

# Bedeli Ödenmeyen Fazla Çalışma

Mehmet Saim AŞÇI<sup>1</sup>

ORCID:0000-0001-5508-2267

**Öz:** Soğuk savaşın bitişi ve küreselleşme sonrası dünyanın egemen ekonomik sistemi konumuna gelen neoliberalizmin kuralsızlaştırma politikaları çalışanların güç kaybetmelerine neden olmaktadır. Bu olgunun tezahürlerinden biri de işgücünün esnekleştirilmesi ve güvencesizleştirilmesi bağlamında çalışanların zorla ücretsiz izne gönderilmesi ve bedeli ödenmeyen fazla mesailerin yaygınlaştırılması olmuştur.

Ülkemizde İş Kanununda ve Borçlar Kanununda aylık ücrete fazla çalışma ücretinin de dahil olduğu yönündeki uygulamalara imkân sağlayacak bir düzenleme mevcut olmamasına rağmen bu yöndeki uygulamalar yaygınlaşmaktadır. Maalesef doktrinde ve yargı kararlarında bu yöndeki uygulamalar yalnızca sözleşme özgürlüğü kapsamında değerlendirilmiş, bu sorun işçinin korunması ve işçi yararına yorum ilkeleri açısından irdelenmemiştir. Oysa 4857 sayılı İş Kanununda işçiyi yalnızca sözleşme özgürlüğü alanına terk etmeyen koruyucu hükümler de mevcuttur. Bu çalışmada bedeli ödenmeyen fazla çalışmalar sorunu bu açılardan irdelenmeye çalışılmıştır.

**Anahtar Kelimeler:** Fazla çalışma, Fazla sürelerle çalışma, Bedeli ödenmeyen fazla çalışma, Deneme süresi, Denkleştirme süresi, İşçiyi koruma ilkesi, İşçi yararına yorum

## Unpaid Overtime

**Abstract:** The deregulation policies of neoliberalism, which became the dominant economic system of the world after the Cold War and globalization, cause employees to lose power. One of the appearances of this phenomenon has been the employees' forced unpaid leave and the spreading of unpaid overtime in the context of the flexible and insecure workforce.

Although there is no regulation in the Labour Law and the Law of Obligations that will enable practices of adding overtime wages to the monthly wage, these practices are becoming more common in our country. Unfortunately, such practices in the doctrine and judicial decisions are considered only within the scope of contract freedom, this problem has not been examined in terms of protecting the worker and the interpretation principles for the benefit of the worker. However, there are protective

<sup>1</sup> Dr. Öğr. Üye. İstanbul Medipol Üniversitesi İşletme ve Yönetim Bilimleri Fakültesi İnsan Kaynakları Yönetimi Bölümü,  
Makale Geliş Tarihi:13.01.2020, Makale Kabul Tarihi:30.05.2020

provisions that do not leave the worker only in the contract freedom area in Labor Law No. 4857. In this study, the problem of unpaid overtime was tried to be examined from these points.

**Keywords:** Overtime, Overwork, Unpaid overtime, Trial period, Equalization period, Principle of protecting the worker, Interpretation for the benefit of the worker

## Giriş

Aylık ücrete fazla çalışma ücretinin de dahil olduğu yönündeki kayıtlar son yıllarda özellikle sendikasız işyerlerindeki çalışanların ya da sendikalı işyerlerindeki toplu iş sözleşmesinden yararlanmaları engellenen kapsam dışı beyaz yakalı çalışanların iş sözleşmelerinde yaygın olarak yer almaktadır. Yargıtay yerleşik hale gelmiş kararlarında bu uygulamayı kabul etmektedir. Sözleşme özgürlüğü açısından uygun görülen bu uygulama, iş hukukunun varlık nedeni oluşturan temel ilkeleri, *işçinin korunması* ve *işçi yararına yorum* ilkelerine uygunluk açısından ise maalesef neredeyse hiç tartışılmamıştır. Bu çalışmada, uygulamaya yönelik ilgili literatürde yer alan değerlendirmeler ve bu tür kararlaştırmaları -belirli kısıtlarla- uygun bulan Yargıtay kararları eleştirel bir açıdan değerlendirilmiş, bu kararlaştırmalarda çalışanların yalnızca akit serbestisi alanına terkedilmesinin yol açtığı sorunlara dikkat çekilmeye çalışılmıştır.

## Ücret Kavramı

Ücret ödeme borcu, işverenin iş sözleşmesinden doğan temel borçlarından (Şakar, 2019: 59). İşçi açısından ise emeği karşılığında elde ettiği ücretle kendisinin ve bakmakla yükümlü olduğu kimselerin geçimini sağladığı için en temel haklardan biridir. Bu nedenle ücret olgusu sosyal yönüyle insan haklarını ilgilendirir.

Aynı zamanda üretimin maliyet girdilerinden birini de ücret oluşturmaktadır. Bu yönüyle ekonomik bir kavram olarak da değerlendirilmektedir. Liberal iktisat düşüncesine göre ücretin nedeni olan emek bir meta olarak değerlendirilirken, güncel yaklaşımlar emeği meta olarak değil, bir insan hakkı ve insanın kişiliği ile ilişkili ve sosyal yönü de olan bir olgu olarak değerlendirmektedir (Centel, 1986: 45).

Ücret bir yönüyle ekonomik bir yönüyle de hukuki bir kavramdır. Yargıtay ilke kararlarında ücreti, “bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutar” olarak tanımlanmaktadır<sup>2</sup>. 4857 sayılı İş Kanunu 32/1 maddesine göre ‘genel anlamda ücret bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutardır’. Genel anlamda ücret ise, asıl ücretle birlikte fazla çalışma, hafta tatili, ulusal bayram, genel tatil ücreti, prim, ikramiye yanında yeme-içme, giyim, ısıtma ve aydınlatma, barındırma şeklinde çeşitli aynı ödemeler gibi asıl ücrete yapılan ilaveleri de kapsamaktadır. İşçinin asıl ücretinin yanında geçimini sağlamak üzere kanun, iş sözleşmesi veya toplu iş

<sup>2</sup> Yargıtay 9. HD., 13.4.2009, E. 2007/42510 K. 2009/10516,

sözleşmesi uyarınca hak kazandığı tüm menfaatler de ücretin eklerini oluştururlar. Para veya parayla ölçülmesi mümkün tüm ödemeler de kural olarak asıl ücretin tamamlayıcısıdır. Ancak aynı zamanda bu ödemelerin asıl ücreti oluşturması da söz konusu olabilir<sup>3</sup>.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 32. Maddesinin ilk fıkrasında, genel anlamda ücret, bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutar olarak tanımlanmıştır. Yasada ücretin ekleri düzenlenmemiş olsa da, 5754 sayılı yasayla değişik 32. maddede ücret, prim, ikramiye ve bu nitelikteki her türlü ödemelerin banka hesabına yatırılması öngörülmüş olmakla ücretin eki niteliğindeki ödemelerin bir kısmı İş Kanununda ifadesini bulmuştur<sup>4</sup>.

Ücret dar anlamda “asıl ücret”, “çıplak ücret”, “kök ücret” gibi terimler ile ifade edilirken, ücretin geniş anlamı içerisinde asıl ücretin yanısıra hafta tatili, fazla çalışma, ulusal bayram ve genel tatil günlerinin ücretleri, ikramiye, prim, yeme-içme, ısıtma-aydınlatma, giyim, barınma, provizyon, temettü payı şeklinde asıl ücrete ek olarak yapılan aynı ve nakdi ödemeler dahil edilmektedir (Çemberci, 1986: 8).

Ücretin işçinin en temel hakkı olması nedeniyle İş Hukuku başta olmak üzere bir çok hukuk disiplini tarafından korunması da bir gereklilik olmuştur. Asgari ücretin yasal korumaya kavuşturulması, haciz sınırlandırılması, ücretten yapılan cezai kesintilere sınır getirilmesi, devir ve temlik yasağı, takas ve mahsup yasağı, ücretten indirim yapılamaması, senetle ödeme yasağı, iflas alacaklılarında öncelikli olması, banka kanalıyla ödeme zorunluluğu, işverenin ödeme aczine düşmesi durumlarında İşsizlik Sigortası Fonundan ödenebilmesi, gününde ödenmemesinin özel faizle karşılanması ve çalışmaktan kaçınma hakkı gibi yasal korumalar tümüyle temel ücrete ilişkin güvencelerdir (Çil, 2016: 269-270).

## Fazla Çalışma Kavramı

Fazla çalışma, çalışma süresi olgusunun ortaya çıkışı ve bu sürenin işçinin korunması amacıyla sınırlandırılması gerekliliğinin bir tezahürü olarak İş Hukukunun konuları arasında yer almış bir kavramdır (Çil, 2007: 57-79). Fazla çalışmanın 1475 sayılı İş Kanununda bir tanımı yapılmamış ancak öğretide bu boşluk doldurulmaya çalışılmıştır. Öğretideki tanımlardan en kapsamlısına göre fazla çalışma: “üretimin artırılması, üretim faaliyetlerinde aksamaların önlenmesi, işletme ve toplumun bazı ivedi ihtiyaçlarının karşılanması amacıyla normal iş süreleri üzerinde yapılan çalışmalardır” (Kurucu, 1987: 101).

1475 sayılı İş Kanunu döneminde öğretide çoğunlukla, günlük iş süresini aşan çalışmalar fazla çalışma olarak değerlendirilmekte ve ayrıca haftalık çalışma süresinin de üzerinde bir çalışma yapılması koşulu aranmamaktaydı (Ekonomi, 1984: 294; Akyiğit, 2001: 1205; Süzek, 2002: 491). Ancak bir kısım düşünürlerce günlük iş

<sup>3</sup> Yargıtay 9. HD., 12.5.2011, E. 2009/13882 K. 2011/14451, Çalışma ve Toplum, 2012/1, 375.

<sup>4</sup> Yargıtay 22. HD. 14.3.2018, E. 2015/27074 K. 2018/6645, Çalışma ve Toplum, 2018/4, 2521.

süresinin aşılmasının yeterli olmadığı, fazla çalışmadan söz edilebilmesi için haftalık 45 saatlik çalışma süresinin de aşılmasının gerekli olduğu da ileri sürülmekteydi (Günay, 1998: 1601). 4857 sayılı İş Kanunu fazla çalışmayı “haftalık 45 saati aşan çalışma” olarak tanımlamış ve tereddüt yaratan bu durumu sonlandırmıştır. 4857 sayılı İş Kanununda bu bir haftalık ölçü de yeterli görülmeyip, ayrıca 2 aylık süreyi kapsayan bir denkleştirme esası getirilmiştir (Çil, 2007: 57).

4857 sayılı İş Kanununun 41/1. maddesinde normal fazla çalışmanın esasları düzenlenmiştir. Buna göre fazla çalışma, “Kanunda yazılı koşullar çerçevesinde haftalık 45 saati aşan çalışmalardır”. Çalışma süresine ilişkin 63. madde hükmüne göre “denkleştirme esasının uygulandığı hallerde, işçinin haftalık ortalama çalışma süresi, normal haftalık iş süresini aşmamak koşulu ile bazı haftalarda toplam 45 saati aşıya dahi bu çalışmalar fazla çalışma sayılmaz” (Çelik vd. 2019: 549).

Kanunda “haftalık çalışma süresinin sözleşmelerle 45 saatin altında belirlendiği durumlarda 63. maddede belirtilen esaslar uygulanan haftalık çalışma süresini aşan ve 45 saate kadar yapılan çalışmalar fazla sürelerle çalışmalar” olarak tanımlanmıştır (m. 41/III). Bu çalışmada esas itibarıyla fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dahil edilmesi ve bu uygulamanın yol açtığı sorunlar işçiyi koruma ve işçi yararına yorum ilkeleri açısından tartışılacağı için fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışmaya ilişkin yasal düzenlemelerin ayrıntılarına girilmemiştir.<sup>5</sup>

## Fazla Çalışma Karşılığı Olarak Zamlı Ücret Ödenmesi veya Serbest Zaman Verilmesi

4857 sayılı İş Kanununa göre, “her bir fazla saat çalışma için verilecek ücret çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının yüzde elli yükseltilmesi suretiyle ödenir” (m. 41/II). “Fazla sürelerle çalışmalarda her bir saat fazla çalışma için verilecek ücret normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının yüzde yirmi beş yükseltilmesiyle ödenir” (m. 41/III). Şüphesiz bu oranlar Kanunda belirlenen nisbi emredici nitelikte oranlardır. Taraflar anlaşarak daha yüksek oranda bir zamlı ücret ödenmesini kararlaştırabilirler (Çelik vd, 2019: 563). “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 on beş dakikayı serbest zaman olarak kullanabilir” (İş K, m. 41/IV). Kanunda belirtilen süreler asgari sürelerdir ve iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi veya işverenin tek taraflı işlemi ile bu sürelerin artırılması mümkündür (Soyer, 2004: 802, Mollamahmutoglu vd, 2014: 1257; Caniklioglu, 2005:184, Akyiğit, 2005: 11).

<sup>5</sup> Fazla çalışma ve fazla saatlerle çalışmaya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Çelik vd. (2019). İş Hukuku Dersleri. Beta Yayınları. s. 549-567, Çil, Ş. (2007). “4857 sayılı İş Kanununa Göre Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma”, Çalışma ve Toplum, 3, 57-79, Günay, C. İ. (2004). *İş Hukuku: Yeni İş Yasaları*. Yetkin Yayınları. 3. Baskı, s.570-582, Akyiğit, E. (2006). *İçtihatlı ve açıklanmalı 4857 sayılı İş Kanunu şerhi: ikinci cilt Madde 32-120*. Seçkin. 1505-1567, Şakar, M. (2018). İş Hukuku Uygulaması, 12. Baskı. Beta Yayınları. İstanbul.

İş Kanununa 6445 sayılı Kanunla eklenen fıkraya göre ise, “yer altında maden işlerinde çalışan işçilere, 4857 sayılı İş Kanununun 42. (*zorunlu nedenlerle fazla çalışma*) ve 43. (*olağanüstü hallerde fazla çalışma*) maddelerinde sayılan hallerde *haftalık otuz yedi buçuk* saati aşan her bir saat fazla çalışma için verilecek ücret, normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının yüzde yüzünden az olmamak üzere artırılması suretiyle ödenir” (İş K. m. 41/X).

## Bedeli Ödenmeyen Fazla Çalışmalar

Çalışma yaşamında *istisnai bir durum olarak uygulanması gereken* fazla çalışma ne yazık ki *ülkemizde* neredeyse *çalışma yaşamının bir kuralı* halini almıştır. Çalışan kesimin büyük bir çoğunluğu düzenli ve sürekli fazla çalışma yapmak zorunda bırakılmaktadır. Hatta fazla çalışma yapan çalışanların önemli bir kısmına hak ettikleri fazla çalışma ücretleri ödenmemekte ya da serbest zaman da kullandırılmamaktadır. Bu uygulamalar sonucunda, fazla çalışma ücreti alacağına ilişkin açılan davalar, iş mahkemelerinin iş yükünün önemli bir kısmını oluşturmaktadır. İlk başlarda görece yüksek ücretli ve nitelikli işçilerle yapılan iş sözleşmelerinde görülen ve fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dahil olduğunun kararlaştırıldığına yönelik kayıtlar, giderek aylık ücretin düzeyi ve çalışanın işyerindeki statüsü gibi konularda hiçbir ayırım gözetilmeden büyük bir yaygınlıkla iş sözleşmelerinde kullanılmaya başlanmıştır. Bu uygulamanın, işçiye *fazla çalışma ücreti ödemedi ve serbest zaman kullandırılmadan* fazla çalışma yaptırmayı amaçladığı açıktır (Ertan, 2018: 104).

Yargıtay yerleşik hale gelen kararları ile bu uygulamayı kabul etmektedir<sup>6</sup>. Özellikle son yıllarda bu konuda yaşanan uyuşmazlıklardaki artış dikkat çekmektedir. Yargıtay’ın ilke kararlarından<sup>7</sup> aylık ücretin fazla çalışma ücretini de kapsadığının kabulü için; işçinin bu konudaki yazılı onayı, aylık ücrete dahil edilen fazla çalışma ücretinin yalnızca yasal azami fazla çalışma süresi (yılıda 270 saat) ile sınırlı olarak geçerli sayılacağı ve aylık ücretin asgari ücretle azami yasal fazla çalışma süresi karşılığı fazla çalışma ücreti toplamının altına düşmemesi<sup>8</sup> gibi üç koşulun arandığı anlaşılmaktadır (Ertan, 2018: 104).

<sup>6</sup> Yargıtay 9. HD., 16.6.2011, E. 2009/14955 K. 2011/18340, Çalışma ve Toplum, 2012/1, 305-309, Yargıtay 9. HD., 03.07.2012 gün, 2010/18670 E, 2012/25818 K., Çil, Ş. (2012). İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, s. 802-804.; Yargıtay 9. HD., 14.9.1999, E.1999/11364 K. 1999/13215, Yargıtay Kararları Dergisi, Nisan 2001, 521-522.

<sup>7</sup> Yargıtay 9. HD., 4.2.1991, E. 1990/9547 K. 1991/1004, Türk Kamu-Sen, Mart 1991, 7-8; 15.5.1997, E. 1997/5352 K. 1997/9310, İşv. D. Aralık 1998, 16; 23.5.2000, E. 2000/3151 K. 2000/7241, Günay İş Kanunu 2, 2. Baskı, 2359-2540; 31.1.2005, E. 2004/12507 K. 2005/2707, İstanbul Barosu Dergisi, 2005/6, 2156-2157; 30.1.2006, E. 2005/20001 K. 2006/1763, Legal İHD, 2006/10, 699-700; 20.11.2007, E. 2007/26362 K. 2007/34664, Legal İHD, 2008/17, 181-182.; 5.12.2008, E. 2007/34409 K. 2008/33551, Çalışma ve Toplum, 2009/2, 261-262.

<sup>8</sup> Yargıtay 22. HD., 22.1. 2013, E. 2012/10489 K. 2013/236, (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilgi Bankası, [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com)); Yargıtay, 7. HD., 01.04.2014, E. 2013/25234 K. 2014/7127, Çalışma ve Toplum, 2015/1, 346-350.

İşveren kesiminin bu gibi ödemelerin ödeme güçlüğüne yol açması nedeniyle işyeri veya işletmenin yok olmasına neden olabileceği yönündeki itirazlarını olumlu yönde değerlendiren Yargıtay, sağlam bir hukuki temele dayanmasa da bazı kararlarında fazla çalışmalar için yapılan ödemeleri azaltan bir takım uygulamalara cevaz vermiştir. İşverenle davalı ya da dava açma olasılığı olan işyerinden ayrılmış kimselerin tanıklıklarının ispat yönünden yetersiz kabul edilmesi, yasal temeli olmamakla birlikte fazla çalışma ödemelerinden zorunlu olarak taksiri indirim yapılması, fazla çalışma ücretlerinin aylık ücret içinde ödenmesini sözleşme ve yönetmeliklerle düzenleyen hükümlerin geçerli sayılması yine işverenlerin yukarıda bahsedilen talepleri yönünde fazla çalışmalar için ödenen ücretleri makul düzeylere indirebilme gayretleri olarak sayılabilir. (Çil, 2016: 272).

Gerek İş Kanununda gerekse Borçlar Kanununda, fazla çalışılan her bir saatin ücretinin, normal çalışma için saat başına ödenecek ücretin tutarının %50 oranında yükseltilmesi suretiyle hesaplanarak ödeneceği açıklıkla belirtilmektedir (İş Kanunu m. 41/2; Türk Borçlar Kanunu m. 402). Fazla çalışma haftalık 45 saatin üzerinde yapılan bir çalışma olup, bu çalışmanın ücreti kural olarak işçinin bir zaman dilimine göre kararlaştırılan ücretinin dışında ayrıca ödenmesi gerekir. Fazla çalışma ücreti sözleşmelerle artırılmış olmadıkça işçinin saat ücreti yüzde 50 zamlı olarak arttırılmak suretiyle ödenecektir. 1475 Sayılı Kanun döneminde olduğu gibi 4857 Sayılı İş Kanunu yürürlüğe girdikten sonra da işçiye ödenecek ücretin, işçinin yapacağı fazla çalışmaları da kapsayacağı yönünde iş sözleşmelerine hükümler konulduğu görülmektedir (Şahlanan, 2011: 204). Aylık ücretin fazla çalışma ücretini de içerdiğine ilişkin anlaşmaların hukuki temeli, sözleşme özgürlüğü ilkesi ile açıklanmaktadır. Ne var ki fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dahil edilmesini salt sözleşme özgürlüğü ilkesine dayandırmak, son derece kolaycı bir yaklaşımdır. Zira yasal düzenlemeler, işverene fazla çalışma yapan işçiye fazla çalışma ücreti ödemek veya serbest zaman kullandırma dışında üçüncü bir seçenek sunmamaktadır. Ancak ne öğretide ne de Yargıtay kararlarında bu konu ayrıntıları ile irdelenmemiştir (Ertan, 2018: 104-122).

## Fazla Çalışma Ücretinin Aylık Ücrete Dahil Edilmesinde İşçinin Yazılı Onayı Koşulu

İş Hukukunda işçiye borç yükleyen sözleşmelerin ve diğer hukuki işlemlerin geçerlilik kazanabilmesi için, *genellikle* işçinin yazılı onayı aranmaktadır. Bunlara örnek olarak işverenin kural olarak, işçinin kendisine olan borcuna karşılık olarak işçiye ödeyeceği ücreti takas edebilmesi için işçinin rızasının olması (TBK m. 407/2), iş sözleşmesinin işçinin yazılı rızası olmadan sürekli olarak bir başka işverene devredilememesi (TBK m. 429/1), geçici iş ilişkisinde işçinin yazılı rızasının bir geçerlilik koşulu olması (İş K. M. 7/1), fazla çalışma yapacak işçinin onayının aranması (İş K. m. 41/7, TBK. m. 398/1) verilebilir.

Sözleşmenin içeriğinin taraflarca yasal sınırlar içerisinde ve özgürce belirlenebilmesi anlamına gelen *sözleşme özgürlüğü ilkesi* Borçlar Hukukunun temel ilkeleri

arasında yer almaktadır. Bu bağlamda doktrinde, aylık ücretin içerisinde fazla çalışma ücretinin de belirlenebileceği savının temelinde sözleşme özgürlüğü ilkesinin olduğu ileri sürülmektedir (Astarlı, 2008: 112; Ertan, 2018, 106; Yamakoğlu, 2011: 112).

Ancak İş Hukukumuzda bazı durumlarda işçinin yazılı onayı yeterli görülmemiş, Kanunda yer alan düzenlemelerin ancak **Toplu İş Sözleşmesi ile uzatılabileceği /artırılabilceği** İş Kanununda açık olarak vurgulanmıştır. Bu hususlara örnek olarak İş Kanununda yer alan *Deneme Süresi* ile *Denkleştirme Süresine* ilişkin hükümler verilebilir.

Kanuna göre “ taraflarca iş sözleşmesine bir deneme kaydı konulduğunda, bunun süresi en çok iki ay olabilir. *Deneme süresi* ancak **toplu iş sözleşmeleriyle dört aya kadar uzatılabilir**” (İş K. m. 15/1). Yine İş Kanununa göre, “ tarafların anlaşması ile haftalık normal çalışma süresi, işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine, günde onbir saati aşmamak koşuluyla farklı şekilde dağıtılabilir. Bu halde, iki aylık süre içinde işçinin haftalık ortalama çalışma süresi, normal çalışma süresini aşamaz. *Denkleştirme süresi* **toplu iş sözleşmeleri ile dört aya kadar artırılabilir**” (İş K. m.63/2). Taraflar iş sözleşmelerine deneme süresi kaydı koymak yada koymamak hususunda serbesttirler. Bununla beraber, 4857 sayılı İş Kanunu sözleşmede deneme süresinin kararlaştırılması halinde emredici bir hükümlerle tarafları bağlamıştır. Kanuna göre deneme süresi, en çok iki aydır. Bu süre *ancak* toplu iş sözleşmesine konacak hükümlerle dört aya kadar uzatılabilir (İş K, 15/1). Keza aynı şekilde denkleştirmeye gidilip gidilmeyeceği de tamamen tarafların anlaşmalarına bırakılmış; *ancak* Kanunda belirtilen iki aylık sürenin dört aya kadar artırılabilmesi için, bu artışın toplu iş sözleşmeleri ile yapılması şartı aranmıştır.

Görüldüğü gibi İş Kanunu, kanunda yazılı *Deneme* süresi ve *Denkleştirme* süresinde değişiklik yapılmasında salt sözleşme özgürlüğünü gözeterek *bu değişikliklerin bireysel iş sözleşmeleri ile yapılabilmesini uygun görmemiş*; yasada belirlenmiş sürelerde yine yasada belirlenmiş sınırlara kadar uzatma ve artış yapılabilmesini yalnızca Toplu İş Sözleşmeleri ile yapılmasını zorunlu kılmıştır. Bu düzenlemenin *işçiyi koruma amacıyla* yapıldığı çok açıktır.

Taraflar iş sözleşmesinin içeriğini özgürce düzenleyebilirler. Ancak bu özgürlük “kanunda düzenlenmiş bazı sınırlar” ile çevrelenmiştir (BK, m. 26). Borçlar Kanunu madde 26’ya göre, “sözleşmenin içeriği kanunun emredici hükümlerine, ahlâka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusunun imkânsız olmaması” gerekir (Çelik vd, 2019, 210).

Uygulamada fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dahil olarak kararlaştırıldığı iş sözleşmelerinin neredeyse tamamının toplu iş sözleşmesi olmayan işyerlerindeki işçileri kapsadığı ya da toplu iş sözleşmesi olan işyerlerindeki toplu iş sözleşmesinden yararlanması engellenmiş kapsam dışı beyaz yakalı işçileri, yani sendikalı olmayan işçileri kapsadığı görülmektedir. Oysaki 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun 25/2 maddesi “işveren, bir sendikaya üye olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler veya ayrı sendikalara üye olan işçiler arasında, **çalışma şartları** veya çalıştırmaya son verilmesi bakımından herhangi bir *ayırım yapamaz*” hükmü ile *ayrımcılık* ilkesine yer vermiştir. Bu düzenleme 4857 sayılı İş Kanununun 5. maddesi ile Avrupa

İnsan Hakları Sözleşmesinin 14 maddesinin değişik bir görünümüdür (Kılıçoğlu, 2013: 194-195).

İşe başlatılan işçilerle yapılan iş sözleşmelerine fazla çalışmalar için yapılacak ödemelerin oluşturacağı malî yüklerin giderilmesini amaçlayan bu yönde kayıtlar konulması son dönemlerde oldukça yaygın bir hal almıştır. Diğer bir ifadeyle, işçilere fazla çalışma yaptırmak isteyip, karşılığında bir ödeme yapmak istemeyen işverenlerce tasarlanan iş sözleşmeleri ile fazla çalışma ücretlerinin de aylık ücretin içinde olduğu kabul edilmekte, ücretin düzeyi ve gördürülen işin karakteristiği açısından bir ayırım gözetilmeden çalışanlara aynı kaydı ihtiva eden tip sözleşmeler imzalatılmaktadır (Ertan, 2015: 106).

Yargıtay pek çok kararındaki değerlendirmelerinde yalnızca sözleşme özgürlüğü ilkesi ile yetinmeyip, ihtilafa konu olan olguları *işçinin iradesinin fesada uğratılıp uğratılmadığı* ve işçiye *makul yarar sağlanıp sağlanmadığı* yönünden de incelemesine<sup>9</sup> karşın, fazla çalışma ücretlerinin de işçiye ödenen ücrete dahil olduğunun kararlaştırılabileceği yönündeki kararlarında bu yönde bir değerlendirme yapmamıştır. Oysa fazla çalışma ücretinin aylık ücretin içinde olduğu yönündeki kararlaştırmalar çalışma koşullarında işçi aleyhine esaslı bir değişikliği de beraberinde getirmektedir (Alp, 2005: 111). Şöyle ki, bu durumda işçi fazla çalışma yaptığında fazla çalışma ücreti alma ya da serbest zaman kullanma yönündeki yasal hakları ortadan kalkmakta ve temel ücretinde bir azalmaya neden olmaktadır, böylelikle başta ücret olmak üzere, işçi alacakları konusunda işveren yararına düzenlemelere gidilmiş olmaktadır. Özellikle fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dahil edilmesinin *öncelikle işverenin çıkarlarına yaradığı* düşünülürse (Ertan, 2015: 107-110), bu biçimdeki bir uygulamanın iş hukukunun işçiyi koruyucu yapısıyla örtüşmeyeceği açıktır.

Oysa bazı hallerde, “özellikle sözleşmenin yapılması sırasında irade sakatlıklarının (yanılma, aldatma, **korkutma**) bulunması hallerinde” (BK, m. 30-38), sözleşme geçerli olarak doğmuştur, ancak sözleşmenin sürdürülüp sürdürülmeyeceği tarafların tercihlerine bırakılmıştır. Bu durumlarda tarafların sözleşme ile bağlı olup olmadıklarını diğer tarafa bildirme hakları vardır. Böylece sözleşme baştan itibaren ortadan kaldırılabilir (Çelik, 2019: 218). Ancak ülkemizde ve dünyanın bir çok ülkesinde yaygınlaşan bu uygulamaya karşı<sup>10</sup> sendikasız işyerlerinde çalışanlar ve sözleşmeden yararlanması engellenen beyaz yakalı çalışanlar işlerini kaybetme kaygısı ile herhangi bir tepki gösterememektedirler.

<sup>9</sup> Yargıtay 9. HD., 02.10.2007, E. 2007/15135 K. 2007/28823, *Tekstil İşveren Dergisi*, Temmuz 2008, Sayı 340, s.2-4.; Yargıtay 22. HD., 12.07.2012, E. 2012/1732 K. 2012/16521; Yargıtay 22. HD. 14.05.2012, E. 2011/16841 K. 2012/9775; Yargıtay 22. HD., 28.02.2012, E. 2011/9884 K. 2012/2964, Çil, (2012), A.g.e., s. 1180-1189.

<sup>10</sup> Ücretsiz izin ve bedeli ödenmeyen fazla çalışmaların ABD ve Avrupa ülkelerindeki yaygınlaşması için bkz, Standing, G. (2017). *Prekarya Yeni Tehlikeli Sınıf, İletişim Yayınları*, 4. Baskı, İstanbul, s. 92



## Uygulamanın İşçinin Korunması İlkesi Açısından Değerlendirilmesi

Bilindiği gibi, işçinin korunması amacı ve zorunluluğu İş Hukukunu var etmiş ve geliştirmiştir. İşçinin korunması ihtiyacı günümüzde de önemini korumaktadır. Zira işçinin işini yaparken işveren ya da onun vekillerine bağımlılığı ve işini onun direktiflerine uygun olarak yapma durumu günümüzde de değişmemiştir. İşçinin bağımlılığı her şeyden önce ekonomik bağımlılık şeklindedir. Bu durum işçinin henüz işe girdiği anda ortaya çıkar. Gerçekten, özellik gösteren durumlar dışında, serbest meslek sahibi olarak yaşamını idame ettirebilme ve hayatını kazanabilme imkânı bulamayan kişi bir işverene bağımlı olarak çalışmak zorundadır. *İşveren* ise sahip olduğu üretim araçları ve diğer olanaklarla kendisinden iş talebinde bulunan kişiden ekonomik bakımdan *daha güçlü bir konumdadır*. Bu açıdan bakıldığında, iş arayışında olan kişi, işverene en fazla avantaj sağlayacak şartlarda işe alınmak istenecektir. Uzun süre işsiz kalmaya direnemeyen ya da daha iyi koşullara sahip bir iş bulamayan işçi, genellikle *işverence kendisine dayatılan şartlar altında* çalışmayı kabul etmek zorunda kalacaktır. Bu durumun işçiyi bazen çok zor durumlara sokabileceği açıktır. Bu gibi sorunların oluşmaması için işçiyi koruyucu yasal önlemler alınması bir zorunluluktur ve günümüzde İş Hukukunun dayandığı temel amaçların başında işçiyi koruma amacı gelmektedir (Çelik vd, 2019: 21-22).

İşçiyi koruma amacına yönelik olarak mevzuatın açık olmayan, yorum gerektiren hükümlerinin yorumlanmasında ve yasal boşlukların doldurulmasında işçi yararının gözetilmesi gereklilik arz etmektedir. Yargıtay'ın da bir kararında<sup>11</sup> “İş Hukukuna ait hükümlerin yorumlanmasında tereddüt halinde işçinin lehine olan hal şeklinin kabul edilmesi, İş Hukukunun ana kaidelerindedir” vurgusuyla, “genel bir planda, yorum yapılırken İş Hukukunun işçileri koruyucu niteliğinin gözden kaçırılmaması gereğine” işaret edilmiştir. Yargıtay başka bir kararında ise, “bir iş sözleşmesinde birbiriyle çelişen kurallara yer verilmişse, İş Hukukunun işçiyi koruyucu temel ilkesi gereği olarak işçi yararına olan kural dikkate alınmalıdır” vurgusu yapmaktadır<sup>12</sup>.

Kanundaki esaslar dahilinde normal çalışma sürelerinin üzerinde çalışan işçiye bunun karşılığının sağlanarak işçinin tatmin edilmesi, genel bir hukuk prensibidir. Zira gerek fazla çalışma yapan gerekse fazla sürelerle çalışmış olan işçi, normal olarak planlanandan daha fazla fiziksel çaba harcamak durumunda kalmaktadır. Aynı zamanda fazla saatlerle çalışma yapan işçi aslında özel yaşamına ayıracağı sürede yaptığı bu faaliyeti ile bir bakıma bu süreden feragat etmekte, işveren ise fazladan bir kazanım elde etmektedir. Bu kazanımın adil bölüşümüne aykırı olarak, işçinin dinlenmeye ayracağı zamanı işveren yararına kullanması anlamına gelen fazla saatlerle çalışmanın

<sup>11</sup> Yargıtay 9. HD., 9.4.1968, E. 157 K. 4628, İş Hukuku Dergisi, İstanbul, C.I, S.1., Ocak 1969, s. 98-100.

<sup>12</sup> Yargıtay 9. HD., 26.2.1996, E. 1995/26332 K. 1996/2570, Yargıtay Kararları Dergisi, Ağustos 1996, 1239-1241.

karşılığının normal çalışma süreleri ücretine dahil olacağına kararlaştırılması, genel anlamda adalet ve hakkaniyet, özel olarak da işçinin korunması prensiplerine uygun düşmez. Benzer şekilde Alman Federal Mahkemesi de asıl ücretin fazla saatlerle çalışma ücretlerini de kapsadığına ilişkin bir sözleşme hükmünü, “*ablåka aykırı bir şekilde işçinin işgücününün istismarına yol açacağından*” Alman Medeni Kanununun 138. maddesine aykırı bulmuştur (Astarlı, 2008: 6-8).

Fazla çalışma ya da fazla sürelerle çalışmanın karşılığı kural olarak zamlı ücrettir ve işçi isterse bu çalışmalarının karşılığını serbest zaman olarak kullanabilir. Fazla sürelerle çalışma ücretlerinin asıl ücretin içinde olduğunun kararlaştırılabilmesine olanak sağlayan bir hüküm Kanunlarda ve de ilgili yönetmeliklerde mevcut değildir (Ertan, 2015: 103). Ancak bu yöndeki uygulamaların neoliberalizmin mevzi kazanmasına koşut bir yayılım izlediğini de gözden kaçırmamak gerekir (Eğilmez, 2018).

Bu olgu ne yazık ki Yargıtay’ın bazı kararlarına da yansımış ve “kimi konularda iş hukukunun yerleşik kurallarıyla çelişen *suigeneris* bir içtihat oluşturup *işçi lehine yorum ilkesini* sanki *işveren lehine yorum ilkesi*’ olarak yorumladığı gibi bir algı yaratmakla” eleştirilmesine yol açmıştır (Ertan, 2015: 110).

Fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dahil olduğu yönündeki kararlaştırmalar, değişkenlik gösteren fazla çalışma ücretlerinin aylık sabit ücretin içinde yer almasının hayatın olağan akışına aykırı düştüğü; böylece sözleşme hükümlerinin geçerli sayılması halinde, fazla çalışma ücretlerinin ihbar ve kıdem tazminatlarının hesabında dikkate alınamayacağı için işçinin tazminata esas ücretinin tespitinde sorunlara yol açacağı gibi yönlerden de eleştirilmiştir. Bu görüşün sahipleri yılda 270 saate karşılık gelen fazla çalışma ücretinin hesaplanarak işçinin ücretinden düşülmesi ve tazminata esas ücretin buna göre belirlenmesinin zorunlu olduğuna dikkat çekmişlerdir. (Çil, 2007: 66-67).

Uygulamaya ilişkin bir başka eleştiri de ise, fazla çalışma ücretinin yukarıda da bahsi geçen, 4857 sayılı İş Kanunu, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu, 2004 sayılı İcra İflas Kanunu, 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu ile getirilen bütün yasal korumaların dışında kaldığına vurgu yapılmıştır. Bu korumaların yalnızca temel ücreti kapsadığı fazla çalışma bakımından ise geçerli olmadığına dikkat çekilerek; temel ücret ve fazla çalışma ücretinin bu farklılık nedeniyle tek rakam olarak belirlenmesinin sorunlara yol açacağına işaret edilmiştir. Normal aylık ücretin içinde fazla çalışma ücretinin de dahil olduğu şeklinde kararlaştırılan bir ücretin ne kadarlık kısmının devir, temlik ve haciz yasağı sınırları içinde kalacağı, ne kadarının ücret garanti fonundan ödeneceği, ne kadarının kısa çalışma ücretinin belirlenmesinde esas alınacağı, ücret kesme cezasının sınırının nasıl belirleneceği gibi hususlar bu sorunlar arasında yer almaktadır (Çil, 2016: 273).

## Sonuç

Uygulamada özellikle sendikasız işyerlerindeki çalışanların ya da sendikalı işyerlerindeki toplu iş sözleşmeden yararlanmaları engellenen kapsam dışı beyaz yakalı çalışanların iş sözleşmelerinde yaygın olarak yer alan, asıl ücrete fazla çalışma ücretinin de dahil

olduğu yönündeki kararlaştırmalar İş Kanununun iş sürelerini ve fazla çalışmayı düzenleyen emredici kurallarına aykırılık teşkil etmektedir. Fazla çalışma ücretinin aylık sabit ücretin içinde yer aldığına dair *hükümlere* iş sözleşmelerinde *geçerlik tanınmaması* gerekmektedir. Bu uygulamanın kabul edilmesi işçilerin karşılığını alamadıkları bir fazla çalışmaya zorlanmaları ve yasanın emredici hükümlerinin dolanılması gibi genel ve yaygın bir uygulamanın ortaya çıkmasına olanak sağlamaktadır.

İşçinin fazla çalışma yapması, kendi özel yaşamının bir kısmının daha işverene tahsis edilmesi demek olmaktadır; ki buna dahi yasalarca bir üst sınır getirilmiş ve ayrıca bu çalışmalar karşılığında yasalarca korunmuş bir zamlı ödeme yapılması zorunlu kılınmıştır. Fazla çalışmalara ait ücretin asıl ücrete dahil olduğunun kararlaştırılması fazla çalışma ücretlerinin ve dolayısıyla işçilik maliyetlerinin düşürülmesini amaçlayan bir uygulamadır ve hukuki bir dayanağı da yoktur. Aksine fazla çalışma ücretlerinin yasalarca belirlenmiş zamlı ücret üzerinden ödenmemesi işçiyi önemli bir hak kaybına uğratmaktadır.

Hukuki temeli olmayan gerekçelerle fazla çalışma ücretlerini azaltmaya olanak sağlayan, normal aylık ücretin fazla çalışma ücretini de içerdiğine dair karar ve uygulamalar yerinde değildir. Bu konuda uygun ve doğru olan, işçi aleyhine tezahür eden fazla çalışmalara ücret ödenmemesi yönündeki geleneksel işveren direncinin kırılmasını destekleyecek bir biçimde; yapılan fazla çalışmaların kayıt altına alınarak yasaya uygun olarak zamlı olarak ücretinin ödenmesidir.

## KAYNAKÇA

- Akyiğit, E. (2001). **İçtihatlı ve Uygulamalı İş Kanunu Şerhi**, Ankara: Seçkin.
- Akyiğit, E. (2005). “Yeni İş Yasasında Normali Aşan Çalışmalar”, **TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, C, 19, 4.
- Akyiğit, E. (2006). **İçtihatlı ve açıklamalı 4857 sayılı İş Kanunu Şerhi**, İkinci Cilt Madde 32-120. Seçkin.
- Alp, M. (2005). **İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi**, Ankara: Seçkin.
- Astarlı, M. (2008). “Alman ve Türk Hukuklarında Fazla Saatlerle Çalışma Ücretlerinin Asıl Ücrete Dahil Olduğuna İlişkin Sözleşme Hükümleri ve Gerçeklik Koşulları”, **Kamu-İş**, C, 9, 4.
- Caniklioğlu, N. (2005). “4857 Sayılı Kanuna Göre Çalışma Süresi ve Bu Sürenin Günlere Bölünmesi”, **Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası**, S, 66, 6-13.
- Centel, T. (1986). **İş Hukukunda Ücret**, İstanbul.
- Çelik, N., Caniklioğlu, N., & Canbolat, T. (2019). **İş Hukuku Dersleri**, Yenilenmiş 32. Bası, İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A. Ş.
- Çemberci, M. (1986). **İş Kanunu Şerhi**, 6. Bası. Ankara.
- Çil, Ş. (2007). “4857 sayılı İş Kanununa Göre Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma”, **Çalışma ve Toplum**, 3, 57-79.
- Çil, Ş. (2016). “Fazla Çalışma Ücretinin Temel Ücret İçinde Ödenmesi Uygulaması”. **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**. LXXIV Özel Sayı. C. I., 269-312.
- Çil, Ş. (2012). **İş Hukuku Yargıtay İlke Kararları**, 5. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınları.
- Eğilmez, M. (2018). Proletarya, Prekarya ve Ötesi. 7 Ocak 2018, <http://www.mahfiegilmez.com/2018/01/proletarya-prekarya-ve-otesi.html#more> , Erişim: 29 Aralık 2019.
- Ekonomi, M. (1984). **İş Hukuku**, Cilt I, Ferdi İş Hukuku, 3. Bası, İstanbul.
- Ertan, E. (2018). Fazla Çalışma Ücretinin Aylık Ücrete Dahil Edilmesi. **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S. 34, 2015, s. 104. S.103-124.
- Günay, C. İ. (1998). **Şerhli İş Kanunu**. Cilt 1 ve Cilt 2, Ankara: Yetkin Yayınevi,
- Günay, C. İ. (2004). **İş Hukuku: Yeni İş Yasaları**. Ankara: Yetkin Yayınları. 3. Baskı
- Kılıçoğlu, M. (2013). **6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu Yorumu**, Ankara: Bilge Yayınevi.
- Kurucu, O. (1987). **İş Süreleri Dinlenmeler Fazla Çalışma**. Ankara: 1987.
- Mollamahmutoğlu, H., Astarlı, M., & Baysal, U. (2014). **İş Hukuku (Genel Kavramlar–Bireysel İş İlişkileri)**. Ankara: Turhan.
- Soyer, P. (2004). Yeni Düzenlemeler Karşısında Fazla Saatlerle Çalışmaya İlişkin Bazı Düşünceler. **Legal İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi**, 3.
- Standing, G. (2017). **Prekarya Yeni Tehlikeli Sınıf**, İletişim Yayınları, 4. Baskı, İstanbul: İletişim Yayınları.

- Süzek, S. (2002). **İş Hukuku**. İstanbul: Beta Yayınları.
- Şahlanan, F. (2011). **İş Hukuku İle İlgili Yargıtay Kararları: Karar İncelemeleri (Aralık 2004-Ocak 2011)**. İstanbul: Türkiye Tekstil İşverenleri Sendikası Yayını. ISBN:978-975-01433-7-3.
- Şakar, M. (2011). **İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku**. 12. Baskı, İstanbul: Beta Yayıncılık.
- Şakar, M. (2018). **İş Hukuku Uygulaması**, 12. Baskı. İstanbul: Beta Yayınları.
- Yamakoğlu, E. (2011). **Türk İş Hukukunda Fazla Saatlerle Çalışma**, İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınevi.

