

TELAFİ ÇALIŞMASI

Prof.Dr. Ercan AKYIĞIT(*)

I. GİRİŞ

Normal iş süreleriyle çalışan bir işçinin o hafta veya dönem içinde çeşitli nedenlerle ve bazen kendi isteğiyle bazense isteği dışında çalıştırılmadığı süreler bulunabilir. Bu dönemin (günlerin) ücreti hiçbir kesintiye gitmeden ödenirken anılan süreler sanki çalışılmış gibi hesaba katılır. Fakat aslında normal zamanında çalışılmayan bu sürelerin daha sonra uygun bir şekilde çalışılarak o döneme ait iş görme borcunun yerine getirilmesi, deyim yerindeyse giderilmesi gerekir. İşte böyle bir kurum, 4857 sy. İşK.'nın 64 üncü maddesinde ve Çalışma Süreleri Yönetmeliği'nde (ÇSY.7) "telafi çalışması" adıyla düzenlenmiştir¹.

II. TELAFİ ÇALIŞMASI KAVRAMI

Yukarıda da değinildiği üzere işçilerin bazen çeşitli nedenlerle normal iş süresi içinde çalışmadığı/çalıştırılmadığı süreler (saatler, günler) olabilir. Bu çalışmama (çalıştırılmama) bir tatile vs. de dayanmadığından, ileride uygun bir zamanda o kadar süre çalışılarak çalışılmayan o sürenin telafi edilmesi gerekir. İleriki dönemde o günün/haftanın normal iş süresi üstünde çalışılarak telafi edilen bu süre, (çalışıldığı haftada/dönemde) normal aştan bir çalışma olarak görülmez. Zira bu, geçmiş dönemde yapılması gerekirken şimdiye ertelenen bir normal çalışmadır. Bu yüzden ileride görüleceği üzere telafi çalışması için zamlı ücret ödenmesi söz konusu değildir. İşte buna "telafi çalışması" (Ersatzarbeit) adı verilir² ve uygulamada bazı ihtiyaçları giderdiği görülür. Şimdiye dek bizde düzenlenmeyen ama uygulamada yasaya aykırı biçimde yaşandığı bilinen³ telafi çalışması ilk kez 4857 sy. İşK. ile hukukumuzda girmiş

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

¹Bizdekine genelde paralel fakat kimi yönleriyle ayrılan bir telafi çalışması (Ersatzarbeit) kurumuna İsviçre hukukunda da yer verildiği görülür. Gerçekten de İsviçre İş Kanunu (AG. Art. 11, 48) ve bu yasaya ilişkin olarak çıkarılan "1 No. lu Tüzük" (VO1. Art. 39) konuyla ilgili düzenlemeler içermektedir

²Öğretide işçinin ileride çalışmayacağı sürenin iş görme edimini daha önceden çalışması ve sonrasında da günü gelince çalışmamasını da telafi çalışması olarak ananlar vardır. (Bkz. P. Sover, İş Kanunu Tasarısının Çalışma Süresinde Esneklik Sağlayan Düzeltmeler, (Yeni İş Yasası Semp.) İstanbul 2003, 195. F. Sarıtaşoğlu, Telafi Çalışması, Harb-İş D., Şubat 2004, 45. Keza bkz. ve krş. F. Demir, Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, İzmir 2003, 107. M. Ekonomi, Telafi Çalışması, Legal İSGHD. 2004/4, 1257). İsviçre hukukundan etkilenen bu eğilimin caiz görülüp görülemeyeceği tartışması bir yana, buna telafi çalışması yerine "telafi edici dinlenme" yahut "telafi edici boş zaman" demek daha doğrudur ve bizdeki yasal sisteme uygun değildir. Aslında İsviçre İş Kanunundaki hüküm incelendiğinde de telafi çalışmasının yasada sayılan nedenlerle işin durması veya işçinin isteğiyle izin verildikten sonra bunun uygun bir sürede giderimi (denkleştirimi) biçiminde gerçekleşeceği anlaşılır (AG. Art. 11). Fakat bu yasaya dayanarak çıkarılan "İş Kanununa İlişkin 1 No. lu Tüzük" (VO1) te kaybolan çalışma süresinin denkleştirimi kenar başlığı altında, telafi çalışmasının işin durmasından önce veya sonra yapılabileceğinden söz edilmektedir (VO1. Art. 39/1). Şüphesiz bu tutumun isabet derecesi İsviçre'nin problemidir. Ancak bizde hem 4857 sy. İş Kanunu (İşK. 64) ve hem de konuyla ilgili hüküm içeren Yönetmelikte, telafi çalışmasına ilişkin hükümlerin paralellik taşıdığı ve telafi çalışmasının işin durdurumu veya işçiye izin verilmesinden sonra (yani önce boş zaman sonra bunu giderici çalışma biçiminde) gerçekleşeceği anlaşılmaktadır.

³Bkz. E. Akyiğit, (1475 sy.) İş Kanunu Şerhi, Ankara 2001, Md. 61, 1390. Akyiğit, (Yeni Mevzuata Göre Hazırlanmış) İş Hukuku, Ankara 2003, 271. Evrenci/Taşkent/Ulucan, Bireysel İş Hukuku, İstanbul 2004, 179.

bulunmaktadır (İşK.64). Keza (kısaca Çalışma Süreleri Yönetmeliği diye anacağımız) İş Kanununa İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği'nde de konuyla ilgili bir maddeye yer verilmiştir (ÇSY. 7). İşte yasanın ve yönetmeliğin bu düzenlemelerini de dikkate alarak telafi çalışması kurumunu şöylece inceleyebiliriz.

III. TELAFİ ÇALIŞMASININ KOŞULLARI

Yukarıda sözü edilen yasa (İşK. 64) ve yönetmelik (ÇSY. 7) hükümleri incelendiğinde hukuka uygun bir telafi çalışmasından söz etmenin şu koşulların gerçekleşmesine bağlı olduğu görülür.

1. 4857 Sy. İşK. na Tabi Bir Hizmet Sözleşmesiyle Çalışma Bulunmalıdır:

Telafi çalışması bireysel iş hukukunu düzenleyen tüm yasalarda değil sadece 4857 sy. İşK. da düzenlendiğinden (İşK. 64) ve İşK. hükümleri de kural olarak sadece 4857 sy. İşK. na giren işyerlerinde (iş ilişkilerinde) uygulanacağından (İşK. 1/ 2, 3), 4857 sy. İş Kanununa tabi olmayan bir işyerinde ve iş ilişkisinde (İşK. 4) telafi çalışmasına ilişkin hüküm (İşK. 64 ve ÇSY. 7) kendiliğinden uygulanamayacaktır. Ancak, yapılacak bir sözleşme (TİS veya hizmet sözleşmesi) ile diğer iş yasaları bağlamında da İşK. dakiyle paralel yahut farklılıklar içeren bir telafi çalışmasının gündeme gelebilip gelemeyeceği tartışmaya açık bir konudur. Öyle ki; çalışma süreleriyle ilgili olarak günlük ve/veya haftalık çalışma süresi bakımından herhangi bir hüküm içermeyen Borçlar Kanunu açısından, sözleşmeyle telafi çalışması getirilmesinin mümkün ve geçerli olduğunu düşünüyoruz. Buna karşın çalışma sürelerini günlük ve haftalık olarak düzenleyen ve bunu aşan biçimde yapılan çalışmayı (bilhassa günlük sınırı aşan çalışmayı) fazla çalışma sayan Basın İş Kanunu (BasİşK. Ek md. 1) ve Deniz İş Kanunu (DenİşK. 26-28) çerçevesinde, telafi çalışmasının sözleşmeyle de olsa gerçekleşmeyeceği sonucuna varılabilir. Üstelik Deniz İş Kanunu'nun haftalık çalışma süresinin çalışılan günlere eşit dağılımını öngören hükmü de önemlidir. Kısacası bu iki yasa kapsamında çalışma süreleri ve günlük çalışma süresini aşan çalışmanın da fazla çalışma sayılması biçimindeki düzenlemeler, bu yasaların iş süresine bakışının sertliğini ve telafi çalışmasının bunlarda sözleşmeyle bile gerçekleşmeyeceğini anlatır gibidir⁴.

Telafi çalışmasının gündeme gelebilmesi için iş ilişkisinin 4857 sy. İşK. na tabiliği sağlandıktan sonra bu ilişkinin tam veya kısmî süreli⁵, belirli yahut belirsiz süreli veya ödünç olarak çalışmayı öngörmesi telafi çalışmasına engel değildir. Hatta yasa

⁴Ancak Deniz İş Kanunu bakımından bazı işçilere DenİşK. nın iş sürelerine ilişkin hükümlerinin uygulanmayacağı bizzat yasada dile getirildiğinden (DenİşK. 27), işte bu gruba giren işçilere sözleşmeyle telafi çalışması getirilebilmesi mümkün ve geçerlidir, denilebilir.

⁵Yalnız kısmî süreli çalışmada, faaliyetin durması yahut işyerinin tatil edilmesi veya talebi üzerine işçiye izin verilmesi hallerinde telafi çalışmasına gidilebileceği tartışmadan uzaksa da, "çalışma süresinin önemli ölçüde azaltımı" nedeniyle telafi çalışmasının gündeme gelmesi biraz tereddüde açık gözükmemektedir. Zira kısmî süreli çalışma zaten işyerindeki normal haftalık tam çalışma süresinden önemli ölçüde daha az çalışmadır (İşK. 13/1 ve ÇSY 6). Soruna ileride tekrar değinilecektir.

telafi çalışmasıyla ilgili hükmü (İşK. 64) dışlamadığından, hizmet sözleşmesinin sürekli veya süreksiz işte çalışmayı öngörmesi dahi o ilişkide telafi çalışmasına gidilmesine mani değildir (İşK.10).

2. Telafi Çalışmasını Gerektiren Bir Olgu Bulunmalıdır: Konuyla ilgili hükümler incelendiğinde telafi çalışmasının (sınırlı sayım ilkesine tabi olmaksızın) bazı olgulara bağlı olarak gerçekleşebileceği anlaşılmaktadır⁶.

Gerçekten de bizde telafi çalışmasının gündeme gelebilmesi için "zorunlu nedenlerle işin durması" veya "ulusal bayram ve genel tatil öncesi yahut sonrası işyerinin tatil edilmesi" yahut "benzer nedenlerle işyerindeki normal çalışma sürelerinin önemli ölçüde altında çalışılması yahut tümünden çalışmanın tatil edilmesi" veyahut da böyle herhangi bir şey aranmaksızın "işçinin talebi ile kendisine izin verilmesi" hallerinden birinin varlığı zorunludur (İşK. 64/1, ÇSY. 7/1)⁷.

O halde telafi çalışmasının yukarıda değinilen ve aşağıda ayrıntısı sunulacak olan nedenlerden biri sonucu, normalde o sürelerde yapılacak çalışmanın "hiç yapılmayarak tümünden veya normalden önemli ölçüde az çalışılarak" kısmen ileriki bir tarihe ertelenmesini gerektirdiği açıktır. İşte şimdi o güne/günlere ait çalışmanın (çalışma borcunun) ifasının tümünden veya kısmen ileriki bir tarihe işverence (işçinin isteğiyle izin verilmesi hali dışında) tek yanlı olarak ertelenmesine gerekçe gösterilen olguları tek tek incelemeye kalkıştığımızda şunları söyleyebiliriz.

• Telafi çalışmasına dayanak olabilecek ilk olgu "zorunlu nedenlerle işin durması"dır (İşK. 64/1 ve ÇSY. 7/1). Ancak, buradaki "zorunlu neden"in ne olduğu yasa ve yönetmelikte açıklanmamıştır. Aynı eğilimi Bilim Komisyonu Taslağının ve Hükümet Tasarısının ilgili madde gerekçelerinde de görebiliriz. Bu durumda, ister istemez, buradaki "zorunlu nedenler"in İşK. 24/III ve 25/III ile İşK. 65/1'de dile getirilen "zorlayıcı sebepler" ile aynı anlamda mı değerlendirileceği sorusuyla karşılaşabilir. Fakat bize göre de "zorunlu sebep" ile "zorlayıcı sebep"i bir görmemek (eş tutmamak) gerekir⁸. Kanımızca buradaki zorunlu neden deyimini (tıpkı İşK. 42'de olduğu gibi) bilinçli olarak kullanılmıştır ve (bazen çakışma ihtimali bulunmakla birlikte) her olayda zorlayıcı sebeple çakışacağı söylenemez. Bu yüzdendir ki; zorunlu sebep sayılabilecek olgunun daha önceden öngörülemeyen nitelik taşıması beklenemez. Bize göre; İşK. 64 bağlamındaki zorunlu sebepler; işin/işyerinin işleyişi sırasında genellikle birdenbire ortaya çıkan ve işyerindeki faaliyeti tümüyle yahut bazı departmanlar/işler itibarıyla durduran veya

⁶Akyiğit, İş Hukuku, 279 vd. Mollamahmutoğlu, 686. Ç. İ. Günay, İş Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, Ankara 2004, 185. Aktay, 31.

⁷İsviçre hukukundaki telafi çalışması da benzer olgulara bağlı kılınmıştır. Gerçekten de yasaya göre telafi çalışması, işletme engelleri yahut tatil günleri (çalışılmayan günler) arasında işyerinin tatil edilmesi nedeniyle yahut benzer hallerde uygun kısa bir süre için işin durması yahut da kendi isteği üzerine işçiye izin verilmesi nedeniyle çalışmadığında gündeme gelebilecektir (AG. Art. 11/1).

⁸Bu yönde bkz. Eyrenci/Taşkent/Uluçan, 179.

çalışma sürelerinin önemli ölçüde azaltımını gerektiren acil ve (kimi zaman istenmeyen) olağanüstü bir durum (olgu) olarak anılabilir. Dolayısıyla, zorunlu nedenler, zorlayıcı sebep düzeyine ulaşamayan olguları anlatır. Ama bundan çıkarılacak bir sonuç; zorlayıcı sebeplerin (daha ağır olduğundan) öncelikle zorunlu neden sayılabileceğidir. Bu bağlamda uluslararası veya ulusal ekonomide ortaya çıkıp da işyerini de etkileyen "genel bir ekonomik kriz" yahut yine bu işyerini de olumsuz etkileyen "sektörel bir kriz" in hatta sırf bu işyerine özgü olarak gerçekleşen bir ekonomik krizin dahi "zorunlu neden" veya "zorunlu neden benzeri hal" sayılarak telafi çalışmasına imkan vereceği kanısındayız⁹. Keza işyerindeki makinelerin veya fırınların bakımı ve/veya tamiri gereksinimi de telafi çalışmasına imkan verir bir hal olarak görülmektedir¹⁰. Hatta başta İstanbul olmak üzere kimi yörelerimizde kışın kar yağışı yahut sel yüzünden ulaşımın durduğu günlerle karşılaşmaktadır. Bizce böyle hallerde de telafi çalışmasına imkan veren bir olgunun bulunduğu açıktır. İşK. 24 ve 65 bağlamında zorlayıcı sebeplerinse telafi çalışmasına götürebileceği tartışmasıdır¹¹. Fakat bu olgunun kaç gün yahut hafta (saat) devam ettiği ilke olarak önemli değildir. Keza bu yüzden telafi çalışmasına işyerinin tümünde gidilmesi de zorunlu değildir.

• Ulusal Bayram Ve Genel Tatil Günlerinden Önce Veya Sonra İşyerinin Tatil Edilmesine (yahut Çalışma Süresinin Önemli Ölçüde Azaltımına) gelince; bu konuda şunlar söylenebilir. Ulusal bayram ve genel tatil nedeniyle bu tatilden önce ve/veya sonra (normalde çalışılması gereken günlerin) tatil edilmesine (bilhassa 1475 sy. İşK. döneminde ve halen) çoğu kez kamu kesimi işyerlerinde rastlanır. Öyle ki; Bakanlar Kurulu sık sık aldığı bu yöndeki kararlarla genellikle hafta ortasında başlayan ve/veya biten böylesi tatil günlerini uzatmaktadır. Kısacası tatil normal gününden evvel başlamakta ve/veya normal gününden sonra biter hale getirilmektedir. Üstelik bu süreler 1475 sy. İşK. döneminde idari izin sayılmakta ve sonradan telafisine de gidil(e)memekteydi. Ayrıca, Bakanlar Kurulunun aldığı bu karar sadece kamu işyerlerini ve işçilerini etkileyip özel kesim işverenlerini bağlaması düşünülemez(di). 1475 sy. İşK. döneminde bu tür Bakanlar Kurulu kararına uygun hareket etmek isteyen özel kesim işverenleri, anılan süreleri ya ücretli ya da anlaşma sonucu ücretsiz izin olarak verebiliyordu. Fakat ilgili işçilerle ve/veya (varsa) TİS tarafı işçi sendikasıyla anılan sürelerin ileride telafi edileceğine dair bir sözleşme yapılması yasanın katı iş süreleri anlayışından dolayı geçerli görüleliyordu. Bununla birlikte (yasaya aykırı ve geçersiz de olsa) uygulamada fiilen telafi çalışması karşılığında böyle izin verilmesi olguları yaşanıyordu. Ancak, bu bir uyuşmazlık olarak yargıya götürülmediğinden (hukuken geçerli olmasa da) fiilen uygulanıyordu.

⁹Krş. Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 180. Yazarlar ekonomik nedenlerle işyerinin tatil edilmesi veya normal çalışma sürelerinin önemli ölçüde altında çalışmasının telafi çalışmasına gerekçe olamayacağı kanısını taşımaktadır.

¹⁰Bkz. Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 180.

¹¹Aynı yönde bkz. Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 179.

İşte yeni İşK. nın ilgili hükmü hem özel hem de kamusal işyerlerinde uygulanabilir olmak üzere, Bakanlar Kurulu'nun böyle bir kararı olsa da olmasa da, (daha doğrusu böyle bir karara gerek duyurmadan) işverene anılan tatil günlerinden önceki ve/veya sonraki günlerde işyerini tatil etmek ve uygun bir zamanda da bu süreyi telafi ettirmek olanağı sunmaktadır. Yani kamu işyerleri dahi böylece anılan sürelerde işçilere (ücreti de ödenen) idari izin vermekten bir ölçüde kurtulmuştur, denilebilir. Fakat özellikle "bir ölçüde kurtulmuştur" diyoruz, zira yasanın telafi çalışması imkânı sunmasına rağmen Bakanlar Kurulu'nun (değişik gerekçelerle) yine de telafi gerektirmeyen ücretli idari izin uygulanması kararı alması mümkündür. İşte böylesi durumlarda kamu işyerlerinin (işverenlerinin) siyasî otoritenin bu kararının dışına çıkması (sistem gereği) mümkün olamayacaktır.

Yasada ve yönetmelikte sözü geçen ulusal bayram ve genel tatil günlerine gelince; bizdeki tek Ulusal Bayramın Cumhuriyet Bayramı olduğu ve 28 Ekim günü saat 13:00'da başlayıp 29 Ekim'i tümüyle kapsadığı ve 29 Ekim günü gece saat 24:00'da sona erdiğini belirtelim. Genel tatil günleri ise resmî ve dinî bayram günleri ile yılbaşı gününden oluşur. Bu bağlamda; resmî bayram günleri, "23 Nisan Ulusal Egemenlik Ve Çocuk Bayramı" ile "19 Mayıs Atatürk'ü Anma Ve Gençlik Ve Spor Bayramı" ve "30 Ağustos Zafer Bayramı"dır (UBGTHK. 2/A). Dinî Bayramlara gelince; bunlar, "Arefe günü saat 13:00'dan başlayıp 3,5 gün süren Ramazan Bayramı" ile "Arefe günü saat 13:00'dan başlayıp 4,5 gün süren Kurban Bayramı"dır (UBGTHK. 2/B). Yılbaşı Tatili ise 01 Ocak günü tüm süredir (UBGTHK. 2/C). İşte telafiye bırakılacak çalışmalardan birisi bu tatil günlerinden önceki ve/veya sonraki çalışmalardır. Ancak, burada ilginç bir husus; Ulusal Bayram ve Genel Tatil Günleri Cuma akşamı sona erdiğinde onu izleyen Cumartesi gününün tamamını da tatil sayan düzenlemedir (UBGTHK. 2/D-f. 2). Kanımca böylesi Cumartesi günü yasa gereği tatil edildiğinden, işverenin bu süre için telafi çalışması yaptırmaması mümkün değildir.

Yasaca öngörülen bu tatiller öncesi ve/veya sonrası (bitimini izleyen) sürelerdeki çalışmaların telafi için ileriye ertelenmesi dışında sözleşmelerle öngörülen tatil/izin günlerinin öncesi ve/veya sonrasına denk gelen sürelerin de istenirse telafi çalışmasına bırakımı mümkündür. Bunun ulusal bayram ve genel tatil günlerine benzer olduğunu söyleyebiliriz.

• Telafi çalışmasına yol açabilecek bir diğer olgu "işçinin talebi ile kendisine izin verilmesi" halidir. Buradaki izni; işçiye zaten yasa veya sözleşmeyle verilmesi kararlaştırılmış (evlenme, yakınların ölümü gibi) bir izin olarak algılamamak gerekir. Bizce de telafi çalışmasını gerektirecek izin; aslında o sürede işçiyi çalışma borcundan kurtaran başka herhangi bir neden yokken (yani normalde çalışılması gerekirken) sırf işçinin isteği üzerine telafi çalışması koşullu olarak verilen izindir. Nitekim anılan izinin bu manaya geldiği öğretide olduğu gibi¹² bizzat Yönetmelikte de belirtilmiştir (ÇSY. 7/1).

¹²Bu yönde bkz. Mollamahmutoğlu, 687.

İşçinin izin talebinin duruma göre yazılı veya sözlü olması mümkündür. Ancak, talep halinde işverenin kendisine mutlaka izin verme zorunluluğu yoktur. O halde, burada dikkati çeken bir nokta; işçinin isteğiyle kendisine izin verilmesinin herhangi bir nedene bağlanmayıp tamamen tarafların anlaşmasına terk edildiğidir. TİS ile bu yolun kapatımının da geçerli olamayacağı kanısındayız. Ancak, belirli hallerde işçinin talebi üzerine telafi çalışması yaptırmak üzere işverenin işçiye izin vermesi yükümünü öngören TİS hükümlerini geçerli saymak uygun düşer. Ayrıca, işçinin talebi üzerine verilen izinin ne kadar olduğunda telafi çalışmasına imkan vereceği yasada ve yönetmelikte sessiz geçilmiştir. İşçiye tam gün yani o günkü (veya günlerin) çalışma borcundan tümüyle kurtarır şekilde izin verilmesi halinde problem olmadığı söylenebilir. Fakat acaba bir/birkaç saat yani günün sadece belli bir kısmı için (kısmen) izin verilmesi halinde de telafi çalışmasına gidilebilir mi? Burada verilen izinin mutlaka günlük/haftalık çalışma süresinden önemli ölçüde az bir süreyi kapsamaması gerekmez kanısındayız. İzin işçinin talebi üzerine ne miktarda olursa olsun telafi amaçlı (koşullu) verilmişse, telafi çalışması gündeme gelebilecektir. Örneğin işçinin (ve yasa ve sözleşmeye göre izin verilmesini/makul görülmesini gerektirir bir durum yokken) özel bir durumu için (günde 8 saat çalışılan bir işyerinde/işte) 2 gün üst üste 2 şer saat yahut daha düşük bir süre izin talep etmesi böyledir. Nitekim yasanın (İŞK. 64) ve yönetmeliğin (ÇSY. 7) hükümleri incelendiğinde diğer nedenlerle telafi çalışmasını tümünden tatil veya işyerindeki normal çalışma süresinin önemli ölçüde altında çalışılmasına bağlarken, işçiye talebi üzerine izin verilmesine dayanan telafi çalışması için izinin ne ölçüde olacağına (belki de bu yüzden) değinmediği görülür. Bundan dolayı da istenirse yarım saatlik bir izin dahi telafi çalışmasına götürülebilir. Ancak, istenirse TİS veya hizmet sözleşmesi ile işçinin izin talebi üzerine telafi amaçlı verilecek iznin belli bir miktardan aşağı olamayacağı düzenlenebilir.

• Telafi çalışmasına yol açacak nedenlerin sadece yukarıda belirtilenlerle sınırlı olmadığı, onlara benzer nedenlerin varlığında da telafi çalışmasının gündeme gelebileceği anlaşılmaktadır (İŞK. 64/1, ÇSY. 7/1). Bu yüzden, yasada sayılan olgular sınırlı sayı ilkesine tabi değildir. Fakat "benzer nedenler" değerlendirilirken dikkatli olmakta yarar vardır. Örneğin öğretilde, yasadışı grevde geçen sürenin de telafi çalışmasına götürülebileceğinden söz edilmektedir¹³. Bu çeşitli ihtimallere göre tartışılabilirse de yasal grev/lokavt dolayısıyla askıda geçen süre için telafi çalışması olamaz. Zira o dönemde işçinin çalışma borcu yoktur ki telafisine gidilebilsin.

• Telafi çalışmasına imkan verecek olgularla ilgili ve oldukça önemli bir başka husus ise; (işçinin talebiyle izin verilmesi dışındaki) diğer nedenlerle telafi çalışmasının gündeme gelebilmesi için bu konuda işçinin rızasına gerek görülmediğidir¹⁴. Gerçi bu husus yasada açıkça dile getirilmiş değildir ama "işçinin talebiyle izin verilmesi" hali dışında işçinin düşüncesinden söz etmeyen yasal düzenlemeye başka bir anlam vermek de pek mümkün gözükmemektedir. Ancak, bu durum konunun sözleşmeyle (özel-

¹³Bkz. Mollamahmutoğlu, 687.

¹⁴Akyiğit, İş Hukuku, 279.

likle de TİS ile) belli şartlara (örneğin işçi-işveren kurulunun görüşünün veya onayının alınması gibi koşula) bağlanarak düzenlenmesine engel değildir¹⁵.

3.İş/İşyeri Tatil Edilmeli Veya Çalışma Süreleri Önemli Ölçüde

Azaltılmalıdır: Telif çalışmasının gerçekleşebilmesi için aranan bir diğer koşul; yukarıda değinilen gerekçelerle telif amaçlı olarak işin durması yahut işyerinin kısmen/tamamen tatil edilmesi veyahut da işyerinde normal çalışma sürelerinin önemli ölçüde altında çalışılmasının da gerektiğidir. İşin durması, işyerindeki faaliyetin kısmen/tamamen durması, çalışmanın gerçekleşmemesi anlamını verirken; işyerinin tatil edilmesi yine kısmen veya tüm departmanları itibariyle işçilerin tüm gün veya günler yahut günün belli bir dilimi için çalıştırılmamasıdır. Örneğin Arefe günü saat 13:00'dan itibaren başlayacak Kurban yahut Ramazan Bayramı vesilesiyle o gün saat 13:00'dan önceki çalışmanın yaptırılmaması böyledir. Yukarıda değinildiği ve Madde metninden anlaşıldığı üzere, telif çalışması sadece işin durması veya tatil edilmesi hallerinde değil, "işyerinde normal çalışma sürelerinin önemli ölçüde altında çalışılması" durumunda da gündeme gelebilir. Ancak yasada bir açıklık bulunmadığından, burada geçen "işyerindeki normal çalışma sürelerinin" ve "onun önemli ölçüde altında çalışma"nın (önemli ölçünün) ölçütünün ne olacağı tartışmaya açıktır ve öğreti ve uygulamada bunun belirlenmesi yoluna gidilecektir. İşyerindeki normal çalışma süresi o işyerinde veya departmanda düzenli ve sürekli biçimde kural halinde uygulanan çalışma süresidir. Ama bunun haftalık mı yoksa günlük normal çalışma süresi mi veya her ikisi de mi olacağı ne yasada ne de yönetmelikte belirtilmiştir¹⁶. Oysa benzer kavramı çağrıştıran kısmî süreli çalışmada "normal haftalık çalışma süresi"nden söz edilmişken (İşK. 13/1); kısa çalışmada (kendisinden önemli ölçüde az çalışılan sürenin) normaline değinmeden "haftalık çalışma süresi" olduğu belirtilmiştir (İşK. 65/1)¹⁷. Yani bir belirsizlik de orada söz konusudur. Bu yüzden bu konuda yeni bir kural (yasa ve/veya yönetmelikle) getirilirken, yasa ve yönetmelikte sözü geçen "işyerinde(ki) normal çalışma süreleri" deyiminin o işyerinde uygulanan "normal günlük çalışma süresini" mi yoksa "normal haftalık çalışma süresini" mi veya "her ikisini birden" mi anlattığının da açıklığa kavuşturulması uygun olur. Fakat bu yapılan kadar telif çalışması bakımından durumun tartışılabilirliği ve bu tartışmada benimsenen çözümün önemli sonuçları olabileceği söylenebilir. Öyle ki; eğer işyerindeki normal çalışma süresinin "o işyerindeki haftalık normal çalışma süresi"ni anlattığı benimsenirse; bundan önemli ölçüde daha

¹⁵Akyiğit, İş Hukuku, 279. Demir, Başlıca Yenilikler, 117.

¹⁶Aynı sessizliğin Bilim Komisyonu Taslağı (BilKomTas. 66) ve gerekçesi (66. md. gerekçesi) ile Hükümet Tasarısı ve gerekçesinde de (HükTas. 64 ve md. 64'e ilişkin gerekçe) yaşandığı görülmektedir. Hatta işin ilginç gerek Bilim Komisyonu Taslağının gerekçesinde ve gerekse Hükümet Tasarısına ait gerekçede sadece "işyerinin tatil edilmesi" biçimindeki uygulama sonucu çalışılmayan sürenin telif çalışmasına konu olacağı gibi bir anlatıma yer verildiğidir.

¹⁷Bunun işyerindeki normal haftalık çalışma süresini anlattığına Bilim Komisyonu Taslağı ve gerekçesi ile Hükümet Taslağı ve gerekçesinde de değinilmemiştir. Bununla birlikte İşK. 65/1'deki bu sürenin "o işyerindeki, haftalık normal çalışma süresi"ni anlattığı kabul edilmelidir. (KÇY.3) Fazla bilgi içinse bkz. Akyiğit, Kısa Çalışma, Tühis, Ağustos/Kasım 2004, 10 vd.

az çalışmanın da buna oranla belirlenmesi icap edecektir. Yani haftalık normal süreden önemli ölçüde daha az çalışma halinde telafi çalışması gündeme gelecektir. Buna karşın anılan kavramın "o işyerindeki günlük normal çalışma süresi"ni anlattığı kabul edilirse;¹⁸ bu durumda bundan önemli ölçüde daha az çalışmanın da bu günlük süreye oranla bulunması gerekir. Örneğin o işyerindeki normal günlük çalışma süresi 8 saat ise (haftalık süreyle ilgilenmeksizin) sadece 8 saatten önemli ölçüde az çalıştırılma halinde telafi çalışmasına gidilebileceği sonucuna varılır. Diğer bir çözüm olarak "işyerindeki normal çalışma süreleri" deyiminin "hem haftalık hem de günlük olarak o işyerinde uygulanan normal çalışma süreleri"ni deyimlediği benimsenirse daha farklı bir sonuca ulaşılabilir. Gerçekten de bu çözümde işçi "sadece o işyerindeki günlük normal çalışma süresinden" veya "sadece o işyerindeki haftalık normal çalışma süresinden" (yahut her ikisinden) önemli ölçüde daha az çalıştırılma telafi çalışmasına gidilebilecektir. İşin ilginç; yasanın (İşK. 64/1) ve yönetmeliğin de (ÇSY. 7/1) burada tekil olarak işyerindeki "çalışma süresi" deyimini kullanmayıp çoğul biçimde "çalışma süreleri" anlatımına yer vermiş bulunmasıdır. Belki telafi çalışmasının özüne uyan da budur. Yani üçüncü ihtimal olarak sunduğumuz çözümdür. Böylece saptadığımız işyerindeki normal çalışma sürelerinin "önemli ölçüde altında çalışılma"ya gelince; yukarıda da değinildiği üzere yasa ve yönetmelik bunun ölçütünü (ne anlama geldiğini) belirtmemektedir. Aynı belirsizlik "Bilim Komisyonu Taslağı ve Gerekçesi" ile "Hükümet Tasarısı ve Gerekçesi" için de söz konusu olup bunlarda da anılan olgunun ölçütünden söz edilmemektedir. Hatta işin ilginç; bu gerekçelerde (bırakınız ölçüt vermeyi) "işyerindeki normal çalışma sürelerinin önemli ölçüde azaltımı yoluyla telafi çalışması" ihtimaline bile yer verilmemiştir. Bilindiği üzere aynı kavram kısmî süreli çalışmada (İşK. 13/1) ve kısa çalışmada da (İşK. 65/1) geçmektedir. Ama bu hükümlerde bile yasa herhangi bir ölçüt vermemektedir. Sadece 4857 sy. İşK. olmak üzere hazırlanan Bilim Komisyonu Taslağının ve Hükümet Tasarısının ilgili madde gerekçelerinde (kısmî süreli çalışma için) önemli ölçüde azlığın "normal haftalık çalışma süresinin en az 2/3'üne düşme" (yani en az 1/3 oranında daha az çalışma) halinde gerçekleşeceği dile getirilmişti (BilKomTas. 14 md. gerekçesi ve HükTas. 13 md. gerekçesi). Böyle bir anlayış öğretide de savunuluyordu. Yasada yer almayan ama savunulan bu ölçütün daha sonra çıkarılan Çalışma Süreleri Yönetmeliğinde yine kısmî süreli çalışma için açıkça benimsendiği görülür (ÇSY. 6). Keza Kısa Çalışma Yönetmeliği de kısa çalışma için aynı ölçütü benimsemiştir (KÇY. 3).

Acaba kısmî süreli çalışma ve kısa çalışma için getirilen bu ölçütün telafi çalışması bağlamında da kullanımına gidilmek gerekir mi? Öğretide bu yönde bir anlayışın varlığı göze çarpmaktadır¹⁹. Ancak hem yasadan sonra çıkarılan ve kısmî süreli çalışma için anılan (en az 1/3 oranında daha az çalışma biçimindeki) ölçütü getiren yönetmeliğin (ÇSY. 6) telafi çalışmasını da düzenlediği (ÇSY. 7) halde aynı ölçüte telafi çalış-

¹⁸Bu yönde Ekonomi, Telafi, 1253-1254.

¹⁹Eyrenci, 4857 sy. İş Yasasında Ücret Ve İşin Düzenlenmesi İle İlgili Yeni Düzenlemeler (Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası yayını), İstanbul 2003, 159. Çelik, İş Hukuku, 287. Mollamahmutoğlu, 687. Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 180. Aktay, 31.

masında yer vermeyişi, hem de telafi çalışmasına ilişkin Bilim Komisyonu gerekçesi ile Hükümet Tasarısı gerekçesinde (kısmî sürelinin aksine) böyle bir ölçütten söz edilmemesi manidar gözükmemektedir. Bu tutumun basit bir unutkanlık (gözden kaçırma) olduğunu söylemek, bilhassa Çalışma Süreleri Yönetmeliği için oldukça zordur. Sanırız Yönetmeliğin ve Gerekçelerin sergilediği bu tavır, kısmî süreli çalışma için öngördükleri ölçütün telafi çalışması için pek de geçerli olmasını düşünmedikleri yönünde algılanabilir. Aksi halde (özellikle yönetmeliğin) bir madde önce aynı konuda getirdiği bir ölçütü (ÇSY. 6) bir madde sonrasında neden esas almadığı (görmediği) sorusuna tatminkar bir yanıt bulmak zorlaşır. Kaldı ki; yukarıda da görüldüğü üzere, mevcut yasal düzenlemelerden "o işyerindeki normal çalışma sürelerinin" (İŞK. 64/1 ve ÇSY. 7/1) ne anlama (günlük ve/veya haftalık normal çalışma süresi anlamına mı) geldiğini çıkarmak dahi pek mümkün gözükmemektedir. Henüz bu halledilememişken, şimdi bir de bu işyerindeki normal çalışma sürelerinin "önemli ölçüde altında çalışılması"nda pek de net olmayan bir tutumun sergilendiği görülmektedir. İşte bu yüzden biz konunun tartışmaya açık olduğunu ve yasa yahut yönetmelik ile bu konuda (kısmî süreliyle aynı veya farklı) kesin bir ölçüt getirilene kadar da tartışmanın süreceğini düşünüyoruz. Bununla birlikte şu an, "işyerindeki normal çalışma süresinden önemli ölçüde daha az çalışma" olgusunun, normal haftalık çalışma süresinden 1/3 veya daha yüksek oranda az çalışma durumlarında rahatlıkla gerçekleştirilebileceğine inanıyoruz. Fakat bunun mutlaka, normal çalışma süresinin en az 1/3'ü oranında olacağını sanmıyoruz. Şüphesiz, normal çalışma süreleri deyimine o işyerindeki haftalık normal çalışma süresi anlamı verilirse, haftalık normal süreden bir/birkaç (örneğin 1,5) saat daha az çalışma halinde bunun gerçekleştirileceği söylenemez. Ama örneğin haftada "40 saat çalışılan bir işyerinde 12 saat" veya "haftada 36 saat çalışılan bir işyerinde 10 saat" daha az süreyle çalışmanın (telafiye götüremeyecek derecede) önemsiz olduğu söylenebilir mi? Bu konuda getirilecek kural açısından kişisel önerimiz; telafi çalışmasına yol açacak normalden önemli ölçüde az çalışmanın ölçütünün (örneğin normal haftalık süre kabul edersek) normal çalışma süresinin en az 1/4'ü gibi daha düşük tutulması yönündedir. Oysa yukarıda da belirttiğimiz gibi "işyerindeki normal çalışma süreleri" deyiminin sadece (veya haftalık süre yanında) "o işyerindeki günlük normal çalışma süreleri"ni (de) içerdiği kabul edilirse; günlük normal çalışma süresi yasal esaslara uygun biçimde günde 11 saati aşmayan bir süre olarak bulunur (ÇSY.7/3). Sonuçta bu normal günlük çalışma süresinden önemli ölçüde daha az çalışma bazen 3-5 saat olarak dahi karşımıza çıkabilir. İşte bu yüzden ki; kişisel düşüncemiz yeni bir yasal düzenlemeyle (en basiti bir yönetmelik ile) telafi çalışması bakımından hem "o işyerindeki normal çalışma süreleri"nin hem de bu sürelerden "önemli ölçüde daha az çalıştırılma"nın neyi anlattığının somut bir biçimde belirtilmesinin uygun olacağı yönündedir.

Telafi çalışmasına gidilebilmesi için "işyerinin tamamen tatili"nin veya "normal çalışma sürelerinin önemli ölçüde altında çalışılması"nın toplamda ne kadarlık bir süreyi içermesi gerekip gerekmediği (yani ne kadarlık bir sürenin telafiye bırakılabileceği) de üzerinde durulacak bir konudur. Ancak gerek yasal düzenlemeler ve gerekse (incelememiz çerçevesinde görebildiğimiz kadarıyla) öğretilerde bu noktaya açıkça

değinilmediği görülür. Bu yüzden sorun çeşitli yönleriyle tartışmaya açık gözükse de, kişisel düşüncemize göre, en çok iki aylık bir sürede (o günlerin normal çalışması üzerine) çalışılarak telafi edilebilecek bir sürenin yasal anlamda telafiye bırakımı gerekir. Bunun somut miktarı ise şüphesiz her bir somut olayda ilgili işçinin normal çalışma süresine bağlıdır ve onun üzerine günde en çok 3 saat eklenebilecektir. Ancak günde 3 saat telafiye imkan veren bir ilişkinin varlığını örnek alırsak; bundan 2 ay boyunca zorunlu hafta tatillerini (en az 8 gün) çıkardığımızda, geriye kalan zamanın her bir günü 3'er saat telafi çalışması yapılabilecektir.

• Tüm buraya dek söylenenlerden sonra değinilecek bir husus; telafi çalışmasının gerçekleşebilmesi için yalnızca yasaca öngörülen nedenlerden birisi yüzünden geçici olarak işin durması yahut işyerinin tatil edilmesi veya çalışma sürelerinin azaltımı yahut işçiye izin verilmesinin yetmediğidir. Aynı zamanda bunların ileride çalışılmak (telafi edilmek) üzere yaşandığının da bilinmesi gerekir (ÇSY.7/2). Aksi halde, duruma göre ücretsiz izin yahut işverenin işi kabulde temerrüdü veya sözleşmeyi haksız feshi vs. gibi farklı çözüm tarzlarının tartışılması gerekir. O halde telafi çalışmasının en önemli noktalarından birisini anılan (işin durması/tatil/çalışma süresi azaltımı/istek üzerine izin) olguların telafi amacıyla yaşanması oluşturur. İşçinin isteği üzerine izin verilmesi sonucu yaşanan ihtimal dışında telafi çalışması tümüyle işverenin inisiyatifine terk edilmiş olup işçinin rızası gerekmediği gibi işçilerle müzakere bile zorunlu değildir (İşverenin bu noktadaki yetkisinin bilhassa TİS ile belli ölçüde kayıtlanması mümkündür. Fakat bu tutum bile anılan yetkiyi anlamsız kılacak düzeye ulaşamaz).

Telafi çalışmasında yetkinin işverene tanınıp işçinin fikrinin sorulmaması (rızasının gerekmemesi),²⁰ işçinin (işçilerin) anılan olguların telafi edilmek üzere yaşandığından hiç haberinin dahi olmayacağı anlamına gelmemelidir. Yani ilgili işçilerin kendilerine verilen tatil/izin/çalışma süresinin azaltımı/yahut işin durması gibi şeylerin ileride telafi edileceğinden bilgilerinin olması da gerekir. Bu bağlamda hem telafiye gidileceği kararının ve hem de somut telafi zamanının işverence belirlenerek ilgili işçilere duyurulması gerekir(ÇSY.7/2). Ancak bu bilgilendirmenin ne zaman yapılacağı konusunda yasal düzenlemelerde açık bir hüküm bulunmadığından²¹, (konuya ilişkin bir sözleşme hükmü de yoksa) şu ihtimaller dikkate alınabilir.

a) Yaşanan durumun ne zaman biteceğinin daha baştan bilindiği hallerde, hem boşta geçen sürenin telafi edileceğinin ve hem de ne zaman telafi edileceğinin (telafi zamanının) daha baştan ilgili işçilere bildirimini mümkündür.

²⁰İsviçre hukukunda da işveren telafi çalışmasına geçmeyi emretmeden önce ilgili işçilere veya icabında onların işyerindeki temsilcilerine konuya ilişkin düşüncelerini açıklama fırsatı vermek ve imkan nispetinde onların görüşlerini dikkate almak durumundadır (AG. Art. 48).

²¹Yönetmeliğin ilgili hükmünden de (ÇSY. 7/2) bu noktada net bir veri yakalamak mümkün gözükmemektedir.

b) Ancak zorunlu nedenler veya zorunlu neden benzeri olguların sürüklediği bir olayda bu olgunun ne zaman sona ereceğini bilmek, hatta kestirebilmek pek mümkün ve/veya sağlıklı olmayabilir. İşte böylesi hallerde söz konusu sebep devam ettiği sürece bu bilgilendirmenin yapılması mümkündür. Fakat bu durumda bile böyle bir olgu yaşanmaya başlandığında işverenin (somut telafi zamanını değil ama) böylece çalışılmayan sürenin ileride telafi edileceğini işçilere bildirmesi gerekir. Aksi halde, diyelim 3 aydır (veya haftadır) devam eden bir zorunlu nedenle işin durdurulmasında kendilerine bunca zamandır bir şey denmeyen işçiler tam sözleşmeyi bu yüzden feshederken, işverenin bunları telafi ettireceğini söylemesine itibar etmek pek de isabetli gözükmemektedir. Kanımca tüm bu konulara yönetmelikte açıkça yer vermek isabetli olurdu ama bu yapılmadığından (yapılana kadar) hizmet sözleşmeleri yahut TİS ile somut hükümler getirilerek düzenleme yoluna gitmek uygun bir çözümdür.

- İşverenin telafi çalışması yapmak üzere işin durdurumu/tatil/çalışma süresinin azaltımı yahut işçiye izin vermesi kısacası telafi çalışması işyerinin ve işçilerin bütününe kapsamak zorunda değildir. Yani telafi çalışmasına işyerinin tümünde veya belli bir kısmında (departmanında) gidilebilir. Hatta aynı departmanda (yahut değişik departmanlarda) sadece bir/birkaç işçi bakımından telafi çalışmasına gidilebilir. Bunun bilhassa "işçinin talebi ile kendisine izin verilmesi hallerinde" (İŞK. 64/1 ve ÇSY. 7/1) gündeme gelebileceği kanısındayız. O halde telafi çalışması içinde bulunan somut duruma ve seçilen şikka bağlı olarak işyerinin ve işçilerin tümünü veya bir kısmını kapsayabileceği gibi sadece bir veya birkaç işçiye yöneltilmiş de olabilir. İşte telafi çalışması kararının muhatabı ve ona bildirimini de bu çerçevede belirlenmesi gerekir. Yoksa örneğin 2 gün izin isteyip de kendisine izin verilen işçiye telafi çalışması yaptırılacağına diğer işçilere de duyurumunu aramak herhalde anlamsız olur.

4. En Çok 2 Ay İçinde Telafi Çalışması Yaptırılmalıdır: Yasal düzenleme yukarıda değinilen hallerden birisi yüzünden kısmen/tamamen çalışılmayan sürelerin en çok iki ay içinde (ilgili işçilerin çalıştırımı biçiminde) telafi ettirilmesini de aramaktadır (İŞK. 64/1 ve ÇSY. 7/3)²². O halde yasa işverene boşta geçirilen bir süreyi ebedi bir şekilde istediği an telafi ettirme imkanını vermemektedir. Ancak buradaki "iki ay" deyiminin hem ne anlama geldiği ve hem de "başlangıcının ne olacağı" ile "aşılıp aşılamayacağı ve diğer özellikleri" hakkında bazı açıklamalarda bulunma gereği vardır. Şöyle ki;

- Kanımızca buradaki ay (iki ay) deyimini, istisnai tesadüfler dışında, birbirini izleyen "iki takvim ayı" yahut "iki iş ayı" değil anılan olguların bitiminden itibaren birbirini izler şekilde geçecek 60 günlük (iki otuz günlük) süre biçiminde anlamak uygun olur (Zira "ay" deyimini 30 gün olarak kabul edilir). Bunun içine iş günlerinin dahil olacağı tartışmadan uzaktır ama tatil günlerinin de girip girmeyeceği (telafi çalışmasının tatil

²²İsviçre hukukunda ise telafi çalışmasının kural olarak işin durmasından önceki veya sonraki 14 haftada yaptırılması gerekir. Fakat işçi ve işveren daha uzun bir sürede telafi çalışmasının yapılmasını kararlaştırabilirler. Ancak anlaşmayla belirlenen bu sürenin de 12 ayı aşmaması gerekir (VO1. Art. 39/1).

günlerinde yapılamayacağı kuralı nedeniyle) tartışmaya açıktır. Eğer tatil günleri bu süreye katılmazsa, 2 aylık sürenin "iki iş ayı" olduğu sonucuna varılır. Fakat anılan sürenin tatil günlerini de içerdiği benimsenirse, bu halde 2 aylık sürenin (2x30=60 gün anlamında) tam iki ayı anlattığı ortaya çıkar.

• İki aylık sürenin başlangıcına gelince; bu noktada yönetmelik sadece zorunlu nedenle telafi çalışması olgusu bakımından "zorunlu nedenin ortadan kalkması ve işyerinin normal çalışma dönemine başladığı tarihi" esas almaktadır (ÇSY. 7/3). Ancak telafi çalışmasına sadece zorunlu nedenlerle gidilmesi gerektiğinden (İşK. 64/1) bu hükmün sadece bir ihtimali ele aldığı ve bu yüzden de eksik olduğunu söyleyebiliriz. Oysa bize göre de isabetli hal tarzı; telafi çalışmasına yol açan olgunun yaşanıp bittiği normal çalışmaya geçileceği anı, iki aylık sürenin başlangıcı görmektir²³. Telafi çalışmasına hangi nedenle gidilirse gidilsin, işveren bu çalışmanın nedenlerini ve ne zaman başlayacağını ilgili işçilere bildirmek zorundadır (ÇSY. 7/2). Bu bildirimde telafi çalışmasının sadece hangi tarihte başlayacağını bildirmesiyle yetinileceği gibi başlangıç yanında somut olarak hangi günlerde ve kaç saat olarak yaptırılacağı da bildirilebilir.

• Telafi çalışması için öngörülen 2 aylık süre azami bir süre olup bunun TİS veya hizmet sözleşmesiyle azaltımını tartışmaya açık da olsa geçerli görmek gerekir²⁴. Fakat arttırımı (aşılması) geçerli görülmez. Her nasılsa böyle bir anlaşma olsa ve işveren 2 aylık süreden sonra işçiye telafi çalışması yaptırarsa, bunu telafi çalışması değil duruma göre fazla çalışma ve/veya fazla sürelerle çalışma saymak gerekir. Zira 2 aylık yasal azami süre geçirilince, işverenin telafi çalışması yaptırma imkanı hukuken ortadan kalkar. Telafi çalışması süresini 2 aydan uzun zamana çıkaran anlaşmanın 2 ayı aşan kısmı geçersiz sayılır. Hal böyle olunca da; işveren adına telafi çalışması dese de 2 ayı aşan kısım için işçinin çalışma/telafi borcu bulunmadığından böyle bir çalışmaya gidilirse fazla ve/veya fazla sürelerle çalışma sonucu ortaya çıkacaktır. Dolayısıyla bu tür çalışmaların karşılığının zamlı biçimde ödenmesi gerekir (İşK. 41). Ayrıca yasal azami süreden sonra yaptırılan böyle bir çalışma yüzünden ilgili işveren veya işveren vekiline bu tür çalıştırılan her işçi bakımından 100 milyon TL. idarî para cezası verilir (İşK. 104/son). Yoksa sadece idarî para cezası verilip de böylesi çalışmalar da geçerli bir telafi çalışması görmek isabetli olmaz. Hatta telafi dönemi 2 aylık yasal süre içinde kalsa (yani anlaşmayla arttırılmış olmasa) da 2 aylık sürede yaptırılmayan telafi çalışması borcunun düştüğü (son bulduğu) kabul edilmeli; 2 aydan sonra yaptırılan çalışma da yine yukarıdaki gibi fazla ve/veya fazla sürelerle çalışma ve ayrıca idarî para cezası gündeme gelmelidir. Kural budur. Fakat yasal sınırı aşan bir sözleşme vs. yokken telafi çalışmasının 2 aylık sürede yaptırılmadığı her olay için aynı sonucu öngörmek her zaman isabetli düşmeyebilir. Gerçekten de, işverence önceden işçiye bildirilen sürede telafi çalışması yaptırılmazsa veya yine telafiye imkan verecek hallerden biri gerçekleştiği için yaptırılmazsa, sonucun ne olacağı üzerinde durulmalıdır. Bu konuda şöylesi bir ayırımın isabetli gözüktüğü söylenebilir. Öyle ki;

²³Bkz. Akyiğit, İş Hukuku, 279. Mollamahmutoğlu, 687.

²⁴Bu yönde bkz. Sarıtaşoğlu, 43. Krş. Akyiğit, İş Hukuku, 280.

aa) Belirtilen sürede telafi çalışması (telafiye götürecektir bir neden olmadan) işverene yüklenen bir nedenle yaptırılmamışsa; henüz 2 aylık azami süre dolmadığı takdirde işverenin bunu geri kalan sürede yaptırması mümkündür. Fakat işçiden kaynaklanan bir nedenle telafinin gerçekleşmemesi durumunda, bunun makul/haklı bir nedeni yoksa (örneğin haksız-izinsiz olarak o gün gelmemek yahut gelip mesai bitimi hemen savuşmak gibi) iş görme borcuna aykırılık olarak değerlendirilir. Duruma göre de İşK. 25/II-e, g, h hükümlerinden birinin tatbiki yoluyla işverenin sözleşmeyi derhal feshi mümkündür. Yahut işçinin de isteği sonucu işveren isterse bu süreyi henüz 2 aylık azami süre geçmemişse bunun içindeki bir başka sürede telafi ettirmek yoluna gidebilir. Burada bir sorunla karşılaşılacağını sanmıyoruz. Yani yasal 2 aylık süre içindeki bir telafi çalışmasının yine bu 2 ay içindeki ileri bir tarihe ertelenmesi makul görülebilir ve esnekliğin çalışma sürelerini belirlemede taraflara olabildiğince özerklik tanıyan felsefesi de buna olumlu yaklaşmayı gerektirir. Fakat bu tutum (tarafların anlaşmasıyla bile) 2 aylık azami süreyi aşacak bir ertelemeye imkan vermez kanısındayız. Buna rağmen, böyle bir (tek taraflı veya anlaşmayla) erteleme yoluna gidilirse, ertelemenin geçersiz olacağını ve telafi çalışmasının da ortadan kalkacağını düşünüyoruz. 2 aylık süre aşıldıktan sonra telafi çalışması adıyla da olsa böyle bir çalışma yaptırıldığında (işçinin çalışma süresinin durumuna göre) bunun fazla çalışma ve/veya fazla sürelerle çalışma (İşK. 41) sayılarak zamlı karşılığa hak kazandıracağını söyleyebiliriz²⁵.

bb) Telafi çalışmasının öngörülen sürede yaptırılmayışı yine telafi çalışmasına imkan veren olgulardan birinin gerçekleşmesinden kaynaklanıyorsa; bu durumda da onun için öngörülen yasal azami 2 aylık süre dolmamışsa, telafi çalışmasının bu 2 ay içindeki bir başka tarihe ertelenmesi mümkündür kanısındayız. Böyle bir telafi çalışmasının iki aylık azami sürenin ötesinde bir süreye (tarihe) ertelenmesinin mümkün olup olmadığı da üzerinde durulacak bir problemdir. Ancak, bu ihtimalde işveren zaten yeni ortaya çıkan (ve işçinin isteğiyle izin verilmesi hali dışında kalan)²⁶ nedenlere göre yeniden telafi çalışması yaptırma imkanı taşıdığına göre; sadece bu dönemin normal çalışmasını değil bu dönemdeki telafi çalışmasını da azami 2 ay erteleyip bu esnada telafi ettirebilmelidir. İlk belirtilen tarihte yaptırılmayan böyle bir telafi çalışmasının o esnadaki azami 2 aylık sürede yaptırılmadığından ortadan kalktığı söylenememelidir.

c) Telafi çalışması tatil günlerine denk gelmemelidir. Telafi çalışmasının normal iş günlerinde yaptırılması icap eder. Tatil günlerinde telafi çalışması yaptırılması yasaktır (İşK. 64/son). Buradaki tatil günü kavramına öncelikle yıllık ücretli izin ve hafta tatili

²⁵Bu doğrultuda bkz. Aktay, 31.

²⁶İşçinin isteğiyle izin verilmesi de telafiye yol açan bir olgu olmakla birlikte (İşK. 64/1) süresinde yapılmayan bir telafi çalışmasının işçinin isteğiyle izin verimi yoluyla 2 aylık azami süreden sonraya ertelenebileceğinin kabulü (bu izin isteğini elde etmek uygulamada İşK. 22'ye rağmen pek de zor olmadığından) kötüye kullanımların yolunu açabilir. Hatta böyle bir şey 2 aylık azami sürenin tarafların anlaşmasıyla bertaraf edileceği sonucunu da doğurabilir. Oysa anılan sürenin mutlak emredici olduğunu düşündüğümüz niteliği, böyle bir anlaşmayı geçersizlikle karşılar.

de dahil olmak üzere tüm ulusal bayram ve resmî tatil günleri girer. Ayrıca hizmet sözleşmesi ve özellikle TİS ile getirilen ekstra tatil günlerinde de telafi çalışması yapılmaması gerekir²⁷. TİS ile getirilen tatil günü için bu savın geçerliliği daha kuvvetlidir fakat hizmet sözleşmesiyle getirilen akdi tatil gününde telafiye işçi de razı ise, bu durum sözleşmede geçerli bir değişiklik sayılır ve telafiye gidilebilir. Keza haftalık çalışma süresinin 5 günde çalışılacağına kararlaştırıldığı bir iş ilişkisinde, çalışılmayan Cumartesi'nin (hafta tatili dışındaki diğer günün) tatil günü değil iş günü sayılıp sayılmayacağı tartışmaya açıktır ama tarafların anlaşarak bunu iş günü haline sokması mümkündür.²⁸

İşçiye tatil günü telafi çalışması yaptırmaya kalkışan işveren veya ilgili işveren vekiline bu durumdaki her bir işçi için belli bir miktar idarî para cezası verilir (İŞK. 104/2). Ayrıca tatil gününde telafi çalışması yaptırılmak istenen işçinin buna yanaşmaması üzerine sözleşmenin işverence feshi haklı fesih olmadığı gibi iş güvencesi bağlamında geçerli sebebe dayanan bir fesih olarak da algılanamaz.

d) Telafi Çalışmasında Yasal Azami Süre Aşılmamalıdır. Her bir günde yapılacak (yaptırılacak) telafi çalışması süresiz değildir. Yasal düzenlemeden anlaşıldığına göre; bunun iki sınırı vardır. Öyle ki;

1. Bunlardan birisi; telafi edilecek süreye ait olup her bir günde yapılacak telafi çalışması süresi günde 3 saati aşamayacaktır²⁹(İŞK. 64/son ve ÇSY. 7/son).

2. İkincisi ise; telafi çalışması süresi 3 saati aşamasa bile, işçinin o günkü toplam çalıştığı sürenin "günlük en çok çalışma süresi"ni aşmaması gerekir³⁰. Buradaki günlük en çok çalışma süresinin 11 saat mi (İŞK. 63/2) yoksa (kesintisiz bir 8 saat çıktıktan sonra geriye kalan süre anlamında) "işçinin en çok çalışma gücü" (İŞK. 43/1) olarak mı algılanacağı Yönetmelikten önce tartışılabilirdi. Hatta; bu nokta ciddi görüş ayrılıklarına yol açacak gibi gözükmekteydi. Ancak 11 saatin günlük azami normal çalışma süresi olduğunun unutulmaması ve bu yüzden yine günlük azamî 11 saatin baz alınmasının uygun olacağı savunuluyordu³¹. Yönetmelikten evvel sunulan bu görüş Çalışma Süreleri Yönetmeliğinde de kabul edilmiştir (ÇSY.7/3).

Sonuçta telafi çalışması, o işçinin günlük en çok çalışma süresi olan 11 saati aşmamak koşuluyla günde en çok 3 saat olabilecektir (ÇSY. 7/3).

²⁷Aynı şekilde Demir, Başlıca Yenilikler, 117.

²⁸Bu yönde bkz. Ekonomi, Telafi, 1257.

²⁹İsviçre hukukunda telafi çalışması tatil günleri (çalışılmayan günler) veya yarım gün çalışmalar dışında, her bir işçi için fazla süreyle çalışma dahil günde 2 saati aşamaz (AG. Art. 11).

³⁰İsviçre hukukundaysa telafi çalışmasının caiz olan günlük çalışma süresini aşmamak koşuluyla yaptırılacağı kabul edilmiştir (VO1. Art. 39/2).

³¹Akyiğit, İş Hukuku, 280. Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 180.

O halde artık tartışmasız biçimde günlük en çok çalışma süresi 11 saat olarak algılandığından; örneğin günde 10 saat çalışan bir işçinin o gün yapacağı telafi çalışması (3 saat değil) en çok 1 saat olabilecek demektir.

Neticede yasal koşullara uygun biçimde yaptırılan telafi çalışması fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma sayılmaz (İŞK. 64/2) ve bunlar için zamlı ücret ödenmez. O dönemin normal ücreti zaten önceden ödenmiştir veya zamanında ödenecek demektir³².

Telafi çalışması için öngörülen (2 ay, günde 3 saat ve toplam günlük çalışmanın 11 saati aşmaması biçimindeki) sürelerin azamî süreler olduğunu bu yüzden bunları aşan bir telafi çalışması süresi kararlaştırmanın geçersiz olacağını düşünüyoruz. Ancak telafi çalışması imkanını tümüyle yok etmemek koşuluyla telafi çalışması için anılan sürelerin sözleşmelerle azaltılabileceği kanısındayız. Örneğin telafi çalışmasının azamî 2 ay değil de 1 ay içinde;³³ o günün normal çalışmasıyla birlikte toplamda 11 saati geçmeyecek şekilde 3 saat değil de, en çok 2 saat yapılabileceğini kararlaştırmak böyledir. Sözleşmeyle (yasal sınırdan daha aşağıda) saptanan bu süreleri aşarcasına yaptırılan çalışmayı da gerçek anlamda bir telafi çalışması değil (ilgili işçinin çalışma süresinin durumuna göre) fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma saymak gerekir. Doğal olarak; karşılığı da buna göre belirlenmelidir (İŞK. 41).

İşte telafi çalışması yukarıda sayılan koşullara uygun olarak geçerli biçimde yaptırılabilir.

Telafi çalışmasına yılda bir kez değil şartları oluştuğunda defalarca başvurulabilir. Yasal sistemde buna engel bir hüküm yoktur.

IV. TELAFİ ÇALIŞMASININ SONUCU

Hukuken aranan koşullara uygun bir telafi çalışması halinde işçi ücretini (belki de) önceden aldığı³⁴ ve fakat yapmadığı bir çalışmayı sonradan bir başka günün normal çalışması üzerine (veya hizmet sözleşmesiyle getirilen ve normalde çalışmayaacağı tatil gününde) yaparak yerine getirmiş olmaktadır. Deyim yerindeyse telafi çalışması, işçinin normal iş görme borcunun belli koşullarla işverence tek yanlı olarak veya işçinin isteğiyle izin vererek (yani anlaşmayla) ileriki bir tarihe ertelenmesidir. Normalde

³²Bkz. Akyiğit, İş Hukuku, 280-281.

³³Bu yönde bkz. Sarıtaoğlu, 43.

³⁴Telafi çalışmasına geçmek (işçinin isteği üzerine izin vermek şeklinde de olsa) işverenin yönetim hakkı çerçevesindeki bir yetkisidir. Buna karar veren işveren telafi çalışması yöntemiyle sadece işçinin o süreye ilişkin çalışma borcunu (iş görme edimini) erteleyebilir. Onunla birlikte o sürenin ücretini de erteleyemez. Çünkü işverenin yönetim hakkı ücret konusunu kapsamaz. Telafiye bırakılan çalışmanın karşılığı ücret ertelenmeyip, normal ödeme zamanında ödenmeye devam edilmek gerekir. Ayrıca bkz. Ekonomi, Telafi, 1250 ve 1258 vd. Ö. Emekçi, Yeni İş Kanunu Neler getiriyor? Semineri, Ankara 2003, 47.

yapılması gereken bir çalışma yine normal çalışma (normal çalışma süresi) niteliğiyle ertelenip ileride yine (geçmişe ait) bir normal çalışma niteliğiyle ifa edildiğinden, telafi çalışmasının fazla çalışma ve/veya fazla sürelerle çalışma olarak değerlendirilmesi de mümkün değildir (İşK. 64/1, son cümle). Hukuka uygun bir telafi çalışmasında durum budur³⁵. Ancak bazen hukuka uygun bir şekilde başlamakla birlikte sonradan çeşitli yönlerden hukuka aykırı gözükten bir telafi çalışmasıyla yahut baştan beri hukuka aykırı ve adına telafi çalışması denilen bir çalışmayla karşılaşılabılır. İşte böylesi hallerde, yapılan çalışmalara hukuken değer atfetmeyip işverende haksız bir kazanç olarak görmektense normali aşan bir çalışma sayarak bir karşılığa bağlamak daha doyurucudur.

Kısaca belirtmek gerekirse bu olgular şunlardır;

1. (O günün normal çalışmasıyla birlikte 11 saati aşmadığı halde) günde 3 saati aşan kısım duruma göre fazla çalışma ve/veya fazla sürelerle çalışma sayılır³⁶.

2. Telafi çalışmasının günlük miktarı 3 saati aşmamakla birlikte onunla beraber o günün toplam çalışma süresi 11 saati aşıyorsa, 11 saati aşan kısmın yine duruma göre fazla çalışma ve/veya fazla sürelerle çalışma sayılması uygun olur.

3. Ertelemenin caiz görüldüğü haller dışında yasal azamî 2 aylık süre geçirildikten sonra yaptırılan çalışmalar (adına telafi çalışması dense bile) hukuken telafi çalışması sayılmaz. Yine duruma göre fazla ve/veya fazla sürelerle çalışma sayılıp karşılığının buna göre ödenmesi gerekir³⁷.

4. İşverenin telafi çalışmasına imkan verecek hiçbir olgu gerçekleşmeden kendi başına, tek taraflı olarak belli bir süredeki çalışmayı bir başka süreye erteleme ve ilgili işçileri böylece çalıştırması; eğer işçinin bu çalışması ona yönelik izin talebi biçiminde değerlendirilemezse, yine fazla çalışma ve/veya fazla sürelerle çalışma sayılacaktır.

Yeri gelmişken kısaca belirtilsin ki; işverenin böylesi yasal koşullar gerçekleşmeden işçinin çalışmasını (çalışma borcunu) erteleme mümkün değildir. Eğer buna imkân veren bir sözleşme de yoksa bu tutum işverenin işi kabulden haksız kaçınması (işverenin işi kabulde temerrüdü) anlamına gelir ve sonuçları da buna göre belirlenir (BK. 325).

³⁵İşçinin isteğiyle izin verilmesi dışındaki hallerde gidilen telafi çalışması uygulaması aslında işçinin çalışma koşullarında işverence tek yanlı olarak yapılan (ve İşK. 22'deki prosedüre tabi bulunmayan) esaslı bir değişikliktir. Aynı şeyin kısa çalışma (İşK. 65) için de geçerli olduğunu söyleyebiliriz.

³⁶Mollamahmutoğlu, 688. Aktay, 31.

³⁷Krş. Mollamahmutoğlu, 687. Yazar bu sonucu, 2 aylık bir sürenin caiz görülebilecek bir aşılması haline değinmeden öngörmüştür.