

Doç. Dr. Erdem ÖZDEMİR

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Fazla Çalışmaya İlişkin Güncel Yargıtay Kararları ve Değerlendirilmesi

1. Giriş

Fazla çalışma konusundaki uyuşmazlıklar yoğun bir biçimde iş yargısının önüne taşınmaktadır. Gerçekten, ülkemizde özellikle küçük ve orta ölçekli işletmelerin çalışma yaşamının normlarını dikkate almayan çalışma düzenleri nedeniyle fazla çalışmaya zorlanan ve karşılıklarını alamayan işçiler, haklarını mahkemede aramaktadır. 4857 sayılı İş Kanunu ise çalışma sürelerinde yeni düzenlemelere yer vermekteyse de, bu düzenlemelerin ne kadar hayata geçtiği ayrı bir tartışma konusudur. Gerçekten 4857 sayılı Kanun'un çalışma sürelerine ve özellikle fazla çalışmaya ilişkin hükümlerinin sağlıklı biçimde uygulanması, ancak giriş ve çıkışların belli bir düzene bağlandığı, izinlerin denetlenebildiği bir yapı içinde mümkün olabilir. Oysa, ülkemiz işletmelerine bakıldığında, tablonun pek de bu şekilde olmadığı herkesçe malumdur. Yeni kanunun esneklikle ilgili düzenlemeleri bize göre ancak düzenli işletmelerde fiilen uygulanma kabiliyetine sahiptir. Bunun dışında kalan özellikle küçük ve orta çaplı işletmeler bakımından hala 1475 sayılı Kanun'dan bu yana süregelen sorunlar çözülebilmemiş değildir ve nitekim aşağıda inceleyeceğimiz kararların büyük bir çoğunluğu iş yargısını 1475 sayılı Kanun'dan bu yana meşgul eden tipik uyuşmazlıklarla ilgilidir.

Fazla çalışma konusu yargının önüne taşındığında, mahkemenin çözmesi gereken başlıca sorun, bu çalışmaların söz konusu olup olmadığı ve yine ücretlerinin ödenip ödenmediğinin ispatı noktasında toplanmaktadır. Fazla mesai ücretlerinin ödendiğini ispat yükü işverene ait olmakla birlikte, fazla mesai ücretine konu olan süre içinde iş görme borcunun ifa edildiğinin ispatı işçiye düşmektedir. Nitekim, fazla çalışma yaptığını iddia eden işçinin de bu iddiasını ispat etmekle yükümlü olduğu gerek öğretide¹, gerekse de yargı kararlarında fikir birliği içinde kabul edilmektedir².

İşçi kural olarak fazla çalışma yaptığını her türlü delille ispat edebilir³. Nitekim, Yargıtay da kararlarında fazla mesai iddialarının her türlü delil ile ispat edilebileceğini, bu tür alacaklar için mutlak yazılı belge aranmayacağını ifade etmektedir. Yüksek Mahkeme'ye göre; "...Yapılan yargılama sırasında davacı tanıkları davacının fazla çalışma yaptığını ve ayrıca hafta tatil günlerinde hizmet gördüğünü açıkça belirtmişlerdir. Kaldı ki davalı tanıkları bu konuda davacı tanıklarının açıklamalarının aksine bir ifadede bulunmamışlardır. Bu durumda davacının anılan istekleri kanıtlanmış olduğundan kabulüne karar verilmesi gerekir. Öte yandan bu tür alacakların mutlaka yazılı delillerle ispatı ge-

Yüksek Mahkeme, haftalık 45 saati aşmasa da, 4857 sayılı Kanun döneminde artık 11 saati geçen çalışmaların “fazla çalışma” olarak nitelendirilmesi gerekeceğini kabul etmiş bulunmaktadır.

rekmez”⁴. Uygulamada, fazla çalışma yapıldığı iddiaları genellikle tanık ifadeleri ile ispatlanmaya çalışılmaktadır. Fazla çalışmanın varlığı yolundaki iddiaların, tanık beyanlarıyla kanıtlanması, uygulama bakımından önemli sorunları da beraberinde taşımaktadır. Gerçekten, çoğu zaman, özellikle davacı tanıklarının beyanları ölçsüz ve abartılı olabilmekte, bu beyanların değerlendirilmesi ile ortaya çıkan tablonun hayatın gerçekleriyle uyumsuzluk göstermesi söz konusu olabilmektedir.

Bugün, uygulamada fazla çalışmalar konusunda açılan davalara bakıldığında, sanılanın aksine işçilerin daha avantajlı bir konumda olduğu, medeni usul hukukunda zayıf ve çürük delil olarak kabul edilen⁵ tanık beyanlarına dayanarak gerçekçi sınırların ötesinde fazla mesai ücretlerinin hesaplandığı görülmektedir. Kuşkusuz yukarıda da belirttiğimiz gibi, burada esas sorun, giriş ve çıkışları bir düzene bağlamayan, sistemsiz, plansız bir biçimde işçi çalıştıran işverenlerden kaynaklanmaktadır. Buna göre, sistemsizlik ve kayıt dışılık, yargılama aşamasında işverenin aleyhine dönmektedir. Bu sorunlu yapı içinde ise iş yargısı belirli bir denge sağlamaya, adaletli çözümler üretmeye çalışmaktadır. Nitekim aşağıda inceleyeceğimiz kararların büyük bir çoğunluğu, bu dengenin sağlanması konusundaki çözüm arayışlarına ilişkin bulunmaktadır.

II. 45 Saati Aşmamakla Birlikte Günlük 11 Saati Aşan Çalışmaların “Fazla Çalışma” Olarak Kabulü ve “Örtülü Denkleştirme” Uygulaması

Gerek 1475 sayılı Kanun’da, gerekse de 4857 sayılı Kanun’da çalışma sürelerini sınırlayan emredici hükümlere yer verilmişse de, bu düzenlemelerin uygulamada göz ardı edilmesi ve işçilerin yaygın bi-

çimde kanunlara aykırı olarak çalıştırılması maalesef ülkemizin yadigarınmayan bir gerçeğidir. Yargıtayın son yıllarda verdiği kararlarda, kanunlara uygunluğu tartışmalı olan bu nitelikteki çalışma biçimleriyle ilgili hesaplama esaslarını ortaya koyduğu görülmektedir. Nitekim bu aşamada Yüksek Mahkeme’nin “örtülü denkleştirme” şeklinde ifade edebileceğimiz bir kavram geliştirdiği ve uyguladığı görülmektedir.

Öncelikle Yüksek Mahkeme, haftalık 45 saati aşmasa da, 4857 sayılı Kanun döneminde artık 11 saati geçen çalışmaların “fazla çalışma” olarak nitelendirilmesi gerekeceğini kabul etmiş bulunmaktadır. Gerçekten Yargıtay’a göre; “...1475 ve 4857 sayılı Kanunlarda fazla çalışma süresinin haftalık çalışma süresi üzerinden belirleneceği düzenlenmiştir. Haftalık normal 45 saatlik çalışmayı aşan süreler fazla çalışma kabul edilmelidir. Ayrıca 4857 sayılı Yasa döneminde yapılan fazla çalışmalar haftalık 45 saati aşmasa da günlük 11 saati aşan süre fazla mesai olarak değerlendirilmelidir”⁶.

Yargıtay, ikinci olarak standart dışı çalışma biçimlerinde hesaplama yapılırken 1475 ve 4857 sayılı Kanunların farklılıklarının gözetilmesi gerektiğini ortaya koymuş bulunmaktadır. Yüksek Mahkeme’ye göre, 1475 sayılı Kanun fazla çalışmanın saptanmasında haftalık ölçütü temel almaktadır; buna karşılık, 4857 sayılı Kanun’da ise denkleştirme esasına yer verilmiştir. Yargıtay’ın bu görüşünü aşağıdaki örneklerde izlemek mümkündür;

“...Davacının ikili vardiyada çalıştığı dönemde birinci gün 9, izleyen gün 15 saat çalışıp 24 saat dinlendiği ve çalışmasının bu şekilde sürdüğü uyumsuzluk konusu değildir. Davacı santral binasında güvenlik görevlisi olarak çalışmakta olup yemek ve diğer zorunlu ihtiyaçlar için 9 saat süren çalışmada bir, 15 saat süren çalışmada da 1,5 saat ara dinlenme yapmadan çalışması hayatın olağan akışına aykırıdır. Bu nedenle ara dinlenme yapmadan aralıksız çalışmasının kabulü yerinde değildir. Bu tespitten sonra belirlenecek haftalık çalışma süresine göre, 1475 sayılı Yasa döneminde haftalık 45 saati aşan çalışmalar, 4857 sayılı Yasa döneminde ise Yasanın 41. ve 63. maddelerine göre örtülü denkleştirme olduğu kabul edilerek sadece günlük 11 saati aşan çalışmalar fazla mesai olarak kabul edilebilir. Bilirkişinin her iki haftalık 45 ve yasa dönemindeki farklılıkları nazara alınmadan aynı tarz hesaplama yaptığı hatalı rapora itibar edilmesi yerinde değildir. Davacının üçlü var-

diyalı günlük 8 saat ve 6 gün çalıştığı dönemde de yukarıdaki esaslara göre fazla mesai yaptığının kabulü de yine isabetsizdir. Davacının ikili vardiyalı olarak çalıştığı dönemde ayrıca hafta tatili alacağına da kabulüne karar verilmiştir. Davacı bu dönemde haftada iki gün 24 saat çalışmamaktadır. Bu durumda denkleştirmenin daha fazla süre ve hafta tatilini kapsayacak şekilde dinlenme yapıldığından ayrıca hafta tatili çalışma ücreti hesap edilemez. Öte yandan hafta tatilini haftanın diğer bir günü kullanmak da mümkündür. Anlatılan bu çalışma şekline göre hafta tatili alacağı ile ilgili olarak bir değerlendirme yapılmalı ve sonucuna göre karar verilmelidir⁷.

Bir başka kararında; "...1475 sayılı İş Kanun'unun 61. maddesine göre genel bakımından iş süresi haftada en çok 45 saattir. Bu süre üst sınırdır. 45 saatin üstünde yapılan çalışmalar fazla çalışma sayılır. 4857 sayılı İş Kanununun 63. maddesine ilke olarak çalışma süresi haftada en çok 45 saat olarak belirtilmiş devamında tarafların anlaşması ile haftalık normal çalışma süresi işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine, günde on bir saati aşmamak koşulu ile farklı şekilde dağıtılacağı ifade edilmiştir. Aynı Kanununun 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 göz önüne alındığında davacı işçinin günlük çalışma süresi 11 saati aşmaz. Haftada çalışılan süre 77 saat eder, ikinci 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 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 Kanununun 63. maddesi gereğince denkleştirmenin varlığı kabul edilir. Mahkemece yukarıda belirtilen usul ve hesaplamalara dayanmayan kararın hatalı olup bozmayı gerektirmiştir⁸.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin bu uygulaması, Hukuk Genel Kurulu'nun da önüne gelmiş bulunmaktadır. Nitekim, 21.3.2007 tarihli kararında Hukuk Genel Kurulu şu sonuca ulaşmıştır; "...1475 sayılı İş Kanunu'nun 61. maddesine göre, genel bakımdan iş süresi haftada en çok 45 saattir. 45 saatin üstünde yapılan çalışmalar fazla çalışma sayılmaktadır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 63. maddesine, ilke olarak çalışma süresi haftada en çok 45 saat olarak belirtilmiş, ancak tarafların anlaşması ile haftalık normal çalışma süresi işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine, günde onbir saati aşmamak koşulu ile farklı şekilde dağıtılacağı ilkesi benimsenmiştir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 41. maddesine göre fazla çalışma, Kanunda yazılı koşullar çerçevesinde haftalık 45 saati aşan çalışmalardır. Anılan madde uyarınca, atıfta bulunulan 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. Dosya kapsamına göre; davalı şirkete ait radyolink istasyonunun meskun mahal dışında bulunması, ulaşım zorluğu gibi zorlayıcı nedenlerle, davacının, radyolink istasyonunda 7 gün sürekli kalıp ardından gelen 14 gün ise evinde istirahat ettiği anlaşılmaktadır. Radyolink istasyonlarında yapılan çalışmanın niteliği, yapılan işin ve işyerinin özelliğine göre, bu tür çalışanların uyku ve diğer zorunlu ihtiyaçları karşılamak için gerekli olan zaman dilimi gözletildiğinde, çalışmanın günde en fazla 14 saat sürdürebileceği, Hukuk Genel Kurulu'nun 14.06.2006 gün, 2006/9-374 Esas, 2006/382 Karar sayılı bozma kararında olduğu gibi somut olayda da benimsenmiş, çalışmanın tek başına yapılmış olmasının, çalışılan süreye etkisinin bulunmayacağı, Hukuk Genel Kurulu'nda yapılan görüşmelerde kabul edilmiştir. Türk Telekomünikasyon A.Ş. (R-L) İstasyonlarında Çalışma Usul ve Esasları'na ilişkin mevzuatın "Çalışma Süresinin Düzenlenmesi" başlıklı 6. maddesinin (a) bendinde; 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 oluşturulabileceği, (b) bendinde; 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 dağıtılabilmesi, bu şekilde en fazla dört aylık süre içinde haftalık ortalama çalışma süresi normal haftalık çalışma süresini aşamayacağı, (c) bendinde; 4857 sayılı İş Kanunu'nun 41. maddesine göre; denkleştirme esasının uygulandığı hallerde, bazı haftalarda toplam 45 saati aşsa dahi yapılan bu çalışmaların fazla çalışma sayılmayacağı, (d) bendinde; 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 kullanabileceği hükümlerini içermektedir. 1475 sayılı Yasa'nın yürürlükte olduğu dönemde; Yargıtay'ın istikrar kazanmış uygulamasına göre, haftalık 45 saati aşan çalışmanın fazla çalışma süresi olarak kabulünün gerekmesi karşısında, davacının, 7 gün ve günde 14 saat çalıştığı kabul edilerek, bu haftalarda 45 saati aşan sürelerde fazla çalışma yapıldığının kabulü gerekmektedir. 4857 sayılı Yasa döneminde, günlük 11 saate kadarki çalışmalar yönünden örtülü bir denkleştirmenin varlığı kabul edileceğinden, denkleştirmeye esas günlük 11 saati aşan süreler yönünden fazla çalışmanın varlığı kabul edilmelidir. Yukarıda belirtilen maddi ve yasal olgular gözetilerek, davacının fazla çalışma alacağına saptanması gerekirken, yazılı düşüncelerle aksinin kabulü isabetli olmayıp bozma nedenidir. 2- Davacının, Kapsam Dışı Personel Yönetmeliği'nin 12. maddesinde belirtilen vardiyalı çalışmalara ilişkin koşullara uygun bir çalışması bulunmadığından, vardiya primi isteminin kabulü de doğru görülmemiştir⁹.”

Yargıtay'ın belirttiğimiz kararları bütünlük içinde değerlendirildiğinde, şu ortak esasların ortaya konulduğunu tespit etmek mümkündür;

Yargıtaya göre, 1475 ve 4857 sayılı Kanunlar'da fazla çalışmaların belirlenmesi konusunda farklılık vardır. 1475 sayılı Kanun döneminde, haftalık çalış-

ma süresinin esas alınması gerekir. Bu süre içinde ne kadar fazla çalışma yapıldığının belirlenmesi gerekir. Birkaç hafta birleştirilerek ortalama fazla çalışma tespit edilemez. Buna karşılık, 4857 sayılı Kanun'da denkleştirme esasına yer verilmiştir. İşçinin bazı haftalarda fazla, bazı haftalarda az çalışma yapması durumunda, denkleştirme esasının uygulandığı kabul edilmelidir. Çalışma sürelerinin denkleştirmesi işçinin zımni kabulüne dayalı olabilir. Bu durumda günlük 11 saatin aşılmış olup olmadığına da bakılacaktır. 11 saati aşan süreler karşılığında fazla çalışma ücreti ödenmesi gerekecektir.

Yargıtayın görüşünün daha net olarak anlaşılması için, yukarıda da andığımız 03.05.2007 tarihli kararda benimsenen hesaplama yöntemini aşağıda tablolar halinde açıklamayı uygun görüyoruz. Bu örnekte, işçi bir gün fiilen 13,5, bir sonraki gün 8 saat çalışmakta, daha sonra 24 saat dinlenmektedir. Buna göre, bu işçinin 21 günlük çalışma tablosu aşağıdaki şekilde oluşmaktadır.

ORTALAMA ÇALIŞMA SÜRESİNE GÖRE HESAPLAMA (TABLO 1)

1	8
2	13,5
3	0
4	8
5	13,5
6	0
7	8
11	13,5
9	0
11	8
11	13,5
12	0
13	8
14	13,5
15	0
16	8
17	13,5
18	0
19	8
20	13,5
21	0

Ortalama çalışma: 150,5 saat

Çalışılması gereken: 135 saat

Fazla Çalışma: 15,5 saat

YARGITAYA GÖRE HESAPLAMA (TABLO 2)

1475 SAYILI KANUN
DÖNEMİ İÇİN

1	8	
2	13,5	
3	0	
4	8	
5	13,5	
6	0	
7	8	
8	13,5	
9	0	
10	8	
11	13,5	
12	0	
13	8	
14	13,5	
15	0	
16	8	
17	13,5	
18	0	
19	8	
20	13,5	
21	0	

		Fazla çalışma
1. hafta:	51	6 saat
2. hafta:	56,5	11,5 saat
3. hafta:	43	0 saat

Fazla çalışma: **17,5** saat

Görüldüğü gibi, 4857 sayılı Kanun döneminde fazla çalışma olarak nitelendirilebilecek iki ayrı rakamla karşılaşılmaktadır: 17,5 saat (günlük 11 saati aşan/TABLO 2) ve 15,5 saat (haftalık ortalama 45 saati aşan/TABLO 1). Bu noktada da, bulunan

4857 SAYILI KANUN
DÖNEMİ İÇİN

1	8		
2	13,5	11	2,5
3	0		
4	8		
5	13,5	11	2,5
6	0		
7	8		
8	13,5	11	2,5
9	0		
10	8		
11	13,5	11	2,5
12	0		
13	8		
14	13,5	11	2,5
15	0		
16	8		
17	13,5	11	2,5
18	0		
19	8		
20	13,5	11	2,5
21	0		

rakamlardan hangisinin hesapta kabul edileceğinin ortaya konulması sorunu ile karşılaşılacaktır. Bu durumda, 11 saati aşan 3 saatlik çalışmalar denkleştirmeye konu olmayacağı için fazla çalışma sayılmalı; bu çalışmaların dışında kalan çalışmalar ise, 3 haftalık dönem içinde 135 saatin altında kaldığı için denkleştirmeye konu olacağı kabul edilmelidir. Sonuç olarak sadece 17,5 saatlik çalışmanın fazla çalışma olarak nitelendirilmesi gerekir¹⁰.

Yargıtayın “örtülü denkleştirme” şeklinde ifade edilen bu görüşü öğretide eleştirilmiştir. Nitekim Engin'e göre, olağan çalışma düzeninden denkleştirme esasına geçilmesi iş sözleşmesinde esaslı değişikliktir. Yasada yer alan “ tarafların anlaşması” ifadesi, işçinin zımni onayını kapsamamaktadır. Denkleştirme esasının sözleşmeler veya iç yönetmeliklerde açıkça düzenlenmesi gerektiğini belirten Engin sonuçta, Yargıtay'ın görüşünün eleştiriye açık olduğunu ifade etmektedir¹¹. Özveri de, açık bir yazılı anlaşma yokken, işverenin yasaya aykırı çalışma sistemini örtülü denkleştirme olarak nitelendirme olanağı bulunmadığı sonucuna ulaşmaktadır¹². Öktem Songu da benzer gerekçelerle aynı sonuca ulaşmaktadır¹³. Buna karşılık Kızıloğlu'nun Yüksek Mahkemenin görüşünü yerinde bulduğu görülmektedir¹⁴.

Yüksek Mahkeme'nin kararları bütünlük içinde ele alındığında, uyumsuzluk konusu olayların tümünde aynı temel sorun gözlenmektedir. Bu da sistemsiz, kanun hükümlerini hiçe sayan çalışma uygulamalarıdır. Yukarıda belirttiğimiz gibi bu çalışmalar için “atipik” veya “standart dışı” deyimlerinin kullanılması dahi tartışmaya açıktır. Zira bu çalışmalar düpedüz kanun dışı, daha az işçi istihdam etme amacına yönelik uygulamalardır¹⁵. Bu gibi uyumsuzluklarda, çalışma sürelerinin ve fazla çalışmalarının ne şekilde belirleneceği yargının çözmek zorunda olduğu güç bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır. Gerçekten, tüm bu işçiler bakımından “haftalık çalışma” kavramı son derece belirsizdir. Pazartesi gününden başlayan ve pazar gününde biten, normalde cumartesi ve pazar olmak üzere haftada bir ya da iki günün tatil olarak kabul edildiği model bu gibi işçilerin çalışma biçimleriyle uyum göstermemektedir. Burada çalışılan ve dinlenen günler değişiklik göstermekte, bir haftalık çalışma süresi diğer haftayla aynı ol-

Yargıtay'ın tanık beyanlarına dayalı olarak tam bir kesinlik içinde fazla mesaiyi tespit etme arayışları da bizce zaten yeterince güç olan fazla çalışma hesaplarını iyice içinden çıkılmaz bir hale sokacaktır.

mamaktadır. Örneğin, bir gün çalışan ve bir gün dinlenen bir işçi, bir hafta 4, diğer hafta ise 3 gün çalışmaktadır. Böyle bir çalışma düzeni içinde işçinin sabit bir çalışma süresinden bahsetmek mümkün olmamaktadır.

4857 sayılı Kanun denkleştirme esasına yer vererek, her bir haftanın bağımsız şekilde değil de dönemsel olarak değerlendirilmek suretiyle ortalama çalışma süresinin bulunması yönteminin uygulanmasına olanak sağlamıştır. Nitekim 4857 sayılı Kanuna göre; "Tarafların anlaşması ile haftalık normal çalışma süresi, işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine, günde onbir saati aşmamak koşulu ile farklı şekilde dağıtılabilir. Bu halde, iki aylık süre içinde işçinin haftalık ortalama çalışma süresi, normal haftalık çalışma süresini aşamaz. Denkleştirme süresi toplu iş sözleşmeleri ile dört aya kadar artırılabilir." (m.63/II). Yüksek Mahkeme'nin de, 4857 sayılı Kanun'un bu esnek yapısından yararlanarak, bu gibi çalışmalar için denkleştirme konusunda taraflar arasında zımni bir anlaşma olduğu varsayımından hareket ettiği görülmektedir^{16,17}.

Örtülü denkleştirme şeklinde ifade edilen kavramı geliştiren Yargıtay fazla çalışmanın saptanmasında kanunda olmayan ikinci bir ölçütü de devreye sokmuş bulunmaktadır. Nitekim, Yüksek Mahkeme'ye göre, haftalık 45 saati aşmasa da, günlük 11 saati aşan çalışma fazla çalışma olarak kabul edilecektir. Yargıtay'ın ortaya koyduğu bu esas, öğretilerdeki görüşlerle de uyum göstermektedir. Gerçekten öğretilerde, günlük 11 saati aşan çalışmaların denkleştirmeye konu olmayacağı ve bunların yasa dışı çalışma olduğu için kanunda açıkça belirtilmesi de fazla çalışma olarak kabul edilmesi ya da fazla çalışma sayılmamakla birlikte, parasal karşılığının fazla çalışma ücreti ödenerek karşılanması gerekeceği farklı gerekçelerle savunulmaktadır¹⁸.

Yine Yüksek Mahkeme'nin bu görüşünün, örneğin 24 saat nöbet gibi kanuna aykırı uygulamalara giden işverenleri caydırıcı olacağı, bu nedenle ulaştığı sonuç bakımından da yerinde olduğu söylenebilecektir.

III. Tanık Beyanlarının Değerlendirilmesi

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, uygulamada, fazla çalışmanın gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespitinde başlıca delili tanık beyanları oluşturmaktadır. Yüksek Mahkeme'nin son yıllarda verdiği kararlara bakıldığında, tanıkların niteliği ve beyanlarına ilişkin ölçütler geliştirdiği görülmektedir. Gerçekten Yüksek Mahkeme'nin 01.04.2008 tarihli kararında belirtildiği üzere "...Fazla çalışmanın yazılı delil ya da tanıkla ispatı imkân dâhilindedir, işyerinde çalışma düzenini bilmeyen ve bilmesi mümkün olmayan tanıkların anlatımlarına değer verilemez"¹⁹. Yine Yargıtay, bir başka kararında davacı ve davalı tanıklarının çalışma biçimlerini ve özellikle davacı ile birlikte görev yapıp yapmadıkları noktasını dikkate alarak sonuca gitmiştir. Yüksek Mahkeme'ye göre, "...Davacı işçi fazla çalışma ücreti isteğinde bulunmuş, mahkemece davacının haftada 33 saat fazla çalışma yaptığı kabul edilerek takdiri indirimde de gidilmek suretiyle istekle ilgili bir karar verilmiştir. Davacı işçinin işyerindeki çalışma saatleri ile ilgili olarak davacı ve davalı tanıkları farklı şekilde beyanda bulunmuşlardır. Bu tanıklardan bir kısmı gece çalışan davacının aksine, işyerinde gündüz çalışmışlardır. Davalı tanıklarından Süleyman ise, davacı ile birlikte gece görev yaptıklarını açıklamış ve gece 22.00-09.30 saatleri arasında çalıştıklarını belirtmiştir. Anılan tanığın beyanına göre günlük 1 saat ara dinlenmesi de düşünüldüğünde davacının günde 10 saat 30 dakika süreyle çalıştığı anlaşılmaktadır. Haftada 6 günden 63 saat çalışma esasına göre hesaplama yapılmalı ve ardından takdiri indirim hususu düşünülmelidir"²⁰.

Yargıtay, son zamanlarda, hizmet tespiti davalarında tanık beyanları değerlendirilirken uyguladığı esasları fazla çalışmanın tespiti konusuna da teşmil etmeye başladığı görülmektedir. Bilindiği üzere, tespit davalarında özellikle tanıkların bordro tanığı olup olmadıkları göz önünde tutulmakta, yine bunların davacı ile birlikte çalıştıkları dönemler

Tanık beyanlarının değerlendirilmesinde daha da karmaşa yaratacak arayışlara gidilmemesi ve tanıkların çalışma sürelerini hesaplamada değil, ama indirim sürecinde göz önüne alınması isabetli olacaktır.

dikkate alınarak sonuca gidilmektedir. Nitekim, bu esaslar Yargıtay'ın fazla çalışma ile ilgili kararlarına da yansımıştır. Yüksek Mahkeme'ye göre; "Davacının fazla çalışma yaptığı ve bayram ve genel tatillerde çalıştığı hususları, işyerinden Mart 2001 tarihinde ayrıldığı sabit olan davacı tanığının anlatımları doğrultusunda hesaplanmıştır. Oysa davalıya ait işyerinden ayrılan ve kendi beyanımla başka bir işyerinde çalışmaya başlayan tanığın bu tarihten sonraki dönem için işyerindeki çalışma şeklini bilmesi olanaksızdır. Bu nedenle fazla çalışma ücreti ile bayram ve genel tatil ücretlerinin davacı tanığının işyerinden ayrıldığı tarihe kadar olan süre için hesaplanarak hüküm altına alınması gerekir"²¹.

Yargıtay'ın tanık beyanlarının zaman kapsamında değerini ortaya koyan bu görüşü, yukarıda da belirttiğimiz gibi, ölçsüz şekilde yüksek çıkan fazla çalışma iddialarını sınırlama amacına yönelmektedir. Ancak, kanımızca, Yüksek Mahkeme'nin yaklaşım biçimi her ne kadar isabetli gibi görünse de, bunun mutlak şekilde kabul edilecek kural haline dönüşmesi yerinde olmayacaktır. Her şeyden önce böyle bir yaklaşım işçinin aleyhine bir durum yaratacaktır. Fazla çalışma ancak işyerinde fiilen çalışmış tanıkların çalıştıkları dönemle sınırlı tespit edilebilecektir. Oysa, işçinin tüm çalışma dönemini kapsayan tanık bulmasını beklemek pek de kolay değildir. Ayrıca her halde, tanık beyanları değerlendirilerek, kesin bir biçimde, deyim yerindeyse "milimetrik" olarak fazla çalışmanın saptanmasının olanaklı olmadığını da kabul etmek gerekir. Zira, bir çok davada davacı ve davalı tanıkları fazla çalışma konusunda birbirinden çok farklı beyanlarda bulunabilmektedir. Hatta davacı ve davalı tanıklarının dahi kendi içinde çelişkili olması söz konusu olabilmektedir. Çoğu zaman tanık beyanları ile ortaya karmaşık bir tablo ortaya çıkmaktadır. Fazla çalışmanın tespitinde davacı

ve davalı tanıklarının beyanlarında ortak noktalar bulunabildiği gibi, tanık beyanları arasında tam bir uyumsuzluk da söz konusu olabilmektedir. Bu durumda hangi tanıklarının beyanlarına değer verileceği çözümü hiç de kolay olmayan bir sorundur. Gerçekten, tanık beyanlarının değerlendirilerek tam bir kesinlik içinde fazla çalışma tespit edilebileceğini beklemek pek gerçekçi bir yaklaşım değildir. Bu noktada mahkemenin büyük ölçüde takdiri söz konusudur. Dolayısıyla, Yargıtay'ın tanık beyanlarına dayalı olarak tam bir kesinlik içinde fazla mesaiyi tespit etme arayışları da bizce zaten yeterince güç olan fazla çalışma hesaplarını iyice içinden çıkılmaz bir hale sokacaktır. Sonuçta, mahkemenin elinde fazla çalışmadan indirim yapma yetkisi mevcuttur. Bize göre, tanık beyanlarının değerlendirilmesinde daha da karmaşa yaratacak arayışlara gidilmemesi ve tanıkların çalışma sürelerini hesaplamada değil, ama indirim sürecinde göz önüne alınması isabetli olacaktır. Buna göre, örneğin tanıkların çalışma süreleri ile davacının talep ettiği süreler arasındaki fark büyüdükçe, yapılacak indirim de o oranda yüksek tutulabilecektir. Ancak, tekrar etmek gerekirse, tanıkların çalışma süreleri ile fazla çalışma hesaplarını birbir örtüştürmek bizce yerinde olmayacaktır.

IV. Ara Dinlenmesi

Ara dinlenmesi süresinin belirlenmesi, fazla mesainin tespitinde önem taşımaktadır. Çoğu zaman dosyalarda tanıklar, çalışma saatlerinin başlama ve bitiş saatlerini beyan etmekte, ara dinmesi noktası boşlukta kalmaktadır. Bu durumda düzenlenecek bilirkişi raporunda ve buna dayalı olarak verilecek kararda Yargıtay ara dinlenmesi süresinin gözetilmesi gereğini uzun yıllardır istikrar kazanmış içtihadıyla sürdürmektedir. Uygulamada İş Kanunu'nun 68. maddesini de dikkate alınarak bu gibi durumlarda genellikle 1 saat ara dinlenmesi düşülmekte ve hesaplama buna göre yapılmaktadır.

Yargıtay 2007 ve 2008 yıllarında verdiği kararlarda bu konudaki görüşünü geliştirmiş gözükmektedir. Gerçekten Yüksek Mahkeme, 10 saati aşan çalışmalarda 1 saat değil, 1,5 saat ara dinlenmesi süresi düşülmesi gerektiğine hükmetmiştir²². Bir başka kararında Yargıtay davacının günde 12 saat çalıştığını dikkate alarak, 1,5 saat ara dinlenmesi indirilmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır²³.

Bir başka kararında ise Yargıtay, çalışma saat-

lerinin uzunluğunu dikkate alarak ara dinlenmesinin 2 saat olarak kabul edilmesi gerektiğini açıklamıştır. Gerçekten Yüksek Mahkeme'ye göre; "...Davacı işçi fazla çalışma ücreti isteğinde bulunmuş ve dava dilekçesinde haftada 7 gün 07.30-20.00 saatleri arasında çalıştığını açıklamıştır. Mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda, davacının haftada 7 gün 07.30-20.00 saatleri arasında çalıştığı, günde 1,5 saat ara dinlenmesi düşüldükten sonra haftalık fazla çalışma süresinin 24 saat 30 dakika olduğundan söz edilerek hesaplama yapılmış ve 54.401 YTL fazla çalışma ücreti belirlenmiştir. Somut olayda davacının üretim ve lojistik müdürü olarak çalıştığı anlaşılmaktadır. Çalışma saatleri de göz önüne alındığında günlük ara dinlenmesinin 2 saat olarak hesaplamalardan düşülmesi yerinde olur. Bu durumda davacının günde 3 saat fazla çalışma yaptığı kabul edilmeli ve haftalık 21 saat üzerinden fazla çalışma ücreti hesaplanmalı, hastalık mazeret izin gibi nedenlerle bu şekilde çalışılmayan günlerin olması kaçınılmaz olduğundan mahkemece indirimle gidilerek bir karar verilmelidir"²⁴.

Yüksek Mahkeme'nin kararları bütünlük içinde değerlendirildiğinde, hayatın gerçeklerine uygun olmayan tanık beyanlarına dayalı çalışmalarını sınırlama eğiliminin burada da söz konusu olduğu görülmektedir. Bu eğilimin ise genel olarak isabetli olduğu söylenebilecektir. Ancak, yine de Yüksek Mahkeme'nin bu görüşünün tüm uyuşmazlıklar için geçerli olacak yerleşik bir kural haline dönüşmesi²⁵ bizce isabetli olmayacaktır. Gerçekten bir kimsenin işyerinde 11-12 saat süresince bulunması, mutlaka 1 saatten fazla ara dinlenmesi yaptığını göstermez. Bu durumda yapılan işin niteliği ve özellikle tanıkların ara dinlenmesine ilişkin beyanları da gözetilerek ara dinlenmesi daha az ya da daha çok olarak kabul edilebilir. Dolayısıyla, mahkemenin günlük 10 saati aşsa da, dosya içeriğine göre ara dinlenmesini daha az ya da daha çok tespit edebilmesi mümkün olmalıdır.

V. Hesaplanan Fazla Çalışmadan Mahkemece İndirim Yapılması

1. Yargıtay Uygulamasına Genel Bakış

Genel ve soyut tanık anlatımlarına dayalı olarak yapılan fazla çalışma hesaplarından "hayatın ola-

ğan akışına uygunluk" ölçütü gereğince uygun bir indirimle gidilmesi, Yargıtayca adeta bir kural haline getirilmiş bulunmaktadır²⁶. Yargıtaya göre bir işçinin tatil günleri hariç her gün beş yıla yakın bir süre, günde 4 saat fazla mesai yaptığının kabulü²⁷, bir kimsenin yaklaşık 4 yıl boyunca hiç ara vermeden günde 4,5 saat fazla mesai yapması, bütün hafta tatili ve genel tatillerde çalışması²⁸, iki senelik süre içinde davacı işçinin Pazar günü hariç diğer günlerde ve sürekli bir şekilde her gün on-onbir saat mesai sonucu haftada düzenli şekilde onyedici saat fazla çalışma yaptığının kabulü²⁹, 8 yıllık süre içinde dini bayramların ilk günü hariç diğer günlerin tamamında günde üç saat fazla mesai yaptığı ve her hafta tatilinde çalışması³⁰ hayatın olağan akışına aykırıdır. Yüksek Mahkeme'nin de belirttiği üzere; "...Mahkemece, davacı işçinin çalıştığı tüm süre boyunca her iş günü iki saat fazla çalışma yaptığı ve tüm hafta tatillerinde çalıştığı kabul olunarak fazla mesai ve hafta tatili alacaklarına hükmedilmiştir. Bir insanın çalıştığı her iş günü fazla mesai yapması ve tüm hafta tatillerinde çalıştığı kabulü hayatın olağan akışına uymaz. Gerçekten bir insanın hastalık, mazeret, izin ve benzeri nedenlerle zaman zaman fazla çalışma yapmaması ve hafta tatilinde çalışmaması ihtimali her zaman mevcuttur. Bu nedenle mahkemece, fazla çalışma ve hafta tatili alacaklarından bir indirim yapılarak sonuca gidilmesi gerekir"³¹.

2. Fazla Çalışmanın Yazılı Belgelerle Saptanması Durumunda İndirimin Söz Konusu Olmayacağı

Yargıtay, son dönemlerde verdiği kararlarda, indirim yapılması konusunda fazla çalışmanın söz konusu olduğunu gösteren delillerin niteliğine göre bir ayırıma gitmektedir. Buna göre, uygulamada yaygın şekilde görüldüğü üzere, fazla çalışma yapıldığının kanıtını tanık beyanları oluşturuyor ise, yapılacak hesaplama indirimle gidilmesi gerekecektir. Gerçekten Yüksek Mahkeme'ye göre, "...Hesaplama tamamen tanık beyanlarına dayanmış olmakla, hesaplanan fazla çalışma ücretinden indirimle gidilmesi gerekirken tamamının hüküm altına alınması hatalı olup kararın bu yönden bozulması gerekmiştir"³². Buna karşılık, fazla çalışmanın takdiri delil niteliğindeki tanık anlatımları yeri-

ne, yazılı belgelere ve işveren kayıtlarına dayanması durumunda böyle bir indirimde gidilmemesi gerektiği Yargıtayca açıklanmıştır³³. Gerçekten Yüksek Mahkeme'ye göre, "...Kayda dayalı hesaplamalarda yukarıda açıklandığı gibi bir indirimde gidilmemesi gerekir"³⁴. Yargıtayın görüşü bize göre de isabetlidir.

3. İndirim Oranının Takdiri

Yargıtay kararlarında, yapılacak indirim konusunda somut olayın özelliklerinin dikkate alınması gerektiğini vurgulamaktadır. Nitekim, bir uyuşmazlıkta, Yüksek Mahkeme %50 oranında indirimi fazla bulmuş ve daha ılımlı bir indirim yapılması gerektiğine hükmetmiştir³⁵. Buna karşılık, bir başka kararda, %20 oranında indirim az bulunmuştur³⁶. Yargıtayın güncel kararlarında da indirim oranı ile ilgili değerlendirmeler yaptığı görülmektedir. Nitekim Yüksek Mahkeme 11.3.2008 tarihli kararında 1/2 oranında yapılan indirimi fazla bulmuştur³⁷.

4. Yapılan İndirim Sonrasında Avukatlık Ücreti Sorunu

Yargıtay'a göre hesaplama yapılmadan yapılacak indirim, çalışma süresinden indirim olarak algılamak gerekir. Yargıtay'a göre, "...örneğin günde üç saat fazla çalışma yerine iki saat fazla çalışmanın yapıldığının kabulünün hakkaniyete uygun olacağı şeklinde anlaşılmalıdır. Fazla çalışma ücretinden yapılacak indirim aslında kabul edilen fazla çalışma süresinden indirim olmakla, davacı tarafın kendisini avukat ile temsil ettirmesi durumunda reddedilen kısım için davalı yararına avukatlık ücretine hükmedilmesi gerekir. Zira burada belirlenen bir miktar vardır ve yargılama giderinden olan avukatlık ücretinin ret ve kabul oranına göre resen belirlenmesi zorunludur"³⁸.

5. Hesaplanan Fazla Çalışmadan İndirim Konusunda Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi

Yargıtay'ın, hesaplanan fazla çalışmadan indirim yapılmasına ilişkin görüşü kanımızca da isabet taşımaktadır. Gerçekten, tanık beyanları ile ortaya konulan çalışma çoğu zaman gerçekçilikten uzak ve abartılı olabilmekte ve bu anlamda yapılan indirim hesaplamayı gerçekçi sınırlara çekme amacına yö-

nelmektedir. Yüksek Mahkeme'nin, fazla çalışmanın tanık beyanlarına değil de yazılı belgelere dayanması durumunda indirimin söz konusu olmayacağı yolundaki içtihadı da genel olarak yerindedir.

Kuşkusuz, yapılacak indirimle ilişkin olarak önceden belirli bir ölçüt getirmek mümkün değildir. Bu noktada somut olayın özelliklerinin dikkate alınması gerekir. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, tanık ifadelerinde farklılık ve çelişkiler olması halinde, tanıkların çalışma süreleri ve davacı ile birlikte çalıştığı dönemler dikkate alınarak indirim oranının saptanması gerekir. Ancak Yargıtayın örnek kararlarına bakıldığında bu indirimin %50'den fazla, %20'den az olması gerektiğini (tam bir kesinlik içinde olmasa da) söylemek mümkündür. Nitekim uygulamada genelde 1/3 oranında indirim yapılmaktadır.

Ancak, fazla çalışmadan indirim yapılması ve avukatlık ücreti konusundaki Yargıtay'ın görüşünü tartışılabilir buluyoruz. Gerçekten uygulamada fazla çalışma öncelikle bilirkişi aracılığı ile tespit olunmaktadır. Bilirkişi hesap raporunu mahkemeye sunmakta, bunun sonrasında çoğu zaman daha düşük oranda talep söz konusu olduğu için davacı vekilince rapordaki miktara kadar ıslah gerçekleştirilmektedir. Ancak bundan da sonra mahkemece indirim yapılması durumunda, ıslahla arttırılan ve indirim sonrası reddedilen miktar için davalı lehinde vekalet ücreti söz konusu olmaktadır. Yargıtay'ın bu görüşü kendi içinde tutarlıdır, zira kararında da açıklandığı üzere, burada Mahkeme esasen kabul ettiği miktar kadar çalışmanın kanıtlandığı noktasından hareket etmekte ve kanıtlanmayan, ancak talep edilen kısım için davalı lehinde vekalet ücreti oluşmaktadır. Ancak, bu durumun uygulamada sıkıntı yarattığı da bir gerçektir. Davacı vekili, yapılan hesaplama sonrasında bir belirsizlik içine girmektedir. Zira ne kadara kadar ıslah yolu ile arttırmaya gitmesi gerekeceği kesin değildir. Kanımızca bu durumda iki türlü çözüm önerilebilir. İlk olarak, Mahkemece değil, bilirkişi aracılığı ile indirim yapılmasının daha isabetli olacağı söylenebilir. Nitekim uygulamada Mahkemelerde bu yöntemin izlendiği de görülmektedir³⁹. Ancak bu görüşe, bilirkişinin hakim yerine geçeceği, hakim fonksiyonunu yitireceği şeklinde itirazlar yapılabilir. Buna karşılık, uygulamada yargıçlar, dosyayı inceledikten sonra yapılacak fazla mesai hesabının oranını belirleyip dosyayı bilirkişiye gönder-

Yargıtay, işçinin yazılı onay vermemekle birlikte, geçmiş dönemde fazla çalışma yapması ve ücretinin tam ve düzenli olarak ödenmesi durumunda, daha sonra fazla mesaiye kalmak istememesini fesih için geçerli neden olarak kabul etmektedir.

memektedir. Zaten, tanık beyanlarını ve diğer delilleri değerlendirerek fazla çalışma süresini belirleyen kişi uygulamada bizzat bilirkişinin kendisidir. Dolayısıyla, olayda genel değerlendirmeyi yapan kişinin, indirim konusunda yetkisiz olmasını kabul etmek de tutarlı görünmemektedir. Kaldı ki, yapılan indirim bir ispat ve delillerin değerlendirilmesi sorunudur. Başka bir anlatımla, Mahkemece yapılan indirim gerçek anlamda bir hakkaniyet indirimi değildir. Burada, tanık beyanlarıyla ortaya çıkan fazla çalışma miktarının gerçekçi olmaması nedeniyle yapılan bir indirim söz konusudur⁴⁰. Yukarıda belirttiğimiz görüşün kabul görmemesi ihtimalini dikkate alarak, geliştirilebilecek ve önerilebilecek ikinci görüş, bilirkişi raporunda yapılacak muhtemel indirim oranının da belirtilmesidir. Bu anlamda bilirkişi, mahkemeyi bağlayıcı olmamakla birlikte, örneğin “Yapılan hesaplama dosya içeriği ve tanık beyanları dikkate alınarak % 30 oranında indirimin isabetli olacağı kanaatine varılmıştır” şeklinde görüşünü belirtebilir ve indirim yapılmadan ve yapıldıktan sonra ayrı ayrı hesaplama çıkarır. Bu durumda ise davacı vekili, rapordaki rakamlara göre davasını ıslah etme olanağına sahip olur.

VI. Fazla Çalışma ve İş Sözleşmesinin Feshi

1. Fazla Mesai Alacağıın Ödenmemesinin Sözleşmenin Haklı Nedenle Feshine Yol Açacağı

Bilindiği üzere ücretin ödenmemesi, işçiye iş sözleşmesini haklı nedenle fesih olanağı vermek-

tedir (24/II-e). Nitekim Yargıtay, burada ücret kapsamında fazla çalışma ücretlerinin de olduğunu düşünmekte ve bunların ödenmemesinin davacıya iş sözleşmesini haklı nedenle fesih olanağı vereceği sonucuna ulaşmaktadır. Bu görüş, Yüksek Mahkeme'nin güncel kararlarında da devam etmektedir. Nitekim Yargıtaya göre; “...Fesih yazısında, ikramiye ve ücretlerin ödenmemesinden söz edilmiş, bu durum ve işverenin diğer hukuka aykırı uygulamaları sebebiyle iş sözleşmesinin anılan yasanın 24/II. maddesine göre feshedildiği açıklanmıştır. Bu davada fazla çalışma ücreti isteminde de bulunulmuş ve mahkemece isteğin kısmen kabulüne karar verilmiştir. Fazla çalışma ücreti, geniş anlamda ücret içinde değerlendirilmelidir. Böyle olunca fazla çalışma ücretinin ödenmemesi de 4857 sayılı İş Kanununun 24/II-e bendi uyarınca işçiye haklı fesih imkânı vermektedir. Davacının anılan fesih yazısındaki açıklamaları fazla çalışmayı da içermektedir. Buna göre davacının iş sözleşmesini haklı olarak feshettiği sonucuna varılmalıdır. Kıdem tazminatı isteğinin kabulü gerekirken mahkemece anılan talebin yazılı şekilde reddi hatalı olmuştur”⁴¹.

2. Önceden Fazla Çalışma Yapan ve Ücreti Tam ve Düzenli Olarak Ödenen İşçinin Fazla Mesaiye Kalmak İstememesinin Geçerli Fesih Nedeni Sayılacağı

Yargıtay, işçinin yazılı onay vermemekle birlikte, geçmiş dönemde fazla çalışma yapması ve ücretinin tam ve düzenli olarak ödenmesi durumunda, daha sonra fazla mesaiye kalmak istememesini fesih için geçerli neden olarak kabul etmektedir⁴². Yüksek Mahkeme'ye göre, “...Davacı işçiden fazla mesai konusunda önceden yazılı olarak muvafakati alınmış değil ise de, Dairemiz uygulamasına göre, işyerinde sürekli olarak fazla mesai yapan ve ücreti de düzenli olarak ödenen işçinin, sonradan muvafakatının olmadığını ileri sürerek fazla mesai yapmaktan kaçınması iyiniyet kurallarına uygun düşmemektedir. Bu durumda, feshin geçerli nedene dayanıp dayanmadığının tespiti bakımından işyerinde fazla mesai yapıp yapılmadığının ve davacıya fazla mesai ücretinin ödenip ödenmediğinin belirlenmesi önem arz et-

mektedir. Mevcut tanık anlatımlarına göre bu konuda kesin bir yargıya varmak mümkün değildir. Öte yandan, davalı işveren fazla mesai ücretlerinin ödendiğini ileri sürmüş ve bu konuda bir takım belgeler ibraz etmiş ise de, söz konusu belgelerde fazla mesai ücretinin ödenip ödenmediği tam olarak anlaşıl原因amaktadır. Bu nedenle yapılacak iş, gerekirse işyerinde keşif yapılarak; uzman bir bilirkişi aracılığı ile günlük çalışma süresi ve fazla mesai yapılıp yapılmadığının tespiti, fazla mesai yapılmış ise ücretinin tam olarak ödenip ödenmediğinin belirlenmesinden ibarettir. Fazla mesai yapılmış ve ücreti tam olarak ödenmiş ise davacının fazla mesai yapmaktan kaçınması haklı görülemeyeceğinden feshin geçerli nedene dayandığı kabul edilmeli, aksi halde davacının işe iadesine karar verilmelidir⁴³.

VII. Üst Düzey Yöneticilerin Fazla Çalışma Ücreti Talepleri

Fazla mesai talep eden işçinin görevi de, yargılamada dikkate alınan bir hususu oluşturmaktadır. Nitekim üst düzey yöneticilerin fazla çalışma talepleri Yargıtayca kabul edilmemektedir. Yüksek Mahkeme, bu noktada, öncelikle işçinin çalışma saatlerini serbestçe düzenleme yetkisine sahip olup olmadığını denetlemektedir⁴⁴. Yargıtay'a göre; "...Davacının davalıya ait işyerinde üst düzey yönetici olarak çalıştığı ve mesaisini kendisinin ayarladığı dosya içeriğinden anlaşılmaktadır. Dairemizin istikrar kazanmış görüşüne göre bu tür çalışan işyeri üst yöneticisinin ücreti de buna göre belirlendiğinden fazla mesai ücret alacak isteği talep etmesi mümkün değildir. Davacının fazla mesai ücret alacağının reddi gerekirken kabulü hatalıdır"^{45,46}.

Yargıtayın, güncel kararlarında, önceki içtihadını devam ettirdiği, ancak "üst düzey yönetici" kavramına da açıklık kazandırdığı görülmektedir. Nitekim Yargıtay 25.3.2008 tarihli kararında, işçinin üzerinde bir başka yöneticinin olup olmadığını, bu yönetici tarafından denetlenip denetlenmediğini dikkate almıştır⁴⁷. Yargıtay 01.04.2008 tarihli kararında ise, "...İşyerinde en üst düzey konumda çalışan işçinin görev ve sorumluluklarının gerektirdiği ücretinin ödenmesi durumunda ayrıca fazla çalışma ücretine hak kazanılması olanaklı değildir. Bununla birlikte üst düzey yönetici konumunda olan işçiye aynı yerde görev ve talimat veren bir

yönetici ya da şirket ortağı bulunması durumunda, işçinin çalışma gün ve saatlerini kendisinin belirlediğinden söz edilemeyeceğinden yasal sınırlamaları aşan çalışmalar için fazla çalışma talep hakkı doğar⁴⁸" sonucuna ulaşılmıştır.

Görüldüğü gibi, Yargıtay, çalışma saatlerini kendisinin belirleyip belirleyemeyeceğini, işçinin üzerinde bir yönetici, ya da şirket ortağının olup olmadığına bakarak değerlendirmektedir. Yüksek Mahkemenin bu değerlendirmeleri kanımızca da isabet taşımaktadır. Yine, üst düzey yöneticilerin fazla mesai taleplerini reddederken, Yargıtay bu kişilerin yüksek ücret almaları olgusunu da dayanak olarak göstermektedir. 1.4.2008 tarihli kararında Yargıtay, işçinin aynı zamanda yüksek ücret ve prim ödeneceğini de belirterek fazla mesai taleplerini reddetmiştir. Nitekim, Yüksek Mahkeme'ye göre, "...Somut uyuşmazlıkta, davacının davalı işverenin Antalya işyerinde Uçuş Hizmetler Müdürü olarak çalıştığı, iş sözleşmesinde yüksek ücret yanında, satışların belli bir oranında prim ödeneceği, ayrıca işe gidiş gelişlerinde kullanılmak üzere araç kiralanacağı, araç kira bedelinin işveren tarafından karşılanacağı kararlaştırılmıştır. İş sözleşmesindeki bu ayrıklı düzenlemeler dikkate alındığında, davacının üst düzey yönetici olduğu, çalışma düzenini kendisinin belirlediği tereddüde yer vermeyecek şekilde açıktır. Davacıya görev ve sorumlulukları nedeni ile ücret ve prim ödemesi takdir edildiğinden, ayrıca fazla mesai ve tatil çalışmaları karşılığı ücreti talep etmesi olanaklı değildir. Fazla mesai, hafta tatili ve ulusal bayram ve genel tatil çalışmaları karşılığı ücret alacaklarının reddi yerine yazılı gerekçe ile kabulü hatalıdır"⁴⁹.

VIII. Fazla Çalışmanın Hesaplanmasında İzin Süreleri

İşçinin fazla çalışma hesabı yapılan dönemler içinde bazı günler izinli olduğunun anlaşılması durumunda, bu sürelerin dikkate alınarak hesaplama- dan düşülmesi gerektiği görüşü Yargıtayın son dönemlerdeki kararlarına yansımıştır. Nitekim Yüksek Mahkeme'ye göre; "...Davacı işçinin izin kullandığı dönemler için de fazla çalışma, hafta tatili ile bayram ve genel tatil ücreti hesaplandığı bilirkişi raporunda açıklanmıştır. Yıllık izinde geçen süreler için söz konusu çalışmaların yapılması mümkün olmadığından belirtilen şekilde hesapla-

ma yapılması hatalı olmuştur. Bu konuda ek rapor alınarak sonuca gidilmelidir”⁵⁰.

Yargıtayın yine ilk bakışta isabetli gibi görünen bu görüşü de kanımızca uygulamada sorunlara yol açacak niteliktedir. Kuşkusuz bilirkişi raporunda hesaplama yapılırken kullanıldığı görülen izinler varsa bunların düşülerek fazla mesai dönemleri tespit edilmek gerekir. Ancak, her halde rapor sonrasında da Mahkemece indirim gerçekleştirilmektedir. Bu indirimin başlıca gerekçesi de işçinin devamlı çalışmasının mümkün olmadığı, hasta, izinli ve sair sebeplerle mazeretli olduğu günlerin sözü konusu olabileceğidir. Nitekim temelde bu varsayım dayalı olarak indirim yapılmaktadır. O halde, kanımızca, raporda izinli olun günler bakımından eksiklik olsa da, sonuçta yapılan indirim bu eksikliği giderici boyutlarda ise, artık Yargıtayın yerel mahkeme kararlarını bu gerekçe ile bozmaması gerekir. Gerçekten uygulamada, tanık beyanlarına dayalı hesaplamalarda yaklaşık 1/3 oranında indirim gerçekleştirilmektedir. Örneğin, 365 günlük bir hesaplama için yaklaşık 120 günlük bir süre hesaplama düşülmektedir ki, bunun yıl içinde dikkate alınmayan 5-10 günlük izin süresini fazlasıyla karşılayacağı son derece açıktır. Sonuç olarak, Yerel Mahkeme, bilirkişi raporunda bu konuda bir eksiklik olsa da, bu eksikliği indirim oranını belirlerken telafi edebilir. Yine bizce mahkeme, bilirkişiden ek rapor istemeksizin, raporda gözden kaçırılan izin sürelerini dikkate aldığını da kararında belirterek indirim yapabilir. Tekrar etmek isteriz ki, fazla çalışma tanık beyanı ile tam bir kesinlik içinde saptanamaz. Fazla çalışmayı belirleyen temel kanıtın güvenilir ve kesin olmadığı, zaten takdiri ve genel bir şekilde hesaplama yapılan ve yine son derece geniş takdir kullanılarak hesaplamadan indirim gerçekleştirilen bir sistem içinde, yardımcı birtakım unsurlarda kesinlik aramak yargılamayı uzatmaktan başka bir sonuç doğurmayacaktır.

IX. Fazla Mesai Karşılığı İzin Verilmesi

4857 sayılı Kanununun 41. maddesine göre, fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma yapan işçi isterse, bu çalışmalar karşılığı zamlı ücret yerine, fazla çalıştığı her saat karşılığında bir saat otuz dakikayı, fazla sürelerle çalıştığı her saat karşılığında bir saat

onbeş dakikayı serbest zaman olarak kullanabilir (m.41/IV). İşçiye yaptığı fazla çalışma karşılığı verilen izinlere ilişkin uyuşmazlıklar yargının önüne gelmiştir. Yargıtaya göre, işçiye fazla çalışma karşılığı verilen izinlerin dikkate alınması ve yapılan hesaplamadan indirilmesi gerekir. Gerçekten Yüksek Mahkeme'ye göre; "...Davacının yaptığı fazla çalışma karşılığı 2002 Nisan ayında 8 gün izin kullandığı yolundaki dava dilekçesindeki kabulü gereğince telafi edici dinlenme nedeni ile Nisan ayı için fazla çalışma telafi edici dinlenme ile karşılandığı halde anılan ay için fazla çalışma ücretine karar verilmesi isabetsiz olup bozma nedenidir”⁵¹.

Uygulamada, fazla çalışma karşılığı izin verildiği yolundaki savunmalar yargılama aşamasında işverenlerce ileri sürülmekte ve bu konuda izin belgeleri ibraz edilmektedir. Her şeyden önce, işçiye verilen izinlerin, genel olarak yapılan fazla çalışmaların karşılığı olduğunu ileri sürmek mümkün değildir. Bize göre, izinlerin açıkça yapılan fazla çalışmanın karşılığı olduğu işverence kanıtlanmak gerekir. Buna göre, izin föylerinin açıkça hangi tarihteki fazla çalışmanın karşılığının belirtilerek, ayrıntılı bir biçimde düzenlenmesi isabetli olur.

İşçinin izin föyünde, örneğin "Yaptığım fazla çalışmaya istinaden" veya "Ocak ayındaki fazla çalışmaya istinaden" şeklinde genel ifadelerle yer vermesi, bu dönem ya da aya ilişkin fazla çalışmaların karşılandığı anlamında yorumlanmamalıdır. Mahkemece somut olarak işçinin ne kadar fazla çalışma yaptığı saptanmalı, bunların kanuna göre artırılmış zaman karşılığı bulunmalı, daha sonra kullanılan izinler bulunan sürelerden düşülerek hesaplama yapılmalıdır.

X. Bankaya Yatırılan Fazla Mesai Ücretleri

Bilindiği üzere, fazla çalışma yapıldığını işçi, fazla çalışma ücretlerinin ödendiğini ise işverenin kanıtlaması gerekir. Bu noktada, başlıca ispat aracı olan yazılı belgeler ve bu kapsamdaki ücret bordrolarının yanı sıra, banka kayıtlarının da fazla çalışma ücretlerinin ödendiğini kanıtlayıp kanıtlamayacağı hususu Yüksek Mahkeme'nin güncel kararlarında ifadesini bulmaktadır. Gerçekten Yargıtay'a göre; "...Keza bordrolarda davacı imzası olmasa bile, ücret banka hesabına yatırılarak ödendi-

4857 sayılı Kanun'un esneklik getiren hükümlerinin ülkemizin sistemsiz ve kayıt dışı çalışan küçük ve orta ölçekli işletmelerinde sağlıklı bir şekilde uygulanacağını beklemek hayalci bir yaklaşımdır.

yor ve hesap çekilirken ihtirazi kayıt konulmamış ise, banka yolu ile yapılan fazla mesai ve tatil ücretleri ödemelerinin de dikkate alınması gerekir. Ancak fazla mesai yapıldığına veya tatilde çalışıldığına dair kayıt var ve bu kayda göre eksik ödeme söz konusu ise, o zaman işçi aradaki farkı isteyebilecektir⁵². Görüldüğü üzere, Yargıtay, ücretlerin bankaya yatırılması ve işçinin ihtirazi kayıt koymadan bunları bankadan alması durumunda, artık eşdeğer belge olmaksızın, tanık beyanlarına dayalı olarak daha fazla fazla mesai ücreti talep edemeyeceği sonucuna ulaşmaktadır.

Yüksek Mahkeme'nin bu görüşünü tartışılabilir buluyoruz. Gerçekten, ücretlerin bankaya yatırılması durumunda, işçinin yatırılan ücretin ne kadarının fazla çalışmaya ilişkin olduğunu tam olarak bilmesine (bu konuda ekstrede özel bir açıklama yoksa) olanak bulunmamaktadır. Özellikle çıplak ücretin yanı sıra prim, ikramiye ve benzeri ödemeler yansıdığına işçilerin ücretleri aydan aya değişkenlik göstermektedir. Nitekim İş Kanunu'nda işveren için getirilen ücret pusulası verme yükümlülüğünün (İş K. m.37) de temel amacı da işçinin ücretin içeriğini öğrenebilmesidir. Hatta 4857 sayılı Kanun'da, açıkça ücret pusulası verme yükümlülüğünün bankaya yapılan ödemelerde de devam ettiği ifade olunmuştur. Gerçekten Kanuna göre, "İşveren işyerinde veya bankaya yaptığı ödemelerde işçiye ücret hesabını gösterir imzalı veya işyerinin özel işaretini taşıyan bir pusula vermek zorundadır." (m.37/I). Yine Kanun, "Bu pusulada ödemenin günü ve ilişkin olduğu dönem ile fazla çalışma, hafta tatili, bayram ve genel tatil ücretleri gibi asıl ücrete yapılan her çeşit eklemeler tutarının ve vergi, sigorta primi, avans mahsubu, nafaka ve icra gibi her çeşit kesintilerin ayrı ayrı gösterilmesi gerekir." (m.37/II) hükmü ile açıkça fazla çalışma ücreti miktarlarının pusulada yer alması gerektiğini ifa-

de etmiştir. Yine, ücret bordrolarının imzalanması sürecinde de işçiler kendilerine ödenen ücretin içeriğinden haberdar olabilmektedir. Buna göre, işçinin ücret pusulası verildiği ya da ücretin içeriğinden haberdar edildiği işverence kanıtlanmadıkça, bankaya yapılan ödemelerin, işçi tarafından ihtirazi kayıtsız alınsa dahi fazla çalışma taleplerini engellememesi gerektiği kanısındayız. Kuşkusuz somut olayın özellikleri, bordrolar ve bankaya yatırılan ücretler, sürekli fazla çalışma tahakkukunun olup olmaması gibi olgular mahkemece değerlendirilmeye alınabilecektir.

XI. Genel Değerlendirme

Fazla çalışma konusundaki kararlar genel olarak değerlendirildiğinde, öncelikle göze çarpan husus, Yüksek Mahkemenin günlük 11 saati aşan çalışmalar karşılığında fazla çalışma ücreti ödeneceğini kabul etmiş bulunmasıdır. Yine öğretide genel olarak eleştirildiği görülen "örtülü denkleştirme" uygulaması da bir çok kararda ifadesini bulmuştur. Ancak bu görüşün standart dışı, atipik çalışmalarda genellik kazanacağı konusunda bir kesinlik yoktur; zira farklı yönde yeni tarihli bir karar da mevcuttur (Bkz. Y.9HD, 28.03.2008, 4429/6641, Legal İHD, 2008/18, 643-644)⁵³.

Yüksek Mahkeme'nin fazla çalışma konusunda kararları incelendiğinde, iki eğilim göze çarpmaktadır. İlk olarak Yargıtay, yüksek çıkan fazla çalışma hesaplarını sınırlamak istemektedir. Nitekim tanık beyanlarının bunların kıdem süresiyle bağlantılı olarak değerlendirilmesi, indirilecek ara dinlenmesi süresinin 10 saati aşan çalışmalar bakımından arttırılması bu eğilimi yansıtmaktadır. İkinci olarak Yargıtay'ın, fazla çalışma hesaplarına mümkün olduğu kadar kesinlik kazandırma düşüncesinde olduğu görülmektedir. Nitekim Yüksek Mahkeme işçinin kullandığı izin sürelerinin hesaptan düşülmemiş olmasını bozma sebebi saymaktadır.

Yargıtay'ın görüşleri ilk bakışta isabetli görünmekle birlikte, bunların tartışılabilir olduğu kanısındayız. Bize göre, tanık beyanları ile fazla çalışmanın tam bir kesinlik içinde saptanmasını beklemek gerçekçi bir yaklaşım olmaz. Fazla çalışma hesapları ve yine yapılan indirim geniş ölçüde takdire dayanır. Böyle bir sistemin ideal olmadığı muhakkak da olsa, Yargıtayın fazla çalışma hesaplarına sınırlama ve kesinlik kazandırma düşüncesiyle

getirdiği görülen ölçütlerin, her somut uyumsuzluk bakımından adaletli sonuç vermeyeceği kanısındayız.

Sonuç olarak, yargı kararları ile oraya çıkan tabloya bakıldığında, durum ülkemiz açısından iç açıcı görünmemektedir. 4857 sayılı Kanun, 1475 sayılı Kanun'dan bu yana süregelen sorunlara çözüm olamamıştır. 4857 sayılı Kanun'un esneklik getiren hükümlerinin ülkemizin sistemsiz ve kayıt dışı çalışan küçük ve orta ölçekli işletmelerinde sağlıklı bir şekilde uygulanacağını beklemek hayalci bir yaklaşımdır. Fazla çalışma ile ilgili davalarda, düzensiz ve kayıt dışı çalışan işletmelerin kaderini belirleyen medeni usul hukukunun en güvenilir delili olan tanıklar oluşturmaktadır. Bu durumun isabetli olmadığı açıktır; ancak temel yapısal bozukluk düzelmeden, mevcut sistem içinde adaletin sağlanması konusunda Yargıtayın içinde olduğu arayışlar, bizce beraberinde yeni sorunları da getirecektir.

DİPNOTLAR

- 1 Bkz. T. Centel, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1992, İstanbul 1994, 12; Ö. Eyrenci, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1989, İstanbul 1991, 13; aynı yazar, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1994, İstanbul 1996, 12; D. Ulucan, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1996, İstanbul 1998, 31; P. Soyer, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1997, İstanbul 1999, 37.
- 2 "...Hizmet akdinin haklı nedenlerle feshedildiğinin ispat külfeti davalı işverene düşmekte ise de, davacının çalışma süresinin ücretini, hafta ve bayram tatillerinde çalıştığını fazla mesai yaptığını göstereceği delillerle kanıtlanması gerekir. Mahkemece tarafların delilleri toplanmadan davacının iddiaları ile yetinip isteklerin hüküm altına alınması doğru değildir. Mahkemece yapılacak iş taraflara iddia ve savunmalarını kanıtlayacak delillerini bildirmek üzere mehil vermek delillerini toplamak ve sonucuna göre bir karar vermektir" (Y.9HD, 13.06.1996, E.1995/11376, K.1996/13766, C.İ. Günay, İş Kanunu Şerhi, Ankara 2005, 1559; "...Mahkemece davacı işçinin fazla mesai karşılığı ücret isteği de hüküm altına alınmış ise de, bu konuda ispat yükü kendisine düşen davacı bu iddiasını kanıtlamış değildir. Davacı tanıklarının bu konuda herhangi bir açıklamaları olmadığı gibi, dosyada fazla mesai yapıldığına ilişkin başkaca bir delil de bulunmamaktadır. Mahkemece varsayımdan hareketle hesaplama yapan bilirkişi raporu esas alınarak bu alacağın hüküm altına alınmış bulunması hatalı olup, kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir" (Y.9HD, 27.2.2001 E.2000/19409, K.2001/3532, E. Akyiğit, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Emsal Yargıtay Kararları, 1. Cilt, 1997; Y.9HD, 19.2.2002, E.2001/17563, K.2002/2912, İKİD, Kasım 2003, 2215).
- 3 M. Ekonomi, İHU, İş K.m.35 (No:1); Centel, 1992 Yılı Kararları 1992, 12; Eyrenci, 1989 Yılı Kararları, 13; aynı yazar, 1994 Yılı Kararları, 12; Soyer, 1991 Yılı Kararları, 24; Ulucan, 1996 Yılı Kararları, 31.
- 4 Y.9HD, 17.2.2001, 5107/8576, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr.
- 5 Bkz. Bilge-Önen, Medeni Yargılama Hukuku, Ankara 1978, 523.
- 6 Y.9HD, 22.03.2007, E.2006/22706, K. 2007/8208, Çalışma ve Toplum, 2007/4, 303-304
- 7 Y.9HD, 03.05.2007, E.2006/17647, K. 2007/14046, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 81, Sayı: 6, Yıl 2007, 2725-2726.
- 8 Y.9HD, 16.06.2005, E.2004/31721, K.2005/26173, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr.
- 9 Y.HGK, 21.3.2007, E. 2007/9-150, K. 2007/160 Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr.
- 10 Ekonomi'nin de haklı olarak belirttiği gibi; "...günlük en çok çalışma sınırını aşan sürelerle zamli ücret ödemesi için haftalık çalışma süresinin tamamlanmasına bakılmaz. Buna karşılık sözü geçen zamli ücretin ödeneceği süreler de haftalık 45 saat ile bunu aşan sürelerin toplamında hesaba katılmaz" (Bkz. M. Ekonomi, 4857 Sayılı Kanuna Göre Fazla Çalışma, Yargıç Resul Aslanköylü'ye Armağan, Kamu-İş, 2004, 162-163).
- 11 M. Engin, Denkleştirme Esasının Uygulanmasında Çalışma ve Dinlenme Sürelerine İlişkin Emredici Hükümler, Sicil, Mart 2007, 75.
- 12 M. Özveri, 4857 Sayılı Yasa Döneminde Fazla Çalışma Kavramı Üzerine, Legal YKİ dergisi, Aralık 2006, 202-203.
- 13 S. Öktem Songu, Çalışma Sürelerinin Örtülü Olarak Denkleştirilmesi Mümkün Müdür, Yargıtay'ın Bir Kararı Üzerine Bazı Düşünceler, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt. 8 Sayı: 2, 2006, 172 vd.
- 14 H. Kızıloğlu, Örtülü Denkleştirme Süresine Yönelik Karar İncelemesi, Sicil, Mart 2006, 84 vd.
- 15 Bu yönde eleştiriler için bkz. Özveri, 4857 Sayılı Yasa Döneminde Fazla Çalışma Kavramı Üzerine, 202 vd.
- 16 Yukarıda da belirttiğimiz gibi, genelde Yargıtayın görüşüne ilişkin eleştiriler, denkleştirmenin açık ve yazılı rızaya dayanması gerektiği noktasında toplanmaktadır (bkz. M. Engin, Denkleştirme Esasının Uygulanmasında Çalışma ve Dinlenme Sürelerine İlişkin Emredici Hükümler, 74-75; Öktem Songu, Çalışma Sürelerinin Örtülü Olarak Denkleştirilmesi Mümkün Müdür, Yargıtay'ın Bir Kararı Üzerine Bazı Düşünceler, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt. 8 Sayı: 2, 2006, 182-183). Oysa, bizce sorun denkleştirmenin şeklinden çok içeriği ile ilgilidir. Gerçekten, burada esasen kanuna uygun olup olmadığı tartışmalı bir çalışma modelinin denkleştirme olarak nitelenip nitelenemeyeceği problemi vardır. Böyle bir çalışmaya işçi açıkça yazılı olarak rıza vermiş olsa dahi (örneğin yukarıda andığımız yargı kararlarına da yansıyan 24 saatlik nöbet sistemi ile veya günlük 14 saatlik fiili çalışmalar gibi), bunun geçerliliği tartışma konusu yapılabilecektir.
- 17 Ancak Yargıtayın bu görüşünü istikrarlı olarak uygulayıp uygulamayacağı konusunda belirsizlik vardır. Nitekim, 28.3.2008 tarihli kararında Yargıtay, denkleştirmeden bahsetmeden, çalışma süresinin haftalık olarak kabul edilerek fazla çalışma hesabı yapılması gerektiğini kabul etmiştir. Gerçekten, Yüksek Mahkeme'ye göre, "...Davacı işçi iki gün çalıştıktan sonra üçüncü gün çalışmayarak dinlenmektedir. Bu çalışma şeklinde ayın her haftasında farklı çalışılmakta, örneğin dört gün çalışılan ayın

- üçüncü haftasında 45 saat aşılmadığından fazla mesai gerçekleşmemektedir. Bu nedenle davacının çalışması her hafta için ayrı ayrı belirlenmeli, fazla çalışma süresi haftalık olarak belirlendikten sonra çalıştığı hafta sayısı kadar hesap yapılmalıdır. Yazılı şekilde aylık çalışmanın fazla olarak tespiti ve sonra ortalama haftalık çalışma süresinin nazara alınması yerinde değildir" (Y.9HD, 28.03.2008, 4429/6641, Legal İHD, 2008/18, 643-644).
- 18 Bkz. M. Ekonomi, 4857 Sayılı Kanuna Göre Fazla Çalışma, Yargıç Resul Aslanköylü'ye Armağan, Kamu-İş, 2004, 162-163; P. Soyer, Yeni düzenlemeler Karşısında Fazla Saatlerle Çalışmaya İlişkin Bazı Düşünceler, Legal İHD, Temmuz Eylül 2004, 798-799; Özveri, 4857 Sayılı Yasa Döneminde Fazla Çalışma Kavramı Üzerine, 202-203; Engin, Denkleştirme Esasının Uygulanmasında Çalışma ve Dinlenme Sürelerine İlişkin Emredici Hükümler, 75.
- 19 Y.9HD, 01.04.2008, E. 2007/15191, K. 2008/7266, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr.
- 20 Y.9HD, 13.03.2007, E.2006/37424, K.2007/6510, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 81, Sayı: 6, 2007, 2723-2724.
- 21 Y.9HD, 21.3.2006, 1706/7084, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 81, sayı:4, 2007, 1765-1766.
- 22 "...Davacının davalıya ait bina ve santrallerde koruma güvenlik görevlisi olarak 10 saate kadar süren çalışmalarından yarım saat, 14 saate kadar süren çalışmalarında bir saat ara dinlenme süresi mahsup edilmiştir. Davacının yaptığı görevin niteliği, görev yapılan yer nazara alındığında dairemizin bu tip çalışmalarda yerleşmiş görüşü de göz önüne alınarak 10 saate kadar olan çalışmalarda bir, 10 saatten fazla süre olan çalışmalarda bir buçuk saat ara dinlenme süresi düşülmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması hatalıdır" Y.9HD, 14.11.2007, 6002/34178 Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr.
- 23 "...Davacı işçinin günde 12 saat çalıştığı kabul edilmiş ve 1 saat ara dinlenmesi düşülerek fazla çalışma ücretleri hesaplanmıştır. Belirtilen çalışma süresine göre günde 1 saat ara dinlenme süresi azdır. Günlük 1,5 saat ara dinlenmesi düşülerek fazla çalışma ücreti hesaplanmalı ve hüküm altına alınmalıdır" (Y.9HD, 05.06.2007, E.2006/33700, K.2007/18007, Çalışma ve Toplum, 2007/4, 219-220).
- 24 Y.9HD, 20.11.2007, 26287/34662, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr.
- 25 Oysa, Yargıtay 21.2.2008 tarihli kararında "...dairemizin bu tip çalışmalarda yerleşmiş görüşü de göz önüne alınarak 10 saate kadar olan çalışmalarda bir, 10 saatten fazla olan çalışmalarda bir buçuk saat ara dinlenmesi düşülmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması hatalıdır" anlatımına yer vererek bu görüşün yerleşik olduğunu vurgulanmıştır. (Y.9HD, 21.2.2008, E.2007/41771, K.2008/1374, Legal İHD, 1008/18, 718-719).
- 26 Y.9HD, 16.10.1972, E.972/2913, K.972/28148, S. Selçuki, İlimi ve Kazai İçtihatlarla İş Kanunu, 3. Bası, İstanbul, 1973, 609-610; Y.9HD, 1.4.1985, E.985/810, K.985/3317, YKD, Aralık-1985.
- 27 "...Davacının tatil günleri hariç her gün beş yıla yakın bir süre, günde (4) saat fazla mesai yaptığının kabulü hayatın olağan akışına ters düşer. Böyle yoğun bir çalışma insan takatının üzerinde olduğu gibi, zaman zaman bir kimsenin hastalanması, kimi mazeretleri sebebi ile çalışmaması da mümkündür. Bu hususlar dikkate alınarak hesaplanan fazla mesai alacağından belli bir oranda takdiri bir indirim yapılması gerçeğe uygun düşer" (Y.9HD, 21.1.1998, E.1997/19651, K.1998/303, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr).
- 28 "...Bir kimsenin yaklaşık 4 yıl boyunca hiç ara vermeden günde 4.5 saat fazla mesai yapması, bütün hafta tatili ve genel tatillerde çalışması hayatın olağan akışına uygun düşmez. Gerçekten bu süre içinde izin ve hastalık gibi nedenlerle işine devam etmemesi başka bir anlatımla işine gidememesi gözden uzak tutulmamalıdır. Bu bakımdan hüküm altına alınan fazla mesai, hafta tatili ve ulusal bayram ve genel tatil ücretlerinden hakkaniyete uygun bir indirim yapılması gerçeğe uygun olur" (Y.9HD, 3.4.2000, 1034/4713, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr).
- 29 "...İki senelik süre içinde davacı işçinin Pazar günü hariç diğer günlerde ve sürekli bir şekilde her gün on - onbir saat mesai sonucu haftada düzenli şekilde onyeddi saat fazla çalışma yaptığının kabulü hayatın olağan akışına uygun düşmez. Gerçekten bu süre içinde yıllık izinlerinin kullanılması ve hastalık mazeret, gibi diğer hallerin meydana gelmesi olasılığı karşısında gerçekleşen fazla mesai alacağından bir hakkaniyet indirimi yapılması gerçek duruma uygun düşer. O halde karar bu yönden bozulmalıdır" (Y.9HD,14.5.2001, 3949/8259, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr).
- 30 "...8 yıldan çok uzun bir sürede davacı işçinin zaman zaman hastalık mazeret izin gibi nedenlerle işyerinden ayrıldığı kabul edilmelidir. Bu itibarla Dairemizin kararlılık kazanmış olan uygulamasına göre bu tür durumlarda gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi için çalışma süresinin uzunluğuna ve çalışma saatlerine göre bir hakkaniyet indirimi yapılması yoluna gidilmelidir. Mahkemece bu yön üzerinde durulmaksızın tatil ve fazla mesai çalışması alacaklarına karar verilmesi hatalıdır" (Y.9HD, 5.6.2001,7017/9579, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr).
- 31 Y.9HD, 25.3.2004, E.2003/16762, K.2004/6039, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr.
- 32 Y.9HD, 31.3.2008 E.2007/14643, K.2008/6770, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr.
- 33 Y.9HD, 25.3.2008, E.2007/9345, K.2008/6366, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr.
- 34 Y.9HD, 1.4.2008, E.2007/33244, K.2008/7135, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr.
- 35 "...Mahkemece gerçekleşen fazla mesaiden %50 oranında indirim yapılmak suretiyle hüküm kurulmuş olması isabetsizdir. Gerçekten, tüm dosya içeriğinden davacı işçinin günde 3 saat çalıştığı ortaya çıkmaktadır. Çalışma süresi de nispeten kısadır. Taraf tanıkları da birbirine tutarlı şekilde açık anlatımlarda bulduklarına göre ortada bir belirsizlik söz konusu değildir. Gerçeğin ortaya çıkması bakımından daha ılımlı bir indirim yapılmak üzere kararın bozulması gerekmiştir" (Y.9HD, 21.12.1998, 1998/16755 1998/18450, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Yargıtay Kararları, İstanbul Barosu Yay., İstanbul 2000, 74).
- 36 "...Dosya içeriğine göre davacı işçinin fazla mesai yaptığı anlaşıldığından bu alacağın hüküm altına alınması isabetlidir. Ne var ki takdiri indirim yapılırken %20 şeklindeki bir oran uygulanması çok azdır. Daha yüksek bir oranda indirim yapılmak üzere kararın bozulması gerekmiştir (Y.9HD, 3.7.2002, 12825/11265), Günay, İş Kanunu Şerhi (2005), 1446.
- 37 "...Diğer taraftan çalışma şekline göre fazla mesai ücretinden 1/2 oranında indirimi fazladır. Sözleşme hükmü ve çalışma şartları

- dikkate alınarak bu oranın daha az bir oran olarak kabul edilmesi gerekir. Kısaca fazla mesai ücret alacağı daha düşük bir oranda indirim tabi tutulmalıdır" (Y.9HD, 11.3.2008, E. 2007/36231 K. 2008/4525, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr).
- 38 Y.9HD, 25.3.2008 E. 2007/9345, K. 2008/6366, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr.
- 39 Örneğin: "...İşyerinde fazla çalışmaların işyeri kayıtları ve tanık anlatımlarına dayanılarak saptandığı anlaşılmaktadır. Kayda dayalı hesaplamalarda yukarıda açıklandığı gibi bir indirimle gidilmemesi gerekir. Bu nedenle bilirkişi tarafından %30 indirim tabi tutulan fazla çalışma ücretlerine, ayrıca mahkemece ilave olarak % 10 oranında indirim yapılması isabetsizdir" (Y.9HD, 1.4.2008, E. 2007/33244, K. 2008/7135, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr).
- 40 Ekmeççi, 2003 Yılı Kararları, 48-49.
- 41 Y.9HD, 27.3.2007, 511/8588, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr.
- 42 "...Dairemiz uygulamasına göre işçiden fazla mesai için önceden onay alınmamış olsa da, daha önce fazla çalışma yapan ve ücreti tam ve düzenli olarak ödenen işçinin fazla mesaiye kalmak istememesi fesih için geçerli neden kabul edilmektedir" (Y.9HD, 8.10.2007, 11936/29817, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr).
- 43 Y.9HD, 28.5.2007, 17347/17033, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr.
- 44 Y.9HD 03.10.1995, 19525/30139, C.İ. Günay, Şerhli İş Kanunu, Ankara 1998, 1664; bkz. H. D. Özer, Çalışma Saatlerini Kendi Belirleyen İşçi Fazla Çalışma Ücretine Hak Kazanır mı?, Çalışma ve Toplum 2007/3, 143-144.
- 45 Y.9HD, 14.03.2005, E.2004/19804, K.2005/8199, www.yargidunyasi.com; Yönetim Kurulunca atanan, personelin hizmet akdini fesih yetkisi bulunan ve üretim müdürü olarak üst düzey yönetici konumunda çalışan davacının ücreti bilirkişi raporunda da belirtildiği gibi bu nedenle yüksektir. Kendi mesaisini kendi ayarlayacak konumda olması, yöneticilik görevinin gereği olarak normal çalışma saatleri dışında işyerinde bulunması halinde bu süreler fazla çalışma kabul edilemez. Bu nedenle fazla mesai isteğinin reddi gerekir" (Y.9HD, 9.10.2003, E.2003/3737 K.2003/16432, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr).
- 46 Yargıtay, "...davacı işletme müdürü olup, işyerinin en üst düzey yöneticisi durumundadır. İş saatlerini kendisinin belirlemesi görevinin gereğidir" anlatımına yer verdikten sonra, "...Dairemizin kararlılık kazanmış uygulamasına göre bu gibi kuşku durumlarda hakkaniyet indirimi yapılması kabul edilerek daha ılımlı miktarlar hüküm altına alınmalıdır. Bu açıklamalar fazla mesai ve hafta tatili çalışmalarını için de geçerlidir" sonucuna ulaşmıştır. (Y.9HD, 24.5.2001, 6224/8839, İBD, C.76, 2002/3, 824-825); Yargıtaya göre; "...Davacı işçinin aylık ücret ve hedeflenen satış miktarına göre prim karşılığı çalışan distribütör ve bölge yöneticisi olduğu ve bu durumda da çalışma saatleri ve gününü kendi ayarlayan bir üst yönetici olduğu halde fazla mesai ve genel tatil alacakları isteğinin kabulüne karar verilmesi isabetsiz olup ayrı bir bozma nedenidir" (Y.9HD, 25.9.2003, 2312/15347, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr).
- 47 "...Davacı işverenin anonim şirket olduğu, Ticaret Kanunu hükümlerine tabi bulunduğu, Genel Müdür ve temsile yetkili kişilerle işlemlerini yürüttüğü tartışmasızdır. Bu işyerinde mutfak bölümünde görev yapan ve görevi mutfak şefi olan davacının bu tür bir şirkette üst düzey bir yönetici olduğunu ve mesailerini kendisinin tanzim ettiğini kabul etmek, doğru değildir. Görevi gereği emrindekilerin mesai çizelgelerini tanzim eden davacının, mesai çizelgelerinden kendisine yer vermemesi, fazla mesai yapmadığı anlamına gelmediği gibi, bu alacağı talep hakkı olmayacağı sonucunu da doğurmayacaktır. Davacının işyerinde birim amirinin olduğu, bu birim amiri tarafından denetlendiği, dolayısı ile mesailerini kendisinin belirlemediği sabittir. Davacının işyerinde fazla mesai yaptığı ve ücretinin davalı işveren tarafından ödenmediği, bu ödenmeme nedeni ile davacının iş sözleşmesini feshinin 4857 sayılı İş Kanunu'nun 24/e maddesi uyarınca haklı nedene dayandığı anlaşıldığından, davacının fazla mesai ücret alacağı ve kıdem tazminatının kabulü, karşı dava ihbar tazminatı isteğinin ise reddi gerekir. Yazılı şekilde karar verilmesi hatalıdır". (Y.9HD, 25.3.2008, E. 2007/37108, K. 2008/6384, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr).
- 48 Y.9HD, 01.04.2008, E.2007/15191, K. 2008/7266, Çalışma ve Toplum, 2008/18, 228-229.
- 49 Y.9HD, 01.04.2008, Esas No. 2007/18589, Karar No. 2008/7133 Çalışma ve Toplum, 2008/18, 218-219, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr.
- 50 Y.9HD, 20.11.2007, 26287/34662, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr.
- 51 Y.9HD, 22.10.2007 E. 2007/5205 K. 2007/30967, Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, www.kazanci.com.tr
- 52 Y.9HD, 01.04.2008, E. 2007/33244, K. 2008/7135, Çalışma ve Toplum, 2008/3, 225-226.
- 53 Ancak kararın ilgili olduğu kanun (1475 ya da 4857) metninden anlaşılmamaktadır.