

Av. Hakkı KIZILOĞLU

TİSK Müşavir Avukatı

Örtülü Denkleştirme Süresine Yönelik Karar İncelemesi

T.C. YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ

Esas No : 2004/31721
Karar No : 2005/26173
Tarihi : 16.06.2005

Karar Özeti

Her ay 10 gün ve günlük 24 saatlik periyodun 12 saatinde bir işçi, kalan sürede diğer işçinin çalıştığı durumlarda, çalışılan bu süre içinde bir saatin zorunlu yemek ve diğer ihtiyaçlar için harcandığı gözönüne alındığında günlük çalışma süresi 11 saati aşmaz. Haftada çalışılan süre 77 saat eder. İkinci haftaya sarkan günler için günlük 11 saatten haftalık 33 saat çalışma mevcuttur. Gerek 1475 sayılı gerek 4857 sayılı Kanun döneminde haftalık çalışma süresi 45 saat kabul edildiğinden davacı işçinin 1475 sayılı Kanun döneminde birinci haftanın fazla çalışmasının 32 saatten hesaplanması gerekir. 10 günlük sürenin ikinci haftaya sarkan üç gün için haftalık 45 saati aşan bir çalışması bulunmadığından anılan günler için fazla çalışma ücreti ödenmez.

Davacı işçinin 4857 sayılı Kanun dönemindeki çalışması için örtülü bir denkleştirme söz ko-

nusu olur. Çünkü anılan dönemde davacı işçinin günde 11 saati aşan bir çalışması bulunmamaktadır. Her ay 10 gün çalıştığından kalan 20 gün için 4857 sayılı Kanun'un 63. maddesi gereğince denkleştirmenin varlığı kabul edilir.

İlgili Mevzuat: 4857 S.K. Md.41 ve 63, 1475 S.K.Md.35 ve 61

Yargıtay Kararı

DAVA: Davacı, fazla mesai ve vardiya prim alacağına ödeneğine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

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

2. Dava fazla mesai ve vardiya primi alacağına ilişkindir, istekler hüküm altına alınmış karar davalı vekilince temyiz edilmiştir.

Davacının ayda on gün, günde 24 saat süre ile davalı idare bünyesinde radyoling istasyo-

nunda güvenlik görevlisi olarak çalışmak üzere görevlendirildiği konusunda uyuşmazlık bulunmamaktadır.

İstek konusu dönem 17.5.2002-4.5.2004 tarihleri arasındadır.

Söz konusu sürenin bir kısmı 1475 sayılı İş Kanunu diğer kısmı halen yürürlükteki 4857 sayılı İş Kanunu dönemine rastlamaktadır.

1475 sayılı İş Kanunu'nun 61. maddesine göre genel bakımdan iş süresi haftada en çok 45 saattir. Bu süre üst sınırdır. 45 saatin üstünde yapılan çalışmalar fazla çalışma sayılır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 63. maddesince ilke olarak çalışma süresi haftada en çok 45 saat olarak belirtilmiş, devamında tarafların anlaşması ile haftalık normal çalışma süresi işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine, günde onbir saati aşmamak koşulu ile farklı şekilde dağıtılabileceği ifade edilmiştir.

Aynı Kanun'un 41. maddesine göre fazla çalışma, kanunda yazılı koşullar çerçevesinde haftalık 45 saati aşan çalışmalardır. 63. madde hükmüne göre denkleştirme esasının uygulandığı hallerde, işçinin haftalık çalışma süresi, normal haftalık iş süresini aşmamak koşulu ile bazı haftalarda toplam 45 saati aşsa dahi bu çalışmalar fazla çalışma sayılmaz.

Davacı işçi yanında diğer bir işçi ile nöbet tutmaktadır. Normal olarak günlük 24 saat çalışmanın 12 saatinde bir işçi kalan sürede diğer işçinin çalıştığı varsayılır. Çalışılan bu süre içerisinde bir saatin zorunlu yemek ve diğer ihtiyaçlar için harcandığı gözönüne alındığında davacı işçinin günlük çalışma süresi 11 saati aşmaz. Haftada çalışılan süre 77 saat eder. İkinci haftaya sarkan üç günde de 33 saat çalışmış olur. Gerek 1475 sayılı gerek 4857 sayılı Kanun döneminde haftalık çalışma süresi 45 saat kabul edildiğinden davacı işçinin 1475 sayılı Kanun döneminde birinci haftanın fazla çalışması 32 saatten hesaplama gerekir.

10 günlük sürenin ikinci haftaya sarkan üç gün için haftalık 45 saati aşan bir çalışması bulunmadığından anılan günler için fazla çalışma ücreti ödenmez.

Davacı işçinin 4857 sayılı Kanun döneminde-

ki çalışması için örtülü bir denkleştirme söz konusu olur. Çünkü anılan dönemde davacı işçinin günde 11 saati aşan bir çalışması bulunmamaktadır. Her ay 10 gün çalıştığından kalan 20 gün için 4857 sayılı Kanun'un 63. maddesi gereğince denkleştirmenin varlığı kabul edilir. Mahkemece yukarıda belirtilen usul ve esaslara dayanmayan kararı hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

3. Davacının, Kapsam Dışı Personel Yönetmeliğinin 12. maddesinde belirtilen vardiyalı çalışmalara ilişkin koşullara uygun bir çalışması bulunmadığından vardiya primi isteği reddolunması (gerekirken) kabulü ayrı bir bozma nedeni sayılmalıdır.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 16.6.2005 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

Davacı, fazla çalışma yapmasına rağmen bu çalışma karşılığı ile vardiya (nöbet) priminin ödenmediğini ileri sürerek ücret alacağı talebinde bulunmuştur.

Davacının işyerinde ayda on gün süreyle ve 24 saat üzerinden çalıştırıldığı konusunda taraflar arasında uyuşmazlık bulunmamaktadır.

Dosyada ki bilgi ve belgelerden; radyolink istasyonunda 6 personelin görev yaptığı, onar günlük nöbetlerde 24 saat işyerinde kaldığı, on günü takip eden 20 günde işçinin işe gelmediği ancak ücretlerinin 30 gün üzerinden ödendiği anlaşılmaktadır.

Tarafların normal işyeri çalışmalarının karşılığının serbest zaman olarak kullanılması konusunda anlaşıldıkları ve davacının işe başladığı tarihten itibaren aynı yöntemin uygulandığı görülmektedir.

10.6.2003 tarihinden itibaren İş Kanunu (4857 41/4,5) ve yönetmelikte normal işyeri çalışmalarının ücret yerine serbest zamanla karşılanabileceği belirtilmiştir.

1475 sayılı Yasa zamanında açık bir düzenleme bulunmamakla beraber tarafların anlaşmasıyla bu şekilde bir düzenleme yapılabileceği görüşünderiz.

Dairemizin (19.12.1985, 11894/1225 ve 4.12.1995, 3626/3524) sayılı kararların da, yapılacak bir sözleşme ile fazla çalışılan süreye karşılık fazla çalışma yerine serbest zaman verebileceği kabul edilmiştir. Doktrinde de bu yönde görüşler bulunmaktadır. İşçi işe ilk başladığı andan itibaren 20 gün süreyle serbest zaman uygulamasını kabul etmiş ve taraflar arasında bu şekilde anlaşma olmuş ve ücret de bu çalışma şekline göre belirlenmiştir. İşçiye tanınan serbest zamanın fazla çalışmanın, üstünde de olduğu görülmektedir.

İsviçre Borçlar Hukukunda da bu şekil uygulamanın olabileceği kabul edildiği gibi, diğer ya-

bancı hukuklarda da aynı mahiyette düzenlemeler mevcuttur.

Davacı baştan itibaren serbest zaman uygulamasına göre hareket ettikten sonra bu kere fazla çalışma karşılığı ücret talep etmesi bir haktan iki kere faydalanması anlamına gelir ki, bu mükerreklik ve iyi niyet kurallarına da aykırıdır. Bu nedenle 1475 ve 4857 sayılı Kanun dönemleri için ayırım yapılarak sonuca ulaşılması da mümkün olamayacağından, davacının normali aşan çalışmaları karşılığı olarak ücret alacağına hükmedilmesi usul ve yasaya aykırı olduğundan kararın bozulması gerektiği düşüncesindeyiz.

Kararın İncelenmesi

1. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin yukarıda belirtilen kararında üzerinde durulması gereken husus 4857 sayılı Kanun'un 63. maddesinin 2. fıkrasında yer alan "tarafların anlaşması ile haftalık normal çalışma süresinin, haftanın çalışılan günlerine, günde onbir saati aşmamak koşulu ile farklı şekilde dağıtılabileceğine ilişkin denkleştirme süresinin" uygulanmasında "örtülü denkleştirme süresinin" kabulüdür.

Örtülü denkleştirme süresi konusunda 4857 sayılı Kanun'da açık bir hüküm bulunmamasıyla birlikte Yargıtay'ımızın bu konuda bir içtihat geliştirmesi Yeni İş Kanunumuzun uygulama sürecinde önemli bir adım olarak görülmektedir.

Dava konusu olayda 30 gün üzerinden ücret ödenmekle birlikte her ay 10 gün çalışılan bir işyerinde bir saatlik ara dinlenmesi çıkartıldığında davacı açısından 11 saatlik bir günlük çalışma süresi bulunmaktadır. Ancak davacının kalan 20 günlük süre boyunca çalışmaması dikkate alındığında burada 4857 sayılı Kanun'un 41. maddesi anlamında bir fazla çalışmanın kabulü mümkün görülmemektedir.

Bilindiği üzere söz konusu 41. maddede "fazla çalışma Kanununda yazılı koşullar çerçevesinde haftalık 45 saati aşan çalışmalardır. 63. madde hükmüne göre denkleştirme esasının uygulandığı hallerde, haftalık ortalama çalışma süresi, normal haftalık iş süresini aşmamak koşulu ile, bazı haftalarda toplam kırkbeş saati aşısa dahi bu çalışmaların fazla çalışma sayılmayacağı" hüküm altına alınmıştır.

Esasen konu ile ilgili olarak 6.4.2004 tarih ve 25475 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan "İş Kanununa İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği'nin "Denkleştirme Esasına Göre Çalışma" başlıklı 5. maddesinde "Tarafların yazılı anlaşması ile haftalık çalışma süresinin, işyerinde haftanın çalışılan günlerine günde onbir saati aşmamak koşuluyla farklı şekilde dağıtılabileceği" belirtilmiştir.

Gerçekten olayımızda olduğu gibi 30 günlük ücret üzerinden günde 11 saat, ayda 10 gün çalışılıp kalan 20 gün çalışılmaması esasıyla yapılacak bir iş sözleşmesinde "örtülü bir denkleştirme" varlığının kabul edilmesi en hakkaniyetli bir sonuç olarak ortaya çıkmaktadır.

Aksi takdirde "karşı oy" yazısında da belirtildiği üzere söz konusu 20 günlük sürenin 4857 sayılı Kanun'un 41. maddesinin 4. fıkrasında düzenlenen fazla çalışma ücreti yerine kullanılabilir "serbest zaman" olarak görülmesi halinde "fazla çalışma"nın varlığının kabul edilmesi anlamına gelecektir. Ancak söz konusu davada "fazla çalışma" olgusunun bulunmadığı Karar'da isabetle belirtilmiştir. Çünkü günlük 11 saati aşmayan bir çalışma-

4857 sayılı yeni İş Kanunu'nun en önemli özelliklerinden biri, çalışma süresinin esnekleştirilmesine olanak sağlayan bir düzen getirmesidir.

Denkleştirme süresinin uygulanmasında işçinin onayı iş akdi yapılırken başlangıçta alınabileceği gibi, toplu iş sözleşmeleriyle de işverene bu yönde bir yetki tanınabilir.

nın bulunması; bir hafta için haftalık 45 saati aşan bir çalışma olmakla birlikte ayın 20 gününün hiç çalışılmaması durumu dikkate alındığında burada 4857 sayılı Kanun'un 41. maddesi anlamında bir fazla çalışmadan söz etmek kanunun kabul edilmiş amacına da uygun olmayacaktır.

Belirtmek gerekir ki 4857 sayılı yeni İş Kanunu'nun en önemli özelliklerinden biri, çalışma süresinin esnekleştirilmesine olanak sağlayan bir düzen getirmesidir⁴. 4857 sayılı İş Kanunu fazla çalışma kavramı ve bazı uygulanma şartlarını, 1475 sayılı İş Kanunu'ndan farklı ölçüt ve düzenlemelere tabi tutmuştur. Bunun başlıca nedeninin yeni İş Kanunu'nda, ülkemiz çalışma hayatı için gerekli esnek çalışma sürelerinin getirilmesi ve esnek bir çalışma düzeninin kurulması olduğu bilinmektedir. İşçinin normal ve fazla çalışma süreleri yönünden korunması, esnek çalışma düzeninin de temel ilkesi olup, buna uygun gerekli önlemler de yeni kanunda alınmıştır⁵.

Bu model, Çalışma Süresinin Belirli Yönlerinin Düzenlenmesi Hakkında 93/104 Sayılı Avrupa Birliği Yönergesi'ne de büyük ölçüde uygundur⁶.

2. Burada belirtilmesi gereken önemli bir konu kanunda denkleştirme döneminin uygulanabilmesi için tarafların anlaşmasından söz edilmiş, bu anlaşmanın yazılı ya da sözlü olmasına ilişkin herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Ancak yukarıda belirtilen Çalışma Süreleri Yönetmeliği'nin 5. maddesinde denkleştirme süresinin uygulanmasında tarafların yazılı anlaşması şartı getirilmiştir. Yönetmelikler yasal esasların uygulanmasını göstermek üzere çıkarılır ve kanuna aykırı olamazlar. Yazılılık koşulu ise sözleşme yapma özgürlüğünü sözleşmenin biçimi bakımından sınırlayan bir koşuldur ve bunun ancak kanunda düzenlenmesi gerekir. Dolayısıyla, kanunda olmayan bir sınırlamanın Yönetmelik'te öngörülmesi isabetli değildir⁷.

Denkleştirme süresinin uygulanmasında işçinin onayı iş akdi yapılırken başlangıçta alınabileceği gibi, toplu iş sözleşmeleriyle de işverene bu yönde bir yetki tanınabilir⁸.

Kararda bu konuda açık bir ifade bulunmamasıyla birlikte 30 günlük ücret üzerinden günde 11 saat, ayda 10 gün çalışılıp kalan 20 gün çalışılmaması tarafların üzerinde anlaşılmış bir örtülü denkleştirme olarak kabul edilmektedir.

İncelediğimiz kararın ilgili bölümünde "Davacı işçinin 4857 sayılı Kanun dönemindeki çalışması için örtülü bir denkleştirme söz konusu olur. Çünkü anılan dönemde davacı işçinin günde 11 saati aşan bir çalışması bulunmamaktadır. Her ay 10 gün çalıştığından kalan 20 gün için 4857 sayılı Kanun'un 63. maddesi gereğince denkleştirmenin varlığı kabul edilir" ifadesi kullanılmıştır.

Söz konusu ifadeden kanunun 63. maddesinde yer alan "tarafların anlaşması" şartının; çalışılmayan 20 günlük süre üzerinde tarafların anlaşması nedeniyle gerçekleşmiş olduğu sonucuna varılmaktadır.

3. İncelenmekte olan karara konu olayda bir aylık denkleştirme süresi söz konusudur. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 63. maddesinde denkleştirme süresinin uygulanmasında Yasa iki sınırlama getirmektedir: (1) günlük normal çalışma süresinin 11 saati aşmaması ve (2) iki aylık süre (denkleştirme süresi) içinde işçinin haftalık ortalama çalışma süresinin, yasal veya sözleşme ile getirilen normal haftalık çalışma süresini aşmaması⁹.

Denkleştirme süresi maddede iki ay olarak belirtilmiş, fakat bu sürenin toplu iş sözleşmeleri ile dört aya kadar arttırılabileceği kabul edilmiştir. Buradaki "iki (veya dört) aylık süre içinde.." deyimini ile kastedilen, yoğunlaştırılmış iş haftasının uygulandığı ilk gününden itibaren aynı güne rastlayan iki (veya dört) ay sonraki gün arasında geçen süredir¹⁰.

Yasada öngörülen iki veya dört aylık denkleştirme süreleri azami süreler olup, taraflar bu sürelerin altında bir denkleştirme süresi kararlaştırabilirler. Örneğin, haftalık normal çalışma süresi 45 saat olan bir işyerinde iki hafta 50 saatlik yoğunlaştırılmış iş haftası uygulanmış ise, normal çalışma süresini aşan 10 saatlik süre için, daha sonraki iki hafta içinde işçiler haftada 40 saat çalıştırılmak veya daha sonraki altı hafta içinde işçilere ücretlerin-

de bir kesinti yapılmaksızın 10 saat izin verilmek suretiyle haftalık ortalama çalışma süresi 45 saati aşmamış olur. Burada işçilere verilen 10 saatlik izin, İş K. m. 41 f. 4'de hüküm altına alınan fazla çalışma saati için verilen artırımlı serbest zaman değildir. Bu nedenle, buradaki izin süreleri artırımlı olmadığı gibi, 41. maddenin 5. fıkrasında düzenlendiği şekilde altı ay zarfında değil, denkleştirme süresi içinde kullanılması gerekir⁸.

Dava konusu olayda bir aylık süre içinde 10 günlük çalışmanın ardından 20 günlük ücretli bir izin söz konusudur. Dolayısıyla yasada öngörülen azami 2 aylık ve 4 aylık denkleştirme süreleri açısından da uygunluk bulunmaktadır.

4. Dava konusu olayda bir ay içinde günde 11 saati aşmamak üzere kesintisiz 10 günlük bir çalışma söz konusudur. Ancak 4587 sayılı İş Kanunu'nun 46. maddesinde "yedi günlük bir zaman dilimi içinde kesintisiz en az yirmidört saat dinlenme (hafta tatili) verilir." hükmü getirilmiştir. İş sağlığının korunması ve işgücünün yenilenmesi amacıyla bu tatilin verilmesi Anayasa'nın 50. maddesinden kaynaklanan bir zorunluluktur⁹.

Bir işçinin günlük normal çalışma süresi 11 saati geçemeyeceği ve 46. madde uyarınca, yedi günlük bir zaman dilimi içinde işçiye kesintisiz en az 24 saat dinlenme (hafta tatili) verilmesi zorunluluğu nedeniyle, yoğunlaştırılmış bir iş haftasında işçi haftada en fazla 66 saat çalıştırılabilecektir¹⁰.

İncelenmekte olan kararda da belirtildiği üzere dava konusu olayda 7 günlük bir zaman dilimi içinde günde 11 saatlik çalışma söz konusudur. Bu durumda haftada çalışılan süre 77 saat etmektedir. Ancak yukarıda da belirtildiği üzere yoğunlaştırılmış bir iş haftasında işçinin haftada en fazla 66 saat çalıştırılabileceği gözönüne alındığında hafta tatili kullandırılmaksızın fazladan 11 saatlik çalışma bulunmaktadır. Kararda hak edilen hafta tatilinin dikkate alınmadığı anlaşılmaktadır.

İşçinin 7 günlük zaman diliminde her gün çalıştırdıktan sonra, hafta tatili gününde dinlenmesi gerektiği halde tatil verilmeyip çalıştırıldığında, işçinin hukuken zorlanamayacağı böyle bir çalışması kanuna aykırı olmakla beraber, Yargıtay kararlarında belirtildiği gibi zamlı ücret talebine hak kazanır¹¹.

Sonuç

Yukarıda açıklanmaya çalışılan gerekçeler ışığında Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin inceleme konumuz olan kararını "örtülü denkleştirme süresi"nin kabulü açısından isabetli bulmaktayız.

DİPNOTLAR

- 1 Prof. Dr. M. Polat Soyer, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Sayı: 3 Sayfa: 797.
- 2 Prof. Dr. Münir Ekonomi, Kamu-İş Dergisi C:7, S: 3/2004, Sayfa: 159.
- 3 Soyer, s. 787.
- 4 Doç. Dr. Nursen Caniklioglu, III. Yılında İş Yasası Semineri, Sayfa: 161.
- 5 Prof. Dr. Sarper Süzek, İş Hukuku, Sayfa 606; Prof. Dr. Öner Eyrenci, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi Sayı 1, Sayfa 41.
- 6 Prof. Dr. Devrim Ulucan, Yeni İş Yasası Seminer Notları, 25-29 Haziran 2003, Çeşme, Sayfa: 157.
- 7 Ulucan, s. 157.
- 8 Ulucan, s. 157.
- 9 Prof. Dr. Sarper Süzek, İş Hukuku, Sayfa: 643.
- 10 Ulucan, s. 157.
- 11 Prof. Dr. Münir Ekonomi, Kamu-İş Dergisi C:7, S: 3/2004, Sayfa: 164.