

Fazla Çalışmaları Ücrete Dahil Eden Sözleşme Kayıtlarının Geçerliliği ve Denetimi

Mustafa ALP¹

ORCID: 0000-0001-7299-4487

Öz: İş Kanunu'nda haftalık çalışma süresi 45 saat olarak kararlaştırılmış ve haftalık 45 saati aşan çalışmalar fazla çalışma olarak nitelendirilmiştir. Kanuna göre fazla çalışma için işçinin onayının alınması gerekmektedir. Bununla birlikte fazla çalışma süresi toplamı bir yılda 270 saati aşamayacaktır. İş Kanunu'nda her bir saat için verilecek ücretin normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının yüzde elli yükseltilmesi suretiyle ödeneceği belirtilmiştir. Ancak uygulamada iş sözleşmeleri ve işyeri yönetmelikleri ile fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dahil olduğuna ilişkin sözleşme kayıtlarına rastlamak mümkündür. Fazla çalışmanın ücrete dahil kabul edilmesi, işverene karşılığını ödemediği fazla çalışma yaptırma yetkisi vermektedir. Bu anlamda söz konusu sözleşme kayıtlarının geçerliliği ve denetimi önemli bir sorun teşkil etmektedir. Bu bağlamda çalışmamızda Yargıtay içtihadı ve sonuçları açıklandıktan sonra öğretide konuyla ilgili görüşler ve Alman ve İsviçre hukukundaki durum ışığında değerlendirme yapılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Fazla Çalışma, Fazla Çalışma Ücreti, Sözleşmesel Kayıtlar.

Validity and Inspection of Contract Terms That Add Overtime Wages to the Monthly Wage

Abstract: In the Labor Law, the weekly working time is determined to be 45 hours, and the works exceeding 45 hours on a weekly basis are considered as overtime. According to law, the employee's consent shall be required for overtime work. At the same time, Total overtime work shall not be more than two hundred seventy hours in a year. It is stated in the Labour Law that the wages for each hour of overtime shall be remunerated at one and a half times the normal hourly rate. However, in practice, it is possible to encounter contract terms with labour contracts and workplace regulations that add overtime wages to the monthly wage. Accepting the monthly wage included overtime wage authorize the employer to have the employee do overtime

¹ Prof. Dr., Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi/İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı,
Makale Geliş Tarihi:25.09.2020-Makale Kabul Tarihi:08.12.2020

without paying it. In this sense, the validity and inspection of the contract terms constitute an important problem. In this context, in our work, after explaining Supreme Court opinion, an evaluation will be made in the light of the views on the subject in doctrine and the situation in German and Swiss law.

Keywords: Overtime, Overtime Wage, Contract Terms.

Giriş

Fazla çalışma konusunda çalışma hayatında karşılaşılan uygulamaların yasal düzenlemeler ile tam olarak karşılandığını söylemek güçtür. Uygulamada fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dahil olup ayrıca ödenmeyeceği, üst düzey çalışanların fazla çalışma ücretine hak kazanmayacakları, satış primi ile fazla çalışma ücretinin de ödenmiş olacağı gibi düzenlemeler yapılmaktadır. İş sözleşmeleri ve işyeri yönetmelikleri ile getirilen bu düzenlemelerin geçerliliğini tartışmak ve karara bağlamak hakimlere kalmaktadır. Yargıtay'ın fazla çalışma konusunda çok sayıda kararı ile yerleşik bir içtihat oluşturduğu ve sorunlu alanlara çözüm getirdiği görülmektedir. Yargıtay'ın uygulamada yaşanan sorunlar karşısında geliştirdiği fazla çalışma içtihatları takdir edilmelidir. Ancak kanımızca bu içtihatlar bazı noktalarda eleştiriye açıktır. Bunlardan bu çalışmada ele alınacak ilki, sözleşme ile fazla çalışmanın ücrete dahil edilebilmesidir. Bunun anlamı fazla çalışmaya ayrıca ücret ödenmemesi, işçinin temel aylık ücretinin fazla çalışmayı da içerdiğinin kabul etmesidir. Gerçi Yargıtay fazla çalışmayı ücrete dahil eden sözleşme hükümlerini İş Kanunu'na tabi iş ilişkilerinde yıllık 270 saat ile sınırlamaktadır. Fakat aşağıda açıklanacağı üzere bu sınırlı hali ile de fazla çalışma ücreti ödenmemesi eleştiriye açıktır. Bu bağlamda önce Yargıtay içtihadı ve sonuçları açıklanacak, sonra öğretide konuyla ilgili görüşler ışığında değerlendirme yapılacaktır.

Konuyla İlgili Yargıtay İçtihadı ve Sorun

Yargıtay HGK'nun fazla çalışmanın ücrete dahil olması konusunda ilkeleri belirleyen ve Yargıtay 9 ve 22. HD'lerinin de yerleşik içtihadına uygun 30.5.2018 tarih, 2015/2875 E. 2018/1142 K. sayılı kararında şu ifadeler yer almaktadır:

“İş akdi ile tarafların işçinin ücretine fazla çalışma ücretlerinin de dâhil olduğunu kararlaştırmaları mümkündür. Bu durumda, işçinin ücretine dâhil olan fazla çalışma ücretinin ne kadar süre ile yapılan fazla çalışmanın karşılığı olduğu sözleşmede gösterilmemişse, bunun en çok yasal azami sınır (yünlük 270 saat) çerçevesinde geçerli olduğu kabul edilmelidir. İşçiye bu yasal sınırı aşacak şekilde fazla çalışma yaptırılırsa, bu çalışmalar için fazla çalışma ücretinin ödenmesi gerekir. Bunun gibi, böyle bir durumda işçinin ücretinin belirli bir yükseklikte olması gerekir. Fazla çalışma ücretinin örneğin işçinin aldığı asgari ücretin veya buna yakın bir ücretin içinde olduğu kararlaştırılamaz. Kaldı ki iş sözleşmelerinin de kimi açılardan tabi olduğu Türk Borçlar Kanunu'nun temel taşlarından olan ve tarafların sözleşme içeriğini yasal sınırlar içinde kalmak kaydı ile diledikleri gibi belirleyebilmesini ifade eden "sözleşme serbestliği" ilkesi, işçinin

önceden rızasını almak kaydı ile yasal sınırlar içinde kalan fazla çalışma ücretinin aylık ücretin içinde olduğuna dair sözleşme hükümlerinin geçerli olduğu sonucunu doğurmaktadır.”

Görüldüğü üzere Yargıtay, sözleşme özgürlüğü ilkesine dayanarak iş sözleşmesi ile fazla çalışmaların ücrete dahil edilmesini geçerli kabul etmektedir. Bu durumda tarafların fazla çalışmaya ayrı bir zamlı ücret ödenmeyeceğini kararlaştırmaları, ama başka bir deyişle işverenlerin fazla çalışma için ayrıca ücret ödememe hakkı yargı kararları ile tanınmakta ve korunmaktadır.

Sadece bu sözleşme hükümlerinin geçerliliğine iki sınırlama getirmektedir: Birincisi, fazla çalışmanın ücrete dahil olmasının sınırı yıllık 270 saat ile sınırlıdır; 270 saati aşan fazla çalışmalar gene ayrıca ücretlendirilmek zorundadır. Bu sınırlamanın İş Kanunu'nun fazla çalışmaları en fazla 270 saat olarak öngören hükmü karşısında isabetli olduğu açıktır. Ancak İş Kanunu kapsamı dışında kalan iş ilişkilerinde böyle bir yasal sınırlama bulunmamaktadır. Bu nedenle iş sözleşmesinin hangi kanuna tabi olduğuna göre temel ücrete dahil fazla çalışma yıllık 270 saati de aşabilmektedir.

Öncelikle Basın İş Kanunu'nda günlük çalışma süresinin 8 saat olması esas ve Basın İş Kanunu ek madde 1'in günlük fazla çalışmanın 3 saati geçemeyeceği hükmü üzerinden Yargıtay, fazla çalışmanın günde 3 saate kadar temel ücrete dahil olabileceği sonucuna varmaktadır (Y9. HD,14.9.2015, 12824/25388, 14.9.2015; Kandemir, 2011: 27). Böylece haftada 6 gün çalışan basın işçilerinde günde 11 saatten haftada 66 saat çalışma ile ayda 78, yılda 936 saat aylığa dahil fazla çalışma hukuka uygun kabul edilmektedir. Deniz İş Kanunu'nda hiç sınırlama olmadığından, Yargıtay işçi lehine bir sınır getirebilmek amacı ile 180 sayılı ILO sözleşmesini esas alarak günlük 14, haftalık 72 saate kadar çalışmaların ücrete dahil olmasını kabul etmektedir. Böylece Deniz İK kapsamındaki iş ilişkilerinde de yıllık 270 saat aşılabilmekte ve ayrıca fazla çalışma ücreti de ödenmemektedir (Y9. HD, 23.10.2018, 30121/19136). Bu şekilde gemi adamının aylık ücrete dahil fazla çalışması yılda 1248, ayda 104 saati bulmaktadır (Ertan, 2015: 12). Borçlar Kanunu hizmet sözleşmesine tabi iş ilişkilerinde ise günlük çalışma süresi ve fazla çalışmanın azami süresine dair hiçbir hüküm yer almadığından durum belirsizdir (Borçlar Kanunu için bu boşluğun İş Kanunu m. 41'e göre doldurulması ve yıllık 270 saatle sınırlanması yönünde Ertan, 2015: 115).

İkinci sınırlama ise ücret bakımındandır. Yargıtay, fazla çalışmanın ücrete dahil olmasını ancak temel aylık ücret asgari ücretin üzerinde ise geçerli kabul etmektedir. Şüphesiz asgari ücretin çıplak ücrete karşılık gelmesi karşısında bu içtihat yerindedir. Asgari ücrete fazla çalışma ücreti dahil edilemez. Ancak Yargıtay'ın içtihadı karşısında asgari ücretin bir miktar üzerinde (aylık 22,5 saatlik tutar) dahil edilmiş ise ayrıca fazla çalışma ücreti gene ödenmeyecektir. Kanımızca bunun yerindeligi de tartışmaya açıktır.

Her durumda Yargıtay içtihadı, iş akdi yapılırken işverenin tek yanlı olarak işçiye kabul ettirdiği bir sözleşme hükmüne geçerlilik tanımak ve onu fazla çalışma ücreti ödemekten kurtarmak sonucunu doğurmaktadır. Kararlar incelendiğinde

çoğunlukla işçilerin yaptığı fazla çalışmanın yıllık 270 saat sınırında da kalmayıp çok daha fazla olduğu, sonuçta işçiye ödenmesi gereken fazla çalışmadan 270 saatin düşüldüğü görülmektedir. Yani bu sözleşme hükümleri işçinin fazla çalışmasının sınırlı kalması sonucunu da vermemekte, sadece fazla çalışmanın bir kısmının ücretsiz-karşılıksız kalması sonucunu doğurmaktadır. Basın ve Deniz İş Kanunu'na tabi iş ilişkilerinde yıllık 270 saat sınır da olmadığından durum daha fecidir. Oysa iş mevzuatında fazla çalışmanın ayrıca ve zamlı olarak ücretlendirilmesi veya serbest zaman olarak işçiye sağlanması öngörülmektedir. Fazla çalışmanın hiç ücretlendirilmemesi şeklinde bir imkân mevzuatta yoktur. Fazla çalışmanın ücrete dahil edilmesinin tek dayanağı Yargıtay kararlarında da belirtildiği üzere sözleşme özgürlüğüdür. İşçinin mevzuatta belirlenen azami süreden daha fazla ve ayrıca bir karşılık da almadan çalıştırılabilmesi böylece özgür kalmaktadır ki sözleşme özgürlüğünün iş hukukunda bu ölçüde sınırsız uygulanabilmesi düşündürücüdür.

Nitekim Yargıtay'ın bu kararlarının bazılarında Hâkim BEKTAŞ KAR'ın karşı oyu da bulunmaktadır (Y9.HD 14.09.2015 E. 2014/12824 K. 2015/25388): *“Öncelikle fazla mesai ücretin içinde şeklindeki sözleşmelerde düzenlenen hükümlerin geçerli olup olmayacağına değinmek gerekir. Zira gerek Basın İş Kanunu'nda, gerekse diğer iş sözleşmesi ile çalışanları ilgilendiren 4857 sayılı İş Kanunu, Deniz İş Kanunu ve genel kanun olan 6098 sayılı TBK'nun hizmet aktine ilişkin hükümlerde böyle bir açık kurala yer verilmiş değildir. İş Hukukuna ilişkin kurallar nispi emredicilik kuralı gereği, ancak işçi lehine düzenlenebilir. Bu tür fazla mesai yapılınsın ya da yapılmınsın, yapılacak fazla çalışmaların karşılığının ücretin içinde şeklindeki sözleşme hükümleri nispi emredicilik kuralına aykırıdır.*

Ancak Yüksek Yargıtay özellikle 4857 sayılı İş Kanunu kapsamındaki işçiler için yılda 270 saatten fazla çalışma yaptırılmaz kuralı nedeni ile bu kanun kapsamındaki işçiler için;

- 1) Sözleşmede fazla çalışma ücretinin asıl ücretin içerisinde olduğu ifade edilmesi,*
- 2) Fazla çalışma süresinin günlük 3, yıllık 270 saati aşmaması,*
- 3) İş görme ve ücret ödeme arasında makul oranın olması,*

4) Fazla çalışma ücreti ile birlikte asıl ücretin asgari ücretin üzerinde olması” halinde fazla çalışma ücretinin kararlaştırılan ücret içinde olduğunu istikrarlı olarak kabul etmekte, 270 saati aşan fazla çalışmaların ise ücretinin ödenmesine karar vermektedir. Yüksek Yargıtay bu içtihadını Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanunu kapsamındakilere de uygulamaktadır. Ancak Basın İş Kanunu'nda Ek1. Madde de 3 saat sınırlaması var ise de yıllık sınırlama bulunmamaktadır. Basın işçisi için her gün 3 saat fazla çalışma karşılığının ücretin içinde kabulü yılda 1095 saat gibi bir çalışmayı, bu da günlük 11 saat çalışma sonucunu doğurur ki, bu yasanın amacına, iş hukukunun işçiye koruyan ilkelerine aykırı olacaktır.

Diğer taraftan 4857 sayılı İş Kanunu kapsamındaki işçiler için düşünüldüğünde, 4857 sayılı İş Kanunu ve buna ilişkin yönetmelik hükmü uyarınca yıl başında işçinin fazla mesai yaptırılması için açık muvafakatı alınmamış ise sözleşmede kararlaştırılan fazla çalışmanın ücretin içinde kuralının bir anlamı da olmayacaktır.

Keza böyle bir durumda, bordroda ayrıca fazla mesai ücreti gösterilmediği için, işçinin gerçek ücreti belirlenmediği gibi, gydirilmiş ücret içinde kabul edilmeyen fazla mesai ücreti de gydirilmiş ücrete dahil edilmiş olacaktır. Bu ise açıkça yasaya aykırıdır.

Konuyu genel kanun olan ve boşluk bulunması halinde tüm iş kanunu kapsamında kalan işçilere uygulanması gereken TBK. Açısından da değerlendirdiğimizde ise konunun genel işlem koşullarını düzenleyen 20 ve devamı maddeleri kapsamında incelenmesi gerekir. Anılan hükümlere göre “Genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyen, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanılmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir(Mad. 20/1). Karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyen karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır. Aksi takdirde, genel işlem koşulları yazılmamış sayılır. Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları da yazılmamış sayılır(Mad. 21). Genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz(Mad. 25).

İş Sözleşmesinde fazla çalışmalar karşılığı ücretin, kararlaştırılan ücret içinde olduğunda dair hükmün genel işlem koşul olduğu ve bunun işçi aleyhine ve işveren menfaatine olduğu da açıktır. Bu şekildeki hüküm iş sözleşmesinin niteliğine ve işin özelliğine de yabancı ve işçinin durumunu ağırlaştırıcı bir hükümdür. Genel olarak iş sözleşmesinde fazla çalışmanın ücretin içinde olduğunda dair hükümler açıkça TBK.’un 20 ve devamı maddelerine aykırı olduğundan, geçersizdir.”

Kanımızca da bu ve ileride açıklanacak başka gerekçeler karşısında fazla çalışmanın ücrete dahil olduğuna dair sözleşme hükümlerinin en azından her durumda geçerli olmayacağı kabul edilmelidir.

Konu Hakkında Öğreti Görüşleri

Öğretide konuyu ayrıntılı olarak inceleyen yazarlardan çoğu fazla çalışmanın ücrete dahil olmasını geçerli kabul etmektedir. Ancak fazla çalışmanın ücrete dahil edilmesini kabul eden yazarlar arasında da bazı nüanslar bulunmaktadır. Ekonomi (Ekonomi, 1987:307), Süzek (Süzek, 20139:801), Şahlanan (Şahlanan, 2008), Tunçomağ/Centel (Tunçomağ ve Centel, 2016: 161), Çelik/Caniklioğlu/Canbolat (Çelik vd., 2019: 707), Narmanlıoğlu (Narmanlıoğlu, 2014) ile Alpogut (Alpogut, 2017: 60) gerekçesine girmeden fazla çalışmanın ücrete dahil edilmesini Yargıtay’ın belirlediği sınırlar çerçevesinde mümkün kabul etmektedirler². Konuyu özellikle şekil ve kabul bakımından ayrıntılı olarak inceleyen Ertan fazla çalışmanın ücrete dahil edilmesini ilke olarak geçerli kabul etmektedir (Ertan, 2015: 103vd.). Ancak Ertan sadece sözleşme özgürlüğü ile değil, ayrıca kanunun serbest zamana izin vermesi üzerinden de bu hükümlerin geçerli olduğu sonucuna ulaşmaktadır. Ertan’a göre, işçiye fazla çalışma karşılığında fazla çalışma ücreti ödenmesinin yanında serbest zaman kullanılmasına da olanak tanıyan bir sistemde, aylık ücret tutarının sözleşmeyle görece yüksek belirlenmesi ve işçinin olası fazla çalışma karşılığı hak kazanacağı fazla çalışma ücretinin de aylık ücrete eklenmesi tarzı bir

² Sadece Yargıtay’ın yerleşik görüşü olarak ifade eden: Eyrenci, Taşkent, Ulucan, Baskan, 2020, 295; Demir, 2018, 262; Senyen-Kaplan, 2019, 390

uygulama hukuka aykırı değildir³. Bununla birlikte Ertan fazla çalışmayı ücrete dahil eden kayıtların geçerliliğini ciddi şekilde sınırlamaktadır. Öncelikle, iş sözleşmesinde fazla çalışmayı ücrete dahil eden kayıtların genel işlem koşulu olarak nitelendirilebileceğini ve geçerlilik ile içerik denetimine tabi tutulabileceğini kabul etmektedir. Ayrıca işçinin iradesi ve yazılı şekil koşulunun önemini vurgulayarak, iş sözleşmesi dışında işyeri uygulaması, personel yönetmeliği ve toplu iş sözleşmesi ile bu yönde düzenleme yapılamayacağını savunmaktadır (Ertan, 2015: 106 vd.). Ekin de matbu hazırlanmış iş sözleşmelerinden ziyade özel hazırlanmış sözleşmelerde bu tip kayıtlara yer verilmesinin uygun olduğunu savunmaktadır (Ekin, 2016: 355).

Öğretide aksi görüşü daha net şekilde savunan yazarlar ise tespit edebildiğimiz kadarı ile Akyiğit, Çil, Astarlı ve Baycık'dır. Akyiğit, 4857 sayılı İş Kanunu ile fazla çalışmanın karşılığının sadece ücret değil işçinin isteği ile serbest zaman kullanabilmesi de olduğuna dikkat çekmektedir. Peşinen fazla çalışma karşılığının ücret olarak öngörülmesinin, işçinin serbest zaman seçme imkanını elinden aldığı ve geçersiz olduğu söylenebilir. Akyiğit'e göre fazla çalışmanın ücrete dahil edilmesi olsa olsa en erken her bir ücret ödeme döneminde ve sırf o dönem (hafta, ay) için geçerli kabul edilebilir. Aksi halde işçinin serbest zaman hakkından sınırsız bir vazgeçme niteliği taşır (Akyiğit, 2008: 1680).

Çil daha net bir şekilde Yargıtay içtihadının nedenlerini açıklamakta ve karşı çıkmaktadır. Çil, öncelikle fazla çalışmanın ücrete dahil sayılmasını geçerli saymanın nedeninin, işverenleri ve işletmeleri ödeme gücüne düşmekten korumak, bu amaçla fazla çalışma ücretini azaltmak olduğunu tespit etmektedir. Çil'e göre fazla çalışmayı ücrete dahil eden hükümleri geçerli saymanın hukuki bir dayanağı yoktur. Fazla çalışma ücretini ödememe direncini kırmak yerine hukuki olmayan gerekçeler ile fazla çalışma ücretini azaltmaya çalışmak yerinde değildir (Çil, 2016: 269,272,273). Çil bu yolla temel ücretin aslında daha düşük tutulup üstüne bir miktar fazla çalışma ücreti eklendiğini, işçilik maliyetlerinden tasarruf sağlanarak kurallara uyan işverenler aleyhine rekabet eşitsizliği sağlandığını da savunmaktadır. Çil de Bektaş Kar'ın karşı oy yazılarına atıfla genel işlem koşullarına dair yasa

³ "Peki, fazla çalışma ücreti veya serbest zaman dışında üçüncü bir seçeneğin yasal düzenlemelerde yer almaması, fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dâhil edilmesine engel mi oluşturmaktadır? Bu soruya olumsuz bir yanıt verilmelidir. Zira işçiye fazla çalışma karşılığında fazla çalışma ücreti ödenmesinin yanında serbest zaman kullandırılmasına da olanak tanıyan bir sistemde, aylık ücret tutarının sözleşmeyle görece yüksek belirlenmesi ve işçinin olası fazla çalışma karşılığı hakkı kazanacağı fazla çalışma ücretinin de aylık ücrete eklenmesi tarzı bir uygulamanın hukuka aykırı bir yönü yoktur. Kaldı ki borçlar hukukununun temel ilkeleri arasında yer alan ve tarafların sözleşmenin içeriğini yasal sınırlar içinde özgürce belirleyebilmesini ifade eden sözleşme özgürlüğü ilkesi de, işçinin yazılı onayı alınmak kaydıyla- fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dâhil edilebileceği savını desteklemektedir. Bu doğrultuda fazla çalışma ücretinin aylık ücretin içinde ödenmesinin temelinde sözleşme özgürlüğü ilkesi yatmakta olup; fazla çalışma karşılığında serbest zaman kullandırılmasını işçinin yazılı başvurusu koşuluna bağlayan normlar, fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dâhil edilebilmesi için aranan yazılı onayın da hukuki dayanağını oluşturmaktadır." Ertan, 2015: 106.

hükümleri üzerinden bir denetim ve geçersizlik sonucuna ulaşılabileceğini kabul etmektedir (Çil, 2016: 273-274)⁴. Çil ayrıca fazla çalışmanın ücrete dahil edilmesinin uygulamada yol açacağı pek çok soruna da ayrıntılı olarak işaret etmektedir.

Konuyu Alman hukuku ile karşılaştırmalı olarak ayrıntılarıyla inceleyen Astarlı, ilke olarak sözleşme özgürlüğü kapsamında fazla çalışmaların ücrete dahil edilmesini geçerli kabul etmektedir (Astarlı, 2008: 39, 46 vd.). Ancak Astarlı edimler arasında aşırı orantısızlık olması halinde ahlaka aykırılık nedeni ile bu sözleşme hükümlerinin geçersiz sayılması gerektiğini de savunmaktadır⁵. Astarlı'ya göre fazla çalışma ücretinin asıl ücrete dahil olmasının geçerliliği için, işverene çalışma süreleri ve fazla saatlerle çalışmalara dair kanun hükümlerini dolanma imkânı tanımayacak şekilde tarafların ücreti iş görme edimine orantılı olarak mutad olan ücretin üzerinde belirlemeleri gereklidir (Astarlı, 2008: 46 vd.). Makalenin yazıldığı dönemde (2008) henüz TBK ve genel işlem koşullarına dair hükümler yürürlükte olmadığı için Astarlı, Alman hukukunda bu hükümlerin genel işlem koşulları üzerinden yapılan denetimini Türk hukukunda mümkün görmemektedir (Astarlı, 2008: 46 vd.).

Baycık ise iş hukukunda fazla çalışma karşılığında zamlı ücret ödenmesinin asıl olduğunu, işçinin belirli sınırları aşan çalışmasının yaşam ve sağlık hakkı ile doğrudan bağlantılı olduğunu belirtmektedir. Bu nedenle fazla çalışmayı ücrete dahil eden hükümlerin denetlenmesi ve sınırlı bir geçerlilik tanınması görüşündedir. Baycık öncelikle Basın ve Deniz İş Kanunlarına tabi iş ilişkilerinde yıllık 270 saatin de aşılabilmesini eleştirmekte, anayasal sağlık ve yaşam hakkına dayanarak yıllık 270 saatin tüm iş ilişkilerinde sınır olmasını önermektedir. 270 saati aşmayan fazla çalışmalarda ise işçiye ödenen ücretle fazla çalışma arasında aşırı oransızlık kriterine göre bir denetim getirmektedir. Emsal ücrete çok az zamlı ücret eklenmesi halinde aşırı oransızlık nedeniyle gabin hükümlerinden yararlanılarak işçiye aradaki fark ödenmeli, oransızlık olağanüstü aşırı ise ahlaka, anayasal adaletli ücret ve angarya

⁴ Çil ayrıca fazla çalışma için her sene başında onay alınması gerekirken başlangıçta peşin olarak fazla çalışmanın ücrete dahil edilmesinin geçerli olamayacağı gerekçesine de dayanmaktadır, ÇİL, 2016: 274. Ancak yönetmeliğin bu hükmü kaldırılmış, artık fazla çalışma onayının her sene başında alınması zorunluluğu ortadan kalkmıştır. Buna karşılık, işçinin fazla çalışma onayını geri alabilmesi imkanının gelmesi karşısında ortaya çıkan yeni sorun aşağıda tartışılacaktır.

⁵ “Ancak kanaatimizce edimler arasındaki açık oransızlık, zarar gören tarafın kanunda öngörülen zayıf durumundan kaynaklanmıyorsa da bundan zarar göreceği işçinin Alman hukukunda olduğu gibi BK md.20'deki ahlaka aykırılıkla ilgili genel kurula başvurarak sözleşmenin butlanını talep edebilmesi gereklidir. Edimler arasında açık bir oransızlığın var olup olmadığının tespiti için işçinin gördüğü iş için o iş kolunda mutad olan ücretinin belirlenmesine ihtiyaç vardır. Eğer işçinin ücreti o iş için mutad olan ücrete oranla önemli ölçüde yüksek değilse yani yaptırılabilir fazla saatlerle çalışmaları karşılayabilecek nitelikte görülmiyorsa edimler arasında bir oransızlığın varlığı tespit edilebilir. Zira bu durumda işveren, işçinin normal ücretine fazla saatlerle çalışma ücretini de dahil ederek işçiye herhangi bir karşılık veya gerçek bir karşılık ödemeksizin normali asacak şekilde bir çalışma yaptırmış olacak, bu da işçinin iş gücünün istismarı sonucunu doğuracaktır ki, bu durumun gabinin şartlarını taşıması da kanun tarafından korunması mümkün olmasa gerekir.”

yasasına aykırılık nedeniyle hüküm tamamen geçersiz sayılmalıdır (Baycık, 2018: 284-285).

Genel işlem şartı niteliğinde olan sözleşme hükümlerinde ise gene yıllık 270 saat temel sınır olmalı, 270 saati aşmayan fazla çalışmaların ücrete dahil olması ise ayrıca içerik denetimine tabi tutulmalıdır. Bu noktada Baycık somut duruma göre farklı olasılıklar öngörmektedir. Fazla çalışma karşılığı emsal ücrete hiç ek ödeme yapılmıyor veya birkaç saatlik ek ödeme yapılıyorsa bunu genel hükümlere göre geçersiz kabul etmektedir. Aylık 22,5 saatlik ücrete yakın olmayan, örneğin 18-20 saatlik yerine 13-14 saatlik zamlı ücret ödenmesi halinde aşırı oransızlık ve genel işlem koşulları denetimine göre hükmün geçersizliği sonucuna varmaktadır. İşçiye gördüğü işi ve kıdemine göre belirlenen emsal ücreti yanında ayrıca aylık 22,5 saate yakın zamlı ücret ödeniyorsa TBK 25'e göre dar anlamda içerik denetimini kabul etmekle birlikte, menfaat dengesinin önemli ölçüde bozulup bozulmadığı ve bunun dürüstlük kurallarına aykırı şekilde gerçekleşip gerçekleşmediği araştırılarak sonuca gidilmesini önermektedir (Baycık, 2018: 286-288). Sonuç olarak Baycık, yıllık 270 saate kadar fazla çalışmanın ücrete dahil olduğu hükümleri genel iş koşulu niteliğinde de olsalar, ayda 22,5 saate yakın ek ücret ödenmesi şartı ile geçerli kabul etmekte, tam 22,5 saatlik ek ücret ödenmesini de şart koşmamaktadır. Buna karşılık kesin ve kanımızca isabetli şekilde sadece “fazla çalışma ücreti ücrete dahildir” şeklindeki iş sözleşmesi hükümlerinin şeffaflık (saydamlık) ilkesine aykırılık nedeni ile geçersiz olduğunu, işçiye aylık 22,5 saate yakın ek ödeme yapılsa dahi bunun değişmeyeceğini kabul etmektedir (Baycık, 2018: 289).

Alman ve İsviçre Hukukunda Durum

Alman Hukuku

Almanya'da çalışma sürelerinde esneklik sağlanması kapsamında 1990'larda çalışma süresine dair düzenlemelerde önemli değişikliklere gidilmiş olduğundan, Alman hukukunda fazla çalışma konusundaki yaklaşım ile Türk hukukundaki durum birbirinden farklıdır. Alman hukukunda kanunla sadece günlük azami çalışma süresi belirlenmekte (8 saat), bu sürenin belirli koşullarda bir miktar uzatılması kabul edilmekte (azami günlük 10 saat), kanun fazla çalışmaların ücretlendirilmesi değil, işçinin sağlığının korunması için çalışma süresinin sınırlandırılması amacı ile sınırlı kalmaktadır. Kanunda sadece fazla çalışmaların denkleştirme ile karşılanabileceği düzenlenmekte, normal fazla çalışmanın hangi durumlarda yapılacağı ile nasıl ve ne oranda ücretlendirileceği tarafların anlaşmasına bırakılmaktadır (Astarlı, 2008: 39, 46 vd.). Fazla çalışmalara mutlaka ücret ödenmesi gerektiği şeklinde bir kural veya ilke bulunmamaktadır.

Bununla birlikte Alman hukukunda fazla çalışma konusu tamamen işveren ve işçinin anlaşmasına bırakılmış durumda da değildir. Temel ilke, günlük çalışma süresinin sekiz saati aşmaması, anlaşma ile fazla çalışılan hallerde dahi günlük azami on saatin aşılmamasıdır. Fazla çalışma yapılabilmesi için toplu iş sözleşmesi ile veya

toplu iş sözleşmesine dayanılarak işyeri sözleşmesi ile (Betriebsvereinbarung) kararlaştırılmış olması, ayrıca toplu iş sözleşmesi bulunmadığı hallerde yetkili idari makamın izninin, toplu iş sözleşmesi veya işyeri sözleşmesinde bir düzenleme olmadığında ve hatta bazı durumlarda bir düzenleme bulunsa dahi ayrıca işçinin bireysel onayının alınması aranmaktadır (Arbeitszeitgesetz § 3 ve 7). Kanun açıkça fazla çalışmanın zamlı ücretlendirilmesini buyurmamakla birlikte fazla çalışılan sürenin denkleştirme yani ücretten bir kesinti olmadan izinle telafisini kesin şekilde vurgulamaktadır. İşçinin korunması için çalışma süresi kurallarına uyumun idari denetimi ve işverenin normaldi aşan çalışma süreleri için gereken kayıtları tutması kanunla özel olarak düzenlenmiştir. Bu yasal düzenlemelerin dışında çalışma süresi ve fazla çalışmaların işçilerin daha da lehine toplu iş sözleşmeleri ve işyeri sözleşmeleri düzenlendiği, genel olarak haftalık çalışma süresinin Türkiye’den daha kısa olduğu da dikkate alındığında, Alman hukukunda fazla çalışmanın daha kolay ve ucuz olduğu gibi yanlış bir kaniya kapılmamak gerektiği açıktır. Sadece Alman kanun koyucusu, ülkede mevcut fiili durumda tarafların özellikle işkolu veya işyeri bazında kollektif düzenlemeler ile işçileri zaten yeterince koruyabildiği, bu koruma içinde işkolu veya işyerinin ihtiyaç duyduğu esnekliğin sağlanmasının yeterli olduğu, ücretlerin de yüksek olması karşısında işçilerin önceliğinin zamlı ücretten ziyade denkleştirme olabileceği ve bu yönde anlaşmalara geçerlilik tanınması ilkelerine uygun farklı bir korumayı yeterli görmüştür. Günümüzde Almanya’da haftada altı günden 48 saate kadar çalışmak yasal olarak mümkün olmasına rağmen tam süreli işlerde ortalama haftalık çalışma süresi işkoluna göre azami 37,5 ila 41 saat arasında değişmektedir⁶. Türkiye’de ise haftalık azami çalışma süresi İş Kanunu’na göre 45 saat iken, OECD verilerine göre yaklaşık 48 saati bulmaktadır⁷.

Ayrıca kanunda fazla çalışmaya zamlı ücret ödenmesi esaslı açıkça düzenlenmemesine rağmen, Alman yargı ve öğretisinde fazla çalışmayı ücrete dahil eden hükümler denetlenmekte ve geçersizliğine hükmedilebilmektedir. Gerek yargı gerek öğretilerde fazla çalışmanın kural olarak ayrı bir ücret beklentisini haklı olarak doğurduğu görüşü savunulmaktadır. Ancak fazla çalışmayı ücrete dahil eden hükümlerin her durumda geçersiz olduğu da kabul edilmemekte, genel iş koşullarının denetimi esasları üzerinden iş ilişkisinin somut özelliklerini de dikkate alarak bir değerlendirme yapılmaktadır.

Alman Federal İş Mahkemesinin konuyla ilgili esasları belirleyen 2012 tarihli bir kararında, iş sözleşmesindeki “fazla çalışmalar ücrete dahildir, ayrıca ücretlendirilmeyecektir” düzenlemesine rağmen işçinin fazla çalışma ücret talebine

⁶https://www.staufenbiel.de/magazin/arbeitsrecht/arbeitsvertrag/arbeitszeit.html#:~:text=Wer%20heute%20eine%20Vollzeitstelle%20%C3%BCbernimmt,Arbeitswoche%20bis%20zu%2080%20Stunden;http://www.sozialpolitik-aktuell.de/tl_files/sozialpolitik-aktuell/Politikfelder/Arbeitsmarkt/Datensammlung/PDF-Dateien/tabIV2.pdf;https://www.destatis.de/DE/Themen/Arbeit/Arbeitsmarkt/Qualitaet-Arbeit/Dimension-3/woechentliche-arbeitszeit.html

⁷ <https://t24.com.tr/haber/oecd-en-uzun-calisma-saatleri-turkiyede,725143>

hak verilmiştir⁸. Mahkeme öncelikle açıklık (şeffaflık) ilkesi üzerinden sözleşme kaydını denetime tabi tutmuş ve kaydın açıklık ilkesine uygun olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Mahkemeye göre bu tip bir kaydın geçerli olabilmesi için hem ne kadar fazla çalışmanın ücrete dahil olduğunun hem de hangi durum ve koşullarda işçiden fazla çalışma yapması bekleneceğinin açıkça belirtilmesi gerekir. Bu konularda işçide bir belirsizlik doğuran, işverene hiçbir koşul ve sınırlama olmadan sadece “işletme gerekleri” ile kendi belirlediği ölçüde fazla çalışma yaptırma ve ücret ödememe yetkisi veren hükümler açıklık ilkesine aykırılık nedeni ile geçersizdir. İşçi kendisini neyin beklediğini bilebilmeli, sözleşmeden anlayabilmelidir. Ancak mahkeme sadece açıklık ilkesi ile sınırlı bir denetimle yetinmemekte, sözleşme adaleti bakımından fazla çalışmanın ayrıca ücretlendirilmesi konusunda bir içerik denetimine de girmektedir. Mahkemeye göre Alman kanununa göre fazla çalışmanın mutlaka ayrıca ücretlendirilmesi kuralı mevcut değildir; konu sözleşmelere bırakılmıştır. Hatta iş ilişkisinin somut özelliklerine göre fazla çalışmanın ücrete dahil olduğuna dair hükümler bazı durumlarda geçerli olabilir. Örnek olarak, işçinin çalışma süresine bağlı ve çalışma süresinden bağımsız edimlerinin iç içe girdiği işler, sosyal niteliği yüksek işler veya işçiye yüksek bir ücret ödenen durumlar gösterilebilir. Bunun dışında kalan objektif olarak fazla çalışmanın ücretlendirilmesini gerektiren koşullarda, özellikle adetler, tarafların ilişkisi, görülen iş veya toplu iş sözleşmeleri ile emsal işlerde fazla çalışmanın ayrıca ücretlendirilmesi durumlarında, görülen işe ücret ödenmesi esaslı fazla çalışmalar için de geçerlidir. Kural olarak açıkça sözleşme ile görülen işin karşılığı bir ücrette anlaşma olmasa dahi işin halin icabına göre ücret karşılığı görülmesi mutad ise BGB 612/I uyarınca zımnen ücrette anlaşma olduğu kabul edilmelidir. Federal Mahkeme somut olayda haftada 42 saat normal çalışması olan işçinin ücrete dahil fazla çalışmasının azami çalışma süresi olan 48 saate tamamlanması için gereken 6 saat ile sınırlı olabileceği yorumunu da kararında tartışıp reddetmiştir. Böylece gerek yapılacak işler gerek fazla çalışma süresi bakımından açıklık içermeden fazla çalışmayı ücrete dahil eden sözleşme kayıtları herhangi bir yorum ve sınırlama da yapılmadan kesin geçersiz kabul edilmektedir⁹. Federal İş Mahkemesi 2015 yılındaki bir kararı ile aynı esasları tekrarlamış, somut olayda “ayda 30 seferi aşmayan fakat normal çalışma süresi dışında kalan seferlerin ücrete dahil olduğuna” dair sözleşme kaydının da açıklık ilkesi bakımından yeterli olmadığı ve geçersiz olduğu sonucuna varmıştır¹⁰.

Buna karşılık Alman hukukunda, işçiden ne kadar fazla çalışmanın hangi koşullarda beklendiğinin açık olduğu sözleşme kayıtlarının tamamen geçersiz kabul edilmediği de belirtilmelidir. Alman Federal İş Mahkemesi de bazı koşullarda fazla çalışmayı ücrete dahil eden sözleşme kayıtlarını geçerli kabul etmektedir. Bir

⁸ BAG, Urt. v. 22. 2. 2012 – 5 AZR 765/10, NZA 2012, 861, www.beckonline.de

⁹ Aynı yönde: BAG, Urteil vom 01. September 2010 – 5 AZR 517/09 –, BAGE 135, 250-254; Landesarbeitsgericht Hamm (Westfalen), Urteil vom 11. Juli 2007

¹⁰ BAG, Urteil vom 18. November 2015 – 5 AZR 751/13, Rn. 23

kararda, fazla çalışmanın ücrete dahil edilmesinin yasadaki fazla çalışma sınırlarını aştığı (Türk hukukunda İş Kanunu kapsamında 270 saat) takdirde geçerli kabul edilmeyeceği Yargıtay içtihadı ile tamamen aynı şekilde belirtilmektedir¹¹. Federal İş Mahkemesi bir kararında ise açıkça fazla çalışma olmasa da fazla sürelerle çalışmayı ücrete dahil eden sözleşme hükmünü geçerli kabul etmiştir. Karara konu olan olayda işçinin haftalık normal çalışma süresi 40 saattir. İşveren ile işçi, aylık normal süreyi aşan ilk 20 saatin aylık ücrete dahil olduğu, 21. Saatten itibaren fazla çalışma ücreti ödeneceği konusunda da anlaşmışlardır. Bu durumda Federal Mahkeme sözleşme hükmünü içerik denetimine tabi tutmamış, açıklık bakımından ise anlaşmanın yeterince açık olduğu sonucuna vararak geçerli kabul etmiştir¹². Ancak somut olayda şu husus dikkati çekmektedir: Bu hali ile ortalama haftalık ücrete dahil çalışma süresi 45 saatte kalmakta, azami çalışma süresi olan 48 saati geçmemekte, haftalık 45 saat aşıldığında ise işveren fazla çalışma ücretini ayrıca ödemektedir. Yani yasal azami süreyi aşan bir fazla çalışma (Mehrarbeit) değil, bir fazla süreler ile çalışma (Überstunden) söz konusudur.

Hukuki fark şu şekilde açıklanabilir: Federal Mahkeme kapsamı belirsiz bir şekilde işverene ek ücret ödemediği fazla çalışma yaptırma yetkisi tanıyan sözleşme hükümlerini sözleşmenin ana edimlerine değil, yan edimlerine dair bir anlaşma kabul ederek içerik denetimine tabi tutmaktadır. Bu denetimde de karşılıklı edimler arasındaki dengeyi bozan, açıklık ilkesine aykırı sözleşme kaydını (örneğin sınırlandırarak) ayakta tutmamakta, geçersiz kabul etmektedir. Buna karşılık, sadece fazla çalışmanın karşılığını yani nasıl ücretlendirileceğini düzenleyen bir sözleşme kaydını bir içerik denetimine tabi tutmamaktadır¹³. Bu ayrımın yerinde olup olmadığı, fazla çalışmanın saat olarak açıkça belirtilmiş bir bölümünü aylık ücrete dahil tutmanın ana edime dair denetim dışı veya sadece ahlaka aykırılık ölçütüne göre denetlenebilecek bir genel işlem şartı olarak kabul edilmesi tartışmaya açıktır¹⁴. Gene de dikkat edilmesi gereken nokta, somut olayda ortalamada haftalık çalışma süresi sınırı olan 48 saati aşmayan, haftada 45 saat ile sınırlı bir çalışmanın aylık ücrete dahil edildiğidir. Yani aylık ücrete dahil olan kısım, azami çalışma süresini aşan fazla çalışma (Mehrarbeit) değil bunun altında kalan fazla süreler ile çalışmadır (Überstunden). Federal mahkemenin fazla çalışmaların ücrete dahil edilmesini geçerli kabul ettiği bir kararına rastlanmamaktadır.

Öğretide ise temel olarak genel işlem şartı niteliğindeki sözleşme kayıtlarının içerik ve açıklık denetimine tabi tutulabileceği, bu kapsamda fazla çalışma ücrete dahildir kaydının da denetlenebileceği kabul edilmektedir. Kesin kabul gören husus, ne kadar süre ile yapılacağı açık ve kesin şekilde belirtilmeden sadece “fazla çalışma aylık ücrete dahildir” şeklindeki sözleşme kayıtlarının geçerli olmayacağıdır (Reichold, 2018: Rn. 73). Öğretide konuyu ayrıntılı olarak tartışan Preis’in görüşü

¹¹ BAG, Urteil vom 28. 9. 2005 - 5 AZR 52/05

¹² BAG (5. Senat), Urteil vom 16.05.2012 - 5 AZR 331/11

¹³ BAG (5. Senat), Urteil vom 16.05.2012 - 5 AZR 331/11 Rn. 26

¹⁴ İçerik denetimi yapılması gerektiği görüşünde: Preis, U. (2019), Rn. 91.

şu şekilde özetlenebilir: Preis'a göre, fazla çalışmayı ücrete dahil eden genel işlem şartı niteliğindeki bir sözleşme kaydı, iş sözleşmesinde edimler arasındaki denge ilişkisini ağır bir ihlal edip işçiye ölçsüz şekilde zarar verdiği için geçersizdir. Fazla çalışmaya hiçbir sınırlama getirilmediğinde işverene tek taraflı ve bir bakıma ağır şekilde sinallagma ilişkisine müdahale hakkı tanınmaktadır. Kanunda (İş Süreleri Kanunu-Arbeitszeitgesetz m.3) çalışma süresinin sınırlarının öngörülmesi aksinin kabulü için yeterli değildir; süre sınırı sözleşmeden doğmalı ve anlaşılmalıdır¹⁵. İşçinin ne kadar ücret karşılığı ne kadar çalışacağını açıkça anlayabilmesi önemli ve belirleyicidir. Ayrıca işçinin iş sözleşmesinden ek bir ücret almadan ne kadar fazla çalışma talebi ile karşılaşacağını sözleşmeden açıkça anlayamaması açıklık ilkesine de aykırıdır. Götürü şeklinde "gerekli fazla çalışmalar aylık ücrete dahildir" ifadesini içeren bir sözleşme kaydı, açıklık ilkesine aykırılık nedeni ile geçersizdir. Çok sınırlı ölçüde normal çalışma süresinin aşılmasının (Preis'a göre %10, başka yazarlara göre %25'e kadar) ücrete dahil olduğuna dair kayıtlarda ise durum farklıdır. İşçinin fazla çalışmalar bakımından iş görme borcunun kapsamı kesin belirlenmiş veya somut bir sınırlama ile belirlenebilir olmalı, iş sözleşmesi kurulurken işçi kendisini neyin beklediğini ve kararlaştırılan ücret karşılığı ifa edeceği azami edim borcunu-çalışma süresini öngörebilmelidir. Bu edimden doğan ücret talebi konusu BGB 612/I'e göre belirlenir. Kural olarak ücret talebi-beklentisi olacağı kabul edilmelidir¹⁶. Fakat yüksek nitelikli işlerde her fazla çalışmanın ücretlendirileceği şeklinde bir kural kabul edilemez. Buna karşılık Federal İş Mahkemesinin "çok kazananların" fazla çalışma ücreti alamayacağı görüşü aşırıdır. Eğer sözleşmede fazla çalışmanın karşılığı olarak götürü bir ücret belirlenmiş ise, yapılan fazla çalışma ile bu götürü tutar arasında adil bir denge olması koşulu ile genel işlem şartı niteliğindeki sözleşme koşulu da geçerlidir. Diğer bir görüş ise sadece fazla sürelerle çalışmanın ücrete dahil edilebileceği, haftalık azami çalışma süresini aşan fazla çalışmaların buna dahil olmayacağı yönündedir (Pletke/Schrader/Siebert/Thoms/Klagges, 2017: Rn. 486; Maties, 2018: Rn. 376).

Özetlemek gerekirse Alman hukukunda fazla çalışmanın zamlı ücretlendirilmesi (veya işçinin onayı ile serbest zaman kullanılması) şeklinde bir kural yoktur. Yasal düzenleme sadece azami çalışma süresini belirlemekle sınırlıdır. Fazla çalışmanın ücretlendirilmesi konusu sözleşme taraflarına, özellikle de toplu iş sözleşmesi ve işyeri sözleşmesi taraflarına bırakılmıştır. Bununla birlikte gerek yargı gerek öğretinin kesin şekilde kabul ettiği ve tavizsiz uygulanan bir ilke bulunmaktadır: Bir sınırlama içermeden sadece "fazla çalışma ücrete dahildir" gibi ifadeler içeren önceden hazırlanmış sözleşme kayıtları geçersizdir. Bu tip sözleşme kayıtlarının yasadaki azami sınıra indirilerek veya başka bir yorumla sınırlayarak ayakta tutulması yoluna gidilmemektedir. Fazla çalışma ücrete dahil edilip ayrıca

¹⁵ Aynı yönde: Hümmerich, K. ve Rech, H. (1999), 1132; Schmitt-Rolfes, G. (2012), 391.

¹⁶ Aynı yönde Linck, (2019) § 35. Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen, Rn. 78; Klocke, (2014), 223

ücreti ödenmeyecek ise işçinin ne kadar fazla çalışma yapacağı önceden ve açıkça sözleşmede belirtilmiş olmalıdır.

Buna karşılık, sözleşmede ne kadar örneğin kaç saat fazla çalışmanın ücrete dahil olduğu açıkça belirtilmiş ise kural olarak bu tip kayıtlar geçerli kabul edilmektedir. Ancak öğretide bu durumda dahi ücrete dahil olan fazla çalışmanın normal çalışma süresini sınırlı şekilde aşması (%10 ila %25 arası öneriler bulunmaktadır), fazla çalışma için götürü bir ücret belirlenmiş ise bu ücretin yapılan çalışmanın adil ve uygun karşılığına denk düşmesi, fazla çalışma için uygun bir karşılık öngörülmemiş ise ahlaka aykırılık ölçütü üzerinden geçersizlik sonucu bağlanabileceği görüşleri ile bu kayıtların geçerliliği sınırlanmaktadır. Federal İş Mahkemesi kararlarında ilke olarak hem fazla sürelerle çalışma hem de fazla çalışmanın aylık kaç saat olacağı açıkça belirlenmek kaydı ile ücrete dahil edilebileceği ifade edilmektedir. Mahkemenin açıkça “aylık ilk 20 saat fazla çalışma ücrete dahildir” gibi bir sözleşme hükmünü geçerli kabul ettiği kararı da bulunmaktadır. Ancak karara konu olayda bu saatin yasal azami süreyi aşan bir fazla çalışma değil, fazla sürelerle çalışma olduğu görülmektedir. Fazla çalışmanın ücrete dahil edilmesi bakımından Federal İş Mahkemesinin açık bir kararına rastlanmamaktadır. Öğretide bir görüş de sadece fazla sürelerle çalışmanın ücrete dahil edilmesinin geçerli olabileceği, fazla çalışmanın dahil edilmesinin ise geçerli olmayacağı yönündedir. Her durumda Alman hukukundaki durum şu gerçek dikkate alınarak değerlendirilmelidir: Alman çalışma hayatında ortalama haftalık çalışma süresinin, yasal azami sürenin altında kalması (48 saate karşılık ortalama sektöre göre 37,5 ila 42 saat), toplu iş sözleşmesi ve işyeri sözleşmeleri ile fazla çalışma konusunun geniş şekilde düzenlenmesi karşısında fazla çalışma konusu ciddi bir sorun teşkil etmemektedir.

İsviçre Hukuku

İsviçre hukukunda fazla çalışmanın ücrete dahil edilmesi konusu fazla çalışma (Überzeitarbeit) ve fazla süreli çalışma (Überstundenarbeit) ayırımına göre değerlendirilmektedir. Öncelikle İsviçre hukukunda çalışma süreleri ve fazla çalışmaların düzenlenme şeklini kısaca açıklamak anlatım bakımından kolaylık sağlayacaktır: İsviçre’de çalışma süresi ve fazla çalışma konusunda Türk hukukuna daha çok benzeyen hatta ayrıntıda daha ileri giden düzenlemeler bulunmaktadır. Öncelikle azami çalışma süresi İsviçre İş Kanunu ile Türk hukukunda olduğu gibi haftalık olarak belirlenmiştir (Art. 9/I-a ve b Arbeitsgesetz). İsviçre İş Kanunu madde 9/I uyarınca sanayi işyerleri ile büro çalışanlarını da kapsayan geniş bir işçi grubu için haftalık azami çalışma süresi 45 saat, diğer işçiler için ise 50 saattir¹⁷.

¹⁷ “Art. 9 ArGWöchentliche Höchststarbeitszeit
Die wöchentliche Höchststarbeitszeit beträgt:

Fazla çalışma ve fazla çalışmanın ücretlendirilmesi de İsviçre Borçlar Kanunu ile değil, İsviçre İş Kanunu ile düzenlenmektedir. İsviçre İş Kanunu madde 13 uyarınca fazla çalışma için asgari %25 zamlı ücret ödenir¹⁸. Haftalık çalışma süresi 45 saati aşmayan büro çalışanları ve diğer bazı işçilerde ise bu yükümlülük yıllık 60 saati aşan fazla çalışmalarda geçerli olur. Fakat öğretilerde işverenin, yazılı olarak aksi kararlaştırılmamış ise bu 60 saatin de zamlı ücretini ödemesi gerektiği kabul edilmektedir (Rehbinder ve Stöckli. 2010: N 12).

İsviçre hukukunda fazla süreler ile çalışma konusu ise İş Kanunu'nda değil, İsviçre Borçlar Kanunu hizmet sözleşmesi hükümleri altında işçinin yükümlülüğü olarak düzenlenmektedir. İsviçre Borçlar Kanunu madde 321c uyarınca, işçi yapabilecek durumda olduğu ve dürüstlük kuralına göre kendisinden beklenebileceği hallerde gerekli olan fazla süreli çalışmayı yapmakla yükümlüdür. Madde 321c fıkrası 3'te de fazla sürelerle çalışmanın karşılığı düzenlenmektedir. Buna göre, fazla sürelerle çalışma (işçinin onayı ile) serbest zamanla karşılanmaz veya iş sözleşmesi ya da toplu sözleşmede farklı bir düzenlemeye yer verilmez ise fazla süreli çalışılan süre ¼ zamlı ödenir¹⁹.

Bu düzenlemeler karşısında İsviçre hukukunda kesin ve net bir ayırım yapılmaktadır: Fazla süreli çalışmalar tarafların anlaşması ile ücrete dahil edilebilir. Zira fazla süreli çalışmalara zamlı ücret ödeneceğine dair hüküm mutlak emredici değildir, aksinin kararlaştırılması mümkündür. Buna karşılık, haftalık azami çalışma süresini aşan fazla çalışmaya zamlı ücret ödeneceğine dair yasa hükmü mutlak emredicidir. Aksinin kararlaştırılması mümkün olmadığından, fazla çalışmayı ücrete

a.1 45 Stunden für Arbeitnehmer in industriellen Betrieben sowie für Büropersonal, technische und andere Angestellte, mit Einschluss des Verkaufspersonals in Grossbetrieben des Detailhandels;

b. 50 Stunden für alle übrigen Arbeitnehmer.”

¹⁸ “Art. 13 ArG Lohnzuschlag für Überzeitarbeit:

Der Arbeitgeber hat den Arbeitnehmern für die Überzeitarbeit einen Lohnzuschlag von wenigstens 25 Prozent auszurichten, dem Büropersonal sowie den technischen und andern Angestellten, mit Einschluss des Verkaufspersonals in Grossbetrieben des Detailhandels, jedoch nur für Überzeitarbeit, die 60 Stunden im Kalenderjahr übersteigt.”

¹⁹ Art. 321c B. Pflichten des Arbeitnehmers / IV. Überstundenarbeit: 1 Wird gegenüber dem zeitlichen Umfang der Arbeit, der verabredet oder üblich oder durch Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag bestimmt ist, die Leistung von Überstundenarbeit notwendig, so ist der Arbeitnehmer dazu soweit verpflichtet, als er sie zu leisten vermag und sie ihm nach Treu und Glauben zugemutet werden kann.

2 Im Einverständnis mit dem Arbeitnehmer kann der Arbeitgeber die Überstundenarbeit innert eines angemessenen Zeitraumes durch Freizeit von mindestens gleicher Dauer ausgleichen.

3 Wird die Überstundenarbeit nicht durch Freizeit ausgeglichen und ist nichts anderes schriftlich verabredet oder durch Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag bestimmt, so hat der Arbeitgeber für die Überstundenarbeit Lohn zu entrichten, der sich nach dem Normallohn samt einem Zuschlag von mindestens einem Viertel bemisst.

dahil eden sözleşme hükümleri de geçersizdir. Bu sonuç öğretide ittifakla kabul edilmektedir (Rehbinder ve Stöckli, 2010: N 9; Streiff, vd. 2012: N9; Senti, 2006: ff. 302; Müller ve Maduz, 2017: N 1; Bregnard-Lustenberger, 2007, 184; Dunand, 2005: 6 ff.; Geiser ve Müller, 2009: 112). İsviçre Federal Mahkemesi de aynı sonucu kabul etmektedir²⁰.

Öğretide bu farkın nedeni şu şekilde açıklanmaktadır: Fazla çalışmanın zamlı ücretlendirilmesi ile kanun koyucu, azami çalışma süresini aşan çalışmanın pahalı hale getirilerek sınırlanmasını hedeflemektedir. Yani asıl amaç, azami süreyi aşan fazla çalışmanın mümkün olduğunca önlenmesi, sınırlı tutulmasıdır. İşverenin ayrıca fazla çalışma ücreti ödemekten kurtarılması bu amaca aykırı olacaktır. İşveren sadece işçinin onayı ile ona fazla çalışma karşılığı serbest zaman tanıdığı takdirde zamlı ücret ödeme borcundan kurtulabilir, başka şekilde kurtulamaz²¹. Fazla çalışmanın zamlı ücretlendirilmesine dair İş Kanunu hükmü, özel hukuk düzenlemelerinden bağımsız kamu hukukuna dair emredici bir hükümdür. Emredici düzenlemeye aykırı olarak fazla çalışmayı ücrete dahil eden sözleşme hükümleri geçersizdir. Sadece İsviçre İş Kanunu'na tabi olmayan işçiler örneğin yöneticiler için fazla çalışmanın ücrete dahil olduğu kararlaştırılabilir. Kanunun açık hükmü gereği ayrıca büro personeli ve diğer bazı çalışanlar için de fazla çalışmayı zamlı ücretlendirme yükümlülüğü ancak yılda 60 saati aşan fazla çalışmalar için doğar²². Buna karşılık Borçlar Kanunu 321c fıkra 3 ile fazla sürelerle çalışmanın zamlı ücretlendirilmesinin aksini kararlaştırma imkânı sözleşme taraflarına açıkça tanınmaktadır. Bu nedenle fazla sürelerle çalışmanın ücrete dahil olduğu kararlaştırılabilir (Rehbinder ve Stöckli. 2010: N 12; Müller ve Maduz, 2017: N 1).

Ancak öğretide fazla sürelerle çalışmanın da hiçbir sınırlama olmadan ücrete dahil edilemeyeceği görüşü geniş şekilde savunulmaktadır. Özellikle işçinin ne kadar süre ile fazladan çalışacağını öngöremediği ve ücretinin düşük olduğu durumlarda fazla sürelerle çalışmanın hiç ücretlendirilmemesi yerinde bulunmamaktadır²³. Öğretide fazla sürelerle çalışmanın tamamen karşılıksız kalmasının da uygun olmadığı görüşü savunulmakta, fazla süreler için götürü bir ücret kararlaştırılmasının ise asgari ücretten de yüksek bir ücret söz konusu olmak kaydı ile geçerli olabileceği görüşü de savunulmaktadır (Geiser ve Müller, 2009: 111). İsviçre Federal Mahkemesi de bir kararında fazla süreler ile çalışmanın tamamen ücretsiz hale gelmesini onaylamamıştır. Mahkemeye göre, öncelikle işçinin fazla sürelerle çalışma ücretinden vazgeçmesi ancak gelecekte hak kazanacağı ücret bakımından geçerli olup, geçmişte yapılmış fazla süreli çalışmaları kapsamaz. İkinci ve daha önemlisi ise fazla sürelerle çalışma ücretinden feragat ancak temel ücret

²⁰ BGE 126 III 337, 16.03.2000

²¹ BGE 126 III 337, 16.03.2000, 3; Egli, 2001, S. 120.

²² Ancak aksi kararlaştırılmamış ise bu 60 saat de OR 321c gereği ücretlendirilecektir, JEAN-PHİLIPPE Dunand, 2005: 6 ff

²³ Bu görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Streiff, U. ve Von Kaenel ve Rudolph, 2012: OR Art 321c, Art. 319-362.

yanında götürü bir fazla sürelerle çalışma ücreti ayrıca kararlaştırılmış ise geçerli olur²⁴. Başka bir kararında ise Federal Mahkeme, fazla sürelerle çalışmanın aylık ücrete dahil edilebilmesini bazı koşullara bağlamıştır. Bunlar, kaç saat fazla sürelerle çalışma yapılacağıının öngörülebilmesi ile temel ücretin yeterince yüksek, her durumda asgari ücreti yeterince aşan bir tutarda olmasıdır²⁵.

Özetlemek gerekirse, İsviçre hukukunda fazla çalışmayı ücrete dahil eden sözleşme kayıtları emredici kanun hükmüne aykırılık nedeni ile kesin olarak geçersiz kabul edilmektedir. Fazla sürelerle çalışmanın ise kanun buna açıkça izin verdiği için ücrete dahil edilmesi kural olarak mümkündür. Ancak bu durumda dahi öğretide sınırsız bir anlaşmanın geçerli olmadığı, fazla sürelerle çalışmanın kaç saat olduğunun açıkça belirtilmesinin ve temel ücretin yeterince yüksek ve asgari ücreti aşan bir tutarda olmasının zorunlu olduğu görüşü savunulmakta ve buna uygun yargı kararları bulunmaktadır.

Değerlendirme

Alman ve İsviçre hukuklarında olduğu üzere bizim İş Kanunumuz m. 41 hükmü de fazla çalışma ve fazla süreler ile çalışma arasında isabetli bir ayırım yapmaktadır. İş Kanunu madde 63 ile belirlenen haftalık azami 45 saatin aşılması anlamına gelen fazla çalışma ile, haftalık normal çalışmanın 45 saatin altında olduğu iş ilişkilerinde sözleşmedeki sürenin aşılması anlamına gelen fazla sürelerle çalışma arasında nitelik ve sonuçları bakımından önemli farklar bulunmaktadır. Bu nedenle konu aşağıda önce fazla çalışmayı ücrete dahil eden hükümler, sonra fazla sürelerle çalışmaları ücrete dahil eden hükümler bakımından iki ayrı başlık altında değerlendirilecektir.

Belirtmek gerekir ki fazla çalışmanın ücrete dahil edilmesi pek çok uygulama sorununu da doğurmaktadır. Bu sorunlar Çil tarafından isabetli bir şekilde tartışılmış ve değerlendirilmiş olduğundan, çalışmamızda tekrar üzerinde durulmayacak, sadece ilkesel olarak bu tip sözleşme kayıtlarının geçerliliği ve denetimi ile sınırlı bir değerlendirme yapılacaktır (Çil, 2016: 274; cevaplara yönelen Ertan, 2015: 120). Sadece Çil'in makalesini yazdığı tarihte olmayıp sonradan çıkan yeni ve önemli bir başka soruna işaret etmek zorunludur: İş Kanunu'na İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği madde 9/II uyarınca, "fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma yapmak istemeyen işçi verdiği onayı otuz gün önceden işverene yazılı olarak bildirimde bulunmak kaydıyla geri alabilir.". Bu durumda işçi fazla çalışma onayını geri alırsa, fazla çalışmayı ücrete dahil eden sözleşme hükümlerinin akıbetinin ne olacağı da belirsiz hale gelmektedir.

²⁴ BGE 124 III 469, E. 3.; Dunand, 2005: Art 13 ArbG 13.

²⁵ BGE 4A_73/2011 vom 2.5.2011 E.4

Fazla Çalışmanın Ücrete Dahil Edilmesi

Yasal Düzenleme ve Menfaat Dengesi

Almanya ve İsviçre hukuklarındaki durum incelendiğinde iki hukuk sistemi arasında temel bir fark olduğu anlaşılmaktadır: Alman mevzuatında fazla çalışma ve fazla süreler ile çalışmaların zamlı ücretlendirilmesi yönünde bir kural yoktur; kural denkleştirme ile azami çalışma sürelerinin aşılmasına yöneliktir. Bu nedenle ilke olarak fazla çalışmaların ücrete dahil edilebileceği kabul edilmekte, ancak bu sözleşme kayıtlarının mutlaka fazla çalışılacak süreyi açıkça içermek anlamında açıklık ilkesine göre denetimi yapılmakta ve buna uygun olmayan kayıtlar geçersiz kabul edilmektedir. Bunun ötesinde daha ziyade fazla çalışmanın ücretsiz kalmasının edim-karşı edim dengesini işçi aleyhine aşırı şekilde ihlal etmesi ile ahlaka aykırılık gibi ölçütler üzerinden sınırlama getirilmektedir. İsviçre hukukunda ise kanunda açıkça fazla çalışmaların zamlı ücretlendirilmesi (veya işçinin onayı ile serbest zaman) kuralı yer almaktadır. Fazla çalışma bakımından İsviçre İş Kanunu m. 13'de yer alan düzenleme emredici kabul edilmekte ve bu nedenle fazla çalışmaların ücrete dahil edilmesi geçersiz kabul edilmektedir. Sadece İş Kanunu kapsamı dışında kalan çalışanlarda aksine anlaşma geçerlidir. Fazla sürelerle çalışmanın zamlı ücretlendirilmesi ise İsviçre Borçlar Kanunu m. 321c/III'de yedek hukuk kuralı olarak düzenlenmekte, sözleşme ile aksinin kararlaştırılmasına yasa açıkça imkân vermektedir. Bu nedenle İsviçre hukukunda sadece fazla süreler ile çalışmayı ücrete dahil eden sözleşme kayıtları ilke olarak geçerli kabul edilip, onlar dahi açıklık ve oranlılık bakımından sınırlandırılmaktadır.

Türk hukukunda da fazla çalışmaların zamlı ücret (veya işçinin onayı ile serbest zaman) ile karşılanması aynen İsviçre hukukunda olduğu gibi İş Kanunu madde 41 ile düzenlenmektedir. Düzenleme şekli, metnin ifadesine kadar neredeyse aynıdır. Akla şu sorunun gelmesi kaçınılmazdır: Neden Türk hukukunda bu düzenleme emredici olarak kabul edilmemekte ve aksi kararlaştırılabilmektedir? Gerçi İsviçre'de İş Kanunu daha ziyade kamu hukukuna dair bir düzenleme olarak görülmekte ve İsviçre Borçlar Kanunu m. 342 hükmü nedeni ile Borçlar Kanunu hizmet sözleşmesi hükümleri karşısında emredici etki doğurduğu da savunulmaktadır. Fakat Türk hukukunda böyle açık bir düzenlemeye gerek olduğu da söylenemez. Zira Türk hukukunda özel kanun olarak zaten İş Kanunu önceliklidir ve İş Kanunu hükümleri zaten geçerli oldukları alanda emredici veya nisbi emredici hükümlerdir; Borçlar Kanunu'na dayanarak İş Kanunu kapsamındaki işçiyi daha iyi koruyan bir kuralın aksi kararlaştırılamaz, örneğin İş Kanunundaki yıllık izin süresi kısaltılamaz veya İş Kanunu'na göre uygulanan yıllık izinden indirim yapılamaz.

İş Kanunu madde 41 hep fazla çalışmanın daha fazla zamlı ücret (veya serbest zaman) ile karşılanabileceği bakımından nisbi emredici olduğu şeklinde değerlendirilmektedir. Fakat kanunun fazla çalışmaya zamlı ücret ödenmesi (veya serbest zaman verilmesi) kuralının yedek hukuk kuralı olduğu ve aksinin

kararlaştırılabileceği söylenebilir mi? İş Kanunu m. 41/II şöyledir: “Her bir saat fazla çalışma için verilecek ücret normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının yüzde elli yükseltilmesi suretiyle ödenir.”. Kanun koyucu fazla çalışmanın ayrıca zamlı ücretlendirilmesini açıkça buyurmaktadır²⁶. Fazla çalışmanın tek alternatifini gene kanun koyucu aynı madde f. 4’de serbest zaman olarak emredici şekilde düzenlemektedir. Fazla çalışmanın ücrete dahil edilmeyeceğini kanun koyucunun öngörüp kanuna açıkça yazması beklenemeyeceğine göre, İş kanunu m. 41’in bu yönde emredici olduğu kabul edilebilir.

Fazla çalışma ücreti ödenmesi (veya serbest zaman sağlanmasının) emredici olduğunu gösteren asıl hüküm ise İş Kanunu m. 63 hükmüdür. Madde 63 c. 1 uyarınca: “Genel bakımdan çalışma süresi haftada en çok kırk beş saattir.”. Ücret karşılığı olan (zamlı ücret ödenmeyen) haftalık çalışma süresini 45 saatin üzerine çıkaran anlaşmalar bu hüküm uyarınca geçersizdir. Oysa fazla çalışmalar ücrete dahil edildiğinde ortaya çıkan sonuç haftalık çalışma süresinin 45 saatin üzerine çıkarılması olmaktadır. Yargıtay içtihadına göre ücrete dahil olan fazla çalışma, yıllık 270 ve haftada 5,2 saat ile sınırlı olsa bile haftalık genel çalışma süresi 50,2 saate çıkmaktadır. Bu şekilde İş Kanunu m. 63’e aykırı bir sonuca ulaşıldığı, emredici hükme aykırı davranıldığı açıktır. Konuya şöyle bir yaklaşım, fazla çalışmayı ücrete dahil etmenin İş Kanunu 63’e aykırılığını gösterecektir: İş sözleşmesinde taraflar haftalık çalışma süresini 50 hatta 47 saat olarak bile kararlaşırsalar, bunun için yüksek bir ücret dahi öngörseler bu hüküm geçersiz olur, haftalık çalışma süresi 45 saati aşamaz. Ama sözleşmede haftalık 5 saat fazla çalışma ücrete dahil edilip sonuçta 50 saate ulaşıldığında, ücret asgari ücreti biraz aşmak kaydı ile bu sözleşme hükmü geçerli hale gelmektedir.

Oysa İş Kanunu m. 63 ve m. 41 birlikte değerlendirildiğinde kanun koyucunun açık ve işçinin sağlığını-kişiliğini korumayı hedefleyen önemli bir amacı ortaya çıkmaktadır: İş Kanunu madde 41 ve 63 incelendiğinde yasanın temel amacının çalışma süresini sınırlamak, fazla çalışmayı istisna haline getirmek olduğu anlaşılmaktadır. Yasa koyucu haftalık çalışma süresini en çok 45 saatle sınırlamaktadır. Fazla çalışmanın gerekli olduğu durumlarda dahi bu çalışmanın %50 zamlı ücretlendirilmesini (veya serbest zamanla karşılanmasını) buyurmaktadır. Bu konuda temel ilke TBK 398/I c. 2’den de çıkmaktadır. Buna göre fazla çalışma yapılması gerekli olursa “işçi, karşılığı verilmek koşuluyla, fazla çalışmayı yerine getirmekle yükümlüdür.”. Böylece karşılıksız fazla çalışma yapılmasını kanun koyucu uygun görmemektedir.

²⁶ İsviçre İş Kanunu madde 13/I de aynı ifadeleri içermektedir: “Der Arbeitgeber hat den Arbeitnehmern für die Überzeitarbeit einen Lohnzuschlag von wenigstens 25 Prozent auszurichten” = “İşveren işçilere fazla çalışma için asgari %25 zamlı ücret öder”

KANUN KOYUCU BÖYLECE FAZLA ÇALIŞMAYI İŞVEREN AÇISINDAN DAHA PAHALI HALE GETİRMEKTE, BU ŞEKİLDE FAZLA ÇALIŞMANIN İSTİSNAİ OLMASINI, NORMAL ÇALIŞMA SÜRESİNİN MÜMKÜN OLDUĞUNCA AŞILMAMASINI AMAÇLAMAKTADIR.

Fazla çalışmanın, 270 saatle sınırlı bile olsa ayrıca ücretlendirilmemesi yasanın bu temel amacına açıkça aykırıdır. İşveren ayrıca %50 zamlı ücret ödmeden sadece temel ücretle sınırlı kalarak fazla çalışma yaptırabilmektedir. Bu şekilde fazla çalışma, amaçlanan aksine istisnai ve pahalı bir çalışma olmaktan çıkmakta, normal bir çalışma süresi haline dönüşmektedir. Otomatik olarak haftalık normal çalışma süresi uygulamada 45 saatten 50,2 saate yükselmektedir. İşçi aynı ücrete daha fazla çalışmak zorunda kalmakta, fazla çalışma ücretinden ve serbest zamanından kayba uğramaktadır. Daha kötü ve işin ilk anda fark edilmeyen boyutu ise buna dayalı olarak gelişen anlayıştır. Giderek haftada 50 saati aşan çalışmaların fazla çalışma haline gelmesi ile işyerlerinde giderek 50 saati de aşan fazla çalışmaların yapılabileceği yönünde bir anlayış ve uygulama doğmaktadır: Haftada 50 saat çalışmak “normal” ise bunun üzerine ücreti verilip birkaç saat daha çalışma yapılması da “normal” görülebilir. Uygulamada OECD verilerine göre Türkiye’de haftalık ortalama çalışma süresinin 48 saat çıkması bu korkulan sonucun zaten gerçekleştiğini de göstermektedir. Böylece yasa koyucunun “haftada kural olarak 45 saat aşılması” amacından daha da uzaklaşmaktadır.

Ayrıca bu şekilde kanunun fazla çalışmayı yılda 270 saatle sınırlayan hükmü de amacından saptırılmış olmaktadır. Bu hükmün amacı, fazla çalışmanın, karşılığı zamlı ücretle ödense dahi sınırlanmasıdır; ücret vermeden fazla çalıştırma yaptırılması değildir. Karşılığını ayrıca fazla çalışma ücreti olarak ödmeden 270 saat fazla çalıştırma, iş sözleşmesindeki temel edim dengesini de işçi aleyhine bozmaktadır. Hesaba vurulduğunda, $270 \times 1,5 = 405$ saatlik bir ücret işçinin yaklaşık iki aylık ücretine karşılık gelmektedir. İşçi yasada öngörülenden daha uzun sürelerle çalışmakta, buna karşılık normal çalışma süresinin ücreti olan haftalık 45 saatin ücretini almaya devam etmektedir. Asgari ücretin biraz üzerine çıkılınca bu durumun dengelendiğini söylemek de doğru olmaz. Şöyle ki, işçinin gördüğü işte ödenen emsal ücret örneğin asgari ücretin 1,5 veya iki katı ise, fazla çalışma dahil bu ücretin ödenmesi halinde, fazla çalışma için hiç ücret ödenmemiş olacaktır. Uygulamada asgari ücretin biraz üzerinde ücret ödeme ile yasanın amacından ayrılmak mümkündür.

Azami çalışma süresini ve fazla çalışmayı sınırlayan yasa hükümleri öncelikle insan sağlığının, aile ilişkileri ve sosyal hayatın korunmasına hizmet etmektedir. Haftalık çalışma süresinin sınırlanması, fazla çalışmaların istisnai ve pahalı bir çalışma haline getirilmesi sanayi devrimi sonrası uzun mücadeleler ile elde edilmiş kazanımlardır. Fazla çalışmaların ucuzlatılması ve normal hale getirilmesi, insan sağlığına etkileri nedeni ile de iş hukukunun işçiyi koruma ilkesine tamamen aykırıdır. Günümüzde gelişmiş ülkelerde çalışma sürelerinin uzatılması değil

kısaltılması anlayışı geçerlidir. Şüphesiz fazla çalışma ücretinin düşük tutulması ile işletmeler lehine bir ekonomik avantaj sağlandığı söylenebilir. Ancak bunun sonucu işsizlik ile mücadelenin, yeni istihdam yaratmanın sekteye uğraması olasıdır. Bazı ülkelerde çalışma sürelerinin kısaltılması işsizlik ile mücadele aracı haline gelmektedir. Genel eğilim dünyada çalışma sürelerinin kısaltılması, haftada beş yerine dört gün çalışmaya geçilmesidir. Bir grup işçiye fazla çalışma yaptırmak yerine ek bir işçi istihdam edilmesi genel politika olarak yeğlenmelidir. Ayrıca uzun süre fazla çalıştırılan işçilerin yıpranması, çeşitli sağlık sorunlarının erken yaşlarda ortaya çıkması, sık hastalanma ve devamsızlık sorunları da dikkate alınmalıdır. Fazla çalışmanın insani ve sosyal güvenlik masraf boyutları ile verim kaybı boyutu düşünüldüğünde gerçekten ekonomik olarak değdiği söylenemez.

Bu anlayışa uygun olarak İsviçre’de fazla çalışmanın ücrete dahil edilmesi kesin geçersiz sayılmakta, Almanya’da ilke olarak serbest görünmekle birlikte uygulamada sadece fazla sürelerle çalışmanın ücrete dahil edildiği görülmektedir. Fazla sürelerle çalışma farklı bir değerlendirme gerektirmektedir ve buna aşağıda ayrıca değinilecektir. Fazla çalışma ise, yasa koyucunun sosyal koruma amacı ile öngördüğü azami çalışma süresinin aşılması olacağı için, fazla çalışmanın karşılıksız kalması veya ucuzlatılması sonucunu doğurarak kolaylaştıracak çözümler kanuna aykırı ve geçersiz kabul edilmelidir. Bu şekilde çalışma süresinde gereken esnekliğin sınırlandırıldığı da söylenemez. Kanun fazla çalışmayı değil, bu çalışmanın karşılıksız bırakılmasını veya normal ücret karşılığı çalışma gibi değerlendirilmesini yasaklamaktadır. İşçinin onayı ile işveren hala gereğinde fazla çalışma yaptırmak imkanına sahiptir: Madde 41’e göre yılda 270 saate kadar fazla çalışma yaptırmak, karşılığını %50 zamlı ödeme veya işçinin onayı ile 1,5 kat serbest zamanla karşılama, gene işçinin onayı ile m. 63 uyarınca denkleştirme uygulamak ve ortalamada 45 saati aşmadan fazla çalışmaları ücretli dinlenme ile karşılama imkanları yasa da mevcut bulunmaktadır. Kanuna uygun olmayan sadece karşılığını ödemediği veya serbest zaman vermeden fazla çalışma yaptırmaktır.

Fazla Çalışmayı Ücrete Dahil Eden Kayıtların Denetimi

Yukarıda açıklanan nedenlerle, fazla çalışmaların ücrete dahil edilmesi halinde buna dair sözleşme kayıtları tercihen geçersiz kabul edilmeli, her durumda en azından sınırlanmalı ve denetlenmelidir. Özellikle genel iş (işlem) koşulu niteliğinde, bir müzakere imkânı tanınmadan tip iş sözleşmeleri veya işyeri yönetmelikleri ile işçiye dayatılan sözleşme kayıtlarının denetlenmesi artık Türk Borçlar Kanunu’nda açıkça düzenlendiği üzere tüm diğer sözleşmeler kadar iş sözleşmeleri bakımından da zorunludur (Süzek, 2019: 64 vd; Civan, 2015; Soyer, 1987). Böyle bir denetimden kaçınılarak işçinin işverene karşı tamamen korunmasız bırakılması Borçlar Kanunu kadar iş hukukunun işçiyi koruma amacına da aykırı olur. Genel işlem koşulları TBK 21 vd. hükümlerine göre sınırsız bir geçerliliğe sahip değildir. Öncelikle sözleşme içeriği haline gelmeleri TBK 21 uyarınca işçinin bu koşullar hakkında bilgilendirilmesi şartına bağlıdır. Bunun da ötesinde genel işlem koşulları TBK 25

uyarınca içerik denetimine tabidirler. Genel işlem koşullarına dürüstlük kuralına aykırı olarak işçinin aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz. Buna dayanarak Kar'ın karşı oy yazılarında belirttiği şekilde bir denetim uygulanmalıdır (TBK değişikliğinden sonra yerleşik Yargıtay içtihadının değiştirilmesi gerektiği, artık fazla çalışmayı ücrete dahil eden hükümlerin genel işlem şartı olarak denetlenmesi gerektiği konusunda aynı görüşte: Şahlanan, 2017; yargı eki, 3).

Fazla çalışma ücretinin ayrıca ödenmesini engelleyen ücrete dahildir hükmü hemen her zaman işçiye müzakere imkânı bırakmadan sözleşmeye konulan bir genel işlem koşuludur. İşverenin önceden hazırlayıp çok sayıda sözleşmede aynı tipte kullandığı bu koşulda işçilerin bir müzakere ve pazarlık imkânı olduğu söylenemez. Bu koşul şüphesiz işçi aleyhine ve işveren lehinedir. İşçi fazla çalışma ücretinden ve serbest zamanından yoksun kalmaktadır. Ayrıca işçi peşinen haftada 45 yerine 50,2 saat çalışmayı kabul etmiş olmaktadır ki bu da işçi aleyhine konunun ayrı bir boyutudur. İçerik denetiminin koşulları açısından konuya yaklaşıldığında, fazla çalışmanın ücrete dahil edilmesi ile kanunun temel amacına aykırı bir düzenleme yapıldığı ve işçinin bir zarara uğratıldığı açıktır. Kanun fazla çalışmaya zamlı ücret öngörürken işçi bundan mahrum bırakılmaktadır. Böyle bir sözleşme hükmü İş Kanunu hükümleri yanında fazla çalışmanın karşılığının ödenmesini buyuran genel hüküm niteliğindeki TBK 398'e de aykırıdır. Edim-karşı edim dengesi, işverene fazla çalışılan süre için ayrı bir ücret ödememe hakkı tanınarak bozulmaktadır. Ancak sınırlı koşullarda bu dengeyi bozmayan sözleşme kayıtlarına geçerlilik tanınabilir.

Dürüstlük kuralına göre genel işlem koşullarında yapılan içerik denetimi asıl olarak üç ölçüt üzerinden gerçekleşir: Yasal düzenlemenin temel düşüncesiyle bağdaşmama, sözleşmenin doğasına aykırılık veya şeffaflık (açıklık) ilkesine aykırılık (Civan, 2015: 257 vd.). Fazla çalışma ücrete dahildir hükümleri ancak bu ölçütlere göre yapılan içerik denetimi sonucu dürüstlük kuralına uygun görüldükleri takdirde geçerli kabul edilmelidir. Her genel işlem koşulunun her durumda geçersiz olacağı söylenemez. Fakat özellikle yasanın amacına aykırı, borç ilişkisinde karşılıklı edimler arasındaki dengeyi bozan genel işlem koşullarının geçersiz kabul edilmesi yasanın buyruğudur.

Alman ve İsviçre hukukunda da kabul gördüğü üzere fazla çalışmayı ücrete dahil eden kayıtlar öncelikle açıklık (şeffaflık) ilkesi bakımından denetlenmelidir (Açıklık (şeffaflık) ilkesi konusunda Civan, 2015: 276 vd.). Öğretide de savunulduğu üzere fazla çalışmaları ücrete dahil eden hükmün yeterince açık ve anlaşılır olması, şeffaflık (saydamlık) ilkesine uyulması gerekir. Genel işlem şartı ile işveren, bu koşulun anlam ve sonuçlarını işçinin doğru değerlendirmesini engelleyen bir strateji izlemişse, hükmün içeriğinin işçi tarafından açıkça anlaşılmasını ve böylece dürüstlük kuralına aykırılığını gizlemek amacına hizmet eden bir kullanım şekli varsa veya özellikle işverene bir yetki verilip bu yetkinin kullanım şartları, kapsamı ve sonuçları açıklanmamış ise genel işlem şartının açıklık ilkesine aykırı ve geçersiz olduğu kabul edilmelidir.

Fazla çalışmaya dair kayıtlarda açıklık ilkesine uygunluk için işçinin, sözleşmeye imza atarken ücrete dahil kaç saat fazla çalışma yapacağını açıkça bilmesi zorunludur. Sözleşmede 270 saate kadar veya başka bir sınırlama olmadan sadece “fazla çalışma ücrete dahildir” ifadesi ile yetinilmiş ise hükmün şeffaf(açık) olduğu söylenemez. Bu durumda işçi kendisinden kaç saat fazla çalışmasının beklendiğini bilmemektedir. Sözleşme ile kurulması gereken adil menfaat dengesi önemli ölçüde bozulmakta, işçi ücret karşılığı ne kadar fazla çalışma beklendiğini bilmeden bu konuda yetkiyi tamamen işverene bırakmış olmaktadır. İşçinin kişisel bağımlılığı bu şekilde artmakta, giderek özel hayat ve kişilik haklarını ihlal eden bir durum doğması muhtemel hale gelmektedir. 270 saatlik sınırı bilmek için hukukçu olmak, iş hukuku ve Yargıtay içtihadını bilmek gereklidir ki işçiden bu bilgi beklenemez. Bu nedenle genel işlem koşullarında şeffaflık ilkesini ihlal eden, kaç saat fazla çalışmanın ücrete dahil olduğu konusunda bilgi içermeyen sözleşme kayıtları doğrudan geçersiz kabul edilmelidir (Astarlı, 2008: 46; Baycık, 2018: 288-289).

Yorum yolu ile açıklık içermeyen sözleşme kaydının yıllık 270 saate karşılık geldiğini kabul eden ve bu şekilde ayakta tutan Yargıtay içtihadı hukuken hatalıdır ve terk edilmelidir. Bunun nedenleri şu şekilde açıklanabilir:

Yargıtay’ın yılda 270 saat ile fazla çalışmanın ücrete dahil edilmesini sınırlaması ilk bakışta isabetli görülebilir. İsaletli olan yönü, hiçbir şekilde yılda 270 saatin aşamayacağı, 270 saat aşırsa her durumda bu (fazla değil yasak) çalışmaya %50 zamlı ücret ödenmesinin zorunlu olduğunun tespitidir. Hatalı olan yönü ise bu şekilde adeta işverene 270 saate kadar ücretsiz fazla çalışma yaptırma hakkı tanınmasıdır. Oysa kanun koyucu 270 saati (zamlı ücreti ödenen) fazla çalışmanın sınırı olarak kabul etmiştir; ücretsiz bir fazla çalıştırma süresi olarak değil. Bu şekilde ortalama haftalık çalışma süresinin 50 saate çıktığı ve bunun İş Kanunu m. 63’e aykırı olduğu da yukarıdaki başlıkta açıklandığı üzere açıktır.

Daha da önemlisi, yorum yolu ile adeta işçinin bu durumda sınırlamayı öngörebileceği gibi bir anlayış ile açıklık ilkesine aykırı bir genel işlem şartını ayakta geçerli kılmak yasaya da aykırıdır. TBK uyarınca dürüstlük kuralına aykırı sözleşme kayıtları geçersiz kabul edilirler (Civan, 2015: 307). Ücrete dahil fazla çalışmanın yılda 270 saatle sınırlı olduğunu açıkça belirtmeyen bir sözleşme kaydı da bu nedenle geçersiz kabul edilmelidir. Bu noktada yasada fazla çalışmanın 270 saat ile sınırlanmış olması da yeterli değildir. Alman ve İsviçre hukukunda önemle vurgulandığı üzere, sözleşmeden fazla çalışmanın sınırı net şekilde anlaşılabilir olmalı, işçi kendisini neyin beklediğini öngörebilmelidir. İşçi, sözleşme kapsamında ücrete dahil fazla çalışma süresini açıkça bilmeli, bunu aşan fazla çalışmayı reddetme veya ücretini talep etme hakkını anlayabilmelidir. İşçilerden kanunu bilmelerini ve fazla çalışmanın yasal 270 saat sınırına dikkat etmelerini beklemek

naif bir varsayımdır²⁷. Almanya’da bile mahkemelerin yasal sınırın varlığı ile yetinmeyip mutlaka sözleşmede fazla çalışma süresinin açıkça yazılmasını aradığı dikkate alındığında, Türkiye’de işçilerin bu korumadan yoksun bırakılmasını yerinde görmek imkansızdır.

Açıklık ilkesine uygunluk halinde yani fazla çalışılacak sürenin örneğin yılda 270 saat olarak belirlenmesi halinde ise ikinci aşamada yasanın temel amacı ve sözleşmenin doğası ile uygunluk ölçütleri üzerinden içerik denetimine devam edilmelidir. Bu denetimde yasa koyucunun çalışma süresi ve fazla çalışmanın ücretlendirilmesi konusundaki amaçları da dikkate alınmalıdır. Bu durumda gene temel yaklaşım, fazla çalışmanın kural olarak ayrıca zamlı ücretlendirilmesinin yasanın temel amacı ve sözleşme adaletinin gereği olduğudur. İş Kanunu m. 41 ve 63’te ifade edilen temel değer yargısı, fazla çalışmanın istisnai olduğu, temel kuralın ortalama haftalık 45 saati aşmamak yönünde olacaktır. Haftalık azami çalışma süresini aşmanın işveren bakımından pahalı hale getirilerek güçleştirilmesi yasa koyucunun tercihidir. Bu temel değer yargısına, bu amaca aykırı sözleşme hükümleri gerçekten gerekli ve işçi lehine ölçülü olmalı, aksi takdirde sözleşme adaletini ihlal ettiği için geçersiz kabul edilmelidir.

Bu içerik denetiminde şüphesiz çok farklı ölçütler önerilmesi mümkündür. Yukarıdaki başlıkta açıklandığı üzere hukukumuzda da haftalık 45 saati aşan çalışmaların ücrete dahil edilmesine en azından şimdiki uygulamadan daha sınırlı bir yaklaşım gerekir: Haftalık çalışma süresi 45 saattir ve fazla çalışmanın zamlı ücretlendirilmesi veya serbest zamanla karşılanması gerekir. Bu nedenlerle TBK 25’e göre fazla çalışmayı ücrete dahil eden hükümlerin genellikle geçersiz olacağı kabul edilmelidir. Ancak her zaman geçersizlik sonucunu bağlamak da yerinde olmayabilir. Tüm genel işlem koşullarında olduğu gibi işçi aleyhine görünen koşulun haklı ve yerinde olduğu durumlar olabilir. Somut olayın, işin, sektörün, işçinin nitelikleri veya başka nedenlerle fazla çalışmanın ücrete dahil olmasını haklı ve uygun kabul etmeyi gerektiren nedenler mevcut ise geçerli kabul edilebilir. Bu konuda yol gösterici bazı ilkeler geliştirilebilir:

Öncelikle işçinin aldığı temel ücretin tutarı ölçüt olarak uygulanabilir. Çok kazananlarda fazla çalışmaların ayrıca ödenmemesi geçerli kabul edilebilir. Ancak bu çok kazanma asgari ücretin biraz üstü olarak kabul edilemez. İşverene peşinen fazla çalışma ücreti ödememe hakkı önceden tanınmıyor ve giderek normal çalışma süresi haftada 50 saate çıkıyor ise haftalık 5 saat – 10 saat fazla saat ücreti ödemek bunun karşılığı olamaz. Özellikle zaten asgari ücretten fazla emsal ücret ödenen işlerde, emsal ücrete fazla çalışmanın dahil edilmesi giderek fazla çalışma karşılığının hiç ödenmemesi sonucunu verebilir. İş ilişkisinde normal çalışma süresi bu şekilde değişiyor ise işçinin kazancı da normalin üzerinde gerçekten “yüksek”

²⁷ Bu çalışmanın yazarı verdiği bir eğitimde mühendislerin dahi ‘iş ilişkisinin ilk altı ayında fazla çalışma karşılığı bire bir ödenir, sonrasında %50 zamlı ödenir’ sandığına bizzat tanık olmuştur.

olmalıdır. Örneğin, sosyal güvenlik bakımından prime esas kazancın azami tutarı kadar ve bunu aşan ücretler gerçekten fazla çalışmanın ayrıca ödenmesi gereğini ortadan kaldıran yüksek bir ücret olarak kabul edilebilir. Fazla çalışmalar için ayrıca uygun tutarda bir ücret eki ödenmesini öngören hükümler de geçerli kabul edilebilir. Ücretle birlikte olabilecek bir diğer telafi yolu ise ücretli izin sürelerinin artması olabilir. Yıllık ücretli iznin kanundakinden daha uzun olduğu, örneğin 14 gün yerine bir ay olduğu bir işyerinde işçinin ücretinden kesmeden dinlendirildiği, fazla çalışmasının uygun bir şekilde telafi edildiği kabul edilebilir.

Ücretin yüksek olması kaydı ile özellikle kendi çalışma süresini kendisi belirleyen veya yönetici konumu nedeni ile fazla çalışma süresi ölçülemeyen çalışanlarda da koşulun geçerli olduğu kabul edilebilir. Üst düzey yöneticiler yanında müdürler için de fazla çalışma ücrete dahil edilebilir. Ki Yargıtay zaten konumunun gerektirdiği ücreti alan üst düzey çalışanlara fazla çalışma ücreti ödenmeyebileceği sonucuna vardığından bu ölçütlerde bir yenilik yoktur.

Bunların dışında gene iyi kazanmak koşulu ile nitelikli personel sıkıntısı çekilen işlerde personelin fazla çalışması da ücrete dahil olabilir. Örneğin, sağlık sektöründe, acil yardım ve bakım işlerinde, teknik uzmanlık bakım gözetim denetim işi görülen işlerde fazla çalışma ücrete dahil edilebilir. Niteliği gereği işyerinde çalışmadan işe hazır beklenen her türlü iş için de bu sözleşme koşullarının adil olacağı düşünülebilir. Ayrıca mesleki bağımsızlığın ve iş süresini serbest planlamanın ön plana çıktığı nitelikli işlerde de fazla çalışma konusu daha esnek düzenlenebilir. Örneğin, şirket avukatlarında, nitelikli teknik uzmanlarda ve yöneticilerde.

Son olarak tüm dünyada olduğu gibi ülkemizde de iş hukukunun yeni istihdamları iş imkanlarını teşvik edici olması gerektiğinden hareketle bazı istisnalar kabul edilebilir. Bu kapsamda yeni yatırımlarda yeni işyerlerinde bir başlangıç süresi ile sınırlı olarak fazla çalışmalar ücrete dahil kabul edilebilir. Zira yeni kurulan işyerlerinde henüz işlerin tam oturmadığı, işlerin nasıl gelişeceğinin öngörülemediği ve desteğin zorunlu olduğu söylenebilir.

Bu ölçütler önerilerden ibarettir, başka ölçütlerin geliştirilmesi de mümkündür. Önemli olan, 270 saati ücrete dahil etmenin her durumda geçerli kabul edilmemesi ve TBK 25 uyarınca bir içerik denetimine tabi tutulmasıdır. Bu denetimde işveren, fazla çalışmayı ücrete dahil etmenin neden yerinde ve gerekli olduğunu açıklamak durumundadır. TBK 25'e göre denetim, özellikle işçinin fazla çalışma ücreti talep ettiği dava aşamasında gerçekleşecek, mahkeme buna göre önce fazla çalışmayı ücrete dahil etmenin geçerliliğine karar verecek, sonra fazla çalışma ücret alacağı bakımından bir sonuca varacaktır. Şüphesiz işçinin önceden dava açıp geçersizliğin tespitini istemesine de bir engel yoktur. Fazla çalışmayı ücrete dahil eden hüküm geçersiz olduğunda geçersizliğin normal sonucu uygulanmalı, aylık temel ücretin fazla çalışmayı içermediği kabul edilerek yeniden fazla çalışma ücreti hesaplanmalı ve ödenmelidir.

Dikkat edilmesi gereken bir diğer husus ise, fazla çalışmanın ücrete dahil olmasının ancak yasaya uygun fazla çalışma halinde mümkün olabileceğidir. Çalışma süresinin emredici olarak sınırlandırıldığı, aşılamayacağı durumlarda, emredici hükmün ihlaline bir de fazla çalışma ücreti ödememe sonucu bağlanamaz. Esasen bu durumda fazla değil, kanuna aykırı-yasak bir çalışma söz konusudur. Fazla çalışma karşılığı olarak değil, yaptırım olarak işverene fazla çalışma ücreti ödetilmektedir. Emredici sınırlar olduğunda tarafların bu sınırları aşabileceğine dair sözleşme özgürlüğü kalmaz ve aksi yönde sözleşme hükümleri geçersiz kabul edilir. Bu nedenle Yargıtay isabetli olarak 270 saati aşan çalışmaların ücrete dahil olmasını kabul etmemektedir. Ama aynı sonuç günlük çalışma süresi, gece çalışması ve azami çalışma süresinin yasa gereği günde 7,5 saati aşmadığı işler için de geçerlidir. Bu nedenle işçinin günde 11 saati, gece 7,5 saati aşan çalışmaları ücretinin ayrıca ödenmemesi düşünülemez. Mevzuatın haftalık veya günlük çalışma süresini 45 saatten daha az olarak belirlediği işlerde örneğin yeraltı maden işleri ve haftalık 30 saati günde 7,5 saati aşamayacak işlerde de aynı esas geçerlidir. Sözleşmede ne yazarsa yazsın, işveren bu süreleri aşmanın karşılığını zamlı olarak ayrıca ödemek zorundadır.

Fazla Sürelerle Çalışmanın Ücrete Dahil Edilmesi

Fazla sürelerle yani haftalık 45 saati aşmayan çalışmada ise İş Kanunu m. 63'teki sınır aşılmamaktadır. Kanun koyucunun işçinin sağlığı-kişiliği bakımından sosyal koruma amacıyla öngördüğü sınırı aşan bir durum söz konusu değildir. Bu nedenle fazla sürelerle çalışmanın ücrete dahil edilmesi (her ne kadar işçi aleyhine olabilse de) kanunun temel amaç ve değerini ihlal eden, işçiyi karşılığını almadan azami süreden fazla çalışmaya mecbur bırakan bir sözleşme kaydı niteliğinde değildir. Bu düşünce yukarıda açıklandığı üzere Alman ve İsviçre hukuklarında da benimsenmiş, içtihat veya açık yasa hükmü ile taraflara fazla sürelerle çalışmanın zamlı ücretinin ödenmeyebileceğini belirleme yetkisi tanınmıştır. Türk hukukunda da kanun koyucunun fazla süreler ile çalışmaya fazla çalışmadan daha farklı yaklaştığı kanundan anlaşılmaktadır. Fazla sürelerle çalışmanın zamlı ücreti %50 değil, %25 olabilmekte, serbest zaman da buna uygun bir hal almaktadır. Denkleştirme esası ile çalışmada haftalık ortalama çalışma süresini aşmamak konusu da sadece fazla çalışma bakımından açık şekilde düzenlenmekte²⁸, fazla sürelerle çalışma bakımından işçinin özel olarak korunması gerekli görülmemektedir.

Bu nedenle fazla süreler ile çalışmayı ücrete dahil eden sözleşme hükümleri ilke olarak hukukumuzda da geçerli kabul edilmelidir. Bir sözleşme hükmünde hem fazla çalışma hem de fazla sürelerle çalışma ücrete dahil edilir ise kısmi butlan yaptırımı uygulanarak hükmün sadece fazla süreli çalışmalar bakımından ayakta

²⁸ İş K 41/I c. 2: “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 aşırsa dahi bu çalışmalar fazla çalışma sayılmaz.”

tutulması yoluna gidilebilir. Ancak fazla sürelerle çalışmanın ücrete dahil edilmesine de sınırsız bir geçerlilik tanımamak, genel işlem şartı niteliğinde olan sözleşme kayıtlarını TBK hükümlerine ve yabancı hukuklardaki uygulamaya benzer şekilde denetlemek yerinde olacaktır. Zira işçi genel işlem şartı niteliğindeki bu hükümleri işe alınma baskısı ile müzakere edemeden kabul etmek zorunda kalmaktadır.

Bu denetimde öncelikle açıklık (şeffaflık) ilkesine dikkat edilmeli, fazla sürelerle çalışmanın ne kadar olacağı sözleşmede açıkça belirtilmiş olmalıdır. İşverene hiçbir sınırlama getirilmeden götürü olarak istediği kadar fazla sürelerle çalışma yaptırma yetkisi tanınması geçerli kabul edilemez. Bu durumda işçi aldığı ücrete ek bir ödeme de almadan kendisini neyin beklediğini bilmeden yükümlülük altına girmekte, özellikle kısmi süreli çalışanlar edim – karşı edim dengesini bozabilen tek yanlı bir müdahaleye maruz bırakılmaktadır. Buna karşılık bazı durumlarda örneğin haftalık çalışma süresinin 40 saat olduğu bir iş ilişkisinde zaten fazla sürelerle çalıştırma yetkisi haftada 5 saatle sınırlı kalacağı için açıkça bunun yazılmamış olması kabul edilebilir.

Bunun ötesinde genel bir içerik denetimine de girilmeli, fazla süreler ile çalışmaya hiç ücret ödenmemesinin somut iş ilişkisinin koşulları ve tarafların durumları karşısında sözleşme adaletine uygun olup olmadığı da incelenmelidir. İş Kanunu 41 karşısında temel kural, fazla sürelerle çalışmanın da zamlı ücretlendirilmesi veya işçinin onayı ile serbest zamanla karşılanmasıdır. Bu temel kuraldan ayrılmanın neden gerekli olduğu araştırılmalıdır. Daha önemlisi ise fazla sürelerle çalışmayı tamamen ücret dışı bırakıp veya çok cüzi bir ücretle karşılayıp işçinin sömürülmesi, edim-karşı edim dengesinin ağır şekilde bozulması sonucunu doğuracak sözleşme kayıtlarına geçerlilik tanınmamalıdır. Örneğin, haftalık 20 saat çalışmak üzere işe alınan bir işçiden, fazla süreli çalışmanın ücrete dahil edilmesi ile birlikte haftada 20 saate kadar yani toplamda 40 saat fazla süreli çalışmaya imkân veren bir hüküm geçerli kabul edilemez. Böyle bir hüküm işverene kısmi süreli ücreti ödeyerek işçiyi tam süreli işçi gibi çalıştırma imkânı verirdi. Bu nedenle sözleşmedeki normal çalışma süresinin belirli bir oranı örneğin en fazla %25'i kadar fazla sürelerle çalışmanın ücrete dahil edilmesi gibi bir sınır aşılmalı veya geçerlilik için fazla süreli çalışmalar için ayrı götürü bir ücret ekinin kararlaştırılıp ödenmesi koşulu aranmalıdır.

Basın İş Kanunu, Deniz İş Kanunu ve TBK Hizmet Sözleşmesine Tabi İş İlişkileri Bakımından Değerlendirme

Basın ve Deniz İş Kanunları kapsamındaki çalışanlar bakımından fazla çalışmaların karşılığının ayrıca ödenmemesi daha da büyük bir mağduriyet doğurmaktadır. İş Kanunu kapsamında ücreti ödenmeyen fazla çalışma yıllık 270 saat ile sınırlanırken, diğer kanunlarda fazla çalışmaya böyle bir sınır da getirilmediği için, ücrete dahil edilebilen fazla çalışma süresi çok daha fazla olmaktadır. Basın İş Kanunu'nda

günlük çalışma süresinin 8 saat olması esas ve Basın İş Kanunu ek madde 1'in günlük fazla çalışmanın 3 saati geçemeyeceği hükmü üzerinden Yargıtay, fazla çalışmanın günde 3 saate kadar temel ücrete dahil olabileceği sonucuna varmaktadır (Y9. HD. 14.9.2015, 12824/25388; Kandemir, 2011: 27). Böylece haftada 6 gün çalışan basın işçilerinde günde 11 saatten haftada 66 saat çalışma ile ayda 78, yılda 936 saat aylığa dahil fazla çalışma hukuka uygun kabul edilmektedir. Deniz İş Kanunu'nda hiç sınırlama olmadığından, Yargıtay işçi lehine bir sınır getirebilmek amacı ile 180 sayılı ILO sözleşmesini esas alarak günlük 14, haftalık 72 saate kadar çalışmaların ücrete dahil olmasını kabul etmektedir. Böylece gemi adamının aylık ücrete dahil fazla çalışması yılda 1248 ayda 104 saati bulmaktadır (Ertan, 2015: 120).

Buraya kadar İş Kanunu bakımından yapılan değerlendirmeler Basın İş ve Deniz İş Kanunu kapsamındaki fazla çalışmaların ücrete dahil edilmesi için de geçerlidir. Basın İş Kanunu aslında daha kesin bir şekilde fazla çalışmaların zamlı ücret olarak ödenmesini buyurmaktadır. Basın İK ek madde 1 fıkra 1 ile günlük 8 saatlik süre emredici hale gelmektedir. Kanun koyucu böylece ücrete dahil normal çalışma süresinin günde 8, haftada 6 gün çalışma halinde haftalık 48 saati aşmamasını emredici olarak düzenlemiştir. Bunu aşan fazla çalışmaların %50 zamlı olarak ve “müteakip ücret tediyesiyle birlikte ödenmesi mecburidir” (fıkra 1 ve 8). Bu zorunluluğu ortadan kaldıran, ayda 78 yılda 936 saat fazla çalışma saatinin ücretini ödememe imkânı veren sözleşme hükümlerinin, kanuna, kanunun temel fikri ve korunan değere aykırı, edim-karşı edim dengesini önemli ölçüde bozan hükümler olduğu açıktır. Çözüm olarak, bu tip sözleşme kayıtlarının tamamen geçersiz kabul edilmesi veya en azından açıklık ilkesine aykırı olanlar ile açık olsa bile ücrete dahil fazla çalışma için makul bir sınırlama öngörmeyen sözleşme kayıtlarının TBK 25 uyarınca geçersiz kabul edilmesi yoluna gidilmelidir. Sözleşme kaydı geçerli kabul edilirse öğretilde önerildiği üzere azami yıllık 270 saatlik sınır burada da gözetilmeli, bunu aşan fazla çalışmalar ayrıca zamlı ödetilmelidir (Baycık, 2018: 286 vd.).

Deniz İK bakımından ayda 104 yılda 1248 saatin ücrete dahil edilebilmesi ise daha da vahimdir. Deniz İK 26 uyarınca burada da günlük çalışma süresi 8, haftalık çalışma süresi azami 48 saattir. Fazla çalışma konusunda ise kanun emredici olarak fazla çalışmanın zamlı ve “işveren veya işveren vekili tarafından gemi adamlarına tam olarak ödenmesi zorunludur.” hükmünü getirmektedir (Deniz İK m. 28). Gerçi özellikle denizde çalışmalarda fazla çalışmaların bazen daha normal olduğu ve daha zor ölçülebileceği söylenebilir. Ancak kanun koyucu zaten bunu düşünmekte, bazı çalışanların bu kanundaki çalışma sürelerine tabi olmadığını (m. 27), bazı çalışmaların da fazla çalışma sayılmayacağını (m. 28 f. 3) özel olarak düzenlemektedir. Denizde Çalışma Sözleşmesinin (Maritime Labour Convention 2006) ayrıca günde 14 saate kadar azami çalışmaya izin verdiği de doğrudur. Fakat bu süreler ile çalışmaya izin verilmesi, bu fazla çalışmanın karşılığının ödenmeyebileceği anlamına gelmemektedir. Yılda 1248 saat gibi aşırı bir çalışma

süresinin ücretsiz kalması, angarya yasağına aykırılığı da düşündürmektedir.

Görülen işin niteliği Deniz İş Kanunu kapsamında sözleşme özgürlüğüne biraz daha geniş bir alan tanınmasını, fazla çalışmaların diğer kanunlar kapsamındaki işçilere göre daha esnek belirlenmesini zorunlu kılmaktadır. Ancak burada da hiçbir açıklık içermeden, hiçbir sınırlama getirilmeden fazla çalışmaların ücrete dahil edilmesi veya günlük azami 14 saate kadar çalışılabileceği gerekçesi ile bu azami sürenin tamamen ücretsiz bir çalışma haline getirilmesi kabul edilemez. Kaldı ki günde 14 saate çalışabilmenin dayanağı Deniz İş Kanunu'nda yer almamakta, başka konularda uygulanmayan Denizde Çalışma Sözleşmesi'nin sadece bu hükmünün işçi aleyhine fazla çalışma ücretini ortadan kaldıracak şekilde uygulanması yerinde olmamaktadır. Alman Deniz İş Kanunu'nda sözleşmeye uygun olarak günlük çalışmanın 8 yerine 14 saate çıkabileceğine yer verilmeyle birlikte haftalık azami çalışma süresi azami 72 saat ile sınırlanmakta, fazla çalışmanın ücretle karşılanacağı özel olarak düzenlenmekte ve ek dinlenmeler de öngörülmektedir (Seearbeitsgesetz §42 vd.). Bu alanda gerekli düzenlemeler yapılmadan sadece günde 14 saate kadar fazla çalışmanın ücrete dahil edilmesi iş hukukunun temel ilkelerine aykırıdır. Kanımızca burada da öncelikle açıklık ilkesine uygun olarak ne kadar fazla çalışmanın ücrete dahil olduğunu açıkça belirtmeyen sözleşme kayıtları geçersiz kabul edilmeli, açıklık ilkesine uygun sözleşme kayıtlarında ise işçinin ücretine ve işinin niteliğine göre emsallerine uygun adil bir ücret tutarı belirlenmedikçe fazla çalışmaların ayrıca ödetilmesi yoluna gidilmelidir. Deniz iş ilişkilerinde de yıllık 270 saate kadar fazla çalışmanın ücrete dahil kabul edilip, bunu aşan tutarın zamlı ücretlendirilmesi de uygun bir çözüm olabilir.

İş Kanunu'nda yer alıp diğer iş kanunları bakımından emredici olmayan yıllık 270 saat sınırının diğer kanunlar kapsamındaki iş ilişkilerinde uygulanmasının bir dayanağı olmadığı itirazı akla gelebilir. Belirtmek gerekir ki 270 saatlik sınır gerçekten de hukuken basın ve deniz iş ilişkileri için bağlayıcı değildir. Ancak kanun koyucunun çalışma sürelerini sınırlaması, fazla çalışmayı pahalı hale getirerek sınırlı tutma amacından çıkan değer yargısı basın ve deniz iş ilişkilerinde de aynen geçerlidir. İşçi sağlığı ve sosyal adalet düşüncesi, bir işçinin sürekli olarak haftada 66 veya 72 saat çalıştırılabilmesine engeldir. Kanun koyucu bunu engellemek-caydırmak için fazla çalışmayı ayrıca ve zamlı ücretlendirilen bir çalışma şekli haline getirmektedir. Basın ve deniz iş ilişkilerinde de bu temel amacın gözetilmesi zorunludur. Yıllık 270 saat sınır, kanun koyucunun fazla çalışmalar bakımından bir değer yargısını ifade etmektedir. Bu nedenle basın ve deniz iş ilişkilerindeki genel işlem şartı niteliğindeki fazla çalışma kayıtlarının değerlendirilmesinde, ücretsiz kalan fazla çalışmanın sınırlandırılmasında kullanılması uygundur.

Basın ve Deniz İş Kanunları bakımından önemli eksiklik, denkleştirme ve serbest zaman kullanımının bu kanunlarda açıkça düzenlenmemiş olmasıdır. İşçinin onayı ile veya toplu iş sözleşmesi ile denkleştirme imkanının açılması, bu kanunların günümüze uygun şekilde yeniden düzenlenmesi ve bu düzenlemede gereken esneklik imkanlarının sağlanması, özellikle gemi adamlarının uzun çalışma

sürelerinin denkleştirme ve serbest zaman ile telafisine daha geniş imkân verilmesi yerinde olacaktır.

Türk Borçlar Kanunu hizmet sözleşmesi hükümleri ise bu bakımdan en sorunlu alanı oluşturmaktadır. Kanunda azami günlük ve haftalık çalışma süresi düzenlenmemektedir. Bu eksiklik giderilmediği sürece TBK hizmet sözleşmesi hükümlerine tabi çalışanlar bakımından kesin bir sonuca varmak mümkün değildir. Fakat temel ilke aslında TBK 398/I c. 2’de açıkça belirtilmektedir: Fazla çalışma yapılması gerekli olursa “işçi, karşılığı verilmek koşuluyla, fazla çalışmayı yerine getirmekle yükümlüdür.”. Buradan da fazla çalışmanın karşılığının ayrıca ödenmesi gerektiği anlaşılmaktadır. Fazla çalışmanın karşılığının ise %50 zamlı ücret veya işçinin onayı ile izin olacağı TBK 402’de açıkça düzenlenmektedir. Bu kapsamda TBK hizmet sözleşmesi kapsamındaki iş ilişkilerinde de aynı ilke ve ölçütler uygulanabilir. Genel işlem şartlarının içerik denetimi üzerinden, fazla çalışmanın sınırını net şekilde içermeyen ve açıklık ilkesine aykırı olan sözleşme kayıtları geçersiz kabul edilmelidir. Burada fazla çalışmanın kanundan doğan hiçbir üst sınırı olmadığı için, açıklık ilkesine aykırılık daha da barizdir. Aynı şekilde fazla çalışmayı haklı bir neden olmadan tamamen ücretsiz hale getiren sözleşme kayıtları da geçersiz olacaktır.

Sonuç

İş hukuku işverenin tek tarafı olarak çalışma koşullarını belirleme özgürlüğünün sınırlanması hukukudur. Çalışma süresi ve fazla çalışma konusunda uzun mücadeleler sonucu elde edilen ve özenle korunması gereken kazanım, çalışma süresine azami bir sınır getirilmesi, bu sınırın aşılmasının istisnai olmasıdır. Bu amaçla kanun koyucu, azami çalışma süresini sınırlamış, fazla çalışmayı zamlı ücret ödeterek pahalı ve istisnai bir çalışma şekli haline getirmiştir. Fazla çalışma, kanunen belirlenen azami çalışma süresinin aşılması ile işçinin sağlığı ve kişisel değerleri bakımından önemli bir müdahaledir. Bu nedenle konuya daha koruyucu bir yaklaşım getirmek zorunludur. Bunun aksine, fazla çalışmayı ucuzlatarak kolaylaştıran, giderek azami çalışma süresini fazla çalışmanın da eklendiği daha üst bir noktaya çeken yaklaşımlar kabul edilemez. Fazla çalışma ücrete dahildir şeklindeki sözleşme kayıtlarına bu açıdan yaklaşılmalıdır. Halen Yargıtay kararlarında iyiniyetle başlanmasına rağmen farklı bir noktaya çekilen, bu tür sözleşme kayıtlarını ilke olarak geçerli kabul anlayış yerinde değildir. İş hukukunun emredici hükümleri ve temel değerleri ışığında, özellikle genel işlem koşullarının denetimi ölçütlerine göre bu içtihadın terkedilmesi gerekir.

Fazla çalışmanın ücrete dahil kabul edilmesi, işverene karşılığını ödemediği fazla çalışma yaptırma yetkisi vermektedir. Böylece yasal azami çalışma sürelerinin üzerine çıkılabilmekte, edim-karşı edim dengesi bozulmakta, çalışma yaşamının aşırı bir iş yükü altında geçmesi ve işçilerin serbest zamanlarının daralması normal sonuç haline gelmektedir. Oysa mevzuatımız, fazla çalışmanın karşılığının verilmesi, zamlı

ücret veya işçinin onayı ile serbest zamanla karşılanmasını emredici olarak öngören kurullarla örülüdür. Bu alanda yeterli esneklik de tanınmakta, işverene işçinin onayı veya toplu iş sözleşmesi ile çalışma süresini denkleştirme, işçinin onayı ile fazla çalışma ücreti yerine serbest zaman kullandırma imkânı da verilmektedir. Bunların üzerine bir de fazla çalışmanın ücretsiz bırakılması gerekli olmadığı gibi kanunun çalışma sürelerine ve fazla çalışmaya dair temel değerlerine de aykırıdır. Farklı bir yaklaşım, fazla sürelerle çalışma bakımından benimsenebilir. Zira fazla sürelerle çalışmada yasal azami çalışma süreleri aşılmamaktadır. Ancak fazla sürelerle çalışmada dahi işverenin yetkisi sınırlanmalı, burada da genel işlem koşullarındaki denetim yapılmalı ve zamlı ücret ödemedi bir kısmı süreli çalışmayı tam süreliye yaklaştırabilecek sözleşme kayıtları engellenmelidir.

Fazla çalışmaları ücrete dahil eden sözleşme kayıtları kanımızca kanunun emredici hükümlerine aykırı ve geçersizdirler. En azından bu kayıtların genel işlem koşullarındaki denetim ölçütlerine göre bir değerlendirme yapılmadan geçerli kabul edilmesi hukuka aykırıdır. Yargıtay'ın İş Kanunu kapsamında bu kayıtları 270 saate indirgeyerek ayakta tutma yaklaşımı, 270 saati aşan kısmın geçersizliği bakımından yerinde ise de yetersizdir. Bu şekilde haftalık ücrete dahil normal çalışma süresi 50,2 saate yükselmektedir. Çil'in ifade ettiği üzere işletmeleri korumak, daha az fazla çalışma ücreti ödenmesini sağlamak amacı ile getirilen bu çözümün yerinde olduğu söylenemez. Bu şekilde kanunun gerekleri ve işçinin korunması amacına aykırı bir sonuç doğması bir yana, dürüst davranan, fazla çalışmaların karşılığını ödeyen işverenler aleyhine bir haksız rekabete de izin verilmektedir. Kanun koyucu fazla çalışmaların 270 saati aşmamasını buyurmaktadır; fazla çalışmanın karşılıksız kalmasını değil. Basın İş Kanunu da günde azami 3 saat fazla çalışmaya izin vermekte ama bunun karşılıksız kalmasını buyurmamaktadır. Deniz İş Kanunu kapsamında da aşırı bir sürenin ücrete dahil edilebilmesi vahimdir. Ortaya çıkan sonucun Türk çalışma hayatında gereğinden uzun çalışma süresi (OECD verilerine göre haftalık ortalama 48 saat) olması, durumun nereye doğru gittiğini göstermektedir. Dünyada çalışma süreleri sınırlanır ve azaltılır iken, ülkemizde aksine doğru gidilmesi, genç işsizliği ile mücadelenin özel bir önem kazandığı ülkemiz gerçekleri ile de bağdaşmamaktadır. Aynı işi daha az işçi ile fazla çalışma yaptırarak görmek yerine daha fazla işçi istihdam etmek, kısmi süreli çalışmaları daha yaygın uygulamak hedeflenmelidir.

Fazla çalışmayı ücrete dahil eden sözleşme kayıtları içerik denetimine tabi tutulmalı, öncelikle açıklık (şeffaflık) ilkesine uygun olmalı, işverenin ne kadar ücret karşılığı kaç saat fazla çalışmayı talep edeceği sözleşme yapılırken öngörülebilir olmalıdır. Bunun da ötesinde, işçinin ücretinin yüksekliği, görülen işin niteliği vb. şekilde sözleşme kaydını meşru kabul etmeyi gerektiren koşullar olmadıkça, işçiye tek taraflı dikte edilen ve kanunun temel değer yargısına aykırı olarak edim-karşı edim dengesini bozan bu sözleşme kayıtları içerik denetimi ile geçersiz kabul edilmelidir. İş sözleşmelerinde eğer fazla çalışmanın ücrete dahil edilmesi kaydı gerekli ve uygun ise, bu kayıt kaç saat fazla çalışmanın söz konusu olduğunu açıkça

içermeli, bu fazla çalışma süresi de olabildiğince az olmalı ve işçiye emsallerine göre uygun-adil bir ücret ödeniyor olmalıdır. Ancak bu esasların somutlaştırılması ve belirlenmesindeki güçlük karşısında öncelikli olarak, fazla çalışmanın ücrete dahil edilemeyeceği esası benimsenmeli, istisnaen gerektiğinde aksinin neden ve ne ölçüde haklı olduğu işverence ortaya konulmalıdır. Fazla çalışma ücreti ödemek istemeyen işverenin işçinin onayı ile İş K. M. 63 uyarınca denkleştirme veya İş K. M. 41/IV uyarınca serbest zaman kullanımı uygulamasına gitmesi öncelikli çözüm olmalıdır. Basın, Deniz İş Kanunları ve TBK hizmet sözleşmesine tabi iş ilişkilerinde ise çalışma süresi ve fazla çalışmaya dair hükümlerin yeniden ele alınıp düzenlenmesi, esnek çalışmaların bu iş ilişkileri bakımından da yerleştirilmesi yoluna gidilmelidir. Ancak her durumda aynı esaslara göre bir denetim, yıllık 270 saatlik sınır geçerli olmadığı için durumun daha vahim olduğu Deniz ve Basın İş Kanunları ile TBK hizmet sözleşmesi kapsamındaki iş ilişkileri için de uygulanmalıdır.

KAYNAKÇA:

- Akyiğit**, E. (2006) İş Kanunu Şerhi, 3. Baskı, 2. Cilt, Ankara: Seçkin Yayıncılık
- Astarlı**, M. (2008) “Alman ve Türk Hukuklarında Fazla Saatlerle Çalışma Ücretlerinin Asıl Ücrete Dahil Olduğuna İlişkin Sözleşme Hükümleri ve Geçerlilik Koşulları”, Kamu-İş; C:9, S:4/2008, 39 vd.
- Alpagut**, G. (2017) “İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesine Dair Yargıtay’ın 2014 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Baycık**, G. (2018) “İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesine Dair Yargıtay’ın 2016 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- Bregnard-Lustenberger**, J. (2007) Überstunden- und Überzeitarbeit, 184, *swisslex.ch*
- Civan**, O. E. (2015) Genel İş Koşulları, İstanbul: Beta Basım.
- Çelik**, N. ve **Caniklioğlu**, N. ve **Canbolat**, T (2019) İş Hukuku Dersleri, 32. Baskı, İstanbul: Beta Basım.
- Çil**, Ş. (2016) “Fazla Çalışma Ücretinin Temel Ücret İçinde Ödenmesi Uygulaması”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 2016, C. 74, Özel Sayı.
- Demir**, F. (2018), İş Hukuku ve Uygulaması, 11. Baskı, İzmir: Albi yayınları
- Dunand**, J. (2005) Art 13 ArbG 6 ff. in: SHK - Stämpflis Handkommentar, Thomas Geiser, Adrian von Kaenel, Rémy Wyler, *swisslex.ch*.
- Egli**, H. P (2001) Bemerkung, AJP S. 120, *swisslex.ch*
- Ekin**, A. (2016) “İş Hukuku Uygulamasında Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışmanın Hukuki Sonuçları”, Şahlanan Armağanı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 2016, C. 74, Özel Sayı.
- Ekonomi**, M. (1987) İş Hukuku, C. I Ferdi İş Hukuku, 3. Bası, İstanbul: İstanbul Teknik Üniversitesi Yayını
- Ertan**, E. (2015) “Fazla Çalışma Ücretinin Aylık Ücrete Dâhil Edilmesi”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı: 34
- Eyrenci**, Ö. ve **Taşkent**, S. ve **Ulucan**, D. ve **Baskan**, E. (2020), İş Hukuku, 10. Baskı, İstanbul: Beta Basım
- Geiser**, T. ve **Müller**, R. (2009) Arbeitsrecht in der Schweiz, Bern.
- Hümmerich**, K. ve **Rech**, H. (1999) “Antizipierte Einwilligung in Überstunden durch arbeitsvertragliche Mehrarbeitsabgeltungsklauseln?”, NZA.
- Kandemir**, M. (2011) “Fazla Çalışmanın Azami Süresi ve Fazla Çalışma Yasakları”, Legal İSGHD, Sayı:29.
- Klocke**, D. M. (2014) Neue Entwicklungen im Überstundenprozess RdA.
- Linck**, (2019) § 35. Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen, Rn. 78, in: Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch 18. Auflage, *beckonline.de*.
- Maties**, (2018) BGB § 611a Arbeitsvertrag beck-online.GROSSKOMMENTAR GesamtHrsg: Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann, *swisslex.ch*.

- Müller, R. A. ve Maduz, C.** (2017) Art. 13 Lohnzuschlag für Überzeitarbeit in: ArG Kommentar, Arbeitsgesetz mit weiteren Erlassen im Bereich Arbeitsschutz, 8. Aufl., Zürich *swisslex.ch*.
- Narmanhoğlu, Ü.** (2014), İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri I, İstanbul: Beta Basım
- Pletke/Schrader/Siebert/Thoms/Klagges,** (2017) Rechtshandbuch Flexible Arbeit 1. Auflage, *beckonline.de*
- Preis, U,** (2019) BGB § 310 Rn. 91, 92 Erfurter Kommentar, 19. Aufl. *beckonline.de*.
- Rehbinder M. ve Stöckli J. F.** (2010) Berner Kommentar, Einleitung und Kommentar zu den Art. 319–330b OR, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Der Arbeitsvertrag, Art. 319-362 OR, Bern, Art. 321c N 12, *swisslex.ch*.
- Reichold,** (2018) § 40 Arbeitspflicht und Arbeitszeit Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 1: Individualarbeitsrecht I 4. Auflage, Rn. 73.
- Schmitt-Rolfes, G.** (2012) Überstundenvergütung, in: Arbeit und Arbeitsrecht 7/12, 391
- Senti,** (2006) C. Zulagen, Zuschläge und 13. Monatslohn, AJP S. 289 ff., 302, *swisslex.ch*
- Senyen-Kaplan, T.** (2019), Bireysel İş Hukuku, 10. Baskı, Ankara: Gazi Kitabevi
- Soyer, P.** (1987) Genel İş Koşulları, İzmir: Özgün Matbaacılık.
- Süzek, S.** (2019) İş Hukuku, 18. Baskı, İstanbul: Beta Basım.
- Streiff, U. ve Von Kaenel, A. ve Rudolph, R** (2012) in: Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, 7. Aufl., Zürich- Basel – Genf, Art. 322, *swisslex.ch*
- Şahlanan, F.** (2008) “Fazla Çalışma Ücretinin Aylık Ücretin İçinde Olduğunun Kararlaştırılması”, Tekstil İşveren Dergisi Hukuk Eki, Ağustos 2008, Sayı 26.
- Tunçomağ, K. ve Centel, T.** (2016) İş Hukukunun Esasları, 8. Baskı, İstanbul: Beta Basım

