

Doç. Dr. E. Murat ENGİN

Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi

# Denkleştirme Esası Uygulamasında Çalışma ve Dinlenme Sürelerine İlişkin Emredici Hükümler

## T.C. YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

**Esas No** : 2006/9-374

**Karar No**: 2006/382

**Tarih** : 14.06.2006

### DAVA

Taraflar arasındaki “fazla çalışma ve vardiya primi alacağı” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Ankara 9. İş Mahkemesi’nce davanın kabulüne dair verilen 19.04.2005 gün ve 2004/1716 E.-2005/248 K. sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi’nin 03.10.2005 gün ve 2005/25340-32184 sayılı ilamı ile; (...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. İstekler hüküm altına alınmış, karar davalı vekilince temyiz edilmiştir.

Davacının ayda on gün, günde 24 saat süre ile

davalı idare bünyesinde radyolink istasyonunda güvenlik görevlisi olarak çalışmak üzere görevlendirildiği konusunda uyuşmazlık bulunmaktadır.

İstek konusu dönem 15.02.2001-23.12.2004 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 bakımından iş süresi haftada en çok 45 saattir. Bu süre üst sınırdır. 45 saatin üstünde yapılan çalışma fazla çalışma sayılır.

4857 sayılı İş Kanunu’nun 63. maddesinde ilk 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 Kanununun 41. maddesine göre fazla çalışma, Kanunda yazılı koşullar çerçevesinde haftalık 45 saati aşan çalışmalardır. 63. madde hükümüne 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 göz önüne 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 hesaplamak gerekir. 10 günlük sürenin ikinci haftaya sarkan üç gün için haftalık 45 saati aşan bir çalışma bulunmadığından anılan günler için fazla çalışma ücreti ödenmez.

Davacı işçinin 4857 sayılı Kanun dönemindeki çalışması için örtülü bir denkleştirme sözü konusu olur. Çünkü anılan dönemde davacı işçi günde 11 saati aşan bir çalışması bulunmamaktadır. Her ay 10 gün çalıştığından kalan 20 gün için 4857 sayılı Kanunun 63. maddesi gereğince denkleştirmenin varlığı kabul edilir. Mahkemenin yukarıda belirtilen usul ve hesaplamalara dayanmayan kararı hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

3. Davacının, Kapsam Dışı Personel Yönetmeliği'nin 12. maddesinde belirtilen vardiyalı çalışmalara ilişkin koşullara uygun bir çalışması bulunmadığından vardiya primi isteğinin kabulü ayrı bir bozma nedeni sayılmalıdır...) gerekçeyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir. TEMYİZ EDEN: Davalı vekili.

## HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü.

1475 sayılı İş Kanunu'nun 61. maddesine göre; 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 belirtilmiştir. Ancak tarafların anlaşması ile haftalık normal çalışma süresi işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine, günde onbir saati aşmamak koşulu ile farklı şekilde dağıtılabileceği ilkesi benimsenmiştir.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 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.

1- Davacı İzmit.... ve .... istasyonlarında güvenlik görevlisi olarak bir hafta 3 gün ve 24 saat, diğer hafta 4 gün ve 24 saat aralıksız çalıştığını, haftada 3 ya da 4 gün nöbetten sonra diğer haftadaki nöbeti gelene kadar dinlendiğini ileri sürerek fazla çalışma ve vardiya primi ödenmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı şirket, ileri sürüldüğü gibi davacının...istasyonunda 24 saatin tamamında görev başında bulunmadığını, dinlenme ve uyku sürelerini kullandığını, davacıya mevzuata uygun olarak yıllık izinlerinin de nöbet dönemine denk gelecek şekilde kullandırıldığını, davacının istemlerinin haksız olduğunu cevaben bildirmiştir.

Mahkemece, davacının çalıştığı 24 saatlik süreden yemek, uyku gibi zorunlu ihtiyaçları için 5 saatlik sürenin düşürülmesi sonucu günlük 19 saat çalıştığının kabulü ile buna göre hesaplanan bilirkişi raporunu benimseyerek davanın kabulüne karar verilmiştir.

Özel dairece yukarıya aynen alınan gerekçelerle hüküm bozulmuş, mahkeme önceki kararında direnmiştir.

Dosya kapsamına göre; davacının davalı şirkete ait radyolink istasyonunda işyerinin meskun mahal dışında bulunması ve ulaşım zorluğu

gibi zorunlu nedenler dolayısıyla bazı haftalarda 3 gün, bazı haftalarda ise 4 gün işyerinde kalarak çalıştığı, haftanın diğer günlerinde ise evinde istirahat ettiği anlaşılmaktadır.

Radyolink istasyonlarında yapılan çalışmanın niteliği, yapılan işin ve işyerinin özelliğine göre bu tür çalışanların uyku vesair zorunlu ihtiyaçlarını karşılamak için geçen zaman dışında günde 14 saat çalışabileceği Hukuk Genel Kurulu'nun 05.04.2006 gün 2006/9-107 Esas, 2006/144 karar sayılı bozma kararında olduğu gibi somut olayda da benimsenmiştir.

Türk Telekomünikasyon A.Ş. (R-L) İstasyonlarında Çalışma Usul ve Esasları'na ilişkin düzenlemenin Çalışma Süresinin Düzenlenmesi ile ilgili 6. maddesi;

“a) Çalışan personel, 24 saatlik süre içinde 3 vardiya halinde haftalık 6 gün 45 saat esasına göre çalıştırılır, ancak bu şekildeki vardiyayı oluşturacak sayıda personel bulunmayan istasyonlarda bu durum dikkate alınarak, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 63. maddesine göre günde 11 saati aşmamak koşuluyla İl Telekom yöneticisinin onayı ile farklı şekilde çalışma düzeni de oluşturulabilir.

b) 4857 sayılı İş Kanunu'nun 63. maddesinde yer alan denkleştirme esasına göre; haftalık normal çalışma süresinin, işyerinde haftanın çalışılan günlerine, günde 11 saati aşmamak koşulu ile farklı şekilde dağıtılabilir, bu şekilde en fazla dört aylık süre içinde haftalık ortalama çalışma süresi normal haftalık çalışma süresini aşmaz.

c) 4857 sayılı İş Kanunu'nun 41. maddesine göre; denkleştirme esasının uygulandığı hallerde bazı haftalarda toplam 45 saati aşıya dahi yapılan bu çalışmalar fazla çalışma sayılmaz.

d) Fazla çalışma yapan personel isterse bu çalışmalar karşılığı zamlı ücret yerine fazla çalıştığı her bir saat karşılığında 1 saat 30 dakikayı serbest zaman (ücretli izin) olarak kullanabilir” hükümlerini içermektedir.

1475 sayılı Yasanın yürürlükte olduğu dönemde; Yargıtay'ın istikrar kazanan uygulamasına göre haftalık 45 saati aşan çalışmaların fazla mesai olarak kabulü gerekir. Davacının günde

14 saat çalıştığı kabul edildiğinde, haftada 3 gün çalıştığında, haftalık çalışma süresi 42 saat olacaktır. Bu haftalarda fazla mesai yapıldığı kabul edilemez. Dört gün çalışılan haftalarda ise, haftalık çalışma 56 saat olup, davacının bu haftalarda, haftada 11 saat fazla mesai yaptığının kabulü gerekir. Mahkemenin hükmüne esas alınan bilirkişi raporunda 1475 sayılı Yasa Döneminde günlük 7,5 saati aşan çalışmaların fazla mesai olarak kabulü hatalıdır.

4857 sayılı Yasa döneminde ise; günlük 11 saati aşan çalışmaları ile haftalık 45 saatten fazla çalışmalar fazla çalışma olarak kabul edildiğinden, haftada 3 gün çalışılan haftalarda 11 saati aşan günlük 3 saat, haftalık 9 saat çalışmanın; haftada 4 gün çalışıldığında günlük 3, haftalık 12 saat çalışmanın fazla çalışma saati olarak kabulü gerekir.

Bu durumda fazla mesai sayılan çalışmalar dışındaki çalışma süresi; haftada 3 gün çalışıldığında günlük 11 saatten haftada 33 saati bulacağı; haftada 4 gün çalışıldığında ise günlük 11 saatten haftalık 44 saate ulaşacağından ve haftalık 45 saati aşmadığından denkleştirmeden söz edilemez.

Bu çalışma şekline göre; davacının fazla mesai çalışma alacağının saptanması için bilirkişiden Yargıtay denetimine elverişli ek rapor alınmalı ve sonucuna göre karar verilmelidir. Yanlış değerlendirme ile yazılı şekilde fazla çalışma alacak isteği ile ilgili hüküm kurulması hatalı olup kararın açıklanan nedenlerle bozulması gerekmektedir.

2- Davacının, Kapsam Dışı Personel Yönetmeliği'nin 12. maddesinde belirtilen vardiyalı çalışmalara ilişkin koşullara uygun bir çalışması bulunmadığından vardiya primi isteğinin kabulü de doğru görülmemiştir.

## SONUÇ

Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının yukarıda gösterilen nedenlerden dolayı H.U.M.K.'nin 429. maddesi gereğince BOZULMASINA, istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine, 14.06.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

## 1. GENEL OLARAK

Türk Telekomünikasyon AŞ.'ye ait radyolink istasyonlarında vardiyalı çalışan işçilerin fazla çalışma ücreti talebiyle açtıkları davalara ilişkin olarak 9. HD'ye ve HGK.'ya ait bir dizi karar İş Kanunu'nun çalışma sürelerine ilişkin hükümlerini yeniden değerlendirme olanağı sunmaktadır.

Yargıtay 9. HD., HGK. kararına konu olan ve aynı konudaki diğer iki kararında (Y.9.HD. 16.6.2005, E. 24384, K. 26172; 7.11.2005, E. 31886, K. 35313)<sup>1</sup>, davacının çalışma düzeni HGK.'ya göre farklı değerlendirilerek farklı sonuçlara varmaktadır.

Söz konusu kararlarda, işçilerin ayda on gün ve günde 24 saat süre ile çalıştıkları, normal olarak günlük 24 saat çalışmanın 12 saatinde bir işçinin kalan sürede diğer işçinin çalıştığının varsayılacağı, çalışılan bu süre içinde bir saatin zorunlu ihtiyaçlara harcandığı, günlük çalışma süresinin 11 saati aşmadığı, bu durumda haftada çalışılan sürenin 77 saat edeceği, ikinci haftaya sarkan üç günde 33 saat çalışıldığı tespitleri yapılmakta, işçinin 1475 sayılı Kanun döneminde birinci haftanın fazla çalışmasının 32 saatten hesaplanmasının gerektiği, ikinci haftaya sarkan üç günde haftalık 45 saati aşan bir çalışması olmadığından bu günler için fazla çalışma ücreti ödenmeyeceği, 4857 sayılı Kanun dönemi için günde 11 saati aşan çalışması bulunmadığı, on gün çalışıp kalan yirmi gün dinlendiği için örtülü bir denkleştirmenin söz konusu olduğu, bu dönem için fazla çalışma ücreti ödenmeyeceği sonucuna varılmaktadır.

## II. DEĞERLENDİRME

Tüm kararlar birlikte incelendiğinde, radyolink istasyonlarında personel yetersizliği nedeniyle günde üç vardiya oluşturulamadığı için işçilerin günde iki vardiya olarak ve bir ay içinde her bir istasyona göre değişen gün sayısında çalışıp geri kalan günler dinlendikleri, ücretlerinin otuz gün üzerinden ödendiği, dava konusu çalışmaların bir bölümünün 1475 sayılı Kanun döneminde, bir bölümünün 4857 sayılı Kanun döneminde olduğu anlaşılmaktadır. Yargıtay 9. HD. ile HGK. kararlarında, davaya uygulanacak hukuki esaslar konusunda görüş birliği olduğu, ancak, günlük çalışma süresi ile ardı ardına çalışılan gün sayısı konusunda farklı tespitlerde bulduklarından farklı sonuçlara vardıkları görülmektedir.

Davacının günlük fiili çalışma süresinin 9. HD. tarafından tespit edildiği gibi on bir saat mi, yoksa HGK. tarafından tespit edildiği gibi on dört saat mi olduğunu, bunun gibi, davacının bir ay içinde kaç gün ard arda çalıştığını belirlememize olanak bulunmamaktadır. Esasen, karar gerekçelerini yasal esaslar açısından incelemeyi amaçladığımızdan, günlük çalışma süresinin tespitindeki bu farklılık dava sonucuna etkili olsa da, incelememiz bakımından, bir önemi bulunmamaktadır. Giderek, İş Kanunu'nun ilgili hükümlerini değişik ihtimalleri dikkate alarak incelememize olanak sağlamaktadır. Burada önce, 9. HD.'nin, daha sonra HGK.'nın kararını ele alacağız.

### 1. Olağan Çalışma Düzeninden Denkleştirme Esasına Geçiş Sorunu

Yargıtay 9. HD., davacının diğer bir işçi ile nöbet tutarak günde bir saati zorunlu ihtiyaçlar için olmak üzere on iki saat ve bir ayda on gün sürekli çalışıp yirmi gün dinlendiğini kabul ederek gerekçesini oluşturmaktadır.

Davacının 1475 sayılı Yasa döneminde geçen çalışması konusunda Yargıtay 9. HD.'nin fazla çalışmayı haftalık 45 saati aşan çalışma olarak tanımladığı, HGK.'nın da bu tanımlı izlediği görülmektedir. Gerçekten, 1475 sayılı Yasa fazla çalışmayı günlük çalışma süresinin aşılması olarak tanımladığı halde Yargıtay o dönemde geliştirdiği içtihatıyla fazla çalışmanın tespitinde haftalık çalışma süresini esas almaktaydı. Nitekim, 4857 sayılı Yasa ile Yargıtay içtihadı yasa hükmü haline gelmiştir.

4857 sayılı Yasa döneminde bir ay içinde on gün çalışan ve yirmi gün dinlenen işçinin örtülü bir denkleştirme esasına göre çalıştığını kabul etmektedir. İş Kanunu m. 63/II, denkleştirme esasının tarafların anlaşması ile uygulanabileceğini hükme bağladığından, işveren denkleştirmeyi yönetim hakkına dayanarak tek taraflı uygulayamaz, işçinin onayı gerekir. Bu onay işçi tarafından iş sözleşmesi yapılırken başlangıçta verilebileceği gibi, toplu iş sözleşmesi ile de işverene böyle bir yetki tanımlanabilir<sup>2</sup>.

İş sözleşmesi yapıldıktan sonra olağan çalışma düzeninden denkleştirme uygulamasına geçilmesi halinde işçinin onayının nasıl alınacağı, diğer deyimle zımni onayın mümkün olup olmadığı tartışılabilir. Yargıtay, "örtülü bir denkleştirme"nin varlığı

## Denkleştirme esasına geçişin iç yönetmelik değişikliğiyle açıkça düzenlenmesi ve işçilerin bilgilendirilmesi yoluyla yapılabileceği yönteminin yasaya uygun ve pratik olacağı kanısındayız.

ğını kabul etmekle zımni kabulün yeterli olacağını benimsemektedir. Yasada yer alan ve herhangi bir şekil şartını aramayan “ tarafların anlaşmasıyla” ibaresinin de zımni kabule yasakoyucu tarafından izin verildiği biçiminde yorumlanması düşünülebilir.

Bununla birlikte, sonradan yapılacak tek taraflı bir değişikliğin çalışma koşullarında esaslı değişiklik olacağı kanısındayız. Gerçekten, denkleştirme esasını, öncelikle İş K. m. 66/c de hükme bağlanan, işçinin çalışmayı bekleyerek boş geçirdiği sürelerin iş süresinden sayılacağı, dolayısıyla ücrete hak kazanacağı kuralının istisnası olduğu gibi, İş K. m. 41 ile hükme bağlanan haftalık 45 saatin üzerinde çalışma halinde işçinin fazla çalışma ücretine hak kazanacağı kuralının da istisnasıdır. İş Kanunu m. 66/c, işletme riskinin işverenin üzerinde olduğu esasına dayanır. İşletme riskinin gerçekleştiği durumlarda, diğer deyimle piyasa dalgalanmaları, sipariş alamama gibi işletme faaliyetini etkileyen, umulmayan hallerde işgörmeye alacağını kabul edemeyen işveren, alacaklı temerrüdüne düşer ve çalışmaya hazır olan işçi karşısında ücret borcu devam eder (BK. m. 325).

Denkleştirme esasını ile yasakoyucu, Borçlar Kanunu'na dayanan bu temel esasın işletmeler üzerinde oluşturduğu mali yükü ortadan kaldırarak ücretin fiili çalışmanın karşılığı olması ilkesini hakim kılmaya amacını gütmektedir. Böylece, mal ve hizmet üretiminin dalgalandığı hallerde ve sektörlerde, işverenin fiili çalışma yapılmayan zamanları fazla çalışma yapılan zamanlarla denkleştirerek fiilen yapılan işin karşılığı ücret vermesine olanağını tanımaktadır.

İş Kanunu m. 41, haftalık 45 saati aşan çalışmaları fazla çalışma olarak nitelendirmekte ve ancak denkleştirme esasının uygulandığı halleri bu kuralın istisnası olarak kabul etmektedir. Öğretide de

kabul edildiği gibi, fazla çalışmada kural fazla çalışma ücretine hak kazanılmasıdır. Telafi dinlenmesi, İş. K. m. 41/IV ve denkleştirme esasını bu kuralın istisnasıdır.

İş sözleşmesinin başından itibaren olağan çalışma koşullarının uygulandığı bir iş ilişkisinde işçi, 45 saatin üzerinde çalıştığı haftalarda genel kural gereği fazla çalışma ücretine hak kazanır. İş yoğunluğunun düşük olduğu dönemlerde de yine genel kural gereği fiilen çalışmaya bile çalışmaya hazır olduğu için ücret alacağı doğacaktır. Böylece aylık olağan ücreti yanında % 50 zamlı ücret alacağı doğmaktadır.

İşin devamı sırasında denkleştirme esasına geçilmesiyle işçi fazla çalışma yapmasına rağmen o güne kadar aldığı fazla çalışma ücretini alamaması kanımızca iş koşullarında esaslı eşşikliklerdir. Her şeyden önce, fazla çalışma işçi sağlığı ve özel yaşamın korunması gerekçeleriyle yasa tarafından işçinin rızasına bağlı tutulmuştur<sup>3</sup>. Karşılığında % 50 zamlı ücret ödendiği halde, olağan fazla çalışmanın işçinin açık rızasına bağlı olduğu düşünüldüğünde, denkleştirme esasına geçildiğinde bir yandan bazı haftalarda yine fiilen fazla çalışması öngörülen, diğer yandan buna ilişkin ücreti alamayacak olan işçi bakımından bu değişikliğin esaslı değişiklik olduğu kabul edilmelidir. Somut olaydaki gibi, salt yeni yasanın yürürlüğe girmesi olgusu da esaslı değişiklik niteliğini ortadan kaldırmamaktadır.

Ancak, esaslı değişikliğe ilişkin olarak İş K. m. 22'de düzenlenen usulün uygulanması pratik olmayabilir. Diğer yandan, denkleştirme esasını, Yasanın işgücü maliyetini düşürmek amacıyla işverene tanıdığı bir olanaktır. Bu gerekçelerle, iş ilişkisinin devamı sırasında denkleştirme esasına geçişin iç yönetmelik değişikliğiyle açıkça düzenlenmesi ve işçilerin bilgilendirilmesi yoluyla yapılabileceği, bu yöntemin yasaya uygun ve pratik olacağı kanısındayız.

## 2. Denkleştirme Esasının Uygulanmasında Hafta Tatili

Yargıtay 9.HD.'nin kararında göze çarpan eleştiriye açık bir diğer konu, haftalık çalışma süresi hesaplanırken, hafta tatiline ilişkin emredici hükümlere hiç değinilmeden davacının günde 11 saatten yedi gün ve toplam 77 saat çalıştığının kabul edilmiş olmasıdır.



Hafta tatilini düzenleyen İş K. m 46, işçilere tatil gününden önce 63. maddeye göre belirlenen iş günlerinde çalışmış olmaları koşulu ile yedi günlük bir zaman dilimi içinde kesintisiz en az yirmi dört saat hafta tatili verileceğini hükme bağlamaktadır. 63. maddeye göre, genel bakımdan çalışma süresi haftada en çok 45 saat olup, tarafların anlaşması ile haftalık normal çalışma süresi haftanın çalışılan günlerine günde on bir saati aşmamak üzere dağıtılabilir.

1475 sayılı eski İş Kanunu'nun hafta tatilini düzenleyen 41. maddesinde ise haftanın tatilden önceki altı iş gününde çalışmış olan işçilere ücretli hafta tatili verileceğini hükme bağlamakta, böylece, haftanın çalışılan gün sayısını açıkça belirtmekte idi. Yeni yasada haftanın çalışılan gün sayısının belirtilmemesi, bir an için hafta tatili ile ilgili esasların değiştiğini akla getirirse de, İş K. m. 46 yedi günlük süre içinde en az yirmi dört saat hafta tatili verilmesi gereğini açıkça düzenlemektedir. 4857 sayılı Yasa'da altı iş günü çalışmış olma koşulunun aranmamasının nedeni, yine 63. maddede düzenlenen denkleştirme esasına göre yoğunlaştırılmış iş haftasından sonra gelen ve eksik gün çalışılan haftalarda, eksik çalışmaya rağmen işçilerin ücretli hafta tatiline hak kazanmalarını güvenceye almaktır<sup>4</sup>. Bu nedenle, denkleştirme esasının uygulandığı hallerde de işçilere hafta tatili verilmesi yasal zorunluluktur.

17.3.1981 tarih ve 2429 sayılı Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanun m. 3 ve 2.1.1924 tarihli ve 394 sayılı Hafta Tatili Hakkında Kanuna göre, hafta tatilinin kural olarak Pazar günü olduğunu hükme bağlayarak, altı günden fazla çalıştırma yasağını düzenleyerek sürekli çalışılan ve 4. maddede sayılan işyerlerinde Pazar günü çalışmak zorunda olan işçilere münavebe suretiyle haftada birer gün günü izin verilmesi zorunluluğunu düzenlemektedir (m. 4/E). Buna göre, işin niteliği gereği faaliyetin yedi gün devam ettiği işyerlerinde Pazar günü tatil yapmadan çalışacak olan işçiye Pazar gününden önce hafta tatili verilmesi, böylece işçinin yedi günlük süre içinde bir gün dinlendirilmesi gerekir.

Yargıtay'ın, davacının on gün çalıştıktan sonra yirmi gün gibi uzun bir süre dinlenecek olması nedeniyle hafta tatiline ilişkin düzenlemeyi dikkate almadığı düşünülebilir. Bununla birlikte, İş K. m.

46/I karşısında denkleştirme esasının uygulandığı hallerde dahi yedi günlük zaman dilimi içinde işçiye bir gün tatil verilmesi yasal bir zorunluluktur ve bu emredici kuralın istisnası mevzuatta düzenlenmemiştir. Yargıtay 9. HD.'nin, davacının ilk hafta yedi gün ve toplam 77 saat çalıştığı tespitine rağmen, dava sonucuna da etkili olan hafta tatilinde çalışma olgusuna değinmemesi İş Kanunu ve ilgili mevzuatla bağdaşmamaktadır. Yasanın emredici hükmü gereği, yedi günlük süre içinde hafta tatili olması gereken bir gün gerçekleştirilen 11 saatlik çalışmanın yasaya aykırı fazla çalışma olarak değerlendirilmesi ve fazla çalışma ücretine hükmedilmesi, denkleştirme süresine ilişkin hesabın kalan haftalık 66 saat üzerinden yapılması gerekirdi.

### 3. Denkleştirme Esası Uygulamasında Günlük Çalışmanın Azami Sınırının Aşılması

Davacının 4857 sayılı Yasa döneminde geçen çalışmaları bakımından HGK. farklı tespitlerde bulunmaktadır. Davacının günde 14 saat ve birinci hafta üç, ikinci hafta dört gün çalıştığını kabul eden HGK, haftalık çalışma süresi 45 saati aşmasa bile günlük on bir saati aşan çalışmanın fazla çalışma sayılacağını tespit etmektedir.

Bunun gibi, HGK.'nin denkleştirme esasına ilişkin tespiti de dikkat çekicidir. HGK., günlük 11 saatin üzerindeki çalışmalar dışında kalan, üç gün çalışılan ilk hafta günlük 11 saatten 33 saat, dört gün çalışılan ikinci hafta ise günlük 11 saatten 44 saat çalışıldığı ve haftalık 45 saat aşılmadığından denkleştirmeden söz edilemeyeceği sonucuna varmaktadır.

Hukuk Genel Kurulu'nun tespitlerine tümüyle katılmaktayız. Gerçekten, günlük çalışmanın azami sınırı iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin emredici mutlak bir sınırdır. Fazla çalışma yapılan hallerde de günlük çalışmanın toplam süresi 11 saati aşamaz<sup>5</sup>.

Her ne kadar İş K m. 41, fazla çalışmayı haftalık 45 saatin üzerindeki çalışmalar olarak tanımlamakta ise de, 63/II ile günlük 11 saat çalışma sınırı konulduğu gibi, denkleştirme esasının uygulanmasında haftalık ortalama çalışma süresinin normal haftalık çalışma süresini aşamayacağı hükme bağlanmaktadır. Her iki sınır birlikte değerlendiril-

diğinde, 11 saat sınırının mutlak emredici olduğu, bu sınırın üzerinde yapılan çalışma hukuka aykırı olduğu için haftalık 45 saatin hesabında dikkate alınmayacağı ortaya çıkmaktadır.

Bu yasağa rağmen 11 saati aşan çalışma yaptırılırsa işçinin korunması ilkesi gereği yasaya aykırı çalışmalara hukuki sonuç bağlanır. Günlük çalışma süresinin azami sınırını aşan çalışmalarda işçi, haftalık çalışma süresine bakılmaksızın fazla çalışma ücretine hak kazanacaktır<sup>6</sup>.

Denkleştirme esasının uygulanmasında da günlük 11 saate kadar olan, hukuka uygun çalışmalar dikkate alınacaktır. Bu bakımdan HGK.'nın, üç gün çalışılan haftalarda 11 saati aşan günlük 3 saatten haftada 33 saat, dört gün çalışılan haftalarda haftada 12 saat çalışmasını günlük azami çalışma süresini aşan çalışmalar olarak değerlendirip fazla çalışma ücretine hükmetmesi yasaya uygundur.

## SONUÇ

Yargıtay 9. HD. ve HGK. kararları çalışma süresinin düzenlenmesine ilişkin önemli noktalara değinme olanağı tanımaktadır. İncelememizde vardığımız ilk sonuca göre, olağan çalışma düzeninden denkleştirme esasına geçilmesi iş sözleşmesinde esaslı değişiklidir. Yasada yer alan " tarafların anlaşması" ifadesi işçinin zımni onayını kapsamamaktadır. Denkleştirme esasının sözleşmeler veya iç yönetmelikte açıkça düzenlenmesi gerektiği, olağan çalışma düzeninden denkleştirme esasına geçişin iş sözleşmesinde esaslı değişiklik olup yönetmelik değişikliğiyle gerçekleştirilmesinin yasaya uygun ve pratik olacağı kanısındayız. 9. HD.'nin olayda "örtülü bir denkleştirmenin" varlığını kabul etmesi eleştiriye açıktır.

Denkleştirme esasının uygulandığı hallerde yasanın çalışma ve dinlenme sürelerine ilişkin mutlak emredici hükümleri dikkate alınmak zorundadır. HGK. bu konuda isabetli sonuçlara varmakta, 9. HD. ise hafta tatili konusunda yasa ile çelişmektedir.

Öncelikle, günlük 11 saati aşan çalışmalar emredici hükme aykırı olduğu için haftalık çalışma süresinin tespitinde ve denkleştirme esasının uygulanmasında dikkate alınmaz. Haftalık çalışma 45 saatin altında kalsa bile günlük 11 saati aşan hukuka aykırı çalışmalarda işçi fazla çalışma ücretine hak kazanır.

Hafta tatili de mutlak emredici hükümlerle düzenlendiğinden, denkleştirme esasının uygulandığı hallerde de işçiye çalışılan haftalarda bir gün hafta tatili verilmelidir. Hafta tatili olması gereken bir günlük hukuka aykırı çalışma denkleştirmenin hesabında dikkate alınmaz, bu durumdaki işçi bir günlük çalışması için fazla çalışma ücretine hak kazanır.

## DİPNOTLAR

- 1 Kazanci.com.tr.
- 2 Süzek, İş Hukuku, 2. Bası, İstanbul 2005, 606; Eyrenci-Taşkent-Ulucan, Bireysel İş Hukuku, İstanbul 2004, 162.
- 3 Süzek, 626-627.
- 4 Süzek, 641; Eyrenci-Taşkent-Ulucan, 188-189.
- 5 Eyrenci-Taşkent-Ulucan, 163; Süzek, 606, 628.
- 6 Bkz. Süzek, 628.