, Sarper: İş Hukuku, 3. bası İstanbul 2006, s. 625.



sonrasında belirlenen haftalık 45 saatin altı fazla sürelerle çalışma, 45 saatin üzeri ise fazla çalışma olarak ele alınmalıdır.

## **I- FAZLA ÇALIŞMAYI SERBEST ZAMAN OLARAK KULLANMA**

1475 sayılı İş Kanununda işçinin fazla çalışma ücretini talep yerine, bu hakkını serbest zaman olarak kullanabilmesi öngörülmemiştir. 4857 sayılı İş Kanunu işçiye isterse ücreti yerine serbest zaman kullanma hakkı tanımıştır.

Bu süre, fazla çalışma için her saat karşılığı 1 saat 30 dakika, fazla süreli çalışmada ise 1 saat 15 dakika olarak belirlenmiştir. Bu sürelerin sözleşmelerle attırılması mümkündür<sup>69</sup>.

Bu konuda tercih hakkı tamamen işçiye verilmiştir. İşverenin işçiyi serbest zaman kullanmaya zorlaması düşünülemez. Fazla Çalışma Yönetmeliğinin 6. maddesinde, fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma yapan işçinin işverene yazılı olarak başvurması halinde zamlı ücret yerine serbest zaman kullanmasının mümkün olduğu açıklanmıştır. Yazılı başvurunun geçerlilik şartı olmadığı düşüncesindeyiz. Bir başka anlatımla, işçi yazılı olmasa da serbest zaman kullanmayı talep etmiş ve işveren de bu isteği yerine getirmiş ise, talebin yazılı olarak yapılmadığından bahisle serbest zaman kullanımının geçersiz sayılması doğru olmaz.

İşçinin tercihini serbest zamandan yana kullanması halinde bu serbest zamanı kullanacağı anın kimin tarafından belirleneceği sorunu ortaya çıkar. Kanundaki düzenleme, işçinin, altı ay içinde olmak koşuluyla serbest zamanı kendisinin belirleyerek kullanabileceğine bizi yakınlaştırmaktadır. Ancak bunun işverenin yönetim hakkına müdahale olduğu da açıktır. İşyerinde fazla çalışma gerektiren nedenlerin sürdüğü ve iş verenin bu uygulamaya devam ettiği bir dönemde işçinin fazla çalışma zamlı ücretini reddedip, serbest zaman kullanmak istemesi, iyiniyetli bir davranış sayılamaz. Bu nedenle sorun, Fazla Çalışma Yönetmeliğinde çözümlenmiş ve 6. maddenin 2. ve 3. fıkralarında işçinin 6 ay içinde işverene serbest zamana kullanma talebini yazılı olarak iletmesi halinde işverence belirlenen bir tarihten itibaren serbest zamanın kullanılabilmesi açıklanmıştır. İşveren işçinin kullanacağı serbest zamanı işin ve işyerinin gereklerine uygun olarak işçiye bildirecek ve işçinin bu hakkını kullanmasını sağlayacaktır. O halde 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. Hatta işçiye yol ve yemek

<sup>69</sup> Mollamahmutoğlu, Hamdi: İş Hukuku, 2. bası, Ankara 2005, s. 706.

bedelinin nakit olarak ödenmesi durumunda ve işçinin kullanacağı serbest zamanın bir çalışma gününü aşması sebebiyle işçinin işyerine gitmediği hallerde de, düşüncemize göre bu ödemelerin devam etmesi gerekir. İşçinin serbest zaman kullandığı dönemler, çalışılan süreye dahildir ve ihbar ve kıdem tazminatı ile izin süresi hesapları yönünden dikkate alınır.

İşçinin serbest zamanı, Fazla Çalışma Yönetmeliğinin 6. maddesine göre aralıksız olarak kullanmak durumundadır. Bir başka anlatımla, işçinin yapmış olduğu fazla çalışma ile fazla sürelerle çalışmalarına karşılık gelen toplam serbest zaman dilimi toplu olarak kullanılmalıdır. Kural bu yönde olmakla birlikte, işçinin talebi ile ya da işverenin bu yöndeki isteğinin işçi tarafından kabul edilmesi halinde, serbest zamanın bölünerek kullandırılmasının mümkün olabileceği düşüncesindeyiz.

Öğretide, fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışmaların serbest zaman kullanma yoluyla karşılanmasına dair hükümlerin iş sözleşmeleri ya da işyeri yönetmeliği ile belirlenmesinin mümkün olmadığı ileri sürülmüştür<sup>70</sup>. Gerçekten, esas olan işçinin fazla çalışma ya da fazla sürelerle çalışmaların karşılığını zamlı ücret olarak almasıdır. Serbest zaman kullanımı ile ilgili önceden verilmiş rıza geçerli sayılmamalıdır. İşçinin zamlı ücret ödenmesi ya da serbest zaman kullanma şeklinde seçimlik hakkı kural olarak bu tür çalışmaları yapılmasının ardından ortaya çıkar.

İşçi hak ettiği serbest zamanı altı ay içinde kullanacaktır. Altı aylık sürenin başlangıcı fazla çalışmanın bittiği veya denkleştirme uygulanan hallerde denkleştirme döneminin sona erdiği tarihtir<sup>71</sup>.

Öğretide, işverence altı aylık süre içinde serbest zamanın kullandırılmaması halinde bu hakkın ortadan kalkmadığı ve işçinin dilerse daha sonra da serbest zamanı kullanabileceği veya ücretin ödenmesini talep edebileceği ileri sürülmüştür<sup>72</sup>. Gerçekten de 6 aylık serbest zaman kullandırma süresinin bitimine rağmen işçinin serbest zamana yönelik ihtiyacı devam edebilir. Ancak, kural serbest zamanın 6 ay içinde kullandırılması yönünde olmakla, düşüncemize göre, işçinin süre aşımına rağmen fazla çalışma ücreti yerine serbest zaman olarak kullanma isteğini işverene yazılı olarak bildirmesi aranmalıdır. Aksi halde 6 aylık sürenin dolmasıyla, işverenin serbest zaman kullandırma yükümünün yerini fazla çalışma ücreti ödenmesi alır.

<sup>70</sup> Süzek, Sarper:İş Hukuku, 3. bası İstanbul 2006, s. 634., Soyer, Polat: Yeni Düzenlemeler Karşısında Fazla Saatlerde Çalışmaya İlişkin Bazı Düşünceler, Legal İHSGHD Temmuz- Eylül 2004. s. 803.

<sup>71</sup> Süzek, Sarper:İş Hukuku, 3. bası İstanbul 2006, s. 634.

<sup>72</sup> Soyer, Polat: Yeni Düzenlemeler Karşısında Fazla Saatlerde Çalışmaya İlişkin Bazı Düşünceler, Legal İHSGHD Temmuz- Eylül 2004. s. 802.; Süzek, Sarper:İş Hukuku, 3. bası İstanbul 2006, s. 635.

Serbest zaman kullanma tamamen işçiye tanınmış bir haktır. Yine, asıl olan işçinin fazla çalışmalarının ve fazla sürelerle çalışmalarının karşılığının zamlı ücret olarak ödenmesi olunca, işyerinde çalışan işçilerin tamamının altışar aylık periyotlarla serbest zaman kullanmayı talep eden dilekçelerinin alınması ve bu süre sonunda fazla çalışma ücretlerinin ödenmesi şeklinde bir uygulama, işverene tanınmış bir hak olarak görülemez. İşverence serbest zaman 6 aylık süresi içinde sağlanamamış olabilirse de, bunun genel ve sürekli bir uygulama halini alması, fazla çalışma ücretlerini 6 aylık sürelerle geciktirerek ödeme yönünde bir yol açabileceğinden yasal hakların ihlali olarak karşımıza çıkabilir. Bu durumun yasalar karşısında korunmayacağı açıktır.

Her şeyden önce serbest zamanının süresi içinde ve yönetmelikte öngörüldüğü esaslar dahilinde verilmemesi, düşüncemize göre iş sözleşmesini haklı olarak feshetme imkanı tanır. Zira fazla çalışma ile fazla sürelerle çalışma ücretinin ödenmemesi ile serbest zaman kullanma isteğinin karşılanmaması arasında fark yoktur. İşverenin yönetim hakkı çerçevesinde 6 aylık süre içinde serbest zamanı belirleme imkanı olsa da, bu sürenin tamamlanmasıyla işçinin haklı fesih imkanı devreye girmelidir. Hatta işverene 6 aylık süre tanıyan hakkın da kötüye kullanılması halinde işçinin fesih imkanı doğabilir. İşyerinde stokların fazlalığı veya hammadde yokluğu gibi nedenlerle uzun süre üretimin yapılamadığı bir dönemin varlığına rağmen işçinin serbest zaman kullanma talebinin ısrarla yerine getirilmemesi, bu duruma örnek oluşturabilir.

İşçinin serbest zaman kullanma isteğinin ardından ve henüz bu zamanı kullanmaya başlamadan önce işçinin bu talebini geri alarak zamlı ücret istenmesini isteyebileceği de kabul edilmelidir.

Serbest zaman kullanan işçinin işyerinde hazır bulunacağı yönünde bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle serbest zaman kullandığı süre içinde işçinin işyerine gitmesi gerekmez. Ancak, serbest zamanın bir günden az olması halinde, işçinin serbest zamandan sonra kalan iş günü saatlerinde işyerinde hazır bulunması gerekir.

4857 sayılı İş Kanununun yürürlüğe girmesinden önce fazla çalışma ücreti taleplerini içeren uyuşmazlıklarda, işverenlerin fazla çalışmanın karşılığını serbest zaman tanınarak ödenmiş sayılması gerektiği yönünde iddiaları sık gündeme gelmekteydi. Ancak bu yönde yapılan yasal düzenlemenin ardından aradan geçen süre içinde Yüksek Mahkemeye serbest zaman kullanımı ile ilgili hiçbir uyuşmazlığın gelmemiş oluşu dikkat çekicidir.

### **İ- FAZLA ÇALIŞMA VE FAZLA SÜRELERLE ÇALIŞMA ÜCRETLERİNİN ÖDENMESİ**

Fazla çalışma ücreti ile fazla sürelerle çalışma ücretlerinin ödendiğinin ispatı işverene aittir. Belirtilen çalışmaları yaptığını kanıtlayan işçi üzerine düşen

ispat yükünü yerine getirmiş sayılmaktadır. İşçinin ayrıca karşılıklarının zamlı ücret üzerinden ödenmemiş olduğunu kanıtlaması gerekmez.

İşçinin işyerini devreden işveren döneminde yapmış olduğu fazla çalışmaların karşılığının ödenmesinden devralan işveren ile devreden işveren birlikte sorumludur. Ancak yasa gereği devreden işverenin sorumluluğu devir tarihinden itibaren iki yıl geçince sona erer. Başka bir anlatımla iki yıllık süre geçtikten sonra devreden işverenin sorumluluğuna gidilemez. Asıl sorun devir tarihinden sonra iki yıllık süre geçmediği halde devreden işverenin devir tarihinden geriye doğru gidildiğinde son iki yıl öncesinde kalan fazla çalışmaların karşılığının ödenmesinden sorumlu olup olmadığı noktasında ortaya çıkar. Konuyu bir örnekle ele almak gerekirse, işyerinde beş yıllık bir kıdeme sahip olan ve devreden işveren nezdinde dört yıl devralan yanında ise bir yıl çalışmış olan işçinin fazla çalışma ücretlerinin ödenmesinden devralan işverenin sorumlu olduğundan şüphe yoktur. Devreden işveren devir tarihinden itibaren bir yıllık süre içinde dava açıldığında fazla çalışmadan sorumlu olduğu söylenebilecek ise de, devir tarihinden geriye doğru gidildiğinde son iki yıl öncesinde kalan fazla çalışmalar yönünden devreden işverenin bir sorumluluğunun ortadan kalktığı ileri sürülebilecek midir? Düşüncemize göre buna olumlu cevap vermek mümkün değildir. İşyeri devrini düzenleyen 6. maddede, öngörülen iki yıllık süre bir zamanaşımı süresi değildir. Fazla çalışma ücreti beş yıllık zamanaşımı süresine tabi olmakla devreden işverenin sorumluluğunun da olsa olsa ileri sürülmesi durumunda zamanaşımı defî belirleyecektir. Bir başka anlatımla devreden işveren devri tarihinden itibaren iki yıl içinde fazla çalışma ücreti isteği ile karşılaştığında devir tarihinden geriye doğru son iki yıl ile sınırlı olmaksızın sorumlu olacaktır.

Ödünç iş ilişkisinde fazla çalışma ücretlerinin ödenmesinden ödünç alan işveren ile ödünç veren işveren birlikte sorumludur. 4857 sayılı yasa öncesinde bu konuda Yargıtay kararları arasında tam bir birliktelik yoktu. Gerçekten, bir Yargıtay kararında ödünç veren işverenin fazla çalışma ücreti ödemesi gerektiğinden bahsedilmişken<sup>73</sup>, diğer bir kararda fiilen çalışılan ödünç alan işverenin sorumlu olduğuna değinilmiştir<sup>74</sup>. Bununla birlikte 4857 sayılı İş Kanununun yürürlükte olduğu dönemde de fazla çalışma ücretinden sadece ödünç alan işverenin sorumlu olduğu yönünde bazı kararlar verilmiştir<sup>75</sup>.

İşçinin fazla çalışma yaptığı halde karşılığının ödemeyeceği yönünde iş sözleşmesi hükmü geçerli değildir<sup>76</sup>.

En yaygın ödeme şekli, fazla çalışma ücreti tahakkuklarını içeren aylık ücret bordrolarının işçiye imzalatılarak karşılığının verilmesidir. İş sözleşmesinin

<sup>73</sup> Yargıtay 9.HD. 3.3.2003 gün 2002/ 15925 E, 2003/ 3690 K.

<sup>74</sup> Yargıtay 9.HD. 10.5.2001 gün 2001/ 5393 E, 2001/ 8197 K.

<sup>75</sup> Yargıtay 9.HD. 24.1.2006 gün 2005/ 32092 E, 2006/ 1188 K.

<sup>76</sup> Yargıtay 9.HD. 8.9.2005 gün 2005/26652 E, 2005/26777 K.

devamı sırasında miktar içermeyen ibranamelerde anılan ödemelerden söz edilerek işverenin ibrası, geçerli bir yol değildir<sup>77</sup>.

Fazla çalışma ücretlerinin ödendiği noktada işçi yemin teklif edilebileceği Yargıtay tarafından kabul edilmektedir<sup>78</sup>.

Fazla çalışma ücretinin ödenmemesi halinde işçinin yasal yollardan takip ve dava hakkı olduğu gibi, Kanunun 24/II-e maddesi uyarınca haklı fesih imkanı vardır. Yine önceden fazla çalışma yapmayı kabul etmiş olsa dahi, Kanunun 34. maddesi hükmünün geniş ve amaca uygun yorumu sonucu, fazla çalışma ücretleri ödenmeyen işçinin başkaca fazla çalışma yapmaktan imtina edebileceği kabul edilebilir.

Fazla çalışma alacağı da ücret gibi beş yıllık zamanaşımına tabidir<sup>79</sup>.

Fazla çalışma alacağının ödeme günü İş Kanununda belirlenmemiştir. Bu yüzden faize hak kazanabilmek için işverenin temerrüde düşürülmesi gerekir. Fazla çalışma alacağı toplu iş sözleşmesinden kaynaklanmadıkça uygulanması gereken faiz yasal faiz olmalıdır. Bununla birlikte taraflarca daha yüksek bir faiz oranının kararlaştırılması mümkündür.

5953 sayılı Basın İş Kanununun Ek 1. maddesinde ise fazla çalışma alacaklarının ödenme günü müteakip ücret ödemesi tarihi olarak belirlenmiştir. Anılan Kanunun 14. maddesinde ise gazetecinin ücretinin peşin ödeneceği kurala bağlanmıştır. Buna göre gazeteciler yönünden temerrüt şartı aranmaz. Yine anılan Kanunda gününde ödenmeyen fazla çalışma ücretinin günlük yüzde beş fazlasıyla ödeneceği kurala bağlanmıştır. Bu yüzde beş fazla ödemenin faiz niteliğinde olmadığı ve uyulması zorunlu bir kamu hükmü niteliğinde olması sebebiyle Borçlar Kanununun 44. maddesi uyarınca indirim tabi olduğu Yargıtay'ca kabul edilmiştir<sup>80</sup>.

### J- FAZLA İŞ İÇİN ÜCRET

Borçlar Kanununun 329. maddesi “fazla iş için ücret” kenar başlıklıdır. Bu maddede fazla çalışmanın mı, yoksa normal haftalık çalışma süresi içinde ancak işçinin işine ilave olarak verilen ek görevlerin karşılığının mı, düzenlendiği üzerinde durulmalıdır.

Bu konuda 2002 yılında verilen bir Yargıtay kararında, işçinin haftalık 45 saati aşmayan çalışmasına rağmen işverence verilmiş olan ek görevler sebebiyle fazla efor sarf etmiş olması nedeniyle anılan madde uyarınca tazminat isteminde haklı olmadığı sonucuna varılmıştır. Bu karara yazılan karışık oy yazılarında ise, Borçlar Kanununun 329. maddesi hükmünün İş Kanununun 35.(şimdi 41)

<sup>77</sup> Bkz ayrıntılı bilgi için Çil, Şahin: İş Hukukunda İbra Sözleşmesi, İstanbul 2006, s. 38.

<sup>78</sup> Yargıtay 9.HD. 28.10.2004 gün 2004/8020 E, 2004/24460 K.

<sup>79</sup> Yargıtay 9.HD. 24.11.2005 gün 2005/9824 E, 2005/37169 K.

<sup>80</sup> Yargıtay İBK. 1953/7 E, 1954/10 K. RG. 15.2.1974 gün, 14800 sayı.; Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Göktaş/Çil, Basın İş Kanununu, Ankara 2003, s. 307 vd.

maddesinden daha kapsamlı olduğu ve Borçlar Kanununun bu hükmünün uygulanması gerektiği, normal mesai sınırları içinde kalan fazladan efor gerektiren ilave işlerin bedelinin istenebileceği belirtilmiştir.<sup>81</sup>

Borçlar Kanununun anılan hükmünün, hizmet aktinin düzenlendiği 313-354. maddeler arasında yer aldığı görülmektedir. Bu yönüyle fazla çalışmayı düzenlediği açıktır. 1926 yılında kabul edilen bu metin hiç değişmeksizin günümüze kadar gelmiştir. Ancak bu arada çıkarılan İş Kanunlarında fazla çalışma çok daha ayrıntılı biçimde düzenlenmiştir. İş Kanununun yürürlüğe girmesiyle Borçlar Kanununun hizmet aktine ilişkin hükümleri yürürlükten kalkmış değildir. Nitekim özellikle Borçlar Kanununun 325, 344, 345. maddeleri iş uyumsuzluklarında sıkça uygulanmaktadır.

Bu noktada İş Kanununun fazla çalışmayı düzenleyen hükmü ile (41) Borçlar Kanununun 329. maddesinin karşılaştırılmasının yapılması gerekir. İş Kanununda normal çalışma süresinin ve fazla çalışmanın ne olduğu belirlenmiş, Borçlar Kanununun 329. maddesinde ise normal çalışmanın sözleşme ile ya da örf ve adete göre belirlenmesi gerektiği öngörülmüştür. İş Kanunu fazla çalışmanın tek ölçütünü süreye göre belirlediği halde, anılan 329. madde “*icabeden iş miktarından*” söz etmiştir. O halde Borçlar Kanununun anılan hükmü sözleşme ve adet üzerine belirlenen normal çalışma süresi yanında “*icabeden iş miktarından ziyade bir*” iş için de ücret öngörmüştür. İş Kanununun fazla çalışma hükmünden daha kapsamlı bir düzenleme olan Borçlar Kanununun 329. maddesinin, İş Kanununa göre fazla çalışma sınırına girmeyen (haftalık 45 saatin altında) çalışmalarda sözleşme ve adet hilafına verilecek ek görevlerin ücretlerini düzenlediği düşüncesindeyiz. Buna göre “fazla iş için ücret” fazla çalışma kavramından farklı olarak değerlendirilmelidir.

### KAYNAKÇA

**Akyiğit**, Ercan: İş Kanunu Şerhi Ankara 2001.

**Başbuğ**, Aydın: Fazla Çalışma Ücreti Eksik Ödenen İşçinin Alacağı BK.133'e Göre Sona Erer mi?, Tühis.Kasım 2002-Şubat 2003.

**Çil**, Şahin: İş Hukukunda İbra Sözleşmesi, 2. Baskı, İstanbul 2007.

**Demir**, Fevzi: 4857 sayılı İş Kanununun Başlıca Yenilikleri ve Uygulamadaki Muhtemel Etkileri, Mercək Temmuz, 2003.

**Ekonomi**, Münir: 4857 sayılı İş Kanununa Göre Fazla Çalışma Kavramı, Resül Aslanköylü'ye Armağan, Kamu -İş 2004 sayı 3.

**Ekonomi**, Münir: İş Hukuku, C.1, Ferdi İş Hukuku, B.3, İstanbul 1987.

**Eyrenci/Taşkent/Ulucan**: Bireysel İş Hukuku, 2. bası İstanbul 2005.

**Göktaş/Çil**: Basın İş Kanunu, Ankara 2003, s. 322.

**Günay**, C.İlhan: İş Kanunu Şerhi, Ankara 2005.

**Günay**, C.İlhan: Şerhli İş Kanunu, Ankara 1998.

**Kılıçoğlu**, Mustafa: İş Kanunu Şerhi, Ankara 1999, s. 821.

<sup>81</sup> Yargıtay 9.HD. 10.12.2002 gün 2002/10881 E, 2002/23498 K.

**Kılıçoğlu**, Mustafa: 4857 Sayılı İş Kanunu Yorumu ve Yargıtay Uygulaması, Ankara 2005.

**Kurucu**, Oğuz: İş Süreleri, Dinlenmeler, Fazla Çalışma, Ankara 1987.

**Mollamahmutoğlu**, Hamdi: İş Hukuku, 2. bası, Ankara 2005.

**Narmanlıoğlu**, Ünal; İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri, 1. Bası, İzmir 1998.

**Soyer**, Polat: Yeni Düzenlemeler Karşısında Fazla Saatlerde Çalışmaya İlişkin Bazı Düşünceler, Legal İHSGHD Temmuz- Eylül 2004.

**Süzek**, Sarper: İş Hukuku, İstanbul 2002.

**Süzek**, Sarper: İş Hukuku, 3. bası İstanbul 2006.

**Tunçomağ/Centel**: İş Hukukunun Esasları, B. 3 İstanbul 2003.