

YENİ İŞ YASASINDA NORMALİ AŞAN ÇALIŞMALAR

Prof.Dr. Ercan AKYİĞİT (*)

I. GİRİŞ

4857 sy. İş Kanunu md. 41-43 hükümlerinin yasanın "ücret" başlığını taşıyan üçüncü bölümünde yer aldığı ve fakat ücret olarak sadece fazla çalışmanın ve fazla sürelerle çalışmanın ücretiyle ilgilendiği ama aslında bu hükümlerin ücretten ziyade normali aşan çalışmaları ve karşılığını düzenlediği görülür. Dolayısıyla da anılan hükümlerin ücretten çok çalışma süreleriyle ilgili olduğu, bu yüzden de yasanın ücretle ilgili üçüncü bölümünde değil, işin düzenlenmesine ilişkin dördüncü bölümünde yer alması gerekirdi. Fakat kanun koyucu 1475 sy. İş Kanunu dönemindeki (1475 sy. İş K. 35-37) yanlış tutumunu¹ maalesef yeni yasa döneminde de sürdürmeyi tercih etmiştir. Gerçekten konu 1475 sy. İş K. döneminde de aynı şekilde ve fakat biraz farklı içerikte düzenlenmişti.²

II. NORMALİ AŞAN ÇALIŞMA VE TÜRLERİ

Yeni yasanın "fazla saatlerle çalışma" diye andığı (İş K. 41/7 ve 102/c) ve öğretilerde de destek bulan³ fakat bizim "normali aşan çalışma" biçiminde adlandırmayı uygun gördüğümüz⁴ olgu "işçinin yasa ve/veya sözleşmeyle saptanan haftalık normal çalışma süresinin üstünde yaptığı çalışma"dır. Bu ise "fazla çalışma" (İş K.41/1) ve "fazla sürelerle çalışma" (İş K. 41/3) diye ikiye⁵ ayrılır.⁶ Çeşitli yabancı ülkelerde de aynı paralelde düzenlemelere rastlanan⁷ bu olguları detaylandırıp düzenlemek üzere "İş Kanununa İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği" çıkarılarak yürürlüğe konmuştur. (RG. 06.04.2005) Şimdi anılan yasal düzenlemeler ışığında normali aşan çalışma türlerini sırayla inceleyebiliriz.

(*) Sakarya Üniversitesi İ.İ.B.F. Öğretim Üyesi

1 Nitekim 1475 sy. İş K. döneminde de bu isabetsizliği vurgulamıştık. (Bkz. **Akyiğit**, İş Kanunu Şerhi, Ankara 2001, 35-37, 1024)

2 1475 sy. İş K. dönemi hakkında bilgi için bkz. **O.Kurucu**, Fazla Çalışma, Ankara 1987, 86 vd. **Akyiğit**, İş K. 35-37, 1208 vd.

3 Bkz. **Soyer**, Yeni Düzenlemeler Karşısında Fazla Saatlerle Çalışmaya İlişkin Bazı Düşünceler, Legal İSGHD, 2004/3, 797-808

4 Bkz. **Akyiğit**, Yeni Mevzuata Göre Hazırlanmış İş Hukuku, 4. Bası. Ankara 2005, 275 vd.

5 Bkz. **Soyer**, 4857 sy. Yeni İş Kanunu Değerlendirme Konf. Notları, (Tmz. 2003-Bolu)28-29. **Akyiğit**, İş Hukuku, 275.

6 Aslında bir de günlük normal işi dışında hazırlama-tamamlama-temizleme işlerinde (ek olarak) çalışma vardır ve karşılığı saat başı en az %50 zamlı ücrettir. Fakat bunun haftalık iş süresinin aşılıp aşılmamasıyla ilgisi yoktur. Bu yüzden hukuki nitelikçe özel bir normali aşan çalışma sayılıp sayılmayacağı tartışılabilir. (İş K. 70 ve HTTİY. 2-15)

7 **Rehbinder**, Schweizerisches Arbeitsrecht, 15. Aufl. Bern 1997, 46; **Aynı Yazar**, BernK.Art. 321c, N.1.Alman hukukunda "fazla çalışma" (Mehrarbeit), kanuni iş süresinin sınırını aşan bir çalışma" olarak nitelenirken, "işyerinde düzenli bir şekilde uygulanan (normal) iş süresini aşan çalışma" ya ise

A. Fazla Çalışma

1.Fazla Çalışma Kavramı:

Fazla çalışma, "haftalık 45 saati aşan çalışma"ya denir. (FÇY. 3/a) O halde fazla çalışmanın ölçütü, işçinin günlük değil haftalık (azami normal çalışma süresi olan) 45 saatin aşılmasıdır. Haftalık 45 saatin aşılp aşılmadığını saptarken, o işçiye denkleştirme uygulanıp uygulanmadığına bakılır.

*Eğer denkleştirme uygulanmıyorsa, somut olarak her bir haftada 45 saatin aşılması gerekli ve yeterlidir. 45 saatin üstünde bir süreyle örneğin, 55 saat çalışılması halinde o işçinin bu hafta 45 saati aşan süre (örnekte 10 saat) fazla çalışma yaptığı kabul edilir. Ancak bu haftaya denk gelen (yani bu hafta yapılan) bir telafi çalışması⁸ varsa, telafi çalışması süresi hesaba katılmaz. Örneğin işçinin bu hafta, geçmiş haftalarda çalışmadığı 12 saati telafi etmesi gerekmektedir. Böyle bir işçinin fazla çalışma yapıp yapmadığı saptanırken, o hafta çalıştığı toplam süreden telafi ettiği süre çıkarılır. Geriye kalan süre 45 saati aşıyorsa aşan süre kadar fazla çalışma yapılmış demektir.

Buna karşın **denkleştirme esasının uygulandığı hallerde, somut olarak her bir haftada haftalık 45 saatin aşılp aşılmadığına bakılmaz. Önemli olanı, denkleştirme dönemindeki toplam çalışmanın bir haftaya düşen ortalama süresinin 45 saati aşmadığıdır. Böylece denkleştirme dönemindeki bazı haftalar (günde 11 saati aşmama kuralını dikkate alarak) 45 saatin üstünde (belki de 66 saat) çalışılırken, kimi haftalarda 45 saatin altında çalışılabilmektedir. Böyle hallerde, her bir haftadaki çalışmada 45 saatin altındakini normalden az çalışma olarak göremeyeceğimiz gibi 45 saati aşanın da fazla çalışma olarak yorumlanmaması gerekir.

Tüm bu söylenenlerden sonra denkleştirme sisteminin uygulandığı hallerde fazla çalışma yapılp yapılmadığı saptanırken şöyle bir sıra ve formül önerilebilir.

a.Önce denkleştirme dönemindeki toplam çalışılan süre bulunur. Fakat, bu döneme rastlayan bir telafi çalışması varsa (örneğin 12 saat gibi) bunu denkleştirme döneminde toplam çalışma süresine katamayız. Zira bu çalışma, geçmişteki bir sürenin çalışmasıdır.

"fazla saatlerle çalışma" denilmektedir (fazla bilgi için bkz. **Zöllner/Loritz**, Arbeitsrecht, 5.neub. Aufl. München 1998,§ 15, II.3a. 189). İsviçre hukukunda ise "fazla saatlerle çalışma" (Überstundenarbeit) ve "fazla süreyle çalışma" (Überzeitarbeit) ayırımı yapılarak konu ele alınmaktadır. Fazla saatlerle çalışma, normal çalışma süresini aşan çalışma olarak benimsenirken (OR. Art.321.c), bunun sınırını kanunen saptanmış azami iş sürelerinin çizdiği ve kanuni iş süresini aşan çalışmanın ise "fazla süreyle çalışma" (Überzeitarbeit) olarak algılandığı görülmektedir. Bundan dolayı da her fazla saatlerle çalışmanın fazla süreyle çalışma olarak kabul edilemeyeceği belirtilmektedir. (Bkz. Rehbindler, BernK. Art. 321 c.N.1 ve **aynı yazar**, Arbr, 46).

⁸ Telafi çalışması için bkz. **Akyiğit**, Telafi Çalışması (Tühis Şubat 2005) 1-16. **Mollamahmutoğlu**, İş Hukuku, 2.Bası, Ankara 2005, 708 vd.

b. Sonra denkleştirme dönemindeki çalışmaların o dönemdeki bir haftaya düşen ortalaması saptanır (ortalama haftalık çalışma süresi). Bunun formülü şudur:

$$\text{Ortalama haftalık çalışma süresi} = \frac{\text{Denkleştirme Dindeki Top. Çalışılan Süre}}{\text{Denk. Dindeki Hafta Sayısı}}$$

c. En sonunda, bu ortalama haftalık çalışılan sürenin haftalık normal azami çalışma süresi olan 45 saati aşıp aşmadığına bakılır. Eğer, ortalama haftalık çalışılan süre 45 saate eşit veya daha az ise fazla çalışma yapılmamış demektir. Fakat 45 saati aşılırsa, aşan kısım kadar fazla çalışma yapılmış sayılır.

Buraya dek söylenenleri somut bir örneğe yansıtmak istersek; İşçi (A) ve işveren (B) 8 haftalık bir denkleştirme dönemi kararlaştırmışlardır ve haftalık iş süresi olarak yasal normal azami süre olan 45 saati kabul etmişlerdir. (B), (A)'yı ilk iki hafta 15'er saat, sonra 4 hafta 60'şar saat ve en son 2 hafta ise 45'er saat çalıştırmış olsun. Buna göre işçinin;

Denkleştirme Dönemindeki Toplam Çalıştığı süre = (2 x 15)+ (4 x 60)+ (2 x 45)= 360 saat

$$\begin{array}{r} \text{D.D. Ort. Haftalık Çalış. Süresi} \\ \text{D.D. Toplam Çalış. Süresi} \\ \text{D.D. Hafta Sayısı} \end{array} = \frac{360}{8} = 45 \text{ saat}$$

Ortalama haftalık çalışılan süre yasal haftalık normal azami çalışma süresi olan 45 saati aşmadığından işçi bu dönemde (bazı haftalarda 45 saatin üstünde çalışsa da) hiç fazla çalışma yapmamış demektir.⁹

2. Fazla Çalışma Türleri

Fazla çalışmaya yön veren nedenler dikkate alınarak fazla çalışmanın bazı farklı görünüm biçimleriyle karşılaşılar. Bunlar "olağan fazla çalışma", "olağanüstü fazla çalışma" ve "zorlayıcı nedenle fazla çalışma" biçiminde ayırma tabi tutularak incelenir. Aslında bunlar yasaya uygun fazla çalışma türleridir. Yoksa bir de yasada aranan koşullara aykırı biçimde gerçekleşen fazla çalışmalar vardır ki, bunlara ise "hukuka aykırı fazla çalışma" denilir. Buna ileride yeri geldikçe tekrar değineceğimizi belirterek şimdi yasal (hukuka uygun) fazla çalışmanın türlerini incelemeye geçebiliriz.¹⁰

⁹ **Akyiğit**, İş Hukuku, 277.

¹⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Akyiğit**, İş K. 35-37, 1208 vd. **Soyer**, Fazla Saatler, 797 vd. **Ekonomi**, 4857 sy. İş K'na Göre Fazla Çalışma Kavramı, Kamu-İş (R. Aslanköylü'ye Arm.) Ankara 2004, 159-172. **Akyiğit**, İş Hukuku, 278 vd. **F.Demir**, İş Hukuku ve Uygulaması, 3.Bası, İzmir 2003, 100 vd. **N.Çelik**, İş Hukuku Dersleri, 16. Bası, İstanbul 2003, 289 vd.

a. Olağan Fazla Çalışma

Ülkenin genel yararı yahut işin niteliği veya üretimin artırılması gibi (sınırlayıcı olmayan) nedenlerle hemen her zaman yapılabilen ve tarafların isteğine (rızasına) bağlı bulunan fazla çalışmadır. (İş K. 41/1) Olağan fazla çalışmanın hukuka uygun biçimde gerçekleşebilmesi şu koşulların sağlanmasına bağlıdır.

aa) Fazla Çalışmayı Gerektiren Bir Neden Bulunmalıdır

Burada aranan neden zorunlu veya olağanüstü bir durum değil "ülkenin genel yararları yahut işin niteliği veya üretimin artırılması gibi bir sebep"tir. (İş K.41/1, FÇY.1) Yasa ve yönetmelikteki "gibi" sözcüğünden de anlaşılacağı üzere olağan fazla çalışmayı gerektiren nedenler sınırlı değildir. Örneğin sel baskını, yangın, iş mücadelesi, işyerinin geçici bir süre kapatımı vs. bir sebeple işyerindeki üretim açığını gidermek yahut yapılan ek satış bağlantılarının bir gereği olarak fazla çalışma yapılabilir. "Ülkenin genel yararları" deyiminin ayrıca genişlik taşıdığı, yapılan her fazla çalışmada bir üretim artışının yaşanacağı ve nihayetinde bunun da ülkenin yararına olduğu söylenebilir. Aslında ülkenin genel yararları değerlendirilirken bazen içinde bulunulan zaman kesitinin (o an mevcut ilaç, demir, hizmet vs. sıkıntısı gibi) ihtiyaçları dikkate alınabileceği gibi bazen de geleceğe dönük bir gereksinimin giderimi düşünülebilir. Şu an bir petrol sıkıntısı bulunmasa da geleceğe dönük düşünceyle petrol rafinerilerinde fazla çalışma yapılması böyledir.¹¹

"İşin niteliği" şüphesiz yapılan her bir somut iş nazara alınarak saptanır. Örneğin işlerin yoğunlaşması yahut personel azlığı, iş mevsiminin azalması veya işverence üstlenilen işin müşteriye bir an önce yetiştirilmesi gereği bu bağlamda düşünülebilir.¹²

"Üretimin artırılması" ise genelde her fazla çalışmanın temelinde yatan bir olgudur. Buna bir işletme politikası olarak da başvurulabilir. Mesela o an aslında satışlar iyi değildir. Fakat yakın bir gelecekte açılacağı muhakkaktır. Ancak, şimdi yapılacak fazla çalışma maliyetli üretim ileride yapılacak normal çalışmadan daha düşük maliyetlidir.¹³

bb) İşçi ve İşverenin Rızası Bulunmalıdır

Olağan fazla çalışmanın yapılabilmesi için işverenin isteği gibi işçinin rızası da şarttır. Yani bu tür fazla çalışma isteğe bağlıdır ve gerek işçi gerekse işverenin buna razı olması gerekir. İşveren, buna yanaşmayan işçiye zorla olağan fazla çalışma yaptıramaz. Ancak işveren veya yetkili işveren vekilinin isteği, hiç değilse bilgisi olmadan işçinin ekstradan çalışması da fazla çalışma sayılmaz. Böylesi çalışmaya beyhude/boşuna çalışma demek daha doğru olur. Yönetmelik, işçinin olağan fazla çalışmaya ona-

¹¹ Bu yönde bkz. Kurucu, 86. Akyiğit, İş K. 35-37, 1209.

¹² Kurucu, 81. Akyiğit, İş K. 35-37, 1209.

¹³ Kurucu, 87-88.

yının (rızasının) her yıl başında işçiden yazılı olarak alınacağını öngörmektedir (FÇY.9) fakat bunun geçerlik koşulu olduğunu sanmıyoruz. (Krş. 9.HD.23.12.2004, 17276/29157) Bizce halen işçi ve işverenin fazla çalışmaya rızası hizmet sözleşmesi veya TİS'de önceden veya her bir fazla çalışma esnasında da açıklanabilir.¹⁴ Nitekim bizzat yönetmelik dahi bir başka hükmünde fazla çalışmaya dönük rızanın önceden TİS veya hizmet sözleşmesiyle verilebileceğini belirtmektedir. (FÇY. 8/b) Ancak uzun bir süre önceden yapılan ve işverenin her isteği halinde işçinin fazla çalışma yapacağını öngören açıklamaya pek itibar edilmemelidir. Zira işçinin taşıdığı koşullar böyle bir isteğe uymamayı haklı kılabilceği gibi yasal sınırları (Örneğin İş K. 63/1 ve 69 ve FÇY. 8/b) da unutmamak gerekir. (9. HD. 13.09.1999, 11349/12855). Uygulamada Yargıtay, işçinin 1475 sy. İşK. döneminde işe girerken verdiği rızanın yeni İşK.nun yürürlüğe girdiği 10.06.2003 den sonraki fazla çalışmalara yetmeyeceği (onları haklı göstermeyeceği) kanısındadır. (9.HD.23.12.2004, 17276/29157) Bu tutumun isabetli somut olayın özellikleri çerçevesinde belki tartışılabilirse de, her olaya uygulanacak genel bir çözüm olduğu söylenemez. Kaldı ki, somut olayda bile işçinin rızasının hem 1475 sy. İş K.döneminde ne zaman alındığı belli değildir, hem de yeni yasanın bu rızanın her yılbaşında yazılı alınacağına dair hüküm içermediği unutulmamalıdır. Anılan dönemsel yazılı onay/rıza 06.04.2004 de Yönetmelikle getirilmiştir. Dolayısıyla somut olayda dahi Yargıtay'ın kendi anlayışıyla tutarlı olabilmesi için, hiç değilse (yeni İş K. nun değil) Yönetmeliğin yürürlüğe girdiği tarihten öncesi rızayı geçerli saymaması gerekirdi. Böyle yapmaması, kendi sistemi içinde bir tutarsızlıktır.

Ayrıca yazılı onayın her yıl başında alınacağına ilişkin hükmün ilginç bir yanı bunu sadece fazla çalışmaya özgüleyip aşağıda görülecek fazla sürelerle çalışmada her yılbaşı deyimine yer vermediğidir. (FÇY. 9/1,2) Yalnız fazla çalışma için bile "her yıl başında" deyiminin bütün işçiler açısından her takvim yılı başı yani 01 Ocak gününü mü yoksa her bir işçinin sözleşmesinin devam ettiği her bir senenin (365 günün) başını mı anlattığı da açık değildir. İşyerinin devri yahut farklı yollarla gerçekleşen işveren değişikliği halinde, önceki işveren döneminde alınan işçi rızasının geçerliliğini sürdüreceği de belirtilmelidir. (İşK. 6/1)

Olağan fazla çalışma "yıllık" ve "günlük" sürelerle sınırlıdır. Öyle ki bu tür çalışma yılda 270 saati geçemez (İş K.41/8). O halde yılda en çok 270 saat olağan fazla çalışma yapılabilecektir. Fakat uygulamada bu sürenin fiilen aşıldığı görülmektedir. Anılan sınırın fiilen aşılması halinde işveren para cezasıyla da karşılaşmamaktadır. Ancak, bu durum, işçinin o süreler için fazla çalışma ücreti almasına engel olmamalıdır. Kısaca yukarıda aranan şartlar gerçekleşmeden veya sınırı aşan biçimde yapılan fazla çalışmaya "hukuka aykırı fazla çalışma" denir. Ama o süreler için yine işçiye fazla çalışma ücreti ödenir. (**Akyiğit**, İş K. 35-37, 1213) Önemli bir husus; süre

¹⁴ Bkz. **Akyiğit**, İş Hukuku, 279. **Demir**, 101. Nitekim Soyer'de yönetmelikteki yazılı onayın, işçinin rızasının daha önceden sözleşmeyle alınmadığı hallerde aranacağını belirtmektedir. (**Soyer**, Fazla Saatler, 800)

sınırını aşar biçimdeki fazla çalışmanın "hayatın olağan akışının gerekleri" ile sınırlı bulunduğudır. Örneğin hiç tatil yapmadan her gün 5-6 saat fazla çalışıldığı iddiası pek uygun düşmez. Çünkü, işçinin hafta tatili, bayram vs. nedeniyle çalışmadığı günlerin bulunacağı açıktır.

Yasa fazla çalışmada (günlük değil) haftalık normal azami çalışma süresinin aşılmasını ölçüt aldığından, yıllık bu 270 saatin ne kadarının bir günde yaptırılabilceğine değinmemiştir. Ancak bu durum işçinin tüm gün (24 saat) çalıştırılabileceği anlamını da vermez kanısındayız. Burada günlük normal azami çalışma süresi olan 11 saatin (İşK.63/2) baz alınıp alınamayacağı tartışmaya açıktır. Belki olağanüstü fazla çalışmadaki "işçinin en çok çalışma gücü" akla gelebilir. Bu ise, 24 saatlik bir dönemde işçiye kesintisiz bir 12 saat dinlenme süresi verildikten sonra geriye kalan kısım olarak algılanabilir. Fakat işin özüne uyanı, günde 11 saatlik toplam çalışma sınırının aşılmasıdır. Yani normal çalışmayla birlikte o günkü çalışma 11 saati aşmamalıdır.¹⁵ Aşan kısmın yine hukuka aykırı fazla çalışma sayılması uygun olur. Nitekim bu esasa Çalışma Süreleri Yönetmeliği'nde de yer verilmiştir. (ÇSY. 4/a) Böyle bir hükmün kökeninde neyin yattığı ve yeni bir fazla çalışma mı getirdiği tartışmalıdır. Ancak bizce, denkleştirmeye ilgili kılınmaksızın böyle bir tutumun izlendiği söylenebilir.¹⁶

*Ayrıca belirtmeliyiz ki, yeni yasa (1475 sy. Eski İş K.dan farklı olarak) olağan fazla çalışma için, işverene herhangi bir merciden/makamdan izin alma veya herhangi bir mercie bildirme yükümü getirmemiştir. Aynı eğilim ilgili yönetmelikte de sürdürülmüştür. Bununsa isabetli bir tutum olduğu söylenebilir.¹⁷

b. Zorunlu Nedenlerle Fazla Çalışma

Zorunlu nedenlerle fazla çalışma "bir arıza çıktığında veya çıkma olasılığı halinde yahut makine, alet ve malzeme için hemen yapılması gerekli acil işlerde veyahut zorlayıcı sebeplerin ortaya çıkması durumunda, işyeri normal çalışma düzeyine ulaşana dek haftalık iş süresinin üzerinde yapılan çalışmadır" denilebilir (İş K. 42). Bu tanım dikkate alınırca, zorunlu fazla çalışmanın, işyerinde karşılaşılan (oluşan) acil/bekleyemez bir durum üzerine yapılan plansız (düzensiz) bir fazla çalışma olduğu söylenebilir. Ayrıca bu çalışmanın gerçekleşmesi için, işçinin rızasını almaya gerek yoktur. (FÇY. 9/1) Sadakat borcu, onun böyle bir fazla çalışmayı yapmasını gerektirir. İşverenin zorunlu fazla çalışma isteğine karşı çıkan işçinin hizmet sözleşmesi sadakat borcuna aykırılık nedeniyle feshedilebilir (İş K. 25/İle). Zorunlu fazla çalışma için herhangi bir makamdan izin almaya da gerek yoktur. Keza bu tür fazla çalışmanın sınırı (süresi) "işyerinin normal çalışmasını sağlayacak dereceye kadar bir süre" dir. Her bir somut olayın özelliğine göre bu sürenin değiştiği söyle-

¹⁵ Eyrenci, Yeni Yasal Düzenlemeler, 162. Çelik, 292. Akyiğit, İş Hukuku, 280.

¹⁶ Bkz. Ekonomi, Fazla Çalışma, 162-163. Krş, Soyer, Fazla Saatler, 798-799.

¹⁷ Fakat bunun gerekçesi esnek sürelerle çalışmaya imkan verilmesi değil, Soyer'inde isabetle vurguladığı gibi eskiden mevcut BÇM'den izin alma yükümünün zaten uygulamada pek bir anlam ifade etmemesi olsa gerektir. (Bkz. Soyer, Fazla Saatler, 800dn. 15 fakat krş. İş K.41'e ilişkin Hükümet Tas. Gerekçesi)

nebilir. Örneğin bir makinada oluşan arızaya ayrılan zaman ile işyerindeki tüm alet ve malzemede yaşanan arızanın giderimine harcanacak zaman birbirinden farklı olacaktır. Ancak 24 saatlik bir süreç içinde yine de işçiye en az 12 saatlik kesintisiz bir dinlenme olanağının tanınması uygun düşecektir. Nitekim yasa da böyle çalışan işçiye "uygun bir dinlenme süresi verilmesi"nden söz etmektedir (İş K. 42/1).¹⁸

Zorunlu fazla çalışmayı gerektiren acil nedenin, işçinin çalıştığı işyerinde/departmanda ortaya çıkması kadar orayı etkileyen dıştaki bir yerde (örneğin dışarıdaki elektrik santralinde) oluşması da mümkündür¹⁹. Örneğin 17 Ağustos Depremi'nde enkaz kaldırma işinde çalışmak üzere deprem yöresine gönderilmek ve çalışma zorunlu sebeple fazla çalışma sayılmıştır. (9. HD. 22.11.2000, 12053/17141).

c. Olağanüstü (Hallerde) Fazla Çalışma

Olağanüstü fazla çalışmaya ancak olağanüstü bir nedenin varlığı halinde ve Bakanlar Kurulunun kararıyla gidilir. Olağanüstü neden "seferberlik" halidir. Nitekim yasaya göre, bu tür fazla çalışmaya "seferberlik sırasında" ve "seferberlik süresini aşmamak üzere" yurdun savunma ihtiyaçlarını karşılayan işyerlerinde (örneğin silah üreten işyerlerinde) gidilebilir. Fakat bunun için Bakanlar Kurulunun bu konuda karar alması gerekir. Bu kararın alınmış olması yeterlidir, işçi ve işverenin rızası ve BÇM'nin izni aranmaz. Olağanüstü çalışmanın yapılacağı işyerlerini ve bu fazla çalışmanın süresini Bakanlar Kurulu belirler. Fakat bu süre "işçinin en çok çalışma gücü" ile sınırlıdır, bunu aşamaz (İş K. 43/1). İşçinin en çok çalışma gücünün somut olarak ne kadarlık bir süreye denk geleceği yasada açıklanmamıştır. Bir ihtimal henüz AB üyesi olmadığımız için bizi bağlamasa da bu konuda AB'nin 93/104 sy. Yönergesi'nden hareketle işçiye 24 saatlik bir zaman diliminde (bir günde) en az 11 saat dinlenme olanağının tanınması düşünülebilir. Bu durumda "en çok çalışma gücü"nü günde 13 saati aşamayacağı sonucuna varılabilir. O halde Yönerge'den hareket edilirse buradaki süre, günlük 11 saatin üstünde bir süre olarak karşımıza çıkabilecektir. Fakat Çalışma Süreleri Yönetmeliği'nin işçinin 24 saatlik bir sürede en az 12 saat kesintisiz dinlendirilmesinden söz eden kuralı (ÇSY.3/2) dikkate alınırsa geriye kalan 12 saatin işçinin en çok çalışma gücü sayılması gerekir. Tabii bunun içine ara dinlenmesi (İşK.68) de katılınca, en çok çalışma gücünün net 11 saat olabileceği görülür.²⁰ Bu sınır çerçevesinde bile olağanüstü fazla çalışma, seferberlik süresiyle sınırlanmıştır. O halde seferberlik bir yıl sürmüştü, Bakanlar Kurulu'nun anılan tür fazla çalışmayı daha fazla sürdürmesi yasaya aykırı olur. Fakat seferberlik devam ederken bile Bakanlar Kurulu olağanüstü fazla çalışmaya her zaman son verebilir²¹.

¹⁸ **Akyiğit**, İş Hukuku, 281. **Mollamahmutoğlu**, İş Hukuku, 701.

¹⁹ Zorunlu fazla çalışma hakkında fazla bilgi için bkz. **Akyiğit**, İş Hukuku, 280 vd. **Kurucu**, Fazla çalışma 89 vd. **Akyiğit**, İş K. 35-37, 1217 vd. **Çelik**, 290 vd.

²⁰ **Akyiğit**, İş Hukuku, 281-282.

²¹ Fazla bilgi için bkz. **Çenberci**, 815. **Akyiğit**, İş K. 35-37, 1218 vd.

3. Fazla Çalışmanın Yasaklandığı Haller

Bunlar; gece çalışması (İş K. 69) ile küçüklerin çalışması (İş K. 71) ve sağlık kuralları bakımından günde en çok 7,5 saat veya daha az çalışılacak işlerdir; röntgen teknisyenliği vs. gibi (İş K. 63/son). Bu işlerin neler olduğunu ve çalışma sürelerini gösteren yönetmelik (İş. K. 63/son) "Sağlık Kuralları Bakımından Günde Ancak Yedibuçuk Saat veya Daha Az Çalışılması Gereken İşler Hakkında Yönetmelik" adıyla çıkarılmış olup yürürlüktedir. Anılan yönetmelikte sayılan işlerde fazla çalışma yaptırılmayacağı da belirtilmiştir.(YSAÇY.7) Fakat fazla süreyle çalışma yasaklanmamıştır. Kısmi süreli çalışanların da fazla çalışması yasaklanmıştır. (FÇY.8) Bununla birlikte yasaya rağmen yaptırılan fazla çalışma hukuka aykırı fazla çalışma oluşturur ama işçiye ücretinin yine en az %50 zamlı ödenmesi gerekir. Bunun için haftalık çalışma süresinin aşılp aşılması da önemli değildir.

Fazla çalışmanın yasaklandığı haller "işler" ve "işçiler" dikkate alınarak saptanmıştır. Buna göre,

a) Fazla çalışmanın yasaklandığı **işler** şunlardır;

1) İş K. 63/son fıkra uyarınca sağlık kuralları bakımından günde ancak 7,5 saat ve(ya) daha az çalışması gereken işler (FÇY. 7/a): "Bunlar Sağlık Kuralları Bakımından Günde Ancak Yedibuçuk saat veya Daha az Çalışılması Gereken İşler Hakkında Yönetmelik"te belirtilmiştir.

2) İş K. 69/1'e göre gece sayılan gün döneminde yürütülen işlerde (şu kadarki gündüz işi sayılan çalışmalara ek olarak bu yönetmelikte öngörülen fazla çalışmalar gece döneminde yapılabilir) (FÇY. 7/b); Burada yasaklanan fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma oluşturan kısmın değil, işçinin normal çalışması gece çalışması ise onun üstüne çalışmadır. Yoksa normal çalışmasını gündüz tamamlayan bir işçinin onun üstündeki (normali aşan) kısmı geceye yerine getirmesine bir engel ve yasak yoktur. Ancak fazla çalışmada ve fazla süreyle çalışmada günlük iş süresinin aşılmasının baz alınmaması, bir işin gece çalışması sayılıp sayılmayacağına kimi problemlere yol açabilir. Örneğin haftanın bir iki günü gece denilen dönemde, gerisindeyse gündüz çalışan işçi gece çalışması mı yapıyor? Yoksa haftalık toplam çalıştığı sürenin çoğu gece geçtiğinde mi gece çalışıyor sayılacaktır? Sanırım, tartıştığımız konuyla ilgili isabetli olanı, somut olarak o günkü çalışması gece çalışması sayılan işçinin, onun üzerine (o günkü normal günlük çalışma süresi üzerine) bir süreyle çalıştırımının yasaklandığıdır. Üstelik bu yasakta haftalık 45 saatin aşılp aşılmadığı da önemli değildir. Pekiyi acaba gece çalışması üzerine önceden alınan bir iznin karşılığı telafi çalışması yaptırılmaz mı? Yasa ve yönetmelikte buna engel bir şey olmadığından ve telafi çalışması fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma da sayılmadığından bunun caiz olduğu kanısındayız.

3) Maden ocağı, kablo döşemesi, kanalizasyon, tünel inşaatı gibi işlerin yer ve sualtında yapılanlarında da fazla çalışma yasaktır (FÇY. 7/c); Burada genel olarak yer ve sualtı işlerinde fazla çalışma yasaklanmamış, sadece maddede sayılanlar ve onlara benzer işlerin yer ve sualtında (aslında yer ve/veya sualtında olmalıydı) yapılan kısımlarında fazla çalışmaya yasak getirilmiştir.

b) Fazla çalıştırımı yasaklanan **işçiler** ise şunlardır;

1) 18 yaşını doldurmamış işçiler, (FÇY. 8/a); Burada işçinin kadın yoksa erkek mi olduğu önemli değildir. Önemli olanı, işçinin 18 yaşını doldurmamış bulunmasıdır. Yönetmelik genel olarak erginliği (reşitliği) değil, 18 yaşın doldurumunu aradığından 18 ini doldurmamış işçi evlenme veya yargı kararıyla ergin (reşit) kılınmış olsa da fazla çalışma yasağına tabidir.

2) Fazla çalışmaya sağlığının elvermediği hekim raporuyla belirlenen işçiler; Bunlar önceden TİS veya hizmet sözleşmesiyle (yahut yılbaşındaki yazılı onayla) fazla çalışmaya ilişkin rıza açıklamış olsalar da hekim raporuyla fazla çalışmaya sağlığının müsait olmadığı belirlenmişse yine fazla çalışmaya tabi tutulamazlar. Ancak işçinin sağlığının fazla çalışmaya elverişli olmadığına ilişkin sağlık raporunun hangi merciden alınacağı da yönetmelikte belirtilmiştir. Öyle ki, eğer işçinin bulunduğu yerde varsa, anılan raporun işyeri hekiminden veya SSK. hekiminden alınması gerekir. Herhangi birinin diğerine önceliği veya üstünlüğü yoktur. İkisi arasında çelişki varsa en yakın SSK. Hastanesi Sağlık Kurulunca verilen raporun kesin olarak esas alınması beklenir²². FÇY de olmayan bu noktada Ağır ve Tehlikeli İşler Yönetmeliğinden yararlanılabilir kanısındayız. (ATİY, 5/5)

3) İş K. 88 uyarınca çıkarılan yönetmelikte dile getirilen gebe, yeni doğum yapmış ve çocuk emziren işçilere de fazla çalışma yaptırılması yasaklanmıştır. (FÇY. 8/c) Bu yönetmelik "Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik" adıyla çıkarılmıştır.

4) Fazla çalışma yaptırılması yasaklanan bir diğer işçi grubu "kısmi süreli iş sözleşmesi" ile çalışan işçilerdir. (FÇY. 8/d) Üstelik bunlara (diğerlerinden farklı olarak) aşağıda göreceğimiz fazla sürelerle çalışma da yasaklanmıştır. Yasada yer almayan böyle bir yasağın işçinin aynı takvim süresinde birden çok kısmi süreli sözleşmeyle çalışması halinde biraz daha esnek karşılanması ihtimali mevcutsa da tek bir kısmi süreli çalışmada niçin getirildiğini anlamak mümkün değildir. Bu yüzden, isabetsiz bu yönetmelik hükmünün kaldırılması uygun olur.²³

B. Fazla Sürelerle Çalışma

Hizmet sözleşmesi veya TİS ile işçinin haftalık normal çalışma süresinin kanunen belirlenen azami süre olan 45 saatin altında bir süre (örneğin 35 saat) olarak saptanması mümkündür. Yine böylesi daha az süreyle çalışan bir işçinin kimi zaman bu sürenin üstünde fakat 45 saati aşmayacak şekilde (örneğin 44 saat) çalıştırılması mümkündür. İşte bir işçinin "sözleşmeyle saptanan haftalık sürenin üstünde ama yasaca öngörülen 45 saati aşmayacak şekilde yaptığı çalışmaya" fazla sürelerle çalışma denir (İşK. 41/3 FÇY.3/b). 1475 sy. İş K. döneminde çeşitli yönleriyle tartışılan ve öğretide fazla saatlerle çalışma (Überstundenarbeit) diye anılan bu olguyu yeni yasa

²² SSK. Sağlık Kuruluşlarının (hastahane vs.nin) Sağlık Bakanlığı'na devri sonucu artık SSK. hekimi ve hastahanesi sağlık kurulunun bulunmadığı unutulmamalıdır.

²³ Krş. **Soyer**, Fazla Saatler, 808.

ve yönetmelik açıkça düzenleyerek (İş K. 41/3 ve FÇY. 3/b vd.) "fazla sürelerle çalışma" diye adlandırmayı uygun bulmuştur.

Fazla sürelerle çalışmanın denkleştirme uygulanan hallerde de bu esasın uygulanmadığı çalışmalarda da gündeme gelmesi mümkündür. Sorun, tıpkı fazla çalışmadaki gibi çözümlenir. Yalnız hesaplama yapılırken, işçinin normal haftalık çalışma süresi veya (denkleştirmede) ortalama normal haftalık çalışma süresi olarak sözleşmede belirlenen süre baz alınır. Yapılan çalışma bu sürenin üstündeyse ve 45 saati aşmıyorsa, işçi o kadar miktar fazla sürelerle çalışmış demektir.²⁴

Fazla sürelerle çalışmanın da (tıpkı fazla çalışma gibi) tarafların anlaşmasıyla veya zorunlu nedenlerle yahut olağanüstü hallerde Bakanlar Kurulu kararıyla gündeme gelmesi mümkündür. Yönetmelik kısmi süreli çalışmada fazla sürelerle çalışmayı da yasaklamıştır (FÇY. 8/d) ama bunda isabet yoktur.²⁵ Öğretide olağan fazla sürelerle çalışma için işçinin rızasını aramayıp işverenin tek taraflı isteğiyle bunun gerçekleşeceğini savunan bir eğilim vardır. (**Ekonomi**, Fazla Çalışma, 169. **Eyrenci**, 161 vd.) Fakat hem ÇSY. 9 ve hem de İşK. 102/c hükmü karşısında buna katılmak mümkün değildir. (Aynı yönde **Demir**, 101.) Keza fazla sürelerle çalışmaya yönelik rızanın her yıl başında yazılı alınacağı da söylenemez. FÇY. 9/2 hükmü de bunu doğrular niteliktedir.²⁶

Hatta bazen fazla sürelerle çalışma ile fazla çalışmanın bir arada karşımıza çıktığı da görülebilir. Örneğin, haftalık normal çalışma süresi sözleşmeyle 40 saate düşürülen bir işçinin o hafta (veya denkleştirmede) 45 saati aşar biçimde, diyelim 50 saat çalıştırılması halinde durum budur. Böylesi hallerde, işçi 40-45 saat arası 5 saat fazla sürelerle çalışmış, 45-50 saat arası 5 saat ise fazla çalışma yapmış sayılır. Her iki çalışmanın farklı miktarlar içerdiğini aşağıda göreceğiz.

III. Normali Aşan Çalışmaların Karşılığı

İşçi ister fazla sürelerle çalışsın isterse de fazla çalışma yapsın, bunların her ikisinde de normali aşar biçimde çalışmakta, normalin üstünde bir efor sarf etmektedir. Doğal olarak, bu tür çalıştırılan işçinin bu normali aşan çalışmalarının karşılığının da "normali aşan bir karşılık" olması gerekir. Nitekim mevcut yasa ve yönetmeliğin hükümleri incelendiğinde de böyle bir anlayışın varlığı görülür. Öyle ki, normali aşan biçimde çalışan işçiye bunun karşılığı olarak "**normali aşan bir ücret**" veya isterse "**normali aşan bir serbest zaman**"ın verilmesi gerekir (İşK. 41/4 ve FÇY.4,6). Ancak bu normali aşan ödemenin ne miktar olacağı, öncelikle normali aşan çalışmanın türüne, sonrasındaysa yasa ve tarafların anlaşmasına bağlıdır.²⁷

²⁴ **Akyiğit**, İş Hukuku, 283-284.

²⁵ **Akyiğit**, İş Hukuku, 284.

²⁶ **Akyiğit**, İş Hukuku, 285.

²⁷ **Akyiğit**, İş Hukuku, 285

1-Karşılığın Ücret Olması Hali.

Yukarıda da belirtildiği gibi, bu normali aşan ödemenin ne miktar olacağı, öncelikle, yapılan normali aşan çalışmanın türüne ve miktarına, sonrasındaysa tarafların anlaşmasına bağlıdır.

Bu bağlamda önce ilgili işçinin yaptığı normali aşan çalışmalar bulunur. Toplam miktar bulunurken yarım saatten az süreler yarım saat; yarım saati aşarlarsa bir saat olarak kabul edilirler. (FÇY, 5/2)

Bu yapıp normali aşan çalışmalar tespit edildikten sonra bunlara ödenecek normali aşan karşılığın ne olacağına gelince, bunu da şöyle bir ayırımla belirliyoruz.

a.Eğer işçi fazla çalışma yapmışsa; Yapılacak ödeme, o sürenin (normali aşan her bir saat sürenin) normal karşılığının en az %50 daha fazlasıdır. Yani ücret olarak ödenecekse, normali aşan her bir saatlik sürenin ücreti, o sürenin normal ücretinin en az %50 fazlasıdır. Örneğin, normalde saat ücreti 10 YTL. ise fazla çalışmanın her bir saatinin ücreti en az 15 YTL. olacaktır.

İşçinin ücret yerine serbest zaman istediği hallerde verilecek serbest zaman da, fazla çalışılan her bir saat için en az 1 saat 30 dakikadır. Örneğin, o hafta 5 saat fazla çalışması bulunan işçiye, bunun karşılığı en az 7 saat 30 dakika serbest zaman verilecektir. Gerek ücret ve gerekse serbest zaman sözleşmeyle artırılabilir.

b.Fazla Sürelerle Çalışmada İse; Böyle çalışılan her bir saatlik sürenin karşılığı en az %25 artırımlı olarak ödenir. Buna göre, karşılığın ücret olarak ödeneceği hallerde, fazla süreyle çalışmanın her bir saatinin ücreti, normal saat ücretinin en az %25 zamlısıdır. Örneğin, 2 saatlik fazla süreli çalışması bulunan ve normalde 10 YTL. saat ücreti alan işçiye bu fazla süreli çalışmasının her bir saati için 12,50 YTL. ücret ödenir.

Fakat işçi, karşılığın serbest zaman olarak ödenmesini talep etmişse, bu kez fazla sürelerle çalışmanın her bir saati için en az 1 saat 15 dakika serbest zaman verilmesi gerekir. Serbest zaman da ücret de sözleşmeyle artırılabilir.

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

Yalnız normali aşan çalışmaların karşılığının ücret olarak ödeneceği hallerde doğal olarak bu işçinin ücretinin ve bunun bir saate düşen miktarının da bilinmesi zorunludur. Bu bağlamda şunlar söylenebilir;

Belirtilsin ki normali aşan çalışmanın hangi türü olursa olsun normali aşan çalışma ücretinin çıplak mı yoksa giydirilmiş ücretten mi hesaplanacağı da üzerinde

durulması gerekli bir konudur. Mevcut yasal sistemimizde giydirilmiş ücret, sadece belli ödemeler için öngörülmüş olup (İş K 17, 1475 sy. İş K. 14/11), fazla çalışma ücretine kendiliğinden uygulanması mümkün değildir. (Örneğin bkz. 9.HD.03.01.1992, 11802/162. **Akyiğit**, İş K. 35-37,1262.)Ancak, tarafların yapacakları bir anlaşmayla (hizmet akdi/TİS) normali aşan çalışma ücretinin giydirilmiş ücretten hesaplanacağını öngörmeleri mümkün ve geçerlidir. Normali aşan çalışmanın yasaca öngörülen sınırlar içinde kalmış veya o sınırı aşan bir nitelik taşıması da bizce bu noktada farklılığa yol açmamalıdır. Normali aşan çalışma ücreti, normali aşan çalışmanın yapıldığı tarihteki ücret esas alınarak hesaplanır. Daha sonraki bir tarihte talep edildiğinde de durum aynıdır. Önceki ücret saptanamıyorsa, o dönemin asgari ücreti esas alınmalıdır.²⁸

Normali aşan çalışma ücreti çıplak ücretten hesaplanır (9.HD. 3.01.1992, 11802/162) ama hesaplanırken her türlü kesintinin yapıldığı net ücretin mi yoksa henüz kesintilerin uygulanmadığı brüt ücretin mi esas alınacağı tartışılmaktadır. Örneğin Yargıtay'ın örnek bir kararında net ücreti baz aldığı görülmektedir.²⁹ Fakat öğretide kesintilerin yapılmadığı bir saatlik brüt ücretin esas alınmasının önerildiği de söylenebilir.³⁰ Şüphesiz bu noktada yapılan anlaşmalar geçerlidir. İşçinin ücreti belirlendikten sonra bunun bir saate düşen tutarı da saptanmalıdır. Bu, işçinin bir saate düşen normal ücretidir ve bunun tespiti yapılırken; Saat başına ücret öngörülen çalışmada bunu tespit zorluk çıkarmaz ise de günlük/haftalık/aylık ücret ödeneceğinin kararlaştırıldığı durumlarda önce işçinin günlük ücreti bulunur. Ondan sonra bu günlük ücret çalışılan saatlere bölünerek bir saate denk gelen ücret saptanır. Maktu aylıklı işçilerin günlük ücreti, aylığın otuza bölünmesiyle bulunmalıdır. Daha sonrasında da bu değer dikkate alınıp saat ücreti belirlenir.

Parça başına veya yapılan iş tutarına göre ücret ödenen hallerde ise sorunu bir ayrımla ele almak gerekir.

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

b) Yukarıdaki yöntemin uygulanmasında güçlük çekilmesi durumundaysa "parça başına veya yapılan iş tutarına ait ödeme döneminde meydana getirilen parça veya iş tutarları o dönem içinde çalışılmış olan normal ve normali aşan çalışma saatleri sayısına bölünerek bir saate düşen parça veya iş tutarı bulunur. Bu yol ile bulunan bir saatlik parça veya iş tutarına düşecek bir saatlik normal ücret ise %50 yükseltilecek bir saatlik fazla çalışma ücreti %25 yükseltince de fazla sürelerle çalışmanın saat ücreti saptanır. (FÇY. 4/3, c.2)

²⁸ Bu yönde bkz. **Narmanlıoğlu**, İş Hukuku, 453. Keza bkz. 9.HD. 03.10.1980-10970/10666 (**Çenberci**, Şerh 84, 589).

²⁹ "...Davacının fazla çalışmadan doğan alacağıının net aylığı üzerinden hesap edilerek tespit edilecek miktarın hüküm altına alınması zorunludur..."(9.HD. 27.02.1968-1233/2281- **Çenberci**, Şerh 84, 587 dn.31). Keza bkz. HGK. 18.09.1971-1249/530." (Kurucu, 252, 5a) 9.HD. 01.04.1985-810/3317 (YKD. 1985/12, 1804) ve öğretide olarak aynı yönde bkz. **Narmanlıoğlu**, İş Hukuku, 453dn. 120).

³⁰ **Kurucu**, 248 vd.

c) Eğer işçiye yüzde usulü uygulanıyorsa bu durumda normal aşan çalışmaya esas ücreti İş K. 51 uyarınca çıkarılan "Yüzdelerden Toplanan Paraların İşçilere Dağıtılması Hakkında Yönetmelik" hükümlerine göre belirlenir. (FÇY. 4/son)

Normali aşan çalışma miktarı ve normali aşan çalışma ücreti hesaplanırken gözden ırak tutulmaması gereken bir husus; işçinin izin/raporluluk vs. gibi bir nedenle normal süreli bir çalışmanın dahi bulunmadığı bir dönemde normali aşan çalışma yaptığının kabul edilemeyeceğidir. Nitekim uygulamada Yargıtay'ın da böyle bir kabul içinde olduğu belirtilmelidir. (Örneğin bkz. 9.HD.31.03.1997, 22749/6449).

Yargıtay evvelden beri her ne kadar günlük ve yıllık olağan fazla çalışma sınırını aşan ve hatta hafta tatilinde yapılan bir çalışmayı dahi fazla çalışma sayıp zamlı ücretle karşılıyorsa da, bunu kendisince "makul sayılan bir süre" ile sınırlamaktadır. Bunun ölçütü olacaksa "**hayatın olağan akışı**" veya "normal yaşam koşulları" gibi genel/soyut kavramlar kullanmaktadır. Bu bağlamda örneğin, bir kimsenin yıllar boyunca her hafta tatilinde çalışması hayatın olağan akışına aykırı görülmektedir.³¹ Bu yüzden de böylesi hallerde toplam fazla çalışma ücretinden taksiri indirime gidilmektedir. (9.HD.24.01.2005, 34013/1280)

Normali aşan çalışmaların ücretinin zamlı olarak hesaplanıp ödeneceği kuralı bağlamında değinilecek bir husus, normali aşan çalışma ücretinin her bir somut normali aşan çalışmanın yapıldığı andaki ücretten hesaplanacağıdır. (9.HD.16.03.1999, 3265/5424. **Akyiğit**, İş K. 35-37, 1269-1270.) Yoksa ödenmesi gerektiği andaki ücretin baz alınacağı söylenemez.

Normali aşan çalışma ücretiyle ilgili bir başka nokta; Normali aşan çalışma karşılığı olan ücretin de kural olarak normal ücretin ödenmesi yöntemiyle ödeneceğidir. Öyle ki normal ücret Türk Parası ile ödeniyorsa (ki kural budur) normali aşan çalışmaların ücreti de Türk parasıyla ödenecektir. Buna karşın normal ücret yabancı ülke parasıyla (dövizle) ödeniyorsa, normali aşan çalışmaların ücreti de aynı şekilde hesaplanıp ödenmelidir.³² Yargıtay'ın da evvelden beri buna olumlu baktığını söyleyebiliriz.³³ Nitekim bu konuda önceden sadece BK. 83 hükmünden yararlanılabiliirken şimdi İş K. 32/2 hükmünün de buna imkan verdiği açıktır. Ancak burada dikkate değer husus; ücretin dövizle ödeneceği kuralının "aynen döviz olarak ödeneceği" kaydını içerip içermediğidir. Eğer böyle aynen döviz olarak ödenme kaydı varsa; gerek normal ücret gerekse de normali aşan çalışmaların ücretinin o döviz ile ödenmesi icap eder. Fakat ücret döviz olarak belirlenmekle birlikte aynen ödeme kaydı yoksa, bu durumda döviz olarak ödenebileceği gibi ödeme günündeki rayice göre Türk parası ile

³¹ **Akyiğit**, İş K. 35-37, 1215 vd. Uygulama örnekleri olarak bkz. 9.HD.20.09.1996, 5829/17570; 31.03.1997, 21155/5512 (**Akyiğit**, İş K. 35-37, 1225 vd.) Keza bkz. 9.HD. 12.02.2002, 16832/2659; 14.05.2001, 3949/8259; 05.06.2001, 7017/9579 (**Akyiğit**, İş Hukukuna İlişkin Emsal Yargıtay Kararları, İstanbul 2003, 965 ve 972)

³² **Akyiğit**, İş K. 35-37. **Akyiğit**, İş Hukuku, 286.

³³ 9.HD.26.04.1999, 6269/7728. (**Akyiğit**, İş K. 35-37, 1223-1224.)

de ödenebilir. (İş K.32/2) Bu konudaki seçim yetkisi işçiye değil işverene aittir kanısındayız. Böylece İş K. 32/2'nin BK. 83/son fıkra hükmünden farklılık içerdiğini söyleyebiliriz. Zira BK. 83/son fıkra'daki yetki borçluya değil alacaklıya tanınmıştır.

Normali aşan çalışmaların karşılığı ücretin yasa veya sözleşmeye göre zamlı tarifeden hesaplanarak normal ücret dışında ve fakat onunla aynı zamanda ödenmesi en doğal yöntemdir. Nitekim uygulamada da her bir dönemin ücreti ödenirken bordroda veya ücret hesap pusulasında normali aşan çalışmalar ücreti için ayrıca bir sütun açılır ve bu tür ücretin miktarı da orada gösterilir. Fakat yine evvelden beri fazla çalışmayla ilgili olarak uygulamada zaman zaman karşılaşılan ve gerek öğreti gerekse de Yargıtay'ca olumlu karşılanan bir durum, işçinin zaman esasına göre saptanan günlük/haftalık/aylık ücretine o döneme ait fazla çalışma ücretinin de dahil edilmesi şeklindedir. (Örneğin bkz.9.HD.14.12.2004, 24600/27753) Yargıtay'ca da kabul edildiği üzere, tarafların hizmet akdi yahut TİS'de böyle bir kararlaştırma yoluna gitmelerine bir engel yoktur. Fakat bunun inandırıcı olabilmesi için işçiye o zaman dilimi için ödenen ücretin yasal asgari ücretin ona denk gelen kısmı ile iddia edilen fazla çalışma saatlerine göre onun zamlı miktarından az olmaması gerekir. Aksi halde ücrete fazla çalışma ücretinin de dahil olduğu savı geçerliliğini yitirir. Sonra bu tür bir anlaşma ancak (toplam azami yıllık 270 saat) fazla çalışma için yapılmış sayılır. (Ayrıntı ve uygulama örnekleri için bkz. **Akyiğit**, İş K. 35-37, 1221) Her ne kadar yasaya aykırı da olsa anılan sınırlar üzerinde bir fazla çalışmanın varlığı kanıtlandığında (ki fazla çalışmayı ispat yükü işçiye aittir) yargıç yasal sınırı aşan kısım içinde fazla çalışma ücretine hükmetmelidir.³⁴ Aynı olgunun 4857 sy. İş K. döneminde de geçerlilik taşıyıp taşımayacağına gelince; Öğretide savunulan bir eğilimin bunu caiz gördüğünü söyleyebiliriz.³⁵ Ancak normali aşan çalışmalar konusunda yeni yasanın eskisinden farklı kimi hükümlere yer verdiği unutulmamalıdır. Öyle ki her şeyden önce, normali aşan çalışma artık sadece fazla çalışmadan ibaret olmayıp fazla sürelerle çalışmaları da içermektedir. Sonra yasa fazla çalışmalar için sadece yıllık sınır (270 saat) getirmiş ve fakat günlük/haftalık bir sınır getirmemiştir. Fazla sürelerle çalışmadaysa günlük/haftalık/yıllık herhangi bir sınır öngörülmemiştir. Dolayısıyla bu sınırlama noktasında problem yaşanabilecektir. Bir an için sözleşmedeki (normalle birlikte kararlaştırılan normali aşan çalışmayı da içeren) ücretin fazla çalışmaların yıllık en çok 270 saatine karşılık oluşturacağını; fazla sürelerle çalışmalar bakımından seçilen ödeme dönemine göre, her bir işçinin o dönemdeki normal haftalık çalışma süresiyle 45 saat (dahil) arasındaki sürenin ücretine denk geleceği düşünülebilir. Böylece mantıksal ve hukuksal bir sınıra da ulaşılabilir. Bu noktadaki tereddütü böylece gidermenin mümkün bulunduğu düşünülebilir. Fakat (eskisinden farklı olarak) normali aşan çalışmaların karşılığının sadece zamlı ücret olmaması ve işçinin isteğiyle serbest zaman verilmesi gereği dikkate alınırsa; Daha baştan normali aşan çalışmalar karşılığının hep ücret olarak tespitine götürecektir.

³⁴ Örnek Yargıtay kararları olarak bkz. 9.HD.04.06.1992, 744/6088; 29.09.1986, 7206/8597. (**Akyiğit**, İş K. 35-37, 1256 ve 1261.)

³⁵ Bkz. **Soyer**, Yeni İş Kanunu, 48. Ancak bu durumu, işçiye ödenen ücretin yasal asgari ücret olduğunda olumlu görmeyen bir eğilim de mevcuttur. (**Eyrenci/Taşkent/Ulucan**, 171)

böyle bir uygulamanın, işçinin serbest zaman seçme imkanını elinden aldığı ve geçersiz olacağı söylenebilir. Kanımca 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 hakkında geçersiz bir vazgeçme niteliği taşır.

Tüm bunları söyledikten sonra belirtmeliyiz ki; Normali aşan çalışmaların ücreti kural olarak, normal ücret ne zaman ödeniyorsa onunla birlikte ödenir³⁶ ve o döneme ait normali aşan çalışmaların miktarı ile karşılığı ücret tutarının ücret bordrolarında veya İş K.37 uyarınca işçiye verilecek ücret hesap pusulasında yahut bununla ilgili belgede (FÇY. 10) gösterilmesi zorunludur. Hatta işveren normali aşan çalışmalarla ilgili bu belgenin bir nüshasını da her bir ilgili işçinin özlük dosyasına koymalıdır. (FÇY. 10)

İşçinin fazla çalışma sütununda değerler bulunan bir ücret bordrosunu çekincesiz imzalayıp alması, o döneme ait o tutardaki fazla çalışma iddiasını engeller.³⁷ Fakat anılan dönemde daha çok fazla çalışmada bulunduğu iddiasını ve dolayısıyla fazla çalışma ücreti istemini engelliyecek nitelikte değildir. Keza ücret bordrosunda normali aşan çalışma sütunun varlığı ve fakat boş bırakılması durumunda anılan bordronun işçi tarafından çekince konulmadan imzalanmasının normali aşan çalışma iddiasına mani oluşturmayacağı da belirtilmelidir.³⁸

İşyerinde en üst düzeyde yönetim yetkisine sahip işveren vekilinin bordrodaki normali aşan çalışma yapılmadığı veya o sütunun boş bırakıldığı hallerde anılan bordroyu çekincesiz imzalaması, alelade bir işçiye nazaran farklı yaklaşımı gerektirebilir.³⁹ Örneğin işyerindeki Genel Müdür konumundaki bir işçinin genel müdürlüğü dönemindeki böyle bir tutumu inandırıcılıktan uzaktır, denilebilir.⁴⁰ Ama bu üst düzey konumundan evvelki döneme ilişkin durum farklı değerlendirilebilir kanısındaız.⁴¹

Normali aşan çalışma ücretinden sorumluluğa gelince; bu noktada kural, normali aşan çalışmanın yapıldığı anda işçinin işvereni niteliğine sahip kişinin sorumluluk taşıdığı şeklinde gözükmektedir. Herhangi bir işveren değişikliği yaşanmamışsa problemde yoktur ve işçinin normali aşan çalışmayı kendisine sunduğu akit işverenin sorumluluk taşıdığı söylenebilecektir. Buna karşın, işçi bir başkasına ödünç verilmiş ve normali aşan çalışmada ödünç alan yanında yapılmışsa (yukarıda da değinildiği gibi)

³⁶ 9.HD.08.06.1990-3925/7031 (**Günay**, II, 1676)

³⁷ 9.HD.09.06.1994-3904/8874 ve Seminer 94, 13'deki **Ö.Eyrenci**'nin notu. **Akyiğit**, İş K. 35-37, 1215

³⁸ 9.HD.15.10.196-9637/19560 sy. kararı ve HGK'nın seminer 96, 25'deki **D.Ulucan**'ın notu, HGK'nun 13.04.1977-9-1646/359 sy. kararı bu konudaki uygulama birliğinin sağlanmasında önemli işlev görmüştür. Öğreti olarak bzk. **Eyrenci**, Seminer 94, 13. **Aynı Yazar**, Seminer 79/83, 166, seminer 89, 13; **Demir**, Seminer 88, 41-42; **Taşkent**, Seminer 84, 135; **Soyer**, Seminer 91, 27 vd; **Günay**, II, 1605.

³⁹ **Günay**, II, 1606. **Akyiğit**, İş K. 35-37, 1215.

⁴⁰ **Akyiğit**, İş Hukuku, 198 dn. 213 ve 9.HD.09.10.2000, 8818/13295 ve 9.HD.28.12.2004, 5143/29750.

⁴¹ **Akyiğit**, İş Hukuku, 198 dn. 213 ve 9.HD.30.10.2003, 5612/18356.

durumun bir ayrımla ele alınmasında isabet vardır. Öyle ki, eğer ödünç sözleşmesinde ödünç alan yanında normal aşıan çalışma yapılması düzenlenmişse veya ödünç verilirken düzenlenmese de ödünç esnasında fiilen normal aşıan çalışma yapılırken bunda üçlü rıza (yani ödünç veren, ödünç alan ve ödünç işçinin rızası) gerçekleşmişse; Bu çerçevedeki fazla çalışma ücretinden ödünç verenin yine işveren sıfatıyla sorumlu tutulacağı söylenebilir. Ayrıca ödünç alanında birlikte sorumluluk taşıdığı belirtilmelidir. Fakat normal aşıan çalışmada bu üçlü rıza olgusu hiç gerçekleşmemiş yani ödünç verenin bilgisi dışında gerçekleşmişse (ki yapılan normal aşıan çalışmanın tümü veya üçlü rızayı aştığında aşkın kısmı için) normal aşıan çalışma ücretinden sorumluluk sadece ödünç alana düşecek demektir. Yargıtay'ın hiçbir ayırım yapmadan ödünç alan yanındaki normal aşıan fazla çalışma ücretinden sadece ödünç alanın (normal aşıan çalışmanın fiilen kendisine sunulduğu kişinin) sorumluluk taşıdığını benimsediği görülmektedir.⁴² Yukarıda anılan gerekçelerle buna katılmadığımızı belirtmeliyiz. Nitekim bir başka kararda yasa gereği farklı bir eğilime meyledilmiştir. (9.HD. 26.11.2001, 18986/18590. **Akyiğit**, İş Hukukuna İlişkin Emsal Yargıtay Kararları, 992-993).

İşyerinin devri/işveren değişikliği yaşandığı hallerde de aynı hizmet akdi çerçevesinde değişik zamanlarda ayrı işverenlere sunulmuş normal aşıan çalışmalar bulunabilir. Örneğin işçi (B) 2003'de ve 2004'de işvereni olan bay(A) yanında yılda yüzer saat normal aşıan çalışma yapmış ve fakat ücretini almadan işyerinde işveren değişikliği yaşanmış ve işyeri (S) Anonim Şirketine geçmiştir. Sonra 2005'de işçi (B), (S) nin yanında da 50 saat normal aşıan çalışma yapmıştır. Şimdi, (S) nin yanında yapılan normal aşıan çalışmadan sadece (S) nin sorumluluk taşıyıp (A) nın her hangi bir sorumluluğu bulunmadığı açıktır. Ama acaba önceki işveren (A) zamanında yapılan normal aşıan çalışmanın ücretinden sorumluluk ne olacaktır? Bu noktada Yargıtay 1475 sy. İş K. döneminde önceki işveren zamanında gerçekleşen normal aşıan çalışma ücretinden sadece önceki işverenin sorumlu bulunduğu, sonraki işverenin herhangi bir sorumluluk taşımadığı kanısındadır.⁴³ Ancak, işyerinin aktif ve pasifiyle devralındığı dikkate alınırsa, bu noktada önceki işverenle birlikte yenisinin de sorumlu tutulacağı söylenebilirdi. Kişisel düşüncemiz o dönemde de böyleydi.⁴⁴

Ancak yeni İş Kanunu ile durumun daha net bir hale büründüğü söylenebilir. Şöyle ki;

*İşyerinin bir hukuki işleme dayanılarak kısmen/tümden başkasına geçtiği (işyerinin devri) halinde, devredilen yerde çalışan işçilerin hizmet sözleşmeleri de devirle birlikte tüm hak ve borçlarıyla birlikte yeni işverene (devralana) geçer. (İş K.6/1)

⁴² Bkz. 9.HD.05.11.1998-13340/15611. (**Akyiğit**, İş K. 35-37, 1257) Keza bkz. 9.HD.10.05.2001, 5393/8197; 07.05.2001, 7837/7889. (**Akyiğit**, İş Hukukuna İlişkin Emsal Yargıtay Kararları, 969 ve 975.)

⁴³ Örneğin bkz. 9.HD.18.05.1999-7805/9115. Ayrıca bkz. 9.HD. 27.03.2001, 19228/4898 (**Akyiğit**, İş Hukukuna İlişkin Emsal Kararlar, 993-994).

⁴⁴ **Akyiğit**, İş K. 35-37, 1220.

Dolayısıyla, devirden evvel yaptırılmış normali aşan çalışmaların karşılığında sorumluluk da devralana geçmiştir. Fakat devirden önce doğmuş ve devir tarihinde ödenmesi gereken normali aşan çalışmaların karşılığında devreden işveren'de 2 yıl süreyle devralanla birlikte sorumludur. (İş K. 6/3) Dolayısıyla, işyerini devreden devirle birlikte kendi dönemindeki normali aşan çalışmaların karşılığında kurtulmuş olmamakta, devir tarihinden itibaren 2 yıl süreyle devralanla birlikte işçiye karşı zincirleme sorumluluk taşımaktadır. İlgili işçi devirden önceki normali aşan çalışmaların ücretinden 2 yıl süreyle bunları ister tek tek isterse de birlikte sorumlu tutulabilir. Seçim kendisine aittir. Fakat devrin üzerinden 2 yıl geçtikten sonra sorumluluk yalnızca devralana ait olur ve o dahi ücrete ilişkin zamanaşımı kuralları çerçevesinde sorumlu tutulabilir.

Bu arada dikkate değer şey, devreden ve devralanın 2 yıl süreyle birlikte sorumluluğu çerçevesinde devralanın normali aşan çalışmaların tüm karşılığında (ücret/boş zaman ayırımı yapmadan) sorumluluk taşıyacağı ve fakat devreden (işin doğası gereği) sadece normali aşan çalışmaların ücret olarak karşılığında sorumlu tutulabileceğidir. Çünkü, artık devralana ait bir işyerindeki işçiye devreden (yani artık başka birisinin) gelip de normali aşan çalışmalar karşılığı boş zaman vermeye kalkışması eşyanın tabiatına aykırıdır. Bu nokta tamamen devralanın yönetim hakkına giren bir konudur. Normali aşan çalışmalar karşılığı boş zaman yahut ücret verileceği yönünde devirden evvel geçerli olarak yapılan anlaşmanın devralanı da bağlayacağı ayrıca belirtilmelidir.

İşyerinin kısmen/tümden devri bağlamında normali aşan çalışmaların karşılığında sorumluluk bağlamında yukarıda yapılan açıklamaların, sadece işyerinin hukuki işlemle devrinde değil başka türlü işveren değişikliklerinde de uygulanması beklenir. Kural budur. Fakat işverenin ölümü ve işyerinin miras yoluyla intikalinde ve (yasaya göre yine) tüzel kişiliğin birleşme veya katılma yahut türünün değişmesiyle sona ermesi hallerinde birlikte sorumluluk kuralları uygulanmaz. (İş K. 6/4) Böylesi hallerde artık eski işveren hukuken ve fiilen yok olduğundan bunun mantıklı bir çözüm olduğunu söyleyebiliriz.

Fakat yasa, iflas dolayısıyla malvarlığının tasfiyesi sonucu işyerinin kısmen/tümden başkasına geçmesi durumunda yukarıda anlatılan (birlikte sorumluluk dahil İş K.6 hükümlerinin) kuralların uygulanmayacağını da belirtmektedir. (İş K.6/son fıkra) O halde böylesi olaylarda işyerinin kısmen/tümden başkasına geçmesinden önceki dönemin normali aşan çalışmalarının karşılığında sadece önceki işveren/iflas masası sorumlu olacak, iflas sonucu tasfiye gereği orasını devralan yeni işverense sorumluluk taşımayacaktır.

*İş K. 6 hükmü hukuki işlemle işyerinin kısmen/tümden devri çerçevesinde konuyu ele almaktadır. Fakat devletleştirme/kamulaştırma gibi rıza dışı hallerde sorunun ne olacağına değinmemektedir. Bizce; kamulaştırma ve devletleştirme sonucu yaşanan işveren değişikliği hallerinde sorumluluğun artık devlete/ilgili kamu kuruluşuna geçtiği kabul edilmelidir.

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

Normali aşan çalışma ücretinin ödenmesi gereken zamana gelince; her bir normali aşan çalışma ücreti o fazla çalışmaların geçtiği dönemin ücretiyle birlikte ödenir. Yani ödeme periyodu, normal ücretin ödeme zamanıyla aynıdır. Bu ise "önce iş sonra ücret" kuralı gereğince öncelikle normali aşan çalışmanın yapılmasını ondan sonraysa normali aşan çalışma ücretinin ödeneceğini anlatır. Hatta işin ilginç yanı; işçinin normal ücretinin hizmet sunulmadan peşinin ödeneceği kararlaştırılsa bile (ki Bas. İş K.da bizzat yasa peşin ödeme önermektedir. Bkz. Bas. İş K. 14/1) normali aşan çalışma ücretinin ancak fazla çalışma yapıldıktan sonra ödenmesi gerekir. Zira söz konusu peşin ödeme kuralının, olağan/normal çalışma karşılığı ücreti kapsadığı, gerçekleşip gerçekleşmeyeceği henüz bilinmeyen bir fazla çalışmanın ücretinin de böyle ödeneceği anlamını vermeyeceği düşünülmelidir. Bunun tek istisnası diyebileceğimiz hal, ücretin (örneğin aylık ücretin) o dönemdeki fazla çalışmaların ücretini de kapsar biçimde tespit edilmesidir. Bu konuda bazı çekincelerimiz olduğunu yukarıda belirtmiştik. Ancak hizmet **sözleşmesinin sona erdiği hallerde normal ödeme** zamanı beklenmeden o ana dek hak edilen normali aşan çalışmaların ücretinin de sözleşmenin son bulunduğu tarihte ödenmesi gerekir. (İş K.32/5)

Normali aşan çalışma ücreti de teknik-hukuki anlamda bir "ücret" niteliğiyle, ücrete ait zamanaşımına tabidir. Buna göre normali aşan çalışma ücreti İş K.32/son ve BK. 126/3 uyarınca 5 yıllık zamanaşımına tabidir.⁴⁵ Bu konuda asıl problem zamanaşımının başlangıcı, daha doğrusu hizmet akdi devam ederken zamanaşımının işleyip işlemeyeceği noktasıdır. Yargıtay zamanaşımını dava tarihinden geriye doğru 5 yıllık süre olarak kabul etmekte⁴⁶ ve bunun doğal sonucu ise; hizmet akdi henüz devam ederken bile fazla çalışma ücreti hakkında zamanaşımının işleyeceği olmaktadır. Oysa bu tür çözüm tarzı isabetli gözükmemektedir. Bizce (her ne kadar hizmetçilerin alacakları için öngörülse de) aynı manevi imkansızlık/riziko durumunun İş K.na tabi işçiler için de mevcudiyetinden hareketle BK. 132/4 kuralının burada da uygulanacağı benimsenmelidir. Böylece, işçinin normali aşan çalışma ücreti hakkında (aradan yıllar da geçse) hizmet akdi devam ederken zamanaşımının işlemeyeceği, başlamışsa duracağı, ancak hizmet akdi (nasıl olursa olsun) son bulunduğu tarihten itibaren işlemeye başlayacağı söylenebilecektir. O halde 5 yıllık zamanaşımı, her bir normali aşan çalışma ücretine hak kazanıldığı tarihten değil, akdin sona erdiği tarihten itibaren 5 yıllık süreyi anlatacaktır.⁴⁷ Eğer bu 5 yıllık süre dolmadan işçi aynı işveren yanında yeniden çalışmaya başlarsa, zamanaşımı da duracak, bu hizmet akdi nihayet

⁴⁵ Bu yönde bir uygulama örneği olarak bkz. 9.HD.25.03.1999-4378/6634; 10.09.1990, 12816/374.

⁴⁶ Bkz. 9.HD. 25.03.1999-4378/6634;10.09.1990,12816/374; 12.09.1997, 13852/15203 (Akyiğit, İş K. 35-37, 1247).

⁴⁷ Akyiğit, İş K. 35-37, 1217.

bulduğunda yeniden işlemeye başlayacaktır. Ancak, 5 yıllık zamanaşımı süresi hizmet akdi sona erdikten itibaren işlemiş ve dolmuş, işveren de zamanaşımı def'i ileri sürmüşse; bu durumda işçinin normal aşan çalışma ücreti alacağı reddedilecektir. Buna karşın, zamanaşımı süresi dolsa bile borçlu zamanaşımı savunmasında bulunmamışsa, yargıç alacağın ödenmesine hükmedecektir. Zira zamanaşımı savunması bir itiraz değil "def'i" olup, hakim tarafından kendiliğinden dikkate alınmaz(BK.140). Normali aşan çalışma ücretinin zamanında ödenmemesi durumunda, bunun ödenmesinde gecikilen süre için borçlunun temerrüde düştüğü ve temerrüt faizi ödenmesi gerektiği söylenebilecektir.(BK.102) Ancak, normali aşan çalışma ücretine uygulanacak gecikme faizinin(temerrüt faizinin) ne olacağı noktası bazı somut olgular da dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Zira İş Kanunu genel olarak ücretteki gecikmeye ait bir gecikme faizi getirmekte (İş K. 34) fakat normali aşan çalışma ücretine uygulanacak temerrüt faizi hakkında herhangi bir hüküm içermemektedir. Bu durumda akla gelebilecek bir ihtimal normali aşan çalışmanın ve/veya normali aşan çalışma ücretinin TİS'de düzenlenmemiş olmasıdır. Böyle bir halde işyeri 4046 sayılı Özelleştirme Kanununa tabi olsa da olmasa da bir zamanlar mevcut Geçici Madde 15'deki reeskont faizini geçmeyecek faizle ilgili hüküm 1997'de Anayasa Mahkemesi'nce iptal hükmü 1998'de yürürlüğe girdiği için artık gündeme gelmeyecektir.⁴⁸ Dolayısıyla normali aşan çalışma ve/veya normali aşan çalışma ücretinin TİS'de düzenlenmediği hallerde İş K.34 uyarınca "mevduata uygulanan en yüksek faiz" in gecikme faizi olarak uygulanması gerekir. (9.HD.06.12.2004, 10680/26221)⁴⁹ Eğer normali aşan çalışma ücreti Türk parasıyla ödenecekse faiz de Türk parası mevduata uygulanan faiz olur. Fakat normali aşan çalışma ücretinin dövizle ödenmesi gereken hallerdeyse,(yine yukarıdaki esaslara uygun şekilde diyebileceğimiz) aksine bir anlaşma yoksa, uygulanacak gecikme faizi "Devlet Bankalarının o yabancı para ile açılmış bir yıl vadeli mevduat hesabına ödediği en yüksek faiz oranı"dır (3095sy. K.4/a).⁵⁰ Hükmün açılımı bağlamında sadece "devlet bankaları" nca o yabancı paraya uygulanan bir yıl vadeli mevduat hesabı faizinin en yüksek olanı tespit edilecektir. Devlet Bankası niteliği taşımayan bankaların faizi bizi ilgilendirmediği gibi devlet bankalarında da yalnızca bir yıl vadeli mevduat faizine itibar edecektir. Sözleşmeyle bunun özel bankaların faiz oranlarını da kapsar biçimde tespiti öngörülebilir. Fakat anlaşmayla getirilen oranın yasaca öngörülenden düşük olmaması gerektiğini belirtmeliyiz.

İster Türk Parası isterse dövizle ödeme ve faiz söz konusu olsun, faiz oranları yıllık olarak ele alınacak ve gecikmenin başladığı ilk andan itibaren o anki faiz yıllık süre için uygulanacak, bu yılın bitip izleyen yılın başladığı andaki yıllık oran yine bir yıllık süre için uygulanacak yani faiz oranı her bir yılın başındaki yıllık oran olarak bir yıl

48 4046 sy. K. Geç.Md.15 ve iptali hakkında bkz. **Akyiğit**, Kıdem Tazminatı Faizi, Yargı Dünyası, Mart 1997; 20 vd. **Akyiğit**, Kıdem Tazminatı, Ankara 1999. 791 vd.

49 Yargıtay normali aşan çalışmanın TİS de düzenlendiği hallerde de işletme kredisi faizini (TSGLK.61) reddetmektedir. (9.HD. 24.03.1997, 22177/5677. **Akyiğit**, İş K. 35-37, 1265).

50 Ancak bu faizin genel temerrüt faizinin (3095 sy. K.1 vd.) altında kaldığı hallerde, bizce daha yüksek olan genel gecikme faizinin uygulanması isabetli olur. (Bkz. **Akyiğit**, İş Hukuku, 163 dn. 154.)

boyunca tatbik edilecektir. Yoksa bir yıllık süre içindeki herhangi bir zaman dilimindeki en yüksek faiz oranı olarak algılanmayacaktır.

Faizin ilk başlangıç anı ise temerrüdün gerçekleştiği ilk tarihtir. Bu ise somut olarak şu ihtimallere denk gelebilir.

a)Kural, fazla çalışma ücretinin işçinin normali aşan çalışmasının geçtiği somut dönemin normal ücretinin ödenmesi gereken zamanda ödeneceğidir. İşçi ücretinin bir haftadan az bir aydan fazla olmamak üzere akitle belirlenen tarihte ödeneceği açıktır. (İş K. 32/4; BK. 326). İşte normali aşan çalışma ücreti de böylece belirlenen tarihte ödenmek durumundadır. Genellikle rastlanılan ücretin ve dolayısıyla da o döneme ait normali aşan çalışma ücretinin aylık dönemler itibariyle ödendiğidir. Bu durumda henüz hizmet akdi sona ermemiş olup normal ve normali aşan çalışma ücretinin olağan ödeme periyodu söz konusudur.⁵¹

b)Ancak normali aşan çalışma yapıp henüz olağan ödeme zamanı gelmeden hizmet akdi sona ermişse; Artık yukarıda belirlenen olağan periyodun beklenmesine gerek yoktur ve normal ücret gibi normali aşan çalışma ücretinin de akdin sona erdiği tarihte ödenmesi zorunludur. (İş K. 32/5 ve BK. 326/son fıkra)

İşte normali aşan çalışma ücretinin muacceliyet anı böylece saptanacaktır. Fakat acaba gecikme faizi de yukarıda belirlenen tarihten itibaren yürütülecek midir? Bu noktada muaccel bir borcun borçlusunun alacaklının ihtarıyla (temerrüt ihtarıyla) temerrüde düşeceği yönündeki kuralın (BK. 101/1) tartışılması gerekecektir. Kanımca, anılan tarihlerde ödeme gerçekleşmediğinde ayrıca bir ihtaraya gerek olmadan normal ve normali aşan çalışma ücretinin ödenmesinde temerrüt gerçekleşecektir. Zira akdin sona erdiği hallerde bizzat kanunkoyucu ihtarada bulunmakta; akdin son bulmadığı durumlardaysa olağan ücretin ve dolayısıyla da çalışma ücretinin ödeneceği tarih birlikte (müttefikane) belirlenmişse her iki halde de ayrıca temerrüt ihtarına ihtiyaç bulunmamaktadır. (BK.101/2).

Sonuçta, normali aşan çalışma ücretinin yukarıda belirlenen tarihte muaccel (ödenmesi gerekli) hale geleceği ve o tarihte ödenmediğinde ayrıca bir ihtaraya gereksinim duyulmadan borçlunun temerrüde düşeceği, gecikme faizinin de yine bu tarihten başlayarak yürütüleceği belirtilmelidir.⁵²

Normali aşan çalışmaların ücretinin ödenmesi gereken tarihten itibaren mücbir sebep olmadan 20 gün geçtiği halde ödenmemesi durumunda ilgili işçi(ler) çalışmaktan

⁵¹ Öğretide bir görüş, fazla çalışma ücretinin doğduğu tarihten 20 gün geçtikten sonra (21.gün) muaccel olacağı yönündedir. (Demir, 104) Ücretteki gecikme nedeniyle çalışmaktan kaçınma kuralından (İşK. 34) etkilenen bu tutuma katılmıyoruz.

⁵² Tüm bu konularda bkz. Akyiğit, İşK. 35-37, 1222-1223

kaçınma hakkını (İşK.34) kullanabilir(ler)⁵³ Keza bu yüzden sözleşmeyi haklı fesih imkanı da mevcuttur. (İşK.24/II-e).

2- NORMALİ AŞAN ÇALIŞMALARIN KARŞILIĞININ SERBEST ZAMAN OLARAK SEÇİLMESİ'ne gelince; Bilindiği üzere 1475 sy. İşK. döneminde katı iş süreleri anlayışı yüzünden, fazla çalışmaların karşılığının ücret (para) olacağı anlayışı hakimdi ve ücret yerine serbest zaman verilmesi olgusu çeşitli ülkelerin⁵⁴ aksine bizde yasada açıkca düzenlenmediğinden çeşitli tartışmalara yol açmıştı.⁵⁵ Ancak 4857 sy. İş Kanunu (İş K.41/4.5) ve ona dayanılarak çıkarılan Yönetmelik (FÇY.6) getirdiği hükümlerle normali aşan çalışmaların karşılığının hep ücret olacağı esasını terk ederek işçi isterse bunlara karşılık serbest zaman verileceğini açıkça öngörmüştür. Böylece 10.06.2003'den itibaren artık Türk hukukunda da işçinin gerek fazla çalışmaları ve gerekse de fazla sürelerle çalışmalarını karşılığının ilgili işçinin isteğine bağlı olarak para yerine serbest zaman olarak ödenmesi mümkün ve geçerlidir. Normali aşan çalışmalar karşılığı serbest zaman tanınmasıyla ilgili olarak şunlar söylenebilir;

⁵³ Fazla bilgi için bkz. **Akyiğit**, Ücreti Geciken İşçinin Çalışmaktan Kaçınması, Legal ISGHD. 2005/5, 15-26.

⁵⁴ Fazla çalışma karşılığının hep ücret mi olacağı hususuna gelince, işçilere daha fazla serbest zaman tanınması düşüncesinden hareketle çeşitli yabancı ülkelerde fazla çalışma karşılığının zamlı ücret olarak değil de boş/serbest zaman tanınması yoluyla yerine getirilmesi mümkün görülmektedir. Örneğin, bu konudaki İsviçre Borçlar Kanunu hükmüne göre " İşveren işçinin de rızasıyla fazla saatlerle çalışmayı uygun bir müddet içinde asgari eşit süreli serbest zamana da denkleştirebilir". (OR.Art.321.c/2) Alman hukukunda mevcut bir yasa hükmü bulunmamakla birlikte uygulamada fazla saatlerle çalışmanın tanınacak serbest zamanda denkleştirileceği yönünde TİS hükümleriyle karşılaşmakta ve serbest zamanla denkleştirmenin düzenlenmesinin hakkaniyete (BGB § 315) uygun bulunması aranmaktadır. Fazla bilgi için bkz. **Streiff/Von Kaenel**, Art.321.c.N.11; **Rehbinder**, BernK. Art.321.c.N.8.vd;**Rehbinder** Arbr.47.Ancak böyle bir anlaşma bulunmadığında ise aksine bir açıklık yoksa fazla saatlerle çalışma ücreti %25 zamlı ödenir (O.Art 321.c/3). Buradaki " uygun zaman ibaresinin ise azami 14 haftalık süreyi ifade ettiği belirtilmektedir" (Bkz.**Rehbinder (Honsell/Vogt/Wiegand)** Art. 321.C.N.2). **Schaub**, HDB. 69, 486 ve uygulamadan bir örnek olanaksa Bkz. BAG.U.v.17.01.1995-3 AZR 399/94.

⁵⁵ Sorunun eskiden Türk hukukunda da ortaya çıktığı ve çeşitli çözüm önerlerinin sunulduğu görülmektedir. Şöyle ki, çeşitli kararlarına konu olaylar vesilesi ile soruna eğilen Yargıtay henüz fazla çalışma yapılmadan (9.HD.04.12.1995,3626/3524) getirilecek bir sözleşme (hizmet akdi/ TİS) hükmüyle, fazla çalışılan süreye karşılık fazla çalışma ücreti yerine fazla çalışma süresinden az olmayan bir serbest zaman verilmesi yoluna gidilebileceği kanısında idi (9.HD.19.12.1985,11894/1225). Öğretide de buna katılanlar vardı. (**Günay**, II, 1603). Ancak çoğunluk oluşturduğu söylenebilecek sayıda yazar "haftalık iş sürelerinin iş günlerine eşit olarak bölüneceği ve kanunda yazılı günlük çalışma süresini aşan çalışmanın fazla çalışma sayılacağı" gerekçesiyle yukarıdaki anlayışa karşı çıkmakta idi. Bir başka hukukçu ise konuyla ilgili bir Yargıtay kararını tartışmaya açık ve ilginç olduğunu belirtmekte idi. Şüphesiz tartışmaya neden olan şey fazla çalışma karşılığının her bir fazla çalışılan saat için yüzde elli zamlı ücret olarak verileceğini belirten yasal düzenlemelerdi (İş K.35/c ve FÇT.2/4). Her ne kadar anılan hükümlerdeki " Ücret ödenir" anlamındaki sert ifadeler bundan ayrılmayı mümkün kılmayacak gibi gözükmekdeyse de Yargıtay'ın söz konusu bertaraf eden anlayışı yabana atılacak gibi değildi. Fakat bizce normal çalışmaya nazaran %50 zamlı ücret ön gören düzenlemenin amacı, işçiye fazla çalıştığı saatlerin en az %50 daha fazlalık taşıyan bir serbest zamanın tanınmasını gerekli kılarıdı (**Akyiğit**, İşK.35-37,1216-1217 ve orada anılanlar)

1. Normali aşan çalışma karşılığı tanınacak serbest zamanın miktarını en az miktarlar olarak yasa ve yönetmelik belirlemiştir (İş K.41/4 ve ÇSY.6/1). Ancak boş zamanın miktarı yapılan normali aşan çalışmanın niteliğine bağlıdır. Öyle ki,

a) Fazla çalışmalarda fazla çalışmanın her bir saati için tanınacak serbest zaman en az 1 saat 30 dakikadır,

b) Fazla sürelerle çalışma halindeyse bunun her bir saati için verilmesi zorunlu serbest zaman en az 1 saat 15 dakikadır. (İş K. 41/4, FÇY.6/1).

Dolayısıyla normali aşan çalışmaların serbest zaman olarak karşılığında da (tıpkı zamlı ücrette olduğu gibi) %25 ve %50 zamlı ödeme muhafaza edilmiştir. Ancak bunlar işçiye tanınacak en az süreler olup istenirse sözleşmelerle artırılabilir, fakat azaltım geçerli görülmez.⁵⁶ Hatta normali aşan çalışmaların ücretini artırmanın serbest zamanın da; serbest zamanı artırımına ücretin de artırıldığı anlamını vereceği söylenebilir.⁵⁷

2. Normali aşan çalışma karşılığının serbest zaman olarak verileceği durumlarda, her şeyden önce, işçinin bu yönde bir isteğinin bulunması zorunludur (İş K.41/4). Bizim yasa, bu noktada tarafların anlaşmasını aramak yerine sadece işçinin isteğini gerekli ve yeterli görmüştür. O halde, işçinin talebi yoksa işveren işçiye serbest zamanı kabule zorlayamaz, fazla çalışmanın karşılığını ücret olarak ödemek zorundadır. Serbest zaman isteğinin tüm normali aşan çalışmayı kapsamaya mümkün olduğu gibi onun bir kısmının serbest zaman diğer kısmınınsa ücret olarak ödenmesi talebinin de geçerli olacağı kanısındayız. İşverenin de böyle bir talebe karşı çıkması uygun düşmez. Zira, anılan karşılığın tümünü ücret yada boş zaman olarak isteme hakkına sahip olan işçinin, bunun bir kısmının boş zaman olarak isteyip alması işin doğası (çok içinde az vardır kuralı) gereği mümkündür. (Bunun ancak bir anlaşmayla mümkün olacağı yönünde bkz. **Demir**, 102)

3. Serbest zaman isteğinin zamanına (ne zaman yapılacağına) gelince, gerek yasa ve gerekse yönetmelik bu konuda kesin ve açık bir hüküm taşımamaktadır. Ancak hem yasa, hem de yönetmelikteki "fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma yapan işçi isterse" deyimini (İş K.41/4 ve FÇY.6/1) sanki bu isteğin her bir normali aşan çalışma yapıp onun karşılığına hak kazanıldıktan sonra yapılabileceği anlamını verir gibidir. Fakat böyle bir yorumun çok katı olduğunu düşünüyoruz. Bizce serbest zaman isteğinin her bir dönemin normali aşan çalışması başlarken yapılması kadar her bir normali aşan çalışmanın bitiminde de yapılması mümkündür. Bununla birlikte işçinin serbest zaman yönündeki isteğini, en geç o fazla çalışmanın karşılığı ödenmeden yapması beklenir. Fakat daha baştan (hizmet sözleşmesi yapılırken) ücret yerine hep serbest zaman talep edileceği yönünde konulan kaydın geçerli olamayacağını düşün-

⁵⁶ **Akyiğit**, İş Hukuku, 285. **Soyer**, Fazla Saatler, 802.

⁵⁷ Kismen bu anlamda **Eyrenci/Taşkent/Ulucan**, Karşı görüş olarak bkz. **Soyer**, Fazla Saatler, 802.

yoruz.⁵⁸ Yine, ücret yerine serbest zaman verileceğine dair TİS de yer alan hükmün de işçiyi bağlayıp bağlamayacağı tartışmaya açıktır. Ancak bağlamayacağı eğiliminin ağır bastığı söylenebilir. Gerçekten de işçinin normal aşan çalışmaları karşılığını hep ücret veya hep boş zaman olarak istemeyeceğini peşinen öngören bir tek taraflı irade beyanının veya sözleşmenin geçerlilik taşıyacağını sanmıyoruz.⁵⁹ Zira böyle bir anlaşma, içeriğine göre normal aşan çalışma karşılığının ya ücret olarak ödenmesinden ya da boş zaman olarak ödenmesinden peşinen vazgeçtiği anlamına gelir ki, buna imkan tanımak isabetli gözükmez. Ancak işçi isterse buna uyabileceği gibi isterse de her bir normal aşan çalışmayı yaptıktan ve karşılığına hak kazandıktan sonra somut ve münferit bu çalışmanın karşılığını belirleyebilir. Kanımca, TİS taraflarının işçilerin normal aşan çalışmaları karşılığının ne olacağı yönünde düzenleme getirme yetkileri ise mevcut değildir. Zira bu husus, her bir işçinin özel alanına girer.⁶⁰

4) Normali aşan çalışmalar karşılığı serbest zaman isteğinin yapılaş biçimi noktasında yasa her hangi bir hüküm içermezken yönetmelik bunun işverene yazılı başvuru şeklinde gerçekleşeceğinden söz etmektedir. (FÇY:6/1) Bununla birlikte kişisel düşüncemiz bunun bir geçerlilik şekli olmadığı, serbest zaman isteğinin (sorun halinde kanıtlanabilmek koşuluyla) yazılı veya sözlü olarak da yapılabileceği yönündedir. Fakat işverenlerin ileride sorunla karşılaşmamak veya karşılaştığında kolayca kanıtlayabilmek için işçilerin bu isteklerini imzalarını taşıyan bir yazılı belgeye yansıtması yararına olur. Aksi halde normali aşan çalışmanın karşılığının ücret olduğu kuralı uygulanacağından, bunun aksini iddia edenin ispatlaması gerekir.

5) Normali aşan çalışması karşılığı tümünden/kısmen boş zaman olarak ödenmesinin ilgili işçi bakımından yılda bir defa olacağı söylenemez. O isterse her normali aşan çalışmanın karşılığını böylece isteyebilir.

6) Sonuçta, serbest zaman isteği (yazılı/sözlü) geçerli biçimde yöneltildiğinde yasa, işverene bunu reddetme imkanı vermemiş gözükmektedir. Bu durumda, hak ettiği serbest zamanın 6 ay içinde ve çalışma sürelerinde, ücretinde kesintiye gidilmeden, işçiye kullandırımı gerekir (İş K.41/5). Buradaki 6 ayın, serbest zamana hak kazandıran çalışmanın yapıldığı tarihten mi yoksa o çalışmayı da içeren dönemin ücretinin ödeneceği tarihten mi başlatılacağı tartışılabilir. Bize, son olasılık daha doğru gözükmektedir.⁶¹

⁵⁸ Krş. **Eyrenci/Taşkent/Ulucan**, 171-172.

⁵⁹ **Akyiğit**, İş Hukuku, 286. **Eyrenci/Taşkent/Ulucan**, 171-172. Krş. **Demir**, 102.

⁶⁰ **Akyiğit**, İş Hukuku, 286 ve aynı yönde **Soyer**, Fazla Saatler, 802.

⁶¹ **Akyiğit**, İş Hukuku, 286.

*Boş zamanın kullandırılması gereken yasal 6 aylık süre azami bir süre olup anlaşmayla bunun aşılması mümkün değildir⁶² ama kısaltımı, pekala mümkün ve geçerlidir⁶³. Keza anlaşmayla kısaltılan bu sürenin (toplamda üst sınır olan 6 ayı aşmamak üzere) 6 aylık üst sınıra varana dek bir süre artırımını mümkündür. Örneğin, 6 aylık süre sözleşmeyle diyelim 4 aya düşürmüş olsun; istemiyorsa yine bir/birkaç anlaşmayla bunun 5 veya 6 aya çıkarılması mümkündür. Fakat 6 aylık üst süreyi sonuçta aşan anlaşmalara geçerlilik tanınmamalıdır. Aksine tutumun, işvereni idari para cezasıyla baş başa bırakacağı gibi işçiye böyle bir uygulamadan kaçma ve hatta sözleşmeyi feshetme hakkı da verir (İş K.24/II-e, f).

6 aylık süre içinde henüz kullanıma gidilmeden işçinin boş zaman isteğinden işverenle anlaşarak vazgeçmesi ve bunu paraya çevirmesi her zaman mümkündür. Ancak tek taraflı olarak vazgeçme işvereni sıkıntıya sokmayacaksa/dürüstlük kuralına aykırı düşmeyecekse düşünülebilir.

6 aylık sürenin somut hangi diliminde serbest zamanın kullandırılacağı (aksine bir sözleşme yoksa) işverence belirlenir. Şüphesiz, bu belirlemenin dürüstlük kuralına (M.K.2) uygun olması beklenir.⁶⁴ Nitekim yönetmelik bu anlamı verircesine serbest zaman somut kullanım tarihinin " işin ve iş yerinin gereklerine uygun olarak" işverence belirleneceğinden söz etmektedir (FÇY.6/2). Ancak belirlenen sürede bunun aralıksız olarak ve iş günlerinde kullandırımı zorunludur.⁶⁵ Yasa ve/veya sözleşmeyle getirilen izin ve tatil günlerinde serbest zaman kullandırılmaz. (FÇY.6/3). Zira o günlerde işçi zaten başka bir sebeple serbesttir.

İşveren 6 aylık sürede serbest zamanı kullandıramazsa, işçinin kendiliğinden kullanıma kalkması (buna imkan veren bir sözleşme yoksa) hukuka uygun gözükmez. Süresinde bunu kullandırmayan işveren bir miktar idari para cezasıyla karşılaşır (İşK.102/c). Fakat sürenin geçmesi, işçinin normal aşan karşılık alma hakkını kaybet-tiremez. Olsa olsa, o tarihten sonra serbest zamanın ücrete dönüştüğü ve ücret olarak ödeneceği söylenebilir.⁶⁶ Hatta böyle bir durumda işverenin normal aşan çalışma ücretinin ödenmesi gereken normal ödeme tarihinden itibaren bu ücreti ödemede geciktiği ve böylece gecikme faizinin gündeme gelebileceği de söylenebilir.

⁶² Krş. **Soyer**, İş Kanunu Tasarısının Çalışma Süresinde Esneklik Sağlayan Düzeltmeler (Yeni İş Yasası Semp.) İstanbul 2003, 193 fakat krş. **Soyer**, Fazla Saatler, 802. **Mollamahmutoğlu**, İş Hukuku, 698.

⁶³ **Soyer**, Fazla Saatler, 803.

⁶⁴ Öğretideki bir anlayışa göre ise hak ettiği serbest zamanı ne zaman ve nasıl kullanacağını belirleme yetkisi işçiye aittir. Bunu işveren tek taraflı belirleyemeyeceği gibi önceden sözleşmelere bu yönde hüküm de konulamaz. (**Eyrenci/Taşkent/Ulucan**, 172.) Bu eğilimin isabetli olmadığını düşünüyoruz. (Aynı yönde bkz. **Soyer**, Fazla Saatler, 802 dn. 28.)

⁶⁵ Aralıksız kullandırım zorunluluğunun isabetli düşmediği yolunda bkz. **Soyer**, Fazla Saatler, 804.

⁶⁶ **Akyiğit**, İş Hukuku, 287. **Demir**, 102. Öğretide yasal 6 aylık süre aşıldıktan sonrada serbest zaman kullandırılabilirliği yolunda bir eğilim mevcuttur. (Bkz. **Soyer**, Yeni Yasa 193 ve **Soyer**, Yeni Kanun, 29. ile **Mollamahmutoğlu**, İş Hukuku, 698)

Normali aşan çalışmayla ilgili uyuşmazlık çıktığında; normali aşan bir çalışma yaptığını ilgili işçinin kanıtlaması gerekirken, bunun karşılığının ödendiğini de işverenin ispatlaması icap eder. Fazla çalışma iddiasının hayatın olağan akışına aykırı gözük-tüğü hallerde onun toplam tutarından bir miktar hakkaniyet indirimi yapılmaktadır. (9.HD.27.10.2004,8455/24242)

Normali aşan çalışmaların karşılığının ücret yerine serbest zaman olarak da verilebileceğiyle ilgili önemli bir başka nokta; Serbest zaman şikkını seçen işçinin henüz bunu kullanmadan sözleşmesinin son bulması halidir. Bizce de böyle bir halde hiç veya kısmen kullanmadığı serbest zaman yerine onun zamlı tarifeden ücretinin ödenmesi zorunludur. Üstelik bunun için sözleşmenin nasıl sona erdiği de önemli değildir.⁶⁷ Ancak ödenecek zamlı ücret, anılan normali aşan çalışmanın yapıldığı anda-ki ücrete göre belirlenir, sözleşmenin sonbulma tarihindeki ücret baz alınmaz.

7) Serbest zaman tanınmasıyla ilgili ilginç bir husus, yasanın bununla ilgili hükümlerinin olağan normali aşan çalışmada (İş K.41'de) yer aldığı; olağanüstü ve zorunlu nedenle normali aşan çalışmaların karşılığı bakımından yalnızca ücretle ilgili hükümlere (İş K. 41/1,2,3) yollama yapıldığıdır. (İş K. 42/2 ve 43/2) Bundan hareketle serbest zamanın zorunlu nedenle ve olağanüstü normali aşan çalışmalarda uygulan-mayacağını ileri sürmek mümkündür. Fakat bunun mantıki bir gerekçesi mevcut değildir.⁶⁸ Bu yüzden anılan tür normali aşan çalışmalarda da uygulanabilir, kanısın-dayız.

IV. NORMALİ AŞAN ÇALIŞMA KARŞILIĞININ ÖDENMEMESİ DURUMU

Fazla çalışma ve /veya fazla sürelerle (kısacası normali aşan) çalışmanın karşılığının ödenmemesi halinde işçi ücret şikkını seçmişse ücreti gereğince ödenmediği gerekçesiyle (İş K.24/II-e) fakat boş zamanı seçmişse de çalışma koşulları uygulanmadığı gerekçesiyle (İş K.24/II-f) hizmet sözleşmesinin haklı olarak feshede-bilir. Keza feshe gitmek yerine işverenin bundan sonraki olağan normali aşan çalışma tekniğini reddedebilir. Buna karşın işverenin, öncekilerin karşılığını ödemediği yeni bir olağan normali aşan çalışma teklifinde bulunması kural olarak hakkın kötüye kullanımı sayılamaz. Zira bu ihtimalde işçi kabul etmezse zaten onun normali aşan çalışmaya zorlayan bir husus yoktur. Fakat işçinin hiç rızasını gerektirmeyen (zorunlu olağanüstü) bir normali aşan çalışma yahut rızanın önceden TİS ile beyan edildiği olağan bir nor-mali aşan çalışma teklifinde bulunulsaydı, öncekilerin karşılığı ödenmeden yapılan bu teklif dürüstlük kuralına aykırı düşebilirdi. Uygulamada Yargıtay gerekli ayırım ve ihti-mallere değinmeden genel bir ifadeyle, önceki fazla çalışmaların ücreti ödenmeden yenisi için teklifte bulunmayı hakkın kötüye kullanımı saymaktadır.⁶⁹

⁶⁷ Bu yönde **Eyrenci**, 4857 sy. İş Yasasında Ücret ve İşin Düzenlenmesi İle İlgili Düzenlemeler (25-29 Hzn 2003, Çeşme Semineri) 158 ve **Soyer**, Fazla Saatler, 804.

⁶⁸ **Soyer**, Fazla Saatler, 804.

⁶⁹ Nitekim Yargıtay'a göre; **Somut uyuşmazlıkta, davalı işverenin davacıdan geceleyn fazla me-**

Normali aşan çalışma karşılığının ücret olarak ödeneceği hallerde hiçbir sebep bulunmadan 20 gün geçmesine rağmen bunun ödenmemesi, işçiye işgörmekten kaçınma hakkı verir. (İşK.34) Ancak karşılığın serbest zaman olarak seçilmesi durumunda bu imkan mevcut değildir.

V. NORMALİ AŞAN ÇALIŞMAYA İLİŞKİN HÜKÜMLERİN NİTELİĞİ

Yasanın normali aşan çalışmalarda (yani fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma ile) ilgili tanım hükmü mutlak emredici bir niteliğe sahiptir. Bundan dolayıdır ki yasanın fazla çalışma diye tanımlandığı olguyu sözleşmeyle fazla sürelerle çalışma yahut normal çalışma saymak gibi normal yahut fazla sürelerle çalışma kabul ettiği bir çalışmayı da fazla çalışma saymak mümkün değildir. Fakat istenilirse fazla sürelerle çalışmanın karşılığını sözleşmeyle fazla çalışmanın karşılığı derecesine veya daha üst düzeye çıkarmak mümkün ve geçerlidir. Hatta fazla çalışmanın karşılığını da yasal düzeyden daha üst seviyeye çıkarmak mümkündür. Buna karşın gerek fazla çalışmanın ve gerekse fazla sürelerle çalışmanın karşılığını yasaca öngörülenden aşağıya düşürmek geçerli olmaz. Kısacası normali aşan çalışmaların (fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışmanın) tanımına ilişkin hüküm (İşK.41/1.3 ve FÇY3/a,b) mutlak emredici olup işçi lehine aşılamazken, bunların karşılığına ilişkin hükümlerinin (İş K.41/2-5 ve FÇY. 4,6) nispi emredici olduğu ve işçinin lehine sözleşmelerle aşılabileceğini söyleyebiliriz.

saiye kalmasını istediği, ancak davacının bunu kabul etmeyerek işyerinden ayrıldığı anlaşılmaktadır. Aksi sabit oluncaya kadar geçerliliği söz konusu olan BÇM müfettiş raporunda, davacının davalıya ait iş yerinde fazla mesai yaptığı ve fazla mesai ücretlerinin ödenmediği saptanmıştır. Fazla mesai ücreti ödenmediğine göre, davacıdan fazla mesaiye kalmasının istenmesi hakkın kötüye kullanımudur. Davacının, fazla mesai ücretleri ödenmediği için iş sözleşmesini feshettiği kabul edilmelidir. Zira 1475 sayılı İş Kanunununun 16/2-d maddesi uyarınca "ücretlerinin kanun hükümleri veya iş sözleşmesi şartları gereğince ödenmemesi" işçiye haklı fesih hakkı verir. İşçinin iş sözleşmesini haklı feshettiği durumlarda kıdem tazminatı hüküm altına alınmalıdır. Mahkemece yazılı şekilde, davacının devamsızlık yaptığı ve fesih bu nedenle haklı olduğu gerekçesi ile kıdem tazminatı isteğinin reddi hatalıdır." (9.HD.11.10.2004,25131/22821)