

TÜRK HUKUKUNDA OLAĞAN NEDENLERLE FAZLA ÇALIŞMA VE AB ÜLKELERİNDEKİ FAZLA ÇALIŞMA HÜKÜMLERİNE GENEL BİR BAKIŞ

Arş. Gör. Ertuğrul YUVALI
Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi

GİRİŞ

Son dönemlerde gelişen üretim teknikleri, teknoloji alanında yaşanan hızlı değişimler, uluslar arası rekabetin daha yoğun yaşanması ve nihayet sık sık gündeme gelen ekonomik krizler, çalışma hayatında esnek çalışma modellerini beraberinde getirmiştir. Söz konusu çalışma modellerinden birisi olan çalışma sürelerinde esnekliği sağlayabilmenin bir yolu, fazla çalışmanın gün bazı esasına göre değil, fakat daha uzun bir dönem için değerlendirilmesini sağlamaktır. Çalışma sürelerinin esnekliğinin başlıca yolu, işverenlerin katı kurallarla kısıtlanmadan fazla çalışmaya başvurabilmeleridir. Bu nedenle çalışmamız esas itibarıyla, fazla çalışmanın hükümlerinin işverenlerin sürekli değişen çevresel faktörlere hızlı ve etkin cevap verebilmesine ne ölçüde imkan tanıdığı hususunu konu edinmektedir.

Çalışmamızda fazla çalışma kavramı esneklik çerçevesinde incelendikten sonra, fazla çalışma süresinin sınırlarının tespiti üzerinde durulmuş, ilerleyen paragraflarda ise fazla çalışma yasakları ve fazla çalışma ücretinin ödenmemesi konuları ayrıntılı bir biçimde ele alınmıştır. Çalışmamızın son bölümünde ise Avrupa Birliği ülkelerinin bir kısmının bu konudaki düzenlemelerine yer verilmiştir.

A) FAZLA ÇALIŞMA KAVRAMI

1) GENEL OLARAK

Çalışma süresi kavramının ortaya çıkışı ve işçilerin korunması bakımından bu sürelerin sınırlandırılması gereği sonucu olarak İş

Hukuku'nda fazla çalışma kavramı söz konusu olmuştur¹. Böylece çalışma sürelerine bir sınır getirilmesi^{2,3}, bu sınırın üstündeki çalışmaların fazla çalışma olarak nitelenmesi ve nihayet fazla çalışmalara fazladan ücret ödenmesi isabetli olarak gündeme gelmiştir⁴.

Fazla çalışma, gerek İş Kanununda gerek İş Kanuna İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliğinde, kanunda yazılı koşullar çerçevesinde haftalık 45 saati aşan çalışma olarak tanımlanmıştır(İK md. 41/I; FÇY md. 3/a). Bu tanım itibariyle fazla çalışmanın tespitinde haftalık çalışma süresi esas alınmış ve haftalık 45 saatin üzerindeki çalışmalar fazla çalışma olarak öngörülmüştür. Şu halde eski kanun döneminde öğretilde eleştirilen ve eskimiş bir kural olarak kabul edilen⁵ günlük iş süresinin üzerindeki çalışmaların fazla çalışma olarak nitelendirilmesinin⁶ hukuki dayanağı kalmamıştır. Nitekim eski İş Kanunu'nun fazla çalışmanın günde üç saati geçmeyeceği hükmü benzeri bir düzenleme yeni kanunda öngörülmemiştir. Gerek İK md. 63 hükmünün gerek hükmün gerekçesinin kesin ve mutlak olarak açıkladığı üzere, fazla çalışmalarda haftalık çalışma süresi olan 45 saat esas alınacaktır⁷.

Eski İş Kanunu'nun haftalık çalışma süresinin haftanın günlere eşit olarak dağıtılması mutlak suretle öngörülmekteyken yeni düzenleme ile birlikte taraflar aksini kararlaştırıp haftalık iş sürelerini günlere farklı bir şekilde dağıtabileceklerdir(İK.Md.63/I). Böylece oldukça

¹ Mollamahmutoğlu, Hamdi; İş Hukuku, 3.Bası, Ankara 2008, s. 885.

² İngiltere'de çalışma sürelerinin kanuni emredici hükümlerle kısıtlanması ilk olarak 1802 yılında öngörülmüştür. Düzenlemeye göre çocuk işçiler ancak sabah saat 6 ile akşam 21 saatleri arasında ve günde en fazla 12 saat çalıştırılabilirler. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: Rideout, Roger W.; Principles Of Labour Law, London 1972, s. 159 vd.; Wright, M.; Labour Law, Macdonald And Evans HandBook Series, Bristol 1979, s. 58 vd.

³ İngiliz hukukunda 1998 yılına kadar genel bir çalışma süreleri düzenlemesi bulunmamaktaydı. Sadece kadın ve genç işçilerin çalışma süreleri ile ilgili kısıtlamalar mevcuttu. Bunun altında büyük ölçüde bu konunun toplu iş sözleşmeleriyle düzenlenmesi düşüncesi yatmaktaydı. Dolayısıyla 1998'de yürürlüğe giren "Working Time Regulations"a kadar İngiltere'de çalışma süreleri ile ilgili genel bir kısıtlama gündeme gelmemiştir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: Pitt, Gwyneth; Employment Law, Sweet And Maxwell 1994, s.162.

⁴ Mollamahmutoğlu, Hamdi; s. 886.

⁵ Ekonomi, Münir; İş Hukuku, C. 1, Ferdi İş Hukuku, B.3, İstanbul 1984, s. 64.

⁶ Tunçomağ/Centel; İş Hukukunun Esasları, B.2, İstanbul 1999, s. 141.; Süzek, Sarper; İş Hukuku, İstanbul 2002, s. 491.; Yargıtay ise bu dönemde öğretinin tersi yönünde kararlar vermiş ve fazla çalışmadan söz edilebilmesi için mutlak suretle haftalık çalışma süresinin tamamlanmasını aramıştır. Örneğin bkz.: Yarg. 9. HD. 9.1.1978 T., 1978/5 E., 1978/14 K.(İşveren Dergisi, Kasım 1978, s. 15).; aynı yönde Yarg 9. HD 1.2.1990 T. 1989/9833 E., 1990/899 K.(Tekstil İşveren Dergisi, Haziran 1984, s. 19-20).

⁷ Akyiğit,Ercan; " Yeni İş Yasasında Normali Aşan Çalışmalar", TÜHİS, Mayıs 2005, s. 2.

katı olan düzenleme esnekleştirilmiş ve daha sonra açıklayacağımız “denkleştirilmiş iş haftaları”nın uygulanmasında kolaylık sağlanmıştır⁸.

4857 sayılı İş Kanunu’nun 63. maddesinin ikinci fıkrasında ise tarafların anlaşması suretiyle ve günlük 11 saati geçmemek koşuluyla, çalışma süresinin çalışılan günlere istenildiği gibi dağıtılacağı öngörülmüştür. Bununla birlikte iki aylık süre içinde işçinin haftalık çalışma süresi, normal haftalık çalışma süresini aşamaz. Böylece denkleştirme esasının uygulanması kaydıyla, çalışma süresi 45 saatin üzerinde olsa dahi bu çalışmalar fazla çalışma sayılmaz⁹. Doktrinde bu yeni düzenlemelerle bazı koşullarda 45 saati aşan çalışmaların dahi, fazla çalışma olmayacağı, bu nedenle bu çalışmaların karşılıksız çalışma ve dolayısıyla angarya olduğu yönündeki görüşe¹⁰ katılmıyoruz. Nitekim denkleştirme esasına göre ilerleyen haftalarda işveren, fazla çalışan işçiyi dinlendirmek durumunda kalacaktır.

Çalışma sürelerine esneklik getiren söz konusu düzenleme AB’nin 2003/88 sayılı direktifiyle de örtüşmektedir. Nitekim söz konusu direktif 24 saatlik bir periyot içerisinde çalışanların en az 11 saat dinlendirilmeleri gerektiğini ifade etmektedir ki, bizim mevzuatımız da bu yöndedir. Bu itibarla, bizim düzenlememizin bu konuda işçileri koruma açısından yeterli olduğu düşüncesindeyiz.

Direktif işçi sağlığını korumak ve iş güvenliğini sağlamak amacıyla birlikte, çalışma sürelerinin esnekleştirilmesini de amaçlamaktadır. Böylece işverenlerin işletmelerinin kapasitelerini en üst düzeye çıkarma imkanına kavuşmaları ve meydana gelebilecek yeni durumlara daha kolay intibak edebilmeleri hedeflenmektedir^{11,12}. İşverenler açısından bir esneklik kaynağı olan fazla çalışma daha çok

⁸ Demir, Fevzi; “4857 Sayılı İş Kanunu’nun Başlıca Yenilikleri ve Uygulamadaki Muhtemel Etkileri”, Mercek, Temmuz 2003, Sa:31, s. 114.

⁹ Mollamahmutoğlu, Hamdi; s. 886; Ekonomi, Münir; 4857 Sayılı İş Kanununa Göre Fazla Çalışma Kavramı”, Kamu- İş C.7, Sa: 3/2004, s.160.; Akyiğit,Ercan; “Yeni İş Yasasında Normali Aşan Çalışmalar”, TÜHİS, Mayıs 2005, s. 2.

¹⁰ Şakar, Müjdat; “Fazla Çalışma ve Fazla Çalışma Sorunları”, Yaklaşım Dergisi, Aralık 2006, Sa: 168, s.16.

¹¹ Blanpain, Roger; European Labour Law, Kluwer Law International 2006, s. 533.

¹² İş Hukukunda esneklik, sürekli olarak değişen çevresel faktörlere hızlı ve etkili bir biçimde cevap verilebilmesini sağlar. İş Hukukunda esneklik ve esnekliğin işletme performanslarına etkisi ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz.:Valverde, Mireia/ , Tregaskis, Olga/ Brewster, Chris; “Labour Flexibility And Firm Performance”, International Advances in Economic Research, Vol. 6, Num. 4, November 2000, s. 650 vd.

işçi çalıştırmak gereği duymaksızın üretimin arttırılmasını sağlar¹³. Ayrıca esnek çalışma süreleri işçilerin mesleki ve ailevi sorumluluklarını daha iyi ifa edebilmelerinin de önünü açmaktadır¹⁴.

2) OLAĞAN FAZLA ÇALIŞMA NEDENLERİ

İş Kanunu'nun 41. maddesinin ilk fıkrası uyarınca ülkenin genel yararları yahut işin niteliği, üretimin arttırılması gibi nedenlerle fazla çalışma yapılabilir. Kanun bu hükmüyle hangi hallerde fazla çalışma yapılabileceği belirtmiştir. Bununla birlikte söz konusu haller o kadar soyut ve geniş kapsamlıdır ki; işverenler istedikleri zaman fazla çalışma yaptırabilecekleridir¹⁵. Ayrıca hükümdeki "gibi" sözcüğü belirtilen sebeplerin sınırlı olmadığı ve benzer nedenlerin varlığı durumunda da fazla çalışmaya başvurulabileceğini göstermektedir.

Söz konusu hükümde bulunan "ülkenin genel yararları" ibaresinden çıkaracağımız sonuç, İ.K.'nin 41. maddesi itibariyle, işverenlerin işçilerin onayını almak şartıyla her zaman fazla çalışma yaptırabileceğidir¹⁶. Nitekim yapılan her üretim, verilen her hizmet ülkenin genel yararı kapsamında düşünülebilir. Yine sayılan nedenlerden "üretim artırılması", zaten her fazla çalışmanın temelinde yatan bir olgudur¹⁷. Nitekim bir işveren doğal olarak her zaman ve hiçbir gerekçe göstermeksizin üretimin arttırılması yönünde karar alabilir. Dolayısıyla söz konusu hükümde bulunan olağan nedenler, nispeten daha somut bir örnek olan "işin niteliği" dışında, oldukça genel ifadelerdir. Bu itibarla, işverene fazla çalışma yaptırabilme yönünde sınırsız ve

¹³ Alain, Supuit; Beyond Employment, Changes in Work Future Of Labour Law In Europe, Oxford 2005, s. 62. yazara göre, çalışma sürelerinin esnekleştirilmesinin başlıca yolu fazla çalışmaya başvurulabilir. Bu imkan eldeki mevcutla ihtiyacı karşılanmasını sağlar. Aksi takdirde işveren fazladan işçi çalıştırmalıdır ki, bu işverenler açısından masraflı olduğu gibi, işverenleri performanslarını bilmediği yeni işçileri çalıştırmak durumunda bırakacaktır; aynı yönde Klasson, Katja; "AB Ülkelerinde Esnekli Uygulamaları" TİSK Çalışma Hayatında Esneklik Semineri, İstanbul 1999, s. 31, yazara göre, özellikle hizmet sektöründe çalışma sürelerinin esnekliği çok önemlidir. Nitekim bir hizmet verildiği anda üretilmelidir. Bir hizmet araba, bilgisayar vb. gibi depolanamaz. Aynı yönde, Estreicher, Samuel/Harper, Michael C.; Cases And Materials On Employment Discrimination And Employment Law, American Casebook Series 2000, s. 955.; Terry, Micheal/Dickens, Linda; European Employment And Industrial Relations Glossary, Sweet And Maxwell 1991, s. 142.

¹⁴ Blanpain, Roger; s. 53.

¹⁵ Çil, Şahin; "İş Kanununa Göre Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma", Çalışma ve Toplum Dergisi 2007/3, Sa.: 14, s. 58.; Akyiğit, Ercan; s. 4.; Mollamahmutoğlu, Hamdi; İş Hukuku, s. 889.

¹⁶ Mollamahmutoğlu, Hamdi; İş Hukuku, s. 889.

¹⁷ Akyiğit, Ercan; s. 4.

denetimsiz bir yetki verilmiş olduğu doktrinde dile getirilmiştir¹⁸. Ancak bizim kanaatimiz, kanuni sınırlamalara uyulması kaydıyla işverenlerin, ihtiyaç duydukları her zaman fazla çalışma yaptırma konusunda serbestçe karar alabilmeleri yönündedir.

3) TARAFLARIN ANLAŞMASI

a) İşverenin Talebi

Olağan nedenlerle fazla çalışma yapılması, işverenin talebiyle gerçekleşir¹⁹. Bu itibarla işçinin, işverenin talebi, en azından bilgisi olmaksızın yaptığı fazla çalışmalar fazla çalışma ücretine hak kazandırmaz²⁰. Bununla birlikte işçinin fazladan çalıştığını bilen işverenin, bu duruma ses çıkarmaması, ancak talimatı olmadığından hareketle fazla çalışma ücreti ödemekten kaçınması iyiniyet kurallarıyla bağdaşmaz²¹. Böyle bir durumda işçiye fazla çalışma ücreti ödenmelidir.

b) İşçinin Onayı

İş Kanunu'nun 41. maddesi itibariyle, fazla çalışma yapılabilmesi işçinin onayına bağlanmıştır. Bununla birlikte kanunda bu onayın nasıl alınacağına dair bir düzenleme yoktur. Bununla birlikte Fazla çalışma Yönetmeliği onay alınmasının şekline açıklık getirmektedir. Nitekim Yönetmeliğin 9. maddesine göre; " Fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma yaptırmak için işçinin yazılı onayının alınması gerekir. Zorunlu nedenlerle veya olağanüstü durumlarda yapılan fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma için bu onay aranmaz.

Fazla çalışma ihtiyacı olan işverence bu onay her yıl başında işçilerden yazılı olarak alınır ve işçi özlük dosyasında saklanır".

FÇY'nin 9 maddesi itibariyle işverenin fazla çalışma yaptırabilmesi için işçinin onayının yazılı olması ve her yılın başında işçilerden alınması gerekmektedir. Bununla birlikte, işçilerin onayı iş sözleşmeleri ve toplu iş sözleşmeleriyle önceden alınabilir²². Nitekim söz konusu

¹⁸ Mollamahmutoğlu, Hamdi; İş Hukuku, s. 889.

¹⁹ Akyiğit, Ercan; s. 4.

²⁰ Akyiğit, Ercan; İş Hukuku, 6. bası, Ankara 2007, s. 283.; Eyrenci/ Taşkent/ Ulucan; Bireysel İş Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2008, s. 222, Süzek, Sarper; İş Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2008, s. 756.;aynı yönde YHGK, T. 23.12.1970, E. 9, K. 1229(Çenberci, Mustafa; İş Kanunu Şerhi, 6. Bası, Ankara 1986, s. 575 vd.).

²¹ Karacan, Hatice; 4857 Sayılı İş Kanununa Göre Fazla Çalışma, İstanbul 2007, s. 76.

²² Mollamahmutoğlu, Hamdi; s. 890.; Süzek, Sarper; 4. Bası, s. 749.

yönetmeliğin 8 maddesinde “İş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi ile önceden veya sonradan fazla çalışmayı kabul etmiş olsalar bile” ifadesi mevcuttur.

Fazla sürelerle çalışma konusunda ise Yönetmeliğin 9. maddesi büyük bir çelişki yaratmaktadır. Nitekim maddenin ilk cümlesi “fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma yaptırtmak için işçinin yazılı onayının alınması gerekir” derken, maddenin ikinci fıkrasında yazılı onayın her yıl başında alınacağına ilişkin hüküm sadece fazla çalışmaya özgülenmektedir²³.

İş Kanunu’nun 41 maddesindeki “fazla saatlerle çalışmak için işçinin onayının alınması gerekir” hükmündeki “fazla saatlerle çalışma” kavramının hem fazla çalışma hem de fazla sürelerle çalışmayı kapsadığı²⁴ ve FÇY’de fazla sürelerle çalışmada da yazılı onay alınmasını öngörmesi karşısında fazla sürelerle çalışmada işçinin yazılı onayının alınması hususu tartışmaya açık değildir²⁵. Ancak FÇS’nin 9. maddesindeki hüküm itibariyle fazla sürelerle yapılan çalışmalarda işçilerinin onayının her yıl başı alınması zorunlu değildir. Fazla sürelerle çalışma için işverenin bir kere onay almasının yeterlidir. Her yıl başında bu onayın yenilenmesi zorunluluğu bulunmamaktadır²⁶.

Fazla çalışmaya onay veren işçinin bu borcu mutlak değildir²⁷. Nitekim FÇS’nin 8.maddesi (b) bendine göre; “İş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi ile önceden veya sonradan fazla çalışmayı kabul etmiş olsalar bile sağlıklarının elvermediği işyeri hekiminin veya Sosyal Sigortalar Kurumu Başkanlığı hekiminin, bunların bulunmadığı yerlerde herhangi bir hekimin raporu ile belgelenen işçiler”e fazla çalışma yaptırılmaz. Nitekim doktrinde de, işçinin sağlık durumunun fazla çalışmadan olumsuz yönde etkilenmesi veya bunun gibi fazla çalışmaya katılmasını için haklı bir neden sayılabilecek durumların mevcudiyeti halinde işçi fazla çalışmaya zorlanamayacağı belirtilmiştir²⁸.

Kural olarak, fazla çalışmaya onay veren işçinin fazla çalışma yükümlülüğü doğar. İşçi bu yükümlülüğüne aykırı davranırsa, İK md.

²³ Kanundaki açık ifadeye rağmen fazla sürelerle yapılan çalışmalar için alınan onayın her yıl başında alınması gerektiği belirtilmiştir. (Bkz.: Çağlar, Sadret; “Fazla Sürelerle Çalışma”, Yaklaşım dergisi, Eylül 2006, sa:165, s. 181.

²⁴ Karacan, Hatice; s. s. 79.

²⁵ FÇS’nin fazla sürelerle çalışmada işçiden yazılı onay alınmasını öngören düzenlemesinden önce Ekonomi tarafından fazla sürelerle çalışmada işçinin yazılı onayına gerek olmadığı öne sürülmüştür. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Ekonomi, Münir; Fazla Çalışma, s. 169.

²⁶ Eyrenci/ Taşkent/Ulucan; s. 221.; Akyiğit, Ercan; s. 10.

²⁷ Mollamahmutoğlu, Hamdi; s. 890.; Karacan, Hatice; s. 83.

²⁸ Ekonomi, Münir; İş hukuku, s. 305.; Mollamahmutoğlu, Hamdi; s. 890; Çil, Şahin; s. 59.

25/bent II (h) fıkrası uyarınca işverenin iş sözleşmesini haklı nedenle feshi mümkündür²⁹.

Bir işçinin hiçbir nedeni bulunmaksızın fazla çalışmaya onay vermemesinin işçinin sadakat borcuna aykırılık teşkil ettiği kanaatindeyiz. Nitekim yapma borcu olarak sadakat borcu, işçinin bedeni ve fikri durumuna göre yapabileceği ve işverenin de ahlak ve iyiniyet kuralları çerçevesinde ondan isteyebileceği edimlerin işçi tarafından ifası olarak tanımlanabilir³⁰. Bu bağlamda fazla çalışma yaptırmak isteyen bir işveren, hiçbir nedeni olmadığı halde fazla çalışma yapmayan işçisiyle sözleşmeye bağlı kalmaya zorlanamaz. Bu itibarla böyle bir durumda işverenin iş sözleşmesini haklı nedenle değilse bile geçerli nedenle feshedebileceği düşüncesindeyiz^{31,32}. Zira söz konusu davranış İ.K'nun 25. maddesinde belirtilen nedenler kadar ağırlıklı olmamakla birlikte, geçerli bir neden teşkil edebilir. Nitekim işçinin bu tutumu işyerindeki üretim ve iş ilişkisi sürecini olumsuz olarak etkilemektedir ki; bu da geçerli bir fesih nedeninin oluşması bakımından yeterlidir.

Bu noktada zaten zorunlu nedenle yapılan fazla çalışmalarda işçinin onayına gerek olmamasının bir önemi yoktur. Nitekim böyle bir yaklaşım, işverenin işçinin onayı olmaksızın fazla çalıştırma yaptırabilmesini, ancak arıza hali ve zorlayıcı sebeplerin varlığıyla mümkün kılar. Bunun da dünya piyasalarında gün geçtikçe artan rekabet ortamında işverenlere gerekli esnekliği sağlayamayacağı düşüncesindeyiz.

B) FAZLA ÇALIŞMA SÜRESİNİN SINIRLARININ TESPİTİ

Daha önce de belirttiğimiz gibi 4857 sayılı İş Kanunumuza göre haftalık çalışma süresi, haftada en çok 45 saattir. Bu süre aksi kararlaştırılmadıkça haftanın çalışılan günlerine eşit olarak bölünerek uygulanır(İK md.63/I). Aynı madde hükmüne göre ise taraflar anlaşarak haftalık normal çalışma süresi, haftanın çalışılan günlerine, günde 11 saati aşmamak koşulu ile farklı şekilde dağıtılabilir. Bununla birlikte iki aylık bir dönem içinde haftalık ortalama çalışma süresi, normal

²⁹ Çelik, Nuri; İş Hukuku Dersleri, 21. Bası, İstanbul 2008, s. 335.; Eyrenci/Taşkent/Ulucan; s. 222.

³⁰ Ertuş, Kudret; Türk Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu", Ankara 1982, s. 21.

³¹ Aksi görüş için bkz.: Çil, Şahin; s. 59.

³² Amerikan Hukukunda, Avrupa hukuklarının aksine, işverenlerin işçiyi fazla çalışmaya zorlayacağı kabul edilmektedir. Yeter ki işveren işçiye fazla çalışmanın karşılığını ödemesi olsun. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: Estreicher, Samuel/Harper, Michael C.; s. 955.

haftalık çalışma süresini aşamaz(İKmd.63/II)^{33,34}.Denkleştirme yapıldığı halde çalışılan sürelerin haftalık ortalaması 45 saati aşarsa, aşan süreler fazla çalışma sayılır³⁵. Ancak denkleştirme yapılan döneme denk gelen bir telafi çalışması varsa bu süre denkleştirme dönemindeki toplam çalışma süresinin hesabında dikkate alınmamalıdır³⁶. Nitekim telafi çalışması, geçmişte çeşitli nedenlerle yitirilen bir çalışma süresinin telafi edilmesine yönelik olup, geçmişteki bir sürenin çalışmasıdır³⁷.

İş Kanununa İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliğine göre günlük üst sınır alan 11 saati aşan çalışmalar için İş Kanunu'nun 41, 42 ve 43. maddeleri uygulanır. Dolayısıyla bu tür çalışmalar fazla çalışma hükümlerine tabi olur. Yönetmelikteki hüküm itibarıyla denilebilir ki; 11 saati aşan bir çalışma söz konusu olduğu zaman, haftalık toplam çalışma süresinin aşılp aşılmadığına bakılmaksızın fazla çalışma ücretine hükmedilmelidir³⁸.

İş Kanunu'nun 41. maddesinin 8. fıkrasında ise bir yılda yapılacak fazla çalışmaların 270 saati geçemeyeceği öngörülmüştür. Kanundaki bu emredici hükmün ihlali halinde ise öngörülmüş olan hiçbir hukuki veya cezai yaptırım bulunmamaktadır. Bununla birlikte öğretilerde çoğunlukla savunulan³⁹ ve Yargıtay tarafından da benimsenmiş⁴⁰

³³ Yine İş Kanunu'nun 63. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca denkleştirme süresi toplu iş sözleşmeleri ile 4 aya kadar arttırılabilir. Denkleştirilmiş iş haftaları mutlak suretle 2(toplu iş sözleşmesinde hüküm varsa 4) ay içinde tamamlanmak zorundadır. Zira bu hükümler "emredicidir" ve taraf iradeleri uzatılmaları mümkün değildir(Ayrıntılı bilgi için bkz.: Demir, Fevzi; "4857 Sayılı İş Kanunu'nun Başlıca Yenilikleri ve Uygulamadaki Muhtemel Etkileri", Mercek Temmuz 2003, Sa: 31, s. 115.)

³⁴ İngiliz hukukunda denkleştirme süresi 17 hafta olarak belirlenmiştir. Ancak toplu iş sözleşmeleriyle bu süre 52 haftaya kadar yükseltilebilmektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: Selwyn, Norman; Law Of Employment, Oxford 2006, s.216; AB'nin 2003/88 sayılı direktifine göre ise denkleştirme dönemini 4 ayı geçmemelidir. Ancak Üye Devletler, işçilerin sağlığı ve güvenliğinin korunmasına ilişkin genel ilkeye bağlı kalmak koşuluyla, objektif ya da teknik sebepler veya işin düzenlenmesi ile ilgili sebeplerden ötürü toplu sözleşmeler veya endüstrinin iki tarafı arasında akdedilen sözleşmelere, hiçbir durumda 12 ayı geçmeyen denkleştirme süresinin belirlenmesine izin verme seçeneğine sahiptir.

Kaynak:http://eurlex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=EN&numdoc=32003L0088&model=guichett

³⁵ Süzek, Sarper; 4. Bası, s. 747; Çil, Şahin; s. 60.

³⁶ Akyiğit, Ercan; s. 2.

³⁷ Akyiğit, Ercan; s. 2.

³⁸ Ekonomi, Münir; Fazla Çalışma, s. 163.; Eyrenci Taşkent/Ulucan; s. 223.

³⁹ Mollamahmutoğlu, Hamdi; "4857 Sayılı Yeni İş Kanununun Getirdiği Önemli Bazı Yenilikler", Kamu- İş 2004, C. 7, Sayı:4, s. 22.; Ekonomi, Münir; Fazla çalışma, s. 162.; Narmanlıoğlu, Ünal; İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri, 3. Bası, İzmir 1998, s. 330.; Centel, Tankut; İş Hukuku, C. I, İstanbul 1994, s. 232.

²⁹ Örn.olarak bkz.: Y9. HD T. 04.05.1965, E. 1622, K. 3810 (Çenberci, Mustafa; İş Kanunu Şerhi, 5. bası, Ankara 1985, s. 589-590).; Yarg 9. HD T. 06.11.1996, E. 2190, K. 20662 (Günay, Cevdet İhan; Şerhli İş Kanunu, C.2, Ankara 1998, s. 1628).

olan görüş, yıllık 270 saati aşan çalışmaların fazla çalışmalarda olduğu gibi % 50 oranında zamlı ücret ödenmesi yönündedir.

Fazla çalışma hükümlerine aykırılık hallerinde öngörülen cezai yaptırım İş Kanunu'nun 102. maddesinde bulunmaktadır. Fakat bu hükümde yıllık 270 saat fazla çalışma sınırının ihlal edilmesi ile ilgili her hangi bir düzenleme yoktur⁴¹. Fazla çalışma ile ilgili hükümlerin ve sınırlamaların esas itibariyle çalışanların iş sağlığı ve güvenliğini sağlamak amacıyla öngörüldüğü düşünülürse, bunu ihlal eden bir davranışın yaptırımsız kalmaması gereği ortadadır. Nitekim aşırı uzun süreli çalışmalar, işçilerde konsantrasyon kaybına neden olabileceğinden, bu türden çalışmalarda normal durumlara göre çok daha fazla iş kazası meydana gelebileceği belirtilmelidir. Ayrıca dinlenme hakkı çalışanların anayasal bir hakkıdır (AY md. 50) ve hukuka aykırı fazla çalışmalar bu hakkın ihlali niteliğindedir. Bu itibarla söz konusu sınırların aşılması halinde cezai bir yaptırımın öngörülmesi ve bu düzenlemenin İş Kanunu'nun 102. maddesinin c bendindeki para cezasından çok daha fazla tutar olarak belirlenmesinin gerekli olduğu kanaatindeyiz. Aynı şekilde fazla çalışma yönünden üst sınırın aşılmasının hukuki sonuçları bakımından da Yargıtayca bulunan çözüme katılmakla birlikte işçiye ödenecek miktarın fazla çalışma hükümlerinde öngörülen %50 zamlı ödeme yerine, daha yüksek bir oranda öngörülmesi gereği açıktır. Nitekim ancak böyle bir uygulama işverenleri kanuna aykırı olarak fazla çalışma yaptırmaktan alıkoyacak ve böylece işçinin sosyal ve fiziksel açıdan zarar görme ihtimali azaltılmış olacaktır. Ancak belirtmek gerekir ki; Türk hukukunda bu düşüncemizi destekleyen her hangi bir pozitif düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte Karşılaştırmalı Hukukta bu yönde düzenlemeler mevcuttur. Nitekim Finlandiya'da fazla çalışma için günlük sınır 2 saattir. 2 saate kadar olan çalışmalar için ücretin %50 artırılması öngörülmüşken 2 saatten fazla çalışmalar için bu oran %100 olarak öngörülmüştür. Aynı şekilde Yunanistan'da haftalık 43. saate kadar olan çalışmalar için ücretin %50 artırılması söz konusuysen, bu sınırın aşılması durumunda bu oranın % 150'ye kadar yükseleceği öngörülmüştür⁴²

Çalışmamızın daha sonraki kısımlarında inceleyeceğimiz fazla çalışmanın yasaklandığı işler ve fazla çalışma yaptırılmayacak işçiler bakımından da aynı görüşü taşımaktayız. Zira fazla çalışmanın yasak olduğu bir işte yaptırılan fazla çalışmalar hukuka aykırıdır. Bu hükümler işçi sağlığı ve güvenliği ile ilgili olarak öngörülmüştür.

⁴¹ Çil, Şahin; s. 61.

⁴² (Kaynak: www.eurofound.europa.eu/eiro/2004/03/feature/tn0403108f.html)

Örneğin insan metabolizmasına zarar veren kurşun, arsenik gibi ağır metallerin işlendiği işyerlerinde yaptırılacak olan fazla çalışmanın işçi sağlığı açısından çok olumsuz etkiler ortaya çıkarabileceği açıktır. Bu itibarla, bu şekilde yaptırılan hukuka aykırı bir fazla çalışmanın ücreti, hukuka uygun olarak yapılan fazla çalışmadan daha yüksek bir oranda öngörülmeli ve böylece işverenler hukuka aykırı fazla çalışma yaptırmaktan caydırılmalıdır.

Daha önde de ifade ettiğimiz gibi, artık bir işçinin günde 11 ve dolayısıyla haftada 66 saat çalıştırılabilmesi mümkündür. Başka bir anlatımla, kanun fazla çalışma için haftalık bir üst sınır tespit etmemiş, yalnızca AB'nin çalışma süreleri ile ilgili direktifine uygun olarak günlük 11 saatten fazla çalışma yaptırılmayacağını öngörmüştür.

Bilim Kurulunca hazırlanan İş Kanunu Taslağında fazla çalışmalar dahil haftalık çalışma süresinin 48 saati geçemeyeceği düzenlemesi mevcuttu. Doktrinde, bu hükmün tasarı yasalaşırken çıkarılması eleştirilmiş ve AB ülkelerindeki düzenlemelerden uzaklaşıldığı ifade edilmiştir⁴³. Ancak kanaatimiz bu düzenlemenin çalışma sürelerinin esnekleştirilmesi bakımından olumlu bir düzenleme olduğu yönündedir. Nitekim AB'nin 2003/88 sayılı direktifi, haftalık çalışma süresinin 48 saati geçemeyeceğini değil, fakat haftalık ortalama çalışma süresinin 48 saati geçemeyeceğini öngörmüştür. Günlük sınır olarak ise işçinin aralıksız en az 11 saat dinlendirilmesini yeterli görmüştür. Üye devletler de mevzuatlarını buna uygun olarak şekillendirmiştir⁴⁴. Örneğin, İngiltere'de haftalık çalışma süresi 17 haftalık bir periyotta haftalık ortalama 48 saati geçemez. Bu ifade itibarıyla denkleştirme esasına uyulmak kaydıyla işçilerin her hangi bir hafta 48 saatten fazla çalıştırılması mümkündür⁴⁵. Ayrıca İngiliz Hukukunda bireysel veya toplu iş sözleşmelerinde hüküm varsa bu denkleştirme dönemi bir yıla kadar uzatılabilir⁴⁶. Görüldüğü gibi gerek AB direktifi üye devletlerin mevzuatları işçileri korumak gayesiyle birlikte, işverenlere esnek çalışma süreleri sağlamak amacını taşımaktadır⁴⁷. Konuya Türk işverenle-

⁴³ Ekonomi, Münir; Fazla Çalışma, s. 167.

⁴⁴ AB üyesi devletlerde çalışma süreleri ile ilgili olarak yapılan araştırmaların neticesinde, her gün aynı süre çalışan işçilerin tüm işçilere oranı %58, her gün aynı saatte işe başlayıp aynı saatte çalışmayı bırakan işçilerin oranı ise %61 olarak tespit edilmiştir. (<http://www.eurofound.europa.eu/ewco/surveys/index.htm>).

⁴⁵ Bowers, John; Employment Law, Blackstone Press 2000, s. 74.; Pitt, Gwynett; s. 172.

⁴⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Selwyn, Norman; s. 216.; Painter, Richard W./Holmes, Ann E. M.; Cases And Materials On Employment Law, Oxford 2006, s. 828.; Mayne, Susan/ Malyon, Susan; Employment Law In Europa, London 2001, s. 902 vd.

⁴⁷ Supiot, Alain; s. 60, yazara göre, İş Hukukunda bugüne kadarki eğilim çalışma sürelerinin kıtlanması yönünde gelişmişse de, işverenlerin üretim veya hizmetlerini düzenli olarak devam ettirebilmelerini de sağlamak gerekir.; aynı yönde Klasson, Katja; s. 32 vd.

rin rekabet gücü açısından bakıldığında bizim düzenlememizin isabetli olduğunu belirtmek gerekir⁴⁸.

Bu hususta belirtilmesi gereken bir diğer nokta ise, fazla çalışmanın yıllık üst sınırı olan 270 saatlik sınırlamanın, işyerine veya yürütülen işlere yönelik olmayıp, işçilerin şahıslarına ilişkin olduğudur. Bu itibarla bir işyerinde çalışan faklı işçilerin çalışma sürelerinin toplamının 270 saatten fazla olması, İş Kanunu'na aykırılık teşkil etmez⁴⁹.

C) FAZLA ÇALIŞMA YASAKLARI

1) FAZLA ÇALIŞMANIN YASAKLANDIĞI İŞLER

a) İK'nun 63. Maddesinin Son Fıkrası Uyarınca Sağlık Kuralları Bakımından Günde En Çok Yedi Buçuk Saat ve Daha Az Çalışılması Gereken İşler

İK'nun 63/son hükmü, günde en çok yedi buçuk saat çalışılabilecek olan işlerin tespiti ilgili bakanlıkların çıkarılacağı yönetmelikle yapılacağını öngörmüştür. Nitekim söz konusu işler, "Sağlık Kuralları Bakımından Günde En Çok Yedi Buçuk Saat ve Daha Az Çalışılması Gereken İşler Hakkında Yönetmelik"te belirtilmiştir. Yönetmelikte günlük en fazla yedi buçuk saat çalışılabilecek olan işler(md. 4)ve günde yedi buçuk saatten az daha az çalışılabilen işler(md. 5) tek tek sayılmış ve her bir işte en fazla kaç saat çalışılabileceği düzenlenmiştir. Bu tespit yapılırken esas itibariyle ağır metallerin işlendiği ve insan sağlığını olumsuz yönde etkileme ihtimali olan işler dikkate alınmıştır.

b) Gece İşleri

İş Kanunu'nun 41. maddesi hükmü uyarınca çıkarılmış olan "İş Kanununa İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği"nin 7/b maddesine göre gece çalışmalarında⁵⁰ fazla çalışma

⁴⁸ Aynı yönde Klasson, Katja; s. 37, yazara göre desteklenilebilir büyüme ve istihdam sağlamak için esneklik bulunması şarttır.

⁴⁹ Eyrenci/ Taşkent/Ulucan; s. 223.

⁵⁰ Blanpain, Roger; s. 535. Araştırmalar geceleri insan vücudunun çevresel etkenlere karşı gündüz vakitlerine göre çok daha fazla duyarlı olduğunu ve daha çabuk yorulduğunu göstermektedir. Bu nedenle uzun süreli gece çalışmaları işçilerin sağlığı bakımından tehlikeli olabileceği gibi, işyeri güvenliği açısından da olumsuz sonuçlar doğurabilir.; Selwyn, Norman;s. 217, gece çalışması özelliği nedeniyle gündüz çalışmasına göre özel tehlikeler içerir ve işçinin fiziksel ve zihinsel açıdan aşırı yorulmasına neden olabilir. Bu yüzden gece çalıştırılacak işçinin önceden doktor muayenesinden geçirilmesi gerekir. Şayet işçi gece çalışmaya uygun görülmezse, uygun bir gündüz işine transfer edilmelidir.; Aynı yönde Painter, Richard W./Holmes Ann E. M.; 829.; Mayne, Susan/Malyon, Susan; s. 904.; Bowers, John; s. 76.

yapılamaz. Bununla birlikte bu durum işçinin normal çalışması gece çalışması ise geçerlidir. Nitekim normal çalışmasını gündüz yerine getiren işçinin, gece dönemine denk gelen sürede fazla çalışma yapmasına her hangi bir engel bulunmamaktadır⁵¹.

c) Maden Ocakları, Kablo Döşemesi, Kanalizasyon, Tünel İnşaatı Gibi İşlerden Yer ve Su Altında Yapılan İşler

Söz konusu “İş Kanuna İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği”nin 7/c hükmü uyarınca maden ocakları, kablo döşemesi, kanalizasyon, tünel inşaatı gibi yer ve su altında yapılan işlerde fazla çalışma yapılamaz. Hükümde bulunan “gibi” ifadesinden hükümde belirtilmiş olan benzer nitelikteki yer ve sualtı işlerinde de fazla çalışma yapılamayacağı anlaşılmaktadır⁵². Bununla birlikte tüm yer ve sualtı işleri değil, maddede sayılan ve onlara benzer nitelikte olan işlerde fazla çalışma yasağı öngörüldüğü belirtilmelidir⁵³.

2) FAZLA ÇALIŞMA YAPTIRILAMAYACAK İŞÇİLER

a) 18 Yaşını Doldurmamış İşçiler

FÇY'nin 8. maddesinin a bendindeki düzenleme itibariyle, 18 yaşını doldurmamış işçilere fazla çalışma yaptırılamaz. Esasen çocuk ve genç işçilerin azami çalışma sürelerini düzenleyen İş Kanunu'nun 71. maddesi hükmü itibariyle de, çocuk ve genç işçilere fazla çalışma yaptırabilmek mümkün değildir^{54,55}.

Yönetmelikte reşitlik değil, 18 yaşın doldurulması aranmaktadır. Bu itibarla, 18 yaş doldurulmadığı halde, evlenme veya yargı kararıyla reşitliğin kazanılması söz konusu durumu değiştirmeyecektir⁵⁶.

b) Sağlığı Dolayısıyla Fazla Çalışma Yapamayacak İşçiler

Fazla çalışmaya onay vermiş olsa dahi, sağlık durumunun fazla çalışmaya elvermediği doktor raporuyla belgelenen işçiler, fazla çalışmaya tabi tutulamazlar(FÇY md. 8/I-b).

⁵¹ Akyiğit, Ercan; s. 8.

⁵² Karacan, Hatice; s. 154.

⁵³ Akyiğit, Ercan; s. 8.

⁵⁴ Mollamahmutoğlu, Hamdi; s. 891.

⁵⁵ İngiliz Hukukunda genç işçilerin çalışma süresi günlük sekiz, haftalık 40 saati geçemez. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: Selwyn, Norman; s. 217 vd.

⁵⁶ Akyiğit, Ercan; s. 9..

c) Gebe, yeni Doğum Yapmış ve Çocuk Emziren İşçiler

İş Kanunu'nun 88. maddesi uyarınca çıkarılmış olan "Gebe ve Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik"te dile getirilen gebe, yeni doğum yapmış ve çocuk emziren işçilere de fazla çalışma yaptırılamaz.

d) Kısmi Süreli İş Sözleşmesi ile Çalışan İşçiler

FÇY'ne göre kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçilere fazla çalışma yaptırılamayacağı gibi, fazla sürelerle çalışma da yaptırılamaz(FÇY md.8/I-d; FÇY md. 8/II). İşçinin birden fazla işveren yanında çalışması durumunda, diğer iş ilişkilerinden doğan edimlerini yerine getirebilmesi açısından öngörülmüş olduğunu düşündüğümüz bu düzenleme bir kısım yazarlar tarafından⁵⁷ İş Kanunu'nun 41. maddesine aykırı bir düzenleme olarak görülmektedir. Bizim kanaatimiz de hem Anayasanın 48. maddesinde düzenlenen çalışma ve sözleşme özgürlüğüne⁵⁸ hem de İş Kanunu'nun 41. maddesine aykırı olan bu yönetmelik hükmünün kaldırılması gerektiği yönündedir.

D) FAZLA ÇALIŞMANIN KARŞILIĞI

1) FAZLA ÇALIŞMA ÜCRETİ

Gerek fazla çalışma gerek fazla sürelerle çalışmada işçinin normalin üzerinde bir çaba harcadığı muhakkaktır⁵⁹. Dolayısıyla fazla saatlerle çalışan işçiye, bunun karşılığını normali aşan bir ücret ödenmelidir⁶⁰. Nitekim İş Kanunu'nun 41. maddesi her bir saat fazla çalışma için verilecek ücretin, normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının yüzde elli yükseltilmesi suretiyle hesaplanarak ödenmesini öngörmüştür. Yine aynı maddeye göre fazla sürelerle çalışma için bu oran yüzde yirmi beş olarak düzenlenmiştir.

Fazla çalışma ücreti ile ilgili olarak öngörülen hüküm nispi emredici kural niteliğindedir⁶¹. Bu itibarla taraflar yüzde elli oranından daha yüksek bir oran belirlemeleri mümkün, fakat bu oranın altında bir yüzde kararlaşdırmaları mümkün değildir⁶².

⁵⁷ Akyiğit, Ercan; s. 9.; karşı görüş için bkz.: Soyer, Polat; "Yeni Düzenlemeler Karşısında Fazla Çalışmaya İlişkin Bazı Düşünceler", Legal İHSGHD, S.3, 2004, s. 807.

⁵⁸ Süzek, Sarper; 4. Bası, s. 752.

⁵⁹ Akyiğit, Ercan; s. 10.; Karacan, Hatice; s. 101.

⁶⁰ Yarg. İç. Bir. Kar., T.27.5.1958, E.15, K. 5.(Çenberci, Mustafa; İş Kanunu şerhi, B.5, Ankara 1984.

⁶¹ Çil, Şahin; s. 69.

⁶² Mollamahmutoğlu, Hamdi; s. 893; Soyer, Polat; s. 801.; Narmanlioğlu, Ünal; İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri, 3. Bası, İzmir 1998, s. 501.

Taraflar, işçinin ücretinin, fazla çalışma ücretini de kapsadığı yönünde anlaşabilirler⁶³. Yargıtay'da bir çok kararında iş sözleşmesi ile tarafların işçinin ücretine fazla çalışma ücretinin de dahil olduğuna hükmetmiştir⁶⁴. Bununla beraber bu görüş hukuka aykırı fazla çalışmalar(Günlük 11 saati aşan ve/veya yıllık 270 saatin üzerinde yapılan fazla çalışmalar) için kabul edilemez⁶⁵. Yine söz konusu olan asgari ücret ise böyle bir anlaşma kabul edilemez⁶⁶. Başka bir ifadeyle sözleşmeyle, asgari ücretin kapsamına fazla çalışmalarında dahil olduğu öngörülemez.

Fazla çalışma yaptığını iddia eden işçi fazla çalıştığı gün ve saatleri ispat etmek durumundadır⁶⁷. İşçi her türlü delille(işyerine giriş-çıkışı gösteren belgeler, işyeri iç yazışmaları, ücret bordrosu⁶⁸, tanık ifadeleri⁶⁹) fazla çalışma yaptığını ispatlayabilir⁷⁰. Ancak Yargıtay fazla çalışmaya hükmetmek için delillerin somut ve inandırıcı olmasını aramaktadır⁷¹. Özellikle tanık ifadeleri arasında bir tutarsızlık olması halinde, sadece tanık ifadeleri ile yetinmeyip, bilirkişi incelemesi

⁶³ Mollamahmutoğlu, Hamdi; Yenilikler, s. 22.; Çil Şahin; s. 68.; aksi yönde görüş için bkz.:Şen, Murat; "Hizmet Sözleşmesinde Haftalık 45 Saatin Üzerinde Bir çalışma Süresinin Kararlaştırılması Halinde Fazla Çalışma",Fahiman Tekil'in Anısına Armağan, İstanbul 2003, s.680-681.; Selwyn, Norman; Law Of Employment, Oxford 2006, s. 216. İngiliz Hukukunda haftalık azami çalışma süresi 48 saattir. Fakat işçinin yazılı rızası ile taraflar haftalık 48 saatten daha uzun bir süre çalışılacağı yönünde anlaşabilirler. Bu düzenleme doktrinde eleştirilmiş ve düzenlemenin bu haliyle İngiltere'deki uzun sürelerle çalışma geleneğini pek etkilemeyeceği belirtilmiştir. Ayrıntılı bilgi ve eleştiri için bkz.: Pitt, Gwyneth; s. 172.

⁶⁴ Örnek Olarak Bkz.: Y9. HD. T. 4.2.1991, E. 1990/9547, K. 1991/1004, İHD, (Temmuz- Eylül 1991, s. 462-463); Y9HD. T. 14.9.1999, E. 1999/11364, K. 1999/13215; Karar ve kararın eleştirisi için bkz.:Şen, Murat; s. 671- 672.; Ancak bu kabul için Yargıtay tarafların bu hususu yazılı bir sözleşmeyle kabul etmelerini aramaktadır. Örn. olarak bkz.: Y9HD. T. 24.1.2002, E. 2002/16225, K. 2002/731(Ekonomi, Münir; "Bireysel İş İlişkisinin Kurulması ve İşin düzenlenmesi Açısından Yargıtay'ın 2002 Yılı Kararlarının değerlendirilmesi, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2002, Ankara 2004, s. 51.

⁶⁵ Çelik, Nuri; s. 306.; Süzek, Sarper; 4. Bası, s. 756.; Mollamahmutoğlu, Hamdi; s. 697.; aksi yönde görüş için bkz.: Çil, Şahin; s. 68, nitekim yazara göre " 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".

⁶⁶ Eyrenci/ Taşkent/Ulucan; s. 224.

⁶⁷ Çelik, Nuri; 340.; Süzek, Sarper; s. 630.; Çil, Şahin; s. 64.

⁶⁸ Bordronun sahteliliği ispatlanmadıkça, bordroda görülen fazla çalışma ücretinin işverence ödendiği kabul edilir. Bununla birlikte, imzasız bir bordro veya fazla çalışma sütununun boş olduğu bir bordro söz konusu ise işçi fazla çalışma yaptığını başka deliller vasıtasıyla kanıtlayabilir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: Çil, Şahin; s. 64 vd.

⁶⁹ Fazla çalışma ücretinin tespitinde tanık ifadeleri zayıf ve çürük delil olarak nitelendirildiğinden, özellikle işçinin özlük dosyası kanuna uygun bir biçimde tutulursa içindeki yazılı belgeler daha adil bir neticenin ortaya çıkmasını sağlayacaktır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: Uçum, Mehmet; "Personel Özlük Dosyası ve İşverenin İş İlişkisinde Temin Etmesi Gereken Belgeler", Sicil İş Hukuku Dergisi, Sa: 6, haziran 2007, s. 44.

⁷⁰ Çil, Şahin; s. 64.

⁷¹ Y 9HD, T. 15.04.2005, E. 2004/8235, K. 2004/8886(Karacan, Hatice; s. 88)

yaptırılmalıdır⁷². Ayrıca Yargıtay yerleşmiş içtihadı ile uzun süreler zarfında hiç ara verilmeksizin fazla çalışma yapıldığına dair iddiaları “hayatın olağan akışına aykırılık” gerekçesiyle “makul bir süreyle” sınırlandırmaktadır⁷³.

Bu noktada değinilmesi gereken bir diğer husus ise Yargıtay’ın üst düzey yöneticilerin fazla çalışmaları ile ilgili içtihatlarıdır. Nitekim Yargıtay isabetli bir biçimde mesaisini kendisi belirleyen üst düzey yöneticilerin fazla ücreti talep edemeyeceğine hükmetmiştir^{74,75}. Çalışma saatlerini kendisi belirleyen ve yüksek ücret alan üst düzey yöneticiler bakımından içtihat yerleşiktir, fakat üst düzey yönetici konumunda olmayan ve çalışma saatlerini kendi belirleyen işçiler bakımından da Yargıtay’ın fazla çalışma ücretine hak kazanılmadığı yönünde bir eğilimi mevcuttur⁷⁶.

Çalışma saatlerini kendi belirleyen işçilerin fazla çalışma ücretine hak kazanıp kazanmayacağı hususu karşılaştırmalı hukukta çeşitli düzenlemeler yapılmasına sebep olmuştur. Nitekim Amerikan hukukunda haftada 455 dolardan az kazanmayan işçi başlıca görevi teşebbüsü idare etmek ise veya düzenli ve alışılmış bir şekilde iki veya daha fazla işçiye direktif verebiliyorsa fazla çalışma ücretinden muaf tutulmaktadır⁷⁷. Bununla birlikte yılda yüz bin dolardan az

⁷² Eyrenci/Taşkent/Ulucan; s. 228; Çelik, Nuri; s. 305.

⁷³ Örnek olarak bkz.: “...davacı işçinin 5 yıl gibi uzun bir süre her hafta 13 saat fazla çalışma yaptığı kabul edilerek hüküm kurulmuşsa da bir insanın izin almadan bu kadar uzun süre çalıştığı kabulü hayatın olağan akışına aykırıdır.” Y 9HD., T. 30.4.2002, E. 2002/4292, K. 2002/6881(karacan, Hatice; s. 93); aynı yönde Y9HD, T.12.2.2002, E. 2002/16832, K.2002/2659(Akyiğit, Ercan; İş Hukukuna İlişkin Yargıtay Emsal Kararları, İstanbul 2003, s. 965; Y 9HD, T. 6.12.2003, E. 2002/5646, K.2003/18736, LİHSGHD 2004, Sa: 4, s. 1425.

⁷⁴ Örnek olarak bkz.: “davacının işyerinde işletme müdürü olarak çalıştığı dosyadan anlaşılmaktadır. Aylık ücreti de bu ünvana göre ve asgari ücretin yaklaşık 13 katı tutarında belirlenmiştir. Davacı işçi konumu itibarıyla günlük mesaisini kendi belirleyecek ve şayet fazla çalışması söz konusu ise bunun karşılığının ödenmesini sağlayabilecek konumdadır. Bu nedenle fazla mesai ücretine hak kazanamaz” Y 9HD.; T. 27.6.2006, E. 2006/13671, K. 2006/18967(Özer, Hatice Duygu; “Çalışma Saatlerini Kendi Belirleyen İşçi Fazla Çalışma Ücretine Hak Kazanır mı?”, Çalışma ve Toplum Dergisi 2007, Sa:13, s. 147-148.); aynı yönde “...yüksek ücret alan ve haftalık çalışma süresini kendi düzenleyen yöneticinin normal çalışma saatlerinden fazla işyerinde bulunduğu süreler fazla çalışma olarak kabul edilemez.” Y 9HD, T: 15.1.2002, E. 2001/14044, K. 2002/204(Özer, Hatice Duygu; s. 149).

⁷⁵ AB’nin 2003/88 sayılı direktifinin 17 maddesi de üye devletlerin “özerk karar alma gücüne sahip yöneticileri” çalışma süreleri ile ilgili düzenlemelerinden muaf tutabilecekleri belirtilmiştir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: Blanpain, Roger; s. 543 vd.

⁷⁶ “...davacının favalı ilaç şirketinde tıbbi mümessil olduğu, çalışma saatlerine kendisinin 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”, Y 9HD, T. 4.12.2006, E. 2006/13579, K. 2006/31852(Özer, Hatice Duygu; s. 144).

⁷⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz.:Perrit, Henry H.; 2005 Employment Law Update, Aspen Publishers 2005, s. 210.; Estreicher, Samuel/Harper, Michael C.; s. 965 vd.

kazanmayan işçi, hiçbir kriter aranmadan fazla çalışma ücretinden muaf tutulmaktadır⁷⁸. Yine Fransa'da üst düzey yöneticilerin maaşlarının fazla çalışma ücretini de kapsadığı yasayla açıkça düzenlenmiştir⁷⁹. Türk Hukuku bakımından bu konuda bir düzenleme bulunmadığından Yargıtay, çalışma saatlerini kendi belirleme ve yüksek ücret kriterleri çerçevesinde meseleyi çözmeye çalışmaktadır. Kanaatimiz her olayda bu iki kriterin birden mevcudiyetinin aranması gerektiğidir. Bu itibarla Yargıtay'ın sadece işçinin çalışma saatlerini kendisinin belirlediğinden fazla çalışma ücreti talep edemeyeceği yönündeki kararı isabetsiz olmuştur⁸⁰.

2) FAZLA ÇALIŞMA ÜCRETİNİN HESAPLANMASI

a) Zamana Göre Ücrette Fazla Çalışma Ücreti

Çalışma süresinin uzunluğuna göre ücret belirleniyorsa zamana göre ücret ortaya çıkar⁸¹. Uygulamada en çok görülen ücret türü olan zamana göre ücrette çalışma süresinin uzunluğu saat, gün, hafta, ay gibi edimin ifa edildiği zaman dilimine göre belirlenmektedir⁸². Bu sistemde işçiden belirli bir işin veya verimin elde edilmesi değil⁸³, belirlenen zaman dilimi içerisinde işi gerektiği gibi yapması beklenir. Dolayısıyla işçi belirlenen zaman dilimi içerisinde çalıştığı takdirde ücrete hak kazanacaktır.

Zaman göre ücret türlerinde, tespit edilmesi gereken husus, saat başına düşen normal ücret miktarıdır⁸⁴. Tespit edilen miktarın % 50 artırılması ve bu miktarın fazla çalışılan saatlerle çarpılması sonucunda fazla çalışma ücreti belirlenir. FÇY'nin 5. maddesinin ikinci fıkrasına göre, fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma sürelerinin hesabında yarım saatten az olan süreler yarım saat, yarım saati aşan süreler ise bir saat sayılır.

b) Verime Göre Ücrette Fazla Çalışma Ücreti

Ücret, belirli bir zaman dilimi içinde üretilen mal veya hizmet miktarına göre hesaplanıyorsa verime göre ücret söz konusudur⁸⁵.

⁷⁸ Perrit, Henry H.; s. 211.

⁷⁹ Özdemir, Erdem; İş Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Yükü ve Araçları, İstanbul 2006, s. 163.

⁸⁰ Bkz.: dipnot 62.

⁸¹ Painter, Richard W./Puttick, Keith; Employment Rights, A Reference Handbook, London 1993, s. 63. Çelik, Nuri; s. 131.

⁸² Centel, Tankut; İş Hukukunda Ücret, İstanbul 1998, s. 97.; Uşan, Fatih; İş ve Sosyal Sigorta Uygulamasında Parça başına Ücret, Ankara 2003, s. 29.

⁸³ Painter/Puttick; s. 63.

⁸⁴ Karacan, Hatice; s. 104.

⁸⁵ Mollamahmutoğlu, Hamdi; s. 471.

Akort ücret olarak da adlandırılan verime göre ücret, parça akordu, para akordu ve zaman akordu diye üçe ayrılmaktaysa da, her birinde ücret miktarı yapılan iş ile doğrudan orantılıdır⁸⁶. Yine verime göre ücret türlerinden olan götürü ücrette, yapılan işin sonucuna göre ücretin tespit edildiği bir akort ücret şeklidir⁸⁷.

Verime göre ücrette fazla çalışma ücretinin tespiti hususu ile ilgili olarak FÇY'nin 4. maddesinin üçüncü fıkrası hükmü itibariyle, parça başına veya yapılan iş tutarına göre ücret ödenen işlerde, fazla çalışma süresince işçinin ürettiği parça veya iş tutarının hesaplanmasında zorluk çekilmeyen hallerde, her bir fazla saat içinde yapılan parçayı veya iş tutarını karşılayan ücret esas alınarak fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma ücreti hesaplanır.

Yine aynı madde hükmüne göre, işçinin ürettiği miktarın tam olarak belirlenemediği hallerde ise, parça başına veya yapılan iş tutarına ait ödeme döneminde meydana getirilen parça veya iş tutarları, o dönem içinde çalışılmış olan normal ve fazla çalışma saatleri sayısına bölünerek bir saate düşen parça veya iş tutarı bulunur.

c) Yüzde Usulü Ücrette Fazla Çalışma Ücreti

Otel, lokanta, eğlence yerleri ve benzeri yerlerde içki verilen ve hemen orada yenilip içilmesi için çeşitli yiyecek satılan yerlerde(İK md. 51) müşterilerin hesap pusulalarına belirli bir yüzde eklenerek işveren tarafından toplanması ve belirli oranlarda işçilere ödenmesi biçiminde uygulanan ücret sistemine “yüzde usulü ücret” denir.

Söz konusu sisteme göre ücret alan işçilerin fazla çalışma yapmaları halinde, ödenmesi gereken fazla çalışma ücretinin hesaplanması, İş Kanununun 51. maddesine dayanılarak çıkarılan “Yüzdelerden Toplanan Paraların İşçilere Dağıtılması Hakkında Yönetmelik”te ayrıca düzenlenmiştir. Yönetmeliğin 7 maddesi itibariyle yüzde usulü ücret belirlenirken puan sisteminin esas alındığı görülmektedir. Buna göre yapılan işlerin niteliği dikkate alınarak işçiler için puan tespit edilecek ve işçilerin ücreti, fiilen çalıştığı gün sayısı ve sahip oldukları puanlara göre belirlenecektir

Söz konusu düzenlemede yüzde usulü ücretle çalışan işçilerin fazla çalışma ücretlerinin nasıl hesaplanacağı da düzenlenmiştir. Nitekim Yönetmeliğin 5. maddesinin dördüncü fıkrasına göre, “Fazla

⁸⁶ Uşan, Fatih; s. 32.

⁸⁷ Çelik, Nuri; s. 142.

çalışma yapan ve fazla sürelerle çalışan işçilerin, fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma saatlerine ait puanları, normal çalışma puanlarına eklenir”.

Bu sistemi uygulayabilmek için her şeyden önce puan başına düşen prim ücreti bulunur. Normal çalışma ve fazla çalışma ayrımı yapılmaksızın işçinin ödemeye esas alınan dönemdeki puanı ile puan başına düşen prim ücreti miktarı çarpılmak suretiyle işçinin alacağı ücret belirlenecektir. Ancak bu hesaplama fazla çalışma nedeniyle işçinin hak kazanmış olduğu %50 zam dahil olmadığından, yüzdelerden ödenen fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışmanın zamsız karşılığı ile zamlı olarak ödenmesi gereken ücret arasındaki fark, işveren tarafından ödenir(YTPİDHY md. 5/V).

3) SERBEST ZAMAN

İşçiye yaptığı fazla çalışmaların karşılığının zamlı ücret ödenerek karşılanmasının fazla çalışmanın karşılığının işçiye serbest zaman verilmesi suretiyle karşılanması da mümkündür. Nitekim İş Kanunu'nun 41. maddesinin 4 fıkrası ile “fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma yapan işçi isterse, bu çalışmalar karşılığı zamlı ücret yerine, fazla çalıştığı her saat karşılığında 1 saat 30 dakikayı, fazla sürelerle çalıştığı her saat karşılığında 1 saat 15 dakikayı serbest zaman olarak kullanabilir” düzenlemesi getirilmiştir.

Söz konusu düzenlemeye dikkat edildiğinde işçinin talebi olmaksızın işverenin işçiye zamlı ücret yerine serbest zaman tanımmasının mümkün olmadığı görülmektedir⁸⁸. Yine İK'nun 41. maddenin 5 fıkrasında, işçinin hak ettiği serbest zamanı, altı ay zarfında, çalışma süreleri içinde ve ücretinde bir kesinti olmaksızın kullanabileceğini öngörülmüştür.

İşçi altı ay içinde hak etmiş olduğu serbest zamanı kullanmaz ise bu hakkını kaybeder. Ancak bu hakkın kullanılmasını engelleyen bir takım nedenlerin varlığı(grev- lokavt, uzun süreli hastalık vb.) durumunda nedenlerin süresince söz konusu sürenin işlemeyeceği kabul edilmelidir⁸⁹. Yine fazla çalışmaya ilişkin serbest zaman kullanılmadan iş sözleşmesinin sona ermesi durumunda fazla çalışmanın karşılığı olarak zamlı ücret ödenmesinin kabulü gerekir⁹⁰. Ayrıca

⁸⁸ Çelik, Nuri; İş Hukuku Dersleri, 20. bası, İstanbul 2007, s. 340; Mollamahmutoğlu; Hamdi; s. 895.; Soyer, Polat; s. 803.; Süzek, Sarper; s. 757.; Çil, Şahin; s. 73.

⁸⁹ Mollamahmutoğlu; Hamdi; s. 896.

⁹⁰ Soyer, Polat; s. 804.

bunun için sözleşmenin hangi biçimde sona erdiği bir önem taşımamaktadır⁹¹

FÇY'nin 6 maddesinin ikinci fıkrasında bulunan "İşçi hak ettiği serbest zamanı, 6 ay zarfında işverene önceden yazılı olarak bildirmesi koşuluyla ve işverenin, işin veya işyerinin gereklerine uygun olarak belirlediği tarihten itibaren iş günleri içerisinde aralıksız ve ücretinde bir kesinti olmadan kullanır" ifadesi itibariyle işçinin kullanacağı serbest zamanı kendisinin değil, işverenin belirlediği görülmektedir. Öğretide isabetli bir biçimde söz konusu hükümde bulunan yazılı şartın geçerlilik şartı olmadığı belirtilmiştir⁹². Ancak elbette bu talebin yazılı yapılması işçilerin yararına olur. Nitekim fazla çalışma da zamlı ücret kuralı teşkil ettiğinden aksini iddia edenin bu durumu ispatlaması gerekecektir⁹³.

İşçi fazla çalışması itibariyle hak etmiş olduğu serbest zamanı 6 ay içinde kullanacaktır. Bu sürenin başlangıcı fazla çalışmanın sona erdiği veya denkleştirme uygulanan durumlarda denkleştirme döneminin bittiği tarihtir.

Öğretide, taraflar toplu veya bireysel iş sözleşmeleriyle fazla çalışma ücretini artırmışsa, işçinin kullanabileceği serbest zamanın da aynı oranda artırılması gereği dile getirilmiştir⁹⁴. Bu kabulden yola çıkarak sözleşmelerle yapılan serbest zaman artırımının, ücret artırımını anlamına da geldiği söylenebilir⁹⁵.

E) FAZLA SÜRELERLE ÇALIŞMA

Fazla çalışmadan farklı olarak 4857 sayılı İş Kanunu'nun da "fazla sürelerle çalışma" kavramına da yer verilmiştir. Hem İş Kanununda hem de İş Kanununa İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliğinde düzenlenerek İş Hukukumuzda giren fazla sürelerle çalışma, "haftalık çalışma süresinin sözleşmelerle 45 saatin altında belirlendiği durumlarda ortalama haftalık çalışma süresini aşan ve 45 saate kadar yapılan çalışmalar" olarak tanımlanmıştır(İK.md. 41/3).

Fazla sürelerle çalışmanın tespitinde, denkleştirme esasları çerçevesinde yapılan çalışmanın sözleşmede belirlenen süreyi aşp

⁹¹ Soyer, Polat; s. 804.; Akyiğit, Ercan; s. 25.

⁹² Akyiğit, Ercan; s. 23.; Çil Şahin; s. 73.

⁹³ Akyiğit, Ercan; s. 23.

⁹⁴ Akyiğit, Ercan; s. 22.; karşı görüş için bkz.: Soyer, Polat; s. 802.

⁹⁵ Akyiğit, Ercan; s. 22.

aşmadığı belirlenmelidir⁹⁶. Bu durumda denkleştirme esasına göre belirlenen haftalık ortalama çalışma süresinin 45 saate kadar olan ve taraflarca kararlaştırılan süreyi aşan kısmı fazla sürelerle çalışmadır⁹⁷. Ancak ortalama çalışma süresi 45 saatin de üzerindeyse yapılan çalışma fazla çalışma olarak ele alınmalıdır⁹⁸.

Fazla sürelerle çalışmanın süresi hususunda her hangi bir sınırlama öngörülmemiştir⁹⁹. Nitekim kanunun fazla çalışma için öngördüğü yıllık 270 saatlik bir sınırlandırma benzeri bir hükmü fazla sürelerle çalışma için öngörmemiştir. Bu itibarla işçinin onayı bulunması durumunda her hangi bir süre sınırlaması olmaksızın fazla sürelerle çalıştırılması mümkündür. Fakat yukarıda da belirttiğimiz gibi bu çalıştırma 45 saati de aşıyorsa artık yapılan çalışmalar fazla çalışma olarak değerlendirilecektir.

Fazla sürelerle yapılan çalışmalarda, her bir saat fazla çalışma için verilecek ücret, normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının yüzde yirmi beş yükseltilmesiyle ödenir(İK. Md. 41/3). Ayrıca işçi zamlı ücret yerine fazla sürelerle çalıştığı her saat karşılığında 1 saat 15 dakikayı serbest zaman olarak kullanabilir(İK. Md. 41/4).

F) FAZLA SAATLERLE ÇALIŞMA ÜCRETİNİN ÖDENMEMESİ DURUMU

Fazla saatlerle çalışmanın karşılığının işverence ödenmemesi halinde ücret şikkını seçmiş olan işçi, ücretinin gereğince ödenmediği gerekçesiyle(İK md. 24/II-e) iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilir¹⁰⁰. Yargıtay da fazla çalışma ücretinin ödenmemesinin işçiye haklı nedenle fesih imkanı vereceğine hükmetmiştir¹⁰¹. Fazla çalışmanın

⁹⁶ Akyiğit, Ercan; s. 10.; Günay, Cevdet İlhan; Türk İş Hukukunda Fazla Saatlerle Çalışma Ücreti, Ankara 2007, s. 61.

⁹⁷ Çil, Şahin; s. 73.

⁹⁸ Çağlar, Sadret; "Fazla Sürelerle çalışma", Yaklaşım Dergisi, Eylül 2006, sa: 165

⁹⁹ Mollamahmutoğlu, Hamdi; s. 905.

¹⁰⁰ Günay, Cevdet İlhan; Fazla saatler, s. 143.; Akyiğit, Ercan; s. 25.

¹⁰¹ Örnek olarak bkz.: "mahkemece de hizmet akdinin 16.08.2000 tarihli ihtarname ile davacı tarafından sona erdirildiği kabul edilmiştir. Anılan fesih yazısında davacı fesih nedenleri arasında fazla mesai ücret alacaklarının ödenmemesini de göstermiş bulunmaktadır. Mahkemece dava konusu yapılan fazla mesai ücret alacaklarının ödenmediği kabul edilerek istek kısmen hüküm altına alındığına göre davacının hizmet akdinin 1475 sayılı İş Yasası 16/II-d maddesine uygun olarak feshedildiğinin kabulü gerekir. Böyle olunca davacının kıdem tazminatı isteğinin kabulü gerekirken reddedilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir" Y. 9HD. T. 5.3.2002, E. 2001/17859, K. 2002/3293(Günay, Cevdet İlhan; Fazla Saatler, s. 144.); aynı yönde Y 9HD. T.12.5.2005, E. 2004/26398, K. 2005/16337(LİHSGHD 2005,Sa:7, s. 1257-1258).

karşılığını serbest zaman olarak kullanmayı seçen işçi de söz konusu serbest zaman kendisine tanınmazsa çalışma koşulları uygulanmadığı gerekçesiyle(İK md.24/II-f) iş sözleşmesini haklı olarak feshedebilir¹⁰².

İşçinin daha önceden yapmış olduğu fazla çalışma dolayısıyla hak etmiş olduğu zamlı ücreti ödemeyen işverenin işçiye yeni bir fazla çalışma teklif etmesi hakkın kötüye kullanımı olarak görülmelidir. Nitekim Yargıtay da önceki fazla çalışma ücretleri ödenmeden yeni fazla çalışma teklifini hakkın kötüye kullanımı olarak değerlendirmektedir¹⁰³.

FÇY'nin onuncu maddesi uyarınca, işçilerin işlemiş olan fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma ücretleri normal çalışmalarına ait ücretlerle birlikte, 4857 sayılı İş Kanununun 32 ve 34 üncü maddeleri uyarınca ödenmelidir. FÇY'nin atıf yaptığı İK'nun 34. maddesine göre ise, ücreti, ücret ödeme gününden itibaren 20 gün içinde mücbir bir neden dışında ödenmeyen işçi, iş görme borcunu yerine getirmekten kaçınabilir. Bu itibarla, mücbir nedenlerin varlığı dışında fazla çalışma ücretleri ödenmeyen işçilerin, ödeme gününden itibaren 20 günlük sürenin dolmasının ardından iş görmekten kaçınma hakları bulunduğu açıktır¹⁰⁴. Bununla birlikte fazla çalışmanın karşılığı olarak serbest zaman kullanımı olarak seçilmişse kaçınma hakkı söz konusu değildir¹⁰⁵.

İş Kanunu'nun 34. maddesinde gününde ödenmeyen ücret alacaklarına mevduata uygulanan en yüksek faiz oranının uygulanacağı öngörülmüştür. Fazla çalışma ücretinin niteliği itibarıyla ücretin bir bölümünü oluşturduğu¹⁰⁶ ve FÇY'nin de İK'nun 34 maddesine atıf yaptığı dikkate alınırsa gününde ödenmeyen fazla çalışma ücretleri için mevduata uygulanan en yüksek faiz oranı uygulanacağı belirtilmelidir.

¹⁰² Akyiğit, Ercan; s. 25.

¹⁰³ Örnek olarak bkz.: "Somut uyumsuzlukta, davalı işverenin davacıdan geceleyn fazla mesaiye kalmasını istediği, ancak davacının bunu kabul etmeyerek işyerinden ayrıldığı anlaşılmaktadır. Aksi sabit oluncaya kadar geçerliliği söz konusu olan BÇM müfettiş raporunda davacının davalıya ait işyerinde fazla mesai yaptığı ve fazla mesaiye ait ücretlerinin ödenmediği saptanmıştır. Fazla mesai ücreti ödenmediğine göre, davacıdan fazla mesaiye kalmasının istenmesi hakkın kötüye kullanımıdır. Davacının fazla mesai ücretleri ödenmediği için iş sözleşmesini feshettiği kabul edilmelidir. Zira 1475 sayılı İş Kanunu'nun 16/II-d maddesi uyarınca "ücretlerinin kanun hükümleri veya iş sözleşmesi şartları gereğince ödenmemesi" işçiye haklı fesih hakkı verir. İşçinin iş sözleşmesini haklı nedenle feshettiği durumlarda kıdem tazminatı hüküm altına alınmalıdır. Mahkemece yazılı şekilde, davacının devamsızlık yaptığı ve feshin bu nedenle haklı olduğu gerekçesiyle kıdem tazminatı isteğinin reddi hatalıdır" Y)HD., T. 11.10.2004, E. 2004/25131, K.2004/22821(Akyiğit, Ercan; s. 26).

¹⁰⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Akyiğit, Ercan; "Ücreti Geciken İşçinin Çalışmaktan Kaçınması", LİSGHD 2005, Sa.:5, s. 15- 26.; Karacan, Hatice; s. 132.

¹⁰⁵ Akyiğit, Ercan; s. 26.

¹⁰⁶ Akyiğit, Ercan; s. 18.

G) ÇALIŞMA SÜRELERİ ve FAZLA ÇALIŞMA İLE İLGİLİ OLARAK BAZI AB ÜLKELERİNDEKİ DÜZENLEMELERE GENEL BİR BAKIŞ

1) AVUSTURYA

Avusturya'daki Çalışma Süreleri Kanununa(Working Time Act) göre ortalama haftalık çalışma süresi 40, günlük çalışma süresi 8 saat olarak belirlenmelidir¹⁰⁷. Azami sınır olarak ise çalışma süresi günlük 10, haftalık 50 saati geçemez. Düzenleme 12 aylık bir denkleştirme süresi öngörmüştür.

Toplu iş sözleşmeleriyle haftalık çalışma süresi 40 saatten daha az olarak belirlenmiş, fakat 40 saat çalışılmışsa aradaki farkın ücreti normal saat ücreti üzerinden hesaplanır¹⁰⁸. 40 saatin üzerinde yapılan çalışmalar ise normal çalışma ücretinin %50 oranında artırılarak ücretlendirilir. Yine Çalışma Süreleri Kanununa göre, fazla çalışma haftada 5, yılda ise 60 saatten fazla yaptırılamaz(Working Time Act md. 6).

2) ALMANYA

Almanya'nın çalışma süreleri ile ilgili düzenlemesine(Working Time Act 1994) göre günlük azami çalışma süresi 8 saatle sınırlandırılmıştır¹⁰⁹. Dolayısıyla haftalık azami çalışma süresi 48 saattir. Ancak düzenlemenin 3. maddesi bazı günlerde çalışma süresinin 10 saate kadar çıkabilmesine imkan tanımıştır. Bununla birlikte 24 haftalık bir dönemde ortalama çalışma süresi günlük 8 saati geçmemelidir.

Fazla çalışmanın üst sınırı hususu ise toplu iş sözleşmeleriyle kararlaştırılmaktadır. Yine fazla çalışmanın karşılığında ödenecek zamlı ücret oranı veya serbest zaman olarak kullanılması toplu iş sözleşmeleriyle belirlenecektir.

3) BELÇİKA

Bu konuyla ilgili olarak Belçika'da bulunan düzenlemeye(The Statue On Employment) göre çalışma süresi günlük 8 haftalık 39 saatle sınırlandırılmıştır¹¹⁰. Azami çalışma süresi olarak ise günlük 9 haftalık 45 saat çalışılabileceği öngörülmüştür. Denkleştirme dönemi için ise 3

¹⁰⁷ Kaynak: www.eurofound.europa.eu/eiro/2004/03/feature/tn0403108f.html

¹⁰⁸ ayrıntılı bilgi için bkz.: Mayne, Susan/Maylon, Susan; s. 28.

¹⁰⁹ Kaynak: <http://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/WEBTEXT/37814/64928/E94DEU01.HTM#div02>

¹¹⁰ Kaynak : <http://acts.oireachtas.ie/zza27y1971.1.html#zza27y1971>

aylık bir dönem esas alınmaktadır. Ancak toplu iş sözleşmeleriyle bu süre 12 aya kadar artırılabilir.

Fazla çalışma ücreti miktarı normal çalışma ücretinin %50 yükseltilmesi yoluyla bulunur. Ancak işçi resmi bir tatilde çalıştırılırsa, normal çalışma ücretinin %100 artırılması suretiyle fazla çalışma için ödenecek miktar bulunur.

4) FİNLANDİYA

Finlandiya'nın çalışma süreleri ile ilgili düzenlemesine(Working Hours Act 605/1996) göre normal günlük çalışma süresi günlük 8, haftalık ise 40 saatle sınırlandırılmıştır¹¹¹. Azami çalışma süresi olarak ise iki haftalık bir dönemde 88, üç haftalık bir dönemde ise 128 saat çalışma yapılabileceği kabul edilmektedir. Denkleştirme dönemi için ise 52 haftalık bir dönem esas alınmaktadır.

Fazla çalışma ücreti miktarı normal çalışma ücretinin %50 artırılması yoluyla bulunur. Bununla birlikte günlük iki saatin üzerindeki fazla çalışmalar için bu oran %100'e yükseltilmiştir. Ayrıca fazla çalışmanın karşılığı olarak serbest zaman kullandırma imkanı da mevcuttur.

5) FRANSA

Kanuni ortalama haftalık çalışma süresinin 35 saat olduğu Fransa'da, azami çalışma süresinin günlük 10, haftalık 48 saat olabileceği öngörülmüştür¹¹². Denkleştirme dönemi için ise 12 aylık bir süre esas alınmaktadır.

Fazla çalışma ücreti miktarı normal çalışma ücretinin %25 artırılması yoluyla bulunur. Ayrıca fazla çalışmanın karşılığı olarak serbest zaman kullandırma imkanı da mevcuttur.

6) İNGİLTERE

İngiltere'de 1998 yılında yürürlüğe giren Çalışma Süreleri Kanununa(Working Time Regulations) göre haftalık azami çalışma süresi 48 saattir¹¹³. Çalışma süresinin günlük üst sınırının sadece işçinin günde kesintisiz 11 saat dinlendirilmiş olması öngörüldüğünden hareketle 13 saat (düzenlemenin 6 saatten uzun çalışmalarda en 20

¹¹¹ Kaynak: <http://www.finlex.fi/pdf/saadkaan/E9960605.PDF>

¹¹² Susan, Mayne/Susan, Manson; s. 356 vd.

¹¹³ Kaynak: <http://www.opsi.gov.uk/si/si1998/19981833.htm>.

dakika ara verilmesini öngören düzenlemesi dikkate alınmadan)olduğunu söyleyebiliriz. Denkleştirme dönemi ise 17 hafta olarak öngörülse de, bu süre toplu iş sözleşmeleri ile 52 haftaya kadar kararlaştırılabilmektedir.

Çalışma Süreleri Kanununa göre, fazla çalışma yapıldığı takdirde hangi oranda zamlı ücret ödeneği veya serbest zaman olarak kullanılabilmesi hususlarını taraflar kararlaştıracaktır.

7) YUNANİSTAN

Yunanistan'ın çalışma süreleri ile ilgili düzenlemesi(2639/1998) ortalama çalışma süresini günlük 8, haftalık 40 saat olarak belirlemiştir¹¹⁴. Azami çalışma süresi olarak ise haftalık 43 saatle sınırlandırılmıştır. Denkleştirme dönemi için ise 12 aylık bir süre esas alınmaktadır.

Fazla çalışma ücreti miktarı haftalık 43 saate kadar yapılan çalışmalarda normal çalışma ücretinin %50 artırılması yoluyla bulunur. Ancak bunun üzerinde yapılan çalışmalar(44. saatten itibaren) için bu oran % 150 olarak belirlenmiştir.

8) İTALYA

İtalya'nın çalışma süreleri ile ilgili düzenlemesi(law no:196/1997) ortalama çalışma süresini haftalık 40 saat olarak belirlemiştir¹¹⁵. Azami çalışma süresi olarak ise haftalık 48 saatle sınırlandırılmıştır. Denkleştirme dönemi için ise 4 aylık bir süre esas alındıysa da, toplu iş sözleşmeleriyle bu süre 12 aya kadar çıkarılabilmektedir.

Haftalık 40 saatin üzerinde yapılan çalışmalar fazla çalışma olarak değerlendirmekte, ancak fazla çalışma ücreti normal ücretin sadece %10 oranında artırılması yoluyla tespit edilmektedir(Toplu iş sözleşmeleriyle daha yüksek bir oran kabul edilebilmektedir)

9) HOLLANDA

Hollanda'nın çalışma süreleri ile ilgili düzenlemesi(Working Time Act 1995) göre çalışma süresini günlük 9, haftalık 45 saatle sınırlandırılmıştır¹¹⁶. Ancak toplu iş sözleşmeleriyle günlük 12, haftalık

¹¹⁴ Kaynak: www.eurofound.europa.eu/eiro/2004/03/feature/tn0403108f.html

¹¹⁵ Kaynak: www.eurofound.europa.eu/eiro/2004/03/feature/tn0403108f.html

¹¹⁶ Kaynak: www.eurofound.europa.eu/eiro/2004/03/feature/tn0403108f.html

ise 60 saate kadar çalışabilmesi kabul edilebilir. Denkleştirme dönemi için ise 13 haftalık bir süre esas alınmaktadır.

Fazla çalışmanın üst sınırı hususu ise toplu iş sözleşmeleriyle kararlaştırılmaktadır. Yine fazla çalışmanın karşılığında ödenecek zamlı ücret oranı veya serbest zaman olarak kullanılması toplu iş sözleşmeleriyle belirlenmektedir.

10) İSPANYA

İspanya'nın çalışma süreleri ile ilgili düzenlemeleri(law no: 1561/1995,39/1999,12/2001) göre çalışma süresi haftalık 40 saatle sınırlandırılmıştır¹¹⁷. Bununla birlikte taraflar haftalık 50 saate kadar olabilecek bir çalışma süresi kararlaştırılabilir.

Haftalık 40 saatin üzerinde yapılan çalışmalar fazla çalışma olarak kabul edilmekte, fazla çalışmanın karşılığında ödenecek zamlı ücret oranının ise toplu iş sözleşmeleriyle belirlenmektedir. Yine söz konusu düzenlemeye göre, fazla çalışma yılda 80 saatten fazla yaptırılamaz.

DEĞERLENDİRME

Fazla çalışma, gerek İş Kanununda gerek İş Kanuna İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliğinde, kanunda yazılı koşullar çerçevesinde haftalık 45 saati aşan çalışma olarak tanımlanmıştır. Dolayısıyla fazla çalışmanın tespitinde çalışmanın haftalık 45 saati geçip geçmediği dikkate alınacaktır. Bununla birlikte denkleştirme esasının uygulandığı hallerde işçi günlük 11 saati geçmemek koşuluyla çalıştırılabilir ve esas alınan dönemde ortalama haftalık çalışma süresi 45 saati geçmediği takdirde fazla çalışma söz konusu olmayacaktır.

Fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma yaptırabilmek için işçinin yazılı onayının alınması gereklidir. Ancak hiçbir nedeni olmaksızın fazla çalışma yapmaya onay vermeyen işçinin iş sözleşmesinin geçerli nedenle feshedilebileceği düşüncesindeyiz.

İş Kanunu'na göre fazla çalışma yıllık 270 saatten fazla yaptırılamaz. Ancak uygulamada bu sürenin aşıldığı görülmektedir. İşçinin korunması amacıyla yola çıkan Yargıtay bir çok kararında söz

¹¹⁷ Kaynak: www.eurofound.europa.eu/eiro/2004/03/feature/tn0403108f.html

konusu sürenin aşılması durumunda da fazla çalışma ücretinin ödenmesi gerektiğine hükmetmiştir. Bizim görüşümüz ise işverenlerin hukuka aykırı fazla çalışma yapmaktan caydırılabilmesi bakımından, hukuka aykırı fazla çalışmalarda işçiye ödenecek miktarın fazla çalışma hükümlerinde öngörülen %50 zamlı ödeme yerine, daha yüksek bir oranda öngörülmesi yönündedir. Nitekim yıllık üst sınırın aşılmasının bir cezai yaptırımını da mevcut değildir. Ancak Türk Hukukunda bu görüşümüzü destekleyecek pozitif bir düzenleme bulunmadığını da belirtmekte fayda vardır.

İş Kanunu'nun 41. maddesi her bir saat fazla çalışma için verilecek ücretin normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının yüzde elli yükseltilmesi suretiyle ödenmesini öngörmüştür. Yine aynı maddeye göre fazla sürelerle çalışma için bu oran yüzde yirmi beş olarak düzenlenmiştir. Fazla çalışma ücreti ile ilgili olarak öngörülen hüküm nispi emredici kural niteliğindedir. Bu itibarla taraflar yüzde elli oranından daha yüksek bir oran belirlemeleri mümkün, fakat bu oranın altında bir yüzde kararlaştırmaları mümkün değildir.

İşçiye yaptığı fazla çalışmaların karşılığının zamlı ücret ödenerek karşılanmasının fazla çalışmanın karşılığının işçiye serbest zaman verilmesi suretiyle karşılanması da mümkündür. Nitekim İş Kanunu'nun 41. maddesinin 4 fıkrası ile "fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma yapan işçi isterse, bu çalışmalar karşılığı zamlı ücret yerine, fazla çalıştığı her saat karşılığında 1 saat 30 dakikayı, fazla sürelerle çalıştığı her saat karşılığında 1 saat 15 dakikayı serbest zaman olarak kullanabilir" düzenlemesi getirilmiştir.

Son olarak belirtmek gerekir ki; fazla saatlerle çalışmanın karşılığının işverence ödenmemesi halinde ücret şikkını seçmiş olan işçi, ücretinin gereğince ödenmediği gerekçesiyle(İK md. 24/II-e) iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilir. Nitekim Yargıtay da fazla çalışma ücretinin ödenmemesinin işçiye haklı nedenle feshedebileceğine hükmetmiştir.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

Alain, Supuit; Beyond Employment, Changes in Work Future Of Labour Law In Europe, Oxford 2005.

Akyiğit,Ercan; "Yeni İş Yasasında Normali Aşan Çalışmalar", TÜHİS, Mayıs 2005.

- Akyiğit, Ercan; “Ücreti Geciken İşçinin Çalışmaktan Kaçınması”, LİSGHD 2005, Sayı.:5
- Akyiğit, Ercan; İş Hukukuna İlişkin Yargıtay Emsal Kararları, İstanbul 2003.
- Akyiğit, Ercan; İş Hukuku, 6. bası, Ankara 2007.
- Blanpain, Roger; European Labour Law, Kluwer Law International 2006.
- Bowers, John; Employment Law, Blackstone Press 2000.
- Çağlar, Sadret; “Fazla Sürelerle Çalışma”, Yaklaşım Dergisi, Eylül 2006, Sayı:165.
- Çelik, Nuri; İş Hukuku Dersleri, 21. bası, İstanbul 2008.
- Centel, Tankut; İş Hukukunda Ücret, İstanbul 1998.
- Centel, Tankut; İş Hukuku, C. I, İstanbul 1994.
- Çenberci, Mustafa; İş Kanunu Şerhi, 6. Bası, Ankara 1986.
- Çil, Şahin; “İş Kanununa Göre Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma”, Çalışma ve Toplum Dergisi 2007/3, Sayı: 14.
- Demir, Fevzi; “4857 Sayılı İş Kanunu’nun Başlıca Yenilikleri ve Uygulamadaki Muhtemel Etkileri”, Mercek, Temmuz 2003, Sayı:31.
- Ekonomi, Münir; 4857 Sayılı İş Kanununa Göre Fazla Çalışma Kavramı”, Kamu- İş C.7, Sa: 3/2004.(fazla çalışma)
- Ekonomi, Münir; “Bireysel İş İlişkisinin Kurulması ve İşin düzenlenmesi Açısından Yargıtay’ın 2002 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtay’ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2002, Ankara 2004.
- Estreicher, Samuel/Harper, Michael C.; Cases And Materials On Employment Discrimination And Employment Law, American Casebook Series 2000.
- Ertaş, Kudret; Türk Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu”, Ankara 1982
- Eyrenci/ Taşkent/ Ulucan; Bireysel İş Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2006.
- Günay, Cevdet İlhan; Şerhli İş Kanunu, C.2, Ankara 1998.
- Günay, Cevdet İlhan; Türk İş Hukukunda Fazla Saatlerle Çalışma Ücreti, Ankara 2007

Kamu-İş; C:10, S:4/2009

Klasson, Katja; “AB Ülkelerinde Esnekli Uygulamaları” TİSK Çalışma Hayatında Esneklik Semineri, İstanbul 1999.

Mayne, Susan/ Malyon, Susan; Employment Law İn Europa, London 2001

Mollamahmutoğlu, Hamdi; İş Hukuku, 3.Bası, Ankara 2008.

Mollmahmutoğlu, Hamdi; “4857 Sayılı Yeni İş Kanununun Getirdiği Önemli Bazı Yenilikler”, Kamu- İş 2004, C. 7, Sayı:4.(yenilikler)

Narmanlıoğlu, Ünal; İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri, 3. Bası, İzmir 1998.

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

Özer, Hatice Duygu; “Çalışma Saatlerini Kendi Belirleyen İşçi Fazla Çalışma Ücretine Hak Kazanır mı?”, Çalışma ve Toplum Dergisi 2007, Sayı:13.

Painter, Richard W./Holmes, Ann E. M.; Cases And Materials On Employment Law, Oxford 2006.

Painter, Richard W./Puttick, Keith; Employment Rights, A Reference Handbook, London 1993.

Pitt, Gwyneth; Employment Law, Sweet And Maxwell 1994.

Perrit, Henry H.; Employment Law Update, Aspen Publishers 2005, s. 210.

Rideout, Roger W.; Principles Of Labour Law, London 1972.

Selwyn, Norman; Law Of Employment, Oxford 2006, s. 216.

Soyer, Polat; “Yeni Düzenlemeler Karşısında Fazla Çalışmaya İlişkin Bazı Düşünceler”, Legal İHSGHD, Sayı:3, 2004

Süzek, Sarper; İş Hukuku, İstanbul 2002.

Süzek, Sarper; İş Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2008.

Şakar, Müjdat; “ Fazla Çalışma ve Fazla Çalışma Sorunları”, Yaklaşım Dergisi, Aralık 2006, Sayı: 168.

Terry, Micheal/Dickens, Linda; European Employment And Industrial Relations Glossary, Sweet And Maxwell 1991.

- Tunçomağ/Centel; İş Hukukunun Esasları, B.2, İstanbul 1999.
- Uçum, Mehmet; “Personel Özlük Dosyası ve İşverenin İş İlişkisinde Temin Etmesi Gereken Belgeler”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı: 6, Haziran 2007.
- Uşan, Fatih; İş ve Sosyal Sigorta Uygulamasında Parça başına Ücret, Ankara 2003.
- Valverde, Mireia/ Tregaskis, Olga/Brewster, Chris; “Labour Flexibility And Firm Performance”, International Advances in Economic Research, Vol. 6, Num. 4, November 2000.
- Wright, M.; Labour Law, Macdonald And Evans HandBook Series, Bristol 1979.

İNTERNET KAYNAKLARI

- www.ilo.org/dyn/natlex/docs/WEBTEXT/37814/64928/E94DEU01.HTM#div02
- <http://acts.oireachtas.ie/zza27y1971.1.html#zza27y1971>
- <http://www.finlex.fi/pdf/saadkaan/E9960605.PDF>
- <http://www.opsi.gov.uk/si/si1998/19981833.htm>
- www.eurofound.europa.eu/eiro/2004/03/feature/tn0403108f.html
- <http://www.eurofound.europa.eu/ewco/surveys/index.htm>
- http://eurlex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc