

**ALMAN VE TÜRK HUKUKLARINDA
FAZLA SAATLERLE ÇALIŞMA ÜCRETLERİNİN ASIL ÜCRETE
DAHİL OLDUĞUNA İLİŞKİN SÖZLEŞME HÜKÜMLERİ VE
GEÇERLİLİK KOŞULLARI**

Arş. Gör. Muhittin ASTARLI

G.Ü. Hukuk Fakültesi

İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Bilim Dalı

Giriş

4857 sayılı İş Kanununun 41. maddesi gereğince fazla saatlerle çalışmanın karşılığı kural olarak zamlı ücret olup işçi isterse gerçekleştirdiği fazla saatlerle çalışmanın karşılığını serbest zaman olarak kullanabilecektir. İfa ettiği fazla saatlerle çalışmaların karşılığını zamlı ücret olarak almak isteyen işçiye bunun, en geç asıl ücretin ödeme zamanında ayrıca ödenmesi gereklidir. Ancak uygulamada kimi iş sözleşmelerinde fazla saatlerle çalışma ücretlerinin asıl ücret içinde belirlendiği yani asıl ücrete fazla saatlerle çalışma ücretlerinin de dahil olduğunun kararlaştırıldığı görülmektedir. İşçinin fazla saatlerle çalışma ücreti taleplerinin reddi sonucunu doğuracak bu hükümlerin geçerliliği ve buna ilişkin koşullar bu incelemenin esas konusunu teşkil etmektedir. İncelemede Alman Hukuku ve Türk Hukuku karşılaştırmalı olarak ele alınacaktır. Bu itibarla öncelikle her iki hukuk bakımından fazla saatlerle çalışma kavramı ve karşılıklarının ne olduğu belirlendikten sonra fazla saatlerle çalışma ücretlerinin de asıl ücrete dahil olduğuna ilişkin sözleşme hükümlerinin geçerlilikleri ve bunun koşulları her iki hukuka ait yargı kararları ve bilimsel görüşler ışığında değerlendirilmeye çalışılacaktır.

I. Fazla Saatlerle Çalışma ve Fazla Saatlerle Çalışmanın Karşılığı

1. Alman Hukukunda

a. Fazla Saatlerle Çalışma

Alman Hukukunda, fazla saatlerle çalışmanın karşılığı olarak kullanılan “Mehrarbeit” ve “Überstunden”, kavramlarının içeriği üzerinde tam bir uyuşmanın varlığından söz edilmez. Bu anlamda genel olarak “Mehrarbeit”, kanuni azami çalışma süresinin aşılması olarak tanımlanırken, “Überstunden”, sözleşmelerle belirlenen olağan çalışma sürelerinin aşılması olarak tanımlanmaktadır. Bununla birlikte Federal İş Mahkemesinin, kararlarında bu iki kavram arasında bir ayırım yapmadığı, çoğunlukla birini diğerinin yerine kullandığı görülmektedir.

Alman Hukukunda fazla saatlerle çalışmanın yasal bir tanımı genel olarak yapılmış değildir. Gerçi Çalışan Annelerin Korunması Hakkındaki Kanunun (Gesetz zum Schutts der erwerbstaetigen Mutter) 8. maddesi 2. paragrafında bir tanım yapılmışsa da bu tanım salt bu yasaya özgüdür. İşçinin fazla saatlerle çalışma yapmakla yükümlü olup olmadığı ve bu yükümlülüğün kapsamı sözleşmelerle belirlenir¹. Sözleşme ile belirlenen çalışma sürelerinin aşılması anlamında fazla saatlerle çalışmayı işverenin ancak iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi veya işyeri sözleşmesinde (Betribsvereinbarung) kendisine bu konuda bir yetkinin verilmiş olması halinde işçiden talep etmeye hakkı vardır. Bu kaynaklarda açık bir düzenleme yer almıyorsa işçinin fazla çalışma yapma yükümlülüğü mevcut değildir². İşverenin yönetim yetkisi bu konuda tek başına bir hukuk kaynağı niteliği taşımaz. Bunun istisnası acil durumlar ve olağanüstü hallerinin varlığıdır ki bunlar genel olarak Çalışma Süreleri Yasası'nın (Arbeitszeitgesetz) 14. maddesi vasıtasıyla tespit edilirler³. Bu durumların mevcudiyetinde işçinin fazla saatlerle

¹ Hromadka Wolfgang/Maschmann Frank, Arbeitsrecht, Band I, Individualarbeitsrecht, 3. Auflage, Springer Verlag, 2005, sh.198.

² Linnenkohl Karl/Rauschenberg Hans-Jürgen, Arbeitszeitgesetz, 2. Auflage, Nomos Verlag, 2004 sh.41; Anzinger Rudolf/Koberski Wolfgang, Kommentar zum Arbeitszeitgesetz, 2. überarbeitet Auflage, Verlag Recht und Wirtschaft GmbH, 2005, sh.116; Necati Lale, “Mehrarbeit”, Innovative Arbeitsformen, Flexibilisierung der Arbeitszeit, Arbeitsentgelt, Arbeitsorganisation, Herausgegeben von Ulrich Preis, 2005 (internet baskısı için <http://www.aus-innovativ.de/media/Mehrarbeit.pdf>), sh.5.

³ Hromadka/Maschmann, sh.198; Hümmerich Klaus, “Antizipierte Einwilligung in Überstunden durch arbeitsvertragliche Mehrarbeitsabgeltungsklauseln?”, NZA, 1999, Heft 21, (1132-1136), sh.1132.

çalışma yapma yükümlülüğünün ise sadakat borcundan kaynaklandığı kabul edilmektedir⁴.

Olağan çalışma sürelerinin geçici olarak artırılması anlamında fazla saatlerle çalışmanın işveren tarafından açık bir şekilde işçiden talep edilmesi mümkün olduğu gibi, bunun dolaylı olarak da gerçekleşmesi de mümkündür; eğer işveren tarafından işçiye tevdi edilen işin görülmesi ancak taraflarca sözleşmede kararlaştırılan çalışma sürelerinin aşılması suretiyle mümkün olabileceksen fazla çalışmanın dolaylı olarak düzenlenmesi söz konusudur⁵.

Hromadka/Maschmann'a göre, fazla saatlerle çalışma talebi, Alman Medeni Kanunu (BGB) md.315/f.1 anlamında ifanın tek taraflı olarak belirlenmesi niteliğini taşıdığından, işverenin, fazla saatlerle çalışma yaptırma hakkını, hakkaniyete uygun olarak kullanması gerekmektedir. Hakkaniyete uygunluğun varlığı için, işyerinin gerekleri ile işçinin yükümlülüklerinin birlikte ele alınarak, tarafların menfaatleri arasında bir değerlendirilmenin yapılması gereklidir⁶.

b. Fazla Saatlerle Çalışmanın Karşılığı

Fazla saatlerle çalışmanın yasal olarak tanımlanmadığı Alman Hukukunda, bu çalışmaların karşılığına ilişkin herhangi bir yasal düzenleme de mevcut değildir. Eski Çalışma Süreleri Tüzüğü'nün (Arbeitszeitordnung) 15. maddesinde fazla çalışma ücretine (Mehrarbeitvergütung) ilişkin bir düzenleme yer almakla birlikte yeni Çalışma Süreleri Yasasında fazla saatlerle çalışma ücretine, bunda ötesinde genel anlamda ücrete ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Bunun temelinde yatan neden Çalışma Süreleri Yasasının bir koruma yasası olarak çalışma süreleri bakımından işçi sağlığı ve güvenliğinin korunmasını yegane amaç olarak benimsemesidir⁷. Kanun bu alanın düzenlenmesini sözleşmelere terk etmiştir; bu itibarla fazla saatlerle çalışma ücreti, genel olarak iş ilişkisinin temelinde yatan sözleşmeden kaynaklanmakta ve toplu iş sözleşmesi, işyeri sözleşmesi

⁴ Preis Ulrich, in Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, Begründet von Thomas Dieterich, Peter Hanau, Günter Schaub. Herausgegeben von Prof. Dr. Thomas Dieterich, Dr. Rudi Müller-Glöge, Prof. Dr. Ulrich Preis und Dr. h.c. Günter Schaub, Verlag C.H. Beck, 6. Neu bearbeitete Auflage, 2006 sh. 1478; Linnenkohl/Rauschenberg, sh. 41; Hümmerich, Mehrarbeitsabgeltungsklausel, sh. 1132; Necati, sh.5

⁵ Hromadka/Maschmann, sh. 198.

⁶ Hromadka/Maschmann, sh.199; aynı yönde Necati, sh.6.

⁷ Preis, sh. 1478; Baeck Ulrich/Deutsch Markus, Arbeitszeitgesetz Kommentar, Verlag C.H. Beck, 2. Auflage, 2004, sh.14.

Kamu-İş; C:9, S:4/2008

(Betriebsvereinbarung) veya iş sözleşmesi ile taraflar fazla çalışma ücretini tespit etmektedirler⁸. Eğer sözleşmelerde fazla saatlerle çalışma için bir ücret ödeneceği öngörülmemişse, Alman Medeni Kanunu md.612/f.1'e göre, fazla saatlerle çalışmanın karşılığı olarak normal saat ücretinin ödenmesi gereklidir⁹. İşçinin bu fazla saatlerle çalışmalar karşılığında zamlı ücret talep edebilmesi de sözleşmelerde bu yönde bir hükmün varlığı halinde söz konusudur; eğer sözleşmelerde fazla saatlerle çalışma için bir zamlı ücret ödeneceği öngörülmemişse işverenin bu yönde bir yükümlülüğü mevcut değildir¹⁰. İşverenin fazla saatlerle çalışmalar karşılığını zamlı ücretle karşılması yükümlülüğü sadece eski Çalışma Süreleri Tüzüğünde mevcuttu; oysa 1994 tarihli Çalışma Süreleri Yasasında bu tür bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

Alman Hukukunda fazla saatlerle çalışmanın yegane karşılığı ücret değildir. Taraflar sözleşmede fazla saatlerle çalışma karşılığında işçinin serbest zaman kullanabileceğini de kararlaştırabilirler¹¹. Ancak böyle bir sözleşme mevcut değilse işverenin tek tarafı olarak işçiye fazla saatlerle çalışma karşılığını serbest zaman olarak kullandırma yetkisi yoktur.

2. Türk Hukukunda

a. Fazla Saatlerle Çalışma

4857 sayılı Kanunda çalışma süresi kural olarak haftalık esasta belirlenmiş ve haftalık çalışma süresine de bir sınır getirilmiştir. Esas olan işçinin Yasada belirlenen azami süreler dahilinde çalıştırılması olmakla birlikte kimi nedenlerle bu sınırın aşılması da söz konusu olabilir. İşçinin korunması amacıyla çalışma sürelerini sınırlayan kanun koyucu yine aynı amaçla bu sınırın hangi nedenlerle ve

⁸ Baeck/Deutsch, sh.14; Anzinger/Koberski, sh.116; Hromadka/Maschmann, sh.199; Marschner Andreas, "Mehrarbeit", Arbeitsrecht-Blattei, Systematische Darstellung, Arbeitszeit II, 210-230, C.F. Müller Verlag.sh.3; Nitekim Köln Eyalet İş Mahkemesinin verdiği kararda da belirtildiği üzere Alman Hukukunda tüm fazla çalışmaların veya işçinin iş sözleşmesinde veya işyeri uygulamasıyla belirlenen çalışma süresi üzerinde işyerinde bulunduğu tüm süreler için ek bir ödeme yapılacağına ilişkin bir hukuki kaide mevcut değildir (LAG Köln, Urteil vom 7. September 1989 - 10 Sa 488/89 - LAGE § 15 AZO Nr. 1, NZA 1990, sh.349).

⁹ Preis, sh.1478-1479; Marschner, sh.6; Necati, sh.3-4; Baeck/Deutsch'a göre ise fazla saatlerle çalışmanın karşılığına ilişkin bir düzenleme bulunmuyorsa bu durumda BGB md.612/f.2 uygulama alanı bulur ve o dönemde aynı iş kolunda benzer işler için ödenen mutad ücret söze konu olur; mutad olan ücretin tespit edilememe halinde ise fazla saatlerle çalışmanın karşılığı olan ödeme BGB md.316'ya göre belirlenir (Baeck/Deutsch, sh.14).

¹⁰ Preis, sh.1478-1479; Hromadka/Maschmann, sh.199; Marschner, sh.6; Necati, sh.3-4.

¹¹ Hromadka/Maschmann, sh.199; Necati, sh.4.

koşullarda aşılabileceğini, hüküm ve sonuçlarını düzenleme gereği duymuş ve Kanununun 41, 42, ve 43. maddelerinde bunun esaslarına yer vermiştir.

Kanunun geneline hakim olan değişim rüzgarı ve bu kapsamda çalışma sürelerinin esnekleştirilmesinin bir sonucu olarak fazla saatlerle çalışma, 1475 sayılı Kanundan oldukça farklı bir şekilde düzenlenmiştir. Aslında bu, salt fazla saatlerle çalışmaya ilişkin bir tercih olmayıp, Kanunun yeni getirdiği esnek çalışma sürelerine ilişkin hükümlerin uygulanması bakımından zorunlu bir sonuçtur. Aksi taktirde Kanununun 63 maddesinin, bu maddede düzenlenen denkleştirme esasının ve 64. maddedeki telafi çalışmasının 1475 sayılı kanundaki esaslarla uygulanması mümkün olmayacaktı.

Kanunda, 1475 sayılı Kanundan farklı bir şekilde, fazla çalışma kavramına ek olarak fazla sürelerle çalışma kavramına yer verilmiştir. Dolayısıyla Kanunun fazla çalışmayı tespit ederken iki ayrı esastan hareket ettiğini yani çalışma sürelerinin aşılmasını iki ayrı kategoride ele aldığını ve bunları da fazla saatlerle çalışma başlığı altında topladığını söyleyebiliriz¹². Buna göre fazla saatlerle çalışma üst başlığı altında fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma kavramları yer almaktadır. Zira Kanununun 41/f.7 maddesinde her iki kavramı da kapsayacak fazla saatlerle çalışma kavramına yer verilmiştir.

4857 sayılı İş Kanununun 41/f.1 maddesinde fazla çalışma “Kanunda yazılı koşullar çerçevesinde haftalık 45 saati aşan çalışmalardır” şeklinde tanımlanmıştır. Kanununun iş sürelerine ilişkin hükümlerinde yapılan değişiklikler esas alınarak¹³ getirilen bu düzenleme 1475 sayılı Kanuna göre farklılık arz etmektedir. Eski Kanununun fazla çalışmayı düzenleyen 35. maddesinde “Memleketin genel yararları, yahut işin niteliği veya üretimin artırılması gibi sebeplerle kanunda yazılı günlük çalışma süresinin dışında fazla çalışma yapılabilir” hükmü yer alıyordu. Dolayısıyla 4857 sayılı Kanunun, fazla çalışmada ölçüt olarak günlük çalışma süresinin aşılmasını değil haftalık kanuni normal çalışma süresi olan 45 saatin aşılmasını esas aldığı görülmektedir. Kanununun gerekçesinde de “getirilen düzenleme ile fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışmanın belirlenmesinde, artık günlük çalışma süresi yerine haftalık çalışma

¹² Soyer Polat, “Yeni Düzenlemeler Karşısında Fazla Saatlerle Çalışmaya İlişkin Bazı Düşünceler”, Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2004/3, sh.797; Günay Cevdet İhan, “Fazla Saatlerle Çalışmanın Hukuki Sonuçları”, Sicil, İş Hukuku Dergisi, S.6, 2007, sh.6; aynı yazar, Türk İş Hukukunda Fazla Saatlerle Çalışma Ücreti, Yetkin yay., 2007, sh.49.

¹³ 4857 sayılı Kanun madde 41 gerekçesi

Kamu-İş; C:9, S:4/2008

süresinin esas alınması kabul edilmiştir. Haftalık en çok 45 saati aşan çalışmalar fazla çalışmadır” ifadeleri yer almaktadır.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere 4857 sayılı Kanunda normal çalışma sürelerinin üzerindeki çalışmalar iki kısımda ele alınmış ve 1475 sayılı Kanundan farklı olarak fazla sürelerle çalışma müessesesine yer verilmiştir. Kanunun md.41/f.3 ve FÇY'nin md.3/b hükümleri doğrultusunda fazla sürelerle çalışma, haftalık çalışma süresinin sözleşmelerle 45 saatin altında belirlendiği hallerde bu çalışma süresini aşan fakat en çok 45 saate kadar yapılan çalışmaları ifade eder. Görüldüğü üzere Kanun fazla çalışmada olduğu gibi fazla sürelerle çalışmada da ölçüt olarak günlük değil haftalık çalışma süresini esas almıştır. Yani salt işçinin sözleşmedeki günlük çalışma süresinin aşılması fazla sürelerle çalışmanın mevcudiyeti için yeterli olmamakta, sözleşmede belirlenen haftalık çalışma süresinin de aşılması gerekmektedir.

b. Fazla Saatlerle Çalışmanın Karşılığı

Kanundaki esaslar dahilinde normal çalışma süreleri üzerinde çalışan işçiye bunun karşılığının sağlanarak işçinin tatmin edilmesi, genel bir iş hukuku prensibidir. Zira gerek fazla sürelerle çalışmada bulunan gerek fazla çalışma yapan işçi, öngörülenden daha fazla fiziksel güç harcamak durumunda kalmaktadır. Aynı zamanda fazla saatlerle çalışma yapan işçi, normalde özel yaşamına ayrılan sürede yaptığı bu çalışma ile bir anlamda bu süreden feragat etmekte, işverene fazladan bir menfaat sağlamaktadır. Bu menfaatin bölüşülmesi ve işçinin dinlenmeye ayırdığı zamanın işgali anlamında fazla saatlerle çalışmanın karşılığının normal çalışma süreleri ücreti olacağına kabulü, genel anlamda adalet ve hakkaniyet, özel olarak da işçinin korunması prensiplerine uygun düşmez.

Eski iş kanunlarında fazla çalışmanın karşılığının zamlı ücret olacağı kararlaştırılmışken 4857 sayılı yeni İş Kanununda fazla saatlerle çalışmanın işçinin talebine göre zamlı ücret veya serbest zaman ile karşılanacağı öngörülmüştür. 4857 sayılı Kanundaki önemli yeniliklerden biri olan fazla saatlerle çalışmanın karşılığının serbest zaman da olabileceği ilkesi, Kanunun geneline hakim olan esnekleştirme uygulamalarının bir sonucudur.

4857 sayılı Kanunun fazla saatlerle çalışmaları düzenleyen 41, 42 ve 43. maddeleri gereğince fazla saatlerle çalışma yapan işçiye zamlı

ücret ödenir. Kanunun olağan nedenle fazla çalışmayı düzenleyen 41. maddesinin 2. fıkrasına göre, “her bir saat fazla çalışma için verilecek ücret normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının yüzde elli yükseltilmesi suretiyle ödenir”. Zorunlu nedenle fazla saatlerle çalışmayı düzenleyen 42. ve olağanüstü nedenlerle fazla saatlerle çalışmayı düzenleyen 43. maddelerin yollaması nedeniyle bu nedenlere dayanılarak yapılan fazla çalışmalar halinde de işçiye ücreti yüzde elli zamlı olarak ödenir. Dolayısıyla fazla çalışmayı doğuran nedenin hangisi olduğuna bakılmaksızın, fazla çalışma ücreti normal çalışma ücretinin yüzde elli artırılması suretiyle tespit edilir.

Fazla çalışmada olduğu gibi fazla sürelerle çalışmada da işçiye ücreti zamlı olarak ödenecektir. Ancak belirttiğimiz üzere fazla sürelerle çalışmada ödenecek ücretin miktarı fazla çalışmada ödenecek olandan farklıdır. Zira Kanunun 41/f.3 maddesine göre, “...fazla sürelerle çalışmalarda, her bir saat fazla çalışma için verilecek ücret normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının yüzde yirmibeş yükseltilmesiyle ödenir”. Aynı esas, zorunlu ve olağanüstü nedenlerle fazla sürelerle çalışmalar bakımından da söze konudur. Yani bu sebeplerle yapılan fazla sürelerle çalışmalarda da olağan nedenlerle fazla sürelerle çalışmalarda olduğu gibi işçinin ücreti yüzde yirmibeş zamlı olarak ödenecektir.

4857 sayılı Kanun, çalışma sürelerine ilişkin düzenlemelerin esnekleştirilmesi kapsamında fazla saatlerle çalışmaların karşılığı konusunda da esnek hükümler öngörmüş ve bu yönüyle 1475 sayılı Kanundan ayrılmıştır. Zira 1475 sayılı Kanunun çalışma sürelerine ilişkin katı rejimi içerisinde fazla çalışmanın karşılığı, ücret olarak düzenlenmekte, tarafların farklı bir düzenleme öngörebileceklerine dair bir hüküm içermemekteydi. Ne var ki uygulamada Yargıtay, toplu iş sözleşmelerine konulacak bir hükümlerle, işçiye yaptığı fazla çalışma karşılığı ücret ödenmesi yerine izin kullandırılmasının kararlaştırabileceğini ancak bunun işçinin muvafakati ile geçerli olacağını ve kullandırılan izin süresinin fazla çalışma süresinden az olmaması gerektiğine karar vermişti¹⁴. Oysa 4857 sayılı İş Kanunu md.41/f.4'e göre, “Fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma yapan işçi isterse, bu çalışmalar karşılığı zamlı ücret yerine, fazla çalıştığı her saat karşılığında bir saat otuz dakikayı, fazla sürelerle çalıştığı her saat karşılığında bir saat on beş dakikayı serbest zaman olarak kullanabilir”.

¹⁴ Yarg. 9. HD. 1.7.1997, E.1997/11237, K.1997/13316 (Akyiğit Ercan, İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, C.II, Şeçkin Yayınevi, 2. Baskı, 2006, sh.1236-1237).

II. Fazla Saatlerle Çalışma Ücretlerinin Asıl Ücrete Dahil Olduğunun Kararlaştırılması

1. Alman Hukukunda

Fazla saatlerle çalışmanın yasal olarak düzenlenmediği ve bu çalışmanın karşılığının belirlenmesinin taraflara bırakıldığı Alman İş Hukukunda fazla saatlerle çalışmaların asıl ücret içinde belirlendiği sözleşme hükümlerinin geçerli olup olmadığı tartışma konusudur. Konu tartışılırken genel olarak bireysel iş sözleşmeleri ile formül iş sözleşmeleri arasında bir ayırım yapılmakta her iki tür sözleşmede yer alan bu yöndeki kayıtların geçerliliği farklı kanun hükümleri esas alınarak değerlendirilmektedir.

Bireysel iş sözleşmelerine konulan ve fazla saatlerle çalışma ücretlerinin de asıl ücret içinde belirlendiği hükümlerin geçerliliği Alman Hukukunda sözleşme özgürlüğü kapsamında genel olarak kabul edilmektedir¹⁵. Ancak bunun sınırını Alman Medeni Kanunu md.138 oluşturmaktadır¹⁶. Zira 1956 tarihli bir kararında Federal Mahkeme, asıl ücretin fazla saatlerle çalışma ücretlerini de kapsadığına ilişkin bir sözleşme hükmünü, ahlaka aykırı bir şekilde işçinin işgücünün istismarına (unsittliche Ausbeutung der Arbeitskraft des Arbeitsnehmers) yol açacağından Alman Medeni Kanunu md.138'e aykırı bulmuştur¹⁷. Ancak, hangi hallerle iş gücünün ahlaka aykırı bir şekilde istismar edilmesinin söz konusu olacağı açıkça belirlenmemiş olmakla birlikte genel olarak, eğer sözleşmedeki karşılıklı edimler arasında açık bir oransızlık mevcut ise Alman Medeni Kanunu md.138'e aykırı bir istismarın varlığından söz edilebileceği kabul edilmektedir¹⁸. Yani eğer fazla saatlerle çalışma ücretini de içeren

¹⁵ BAG, 26.01.1956 - 2 AZR 98/54. Hümmerich, genel olarak söz konusu hükümleri kimi koşullar altında geçerli kabul etmekte birlikte, haftalık normal çalışma süresi üzerindeki çalışmaların önceden götürü olarak karşılanacağına ilişkin sözleşme hükümlerinin işçi bakımında riskli olduğunu ifade etmektedir. Zira Yazara göre, eğer taraflar arasında işverenin hangi çerçevede fazla çalışma yaptırabileceği düzenlenmemişse, işverenin bu belirsizliği lehine kullanarak işçiye ücretle karşılananın üzerinde bir fazla saatlerle çalışma yaptırması mümkün olabilir (Hümmerich, Mehrarbeitsabgeltungsklausel, sh.1133); Alman Hukukunda nöbet hizmeti (Bereitschaftsdienst) ve çağrı nöbeti (Rufbereitschaft) bakımından da götürü ücretin söz konusu olabileceği kabul edilmektedir bkz. Baeck Ulrich/Lösler Annette, "Neu Entwicklungen im Arbeitszeitrecht", NZA 2005, Heft 5 (247-250), sh.249.

¹⁶ Hümmerich Klaus, "Gestaltung von Arbeitsverträgen nach der Schuldrechtsreform", NZA 2003 Heft 14 (753-764), sh.757.

¹⁷ 29 no'lu dipnottaki karar.

¹⁸ Necati, sh.14.

götürü ücret, ifa edilen fazla çalışmalara oranla, edim ve karşı edim arasında açık bir oransızlık oluşturacak şekilde düşük olarak belirlenmişse, ahlaka (guten Sitten) aykırılık söz konusu olup ilgili sözleşme hükmü geçersizdir¹⁹. Hümmerich'e göre, ahlaka aykırılığın tespiti için, edimler arasındaki bir oransızlığın tespiti yanında somut olayın tüm şartlarının da birlikte değerlendirilmesi gereklidir; edim ve karşı edim arasındaki her oransızlık gibi uygun görülmeyen oransızlıklar da her durumda sözleşmenin ahlaka aykırı olduğu sonucunu doğurmaz; bunun yanında ek kimi hususların da bulunması gereklidir; bu kapsamda özellikle tarafların sözleşme özgürlüğü kapsamında ücretin miktarını belirlemekteki serbestileri göz önünde bulundurulmalıdır; zira ücretin belirlenmesine ilişkin tüm durumlar için geçerli bir ilke mevcut değildir.

Alman Hukukunda asıl ücretin fazla saatlerle çalışma ücretini de içerdiğine ilişkin sözleşme hükümlerinin diğer bir sınırını Alman Medeni Kanunu md.307'nin oluşturduğu kabul edilmektedir. Bu sınır esas olarak söz konusu düzenlemelerin formül iş sözleşmelerinde yer alması halinde söz konusu olacaktır. Zira 2002 yılında yapılan Borçlar Hukuku Reformundan bu yana formül iş sözleşmelerinin de bu hukuk içerisinde genel işlem şartlarına ilişkin içerik denetimine tabi olduğu kabul edilmektedir²⁰. Buna göre asıl ücretin fazla saatlerle çalışma ücretlerini de içerdiğine ilişkin bir götürü ücret şartının (Pauschalabgeltungsklausel) geçerliliği, Alman Medeni Kanunu md.307/f.1 2. cümleye göre saydamlık kuralına (Tranzparenzgebot) uygun olması halinde söz konusu olacaktır²¹. Zira içerik denetimi başlıklı 307. maddenin 1. fıkrası ilk cümlesine göre, genel işlem şartına muhatap olan sözleşme tarafının doğruluk ve güven kurallarına aykırı olarak haksız zararına neden olabilecek genel işlem şartları geçersizdir. Bu fıkranın saydamlık kuralı olarak tanımlanan 2. cümlesine göre ise, genel işlem şartı açık ve anlaşılır olmaması halinden de haksız bir zarar doğabilir. Buradan hareketle Alman Hukukunda eğer işçinin ücrete karşılık olarak yükümlendiği karşı edimin miktarı sözleşmenin yapıldığında açık ve anlaşılır bir biçimde öngörülemiyorsa, Alman Medeni Kanunu md.307'e bir aykırılık söz konusu olduğu kabul

¹⁹ Hümmerich, Mehrarbeitsabgeltungsklausel, sh.1134; aynı yazar, Schuldrechtsreform, sh.757; Lindemann Viola, "Entgeltpauschalierungsabreden für geleistete Überstunden", BB, 2006, Heft 15, (826-828), sh.827.

²⁰ Hümmerich, Schuldrechtsreform, sh.753; Lindemann, sh.828; Hunold Wolf Neuss, "Ausgewählte Rechtsprechung zur Vertragskontrolle im Arbeitsverhältniss", NZA-RR, 2002, Heft5 (225-233), sh.225.

²¹ Hümmerich, Schuldrechtsreform, sh.757; Schmalenberg Werner, in Anwalt Handbuch, Arbeitsrecht, Herausgegeben von Tschöpe Ulrich, 4. Auflage, Verlag Otto Schmidt, Köln, 2005, sh.375.

edilmektedir²². Konumuz itibariyle saydamlık kuralına uygunluk bakımından işçinin götürü ücret karşılığında normal çalışma süresi üzerinde ne kadar süre ile çalışacağını öngörebilmesi gereklidir; yani götürü ücrete ilişkin şart öyle düzenlenmelidir ki işçi ücretin ne kadarlık kısmının fazla saatlerle çalışma ücreti olduğunu ve bunun karşılığında ne kadar süre fazla saatlerle çalışma yapacağını bilebilsin. Dolayısıyla sözleşmede sadece asıl ücretin fazla saatlerle çalışma ücretini de kapsadığı kararlaştırılmışsa, saydamlık kuralına aykırılık söze konu olacaktır; zira bu durumda işçinin ucu açık bir şekilde normal çalışma sürelerinin üzerinde çalıştırılması durumu ortaya çıkacaktır ki bu, sözleşmedeki karşılıklı edimler arasındaki dengenin işçi aleyhine bozulması durumunu doğurur²³. Bu bakımdan götürü ücrete ilişkin kuralın fazla çalışma yaptırılacak sürelerin miktarını da içermesi halinde ancak geçerli olabileceği kabul edilmektedir²⁴. Çünkü bu durumda işçi ne kadar süre ile fazla saatlerle çalıştırılacağını ve bunun karşılığı olarak alacağı ücreti öngörebilmektedir. Diğer bir ifadeyle fazla saatlerle çalışma ücretine ilişkin genel işlem şartının içeriği işçi bakımından iş görme ediminin miktarını bilebilecek şekilde açık ve anlaşılır bir nitelik taşıdığına göre geçerli kabul edilecektir²⁵.

Nitekim doğrudan fazla saatlerle çalışma ücreti ile ilgili olmasa da gece çalışma ücretlerine ilişkin bir olayda, işçinin aylık brüt ücretinin gece çalışmasına ilişkin ek ücretleri de kapsadığına ilişkin sözleşme hükmünün, işçiye zarar vereceği gerekçesiyle Alman Medeni Kanunu md.307/f.1'e göre geçersiz olduğunu kabul etmiştir²⁶. Şöyle ki, Alman Çalışma Süreleri Yasasının 6. maddesi 5. fıkrasına göre eğer toplu iş sözleşmesinde bir denkleştirme kuralı mevcut değilse, işveren gece işçisine, gece döneminde ifa ettiği çalışma saatleri için, uygun bir serbest zaman tanımak veya münasip bir ek ödeme yapmakla

²² Hümmerich Klaus/Holthausen Joachim, "Der Arbeitnehmer als Verbraucher", NZA 2002, Heft 4 (173-181), sh.180.

²³ Aynı yönde Hümmerich, Mehrarbeitsabgeltungsklausel, sh.1136.

²⁴ Schmalenberg, sh.375

²⁵ Hümmerich'e göre, "günlük çalışma sürelerine ek olarak ifa edilen fazla çalışma süreleri ücretli izinle karşılanacaktır" ve "toplulu iş sözleşmesi ile belirlenen haftalık çalışma süresi saatler. Eğer işletme gerekleri kısa süreli fazla saatlerle çalışma yapmayı zorunlu kılıyorsa işçi buna katılmakla yükümlüdür. Fazla saatlerle çalışma ücretleri asıl ücrete dahildir" şeklindeki sözleşme hükümlerinde işçi hangi miktarda fazla saatlerle çalışma ile yükümlü olduğunu bilemeyeceğinden, bu hükümler BGB md.307'deki saydamlık kuralına aykırılıktan dolayı geçersizdir; buna karşılık, "muhtemel fazla saatlerle çalışmaların karşılığı olarak işçi götürü olarak Euro'ya hak kazanır ki buna temel ücrete istinaden aylık saate kadarki fazla saatlerle çalışmalar dahildir" ve "tarafarca kararlaştırılan ücrete, normal çalışma sürelerini aşan ve aylık 30 saate kadarki fazla saatlerle çalışmalar da dahildir" biçiminde düzenlenen sözleşme hükümleri geçerlidir (Hümmerich, Schuldrechtsreform, sh.757).

²⁶ LAG Schleswig-Holstein, Urteil vom 22.9.2004 - 3 Sa 245/04.

yükümlüdür²⁷. Mahkemeye göre işçiye yapılması gerekli bu ek ödemelerin asıl ücret içinde kararlaştırıldığına ilişkin sözleşme hükümlerinin geçerliliği, bu dönemde işçiye yaptırılacak çalışmaların azami miktarının da belirlenmiş olması halinde mümkündür. Aksi taktirde işverenin sınırsız bir şekilde sözleşmedeki karşılıklı ilişkisine açık bir müdahalesi mümkün olacağından Alman Medeni Kanunu md.307/f.1'de ifadesini bulan saydamlık kuralına aykırılık söze konu olur²⁸.

Bununla birlikte Federal İş Mahkemesi ücretin fazla saatlerle çalışma ücretini de içerdiğine ilişkin sözleşme hükümlerinin geçerliliğini denetlerken, çalışma süresinin azami sınırını da bu konuda bir ölçüt olarak belirlemiştir. Davaya konu olaya göre, kasap olarak Temmuz ile Kasım 2003 tarihleri arasında işyerinde çalışan işçinin sözleşmesine göre haftalık çalışma süresi 40 saattir. Formül iş sözleşmesine göre, fazla saatlerle çalışmalar brüt 2100 Euro'luk ücret içinde karşılanacaktır. Sözleşmenin bitiminde işçi, Temmuz ve Ağustos aylarında 48 saatin üzerinde çalıştığı 62,5 saatlik fazla saatlerle çalışma ücreti için dava açmıştır²⁹. Temyiz yoluyla önüne gelen davada Federal Mahkeme işçinin Temmuz ayında, Çalışma Süreleri Yasasının 3. maddesine göre³⁰ belirlenen azami 216 saatlik çalışma süresinin (günlük 8 saat x 27 gün = 216 saat) 8,5 saat üzerinde; Ağustos ayında ise yine yukarıdaki yasanın ilgili maddesine göre belirlenecek 208 saatlik azami çalışma süresinin (günlük 8 saat x 26 gün = 208 saat) 54 saat üzerinde çalıştığını tespit etmiştir. Mahkemeye göre Çalışma Süreleri Yasasının 3. maddesine göre haftalık azami çalışma süre 48 saattir. Bu sürenin aşılması geçerli değildir. Bu nedenle asıl ücretin fazla saatlerle çalışma ücretlerini de içerdiğine ilişkin düzenleme kanuni azami çalışma süresi olan 48 saatin üzerindeki çalışmalarını kapsamayacaktır³¹. İşveren Çalışma Süreleri Yasasının 3. maddesinde

²⁷ İşverenin bu yükümlülüğü ile ilgili Federal İş Mahkemesi Kararı için bkz. BAG, Urteil vom 27.05.2003, 9 AZR 180/02.

²⁸ Aynı yönde, Wolf Hunold, Neuss, "Kontrolle arbeitsrechtlicher Absprachen nach der Schuldrechtsreform", NZA-RR 2006 Heft 3 (113-123), sh.118-119.

²⁹ Kararda dikkat edilmesi gereken nokta, işçinin talebi 48 saatin üzerindeki çalışmalara ilişkin ücrete münhasır olduğundan Mahkemenin sadece bu kapsamda fazla saatlerle çalışma ücretinin asıl ücret içinde belirlendiği sözleşme hükümlerini değerlendirmiş olduğudur. Zira Lindemann'a göre, 48 saatlik azami sınıra kadar yapılan fazla saatlerle çalışmalara ilişkin bu yöndeki bir hükmün geçerliliği kararda açık bırakılmıştır. Bkz. Lindemann, sh.827.

³⁰ Alman Çalışma Süreleri Yasasının 3. maddesine göre, işçinin günlük çalışma süresi 8 saati geçemez. Ancak, 6 takvim aylık veya 24 haftalık bir dönem içerisinde işçinin ortalama günlük çalışma süresi 8 saati geçmemek kaydıyla günlük çalışma süresi 10 saate kadar artırılabilir

³¹ Schmalenberg, sh.375; Lindemann, sh.828. Yazar makalenin sonuç kısmında bu görüşü belirtmekle birlikte, Mahkemenin kararında haftalık 48 saatlik azami çalışma süresini esas almasını şaşırtıcı bulmaktadır. Zira Yazara göre, her ne kadar esnekleştirme imkanını sınırlasa

öngörülen çalıştırma yasağına aykırı olarak geçersiz bir şekilde fazla saatlerle çalışmayı düzenlese de işçi ifa ettiği fazla saatlerle çalışmalar için ücret talep edebilir. Zira mahkemeye göre Kanunda öngörülen çalıştırma yasağı, işçinin iş gücünün aşırı kullanılmasını önlemek amacıyla, iş görmeyi sınırlandırmıştır. Dolayısıyla bu çalışmalar için bir ücret kararlaştırılmışsa bu geçerliliğini korur, ücrete ilişkin bir anlaşma mevcut değilse de Alman Medeni Kanunu md.612 uygulama alanı bulur.

2. Türk Hukukunda

a. Fazla Saatlerle Çalışma Ücretlerinin Asıl Ücrete Dahil Olduğuna İlişkin Sözleşme Hükümlerinin Geçerliliği

Fazla saatlerle çalışma ücretlerinin asıl ücrete dahil olduğunun kararlaştırılabileceğine dair ne Kanunda ne ilgili yönetmeliklerde bir hüküm mevcuttur. Bununla birlikte, Kanunun fazla saatlerle çalışmaların karşılığına ilişkin genel kuraldan sapan bu yöndeki bir sözleşme hükmünün genel olarak Türk İş Hukuku uygulamasında geçerli olduğu hem doktrinde³² hem yargı kararlarıyla kabul edilmiştir. Zira aşağıda incelenecek kararlarında Yargıtay, iş sözleşmesinde bu yönde bir hüküm bulunan işçinin fazla çalışma ücreti talep edemeyeceği yönünde görüş belirtmektedir ki bu durum Yüksek Mahkemenin bu tür sözleşme hükümlerinin geçerliliğini kabul ettiğini göstermektedir. Örneğin 14.12.2004 tarihli bir kararında³³ Yargıtay aynen şu ifadelerle yer vermiştir: “Davacı gazeteci ile davalı işveren arasında düzenlenen yazılı iş sözleşmesinin 3. maddesinde, sözleşmede

da, Çalışma Süreleri Yasasının 3. maddesinde kanun koyucu günlük çalışma süresinden hareket etmiş olup, kanun hükmü açıktır; mahkeme bu esastan ayrıldığı gibi, işçinin çalışma günlerine bakmaksızın 48 saatlik çalışma süresini sınır kabul etmiştir; oysa ki haftalık çalışmanın 5 veya 6 günde yapılmasına göre, haftalık çalışma süresi sınır da değişecektir, örneğin 5 iş günü çalışılan yerlerde bu sınır 40 saat olacaktır.

³² İşçinin ücretine fazla saatlerle çalışma ücretlerinin de dahil olduğuna ilişkin sözleşme hükümlerinin geçerli olduğu yönünde bkz. Süzek Sarper, İş Hukuku, 3. Baskı, Beta yay., 2006, sh.633; Mollamahmutoğlu Hamdi, İş Hukuku, 2. Baskı, Turhan Kitabevi, 2005, sh.697; Eyrenci Öner/Taşkent Savaş/Ulucan Devrim, Bireysel İş Hukuku, 3. Baskı, Legal Kitabevi, 2006, sh.224; Çelik Nuri, İş Hukuku Dersleri, 20. Bası, Beta yay., 2007, sh.338; Karacan Hatice, 4857 sayılı İş Kanununa Göre Fazla Çalışma, Seçkin yay., 2007, sh.103; Akyiğit Ercan, “Yeni İş Yasasında Normali Aşan Çalışmalar”, TÜHİS, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C.19, S.4, Mayıs 2005, sh.14; bu tür hükümlere geçerlilik tanınmaması gerektiği yönünde bkz. Çil Şahin, “4857 Sayılı İş Kanununa Göre Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma”, Çalışma ve Toplum Dergisi, S.14, 2007/3, sh.67.

³³ Yarg. 9. HD. 14.12.2004, E.2004/24600, K.2004/27753 (Akyiğit, Şerh, sh.1542 vd.).

belirlenen ücretin içinde fazla çalışma ücreti, milli ve dini bayram ile genel tatillerde yapılan çalışma ücretlerinin bulunduğu belirtilmiştir. Davacının son aylık ücretinin 1.099.406.528 TL brüt olduğu anlaşıldığına göre, davaya konu olan fazla çalışma ücretleriyle bayram ve genel tatil ücretlerinin, aylık ödenen ücretin içinde yer alarak her ay davacı gazeteci işçiye ödendiğinin kabulü gerekir. Bu durumda fazla çalışma ücreti ile bayram ve genel tatil ücretlerine hak kazanılmasına olanak bulunmamaktadır...”

Fazla saatlerle çalışmanın karşılığı kural olarak zamlı ücrettir ve işçi isterse bu çalışmaların karşılığını zamlı ücret yerine serbest zaman olarak kullanabilir. Fazla saatlerle çalışma karşılığı olan zamlı ücretin de ayrıca hesaplanarak, asıl ücretle birlikte en geç ayda bir işçiye ödenmesi gereklidir. Zira Fazla Çalışma Yönetmeliği'nin 10. maddesi fazla çalışma ücretlerinin, işçinin normal çalışmalarına ait ücretle birlikte, Kanunun 32 ve 34. maddelerine göre ödeneceği düzenlenmiştir. Genel kural bu olmakla birlikte kanaatimizce de sözleşme özgürlüğü kapsamında, sözleşmede belirlenen ücretin işçiye yaptırılacak fazla saatlerle çalışma ücretini de içerdiği kararlaştırılabilir. Taraflarca sözleşmede belirlenen asıl ücretin, iş ilişkisi devamınca işçiye yaptırılacak fazla saatlerle çalışmalara dair ücretleri de kapsadığının kabulü için bunun sözleşmede açıkça ifade edilmesi gereklidir³⁴. Bununla birlikte Yargıtay'ın, bu tür bir kararlaştırmanın geçerliliği için mutlaka bunun sözleşmede açık bir şekilde kararlaştırılmış olduğunu aramadığı görülmektedir. Zira bir kararında Mahkeme³⁵, haftalık çalışma süresinin sözleşmede 48 saat ve buna karşılık ücretin 1500 Dolar olarak belirlendiği bir olayda, bilirkişinin haftalık 45 saatin üzerindeki çalışmaları fazla çalışma ücreti ile hesaplayan raporunu hatalı bulmuş, 48 saatlik haftalık çalışma süresi dikkate alınarak işçinin ücretinin yüksek belirlenmiş olduğunun kabul edilmesi gerektiğine, bu nedenle de 48 saati aşan çalışmaların fazla çalışma olarak değerlendirilerek hesap yapılmasının lazım geldiğine karar vermiştir. Bu karardan çıkan sonuca göre, taraflarca, fazla saatlerle çalışma ücretlerinin de asıl ücrete dahil olduğu açık bir şekilde sözleşmede kararlaştırılmamakla birlikte, eğer haftalık çalışma süresi, kanuni haftalık çalışma süresinin üzerinde belirlenmiş ve işverenin ücret ödeme borcunun miktarı da buna karşılık yüksek olarak tespit edilmişse, kanuni haftalık azami çalışma süresi üzerinde tespit edilen miktarın fazla çalışma olarak karşılığının sözleşmede belirlenen ücrete dahil olduğunun kabul edilmesi gereklidir ve ancak

³⁴ Mollamahmutoğlu, sh.697.

³⁵ Yarg. 9 HD. 14.09.1999 E. 1999/11364, K.1999/13215 (Günay Cevdet İlhan, İş Kanunu Şerhi, C.II, 2. Baskı, 2006, sh.1810)

Kamu-İş; C:9, S:4/2008

sözleşmedeki haftalık çalışma süresini aşan çalışmalar için fazla çalışma ücreti talep edilebilir. Ancak kanaatimizce, taraflar fazla saatlerle çalışma ücretlerinin de asıl ücrete dahil olduğunu kararlaştırmak istiyorlarsa bunu sözleşmede açıkça düzenlemek durumundadırlar. Bunun aksine, sözleşme hükümlerinin yorumu suretiyle böyle bir sonuca ulaşılması mümkün olmasa gerekir. Özellikle yukarıdaki kararda olduğu biçimde, kanunun açık emredici hükmüne aykırı olarak haftalık azami çalışma süresini aşar şekilde haftalık çalışma süresinin belirlenmiş olmasından hareket edilmesi hukuka uygun görünmemektedir.

Türk Hukukunda bu tür sözleşme hükümleri genel olarak geçerli kabul edilmekle birlikte, bunun yanında sözleşmede bu konuda açık bir hüküm bulunmasa da işçinin işyerindeki görevi ve konumu dolayısıyla ve ücretinin yüksek olarak belirlenmiş olması halinde de fazla saatlerle çalışma ücretinin genel anlamda ücret kavramına dahil olduğunun kabul edilmesi gerektiği ve bu durumda da işçinin fazla saatlerle çalışma ücreti talep edemeyeceği mahkeme kararlarıyla kabul edilmektedir. Nitekim 27.06.2006 tarihli bir karara³⁶ göre davacının davalıya ait işyerinde işletme müdürü olarak çalıştığı dosyadaki bilgi ve belgelerden anlaşılmaktadır. Aylık ücreti de bu unvanına göre ve asgari ücretin yaklaşık olarak 13 katı tutarında belirlenmiştir. Davacı işçi konumu itibarıyla günlük mesaisini kendisi belirleyebilecek ve şayet fazla çalışması söz konusu ise bunun karşılığının ödenmesini sağlayabilecek durumdadır. Aynı şekilde hafta tatili ile bayram ve genel tatil ücretlerine de hak kazanılması söz konusu olmaz. Mahkemece anılan isteklerin reddine karar verilmesi gerekirken, mahkemece bu konuda bir gerekçeye yer verilmeksizin fazla çalışma, hafta tatili ile bayram ve genel tatil isteklerinin kabulü hatalı olmuştur.

Görüldüğü üzere Yüksek Mahkeme, ücreti yüksek olarak belirlenen üst düzey yöneticinin, çalışma süresini kendisinin belirleyebilecek olması ve hak etmişse karşılığını alabilecek durumda bulunması nedeniyle fazla saatlerle çalışma ücreti talep edemeyeceğine karar vermiştir. Her ne kadar Mahkeme tek başına işçinin ücretinin yüksekliğini fazla saatlerle çalışma ücretinin ödenmemesinin gerekçesi olarak almamış olmakla birlikte, diğerleri yanında ücretin yüksekliği de bu konuda bir unsur olarak zikredilmiştir. Üst düzey yöneticilerin fazla saatlerle çalışma ücreti talep edip edemeyecekleri ayrı bir çalışmanın konusu olmakla birlikte kanaatimizce tek başına işçi ücretinin emsallerine göre yüksek olarak belirlenmiş olması fazla saatlerle

³⁶ Yarg. 9. HD., 27.06.2006, E.2006/13671, K.2006/18967.

çalışmaların karşılığının da sözleşmede belirlenen ücret içerisine dahil edilmiş olduğu sonucunu doğurmaz. Sözleşme özgürlüğü ilkesi doğrultusunda taraflar işverenin iş sözleşmesindeki asli edim yükümü olan işçi ücretini istedikleri şekilde tespit edebilirler. Liberal hukuk anlayışının bir ürünü olan sözleşme özgürlüğü fertlerin, özel borç ilişkilerini, hukuk düzeninin sınırları içinde yapacakları akitlerde serbestçe ve bizzat düzenleyebilme yetkilerini ifade eder. Bu anlamda sözleşme özgürlüğü, sözleşme yapma, sözleşme yapmak zorunda bulunmama, sözleşmenin diğer tarafını seçme, sözleşmenin içeriğini belirleme, sözleşmenin tipini ve şeklini seçme, sözleşmenin içeriğini değiştirme ve sözleşmeyi ortadan kaldırma gibi farklı anlamlara sahiptir. İş sözleşmesinde işçinin iş görme borcunun karşılığı olarak ücretin miktarının belirlenmesi de bu kapsamda kural olarak tarafların serbest iradelerine terk edilmiş olup bu konudaki yegane sınırlama asgari ücretin varlığıdır. Dolayısıyla işçinin ücretinin yüksek olarak belirlenmiş olması eğer sözleşmede ayrıca asıl ücretin fazla saatlerle çalışma ücretlerini de kapsadığı yönünde açık bir hüküm yoksa tek başına fazla saatlerle çalışmaların asıl ücret içinde karşılanacağı sonucunu doğurmaz. Diğer bir ifade ile eğer taraflar fazla saatlerle çalışma ücretlerinin de asıl ücret içinde olduğunu kabul etmek istiyorlarsa bunu sözleşmede açıkça kararlaştırmak zorundadırlar; yoksa ücretin yüksekliğinden hareketle bu sonuca ulaşamaz.

Taraflarca sözleşmeye konulan, fazla saatlerle çalışma ücretlerinin de asıl ücret içinde olduğuna ilişkin hükümler kural olarak geçerli olmakla birlikte, yapılan fazla saatlerle çalışmalar için ayrıca bir ücret ödenmeyeceğine ilişkin sözleşme hükümlerine geçerlilik tanınmaz. Bu yöndeki hükümler, asıl ücretin fazla saatlerle çalışma ücretini de içerecek şekilde tespit edildiği şeklinde yorumlanamaz. Zira yukarıda da belirttiğimiz üzere Kanun, haftalık azami çalışma süresini belirlemiş ve buna göre belirlenecek haftalık çalışma sürelerinin aşılmasını, haftalık çalışma süresinin miktarına göre fazla sürelerle çalışma veya fazla çalışma olarak değerlendirmiş ve fazla sürelerle çalışmanın karşılığını kural olarak yüzde yirmi beş zamlı ücret, fazla çalışmanın karşılığının ise yüzde elli zamlı ücret olarak belirlemiştir. Sözleşmelerle bu oranların üzerinde bir fazla saatlerle çalışma ücreti belirlemek mümkün olmakla birlikte bunların altında bir oranın veya fazla saatlerle çalışma ücreti ödenmeyeceğinin kararlaştırılması hukuken mümkün değildir³⁷. Nitekim Yargıtay da kararlarında bu hususu açıkça belirtmiş ve normal çalışma süreleri üzerinde yapılan çalışmalar karşılığında herhangi bir ücret ödenmeyeceğine ilişkin

³⁷ Mollamahmutoğlu, sh.697; Karacan, sh.102.

kuralın, fazla saatlerle çalışma ücretlerinin asıl ücret içinde olduğuna ilişkin sözleşme hükümleri ile karıştırılmaması gerektiğini ifade etmiştir. Yani eğer sözleşmede fazla saatlerle çalışma ücretlerinin de asıl ücret içinde belirlenmiş olduğuna ilişkin ayrıca bir düzenleme varsa söz konusu hükümler bir anlam ifade eder aksi halde bu tür hükümler geçersizdir. Örneğin 07.09.2005 tarihli kararda³⁸ Yüksek Mahkeme şu ifadelerle yer vermiştir: “Taraflar arasındaki sözleşmede, açıkça yapılacak fazla mesailerin ücretin içinde olduğu şeklinde bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Sözleşmede normal çalışma saatleri dışında veya tatil ve resmi tatil günleri yapılacak çalışma karşılığında herhangi bir ek ücret ödenmez kuralına yer verilmiştir. Bu kuralın, sözleşmedeki ücretin içinde, yapılan fazla mesai karşılığı ücretin de olduğu şeklinde değerlendirilmesi yerinde değildir... Anılan hüküm iş ilişkisinin gerçekleştiği zamanda yürürlükte olan 1475 sayılı İş Kanununa aykırıdır. Mahkemece, hesaplanan tüm fazla mesai karşılığı ücret alacağı hüküm altına alınmalıdır...”. Yargıtay aynı şekilde “belirli bir sürede bitirilmesi gereken işler söz konusu olduğunda, sözleşmeli personel normal saatleri dışında veya hafta tatili ve resmi tatillerde çalıştırılabilir. Bu yapacağı çalışmalar karşılığında ilgiliye herhangi bir ek ücret ödenmez” şeklindeki bir iş sözleşmesi hükmünün 95 sayılı ILO sözleşmesine ve Anayasanın 55. maddesine aykırılığından dolayı geçersizliğine hükmetmiştir³⁹.

b. Fazla Saatlerle Çalışma Ücretlerinin Asıl Ücrete Dahil Olduğuna İlişkin Sözleşme Hükümlerinin Geçerlilik Koşulları

ba. Ücrete İlişkin Koşullar

baa. Ücretin Asgari Ücretin Üzerinde Olması

Fazla saatlerle çalışma ücretinin asıl ücretin içinde olduğunun kararlaştırılmasının öncelikli şartı, sözleşmede kararlaştırılan ücretin miktarına ilişkindir. Buna göre bu tür bir kararlaştırma, sözleşmedeki işçi ücretinin asgari ücret düzeyinde belirlenmiş olması halinde geçerlilik taşımaz. Zira asgari ücret, Kanun dolayısıyla işçiye ödenebilecek en alt seviyedeki ücrettir. Toplu iş sözleşmeleri veya iş sözleşmeleri ile bunun altına inilmesi mümkün değildir. İşçi ücretinin asgari ücret tutarında belirlenmesi durumunda, bu miktara ifa edilecek fazla saatlerle çalışma ücretlerinin de dahil olduğunun ileri sürülmesi

³⁸ Yarg. 9. HD. 07.09.2005, E.2005/28865, K.2005/26825 (Günay, Şerh, sh.1775-1776).

³⁹ Yarg. 9. HD. 28.06.2004, E.2004/13063, K.2004/? (Günay, Şerh, sh.1782-1783).

mümkün olmayacaktır⁴⁰. Bu tür düzenlemelere geçerlilik tanınırsa, işçi ücretinin asgari ücretin altında belirlenmesi söze konu olarak Kanunun asgari ücrete ilişkin emredici nitelikteki kuralının dolanılması mümkün hale gelecektir. Kanunun emredici bir hükmüne açık aykırılık oluşturan işçi aleyhine bir duruma geçerlilik tanınması mümkün değildir. Yargıtay kararları da bu yöndedir⁴¹.

bab. Karşılıklı Edimler Arasında Açık Oransızlık Bulunmaması

Asıl ücretin fazla saatlerle çalışma ücretlerini de kapsadığının kabulü için işçinin sözleşmedeki iş görme edimi –ki buna fazla saatlerle çalışmalar da dahildir- ve bunun karşı edimi olan ücret ödeme borcunun, edimler arasında açık bir oransızlık oluşturmayacak biçimde tespit edilmesi gereklidir. Yani asıl ücretin miktarının işçiye yaptırılacak fazla saatlerle çalışmalarla orantılı olarak yüksek belirlenmesi lazım gelir. Her ne kadar uygulamada bu tür hükümler ücretin yüksek olarak belirlendiği iş sözleşmelerinde öngörülmekle birlikte bunun aksi durumlarla karşılaşılması da mümkündür. Bu itibarla eğer sözleşmede fazla saatlerle çalışma ücretlerini de içerdiği kabul edilen ücret, işçiye yaptırılacağı öngörülen fazla saatlerle çalışmalarla orantılı değilse, bu durumda Alman Hukukunda varılan sonuca benzer olarak hukukumuz bakımından da BK md. 20/f.1 anlamında bir ahlaka aykırılıktan bahsedilebilir. Zira edimler arasındaki açık oransızlık kural olarak bir ahlaka aykırılık halidir. Ancak hukukumuzda edimler arasında açık oransızlığın ahlaka aykırılık teşkil edecek şekilde kısmi butlan sonucunu doğuracağına pek değinilmemektedir. Fakat Eren⁴², taraflardan birine, diğeri aleyhine aşırı derecede menfaat sağlayan, özellikle tarafların sözleşmede birbirilerine karşı borçlandıkları edimler arasında önemli ölçüde bir nispetsizlik bulunan bir sözleşmenin de ahlaka aykırı sayılacağını kabul etmekle birlikte, kanun koyucunun bu durumu BK md.21'de gabin olarak hükme bağladığını, bundan dolayı artık bu tür sözleşmelerin BK md.20/f.1'e girmesinin mümkün olmadığını söylemektedir. Belirtmektedir. Oğuzman/Öz'e göre de, ahlaka aykırılık, girilen taahhüdün niteliğinden kaynaklanabileceği gibi, süresinin veya

⁴⁰ Eyrenci/Taşkent/Ulucan, sh.224; Akyiğit, Normali Aşan Çalışmalar, sh.14; Karacan, sh.103.

⁴¹ Yarg. 9. HD. 21.06.2000, E.2000/6575, K.2000/9013 (Günay, Şerh, sh.1795).

⁴² Eren Fikret, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 9. Baskı, Beta yay., 2006, sh. 294; aynı yönde Odaman Serkan, "İş Kanunu ve Borçlar Kanunu Bakımından Ahlak Kavramı", İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası,(Prof. Dr. Toker Dereliye Armağan Özel Sayısı), Cilt 55, Sayı 1, 2005, sh.894.

Kamu-İş; C:9, S:4/2008

yüklendiği yükün aşırılığından da ileri gelebilir⁴³; ancak iki tarafa borç yükleyen akitlerde karşılıklı edimler arasındaki açık nispetsizlik akdin muteberliğini tek başına etkilemez, ancak diğer şartlar varsa gabin suretiyle akit iptal edilebilir⁴⁴.

Gabin de bir ahlaka aykırılık hali olmakla birlikte, kanun koyucu gabini BK. md.21'de ayrı bir hüküm halinde düzenlemiş ve gabine ilişkin şartların varlığı halinde zarar gören tarafa sözleşmeyi iptal etme hakkı tanımıştır. Asıl ücretin fazla saatlerle çalışma ücretlerini de kapsadığına ilişkin hüküm içeren bir iş sözleşmesinde eğer edimler arasındaki açık oransızlık işçinin müzayaka halinden, hafiflik ve tecrübesizliğinden kaynaklanıyorsa elbette işçi BK md.21'deki gabin hükmüne dayanarak sözleşmeyi iptal ettirebilir. Ancak kanaatimizce edimler arasındaki açık oransızlık, zarar gören tarafın kanunda öngörülen zayıf durumundan kaynaklanmıyorsa da bundan zarar görecektir işçinin Alman hukukunda olduğu gibi BK md.20'deki ahlaka aykırılıkla ilgili genel kurala başvurarak sözleşmenin butlanını talep edebilmesi gereklidir. Edimler arasında açık bir oransızlığın var olup olmadığının tespiti için işçinin gördüğü iş için o iş kolunda mutad olan ücretinin belirlenmesine ihtiyaç vardır. Eğer işçinin ücreti o iş için mutad olan ücrete oranla önemli ölçüde yüksek değilse yani yaptırılacak fazla saatlerle çalışmaları karşılayabilecek nitelikte görülüyorsa edimler arasında bir oransızlığın varlığı tespit edilebilir. Zira bu durumda işveren, işçinin normal ücretine fazla saatlerle çalışma ücretini de dahil ederek işçiye herhangi bir karşılık veya gerçek bir karşılık ödemeksizin normali aşacak şekilde bir çalışma yaptırmış olacak, bu da işçinin iş gücünün istismarı sonucunu doğuracaktır ki, bu durumun gabinin şartlarını taşımasa da kanun tarafından korunması mümkün olmasa gerekir.

Sözleşmenin kısmi butlanına sebep olacak bir nispetsizliğin varlığı için bunun açık olması yani edimler arasında aşırı bir dengesizliğin bulunması gereklidir. Dolayısıyla her oransızlık değil, edimler arasındaki açık/aşırı oransızlık ahlaka aykırılık taşıyacaktır. Zira sözleşme özgürlüğü kapsamında taraflar iş sözleşmesinde iş görme ediminin karşılığı olan ücreti serbestçe belirleyebilirler. Ancak fazla saatlerle çalışma ücretinin de asıl ücret içinde belirlendiği bir sözleşmenin, işverene çalışma süreleri ve fazla saatlerle çalışmalara ilişkin Kanun hükümlerini dolanmasına imkan tanımayacak nitelikte

⁴³ Oğuzman Kemal/Öz M. Turgut, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 5. Baskı, Filiz Kitabevi, 2006, sh.76.

⁴⁴ Oğuzman/Öz, sh.114.

olduğunun kabulü için tarafların ücreti iş görme edimine orantılı olarak mutad olan ücretin üzerinde belirlemeleri gereklidir.

Fazla saatlerle çalışma ücretlerinin de dahil edildiği götürü ücretin, edimler arasında açık bir oransızlık oluşturacak şekilde düşük belirlenmiş olması Kanunun ücrete ilişkin hükümleri bakımından da sorun doğuracak niteliktedir. Zira yaptırılacak fazla saatlerle çalışmalara orantılı olarak işçi ücretinin belirlenmemesi durumunda ücretin asgari ücretin altında kalması gibi bir sonuç da doğabilecektir ki, bu, Kanunun asgari ücrete ilişkin mutlak emredici hükmüyle çelişir.

Alman Hukukunda iş sözleşmelerinde yer alan genel işlem şartlarının da buna ilişkin kurallar kapsamında değerlendirileceği kabul edilmekle birlikte hukukumuzda, formül iş sözleşmelerindeki genel işlem şartlarının içerik denetimine ilişkin özel bir hüküm mevcut değildir. Dolayısıyla da Alman Hukukunda mevcut saydamlık kralının (Tranzparenzgebot) Türk İş Hukukunda uygulanarak genel işlem şartı niteliğindeki asıl ücretin fazla saatlerle çalışma ücretini de kapsadığı yönündeki hükümlerin bu bakımdan denetlenmesi mümkün görünmemektedir. Ancak bu hükümler de bir iş sözleşmesi hükmü olarak BK md.20'deki ahlaka aykırılık yasağına tabidir.

bb. Fazla Saatlerle Çalışma Sürelerine İlişkin Koşullar

bba. Fazla Çalışma, Fazla Sürelerle Çalışma Ayrımı

Yukarıda da belirttiğimiz üzere 4857 sayılı Kanun normal işçi çalışma sürelerini fazla saatlerle çalışma üst başlığı altında ikiye ayırmıştır. Buna göre normal haftalık çalışma süresinin 45 saatin altında belirlenmesi durumunda 45 saate kadar yapılan çalışmalar fazla sürelerle çalışma, kanuni azami çalışma süresi sınırı olan 45 saati aşan çalışmalar ise fazla çalışma olarak tanımlanmıştır. Bu itibarla fazla saatlerle çalışma ücretinin asıl ücret içinde olduğuna ilişkin kararlaştırmaların öncelikle bu esas bakımından değerlendirilmesi gerekir. Zira 1475 sayılı Kanunda böyle bir ayırım bulunmadığından konuya ilişkin bu kanun dönemindeki yargı kararlarında sadece fazla çalışma bakımından bir değerlendirme yapılmıştır. Ancak yeni Kanun itibarıyla fazla saatlerle çalışmaların asıl ücret içinde belirlenmiş olduğuna ilişkin hükümlerin fazla sürelerle çalışmalar bakımından ne ifade ettiğinin de ayrıca ele alınması gereklidir. Kanaatimizce, eğer taraflar sözleşmede fazla saatlerle çalışma ifadesini kullanmışlarsa bu

durumda hem fazla sürelerle çalışma hem fazla çalışmanın asıl ücret içinde belirlenmiş olması söze konu olup, işçinin haftalık normal çalışma süresi 45 saatin altında belirlenmesi durumunda normal aşan bir çalışmanın yapılması halinde işçi fazla çalışma ücreti talep edemeyeceği gibi fazla sürelerle çalışma ücreti de talep edemez. Bununla birlikte taraflar asıl ücret içinde değerlendirilecek normal aşan çalışma sürelerini fazla sürelerle çalışma ile sınırlandırabilirler. Bu durumda haftalık çalışma süresi 40 saat olarak belirlenen işçi 45 saate kadar olan çalışmalar için fazla sürelerle çalışma ücreti talep edemeyecekken, bu süreyi aşan çalışmalar için fazla çalışma ücreti talep etmesinde bir engel yoktur. Daha tartışmalı olarak görünen durum haftalık çalışma süresi 45 saatin altında belirlenen işçinin iş sözleşmesinde fazla çalışmaların asıl ücret içinde olduğunun kararlaştırılması halinde söz konusu olur. Acaba burada Kanunda yapılan ayrıma uygun olarak işçinin 45 saate kadar yaptığı çalışmaların ücretinin kendisine zamlı olarak ödenmesi gerekirken 45 saati aşan fazla çalışmalar için, bu çalışmalar asıl ücret içinde belirlendiğinden, ek bir ücret talep edilemeyecek midir? Kanaatimizce bu durumda, eski Kanun döneminden gelen bir alışkanlıkla tüm normal aşan çalışmalar için kullanılan bir fazla çalışma tabiri söze konudur ki bundan fazla saatlerle çalışmanın anlaşılması gereklidir. Zira fazla çalışma ücretlerinin asıl ücret içinde olduğunu kararlaştıran tarafların fazla sürelerle çalışma ücretlerini bunun dışında bırakmaları pek de makul görünmemektedir; bu halde fazla çalışma ücretinin asıl ücret içinde olduğunu kararlaştıran tarafların fazla sürelerle çalışma ücretinin asıl ücret içinde ödenmiş olduğunu haydi haydi öngördükleri kabul edilebilir. Ancak bu sonucun da bu şekilde ortaya çıkacak her olayda mutlak olduğu söylenemez. Eğer sözleşmedeki taraf iradelerinin farklı bir şekilde yorumlanmasını gerektirecek durumlar söze konu ise, tarafların sadece fazla çalışma ücretinin asıl ücret içinde olduğunu kararlaştırdıkları da kabul edilebilir. Hakim her somut olayda taraf iradelerini yorumlayarak bir sonuca ulaşacaktır.

bbb. İfa Edilen Fazla Saatlerle Çalışmaların Kanuna Uygun Olması

Md.63/f.1'de genel anlamda çalışma süresini haftalık esasta 45 saatle sınırlandıran Kanun, günlük çalışmalarla fazla çalışmaların miktarı bakımından da aşılması hukuken mümkün olmayan üst sınırlar belirlemiştir. İş Kanununa İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği'nin açık ifadesiyle Kanunun 63. maddesinin 2. fıkrasındaki 11 saatlik sürenin azami günlük çalışma süresi olarak kabul edilmesi

gereklidir. Buna göre işçiye günlük çalışma süreleri üzerinde yaptırılacak yasal fazla saatlerle çalışma 11 saati geçemeyecektir. Bunun dışında Kanun, sağlık kuralları bakımından günde ancak 7.5 saat ve daha az çalışması gereken işlerin de hazırlanacak bir yönetmelikle düzenleneceğini belirtmiş ve bu yönetmelik 15.03.2004 tarihinde çıkartılmıştır⁴⁵. Bu yönetmelikte belirlenen işlerde de günlük çalışma süreleri, yine yönetmelikte belirlenen miktarın üzerine çıkamaz

1475 sayılı Kanunda fazla çalışmalar günde 3, fazla çalışma yapılabilecek günler toplamı da 90 iş günü ile sınırlandırılmışken, 4857 sayılı Kanun fazla saatlerle çalışmanın günlük miktarına bir sınırlandırma getirmeksizin, fazla çalışma süresinin toplamının yılda 270 saatten fazla olamayacağını düzenlemiştir.

Kanunun günlük azami çalışma süresini ve fazla çalışmanın yıllık azami miktarını belirlemiş olması, fazla saatlerle çalışma ücretlerinin de asıl ücret içinde olduğunun kararlaştırıldığı sözleşme hükümlerinin kapsamının belirlenmesi bakımından önemlidir. Zira tarafların sözleşme özgürlüğü bağlamında fazla saatlerle çalışma ücretlerinin asıl ücret içinde ödenmiş olduğunu kararlaştırılabilmesi sadece yasal fazla saatlerle çalışmalar bakımından mümkündür. Dolayısıyla taraflar bu tür bir sözleşme hükmü öngörseler de bu, ancak günlük 11 saati geçmeyen fazla saatlerle çalışmalar ile yıllık 270 saate kadar yapılacak fazla çalışmalar için geçerli olacaktır. Diğer bir ifadeyle bu tür bir hükme rağmen, Kanunda ve ilgili yönetmeliklerde çalışma sürelerine ve fazla saatlerle çalışma sürelerine ilişkin sınırlar ve yasakların aşılması halinde işçi bu aşan kısımlara ilişkin fazla saatlerle çalışma ücretlerini ayrıca talep edebilecektir⁴⁶. Nitekim Yargıtay da bu hususu kararlarında açıkça belirtmiştir. Örneğin 1475 sayılı Kanun döneminde verilen 02.04.2002 tarihli bir karara⁴⁷ göre: "Taraflar arasında düzenlenmiş olan yazılı hizmet akdinde fazla mesai ile genel tatil günleri çalışma karşılığının da aylık ücret içinde olduğu öngörülmüştür. 1475 sayılı Kanunun 35. maddesine göre, fazla çalışma süresi günde 3 saati geçmeyeceği gibi bir yılda 90 iş gününden fazla da olamaz. Hizmet sözleşmesindeki ücrete ilişkin kuralın buna göre yorumlanması ve hesap edilen fazla mesai alacağından her yıl 90 gün ve günde 3 saat fazla çalışmanın karşılığının ödenmiş olduğu düşünülerek mahsup edilmesi gereklidir...".

⁴⁵ Sağlık Kuralları Bakımından Günde Ancak Yedibuçuk Saat Veya Daha Az Çalışması Gereken İşler Hakkında Yönetmelik (15.04.2004, RG.25434)

⁴⁶ Mollamahmutoğlu, sh.697; Eyrenci/Taşkent/Ulucan, sh.224; Süzek, sh.633; Çelik, sh.338; Günay, Ücret, sh.127-128.

⁴⁷ Yarg. 9. HD., 02.04.2002, E.2001/20085, K.2002/5671 (Günay, Şerh, sh.1791).

Basın İş Kanunuyla ilgili bir diğer kararında⁴⁸ ise mahkeme şu ifadelere yer vermiştir: “Davacının ücretinin asgari ücretin 8 katı civarında bulunduğu, taraflar arasında düzenlenen hizmet akdinin üçüncü maddesinde ücrete fazla mesai, dini, milli bayram tatili ücretleri ve ikramiyenin dahil olduğunun kararlaştırıldığı anlaşılmaktadır. Basın İş Yasasının ek madde 1/son’a göre fazla mesainin günde üç saati geçemeyeceği belirtilmiştir. Yasanın ve sözleşmenin anılan maddeleri göz önünde bulundurulduğunda günde üç saat fazla çalışmanın dini-milli bayram çalışmaları ile ikramiye ödemesinin kararlaştırılan ücrete dahil olduğunun kabulü gerekir. Davacı günde üç saatten fazla, fazla mesai yaptığını kanıtlayamadığından fazla mesai, bayram tatili ücret alacak isteği ile ikramiye talebinin reddi gerekir...”.

Görüldüğü üzere Yüksek Mahkeme, fazla saatlerle çalışma ücretlerinin de asıl ücret içinde ödenmiş olduğunun kararlaştırılabilmesini, ancak çalışma sürelerine ve fazla çalışmanın yıllık sınırına riayet edilmiş olması halinde mümkün görmektedir. Bununla birlikte Yargıtay’ın bu durumu kimi kararlarında belirtmeksizin, ücrete dahil fazla çalışmaların tümünden 45 saate göre hesaplanan fazla çalışma ücretinden mahsup edilmesi gerektiği yönünde kararlar verdiği de görülmektedir. Örneğin yukarıda 7 no’lu dipnotta belirtilen yargı kararında mahkeme, çalışma süresinin 48 saat ve ücretin buna göre yüksek belirlendiği olayda, bu 3 saatlik sürenin fazla çalışma olarak ücrete dahil olduğunu kabul etmekle birlikte, fazla çalışmanın yıllık sınırını göz önüne almaksızın, birliktişinin 45 saat üzerinden yaptığı hesabı yanlış bularak, 48 saati aşan çalışmaların fazla çalışma olarak hesap edilmesi gerektiğine karar vermiştir. Oysa 1475 sayılı Kanun döneminde de fazla çalışma günlük 3 saat ve fazla çalışma yapılabilecek günlerin sayısı yıllık 90 iş günü ile sınırlandırılmıştır. Buna göre taraflarca çalışma süresinin, 45 saatin üzerinde kalan kısım fazla çalışma teşkil edecek şekilde kanuni normal haftalık çalışma süresi üzerinde belirlemiş olmasına geçerlilik tanınsa bile bu kararlaştırma ancak yukarıdaki kanuni sınır dahilinde mümkün olabilir. Dolayısıyla somut olayda söz konusu sözleşme hükmüne rağmen ancak yıllık 270 saatlik fazla çalışmanın asıl ücret içinde değerlendirilebilmesi mümkün olabilir. Bunu aşan kısmın ücretinin işçi bakımından ayrıca talep edilmesi mümkündür.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere genel anlamda günlük çalışma süresini 11 saatle sınırlandıran kanun koyucu, kimi işlerdeki günlük çalışma sürelerinin sağlık kuralları bakımında 7.5 saat veya daha az

⁴⁸ Yarg. 9. HD., 02.03.2005, E.2005/17484, K.2005/6575 (Akyiğit, Şerh, sh.1556).

belirlenmesi gerektiğini öngörmüştür. Dolayısıyla günlük 11 saatin aşılmasında olduğu gibi, ilgili Yönetmelikte belirlenen daha az günlük çalışma süreleri miktarlarının aşılması halinde de bir yasak fazla saatlerle çalışma söz konusu olup, bu durumun mevcut olduğu iş ilişkilerine öncelik eden iş sözleşmelerinde asıl ücretin fazla saatlerle çalışma ücretlerini de içerdiğine ilişkin bir hüküm mevcut olsa da işçi, günlük azami çalışma sınırını aşacak şekilde yaptırılan çalışmaların karşılığını ayrıca talep edebilecektir.

İş Kanununa İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği, fazla çalışma yapılamayacak işlerle (md.7), fazla çalışma yaptırılmayacak işçileri belirlemiştir. Asıl ücretin fazla saatlerle çalışma ücretlerini de içerdiğine ilişkin bir sözleşme hükmü bu bakımdan da değerlendirmeli ve bu hükümlere aykırı olarak yaptırılan yasak çalışmaların bu tür bir düzenlemenin kapsamı içine girmeyeceği ve işçi tarafından karşılığının ayrıca talep edilebileceği kabul edilmelidir.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, Alman Hukukunda asıl ücretin fazla saatlerle çalışma ücretini de kapsadığına ilişkin sözleşme hükümlerinin geçerliliği için saydamlık kuralı kapsamında hükmün açık ve anlaşılır olması gereklidir. Bunun için fazla saatlerle çalışmanın azami süresinin de sözleşmede yer alması gerektiği, zira ancak bu şekilde işçinin ne kadar süre fazla saatlerle çalışma yapacağını ve asıl ücret içindeki ne kadarlık bir kısmın fazla saatlerle çalışma ücreti olarak kendisine ödeneceğini öngörebileceği kabul edilmektedir. Kanaatimizce Türk Hukuku bakımından da taraflar isterlerse ne kadar bir fazla saatlerle çalışmanın asıl ücret içinde yer alacağını kararlaştırabilirler. Yani “işçinin ücreti aylık YTL olup, ... saate kadar ki fazla saatlerle çalışmaların karşılığı bu ücrete dahildir” şeklinde bir hükümlerle asıl ücretin fazla saatlerle çalışma ücretini de içerdiğini düzenleyebilirler. Ancak bunun, hukukumuz bakımından bu tür düzenlemelerin geçerliliği anlamında zorunlu olmadığı kanaatindeyiz. Elbette yukarıdaki şekilde bir düzenleme işçinin belirli bir çalışma döneminde ne kadar çalışacağını bilebilmesi bakımından önemlidir; ancak Alman Hukukunda farklı olarak hukukumuzda İş Yasası işçiye yaptırılacak fazla çalışmaların yıllık miktarını zaten sınırlandırmıştır. İşçinin korunması anlamında bu sınırın, fazla çalışma ücretlerinin de asıl ücret içinde belirlendiği sözleşmeler bakımından da yeterli olduğu kanısındayız. Aynı sonuca kanunca fazla çalışmada olduğu gibi bir azami sınır getirilmeyen fazla sürelerle çalışma bakımından da varmak mümkündür. Yani asıl ücretin fazla sürelerle çalışma ücretlerini de içerdiğine ilişkin düzenlemelerin

geçerliliği için bu çalışmalara özgü bir azami sınırın varlığı gerekli değildir. Zira zaten fazla sürelerle çalışmanın kendisi içeriğinde azami bir süre sınırlaması içermektedir ki bu da 45 saatlik kanuni azami haftalık çalışma süresidir. Dolayısıyla da fazla sürelerle çalışmalar bakımından da, yaptırılacak normal aşan çalışma yıllık bir miktarla sınırlandırılmasa da normal haftalık çalışma süresi üzerinde ancak haftalık 45 saate kadar çalıştırılabileceğinden, işçinin bu anlamda başkaca bir korumaya ihtiyacı olmadığı kabul edilebilir.

c. Fazla Saatlerle Çalışma Ücretlerinin Asıl Ücrete Dahil Olduğuna İlişkin Sözleşme Hükümlerinin Ortaya Çıkardığı Kimi Problemler

ca. Serbest Zaman Talebi Bakımından

Bilindiği üzere yeni İş Kanunu, 1475 sayılı Kanundan ayrılarak fazla saatlerle çalışmanın yegane karşılığını zamlı ücret olarak belirlememiş, bunun yanında işçinin bu çalışmalar karşılığını serbest zaman olarak da kullanabileceğini düzenlemiştir. Ancak taraflara fazla saatlerle çalışma ücretlerinin asıl ücret içinde ödendiğini kararlaştırma olanağı tanınması, işçiye verilmiş serbest zaman kullanma hakkı bakımından sorun oluşturacak niteliktedir. Zira Kanun fazla saatlerle çalışmanın karşılığını zamlı ücret veya serbest zaman olarak talep etme imkanını bizzat işçiye tanımış olmakla birlikte sözleşmelerle asıl ücretin fazla saatlerle çalışma ücretini de kapsadığı şeklindeki hüküm karşısında işçinin ifa edilen fazla saatlerle çalışmalar karşılığında serbest zaman talep etme hakkının devam edip etmediği tartışma konusudur. Bu konuda doktrinde iki farklı görüş mevcuttur. Bunlardan ilkinde göre, bu tür bir sözleşme hükmü daha baştan normal aşan çalışmalar karşılığının daima ücret olarak tespitine yol açacak ve bu işçinin serbest zaman tercih etme imkanını elinden alacak niteliktedir; bu nedenle böyle bir anlaşma olsa olsa en erken her bir ücret ödeme döneminde ve sırf o dönem (hafta, ay) için geçerli görülebilir; aksi halde işçinin serbest zaman seçimi hakkından geçersiz bir vazgeçme niteliği taşır⁴⁹. Diğer görüşe göre ise bu tür bir sözleşme hükmü, sözleşme süresince geçerli olmakla birlikte, işçinin fazla çalışması karşılığını, ihtiyaç duyduğu takdirde, serbest zaman olarak kullanma hakkı saklıdır⁵⁰.

⁴⁹ Akyiğit, Normali Aşan Çalışmalar, sh.14-15.

⁵⁰ Karacan, sh.103-104.

Kanaatimizce Kanunun fazla saatlerle çalışmaya ilişkin hükümleri neticesinde, fazla saatlerle çalışmanın karşılığı kural olarak zamlı ücrettir. Ancak işçi isterse bu çalışmalar karşılığını zamlı ücret yerine serbest zaman olarak kullanabilir. Kanun zamlı ücret yerine serbest zamanı seçme yetkisini, "işçi isterse" ifadesiyle işçiye vermiştir. Dolayısıyla işçinin bu yönde bir iradesi söz konusu olmaksızın işverenin tek taraflı olarak, zamlı ücret yerine serbest zaman sağlama yolunu tercih etmesi mümkün değildir⁵¹. Fazla saatlerle çalışmanın karşılığının ücret mi yoksa serbest zaman mı olacağına karar verme yetkisini işverene devreden iş sözleşme hükümlerine de bu nedenle geçerlilik tanınamayacaktır⁵². Bu yöndeki yetkinin işverene tanınmasına ilişkin hükümler yanında, işçinin fazla çalışma karşılığını mutlaka zamlı ücret veya serbest zaman olarak kullanacağına ilişkin sözleşme hükümleri de geçerli değildir. Fazla çalışmalar karşılığını belirleme yetkisini işverene devreden veya işçinin bu konudaki seçim hakkını sınırlandıran iç yönetmelik hükümleri ile işyeri uygulamaları da geçersizdir⁵³. Kanun fazla saatlerle çalışmanın karşılığını zamlı ücret yerine serbest zaman olarak kullanmaya ilişkin seçim hakkını işçinin serbest iradesine bıraktığından ve bu husus işçinin bizzat özel alanını ilgilendirdiğinden dolaydır ki, fazla saatlerle çalışmanın karşılığına ilişkin hususların toplu iş sözleşmesi taraflarına tanınan düzenleme yetkisinin de konusu dışında kaldığı kabul edilmelidir⁵⁴. Görüldüğü üzere fazla saatlerle çalışma karşılığını zamlı ücret yerine serbest zaman olarak kullanma yetkisini kanun koyucu işçiye vermiştir ve bu yöndeki bir seçimlik hak her bir fazla saatlerle çalışmanın ifasının ardından doğmaktadır⁵⁵. Bu nedenle zamlı ücret yerine serbest zaman seçme hakkından işçi tarafından önceden feragat edilmesi mümkün değildir⁵⁶. Bu durum, fazla saatlerle çalışma ücretinin asıl ücret içinde olduğunun kararlaştırıldığı iş sözleşmeleri bakımından da söze konudur. Yani bu tür bir kararlaştırma, işçinin fazla saatlerle çalışmalar karşılığında serbest zaman kullanma hakkından feragat ederek zamlı ücret ödenmesini seçtiği şeklinde yorumlanamaz. Zira yukarıda da belirttiğimiz üzere zaten işçinin fazla saatlerle çalışmanın karşılığına ilişkin seçim hakkı, fazla saatlerle çalışmanın yapılmasından sonra doğmaktadır; doğmamış olan bir haktan önceden feragat de mümkün

⁵¹ Eyreni/Taşkent/Ulucan, sh.213; Soyer, sh.803; Mollamahmutoğlu, sh.698; Günay, Ücret, sh.112.

⁵² Serbest zaman ile ilgili işçi tarafından önceden verilmiş rızanın geçerli olmadığı ve işçinin zamlı ücret ödenmesi veya serbest zaman kullanılması yönündeki seçimlik hakkının bu tür çalışmaların yapılmasının ardından ortaya çıktığı hususunda bkz. Çil, sh.74.

⁵³ Günay, Ücret, sh.113.

⁵⁴ Süzek, sh.634; Akyiğit, Normali Aşan Çalışmalar, sh.23.

⁵⁵ Süzek, sh.634; Çil, sh.74

⁵⁶ Çil, sh.74.

değildir. Bu itibarla taraflar sözleşmede asıl ücretin fazla saatlerle çalışma ücretlerini de içerdiğini kararlaştırsalar bile bu, işçinin fazla saatlerle çalışma karşılığını zamlı ücret yerine serbest zaman olarak kullanma hakkını ortadan kaldırmaz. İşçi fazla saatlerle çalışmanın ifa edilmesinin ardından bu tercihini işverene bildirebilir. Ancak bu durumda işçinin karşılığını serbest zaman olarak kullandığı fazla saatlerle çalışmanın ücretinin işçiye ödenecek asıl ücretten düşülmesi gereklidir. Aksi takdirde işçinin aynı fazla saatlerle çalışma için hem zamlı ücret alması hem serbest zaman kullanması söz konusu olacaktır ki, bunun kabulü mümkün olmasa gerekir.

cb. Asıl Ücretin Tespit Edilmesi Bakımından

İş sözleşmesinde belirlenen asıl ücretin fazla saatlerle çalışma ücretlerini de içerdiğine ilişkin sözleşme hükmünün, tazminatlara esas ücretin belirlenmesi bakımından da ele alınması gereklidir. Şöyle ki, tazminatların hesaplanmasına esas gerek çıplak gerek giydirilmiş ücret belirlenirken fazla saatlerle çalışma ücretleri dikkate alınmaz. Dolayısıyla asıl ücretin fazla saatlerle çalışma ücretlerini de içerdiği bir iş ilişkisi bakımından tazminat miktarları belirlenirken buna esas ücretin ne şekilde tespit edileceği önem arzeder. Örneğin kıdem tazminatının hesabında giydirilmiş ücret esas alınmakla birlikte buna fazla saatlerle çalışma ücreti dahil edilmeyecektir. Dolayısıyla bu tür bir kural içeren sözleşmedeki ücretin bu hesapta bütünüyle dikkate alınması mümkün değildir. Doktrinde Yargıtayın farklı yöndeki kararlarına rağmen, asıl ücretin fazla saatlerle çalışma ücretini de içerdiği bir sözleşmede tazminata esas ücret belirlenirken yılda 270 saatlik fazla çalışmanın da bundan düşülmesi gerektiği kabul edilmektedir⁵⁷. Kanaatimizce de fazla çalışmalara ilişkin ücretlerin asıl ücret içinde belirlendiği sözleşmeler bakımından bu çıkarım yerindedir. Ancak sadece fazla sürelerle çalışmaların asıl ücret içinde belirlendiği veya hem fazla çalışma hem fazla sürelerle çalışmayı kapsayacak şekilde fazla saatlerle çalışmanın karşılığı olan ücretlerin asıl ücret içinde belirlendiği durumlarda hesabın ne şekilde yapılacağı muallaktır. Zira Kanun fazla sürelerle çalışma için fazla çalışmada olduğu gibi yıllık kanuni bir sınır belirlememiştir. Haftalık çalışma süresi, kanuni haftalık azami çalışma süresinin altında belirlendiği bir iş sözleşmesinde işveren, işçisine, onayı halinde, başkaca bir sınır olmaksızın haftalık 45 saate kadar fazla sürelerle çalışma yaptırabilecektir. Dolayısıyla bu normal aşan çalışma sürelerine ilişkin ücretlerin asıl

⁵⁷ Çil, sh.66-67.

ücret içinden ne şekilde ayıklanarak tazminatlara esas ücretin belirleneceğine ilişkin adil bir çözümün varlığı gereklidir. Tartışmaya açık olmakla birlikte, fazla çalışma için yukarıda öngörülen çözüm burada uygulanmayıp, fazla sürelerle çalışma halinde bu sürelerle ilişkin ücretin kıdem tazminatına esas olan işçi ücretine dahil edilmesinin daha isabetli olacağı düşüncesindeyiz.

Sonuç

Kanundaki esaslar dahilinde normal çalışma süreleri üzerinde çalışan işçiye işveren bunun karşılığını kural olarak zamlı ücret olarak vermek zorundadır; ancak işçi isterse bu çalışmaların zamlı ücret yerine serbest zaman kullanmak suretiyle karşılmasını talep edebilir. Ancak uygulamada, sözleşmeler konulan hükümlerle kanunun bu genel düzenlemesinden saparak, işçinin yapacağı fazla saatlerle çalışmaların karşılığı olan ücretlerin asıl ücret içinde belirlendiği görülmektedir. Yukarıda da ayrıntılı olarak belirttiğimiz üzere kanaatimizce sözleşme özgürlüğü kapsamında tarafların bu şekilde bir düzenleme yapmalarında hukuki bir engel mevcut değildir. Ancak söz konusu düzenlemelerin işçinin zararına bir sonuca sebep olmaması diğer bir ifadeyle kanunun emredici hükümlerinin işveren tarafından dolanılmasına imkan vermemesi bakımından sınırlarının açık ve işçiyi koruyucu bir şekilde belirlenmesi gereklidir. Aksi takdirde bu yöndeki sözleşme hükmü işçinin fazla saatlerle çalışma karşılığı talep etmesi imkanını ortadan kaldırdığından, onun, işverenin yönetim yetkisi altında herhangi bir karşılık ödenmeksizin normali aşacak şekilde çalıştırılması neticesini doğuracaktır.

YARARLANILAN KAYNAKNA

Akyiğit Ercan, “Yeni İş Yasasında Normali Aşan Çalışmalar”, TÜHİS, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C.19, S.4, Mayıs 2005. (Normali Aşan Çalışmalar)

Akyiğit Ercan, İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, C.II, Şeçkin Yayınevi, 2. Baskı, 2006. (Şerh)

Anzinger Rudolf/Koberski Wolfgang, Kommentar zum Arbeitszeitgesetz, 2. überarbeitet Auflage, Verlag Recht und Wirtschaft GmbH, 2005.

Kamu-İş; C:9, S:4/2008

Baeck Ulrich/Lösler Annette, “Neu Entwicklungen im Arbeitszeitrecht”, NZA 2005, Heft 5 (247-250).

Baeck Ulrich/Deutsch Markus, Arbeitszeitgesetz Kommentar, Verlag C.H.Beck, 2. Auflage, 2004.

Çelik Nuri, İş Hukuku Dersleri, 20. Bası, Beta yay., 2007.

Çil Şahin, “4857 Sayılı İş Kanununa Göre Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma”, Çalışma ve Toplum Dergisi, S.14, 2007/3.

Eren Fikret, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 9. Baskı, Beta yay., 2006.

Eyrenci Öner/Taşkent Savaş/Ulucan Devrim, Bireysel İş Hukuku, 3. Baskı, Legal Kitabevi, 2006.

Günay Cevdet İlhan, Türk İş Hukukunda Fazla Saatlerle Çalışma Ücreti, Yatkin yay., 2007. (Ücret).

Günay Cevdet İlhan, “Fazla Saatlerle Çalışmanın Hukuki Sonuçları”, Sicil, İş Hukuku Dergisi, S.6, 2007.

Günay Cevdet İlhan, İş Kanunu Şerhi, C.II, 2. Baskı, 2006. (Şerh)

Hromadka Wolfgang/Maschmann Frank, Arbeitsrecht, Band I, Individualarbeitsrecht, 3. Auflage, Springer Verlag, 2005.

Hunold Wolf Neuss, “Ausgewählte Rechtsprechung zur Vertragskontrolle im Arbeitsverhaeltniss”, NZA-RR, 2002, Heft5 (225-233).

Hunold Wolf, Neuss, “Kontrolle arbeitsrechtlicher Absprachen nach der Schuldrechtsreform“, NZA-RR 2006 Heft 3 (113-123).

Hümmerich Klaus, “Antizipierte Einwilligung in Überstunden durch arbeitsvertragliche Mehrarbeitsabgeltungsklauseln?”, NZA, 1999, Heft 21, (1132-1136). (Mehrarbeitsabgeltungsklausel)

Hümmerich Klaus, “Gestaltung von Arbeitsvertraegen nach der Schuldrechtsreform”, NZA 2003 Heft 14 (753-764). (Schuldrechtsreform)

Hümmerich Klaus/Holthausen Joachim, “Der Arbeitnehmer als Verbraucher”, NZA 2002, Heft 4 (173-181).

Karacan Hatice, 4857 sayılı İş Kanununa Göre Fazla Çalışma, Seçkin yay., 2007.

Lindemann Viola, “Entgeltpauschalierungsabreden für geleistete Überstunden”, BB, 2006, Heft 15, (826-828).

Linnenkohl Karl/Rauschenberg Hans-Jürgen, Arbeitszeitgesetz, 2. Auflage, Nomos Verlag, 2004.

Marschner Andreas, “Mehrarbeit”, Arbeitsrecht-Blattei, Systematische Darstellung, Arbeitszeit II, 210-230, C.F. Müller Verlag.

Mollamahmutoğlu Hamdi, İş Hukuku, 2. Baskı, Turhan Kitabevi, 2005.

Necati Lale, “Mehrarbeit”, Innovative Arbeitsformen, Flexibilisierung der Arbeitszeit, Arbeitsentgelt, Arbeitsorganisation, Herausgegeben von Ulrich Preis, 2005 (internet baskısı için <http://www.aus-innovativ.de/media/Mehrarbeit.pdf>).

Odaman Serkan, “İş Kanunu ve Borçlar Kanunu Bakımından Ahlak Kavramı”, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Mecmuası, (Prof. Dr. Toker Dereli'ye Armağan, Özel Sayısı), Cilt 55, Sayı 1, 2005.

Oğuzman Kemal/Öz M. Turgut, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 5. Baskı, Filiz Kitabevi, 2006.

Preis Ulrich, in Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, Begründet von Thomas Dieterich, Peter Hanau, Günter Schaub. Herausgegeben von Prof. Dr. Thomas Dieterich, Dr. Rudi Müller-Glöge, Prof. Dr. Ulrich Preis und Dr. h.c. Günter Schaub, Verlag C.H.Beck, 6. Neu bearbeitete Auflage, 2006.

Schmalenberg Werner, in Anwalt Handbuch, Arbeitsrecht, Herausgegeben von Tschöpe Ulrich, 4. Auflage, Verlag Otto Schmidt, Köln, 2005.

Soyer Polat, “Yeni Düzenlemeler Karşısında Fazla Saatlerle Çalışmaya İlişkin Bazı Düşünceler”, Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2004/3.

Süzek Sarper, İş Hukuku, 3. Baskı, Beta yay., 2006.