

Çağrıya Hazır Halde Nöbette Beklemek ve Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin İcap Nöbeti İçtihadına İlişkin Bir Değerlendirme

Öz

Çalışma sürelerinin belirlenmesi işçinin ücret ve fazla çalışma ücretine hak kazandığı sürelerin belirlenmesinin yanı sıra, günlük, haftalık ya da yıllık azami çalışma sürelerinin ve asgari dinlenme sürelerinin belirlenmesi bakımından da önem taşır. Çalışma süresi genel olarak işçinin işinde geçirdiği süre olarak tanımlanmasına rağmen, işyerinde işverenin emrine hazır şekilde beklediği süreler de çalışma süresinden sayılmaktadır. Bu konuda tartışmalı hususlardan

biri, işçinin işyerinde, evinde, kendisinin veya işverenin belirlediği bir mekânda işverenden gelecek iş görme çağrısını bekleyerek nöbette geçirdiği sürenin hukuki niteliğidir.

Bu çalışmada çağrıya hazır halde nöbette beklenen sürenin çalışma süresinden sayılıp sayılmamasına ilişkin hukuki sorun karşılaştırmalı hukuk ve yargı kararları ışığında ele alınacak ve Yargıtay'ın icap nöbetine ilişkin içtihadı bu çerçevede değerlendirilecektir.

Anahtar Sözcükler:

Çalışma süresi, nöbet çalışması, icap nöbeti, çağrıya hazır şekilde bekleme.

On-Call Duty And The Evaluation Of The Supreme Court's 9th Civil Chamber's Verdict Regarding Employees On-Call Duty

Abstract

Working hours must be determined in order to regulate the daily, weekly, or annual maximum working hours and minimum rest periods, as well as the periods during which the employee is entitled to wage and over-

time pay. Although working time is generally defined as the time spent by the employee at her job, it also includes the time she spends waiting at the employer's disposal at the workplace. One of the controversial issues in

*Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, hande.aykac@hbv.edu.tr, ORCID: 0000-0003-2057-1102.

this regard is the legal feature of the worker's time spent on-call duty, waiting for the employer's call to work, at her workplace, at home, or a location determined by her or the employer.

In this study, the legal problem of whether

the time on duty while ready to call is regarded as working time will be discussed in the light of comparative law and judicial decisions and the verdict of the 9th Civil Chamber of the Supreme Court regarding on-call duty will be evaluated within this framework.

Keywords:

Working time, on-call duty, on-call service, stand-by time.

Giriş

İşçinin çalışma sürelerinin belirlenmesi, ücrette hak kazandığı süreleri ortaya koymasının yanı sıra, günlük, haftalık ya da yıllık azami çalışma sürelerinin ve asgari dinlenme sürelerinin tespiti bakımından da önem taşır. Çalışma süresi genel olarak işçinin işinde geçirdiği süre olarak tanımlanmasına rağmen, işyerinde işverenin emrine hazır şekilde beklediği süreler de çalışma süresinden sayılmaktadır. Bu konuda tartışmalı hususlardan biri, işçinin işyerinde, evinde, kendisinin veya işverenin belirlediği bir mekânda işverenden gelecek iş görme çağrısını bekleyerek nöbette geçirdiği sürenin niteliğidir. Genel olarak "nöbet hizmeti" veya "icap nöbeti" olarak adlandırılan bu durumda işçi işyeri içinde veya işyeri dışındaki bir yerde beklemekte ve gerektiğinde gecikmeksizin hemen veya kısa süre içerisinde işgörüme edimini yerine getirmesi kendisinden beklenilmektedir. Özellikle işyeri dışında bu şekilde nöbette bekleyen işçi, işin çıkmadığı durumlarda belirli düzeyde bir serbestiye sahip olabilmekte, örneğin televizyon izleyebilmekte, gazete okuyabilmekte ve uyuyabilmektedir. Buna karşılık bu konuda tam bir serbestiden söz etmek de mümkün değildir. Zira işveren her an işçiyi önceden uyardıktan işe çağırabilecek durumda olduğundan işçinin nöbette beklediği sürede hem yeterince hızlı bir şekilde işe gitmesini engelleyecek aktivitelerden hem de sinemada bir film izlemek ya da spor aktivitesine katılmak gibi blok zaman gerektiren ak-

tivitelerden uzak durması gerekmektedir¹. Diğer yandan, esasen işveren "nöbette bekleyen işçiler" uygulamasından ekonomik bir kazanç elde edebilmektedir. Buna göre; nöbette geçen süre çalışma süresinden sayılmayıp işverenin herhangi bir ücret ödemesini gerektirmediğinde işveren normal ücret veya fazla çalışma ücreti ödemediği çalışma saatlerini sınırlandırabildiği gibi, işyerinde sürekli çalışan işçi sayısını da azaltabilmektedir².

Her ne kadar nöbet çalışması yeni bir çalışma biçimi olmasa da teknolojik gelişmeler sonucu yaygınlaşan cep telefonları, elektronik çağrı cihazları, akıllı telefonlar ya da gelişmiş mesajlaşma uygulamaları, işçinin ihtiyaç duyulduğu anda bulunduğu yerden işyerine çağrılabilmesi konusunda işverene kolaylık sağlamış, söz konusu çalışmanın uygulanabilirliğini artırmıştır³.

Bu çalışmada işçinin çağrıya hazır halde nöbette beklediği sürenin çalışma süresinden sayılıp sayılmamasına ilişkin hukuki sorun, karşılaştırmalı hukuk ve yargı kararları ışığında ele alınacak,

1 Phillips, E. (1997). On-call Time Under the Fair Labor Standards Act. Michigan Law Review, 95 (8), s. 2633; Schwartz, L. (2005). 40 U.S.F. L. Rev. 217 (2005-2006), University of San Francisco Law Review, Vol. 40, Issue 1, s. 219-220. Feigin, E. D. (1998-1999). Achieving Justice for On-Call Workers: Amending the Fair Labor Standards Act, 84 Iowa L. Rev. s. 355.

2 Phillips, s. 2633-2634; Schwartz, s. 220, s. 222.

3 Özellikle işgücünü etkin şekilde kullanmaya yönelik ekonomik baskının artması ile 1990'lardan sonra nöbet usulü çalışma işverenler nezdinde ciddi bir popülerite kazanmıştır (Schwartz, s. 220).

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin icap nöbetine ilişkin içtihadı yine bu çerçevede değerlendirilecektir.

I. Karşılaştırmalı Hukuk

1. Amerikan Hukuku

Amerikan hukukunda mevcut regülasyonlar çerçevesinde çağrıyı bekleme zamanının kişisel uğraşlar için etkin şekilde kullanılıp kullanılmadığı noktasından hareketle bir sonuca varılmaya çalışılmaktadır⁴. *Martin v. Ohio Turnpike Comm'n*⁵ kararında işçinin çalışmak üzere beklediği nöbet süresinin ücret ödenmeyi gerektiren çalışma süresinden sayılıp sayılmadığı hususu değerlendirilirken şu tespitlerde bulunulmuştur: Bir işverenin, işçilerden kendilerine nereden ulaşılacağı konusunda bilgi vermelerini istemesi, bunun çalışma süresi olarak tazmin edilebilir olduğu anlamına gelmez. Çağrıyı bekleme zamanının çalışma süresinden sayılabilmesi için işçiler, nöbet

zorunluluğunun, zamanı kendi kişisel uğraşları için etkin olarak kullanma imkanlarını ciddi şekilde sınırlandırdığını ortaya koymak durumundadırlar. Örneğin, işverenin onları çok sık işe çağırması dolayısıyla söz konusu zamanı uygulamada etkin şekilde kullanma imkanlarının ortadan kalktığı ya da işverenin çağrı sisteminin, kişisel faaliyetleri ciddi şekilde engelleyecek kadar dikkat dağıtıcı olduğu ortaya konulabilecektir. Somut olayda ise mahkeme, işçilerin sıklıkla işe çağrıldıkları hususunda kanıt sunamadıkları, işverenin işçi arandıktan sonra belirli bir süre içerisinde işe gelmeyi şart koşmaması⁶, bu nedenle de işçilerin seyahat imkanlarının sınırlanmadığı, fiili olarak çok sayıda faaliyete katıldıklarını kabul ettikleri gerekçeyle nöbette beklenen sürenin çalışma süresinden sayılması talebini reddetmiştir.

Skidmore v. Swift & Co. kararında Amerikan Yüksek Mahkemesi, söz konusu zamanın "baskın olarak işveren lehine mi yoksa işçi lehine mi harcanmış" noktasından hareketle bir sonuca varmaya çalışmıştır⁷. Mahkemeye göre; söz konusu tespit, taraflar arasındaki sözleşme, işin niteliği ve bekleme zamanı ile ilişkisi ve olayın tüm özellikleri

4 Philips, s. 2637; Schwarz, s. 221 vd; Feigin, s. 360 vd. Amerikan hukukunda Adil İş Şartları Yasası (FLSA), çalışma ve dinlenme süresi şeklinde yalnızca iki kategori bulunmakta, nöbet çalışmasının niteliği konusunda ise bir açıklık getirmemektedir. Bu durum ise mahkemelerin nöbette beklenen süreyi mutlaka iki halden birine sokmaya çalışmalarına yol açmaktadır. Bu konuda salt çalışma/dinlenme süresi şeklinde ikili ayırımın bulunması haksız bir önyargı oluşturarak hem işçiye hem işverene zarar verme potansiyeline sahip olmaktadır (Schwarz, s. 221, s. 223). Bu durumu eleştiren yazarlar, yasanın bu konuda çok muğlak ve dar bir çerçeve sunduğuna bu sebeple de mahkemelerin geniş takdir yetkisi nedeniyle benzer olaylarda çok farklı kararlar verebildiklerine dikkat çekmektedirler. Ayrıca yüksek mahkemenin bu konuda uyguladığı "zamanın kişisel uğraşlar için etkin şekilde kullanılıp kullanılmama" ölçütünün bu konuda yeterli yol göstericilikten uzak olduğuna da vurgu yapılmaktadır (Philips, s. 2637-2638; Schwartz, s. 224, s. 225 vd; Feigin, s. 361). Örneğin, *Bright v. Houston Northwest Medical Center, Inc* kararında mahkeme, işçiye nöbet sörevi sırasında işyerini terk etme izni verilmesi olgusunu tek başına –bu sürede işçi üzerindeki ağır sınırlamalara rağmen- çalışma süresinden sayılmama ve ücrete hak kazanılmama sonucu için yeterli görmüştür (Feigin, s. 364 vd; Schwartz, s. 217 vd).

5 *Martin v. Ohio Turnpike Comm'n*, 968 F.2d 606 (6th Cir. 1992). <https://casetext.com/case/martin-v-ohio-turnpike-comm> (Erişim Tarihi. 04.11.2022) Benzer diğer bir karar için bkz. Secunda, P. M. (2019). The Employee Right to Disconnect. Notre Dame Journal of International & Comparative Law: Vol. 9, Iss. 1, Article 3, s. 23-24.

6 Somut olayda, müdür bir işçiyi arar ve acil duruma yardımcı olmak için işyerine zamanında varamayacak kadar uzak bir yerde olduğunu öğrenirse, başka bir işçiyi aramaktadır. İşverenin çağrıyı karşılayamayan işçiye disiplin cezası uyguladığına ilişkin de bir kanıt bulunmamaktadır.

7 323 U.S. 134 (1944), Philips, s.2638; Schwatz, s. 224; Feigin, s. 359. *Armour & Co. v. Wantock* kararında ise yüksek mahkeme, işçinin bekleme zamanının Adil İş Standartları Yasasına (FLSA) göre; çalışma süresinden sayılabileceğine hükmetmiştir. Buna göre; söz konusu olayda itfaiyeciler normal çalışmalarının dışında işyerinde beklemek zorundadırlar. Mahkeme, işverenin işçileri "işyerinde beklemek için" işe aldığına dikkat çekerek bekleme zamanlarını ücrete hak kazandırır nitelikte bulmuştur (323 U.S. 126 (1944), Philips, s. 2638, 2647; Schwatz, s. 223-224; Feigin, s. 359). Aynı şekilde diğer bir kararda da itfaiye işçilerinin-itfaiye istasyonunda bulunmaları gerekmesi de- çağrı gelmesi durumunda 20 dakika içinde işlerinin başında olmaları gerekmesi karşısında nöbette bekledikleri süreler ücrete hak kazandırır nitelikte bulunmuştur (*Renfro v. City of Emporia*, 948 F.2d 1529, 10th Cir. 1991, Feigin, s. 368). 5 dakika içinde işyerinin üniformasını giymek suretiyle gelen çağrıya cevap vermek zorunda olan acil sağlık teknisyenleri hakkında aynı yönde karar için bkz. *Spencer v. Hyde County*, 959 F. Supp. 721, 727, E.D.N.C. 1997, Feigin, s. 368-369.

gibi somut olayın tüm özelliklerine bağlı olarak değişebilecek niteliktedir.

Bir görüşe göre; mahkemeler bu konuda değerlendirme yaparken "bekleme zamanının işveren için yarattığı fayda"ya daha fazla ağırlık vermelidirler⁸. Buna göre; işveren için bekleme zamanı ile sağlanan fayda arttıkça, işverenlerin bu süre için ücret ödeme ihtimalleri o ölçüde ağırlık kazanmalıdır. Söz konusu faydalar çerçevesinde işverenin, işçinin yapması gereken görevi -işyerinde fiziksel olarak mevcut olmasa bile- gerektiğinde tamamlayacağını bilmesi sayılmaktadır. Nitekim gelen çağrıya cevap verecek bir çalışana sahip olmak, işverenin işyerinde çalışan sayısını asgaride tutmasını sağlamaktadır. Eğer söz konusu çağrıya yanıt vermek zorunda olmasa, işveren ya söz konusu hizmeti sunamayacak ya da o iş için en az asgari ücret ödeyeceği bir işçiyi işyerinde hazır bulundurmak durumunda kalacaktır⁹.

Yine bu görüşe göre; mahkemeler işçinin bekleme zamanında katlandığı külfete de dikkat etmelidirler. Bu değerlendirme yapılırken de 1. İşçinin işe çağırılma sayısı, 2. İşe çağırıldığında işte geçirilen sürenin uzunluğu, 3. İşe dönmesi için gereken sürenin uzunluğu dikkate alınmalıdır¹⁰. İşçinin işe çağırılma sayısının sık oluşu, katlandığı külfetin artmasına ve işçinin kişisel aktiviteleri için yeterince zaman ayıramamasına neden olacağı gibi, normal çalışma sürelerine büyük ölçüde benzer olduğundan ücrete hak kazandıracığı

tespiti yapılabilecektir¹¹. Mahkemeler genellikle 24 saatlik bir zaman dilimi içinde iki ve daha az sayıda çağrılmayı az sıklıkta çağrılma olarak değerlendirmekte ve bekleme zamanını ücretlendirmemektedir. Buna karşılık öğretide bu durum eleştirilerek, işçinin her bir çağrılıştaki bir ila üç saat arasında çalıştırılması durumunda, 24 saatlik bir zaman dilimi içinde iki kez çağrılmasının ona kişisel aktiviteleri için yeterli zaman bırakmayacağına dikkat çekilmektedir¹². Buna göre; mahkemeler her bir çağrıda işçinin çalışma süresinin uzunluğunu da dikkate almalıdırlar. Örneğin, işçinin söz konusu çağrıya yalnızca bir telefon yanıtlanması gerekiyorsa, işyerine gitmesi gereken bir işçiye nazaran daha düşük bir külfete katlanmış olacaktır. Bu konuda son olarak, işçinin ne kadar süre içinde işyerinde olmasının beklendiğine de bakılmalıdır. Nitekim kısa zaman içerisinde işyerinde bulunmak zorunda oluşu kişisel aktivitelerini ciddi şekilde sınırlandıracaktır¹³. Buna karşılık eğer işçi, söz konusu çağrıya yanıt vermek zorunda değilse bekleme zamanı ücretlendirilebilir olmayacaktır. Ancak çağrıya yanıt vermek zorunda olup olmadığı olgusu sadece işverenin beyanına göre değil, uygulamadaki gerçek koşullara bakılarak değerlendirilmelidir. Buna göre; işçi çağrıya yanıt vermediği için disiplin cezası ile karşılaşabiliyorsa çağrıya yanıt vermek zorunda olmadığından söz edilemeyecektir¹⁴. Sonuç itibarıyla, Amerikan

8 Philips, s. 2640.

9 Philips, s. 2646.

10 Bunların her biri tek başına işçi açısından yarattığı külfet bakımından önemsiz görülebilecekken, birkaçının veya tamamının kombinasyonu işçinin katlandığı külfeti artırıcı ve dolayısıyla ücreti gerektirir nitelikte görülebilecektir; bazen de tek bir unsurun başlı başına ağırlığı bu nitelikte değerlendirilebilecektir. Örneğin, eğer işçi çağrıdan sonra beş dakika gibi kısa bir süre içinde işine dönmek zorundaysa başka bir olguya bakılmaksızın bekleme zamanı ücrete hak kazandırmalıdır, çünkü işçinin katlanacağı külfet çok yüksek olacaktır. Ayrıca böyle bir durumda işverenin elde ettiği yarar da çok yüksek olacaktır. Buna karşılık eğer işçinin çağrıya yanıt verme zorunluluğu yoksa bu durumda bekleme zamanının ücretlendirilebilir olmadığından söz edilmelidir (Philips, s. 2640-2644).

11 Buna göre; çağrıya bekleyen işçinin çalışması, işyerinde çalışan işçinin çalışmasına benzerliği arttığı ölçüde işverene sağladığı fayda o ölçüde yüksek görülmeli ve dolayısıyla Adil Çalışma Standartları Yasası uyarınca ücrete hak kazandırır görülmelidir. Buna karşılık, bazı mahkemelerin yaptığı gibi işçinin söz konusu nöbet zamanını başka işçiye devredebilmesine işverenin izin veriyor olması ya da yazılı iş sözleşmesinde nöbet hizmetinin ücretlendirilmeyeceğine yönelik bir hüküm olması sonucu etkileyen bir olgu olarak görülmemelidir (Philips, s. 2641, 2647-2649).

12 Philips, s. 2641.

13 Bu konuda 20 dakika ve altında bir sürenin işçinin aktivitelerini ciddi manada sınırlandıracağı kabul edilmektedir çünkü Amerika'da işçiler genellikle işyerlerine 20 dakikalık mesafede yaşamaktadırlar, dolayısıyla evlerinden ayrılmaları mümkün olamayacaktır. Buna karşılık işe gidilmesi gereken zamanın 20 dakika ve üzerinde olması da başlı başına ücrete hak kazanılmayacağı şeklinde yorumlanmamalıdır (Philips, s. 2642).

14 Philips, s. 2644. Buna karşılık, yazara göre; eğer çağrıya

hukukunda nöbet hizmetinin Adil İş Koşulları Yasası (FLSA) bakımından ücretlendirilebilir olması işçinin söz konusu zamanda “ne yaptığına” değil, özel uğraşlarına ilişkin “ne yapamadığına” ve işverenin bundan sağladığı fayda düzeyine bağlıdır¹⁵. Buna göre; nöbette beklenen sürenin çalışma süresinden sayılıp sayılmaması konusunda tek bir standart ölçüden bahsedilemeyeceği, her olayın özelliğine göre bir değerlendirme yapılması gerektiği belirtilmektedir¹⁶. Bu görüşe göre; mahkemelerin söz konusu değerlendirmeyi yaparken somut olayda hem işçinin yüklediği külfete hem de işverenin bundan sağladığı faydaya bakarak çalışma süresinden sayıp saymamaya ilişkin bir sonuca varmaları gerekir.

Bu konuda değerlendirme yapan diğer bir yazara göre ise; mahkemelerin konuyla ilgili bir sonuca varırken salt işçilerin bekleme zamanında ne yapabildiklerine odaklanmaları, ne yapamadıklarının göz ardı edilmesine yol açtığı gibi, nöbette gelecek iş görme çağrısını beklemenin işçiler üzerinde yarattığı psikolojik yükü göz ardı etmektedir¹⁷. Nitekim bir mahkemenin itfaiye işçilerine ilişkin verdiği kararda belirttiği gibi, her an işe çağrılabilir durumda olmak işçilerin zihnen kişisel zaman aktivitesinden alacakları keyfi ve söz konusu zamanın kalitesini azaltır niteliktedir. Ayrıca çeşitli araştırmalar nöbette her an çıkacak

iş beklemenin işçilerin ruhsal sağlığını olumsuz yönde etkilediğini de ortaya koymaktadır. Dolayısıyla bu konuda olması gereken, aktif çalışan bir işçi seviyesinde olmasa da yasa da nöbet çalışmalarının ücrete hak kazandıran ayrı bir kategori şeklinde düzenlenmesidir¹⁸. Bu çerçevede nöbette bekleme süresine ilişkin olarak –normal asgari ücretin altında olacak- bir asgari ücret düzeyi belirlenmelidir. Bunun yanı sıra yapılacak düzenlemede söz konusu nöbet süresi haftalık belirli saati aşarsa söz konusu saatler için artırılmış (zamlı) ücret (fazla mesai ücreti) ödenmesini sağlayacak bir hükme de yer verilmelidir. Zira nöbet hizmeti belirli ölçüde uyguladığında her iki tarafa da faydaları olabilecek bir uygulama iken, işçinin tekrarlayan uzun periyotlarda nöbette bekleme ruhsal sağlığını olumsuz etkileme olasılığını artırmaktadır¹⁹.

2. Alman Hukuku

Alman hukukunda Alman Çalışma Süreleri Yasası uyarınca çalışma süreleri ve serbest zaman arasında işin yoğunluğunun derecesine göre “işe hazır olma” “nöbet hizmeti” ve “çağrıya hazır olma” şeklinde ara kategoriler öngörülmüştür²⁰.

yanıt verip işe gidenler ödüllendiriliyorsa bu durum çağrıya yanıt vermenin zorunlu olduğu şeklinde değerlendirilmemelidir (Philips, s. 2644). Bu konuda mahkemelerin göz önünde tuttıkları bir ölçüt de işçinin söz konusu nöbet zamanını istediğinde başka bir işçiye devredip devredemediğidir. Ancak bu ölçütün de yeterli olmadığı ifade edilmektedir (Schwartz, s. 229).

15 Philips, s. 2647. Olması gereken hukuk bakımından bu konuda tereddütleri gidermek adına açık yasal bir düzenleme yapması ve nöbet hizmetini normal çalışmadan ayırması ve örneğin daha farklı bir asgari ücrete tabi tutması veya nöbet hizmetini fazla çalışmaya ilişkin düzenlemelerden muaf tutması söz konusu olmalıdır (Philips, s. 2655).

16 Philips, s. 2636.

17 Schwartz, s. 228. Yazara göre; bu konuda olayın bütün özellikleri değerlendirilerek de olsa nöbet zamanının çalışma süresi ya da dinlenme süresi ikileminden birine sokulması, bu konuda sadece “septomatik” bir çözüm sunmakta, sorunu kökünden çözmemektedir (Schwartz, s. 235).

18 Schwartz, s. 236 vd; Feigin, s. 361. Yazara göre; böyle bir düzenleme bu konudaki karışıklık ve belirsizliği ortadan kaldıracığı gibi, işçilerin nöbet zamanının çalışma süresi olduğunu kanıtlamak konusundaki zorlu görevlerini de ortadan kaldıracaktır (Schwartz, s. 236 vd). Bu konuda ileri sürülen diğer bir görüşe göre; yasa da çalışma ve dinlenme süreleri arasındaki ayrımın netleştirilmesi sorunu çözücü niteliktedir (Feigin, s. 373 vd).

19 Schwartz, s. 237-238; Yazara göre; Adil İş Şartları yasası bir yandan işçileri asgari ücret ve fazla çalışma ücreti düzenlemeleri yoluyla korumaya çalışırken, yasa da nöbet hizmetine yönelik belirtilen yönde düzenleme olmaması önemli bir yasa boşluğu olarak ortaya çıkmaktadır (Schwartz, s. 238).

20 Suci, A. & Ion, G. (2019). Stand-by Time From Home is Paid Working Time, European Employment Law Cases, s. 270; Astarlı, M. (2008). İş Hukukunda Çalışma Süreleri, Ankara: Turhan Yayınları, s. 26; Alpagut, G. (2021). Teknolojik Gelişmelerin İşçilik Haklarına Etkisi-Daimi Ulaşılabilirlik, Prof. Dr. Turhan Esener, III. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, Editörler: Dr. Öğr. Üyesi Ender Demir, Arş.Gör. Beste Gemici Filiz, Seçkin, s. 329; Şahin Emir, A. (2022). İcap Nöbetinde Geçen Sürenin Çalışma Süresinden Sayılması- Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 17.09.2020 Tarihli Kararının Değerlendirilmesi, Çalışma ve Toplum, s. 334-335; Öktem Songu, S. (2007). İş Hukukunda Çalış-

İşe hazır olma kategorisi, işçinin işinin başında bulunduğu ancak fiili çalışmadan farklı olarak aktif şekilde çalışmadığı süre olup çalışma süresinden sayılmaktadır. Nöbet hizmeti ise, işçinin işveren tarafından belirlenen işyerinin içinde veya dışında bir yerde kalmak suretiyle ihtiyaç halinde işverenden gelen talep üzerine derhal işyerine gelerek fiili çalışmasını gerçekleştirmesidir²¹. "Çağrıya hazır olma" kategorisinde ise işçi işveren tarafından her zaman ulaşılabilir durumda kaldığı sürece kalacağı yeri belirlemede serbest bulunmaktadır. Avrupa Adalet Divanı'nın -aşağıda ele alınacak olan- nöbette bekleme sürelerini çalışma süresinden sayan kararları sonrasında 2004 yılında Çalışma Süreleri Yasası'nda yapılan değişiklikle "nöbet hizmeti" çalışma süreleri içerisine alınmıştır²². Buna karşılık Divan'ın Vorel kararında da vurgulandığı üzere, işçinin fiilen çalıştığı süre ile nöbette beklediği süre için farklı ücret ödemesi yapılabileceği kabul edilmektedir²³.

"Çağrıya hazır olma" şeklindeki üçüncü kategoride ise, nöbet hizmetinden farklı olarak işçi, çağrıya hazır olduğu dönemde konaklayacağı yeri kendisi belirlemede, bu sebeple de bu süreler çalışma süresi olarak nitelendirilmeyip dinlenme süresinden sayılmakta; sadece çağrı üzerine fiilen çalışılan süreler çalışma süresi olarak kabul edilmektedir²⁴. Bununla birlikte, işçinin çağrıya cevap verme süresinin on ya da yirmi dakika gibi çok kısa tutulduğu durumlarda konaklama mekanını seçme serbestisinin aşırı derecede sınırlandığı, bu nedenle de "çağrıya hazır olma" durumunun

değil, çalışma süresinden sayılan "nöbet hizmeti" nin söz konusu olduğu kabul edilmektedir²⁵. "Çağrıya hazır olma" kategorisine örnek olarak teknik servis hizmetleri, kışın yol açma hizmetleri, kurtarma, bakım, gözetim ve yardım hizmetleri gösterilmektedir. Esasen bu tür bir çalışmada işçinin edimine ihtiyacın ortaya çıkmaması olasılığı da olmasına rağmen işçinin her an çağrılabilme ihtimaline karşı özel yaşamını buna göre ayarlaması gerektiğine de dikkat çekilmektedir²⁶.

3. Fransız Hukuku

Fransız hukukunda nöbet süresi ("*astreinte*"), çalışanın işyerinde bulunmaksızın ve işverenin -sürekliliği ve derhal iş göreceği şekilde- emrinde olmaksızın, şirket için iş yürütmek üzere müdahale edilebilir durumda beklediği zaman olarak tanımlanmaktadır (*Code du travail*, France, s L3121-9). Yasa'ya göre; işçinin nöbette beklerken işverenden gelen çağrı üzerine fiilen çalıştığı süre, çalışma süresi olarak kabul edilmektedir. Buna karşılık, çağrıya hazır şekilde beklenen görev süresinin de ya maddi olarak ya da dinlenme şeklinde telafi edilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla Fransa'da işverenler nöbette beklenen süreyi –mutlaka fiilen çalışılan süre oranında olmasa da- tazmin etmek yükümlülüğü altındadırlar²⁷. Yine anılan yasal hü-

ma Sürelerinin Düzenlenmesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İzmir, s. 150. Bu kavramların tanımlarına yasada yer verilmemiş, ancak farklı hukuki sonuçlar bağlanmıştır. Buna göre; işçinin günlük çalışma süresi azami 8 saat, bu sürenin 6 aylık veya 24 haftalık bir dönem içinde günlük ortalaması 8 saati geçmemek üzere 10 saate kadar artırılabilmesi mümkün iken (m. 3) eğer çalışma süresi düzenli olarak ve önemli ölçüde "işe hazır olma" veya "nöbet hizmetinden" oluşuyorsa toplu iş sözleşmeleri veya bireysel iş akitleriyle çalışma süresi günlük 10 saatin üzerine çıkarılabilir (m. 7/1, 1a).

21 Suciü & İon, s. 270; Astarlı, s. 26; Şahin Emir, s. 334-335.

22 Suciü & İon, s. 270; Astarlı, s. 32; Şahin Emir, s. 337.

23 Şahin Emir, s. 337.

24 Suciü & İon, s. 270; Alpagut, s. 330; Astarlı, s. 34.

25 Astarlı, s. 34; Şahin Emir, s. 339; Alman Federal İş Mahkemesinin bu yöndeki kararı için bkz. Şahin Emir, s. 339. Estonya, Finlandiya ve İsveç'te nöbette bekleme zamanı çalışma süresinden sayılmadığı yönünde bkz. ILO (2005). Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (articles 19, 22 and 35 of the Constitution), International Labour Office, Geneva, s. 20.

26 Alpagut, s. 330; Şahin Emir, s. 340; Çağrıya hazır olma ile bir kısmı süreli çalışma türü olan çağrı üzerine çalışmanın birbirinden farklı olduğu görüşü için bkz. Şahin Emir, s. 340.

27 Katsabian, T. / Davidov, G. (2022). Flexibility, Choice and Labour Law: The Challenge of On-Demand Platforms, University of Toronto Law Journal, s. 23; Ray, J./Rojot, J. (2002). Comparative Study of the impact of electronic technology on workplace disputes. Comparative Labor Law & Policy Journal, 24 (1), s. 127-128; Fransız Temyiz Mahkemesi 1999 yılında verdiği bir kararda ambulans şoförünün evde geçirdiği nöbet görevine ilişkin ücretinin ayrıca ödenmesine ilişkin açtığı davada acil durumlarda evde veya işyerinin yakınında kalmak zorunda olan çalışanın işvereninden gelecek olası bir çağrıya

küm uyarınca, nöbet sürelerine tabi olacak işçilerin makul süre içinde bireysel nöbet programları hakkında bilgilendirilmesi gerekmektedir²⁸.

4. Diğer Bazı Hukuk Sistemleri

Finlandiya'da 2019 yılında değiştirilen ve yalnızca işçi statüsünde olanlara uygulanan Çalışma Süreleri Yasası (872/2019), nöbette bekleme süresine ilişkin hükümler de içermektedir²⁹. Ayrıca, toplu iş sözleşmelerinde de genellikle çalışma zamanı ve nöbette bekleme süresine ilişkin hükümler bulunmaktadır. Finlandiya Çalışma Süreleri Yasası uyarınca, işçi ve işverenin nöbette bekleme süresinin ücretlendirilmesi hususunda işverenin eşit davranma borcuna ve ayrımcılık yasalarına aykırılık teşkil etmeyecek şekilde serbestçe anlaşması mümkündür. Kural olarak işyeri dışında nöbette beklemek çalışma süresi olarak sayılmasa da eğer işçinin işyerinde veya işyeri yakınında kalma gerekliliği bulunmakta ise, bekleme zamanı çalışma süresi olarak kabul edilebilmektedir. Somut olaylarda da işçinin bekleme zamanında boş zamanını kullanmasına ilişkin kısıtlamalar, söz konusu sürenin ücretlendirilmesinde dikkate alınmaktadır. Buna göre; daha bağlayıcı ve kısıtlayıcı nitelikte bir nöbette bekleme olgusu, ücret ödenmesini daha yüksek olasılıkla haklı göstermektedir³⁰. Örneğin, Finlandiya'da

İş Mahkemesi ve Temyiz Mahkemesi, hem itfaiyecilerin hem gönüllü itfaiyecilerin, beş dakika içerisinde görev yerine ulaşmak zorunda olmalarını, bekleme zamanını çalışma süresinden saymak için yeterli gören kararlar vermişlerdir. Buna karşılık 2015 yılında verilen bir kararda, gelen çağrı üzerine 15 dakika içerisinde ambulansla olma zorunluluğu karşısında bekleme zamanı çalışma süresi olarak kabul edilmemiştir.

Macaristan hukukunda Macar mahkemeleri de -ABAD'ın aşağıda ele alınacak yorumu ile uyumlu olarak- işçinin bekleme zamanında özel işlerine ne ölçüde vakit ayırabildiği ölçütünden hareketle işyeri dışında gerçekleşen nöbette geçen bekleme zamanının çalışma süresi sayılıp sayılmayacağı hususunda bir sonuca varmaktadırlar³¹. Bu konuda ayrıca, işçinin bekleme zamanında ne sıklıkta çağrıldığı (gelen çağrılarının sıklığı) ölçütünü de göz önünde bulundurmaktadırlar. Bunun yanı sıra işverenlerin normal çalışma sürelerinin dışında, işçilerden belirli bir zaman diliminde düzenli olarak örtülü veya gayri resmi şekilde ulaşılabilir olmalarını talep ettikleri zamanlar dahi -eğer işçinin serbest zamanı üzerinde ciddi sınırlılıklar getiriyorsa- bütünüyle çalışma süresi olarak değerlendirilebilmektedir. Örneğin, 2015 yılında Macaristan Temyiz Mahkemesi'nin verdiği bir kararda, bekleme zamanına ilişkin hukuki nitelendirmenin mutlaka beklemeyle ilişkin işveren tarafından verilmiş yazılı bir emir bulunmasına bağlı bulunmadığı, eğer fiilen işçilere gelen aramaların ya da e-maillerin sıklığı, işçinin zamanını serbestçe değerlendirmesine engel teşkil ediyorsa, bu sürelerin kolaylıkla çalışma süresinden sayılabileceğine hükmedilmiştir³².

İngiltere'de de nöbette bekleme süresine ilişkin çok sayıda karar verilmiştir. *Fearon and Ors v. North Cumbria Acute Hospitals NHS Trust ET*³³ Kararında İş Mahkemesi, ABAD'ın çeşitli kararlarına da göndermede bulunarak, hastanede iki farklı kategoride çalışan hemşirelerin bekleme

cevap vermeye hazır olması gereken süreler olan çağrı üzerine çalışma sürelerinin, fiili çalışma veya dinlenme süresi teşkil etmeyeceği sonucuna ulaşmıştır. Kararda bu süreler çalışma süresinden sayılmasa da, dinlenme süresi olarak kabul edilmediğinden işçiye, bu sürelerin de haricinde asgari dinlenme süresinin verilmesi gerektiğini ortaya koymasındır. 4 Mayıs 1999 tarihli ve 96-43.037 sayılı karar, <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007041404/> Erişim Tarihi: 09.11.2022, Ray/Rojot, s. 127-128.

28 Modern iletişim araçları sayesinde nöbette bekleyen, işçinin işyerinde veya işyeri dışında nerede olursa olsun işverenin emrinde kalabildiği ve fiili çalışma sayısına bağlı olmaksızın kalıcı nitelikte işverenin emrinde ve hareket özgürlüğünden yoksun kalabildiğine dikkat çekilmektedir (Ray/ Rojot, s. 128).

29 Busschaert, G. (2021/41). Home-Based Standby-Time May Constitute Working Time in Accordance with EU Law, But Paid Differently Virtue of National Law (BE), European Employment Law Cases, s. 217-220.

30 Busschaert, s. 218-219.

31 Busschaert, s. 218-219.

32 Busschaert, s. 218-219.

33 Case No, 2504917/08.

zamanında ne kadar serbestiye sahip oldukları olgusunu temel alarak hükme varmıştır³⁴. Buna göre; "ilk nöbet hemşiresi" kategorisinde yer alan ve nöbet sırasında hastanede uyumak durumunda olan hemşirelerin bekleme zamanları tümüyle *çalışma* süresinden sayılmıştır. Buna karşılık, "ikinci nöbet hemşiresi" kategorisinde yer alan ve nöbetleri sırasında evlerinde bulunabilen ancak gerektiğinde yirmi dakika içerisinde hastanede olmak ve alkol almamak durumunda olan hemşirelerin bekleme süresinin *çalışma* süresinden sayılmayacağına hükmedilmiştir. Zira bu hemşire grubu, bekleme zamanında tam bir serbestiye sahip olmasa da televizyon izlemek, kitap okumak, alışveriş yapmak ve sosyalleşmek gibi aktiviteleri yapabilir durumdadır.

Brezilya hukukunda, Brezilya Yüksek Mahkemesi çalışanların şirketleri tarafından normal çalışma saatleri dışında işe çağrılmak üzere bekledikleri süreler için (bekleme modunda) normal saat ücretlerinin üçte biri oranında ödeme alma hakkına sahip olduklarına ilişkin hükme varmıştır³⁵.

5. Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararları

İşçinin çağrıya hazır nöbette beklediği bu sürelerin hukuki niteliği, Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın çok sayıda kararına konu olmuştur. Divan 2000 yılında verdiği SIMAP³⁶ Kararı'nda, iş sağlığı

ve güvenliğine ilişkin 89/391/AET ve çalışma sürelerine ilişkin 93/104/AT453 sayılı Direktifler kapsamında üye devletlerin, işçinin çağrı için beklediği süreleri dinlenme sürelerinden sayamayacağını, eylemli çalışması olmasa bile işçinin çağrı saatlerinde işyerinde beklediği sürelerin bütünüyle çalışma süresinden sayılması gerektiği vurgulanmıştır. Kararlarda çalışma sürelerinin uygulanmasına ilişkin hususlarda, konunun iş sağlığı ve güvenliğinin korunmasıyla bağlantısının göz önünde bulundurulması gerektiği vurgulanmıştır. SIMAP Kararı'nda, söz konusu bekleme zamanının işyerinde olup olmasına göre bir ayrıma gidildiği de görülmüştür. Buna göre; sağlık hizmetlerini yerine getiren doktorların sağlık merkezinde işyerinde bizzat bulunmalarının gerekmesi karşısında, nöbette göreve hazır şekilde bekledikleri tüm sürenin çalışma süresinden ve şartların oluşması durumunda fazla çalışma sayılması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. Buna karşılık eğer nöbette buldukları sürede sadece her zaman "iletişim kurulabilir" durumda iseler, sadece fiilen çalışılan sürelerin bekleme süresinden sayılması gerekir.

Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın 2003 yılında verdiği *Landeshauptstadt Kiel v Norbert Jaeger* Kararı'na konu olayda ise, Bay Jaeger Kiel'de bulunan bir hastanenin cerrahi bölümünde doktor olarak görev yapmaktadır³⁷. Bay Kiel'in normal çalışma sürelerinin dışında hastanede kendisine tahsis edilmiş ve içinde yatak da bulunan odada

34 Busschaert, s. 218-219.

35 Eurofound and the International Labour Office. (2017). Working anytime, anywhere: The effects on the world of work, Publications Office of the European Union, Luxembourg, and the International Labour Office, Geneva, s. 48.

36 ABAD 03.10.2000, C-303/98, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61998CJ0303&from=EN>, (Erişim Tarihi: 20.11.2022). Karara yönelik değerlendirmeleri için bkz. Demiral, C. (2005). Avrupa Adalet Divanı'nın Çalışanların Nöbette Geçen Sürelerinin de Çalışma Süresine Dahil Edilmesine İlişkin Kararı "SIMAP Kararı". Prof. Dr. A. Can Tuncay'a Armağan, İstanbul, s. 155 vd; Aktekin, Ş. (2006). ATAD'ın Çağrı Üzerine Çalışma Sırasında Göreve Hazır Olarak Geçirilen Tüm Sürenin Çalışma Süresine Dahil Edileceğine İlişkin "SIMAP Kararı"nın Çalışma Süresi Yönergesi'ne Etkileri Bakımından İncelenmesi. Sicil İş Hukuku Dergisi, S:

1, Mart, s. 222-228.

37 Karar için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62002CJ0151> Erişim Tarihi: 24.12.2002. Bekleme zamanını bütünüyle çalışma süresinden saymaya yönelik ABAD kararları üye devletlerde endişelere ve tartışmalara yol açmış, söz konusu yorumun katlanılmaz maliyetlere ve personel eksikliğine yol açacağı düşüncesiyle 2003/88 Sayılı Çalışma Süreleri Direktifinin revizyonu gündeme gelmiş, bu amaçla taslak metin hazırlanmış ancak yasalaşmamıştır. Yaşanan bu sürece ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Nowak, T. (2018) The Turbulent Life of the Working Time Directive, Maastricht Journal of European and Comparative Law, Vol. 25 (1) s. 121 vd; Şahin Emir, s. 337, dn.17; Aktekin, s. 225 vd. Avrupa Birliğine üye 9 Devlette işyerinde geçirilen nöbet süresinin tamamının çalışma süresi olarak değerlendirildiği yönünde bkz. Şahin Emir, s. 337, dn. 17.

-işgörmesine ihtiyaç duyulmadığında uyuma imkanı bulunarak- nöbet tuttuğu süreler de bulunmaktadır. Divan, söz konusu sürede hizmetlerine ihtiyaç duyulmadığı için işçinin dinlenmesine ya da uyumasına izin verilmiş olmasını sonucu değiştirir nitelikte görmeksizin nöbet süresinin bütünüyle çalışma süresinden sayılmasına hükmetmiştir. Karar'da, Avrupa Birliği'nin Çalışma Sürelerine İlişkin Direktifi'nde çalışma ve dinlenme süresi kavramlarının birbirlerini karşılıklı olarak dışlayıcı şekilde düzenlendiğine, diğer bir ifadeyle bir sürenin ancak ya çalışma süresi ya da dinlenme süresi olarak değerlendirilebileceğine dikkat çekilmiştir. Mahkeme'ye göre; işçinin sağlığının ve güvenliğinin etkili bir şekilde korunmasını sağlamak için, genel bir kural olarak, çalışma süresi ile dinlenme süresi birbirini takip edecek şekilde düzene konulmalıdır. Bununla birlikte işçinin etkin bir şekilde dinlenebilmesi, sadece bu saatlerin birbirini izleyecek şekilde düzenlenmesine bağlı olmayıp dinlenme saatinde işçinin dinlenmesini, rahatlamasını ve çalışmaya bağlı yorgunluğunu atabilmesini sağlayacak şekilde çalışma ortamından belirli bir saat boyunca işten uzaklaşabilmesini de gerektirir. Dolayısıyla doktorun, hastanede fiziksel olarak bulunmak suretiyle işverenin emrine hazır olarak nöbette beklemesi durumunda bu sürenin tamamı çalışma süresinden sayılmalıdır. Zira hastanede bekleme süresinde işçi, fiili olarak işini yapmasa bile, ailesinden ve sosyal çevresinden uzakta ve her istediğini yapamayacak bir şekilde özgürlüğü sınırlandırılmış durumdadır.

Adalet Divanı'nın 11 Ocak 2007 tarihinde verdiği *Vorel Kararı*'nda³⁸ ise şu tespitlerde bulunulmuştur: 1. Bir doktorun fiilen çalışmamakla birlikte kişisel olarak işyerinde bulunmak zorunda olduğu tarzda gerçekleştirdiği bir nöbet hizmetinin tamamını çalışma süresi olarak kabul etmeyen üye ülke mevzuatının, 93/104 ve 2003/88 sayılı Yönergeler ile uyumlu olduğu söylenemez.

38 *Jan Vorel v Nemocnice Český Krumlov*, 11 Ocak 2007 tarih ve C-437/05 sayılı kararı, metin için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62005CO0437>, Erişim Tarihi: 24.12.2022.

2. İşçi sağlığı ve güvenliğinin etkili bir şekilde korunması bakımından 93/104 ve 2003/88 sayılı Yönergelerle sağlanan hakların etkili geçerliliğini ihlal etmemek kaydıyla, işyerinde nöbet hizmeti görevini gerçekleştiren işçinin, bu dönem içerisinde fiilen çalıştığı süreler ile fiili olarak çalışmadığı sürelerin farklı şekilde ücretlendirilmesini öngören bir ulusal hukuk düzenlemesinin söz konusu Yönerge hükümlerine aykırı olduğu söylenemez³⁹.

Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın daha yeni tarihli verdiği kararlarda, nöbette beklenen tüm süreyi çalışma süresinden saymaya ilişkin içtihadını salt işyerinde tutulan nöbetlerle sınırlandırmadığı, bazı koşullarla işyeri dışında gerçekleşen nöbetin de çalışma süresinden sayılabileceği sonucuna vardığı görülmektedir. 21 Şubat 2018 tarihli *Ville de Nivelles v Rudy Matzak Kararı*'na konu olayda⁴⁰, Belçika İtfaiye Teşkilatı'nda işe alınan itfaiyeciler, gönüllü itfaiyeciler ve profesyonel itfaiyeciler olarak iki gruba ayrılmışlardır. Gönüllü itfaiyecilerin görev başında buldukları sürelerin yanı sıra her yıl başında belirlenen nöbet listesine göre evlerinde nöbette bekledikleri süreler de bulunmaktadır. Nöbet sürelerinde söz konusu itfaiyeciler, trafiğin normal aktığı bir saatte trafik kurallarına da uyacak şekilde en fazla 8 dakikada istasyonda olacak bir yerde ikamet etmek veya bulunmak yükümlülüğü altında tutulmuşlardır. Ücretler ise esas itibarıyla fiilen çalışılan sürelere göre belirlenmekte, bekleme sürelerine ilişkin ise yıllık bir ödenek verilmektedir. Bay Matzak ise, 1 Ağustos 1980 tarihinde Nivel şehri itfaiye istasyonunda çalışmaya başlar ve bir yıl sonra da gönüllü itfaiyeci olarak atanır. Aynı zamanda işçi olarak başka bir işte de çalışmaktadır. 2009 yılında nöbet zamanları için kendisine ücret ödenmediği gerekçesiyle dava açar. Adalet Divanı, herşey-

39 Karar ve karara ilişkin değerlendirilmesi için bkz. Astarlı, M. (2007). Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın Doktorların Nöbet Hizmetinde (Bereitschaftsdienst) Geçen Çalışma Sürelerine İlişkin "Vorel" Kararının İncelenmesi. *Kamu-İş Dergisi*, S. 3, s. 19 vd.

40 Karar için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62015CJ0518>, Erişim Tarihi: 11.11.2022.

den önce söz konusu çalışanın "gönüllü itfaiyeci" olarak tanımlanmasının onun işçi sayılmasını ve 2003/88/EC sayılı Direktif'in uygulanmasını engellemeyeceğine vurgu yapmıştır. Adalet Divanı ayrıca, anılan Direktif'in 2. maddesinde tanımlanan "çalışma süresi" ve "dinlenme süresi" kavramlarının üye devletlerce ancak işçilerin daha lehine hükümler getirmek suretiyle değiştirilebileceğinden söz etmiştir. Diğer bir ifadeyle, üye devletlerin daha sınırlayıcı bir çalışma süresi kavramı belirlemesi mümkün görülmemektedir. Diğer yandan Mahkeme, anılan Direktif'in çalışma ve dinlenme sürelerine ilişkin ücretlendirme konusunda bir hüküm getirmediğini, dolayısıyla üye devletlerin işçinin çalışma süresi için ödenecek ücret ile dinlenme süresi için ücreti farklı olarak düzenleyebileceklerini ve hatta dinlenme süresi için bir ücret ödenmemesini dahi ulusal mevzuatlarında öngörebileceklerini ifade etmiştir. Divan'a göre; çalışma süresi ve dinlenme süresi kavramları karşılıklı olarak birbirlerini dışlayıcı niteliktedir; dolayısıyla nöbet süresi ya çalışma süresi ya da dinlenme süresi olarak değerlendirilmek zorundadır. Diğer yandan, çalışanın yaptığı işin yoğunluğu ve elde ettiği çıktı, Direktif'in 2. maddesi anlamında 'çalışma süresi' kavramının karakteristik unsurları arasında yer almamaktadır. İşyerinde fiziksel olarak bulunma şeklindeki bekleme süresinin 'çalışma süresi' kavramının dışında tutulması halinde, bu durum 2003/88 sayılı Direktif'in, çalışanlara yeterli dinlenme süreleri ve molalar verilmesi suretiyle güvenlik ve sağlıklarının sağlanması amacına ciddi şekilde zarar verecektir. Direktif anlamında çalışma süresi kategorisine girilmesi için, işçinin işveren tarafından belirlenen yerde fiziksel olarak bulunması ve ihtiyaç halinde uygun hizmetleri derhal sağlayabilmek için işveren için hazır olması gerekmektedir. Aslında, ilgili işçilerin bekleme süreleri boyunca kalacakları yeri seçmelerini imkansız hale getiren yükümlülükler, görevlerinin ifası kapsamında değerlendirilmelidir. Nitekim Mahkeme'ye göre; Bay Matzak, nöbet süresince sadece iletişim kurulabilir durumda değil, aynı zamanda sekiz dakika içinde işverenden gelen çağrıya yanıt vermek ve fiziksel

olarak işveren tarafından belirlenen yerde işinin başında olmak durumundadır. Bu olgu ise, objektif olarak işçinin kişisel ve sosyal uğraşlarına vakit ayırabilme imkanını çok ciddi şekilde sınırlandırdığından nöbet süresi bütünüyle "çalışma süresi" olarak değerlendirilmelidir.

Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın 9 Mart 2021 tarihinde verdiği *RJ v Stadt Offenbach am Main* Kararı'nda⁴¹ ise, bu sefer çağrı geldiğinde normal hava ve yol koşullarında –trafik regülasyonlarına göre kendisine tanınan yol önceliğini de kullanarak- 20 dakikada forması ve hizmet aracıyla işyerinde olmak durumunda olan bir itfaiyeci işçinin durumu ele alınmıştır. Burada olay yine, 2003/88 Sayılı Direktif'in 2(1) hükmünde "işçinin işverenin emrinde olduğu ve faaliyetini veya görevlerini yerine getirerek çalıştığı herhangi bir dönem" şeklinde tanımlanan çalışma süresi ve 2(2) hükmünde "çalışma süresi olmayan herhangi bir dönem" şeklinde tanımlanan dinlenme süresi kavramları çerçevesinde yorumlanmıştır. Bu kararında Mahkeme önceki karardan farklı olarak, sadece 20 dakikada işe gitme zorunluluğunun bekleme zamanını çalışma süresinden saymak için yeterli olmadığına, işçinin "hangi sıklıkta işe çağrıldığı", "kişisel uğraşların çok ciddi ve objektif şekilde sınırlanması" gibi olayın diğer tüm koşullarına bakılarak bir karar verilmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır.

Divan vermiş olduğu yeni tarihli farklı kararlarda da, işçinin işyeri dışında nöbette beklediği durumda işçiye işveren tarafından somut olayda uygulanan sınırlamalar, çalışanın işveren tarafından çağrıldıktan sonra çalışmaya başlaması gereken sürenin kısalığı, işçinin belirli ekipmanlarla

41 *RJ v Stadt Offenbach am Main*, C-580/19, judgment of Mar. 9, 2021; <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62019CJ0580&from=EN> Erişim Tarihi: 16.11.2022. Divan'ın DJ, RJ ve MG kararlarına ilişkin ayrıntılı değerlendirmeleri için bkz. Dulay Yangın, D.& Kutlu Mutluer M. (2022). Avrupa Adalet Divanı'nın Çağrıya Hazır Bekleme Süresinin Nitelendirilmesine İlişkin Yaklaşımı: DJ. v Radiotelevizija Slovenija C-344/19, RJ v Stadt Offenbach am Main C-580/19 ve MG v Dublin City Council C-214/20 Kararları Çerçevesinde Değerlendirmeler, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 9 (2), s. 24.

işyerinde bulunma yükümlülüğü olup olmadığı, ulusal mahkemeler tarafından objektif bir tahminin mümkün olması koşuluyla çalışanın bekleme süresi boyunca işyerine gelerek yaptığı çalışmaların sıklığı gibi uyumsuzluğa ilişkin tüm koşullara bakılarak bekleme süresinin tamamının çalışma süresi olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine karar verilmesi gerektiğine vurgu yapmıştır⁴².

Öğretide *RJ Kararı'nın* ve aynı yönde verilen *MG* ve *DJ Kararlarının*, *Matzak Kararı'ndan* sonra bir geri adım niteliğinde olduğu, kararlarda yapılan değerlendirmelerin yetersiz ve sınırlı olduğu ve sadece belirli ölçütlere dayandığı, Divan'ın adeta karar vermekte gönülsüz davrandığı, Divan'ın bu yaklaşımının 2003/88 sayılı Direktif'in uygulanmasında daha dar bir yaklaşıma gidilmesi sonucunu doğurabilecek nitelikte olduğu, bu konuda uygulanması gereken temel ölçütün işverenin çalışanların sağlığını koruma yükümlülüğü özelinde çalışana getirilen sınırlamaların zamanını yönetme özerkliğini profesyonel hizmetin gerektirmediği düzeyde objektif ve önemli ölçüde kısıtlayıp kısıtlamadığı olması gerektiği belirtilmiştir⁴³.

II. Türk Hukuku

Türk hukuku bakımından 4857 sayılı İş Kanunu'nda çalışma süresi kavramı tanımlanmamıştır. Söz konusu tanıma İş Kanununa ilişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği'nin 3. maddesinde rastlanılmaktadır. Bu hüküm uyarınca "Çalışma süresi, işçinin çalıştırıldığı işte geçirdiği süredir. İş Kanununun 66. maddesinin birinci fıkrasında yazılı süreler de çalışma süresinden sayılır..." Çalışma süresi, işçinin sadece fiilen çalıştığı süre değil, çalıştırıldığı işte işverenin emir ve otoritesi altında geçirdiği süredir⁴⁴. 4857 sayılı İş Kanunu'nun

66. maddesinin 1. fıkrası uyarınca "farazi çalışma süreleri" şeklinde de adlandırılan işçinin fiilen çalışmadığı halde çalışma süresinden sayılan süreler de bulunmaktadır. Bunlardan konumuzla ilgilendiren hükme göre; "İşçinin işinde ve her an işgörmeye hazır bir halde bulunmakla beraber çalıştırılmaksızın ve çıkacak işi bekleyerek boş geçirdiği süreler" de çalışma sürelerine dahil süreler içerisindedir (m. 66/1, c)⁴⁵. Yine, "İşçinin işveren tarafından başka bir yere gönderilmesi veya işverenin evinde veya bürosunda yahut işverenle ilgili herhangi bir yerde meşgul edilmesi suretiyle asıl işini yapmaksızın geçirdiği süreler" de farazi iş süreleri arasındadır (m. 66/IV). Bu çerçevede, işçinin sadece işyerinde geçirdiği süreler değil, işverenin emri ve talimatı ile kendi işini görmeksizin işyeri dışında bir başka yerde veya işverenin evinde çalıştırılması durumunda da geçirdiği süreler çalışma süresinden sayılır. Nitekim öğretide çalışma süresinden sayılmak için, söz konusu sürenin mutlaka işyerinde gerçekleşmesinin gerekmediği de haklı olarak belirtilmektedir⁴⁶. Buna göre; fiilen işyerinde bulunmamakla birlikte işverenin emrine hazır halde olan işçinin işyerinde bulunmaması işverenden kaynaklanan bir nedene dayanıyor-

(2022). İş Hukuku, 14. Baskı: Seçkin Yayıncılık, s. 372.

45 Bu noktada yine öğretide söz konusu hukuki sonucun, Borçlar Kanunu m. 408 (Önceki Kanun m. 325) de yer alan işveren temerrüdüyle paralel şekilde ele alınması gerektiği belirtilmektedir. Söz konusu hüküm uyarınca "İşveren, işgörmeye ediminin yerine getirilmesini kusuruyla engellersen veya edimi kabulde temerrüde düşerse, işçiye ücretini ödemekle yükümlü olup, işçiden bu edimini daha sonra yerine getirmesini isteyemez. Ancak, işçinin bu engelleme sebebiyle yapmaktan kurtulduğu giderler ile başka bir iş yaparak kazandığı veya kazanmaktan bilerek kaçındığı yararlar ücretinden indirilir". Bu hükümlerle birlikte değerlendirildiğinde eğer iş ifası teklifinin reddedilmesi objektif olarak haklı neden sayılmayan elektrik kesilmesi, hammadde yokluğu, piyasadaki talep azlığı gibi bir nedene dayanıyorsa ücrete hak kazanılacak; buna karşılık objektif olarak haklı neden sayılan ve mücbir neden niteliğinde olan deprem, sel, savaş, genel grev gibi bir nedene dayanıyorsa bu neden ortadan kalkana kadar geçecek süre çalışma süresinden sayılmaz (Astarlı, s. 148).

46 Astarlı, s. 147; Alp, M. (2011); Tele Çalışma (Uzaktan Çalışma), Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, s. 839; Mollamahmutoğlu ve diğer yazarlar, s. 1263; Senyen Kaplan, s. 520. Ekmekçi, Ö. /Yiğit, E. (2022). Bireysel İş Hukuku Dersleri, 4. Baskı, İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, s. 434.

42 Şahin Emir, s. 341-342.

43 Dulay Yangın/Kutlu Mutluer, s. 24.

44 Senyen-Kaplan, E.T. (2022). Bireysel İş Hukuku, Yetkin Kitabevi, Ankara. s. 519; Mollamahmutoğlu, H./ Astarlı, M./ Baysal, U. İş Hukuku, Güncellenmiş 7. Baskı, Ankara 2022, s. 1263; Arıcı, K. (2022). Türk İş Hukuku – I Ferdi İş İlişkileri Hukuku, Ankara: Gazi Kitabevi, s. 171; Akyiğit, E.

sa boşta geçen süreler, bu bent uyarınca çalışma süresinden sayılmalıdır. Bu çerçevede işçinin iş yerinde bulunmaması tele çalışmada olduğu gibi işin niteliğinden kaynaklanan bir sebebe dayanıyorsa da işyeri dışında iş görmeye hazır şekilde bekleme de çalışma süresinden sayılmalıdır.

İK md. 68/son hükmü uyarınca aksi kararlaştırılmadıkça ara dinlenmeleri, çalışma sürelerinden sayılmamaktadır. İşçinin ara dinlenmesinde işyerinde kalması mümkün kabul edilse de çalışıyor ya da çıkacak iş için çalışmaya hazır durumda bekliyorsa ara dinlenmesi, iş süresinden sayılmalıdır⁴⁷. Buna karşılık işyerinde kalmasına rağmen zamanını serbestçe kullanıyor yani fiilen çalışmıyor ya da işverenin emrinde kalmıyorsa bu süreler, ara dinlenmesi olarak kabul edilebilmektedir⁴⁸.

1. Yargıtay'ın İşyerinde (24 Saat) Nöbet Tutmaya İlişkin İçtihadı

Yargıtay çok sayıda kararında işyerinde 24 saat çalışma, ertesi gün 24 ya da 48 saat dinlenme şeklinde gerçekleşen çalışmalarda işçinin işyerinde yatma (uyuma) imkanı varsa 10 saatlik dinlenme süresi dolayısıyla 14 saatlik fiili çalışmanın varlığını, söz konusu imkan yoksa 4 saatlik ara dinlenmesi dolayısıyla 20 saatlik fiili

çalışmanın varlığını kabul etmekte ve günlük 11 saati geçen fiili çalışma için fazla çalışma ücretine hükmetmiştir^{49,50}. Yargıtay ayrıca, hafta içi işyerin-

49 Kararlar ve kararlara ilişkin ayrıntılı değerlendirme ve eleştirisi için bkz. Mutlay, F.B. (2019). Çalışma Sürelerine İlişkin Düzenlemeler ve Yargıtay Kararları Doğrultusunda 24 Saat Çalışma, Sicil, S. 42, s. 61 vd; Alpagut, G. (2012). İş İlişkinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2010, Ankara, s. 70; Doğan Yenisey, K. (2008). Bireysel İş İlişkinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay'ın 2006 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2006, İstanbul, s. 71; Aynı yazar, Değerlendirme 2013, s. 120; Baycık, G. (2018). İş İlişkinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2016, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, İstanbul, Oniki Levha, s.301 vd. Yargıtay'ın özellikle 24 saatlik çalışma döneminde 10 saat dinlenme imkânı bulamayan güvenlik görevlileri ve sağlık çalışanları için ara dinlenmesini 10 saat değil 4 saat kabul eden kararları için bkz. Baycık, s. 301-302. Somut olayın özelliklerinin salt işçinin işyerinde uyku imkanının olup olmadığına indirgenmesinin yerinde olmadığı yönünde bkz. Mutlay, s. 70 vd. Yargıtay işçinin işyerinde uyku imkanının bulunup bulunmadığından kastının ne olduğu şu şekilde açıklanmıştır: "Uyku düzeninden kastedilen uzanıp yatabileceği bir ortamın bulunması, özel bir yerin tahsis edilmesi haline münhasırdır. Bu doğrultuda bir yatma imkanının bulunduğu kanaatine ulaşılmaması halinde hesaplama 14 saat üzerinden yapılmalıdır. Aksi takdirde oturduğu yerde uyumak suretiyle bir bekleme durumu söz konusu ise 4-6 saat arasında ara dinlenmesi düşünülmelidir. Güvenlik görevlisi, pompaçılarının ara dinlenmelerinde yatma imkanının bulunmadığı nazara alınarak değerlendirme yapılarak sonuca gidilmesi gerekir. Tanıklar yeniden dinlenerek davacının çalışma şekli sorulmalı, ara dinlenmesi süresinin ne kadar olduğu ve davacıya yatma imkanı sağlanıp sağlanmadığı hususu ise hem taraflardan hem de tanıklardan sorularak, 24 saatlik çalışmada yatma imkanı olduğunun belirlenmesi halinde 10 saatlik ara dinlenme süresi, yatma imkanı olmadığı takdirde ise 4 saatlik ara dinlenmesi süresi kabul edilerek davacı alacağı belirlenmelidir" (Y9HD, 01.07.2019, 5700/14539, Sümer ve Kayırgan, s. 822). Yargıtay 14, 15 veya 17 saatlik gibi uzun çalışma sürelerinden ise günlük üç saatlik ara dinlenmesi süresinin düşülmesi gerektiği sonucuna varmaktadır (Y22HD, 14.02.2019, 20957/3498, Y9HD, 11.04.2019, 3313/8512; Y9HD, 29.03.2021, 3088/7105, Sümer ve Kayırgan, s. 820-821).

50 Yargıtay Kararı uyarınca; "TC Sağlık Bakanlığı nezdinde Türkiye'deki hastanelerde statü hukuku dışında hemşire, ebe, doctor, eczacı, anestezi uzmanı vs. olarak çalışanlar, haftalık normal mesailerinde fazla çalışma yapmadıklarından, sadece tuttıkları nöbetlerle sınırlı olarak fazla çalışma yapmış olmaktadır. Nöbet çizelgeleri ile belirlenen bu tür çalışmalar hafta içi ve hafta sonu olarak gerçekleşmektedir. Hafta içi nöbetler 17:00-8:00 saatleri arasında 15 saat olarak yapılmaktadır. Haftasonu

47 "...İşçinin ara dinlenmesi sırasında fiilen çalıştırılmamakla beraber, işin veya makinenin başında çıkacak iş için veya arıza veya tehlike anında derhal müdahale için bekletilmesi halinde, ara dinlenmesinin gerçek amacına ulaştığı söylenemez; bu durumda ara dinlenmesi olarak kabul edilen sürelerin de iş süresinden sayılması ve ücretlendirilmesi gerekir" (Y9HD, 09.03.2021, 2597/5846, Sümer, H.H./ Kayırgan, H. (2022). İşçilik Alacakları ve Hesaplamaları, 3. Baskı: Seçkin Yayıncılık, s. 817); Yargıtay'ın kimi zaman bu konuda işin niteliğini de dikkate aldığı görülmektedir. Bu yöndeki bir karar uyarınca "...Davacı işçi güvenlik görevlisi olup ara dinlenmesi süresinde dahi görev bölgesinde bulunduğu ve nöbet yerini terk edemeyeceği davalı tanığı tarafından açıklanmış olup işçinin fiilen yaptığı iş dikkate alındığında günde 3 saat ara dinlenme yaptığının kabulü isabetli değildir...". Söz konusu olayda işçinin 3 saat ara dinlenmesi kullandığına dair imzalı belge sunulmasına rağmen bu sonuca ulaşılmıştır (Y9HD, 09.09.2019, 8611/15405, Sümer/Kayırgan, s. 816-817).

48 Süzek, S. (2021). İş Hukuku, İstanbul: Beta Yayınevi, s. 855.

de tutulan 24 saatlik nöbetler bakımından eğer ertesi gün çalışılmayarak nöbet izni tutuluyorsa ertesi günün mesai süresi olan 8 saatin de düşülmesi gerektiğini, Cuma ve Cumartesi gecesi tutulan nöbetler bakımından ise ertesi gün tatil günü olduğundan bu mahsubun yapılmayacağı sonucuna varmaktadır⁵¹. Öğretide söz konusu kararlar eleştirilerek, iş hukukunda çalışma sürelerinin yalnızca fiilen çalışılan süreler değil, aynı zamanda iş görme ediminin işverenin emrine sunulduğu süreler olduğuna ve işçinin 24 saatini işyerinde geçirdiği bir çalışma modelinde işçinin 10 saat dinlendiği varsayımının yerinde olmadığına haklı olarak dikkat çekilmektedir⁵². Bu görüşe

nöbetler 24 saat sürmekte, işin niteliğine göre zorunlu ihtiyaçlar nedeniyle 4 saat ara dinlenme indirildiğinde 20 saat fazla çalışma yapılmış olmaktadır. Ancak, bu durumlarda fazla çalışmalar, tutulan hafta içi ve sonu nöbet sayısına göre denetlemeye elverişli olarak bilirkişi raporu ile belirlenmelidir. Nöbet tutan çalışanın çoğunlukla ertesi gün nöbet izni kullanarak çalışma yapmaması nedeniyle, normal mesai devam çizelgeleri de mutlaka getirilmelidir. İşçi, nöbetin ertesi günü nöbet izni kullandığında, ertesi gün (8 saat normal mesai süresi kadar) çalışmadığından hafta içi nöbette (12-8=4) saat fazla çalışma yapmış sayılmalıdır. Hafta sonu nöbette ise, Cumartesi ve Pazar günü normal tatil olduğundan Cuma ve Cumartesi gecesi tutulan nöbetlerden, ertesi gün çalışılmadığı gerekçesi ile indirim yapılmaya olanağı yoktur. Öte yandan genel tatile denk gelen nöbet günlerinde de ayrıca genel tatil ücreti verildiğinden yukarıda anlatılan şekilde indirim yapılmamalıdır. Dairenin kökleşmiş uygulaması da bu doğrultudadır (Y9HD, 40834/7566; Bursa BAM 05.07.2019, 32/1796, Sümer ve Kayırgan, s. 821).

51 Yargıtay'ın günlük fiili çalışma süresinden ertesi gün çalışılmayan güne ilişkin 8 saatin düşülmesine ilişkin içtihadının haklı eleştirisi için bkz. Mutlay, s. 64; Alpagut, Değerlendirme 2010, s. 70.

52 Doğan Yenisey, Değerlendirme 2006, s. 71; Doğan Yenisey, Kübra: İş İlişkinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2013, İstanbul 2015, s. 120. Yazara göre; mevcut sisteme göre İş Kanununa ilişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliğinde yer alan denkleştirme konusunda tarafların anlaşmasının yazılı olması gereği karşısında örtülü denkleştirme de mümkün görülmemelidir. Üstelik 11 saatin üzerindeki çalışmalar her şekilde yasaya aykırı olup bunun denkleştirme döneminde esas alınması hukuken mümkün değildir (Doğan Yenisey, s. 72); Aynı yönde Mutlay, s. 80. Bu konuda öğretide ileri sürülen diğer görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Mutlay, s. 78. Yargıtay bazı kararlarında işçinin uyuma imkanını da göz önünde tutmaksızın "bir işçinin günde en fazla fiilen 14 saat çalışabileceğinin kabulü gerekir" tespitinde bulunmaktadır. Bu yönde bir karara göre; "...Somut olayda; dosya kapsamında yer alan

göre; işçinin işyerinde bulunduğu süreleri serbest zaman olarak nitelendirmek kolay olmasa da fiilen çalışılmaksızın işyerinde geçirilen sürelerin çalışma süresi olarak kabul edilerek aktif çalışma olmayan dönem için fazla çalışma ücreti ödenmesi hakkaniyete ve gerçeklere aykırı olup bu konuda en uygun çözüm bu tip süreler için yasal bir düzenleme getirilmesidir. Mevcut düzenlemeler çerçevesinde ise işçinin, 19 saat çalıştığı kabulü daha yerindedir. Yine öğretide diğer bir yazar, işçinin 24 saatlik nöbet süresinin sadece 14 saatinde çalıştığı ve geri kalan süre için ücret ödenmeyeceği ve fazla çalışma hesabında dikkate alınmayacağı şeklindeki kabulün mevzuata aykırı olduğunu belirtmektedir⁵³. Zira Çalışma Süreleri Yönetmeliği çalışma süresini, "işçinin çalıştırıldığı işte geçirdiği süre" şeklinde tanımlarken, İK md. 66/c hükmü "işçinin işinde ve her an iş görmeye hazır bir halde bulunmakla beraber çalıştırılmaksızın ve çıkacak işi bekleyerek boş geçirdiği süreleri" de iş süresinden saymıştır.

Öğretide, yargının fazla çalışmaların hesaplanmasında yeknesak bazı ilkeler geliştirmesi haklı görülebilirse de bu durumun fiili durumun göz ardı edilmesine yol açmaması gerektiği haklı olarak belirtilmektedir⁵⁴. Yine benzer yöndeki bir görüşe göre; kamu düzeni amacıyla içtihat birliğinin ve dolayısıyla hukuk güvenliğinin sağlanması bakımından belirli standartlar belirlenmesi yerinde olsa da bu standartlara sıkı sıkıya bağlı

nöbet çizelgeleri ile tanık anlatımlarına göre davacının davalı hastane işyerinde haftanın 5 günü 08:00-18:00 saatleri arasında ve ayda 1 gün 24 saat nöbet tutmak suretiyle çalıştığı yönündeki belirleme isabetli bulunmakta ise de ...bir işçinin günde en fazla 14 saat çalışabileceği kabul edildiğinden, davacının 24 saat nöbet tuttuğu günlerde çalışmasının fiilen 14 saat kabul edilerek, bu haftalarda hafta içi 4 gün 08:00-18:00 saatleri arasında günlük 1 saat ara dinlenme süreleri mahsup edilmek suretiyle toplam 36 saat, nöbet tutulan 1 günde ise fiilen 14 saat olmak üzere toplamda 50 saat çalışarak 5 saat fazla 5 saat fazla mesai yapıldığının hesap edilmesi gerekir (Y9HD, 17.12.2020, 846/18933, Sümer ve Kayırgan, s. 822-823). Akaryakıt istasyonunda çalışan pompacı hakkında aynı yönde bkz. Y22HD, 22.10.2019, 21991/19616, Sümer ve Kayırgan, s. 825).

53 Alpagut, Değerlendirme 2010, s. 71; Aynı yönde bkz. Mutlay, s. 68.

54 Doğan Yenisey, Değerlendirme 2013, s. 120.

kalinmaması ve eğer aksi yönde çalışma ve ara dinlenme süresinin ispatı söz konusuysa gerçek duruma göre, ispatın gerçekleşmediği durumda ise belirlenen standartlara göre karar verilmesi yerindedir⁵⁵.

Yine doktrinde, bir itfaiyecinin ara dinlenmesinde işyerinde bulunma zorunluluğunun bulunması karşısında ara dinlenmesinin çalışma süresinden sayılıp sayılmayacağına ilişkin olan karar değerlendirmesinde şu tespitlerde bulunmuştur⁵⁶: "İş süresinin düzenlenmesine ilişkin hükümler öncelikle işgücünün korunması amacı taşımaktadır. İşçinin dinlenme hakkını gereği gibi gerçekleştirebilmesi için fiziksel ve zihinsel gücün tam anlamıyla serbest olması gerekir. (Ara) dinlenmesine ilişkin süre, işçinin işe yönelik her türlü faaliyetten uzak kalabildiği, nerede ve nasıl geçireceğine serbestçe karar verebileceği bir zaman dilimidir. Ara dinlenmesinin çalışma süresinin dışında tutulmasının gerekçesi budur. Bununla birlikte yazara göre işçinin iş görmeye hazır olması ile işletme gerekleri dolayısıyla işyerinde bulunması birbirinden ayrılmalıdır. Buna göre iş görmeye hazır olmak gerçek çalışmada hafif de olsa daima zihinsel veya fiziksel faaliyeti gerektirse de işletme gerekleri ile işyerinde kalmak "niteliği gereği ikamet yerinin ihtiyaç olduğunda çalışmaya derhal başlanabilmesini sağlamak amacıyla" sınırlandırılmış olmasıdır. İşletme gerekleri ile işyerinde kalmak olgusunda, işçinin işveren için bir faaliyette bulunmasından çok uyuması da dahil olmak üzere ihtiyaçlarının pek çoğunu karşılayabilmesi söz konusudur. Dolayısıyla bu sürelerin çalışma sürelerinden sayılması iş süreleri ile ilgili mevzuata uygun olmamakla birlikte dinlenme süresinden de sayılması mümkün değildir. Zira gerçek anlamda dinlenme, sağlığın ve çalışma

gücünün korunması ve geliştirilmesi amacıyla tam anlamıyla boş bir zamanı gerekli kılar. Dinlenme imkanından ancak işçinin zaman üzerinde dilediği gibi tasarrufta bulunabildiği, dilediğini yapabilecek şartlarda olması ve çalışma açısından bir taleple karşılaşma ihtimalinin bulunmaması halinde söz edilebilir. Bu çerçevede Borçlar Kanunu m.394/2 de yer alan "Bir kimse, durumun gereklerine göre ancak ücret karşılığında yapılabilecek bir işi belli bir zaman için görür ve bu iş de işveren tarafından kabul edilirse, aralarında hizmet sözleşmesi kurulmuş sayılır." (Önceki Borçlar Kanunu m.314/2) kuralından hareketle ve her hizmetin bir ücret değeri bulunacağına ilişkin ilke uyarınca –gerçek çalışma için kararlaştırılan tutara ulaşmasa da- bir ek ücret talep edilebilmelidir."⁵⁷

Buna karşılık öğretide ileri sürülen diğer bir görüşe göre; işyerinde hazır durumda bulunan ve her an iş görmeye hazır bir şekilde bekleyen işçinin nöbet boyunca çalıştırılmaksızın çıkacak işi bekleyerek boşta geçirdiği sürelerin İş Kanunu'nun 66. maddesinin 1. fıkrasının c bendi gereğince farazi çalışma süresi olarak kabul edilmesi, dolayısıyla işyerinde geçirilen nöbet süresinin tamamının çalışma süresi olarak kabul edilmesi gerekir⁵⁸.

Kanımıza göre; işyerinde gerçekleşen veya işverenin belirlediği yerde gerçekleşen nöbetleri –işçinin tam anlamıyla dinlenebildiği ara dinlenmesi hariç tutulmak üzere- tümüyle çalışma süresinden sayılmalıdır⁵⁹. Bu konuda öncelikle işçinin çağrıya hazır beklediği sürede işyerinde kalma zorunluluğunun bulunup bulunmaması ölçütünden yararlanılması Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın yukarıda anılan kararlarında da söz

55 Baycık, s. 303-304; Yargıtayın, "yemeği yer yemez iş başına geçiyorduk" şeklindeki tanık beyanlarına rağmen günlük 1 saat ara dinlenmesi düşülerek çalışma süresinin hesaplanmasına ilişkin kararı ve somut olayda gerçeğe aykırı karar verilmesinin hukuk güvenliğini tehlikeye düşüreceğine dair haklı eleştirisi için bkz. Baycık, s. 304.

56 Soyer, M. P. (1993). Ferdî İş İlişkinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri 1991, İstanbul, s. 21-23.

57 Soyer, s. 21-23.

58 Şahin Emir, s.338; Eyrenci, S./ Taşkent, Ö./ Ulucan, D./ Baskan, E. (2020). Bireysel İş Hukuku, 10. Baskı: Beta Yayınevi. s. 270.

59 ILO Uzmanlar Komitesi de 30 Sayılı Çalışma Sürelerine İlişkin ILO Sözleşmesine ilişkin yaptığı yorumda çalışma süresinden sayılıp sayılmama konusunda işyerinde kalmak zorunda olunup olunmamasının önemine dikkat çekmiştir. Buna göre; işçi işyerinde kalmak zorundaysa kendi zamanlarını ve hareketlerini planlamak konusunda özgür değiller anlamına gelmektedir (ILO, s. 17).

konusudur. Kanımıza göre; işçinin işyerinde iş görmeye hazır olması ile işletme gerekleri dolayısıyla işyerinde bulunması kavramlarının birbirinden ayrılması kolay görünmemektedir. Burada göz önünde bulundurulması gereken tek ölçüt, işçinin -ister işletme ve işin gereği olarak ister başka bir sebeple- talep edildiği an iş görmeye hazır vaziyette bulunup bulunmadığı olmalıdır. Eğer işyerinde gerçekleşen nöbetlerde işçinin bu sürede kişisel uğraşlarıyla ne kadar ilgilenebildiği ölçütünden yola çıkılırsa taksi durağında çıkacak işi beklerken kitap okuyan, televizyon seyreden veya koltuğunda uyuklamasına müsaade edilen işçinin beklediği sürelerin de çalışma süresinden sayılmaması sonucu çıkabilir. Bu bağlamda işyerinde nöbette beklemek bakımından işin ne sıklıkta çıktığının da bir önemi olmamalıdır. Eğer söz konusu ölçüt önemli kabul edilirse, o gün hiçbir müşterinin gelmediği bir mağazada bekleyen tezgahların çalışmadığı sonucuna varmak gerekir. Dolayısıyla işçinin işyerinde oturarak, televizyon izleyerek, kitap okuyarak ve hatta (uyumasına işveren tarafından müsaade edildiği için) uyuyarak çıkacak işi beklediği ve iş çıktığında derhal iş gördüğü süreler tümüyle çalışma süresinden sayılmalıdır. Nitekim eğer işçi işyerinde uyusa bile her an uyandırılabilir ve hemen işi gerçekleştirebilecek bir durumdaysa işverenin otoritesi altında sayılmalıdır. Aynı şekilde, işveren işçinin nerede bulunacağına ilişkin emir ve talimat veriyorsa yine işverenin otoritesi söz konusu demektir. Zira normal koşullarda işçinin özel hayatı ve dinlenme zamanını nerede geçireceği işverenin kural olarak yönetim hakkı dışında kalmakta ve bu bağlamda işçinin çalışma süresi dışında işçinin nerede bulunacağına dair bir emir ve talimat verme hakkı bulunmamaktadır.

2. İşyeri Dışında Tutulan İcap Nöbetine İlişkin İhtihat

Türk hukukunda işçinin işinde iş görmeye hazır şekilde beklemesine ilişkin hüküm bulunmakla birlikte –Alman hukukunda olduğu gibi- işçinin kendisinin belirlediği veya işveren tarafından

işyeri dışında belirlenen bir yerde nöbette geçirdiği süreye ilişkin ayrı bir hukuki düzenleme bulunmamaktadır. Türk hukukunda da konu Yargıtay kararlarında icap nöbeti konusu çerçevesinde ele alınmıştır. İcap nöbeti genel olarak, işçinin evinde, işyerine yakın bir otelde veya işverenin sağladığı bir yerde ya da işyerinde iş görmeye hazır olarak beklemesi, işin çıkması ve işe çağırılma durumunda iş görme edimini ifa etmesidir. Eğer işçi, nöbet süresince işyerinde ya da işveren tarafından belirlenen bir yerde değil ise bulunduğu yeri işverene bildirmekle yükümlüdür⁶⁰. İcap nöbeti tutanlara örnek olarak, sağlık personeli, ambulans şoförü, itfaiyeciler, elektrik üretimi ve nakil istasyonlarında çalışan işçiler, hastabakıcılar gösterilmektedir⁶¹.

Yargıtay'ın konuyla ilgili yerleşik hale gelen ilke kararına göre⁶²; "...24 saatlik çalışmadan ara dinlenme süresi düşülmemiştir. Öte yandan; dosya kapsamındaki belgelere göre, davacının icap nöbeti tuttuğunda kaç kez göreve geldiği ve görevin kaç saat sürdüğü net olarak tespit edilememekte olup fiili olarak davacının nöbetlerde iş başında geçirdiği sürenin belirlenmesi ve buna bağlı olarak haftalık ne kadar fazla mesai yaptığıнын tespiti mümkün gözükmemektedir. Ayrıca davacının icap nöbeti sırasında işyerinde olmadığı evinde veya tercih ettiği başka bir yerde zamanını geçirdiği, çağırılması durumunda göreve gittiği dolayısıyla çağırılmadığı zamanlarda imkânı ölçüsünde serbest hareket edebildiği anlaşılmaktadır. Ancak yapılan işin niteliği gereği icap nöbeti esnasında sadece çağırılma durumunda işyerine gidiliyor olursa da geri kalan zamanı işçinin tamamen özgür hareket ederek geçirmesi de beklenemez. İşçi çağırılmaya hazır olarak beklemektedir ve işverence çağırıldığında makul bir süre içerisinde görevi başında olmak zorundadır. Bu anlamda işçi icap nöbeti esnasında şehir dışına

60 Şahin Emir, s. 342.

61 Şahin Emir, s. 342-343.

62 Y9HD, 17.09.2020, 21112/8240, Çalışma ve Toplum, 2021/1, s. 661-664; Karara ilişkin değerlendirmesi için bkz. Şahin Emir, s. 333 vd; Aynı yönde bkz. Y9HD, 26.01.2021, 4705/2257, <https://karararama.yargitay.gov.tr/# Erişim Tarihi: 20.11.2022>.

çıkamaz veya işyerine uzak bir yere gidemez. Ne var ki; ihtiyaç duyulduğunda işyerine gidilmek zorunda olması icap nöbetinde geçen tüm sürenin çalışma süresinden sayılmasını gerektirmez. Davacının nöbet sırasında işyerine giderek gerçekleştirdiği çalışma sebebiyle geçen süre, çalışma süresinden sayılacaktır. İşyerine gitmesini gerektirecek bir durum ortaya çıkmaması durumunda ise, uygun bir sürenin çalışma süresinden sayılması hakkaniyet gereğidir. Tüm bu hususlar dikkate alınarak yerleşik hale gelen içtihatlar ile icap nöbetinde fiilen daha fazla çalışıldığı kanıtlanmadığı takdirde, icap nöbetinde geçen sürenin 1/8'nin çalışma süresinden sayılması gerektiği sonucuna varılmıştır. Şüphesiz davacı tarafından kanıtlanan fiili çalışma süresi daha fazla ise bu süre haftalık çalışma süresine eklenecektir.”

Yargıtay'ın icap nöbetine ilişkin anılan içtihadını isabetli bulan bir yazara göre; işçinin, işveren tarafından ihtiyaç duyulması durumunda işyerine gitmek zorunda olması icap nöbetinde geçen tüm sürenin çalışma süresinden sayılmasını gerektirmez⁶³. İşçinin sadece evinde ya da kendi belirlediği bir yerde bulunduğu ve işveren tarafından çağrıldığı zamanlarda işyerine gelerek çalışması ile işçinin işyerinde icap nöbeti tutarak geçirdiği süreyi aynı şekilde değerlendirmek hakkaniyetli olmaz. Bu nedenle de iki olasılığa göre icap nöbetinde geçirilen süreler değerlendirilirken farklı esaslar dikkate alınmalıdır. Buna göre; eğer işçi icap nöbetini işyerinde geçiriyorsa tüm sürenin çalışma süresinden sayılması, buna karşılık uyumsuzluk konusu kararda olduğu gibi işyeri dışında kendi belirlediği yerde geçiriyorsa tüm sürenin çalışma süresinden sayılmayıp fiili çalışma süresi ve yolda geçen sürelerin yanında 1/8 oranında bir eklemeye yapılması adil olacaktır⁶⁴. Yazar, ayrıca işçinin çağrıya hazır hâlde tuttuğu icap nöbetinde geçen bekleme sürelerinin dinlenme süresi sayılmayacağına, dinlenme süresinin varlığından söz edebilmek için işçinin sağlığının ve çalışma gücünün korunması ve geliştirilmesi için tam anlamıyla boş bir zaman olması gerektiğine,

bu süre boyunca işçinin çalışma açısından bir taleple karşılaşma ihtimalinin de bulunmaması gerektiğine dikkat çekmektedir. Oysa, çağrıya hazır hâlde gerçekleşen icap nöbeti, işçinin en azından aile yaşamından feragat etmesi, bu hizmet dolayısıyla sosyal ve kültürel gelişmelerden yoksun kalması sonucunu doğurmaktadır. Ayrıca bu şekilde çalışan işçi nöbet süresini işyerinde geçiren işçiye kıyasla en azından nöbet boyunca bulacağı yeri belirleme konusunda kısmen özgür olsa da -işverenden gelecek çağrıyı her an işyerine gidecek gibi hazır beklediği için- bekleme zamanında tamamen özgür de değildir.

Kanımıza göre öncelikle icap nöbetine ilişkin Yargıtay'ın anılan içtihadı Türk hukukundaki yasal çerçeveye uygun bulunmamaktadır. Nitekim Türk hukukunda, yukarıda anılan bazı hukuk sistemlerinde olduğu gibi, çalışma zamanı ve dinlenme zamanı arasında ara bir kategori bulunmamaktadır. Diğer bir ifadeyle, mevcut sisteme göre bir süre işçi yönünden ya çalışma süresidir ya da dinlenme süresidir. Dolayısıyla işçinin evinde gerçekleşen icap nöbetinin veya işyerinde gerçekleşen ara dinlenmesinin olayın özelliğine göre dinlenme süresinden sayılmayacağı sonucuna varıyorsak bu süreyi çalışma süresinden saymak mecburiyeti doğmaktadır. Zira ABAD Kararlarında belirtildiği ve Avrupa Birliği'nin 2003/88 sayılı Çalışma Sürelerine İlişkin Direktifi'nde olduğu gibi, Türk hukukunda da çalışma ve dinlenme süresi şeklinde ikili ayırım bulunmakta, iki kavram birbirini dışlamakta ve bunların iç içe geçmesi gibi bir durum söz konusu olmamaktadır.

Bu konuda ileri sürülebilecek bir iddia bu konuda Türk hukukunda bir yasal boşluk olduğu ve Yargıtay'ın da anılan içtihadıyla bu boşluğu hukuk yaratmak suretiyle dolduruyor olmasıdır. Eğer durum bu ise de herşeyden önce bu durumun kararın gerekçesinde açıkça belirtilmesi yerinde olacaktır. Diğer yandan, yasadaki boşluğun öncelikle anayasal dinlenme ve sağlık hakları ile iş hukukunun en temel ilkelerinden olan iş sağlığının ve güvenliğinin korunması doğrultusunda

63 Şahin Emir, s. 343- 344.

64 Şahin Emir, s. 345.

doldurulması gerekir⁶⁵. Zira öncelikle çok sayıda çalışmada, haftasonu ya da gece beklenmeyen bir olay olduğunda işe çağrılan nöbet usulü/çağrı üzerine çalışan işçilerin depresyon, uykusuzluk veya uyku bozukluğu, anksiyete gibi ruhsal ve psikososyal sorunları yaşama olasılıkları daha yüksek bulunmuştur. Diğer yandan bu konuda Yüksek Mahkeme’ce ortaya konulan 1/8 ölçütü, konuya ilişkin bir yeknesaklık ve belirlilik sağlasa da, her olaya uygulanması fiili durumun göz ardı edilmesine ve bazı durumlarda hakkaniyete aykırı sonuçların doğmasına neden olabilecektir. Bu konuda olması gereken, somut olayın özellikleri dikkate alınarak karşılaştırmalı hukukta belirttiğimiz ölçütlerden de yararlanılarak icap nöbetinin çalışma süresi mi yoksa dinlenme süresi mi olduğunun ya da ne kadarının çalışma süresi sayılabileceğinin belirlenmesidir. Bu konuda söz konusu boşluk doldurulurken her somut olayın özelliğine göre beklemenin işçiye yarattığı külfet ve işverene sağladığı fayda formülüne göre bir sonucuna varılması söz konusu olabilir. Bu çerçevede beklemenin işçiye yarattığı külfet değerlendirilirken, bu süre içinde çalışanın zamanını özgürce planlama imkânının “objektif ve önemli şekilde” sınırlandırılmadığı hususundan hareket edilmelidir⁶⁶. Buna göre; işçinin ne kadar sürede işyerine

ulaşmak zorunda olduğu, işe ne sıklıkta çağrıldığı, her gidişte ne kadar süre boyunca çalıştığı, bu şekilde işçinin zamanını kişisel uğraşları için etkin şekilde kullanıp kullanmadığı gibi karşılaştırmalı hukukta da ortaya konulan ölçütlere bakılarak çalışma ya da dinlenme süresi konusundaki karar varılmalıdır.

Kanımıza göre bu konuda değerlendirme yapılırken göz önünde tutulması gereken önemli bir ölçüt de iş ilişkisinde genel olarak bu nöbet türüne hangi sıklıkta başvurulduğu olmalıdır. Zira söz konusu çalışma biçimine çok sıklıkla örneğin her gün, iki günde bir ya da üç günde bir gibi çok sıklıkla başvurulması işçinin katlandığı külfet düzeyini çok artıracığı gibi, işverenin söz konusu çalışma biçimine başvurma imkanını kötüye kullandığının da bir göstergesi olabilecektir. Yine konuyla ilgili yapılacak değerlendirmede, yasada düzenlenen azami çalışma ve asgari dinlenme sürelerinin yalnızca işçinin adil bir ücrete hak kazanmasıyla ilgili olmadığı –yukarıda anılan Adalet Divanı Kararlarında ısrarla vurgulandığı

65 Bkz. Süzek, s. 48.

66 Avrupa Birliği Adalet Divanı beklemenin işçi için yarattığı külfeti değerlendirirken çağrıya hazır bekleme süresinde çalışanın bu süreyi değerlendirmede karşılaştığı zorlukların “doğal sebepler veya kendi özgür seçimi” sonucu doğduysa artık dikkate alınamayacağını belirtmiştir. Nitekim DJ davasında, çalışanın çağrıya hazır bekleme süresinde kaldığı yeri –işyerinin dağ çevresinde olması nedeniyle- terk edememesi ve bu alanda boş zamanını değerlendirebileceği çok fazla aktivite olmaması olguları bu alana ilişkin doğal sebeplerden ötürü bulunmuş ve çalışma süresine ilişkin değerlendirmede bir ölçüt olmadığı belirtilmiştir. Buna karşılık öğretilerde Divanın bu yaklaşımı eleştirilerek çalışanın işyerinin dağ çevresinde bulunması ve çağrı geldiğinde bir saat içinde bu yere dönemeyecek olması, bu sebeple de işyerinden uzaklaşmaması olgusunun çağrıya hazır bekleme süresinin çalışma süresi olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceğinde dikkate alınması gereken bir ölçüt olduğu belirtilmiştir. Yazarlara göre; “Çalışanın işyerinin konumu sebebi ile işyerinin çevresinde bulunmak zorunda kalması dinlenme süresini dilediğince belirleme özgürlüğünü ve kişisel ilgi alanlarına zaman ayırmasını profesyonel

hizmetin gerektirmediği düzeyde objektif ve önemli ölçüde kısıtlamaktadır. Çalışana işverence işyeri çevresinde bulunma zorunluluğu öngörülmesi de işyerinin konumu ve çağrı geldiğinde işyerine dönme süresi dolaylı olarak böyle bir sonuç doğurmaktadır. Çalışan DJ’nin kişisel ilgi alanlarına ayıracağı zaman oldukça kısıtlanmıştır ve bu durum işverenlerin çalışanları psikososyal risklere karşı koruma yükümlülükleri kapsamında değerlendirilmelidir” (Dulay Yangın/Kutlu Mutluer, s. 10-11, s. 22). Türk hukukunda Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Eylül 2020 tarihli içtihat farklılıklarının görüşülmesine ilişkin açıklamasında şu tespitlerde bulunmuştur: “6831 sayılı Orman Kanununun, 19.04.2018 tarih ve 7139 Sayılı Kanunun 15. maddesi ile değişik 72. maddesine göre orman yangınlarını önleme ve söndürme işlerinde görevlendirilen işçilerin, orman yangın ekip bina ve yangın gözetleme kulelerinde bulunan sosyal tesisler ve lojmanlarda çalışma saatleri dışında geçirdiği süreler, ... İş Kanununun 63. maddesinde düzenlenen çalışma süresinden sayılmaz. Bununla birlikte, işin niteliği dikkate alınarak belirtilen sürelerin bir kısmının ya da tamamının çalışma süresinden sayılması kararlaştırılabilir. Nitekim orman yangın işçileri ile gözetleme kulelerinde görev yapan işçilere toplu iş sözleşmesi gereği fazla çalışma yapılınsın veya yapılmazsın günde üç saatlik fazla çalışma ücreti ödenmektedir. İşçinin günde üç saatten daha fazla çalıştığı yazılı delille (görev emirleri, çizelgeler, puantaj kaydı vs) ispatı halinde fazlasının ödenmesi gerekir. Aksi halde salt tanık beyanlarına göre fazla çalışma yapıldığının ispatı kabul edilemez” (Sümer ve Kayırgan, s. 914).

gibi- konunun işçi sağlığının korunmasıyla doğrudan ilgili olduğu gözden uzak tutulmamalıdır. Nitekim yapılan bir araştırmaya göre haftasonu ya da gece beklenmeyen bir olay olduğunda işe çağrılan nöbet usulü/çağrı üzerine çalışan işçilerin depresyon, uykusuzluk veya uyku bozukluğu, anksiyete gibi ruhsal ve psikososyal sorunları yaşama olasılıkları daha yüksek bulunmuştur⁶⁷. Dolayısıyla salt işyeri dışında örneğin her evde nöbette bekleme, çalışma süresinden sayılma ya da sadece 1/8 oranında çalışma süresinden sayılma sonucu doğurmalı, bu konuda somut olayın özelliğine göre hareket edilmelidir. Örneğin; işçinin çağrı gelir gelmez derhal veya ancak yol süresini karşılayacak bir süre içerisinde işyerinde olması bekleniyor, bu şekilde her nöbet döneminde sıklıkla sözgelimi en az bir iki kez işyerine çağrılıyor, işçinin kişisel uğraşlarına vakit ayırması ciddi şekilde sınırlanıyorsa, olayın özelliğine göre tüm bekleme süresi çalışma süresinden sayılabilmelidir. Zaten eğer somut olayda işçinin beş veya sekiz dakika gibi bir sürede işyerinde bulunması bekleniyorsa işçinin gerçek anlamda bulunacağı yeri seçme özgürlüğünden de söz edilemez. Buna karşılık belirtilen ölçütler ışığında evde nöbette bekleme süresinin hiç çalışma süresinden sayılmaması da gündeme gelebilecektir. Bu konuda icap nöbetinde işyerinde bulunan işçi ile evinde icap nöbetinde bulunan kişinin aynı serbestiye sahip olmadığı, bu nedenle her ikisinin de aynı şekilde ücretlendirilmesinin hakkaniyete aykırı olduğu ileri sürülebilecekse de bu konuda yapılacak bir yasal düzenlemede özellikle işyeri dışında gerçekleşen icap nöbeti tanımlanarak bekleme süresi için daha düşük bir ücret

ödenmesi düşünülebilir. Belirtmek gerekir ki, bu konuda tarafların sözleşmede açık bir hüküm öngörerek icap nöbetinde işçiye -asgari ücretten az olmamak üzere- daha düşük bir ücret ödeneceğini kararlaştırmaları da mümkündür.

Türk hukukunda özellikle hekimlerin icapçılık yükümlülüğü konusundaki temel sorunun, icap nöbetinin sürdürülemez sıklıkta olması ve ağır (yoğunluk ve özel yaşamın kısıtlanması) iş yükü olduğu belirtilmektedir⁶⁸. 2010 Anket Verileri'ne göre; icap nöbeti tutanların %26'sı her gün icapçıdır. İcap nöbeti tutan bir hekim tarafından "48 saat boyunca sadece 3 saatlik uyku ile hastanede ağır bir hastanın başında kaldığımı, sonraki günlerde de mesaiye devam ettiğimi, gece ise tekrarlayan telefon aramaları ile uyandırıldığımı biliyorum... Ruhun ve bedenim yıpranmamın yanısıra uykusuzluk ve yorgunluktan mesleki hatalar da yapmaya başlıyorum."⁶⁹ şeklindeki sözleri özellikle hekimler tarafından gerçekleşen icap nöbetlerine ilişkin yasa boşluğu hukuk yaratmak suretiyle doldurulacaksa göz önünde bulundurulması gereken ilkelerden birinin yalnızca iş sağlığı ve güvenliği değil, aynı zamanda kamu sağlığı olduğunu da gözler önüne sermektedir. Kanımıza göre; nöbet hizmetine belirtilen şekilde çok sıklıkla başvurulmasının bir hakkın kötüye kullanılması (ya da kanuna karşı hile) olarak da değerlendirilmesi de mümkündür. Buna göre; nöbet hizmetine azami çalışma ve asgari dinlenme sürelerine ilişkin hükümleri veya asgari ücrete ilişkin ya da fazla çalışma ücretinin ödenmesine ilişkin hükümleri dolanmak, işçilerin söz konusu haklarını engellemek amacıyla başvurulması bu nitelikte görülebilir. Somut olayın özelliklerine göre durumun bu

67 Jae J. L., Eun-Cheol P., Hyunju Ji & Sung-In J. (2020). The effects of on-call work on mental health issues among wage workers in the Republic of Korea. *Psychology, Health & Medicine*, 25:6, s. 675 vd; Almanya'da yapılan bir araştırmada genel olarak çalışma süreleri dışında ulaşılabilir olmanın ruhsal sağlık ve özel yaşama olumsuz etkileri bulunduğu tespit edilmiştir (Alpagut, s. 326). Dolayısıyla konu öğretilerinde belirtildiği gibi işverenin işçinin sağlığını koruma sürekli çağrıya hazır bekleme, bu bağlamda getirilen kısıtlamalar veya sıklığının yarattığı psikososyal risklere karşı koruma borcu kapsamında da düşünülmelidir (Dulay Yangın/ Kutlu Mutluer, s. 23).

68 Türk Tabipler Birliği Merkez Konseyi (2016). İcapçılık Yükümlülüğü, Türk Tabipler Birliği Yayını, Ankara, s. 7 vd. İcap nöbeti, Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği'nin 42/A maddesinde; "Uzman adedi nöbet tutacak miktarlardan az, fakat birden fazla olan kurumlarda uzmanlar sırayla ev nöbetini tutarlar. Bunun için aylık ev nöbet listeleri hazırlanır. Ev nöbetçisi mesai saatleri dışında kurumun idari ve tıbbi her türlü gereklerinden sorumludur. Ev nöbetçisi akşam ziyaretlerini yapmaya, mesai dışında bulunduğu yeri bildirmeye, kuruma her davette gelmeye mecburdur." şeklinde düzenlenmektedir.

69 Türk Tabipler Birliği Merkez Konseyi, s. 9.

şekilde olduğu tespit edilirse hakkın kötüye kullanılmasıyla amaçlanan sonuca müsaade edilmemesi, işçinin icap nöbetinde geçirdiği tüm süre çalışma süresi sayılmalı ve işçi normal ücrete ve koşulları olduğunda fazla çalışma ücretine hak kazanmalıdır.

Yargıtay'ın icap nöbetine ilişkin kararına konu olaylarda problemler diğer bir husus da kararda yer alan *"icap nöbeti tuttuğunda kaç kez görev ve geldiği ve görevin kaç saat sürdüğü net olarak tespit edilememekte olup fiili olarak davacının nöbetlerde iş başında geçirdiği sürenin belirlenmesi ve buna bağlı olarak haftalık ne kadar fazla mesai yaptığının tespiti mümkün gözükmemektedir."* tespitine ilişkindir⁷⁰. Buna göre; karara konu olaylar bakımından işçinin icap nöbeti sırasında kaç kez göreve çağrıldığı ve fiilen ne kadar çalıştığı da tespit edilememiş durumdadır. Dolayısıyla Yargıtay'ın ortaya koyduğu icap nöbetinde geçen süreye ilişkin 1/8'lik oranın bir kısmı aslında muhtemelen işçinin fiilen yaptığı çalışmayı da kapsayacak şekilde belirlenmektedir. Bu açıdan da 1/8 şeklinde belirlenen oranın oldukça düşük olduğu düşüncesindeyiz. Buna göre; bu konuda mutlaka bir oran belirlenecekse bile acil servis doktorluğu gibi fiilen çalışma olasılığının ve sıklığının hayatın olağan akışına ve genel hayat tecrübelerine göre yüksek olduğu olaylarda en azından muhtemel ortalama fiili çalışmayı da karşılayacak yükseklikte bir oran belirlenmelidir. Aksi takdirde belki de ancak zaten fiilen çalışma somut olayda ancak karşılanacak veya karşılanamayacak ve bekleme süresi için yine bir ücrete hükmedilmemiş olacaktır.

Somut olayın özellikleri değerlendirilirken beklemenin "işverene sağladığı fayda" ölçütü de göz önünde bulundurulmalıdır. İcap nöbetinde beklemenin özellikle sağlık sektöründe işvere-

ne sağladığı fayda konusunda bir fikir vermesi açısından Jaeger davasının görülmesi sırasında Alman, İngiltere ve Hollanda hükümetlerinin yaptığı savunmalara dikkat çekmek isteriz. Alman hükümeti, SIMAP kararı ile varılan "nöbette bekleme süresinin tümünün çalışma süresinden sayılmasına ilişkin" sonucun bu davada da tekrarlanması durumunda aynı düzey ve nitelikte sağlık hizmeti verilebilmesi için 15.000 ile 27.000 ilave doktor istihdam edilmesi gerekeceğini, bunun da tahmini 1.75 milyar Euro'ya tekabül edeceğini belirtmiştir⁷¹. İngiltere, ek 380 milyon ile 780 milyon sterlin tutarında maliyet ile 6250 ila 12.550 doktor ve 1250 sağlık görevlisi istihdamı gerekeceğini; Hollanda ise 400 milyon Euro ek maliyetle 10.000 yeni sağlık görevlisi istihdamı gerekeceğini ortaya koymuştur. Ülkelerin dikkat çektiği diğer bir nokta da bu konuda bütçe sorununa çözüm bulunsa bile, bu işi yapabilecek nitelikte doktor ve sağlık personeli yokluğu olmuştur. İşçilerin nöbette "beklemesinden" bu düzeyde bir fayda elde edilirken, işçilere bunun karşılığında hiçbir karşılık ödenmemesinin hakkaniyete uygun bir durum olmadığı da açıktır.

Olması gereken hukuk bakımından ise, yasada işyeri dışında tutulan nöbetlere ilişkin açık ve ayrı bir düzenleme yapılması, bekleme süresi için tam ücret düzeyinde olmasa da belirli düzeyde ücret ödenmesi ya da ayrı bir dinlenme süresi verilmesi şeklinde hükme yer verilmesi yerinde olacaktır. Nitekim 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu ek m.33/2 hükmü uyarınca, sağlık kurumu dışında icap nöbeti tutan ve bu nöbet karşılığında kurumunca izin kullanmasına müsaade edilmeyen memurlar ile sözleşmeli personele, izin suretiyle karşılanamayan her bir icap nöbeti saati için, icap nöbeti süresi kesintisiz 12 saatten az olmamak üzere, yukarıda nöbet ücreti için belirlenen ücretin yüzde 40'ı tutarında icap nöbet ücreti ödeneceği; bu şekilde ücretlendirilebilecek toplam icap nöbeti süresinin ise aylık 120 saati geçemeyeceği açıkça düzenlenmiştir⁷².

70 Bu konuda olması gereken hukuk bakımından Çalışma Süreleri Yönetmeliğinde öngörülen işverene çalışma sürelerinin kaydını tutmaya ilişkin hükmün (m. 9), yasada bağlayıcı şekilde getirilerek icap nöbetleri bakımından da tutulma yükümlülüğünün getirilmesi ve bu şekilde işçinin kaç kez işe çağrıldığı ve fiilen ne kadar çalıştığının tespiti bakımından da yerinde olacaktır.

71 Aktekin, s. 220.

72 Bu madde doğrultusunda evde geçirilen icap nöbetini

Sonuç

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin icap nöbetine ilişkin içtihadı, Türk hukukundaki yasal çerçeveye uygun düşmese de bu konuda yasal bir boşluk bulunduğu ve Yüksek Mahkeme'nin hukuk yaratmak suretiyle bu boşluğu doldurduğu ileri sürülebilecektir. Durum bu olsa bile yasadaki boşluğun kararın gerekçesinde açıkça belirtilerek öncelikle işçilerin anayasal dinlenme ve sağlık hakları ile iş hukukunun en temel ilkelerinden olan iş sağlığının ve güvenliğinin korunması doğrultusunda doldurulması gerekir. Zira yapılan araştırmalarda, haftasonu ya da gece beklenmeyen bir olay olduğunda işe çağrılan nöbet usulü/çağrı üzerine çalışan işçilerin depresyon, uykusuzluk veya uyku bozukluğu, anksiyete gibi ruhsal ve psikososyal sorunları yaşama olasılıkları daha yüksek bulunmuştur. Yine, bu konuda boşluk doldurulurken her somut olayın özelliğine göre beklemenin işçiye yarattığı külfet ve işverene sağladığı fayda formülüne göre bir sonucuna varılması söz konusu olabilir. Bu çerçevede beklemenin işçiye yarattığı külfet değerlendirilirken, bu süre içinde çalışanın zamanını özgürce planlama imkânının "objektif ve önemli şekilde" sınırlanıp sınırlanmadığı hususundan hareket edilmelidir. Dolayısıyla bu konuda olması gereken, somut olayın özellikleri dikkate alınarak karşılaştırmalı hukukta belirttiğimiz ölçütlerden de yararlanılarak icap nöbetinin çalışma süresi mi yoksa dinlenme süresi mi olduğunun ya da ne kadarının çalışma süresi sayılabileceğinin belirlenmesidir.

Yüksek Mahkemece ortaya konulan 1/8 formülünün, konuya ilişkin bir yeknesaklık ve belirlilik sağlasa da her olaya uygulanması fiili durumun göz ardı edilmesine ve hakkaniyete aykırı so-

nuçların doğmasına neden olabilecektir. Ayrıca, kararlarda belirtildiği gibi bu oranın bir kısmı, işçinin muhtemel fiilen yaptığı çalışmayı da kapsayacak şekilde belirlendiğinden oldukça düşük olduğu düşüncesindeyiz. Bu konuda mutlaka bir oran belirlenecekse bile acil servis hekimliği gibi fiilen çalışma olasılığının ve sıklığının hayatın olağan akışına ve genel hayat tecrübelerine göre yüksek olduğu olaylarda en azından muhtemel ortalama fiili çalışmayı da karşılayacak yükseklikte bir oran belirlenmelidir. Aksi takdirde belki de ancak zaten fiilen çalışma ancak karşılanacak veya karşılanamayacak ve bekleme süresi için yine bir ücrete hükmedilmemiş olacaktır.

Bu konudaki boşluk doldurulurken göz önünde tutulması gereken önemli bir ölçüt de, iş ilişkisinde genel olarak bu nöbet türüne hangi sıklıkta başvurulduğu olmalıdır. Zira söz konusu çalışma biçimine çok sıklıkla örneğin her gün, iki günde bir ya da üç günde bir gibi çok sıklıkla başvurulması işçinin katlandığı külfet düzeyini çok artıracığı gibi, işverenin söz konusu çalışma biçimine başvurma imkanını kötüye kullandığının da bir göstergesi olabilecektir. Yine, bu konuyla ilgili bir değerlendirme yapılırken yasada düzenlenen azami çalışma ve asgari dinlenme sürelerinin yalnızca işçinin adil bir ücrete hak kazanmasıyla ilgili olmadığı –yukarıda anılan Adalet Divanı Kararlarında ısrarla vurgulandığı gibi- konunun iş sağlığı ve güvenliğinin korunmasıyla doğrudan ilgili olduğu akıldan çıkarılmamalıdır. Olması gereken hukuk bakımından ise, yasada işyeri dışında tutulan nöbetlere ilişkin açık ve ayrı bir düzenleme yapılması, bekleme süresi için tam ücret düzeyinde olmasa da belirli düzeyde ücret ödenmesi ya da ayrı bir dinlenme süresi verilmesi şeklinde hükme yer verilmesi yerinde olacaktır.

Çalışma ve dinlenme sürelerinin belirlenmesi konusundaki temel amaç, işçinin emeğini ve zamanını işverenin yararına onun emrine sunduğu ve onun yararına bir külfete katlandığı tüm sürenin mümkün olduğunca çalışma süresi olarak değerlendirilmesini ve dinlenme hakkının da tam ve etkin şekilde kullanılmasını sağlamak olmalı-

çalışma süresinden sayan İzmir 4. İdare Mahkemesi; "Saadece davet üzerine sağlık kurumuna gidilerek fiilen çalışılan süreler için değil aynı zamanda evde geçirilen icap nöbeti süreleri için de nöbet ücreti verilmesi veya izin kullanılması gerektiğinden idarenin işlemine hukuka uyarlılık görülmemiştir" tespitinde bulunmuştur. Danıştay tarafından da onanan karar için bkz. İzmir 3. İdare Mah. 31.10.2014, 2014/1084, 2014/1416, <https://www.tmrtdr.org.tr/evde-gecirilen-icap-nobeti-mesai-sayildi.htm>? Erişim Tarihi: 01.12.2023.

dır. İşçiyi nöbet usulü çalıştırmanın ücrete ilişkin emredici düzenlemelerin ve yasal azami günlük, haftalık ve yıllık çalışma sürelerini ve asgari dinlenme sürelerini aşmanın bir aracı olarak görülmesinin engellenmesi gerekmektedir. Yine bu konuyla ilgili çözüm ve sonuçlara varılırken konunun iş sağlığı ve güvenliği ile bağlantısının özellikle göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Aksi takdirde işçinin dinlenme hakkının etkin olarak kullanılmadığı söylenen bir zaman dilimi bakımından bu sürenin herhangi bir şekilde telafi edilmemesi, işçinin sağlığının korunması için getirilen günlük, haftalık ve yıllık azami çalışma sürelerini anlamsız hale getirebilecektir.

KAYNAKÇA

- Aktekin, Ş. (2006). ATAD'ın Çağrı Üzerine Çalışma Sırasında Göreve Hazır Olarak Geçirilen Tüm Sürenin Çalışma Süresine Dahil Edileceğine İlişkin "SIMAP Kararı"nın Çalışma Süresi Yönergesi'ne Etkileri Bakımından İncelenmesi. Sicil İş Hukuku Dergisi, S:1, Mart, 222-228.
- Akyiğit, E. (2022). İş Hukuku, 14. Baskı: Seçkin Yayıncılık.
- Alp, M. (2011) Tele Çalışma (Uzaktan Çalışma), Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, s. 795- 851.
- Alpagut, G. (2012). İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2010, Ankara (Değerlendirme 2010)
- Alpagut, G. (2021). Teknolojik Gelişmelerin İşçilik Haklarına Etkisi-Daimi Ulaşılabilirlik, Prof. Dr. Turhan Esener, III. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, Editörler: Dr. Öğr. Üyesi Ender Demir, Arş. Gör. Beste Gemici Filiz, Seçkin, 317-340.
- Arcı, K. (2022). Türk İş Hukuku – I Ferdi İş İlişkileri Hukuku, Ankara: Gazi Kitabevi.
- Astarlı, M. (2007). Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın Doktorların Nöbet Hizmetinde (Bereitschaftsdienst) Geçen Çalışma Sürelerine İlişkin "Vorel" Kararının İncelenmesi. Kamu-İş Dergisi, S. 3, 19-29. (Vorel Kararı)
- Astarlı, M. (2008). İş Hukukunda Çalışma Süreleri, Ankara: Turhan Yayınları.
- Baycık, G. (2018). İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi, Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2016, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, İstanbul, Oniki Levha, s.1-355.
- Busschaert, G. (2021/41). Home-Based Stand-by Time May Constitute Working Time in Accordance with EU Law, But Paid Differently Virtue of National Law (BE), European Employment Law Cases, s.217-220.
- Çelik, N./Caniklioğlu, N./Canbolat, T. ve Özkarcaca E. (2022). İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 35. Bası, Beta Yayınevi.
- Demiral, C. (2005). Avrupa Adalet Divanı'nın Çalışanların Nöbette Geçen Sürelerinin de Çalışma Süresine Dahil Edilmesine İlişkin Kararı "SIMAP Kararı". Prof. Dr. A. Can Tuncay'a Armağan, İstanbul, 153-165.
- Doğan Yenisey, K. (2008). Bireysel İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 2006 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2006, İstanbul, s. 9-100 (Değerlendirme 2006).
- Doğan Yenisey, Kübra: İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2013, İstanbul 2015 (Değerlendirme 2013).
- Dulay Yangın, D.& Kutlu Mutluer M. (2022). Avrupa Adalet Divanı'nın Çağrıya Hazır Bekleme Süresinin Nitelendirilmesine İlişkin Yaklaşımı: D.J. v Radiotelevizija Slovenija C-344/19, RJ v Stadt Offenbach am Main C-580/19 ve MG v Dublin City Council C-214/20 Kararları Çerçevesinde Değerlendirmeler, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 9 (2), 1-32.
- Ekmekçi, Ö. /Yiğit, E. (2022). Bireysel İş Hukuku Dersleri, 4. Baskı, İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık.
- Eurofound and the International Labour Office.

- (2017). Working anytime, anywhere: The effects on the world of work, Publications Office of the European Union, Luxembourg, and the International Labour Office, Geneva.
- Eyrenci, S./Taşkent, Ö./Ulucan, D./Baskan, E. (2020). Bireysel İş Hukuku, 10. Baskı, Beta Yayınevi.
 - Feigin, E. D. (1998-1999). Achieving Justice for On-Call Workers: Amending the Fair Labor Standards Act, 84 Iowa L. Rev. 351, s. 351- 376.
 - ILO (2005). Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (articles 19, 22 and 35 of the Constitution), International Labour Office, Geneva.
 - Jae J. L., Eun-Cheol P., Hyunju Ji & Sung-In J. (2020). The effects of on-call work on mental health issues among wage workers in the Republic of Korea. Psychology, Health & Medicine, 25:6, 675-686.
 - Jaehrling, K. & Kalina, T. (2020). "Grey Zones" within Dependent Employment: Formal and Informal Forms of On-Call Work in Germany, European Review of Labour and Research, Vol. 26(4) 447-463.
 - Katsabian, T. & Davidov, G. (2022). Flexibility, Choice and Labour Law: The Challenge of On-Demand Platforms, University of Toronto Law Journal.
 - Messenger, J. (2018). Working Time and the Future of Work, ILO Research Paper Series 6, Geneva.
 - Mollamahmutoğlu, H./Astarlı, M. ve Baysal, U. İş Hukuku, Güncellenmiş 7. Baskı, Ankara 2022.
 - Mutlay, F. B. (2019). Çalışma Sürelerine İlişkin Düzenlemeler ve Yargıtay Kararları Doğrultusunda 24 Saat Çalışma, Sicil, S. 42, 60-90.
 - Nazlı, S. (2005). Avrupa Topluluğu Adalet Divanı Landeshauptstadt Kiel v. Norbert Jaeger (Case C151/02) Kararının İlgili Mevzuatlar Işığında Değerlendirilmesi, LEGAL İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S: 5, s. 98.
 - Nowak, T. (2018). The Turbulent Life of the Working Time Directive, Maastricht Journal of European and Comparative Law, Vol. 25(1) 118-129.
 - Öktem Songu, S. (2007). İş Hukukunda Çalışma Sürelerinin Düzenlenmesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İzmir.
 - Phillips, E. (1997). On-call time under the fair labor standards act. Michigan Law Review, 95(8), 2633-2655.
 - Ray, J., & Rojot, J. (2002). Comparative study of the impact of electronic technology on workplace disputes. Comparative Labor Law & Policy Journal, 24(1), 117-146.
 - Secunda, P. M. (2019). The Employee Right to Disconnect. Notre Dame Journal of International & Comparative Law: Vol. 9, Iss. 1, Article 3. <https://scholarship.law.nd.edu/ndjicl/vol9/iss1/3>
 - Senyen Kaplan, E.T. (2022). Bireysel İş Hukuku, Yetkin Kitabevi, Ankara.
 - Soyer, M. P. (1993). Ferdi İş İlişkinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri 1991, İstanbul, s. 3-30.
 - Suci, A. & Ion, G. (2019). Stand-by Time From Home is Paid Working Time, European Employment Law Cases, 267-271.
 - Sümer, H. H./Kayırgan, H. (2022). İşçilik Alacakları ve Hesaplamaları, 3. Baskı: Seçkin Yayıncılık.
 - Süzek, S. (2021). İş Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul.
 - Schwartz, L. (2005). 40 U.S.F. L. Rev. 217 (2005-2006), University of San Francisco Law Review, Vol. 40, Issue 1, s. 217-240.
 - Şahin Emir, A. (2022). İcap Nöbetinde Geçen Sürenin Çalışma Süresinden Sayılması- Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 17.09.2020 Tarihli Kararının Değerlendirilmesi, Çalışma ve Toplum, 329-348.
 - Türk Tabipler Birliği Merkez Konseyi (2016). İcapçılık Yükümlülüğü, Türk Tabipler Birliği Yayını, Ankara.