

# FAZLA ÇALIŞMA VE FAZLA SÜRELERLE ÇALIŞMA ÜCRETLERİNİN SÖZLEŞMEDE BELİRLENEN ÜCRETE DAHİL EDİLMESİ SORUNU

## THE PROBLEM OF INCLUDING WAGES OF OVERTIME AND EXTRA WORKING HOURS IN THE SALARY DETERMINED BY THE CONTRACT

Oğuzhan TEKİN\*

### ÖZ

Fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma ücretlerinin sözleşmede belirlenen ücrete dâhil olacağına ilişkin sözleşme hükümlerinin geçerli olup olmayacağı hususu tartışmalıdır. Söz konusu hükümlere sınırlı bir şekilde geçerlilik tanımak gerekmektedir. Sözleşmeye konulacak bu tür hükümlerin, fazla çalışma yaptırılabilmesi bakımından işçinin yazılı onayının alınması zorunluluğunu ve işçinin fazla çalışma ücreti yerine serbest zaman kullanmayı tercih etme hakkını ortadan kaldırdığı şeklinde yorumlanmamalı ve yönetmelikte belirlenen şekilde işçinin yazılı onayı alınmaksızın fazla çalışma yaptırılmamalıdır. Söz konusu hükmün yer aldığı bir sözleşmenin feshedilmesi halinde, işçinin kıdem ve ihbar tazminatı alacaklarının, sözleşmede belirlenen ücret üzerinden hesaplanması gerektiği düşünülmektedir. Üst düzey yönetici pozisyonunda çalışan işçilere fazla çalışma ücreti ödenebilmesi için, işçinin, işverenin veya bir başka yöneticinin emir ve talimatlarına bağlı kalmaksızın çalışma sürelerini kendisinin belirlemesi kriterine göre hareket edilmelidir. Uygulamada yaşanan tartışmaların sona erdirilmesi bakımından 4857 sayılı İş Kanununun 41 inci maddesine, fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma ücretlerinin sözleşmede belirlenen ücrete dâhil edilemeyeceği yolunda bir fıkra eklenmesinin uygun olacağı düşünülmektedir.

**Anahtar Kelimeler:** Fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma, fazla çalışma ücreti, temel ücret, temel ücrete dâhil edilme, azami fazla çalışma, üst düzey yönetici.

### ABSTRACT

It is a controversial issue that if the contract terms which claim the wages of overtime and extra working hours are included in the salary determined in the contract shall be valid or not. It is required to apply a limited validity to the abovementioned terms. This type of terms in the contract should not be considered as abolishing neither the obligation of getting written approval of the employee for overtime nor the employee's right for taking free time instead of overtime wages, so the employee should not be asked for overtime without getting employee's written approval as specified in the regulation. In case of termination of a contract where abovementioned provision exists, it is thought that severance and notice pay of the worker should be calculated based on the wages specified in the contract. Parties should take action depending on the criteria of the own decision of executive workers' about working times rather than the instructions of a worker, an employer or another executive in order to pay overtime wages to senior executives. In terms of settling the controversies in implementation, it is considered that it would be appropriate to add to the Article numbered 41 of Labor Law numbered 4857a paragraph which mentions that the wages of working times with overtime and extra hours cannot be included in the wages specified in the contract.

**Keywords:** Overtime and extra hours, overtime wage, base salary, inclusion by the base salary, maximum overtime, senior executive.

**JEL Classification:** J33, J41, J65, J81, K12.

\* Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı, Hukuk Müşaviri, oguzhan.tekin@csgeb.gov.tr

Gönderildiği Tarih: 28.03.2014, Kabul Tarihi: 11.01.2016

## Giriş

Rekabet gücü, Dünya Ekonomik Forumu tarafından, bir ülkenin ürettiği mal ve hizmetlerin dünya pazarlarındaki payı olarak değil, o ülkede sürdürülebilir büyümeyi sağlayacak olan kurumların, politikaları ve üretim faktörlerinin tümünü kapsayan verimlilik düzeyi olarak tanımlanmaktadır (Üstündağ Demir, 2014:1). Bir ülkenin küresel ekonomi içindeki rekabet gücü, üretim faktörleri bakımından mevcut kapasitesi ile doğru orantılıdır.

Üretim faktörleri arasında en önemli olanı işgücü faktörüdür. Bir işin yapılması için harcanan beden ve kafagücü, emek veya işgücü olarak tanımlanmaktadır. Diğer üretim faktörlerini bir araya getiren, bunları üretim sürecine sokan ve yönlendiren insandır. Son dönemde yaşanan ekonomik gelişmelere paralel olarak, işgücü faktöründen daha fazla yararlanılmak istenmekte, mevcut kapasitenin artırılması bakımından vardiyalı çalışma sistemleri ve fazla çalışma imkânları zorlanmaktadır. Mevcut insan gücünden daha fazla yararlanmanın yolları aranmaktadır.

Bu çerçevede üretim sektörlerinde iş mevzuatının elverdiği ölçüde kişilere fazla çalışma yaptırılmakta, bazen mevzuatın dahi izin vermediği şekilde işgücü zorlanmakta ve rekabete dâhil olmaya çalışılmaktadır. Elbette, fazla çalışmanın bir karşılığı olmalıdır. İşverenler, elde ettikleri bu ilave üretim faktörünün maliyetine de katlanmalıdır.

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 24 üncü maddesi, “Herkesin dinlenmeye, eğlenmeye, özellikle çalışma süresinin makul ölçüde sınırlandırılmasına ve belirli dönemlerde ücretli izne çıkmaya hakkı vardır” hükmünü içermektedir. Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmenin 7 nci maddesinde, sözleşmeye taraf devletlerin, herkesin adil ve elverişli çalışma koşullarından yararlanmak hakkını kabul ettikleri belirlendikten sonra, bu hakkın “dinlenme, boş zaman, çalışma saatlerinin makul ölçülerde sınırlandırılması, ücretli dönemsel tatiller ve resmi tatillerde ücret verilmesi” hususlarını da kapsadığı vurgulanmıştır. Yine Avrupa Sosyal Şartının 2 nci maddesinde, “adil çalışma koşulları hakkı” düzenlenmiş olup, anılan maddede âkit taraflar, adil çalışma koşullarına sahip olma hakkının etkili bir biçimde kullanılmasını sağlamak üzere; verimlilik artışı ve ilgili diğer etkenler izin verdiği ölçüde haftalık çalışma süresinin aşamalı olarak azaltılmasını öngören makul günlük ve haftalık çalışma saatleri sağlamayı; ücretli resmi tatil imkânı sağlamayı; en az dört haftalık ücretli yıllık izin sağlamayı; içinde bulunulan tehlikeli ve sağlığa zararlı işlerdeki riski ortadan kaldırmayı ve bu risklerin henüz yeterince azaltılmadığı ya da kaldırılamadığı durumlarda bu işlerde çalışanlara ücretli ek izin verilmesini veya bunların çalışma saatlerinin azaltılmasını sağlamayı; ilgili ülke veya yörenin geleneklerine göre dinlenme günü olarak kabul edilen günle olabildiğince bağdaşmak üzere, haftalık bir dinlenme günü sağlamayı; çalışanların, derhal ve en geç çalışmaya başladıkları tarihten itibaren iki ay içinde, sözleşmenin ya da iş ilişkisinin asli unsurları hakkında yazılı olarak bilgilendirilmelerini sağlamayı; gece çalışması yapan çalışanların, yaptıkları işin özellikleri göz önünde tutularak alınacak önlemlerden yararlanmalarını sağlamayı taahhüt etmişlerdir.

Anayasada çalışma hakkına, temel hak ve hürriyetler arasında yer vermiş olup, Anayasamızın 18 inci maddesi, “Hiç kimse zorla çalıştırılmaz. Angarya yasaktır. Şekil ve şartları kanunla düzenlenmek üzere hükümlülük veya tutukluluk süreleri içindeki çalıştırmalar; olağanüstü hallerde vatandaşlardan istenecek hizmetler; ülke ihtiyaçlarının zorunlu kıldığı

alanlarda öngörülen vatandaşlık ödevi niteliğindeki beden ve fikir çalışmaları, zorla çalıştırma sayılmaz.” hükmünü amirdir. Anılan hüküm, zorla çalıştırmayı yasaklarken, angarya sayılabilecek fazla çalışmaların da kural olarak yasak olduğunu vurgulamaktadır. Yine Anayasamızın “Çalışma şartları ve dinlenme hakkı” başlıklı 50 nci maddesi, “Kimse, yaşına, cinsiyetine ve gücüne uymayan işlerde çalıştırılmaz. Küçükler ve kadınlar ile bedeni ve ruhi yetersizliği olanlar çalışma şartları bakımından özel olarak korunurlar. Dinlenmek, çalışanların hakkıdır. Ücretli hafta ve bayram tatili ile ücretli yıllık izin hakları ve şartları kanunla düzenlenir.” hükmünü amirdir.

Temel insan haklarına ilişkin uluslararası metinler ve bunlara paralel olarak Anayasada ifadesini bulan hükümlere bakıldığında, hiç kimse zorla çalıştırılmamalı ve çalışma süreleri kişinin ruhsal ve bedensel olarak dinlenmesine elverişli ölçüde makul bir sınırlamaya tabi olmalıdır. Anayasamız bu temel ölçütleri koyduktan sonra, devlete, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alma görevi yüklemiştir. Bu kamusal görevin ifası bakımından devlet, İş Kanununda çalışma sürelerini belirlemiş, fazla çalışmaya ilişkin usul ve esasları tespit etmiş ve çalışanların haklarını korumaya yönelik bir takım kriterler benimsemiştir.

Konunun daha iyi anlaşılabilmesi bakımından, mevzuatımızda çalışma sürelerine ilişkin hükümler ile fazla çalışmaya ilişkin düzenlemeler hakkında kısa bilgi verilecek ve daha sonra asıl soruna temas edilecektir.

## 1. Çalışma Süresi

Çalışma süresi, 22/5/2003 tarihli, 4857 sayılı İş Kanunu’nun 63 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. 4857 sayılı Kanunun 63 üncü maddesi,

“Genel bakımdan çalışma süresi haftada en çok kırkbeş saattir. Aksi kararlaştırılmamışsa bu süre, işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine eşit ölçüde bölünerek uygulanır.

Tarafların anlaşması ile haftalık normal çalışma süresi, işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine, günde onbir saati aşmamak koşulu ile farklı şekilde dağıtılabilir. Bu halde, iki aylık süre içinde işçinin haftalık ortalama çalışma süresi, normal haftalık çalışma süresini aşamaz. Denkleştirme süresi toplu iş sözleşmeleri ile dört aya kadar artırılabilir.

Çalışma sürelerinin yukarıdaki esaslar çerçevesinde uygulama şekilleri, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından hazırlanacak bir yönetmelikle düzenlenir.” hükmünü amirdir.

İş Kanunu, işçilerin çalışma süresini haftalık esasa göre ve azami kırkbeş saat olarak belirlemiştir. Haftalık normal çalışma süresi olan kırkbeş saatlik bu süre, sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa haftanın çalışılan günlerine eşit olarak bölünerek uygulanabilecektir. Yani haftanın beş günü çalışılan hallerde günde dokuz saat, haftanın altı günü çalışılan hallerde günde yedibuçuk saat azami çalışma süresi belirlenebilecektir. Haftalık çalışma süresinin sözleşme ile haftanın çalışılan günlerine farklı bir şekilde dağıtılması da mümkündür.

## 2. Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma

4857 sayılı İş Kanununun “Fazla çalışma ücreti” başlıklı 41 inci maddesinde fazla çalışma, “Kanunda yazılı koşullar çerçevesinde, haftalık kırkbeş saati aşan çalışmalardır” şeklinde tanımlanmıştır. Fazla sürelerle çalışma ise, “haftalık çalışma süresinin sözleşmelerle kırkbeş saatin altında belirlendiği durumlarda kanunda belirtilen esaslar dâhilinde uygulanan ortalama haftalık çalışma süresini aşan ve kırkbeş saate kadar yapılan çalışmalar fazla sürelerle çalışmalardır” şeklinde tanımlanmıştır.

İş Kanunu, ülkenin genel yararları yahut işin niteliği veya üretimin artırılması gibi nedenlerle fazla çalışma yapılmasını kabul etmektedir. Kanunumuz, genel ve soyut ifadelerle fazla çalışma yapılmasını kabul ederek ekonomik gelişmenin önünü açmak isterken, fazla çalışmayı belirli kurallara bağlamak suretiyle de işçinin haklarını korumaya çalışmaktadır. 4857 sayılı Kanun, yukarıda da ifade edildiği üzere, çalışma süreleri bakımından denkleştirme esasını kabul etmiş olup, 63 üncü madde hükmüne göre denkleştirme esasının uygulandığı hallerde, işçinin haftalık ortalama çalışma süresi, normal haftalık iş süresini aşmamak koşulu ile bazı haftalarda toplam kırkbeş saati aşsa dahi bu çalışmalar fazla çalışma sayılmaz (Mollamahmutoğlu/Astarlı, 2012:1097; Ekonomi, 2004:160; Akyiğit,2005:2).

Fazla çalışma yapan işçilere, her bir saat fazla çalışma için normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının yüzde elli yükseltilmesi suretiyle bulunacak miktarda ve fazla sürelerle çalışma yapan işçilere, her bir saat fazla çalışma için normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının yüzde yirmibeş yükseltilmesi suretiyle bulunacak miktarda ücret ödenir. Fazla çalışma ücreti ile ilgili olarak öngörülen hüküm nispi emredici kural niteliğindedir (Çil, 2007:69; Yuvalı, 2009:67). Bu itibarla tarafların yüzde elli oranından daha yüksek bir oran belirlemeleri mümkün, fakat bu oranın altında bir yüzde kararlaşmalarını mümkün değildir (Mollamahmutoğlu/Astarlı, 2012:1107; Soyer, 2004:801; Çil, 2007:69; Yuvalı, 2009:67).

Hizmet akdinde, kanunda öngörülen en çok haftalık çalışma süresinin altında bir süre çalışması kararlaştırılan bir işçi, sözleşmede belirlenen sürenin üstünde yaptığı çalışmalar nedeniyle fazla sürelerle çalışma ücreti alırken, aynı zamanda kanunda öngörülen en çok haftalık çalışma süresinin üstünde yaptığı çalışmalar nedeniyle de fazla çalışma ücreti almaya hak kazanacaktır.

Fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma yapan işçi isterse, bu çalışmalar karşılığı zamlı ücret yerine, fazla çalıştığı her saat karşılığında bir saat otuz dakikayı, fazla sürelerle çalıştığı her saat karşılığında bir saat onbeş dakikayı serbest zaman olarak kullanabilir. İş Kanunu, işçilere seçimlik bir hak tanımakta, fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma ücreti yerine serbest zaman hakkı talep etmek şeklinde bir uygulamayı kabul etmektedir. İşçi bu şekilde hak ettiği serbest zamanı altı ay zarfında, çalışma süreleri içinde ve ücretinde bir kesinti olmadan kullanır. Söz konusu düzenlemeye dikkat edildiğinde işçinin talebi olmaksızın işverenin işçiye zamlı ücret yerine serbest zaman tanımmasının mümkün olmadığı görülmektedir (Çelik, 2013:379; Mollamahmutoğlu/Astarlı, 2012:1113; Soyer, 2004:803; Süzek, 2008:757; Çil, 2007:73; Yuvalı, 2009:72). Doktrinde, fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışmaların serbest zaman kullanma yoluyla karşılanmasına dair hükümlerin iş sözleşmeleri ya da iş yeri yönetmeliği ile belirlenmesinin mümkün olmadığı

ileri sürülmüştür (Süzek, 2008:757; Soyer, 2004:803). İşçinin zamlı ücret ödenmesi ya da serbest zaman kullanma şeklinde seçimlik hakkı kural olarak bu tür çalışmaları yapılmasının ardından ortaya çıkar. Bu nedenle, serbest zaman kullanımı ile ilgili önceden verilmiş rıza geçerli sayılmamalıdır (Çil, 2007:74).

4857 sayılı İş Kanununun 41 inci maddesinin altıncı fıkrasına göre, Kanunun 63 üncü maddesinin son fıkrasında yazılı sağlık nedenlerine dayanan kısa veya sınırlı süreli işlerde ve 69 uncu maddesinde belirtilen gece çalışmasında fazla çalışma yapılması yasaklanmıştır. Yine, İş Kanununa İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliğinin\* 7 nci maddesinde bunlara ilave olarak, maden ocakları, kablo döşemesi, kanalizasyon, tünel inşaatı gibi işlerin yer ve su altında yapılanlarında fazla çalışma yapılması yasaklanmıştır. 10.09.2014 tarihli 6552 sayılı “İş Kanunu ile Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması ile Bazı Alacakların Yeniden Yapılandırılmasına Dair Kanun”un 4 üncü maddesi ile 4857 sayılı İş Kanununun 41 inci maddesine dokuzuncu fıkra eklenmek suretiyle, 42 nci ve 43 üncü maddelerde sayılan haller dışında yer altında maden işlerinde çalışan işçilere fazla çalışma yaptırılmayacağı hüküm altına alınarak, söz konusu yasa, yönetmelikten 4857 sayılı İş Kanununa taşınmıştır. Ayrıca anılan yönetmeliğin 8 inci maddesinde, 18 yaşını doldurmamış işçiler, iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi ile önceden veya sonradan fazla çalışmayı kabul etmiş olsalar bile sağlıklarının elvermediği işyeri hekiminin veya Sosyal Sigortalar Kurumu Başkanlığı hekiminin, bunların bulunmadığı yerlerde herhangi bir hekimin raporu ile belgelenen işçiler, İş Kanununun 88 inci maddesinde öngörülen Yönetmelikte belirtilen gebe, yeni doğum yapmış ve çocuk emziren işçiler ile kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılan işçilere fazla çalışma yaptırılmayacağı hüküm altına alınmıştır. Kanun ve yönetmelikte belirlenen bazı işlerde çalışan işçiler ile kişisel durumları nedeniyle fazla çalışma yapamayacakları için özel olarak korunmak istenen işçilerin fazla çalışma yapmaları yasaklanmıştır.

4857 sayılı İş Kanunu, zorunlu nedenlerle fazla çalışma yapılmasını da kabul etmiştir. Kanunun 42 nci maddesi, “Gerek bir arıza sırasında, gerek bir arızanın mümkün görülmesi halinde yahut makineler veya araç ve gereç için hemen yapılması gerekli acele işlerde yahut zorlayıcı sebeplerin ortaya çıkmasında, işyerinin normal çalışmasını sağlayacak dereceyi aşmamak koşulu ile işçilerin hepsi veya bir kısmına fazla çalışma yaptırılabilir. Bu durumda fazla çalışma yapan işçilere uygun bir dinlenme süresi verilmesi zorunludur. Şu kadar ki, zorunlu sebeplerle yapılan fazla çalışmalar için 41 inci maddenin birinci, ikinci ve üçüncü fıkraları hükümleri uygulanır.” hükmünü amirdir. Anılan hükme göre işveren, arızı ve zorlayıcı sebeplerin varlığı halinde, fazla çalışmaya ilişkin kanunda öngörülen işçinin serbest zaman talep hakkı, yıllık 270 saatlik sınırlama, işçinin onayının alınması zorunluluğu ile fazla çalışmanın yasak olduğu hallerle bağlı olmaksızın fazla çalışma yaptırabilir. Bu durumda, 4857 sayılı Kanunun 41 inci maddesinin ilk üç fıkrası hükümleri uygulanacaktır.

Yine İş Kanununun 43 üncü maddesinde “Seferberlik sırasında ve bu süreyi aşmamak şartıyla yurt savunmasının gereklerini karşılayan işyerlerinde fazla çalışmaya lüzum görülürse işlerin çeşidine ve ihtiyacın derecesine göre Bakanlar Kurulu günlük çalışma süresini, işçinin en çok çalışma gücüne çıkarabilir. Bu suretle fazla çalıştırılan işçiler için

\* RG., 06.04.2004, S. 25425

verilecek ücret hakkında 41 inci maddenin birinci, ikinci ve üçüncü fıkraları hükümleri uygulanır.” hükmü ile zorunlu hallerde fazla çalışmaya benzer şekilde, olağanüstü hallerde fazla çalışma düzenlenmiştir.

İşyerinde asıl işe başlamadan önce yapılması gereken, makinelerin açılması, hammaddelerin taşınması gibi hazırlık işleri, iş bittikten sonra yapılması gereken ortalığı toplama ve temizlik gibi işler vardır. Bu tür işler, sadece bu işleri yapmak üzere istihdam edilmiş işçilere yaptırılabilceği gibi, uygulamada daha çok görüldüğü üzere, asıl işte çalışan işçilere nöbetleşe (dönüşümlü) olarak da yaptırılabilir. Asıl işi yapan işçiler “hazırlama, tamamlama ve temizleme işleri” olarak anılan bu işleri de yapıyorlarsa, günlük çalışma süresinin aşılması, yani fazla çalışma ortaya çıkacaktır (Şakar, 2006:16).

4857 sayılı İş Kanununun 70 inci maddesi, “Genel olarak bir işyerinde belirli çalışma saatlerinden önce veya sonra gerekli olan hazırlama veya tamamlama yahut temizleme işlerinde çalışan işçiler için işin düzenlenmesi ile ilgili hükümlerden hangilerinin uygulanmayacağı yahut ne gibi değişik şartlar ve usullerle uygulanacağı Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından hazırlanacak bir yönetmelikte gösterilir” hükmünü amirdir. Anılan hüküm gereği çıkarılan Hazırlama, Tamamlama ve Temizleme İşleri Yönetmeliği’nin\* 12 nci maddesinde, hazırlama, tamamlama ve temizleme işleri de dâhil olmak üzere, günlük çalışma süresinin onbir saati aşamayacağı ve günlük normal çalışma süresi dışında yapılan hazırlama, tamamlama ve temizleme işleri ile yapılan fazla çalışma sürelerinin toplamının yılda ikiyüzyetmiş saati geçemeyeceği kabul edilmiştir. Aynı yönetmeliğin 15 inci maddesinde, bir işyerinde, hazırlama, tamamlama ve temizleme işlerini de yapan asıl işçilere, bu işlerde geçirdikleri sürenin her bir saati için ödenecek ücretin, o işyerindeki asıl işlerine ait normal çalışma ücretinin saat başına düşen tutarının yüzde elli yükseltilmesi suretiyle ödeneceği düzenlenmiştir.

Fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma yaptığını iddia eden işçi norm kuramı\*\* uyarınca bu iddiasını ispatla yükümlüdür (Çelik, 2013:377; Çil, 2007:64; Yuvalı, 2009:68). Esasen ücret bordrolarına ilişkin kurallar burada da geçerlidir. İşçinin imzasını taşıyan bordro, sahteliği ispat edilinceye kadar kesin delil niteliğindedir. Bir başka ifadeyle bordronun sahteliği ileri sürülüp kanıtlanmadıkça, imzalı bordroda görünen fazla çalışma alacağının ödendiği varsayılır. Bordroda, fazla çalışma bölümünün boş olması ya da bordronun imza taşıyamaması halinde işçi fazla çalışma yaptığını her türlü delille ispat edebilir (Kılıçoğlu, 1999:821).

4857 sayılı İş Kanununun 37 nci maddesi, “İşveren işyerinde veya bankaya yaptığı ödemelerde işçiye ücret hesabını gösterir imzalı veya işyerinin özel işaretini taşıyan bir pusula vermek zorundadır. Bu pusulada ödemenin günü ve ilişkin olduğu dönem ile fazla çalışma, hafta tatili, bayram ve genel tatil ücretleri gibi asıl ücrete yapılan her çeşit eklemeler tutarının ve vergi, sigorta primi, avans mahsubu, nafaka ve icra gibi her çeşit kesintilerin ayrı ayrı gösterilmesi gerekir.” hükmünü amirdir. Anılan hükme göre, işçiye ödenecek fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma ücretleri, ücret hesap pusulasında

\* RG.,28.04.2004, S. 25446.

\*\* Bir hak iddiasında bulunan taraf, hakkına temel olan noktalar bakımından ispat yükünü taşır “Norm kuramı” olarak bilinen bu kurama göre, iki taraftan her biri kendi iddiasına ve savunmasına konu olan normun öge olayları için ispat yükünü taşır.

gösterilmek zorundadır. Fazla çalışma ücretinin yazılı olduğu bir ücret hesap pusulası veya ücret bordrosu, işçi tarafından hiçbir ihtirazi kayıt ileri sürülmeksizin imzalanmışsa, artık bu pusulanın veya bordronun ilişkin olduğu dönem bakımından fazla çalışma ücretinin daha yüksek olduğu iddiaları dinlenmeyecektir.

İş Kanununa İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliğinin “Fazla Çalışmanın Belgelenmesi” başlıklı 10 uncu maddesi, “İşveren, fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma yaptırdığı işçilerin bu çalışma saatlerini gösteren bir belge düzenlemek, imzalı bir nüshasını işçinin özlük dosyasında saklamak zorundadır. İşçilerin işlemiş olan fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma ücretleri normal çalışmalarına ait ücretlerle birlikte, 4857 sayılı İş Kanununun 32 ve 34 üncü maddeleri uyarınca ödenir. Bu ödemeler, ücret bordrolarında ve İş Kanununun 37 nci maddesi uyarınca işçiye verilmesi gereken ücret hesap pusulalarında açıkça gösterilir.” hükmünü amirdir. Yönetmelik hükmü, işverene fazla çalışma sürelerini belgeleme yükümlülüğü getirmektedir. İşveren tarafından bu yükümlülük yerine getirilmezse, işçi tanık dâhil her türlü delille fazla çalışmayı ispatlayabilecektir.

İmzalı ücret bordrolarında fazla çalışma ücretinin ödendiği anlaşılıyorsa, işçi tarafından gerçekte daha fazla çalışma yapıldığının ileri sürülmesi de mümkün değildir. Ancak, bordroda fazla çalışma alacağına daha fazla olduğu yönünde ihtirazi kayıt bulunması halinde, bordroda görünenden daha fazla çalışmanın her türlü delille ispatı mümkündür (Kılıçoğlu, 1999:821). Bordroların imzalı ve ihtirazi kayıtsız olmasına rağmen daha fazla çalışma yaptığını iddia eden işçinin, yazılı delillerle bordroda gösterilenden daha fazla çalışma yaptığını kanıtlaması gerekir (Çil, 2007:64). İşçiye bordro imzalatılmadığı halde, fazla çalışma ücreti tahakkuklarını da içeren her ay değişik miktarlarda ücret ödemelerinin banka kanalıyla yapılması durumunda da ihtirazi kayıt ileri sürülmemiş olması, ödenenin üzerinde fazla çalışma yapıldığının yazılı delille ispatlanması gerektiği sonucunu doğurmaktadır (Çil, 2007:65).

Fazla çalışmanın ispatı konusunda işyeri kayıtları, özellikle işyerine giriş çıkışı gösteren belgeler, giriş çıkış için konulan elektronik cihazlara ilişkin sistem çıktıları, işyeri iç yazışmaları delil niteliğindedir. İşyerinde günlük mesainin puantaj kaydı ya da elektronik ortamda kart basma şeklinde işverence tespit edildiği hallerde, ispat yönünden anılan kayıtlara değer verilmelidir. Anılan kayıtların varlığı halinde tanık beyanlarına göre sonuca gidilmesi doğru olmaz (Çil, 2007:64).

### 3. Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yapıtırılmasında İşçinin Yazılı Onayının Alınması

4857 sayılı İş Kanununun 41 inci maddesinin yedinci fıkrası, “Fazla saatlerle çalışmak için işçinin onayının alınması gerekir.” hükmünü amirdir. Kanunda fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma yapılması konusunda işçinin onayının alınması zorunluluğu getirilmiş olmakla birlikte, bu onayın ne zaman ve ne şekilde alınacağı belirlenmemiştir. 41 inci maddenin son fıkrası, “Fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışmaların ne şekilde uygulanacağı çıkarılacak yönetmelikte gösterilir.” hükmünü amirdir. Anılan hükme dayanarak Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı’na çıkarılan İş Kanununa İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla

Sürelerle Çalışma Yönetmeliğinin “Fazla Çalışma Yaptırılacak İşçinin Onayı” başlıklı 9 uncu maddesi, “Fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma yaptırmak için işçinin yazılı onayının alınması gerekir. Zorunlu nedenlerle veya olağanüstü durumlarda yapılan fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma için bu onay aranmaz. Fazla çalışma ihtiyacı olan işverence bu onay her yıl başında işçilerden yazılı olarak alınır ve işçi özlük dosyasında saklanır.” hükmünü amirdir. Yönetmeliğin anılan hükmü ile bir işçiye fazla çalışma yaptırılabilmesi için, kural olarak yazılı onayının alınması gerekmektedir. Fazla çalışma yaptırmak isteyen işveren, her yıl başında işçiden yazılı onay almalı ve bu onayı işçinin özlük dosyasında saklamalıdır. Maddede yer alan «her yılbaşında» deyiminin, bütün işçiler açısından her takvim yılı başı yani 01 Ocak gününü mü yoksa her bir işçinin sözleşmesinin devam ettiği her bir senenin (365 günün) başı yani kıdem yılını mı anlattığı da açık değildir. Uygulamada kıdem yılı değil, takvim yılı başında bu onayların alındığı görülmektedir. Yıl başında fazla çalışma ihtiyacı bulunan işverenin işçilerden yazılı olarak onay alması şeklindeki yazım tarzı, bu görüşü haklı göstermektedir. Kanaatimizce de, fıkrada, bireysel olarak “işçi” değil, “işçiler” ifadesinin kullanılmış olması nedeniyle, kıdem yılı değil takvim yılı kastedilmiştir.

Yazılı onayı alınmaksızın işçiye fazla çalışma yaptırılması, idari para cezası ile cezalandırılmaktadır. 4857 sayılı İş Kanununun 102 nci maddesine göre, Kanunun 41 inci maddesinde belirtilen fazla çalışmalara ilişkin ücreti ödemeyen, işçiye hak ettiği serbest zamanı altı ay zarfında kullandırmayan, fazla saatlerde yapılacak çalışmalar için işçinin onayını almayan işveren veya işveren vekiline, bu durumda olan her işçi için ikiyüzyirmi Türk Lirası idari para cezası verilir. Mevzuatımız, fazla çalışma ücretini ödememe, işçiye hak ettiği serbest zamanı talebine rağmen kullandırmama ve fazla çalışma yaptırmak için işçinin onayını almama fiillerini ayrı ayrı ve her bir işçi için idari yaptırıma bağlamış durumdadır.

İş Kanununa İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliğinin 9 uncu maddesi itibarıyla, işverenin fazla çalışma yaptırabilmesi için, işçinin onayının yazılı olması ve her yılın başında işçilerden onay alınması gerekmektedir. Bununla birlikte, işçilerin onayının iş sözleşmeleri ve toplu iş sözleşmeleriyle önceden alınabileceği doktrinde savunulmaktadır (Mollamahmutoğlu/Astarlı, 2012:1102; Süzek, 2008:749; Narmanlıoğlu, 2010:31). Özellikle, toplu iş sözleşmelerinde, işçilerin fazla çalışma yapacakları hüküm altına alındığı durumlarda, toplu iş sözleşmesinin normatif etkisi de göz önüne alındığında, işçi bakımından toplu iş sözleşmesinin yürürlükte bulunduğu süre boyunca fazla çalışma yapma borcu ortaya çıkacak ve işçinin normatif etkisi karşısında toplu iş sözleşmesinin söz konusu hükmüne rağmen fazla çalışma yapmama konusunda bir irade sergilemesinin mümkün olamayacağı ve yıl başında fazla çalışma onayı vermese de, toplu iş sözleşmesinin hükümlerine uygun davranmak zorunda olacağı da gözden kaçırılmamalıdır. Nitekim söz konusu yönetmeliğin 8 inci maddesinde “İş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi ile önceden veya sonradan fazla çalışmayı kabul etmiş olsalar bile” ifadesi mevcuttur (Yuvalı, 2009:59). Ancak işçi, fazla çalışmaya onay vermiş olsa da, sağlık durumunun fazla çalışmaya imkân tanımaması ya da fazla çalışmaya katılmamayı haklı kılan diğer nedenlerin varlığı halinde fazla çalışmaya zorlanamaz (Ekonomi, 1987:305; Mollamahmutoğlu/Astarlı, 2012:1102). Doktrindeki görüşlere rağmen, Yargıtay verdiği bir kararında aynen şunları söylemiştir; “...Taraflar arasında yapılmış olan iş sözleşmesinin “Özel Şartlar” başlığını taşıyan 8.2.



maddesinde «işveren, gerekli gördüğü takdirde, işçi, iş saatleri dışında veya tatil günlerinde (bayram, genel tatil ve hafta tatili) çalışmayı kabul eder.» kuralına yer verilmiş ise de, fesih tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan 4857 sayılı İş Kanunu'nun 41. maddesi ve bu maddeye dayanılarak çıkarılan yönetmelik uyarınca fazla mesai için her yıl yeniden işçinin muvafakatının alınması gerekir. Bu nedenle, sözleşmede fazla mesai yapmaya davacının rıza gösterdiğine ilişkin hükmün ancak ilk yıl için geçerli olduğu kabul edilebilir. Davacının yapmadığı iddia edilen fazla mesainin zorunlu olmadığı ve ayrıca davacının diğer işçileri bu yönde teşvik veya tehdit ettiğine dair dosyada inandırıcı delil de bulunmadığı anlaşıldığından akdin geçerli neden olmadan feshedildiği kabul edilmelidir.”(Yargıtay 9. HD., 08.05.2006 t.,E.2006/10028,K. 2006/13006, (Bayram, 2011:508)). Anılan kararda Yargıtay, sözleşme ile verilen muvafakati, sadece sözleşmenin ilk yılı için geçerli sayarken, sözleşmenin haklı feshine ilişkin değerlendirmeler yapmak suretiyle sonuca ulaşmaktadır (Benzer karar için bkz.:Yargıtay 9. HD., 26.03.2009 t.,E. 2007/38322,K. 2009/8131 (Ocak, 2013:1119)).

Sözleşmenin ikinci ve daha sonraki yıllarında, işçinin fazla çalışma yapmak istemediğini işverene beyan etmesi halinde, işverenin sözleşme hükmünü öne sürerek iş sözleşmesini haklı fesih yoluyla sonlandırma hakkının olmadığı (Aynı görüş için bkz.: Yargıtay 9. HD., 31.01.2011 t., E. 2009/1543, K. 2011/1486 (Ocak, 2013:1121)), hatta böyle bir talebin işveren tarafından reddedilmesi halinde, İş Kanunu 24/II f hükmü (çalışma şartlarının uygulanmaması) uyarınca işçinin haklı fesih hakkının bulunduğu kabul edilmelidir (Aynı görüş için bkz.: Çil, 2007, 59). Yargıtay da aynı doğrultuda, onayı olmayan işçinin fazla çalışmaya zorlanamayacağı, bu nedenle işçinin haklı fesih hakkının bulunduğunu kabul etmektedir (Yargıtay 9. HD.,02.11.2011 t., E. 2009/25860, K. 2011/42439 (Ocak, 2013:1123)).

4857 sayılı İş Kanununun 41 inci maddesindeki “fazla saatlerle çalışmak için işçinin onayının alınması gerekir” hükmündeki “fazla saatlerle çalışmak” kavramının hem fazla çalışma hem de fazla sürelerle çalışmayı kapsadığı açıktır (Karacan, 2007:79). İş Kanununa İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliğinin 9 uncu maddesinin ikinci fıkrasında,“Fazla çalışma ihtiyacı olan işverence bu onay her yıl başında işçilerden yazılı olarak alınır ve işçi özlük dosyasında saklanır.” denilmek suretiyle, fazla çalışma bakımından işçinin yazılı onayının her yıl başında tekrar alınması zorunlu tutulurken, fazla sürelerle çalışmada onayın her yıl başında tekrar alınmasının zorunlu tutulmadığı görülmektedir. Bu nedenle de, fazla sürelerle çalışma için işverenin bir kere onay almasının yeterli olacağı düşünülmektedir. Bu husustaki yönetmelik hükmü yeterince açık olmadığından, fazla sürelerle çalışmalarda her yılbaşında bu onayın yenilenmesi zorunluluğu bulunmamaktadır (Eyrenci/Taşkent/Ulucan, 2014:259-260; Akyiğit, 2005:10; Yuvalı, 2009:60). Kanaatimizce de, yönetmelikte fazla sürelerle çalışma bakımından bir kez onay alınması yeterli görülmüş olup, işçinin yazılı onayının her yıl başında yeniden alınmasının gerekmediği, sadece fazla çalışma bakımından her yıl başında yeniden onay alınması gerektiği düşünülmektedir.

## 4. Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Ücretlerinin, Sözleşmede Belirlenen Ücrete Dâhil Edilmesi Sorunu

4857 sayılı İş Kanununun 41 inci maddesinin sekizinci fıkrası, “Fazla çalışma süresinin toplamı bir yılda ikiyüzyetmiş saatten fazla olamaz.” hükmünü amirdir. Yine Kanunun 41 inci maddesinin uygulama esaslarını gösteren İş Kanununa İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliğinin “Fazla Çalışmada Sınır” başlıklı 5 inci maddesi, “Fazla çalışma süresinin toplamı bir yılda ikiyüzyetmiş saatten fazla olamaz. Bu süre sınırı, işyerlerine veya yürütülen işlere değil, işçilerin şahıslarına ilişkindir. Fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma sürelerinin hesabında yarım saatten az olan süreler yarım saat, yarım saati aşan süreler ise bir saat sayılır.” hükmünü amirdir.

1475 sayılı İş Kanunu, günlük fazla çalışmanın üst sınırını üç saat ve fazla çalışma yapılacak günlerin toplamını bir yılda doksan iş günü olarak belirlemişken, 4857 sayılı Kanunda böyle günlük bir sınır belirlenmemiştir (Çil, 2007:60). Bunun yerine ikiyüzyetmiş saatlik yıllık sınır belirlenmek suretiyle, bunun yıl içindeki dağıtımı işverene bırakılmıştır.

4857 sayılı İş Kanununa göre bir işçiye, yılda en fazla ikiyüzyetmiş saat fazla çalışma yaptırılabilir. Bunun üzerinde fazla çalışma yaptırılması yasaktır. Kanunda düzenlenen bu yasağa rağmen, ikiyüzyetmiş saatten fazla çalışmak zorunda kalan işçiye, bu çalışmalarının karşılığı fazla çalışma hükümleri çerçevesinde ödenmek zorundadır (Mollamahmutoglu, 2004:22; Ekonomi, 2004:162; Narmanlıoğlu, 2012:659; Centel, 1994:232; Çil, 2007:61). Yargıtay tarafından da benimsenmiş görüş, yıllık ikiyüzyetmiş saati aşan çalışmaların fazla çalışmalarda olduğu gibi %50 oranında zamlı ücret ödenmesi yönündedir (bkz.:Yargıtay HGK., 24.12.2008 t., E. 2008/9-774,K. 2008/785; Yargıtay 9.HD., 18.11.2008 t., E. 2007/32717, K. 2008/31210; Yargıtay 9. HD., 19.01.2009 t., E. 2007/34124,K. 2009/109 (UYAP Mevzuat-İçtihat Programı 2013)). 4857 sayılı İş Kanununun 41 inci maddesinin sekizinci fıkrasında düzenlenen emredici hükmün ihlali halinde ise öngörülmüş olan hiçbir hukuki veya cezai yaptırım bulunmadığı savunulmaktadır (Çil, 2007:61).

Uygulamada son zamanlarda, hizmet akitlerinde, kanunda ve yönetmelikte öngörülen ikiyüzyetmiş saatlik fazla çalışma süresinin karşılığı olan fazla çalışma ücretinin ya da herhangi bir süre belirlemeksizin işçinin yapacağı bütün fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma ücretlerinin, sözleşmede belirlenen ücrete dâhil olduğu yönünde hükümlere sıklıkla rastlanmaktadır. Yine, kurumsal işverenler, sözleşmenin eki niteliğindeki personel yönetmeliklerinde bu hükümlere yer verebilmektedir (bkz.:Yargıtay 9. HD., 27.04.2012 t., E. 2011/5642, K. 2012/14697 (Ocak, 2013:994)). Bazen de kurumsal işverenler, sözleşmede bulunmamakla birlikte personel yönetmeliklerine bu tür hükümler koyarak, sözleşmenin imzalanmasından sonra bu yönetmelikleri işçilerine tebliğ etmektedirler (bkz.:Yargıtay 9. HD., 15.09.2011 t., E. 2011/32152, K. 2011/32005 (Ocak, 2013:991)). Bu durum, sözleşmeye veya sözleşmenin eki durumundaki yönetmeliklere konulan hükümler ile sözleşmenin imzalanmasından sonra işçiye tebliğ edilen personel yönetmeliği hükümlerinin geçerli olup olmayacağı ve bununla birlikte fazla çalışma ücretlerinin sözleşme ücretine dâhil olup olamayacağı tartışmalarını da beraberinde getirmektedir.

Çalışma süresi, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 63 ve devamı maddelerinde düzenlenmiş olup, 4857 sayılı Kanuna göre çalışma süresi, haftada en çok kırkbeş saattir. Aksi kararlaştırılmamışsa bu süre, işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine eşit ölçüde bölünerek uygulanır. Dolayısıyla haftalık kırkbeş saatin üzerinde yapılan çalışmalar fazla çalışma olarak karşımıza çıkmaktadır. Fazla çalışma yapılması kararlaştırılmamış bir iş yerinde, işçinin aldığı ücret, haftalık kırkbeş saatlik çalışmasının karşılığıdır. İşçinin kanunda belirlenen bu kırkbeş saatlik çalışma süresini aştığı durumlarda, denkleştirme ve serbest zaman uygulaması bulunmaması halinde, kural olarak işçiye fazla çalışma ücreti ödenmesi gerekmektedir. Her bir saat fazla çalışma için verilecek ücret, normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının yüzde elli yükseltilmesi suretiyle ödenir. İşverenler uygulamada bu şekilde fazla çalışma ücreti ödememek için, sözleşme ile kararlaştırılan ücretin, fazla çalışma ücretini de kapsayacağına ilişkin sözleşme hükümlerinden yararlanmak istemektedirler. İhtilaf, fazla çalışma ücretinin sözleşmede belirlenen ücrete dahil olduğuna ilişkin sözleşme hükümlerinin geçerli olup olmayacağı noktasında toplanmaktadır.

Doktrinde bir görüş, sözleşmede, işçinin ücretinin fazla çalışma ücretlerini de kapsayacak şekilde belirlenebileceğini, bu şekildeki sözleşme hükümlerinin geçerli olduğunu kabul etmektedir (Mollamahmutoğlu, 2004:22; Süzek, 2008:756; Çelik, 2013:378; Yuvalı, 2009:68; Çiçek, 2009:198; aksi yönde görüş için bkz.:Şen, 2003:680; Çil, 2007:67). Yargıtay da, istikrarlı kararlarında, işçinin ücretine fazla çalışma ücretinin de dâhil edilmesine ilişkin sözleşme hükümlerine belirli şartların varlığı halinde geçerlilik tanımıştır (“... İş sözleşmelerinde fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dâhil olduğu yönünde kurallara sınırlı olarak değer verilmelidir. Dairemiz, yılda 90 gün ve 270 saatle sınırlı olarak söz konusu hükümlerin geçerli olduğunu kabul etmektedir. O halde işçinin anılan sınırlamaların ötesinde fazla çalışmayı kanıtlaması durumunda fark fazla çalışma ücretinin ödenmesi gerekir.”(Yargıtay HGK.,06.04.2011 t., E. 2010/9-748, K. 2011/60; Aynı görüş için bkz.: Yargıtay HGK., 06.04.2011 t., E. 2010/9-747, K. 2011/59; Yargıtay HGK., 06.04.2011 t., E. 2010/9-746, K. 2011/58 (UYAP Mevzuat-İçtihat Programı 2013))).

4857 sayılı İş Kanununun fazla çalışmayı düzenleyen hükümleri ile bu hükümlere dayanılarak çıkarılan uygulama yönetmeliğinde, fazla çalışma ücretlerinin, temel ücrete dâhil edilip edilemeyeceği hususunda herhangi bir hüküm bulunmadığı açıktır. Ancak uygulama yönetmeliği bu konuda daha açık hükümler içermektedir. İş Kanununa İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliğinin 10 uncu maddesi, “İşçilerin işlemiş olan fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma ücretleri normal çalışmalarına ait ücretlerle birlikte, 4857 sayılı İş Kanununun 32 ve 34 üncü maddeleri uyarınca ödenir. Bu ödemeler, ücret bordrolarında ve İş Kanununun 37 nci maddesi uyarınca işçiye verilmesi gereken ücret hesap pusulalarında açıkça gösterilir.” hükmünü amirdir. Buna göre, fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma ücretleri, ücretle birlikte ve ücretin tabi olduğu usul çerçevesinde ödenecek olup; bu ücretlerin bordroda ve ücret hesap pusulalarında açıkça gösterilmesi esası benimsenmiştir. Anılan yönetmelik hükmünde, “açıkça gösterilmesi” şeklinde bir ifade kullanılmak suretiyle, fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma ücretlerinin ödendiğinin açıkça gösterilmesi gerektiği vurgulanırken, bunların ücretin dışında ayrı bir şekilde gösterilmesi zorunlu kılınmamıştır. Fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma ücretinin, sözleşmede belirlenen ücretin içinde ödenmiş olduğunun kabul edildiği hallerde, bordro ve hesap pusulalarında açıkça gösterim yapılmaması, anılan yönetmelik hükümlerine aykırı

bir durum ortaya çıkaracak; ancak ücretle birlikte, fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma ücretlerinin toplam bir rakam olarak açıkça gösterildiği durumlarda yönetmeliğe aykırı bir durum oluşmayacaktır. Zira yönetmelikte “ayrıca ve açıkça gösterilir” şeklinde bir ifade kullanılmamaktadır.

Kanunda öngörülen sınırlar aşılmak suretiyle, yıllık ikiyüzyetmiş saatin üzerinde yapılacak fazla çalışma veya gece yedibuçuk saatin üzerinde yapılacak fazla çalışma yahut günlük onbir saatin üzerinde yapılacak fazla çalışma ücretinin de temel ücretin içinde yer alacağına ilişkin bir sözleşme hükmünün geçersiz olacağı doktrinde baskın görüş olarak savunulmaktadır (Mollamahmutoğlu/Astarlı, 2012:1108; Çelik, 2013:378; Süzek, 2008:756; Çil, 2007:66; Yuvalı, 2009:68). Yargıtay’ca da bu durum aynen kabul edilmektedir (“... Fazla çalışma yönünden diğer bir yasal sınırlama da, İş Kanununun 41. maddesinde yazılı olan fazla çalışma süresinin toplamı bir yılda ikiyüzyetmiş saatten fazla olamayacağı şeklindeki hükümdür. Ancak bu sınırlamaya rağmen işçinin daha fazla çalıştırılması halinde, bu çalışmalarının karşılığı olan fazla mesai ücretinin de ödenmesi gerektiği açıktır. Yasadaki sınırlama esasen işçiyi korumaya yöneliktir. Dairemizin kökleşmiş uygulaması bu yöndedir.” (Yargıtay 9. HD., 18.11.2008 t., E. 2007/32717, K. 2008/31210 (UYAP Mevzuat-İçtihat Programı 2013))). Zira, kanunda açıkça yasak olan bir hususta, kanunun hilafına ve emredici hükümlerine aykırı bir şekilde ve yasaklanan bir hususu meşru hale getirmek gayesiyle yapılacak bir sözleşme hükmünün geçerli olması düşünülemez. Burada tartışmalı olan husus, kanuni sınırlar içinde yapılabilecek fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma ücretlerinin, sözleşme ücretine dâhil edilip edilemeyeceğidir.

Bilindiği üzere, 11/1/2011 tarihli, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun “Sözleşme özgürlüğü” başlıklı 26 ncı maddesi, “Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler.” hükmünü amirdir. Tartışmayı sözleşme özgürlüğü çerçevesinde değerlendirmek gerekirse, kanunun emredici hükümlerine aykırı olmayacak şekilde sözleşme yapılması mümkün olacak ve bu konuda mevzuatta açık bir yasaklayıcı hüküm bulunmaması durumunda, yapılan sözleşme hükmü geçerlilik kazanacaktır. 4857 sayılı İş Kanunu ve bu kanuna dayanılarak çıkarılan yönetmelikler incelendiğinde, fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma ücretinin, sözleşmede belirlenen ücrete dâhil edilmesini yasaklayan herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Dolayısıyla sözleşme serbestisi perspektifinde, fazla çalışma ücretlerinin sözleşmede belirlenen ücretin içine dâhil edilmesine yönelik bir sözleşme hükmünün geçerli olduğu sonucuna ulaşılabilir. Yargıtay da, iş sözleşmelerinde sözleşme serbestisi ilkesinin uygulanmasını kabul etmektedir (“... Borçlar Hukuku’nda olduğu gibi İş Hukuku’nda da kural, (BK 19/1) sözleşme serbestisidir. Taraflar iş ilişkisinde dikkate alınması gereken kuralları yasalarla belirlenen emredici hukuk kurallarına aykırı olmamak kaydıyla serbestçe belirleyebilirler. 1475 sayılı İş Kanunu’nda yazılı sözleşmede bulunması gereken unsurlar gösterildiği halde, 4857 sayılı İş Kanunu’nda bu yönde bir kurala yer verilmemiştir. Bu noktada iş sözleşmesinde bulunması gereken öğeler yönünden de bir serbestinin olduğu söylenebilir. Çalışma koşullarında değişikliğe dair sözleşmenin de kural olarak yazılı biçimde yapılması gerekmez.” (Yargıtay 9. HD., 11.07.2011 t., E. 2009/19275, K. 2011/23293 (UYAP Mevzuat-İçtihat Programı 2013))). Ancak, böyle bir hükmün sözleşmede yer alması halinde dahi, İş Kanunu ve İş Kanununa İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliğinin fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışmaya ilişkin diğer usuli mevzuat hükümlerine aykırı olma ihtimali

bulunmaktadır. Dolayısıyla mevzuatın geneline bakılarak sonuca ulaşmak gerekecektir.

Öncelikle, 4857 sayılı İş Kanununun “Asgari ücret” başlıklı 39 uncu maddesi, “İş sözleşmesi ile çalışan ve bu Kanunun kapsamında olan veya olmayan her türlü işçinin ekonomik ve sosyal durumlarının düzenlenmesi için Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığınca Asgari Ücret Tespit Komisyonu aracılığı ile ücretlerin asgari sınırları en geç iki yılda bir belirlenir.” hükmünü amirdir. Anılan hüküm gereğince, temel ücretin asgari sınırlarının tespiti hususu kanunda düzenlenmiş, bu miktarın altında bir temel ücret belirlenemeyeceği açıkça ifade edilmiştir. Bu durumda asgari ücretin altında veya asgari ücret kadar belirlenen temel ücretin içinde fazla çalışma ücretlerinin de bulunduğunu kabul etmek mümkün olmayacaktır. Doktrinde baskın görüş de bu doğrultudadır (Mollamahmutoğlu/Astarlı, 2012:1108; Çelik, 2013:378; Süzek, 2008:756; Eyrenci, Taşkent, Ulucan, 2014:266-267; Yuvalı, 2009:68). Böyle bir durumda, sözleşmeye konulan hüküm geçersiz olacak, sözleşme hükmüne rağmen işçi, yaptığı fazla çalışma karşılığını kanun çerçevesinde temel ücrete ilave olarak alacaktır. Zira, bu geçersizlik mutlak bir geçersizlik olmayıp, işçi lehine bir geçersizlik olduğundan, işçilik alacaklarının ödenmemesi sonucunu doğurmayacaktır. İşçi, herhalde fazla yaptığı çalışmanın karşılığını almalıdır.

Sözleşmede belirlenen temel ücretin, yıllık ikiyüzyetmiş saatlik azami fazla çalışma süresinin aylık karşılığı olan ( $270/12 = 22,5$ ) yirmiiki buçuk saatlik çalışmanın %50 artırılmış tutarı kadar veya bu miktardan fazla belirlenmiş olması halinde, fazla çalışma ücretinin, ücretin içinde olduğu kabul edilebilir. Bu hesaplama göre, aylık azami çalışma süresi esas alınarak hesaplama yapılırsa, yirmiiki buçuk saatlik aylık azami fazla çalışmanın ücreti, sözleşmede kararlaştırılan temel ücretin yaklaşık %20’sine tekabül etmektedir. Yani sözleşmeye konulacak hükmün geçerli olabilmesi için, sözleşmede belirlenen ücretin asgari ücretten en az %20 oranında fazla kararlaştırılması gerekmektedir. Yargıtay da, bu görüşü kabul etmektedir (“... Somut olayda, davacının iş sözleşmesinde fazla çalışmaların ücrete dâhil olduğu kararlaştırılmış olup, fesih tarihinde ücreti asgari ücretin %20’ sinden fazladır. Bu durumda yukarıdaki ilkeler doğrultusunda yıllık 270 saatlik çalışmanın hesaplanan fazla çalışma ücretinden düşülmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.” (Yargıtay 9. HD., 03.05.2012 t., E. 2010/7792, K. 2012/15535; Benzer görüş için bkz: Yargıtay 9. HD., 24.05.2012 t., E. 2010/11355, K. 2012/18403 (Ocak, 2013:991)).

Yargıtay’a göre, hesaplama yapılırken, ikiyüzyetmiş saatlik yıllık limit değil, yirmiiki buçuk saatlik aylık limit uygulanmalıdır (Yargıtay 9. HD., 15.11.2012 t., E. 2010/27473, K. 2012/37872; Yargıtay 9. HD., 03.07.2012 t., E. 2012/1111, K. 2012/25944; Yargıtay 9. HD., 03.04.2012 t., E. 2009/32074, K. 2012/11113 (Ocak, 2013:991-992)). Bu hesaplama tarzı, toplamda ikiyüzyetmiş saatlik yıllık sınır aşılmamakla birlikte, bazı aylarda yirmiiki buçuk saatin altında çalışma olsa da işçilik alacaklarından indirim yapılamaması ve yirmiiki buçuk saatin üstünde çalışma olan aylarda ise fazla çalışılan kısım için sözleşme hükmüne rağmen ayrıca fazla çalışma ücreti ödenmesi sonucunu doğurmaktadır. Yargıtay burada işçi lehine bir yorumu tercih etmektedir. Yargıtay uygulamasında zayıf bir görüş ise (bkz.: KARŞI OY: Yargıtay 9. HD., 20.06.2012 t., E. 2010/16970, K. 2012/23829 (Ocak, 2013:992-994)), yılı bir bütün olarak değerlendirmek gerektiğini, aylık hesaplama tarzının kabul edilemeyeceğini, zira mevzuatımızda fazla çalışmanın ve çalışma sürelerinin

belirlenmesinde haftalık ve yıllık hesaplama esaslarının benimsendiğini, aylık çalışma esasının uygulanmasının işveren yönünden haksızlık doğuracağını ifade etmektedir. Ancak Yargıtay uygulamasında çoğunluk, bu görüşe katılmamaktadır.

Sözleşmeye konulacak böyle bir hükmün geçerli olabilmesi için, sözleşmede, ücretin açıkça yazılmasının gerekip gerekmediği üzerinde durulmalıdır. Yargıtay bir kararında (Yargıtay 22. HD.,22.01.2013 t., E. 2012/10489, K. 2013/236 (Çalışma ve Toplum Dergisi 2013/2, S.37:462-463)), iş sözleşmesinde ücretin açıkça gösterilmiş olması ve ücretin asgari ücretten yüksek belirlenmesi şartlarını aramakla birlikte, “somut olayda, dosya içerisine ibraz edilen ücret bordrolarının incelenmesinde, işçinin asgari ücretten düşük ücret ile çalıştırıldığı” gerekçesiyle, anılan sözleşme hükmünün geçersiz olduğu sonucuna varmıştır. Kanaatimizce de, belirlenen ücret sözleşmede açıkça yazılı olmasa da, fiilen yapılan ödemelerden ve işyeri kayıtlarından hareketle ücretin tespiti yoluna gidilmeli ve sözleşmede kararlaştırılan ücretin asgari ücretin %20’sinden fazla olduğunun anlaşılması halinde söz konusu hükmün geçerli olacağı kabul edilmelidir.

Kırkbeş saatlik azami haftalık çalışma süresinin altında bir çalışma süresi belirlenen sözleşmelere, fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma ücretlerinin sözleşme ücretinin içinde olacağına ilişkin bir hüküm konulması durumunda, sözleşmede belirlenecek ücretin asgari ücretten en az %20 fazla olması ve ayrıca fazla sürelerle çalışma ücretini de kapsamaması gerekecektir. Yani bu durumda kısmi süreye orantılanarak bulunacak asgari ücretin %20 fazlasının kararlaştırılması yeterli olmayacak, sözleşmede belirlenen ücretin yapılabilecek azami fazla sürelerle çalışmanın ücretini de (yapılan çalışmanın 1,25 katı) kapsamaması gerekecektir.

Fazla çalışma ücretinin sözleşmede belirlenen ücrete dâhil olması şeklinde konulan hükümler, işçi tarafından yıllık ikiyüzyetmiş saatten daha az fazla çalışma yapılması durumunda işçiye fazladan ödeme yapmak anlamı taşıyacağından geçerli kabul edilmelidir. Hatta işçi, sözleşme boyunca hiç fazla çalışma yapmak zorunda kalmasa da asgari ücretten daha fazla belirlenen sözleşme ücretine hak kazanacağından, uygulamanın işçi lehine olması bütün tartışmalarda göz önünde bulundurulmalıdır.

Sorunun fazla çalışma ve fazla süreli çalışmalar bakımından işçinin onayının alınması gerekliliği çerçevesinde değerlendirilmesi de gerekmektedir. Uygulamada, fazla çalışma ücretlerinin sözleşme ücretine dâhil edilmesine ilişkin sözleşme hükümleri, işçinin fazla çalışma yapmama konusundaki iradesini ortadan kaldıracığı şeklinde yorumlanmaktadır. Bu düşünceye göre işçi, sözleşme ile beklenenden daha fazla ücrete anlaşarak fazla çalışmayı peşinen kabul etmiş olup, bunun da yönetmelikte fazla çalışma için yazılı onay alma zorunluluğu getiren emredici hükümlere aykırılık teşkil edeceği ve sözleşme hükmünün geçersiz olması sonucunu doğuracağı ifade edilmektedir. Yukarıda\* detaylı bir şekilde izah edildiği üzere, her ne kadar İş Kanununda işçinin onayının alınma usulüne ilişkin herhangi bir hüküm bulunmasa da, yönetmelikte her yıl yazılı olarak onay alınma zorunluluğu getirilmiş olup, bu şekilde yazılı onay alınmaksızın sadece sözleşme hükmü ile yetinilmesinin de mümkün olmayacağı açıktır. Yargıtay da, sözleşmede fazla çalışma yapmaya ilişkin onay verilmesine ilişkin hükümlerin sadece ilk yıl için geçerli olacağını

\* Bkz. 3. Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yaptırılmasında İşçinin Onay Vermesi.

kabul etmektedir (Yargıtay 9. HD.,08.05.2006 t.,E.2006/10028,K. 2006/13006 (Bayram, 2011:508)). Kanaatimizce, iş sözleşmelerine fazla çalışma ücretinin sözleşmede belirlenen ücretin içinde olduğuna ilişkin konulacak hükmün, işçinin yazılı onayının alınması zorunluluğunu ortadan kaldırdığı şeklinde yorumlanması mümkün değildir. İşçi, sözleşme hükmüne rağmen dilerse ikinci ve daha sonraki yıllarda bu onayı vermeyerek fazla çalışma yapmama hakkını kullanabilecektir.

İşçinin ikinci ve daha sonraki yıllarda fazla çalışma için yazılı onay vermemesi durumunda, işveren, ya fazla çalışma yapmamasına rağmen kararlaştırılan fazla ücretle işçiyi çalıştırmaya devam etmek zorunda kalacak ya da sözleşmeyi feshedecektir. Zira sözleşmeye bu şekilde hüküm koyan işveren, işçinin ileride fazla çalışma yapmamayı tercih edebileceğini veya kanunen ya da kişisel sebeplerle fazla çalışma yapamayacak durumda kalabileceğini öngörmek zorundadır. Böyle bir öngörüle bulunmayan işverenin, doğacak sonuçlara katlanması gerektiği düşünülmektedir. İşçinin onay vermemesi üzerine işverenin sözleşmeyi feshetmesi durumunda, işveren yönünden haklı bir feshin varlığından söz edilemeyecek, işçilik alacaklarının talep edileceği bir davada işverenin kıdem tazminatı ödemesi gerekecek, ancak, işçinin ayrıca kanuni ikiyüzyetmiş saatlik sınıra kadar fazla çalışma ücreti talep etmesi mümkün olmayacaktır. Zira, aksi kabul edilecek olursa, sözleşmeye konulacak bu hüküm karşılığında, normalde alması gerekenden daha fazla bir ücreti almaya hak kazanmış olan işçi sebepsiz zenginleşmiş olacak, sözleşme hükmü nedeniyle işçiye fazla çalışma yapacağı saikiyle normalde vermek istediğinden daha fazla bir ücret vermek zorunda kalan işveren aleyhine bir haksızlık oluşacaktır.

Yine, sorunun, fazla çalışma ücreti yerine serbest zaman kullanma hakkını tercih bakımından ele alınması gerekir. 4857 sayılı İş Kanunu, işçiye isterse fazla çalışma ücreti yerine serbest zaman kullanma hakkı tanımıştır. Bu süre, fazla çalışma için her saat karşılığı 1 saat 30 dakika, fazla süreli çalışmada ise 1 saat 15 dakika olarak belirlenmiştir. Bu sürelerin sözleşmelerle artırılması da mümkündür. Uygulamada, fazla çalışma ücretlerinin sözleşme ücretine dâhil edilmesine ilişkin sözleşme hükümleri, işçinin fazla çalışma ücreti yerine serbest zaman kullanma hakkını ortadan kaldıracığı şeklinde yorumlanmaktadır. Bu düşünceye göre işçi, sözleşme ile beklenenden daha fazla ücrete anlaşarak serbest zaman yerine fazla çalışma ücreti almayı peşinen kabul etmiş olup, bunun da işçinin serbest zaman kullanma hakkına ilişkin emredici hükümlere aykırılık teşkil edeceği ve sözleşme hükmünün geçersiz olması sonucunu doğuracağı ifade edilmektedir. Doktrinde, fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışmaların serbest zaman kullanma yoluyla karşılanmasına dair hükümlerin iş sözleşmeleri ya da işyeri yönetmeliği ile belirlenmesinin mümkün olmadığı ileri sürülmüştür (Süzek, 2008:634; Soyer, 2004:803; Akyiğit, 2005:23). Serbest zaman kullanımı ile ilgili önceden verilmiş rıza geçerli sayılmamalıdır. İşçinin zamlı ücret ödenmesi ya da serbest zaman kullanma şeklinde seçimlik hakkı, kural olarak bu tür çalışmaların yapılmasının ardından ortaya çıkar (Çil, 2007:74). Kanaatimizce, iş sözleşmelerine fazla çalışma ücretinin sözleşmede belirlenen ücretin içinde olduğuna ilişkin konulacak hükmün, işçinin serbest zaman kullanma hakkını ortadan kaldırdığı şeklinde yorumlanması mümkün değildir. Bu durumda işçinin, sözleşme hükmüne rağmen dilerse fazla çalışma karşılığı serbest zaman tercih hakkını kullanması mümkündür.

Sözleşme hükmüne rağmen, işçinin fazla çalışmaları karşılığında serbest zaman kullanmak istemesi durumunda, işveren, ya sözleşmeyi feshedecek ya da kararlaştırılan fazla ücretle işçiyi çalıştırmaya devam ederek ayrıca işçiye serbest zaman vermek zorunda kalacaktır. Zira sözleşmeye bu şekilde hüküm koyarak fazla çalışma yapsa da yapmasa da fazla ücret ödemeyi kabul eden işveren, işçinin ileride fazla çalışma halinde serbest zaman kullanmayı tercih edebileceğini de öngörmek zorundadır. Böyle bir öngörüle bulunmayan işverenin, 4857 sayılı İş Kanununun 62 nci maddesi uyarınca ücretten bir eksiltme yapması da mümkün olmayıp, doğacak sonuçlara katlanması gerektiği düşünülmektedir. İşçinin serbest zaman talep etmesi üzerine işverenin sözleşmeyi feshetmesi durumunda, işveren yönünden haklı bir feshin varlığından söz edilemeyecek, işçilik alacaklarının talep edileceği bir davada işverenin kıdem tazminatı ödemesi gerekecektir. Ancak, işçi, fazla çalışma karşılığı serbest zaman kullanmayı tercih etmezse, sözleşme hükmü çerçevesinde yaptığı fazla çalışmaların karşılığını ücretin içinde almış olduğundan, ayrıca bir fazla çalışma ücreti isteyemeyecektir. Zira, sözleşme hükmü uyarınca kanuni sınırlar içinde yapılan fazla çalışmaların karşılığı ücretin içinde işçiye ödenmiş durumdadır.

Fazla çalışmanın karşılığını serbest zaman olarak kullanmayı seçen işçi de söz konusu serbest zaman kendisine tanınmaz ve bu şekilde çalışmaya zorlanırsa, çalışma koşulları uygulanmadığı gerekçesiyle (İK.md.24/II-f) iş sözleşmesini haklı olarak feshedebilecektir (Akyiğit, 2005:25).

Doktrinde, fazla çalışma ücretlerinin sözleşmede belirlenen ücrete dâhil edilmesinin, kıdem ve ihbar tazminatlarının hesaplanmasında sorun teşkil edeceği de savunulmaktadır (Çil, 2007:66). Anılan görüşe göre, fazla çalışma ücretleri ihbar ve kıdem tazminatı hesabında dikkate alınmayacağına göre, işçinin tazminata esas ücretinin ayıklanması ve bunun için de, yılda ikiyüzyetmiş saate karşılık gelen zamlı fazla çalışma ücretinin hesaplanarak işçi ücretinden düşülmesi ve tazminata esas ücretin buna göre belirlenmesi zorunluluğu ortaya çıkacaktır. Kanaatimizce, bu görüş kabul edilemez. İş sözleşmesinde, fazla çalışma ücretinin asgari ücretten en az %20 fazla kararlaştırılan ücrete dahil olarak belirlendiği ve işçinin hiç fazla çalışma yapmaması halinde dahi bu ücretin eksiltme yapılmaksızın ödeneceği kabul edildiğine göre, temel ücretin maksimum olduğu düzey, kıdem ve ihbar tazminatlarının hesaplanmasında esas alınması gereken ücret düzeyini oluşturacaktır. Sözleşme boyunca hiç fazla çalışma yapılmaması halinde, sözleşmede belirlenen ücretin tamamının temel ücret olacağı da açıktır. Dolayısıyla, iş hukukunun işçiyi koruma ve işçi lehine yorumlama prensipleri çerçevesinde, tazminatların temel ücretin maksimum düzeyi esas alınarak ve işçi lehine olacak şekilde sözleşmede belirlenen ücret üzerinden hesaplanması gerektiğini düşünmekteyiz. Sözleşmeye konulacak böyle bir hükümden istifade etmek isteyen işverenin, gelecekte sözleşmenin feshi halinde fazladan tazminat ödemeyi öngörmesi ve buna katlanması gerekir. Yargıtay da, bu hallerde sözleşmede belirlenen ücret üzerinden yapılan kıdem ve ihbar tazminatı hesaplamalarını kabul etmekte, anılan görüşte belirtildiği gibi hesaplamalarda fazla çalışma ücretini indirmek gibi bir uygulamaya gitmemektedir. Aksi yönde bir karara da rastlanmamıştır.



## 5. Üst Düzey Yönetici Pozisyonunda Çalışan İşçiler Bakımından Fazla Çalışma Ücretinin Değerlendirilmesi

Üst düzey yönetici pozisyonlarında çalışan işçilerin durumunu fazla çalışma hükümleri çerçevesinde ayrıca ele almak gerekmektedir. Yargıtay'a göre, sözleşmede fazla çalışma ücretlerinin, belirlenen ücretin içinde olacağına dair bir hüküm bulunmasa da üst düzey yöneticilerin fazla çalışma ücreti alamayacağı kabul edilmektedir (Yargıtay HGK., 15.11.2006 t., E. 2006/9-676, K. 2006/727 (Ocak, 2013:991-992)). Genel müdür, bölge müdürü, şube müdürü gibi üst düzey yönetici konumundaki işçiler için, genellikle asgari ücretin katbekat üstünde bir ücret belirlenmektedir. Ücretin yüksek belirlenmesi ve bu nedenle ayrıca fazla çalışma ücretinin verilmemesi sadece üst kademedeki çalışanlar için kabul edilmelidir (Özer, 2007:147). Yüksek ücret alan işçiler bakımından fazla çalışma yapmanın işin doğası gereği olduğu düşünüldüğünden, fazla çalışma ücretinin, belirlenen bu yüksek ücretin içinde olduğu kabul edilmektedir.

Yargıtay, istikrar bulmuş kararlarında, çalışma sürelerinin belirlenmesi bakımından işverenin emir ve talimatları altında olmayan, çalışma sürelerini kendisi tespit edebilecek durumda bulunan üst düzey yöneticilerin fazla çalışma nedeniyle sözleşmede belirlenen ücretten ayrı bir ücret talep etmesinin mümkün olmadığını kabul etmektedir (Yargıtay 9. HD., 01.10.2010 t., E. 2008/35184, K. 2010/26671; Yargıtay 9. HD., 28.03.2006 t., E. 2006/2502, K. 2006/7889; Yargıtay 9. HD., 11.07.2006 t., E. 2006/15189, K. 2006/20637 (Ocak, 2013:1091-1094)). Üst düzey yöneticilerin, serbest zamanlarını kendilerinin belirlemesi, işe başlama ve işten ayrılma saatlerinin herhangi bir kontrole tabi olmaması, bu görüşü haklı kılabılır. Ancak, çalıştığı yerde kendisinden daha üst düzey bir yönetici veya işveren şirket ortağı bulunan ve onun emir ve talimatlarına tabi olan işçilerin, fazla çalışma talep edebilecekleri de kabul edilmektedir (Narmanlıoğlu, 2010:30). Yargıtay da bu görüşü benimsemektedir (Yargıtay 9. HD., 14.12.2006 t., E. 2006/13729, K. 2006/33018; Yargıtay 9. HD., 11.04.2012 t., E. 2010/4805, K. 2012/12361 (Ocak, 2013:1091-1097)).

Ayrıca banka şube müdürleri gibi çalıştığı yerde kendisine emir ve talimat verecek daha üst düzey bir yönetici veya işveren şirket ortağı gibi bir kimse bulunmamasına rağmen, işveren şirketin merkez yönetiminin, örneğin genel müdürlüğünün veya bölge müdürlüğünün emir ve talimatlarının dışına çıkamayacak, çalışma süresi bakımından merkezden konulan belirli kurallara tabi olan üst düzey yönetici konumundaki işçilerin de fazla çalışma ücreti alabilecekleri kabul edilmektedir (Yargıtay 9. HD., 21.03.2012 t., E. 2010/538, K. 2012/9353 (Ocak, 2013:1067)). Bu düşüncenin aksine Yargıtay kararları da mevcuttur (Yargıtay 9. HD., 10.10.2011 t., E. 2009/20768, K. 2011/36208 (Ocak, 2013:1092)). Bu nedenle, bankalarda üst düzey yönetici konumundaki işçilerin tamamının fazla çalışma ücreti alamayacağı gibi peşin bir kabulün yanlış olacağı söylenebilir. Bu gibi işçilerin fazla çalışma ücreti talep edebilmeleri için, çalışma sürelerini işverenin emir ve talimatlarına bağlı olmaksızın serbestçe belirleme durumları değerlendirilerek, somut olaya göre yapılacak tespit çerçevesinde her bir üst düzey yönetici işçinin durumu hakkında ayrı ayrı karar vermek gerekecektir.

## Sonuç

Fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma ücretlerinin sözleşmede belirlenen ücrete dâhil olacağına ilişkin sözleşme hükümleri veya işçiye tebliğ edilmiş olan bu şekildeki personel yönetmeliği hükümlerinin belirli şartlar dairesinde ve sınırlı olarak geçerli olacağının kabulü gerektiği düşünülmektedir.

Söz konusu hükümlerin geçerli olabilmesi için, kanuni sınır olan yıllık ikiyüzyetmiş saati veya gece çalışmalarında günlük yedibuçuk saati yahut günlük onbir saati aşmayan fazla çalışmalarla sınırlı olması, sözleşmede belirlenen ücretin asgari ücretten en az %20 fazla kararlaştırılmış olması şartları aranmalıdır. Bununla birlikte kanundaki bu azami çalışma sürelerini aşacak şekilde yapılan fazla çalışmalar bulunması halinde, bu çalışmaların karşılığının sözleşmede belirlenen ücretin içinde kabul edilmeyerek işçiye ayrıca ödenmesi gerektiğini söylemek mümkündür.

Fazla çalışmanın hesabı aylık yirmiiki buçuk saat esasına göre yapılmalı ve yıllık ikiyüzyetmiş saatlik sınır aşılmassa da aylık olarak bir süre aşımı varsa, karşılığı işçiye ödenmelidir.

Sözleşmeye konulacak bu tür hükümlerin, fazla çalışma yaptırılabilmesi bakımından işçinin yazılı onayının alınması zorunluluğunu ve işçinin fazla çalışma ücreti yerine serbest zaman kullanmayı tercih etme hakkını ortadan kaldırdığı şeklinde yorumlanmamalı ve yönetmelikte belirlenen şekilde işçinin yazılı onayı alınmaksızın fazla çalışma yaptırılmamalıdır. Aksi halde, işçinin yazılı onayı alınmadan fazla çalışma yaptırılan her işçi bakımından işverene idari para cezası uygulanmalıdır.

İşçinin sözleşmenin ikinci ve daha sonraki yıllarında, fazla çalışma yapmak istemediğini işverene beyan etmesi halinde, işverenin sözleşme hükmünü öne sürerek iş sözleşmesini haklı fesih yoluyla sonlandırma hakkının olmadığı, hatta böyle bir talebin işveren tarafından reddedilmesi halinde 4857 sayılı İş Kanunu 24/II f hükmü (çalışma şartlarının uygulanmaması) uyarınca işçinin haklı fesih hakkının bulunduğu kabul edilmelidir. Yine, fazla çalışmanın karşılığını serbest zaman olarak kullanmayı seçen işçinin de söz konusu serbest zaman kendisine tanınmazsa, çalışma şartlarının uygulanmaması gerekçesiyle iş sözleşmesini haklı olarak feshedebileceğinin kabulü gerekir.

Söz konusu hükmün yer aldığı bir sözleşmenin, işçinin kıdem ve ihbar tazminatı almaya hak kazanacağı bir şekilde işveren tarafından feshedilmesi halinde, işçinin kıdem ve ihbar tazminatı alacaklarının, sözleşmede belirlenen ücret üzerinden hesaplanması gerektiği düşünülmektedir.

Üst düzey yönetici pozisyonunda çalışan işçilere fazla çalışma ücreti ödenebilmesi için, işçinin, işverenin veya bir başka yöneticinin emir ve talimatlarına bağlı kalmaksızın çalışma sürelerini kendisinin belirlemesi kriterine göre hareket edilmelidir. Peşinen bütün üst düzey yöneticilerin fazla çalışma ücreti alamayacaklarının kabulü doğru olmayıp, çalışma süreleri bakımından işveren şirket ortağı veya bir başka üst düzey yöneticinin talimatları ile bağlı olan veya merkezi yönetimin genel talimatları ile hareket etmek zorunda olan işçilerin fazla çalışma yapmak suretiyle fazla çalışma ücreti alabileceklerini kabul etmek gerekir.

Uygulamada yaşanan tartışmaların sona erdirilmesi ve işçinin, fazla çalışma yapmama ya da serbest zaman tercih etme hakkını fesih tehdidi olmaksızın kullanabilmesi, kıdem ve ihbar tazminatlarının hesaplanmasına esas teşkil edecek ücretin tespitinde yaşanacak güçlüklerin ortadan kaldırılması bakımından 4857 sayılı İş Kanununun 41 inci maddesine, fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma ücretlerinin sözleşmede belirlenen ücrete dâhil edilemeyeceği yolunda bir fıkra eklenmesinin uygun olacağı düşünülmektedir. Bu sayede, sözleşmeye bu şekilde bir hüküm konulamayacak, işçinin yapacağı fazla çalışma ayrıca hesap edilerek ücretine ilave edilerek kendisine ödenecek, taraflar daha sözleşmeyi yaparken bu bilinçle hareket ederek ücreti de bu şartlar çerçevesinde belirleyebileceklerdir. Böylece işçinin yaptığı fazla çalışmanın karşılığı tam olarak ödenmiş olurken, hiç ya da beklenenden daha az fazla çalışma yapılması hallerinde de işveren aleyhine bir haksızlık doğmamış olacaktır.

## Kaynakça

- AKYİĞİT, Ercan (2005), “Yeni İş Yasasında Normali Aşan Çalışmalar”, TÜHİS, C.19, S.4,s.1-26.
- BAYRAM, Selahattin (2011), Uyuşmazlık Konularıyla İş Kanunu, Adalet Yayınevi, Ankara.
- CENTEL, Tankut (1994), İş Hukuku Cilt:I Bireysel İş Hukuku, 2. Bası, Beta Yayınları, İstanbul.
- ÇELİK, Nuri (2013), İş Hukuku Dersleri, 26. Bası, Beta Yayınları, İstanbul.
- ÇİÇEK, Hilal (2009), “Fazla Çalışma Ücreti”, Legal İHSGHD, S.21, s.195-198.
- ÇİL, Sahin (2007), “İş Kanununa Göre Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma”, Çalışma ve Toplum Dergisi 2007/3, S.14, s.57-79.
- EKONOMİ, Münir (1987), İş Hukuku: Cilt 1, Ferdi İş Hukuku, İstanbul Teknik Üniversitesi Yayınları No:18, İstanbul.
- EKONOMİ, Münir (2004), 4857 Sayılı İş Kanununa Göre Fazla Çalışma Kavramı”, Kamu-İş (R. Aslanköylü’ye Armağan), C.7,S.3, s.159 vd.
- EYRENCİ, Öner, TAŞKENT, Savaş, ULUCAN, Devrim (2014), Bireysel İş Hukuku, 5. Bası, Beta Yayınları, İstanbul.
- KARACAN, Hatice (2007), 4857 Sayılı İş Kanununa Göre Fazla Çalışma, Seçkin Yayıncılık, İstanbul.
- KILIÇOĞLU, Mustafa (1999), İş Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara.
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi, ASTARLI, Muhittin (2012), İş Hukuku, 5. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara.
- MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi (2004), “4857 Sayılı Yeni İş Kanununun Getirdiği Önemli Bazı Yenilikler”, Kamu- İş, C.7, S.4.
- NARMANLIOĞLU, Ünal (2012), İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri I, 4. Bası, Beta Yayınları, İstanbul.
- NARMANLIOĞLU, Ünal (2010), “İş Kanununa Göre Fazla Çalışma ve Karşılığı”, Sicil İş Hukuku Dergisi, S.17, s.27-45.
- OCAK, Uğur (2013), 4857 Sayılı İş Kanununa Göre 9. Hukuk Dairesinin Emsal İçtihatlarıyla İşçilik Alacakları, 2. Baskı, Kalkan Matbaacılık, Ankara.

ÖZER, Hatice Duygu (2007), “Çalışma Saatlerini Kendi Belirleyen İşçi Fazla Çalışma Ücretine Hak Kazanır mı? Y. 9.H.D.’nin 4.12.2006 Tarih ve E.2006/13579, K.2006/31852 Sayılı Kararı’nın Değerlendirilmesi”, Çalışma ve Toplum Dergisi 2007/3, S.14, s.143-156.

SOYER, Polat (2004), “Yeni Düzenlemeler Karşısında Fazla Çalışmaya İlişkin Bazı Düşünceler”, Legal İHSGHD, S.3.,s.795 vd.

SÜZEK, Sarper (2008), İş Hukuku, 4. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul.

ŞAKAR, Müjdat (2006), “Fazla Çalışma ve Fazla Çalışma Sorunları”, Yaklaşım Dergisi,S.168.

ŞEN, Murat (2003), “Hizmet Sözleşmesinde Haftalık 45 Saatin Üzerinde Bir Çalışma Süresinin Kararlaştırılması Halinde Fazla Çalışma”,Fahiman Tekil’in Anısına Armağan, İstanbul, s.680-681.

ÜSTÜNDAĞ DEMİR, Sinem (2014), “Dünya Ekonomik Forumu’nun Küresel Rekabet Raporu (2013-2014) Yayınlandı: Türkiye 44. Sırada”, <http://www.rekabet.gov.tr/> (Erişim Tarihi:27.02.2014)

YUVALI, Ertuğrul (2009), “Türk Hukukunda Olağan Nedenlerle Fazla Çalışma ve AB Ülkelerindeki Fazla Çalışma Hükümlerine Genel Bir Bakış”, Kamu-İş, C.10, S.4, s.55-83.