

ÇALIŞMA SAATLERİNİ KENDİ BELİRLEYEN İŞÇİ FAZLA ÇALIŞMA ÜCRETİNE HAK KAZANIR MI?

Hatice Duygu ÖZER*

Y. 9.H.D.'nin 4.12.2006 Tarih ve E.2006/13579, K.2006/31852 Sayılı Kararı'nın Değerlendirilmesi

ÇALIŞMA SAATLERİNİ KENDİ BELİRLEYEN İŞÇİ FAZLA ÇALIŞMA ÜCRETİNE HAK KAZANIR MI?

Y. 9.H.D.'nin 4.12.2006 Tarih ve E.2006/13579, K.2006/31852 Sayılı Kararı'nın Değerlendirilmesi

T.C.

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

ESAS NO: 2006/13579

KARAR NO: 2006/31852

MAHKEMESİ: Üsküdar 2. İş Mahkemesi

TARİH: 8.12.2005

NO: 15428

DAVACI: Selma (Yaramaz) Çırak adına Avukat Ramazan Gönen

DAVALI: Atlas İlaç Pazarlama Tic.A.Ş.adına Avukat Bedri Varoğlu

DAVA: Davacı, ihbar kıdem ve kötü niyet tazminatı, ikramiye, ücret alacağı ile fazla mesai ücretinin ödenmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır. Hüküm süresi içinde taraflar avukatlarınca temyiz edilmiş ise de; HUMK.nun 438.maddesi gereğince duruşma isteğinin miktardan reddine ve incelemenin evrak üzerinde yapılmasına karar verildikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

* Arş .Gör., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Ana Bilim Dalı

YARGITAY KARARI

Kısa karar davacı vekilinin yüzüne karşı 8.12.2005 tarihinde tefhim edildiği halde 5521 sayılı İş Mahkemeleri kanunu'nda belirtilen 8 günlük yasal süre geçtikten sonra katılma yolu ile temyiz edilmiştir. İş davalarında katılma yolu ile temyiz mümkün olmadığından davacının temyiz isteminin REDDİNE

2- Davalının temyizine gelince;

Mahkemece tıbbi mümessil olan davacının iş akdinin haklı neden olmadan feshedildiği ve çalışma süresi boyunca fazla çalışma yaptığı kabul edilerek fazla çalışma olacağı hakkında hüküm kurulmuştur.

Davacının davalı ilaç şirketinde tıbbi mümessil olduğu, çalışma saatlerini kendinin belirleme serbestisine sahip olduğu ayrıca bu dosyada fazla çalışmayı ispat açısından sunulan araç kullanım tablolarının çalışma saatlerini kanıtlama gücü olmadığından anılan alacağın reddi gerekirken yazılı şekilde kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, nesin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 4.12.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.(Bu karar Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisinin 2007/13 sayısında yayınlanmıştır.)

KARARIN İNCELENMESİ

1. Uyuşmazlık ve Yargıtay'ın Benimsediği Hukuki Çözüm

İnceleme konumuzu oluşturan kararda, tıbbi mümessil olarak çalışan davacının iş sözleşmesi haklı neden olmaksızın feshedilmiş, bunun üzerine davacı da ihbar, kıdem, kötünüyet tazminatı, ücret alacağı, ikramiye ve fazla mesai ücretini talep etmiştir. Karardan anlaşıldığı kadarıyla, davacının feshe ilişkin diğer talepleri hakkında uyuşmazlık bulunmamaktadır. Ancak fazla çalışma ücreti konusunda, yerel mahkemenin kararının aksine, Yargıtay, tıbbi mümessil olarak çalışan işçinin çalışma saatlerini kendi belirlediği gerekçesiyle, olay açısından fazla çalışmanın var olmadığını kabul etmiştir. O halde kararda, kanunda öngörülen yasal sürelerin üstünde çalışan tüm işçiler bakımından fazla çalışmanın var olup olmadığı temel uyuşmazlık konusunu oluşturmaktadır. Bu sorunun çözümü de, iş sözleşmesinde yapılan işin ve işçinin niteliğinin ortaya konulmasına bağlıdır.

2. Fazla Çalışma Ücreti Talebinin Reddine Gerekçe Olan Sebepler

a) İşçinin Görevi

Karara konu olan uyuşmazlık, işçinin fazla çalışma karşılığı olan ücretinin talebine yönelik olduğundan, öncelikle fazla çalışmanın ne şekilde ortaya çıktığını belirtmek gerekir.

İş K.m.41'e göre, "ülkenin genel yararları yahut işin niteliği veya üretimin artırılması gibi nedenlerle fazla çalışma yapılabilir. Fazla çalışma Kanunda yazılı

koşullar çerçevesinde, haftalık 45 saati aşan çalışmalardır.” Görüldüğü gibi, kanun koyucu işverenlere belirli ancak sınırlı olmayan durumlarda işçilerine fazla çalışma yaptırabilme olanağı tanımıştır. Maddede ifade edilen “gibi” sözcüğü bu sonucu ortaya çıkarmaktadır¹.

4857 sayılı Kanunla 45 saat olarak belirlenen haftalık azami çalışma süresinin yanı sıra, günlük çalışma süresi açısından 11 saatlik bir üst sınır belirlenmiştir (İş K.m.63/2). Bundan başka, fazla çalışma süresinin toplamının bir yılda 270 saatten fazla olamayacağı da kabul edilmiştir (İş K.m.41/8). O halde olay açısından değerlendirdiğimizde, anılan yasal koşulların varlığı halinde, fazla çalışma yapılmış olduğunu kabul etmek gerekmektedir.

Yukarıda belirttiğimiz şekilde yasal çerçevesi çizilmiş olan fazla çalışmanın varlığı halinde normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının yüzde elli yükseltilmesi suretiyle fazla çalışma ücreti ödenir (İş K.m.41/2). Ancak somut olay bakımından fazla çalışma ücreti talebinin reddine yol açabilecek sebepler ortaya çıkabilir. Bunlardan biri işçinin görevi olabileceği gibi diğer bir neden de işçinin almış olduğu ücret olabilecektir. O halde bu sebepleri incelemek gerekmektedir.

İlk olarak işçinin görevini ele alacak olursak, inceleme konusu olayda, Yargıtay, işçinin çalışma saatlerinin kendisince belirlenmiş olmasını gerekçe göstererek, fazla çalışmanın var olmadığı sonucuna ulaşmıştır. O halde çalışma saatlerinin belirlenmesi konusunda esnekliğin söz konusu olduğu iş sözleşmelerinde, yasanın belirlediği normal çalışma süresinin üzerine çıkmanın mümkün olup olmayacağını ortaya koymak gerekir.

Öncelikle şunu ifade etmek gerekir ki, işin doğası gereği işyeri dışında yapılan ve dolayısıyla işçi açısından en uygun saatlerin çalışma saati olarak belirlenmesinde sakınca olmayan işlerde de işverenin yönetim hakkı tamamen ortadan kalkmış değildir². Söz konusu hallerde, işçinin işverenine bağımlı olarak çalışma unsuru, işverenine ait iş ve hizmet organizasyonu çerçevesinde iş görme edimini yerine getirme olarak karşımıza çıkmaktadır³. Diğer bir ifade ile işveren, işin yapılma yeri, zamanı, şekli, sırası ve kapsamına ilişkin olarak emir ve talimat

¹ Eyrenci Öner/Taşkent Savaş/Ulucan Devrim, Bireysel İş Hukuku, İstanbul 2006, s.221; Mollamahmutoğlu Hamdi, İş Hukuku, Ankara 2005, s.694; Caniklioğlu Nurşen, “4857 Sayılı İş Kanununun Çalışma Sürelerine İlişkin Düzenlemeleri”, Türkiye Toprak, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası III. Yılında İş Yasası Semineri, Bodrum 2005, s.170.

² Hatta bu gibi durumlarda, çalışma zamanının esnek bir biçimde belirlenmiş olmasının bağımlılık unsurunu ortadan kaldıracığı, bu yüzden iş sözleşmesinin var olmadığı sonucuna kadar gitmek mümkün değildir, (Güzel Ali, Ekonomik ve Teknolojik Değişim Sürecinde İşçi Kavramı ve Yeni Bir Ölçüt Arayışı”, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşçi ve İşveren Kavramları ve Uygulamada Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar konulu İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri Toplantısı, İstanbul 1997, s.39).

³ Güzel, s.29-30.

verme hakkına sahiptir⁴. Örnek verecek olursak, tıbbi mümessilin işvereni, işçisine hangi ilaçları kime ve nasıl satacağı konusunda emir ve talimat verebileceği gibi yasada belirtilen şartların gerçekleşmesi halinde çalışma saatlerinin artırılmasını da isteyebilecektir. Bu husus işçinin çalışma saatlerinin kendisince belirlenmesi kuralına da aykırılık teşkil etmeyecektir. Zira işveren, çalışma saatlerine değil, süresine müdahale etmiş olmaktadır.

Öte yandan, işverenin, işçisine çalışma süresini artırması konusunda açık bir talebi olmadığı durumlarda dahi, şayet işveren satış miktarını artırmasını istemişse ve bu da ancak daha önceki çalışma süresinin artırılmasıyla mümkün olacaksa, bu durumda da fazla çalışmanın ortaya çıktığını kabul etmek gerekir.

Bu noktada görevi nedeniyle çalışma saatlerinin belirlenmesi hususunda esnekliğe sahip olan ve bu nedenle fazla çalışma yapmasının Yargıtay'ca mümkün görülmediği bazı çalışma biçimlerine değinmek gerekir. Bunlardan ilkinde, Yüksek Mahkeme üst düzey yönetici olmamakla birlikte bekçilik yaptığı yerdeki lojmanda ailesiyle birlikte oturan bekçinin fazla çalışma talebini normal yaşamı ile günlük çalışmasının iç içe girmiş olduğu gerekçesiyle reddetmiştir⁵. Kanaatimce Yargıtay'ın ulaştığı sonuç tartışılabilir niteliktedir. Zira olayda bekçi olarak çalışan kişinin evi ve işinin aynı yerde olması hatta herhangi bir iş yapmadan, işverenden gelecek talimatları beklemesi dahi onun çalışmış gibi değerlendirilmesini gerektirecektir. İş Kanunu m.66/1c-d hükmü vardığımız sonucun yasal dayanağını oluşturmaktadır⁶. Bir an için olaydaki bekçinin fazla çalışma yapmadığını kabul etsek dahi, inceleme konumuzu oluşturan olaya geri döndüğümüzde, tıbbi mümessilin çalışmasını bu olaydaki gibi günlük yaşamını geçirdiği yerde yerine getirmediğinden, bu işçinin görevinin fazla çalışma ücreti talebinin reddine gerekçe teşkil etmediği sonucuna ulaşılmaktadır.

Göreve ilişkin olarak Yargıtay'ın verdiği diğer bir karar ise, tır şoförü olarak çalışan işçiye yöneliktir. Buna göre, kararda, "Davacı davalıya ait işyerinde uluslararası nakliyat işinde şoför olarak çalışmaktadır. Sefere çıktığı günlerde yurtdışında belli bir zaman diliminde fazla çalışma yapması yönünde verildiği kanıtlanamamıştır. Seferde olduğu sürece iş saatini kendisi düzenlemek durumundadır. Dairemizin kararlık kazanan uygulamalarına göre kural olarak iş

⁴ Çelik Nuri, İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2006, s.106; Söz konusu talimatlar, işin yürütümüne ilişkin talimatlar olarak adlandırılır, (Süzük Sarper, "İşverenin Yönetim Hakkı ve Sınırları", Prof. Dr. Metin Kutal'a Armağan, Ankara 1998, s.227).

⁵ YHGK., 15.11.1985, 9-233/905, (Günay Cevdet İlhan, İş Kanunu Şerhi C.2, Ankara 2005, s. 2531).

⁶ İş K. m.66/1-c'de, işçinin işinde ve her an iş görmeye hazır bir halde bulunmakla beraber çalıştırılmaksızın ve çıkacak işi bekleyerek boş geçirdiği süreler; m.66/1-d' de ise, ..işinin evinde veya bürosunda ..meşgul edilerek asıl işini yapmaksızın geçirdiği süreler günlük çalışma sürelerinden sayılmıştır.

saatini kendi düzenleyen işçinin fazla mesai isteğinde bulunma olanağı yoktur⁷.” İşçinin görevinin dikkate alınarak fazla mesai ücretine hak kazanmaması gerektiğine hükmedilen bu karar ile incelediğimiz kararın ortak yanı, her iki kararda da işçinin çalışma saatlerini kendisinin belirlemesinin gerekçe gösterilmesidir. Ancak belirtmek gerekir ki Yargıtay, tır şoförlerine ilişkin benzer nitelikteki kararların tümünde aynı sonuca ulaşmamıştır. Fazla çalışma yapıldığının ispatlaması koşuluyla çalışma saatlerini kendisi belirleyen şoförün de fazla çalışma ücretine hak kazanacağını kabul edildiği kararlar da vardır⁸.

b) İşçinin Ücreti

Fazla çalışma ücreti talebinin reddine yol açabilecek diğer bir olasılıkta işçinin ücretinin değerlendirilmesi gerekir. Zira aşağıda inceleneceği gibi özellikle üst düzey çalışanlar açısından söz konusu olan normalin üzerinde belirlenen ücretin varlığı halinde, fazla çalışma ücreti talebinin baştan reddedilmesi söz konusu olmaktadır. Burada çözümlenmesi gereken sorun, her tür çalışma bakımından bu esasın kabul edilip edilmeyeceğidir. Diğer bir ifade ile en alt kademedeki en üst kademeye kadar tüm çalışanlar için başka bir işyerinde çalışan emsal işçiyle kıyas yapıldığında, ücretlerinin daha yüksek olarak belirlenmesi ve fazla çalışma ücreti verilmemesi mümkün müdür? Kanaatimce ücretin yüksek belirlenmesi ve bu nedenle ayrıca fazla çalışma ücretinin verilmemesi sadece üst kademedeki çalışanlar için kabul edilmelidir. Aksinin kabulü gerek alt kademedeki çalışan işçiler gerekse işveren aleyhinde sonuçların ortaya çıkmasına neden olacaktır. Örneğin ayda on saat fazla çalışma yapıyormuş gibi fazla ücret alan bir işçiyi ele aldığımızda şunu unutmamak gerekir ki, bir işyerinde her ay düzenli olarak aynı miktarda fazla çalışmanın yapılmaması söz konusu olabilecektir. Böylece işçi kararlaştırıldan daha fazla çalıştığında, işveren de işçisini kararlaştırıldan daha az çalıştırdığında zarara uğramış olacaktır. Bu nedenle fazla çalışma ücretinin belli bir standarda bağlanmış olduğunu kabul etmek için sadece ücretin normalden daha yüksek olarak belirlenmesi yetmemeli, işçinin görevinin de bu noktada dikkate alınması gerekmektedir⁹.

⁷ Y.9. HD., 15.10.1996, E.1996/11403, K.1996/19541, (İstanbul Barosu Dergisi, C.72, S.4-6, Y.1998, s.523).

⁸ Y. 9. HD., 20.3.1972, 26924/7037 sayılı kararda, “Türkiye ile Avrupa arasında çalıştırılan bir araçta şoför olmak yalnız başına fazla çalışma iddiasına hak vermez. Özellikle araçta nöbetleşe aracı kullanan başka şoför ve uyumaya elverişli yatak mevcutsa durum böyledir.” demek suretiyle fazla mesai ücretine hak kazanılabileceğine hükmetmiştir, (Çenberci Mustafa, İş Kanunu Şerhi, Ankara 1984, s.594). Ayrıca Y. 9. HD., 15.12.1996, E.1996/14585, K.1996/23133, sayılı kararda da aynı sonuca ulaşılmıştır, (İstanbul Barosu Dergisi, C.72, S.4-6, Y.1998, s.524).

⁹ Anılan koşulların tümünün birlikte yer aldığı 9. HD., 27.6.2006, E.2006/13671, K.2006/18967 sayılı kararda Yargıtay haklı olarak fazla çalışma ücretinin talep edilemeyeceğine karar vermiştir. Kararda özetle, “davacının işyerinde işletme müdürü

c) Üst Düzey Yöneticiyle Kıyaslanması

Fazla çalışmaya ilişkin olarak, Yargıtay tarafından verilen bazı kararlarda yine işçinin çalışma saatlerini kendisinin belirlemesi esastan hareket edildiği görülmektedir. Farklı tarihlerde verilen kararların bir kısmında, önceleri fazla çalışmanın mümkün olamayacağına hükmedilmişken¹⁰, son dönemde verilen kararlarda işçinin fazla çalışma yaptığıının kabul edildiği de olmuştur¹¹. Ancak bu kararlar ile inceleme konumuzu oluşturan karar arasındaki en temel fark, anılan kararlarda işçinin ayrıca üst düzey yönetici niteliğinde olmasıdır. Diğer bir ifade ile işçinin o işyerinde en üst düzeyde çalışmasının iş saatlerini kendisinin belirlemesine etkisi göz önünde tutulmuştur.

Öncelikle üst düzey yöneticinin fazla çalışma yapamayacağı kararı üzerinde durduktan sonra, bu kararın üst düzey yönetici olmayan fakat sadece çalışma saatlerini kendisi belirleyen işçiye de uygulanmasının doğru olup olmadığı sonucuna ulaşmak gerekir.

Yargıtay'ın üst düzey yöneticilerin fazla mesai yapmalarının kabul edilmediği yönünde verdiği kararları incelendiğinde, prensip olarak, çalışma saatlerini kendisinin belirleme yetkisine sahip olarak çalışanların tümü açısından fazla çalışmanın söz konusu olmadığı kabul edilmiştir¹². Aynı nitelikte olup da, fazla mesaiye hükmedilen kararların ortaya çıkmasındaki gerekçe ise, dava konusu olayda fazla mesai talebinde bulunan üst düzey yöneticinin, aslında çalışma saatlerini kendisi belirleyecek kadar üst düzey yönetici niteliğinde olmadığı, hangi saatlerde çalışacağı konusunda daha üst bir yetkiliye bağımlı olması şeklindedir¹³.

olarak çalıştığı dosyadan anlaşılmaktadır. Aylık ücreti de bu unvanına göre ve asgari ücretin yaklaşık 13 katı tutarında belirlenmiştir. Davacı işçi konumu itibarıyla günlük mesaisini kendisi belirleyecek ve şayet fazla çalışması söz konusu ise bunun karşılığının ödenmesini sağlayabilecek konumdadır. Bu nedenle fazla mesai ücretine hak kazanamaz.” şeklinde sonuca varılmıştır, (Legal Hukuk Dergisi, Mart 2007, Y.5, S.51, s.905).

¹⁰ Y.9. HD., 25.9.2003, 2342/15347, (Legal İHSGHD, 2004/1, s.211); Y. 9. HD., 28.6.2005, E.2004/28346, K.2005/22954, karar yayınlanmamıştır.

¹¹ Y. 9. HD., 19.4.2005, E.2004/19511, K.2005/13763 ve aynı yönde, Y. 9. HD., 30.1.2006, E.2005/20001, K.2006/1763, karar yayınlanmamıştır.

¹² “...Davacı işçinin turistik tesiste geçen son dönem çalışması teknik departman müdürlüğü sıfatıyla yürütülmüş olup, çalışma saatlerinin bizzat kendisinin düzenlemesi, üst düzey yöneticilik kapsamı içinde bulunmaktadır ki, dairemizin kararlılık kazanmış uygulamasına göre, yıllarca bu şekilde çalışan bir üst yöneticinin fazla mesai alacağını almadığı şeklindeki iddiasına değer verilemez.”, Y. 9. HD., 8.12.1998, 14106/17581, (Akyiğit Ercan, İçtihatlı ve Uygulamalı İş Kanunu Şerhi, Ankara 2001, s.1234); Aynı yönde, Y. 9. HD., 24.3.2005, 18860/9549, (Akyiğit, Şerh, s.1563).

¹³ Anılan duruma ilişkin kararlardan ilkinde, Yargıtay'ın, “...İşyerinin yönetiminin davacı tarafından yerine getirildiği anlaşılmaktadır. İşyerinde en üst düzeyde çalıştığına göre fazla çalışma ücretine hak kazanılması söz konusu olmaz.” demek suretiyle fazla mesai ücretine hükmetmediği görülmüştür. Ancak karara ilişkin karşı oy yazısında haklı olarak,

O halde, Yüksek mahkemenin çalışma saatlerini kendisi belirleme yetkisine sahip olan üst düzey yöneticiler bakımından fazla çalışmanın mümkün olmadığı yönündeki kararının istikrar kazanmış olduğunu söylemek mümkündür. Ancak bu yöndeki kararlara gerekçe olarak açık bir ifadeye yer verilmemiştir. Yargıtay'ın açıkça ortaya koymadığı gerekçesinin, özellikle ispat noktasında güçlük teşkil etmesi olduğu kanaatimdeyim. Ayrıca işin yerine getirilmesi konusunda işverence belli saatlerin aranmamasından dolayı, hayatın olağan akışına göre işçilerin de, iş görme edimini fazla çalışma yapmak yerine kendileri için en uygun olan saatleri tercih etmek suretiyle o ay içindeki iş günlerine dağıtarak yerine getirmiş oldukları düşünülmektedir.

Konunun yabancı hukuktaki çözümüne bakıldığında, Fransız Hukukunda fazla mesai ücretlerini genel olarak ücretin içine alan, götürü ücret sözleşmelerine değinmek gerekir. Bu konu Fransa'da yasayla açıkça düzenlenmiştir. Buna göre, yöneticiler arasında bir ayrıma gidilmiş ve üst düzey yöneticiler bakımından bunların götürü ücretle çalıştıkları karinesi kabul edilmiş; ancak orta ve alt kademedeki yöneticiler için akdedilen anlaşmaların çerçevesinin toplu iş sözleşmeleriyle çizilmesi gerektiği kabul edilmiştir¹⁴.

Hukukumuz açısından bu şekilde bir yasal düzenleme olmasa da anılan Yargıtay kararları bakımından özellikle üst düzey yöneticinin yüksek miktarda ücret alması, fazla mesai ücretinin de ücrete dahil edilerek verildiği bir götürü ücret anlaşmasının varlığının kabulünün bir sonucudur¹⁵.

davacının çalışma saatlerini tespit edecek durumda olmadığından bahisle fazla mesai ücretinin ödenmesi gerektiğine şu şekilde işaret edilmiştir; "...davacının işyerinde kendi başına çalışma saatlerini belirleyecek pozisyonda olmadığı tanık ifadelerinden anlaşılmaktadır. İşyerinde Yönetim Kurulu başkanının tüm işleri yönettiği ve davacının bu şahsın emir ve talimatları ile hareket ettiği ifade edilmiştir. Bütün bu anlatımlardan anlaşılacağı şekilde davacı otelde yatmakla beraber sorumluluk taşımaya devam etmiş, yönetim kurulu başkanının denetimi altında normal çalışma süresinin üzerinde çalışma yaptığı da anlaşılacakla davacının fazla mesai alacağına hak kazandığı görüşüyle bozma kararına katılmıyorum.", Y.9. HD., 28.6.2005, E.2004/28346, K.2005/22954, karar yayınlanmamıştır.

¹⁴ Özdemir Erdem, İş Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Yükü ve Araçları, İstanbul 2006, s.163.

¹⁵ Y. 9. HD'nin, 15.1.2002, E.2001/14044, K.2002/204 sayılı karara göre, "...yüksek ücret alan ve haftalık çalışma süresini kendisi düzenleyen yöneticinin normal çalışma saatlerinden fazla işyerinde bulunduğu süreler fazla çalışma olarak kabul edilemez." denilmek suretiyle yüksek ücret alma olgusuna dikkat çekilmiştir. Anılan kararın tam metni için bkz., İşveren Dergisi, Haziran 2002, s.16. Aynı yönde, Günay Cevdet İlhan, İş Kanunu Şerhi, Cilt:2, Ankara 2005, s.1434. Ancak yazar, bu konuya örnek olarak, Y. 9. HD'nin 7.5.2002, E.2001/16226, K.2002/7190 sayılı kararını vermiş ve anılan kararda ücretin dolgun olarak belirlenmesine karşın, fazla mesai ücreti talep etmenin objektif iyiniyet kuralına aykırılık teşkil etse de, taraflar arasında götürü ücret anlaşmasının yapıldığının yazılı olarak ispatlanamaması olasılığında, fazla mesai alacağıının

Götürü ücret anlaşmasının varlığının ispatlanamaması durumunda ise, sırf çalışma saatlerini belirleme yetkisi yeterli olmayacağı için, fazla çalışmanın yapıldığı -işçi tarafından somut olarak ortaya konulabiliyorsa- kabul edilmelidir. Zira yukarıda da ifade edildiği gibi iş saatlerini kendileri belirleme yetkisi olan işçilerin de iş sözleşmesindeki bağımlılık unsuru çerçevesinde, işverenlerinden işin yerine getirilmesi konusunda emir ve talimat almaları mümkündür. Bu bağlamda işverenlerin işçinin çalışma saatlerine doğrudan müdahale etmemekle birlikte, verilen işin miktarını artırmaları durumunda, normal çalışma süresinde bitmeyecek işin, işçi tarafından iş saatlerini yine kendisi belirlemek koşuluyla yasal çalışma süresini aşarak tamamlanması mümkündür. Böylece işçi istediği saatte fazla çalışma yapmış olacaktır.

Kaldı ki, kimlerin fazla çalışma yapamayacaklarını düzenleyen iş mevzuatında, işveren vekili olarak nitelendirilebilecek üst düzey yöneticilerden bahsedilmemiştir¹⁶⁻¹⁷. O halde, götürü ücret anlaşmasıyla ücreti normalden daha fazla belirlenmemiş ve sırf iş saatlerini kendi belirleme yetkisine sahip olan yönetici konumundaki işçilerin, bu çalışmalarını ispatlamaları koşuluyla fazla çalışma ücretine hak kazanmaları gerektiği kanaatindeyim¹⁸.

Üst düzey yöneticiler hakkında bu sonuca vardıktan sonra, fazla çalışma yapılamayacağı kararını, iş saatlerini kendi belirleyen hatta üst düzey konumda dahi olmayan işçiler açısından da kabul eden Yargıtay kararının da isabetli

doğabileceğine işaret etmiştir.

¹⁶ Ancak konuyu düzenleyen 2003/88 sayılı Çalışma Sürelerinin Düzenlenmesine İlişkin 4.11.2003 tarihli Avrupa Birliği Direktifinde, “İşçilerin sağlık ve güvenliğinin korunmasına yönelik genel ilkelere gereken saygıyı göstererek Üye Devletler, işin spesifik özelliklerinden ötürü çalışma süresinin müddeti ölçülmemiş ve/veya belirlenmemiş ya da belirlenmesi işçilere bırakılmış olduğunda ve özellikle özerk karar alma yetkisine sahip yönetici, yürütücü ya da diğerleri söz konusu olduğunda üye devletlerin günlük-haftalık-ara dinlenme sürelerinde, haftalık azami çalışma süresinde, gece çalışması ve denkleştirme sürelerinde, ayrıklık gösterebileceği düzenlenmiştir (m.17). Direktifin tam metni için bkz. <http://ab.calisma.gov.tr/direktif/2003-88tr.doc>, Erişim tarihi, 18.04.2007.

¹⁷ 2003/88 sayılı Direktife paralel olarak mevzuatımızda, konuya ilişkin henüz bir düzenleme yapılmaması TİSK Raporunda da bir eksiklik olarak tespit edilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. *Bayram* Fuat, “Avrupa Birliği İlerleme Raporlarındaki (1998-2006) Tespit ve Eleştiriler Çerçevesinde Türk İş Hukuku Mevzuatında Yapılması Gerekli Değişiklikler”, *Legal İHSGHD*, S.13, Y.2007, s.91.

¹⁸ Y. 9. HD., 11.3.1996, E.1996/29868, K.1996/4780 sayılı karara göre, “İşveren vekili günlük çalışmaları kendisinin düzenlediğini işyerinin fazla çalışma yapmayı gerektir nitelikte olduğunu ve her iki taraf tanıklarının da fazla mesai yapıldığını, hafta tatili, genel tatil ve diğer bayram günlerinde davacının da çalıştığını açık ve kesin biçimde bildirmiş olduklarına göre gerçekleşen hakların hüküm altına alınması gerekir.” denilmek suretiyle aynı sonuca varılmıştır (*Günay*, s.1502).

olmadığını söylemek mümkündür¹⁹. Zira iş sözleşmesinde yapılması kararlaştırılan ilaç tanıtım ve pazarlama işinin yasanın kabul ettiği haftalık 45 saatlik zaman diliminde tamamlanamaması olasılığı da her zaman mevcuttur. Ancak iş sözleşmesi kurulduğu andan itibaren aynı miktarda iş yapılmakta ise, başlangıçta fazla çalışmadığı halde, işçinin sonradan böyle bir iddiada bulunma imkanı yoktur²⁰. Bu nedenle, Yargıtay'ın bu tür işlerde de fazla çalışmanın mümkün olduğunu kabul etmesi, ancak somut olaylar açısından fazla çalışma yapıldığının ispatlanamaması durumunda fazla çalışma ücretine hak kazanılamayacağı yönünde karar vermesi daha isabetli olacaktır.

Kaldı ki üst düzey yönetici açısından fazla çalışmanın kabulünü engelleyen nedenlerden biri de, yönetici konumunda bulunan kişinin çalışma saatlerini bizzat kendisi tespit edip, ödeme belgelerini de buna göre düzenlettirme yetkisi olduğundan, daha sonra fazla mesai yaptığını iddia ederek istekte bulunmasının çelişkili bir davranış olmasıdır²¹. Ancak bu husus, işyerindeki üst düzey yönetici gibi ücret bordrosu düzenleme veya denetleme yetkisine sahip olmayan bir işçi olan tıbbi mümessil için geçerli değildir. Zira sıradan bir işçinin ücret bordrosunda yazan miktara müdahalesi ancak yaptığı fazla çalışma karşılığının tam belirtilmediğine ilişkin bordrosuna ihtirazı bir kayıt koyması ile sınırlıdır. Yönetici konumunda bulunmayan işçi bakımından, bu kaydın konulmadığı hallerde dahi işçi lehine sonuçlanan kararlar mevcuttur²². Oysa işyerinde en üst düzey yönetim yetkisine sahip işveren vekilinin bordrodaki normal çalışmanın üzerinde çalışma yapılmadığı veya o sütunun boş bırakıldığı hallerde işçinin iyiniyetinden kuşku duyma olasılığı artmaktadır²³.

¹⁹Y.9. HD., 15.10.1996, E.1996/11403, K.1996/19541, (İstanbul Barosu Dergisi, C.72, S.4-6, Y.1998, s.523). Dipnot 8'de anılan kararda böylece incelediğimiz karara paralel olarak hüküm vermiştir. Ancak kararda dikkat edilmesi gereken husus, iş saatlerini kendi belirleyen işçilere fazla mesai ücreti vermemenin mutlak olmadığıdır. Zira işverenin çalışma saatine karışmadan, fazla çalışmayı doğuracak yönde talimat vermesi mümkündür. Karar metni için bkz., (İstanbul Barosu Dergisi, 1998/2, s.523).

²⁰ "...Davacı bölge müdürü iş saatlerini bizzat ayarlama durumundadır. İşverenin de yazılı ya da sözlü bir talimatı gereği fazla çalıştığı da ispatlanmış değildir.", (Y.9. HD., 21.12.1999, E.1999/16025, K.1999/19702, *Günay*, s.1465). Görüldüğü gibi Yargıtay, fazla çalışmanın ortaya çıkması için işverenin bu yöndeki talimatını aramıştır. Bundan başka, incelediğimiz olay bakımından düşünüldüğünde, işçinin görevi esnasında kullandığı özel aracının bozulması nedeniyle müşterilere gitmek için harcadığı zamanın artması ve anılan zamanın da iş sürelerinden sayılmasından (İş K.m.66/b) dolayı fazla çalışmanın ortaya çıkması olasılığı akla gelebilir.

²¹ Y. 9. HD., 22.5.1997, E.1997/12205, K.1997/16187, *Günay*, s.1479.

²² Bkz. dn. 26.

²³ *Akyiğit* Ercan, "Yeni İş Yasasında Normali Aşan Çalışmalar", Tühis Mayıs 2005, s.15.

3. İşin Niteliğinin Fazla Mesai Ücreti Talebinin Reddini Gerektirmeyeceği

a) Tıbbi Mümessillik

Uyuşmazlık konusu olayda davacı tıbbi mümessil olarak görev yapmaktadır. Meslek standartları komisyonu, tıbbi satış mümessillini şöyle tanımlamaktadır: Kendi başına ve belirli bir süre içerisinde, ilaç tanıtımı ve satışını gerçekleştirmek amacıyla doktor ziyareti, eczane ziyareti, grup aktivitesi, ilaç alım ihalelerinin takibini yapma ve diğer firma faaliyetlerini takip etme bilgi ve becerisine sahip nitelikli kişidir²⁴.

Yapılan iş, niteliği itibarıyla bir iş sözleşmesine konu olabilecektir. Bu bağlamda sözleşmenin belirli-belirsiz, tam süreli veya kısmi süreli olarak yapılması akit serbestisi gereği tarafların tercihine bırakılabilir. Ancak söz konusu iş sözleşmesinde işçi iş görme edimini işverene ait bir işyerinde yerine getirmemektedir. İşçi, işverenin talimatları çerçevesinde satış yapılacak yerlere gitmek suretiyle gerçekleştirmektedir. Kural olarak işçi işini sözleşme ile kararlaştırılan yerde yapar ki bu genellikle işverene ait işyeridir. Ancak teknolojik gelişmeler sonucu işin yapılacağı yer kavramında klasik işyerinden farklılaşma görülmüştür. Böylece iş görme ediminin işyerinin sınırları dışında yerine getirilmesi söz konusu olmaktadır. Buna şoförler, montaj işlerinde çalışanlar ve olaydaki gibi satış elemanları örnek gösterilebilir²⁵.

İş görme ediminin işyeri dışında yerine getirilmesi gereken işler bakımından, çalışma saatlerinin klasik iş sözleşmelerindeki kadar kesin bir şekilde tespit edilmesi ise pek kolay olmayacaktır. Bunun yerine bu tip işlerde genellikle, işverenin çalışma saatlerinin belirlenmesi konusundaki yönetim hakkını daha esnek bir biçimde kullandığı görülmektedir. Öyle ki bu tür işlerde çalışma saatlerinin işçiler tarafından belirlenmesi söz konusudur.

Bu noktada ele alınması gereken bir diğer konu da, tıbbi mümessil olarak çalışan kişinin ya da tıbbi mümessillik işinin, fazla çalışma yapmanın yasak olduğu olasılıklardan olup olmadığıdır. Zira fazla çalışmanın ortaya çıkması için aranan tüm yasal koşullar sağlansa da fazla çalışma yapmanın mümkün olmayacağı durumlar söz konusudur. Başka bir ifade ile fazla çalışma yaptırmanın yasak olduğu işler ve işçiler dikkate alınmalıdır.

Buna göre, fazla çalışma yapılamayacak işler, fazla çalışmayı düzenleyen yönetmeliğin²⁶ 7. maddesinde şu şekilde sayılmıştır: sağlık kuralları bakımından

²⁴ <http://www.turkforumuz.biz/showthread.php?p=1809601#post1809601>, Erişim tarihi, 14.4.2007.

²⁵ *Süzük*, s.270; *Mollamahmutoglu*, s.356; *Narmanhoğlu Ünal*, İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, İzmir 1998, s.198.

²⁶ RG. 25425 ,6.4.2004 tarihli İş Kanununa İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği.

günde en çok 7,5 saat ve daha az çalışması gereken işler, gece döneminde yürütülen işler, maden ocakları, kablo döşemesi, kanalizasyon, tünel inşaatı gibi yer altında veya su altında yapılan işler.

Anılan yönetmeliğin 8. maddesinde ise, fazla çalışma yaptırılmayacak 4 grup işçiden söz edilmiştir. Bunlar; 18 yaşını doldurmamış işçiler, iş akdi veya toplu iş sözleşmesi ile önceden veya sonradan fazla çalışmayı kabul etmiş olsalar bile sağlıklarının elvermediği işyeri hekiminin veya Sosyal Sigortalar Kurumu hekiminin, bunların bulunmadığı yerlerde herhangi bir hekimin raporu ile belgelenen işçiler, Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelikte belirtilen gebe, yeni doğum yapmış ve çocuk emziren işçiler ve kısmi süreli iş akdiyle çalıştırılan işçilerdir.

Ancak önemle işaret etmek gerekir ki, her ne kadar anılan iş ve işçiler açısından fazla çalışma yapmanın mümkün olmamasına karşın, yine de yapılmış olan fazla çalışma söz konusu ise, işçiye zamlı ücret ödenmesi gerekecektir²⁷.

İnceleme konumuzu oluşturan karara bakıldığında, işçinin yukarıda sayılan işçilerden olmadığı gibi yaptığı iş de fazla çalışmaya izin verilmeyen işlerden değildir. O halde Yargıtay'ın fazla çalışma yapılamaması yönündeki kararını, anılan yönetmelik hükümlerine dayandırmak da mümkün olamayacaktır.

b) Tıbbi Mümessilin Fazla Çalışma Yaptığının İspatı

Fazla çalışmaya ilişkin yönetmeliğe göre, işveren fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma yaptırdığı işçilerin bu çalışma saatlerini gösteren bir belge düzenlemek, imzalı bir nüshasını işçinin özlük dosyasında saklamak zorundadır (m.10). Böylece işçinin ne kadar fazla çalışma yaptığı kolayca ortaya çıkacaktır. Ancak uygulamada işverenler çoğu zaman bu yükümlülüklerini gereği gibi yerine getirmediklerinden, fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma yapıldığının ispatı işçiye düşmektedir. İşçi iddiasını her türlü delille ispatlayabilecektir. Bu kapsamda tanıkla dahi ispatlanabileceğine dair Yargıtay kararları mevcuttur²⁸. Ancak tanık ifadeleriyle sadece o işyerinde faaliyetin devam ettiği değil iddia sahibi işçinin de çalıştığının kanıtlanması gerekir²⁹.

Fazla çalışmanın ispatlanmasına ilişkin olarak, işçinin ücret bordrolarını da kullanması mümkündür. Ancak ücret bordrosunun işçi tarafından ihtirazi kayıt konulmadan kabul edilmesi durumunda yani, bordrodaki fazla mesai sütununun boş bırakılması ve işçinin buna itiraz etmeden bordroyu imzalaması olasılığında, Yargıtay'ca farklı sonuçlara ulaşılmıştır. Örneğin bir kararında, anılan durumdaki

²⁷ *Soyer Polat*, “Yeni Düzenlemeler Karşısında Fazla Saatlerle Çalışmaya İlişkin Bazı Düşünceler”, *Legal İHSGHD*, 2004/3, s.808; Aynı yönde, *Caniklioğlu*, s.180. Öğretinin bu sonuca kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçiler açısından varılmıştır. Ancak kanaatimce yasak kapsamındaki tüm işler için de aynı sonuca varmak mümkündür.

²⁸ Y. 9. HD., 3.3.2004, 13734/4072, *İHSGHD*, 2004/3, s.1028.

²⁹ *Eyrenci/Taşkent/Ulucan*, s.228.

işçinin fazla çalışma ücreti talep etme hakkının ortadan kalktığına hükmetmiştir³⁰. Ancak öğreti tarafından da kabul gören diğer kararlarında ise, bordronun işçi tarafından ön koşulsuz imzalanmasının fazla çalışmaya ilişkin ücret hakkından vazgeçilmesi olarak nitelendirilemeyeceğine hükmedilmiştir³¹.

İncelenen karar açısından soruna baktığımızda ise, fazla çalışmanın saptanması konusunda, karardan çok net anlaşılacakla birlikte, davacının araç kullanım tablosu ile ne kadar çalıştığının ispat edilmeye çalışılması Yargıtay tarafından yeterli görülmemiştir. Bu noktada Yüksek Mahkemenin, daha önce verdiği kararlarındaki gibi tanık delili veya ücret bordrosu gibi daha somut delillere dayanma eğiliminde olduğu görülmektedir. Oysa davacının yaptığı işin niteliği gereği fazla çalışma yaptığını anılan delillerle ispatlamasının zor olduğunu kabul etmek gerekir. Zira davacı iş görme edimini tipik iş sözleşmelerindeki gibi diğer işçilerle birlikte, işverenin işyerinde ve belirli saatler içinde yerine getirmemektedir. Olayda işçinin ilaç tanıtımı yapmak için arabasıyla kat ettiği mesafeyi kanıtlamaktan başka ispat vasıtası akla gelmemektedir. Görevini yaparken beraber çalıştığı başka bir işçinin veya ilaç tanıtımı yaptığı müşterilerinin tanıklığına başvurulup başvurulmadığı ise olaydan açıkça anlaşılmamaktadır. Kaldı ki Yargıtay fazla çalışma yapıldığının işyerinde çalışmayan tanıklarla kanıtlanamayacağı yönünde karar vermiştir³². Olay açısından değerlendirildiğinde ise, tıbbi mümessilin fazla çalışma yaptığını işyerinde çalışanları tanık göstererek ispatlaması mümkün olmayacaktır. Anılan gerekçelerden dolayı, kanaatimce, dava bakımından fazla çalışmanın ispatı konusunda işçiye karşı daha toleranslı yaklaşılması gerekir.

4. Sonuç

Fazla çalışma yapılması iş mevzuatında özel olarak belirlenip 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 verilemeyeceği yönündeki istikrar kazanmış görüşünü, iş saatini kendisi belirleyen tıbbi mümessil için de uygulanması gerektiği yönündeki kararına yukarıda açıkladığım gerekçelerden dolayı katılmıyorum.

³⁰ Y. 9. H.D., 15.01.2001, 14922/137, Çimento İşveren, Mart 2001, s.67.

³¹ Y. 9. HD., 15.10.1996, E.1996/9637, K.1996/19560, Tekstil İşveren, Aralık 1996, s.18; Aynı yönde, *Süzek Sarper*, "Bireysel İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve Düzenlenmesi", Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2001, s.52; Çelik, s.326.

³² Y. 9. HD., 12.12.2006, E.2006/28869, K.2006/3275, Çalışma ve Toplum, S.13, 2007/2, s. 183-184.

KAYNAKÇA

Akyiğit Ercan, “Yeni İş Yasasında Normali Aşan Çalışmalar”, Tühis Mayıs 2005.

Akyiğit Ercan, İçtihatlı ve Uygulamalı İş Kanunu Şerhi, Ankara 2001, (Şerh).

Bayram Fuat, “Avrupa Birliği İlerleme Raporlarındaki (1998-2006) Tespit ve Eleştiriler Çerçevesinde Türk İş Hukuku Mevzuatında Yapılması Gerekli Değişiklikler”, Legal İHSGHD, S.13, Y.2007.

Caniklioğlu Nurşen, “4857 Sayılı İş Kanununun Çalışma Sürelerine İlişkin Düzenlemeleri”, Türkiye Toprak Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası, III. Yılında İş Yasası Semineri, Bodrum 2005.

Çelik Nuri, İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2006.

Çenberci Mustafa, İş Kanunu Şerhi, Ankara 1984.

Eyrenci Ömer/Taşkent Savaş/Ulucan Devrim, Bireysel İş Hukuku, İstanbul 2006.

Günay Cevdet İlhan, İş Kanunu Şerhi, Cilt:2, Ankara 2005.

Güzel Ali, Ekonomik ve Teknolojik Değişim Sürecinde İşçi Kavramı ve Yeni Bir Ölçüt Arayışı”, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşçi ve İşveren Kavramları ve Uygulamada Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar konulu İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri Toplantısı, İstanbul 1997.

Mollamahmutoğlu Hamdi, İş Hukuku, Ankara 2005.

Narmanlıoğlu Ünal, İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, İzmir 1998.

Özdemir Erdem, İş Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Yükü ve Araçları, İstanbul 2006.

Soyer Polat, “Yeni Düzenlemeler Karşısında Fazla Saatlerle Çalışmaya İlişkin Bazı Düşünceler”, Legal İHSGHD, 2004/3.

Süzek Sarper, İş Hukuku, İstanbul 2005.

Süzek Sarper, “Bireysel İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve Düzenlenmesi”, Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2001, Ankara 2003.

Süzek Sarper, “İşverenin Yönetim Hakkı ve Sınırları”, Prof. Dr. Metin Kutal’a Armağan, Ankara 1998.

