

**HİZMET SÖZLEŞMESİNDE HAFTALIK 45 SAATİN
ÜZERİNDE BİR ÇALIŞMA SÜRESİNİN
KARARLAŞTIRILMASI HALİNDE FAZLA ÇALIŞMA
(Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin Bir Kararı Üzerine Değerlendirme)**

Yrd. Doç. Dr. Murat ŞEN*

I. KARAR METNİ

Dava: Davacı, kıdem tazminatı, bakiye ücret alacağı ile fazla çalışma parasının ödenilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde taraflar avukatlarınca temyiz edilmiş olmakla dosya incelendi gereği konuşulup düşünüldü:

Karar: 1. Dosyadaki yazılara, toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, tarafların aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2. Taraflar arasında düzenlenmiş olan yazılı hizmet sözleşmesinde haftalık çalışma süresinin 48 saat olduğu ve aylık ücretin de 1.500 dolar üzerinden ödenmesi gerektiği öngörülmüştür.

İstek konusu fazla çalışma ücreti bilirkişi tarafından 45 saatin üzerindeki tüm çalışma süreleri dikkate alınarak hesaplanmıştır. Bu hesap şekli hatalıdır. Gerçekten 48 saatlik bir haftalık çalışma dikkate alınarak hizmet sözleşmesinde aylık ücretin daha yüksek tutulduğu kabul edilmelidir. Bu durumda haftalık 48 saati aşan çalışmalar fazla mesai niteliğinde olduğu düşünülerek o sürenin karşılığı fazla mesai ücreti tesbit edilip hüküm altına alınmalıdır.

3. Hüküm altına alınan kıdem tazminatı için faizin dava tarihinden değil, daha önceki fesih tarihinden yürütülmesi 1475 sayılı İş Kanununun 14/11. maddesi gereğidir. Bu tazminatın döviz üzerinden tahsiline karar verilmesi sonuca etkili değildir.

Sonuç: Temyiz olunan kararın yukarıda gösterilen sebeple (BOZULMASINA) peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 14.9.1999 gününde oybirliğiyle karar verildi.

(Yarg. 9. HD., 14.9.1999 t., E. 1999/11364, K. 1999/13215.)

* A. Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Öğretim Üyesi.

Karar, Yargıtay Kararlar Dergisi, C. 27, S. 4, Nisan 2001, s. 521-522'den alınmıştır).

II. KARARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

1. Taraflar aralarında yazılı şekilde bir hizmet sözleşmesi yapmışlar ve sözleşmeye koydukları hüküm ile haftalık çalışma süresinin de 48 saat olduğunu kararlaştırmışlardır. Bu şartlar altında aylık ücretin de 1.500 dolar olduğunu ve bu miktar üzerinden ödeme yapılacağını öngörmüşlerdir.

Hizmet sözleşmesinin feshinden sonra işçi fazla çalışma ücretinin ödenmesini istemiş, ilk derece mahkemesi de, haftalık 45 saatin üzerindeki çalışmaları fazla çalışma kabul ederek buna ilişkin fazla çalışma ücretinin de ödenmesi gerektiğine karar vermiştir. Mahkeme bu konudaki kararını verirken, bilirkişi raporunu göz önünde bulundurmuştur. Bilirkişi, talep konusu fazla çalışma ücretini haftalık 45 saatin üzerindeki çalışmaları dikkate alarak hesaplamıştır.

Yargıtay ise, ilk derece mahkemesinin haftalık 45 saatin üstündeki çalışmaları fazla çalışma kabul eden kararını isabetsiz görmüş, fazla çalışma ücretinin bilirkişi tarafından 45 saatin üzerindeki tüm çalışma sürelerinin dikkate alınarak hesaplanmasını hatalı bulmuştur. Başka bir deyişle, Yargıtay, haftalık 45 saatlik çalışmanın üstündeki çalışmaları fazla çalışma kabul etmemiş; buna gerekçe olarak da, tarafların hizmet sözleşmesinde haftalık çalışma süresini 48 saat olarak kararlaştırmaları nedeniyle aylık ücretin daha yüksek tutulduğunu göstermiştir. Yargıtay'a göre, hizmet sözleşmesinde haftalık çalışma süresinin 45 saatin üzerinde kararlaştırıldığı ve bunun sonucu olarak da aylık ücretin yüksek tutulduğu bu gibi hallerde, haftalık 45 saati aşan değil, ancak kararlaştırılan süreyi (olayda 48 saati) aşan çalışmalar fazla çalışma niteliğindedir.

Ayrıca Yargıtay, ödenmesine karar verilen kıdem tazminatı için faizin davanın açıldığı tarihten değil, hizmet sözleşmesinin feshedildiği tarihten itibaren yürütülmesi gerektiğine de karar vermiştir. Kıdem tazminatının döviz üzerinden ödenmesinin faizin dava tarihinden itibaren ödenmesine etkili olmayacağı da kararda belirtilmiştir.

2. Bilindiği üzere işçilerin sürekli, devamlı çalışmaları mümkün değildir. Her şeyden önce, işçinin bedeni gücü buna yeterli olmaz. Sonra, işçinin dinlenmeye de ihtiyacının olduğu ortadadır. Yine, çalışma sürelerinin azaltılmasında işçilerin kişiliklerini geliştirmeleri için "sosyal koruma", boş zaman sağlanması", "işsizliğe karşı mücadele" ve "verimli çalışma" gibi bir takım amaçlar da güdülmektedir. Ayrıca, çalışma süresinin sınırlanması ve azaltılmasının devleti "tam istihdam"

amacına ulaştırabilecek başka politik ve ekonomik sebepleri de bulunmaktadır¹. Nitekim mevzuatımızda da konu bu çerçevede ele alınmış, işçilerin günlük ve haftalık çalışma süreleri sınırlanmış, kanunen ön görülen azami sürelerin ötesine geçilmesi engellenmiştir².

Önemle belirtmek gerekir ki, İş Hukukunun işçiyi koruyucu düzenlemelerinden birisi de, işçinin çalışma süresinin sınırlandırılmasıdır. İşçinin haftada ve günde çalışabileceği süreler kanun ile sınırlandırılmış ve kural olarak bu süreler üzerinde çalıştırılması da yasaklanmıştır³.

Haftalık ve Günlük Normal Çalışma Süreleri ve Buna İlişkin Hükümler

Genel bakımdan çalışma (iş) süresi **haftada en çok 45 saattir**. Buna “haftalık çalışma süresi” adı verilir. Bu süre, haftada 6 iş günü çalışılan işlerde günde 7,5 saati geçmemek üzere ve cumartesi günleri kısmen veya tamamen tatil eden işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine eşit ölçüde bölünerek uygulanır (İş K.m.61/a). Bu şekilde ortaya çıkan çalışma süresine de “günlük normal çalışma süresi” denir. İş sürelerinin belirtilen esaslar çerçevesinde uygulama şekillerinin de İş Süreleri Tüzüğü’nde belirtileceği maddede ayrıca vurgulanmıştır (İş K.m. 61/a).

Hemen belirtmek gerekir ki, İş Kanununun haftalık ve günlük çalışma sürelerini belirleyen ve sınırlayan hükmü nispi emredici niteliktedir⁴; bu açıdan öngörülen süreler azaltılabilir ama yükseltilemez. Başka bir söyleyişle, kamu düzeni ile ilgili nispi emredici hükümlerle belirlenen bu sınırların üstünde normal çalışma süresinin saptanması mümkün değildir; fakat işçilerin yararına olarak bu sürelerin altına inilebilir, hizmet akitleri veya toplu iş sözleşmelerinde işçilerin çalışma süreleri bu sınırların altında saptanabilir⁵. Bu nedenle, belirtilen hususa

¹ Kadir Arıcı, Çalışma Sürelerinin Hukuki Gelişimi ve Yeterliliği Açısından 1475 Sayılı İş Kanununda Çalışma Süreleri, Ankara 1992, s. 70-71; Turhan Esener, İş Hukuku, 3. B., Ankara 1978, s. 191-192; Münir Ekonomi, İş Hukuku, C. I Ferdi İş Hukuku, 3. B., İstanbul 1984, s. 270; Adil İzveren, İş Hukuku, (I,II,III), Ankara 1974, s. 118-119; Ünal Narmanlıoğlu, İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I, 2. B., İzmir 1994, s. 417-418; Mustafa Çenberci, İş Kanunu Şerhi, 6. B., Ankara 1986, s. 801; Tankut Centel, İş Hukuku, C. I, Bireysel İş Hukuku, İstanbul 1994, s. 225-226; Ferit H. Saymen, Türk İş Hukukunda Çalışma Müddetleri, İHFM, C. XXV, S. 1-4, İstanbul 1960, s. 225-226.

² Narmanlıoğlu, s. 418.

³ Arıcı, s. 114-115; Halûk Hâdi Sümer, İş Hukuku Uygulamaları, 2. B., Konya 2000, s. 151.

⁴ Nispi emredici hukuk kurallarına sosyal kamu düzenine ilişkin kurallar da denilmektedir (Haluk Hadi Sümer, İş Hukuku, 7. B., Konya 2000, s. 8).

⁵ Gerçekten yasakoyucu, “ tarafların, bir sözleşme ile günlük veya haftalık çalışma sürelerini kanun veya tüzüklerle belli edilen sınırlar dışında artıramayacakları hakkında hükümler koymuştur. Bu hükümler, **emredici bir karakter taşırlar**” (Yarg. 9.HD., 22.3.1966, E. 10583, K. 2429-Çenberci, s. 816); Ekonomi, s. 277; Eyüp Sabri Erman, İş Davaları ve Tatbikatı, Ankara 1956, s. 102; Çenberci, s. 915; Sümer, İş Hukuku, s. 105; Sümer, Uygulamalar, s. 151.

aykırı sözleşme hükümleri geçerli değildir ve onların yerini kanuni hükümler alır⁶. Şu halde işçilerin normal çalışma süreleri, kanunla saptanan sınır olan haftalık 45 saati aşamaz, bunun aksine yapılan sözleşmeler de geçersizdir.

Sözü edilen kanun hükmü haftada en çok 45 saat çalışılabileceği hükmünü getirmiş olduğundan İş Kanunu kapsamına giren işyerlerinde bunun üzerinde haftalık çalışma süresinin tespiti mümkün değildir⁷. Ancak belirtilmelidir ki, çalışma süresine ilişkin olan bu sınırlamalar işyerine ilişkin sınırlama değil; işçinin şahsına ilişkin sınırlamalardır (İşST.m.3). Bu nedenle bir işyerinde faaliyet aralıksız devam edebilir. Postalar halinde çalışmanın uygulandığı işyerlerinde durum böyledir. Fakat işçinin işyerinde, kanunda öngörülen sürelerin üstünde çalıştırılması yasaktır⁸.

İş K.m.61/a haftalık çalışma süresinin “**en çok 45 saat**” olacağını belirtmekle, işçilere gördürülecek işin zamanı yönünden azami sınırı çizmiş bulunmaktadır. Bu süre göz önünde tutularak belirlenen günlük çalışma süreleri de aynı şekilde bir gün içindeki çalışmanın en çok ne kadar devam edebileceğini göstermektedir. İş Süreleri Tüzüğü’nün 4. maddesine göre, “*Genel bakımdan iş süresi, haftada en çok 45 saattir. Günlük iş süresi ; a) Haftanın 6 iş gününde çalışılan işyerlerinde 7,5 saati, b) Cumartesi günleri de tatil edilmek suretiyle haftada 5 iş günü çalışılan işyerinde 9 saati, c) Cumartesi günleri kısmen tatil edilen işyerlerinde, Cumartesi günü çalışılan süre 45 saatten çıkarıldıktan sonra, kalanın beşe bölünmesiyle bulunacak süreyi, geçemez. Bir işçinin bu sınırları aşan sürelerle çalıştırılmasında; a) İş Kanunu’nun 36 ve 37’nci, 10/9/1960 günlü ve 79 sayılı Kanun’un 6’ncı maddeleri, b) İş Kanunu’nun 35,66 ve 72’nci maddelerine dayanılarak çıkarılan tüzükler, hükümleri uygulanır*”.

Kanun ve Tüzükte haftalık çalışma süresinin en çok 45 saat olacağını belirtilmesi 45 saatin üstünde çalışmaya müsaade edilmeyeceği anlamında olup, bunun altında çalışma sürelerinin düzenlenebileceğini ortaya koymaktadır. Uygulamada bazı işyerlerinde 43, hatta 40 saat gibi daha az haftalık çalışma süresinin düzenlendiği görülmektedir. Ancak kanun, günlük ve haftalık çalışma sürelerinin daha aşağıya indirilmesi halinde, işçinin ücretinden eksiltme yapılamayacağına da hükmetmiş bulunmaktadır (İş K.m. 60).

⁶ Seza Reisoğlu, İş (Hizmet) Akdi Yönünden Borçlar Kanunu ile İş Kanunları Arasındaki Münasebetler, Batider,C. III, S. 1, s. 85; Çenberci, s. 916.

⁷ Nuri Çelik, İş Hukuku Dersleri, 15. B., İstanbul 2000, s. 250; Arıcı, s. 115.

⁸ Centel, s. 227; Ekonomi, s. 277-278; Narmanlıoğlu, s. 421-422; Öner Eyrenci, İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay’ın 1985 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtay’ın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1985, İstanbul 1987, s. 112; Arıcı, s. 114-115.

Fazla Çalışma Kavramı ve Hükümleri

Fazla çalışma, belirli sebeplere ve şartlara bağlı olarak “kanunda yazılı günlük çalışma süresi dışında” yapılan çalışmadır (İş K.m.35). Fazla çalışma ücreti de, kanunda belirtilen normal çalışma süresi dışında kalan çalışmaların karşılığı artırımlı (zamlı) ücrettir⁹.

Kanunda yazılı günlük çalışma süresinden maksat, İş K.m. 61/a gereğince Cumartesi günleri çalışılıp çalışılmamasına göre belirlenen ve 7,5 saat ile 9 saat arasında değişen günlük normal çalışma süreleridir (FÇT. m. 1; İşST. m. 4). Bu süreler ve Cumartesi günü kısmen çalışılmak üzere tespit edilen sürenin dışındaki çalışmalar, fazla çalışma sayılır¹⁰.

Fazla çalışmadan söz edebilmek için işçiye günlük çalışma süresi dışında iş gördürülmesi yeterlidir; ayrıca haftalık çalışma süresini, 45 saati tamamlamış bulunması bile şart değildir. Dolayısıyla, işçinin haftalık çalışma süresi toplamına bakılmaksızın günlük çalışma süresini aşan çalışmaları fazla çalışma sayılır¹¹.

İş Kanunu ve Fazla Çalışma Tüzüğünde fazla çalışma için “günlük çalışma süresi” esas alınmış ve “haftalık çalışma süresi” dışında yapılan çalışmalardan hiç söz edilmemiş olduğu halde, eskiden beri hakim olan görüş, haftalık normal çalışma süresini aşan çalışmaların da fazla çalışma olarak kabul edilmesi ve buna fazla çalışma ücreti ödenmesi şeklindedir¹². Şu halde kanunen fazla çalışma, günlük çalışma süresi dışında yapılan çalışmadır. Ancak haftalık çalışma süresi

⁹ Çenberci, s. 802. Bu konuda ayrıca bkz. Tankut Centel, İş Hukukunda Ücret, İstanbul 1988, s. 272.

¹⁰ Ekonomi, s. 294.

¹¹ Çelik, s. 256; Centel, s. 232-233; Öner Eyrenci, Uygulama ve İş Hukuku Açısından Kısmi Süreli Çalışmalar, İstanbul 1989, s. 50; Kenan Tunçomağ / Tankut Centel, İş Hukukunun Esasları, 2. B., İstanbul 1999, s. 141-142; Ekonomi, s. 295; Sümer, Uygulamalar, 153-154; A. Polat Soyer, İş İlişkinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay’ın 1991 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtay’ın İş Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 1991, İstanbul 1993, s. 19. Bu konuda aksi görüş için bkz. Oğuz Kurucu, İş Süreleri, Dinlenmeler, Fazla Çalışmalar, Ankara 1987, s. 151. Yargıtay kararları da aksi görüş doğrultusundadır (Sümer, Uygulamalar, s. 154).

¹² “Haftanın altı günü çalışmış bulunan işçi, tatil günü dahi çalışmış olması nedeniyle, hem fazla çalışma ücretine ve hem de hafta tatili ücretine hak kazanır.” (Yarg. İBK, 27.5.1958, E. 15, K. 5 - RG, 26.9.1958, 10017). TBMM’nin 255 sayılı ve 11.11.1953 günlü ve İş Kanununun 37. maddesine ilişkin bulunan tefişir kararında da “Kanunda başkaca sarahat bulunan ahval müstesna olmak üzere haftada 48 saatlik normal mesainin dışındaki hukuki ve fiili her türlü mesai, fazla mesai olup işçiye de bu sebeple fazla ücret ödenmesi icap eder” denilmektedir (TBMM Zabıt Ceridesi, Devre 9, C. 25, 1 Kasım 1953’den 30 Kasım 1953’e kadar, S. sayısı 252, s. 1-4); Esener, s. 198; Kenan Tunçomağ, İş Hukuku, C. I, Genel Kavramlar-Hizmet Sözleşmesi, 2. B., İstanbul 1981, s. 271-272; Münir Ekonomi, Çalışma Süreleri, Tatiller ve Yıllık Ücretli İzinler, 931 sayılı İş Kanunu ve Getirdiği Yenilikler, M.O. Produktivite Kurumu Semineri, İstanbul 1969, s. 50-51; Tunçomağ / Centel, s. 142; Aksi görüş, Çelik, s. 257; Ferit H. Saymen, Türk İş Hukuku, İstanbul 1954, s. 494-495.

dışındaki fiili çalışma da fazla çalışma sayılır ve hukuki fazla çalışmalarda olduğu gibi zamlı ücret ödenir¹³.

Hizmet Sözleşmesi İle Haftalık 45 Saati Aşan Çalışma Süresinin Belirlenmesi ve Bu Durumda Fazla Çalışma Kavramı

Haftalık çalışma süresinin, İş K.m.72/a'ya göre çıkarılan Haftalık İş Günlerine Bölünemeyen Çalışma Süreleri Tüzüğünde belirtilen işler dışında, 45 saati aşacak şekilde tespit edilerek buna göre fazla çalışmanın belirlenmesi yoluna gidilemez¹⁴.

Ancak Yargıtay, haftalık en fazla çalışma süresinin Kanunda 48 saat olarak yer aldığı döneme ilişkin olarak verdiği bir kararında¹⁵, işçilerin 48 saatin üstünde iş gördükleri sürelerin fazla çalışma sayılması ve buna göre zamlı ücret ödenmesi gerektiği hususundaki taleplerini reddetmiştir. Buna gerekçe olarak da, söz konusu düzenlemenin yani 48 saatin üstündeki çalışmaların işçilerin istekleri ile getirildiği ve toplu iş sözleşmesinde yer aldığı, keza bundan işverenin ekonomik bir yararı da olmadığını göstermiştir¹⁶.

¹³ Çenberci, s. 806; Ekonomi, s. 295-296; Kurucu, s. 233.

¹⁴ Arıcı, s. 115-116; Ekonomi, s. 297.

¹⁵ "İşyerinde; üç vardiya halinde çalışıldığı, vardiya ve posta değişimlerinde bir postanın üç haftada bir cumartesi günü hiç çalışmadığı, diğer ikinci ve üçüncü haftaların ikişer gününde paydos edilmeyerek o günler dört ve ikişer saat mesainin uzatıldığı taraflar arasında uyumsuzluk konusu değildir. Uyuşmazlık; bir hafta 40 saat, ikinci ve üçüncü hafta dört ve ikişer saatlik çalışmalarla haftalık 52 şer saate balığ olan çalışmaların fazla mesai olarak sayılıp sayılmayacağı noktasında toplanmaktadır.

Davalı idare; savunmasında, işçilerin isteklerine göre mesai sürelerinin anılan biçimde düzenlendiğini, senelerce uygulamanın bu şekilde devam eylediğini, 1968 ve 1970 yıllarındaki toplu iş sözleşmelerinde de böyle bir düzenlemeye yer verildiğini ileri sürerek, ortada idareyi yararlandıran fazla mesai bulunmadığını savunmuştur.

Gerçekten; anılan çalışma düzeninin işçilerin isteği ve işveren yetkililerinin kabulü ile uygulamaya konduğu ve 15 seneden fazla bir zamandan beri uygulamanın istikrarlı bir şekilde süregeldiği şahadetten anlaşılmaktadır. Esasen, işin bu tarzdaki düzeninde, davalı idarenin hiç bir yararı olmadığı, aksine vardiya ve posta değişiminin tabii zorunluluğu ile gece vardiyasından sonraki vardiya dönemi gündüzünde hiç çalışılmayarak tam gün dinlenmeye geçilmesi ve dinlenme ile geçiştirilen günün yevmiyesinin kesintisiz olarak verilmiş olması ve böylece o hafta, hafta tatili ile birlikte iki gün serbest kalmış olması, çalışanların yararına olacağı da söz götürmez bir açıklıktadır.

Öte yandan; işyerinde düzenlenen resmi kayıtlarda, özellikle ücret tediye bordrolariyle apeller ve günlük çalışma föylerinde, davacının fazla bir mesaisi görülmediği, günlük ve haftalık mesai karşılığı olan ücretlerini de senelerce aldığı ve bu belgelere göre davacının fazla mesaiden hiç bir alacağı olmadığı 21.12.1973 günlü bilirkişi raporunda anlaşılmaktadır.

O halde; **iş sürelerinin işçiler yararına ve işçilerin isteği üzerine iyi niyetle, anılan biçimde düzenlenmiş olması ve bu düzenlemenin uzun seneler istikrar içinde süre gelmiş bulunması ve bu düzenlemeden dolayı, davalı idarenin ekonomik bir yararı da bulunmaması** göz önünde tutularak, davanın red edilmesi gerekirken, işverenin iyi niyeti ile oluşan bu düzenlemeden parasal sonuç çıkarmayı hedef tutan davanın kabulü vaktalara ve iyiniyet kurallarına aykırıdır." (Yarg. 9. HD, 6.3.1975, E. 1974/28182, K. 1975/14355-İstanbul Barosu Bilgi Bankası Yargıtay Kararları Bilgisayar Programı (İBBB).

¹⁶ Yarg. 9. HD, 6.3.1975, E. 1974/28182, K. 1975/14355 tarihli kararının değerlendirilmesi konusunda bkz. A. Akbıyık, Karar İncelemesi, İHU 1975, İşK. 35, No. 2.

Tekrar vurgulamak gerekir ki, İş K. m. 61/a'daki haftalık normal çalışma süresinin en çok 45 saat olacağını bildiren nispi emredici kuralın, işçilerin isteği üzerine yahut toplu iş sözleşmesi ile işçi aleyhine değiştirilmesi ve haftalık çalışma süresinin 45 saatin üstünde tespiti söz konusu olamaz; aksi yöndeki sözleşme hükümleri geçersiz sayılır¹⁷. Haftalık normal çalışma süresinin azami sınırı olan 45 saatin üstünde saptanması suretiyle işçilerin haftanın belirli günlerinde normal günlük çalışma sürelerinin üstünde yaptıkları çalışmalar fazla çalışma sayılır ve ücretlerinin zamlı olarak ödenmesi gerekir¹⁸.

İş Kanunu m. 35'deki "kanunda yazılı günlük çalışma süresinin dışında"¹⁹ yapılan çalışmanın fazla çalışma olarak tanımlanması, bu kanun anlamında fazla çalışmanın 61/a'da gösterilen günlük azami sürenin aşılması suretiyle yapılacak çalışmaları amaçladığı söylenebilir. FÇT'nün 1. maddesinde "İş Kanununun 61'inci maddesinin (a) bendinin ikinci fıkrasında yazılı günlük normal çalışma sürelerinin dışında yapılacak fazla çalışmalar hakkında bu tüzük hükümleri uygulanır" denilmekle, durum açıkça belirtilmiştir. İş Süreleri Tüzüğü'nün 4. maddesinde, İş K.m.61/a'ya paralel olarak, haftalık ve günlük azami çalışma süreleri gösterildikten sonra, "bir işçinin bu süreleri aşan sürelerle çalıştırılmasında" İş Kanununun fazla çalışmaya ilişkin maddelerinin ve ilgili tüzüklerin uygulanacağını hükme bağlanması da aynı düşünceyi yansıtmaktadır.

Hizmet Sözleşmesinde Fazla Çalışma Ücretinin Aylık veya Gündelik Ücrete Dahil Edildiğinin Kararlaştırılması

Yargıtay, hizmet sözleşmesi ile tarafların, işçinin aylık (veya gündelik) ücretine fazla çalışma ücretlerinin de dahil olduğunu kararlaştırabileceklerini kabul etmektedir²⁰. Toplu iş sözleşmelerine de aynı yönde hüküm konulabileceği şüphesizdir. Aynı zamanda Yargıtay, fazla çalışmanın bir yılda en çok 90 gün ve bir günde de en çok üç saat olabileceğini bundan fazlası için yapılan anlaşmaların muteber olmayacağını belirtmektedir²¹. Böyle bir durumda aylık ücrete dahil olan fazla çalışma ücretinin ne kadar süre ile yapılan fazla çalışmanın karşılığı olduğu sözleşmede gösterilmemişse, bunun bir yılda doksan iş günü ve günde üç saatlik fazla çalışma ile sınırlı bulunduğu kabul edilecektir. Ancak bunun dışında, yani

¹⁷ *Ekonomi*, s. 297.

¹⁸ *Ekonomi*, s. 297.

¹⁹ "Günlük yasal iş süresi" kavramı, çalışılan günün saat olarak süresini olduğu kadar, yasal bakımdan çalışılabilecek gün olduğu yönünü de anlatır. Böylece "günlük yasal iş süresi dışında çalışma", hem belirli bir günde mevzuatın belirlemiş olduğu çalışma saatlerinin üstünde bir çalışmayı, hem de mevzuatın iş günü saymadığı bir günde çalışmayı içerir (*Çenberci*, s. 805).

²⁰ Yarg. 9. HD., 16.5.1967, E. 4390, K. 4290-*Çenberci*, s. 822, dn. 33; Bu konu ile ilgili olarak Yarg. 9. HD., 25.3.1965, E. 2729, K. 2832; Yarg. 9.HD., 4.5.1965, E. 1622, K. 3810; Yarg. 9. HD., 30. 4. 1973, E. 24456, K. 14208 (*Ekonomi*, s. 308).

²¹ Yarg. 4. HD., 7.3.1957, E. 339, K. 1180-*Çenberci*, s. 816.

kanuni sınırları aşacak şekilde (kanuna aykırı) fazla çalışma yaptırıldığında, bu çalışmaların karşılığında aylık ücretin içinde bulunduğu ileri sürülemez; kanunen belirtilen süre dışında yaptırılan fazla çalışmalar için ayrıca fazla çalışma ücreti ödenmesi gerekir.

Belirtmek gerekir ki, fazla çalışma, Kanunda ve Tüzükte yazılı normal günlük iş süresi dışında kalan çalışma anlamını taşıdığına göre, burada önemli olan husus, çalışmanın günlük yasal iş süresini aşmış olması olup, günlük yasal iş süresini aşan çalışmaların kanun tarafından yasaklanmış olup olmamaları değildir²². Zira fazla çalışmanın gerek işçilerin kişilikleri, gerekse görülen işlerin nitelikleri bakımından saat ve gün olarak sınırlandırılmış bulunmaları, bu sınırlamaya rağmen yapılmış fazla çalışmaların artırmalı ödenmelerine engel olma amacını gütmeyiz; burada amaç, belirli nedenlerle, bu tür çalışmaların kendisini önlemektir. Bu amaç, kanundışı çalıştırılmalarından ötürü İş Kanununda öngörülen yaptırımlardan (İş K.m.99/B,2) da anlaşılmaktadır. Bu nedenle, sözü edilen hükümlere aykırı sözleşme hükümlerinin yerini kanuni hükümlerin alacağı kuşkusuzdur. Fakat geçersiz sözleşme hükmüne rağmen işçi günde 3 saat ve yılda 90 iş gününden fazla çalışmışsa, hükümsüzlük, önceyi kapsamayıp sadece ilerisi için bahse konu olacak²³ ve işçi fazla çalışma ücretine hak kazanabilecektir. Aynı sonuca, MK.m. 2’de öngörülen objektif iyiniyet esaslarına dayanarak varmak da mümkündür²⁴.

Şu halde, işçi, kanunen yasak olan fazla çalışmayı yapmaktan kaçınabilir. Fakat böyle bir çalışma yapmışsa, işverene ücreti ödemekten kaçınma hakkı tanımak ve işçiyi sebepsiz zenginleşme kurallarına başvurmaya mecbur tutmak, kanunun yasak hükmüyle izlediği amaca ters düşer²⁵. Ayrıca işçi yararına konulmuş hükümlerin onun zararına uygulanmasına yorum kuralları da elverişli değildir. Nitekim Yargıtay “90 günden fazla olan günlerdeki 8 saatten fazla olan bütün çalışmalar için fazla çalışma ücretine hükmedilmek”²⁶ gereğine işaret etmiştir. Yargıtay’ın bir başka kararına göre de, kanunun aradığı şartlara riayet edilmeksizin yaptırılan fazla mesai işveren için bir suç teşkil eder. Fakat bu husus işçinin çalıştığı fazla saatler için fazla mesai ücreti istenmesine mani değildir²⁷.

Alman hukukunda da işçinin yasal yasağa aykırı olarak yapmış olduğu fazla çalışma karşılığında bir ücret isteyip isteyemeyeceği sorusuna olumlu cevap verilmektedir²⁸.

²² Çenberci, s. 805.

²³ Reisoğlu, s. 87.

²⁴ Çenberci, s. 817; Reisoğlu, s. 87.

²⁵ Çenberci, s. 817-818.

²⁶ Yarg. 4. HD., 7.3.1957, E. 339, K. 1180-Çenberci, s. 816.

²⁷ Erman, s. 29.

²⁸ Çenberci, s. 817.

Fazla çalışma parasının gündelik ve maktu aylık içinde bulunduğunun savunulması durumlarında ispat yükü davalı üzerindedir²⁹. Fakat herhalde günde üç saat ve yılda 90 iş gününü aşan fazla çalışmalara ait ücretler, gündelik ve maktu aylık içinde düşünülemezler³⁰.

Yargıtay'ın bu yöndeki bir diğer kararına göre de, “Davacı ile yapılan iş sözleşmesinde fazla çalışılacak saatler gösterilmiş bulunmadığından aylık ücrete dahil olan fazla çalışmanın günde 3 saat üzerinden yılda 90 iş günü ile sınırlı bulunması gerekir. Bunun dışında bir fazla çalışma söz konusu olduğu takdirde, bu fazla çalışmanın sözleşmenin sınırı içinde kaldığının kabulü mümkün değildir. O halde, mahkemece bu yönden inceleme yapılarak günde 3 saat üzerinden yapılan fazla çalışmanın yılda 90 iş gününü aşan miktarı tespit edilmeli ve süreye ilişkin fazla çalışma paralarının ödetilmesine ve fazla isteğin reddine karar verilmelidir”³¹.

Uygulamadaki öneminden ötürü şu hususa da değinmekte yarar vardır. Gündelik iş süresi işverenin herhangi bir etkisi olmaksızın bizzat işçiler tarafından ve kendi yararlarına haftada 45 saat çalışma esas çerçevesinde artırılırsa, fazla çalışma ücreti söz konusu olmaz. Bu yönde verilen bir Yargıtay kararında, işverenin işçilerine karşı onların kendi yararlarına olan eylemlerinden ötürü sorumlu tutulamayacağı ve bunun dürüstlük kurallarına uygun düşmeyeceği belirtilmiştir³².

Fazla Çalışma Sınırlarının Aşılması Durumunda Yaptırım

İşveren veya vekilinin yasal iş sürelerine aykırı olarak işçiyi çalıştırması İş K.m. 100 gereğince suç teşkil eder. İş K.m.100'e göre, “Bu Kanunun 61 inci maddesinde ve bu maddede belirtilen tüzükte tespit olunan iş müddetlerine aykırı olarak işçilerini çalıştıran ...işveren veya vekiline birmilyonbeşyüzbin lira³³ para

²⁹ “...Davalı, fazla çalışma parası ile çalıştırılan hafta ve genel tatil paralarının aylık ücretinin içinde bulunduğunu ve yazılı sözleşmeyi mahkemeye vereceğini bildirdiği ve kendisine mehil de verildiği halde sözleşmeyi ibraz edememiştir. O halde, fazla çalışma paralarının ve çalıştırılan hafta ve genel tatil gündeliklerinin aylık ücrete dahil olduğu kabul edilemez...” (Yarg. 9.HD., 25.3.1965, E. 2727, K. 2835-Çenberci, s. 822, dn. 32).

³⁰ “...Davacının sabit olan 6 saatlik fazla çalışmasının arta kalan 3 saatlik çalışma karşılığını gündeliğinin karşılamadığı düşünülmelidir. O halde, davacının gündeliğinin dışında kalan 3 saatlik çalışması karşılığının hesap edilerek tutarına karar vermek gerekir” (Yarg.9.HD., 16.5.1967, E. 4390, K. 4290-Çenberci, s. 822, dn. 33).

³¹ Yarg. 9.HD., 4.5.1965, E. 1622, K. 3810-Çenberci, s. 825. Yargıtay'ın bu yöndeki bir diğer kararı için bkz. Çenberci, s. 825.

³² Yarg. 9.HD., 1.6.1971, E. 14122, K. 13259-Çenberci, s. 823.

³³ 4421 sayılı “Türk Ceza Kanunu ile Cezaların İnfazı Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair” Kanunla (R.G., 01.08.1999, 23773), para cezalarının zaman içinde aşınmasını önlemek için her yıl 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 298. maddesi uyarınca tespit ve ilan edilen yeniden değerlendirme oranında artırılacağı hükme bağlanmıştır. Yeniden değerlendirme oranı 2001 yılı için Maliye Bakanlığı'nın 288 sıra nolu Vergi Usul Kanunu Genel

cezası verilir". Bunun aksine olan sözleşme hükümleri, geçerli olmaz ve yerini yasal hükümler alır. Bu konuda işçi için daha elverişli sürelerin kabulüne ilişkin sözleşme hükümlerinin geçerli buldukları söz götürmez³⁴.

Yine fazla çalışma ücretini ödememek, İş K.m.99/B,2 gereğince suç oluşturur. İş K.m.99/B,2'ye göre, "...35'inci maddede yazılı şartlar dışında fazla çalışma yaptıran veya aynı maddede gösterilen fazla çalışma ücretini ödemeyen veya noksan ... ödeyen ... işveren veya vekiline beşyüzbin lira³⁵ para cezası verilir".

3. Somut olaya gelince, öncelikle tespit edilmesi gereken husus, tarafların yaptıkları hizmet sözleşmesinde haftalık çalışma süresi olarak kanunda öngörülenden daha fazla bir süreyi kararlaştırabilip kararlaştıramayacaklarıdır.

Hizmet Sözleşmesi ile Haftalık Çalışma Süresi 45 Saatin Üzerinde Kararlaştırılabilir mi?

İş Kanununun 61. maddesinde öngörülen genel bakımdan haftalık çalışma süresinin en çok 45 saat olduğunu belirten hükmü, sosyal kamu düzenine ilişkin olan nispi emredici bir hükümdür. Dolayısıyla, taraflar haftalık çalışma süresi olarak 45 saatin altındaki bir süreyi sözleşme ile kararlaştırabilirler ama bunun üstünde bir çalışma süresi belirleyemezler. Tarafların haftalık çalışma süresi olarak 45 saatin üstündeki bir süreyi (örneğin 48 saat) belirlemeleri halinde kanunda en çok olarak belirtilen 45 saatlik haftalık çalışma süresi, kararlaştırılan sürenin yerine geçer.

Yargıtay ise, eski tarihli bir kararında³⁶, "üç bekçinin aralarında anlaşarak bir hafta 40 saat, bir hafta 52 saat çalışmaları sonucu ortaya çıkan haftalık çalışma süresini aşan kısımlar fazla çalışma olarak kabul edilemez." Demekte ve buna gerekçe olarak da "iş sürelerinin işçiler yararına ve işçilerin isteği üzerine iyi niyetle, anılan biçimde düzenlenmiş olması ve bu düzenlemenin uzun seneler istikrar içinde süre gelmiş bulunması ve bu düzenlemeden dolayı, davalı idarenin ekonomik bir yararı da bulunmaması"nı göstermektedir. Belirtmek gerekir ki, kanunda yazılı en fazla çalışma süresinin üstünde bir çalışmanın taraflarca tespit edilmesi ve bu durumda fazla çalışma ücretinden söz edilmemesi sosyal kamu düzenine ilişkin olan nispi emredici hükme aykırılık oluşturur.

Olayda taraflar haftalık 48 saatlik çalışma süresi kararlaştırdıklarına göre, burada sözleşme ile tespit edilen 48 saatlik süre değil, kanunun en çok olarak belirttiği 45 saatlik sürenin esas alınması gerekir. Aksi halde, "48 saatlik bir haftalık çalışma dikkate alınarak hizmet sözleşmesinde aylık ücretin daha yüksek

Tebliği (R.G., 09.12.2000 t., 24254) ile % 56.0 olarak belirlenmiştir. Bu nedenle de maddedeki, "1.500.000" liralık ceza, "42.709.680" liraya çıkarılmıştır.

³⁴ Çenberci, s. 916.

³⁵ Bu miktar, dn.33'te belirtilen gerekçeyle "14.236.560" liraya çıkarılmıştır.

³⁶ Yarg. 9. HD, 6.3.1975, E. 1974/28182, K. 1975/14355 tarihli kararı, İBBB.

tutulduğu” gibi bir yaklaşımın kabul edilmesi, kanunun öngördüğü en çok çalışma sürelerinin konulmasındaki amaca ve mantığa aykırılık oluşturur.

Yargıtay, olayda, tarafların haftada 48 saatlik çalışmayı esas alarak aylık ücreti yüksek (1.500 dolar) olarak belirlediklerini vurgulamaktadır. İş Kanununa göre, tarafların, emredici bir hükmün aksine işçi aleyhine sonuç doğuracak bir düzenleme yapmaları mümkün değildir. Başka bir deyişle, taraflar haftada 48 saatlik çalışma karşılığı olarak yüksek de olsa bir ücret belirlemişlerse bu ancak 45 saatlik çalışmanın karşılığı olan ücret olarak kabul edilebilir.

Burada şu ihtimali de göz önünde bulundurmak gerekir. Taraflar, hizmet sözleşmesini yaptıkları zaman, 45 saatin üstünde belirledikleri sürenin fazla çalışma olduğunu ve buna ilişkin olarak fazla çalışma ücretinin de aylık ücrete dahil olduğunu kararlaştırmış olabilirler. Bu takdirde de fazla çalışma süresi, günde üç saati ve bir yılda da toplam doksan iş gününü geçemez (İş K.m.35, FÇT.m.2). Karardan anlaşıldığı kadarıyla, tarafların, 45 saatin üstünde kararlaştırdıkları sürenin fazla çalışma olduğu ve buna ilişkin ücretin de aylık ücrete dahil bulunduğu yönünde bir açıklık söz konusu değildir.

İşçi Fazla Çalışma Ücretine Hak Kazanmış mıdır?

Aylık ücretin yüksek olarak kararlaştırılması, İş Kanununda nispi emredici olarak düzenlenen bir hükmün aksine bir düzenlemenin yapılmasını haklı kılamaz. İşçiyi koruma amacıyla konulan ve haftalık çalışma süresinin en çok 45 saat olacağını belirten hüküm, işçinin aleyhine sonuç doğuracak bir tarzda yorumlanamaz ve yine işçinin aleyhine sonuç doğuracak tarzda haftada 48 saatlik çalışma süresi de belirlenemez. Bu durumda, işçi için, aylık ücret ne olursa olsun, sözleşmede daha fazla bir çalışma süresi öngörülmüş ise, ancak kanunda belirtilen haftalık en çok çalışma süresi (45 saat) uygulama alanı bulur.

Şayet taraflar, sözleşme ile, haftada 48 saatlik çalışma süresi kararlaştırmışlar, bunun üç saatlik kısmının, yılda 90 günü geçmemek kaydıyla, fazla çalışma olacağını ve buna ilişkin fazla çalışma ücretinin de aylık ücrete dahil olduğunu belirtmişlerse, o takdirde bunun üzerindeki çalışmalara fazla çalışma ücretinin ödenmesi gerekir. Olayda ise bu yönde bir anlaşmanın bulunduğu dair bilgi yoktur.

O halde, ilk derece mahkemesinin kararında olduğu gibi, işçinin haftalık 45 saatin üstündeki bütün çalışmaları fazla çalışma kabul edilmeli ve fazla çalışma ücreti 45 saatin üzerindeki tüm çalışma süreleri dikkate alınarak hesaplanmalıdır.

III. SONUÇ

Sonuç olarak, hizmet sözleşmesi ile haftalık çalışma süresinin 48 saat olarak kararlaştırılması halinde, fazla çalışma ücretinin 45 saatin üzerindeki çalışmalara değil de 48 saati aşan çalışmalara verileceğini belirten karar isabetli değildir. Bu

nedenle, haftalık 48 saati aşan çalışmaların fazla çalışma kabul edileceğini belirten kararın isabetsiz olduğu kanaatindeyim.