

Yrd. Doç. Dr. Emre ERTAN*

Makale Gönderim Tarihi : 25 Ocak 2016

Makale Kabul Tarihi : 28 Ocak 2016

FAZLA ÇALIŞMA ÜCRETİNİN AYLIK ÜCRETE DÂHİL EDİLMESİ

ÖZ

Fazla çalışma ücretini aylık ücrete dâhil eden sözleşme kayıtlarına son yıllarda daha sık rastlanmaktadır. Bununla birlikte, aylık ücreti fazla çalışma dâhil eden sözleşmelere sınırlı bir etki tanımakta ve aylık ücretin ancak azami yasal fazla çalışma süresi karşılığı fazla çalışma ücretini içerebileceği kabul edilmektedir. Ayrıca fazla çalışma ücretini içeren aylık ücret belli bir tutara ulaşmalı ve işçiden yazılı onay alınmalıdır. Fazla çalışmanın aylık ücrete dâhil edilmesinde hangi araçların (iş sözleşmesi, işyeri uygulaması, personel yönetmeliği ve toplu iş sözleşmesi) kullanılabileceği ise diğer bir tartışma konusudur.

ANAHTAR SÖZCÜKLER: İş Sözleşmesi, Fazla Çalışma, Fazla Çalışma Ücreti, Fazla Çalışma Ücretinin Aylık Ücrete Dâhil Edilmesi, Azami Yasal Fazla Çalışma Süresi.

THE INCORPORATION OF THE OVERTIME WAGE INTO THE SALARY

ABSTRACT

The contractual clauses that incorporate the overtime wage into the salary are used more frequently in the recent years. Yet the contracts by which the overtime wage is incorporated into the salary have a limited effect and they can merely comprise the overtime wage in return for the maximum legal overtime work. Besides salary comprising the overtime wage must reach to a certain amount and the written consent of the employee must be obtained. The means (labour contract, rules of work, custom and collective agreement) by which the overtime wage can be incorporated into the salary is an other matter of debate.

KEYWORDS: Labour Contract, Overtime Work, Overtime Wage, Incorporation of the Overtime Working to the Salary, Maximum Legal Overtime Work

*Marmara Üniversitesi İktisat Fakültesi Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Ana Bilim Dalı - emreertan28@hotmail.com

I. GİRİŞ

Çalışma yaşamında fazla çalışma, istisnai bir olgudur. Ne var ki Türkiye’de istisna neredeyse kurala dönüşmüş olup, geniş bir işçi kitlesine – bazen azami yasal fazla çalışma süresini de aşacak biçimde – düzenli ve sürekli fazla çalışma yaptırılmaktadır. Üstelik fazla çalışma yapan işçilerin önemli bölümü, hak kazandıkları fazla çalışma ücretlerini alamamakta veya serbest zaman kullanamamaktadır. Kimi işverenlerin fazla çalışma yaptırdıkları işçilere fazla çalışma ücreti ödemeye veya serbest zaman kullandırmaya yanaşmamaları sonucu, fazla çalışma ücretine ilişkin her yıl sayısız dava açılmakta; fazla çalışma ücreti alacağı istemli davalar nedeniyle gerek iş mahkemelerinin gerek Yargıtay’ın iş yükü giderek ağırlaşmaktadır. Önceleri daha çok görece yüksek ücret alan nitelikli işçilerle bağitlanan iş sözleşmelerinde görülen ve fazla çalışma ücretini aylık ücrete dâhil eden sözleşmesel kayıtlara, son yıllarda aylık ücretin tutarı ve işçinin pozisyonu gibi konularda hiçbir ayırım gözetilmeksizin çoğu iş sözleşmesinde yer verilmektedir. Bu bağlamda, işçiye ayrıca fazla çalışma ücreti ödemedi ve serbest zaman da kullandırmadan fazla çalışma yaptırmanın amaçlandığı açıktır.

Özellikle son yıllarda önüne bu konuda çok sayıda uyuşmazlık gelen Yargıtay, fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dâhil edilmesini bazı koşullarla kabul etmektedir. Yargıtay ilke kararlarından, aylık ücretin fazla çalışma ücretini içerebilmesi için; işçinin yazılı onayı, aylık ücrete dâhil edilen fazla çalışma ücretinin sadece azami yasal fazla çalışma süresiyle sınırlı sonuç doğurması ve aylık ücretin asgari ücretle azami yasal fazla çalışma süresi karşılığı fazla çalışma ücreti toplamının altına düşmemesi gibi üç koşulun arandığı anlaşılmaktadır. Bununla birlikte, ne Yargıtay kararları ne de öğreti konuyu derinlemesine irdelememiştir. Gerçekten fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dâhil edilmesinin kuramsal temeli, işçiden hangi araçlarla onay alınabileceği; işyeri uygulaması, personel yönetmeliği ve toplu iş sözleşmesi gibi araçların fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dâhil edilmesine elverişli

olup olmadığı; Türk Borçlar Kanunu, Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanunu kapsamındaki iş ilişkilerinin durumu; fazla çalışma ücreti aylık ücrete dâhil edilen işçiye ödenmesi gereken asgari tutar ve nasıl hesaplanacağı, fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dâhil edilmesinin iş sözleşmesinden doğan alacakların hesabına etkisi gibi noktaların yeterince tartışıldığı iddia edilemez. Bu doğrultuda, konunun gerek kuramsal gerek pratik her boyutuyla ele alınarak sorunlara hukuka uygun ve karmaşıklıktan uzak çözümler önerilmesi; hem yargı organlarına hem de diğer uygulayıcılara yol gösterecektir.

II. KOŞULLAR

1. İşçinin Yazılı Onayı

a) Hukuki Dayanak

Yargıtay ilke kararlarında geçen “...Ayrıca iş sözleşmelerinde fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dâhil olduğu yönündeki kurallara sınırlı olarak değer verilmelidir...” tarzında kalıp tümceden, -örtülü de olsa- fazla çalışma ücretinin temel ücrete ancak işçinin yazılı onayıyla eklenebileceği anlaşılmaktadır¹. Bununla birlikte, ilke kararları yanıtlanması gereken çok sayıda soruyu da beraberinde getirmektedir. Acaba fazla çalışma ücreti aylık ücrete ancak iş sözleşmesinde yer alan bir kayıtla mı dâhil edilebilir? Yoksa iş ilişkisi sırasında bağitlanan ve iş sözleşmesinin eki niteliğinde bağımsız bir sözleşmeyle de işçiden onay alınabilir mi? İşverenden gelen böyle bir sözleşme önerisi, çalışma koşullarında esaslı değişiklik anlamına mı gelmektedir? Personel yönetmeliğinde yer alan ve aylık ücretin fazla çalışma ücretini de içerdiği yönünde bir madde işçiyi bağlar mı? Aylık ücretin fazla çalışma ücretini kapsadığı toplu iş sözleşmesiyle kararlaştırılabilir mi? Peş peşe sıralanan bu sorulara doyurucu ve tutarlı yanıtlar verilebilmesi için, yazılı onay koşulunun hukuki dayanağının saptanması gerekir. Gerçekten böyle bir koşulun

¹ “...İş sözleşmelerinde fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dahil olduğu yönünde kurallara sınırlı olarak değer verilmelidir. Dairemiz, 270 saatle sınırlı olarak söz konusu hükümlerin geçerli olduğunu kabul etmektedir...” Yarg. 9. HD., 02.04.2014, E:2012/6403 K: 2014/11175, www.legalbank.net

Yargıtay içtihadıyla benimsendiğini savunmakla yetinip normatif bir dayanak arayışına girmek, yazılı onayın önemini anlaşılamamasına yol açacaktır.

İş hukukunda işçiye borç yükleyen sözleşmelerin ve diğer hukuki işlemlerin geçerlilik kazanabilmesi için, genellikle işçinin yazılı onayı aranmaktadır. Örneğin işveren, kural olarak, işçiden olan alacağı ile ücret borcunu işçinin rızası olmadıkça takas edemez (TBK m. 407/2)². Yazılı rıza, iş sözleşmesinin devrinde de geçerlilik koşulu olarak karşımıza çıkmaktadır. Buna göre; hizmet (iş) sözleşmesi *ancak işçinin yazılı rızası alınmak suretiyle*, sürekli olarak başka bir işverene devredilebilir (TBK m. 429/1). Aynı biçimde *'işçinin devir sırasında yazılı rızasının'* alınması, geçici iş ilişkisinin geçerlilik koşuludur (İK m.7/1)³. Dolayısıyla iş sözleşmesini diğer bir işverene devretmek veya geçici iş ilişkisi çerçevesinde işçiyi iş görme edimini yerine getirmek üzere başka bir işverene ödünç vermeyi amaçlayan işveren, devirden önce işçinin yazılı rızasını almak zorundadır; daha yalın bir anlatımla, iş sözleşmesinde bulunan bir kayıtla iş sözleşme devrine ve/veya geçici iş ilişkisine verilen genel bir onay hüküm ifade etmemektedir⁴.

Pozitif hukuk normları fazla çalışma konusunda, özdeş bir çizgi izlemektedir. Nitekim Türk Borçlar Kanunu'nda fazla çalışma, *'ilgili kanunlarda belirlenen çalışma süresinin üzerinde ve işçinin rızasıyla yapılan çalışma'* olarak tanımlanmaktadır (TBK m. 398/1). Aynı biçimde, İş Kanunu fazla çalışmada işçinin onayını aramaktadır (İK m. 41/7). İş Kanunu'nun 41. maddesi-

ne dayanılarak hazırlanan İş Kanunu'na İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği⁵ ise, yasaya göre çok daha detaylı bir düzenleme içermektedir⁶. Şöyle ki Yönetmeliğin 9. maddesinde fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma yaptırmak için işçiden her yılbaşında yazılı onay alınması ve alınan yazılı onayın özlük dosyasında saklanması gerektiği belirtilmektedir. Öyleyse Fazla Çalışma Yönetmeliği, sözlü veya iş sözleşmesinde yer alan bir kayda dayalı peşin onayı yeterli görmemekte; işçiden her yılbaşında yazılı onay alınmasını şart koşmaktadır⁷. Deniz ve Basın İş Kanunları'nda gemi adamıyla gazeteciye fazla çalışma yaptırmak isteyen işverene söz konusu işçilerden onay alma yükümlülüğü getiren herhangi bir kural bulunmamakla birlikte; böyle bir durumda TBK m. 398/1 kıyasen uygulanmalı ve fazla çalışma için hem gemi adamının hem de gazetecinin rızası alınmalıdır.

Ne var ki ne Türk Borçlar Kanunu'nda ne de İş Kanunu'nda, fazla çalışma ücretinin aylık ücretin içinde ödenmesine olanak tanıyan açık bir düzenleme mevcuttur. Aksine gerek Türk Borçlar Kanunu'nda gerek de İş Kanunu'nda her bir saat fazla çalışma için verilecek ücretin normal çalışma ücretinin saat başına düşen tutarının yüzde elli yükseltilmesi suretiyle ödeneceği yazılıdır (TBK m. 402, İK m. 41/2). Ayrıca haftalık çalışma süresinin sözleşmeyle kırk beş saatin altında belirlendiği durumlarda sözleşmeyle kararlaştırılan çalışma süresini aşan ve kırk beş saate kadar yapılan çalışmalar *'fazla sürelerle çalışma'* olarak adlandırılmakta; her bir saat fazla sürelerle çalışma için verilecek ücretin normal çalışma ücretinin saat başına düşen tutarının yüzde yirmi beş yükseltilmesiyle ödeneceği kurala bağlanmaktadır (İK m. 41/3). İşçiye serbest zaman kullandırılması; fazla çalışma ücretine alternatif, ikincil bir seçenektir⁸. Nitekim Türk Borçlar Kanunu'nda işverenin, işçinin rızasıyla fazla çalış-

2 Ancak, işçinin kasten sebebiyet verdiği yargı kararıyla sabit bir zarardan doğan alacaklar, ücretin haczedilebilir kısmı kadar takas edilebilir. İşverenin alacaklarının işçinin ücretiyle takas edilememesi ve istisnaları konusunda bkz. Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat: İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 28. Bası, Beta, İstanbul 2015, s. 231; Süzek, Sarper: İş Hukuku, Yenilenmiş 11. Baskı, Beta, İstanbul 2015, s. 416-417.

3 Çelik /Caniklioğlu /Canbolat, s. 154; Süzek, s. 303.

4 Kılıçoğlu, Mustafa/Şenocak, Kemal: İş Kanunu Şerhi, Cilt I, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, Legal, İstanbul 2008, s. 213.

5 R.G. 6.4.2004, No. 25425.

6 Çelik /Caniklioğlu /Canbolat, s. 495; Süzek, s. 823-824.

7 Süzek, s. 823-824.

8 Çelik /Caniklioğlu /Canbolat, s. 503; Karacan, Hatice: 4857 sayılı İş Kanununa Göre Fazla Çalışma, Seçkin, Ankara 2007, s. 125 vd. Süzek, s. 832.

ma ücreti yerine, uygun bir zamanda fazla çalışmayla orantılı izin verebileceği öngörülürken; serbest zamanla ilintili daha ayrıntılı kurallar getiren İş Kanunu'nda isteyen işçinin zamlı ücret yerine fazla çalıştığı her saat karşılığında bir saat otuz dakikayı, fazla sürelerle çalıştığı her saat karşılığında ise bir saat on beş dakikayı serbest zaman olarak kullanabileceği ifade edilmektedir (TBK m. 402/2; İK m. 41/3). Belirtelim ki, işveren İş Kanunu kapsamına giren işçiye hak ettiği serbest zamanı fazla çalışmanın yapıldığı tarihi izleyen 6 ay içinde kullanırmak zorundadır (İK m. 41/5). Öte yandan Fazla Çalışma Yönetmeliği'nin 6. maddesi, zamlı ücret yerine serbest zaman kullanmak isteyen işçinin işverene yapacağı başvuruda yazılılık koşulu aramaktadır⁹. Peki, fazla çalışma ücreti veya serbest zaman dışında üçüncü bir seçeneğin yasal düzenlemelerde yer almaması, fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dâhil edilmesine engel mi oluşturmaktadır? Bu soruya olumsuz bir yanıt verilmelidir. Zira işçiye fazla çalışma karşılığında fazla çalışma ücreti ödenmesinin yanında serbest zaman kullanılmasına da olanak tanıyan bir sistemde, aylık ücret tutarının sözleşmeyle görece yüksek belirlenmesi ve işçinin olası fazla çalışma karşılığı hak kazanacağı fazla çalışma ücretinin de aylık ücrete eklenmesi tarzı bir uygulamanın hukuka aykırı bir yönü yoktur. Kaldı ki borçlar hukukunun temel ilkeleri arasında yer alan ve tarafların sözleşmenin içeriğini yasal sınırlar içinde özgürce belirleyebilmesini ifade eden sözleşme özgürlüğü ilkesi de, -işçinin yazılı onayı alınmak kaydıyla- fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dâhil edilebileceği savını desteklemektedir. Bu doğrultuda fazla çalışma ücretinin aylık ücretin içinde ödenmesinin temelinde sözleşme özgürlüğü ilkesi yatmakta olup¹⁰; fazla çalışma karşılığında serbest zaman kullanıldığını işçinin ya-

zılı başvurusu koşuluna bağlayan normlar, fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dâhil edilebilmesi için aranan yazılı onayın da hukuki dayanağını oluşturmaktadır.

b) Yazılı Onay Araçları

aa) İş Sözleşmesi Kaydı

Fazla çalışma ücreti, genellikle, iş sözleşmesinde yer alan bir kayıt yoluyla aylık ücrete dâhil edilmektedir. Fazla çalışma ücretini aylık ücretin içine alan kayıtlar; ‘...Fazla çalışma ücreti aylık ücrete dâhildir...’, ‘...Fazla çalışma ücreti aylık ücretin içindedir...’ ve ‘...fazla çalışma ücreti aylık ücrete dâhildir. Ayrıca fazla çalışma ücreti ödenmez...’ gibi kalıplarla formüle edilmekte; anılan kayıtlar çoğu kez sözleşmenin işverenin ücret ödeme borcunu veya fazla çalışmayı düzenleyen bölümlerine konulmaktadır. Öte yandan fazla çalışma ücretinin getirdiği finansal yükten kurtulmak amacıyla işe alınan tüm işçilere böyle kayıtlar içeren sözleşmeler imzalatılması, giderek yaygınlaşan bir uygulamaya dönüşmektedir. Başka bir anlatımla, işçilere fazla çalışma yaptırmayı düşünmesine karşın fazla çalışma ücreti ödemek istemeyen işverenlerce hazırlanan iş sözleşmelerindeki kayıtlarla fazla çalışma ücreti aylık ücrete dâhil edilmekte; ücretin tutarı ve iş görme ediminin niteliği bakımından herhangi bir ayırım gözetilmeksizin bütün işçilere aynı kaydı içeren tip sözleşmeler imzalatılmaktadır. Bu noktada, aynı işverence bağitlanan bütün iş sözleşmelerinde bulunan ve fazla çalışmayı aylık ücrete dâhil eden kayıtların *genel işlem koşulu* sayılıp sayılamayacağı sorgulanabilir. Genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyen, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleri olarak tanımlanmaktadır (TBK m.20/1). Şu halde işverenin önceden tek başına hazırlayarak çok sayıda işçiye sunduğu sözleşmelerde yer alan ve fazla çalışma ücretini aylık ücrete dâhil eden kayıtlar, genel işlem koşulu olarak nitelendirilebilir. Dolayısıyla söz konusu kayıtlar, diğer genel işlem koşulları gibi geçerlilik ve içerik denetiminden geçirilmelidir.

9 Çelik /Caniklioğlu /Canbolat, s. 503; Süzek, s. 833.

10 Öğretide aylık ücretin fazla çalışma ücretini içermesi, sadece sözleşme özgürlüğü ilkesiyle açıklanmaktadır. Astarlı, Muhittin: Alman ve Türk hukuklarında Fazla Saatlerle Çalışma Ücretlerinin Asıl Ücrete Dâhil Olduğuna İlişkin Sözleşme Hükümleri ve Geçerlilik Koşulları, Kamu-İş, Cilt:9, 2008/4, s. 54-55. Yamakoğlu, Efe: Türk İş Hukukunda Fazla Saatlerle Çalışma, Kazancı Hukuk Yayinevi, İstanbul 2011, s. 112.

bb) Bağımsız Sözleşme

İş sözleşmesinde fazla çalışma ücretini aylık ücrete katan bir kaydın bulunmadığı durumlarda işverenle işçi sonradan bağımsız bir sözleşme bağitlayarak fazla çalışma ücretini aylık ücrete dâhil edebilir. Ne var ki fazla çalışma ücretinin aylık ücretin içinde ödenmesinin işverence önerilmesi, çalışma koşullarında işçi aleyhine esaslı değişikliği de beraberinde getirecektir¹¹. Şöyle ki fazla çalışma yaptığında fazla çalışma ücreti alacağı doğan ve/veya serbest zaman kullanabilen işçinin böyle bir öneriyi kabul etmesi, bir yandan fazla çalışma ücretiyle serbest zaman kullanma haklarını ortadan kaldıracak, diğer yandan temel ücretinde azalmaya yol açacaktır¹². Bundan dolayı, işveren böyle bir değişiklik önerisini yazılı olarak bildirmeli ve işçiye altı iş günü düşünme süresi tanınmalıdır. İşçi tarafından altı iş günü içinde açıkça reddedilen veya susma yoluyla örtülü biçimde kabul edilmeyen yazılı öneri bağlayıcı olmadığından değişiklik öneren işverenin temel ücretin yanı sıra ayrıca fazla çalışma ücreti ödeme veya serbest zaman kullandırma borçları sürecektir. Kaldı ki işveren işçiye yasal azami fazla çalışma süresine denk gelen fazla çalışma ücretini karşılayacak oranda bir artış önerse dahi, böyle bir öneri yine de çalışma koşullarında esaslı değişiklik anlamına gelmektedir¹³. Çünkü

11 Esaslı ve esaslı olmayan değişiklik kavramları için bkz. *Alp*, Mustafa: İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, Seçkin, Ankara 2005, 111 vd.

12 Örnek: 1.1.2014 tarihinde işe giren işçi, iş sözleşmesi gereğince aylık 2.500,00 TL ücret almaktadır. Her ay 10 saat fazla çalışma yapan işçi ayda 166,66 TL fazla çalışma ücreti almakta veya talep ettiğinde serbest zaman kullanmaktadır. İşverenle işçi 1.10.2014 tarihinde fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dâhil eden bir sözleşme bağitlar. Sözleşmeyi imzalayan işçi 1.10.2014 tarihinden sonra yasal sınırı aşmayan fazla çalışması için fazla çalışma ücreti istemeyeceği gibi, serbest zaman da kullanamaz. Zira fazla çalışma ücretinin temel ücretin içinde (aylık 2.500,00 TL) ödenmesine sözleşmeyle onay vermiştir.

13 Örnek: 1.1.2014 tarihinde işe giren işçi, iş sözleşmesi gereğince aylık 2.500,00 TL ücret almaktadır. İşçi her ay 10 saat fazla çalışma yapmakta ve karşılığında her ay 166,66 TL fazla çalışma ücreti almakta veya talep ettiğinde serbest zaman kullanmaktadır. İşverenle işçi 1.10.2014 tarihinde fazla çalışma ücretinin aylık ücrete

bu tarz bir öneriyi kabul eden işçinin temel ücreti artsa bile, fazla çalışma yapan işçi artık serbest zaman kullanamayacaktır. Fazla çalışan işçinin serbest zaman kullanma hakkını yitirmesi, çalışma koşullarında tek başına esaslı değişikliktir. Hemen belirtelim ki, çalışma koşullarında esaslı değişiklik geçmişe etkili (*ek tunc*) şekilde yürürlüğe konulamayacağından fazla çalışmayı temel ücrete dâhil eden bir sözleşmeyi iş ilişkisi sırasında imzalayan işçi, sözleşmenin kurulduğu andan önceki dönem için fazla çalışma ücreti talep edebileceği gibi, altı aylık hak düşürücü süre dolmadığı takdirde serbest zaman kullanmayı da yeğleyebilir¹⁴.

c) Fazla Çalışma Ücretinin Aylık Ücrete Dâhil Edilmesinde Kullanılmayacak Araçlar: İşyeri Uygulaması, Personel Yönetmeliği ve Toplu İş Sözleşmesi

aa) İşyeri Uygulaması

İş hukukunun yazılı olmayan kaynakları arasında yer alan ve işyerinde bazı fiili davranışların tekrarlanmasıyla ortaya çıkan işyeri uygulaması¹⁵, fazla çalışma ücretinin temel ücrete dâhil edilmesinde hukuka uygun ve elverişli bir araç

te dâhil eden bir sözleşme bağitlar. İşveren sözleşme uyarınca, işçinin temel ücretinde aylık 22,5 saat azami yasal fazla çalışma süresini karşılayacak kadar (166,66 TL) bir artış yapar. Öneriyi kabul eden işçinin fazla çalışma karşılığında serbest zaman kullanma hakkı sona erer.

14 Örnek: 01.01.2014 tarihinde işe giren işçi, iş sözleşmesi gereğince aylık 2.500,00 TL ücret almaktadır. İşçi her ay 10 saat fazla çalışma yapmakta ve karşılığında her ay 166,66 TL fazla çalışma ücretine veya 15 saat serbest zamana hak kazanmaktadır. İşverenle işçi 01.10.2014 tarihinde fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dâhil eden bir sözleşme bağitlar. Sözleşmeyi imzalayan işçi 01.10.2014 tarihinden sonra yasal sınırı aşmayan fazla çalışması için fazla çalışma ücreti istemeyeceği gibi, serbest zaman da kullanamaz. Bununla birlikte, işçi 01.01.2014–1.10.2014 döneminde yaptığı fazla çalışma için fazla çalışma ücreti isteyebileceği gibi, fazla çalışma yaptığı dönemi izleyen ayı izleyen altı ay içinde –örneğin 2014 yılı Eylül ayındaki fazla çalışma için en geç 2015 yılı Mart ayı- fazla çalışma ücreti yerine serbest zaman kullanmayı da tercih edebilir.

15 İşyeri uygulaması konusunda bkz., Çelik /Caniklioğlu / Canbolat, s. 163; Süzek, s. 83-87.

mıdır? Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 2014 yılına ait bazı kararlarda bu soruya olumlu yanıt vermiştir. Temyiz Mahkemesi, önüne gelen bir dizi dosyada; dosya içeriğine ve sunulan bordrolara göre davalı işverene bağlı işyerinde her ay yapılınsın ya da yapılmınsın Nisan 2007'den itibaren 60, Ocak 2008 ayından itibaren ise 22 saat fazla mesai ücretinin ödendiği, somut uyuşmazlıkta davacının çıplak ücreti bordroda açık olduğundan ve fazla mesai hanesi açıkça öngörülüp, ister çalışsın ister çalışmasın fazla mesai ücreti ayrıca ödendiğinden bu fazla mesai ücretinin diğer ödenen çıplak ücretle birlikte davacıya ödenen aylık ücretin içinde kabul edilmesinin doğru olmadığı, işyeri uygulaması ile fazla mesai yapılsın veya yapılmınsın fazla mesai ücretinin ödenmesinin kararlaştırıldığı, bir anlamda fazla mesai ücretinin aylık ücrete dâhil edildiğinin kabul gördüğü, ancak Ocak 2008 tarihinden itibaren davacının hesaplanan dönemde uyuşmazlık konusu olmayan çalışma şekline göre bazı dönemler haftalık ortalama 11,5 saat fazla mesai yaptığı, bordroda görülen aylık 22 saat fazla mesaiden daha fazla mesai yaptığı, bu nedenle fazla mesai ücretinin eksik ödendiği, Nisan 2007-Aralık 2007 döneminde 60 saat fazla mesai ücreti ödendiğinden bu dönem için hesaplama yapılmaması gerektiği, ancak Ocak 2008 tarihinden sonra ise aylık 22 saat fazla mesai ücretinin ödemesinin fazla mesai ücretinden mahsup edilmesi ve buna göre fark fazla mesai ücretinin hesaplanarak hüküm altına alınması gerektiği gerekçesiyle Yalova İş Mahkemesi'nce verilen kararları bozmuştur¹⁶.

16 Yarg. 9. HD, 17.2.2014, E:2013/6825 K:2014/4575 (kişisel arşiv); Yarg. 9. HD, 17.2.2014, E:2013/6826 K:2014/4576 (kişisel arşiv); Yarg. 9. HD, 17.2.2014, E:2013/6828 K:2014/4578 (kişisel arşiv); Yarg. 9. HD, 17.2.2014, E:2013/6829 K:2014/4579 (kişisel arşiv); Yarg. 9. HD, 17.2.2014, E:2013/6884 K:2014/4580 (kişisel arşiv); Yarg. 9. HD, 17.2.2014, E:2013/6885 K:2014/4581 (kişisel arşiv); Yarg. 9. HD, 17.2.2014, E:2013/7670 K:2014/4582 (kişisel arşiv); Yarg. 9. HD., 17.2.2014, E:2013/7671 K:2014/4583 (kişisel arşiv); Yarg. 9. HD, 17.2.2014, E:2013/7672 K:2014/4584 (kişisel arşiv); Yarg. 9. HD, 17.2.2014, E:2013/7673 K:2014/4585 (kişisel arşiv); Yarg. 9. HD, 17.2.2014, E:2013/7674 K:2014/4586 (kişisel arşiv); Yarg. 9. HD, 17.2.2014, E:2013/7675 K:2014/4587 (kişisel arşiv); Yarg. 9. HD, 17.2.2014, E:2013/7676 K:2014/4588 (kişisel arşiv); Yarg. 9. HD, 17.2.2014, E:2013/8687

Yargıtay bozma ilamından da anlaşıldığı üzere; dava konusu uyuşmazlığa konu ücret bordrolarında 2008 yılına dek ayda 60 saat fazla çalışma ücreti tahakkuk ettirilirken, 2008 yılı Ocak ayından itibaren ayda 22 saat fazla çalışma ücreti tahakkuk ettirilmiştir. Yalova İş Mahkemesi, Yargıtay ilamında açıklanmayan gerekçelerle ücret bordrolarını geçersiz saymış; toplam aylık ücret üzerinden hesaplanan fazla çalışma ücretinin davalı işverenden alınarak davacı işçiye ödenmesine hükmetmiştir. Buna karşılık, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi ücret bordrolarında görülen 22 saat fazla çalışma ücretinin işyeri uygulamasıyla aylık ücretin içine alındığını varsayarak davacının ancak 22 saati aşan fazla çalışması karşılığı hak kazandığı fazla çalışma ücretini isteyebileceği sonucuna ulaşmıştır. Ne var ki Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin görüşü, kendi içinde çelişkili ve tutarsızdır. Her şeyden önce, fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dâhil edilmesi tarzı uygulamanın yazılı olmayan bir araç niteliğindeki işyeri uygulamasıyla yaşama geçirilmesi olanak dışıdır. Fazla çalışma ücreti işyeri uygulaması yoluyla aylık ücrete nasıl dâhil edilebilir? Böyle bir soruya mantık kurallarıyla bağdaşan bir yanıt aramak, beyhude bir çabanın ötesine geçmeyecektir. Bir yandan fazla çalışma ücretinin işyeri uygulamasıyla aylık ücrete dâhil edildiğini ileri süren, diğer yandan fazla çalışma ücreti tahakkuku içeren ücret bordrolarına geçerlilik tanıyan Yargıtay tam bir tutarsızlık sergilemiştir. Gerçekten temel ücretin fazla çalışma ücretini kapsadığı bir iş ilişkisinde, bordrolarda ayrı fazla çalışma ücreti sütunu açılmasına dahi gerek yoktur. Zira temel ücrete dâhil edilen fazla çalışma ücreti bağımsız kimliğinden sıyrılmakta; deyim yerindeyse bir çeşit başkalaşma geçirerek temel ücrete dönüşmektedir. Artık işçi, hiç fazla çalışma yapmasa bile, temel ücrete eksiksiz hak kazanmaktadır¹⁷. Böylece işveren işçinin fazla

K:2014/4589 (kişisel arşiv); Yarg. 9. HD, 17.2.2014, E:2013/8688 K:2014/4590 (kişisel arşiv), Yarg. 9. HD, 17.2.2014, E:2013/8832 K:2014/4591 (kişisel arşiv); Yarg. 9. HD, 17.2.2014, E:2013/9707 K:2014/4592 (kişisel arşiv); Yarg. 9. HD, 17.2.2014, E:2013/10164 K:2014/4593 (kişisel arşiv).

17 "...Karşı oy: Üstelik aylık ücrete fazla çalışma ü-

çalışma yapmadığı gerekçesine yaslanarak temel ücrette herhangi bir indirimde gidemez. Dolayısıyla işverenin fazla çalışma ücretini aylık ücretin içinde ödediği işçinin bordrosunda, ayrıca fazla çalışma ücreti tahakkuk ettirmesi anlamsızdır. Öyle görünüyor ki, yerel mahkemenin bir takım nedenlerle geçersiz saydığı ücret bordrolarına sadece ödenen tutarla sınırlı ispat gücü tanıyan Yargıtay 9. Hukuk Dairesi; yerleşik uygulamasıyla çelişmemek kaygısıyla bu kararlara imza atmıştır. Bununla beraber, daha çok somut olayın özelliklerinin gözetildiği izlenimi uyandıran bu kararlar, kötüye kullanmaya elverişlidir¹⁸.

bb) Personel Yönetmeliği

İş hukukunun özel kaynakları arasında yer alan personel yönetmeliği (iç yönetmelik, işyeri yönetmeliği) işverence önceden hazırlanan ve işyerinde uygulanacak genel çalışma koşullarını içeren düzenleme olarak tanımlanmaktadır¹⁹. Nitekim işverenin işin görülmesi ve işçilerin işyerindeki davranışlarıyla ilgili genel düzenlemeler yapı-

retlerinin dâhil olduğuna dair kararlaştırmaları yılda 270 saatlik fazla mesai sınırına kadar geçerli kabul eden yerleşik içtihadın anlamı, *bu süredeki fazla çalışma karşılıklarının işçiye, fiilen fazla çalışma yapmasın/yapmasın, ödendiğidir...*”Yarg. 9. HD, 05.06.2012, E:2009/50037 K:2012/19513, www.legalbank.net.

18 Kötü niyetli bir işverenin işyeri uygulaması yoluyla fazla çalışma ücretinin temel ücrete dâhil edilebileceği yönündeki Yargıtay içtihadını nasıl kötüye kullanabileceği ve fazla çalışma yapan işçiyi hak ettiği fazla çalışma ücretinden nasıl yoksun kılabileceği şöyle bir örnekle açıklanabilir : “... İşveren işçiye ayda 2.500 TL aylık temel ücreti banka kanalıyla ödemekte ve her ay 50 saat fazla çalışma yaptırmaktadır. Ancak fazla çalışma ücreti ödememektedir. İş sözleşmesi feshedilen işçi fazla çalışma ücreti alacağına tahsili istemiyle işverene dava açar. İşveren dava tarihi sonrasında düzenlediği bordrolarda 2.500 TL'nin bir kısmını her ay 22 saat karşılığı fazla çalışma ücreti olarak gösterir. Cevap dilekçesinde fazla çalışma ücretinin işyeri uygulamasıyla aylık ücrete dâhil edildiğini ve fazla çalışma yapılmasa bile 22 saat karşılığı fazla çalışma ücretinin aylık ücretin içinde ödendiğini ileri sürer. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin yukarıda aktarılan kararlarını örneğe uyguladığımızda, işçi yalnızca sonradan hazırlanan bordrolarda fazla çalışma ücreti gibi gösterilen 22 saat tahakkuku geçen 28 saat karşılığı fazla çalışma ücretini alabilecektir...”

19 Süzek, s. 60.

bileceğine ilişkin pozitif hukuk normu, işverene açıkça iç yönetmelik hazırlama ve uygulama yetkisi de tanımaktadır (TBK m. 399). Görüldüğü gibi, iç yönetmelik sadece işin görülmesine ve işçilerin işyerindeki davranışlarına ilişkin kuralları kapsayabilir. Buna karşılık, iç yönetmelik hükümleri hakkında açıkça bilgisi verilse ve onay alınsa dahi; işçiye, iç yönetmelik kanalıyla, kişisel niteliği ağır basan borçlar kesinlikle yüklenemeyeceği gibi, böyle bir yönetmelik işçinin ücretinin azalmasına yol açacak kuralları da içeremez. Örneğin iş sözleşmesiyle iki aya kadar deneme süresi kararlaştırılabilir, bu süre toplu iş sözleşmesiyle dört aya kadar uzatılabilir (İK m. 15). Öyleyse personel yönetmeliğindeki deneme süresi kaydı işçiyi bağlamayacaktır. Ayrıca iş sözleşmesi deneme süresi kaydı içerse de, deneme süresi personel yönetmeliğiyle uzatılamaz. Öte yandan ücret kesme cezası gerektiren nedenler, mutlaka toplu iş sözleşmesinde veya iş sözleşmesinde gösterilmelidir (İK m. 38). Buna göre, işveren personel yönetmeliğinde gösterilen bir nedene dayanarak işçiye ücret kesme cezası veremez (İK m. 38/1). Diğer bir örnek, ulusal bayram /genel tatil günlerinde çalışmadır. Gerçekten ulusal bayram ve genel tatil günlerinde işyerlerinde çalışılıp çalışılmayacağı toplu iş sözleşmesi veya iş sözleşmeleriyle kararlaştırılır; sözleşmelerde hüküm bulunmaması halinde söz konusu günlerde çalışılması için işçinin onayı gerekir (İK m. 44)²⁰. O halde personel yönetmeliğinde yer alan ve işçilerin iş görme edimlerini ulusal bayram/genel tatil günlerinde de ifa etmeyi sürdüreceklerine ilişkin bir hüküm, emredici yasal düzenlemeyle bağdaşmayacaktır. Nihayet yazılı şekil, iş sözleşmesi sonrası rekabet yasağının geçerlilik koşullarındandır (TBK m. 444/1). Rekabet yasağı kaydının geçerliliği, işçinin rekabet etmeme borcunu yazılı olarak üstlenmesine; eş deyişle, işçinin bireysel yazılı onayına bağlıdır. Dolayısıyla personel yönetmeliğiyle, işçilerin tamamına veya bir kısmına sözleşme sonrası rekabet etmeme borcu getirilmesi rekabet yasağının bireysel özelliğiyle örtüşmemekte olup, böyle bir yasağın yasanın aradığı yazılı şekil koşulunu karşıladığı söylenemez.

20 Çelik /Caniklioğlu /Canbolat, s. 517.

Önceki paragrafta sıralanan saptamalar, fazla çalışma ücretinin personel yönetmeliği hükümleri yoluyla aylık ücretin içine alınması konusunda da *a fortiori* geçerlidir. İşverenin yönetim hakkının doğal uzantısı niteliğindeki personel yönetmeliğinin amacı; tüm işçilere aynı anda uygulanmaya elverişli, nesnel (objektif) ve soyut kurallar aracılığıyla işyerindeki çalışma düzeninin olabildiğince yeknesaklaştırılması, işyerinde disiplinin sağlanması ve eşit davranma ilkesini zedeleyebilecek keyfi uygulamaların önüne geçilmesidir. Buna karşın; iş sözleşmesiyle karşılıklı, kişisel ve somut borçlar üstlenilmekte; böylece personel yönetmeliği düzeyinde genel bir çerçevede ve ana hatlarıyla tanımlanan çalışma koşulları iş sözleşmesiyle somutlaştırılarak bireyselleştirilmektedir. Personel yönetmeliği, çeşitli yönleriyle idare hukukundaki genel düzenleyici işlemleri andırmaktadır. Bütün bu açıklamalar ışığında, personel yönetmeliği kanalıyla işçiye kişisel yanı ağır basan bazı borçların yüklenemeyeceği ve başta ücret olmak üzere, işçi alacakları konusunda işveren yararına düzenlemelere gidilemeyeceği vurgulanmalıdır. Dolayısıyla işçinin yasal düzenlemelerden kaynaklanan haklarını ortadan kaldırmayı veya törpülemeyi amaçlayan personel yönetmeliği hükümlerine uygulanacak yaptırım geçersizdir. Özellikle fazla çalışmanın aylık ücrete dâhil edilmesinin öncelikle işverenin çıkarlarına yaradığı düşünüldüğünde, böyle bir uygulamanın personel yönetmeliği gibi işverence hazırlanan ve genel kurallar içeren bir kaynakla işçiye dayatılması iş hukukunun koruyucu yapısıyla örtüşmeyecektir. Kaldı ki olağan fazla çalışma için iş sözleşmesiyle alınan onayın bile yeterli görülmediği ve her yılbaşında işçinin kişisel yazılı onayının arandığı bir hukuk düzeninde, fazla çalışma ücretinin personel yönetmeliği yoluyla temel ücretin bir parçasına dönüştürülmesi hukuka uygun sayıldığı takdirde; tam bir hukuki garabet ortaya çıkacaktır. Ekleyelim ki, işçinin personel yönetmeliğinin içeriği konusunda bilgilendirilmesi ve ‘...personel yönetmeliğinin okunduğu ve kabul edildiği...’ yönünde işçiden imza alınması, fazla çalışma ücretini temel ücrete dâhil eden yönetmelik hükümlerini geçerli kılmaz.

Ne var ki kimi konularda iş hukukunun yerleşik kurallarıyla çelişen *suigeneris* bir içtihat oluşturup işçi lehine yorum ilkesini sanki ‘işveren lehine yorum ilkesi’ olarak yorumladığı gibi bir algı yaratan Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, fazla çalışma ücretinin personel yönetmeliğiyle dâhil temel ücrete dâhil edilebileceğine hükmetmiştir. Yargıtay ilamından anlaşıldığı kadarıyla, somut olayda Bakırköy 10. İş Mahkemesi²¹, 06.09.2007–06.06.2009 dönemi için fazla çalışma ücreti alacağını hesaplayan bilirkişi raporuna göre karar vermiştir. Ancak 22. Hukuk Dairesi; “...**davalı tarafça dosyaya sunulan personel yönetmeliğinin 14. maddesi uyarınca yıllık 270 saate kadar olan fazla çalışma ücretlerinin davacının aldığı ücrete dâhil olduğunun anlaşıldığı**, davacının takım lideri olmadığı dönemde zamanaşımı def'i dikkate alınarak yapılacak hesaplamaya göre fazla çalışma ücretine hak kazanacağı, takım lideri olarak görev yaptığı 2008 ve 2009 yılları arasındaki dönem yönünden ise 270 saati aşan süreler yönünden fazla çalışma ücreti alacağına hak kazanacağı gözetilerek fazla çalışma ücreti alacağının yeniden hesaplanması gerektiği...” gerekçesiyle Yerel Mahkeme kararını bozmuştur²². Karar metninden iş sözleş-

21 Yerel Mahkeme Yargıtay internet sitesindeki dosya sorgudan tespit edilmiştir. https://vatandasilam.yargitay.gov.tr/proxyYargitay/portal_baslangic.uyp

22 “...*Davacı işçinin fazla çalışma yapıp yapmadığı konusunda da taraflar arasında uyumsuzluk bulunmaktadır. Hükme esas alınan bilirkişi raporunda davacı tanık beyanlarına göre haftalık 18 saat fazla mesai yaptığı kabul edilerek ve davacının 01.07.2009–28.02.2010 dönemi için denkleştirme uygulaması sonucu fazla mesai ücreti talep hakkı olmadığından bu dönem hesaplamada dışlanarak, zamanaşımı def'i de nazara alınarak 06.09.2007–06.06.2009 tarihleri arası dönem için fazla çalışma ücreti alacağı hesaplanmıştır. Ancak davalı tarafça dosyaya sunulan personel yönetmeliğinin 14. maddesi uyarınca yıllık 270 saate kadar olan fazla çalışma ücretlerinin davacının aldığı ücrete dâhil olduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda davacının takım lideri olmadığı dönemde zamanaşımı def'i dikkate alınarak yapılacak hesaplamaya göre fazla çalışma ücretine hak kazanacağı, takım lideri olarak görev yaptığı 2008 ve 2009 yılları arasındaki dönem yönünden ise 270saati aşan süreler yönünden fazla çalışma ücreti alacağına hak kazanacağı gözetilerek fazla çalışma ücreti alacağının yeniden hesaplanması gerekmektedir...*” Yarg. 22. HD, 10.7.2014, E:2013/12033 K:2014/22337, www.legalbank.net.

mesinde fazla çalışma ücretini aylık ücrete dâhil eden bir kayda yer verilmediği, personel yönetmeliğinin 14. maddesinin takım liderlerinin fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dâhil eden bir düzenleme içerdiği, davacı işçinin 2008 yılında görev tanımının değiştiği ve takım liderliğine terfi ettiği 06.06.2009 tarihine kadar takım lideri unvanıyla iş gördüğü ortaya çıkmaktadır. Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, fazla çalışma ücretinin takım liderlerinin ücretine dâhil olduğuna ilişkin personel yönetmeliği maddesine dayanarak davacının takım lideri olarak görev yaptığı dönemde fazla çalışma ücretini temel ücretin içinde kabul etmiştir. Öncelikle iş sözleşmesinde fazla çalışma ücretini temel ücretin içinde kabul eden bir kayıt bulunmadığı durumlarda fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dâhil edilmesi, çalışma koşullarında esaslı değişiklik anlamı taşır. Söz gelimi, işçiyi daha üst düzey bir pozisyona atamak ve bu atamaya birlikte temel ücretinin arttırmak isteyen işveren eş zamanlı olarak fazla çalışma ücretini aylık ücrete dâhil etmeyi tasarladığı anda, çalışma koşullarında işçi aleyhine esaslı değişiklik gündeme gelir. Zira işçinin temel ücretinde artış yaşansa dahi, fazla çalışma ücretinin temel ücrete dâhil edilmesi, işverene, ayrıca fazla çalışma ücreti ödemediği veya serbest zaman kullandırmadan fazla çalışma yaptırma olanağı sağlar. Bundan dolayı, işverenin işçiye İş Kanunu'nun 22. maddesi doğrultusunda fazla çalışma ücretinin temel ücretin içine alınmasını yazılı olarak önermesi ve işçinin de böyle bir öneriyi altı iş günü içinde yine yazılı şekilde açıkça kabul etmesi şarttır. Kaldı ki iş sözleşmesinde açıkça düzenlenmedikçe, personel yönetmeliğinde iş görme ediminin niteliğine veya unvana göre sınıflama yapılarak fazla çalışma ücretinin bazı işçiler yönünden aylık ücrete dâhil edilmesine hukuki sonuç bağlanamayacağından; işçinin işe girişte veya sonradan yönetmeliğin içeriği hakkında aydınlatılması veya yönetmelik hükümlerini kabul ettiğine ilişkin işçiden yazılı onay alınması, fazla çalışma ücretini temel ücrete dâhil eden bu tip hükümleri hukuka uygun

kılmayacaktır²³. Sonuç olarak, fazla çalışma ücretinin personel yönetmeliği gibi tek taraflı genel düzenleyici hukuki işlemler yoluyla temel ücrete dâhil edilebileceği yönündeki görüş, doğru bir hukuki temele yaslanmamaktadır.

cc) Toplu İş Sözleşmesi

Fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dâhil edilmesi özünde işverene yaramakla ve bu bağlamda, işçi sendikasının toplu iş sözleşmesi kapsamındaki işçilerin fazla çalışma ücreti istemlerini engelleyen bir hükme rıza göstermesi akıllarda ciddi soru işaretleri yaratmakla birlikte; aylık temel ücretin fazla çalışma ücretini de içerecek biçimde belirlendiği toplu iş sözleşmelerine -seyrek de olsa- rastlanmaktadır²⁴. Yargıtay 7. Hukuk Dairesi, gemi adamının hak ettiği fazla çalışma ücretinin böyle bir hükmün yer aldığı toplu iş sözleşmesi göz önünde bulundurulmadan hesaplanmasını önce bozma nedeni yapmış²⁵; ancak bozma sonrası yapılan yargılamada

23 Örneğin bir an için davacının işe takım lideri sıfatıyla başladığı ve kendisinden ‘...personel yönetmeliğini okudum ve yönetmeliğin tüm hükümleri kayıtsız şartsız kabul ettim...’ tarzında bir yazılı onay alındığı varsayılsa bile, fazla çalışma ücreti temel ücrete işçiyi işveren arasında bağitlanan ve işçinin imzasının da bulunduğu bireysel nitelik taşıyan bir hukuki işlem (iş sözleşmesi veya ayrı sözleşme) yoluyla dâhil edilmediği sürece fazla çalışma yapan işçi temel ücretinden bağımsız olarak fazla çalışma ücreti talep edebilmelidir.

24 Türkiye Denizciler Sendikası ile M. Römorkor ve Kılavuzluk A.Ş. arasında bağitlanan 01.07.2006-31.12.2008 tarihli toplu iş sözleşmesi: “...Madde 45-Ücret Cetveli 01.01.2007 tarihinden itibaren (aylık ücret, hafta tatili, genel tatil ve fazla mesai dâhil) ödenecek ücretler aşağıda gösterilmiştir...” (kişisel arşiv)

25 “...Mahkemece, dosya kapsamından davacının 19.10.2004-30.06.2009 tarihleri arasında ayda 15 gün boyunca 24 saat çalışıp 15 gün dinlendiğini, 24 saat çalışma olgusu insan doğasıyla bağdaşmadığından davacının yemek uyku, dinlenme ve diğer zorunlu gereksinimleriyle ara dinlenmelerine ayırdığı belirli bir sürenin düşülmesi gerektiği, bu sürenin de davacının günlük çalışma süresine dâhil olmayan 6 saate tekabül ettiğinden hareketle davacı işçinin günlük fiili çalışma süresinin 18 saat olduğu, Deniz İş Kanununa göre davacının aylık çalışma süresinin 208 saat olduğu, böylece davacının ayda 62 saat fazla çalışma yaptığı, ulusal bayram ve genel tatillerde de çalıştığı, ikramiye alacağına ise olmadığı kabul edilerek davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir. Somut olayda

verilen kararın, temyiz isteminin incelenmediği gerekçesiyle temyiz edilmesi üzerine, 854 sayılı Deniz İş Kanunu'nun fazla sürelerle çalışmayı düzenleyen hükümlerinin bazılarının uygulanması idari para cezası ile teminat altına alınmış hükümler olduğundan TİS ile işçi aleyhine aksinin kararlaştırılmayacağını, böyle hükümlerin varlığı halinde işçi lehine hükümlerin geçerli olduğunu, bu itibarla 01.07.2006-31.12.2008 arasındaki dönemi kapsayan TİS'nin fazla mesainin aylık ücrete dâhil olduğuna dair hükmüne sınırlı bir şekilde değer vermek gerektiğini ifade ederek 21.03.2013 tarih ve 7047/4107 sayılı önceki bozma kararı ile bu bozma kararına uyularak verilen İstanbul 10. İş Mahkemesi'nin 02.04.2014 tarih ve 2013/340 E 2014/290 K sayılı kararının ortadan kaldırılmasına, mahkemenin 08.11.2012 tarih ve 2009/478 E 2012/625 K sayılı kararının bozulmasına karar vermiştir²⁶.

davalı işveren temyiz aşamasında davalı işyerinde uygulanmakta olan 2006-2008 yıllarına ilişkin Toplu İş Sözleşmesini dosyaya sunmuştur. İtiraz niteliğindeki bu belgeler yargılamanın her aşamasında dikkate alınması gerekir. Davacı işçi 04.08.2004 tarihinde Toplu İş Sözleşmesinin tarafı olan Türkiye Denizciler Sendikası'na üye olmuştur. Yapılacak iş; davacının talep ettiği işçilik alacaklarının Toplu İş Sözleşmesi hükümleri göz önüne alınarak yeniden hesaplatılması ve ilk kararı davacının temyiz etmemesi nedeniyle davalı yararına oluşan usuli kazanılmış hak ilkesi de gözetilerek çıkararak sonuca göre karar vermektir... (Yarg. 7. HD., 21.03.2013, 7047/4107, kişisel arşiv).

26 "...Öte yandan dosya içinde bulunan davacının üyesi bulunduğu sendika ile davalı işveren arasında imzalanan TİS'nin 45. maddesinde işçi ve işverenin işçinin ayda 56 saat fazla mesai yapması konusunda mutabık kaldıkları hükmü yer almaktadır. Ayrıca işçiye aylık olarak ödenen ücretin içinde fazla mesai ücretinin de olduğu konusunda anlaşmaya varılmıştır. 854 sayılı Deniz İş Kanunu'nun fazla sürelerle çalışmayı düzenleyen hükümlerinin bazılarının uygulanması idari para cezası ile teminat altına alınmış uygulanması zorunlu hükümler olduğundan TİS ile işçi aleyhine aksinin kararlaştırılması mümkün değildir. Böyle hükümlerin varlığı halinde işçi lehine olan hükümler geçerli olacaktır. Bu itibarla 01.07.2006-31.12.2008 arasındaki dönemi kapsayan TİS'nin fazla mesainin aylık ücrete dâhil olduğuna dair hükmüne sınırlı bir şekilde değer vermek gerekmektedir. TİS hükmüne göre taraflar işçinin aylık 56 saat fazla mesai yapması konusunda mutabık kalmışlardır. Nitekim bordroların çoğunda davacı işçi lehine aylık 56 saat üzerinden fazla mesai

Toplu iş sözleşmesi, normatif ve borç doğurucu kısımlardan oluşmaktadır. Normatif hükümlerin büyük çoğunluğu ise, iş sözleşmesinin içeriğini düzenlemektedir²⁷. Dolayısıyla ilk bakışta, fazla çalışma ücretinin toplu iş sözleşmesi kanalıyla aylık ücrete dâhil edilmesinin önünde hiçbir hukuki engel bulunmadığı düşünülebilir. Bununla birlikte, bir dizi norm özellikle fazla çalışma konusunda işçiden bireysel onay alınmasını şart koşmaktadır. Örneğin fazla çalışma için işçinin onayının alınması gerekir (İş K. m. 41/7). Yine İş Kanunu'nun 41. maddesine dayanılarak hazırlanan İş Kanunu'na İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği'nin 9. maddesinde, fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma yaptırmak için işçinin onayının her yılbaşında yazılı onayının alınması ve alınan yazılı onayın işçinin özlük dosyasında saklanması gerektiği belirtilmektedir. O halde toplu iş sözleşmesinde fazla çalışmaya onay verildiğine ilişkin bir düzenleme yer alması, fazla çalışma yaptırmak isteyen işvereni, işçilerden her yılbaşında yazılı onay alma yükümlülüğünden kurtarmamaktadır. Diğer yandan, fazla veya fazla sürelerle çalışan 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 on beş dakikayı serbest zaman olarak kullanabilir (İş K. m. 41/4). Şu halde toplu iş sözleşmesinde işçilere fazla

ücreti tahakkuk ettirildiği ve aylık sabit ücretle birlikte ödendiği görülmektedir. Davalı aylık çoğu 56 saat olan bu fazla mesai süresinin yazılı kayda yani 854 sayılı Deniz İş Kanunu'na göre tutulması zorunlu vardiya çizelgelerine, fazla sürelerle çalışmaya ilişkin noter tasdikli defter kayıtlarına dayandığını ispat edemediğine göre, bordro tahakkuklarının davacının daha fazlasını isteme hakkını elinden alması mümkün değildir. Bu itibarla davacının istek dönemi içinde ayda 120 saat fazla mesai yaptığı kabul edilerek fazla mesai ücreti bordrolardaki çıplak dönemsel ücret üzerinden hesap edilmeli, bordrolardaki tahakkuklar mahsup edilerek hakkaniyet indirimi de yapılmak suretiyle alacak hüküm altına alınmalıdır..."(Yarg. 7. HD., 02.04.2014, 13065/19241, kişisel arşiv).

27 Toplu iş sözleşmesinin normatif kısmı hakkında geniş bilgi için bkz. *Tuncay, A. Can/Savaş Kutsal*, Burcu: Toplu İş Hukuku, 4. Bası, Beta, İstanbul 2015, s. 173 vd.

çalışma karşılığında fazla çalışma ücreti yerine serbest zaman kullanılacağı yönünde bir hükme yer verilmesi, serbest zaman uygulamasına bireysel onay vermeyen işçinin fazla çalışma ücreti talep hakkını ortadan kaldırmaz. Görüldüğü gibi, fazla çalışma karşılığı ücret ödenmesi temel kural olmakla, temel kuraldan sapılması ancak işçinin mevzuata uygun biçimde alınmış yazılı onayıyla olanaklıdır. Aynı saptama *a fortiori* fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dâhil edilmesi için de geçerlidir; fazla çalışma ücreti alacağıının serbest zaman kullanılabilmesi veya fazla çalışma ücretinin aylık ücretin içinde ödenmesi gibi yollarla ortadan kaldırılabilmesi, işverenle işçinin anlaşmasına bağlıdır. Özetle, işçinin sözleşen sıfatını taşımadığı toplu iş sözleşmesinde bulunan ‘...fazla çalışma ücreti aylık ücrete dâhildir...’ gibi bir hüküm hukuki sonuç doğurmayacaktır²⁸.

2. Aylık Ücrete Dâhil Edilebilecek Fazla Çalışma Ücretinin Üst Sınırı

a) Fazla Çalışma Süresini Sınırlayan Normlar

aa) Anayasal Dayanak

İşçinin olağan çalışma süresinin sınırlandığı, olağan çalışma süresini aşan çalışmaların fazla çalışma sayıldığı ve fazla çalışmanın da -kural olarak- işçinin yazılı onayına bağlandığı bir hukuk düzeninde sınırsız fazla çalışma düşünülemez. Gerçekten işverenin fazla çalışma ücretini ödediği işçiye dilediği kadar fazla çalışma yaptırabileceği gibi bir düşüncenin, insan sağlığını ve işçinin özel yaşamını önceleyen çağdaş iş hukukunda yeri yoktur. Zira aşırı fazla çalışma, işçinin bedensel ve psikolojik sağlığına zarar verir; ayrıca çok fazla çalışan işçinin eşiyle çocuklarına yeterince zaman ayıramaması, aileyi temelinden sarsar. Öyleyse işçi elde edeceği fazla çalış-

ma ücreti yoluyla gelir düzeyini yükseltmek ve böylece ailesinin geçimine katkı sunmak gibi iyi niyetli bir amaçla hareket etse dahi, belli bir sınırın üzerinde fazla çalışmaya izin verilmemelidir. Dinlenme, anayasal temel bir haktır. Kişi, anayasal düzeyde tanınan temel hak niteliğindeki dinlenmeden -bu haktan feragat maddi çıkarlarına daha uygun düşse dahi- vazgeçemez. Şöyle ki dinlenme hakkı, çalışanın sağlığıyla özel yaşam alanının korunmasında ve aile birliğinin sürdürülmesinde dolaylı araçlar arasında yer almaktadır. Öyleyse Anayasa’nın yasa koyucuya, işçinin dinlenme hakkının kullanılmasını fiilen ortadan kaldıracak tarzda aşırı fazla çalışmayı yasaklama; giderek işverenlerin işçileri aşırı fazla çalıştırmasını engellemek amacıyla caydırıcı hukuki, idari ve cezai yaptırımlar koyma gibi bir ödev yüklediği vurgulanmalıdır. Peki, yasa koyucu bu yükümlülüğü nasıl yerine getirmiştir? İlerleyen satırlarda bu soruya yanıt aranacaktır.

bb) Yasal Düzenlemeler

İş Kanunu’nda toplam fazla çalışma süresine, yıllık tavan getirilmiştir. Buna göre, fazla çalışma süresinin toplamı bir yılda iki yüz yetmiş saatten fazla olamaz (İş Kanunu m. 41/7). Fıkarda geçen ‘bir yılda’ sözünden takvim yılı anlaşılmalıdır²⁹. Öte yandan bir takvim yılı içinde yapılan fazla çalışmanın iki yüz yetmiş saati aşmayacağına ilişkin düzenlemeden iki yüz yetmiş saate kadar fazla çalışmanın haftalar arasında farklı biçimde dağıtılabileceği anlamı çıkmaktadır. Şu halde işveren yazılı onay veren işçilere her ay eşit olarak 22,5 saat fazla çalışma yaptırabileceği gibi (270 saat/12 ay = 22,5 saat), fazla çalışma belirli aylara veya mevsimlere de özgülenebilir. Örneğin turizm sezonu dışında kalan aylarda haftalık çalışma süresi aşılmayan bir otel işyerinde; Haziran, Temmuz, Ağustos ve Eylül aylarında toplam 270 saat fazla çalışma hukuka aykırı değildir. Eş söyleyişle, işveren iş sözleşmesinde fazla çalışma ücretini aylık ücrete dâhil eden bir kayıt yer alan işçiye ayrıca fazla çalışma ücreti ödemediği bir takvim yılı içinde 270 saati aşmamak kaydıyla ayda 22,5 saatin üzerinde fazla çalışma yap-

28 Bu bağlamda, Yargıtay 7. Hukuk Dairesi’nin 02.04.2014 tarih ve 13065/19241 sayılı kararında varılan sonuç doğru olmakla beraber; bozma ilamında geçen ‘...Bu itibarla 01.07.2006-31.12.2008 arasındaki dönemi kapsayan TİS’nin fazla mesainin aylık ücrete dâhil olduğuna dair hükümler sınırlı bir şekilde değer vermek gerekmektedir...’ tümcesine katılmak asla olanaklı değildir. Böyle bir hüküm, bütünüyle geçersiz sayılmalıdır.

29 Karacan, s. 149.

tırabilir. Ekleyelim ki, 2012 tarihli bir Yargıtay kararına ekli karşı oy yazısı da bu saptamayı desteklemektedir³⁰. Bununla birlikte son yıllarda ve-

30 “...Karşı oy: Davacı, davalı işyerinde hafta ve genel tatil günleri dâhil fazla çalışma yaptığını, ücretlerinin ödenmediğini ileri sürerek alacak talebinde bulunmuş, davalı işveren ise davacının hafta ve genel tatillerde çalışmadığı, davacıya ödenen ücret içinde fazla çalışmalar karşılığının da bulunduğunu savunarak talebin reddini istemiştir. Yerel mahkemece görevlendirilen bilirkişi, tanıklarca beyan edilen çalışma saatlerine göre davacının fazla çalışma süresini belirlemiş, iş sözleşmesinde işçiye ödenen ücrete fazla çalışmalarında dâhil olduğunun kararlaştırıldığını, buna göre yıllık 270 saat fazla çalışma süresinin bir haftaya isabet eden 5,2 saatlik bölümünün ücrete dâhil olduğunu belirterek, haftalık saptanan fazla çalışma süresinden 5,2 saatin düşülmesi sonucu belirlenen süre üzerinden fazla çalışma ücretini hesaplamış ve mahkemece bu hesaba itibar edilerek fazla çalışma ücret alacağına tahsiline karar verilmiştir. Çalışma süreleri ve fazla mesai ile ilgili sınırlamalar yasada belirli olup, 270 saatlik sınırlama -yıl bazında- getirilmiştir. Günlük azami 11 saatlik sınırı aşmadığı ve diğer yasal esaslara uyulduğu müddetçe 270 saatin yılın herhangi bir evresinde tamamlanması mümkündür. Bir yılın 12 ay, yıllık fazla mesai sınırının da 270 saat olduğundan hareketle ayda $270/12 = 22,5$ saat yahut bir adım daha ileri gidip haftada $22,5 / 4 = 5,625$ saat şeklinde bir sınırlamanın yasal dayanağı bulunmamaktadır. Yönetmelik 5. madde de farklı bir nitelemeye elverişli değildir. Esasen hükümler sarih ve dolayısıyla yoruma kapalı olmakla birlikte gerek İş Kanunu'nun 41. maddesi gerekse FÇY 5. maddenin lafzına bakıldığında “Fazla çalışma süresinin toplamı bir yılda 270 saatten fazla olamaz” denilerek, bu sürenin pekâlâ haftadan haftaya, aydan aya değişiklik gösterebileceği ve fakat bunların (yıllık) toplamının 270 saati aşamayacağı düzenlenmektedir. Yoksa yasakoyucu, -bunların toplamı- ibaresini kullanmak yerine fazla çalışmanın aylık sınırının 22,5 saat olduğunu yahut 270 saatin aylara eşit şekilde dağıtılacağını zikretmeyi, düzenlemeyi tercih etmemiştir. Esasen bu, iş sürelerinde esnekleşmeyi, yoğunlaştırılmış iş haftalarını ve denkleştirme süresini benimseyen kanun sistemi açısından da doğal bir sonuçtur. Yıllık sınırın dağıtılması hakkında yorum metoduna başvurulacaksa dahi, bunun kanunun diğer hükümleri, ifade şekilleri de göz önünde tutularak yapılması gerekir: Öyle ki, örneğin İş Kanunu'nun 63. maddesinde görüldüğü haliyle, kanun koyucu haftalık 45 saatlik yasal normal çalışma süresinin iş günlerine eşit şekilde dağılımını “aksi kararlaştırılabilir” bir esas olarak getirmiştir ve prensibin eşit dağılım olduğunu belirtirken aksinin kararlaştırılmasına cevaz vermiştir. Oysa 270 saat bakımından tamamlayıcı/yedek bir kural olarak bile bunun aylara

rilen bazı Yargıtay kararlarında ilgili ayda fazla çalışma yapıp yapılmadığı tespit edilirken 270 saatin 12 aya bölünmesi ve yapılan fazla çalışmanın 22,5 saati aşması durumunda aşan kısım için fazla çalışma ücreti hesaplanması gerektiği kabul edilmektedir³¹.

eşit şekilde dağılımını esas almamıştır. Kanun hangi periyotta ne sürede sınırlama öngördüğünü açıkça düzenlemiştir. “...bir yılda 270 saatten fazla olamaz” (m. 41); “günde on bir saati aşmamak koşulu ile...” (m. 63) gibi. Kanunun 41. maddesi, fazla mesai süresinin toplamı “bir ayda 22,5 saatten ya da haftada 5 saatten fazla olamaz” yönünde hiçbir hüküm içermemektedir. Aylık ücrete fazla mesai ücretlerinin dâhil olduğunun kararlaştırıldığı hallerde işçi yıl içinde ne zaman 270 saatlik fazla mesai süresini doldurursa, ardından yaptığı her fazla saatlerle çalışma için ücrete hak kazanacaktır. Bunun aksine yıl içinde henüz 30 saat dahi fazla çalışması bulunmayan işçi, bir aylık sürede örneğin 23 saat fazla çalışma yaptığı için fazla çalışma ücretine hak kazanamaz. 270 saat, yıllık ölçüttür. Sözleşmelerle bunun yıl içinde dağıtımı başka şekilde kararlaştırılabileceği gibi işyerinin, işin gerekleri, somut olay özellikleri nedeniyle de fazla çalışma sürelerinin toplamı aydan ayda farklılık arz edebilecektir. Benzer şekilde, işçinin fazla çalışmaya onayı yılda 270 saatlik sınıra kadar verilmiş kabul edildiğinden, yıl içinde bu sınırın daha üçte ikisine ulaşmamış bir örnekte ayda 22,5 saat fazla mesai yaptığı için artık ay sonuna kadar işçinin fazla mesai onayı bulunmadığı, izleyen ay yeniden onaylı dönemin başladığı gibi bir faraziye söz edilemeyecektir. Nitekim Dairemizin de işçi onaylarının ayda ancak 22,5 saat için verildiğine dair içtihadı bulunmamaktadır. Üstelik aylık ücrete fazla çalışma ücretlerinin dâhil olduğuna dair kararlaştırmaları yılda 270 saatlik fazla mesai sınırına kadar geçerli kabul eden yerleşik içtihadın anlamı, bu süredeki fazla çalışma karşılıklarının işçiye, fiilen fazla çalışma yapsın/yapmasın, ödendiğidir. Aksine bir hukuk kuralı ve akdi şart bulunmadığı halde ayda 22,5 saat ya da haftada 5 saat yönünde ayrı bir sınırlama da içtihat yoluyla ihdas edildiğinde henüz 270 saatin aşılmadığı süreç bakımından mükerrer ödeme ortaya çıkacaktır. Tüm bu gerekçelerle, yerel mahkeme kararının fazla çalışma ücreti hesabı yönünden de bozulması gerektiğinden, bu hususu bozma dışı bırakan çoğunluk görüşüne ve ulaşılan sonuca katılmıyorum...”Yarg. 9. HD, 05.06.2012, E:2009/50037 K:2012/19513, www.legalbank.net

31 “...Somut olayda davacı işçinin çalışmaları işe giriş çıkış kayıtlarıyla belirlenmiştir. Hükme esas alınan bilirkişi raporunda esnek bir çalışma şeklinin uygulandığı belirtilerek bazı haftalar 45 saatin altında çalışıldığı, bazı haftalar ise çok yoğun çalışma yapıldığı, denkleştirme uygulandığında belirlenen fazla çalışma süresinin yılda 270 saati geçmediği belirtilerek 45 saat

Türk Borçlar Kanunu'nda toplam fazla çalışma süresini sınırlayan herhangi bir norma rastlanmamaktadır. Oysa İş Kanunu kapsamı dışında kalan işçilere – örneğin ev hizmetlerinde çalışanlara- sınırsız fazla çalışma yaptırılabilir gibi bir yorum, temel hak niteliğindeki dinlenme hakkıyla çatışacaktır. O halde Türk Borçlar Kanunu'ndaki boşluk İş Kanunu'nun 41. maddesinin kıyasen uygulanması yoluyla doldurulmalı; anılan kanuna tabi işçilerin azami fazla çalışma süresinin yılda 270 saat olduğu kabul edilmelidir. Buna karşılık, Deniz İş Kanunu'yla Basın İş Kanunu açısından başka bir tablo söz konusudur. Gerçekten Gemi Adamları Yönetmeliği'yle Türkiye tarafından onaylanan 180 sayılı Uluslararası Çalışma Örgütü Sözleşmesi ve Avrupa Birliği'nin 1999/63 EC sayılı Yönergesi, gemi adamlarının çalışma sürelerini sınırlamaktadır. Ulusal üstü metinler gemi adamlarının azami çalışma süresinin 24 saatlik sürede 14 saati, 7 günlük sürede 72 saati geçemeyeceğini; dinlenme süresinin ise 24 saatte 10 saatten, 7 günlük sürede 77 saatten az olamayacağını; dinlenme saatlerinin 6 saatten az olmamak koşuluyla ikiye bölünerek uygulanabileceğini ve iki dinlenme süresi arasında geçecek zamanın 14 saatten fazla olmaması gerektiğini kurala bağlamaktadır. Gemi Adamları Yönetmeliği'nin 84. maddesi de ulusalüstü hukuka koşut bir düzenleme içermektedir. Ancak Yönetmelik, haftalık asgari dinlenme süresini 70 saat olarak belirlemiştir. Dolayısıyla ulusalüstü hukuk, iç

esasına göre bir hesaplama yapılmamıştır. Davanın günde 11 saati aşan çalışmaları için fazla çalışma ücreti hesaplanmıştır. Hükme esas alınan raporda yapılan hesaplama iki yönden hatalıdır; ilk olarak 11 saatin üzerindeki çalışmalar için ara dinlenme süresinin 1 saat olarak kabulü yerinde değildir. 11 saat ve üzeri çalışmalar için ara dinlenme süresi 1,5 saat olmalıdır. İkinci olarak, taraflar arasındaki iş sözleşmesinde fazla çalışmaların aylık ücrete dâhil olduğu kuralına yer verilmiş olduğu halde hükme esas alınan raporda bu yönde bir hesaplama yapılmadığı görülmektedir. Günlük çalışma süresi sınırının aşılması doğrudan fazla çalışma olup, buna göre hesaplanacak olan fazla çalışma ücretlerinden aylık ücret içinde ödendiği kabul edilen 22,5 saat düşülmelidir. O ay itibarıyla 22,5 saati aşan fazla çalışma ücretlerinin karşılığı hesaplanarak hüküm altına alınmalıdır..." Yarg. 9. HD., 04.06.2013, E: 2011/13641 K:2013/17034, www.legalbank.net

hukukla karşılaştırıldığında işçinin daha lehinedir. Anayasa'nın 90. maddesi dikkate alındığında, gemi adamlarının maksimum çalışma süresinin Türkiye tarafından onaylanan 180 sayılı Uluslararası Çalışma Örgütü Sözleşmesi'ne göre saptanması uygun olacaktır. Buna karşılık, Basın İş Kanunu gazetecilerin azami fazla çalışma süresini günlük 3 saatle sınırlamayı yeğlemiştir (Ek m. 1/9). Bu doğrultuda, gazetecinin aylık ücretine dâhil edilebilecek fazla çalışma ücreti Basın İş Kanunu'nda yer alan azami günlük fazla çalışma süresi gözetilerek saptanmalıdır³².

c) Yargıtay'ın Yaklaşımı

Maksimum fazla çalışma süresini yıllık 270 saatle sınırlayan yasal düzenlemeyi göz önünde bulunduran Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, fazla çalışma ücretini temel ücrete dâhil eden sözleşmelerin etkisini kısıtlayan bir içtihat geliştirmiştir. Bu bağlamda, iş sözleşmesinde yer alan ve fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dâhil olduğu yönündeki kuralların yıllık 270 saatle sınırlı olarak geçerli sayıldığı sayısız kararda dile getirilmiştir³³. Nitekim Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin

32 Basın iş hukukunda fazla çalışma için bkz. Sümer, Haluk Hadi: Basın İş Kanununa Göre Fazla Çalışma, Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2014, Cilt:20, Sayı:1, Özel Sayı, s. 91-121.

33 "...Taraflar arasında imzalanmış olan iş sözleşmesinin 9. maddesinde yasal fazla çalışma ücretlerinin aylık ücrete dâhil olduğu yönünde kurala yer verilmiştir. Hükme esas alınan bilirkişi raporunda anılan hüküm değerlendirmeye alınmamıştır. Dairemizin kararlılık kazanmış olan uygulamasına göre, yılda 90 gün ve 270 saate kadar yasal fazla çalışma ücretlerinin aylık sabit ücretin içinde ödenmesi olanaklıdır. Taraflar arasında imzalanan iş sözleşmesinin anılan hükmüne değer verilmeli ve buna göre fazla çalışma alacağı yönünden hesaplama yapılmalıdır. Bu konuda eksik inceleme ve hatalı değerlendirme ile sonuca gidilmiştir..." Yarg. 9. HD., 14.3.2006, E:2005/38225 K: 2006/6559, www.legalbank.net "...Taraflar arasında imzalanmış olan iş sözleşmesinin 5. maddesinde fazla çalışmanın aylık ücrete dahil olduğu yönünde kurala yer verilmiştir. Dairemizin kararlılık kazanmış olan uygulamasına göre bu tür hükümler yılda 270 saatle sınırlı olmak kaydıyla geçerlidir. Böyle olunca anılan iş sözleşmesi hükmü değerlendirilmeksizin aylık 85 saat üzerinden fazla çalışma ücreti hesabı hatalı olmuştur..." Yarg. 9. HD., 12.2.2008, E:2007/32436 K: 2008/111, www.legalbank.net

uygulaması, Yargıtay 7. Hukuk ve Yargıtay 22. Hukuk Daireleri tarafından da benimsenmektedir³⁴. Şu halde yasal üst sınırı aşan fazla çalışma karşılığında ödenecek fazla çalışma ücretinin temel ücrete eklenmesi olanaksızdır. Zira işverenin işçiye yılda 270 saatin üzerinde fazla çalışma yaptırması, İş Kanunu'nun emredici normuyla bağdaşmamaktadır. Bununla birlikte, çalışma yaşamında geniş bir işçi kitlesinin yasal sınırın çok üzerinde fazla çalışma yaptığı ve yasal üst sınırın neredeyse kâğıt üstünde kaldığı gerçeğinden yola çıkan Yargıtay – her ne kadar yasanın sözüyle çatışır gibi gözükse de – yasal üst sınırı geçen fazla çalışmalar için fazla çalışma ücreti istenebileceği sonucuna varmıştır³⁵. Aynı biçimde iş sözleşmesiyle fazla çalışma ücretinin temel ücrete dâhil edilmesi, işçinin yıllık 270 saati aşan fazla çalışmalar için fazla çalışma ücretine hak kazanmasını engellemektedir. Öyleyse iş sözleşmesinde fazla çalışma ücretinin aylık temel ücretin içinde yer aldığına ilişkin bir kayıt bulunan işçinin fazla çalışma ücreti alacağına tahsili istemiyle açtığı davada, hâkim öncelikle işçinin bir takvim yılındaki fazla çalışma süre-

galbank.net“...İş sözleşmelerinde fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dahil olduğu yönünde kurallara sınırlı olarak değer verilmelidir. Dairemiz, 270 saatle sınırlı olarak söz konusu hükümlerin geçerli olduğunu kabul etmektedir...”Yarg. 9. HD., 12.2.2008, E:2009/10370 K: 2011/11255, www.legalbank.net.

34 “...İş sözleşmelerinde fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dâhil olduğu yönünde kurallara sınırlı olarak değer verilmelidir. Dairemiz, 270 saatle sınırlı olarak söz konusu hükümlerin geçerli olduğunu kabul etmektedir...” Yargıtay 7. HD., 3.6.2013, 3835/10333, www.legalbank.net.“...İş sözleşmelerinde fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dâhil olduğu yönünde kurallara sınırlı olarak değer verilmelidir. Dairemiz, 270 saatle sınırlı olarak söz konusu hükümlerin geçerli olduğunu kabul etmektedir...” Yarg. 22. HD., 6.7.2012, 4403/16027, www.legalbank.net.

35 “...Fazla çalışma yönünden diğer bir yasal sınırlama, İş Kanununun 41. maddesindeki, fazla çalışma süresinin toplamının bir yılda iki yüz yetmiş saatten fazla olamayacağı şeklindeki hükümdür. Ancak bu sınırlamaya rağmen işçinin daha fazla çalıştırılması halinde, bu çalışmalarının karşılığı olan fazla mesai ücretinin de ödenmesi gerektiği açıktır. Yasadaki sınırlama esasen işçiyi korumaya yöneliktir (Yargıtay 9. H.D. 18.11.2008 gün 2007/32717 E, 2008/31210 K.)...” Yarg. 9. HD., 27.1.2015, E:2014/20916 K:2015/2312, www.legalbank.net

sini saptamalı; şayet takvim yılı içinde gerçekleştirilen fazla çalışma süresi 270 saatin altında kalıyorsa davayı reddetmeli, 270 saatin üzerinde fazla çalışma yapılan durumlarda ise 270 saati aşan süreler yönünden fazla çalışma ücreti alacağına hükmetmelidir. Örneğin iş sözleşmesinde temel ücretin fazla çalışma ücretini de içerdiği kararlaştırılmışsa, aynı yıl içinde 185 saat fazla çalışma yapan işçi fazla çalışma ücretine hak kazanamaz. Buna karşılık, iş sözleşmesinde böyle bir kayda yer verilse dahi; işveren, yılda 420 saat fazla çalışma yapan işçiye yıllık üst sınırı aşan 150 saat karşılığında fazla çalışma ücreti ödemek zorundadır.

Öte yandan fazla çalışma ücretinin temel ücrete dâhil edilmesi, fazla çalışma süresine ilişkin başka kısıtlayıcı kuralları çiğneyen işverene fazla çalışma ücretini ödemekten kaçınma olanağı sunmamalıdır. Şöyle ki günlük çalışma süresi 11 saati aşamaz. Bununla birlikte, Yargıtay; günlük 11 saatin üzerindeki çalışmayı fazla çalışma saymakta ve haftada 45 saatlik yasal süre aşılmasa dahi günde 11 saati geçen çalışmanın fazla çalışma ücretini talep hakkı doğuracağını kabul etmektedir³⁶. Aynı biçimde 7,5 saati geçen gece çalışmasıyla Sağlık Kuralları Bakımında Günde Ancak Yedi Buçuk Saat veya Daha Az Çalışılması Gereken İşler Hakkında Yönetmelikte tanımlanan çalışmalar fazla çalışma olarak nitelendirilerek fazla çalışma ücretine hükmedilmektedir³⁷.

36 “...Günlük çalışma süresinin on bir saati aşamayacağı Kanunda emredici şekilde düzenlendiğine göre, bu süreyi aşan çalışmaların denkleştirmeye tabi tutulamayacağı, zamlı ücret ödemesi veya serbest zaman kullanımının söz konusu olacağı kabul edilmelidir...”Yarg. 9. HD., 27.1.2015, E:2014/20916 K:2015/2312, www.legalbank.net

37 “...Yine işçilerin gece çalışmaları günde yedi buçuk saati geçemez (4857 Sayılı İş Kanunu. Md. 69/3). Bu durum günlük çalışmanın, dolayısıyla fazla çalışmanın sınırını oluşturur. Gece çalışmaları yönünden, haftalık kırk beş saat olan yasal çalışma sınırı aşılmamış olsa da günde yedibuçuk saati aşan çalışmalar için fazla çalışma ücreti ödenmelidir. Dairemizin kararları da bu yöndedir (Yargıtay 9. H.D. 23.6.2009 gün 2007/40862 E, 2009/17766 K).Sağlık Kuralları Bakımından Günde Ancak Yedibuçuk Saat veya Daha Az Çalışılması Gereken İşler Hakkında Yönetmeliğin 4. maddesine göre, günde yedibuçuk saat çalışılması gereken işlerde çalışan işçinin, yedibuçuk saati aşan

Dolayısıyla iş sözleşmesindeki *'fazla çalışma ücreti aylık ücretin içindedir'* kaydı, günlük 11 saati aşan çalışmadan veya 7,5 saati geçen gece çalışmasından kaynaklanan fazla çalışma ücreti talep hakkını ortadan kaldırmaz. Ekleyelim ki, temel ücrete dâhil edilen fazla çalışma ücretine yıllık 270 saate varan fazla çalışmalar için geçerlilik tanıyan içtihat nispi emredici bir etki yaratmaktadır. Eş söyleyişle, yıllık 270 saatin altında bir fazla çalışma süresi karşılığı fazla çalışma ücretinin aylık ücretin içinde yer aldığı pekâlâ kararlaştırılabilir³⁸. Böyle bir durumda sözleşmesel sınırı aşan fazla çalışma süresi için ayrıca fazla çalışma ücreti ödenmelidir³⁹.

Türk Borçlar Kanunu, Basın İş Kanunu ve Deniz İş Kanunu gibi başka yasaların kapsamına giren iş sözleşmelerinde de fazla çalışma ücretinin temel ücrete dâhil sayan kayıtlara yer verilebilir. Şu kadar ki böyle kayıtlar, işverene işçiye fazla çalışma ücreti ödemediği sınırsız fazla çalışma yaptırma hakkı vermez. Gerçekten Türk Borçlar Kanunu'na tabi işçilerin fazla çalışma ücretlerini aylık ücretlerine katan sözleşme kayıtlarına İş Kanunu'ndaki yıllık 270 saat üst sınır kıyas yoluyla uygulanmalıdır. Deniz İş Hukukunda ise, Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 180 sayılı Sözleşmesi'ndeki haftalık 72 saatlik üst sınır uygulama alanı bulur. Daha yalın bir anlatımla, kaptan veya gemi adamının iş sözleşmesine konulan ve fazla çalışma ücretinin temel ücreti içerdiğini öngören kayıt, haftalık 24 saatlik fazla çalışma açısından anlam ifade eder.

çalışma süreleriyle yedibuçuk saatten az çalışılması gereken işler bakımından Yönetmeliğin 5. maddesinde sözü edilen günlük çalışma sürelerini aşan çalışmalar; doğrudan fazla çalışma niteliğindedir. Sözü edilen çalışmalarda haftalık kırk beş saat olan yasal sürenin aşılmamış olmasının önemi yoktur..." Yarg. 9. HD., 27.1.2015, E:2014/20916 K:2015/2312, www.legalbank.net

38 Örneğin iş sözleşmesine *'Yıllık 150 saat fazla çalışma karşılığı fazla çalışma ücreti aylık temel ücretin içindedir'* tarzı bir kayıt konulabilir.

39 Söz gelimi iş sözleşmesinde *'Yıllık 150 saat fazla çalışma karşılığı fazla çalışma ücreti aylık temel ücretin içindedir'* gibi bir kayıt yer aldığı ve işçinin yıllık 200 saat fazla çalışma yaptığı varsayımında işveren sözleşmeyle saptanan 150 saatin üzerine çıkan 50 saat fazla çalışma karşılığı fazla çalışma ücretini ödemekle yükümlüdür.

Öyleyse fazla çalışma ücreti temel ücretin içinde yer alan, ancak haftada 24 saatin üstünde fazla çalışma yapan işçi haftalık 72 saati aşan çalışması karşılığında fazla çalışma ücretine hak kazanır. Yargıtay da Uluslararası Çalışma Örgütü Sözleşmesinin öngördüğü azami çalışma süresini esas alarak 72 saate kadar çalışmada 48 saati aşan 24 saat fazla çalışma karşılığı fazla çalışma ücretinin, asıl ücrete dâhil olduğu görüşünü benimsemektedir⁴⁰. Öte yandan Yargıtay'ın eski 2003 tarihli bir kararında yılda 270 saatlik sınırlandırmayı gazeteciler yönünden de gözettiği ve sözleşme hükümlerini yılda 270 saate kadar fazla çalışmalar için geçerli saydığı kaydedilmektedir⁴¹. Buna karşılık, kararın yasal düzenlemeyle çeliştiği açıktır. Nitekim Temyiz Mahkemesi'nin 2014 tarihli bir kararına konu olayda, yerel mahkeme kararına dayanak oluşturan bilirkişi raporunda fazla çalışma ücretinin aylık ücret içinde ödendiği gerekçesiyle yıllık 270 saat karşılığı aylık 22,5 saat indirilerek fazla çalışma ücreti hesaplanmış; ne var ki Yargıtay fazla çalışma bakımından yıllık 270 saatle ilgili sınırlamanın

40 "...Dosya içeriğine göre hükme esas bilirkişi raporunda, son dönem taraflar arasındaki sözleşme hükmü dikkate alınarak, davacının yılda 270 saatlik fazla mesaisinin ücretin içinde olduğu, ancak tek tanık beyanı esas alınarak davacının haftada 18 saat fazla çalışma yaptığı kabul edilerek her dönem için hesaplama yapıp o döneme denk gelen 270 saatlik kısım düşülerek fazla mesai ücreti hesaplanmıştır. Yukarıda belirtildiği gibi 4857 sayılı İş Kanunu'ndaki 270 saat sınırlamasının Deniz İş Kanunu kapsamında çalışan davacı gemi adamına uygulanma imkânı yoktur. Bu yönde hükme esas bilirkişi raporu hatalıdır. Burada temel sınır olarak Uluslararası Çalışma Örgütü sözleşmesinin öngördüğü, azami çalışma süresi günde 14, haftada 72 saati geçemez esası kabul edilmeli, 7 günü dâhil 72 saate kadar olan çalışmada 48 saati aşan 24 saat fazla çalışma ücretinin, asıl ücrete dâhil olduğu kabul edilmelidir. Davacı gemi adamının sözleşme dönemindeki çalışmasında haftalık 72 saati geçen kısmı var ise fazla mesai ücreti ayrıca hesaplanıp hüküm altına alınmalıdır..." Yarg. 9. HD., 11.2.2014, E:2012/25671 K:2014/3980, www.legalbank.net

41 Yarg. 9. HD., 18.12.2003, 725/1816. (Çil'den naklen, s. 67) Bununla beraber, gazetecinin ücretinin çalışmadan önce peşin, fazla çalışmanın ise yapıldıktan sonra takip eden ücret döneminde tahakkuk ettirilerek ödendiği gerekçesiyle gazetecinin yaptığı fazla çalışmanın peşin ödenmesinin yaşamın olağan akışıyla bağdaşmıyacağı ileri sürülmektedir. Çil, s. 67.

4857 sayılı İş Kanunu'nda öngörüldüğünü, davacının tabi olduğu 5953 sayılı Yasada bu yönde sınırlamaya yer verilmediğini, 5953 sayılı Yasanın ek 1. maddesinde fazla çalışmanın günde 3 saati aşamayacağı yönünde kurala yer verildiğini, dolayısıyla iş sözleşmesi hükmünün günde 3 saate kadar fazla çalışmayı kapsadığını, somut olayda davacının haftalık çalışma süresinin 9 saat olduğunu, günlük 3 saatlik sınırın aşılmadığını, böyle olunca davacı gazetecinin fazla çalışma ücretine hak kazanamayacağını dile getirerek yerel mahkeme kararının bozulmasına karar vermiştir⁴². Kısacası, fazla çalışma ücretinin temel ücrete dâhil edilmesi İş Kanunu'yla Türk Borçlar Kanunu'nun uygulama alanına giren işçiler açısından yıllık toplam 270 saatle sınırlı etki yaratırken; Deniz İş Kanunu'na tabi gemi adamının iş sözleşmesindeki özdeş bir kayıt haftalık (yedinci gün dâhil) 72 saate kadar, gazetecinin iş sözleşmesindeki benzer bir kayıt ise günlük 3 saate kadar fazla çalışma karşılığı fazla çalışma ücreti talep hakkını engellemektedir.

Yargıtay'a göre, haftalık çalışma süresinin sözleşmeyle yasal çalışma süresinin altında saptandığı durumlarda aylık ücretin fazla çalışma ücretini de içerdiği kararlaştırılmışsa aylık ücrete dâhil 270 saat fazla çalışma süresi hesaplanırken hem fazla çalışmalar hem de fazla sürelerle çalışmalar dikkate alınmalıdır. Temyiz mahkemesi, savını 'çoğun içinde az da vardır' ilkesine

42 "...hükme esas alınan bilirkişi raporunda taraflar arasında imzalanan iş sözleşmesi hükümlerine göre fazla çalışma ücretinin aylık ücret içinde ödendiği gerekçeyle yıllık 270 saatin karşılığı aylık 22,5 saat indirilmek suretiyle fazla çalışma ücreti hesaplanmıştır. Fazla çalışma bakımından yıllık 270 saatle ilgili sınırlama 4857 sayılı İş Kanunu'nda öngörülmüş olup, davacının tabi olduğu 5953 sayılı Yasada bu yönde sınırlamaya yer verilmemiştir. 5953 sayılı Yasanın ek 1. maddesinde fazla çalışmanın günde 3 saati aşamayacağı yönünde kurala yer verilmiş olup, iş sözleşmesi hükmünün günde 3 saate kadar fazla çalışmayı kapsadığı kabul edilmelidir. Somut olayda davacının haftalık çalışma süresi 9 saat olup, günlük 3 saatlik sınır aşılmamıştır. Böyle olunca davacı gazetecinin fazla çalışma ücretine hak kazanması söz konusu olamaz. Mahkemece fazla çalışma ücreti ile yüzde beş fazlasına dair taleplerin reddi gerekirken kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir..." Yarg. 9. HD., 06.05.2015, E:2012/14456 K:2014/14596, www.legalbank.net

dayandırmaktadır⁴³. Yargıtay'ın görüşü şu açıdan önemlidir: Şayet Yargıtay içtihadının tersine aylık ücrete dâhil edilen fazla çalışma ücretinin salt fazla çalışmayı kapsadığı varsayılırsa, haftalık çalışma süresi 40 saat olarak kararlaştırılan ve 1.894,05 TL ücret alan işçiye 40 saat ile 45 saat arası fazla sürelerle çalışma karşılığında %25 zamlı fazla sürelerle çalışma ücreti ödenecek; aylık ücrete dâhil 270 saat fazla çalışma hesaplanırken başlangıç noktası 45 saat olacaktır. Bu durumda şöyle bir tablo ortaya çıkacaktır:

1.894,05 TL /203,31 saat = 9,76 TL saatlik ücret

9,76 saat x 1.25 saat x 5 saat = 61,00 TL (5 saat fazla sürelerle çalışma ücreti)

Böylece işçiye ayda 22,5 saat fazla çalışma yaptıran işveren ayrıca fazla çalışma ücreti ödemeyecek, ancak işçi fazla sürelerle çalışma karşılığında ayda 244,00 TL ücret alacaktır. Aksine Yargıtay, fazla sürelerle çalışılan süreleri 270 saatin içinde kabul etmektedir. Örneğin haftalık çalışma süresi 40 saat olarak belirlenen ve 52 hafta boyunca haftada 60 saat iş gören, böylece yılda 260 saat fazla sürelerle, 780 saat ise fazla çalışma yapan işçiye -270 saatin 260 saati fazla sürelerle çalışmayı, 10 saati fazla çalışmayı karşıladığından- fazla sürelerle çalışma ücreti ödenmeyecek; şu kadar ki fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dâhil edilmesi işçinin 770 saat fazla çalışma karşılığında hak ettiği fazla çalışma ücretini almasını engellemeyecektir. Oysa aynı örneğe diğer yöntem uygulandığında işçiye 260 saat fazla sü-

43 "...Davacının davalıya ait işyerinde çalıştığı haftalık çalışma süresinin 40 saat olarak kararlaştırıldığı anlaşılmaktadır. Sözleşmenin 9. maddesindeki ücret belirlenirken fazla çalışma ücreti dâhil olmak üzere ücret ödeneceği kararlaştırılmıştır. Mahkemece tanık anlatımları ile gerçekleşen fazla saatlerde çalışmanın fazla çalışma kısmının sözleşme kapsamında bulunduğu kabul edilerek fazla çalışma ücretine karar verilmemiş; sadece fazla sürelerle çalışma ücreti hükmü altına alınmıştır. Oysa iş sözleşmesinin 9. maddesindeki kural fazla saatlerde çalışmayı kapsamayıp fazla çalışma yanında fazla süreli çalışma da ücretin içerisinde belirlenmiştir. Çoğun içinde azın bulunacağı doğaldır. Mahkemece fazla süreli çalışma alacağı isteminin de reddi gerekirken yazılı şekilde kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir..." Yarg. 9. HD., 6.6.2007, E:2006/30228 K:2007/18119, www.legalbank..net

relerle çalışma ücreti ve 510 saat fazla çalışma ücreti ödenmekte; buna karşın, işçi 270 saat fazla çalışma ücretinden yoksun kalmaktadır. Yargıtay içtihadı yerinde olup, fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dâhil edildiği bir iş ilişkisinde, işçiye ayrıca fazla sürelerle çalışma ücreti ödenmesinin mantık kurallarıyla da çeliştiği ortadadır.

3. Aylık Ücretin Asgari Ücret ve Asgari Ücret Üzerinden Hesaplanan Fazla Çalışma Ücretinin Toplamını Karşılması

Fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dâhil edilmesi, işçiye ödenen asgari ücret tutarında kendiliğinden bir artışa yol açmaktadır. Gerçekten aylık ücretin fazla çalışma ücretini de içerdiği kararlaştırıldığı takdirde, işverenin işçiye asgari ücret karşılığında çalıştırabilme olanağı ortadan kalkar⁴⁴. Zira asgari ücret işçiye ödenebilecek en düşük temel ücreti ifade etmekte olup; fazla çalışma ve ulusal bayram/genel tatil ücreti gibi kalemler asgari ücrete dâhil değildir. Dolayısıyla işveren fazla çalışma yaptırdığı asgari ücretli işçiye asgari ücreti ödemekle yetinip fazla çalışma ücretini ödeme yükümlülüğünden kaçınamayacağı gibi⁴⁵, fazla çalışma ücreti aylık ücrete ek-

44 "...Yine iş sözleşmesinde davacının aylık ücretinin asgari ücret olduğu belirtildiğine göre yılda 270 saat fazla çalışmaya ilişkin 8. maddesindeki düzenlemeye itibar edilmesi mümkün değildir. Davacının yılda 270 saate kadar fazla çalışma yapması halinde aylık asgari ücret aldığından fazla çalışma ücretinin aylık ücretin içinde kaldığının kabulü isabetsizdir..." Yarg. 7. HD., 13.10.2014, 10440/18945, www.legalbank.net "...Fazla çalışmaların aylık ücret içinde ödendiğinin öngörülmesi ve buna uygun ödeme yapılması halinde, yıllık 270 saatlik fazla çalışma süresinin ispatlanan fazla çalışmalardan indirilmesi gerekir. Somut olayda; taraflar arasında düzenlenen iş akdinin 5. Maddesinde aylık brüt ücretin içinde yapılan fazla çalışmanın da bulunduğu kararlaştırılmış olup davacının ücreti brüt asgari ücretten fazladır. Buna göre yukarıdaki esaslar dâhilinde yıllık 270 saati aşan süreler açısından davacının fazla çalışma alacaklarının belirlenmesi gerektiğinin düşünülmemesi hatalıdır..." Yarg. 9. HD., 02.04.2014, E:2012/6403 K:2014/11175, www.legalbank.net

45 Öğretide bir görüş, aylık ücretin asgari ücret düzeyinde belirlenmesini yeterli görmektedir. Astarlı, s. 54-55; Eyrenci, Öner/Taşkent, Savaş/Ulucan, Devrim: Bireysel İş Hukuku, Yenilenmiş 5. Baskı, Beta, İstanbul 2014, s. 267. Ne var ki fazla çalışma ücretini aylık ücrete dâhil edilebilmesi için aylık ücretin asgari ücretle asgari ücret üzerinden hesaplanan azami yasal fazla

nen işçiye aylık asgari ücretle aylık asgari ücrete göre hesaplanan fazla çalışma ücreti toplamını karşılayan asgari tutarı ödemek zorundadır⁴⁶.

Şu halde iş sözleşmesinde fazla çalışma ücretini aylık ücrete dâhil eden bir kayda yer veren işçinin aylık temel ücreti hesaplanırken, öncelikle aylık ortalama azami fazla çalışma süresi belirlenmelidir. İkinci aşamada saatlik asgari ücret üzerinden asgari ücretinin saat başına alacağı fazla çalışma ücreti saptanmalıdır. Daha sonra asgari ücretliye bir aylık maksimum fazla çalışma karşılığı ödenecek fazla çalışma ücreti hesaplanmalıdır. Nihayet asgari ücretle asgari ücretliye bir aylık maksimum fazla çalışma karşılığı ödenecek fazla çalışma ücreti toplanarak işçiye ödenmesi gereken asgari tutara ulaşılır.

Örneğin 2016 yılında aylık brüt asgari ücret 1.647,00 TL'dir. İş Kanunu'nun uygulama alanına giren işçiler yönünden yıllık azami fazla çalışma süresi 270 saat, aylık ortalama azami fazla çalışma süresi ise 22,5 saattir:

- 1.647,00 TL/225 saat = 7,32 TL saatlik asgari ücret

- 7,32 TL x 1,5 saat x 22,5 saat = 247,05 TL

çalışma karşılığı fazla çalışma ücretini karşılması gerekir. Nitekim başka bir yazar, fazla çalışma ücretinin örneğin işçinin aldığı asgari ücretin veya buna yakın bir ücretin içinde yer aldığı kararlanılamayacağını dile getirerek aylık ücretin asgari ücretle asgari ücret üzerinden hesaplanan aylık azami yasal fazla çalışma karşılığı fazla çalışma ücretini karşılması gereğine dolaylı da olsa işaret etmiştir. Süzek, s. 832

46 "...Somut olayda; davacının ücret bordrolarında fazla mesai ve ulusal bayram genel tatil ücreti tahakkuku bulunan ayların dışlanması gerekirken yapılan ödemelerin mahsubu hatalıdır. Ayrıca davacının imzasının bulunduğu iş sözleşmesinde fazla mesai ücretinin ücrete dâhil olduğu belirtilmektedir. Ancak iş sözleşmesinde davacının işe girdiği tarihteki ücretinin ne olduğu anlaşılammaktadır. Mahkemece davacının işe girdiği tarihteki ücreti araştırılarak davacının ücretinin asgari ücretin üzerinde ve fazla mesai ücreti karşılayacak miktarda olup olmadığının belirlenmesi, sonucuna göre davacının 270 saatlik çalışmalarının ücreti ile birlikte ödenip ödenmediğinin ve davacının bakiye fazla mesai çalışması varsa hesaplanması için rapor alınması gerekirken eksik inceleme ile karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir..." Yarg. 7. HD., 10.09.2014, 7307/16641, www.legalbank.net. Ayrıca bkz. Çelik /Caniklioğlu /Canbolat, s. 154

$$- 1.647,00 \text{ TL} + 247,05 \text{ TL} = \mathbf{1.894,05 \text{ TL}}$$

Buna göre, işveren İş Kanunu kapsamına giren ve iş sözleşmesinde "...fazla çalışma ücreti aylık ücretin içindedir..." gibi bir kayıt yer alan işçiye 2016 yılında ayda en az **1.894,05 TL** ödemelidir⁴⁷. Kuşkusuz gemi adamlarıyla gazeteciler için değişik bir hesaplama yöntemi izlenmelidir. Deniz İş Kanunu'nun uygulama alanına giren işçiler yönünden yıllık azami fazla çalışma süresi 1.248 saat, aylık azami fazla çalışma süresi ise 104 saattir:

$$- 1.647,00 \text{ TL}/240 \text{ saat} = 6,86 \text{ TL saatlik asgari ücret}$$

$$- 6,86 \text{ TL} \times 1,25 \text{ saat} \times 104 \text{ saat} = 891,80 \text{ TL}$$

$$- 1.647,00 \text{ TL} + 891,80 \text{ TL} = \mathbf{2.538,80 \text{ TL}}$$

Gazetecilerin aylık azami fazla çalışma süresi 78 saattir.

$$- 1.647,00 \text{ TL}/240 \text{ saat} = 6,86 \text{ TL saatlik asgari ücret}$$

$$- 6,86 \text{ TL} \times 1,50 \text{ saat} \times 78 \text{ saat} = 802,62 \text{ TL}$$

$$- 1.647,00 \text{ TL} + 802,62 \text{ TL} = \mathbf{2.476,62 \text{ TL}}$$

Dolayısıyla iş sözleşmesinde "...fazla çalışma ücreti aylık ücretin içindedir..." kaydı bulunan gemi adamına 2016 yılında ayda en az **2.538,80 TL**, gazeteciye ise **2.476,62 TL** ödenmelidir. Son olarak, iş sözleşmesinde böyle bir kayıt yer almasına rağmen anılan asgari tutarlardan düşük bir ücret kararlaştırılmasının yol açacağı hukuki sonuçlar tartışılmalıdır. Örnek vermek gerekirse, 01.01.2016 tarihinde bağitlanan iş sözleşmesinde yer alan "...fazla çalışma ücreti aylık ücretin içindedir..." kaydı, işverene, asgari ücret veya 1.800,00 TL alan işçiye -ayrıca fazla çalışma ücreti ödemedен- yılda 270 saate kadar fazla çalıştırabilme hakkı verir mi? Aynı biçimde 01.01.2016 tarihinde bağitladığı iş sözleşmesi "...fazla çalışma ücreti aylık ücretin içindedir..." kaydı içeren ve aylık 2.000,00 TL ücret alan gemi adamı, haftada 24 saati aşmayan

47 2015 yılında yürürlükteki asgari ücret üzerinden aynı yöntemle yapılan bir hesaplama için bkz. Şakar, Müjdat: İş Hukuku Uygulaması, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 10. Baskı, Beta, İstanbul 2014, s. 115.

fazla çalışma karşılığı hak ettiği fazla çalışma ücretinden yoksun kılınabilir mi? Her iki soruya verilecek yanıt olumsuzdur. Bağımsız bir sözleşmeyle veya sözleşmesel bir kayıtla fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dâhil edilmesine karşın aylık temel ücretin asgari ücret düzeyinde veya asgari ücretle asgari ücret üzerinden hesaplanan aylık ortalama azami yasal fazla çalışma süresi karşılığı fazla çalışma ücreti toplamının altında bir düzeyde kararlaştırılması, bağımsız sözleşmeyi veya sözleşmesel kaydı hükümsüz kılar⁴⁸. Eş deyişle, fazla çalışmayı aylık asgari ücrete katan sözleşme veya sözleşmesel kayıt herhangi bir hukuki sonuç doğurmaz. Böyle bir durumda, işçinin yasal çalışma süresini aşan fazla çalışma karşılığında hak kazandığı fazla çalışma ücretinin tamamı eksiksiz ödenmelidir.

III. FAZLA ÇALIŞMA ÜCRETİNİN AYLIK ÜCRETE DÂHİL EDİLMESİNİN İŞ İLİŞKİSİNDEN DOĞAN ALACAKLARIN HESABINA ETKİSİ

Bilindiği üzere; yasal düzenlemelerden, iş sözleşmesinden veya toplu iş sözleşmesinden doğan bütün alacaklar işçinin çıplak veya brüt ücreti esas alınarak hesaplanır. Şu halde kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, kötü niyet tazminatı, işe başlatmama tazminatı, ayırimcılık tazminatı, sendikal tazminat, fazla çalışma ücreti, ulusal bayram/genel tatil ücreti, hafta tatili ücreti ve yıllık izin ücreti gibi alacaklarda matrah, işçinin çıplak veya giydirilmiş ücretidir. Bununla birlikte; süreklilik göstermeyen fazla çalışma ücreti veya prim gibi ödemeler, gerek tazminatların gerekse diğer alacakların hesabında dikkate alınmaz. Peki, aylık ücrete dâhil edilen fazla çalışma

48 "...Yine iş sözleşmesinde davacının aylık ücretinin asgari ücret olduğu belirtildiğine göre yılda 270 saat fazla çalışmaya ilişkin 8.maddesindeki düzenlemeye itibar edilmesi mümkün değildir. Yani davacının yılda 270 saate kadar fazla çalışma yapması halinde ücretinin aylık ücreti içerisinde kabulü de mümkün değildir. Bu tespitlerden sonra mahkemece yapılacak iş, yeniden bilirkişi incelemesi yaptırarak aylık net 1.100,00 TL ücret alan davacının varsa haftalık 45 saati aşan çalışmaları tespit edilerek fazla çalışma alacağının hesaplanması ve sonucuna göre karar vermektir..."Yarg. 7. HD., 01.04.2014, E:2013/25234 K:2014/7127

ücretinin tazminat ve diğer alacakların hesabında dışlanması gerekir mi? Öğretide bir görüşe göre, fazla çalışma ücretleri ihbar ve kıdem tazminatı hesabında dikkate alınmayacağından işçinin tazminata esas ücretinden de ayıklanmalıdır. Bunun için de, yılda 270 saate karşılık gelen zamlı fazla çalışma ücretinin hesaplanarak işçinin ücretinin düşülmesi ve tazminata esas ücretin buna göre belirlenmesi zorunluluğu ortaya çıkmaktadır⁴⁹. Ne var ki, yazar Yargıtay'ın tazminata esas ücretin savunduğu yönetime göre belirlenmesi yönünde bugüne kadar bir karar vermediğini ve işçinin fazla çalışma ücreti dâhil ücret dikkate alınarak yapılan tazminat hesaplarını kabul ettiğini vurgulamaktadır⁵⁰.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, önüne gelen seri dosyalara ilişkin 2014 tarihli üç kararda fazla çalışma ücretinin ücretin içinde yer aldığı ve asıl ücretin fazla çalışma ücreti olarak ödenen tutarın dışlanması sonucu kabul edilen çıplak ücret olduğu; fazla çalışma ve ulusal bayram/genel tatil ücreti alacaklarının bordroda belirtilen çıplak ücret, kıdem tazminatının ise çıplak ücrete göre belirlenecek giydirilmiş ücret üzerinden hesaplanıp hüküm altına alınması gerektiği gerekçesiyle yerel mahkeme kararlarını bozmuştur⁵¹. Yargıtay aynı seri dosyalarda verdiği diğer kararlarda da fazla çalışma ücretinin ücretin içinde yer aldığı ve asıl ücretin fazla çalışma ücreti olarak ödenen tutarın dışlanması sonucu kabul edilen çıplak ücret olduğu; fazla çalışma ve ulusal bayram/genel tatil ücreti alacaklarının bordroda belirtilen

çıplak ücret üzerinden hesaplanıp hüküm altına alınması gerektiğine hükmetmiştir⁵². Yargıtay'ın görece yakın tarihli kararlarından aylık ücrete dâhil edilen fazla çalışma ücretini temel ücretin parçası saymadığı, giderek kıdem tazminatıyla diğer işçi alacakları – somut olayda fazla çalışma ve ulusal bayram/genel tatil ücretleri- hesaplanırken aylık ücrete eklenen fazla çalışma ücretinin kök ücretten ayrıştırılmasını ve kıdem tazminatıyla diğer alacakların ayrıştırılma işlemi tamamlandıktan sonra arta kalan tutar üzerinden hesaplanmasını istediği sonucu çıkmaktadır. Ne var ki Yargıtay'ın ilk kez 17.02.2014 tarihli bazı kararlarda yansıttığı görüşün sonradan yerleşik bir uygulamaya dönüştüğünden söz edilemez.

Fazla çalışma ücretinin aylık ücretin içinde ödeneceğinin kararlaştırıldığı durumlarda temel ücretle fazla çalışma ücretinin ayrıştırılması gerektiğini savunan görüş ve içtihatların sağlam bir hukuki dayanağı yoktur. Her şeyden önce aylık ücrete dâhil edilen fazla çalışma ücreti özgün niteliğini yitirmekte, -deyim yerindeyse- adeta başkalaşma geçirerek yerleştiği bedenine dönüşmekte ve aylık ücretle kaynaşarak temel ücretin ayrılmaz bir ögesi haline gelmektedir. Aylık ücretin içinde ödenen fazla çalışma ücreti eklenti değil, bütünleyici parçadır. Böyle bir aşamada, fazla çalışma ücretinin aylık temel ücretten ayrıştırılması artık olanak dışıdır. Zira fazla çalışma ücreti aylık ücrete dâhil edildiğın-

49 Çil, Şahin: Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2007/3, sayı 14, s. 67.

50 Çil, s. 67.

51 "...Diğer taraftan fazla mesai ücretinin ücretin içinde olması ve asıl ücretin fazla mesai olarak ödenen miktarın dışlanması sonucu kabul edilen çıplak ücret olması karşısında, fazla mesai ve tatil ücret alacaklarının bordrodaki bu belirtilen çıplak ücret, kıdem tazminatının ise çıplak ücrete göre belirlenecek giydirilmiş ücret üzerinden hesaplanıp hüküm altına alınması gerekir. Eksik inceleme ve hatalı değerlendirme ile alacakların kabulü hatalıdır..."Yarg. 9. HD, 17.2.2014, E:2013/6884 K:2014/4580 (kişisel arşiv); Yarg. 9. HD, 17.2.2014, E:2013/7674 K:2014/4586 (kişisel arşiv); Yarg. 9. HD, 17.2.2014, E:2013/8688 K:2014/4590 (kişisel arşiv),

52 Yarg. 9. HD, 17.2.2014, E:2013/6825 K:2014/4575 (kişisel arşiv); Yarg. 9. HD, 17.2.2014, E:2013/6826 K:2014/4576 (kişisel arşiv); Yarg. 9. HD, 17.2.2014, E:2013/6828 K:2014/4578 (kişisel arşiv); Yarg. 9. HD, 17.2.2014, E:2013/6829 K:2014/4579 (kişisel arşiv); Yarg. 9. HD, 17.2.2014, E:2013/6885 K:2014/4581 (kişisel arşiv); Yarg. 9. HD, 17.2.2014, E:2013/7670 K:2014/4582 (kişisel arşiv); Yarg. 9. HD., 17.2.2014, E:2013/7671 K:2014/4583 (kişisel arşiv); Yarg. 9. HD, 17.2.2014, E:2013/7672 K:2014/4584 (kişisel arşiv);- Yarg. 9. HD, 17.2.2014, E:2013/7673 K:2014/4585 (kişisel arşiv); Yarg. 9. HD, 17.2.2014, E:2013/7675 K:2014/4587 (kişisel arşiv); Yarg. 9. HD, 17.2.2014, E:2013/7676 K:2014/4588 (kişisel arşiv); Yarg. 9. HD, 17.2.2014, E:2013/8687 K:2014/4589 (kişisel arşiv); Yarg. 9. HD, 17.2.2014, E:2013/8832 K:2014/4591 (kişisel arşiv); Yarg. 9. HD, 17.2.2014, E:2013/9707 K:2014/4592 (kişisel arşiv); Yarg. 9. HD, 17.2.2014, E:2013/10164 K:2014/4593 (kişisel arşiv).

de, işveren işçinin fazla çalışma yapmadığını öne sürerek aylık ücretin azami yasal fazla çalışma süresi karşılığı fazla çalışma ücretine denk gelen kısmını ödemekten kaçınmaz. Başka bir anlamıyla, işveren hiç fazla çalışma yapmayan işçiye dahi sözleşmeyle kararlaştırılan ücreti ödeme yükümlülüğü altındadır; işçinin fazla çalışma yapmadığı veya fazla çalışmanın aylık ortalama azami yasal fazla çalışma süresinin altında kaldığı gerekçesiyle aylık ücrette indirimde gidemez⁵³. Kaldı ki bir an için aylık ücrete dâhil sayılan fazla çalışma ücretinin özgün niteliğini koruduğu düşüncesi benimsense bile, tazminatlar ve öteki alacaklar yine de aylık toplam ücret üzerinden hesaplanmalıdır. Şöyle ki fazla çalışma ücretinin kıdem tazminatıyla diğer alacakların hesabında esas alınmaması, mutlak bir kural değildir. Yargıtay arızı fazla çalışma ücretinin kıdem tazminatı hesabında dikkate alınamayacağı kanısındadır⁵⁴. Bununla birlikte, öğretide fazla çalışmanın

53 "...Karşı oy: Üstelik aylık ücrete fazla çalışma ücretlerinin dâhil olduğuna dair kararlaştırmaları yılda 270 saatlik fazla mesai sınırına kadar geçerli kabul eden yerleşik içtihadın anlamı, bu süredeki fazla çalışma karşılıklarının işçiye, fiilen fazla çalışma yapsın/yapmasın, ödendiğidir..."Yarg. 9. HD, 05.06.2012, E:2009/50037 K:2012/19513, www.legalbank.net. Örneğin 2016 yılında işçinin aylık ücreti 1.894,05 TL olup, iş sözleşmesi fazla çalışmayı aylık ücrete dâhil eden bir kayıt içermektedir. İşverenin Ocak ayında fazla çalışma yapmayan işçiye sözleşmeyle kararlaştırılan ücret yerine asgari ücret (1.647,00 TL) ödeme hakkı yoktur.

54 "...Kıdem tazminatına esas alınacak olan ücretin tespitinde İş Kanununun 32. maddesinde sözü edilen asıl ücrete ek olarak işçiye sağlanan para veya para ile ölçülebilen menfaatler göz önünde tutulur. Buna göre ikramiye, devamlılık arz eden prim, yakacak yardımı, giyecek yardımı, kira, aydınlatma, servis yardımı, yemek yardımı ve benzeri ödemeler kıdem tazminatı hesabında dikkate alınır. İşçiye sağlanan özel sağlık sigortası yardımı ya da hayat sigortası pirim ödemeleri de para ile ölçülebilen menfaatler kavramına dâhil olup tazminata esas ücrete eklenmelidir. Satış rakamları ya da başkaca verilere göre hesaplanan pirim değişkenlik gösterse de, kıdem tazminatı hesabında genişletilmiş ücret kavramı içinde değerlendirilmelidir. ..."İşçiye sağlanan koruyucu elbise, işyerinde kullanılmak üzere havlu, sabun yardımı, arızı fazla çalışma, ulusal bayram genel tatil, hafta tatili alacakları dikkate alınmaz.."Yarg 9. HD., 30.06.2011 E: 2009/17310 K: 2011/19792, www.legalbank.com.

işin niteliği veya üretimin arttırılması nedeniyle işverence birbirini izleyen yıllar boyunca yasal sınırlar içinde devamlı olarak uygulanabileceği, böyle bir uygulama söz konusuysa fazla çalışma ücretlerinin kıdem tazminatının hesabında göz önünde tutulması gerektiği ifade edilmektedir⁵⁵. Oysa iş sözleşmesi bu tarz bir kayıt içeren işçi, aylık 22,5 saat karşılığı fazla çalışma ücretini, fazla çalışmaya dahi, sürekli biçimde her ay almaktadır. Böyle bir durumda, fazla çalışma ücretinin sürekliliği tartışma dışıdır. Bu bakımdan, tazminatlarla diğer alacakların azami yasal fazla çalışma süresi karşılığı ücreti de içeren aylık ücret üzerinden hesaplanması yönündeki yerleşik uygulamadan vazgeçilerek, hiçbir kuramsal dayanağı bulunmayan ve pratikte pek çok güçlük yaratacak ayırıştırma yöntemine geçilmesi uygulamada herhangi bir yarar sağlamayacağı gibi, hukuka da aykırıdır.

IV. DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Fazla çalışma ücretini aylık ücrete dâhil eden anlaşmaların hukuki temeli, sözleşme özgürlüğü ilkesiyle açıklanmaktadır. Ne var ki fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dâhil edilmesini salt sözleşme özgürlüğü ilkesine dayandırmak, son derece kolaycı bir yaklaşımdır. Zira yasal düzenlemeler, işverene fazla çalışma yapan işçiye fazla çalışma ücreti ödeme veya serbest zaman kullandırma dışında üçüncü bir seçenek sunmamaktadır. Bununla birlikte, işçinin serbest zaman karşılığında fazla çalışma ücretinden feragat etmesine olanak tanıyan bir sistemde -işçinin onayı alınmak koşuluyla- fazla çalışma ücreti aylık ücrete evleviyetle dâhil edilebilir. Şu halde fazla çalışma karşılığında fazla çalışma ücreti yerine serbest zaman kullanımını işçiden yazılı onay alınması koşuluna bağlayan yasal düzenleme, aylık temel ücretin fazla çalışma ücretini içermesinin de normatif dayanağını oluşturmaktadır. Fazla çalışma ücreti genellikle iş sözleşmesine konulan kayıtlarla aylık ücrete dâhil edilmektedir. İşçi ve işveren iş ilişkisi sırasında bağtladıkları ayrı bir sözleşmeyle de aylık ücretin fazla çalışma ücretini içereceğini kararlaştırabilir. Ne

55 Süzek, s. 791.

var ki fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dâhil edilmesi esaslı değişiklik anlamına geldiğinden İş Kanunu'na tabi işçiler açısından değişiklik prosedürü izlenmelidir. Ekleyelim ki, fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dâhil edilmesi, geçmişe etkili sonuç doğurmaz. Öte yandan işyeri uygulaması, personel yönetmeliği ve toplu iş sözleşmesi gibi araçlar fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dâhil edilmesine elverişli değildir. Öncelikle aylık ücretin fazla çalışma ücretini içermesi işçinin yazılı onayını gerektirdiğinden fazla çalışma ücretinin işyeri uygulamasıyla aylık ücrete dâhil edilemeyeceği vurgulanmalıdır. Personel yönetmeliğinde yer alan ve aylık ücretin fazla çalışma ücretini içerdiğini öngören bir düzenleme de hüküm ifade etmez. Zira olağan fazla çalışmada ve fazla çalışma karşılığı serbest zaman kullanımında işçinin bireysel yazılı onayı arandığı gibi, aylık ücretin fazla çalışma ücretine dâhil edilebilmesi için de işçiden kişisel ve yazılı şekilde onay alınmalıdır. Benzer biçimde, işçi sendikasıyla işveren/işveren sendikası arasında bağitlanan toplu iş sözleşmesinde fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dâhil eden bir hükme yer verilmesi; toplu iş sözleşmesinin kapsamına giren işçileri bağlamaz. Bu noktada, toplu iş sözleşmesiyle kişisel yanı ağır basan bazı borçların işçiye yüklenemeyeceği ve yine toplu iş sözleşmesi yoluyla işçinin bir takım haklardan yoksun kılınamayacağı; işçinin bireysel onayının arandığı konuların toplu iş sözleşmesine konu olamayacağı vurgulanmalıdır. Nitekim başta duraksama gösteren Yargıtay, daha sonra –eksik ve yetersiz bir gerekçeyle de olsa- fazla çalışma ücretinin aylık ücretin içinde yer aldığını düzenleyen toplu iş sözleşmesi hükmünü geçersiz saymıştır.

Aylık ücretin fazla çalışma ücretini içermesi sınırlı bir etki yaratır. Buna göre, fazla çalışma ücretini aylık ücrete dâhil eden sözleşmelerle en çok azami yasal fazla çalışma süresine denk fazla çalışma ücreti aylık ücrete dâhil edilebilir. Dolayısıyla azami yasal çalışma süresinin üzerinde fazla çalışma yapan işçi, yasal üst sınırı aşan fazla çalışması karşılığında fazla çalışma ücretine hak kazanır. Yargıtay ilke kararlarında fazla çalışma ücretini aylık ücrete dâhil eden sözleşmeler ve

sözleşme kayıtları yılda 270 saatle sınırlı olmak kaydıyla geçerli kabul edilmektedir. Ancak yıllık 270 saatlik üst sınır sadece İş Kanunu'nda yer almaktadır. Bundan dolayı, yıllık 270 saatlik tavan yalnızca İş Kanunu'na ve kıyasen fazla çalışmanın üst sınırı konusunda herhangi bir üst sınıra yer vermeyen Türk Borçlar Kanunu'na tabi iş ilişkilerinde uygulama alanı bulur. Bazı Yargıtay kararlarında fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dâhil edilmesi durumunda 270 saatin 12 aya bölünerek aylık 22,5 saati aşan fazla çalışmalar için ayrıca fazla çalışma ücreti ödenmesi gerektiğine hükmedilmişse de, anılan içtihat yerinde değildir. Zira fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dâhil edilmesi işverene bir takvim yılı içinde ek fazla çalışma ücreti ödemeksizin 270 saate kadar fazla çalışma yaptırma hakkı vermektedir. Deniz İş Kanunu'nun kapsamına giren iş ilişkilerinde azami yasal fazla çalışma süresi haftada 72 saat; Basın İş Kanunu'na tabi iş ilişkilerinde ise günde 3 saattir. Şu halde haftada 72 saatten fazla çalışan gemi adamıyla günde 3 saatten fazla çalışan gazeteci -iş sözleşmelerinde fazla çalışma ücretini aylık ücrete dâhil eden bir kayıt bulunsa dahi- ayrıca fazla çalışma ücretine hak kazanır. Ekleyelim ki, haftalık çalışma süresinin sözleşmeyle yasal çalışma süresinin altında belirlendiği durumlarda fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dâhil edilmesi aylık ücretin fazla sürelerle çalışma ücretini de içermesi sonucunu doğurur.

Aylık ücretin fazla çalışma ücretini de içerdiğinin kabul edilebilmesi için aylık temel ücretin belli bir tutara ulaşması şarttır. Söz gelimi iş sözleşmesinde fazla çalışma ücretini aylık ücrete dâhil eden bir kayıt yer alan, ancak asgari ücret ödenen işçinin aylık ücretinin fazla çalışma ücretini de içerdiği ileri sürülemez. Zira böyle bir durum işçinin temel ücretinin asgari ücretin altına düşmesine yol açar. Ne var ki fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dâhil edilebilmesi için işçiye salt asgari ücretin üzerinde bir ödeme yapılması yeterli görülemez. Şöyle ki fazla çalışma ücreti aylık ücrete dâhil edilen işçiye en az, asgari ücretle asgari ücret üzerinden hesaplanan azami ortalama aylık yasal fazla çalışma süresi karşılığı fazla çalışma ücreti toplamı tutarında

ücret ödenmelidir. Aksi takdirde fazla çalışma ücretini aylık ücrete dâhil eden sözleşme veya sözleşme kaydı geçersiz sayılır. İş Kanunu'na ve Türk Borçlar Kanunu'na tabi işçilerde asgari ücretle asgari ücret üzerinden hesaplanan 22,5 saat fazla çalışma karşılığı fazla çalışma ücreti toplanarak ödenmesi gereken asgari tutar bulunur. Buna karşılık, gazetecilerde ve gemi adamlarında farklı hesaplama yöntemleri uygulanmalıdır. Fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dâhil edilmesinin iş hukukuna ilişkin tazminatlarla diğer alacaklara etkisi öğretide tartışılmış ve Yargıtay kararlarına da konu olmuştur. Öğretide bir görüşe göre, aylık ücrete dâhil edilen fazla çalışma ücreti aylık temel ücretten ayıklanarak kıdem tazminatı ve diğer alacaklar hesaplanmalıdır. Nitekim 2014 tarihli bazı Yargıtay kararlarında da aynı görüş benimsenmiştir. Ne var ki aylık ücrete dâhil edilen fazla çalışma ücreti özgün niteliğini yitirmekte ve aylık ücretle kaynaşarak temel ücrete dönüşmektedir. İşveren işçi fazla çalışma yapmasa dahi sözleşmeyle kararlaştırılan ve fazla çalışma ücretini de içeren aylık ücretin tamamını ödemekle yükümlüdür; başka bir anlatımla işveren fazla çalışma yapılmadığı gerekçesiyle aylık ücrete dâhil edilen fazla çalışma ücretini ödemekten kaçınmaz. Şu halde fazla çalışma ücretini içeren aylık ücret, çıplak temel ücret niteliğindedir. Yasal düzenlemeden, toplu iş sözleşmesinden ve iş sözleşmesinden doğan bütün alacaklar, yerleşik uygulama da dikkate alınarak, aylık ücrete dâhil fazla çalışma ücreti aylık ücretten ayrıştırılmaksızın hesaplanmalıdır. Bu doğrultuda, öğretide ve 2014 tarihli bazı Yargıtay kararlarında savunulan aksi yönde görüşe katılmak olanak dışıdır.

KAYNAKÇA

- Alp, M. (2005). İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, Ankara: Seçkin Yayınları
- Astarlı, M. (2008). Alman ve Türk hukuklarında Fazla Saatlerle Çalışma Ücretlerinin Asıl Ücrete Dâhil Olduğuna İlişkin Sözleşme Hükümleri ve Geçerlilik Koşulları, Kamu-İş, Cilt:9, 2008/4, s. 39-67
- Çelik, N./Canıklıoğlu, N./Canbolat, T. (2015). İş Hu-

kuku Dersleri, Yenilenmiş 28. Bası, İstanbul: Beta Yayınları

Çil, Ş. (2007). Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2007/3, sayı 14, s. 57-79

Eyrenci, Ö./Taşkent, S./Ulucan, D. (2014). Bireysel İş Hukuku, Yenilenmiş 5. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları

Karacan, H. (2007). 4857 sayılı İş Kanununa Göre Fazla Çalışma, Ankara: Seçkin Yayınları

Kılıçoğlu, M./Şenocak, K. (2008). İş Kanunu Şerhi, Cilt I, Güncelleştirilmiş ve Genişletilmiş 2. Baskı, İstanbul: Legal Yayıncılık

Sümer, H. H. (2014). Basın İş Kanununa Göre Fazla Çalışma, Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt:20, Sayı:1, Özel Sayı, s. 91-121

Süzek, S. (2015). İş Hukuku, Yenilenmiş 11. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları

Şakar, M. (2014). İş Hukuku Uygulaması, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 10. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları

Tuncay, A. C./Savaş Kutsal, B. (2015). Toplu İş Hukuku, 4. Bası, İstanbul: Beta Yayınları

Yamakoğlu, E. (2011). Türk İş Hukukunda Fazla Saatlerle Çalışma, İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınevi