

İŞ HUKUKUNDA ÇALIŞMA SÜRELERİNİN DÜZENLENMESİ VE FAZLA ÇALIŞMA İÇİN İŞÇİNİN ONAYI

THE APPROVAL OF THE EMPLOYEE FOR THE ADJUSTMENT OF THE
WORKING TIME AND FOR THE OVERTIME WORKING

Yrd. Doç. Dr. Esin GÜRBÜZ GÜNGÖR, Ege Üniversitesi İktisadi ve İdari
Bilimler Fakültesi İşletme Bölümü Ticaret Hukuku ABD. esin.gungor@ege.edu.tr

ÖZET

İş Kanunu'na göre, çalışma sürelerinin düzenlenmesinde esnek çalışma yöntemlerinin uygulanabilmesi ve işçiye olağan fazla çalışma yaptırılabilmesi için, işçinin onayının alınması gereklidir. Bu çalışmada, Türk hukuku ve Avrupa Birliği hukukunda işçinin onayına ilişkin koşullar ve sınırlamalar, iş hukukunun işçinin korunması ilkesi çerçevesinde incelenmiş ve çözüm önerileri geliştirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Fazla çalışma, işçinin onayı, çalışma süresi, Türk iş hukuku

ABSTRACT

According to the Labour Law, it is necessary the approval of the employee for the flexible working time and for the overtime working. This paper analyses conditions and restrictions of the approval of the employee towards the Turkish law and European law in the frame of the employee's protection and looks the proposals toward this problem.

Key Words: Overtime, the approval of the employee, working time, Turkish labour law

1.GİRİŞ

Çalışma süreleri ve fazla çalışmalarla ilgili olarak 4857 sayılı İş Kanunu'nda önemli değişiklikler yapılmıştır. Fazla çalışmanın belirlenmesinde yasal haftalık kırkbeş saatlik süre sınırı korunmakla birlikte, 1475 sayılı İş Kanunu döneminde öğretti ve uygulamada farklı şekilde yorumlanan günlük çalışma süresi ölçütü

terkedilmiş, yerine haftalık çalışma süresi ölçütü kabul edilmiştir. Yeni düzenlemeye göre fazla çalışma, haftalık kırkbeş saatin üzerinde yapılan çalışmalardır. 4857 sayılı İş Kanunu, tarafların anlaşmasıyla, haftalık çalışma süresinin haftanın çalışılan günlerine günde onbir saati aşmamak kaydıyla, farklı şekilde dağıtılması olanağı getirmiştir. Bunun yanı sıra, denkleştirme uygulaması sayesinde, bazı haftalarda kırkbeş saatin üzerinde çalışma yapılırsa dahi, ortalama haftalık çalışma süresi kırkbeş saati aşmamışsa bu çalışmaların fazla çalışma sayılmayacağı düzenlenmiştir.

Bu çalışmada, gerek haftalık çalışma süresinin günlere farklı dağılımı veya denkleştirme süresi uygulanabilmesi, gerekse olağan fazla çalışma yapılabilmesi için Kanunun zorunlu kıldığı işçinin onayına ilişkin koşullar ve sınırlamalar, işçinin korunması ilkesi çerçevesinde incelenmiştir. Diğer esnek çalışma yöntemleri çalışmanın kapsamına dahil edilmemiştir. Konuya ilişkin doktrindeki görüşler ve Yargıtay kararları incelenmiş, ülkemizdeki çalışma süreleri istatistikleri diğer bazı ülkelerle karşılaştırmalı olarak belirtilmiş, İş Kanunu'ndaki düzenlemeler Avrupa Birliği hukukuyla karşılaştırılmış ve uygulamadaki sorunlara ilişkin çözüm önerileri geliştirilmiştir.

2. ÇALIŞMA SÜRELERİ

2.1. Normal Çalışma Süreleri

Çalışma sürelerine ilişkin hükümler, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 63. madde ve devamı hükümlerinde düzenlenmiştir. Fazla çalışma kavramı, İş Kanunu'nun 41. maddesinde "fazla çalışma ücreti", 42. maddesinde "zorunlu nedenlerle fazla çalışma" ve 43. maddesinde "olağanüstü hallerde fazla çalışma" başlığıyla düzenlenmiştir. Ayrıca, çalışma süreleriyle ilgili olarak, İş Kanununa ilişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği (RG. 06.04.2004, 25425), Haftalık İş Günlerine Bölünemeyen Çalışma Süreleri Yönetmeliği (RG. 06.04.2004, 25425), İş Kanununa ilişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği (RG. 06.04.2004, 25425), Postalar Halinde İşçi Çalıştırılarak Yürütülen İşlerde Çalışmalara İlişkin Özel Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik (RG. 07.04.2004, 25426), Sağlık Kuralları Bakımından Günde Ancak Yedibuçuk Saat veya Daha Az Çalışması Gereken İşler Hakkında Yönetmelik (RG. 15.04.2004, 25434) ve Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik (RG. 06.04.2004, 25425) yürürlüktedir.

İş Kanunu'nda çalışma sürelerine ilişkin esaslara yer verilmiş, bunların uygulanma şekillerinin ise Çalışma Bakanlığı'nca çıkarılacak bir yönetmelikte düzenlenmesi öngörülmüştür (İş Kanunu m. 63). İş Kanununa ilişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği'nin 3. maddesinde çalışma süresi, işçinin çalıştırıldığı işte geçirdiği süre olarak tanımlanmıştır. İş Kanunu'nun 66. maddesinde işçinin çalışarak geçirmediği bazı sürelerin de çalışma süresinden sayılacağı düzenlenerek, çalışma süresinin sadece fiilen çalışılan süreden oluşmadığı ortaya konulmuştur (ayrıntılı bilgi için bkz. Astarlı, 2008; s. 34 vd.). Kanunun 68. maddesinde ara dinlenmelerinin çalışma süresinden sayılmayacağı düzenlenmiştir. Sonuç olarak çalışma süresi, fiilen çalışmak suretiyle iş başında geçen sürelerin yanında, çalışma süresinden sayılan sürelerin toplamından

oluşmaktadır. İşveren yönetim hakkına dayanarak, işçinin çalışma gücüne ve işyerinin gereksinimlerine uygun olarak çalışma süresini düzenleme yetkisine sahiptir. Çalışma süresinin uzunluğuna ilişkin İş Kanunu'ndaki sınırlama dışında, taraflarca sözleşme (bireysel iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi) ile de azami olarak sınırlandırılabilir.

Çalışma sürelerinin düzenlenmesi ve buna bağlı olarak işçi sağlığı ile güvenliğinin korunması gereksinimi, modern iş hukukunun doğmasının temel sebeplerinden birisidir. İşçinin korunması amacıyla Devletin çalışma hayatına müdahalesi, emredici kurallarla çalışma sürelerinin sınırlandırılmasına yönelik olmuştur. Uluslararası Çalışma Örgütü'nün hazırladığı 1 sayılı sözleşme de çalışma sürelerinin sınırlandırılmasına ilişkindir. Yirminci yüzyılın sonlarından itibaren, gelişen bazı eğilimler geleneksel çalışma yöntemlerini ve sanayi ilişkilerini yapısal olarak değiştirmiştir. Küreselleşmenin çalışma hayatına ilişkin olarak getirdiği sonuçlardan birisi, çalışma sürelerini katı kurallara bağlamak yerine, taraflara serbest düzenleme olanağı sağlanmasıdır. Küreselleşmenin getirdiği rekabet koşulları nedeniyle, çalışma ilişkilerinde esneklik sağlanması birçok ülkenin hukuku tarafından benimsenmiştir. Çalışma biçimlerinin esnekleşmesi gereksinimi, 4857 sayılı İş Kanunu'nun çıkarılmasındaki en önemli sebeplerden birisi olmuştur. Yeni Kanunun diğer dayanak noktası da iş güvencesi hükümleridir. İş Kanunu'nun 63. madde gerekçesinde, haftalık çalışma süresinin iş günlerine eşit bölünmesi kuralına esneklik getirildiği ve Avrupa Birliği'nin 93/104 sayılı Yönergesine uygun düzenleme yapıldığı belirtilmiştir. Genel gerekçede, ekonomik kriz dönemlerinde işçi ve işverenlerin esnek bazı kurallardan yararlanmalarına 1475 sayılı İş Kanunu'nun katı hükümlerinin uygun olmadığı da belirtilmiştir.

4857 sayılı Kanun çalışma sürelerinin esnekleştirilmesi bakımından birçok yeni hüküm öngörmüştür. Bunlar, haftalık çalışmanın günlere farklı dağılımı ve denkleştirme uygulaması (m. 63), telafi çalışması (m. 64), çağrı üzerine çalışma (m. 14), kısa çalışma (m. 65; 5763 sayılı Kanun ile (RG. 26.05.2008, 26887) bu madde yürürlükten kaldırılmış ve kısa çalışmayla ilgili konular 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanunu'nda düzenlenmiştir) ve kısmi süreli çalışmadır (m. 13). Bunlardan en önemlisi, Kanunun 63. maddesindeki düzenleme ile haftalık çalışma süresinin günlere dağılımında getirilen esnekliktir. Bu konuda taraflara iki olanak tanınmıştır: a) Tarafların anlaşmasıyla, haftalık normal çalışma süresinin haftanın çalışılan günlerine farklı şekilde dağıtılabilmesi; b) tarafların anlaşmasıyla, denkleştirme süresi içinde haftalık ortalama çalışma süresini aşmadan, yoğunlaştırılmış iş haftası uygulanabilmesidir.

Gerekçede sözü edilen Avrupa Birliği'nin 93/104 sayılı Yönergesi 2003 yılında yürürlükten kalkmış ve 2003/88 sayılı Yönerge uygulamaya konulmuştur. O dönemde yürürlükte bulunan 93/104 sayılı Çalışma Süresinin Düzenlenmesi Hakkında Yönerge ile İş Kanunu'nun çalışma sürelerine ilişkin hükümleri tam uyumlu değildir. Yönerge, üye Devletlerde çalışma ve dinlenme süreleri hakkında uyulması zorunlu alt sınırları saptamaktadır. Haftalık çalışma sürelerinde denkleştirme uygulamaları yapılması, ülkelerin tercihine

birakılmaktadır. Yönergede üye Devletlerin haftalık çalışma süresini fazla çalışmalar dahil en fazla 48 saat olarak belirlemeleri gerektiği belirtilmiştir. Bu hükmü, haftalık çalışma süresini 45 saat olarak belirleyen İş Kanunu hükümleriyle karşılaştığımızda, haftada en fazla 3 saat, yılda 156 saat fazla çalışma yaptırılabilmesi gerekir. İş Kanunu'nda yıllık fazla çalışma sınırı 270 saattir.

Yönergeye uyumlu olarak İş Kanunu tasarısında öngörülen "ortalama çalışma süresinin, fazla çalışmalar da dahil 48 saati aşamayacağı" kuralı Kanuna alınmayıp tek sınırlamanın günlük en fazla onbir saatlik çalışma süresi olması nedeniyle, denkleştirme dönemi içerisinde işçinin haftalarca altmışaltı saat üzerinden çalıştırılması mümkün olacaktır. Bu durum, işçinin hem sağlığının hem de sosyal yaşantısının korunması ilkesiyle bağdaşmamaktadır (Karacan, 2007; s. 169). İşveren, yoğunlaştırılmış iş haftasından sonra işçinin serbest zaman beklentisini de fazla çalışma uygulamasıyla yoğunlaştıracak olursa, esnek çalışma düzeninde denge işçi aleyhine bozulurken, işçinin sağlığı açısından tehlikenin derecesi artmış olur (Ekonomi, 2004; s. 167).

2.2. Haftalık Çalışma Süresi

Çalışma sürelerinin sınırlanması, işçinin işgücünün uzun çalışma süreleri ile aşırı şekilde kullanılmasının önlenmesi, işçinin güvenliğinin ve sağlığının korunması, kişisel gelişiminin sağlanması ve sosyal yaşamını düzenleyebilmesi için bir zorunluluktur (Caniklioğlu, 2005; s. 1; Astarlı, 2008; s. 113). Çalışma süresinin gerek günlük gerek haftalık üst sınırının belirlenmesi, işçinin sağlığını tehdit eden tehlikelerin ortadan kaldırılması ve kişiliğinin gelişimi için gerekli olan sürenin ona sağlanması amacını taşır ve ülkenin istihdam politikasıyla da ilgilidir (Caniklioğlu, 2005; s. 4; Eyrenci ve diğerleri, 2005; s. 196). İş Kanunu'nun 63. maddesine göre, normal çalışma süresi haftada en çok 45 saattir. Haftalık çalışma süresine ilişkin düzenleme nispi emredici bir kural olduğu için, tarafların anlaşmasıyla (iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi) işçi lehine daha kısa haftalık çalışma süresi belirlenebilir.

İş Kanunu'nun 63. maddesi, haftalık normal çalışma süresinin günlere farklı dağılımında günde onbir saati aşmama koşulunu düzenlemekle, günlük en fazla çalışma süresini onbir saat olarak belirlemiştir. İş Kanunu'nun 63.maddesinin ikinci fıkrasındaki günlük onbir saatlik sınır, her ne kadar normal haftalık çalışma süresi bakımında öngörülse de, aynı sınırın olağan fazla çalışmalar için de uygulanması gerekir (Aynı görüşte, Eyrenci ve diğerleri, 2005; s. 199; Caniklioğlu, 2005; s. 5). Ancak Kanun'da belirtilen koşulların gerçekleşmesi halinde, zorunlu nedenlerle veya olağanüstü hallerde fazla çalışma yapılması gereken durumlarda, işçinin dinlenme süresi de gözetilerek günlük onbir saati aşan çalışma yapılması mümkündür.

Sağlık Kuralları Bakımından Günde Ancak Yedibuçuk Saat veya Daha Az Çalışılması Gereken İşler Hakkında Yönetmelik hükümleri gereğince, belirtilen işlerde çalışma süreleri kısaltılmıştır. Çocuk ve genç işçilerin çalışma süresi de,

kanunla sınırlandırılmıştır. İş Kanunu'nun 71. maddesinin dördüncü fıkrası gereğince, temel eğitimini tamamlamış ve okula gitmeyen çocukların çalışma süresi günde yedi ve haftada otuzbeş saatten fazla olamaz. Onbeş yaşını tamamlamış çocuklar için bu süre günde sekiz ve haftada kırk saate kadar arttırılabilir. Okula devam eden çocuklar için okulun kapalı olduğu dönemlerdeki çalışma süreleri de bu süreyi aşamaz. Okula devam eden çocukların eğitim dönemindeki çalışma süreleri, eğitim saatleri dışında olmak üzere en fazla günde iki saat ve haftada on saat olabilir. Çocuk ve genç işçilerin çalışma sürelerine ilişkin ayrıntılar Çocuk ve Genç İşçilerin Çalıştırılma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik'te (RG. 06.04.2004, 25425) düzenlenmiştir.

2.2.1. Haftalık Çalışma Süresinin Günlere Eşit Dağılımı

İş Kanunu'nun 63. maddesinin birinci fıkrasına göre, aksi kararlaştırılmamışsa, haftalık 45 saatlik süre işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine eşit bölünerek uygulanır. 1475 sayılı Kanunda, Cumartesi günü için özel bir düzenleme öngörülmüş ve cumartesi kısmen çalışılması halinde, kısmen çalışılan sürenin haftalık çalışma süresinden çıkarıldıktan sonra, geri kalan sürenin haftanın diğer günlerine paylaştırılarak hesaplanması esasını kabul edilmişti. 4857 sayılı Kanun'da buna ilişkin düzenleme yer almamakla birlikte, İş Kanununa ilişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği'nin 4. maddesinde, "haftanın iş günlerinden birinde kısmen çalışılan işyerlerinde, bu süre haftalık çalışma süresinden düşüldükten sonra, çalışılan sürenin çalışılan gün sayısına bölünmesi suretiyle günlük çalışma süreleri belirlenir" hükmü bulunmaktadır. Hafta tatili Pazar günü olduğundan, Cumartesi günü çalışma günü olarak kabul edilmektedir. Cumartesi kısmen tatilse, günlük iş süresi, Cumartesi günü çalışılan sürenin 45 saatlik haftalık iş süresinden çıkartılması ve bulunacak miktarın kalan beş güne eşit biçimde bölünmesi yoluyla bulunur.

2.2.2. Farklı Dağılım ve Denkleştirme Uygulaması

İş Kanunu'nun 63. maddesiyle, 1475 sayılı İş Kanunu'nda yer almış olan çalışma süresine ve bunun eşit ölçüde haftanın çalışılan günlerine bölünmesine ilişkin kural korunmuş; ancak genel gerekçede belirtildiği üzere sosyal, ekonomik ve teknolojik gelişmeler sonucu ortaya çıkan gereksinim nedeniyle çalışma sürelerinin esnekleştirilmesi amaçlanmıştır.

Normal haftalık çalışma süresi, tarafların anlaşması sonucu, günde onbir saati aşmamak koşuluyla farklı dağıtılabilir. Bu şekilde haftalık 45 saatlik çalışma süresinin günlere farklı dağılımı mümkün olduğu gibi, taraflar denkleştirme uygulaması yapılmasını da kararlaştırabilirler. İki aylık süre içinde, ortalama haftalık çalışma süresi, normal haftalık çalışma süresini aşamaz. Bu iki aylık denkleştirme süresi, toplu iş sözleşmesiyle dört aya kadar uzatılabilir. Emredici bu düzenlemeye aykırı olarak, tarafların anlaşarak daha uzun bir denkleştirme süresi kararlaştırmaları halinde, bu konudaki anlaşma geçersiz sayılacaktır. İki ya da dört aylık dönem aşıldıktan sonra yapılan çalışmalarla daha önceki

yoğunlaştırılmış çalışma haftalarının, yasal süreden sonraki kısmı denkleştirmeye dahil edilmeyecektir (Caniklioğlu, 2005; s. 7).

Çalışma süresinin günlere farklı dağılımı ve çalışma sürelerini denkleştirme olanağı, İş Kanunu kapsamındaki işçiler ve işverenler için söz konusudur. Deniz İş Kanunu ve Basın İş Kanunu'nda haftalık çalışma süresinin günlere eşit dağılımı öngörüldüğü için, bu kanunların kapsamındaki sözleşmelerde denkleştirme uygulaması yapılamaz. Deniz İş Kanunu'nun 26. maddesine göre günlük çalışma süresi sekiz, haftalık çalışma süresi 48 saattir ve günlere eşit dağıtılarak uygulanır. Basın İş Kanunu'nun ek 1. maddesine göre, gündüz veya gece devresindeki günlük çalışma süresi 8 saattir ve bunun üzerindeki çalışmalar fazla çalışmadır.

Denkleştirme uygulamasında işveren, yoğun çalışma haftasının ardından geri kalan süreyi denkleştirebilmek için, işçileri ya haftalık normal çalışma süresinden daha az çalıştırmak ya da denkleştirme süresinde işçilerin çalıştırılabileceği azami süreyi tamamladıktan sonra geri kalan süreyi işçilere boş zaman olarak vermek zorundadır. İşveren, denkleştirme uygulamak için işçinin onayını almak zorundadır. Ancak bu onayı aldıktan sonra, çalışma düzenini, Kanunun belirlediği sınırlar içinde istediği gibi uygulama olanağına sahiptir. Sonuç olarak, işveren yoğunlaştırılmış iş haftası ve azaltılmış iş haftasını uygulayacağı dönemi belirleme konusunda serbestiye sahiptir ve işçinin onayına gerek yoktur.

Denkleştirme döneminin yılda kaç kez yapılacağına ilişkin, İş Kanunu'nda bir sınırlama getirilmemiştir. Bu nedenle denkleştirme uygulanan bir işyerinde işveren bu dönemin bitmesinin hemen ardından, işçilerle anlaşarak yeni bir denkleştirme dönemi uygulayabilir (Caniklioğlu, 2005; s. 8). Denkleştirme süresi iş sözleşmesiyle en fazla iki ay, toplu iş sözleşmesiyle en fazla dört ay olarak belirleneceğinden, her iki veya dört ayın bitiminden sonra tekrar denkleştirme uygulaması yapılabilir. Haftalık ortalama 45 saatlik çalışma süresinin her denkleştirme dönemi için ayrı ayrı hesaplanması gerekir.

2.3. Denkleştirme Dönemi Uygulanması İçin Tarafların Anlaşması Ve İşçinin Onayı

İşçi ve işveren arasındaki çalışma koşullarını düzenleyen kaynaklar, iş sözleşmesi ve toplu iş sözleşmesi hükümleri, kanunlar, tüzükler, yönetmelikler, işyeri iç yönetmelikleri, iş sözleşmesi hükmü haline gelen işyeri uygulamaları ve işverenin yönetim hakkına dayanarak yaptığı düzenlemelerdir (ayrıntılı bilgi için bkz. Çelik, 2006; s. 100 vd.). İşçinin yapacağı işin yeri, zamanı, şekli, kapsamı gibi ayrıntılar, aksi kararlaştırılmadıkça, işverence belirlenir (Çelik, 2006; s. 106). İş Kanunu'nun 63. maddesindeki düzenlemeye göre, işyerinde çalışma sürelerinde denkleştirme uygulaması yapılabilmesi için, işçi ve işverenin bu konuda anlaşması gerekir. Anlaşma kavramı, iki tarafın karşılıklı ve birbirine uygun irade uyuşmasını ifade eder. Bu nedenle işveren, yönetim hakkına dayanarak tek taraflı olarak denkleştirme dönemi uygulayamaz.

İş Kanunu'nun 63. maddesinin ikinci fıkrasında, tarafların anlaşması ile haftalık normal çalışma süresinin işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine, günde onbir saati aşmamak koşulu ile farklı şekilde dağıtılabileceği düzenlenmiş, çalışma sürelerinin uygulama şekillerinin Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından hazırlanacak bir yönetmelikle düzenleneceği belirtilmiştir.

2.3.1. Anlaşmanın Şekli

İş Kanunu'nun 63. maddesinin ikinci fıkrasında, haftalık normal çalışma süresinin günlere farklı dağılımı için, tarafların anlaşması koşulu düzenlenmiş, anlaşmanın şekli konusunda bir düzenleme yapılmamıştır. İş Kanununa ilişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği'nin "denkleştirme esasına göre çalışma" başlıklı 5. maddesinde, tarafların yazılı anlaşmasıyla haftalık çalışma süresinin farklı dağılımının yapılabileceği düzenlenmiştir. Hükmün devamında, yoğunlaştırılmış iş haftası veya haftalarından sonraki dönemde işçinin daha az sürelerle çalıştırılması suretiyle, toplam çalışma süresinin, çalışması gereken toplam normal süreyi geçmeyecek şekilde denkleştirileceği düzenlenmiştir.

Yönetmelikte yer alan anlaşmanın yazılı yapılması gerektiğine ilişkin hüküm, öğretide farklı şekilde değerlendirilmektedir. Bir görüşe göre, yazılı koşul zorunludur ve herhangi bir uyuşmazlık çıkması halinde, işçilerin onayının alındığını ileri süren işverenin bunu ancak yazılı bir belge ile ispatlaması gerekmektedir (Eyrenci ve diğerleri, 2005; s. 199; Astarlı, 2008; s. 299). Aynı şekilde, anlaşma için herhangi bir şekil şartı aramamanın işçi için belirsizlik yaratacağı, anlaşmanın yazılı yapılmasına ilişkin düzenlemenin ispat koşulu sayılması gerektiği, işçinin onayını aldığı iddia eden işverenin bunu kanıtlamakla yükümlü olduğu belirtilmektedir (Karacan, 2007; s. 41). Başka bir görüşe göre, anlaşmanın yazılı olarak yapılması, şekil bakımından sözleşme özgürlüğünü sözleşmenin biçimi bakımından sınırlandıran bir koşul olduğundan, böyle bir sınırlamanın Yönetmelikle yapılamayacağı; ancak denkleştirme döneminin yaratabileceği sakıncalar ve işçi üzerindeki olası olumsuz etkileri nedeniyle, bu hükmün Kanunda yer alması gerektiği belirtilmektedir (Caniklioğlu, 2005; s. 9).

Tarafların anlaşmalarının şeklinin niteliği konusunda varılacak sonuç, denkleştirme dönemi uygulamasının geçerliliğini ve bu dönem içinde yapılan çalışmaların hukukî sonucunu etkileyecektir. Yönetmelikte yer alan yazılılık koşulunu geçerlilik koşulu olarak kabul edersek, işçinin yazılı onayı alınmadan denkleştirme dönemi uygulanması geçersiz sayılarak, çalışma süreleri her hafta için ayrı ayrı değerlendirilecektir. Bu durumda, İş Kanunu'nun 63. maddesinin ikinci fıkrasına uygun olarak tarafların anlaşması koşulu gerçekleşmediğinden, birinci fıkrada yer alan, haftalık çalışma süresinin aksi kararlaştırılmamışsa işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine eşit ölçüde bölünerek uygulanacağı kuralı esas alınacaktır. Sonuç olarak da, iki aylık dönem içerisinde haftalık ortalama çalışma süresi aşılmamış olsa bile, bazı haftalarda normal haftalık

çalışma süresinin üzerinde yapılan çalışmalar fazla çalışma olarak kabul edilecektir (Karacan, 2007; s. 41).

İş Kanunu'nun 63. maddesinin birinci fıkrası, haftalık çalışma süresini 45 saat olarak sınırlamış, çalışılan günlere eşit dağıtılacağı yönünde tamamlayıcı kural getirmiştir. Farklı dağılımın yapılabilmesini tarafların anlaşması koşuluna bağlamıştır. İş Kanunu'nda, onayın şekli düzenlenmemekle birlikte, 63. maddenin 3. fıkrasında, çalışma sürelerinin uygulama şekillerinin Yönetmelikle düzenleneceği belirtilmiştir. Haftalık çalışma süresinin günlere farklı dağılımı veya denkleştirme uygulaması için, Yönetmelikte belirtilen yazılı anlaşma yapılmasına ilişkin koşul, taraflar arasındaki iş sözleşmesinin şeklini düzenlemediği gibi sözleşme özgürlüğünü sınırlandıran bir hüküm değildir. İş Kanunu'nun 8. maddesi, süresi bir yıl veya daha fazla olan iş sözleşmelerinin yazılı şekilde yapılması gerektiğini belirtmiştir. Hükmün devamında, yazılı sözleşme yapılmayan hallerde, işverenin işçiye günlük veya haftalık çalışma sürelerini de içeren çalışma koşullarını gösteren belgeyi vermekle yükümlü olduğu belirtilmiştir. Çalışma koşullarında değişiklik niteliğinde kabul edilen haftalık çalışma süresinin günlere dağılımına ilişkin düzenlemenin de İş Kanunu'nun 22. maddesi uyarınca yazılı olarak yapılması gerekir. Sonuç olarak, çalışma sürelerinin düzenlenmesi konusunda yazılılık koşulu İş Kanunu'nda yer almaktadır. İş Kanunu ve Çalışma Süreleri Yönetmeliği'nde yer alan yazılılık koşulu, işçiyi korumaya yöneliktir. Denkleştirme uygulamasının denetlenebilmesi için de, yazılı anlaşma yapılması gereklidir. Bu nedenle İş Kanunu'nun çalışma sürelerinin uygulama şekillerinin düzenlenmesini yönetmelik hükümlerine bırakmasına bağlı olarak, Yönetmelikte yer alan yazılı anlaşmaya ilişkin hükümler, denkleştirme uygulaması yapılabilmesinin koşulunu düzenlemektedir. Taraflar arasında bu konuda yazılı anlaşma bulunmaması halinde, İş Kanunu'nun 63. maddesinin birinci fıkrasındaki haftalık çalışma süresinin günlere eşit dağılımına ilişkin tamamlayıcı kuralın uygulanması gerekir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nda görüşülen radyolink istasyonlarında çalışmayla ilgili kararlarda, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi ve Hukuk Genel Kurulu, "örtülü denkleştirme" kavramını kullanmıştır (YHGK, 21.03.2007 T., 207/9-150 E., 2007/160K; 05.04.2006 T., 2006/9-107 E., 2006/144 K.; 21.03.2007 T., 2007/9-174 E., 2007/9-164 K.; 14.06.2006 T., 2006/9-374 E., 2006/382 K.; 08.10.2008 T., 2008/9-593 E., 2008/621 K. sayılı kararlar; Yarg. 9. HD., 03.05.2007 T., 2006/17647 E., 2007/14046 K. sayılı kararı). Bu kararlarda, 1475 sayılı İş Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemlerde haftalık 45 günü aşan çalışmaların fazla çalışma olduğu, 4857 sayılı İş Kanunu döneminde ise, günlük onbir saate kadarki çalışmalar yönünden örtülü bir denkleştirmenin ve denkleştirmeye esas günlük onbir saati aşan süreler yönünden fazla çalışmanın varlığının kabulü gerektiği karara bağlanmıştır. İşçinin 4857 sayılı Kanun dönemindeki çalışmasında günlük onbir saati aşan çalışma söz konusu olmadığından, örtülü denkleştirmenin söz konusu olacağı belirtilmiştir. Yönetmelikte tarafların yazılı anlaşmasıyla denkleştirme yapılacağı açıkça düzenlendiği için, işçinin denkleştirme yönünde açık bir iradesi olmamasına rağmen yalnızca çalışma süresinin düzenleniş biçimi dikkate alınarak

denkleştirme uygulamasının zımni iradeye dayandığı kabul edilemez (Yenisey, 2009; s. 5; Astarlı, 2008; s. 303 vd.). Aksi takdirde İş Kanunu'nun 63. maddesinin ilk fıkrasındaki, aksi kararlaştırılmamışsa haftalık çalışma süresinin günlere eşit ölçüde bölünerek uygulanacağına ilişkin tamamlayıcı kuralı uygulama olanağı olmaz. 4857 sayılı İş Kanunu, 1475 sayılı İş Kanunu'ndan farklı olarak taraflara, haftalık çalışma süresinin günlere farklı dağılımı veya denkleştirme yapılabilmesi için anlaşma yapma olanağı tanımıştır. Böyle bir anlaşmanın olmadığı durumlarda, eşit dağılımı düzenleyen hükmün uygulanması gerekir. İş sözleşmesi yapıldıktan sonra olağan çalışma düzeninden denkleştirme esasına geçilmesi durumunda da işçinin onayının alınması gerekir. Onay alınmadan, denkleştirme uygulaması yapılması, İş Kanunu'nun 22. maddesi uyarınca çalışma koşullarında esaslı değişiklik olarak kabul edilmelidir. Bu bakımdan, yazılı anlaşma koşulu nedeniyle denkleştirmenin örtülü olarak kararlaştırılmasının mümkün olmadığı kanaatindeyiz.

2.3.2. Denkleştirme Döneminin Uygulanmasında İşverenin Yönetim Hakkı

İş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesinde veya işçi tarafından kabul edilen işyeri iç yönetmeliğinde denkleştirme uygulamasına yönelik hüküm yoksa, işveren tek taraflı olarak çalışma süresinde denkleştirme yapamaz. İşverenin tek taraflı olarak denkleştirme uygulamasını yürürlüğe koyması, çalışma koşullarında esaslı değişiklik niteliği taşır. Bu durumda İş Kanunu'nun 22. maddesinin 1. fıkrası gereğince işverenin çalışma koşulları değişikliğini işçiye yazılı olarak bildirmesi ve işçinin altı iş günü içinde açık ve yazılı kabul bildiriminde bulunması ile geçerlilik kazanabilir. İşçinin açık onayı olmadan, işveren çalışma koşullarında esaslı değişiklik yapamaz. İşçi, işverenin denkleştirme uygulamasına ilişkin değişiklik teklifini yazılı olarak kabul etmezse, İş Kanunu'nun 22. maddesine göre işveren değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir geçerli nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak suretiyle iş sözleşmesini feshedebilir. İşverenin iş düzenlemesinin gerektirdiği üretim yöntemi olarak yoğunlaştırılmış çalışma yöntemine geçmesini, işletmenin gereklerinden doğan geçerli bir sebep olarak ileri sürmesi söz konusu olabilir (Alp, 2005, s. 198). Bunun sonucunda iş güvencesine tabi olan işçiler bakımından, işe iade davası kapsamında İş Kanunu'nun 18. maddesinde düzenlenen işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebep olup olmadığı incelenecektir.

İşçinin onayı (tarafların anlaşması), sadece haftalık çalışma süresinin günlere farklı dağılımı ya da denkleştirme dönemi uygulamasının yapılmasını kararlaştırmak için aranır. İşçinin bu konudaki onayı alındıktan sonra, denkleştirme dönemi içinde günlük ve haftalık çalışma süreleri ile denkleştirme süresi uygulamasının başlangıç ve bitiş tarihlerini belirleme yetkisi tek başına işverene aittir (Çalışma Süreleri Yönetmeliği, m. 5/son). Bu hükme göre, işveren yasal haftalık azami çalışma süresi olarak belirlenen 45 saatlik süreyi aşmamak üzere, haftalık ortalama çalışma süresini ve günlük azami çalışma süresi olan

onbir saatlik süreyi aşmamak üzere günlük çalışma süresini belirleyebilir. Ayrıca iki aylık (toplu iş sözleşmesiyle dört aylık) denkleştirme süresinin başlangıç ve bitiş tarihleri ile bu süre zarfında denkleştirmeyi sağlayacak çalışma saatlerini belirleme yetkisine de sahiptir.

Bu konudaki belirleme yetkisi işverene verilmiş olmakla birlikte, bunun belirli makamlara bildirilmesine ilişkin bir zorunluluk İş Kanunu'nda veya Çalışma Süreleri Yönetmeliği'nde yer almamaktadır. İş Kanunu'nun "günlük çalışmanın başlangıç ve bitiş saatleri" başlıklı 67. maddesinde, günlük çalışmanın başlama ve bitiş saatleri ile dinlenme saatlerinin işyerlerinde işçilere duyurulacağı, işin niteliğine göre işin başlama ve bitiş saatlerinin işçiler için farklı şekilde düzenlenebileceği düzenlenmiştir. Aynı hüküm, Çalışma Süreleri Yönetmeliği'nin 8. maddesinde yer almaktadır. Denkleştirme dönemi uygulamasına ilişkin ayrı düzenleme yapılmadığından, bu hüküm denkleştirme uygulaması yapılması durumunu da kapsamaktadır. Ancak işçilere duyurulmamasının yaptırımı düzenlenmemiştir. Denkleştirme uygulamasına ilişkin düzenlemenin getirilmesindeki amaç, çalışma sürelerinin esnekleştirilmesi olduğu için, işverenin işyerinin gereksinimlerine göre bu süreyi esnek şekilde kullanabilmesi için böyle bir zorunluluk getirilmemiş olabilir. Ancak böyle bir durum, işçinin sürekli olarak belirsiz çalışma saatleri ile çalıştırılmasına, bu belirsizlik nedeniyle özel yaşamını düzenleyememesine ve iş ile aile yaşamını dengeleyememesine sebep olabilir. İşçinin hangi gün veya haftalarda uzun saatlerle çalışacağı, hangilerinde eksik çalışacağını bilmesi, esnek çalışma yöntemlerinden işçinin de yararlanmasını, bu şekilde iş ve özel yaşamını dengelemesini sağlar. Aksi takdirde, denkleştirme uygulamasının sağlayacağı esneklik, yalnızca işveren lehine bir uygulama olup, işçilerin belirsiz çalışma süreleri nedeniyle daha sıkıntılı çalışmalarına sebep olur.

Denkleştirme dönemindeki çalışma sürelerinin belirsiz olması, çalışma sürelerinin denetlenmesi bakımından da sorun yaratabilir. Özellikle, işçinin ortalama 45 saatlik çalışma süresini doldurması nedeniyle, denkleştirmeyi sağlamak için kalan sürelerde eksik çalışması veya işe gelmemesi durumunda, İş Kanunu'nun 25. maddesinin ikinci fıkrasının g bendinde düzenlenen "devamsızlık yapma" veya h bendinde düzenlenen "yapmakla görevli olduğu görevleri yapmama" gibi sebeplere dayanarak haklı sebeple işveren tarafından iş sözleşmesinin feshedilmesi halinde, denkleştirme uygulamasının kanıtlanması gerekebilir.

Bu nedenle denkleştirme uygulamasına ilişkin belirleme yetkisine sahip işverenin, belirlediği süreleri işyerinde ilan etme zorunluluğuna ilişkin bir hükmün yer almasının yararlı olacağı belirtilmektedir (Caniklioğlu, 2005; s. 7). Yönetmelik çıkarılmadan önceki dönemde, işçilerin onayı ile yoğunlaştırılmış çalışma haftası uygulayacak işverenin, denkleştirme süresi ve şeklini belirli süre önceden işçilere ve varsa işyerinde örgütlü sendikaya bildirme yükümlülüğü getirilmesi gerektiği görüşü ileri sürülmüştü (Eyrenci, 2003; s. 156-157). İşverenin uygulayacağı denkleştirme sürelerinin başlangıç ve bitiş tarihi ile uygulanma sürelerine ilişkin çizelgeyi işçilere duyurmasına ilişkin zorunluluğun

getirilmesi, hem işçiler açısından belirsizliğin ortadan kalkması, hem de denkleştirme uygulamasının Kanuna uygun olarak yapıldığının denetlenmesi bakımından kanaatimizce de gereklidir. Avrupa Birliği'nin 2003/88 sayılı Yönergesinin 22. maddesinde, üye Devletlerin haftalık 48 saatlik sürenin uygulanmasından muaf tutulması koşulları düzenlenmiştir. İşçinin onayının alınması, onay veren işçilerin yetkili makamlara bildirilmesi ve işverenin bu şekilde çalışan işçilerin günlük listelerini tutmaları gerekmektedir. Benzer düzenlemenin, mevzuatımızda da yapılması gerekir.

2.3.3. Onayın İş Sözleşmesinde Veya Toplu İş Sözleşmesinde Yer Alması

Tarafların denkleştirme uygulamasına ilişkin anlaşmasının, iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesine konulan bir hükümlerle gerçekleştirilebileceği kabul edilmektedir (Çelik, 2006; s. 310; Eyrenci ve diğerleri, 2005; s. 199; Akyiğit, 2006; s. 272; Caniklioğlu, Eylül 2005; s. 161; Caniklioğlu, 2005; s. 9; Karacan, 2007; s. 41). İş Kanunu'nun 63. maddesinde ve Çalışma Süreleri Yönetmeliği'nin 5. maddesinde, yalnızca tarafların anlaşmasından bahsedildiği için, işe girerken iş sözleşmesine konulacak bir hükümlerle onayın alınması geçerlidir. İşçinin sonradan verdiği yazılı onay da geçerli olacaktır. İş Kanunu'nun 22. maddesinin ikinci fıkrasına göre, taraflar anlaşarak geleceğe etkili olarak çalışma koşullarını her zaman değiştirebilirler. İşçinin denkleştirme uygulamasına ilişkin onayı, her denkleştirme dönemi başında ayrıca alınabilir. Kanun veya Yönetmelikle her sene veya her denkleştirme döneminde onay alınma zorunluluğu getirilmediği için, iş sözleşmesine konulacak bir hükümlerle veya işçinin sonradan verdiği yazılı onayla, iş sözleşmesi devam ettiği süre boyunca denkleştirme uygulaması yapılabilir.

İş Kanunu'nun 63. maddesinin ikinci fıkrasında, denkleştirme süresinin toplu iş sözleşmeleriyle dört aya kadar uzatılabileceği düzenlenmiştir. Aynı hüküm, Çalışma Süreleri Yönetmeliği'nin 5. maddesinde yer almaktadır. Bu hüküm gereğince, denkleştirme uygulaması yapılmasının toplu iş sözleşmesiyle de kararlaştırılabilmesi mümkündür. İş Kanunu'nun 63. maddesinde denkleştirme uygulaması için tarafların anlaşması koşulu getirilmiştir. Eğer işçinin onayı koşulu yer alsaydı, kanaatimizce "denkleştirme süresi toplu iş sözleşmeleri ile dört aya kadar artırılabilir" hükmünü, işçinin iş sözleşmesiyle veya sonradan onay vermesi halinde, denkleştirme süresinin toplu iş sözleşmesiyle dört aya kadar uzatılmasının mümkün olduğu şeklinde yorumlamak gerekirdi ve toplu iş sözleşmesine konulan hükümlerle işçinin onay verdiğinin kabul edilemeyeceği ileri sürülebilirdi.

Avrupa Topluluğu Mahkemesi 5 Ekim 2004 tarihli kararında, o dönemde yürürlükte olan 93/104 sayılı Yönergeyle ilgili olarak, Almanya'da kamu kurumunda çalışan bir işçinin sözleşmesinde yer alan ortalama çalışma süresinin 39,5 saat ile 49 saat arasında uygulanabileceğine ilişkin toplu iş sözleşmesi hükümlerinin uygulanmasıyla ilgili koşulun, Yönergede yer alan

çalışma sürelerinin 48 saatle sınırlanmasına ilişkin hükme uygun olmadığını belirtmiştir. Kararda, Yönergede yer alan 48 saatlik azami sürenin aşılmasının işçi tarafından verilen açık ve özgür iradeye dayalı ve istediği zaman bundan olumsuz etkilenmeden geri alabileceği bir onayla mümkün olacağı belirtilmiş; 48 saatin aşılabileceğine ilişkin toplu iş sözleşmesine iş sözleşmesiyle yapılan atfı yeterli görmemiştir. Yani, Yönergedeki opt-out (48 saati uygulamama) kuralı çerçevesinde, haftalık çalışma süresinin aşılabilmesi için, toplu iş sözleşmesinin yeterli olmadığı, her durumda işçinin yazılı onayının gerektiği karara bağlanmıştır (C-397/01-403/01 sayılı karar, Bernhard Pfeiffer u. a. / Deutsches Rotes Kreuz, Kreisverband Waldshut e. V.; <http://curia.europa.eu>; OJ C/302, 04.12.2004, s. 2-3). Kararda, 48 saatlik üst sınırın fazla çalışmaları da kapsadığı ve bu kuralın işçilerin sağlığının ve güvenliğinin korunması bakımından gerekli olan ve Topluluğun sosyal hukukunun önemli bir kuralı olduğu vurgulanmıştır.

Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'nun 6. maddesinde, toplu iş sözleşmesinde aksi belirtilmedikçe iş sözleşmesinin toplu iş sözleşmesine aykırı olamayacağı, iş sözleşmesinde düzenlenmeyen hususlarda toplu iş sözleşmesindeki hükümlerin uygulanacağı belirtilmiştir. Toplu iş sözleşmesinin normatif kısmının, iş sözleşmelerini, kanun gibi doğrudan doğruya ve emredici olarak etkileyeceği kabul edilmektedir (Çelik, 2006; s. 513). Yargıtay, toplu iş sözleşmesinin normatif hükümlerinin, objektif hukuk kuralları ve maddi anlamda yasa hükümleri niteliğinde olduğunu kabul etmiştir (Yarg. 9. HD., 9.4.1968 T., 157 E., 4628 K.; Yarg. HGK., 21.2.1975 T., 9-1040 E., 227 K.; Yarg. 9. HD., 20.04.1987 T., 3816 E., 3991K.; Çelik, 2006, s. 513). İş sözleşmesi taraflarının ayrıca anlaşmalarına gerek kalmadan, toplu sözleşme kapsamına giren işçilerin iş sözleşmeleri sözleşmenin normatif hükümlerinden doğrudan doğruya etkilenir (Çelik, 2006; s. 514). Bu nedenle, toplu iş sözleşmesinde yer alan denkleştirme uygulamasına ilişkin hüküm yoluyla, toplu iş sözleşmesi kapsamına giren işçiler bakımından denkleştirme uygulaması yapılabilecektir.

4857 sayılı İş Kanunu yürürlüğe girmeden önce veya sonra imzalanan bir toplu iş sözleşmesinde, haftalık çalışma süresinin haftanın çalışılan günlerine eşit dağıtılmasına ilişkin bir düzenleme yer alıyorsa, bireysel iş sözleşmeleri ile bunun aksinin kararlaştırılmasının mümkün olmadığı ileri sürülmektedir (Soyer, 2003; s. 210). Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu'nun 6. maddesine göre, toplu iş sözleşmesinde aksi belirtilmedikçe iş sözleşmeleri toplu iş sözleşmesine aykırı olamaz. İş sözleşmelerinin toplu iş sözleşmesine aykırı hükümlerinin yerini toplu iş sözleşmesindeki hükümler alır. Toplu iş sözleşmesinde iş sözleşmelerine aykırı hükümlerin bulunması halinde iş sözleşmesinin işçi lehindeki hükümleri geçerlidir.

Toplu iş sözleşmesine denkleştirme uygulamasına yönelik bir hüküm konulması halinde, bu düzenlemenin sadece sendika üyesi işçiler için değil, Sendikalar Kanunu madde 31/III ve IV. fıkrası uyarınca "işyerinin çalışma düzenine ilişkin hüküm" olduğundan, o işyerinde çalışan ancak toplu iş sözleşmesinin kapsamı dışındaki işçiler için de bağlayıcı olduğu öğretide ileri sürülmektedir (Eyrenci ve diğerleri, 2005; s. 199; Caniklioğlu, 2005; s. 9; Süzek, 2006; s. 606; Çelik, 2006;

s. 310, dn. 3). Astarlı ise, çalışma sürelerine ilişkin toplu iş sözleşmesi hükümlerinin iş sözleşmesinin akçeli hükümlerinden olmaması nedeniyle, toplu iş sözleşmesinin uygulandığı işyerinde çalışan tüm işçilere sendikalı olmalarına bakılmaksızın uygulanacağını belirtmiştir (2008; s. 65). Yazar, denkleştirme uygulaması için tarafların anlaşması gerekli olduğundan ve kanun tarafından aranan rızanın işçinin iradesi dışında işverene verilmesi mümkün olmadığından, toplu iş sözleşmesinin kapsamı dışındaki işçiler için sözleşmedeki denkleştirme koşulunun uygulanamayacağını belirtmiştir (2008; s. 300-301). Kanaatimizce, denkleştirme uygulaması işyerinin çalışma düzenine ilişkin olmakla birlikte, işverenin yönetim hakkına dayanarak düzenleyeceği hususlardan değildir. Bu nedenle, İş Kanunu'nun 63. maddesi ve Yönetmelikte açıkça düzenlenen yazılı anlaşma koşulu nedeniyle, denkleştirme uygulaması yapmak isteyen işverenin toplu iş sözleşmesi kapsamı dışındaki işçilerden ayrıca onay alması gerekir. Kapsam dışı işçilere rızaları dışında denkleştirme süresi uygulanması hakkaniyete de uygun düşmez. Denkleştirme uygulaması çoğu zaman işçinin aleyhinedir. Toplu iş sözleşmesinin imzalanması sırasında işçi ve işveren tarafı, denkleştirme uygulamasına karşılık işçilerin lehine birçok parasal hüküm konusunda da anlaşmaya varmaktadırlar. Kapsam dışı işçiler, toplu iş sözleşmesindeki parasal hükümlerden yararlanamadıklarından, aleyhlerine olan ve işverenin yönetim hakkına dayanmayan denkleştirme dönemi uygulamasına da onayları olmadan tabi tutulamazlar.

2.3.4. Denkleştirme Uygulamasının İşyeri İç Yönetmeliğinde Yer Alması

İşverence hazırlanan iç yönetmelik veya personel yönetmeliği gibi düzenlemelerin işçiler tarafından kabul edilmesi şeklinde de tarafların anlaşması koşulu sağlanabilir (Eyrenci ve diğerleri, 2005; s. 199; Caniklioğlu, 2005; s. 9; Subaşı, 2005; s. 358; Karacan, 2007; s. 41). İş mevzuatında işyeri iç yönetmeliklerine ilişkin özel düzenleme bulunmamaktadır. İş Kanunu'nun 22. maddesinde, "iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği" kavramı yer almaktadır. Borçlar Kanunu'nun hizmet akdini düzenleyen "mesai kaideleri" başlıklı 315. maddesi, işyeri iç yönetmeliği düzenlenmesine olanak sağlamaktadır (Çelik, 2006; s. 101). İşyeri iç yönetmeliğinin işçiyi bağlayıcı bir nitelik kazanması, iş sözleşmesi eki olarak kabul edilmesi için, sözleşmenin yapılmasından önce işverence yazılmış ve işçiye bildirilmiş olması gerekir. Denkleştirme uygulaması yapılabilmesi için, işinin yazılı onayı gerektiğinden, işçinin işyeri iç yönetmeliğindeki bu tür düzenlemeleri kabul ettiğine dair yazılı onayıyla birlikte, bu hükümler iş sözleşmesinin eki olarak kabul edilebilir. İşçinin yazılı onayının alınmaması halinde, işverenin iç yönetmelik hükümlerine dayanarak denkleştirme uygulaması yapma yetkisi bulunmamaktadır. Bu nedenle, işyeri iç yönetmeliğindeki hükümlerin işçiye bildirilmesi ve işçinin sözlü veya üstü kapalı kabulünün bulunması, yazılı onay koşulunu sağlamaz. İşçinin onayı alınmadan işveren tarafından sonradan yapılacak tek taraflı bir değişiklikle denkleştirme uygulanması mümkün değildir. Bu durum çalışma koşullarında esaslı değişiklik olarak kabul edilir.

2.3.5. Denkleştirme Döneminde İşçi Sağlığı ve Güvenliğinin Korunması

Denkleştirme uygulamasına ilişkin sınırlamalar, günlük çalışma süresinin onbir saati aşmaması, denkleştirme dönemi içinde ortalama haftalık çalışma süresinin 45 saati aşmaması ve denkleştirme uygulamasının iki veya toplu iş sözleşmesiyle arttırılmışsa dört aylık süre içinde gerçekleştirilmesidir. Hafta tatilinde dinlenme verilmesi zorunluluğu nedeniyle, işçinin günde onbir saatten bazı haftalarda 66 saat çalıştırılarak denkleştirme yapılması mümkündür. Ara dinlenmesi, günlük çalışma süresinden sayılmadığından toplam süre 12 saat olacaktır. İşverenin denkleştirme uygulaması çerçevesinde, bu süreyi günlerce ve haftalarca uygulaması da mümkündür. Günlük onbir saatlik çalışma süresinin uzun olması nedeniyle, bu dönemde işverenin İş Kanunu'nun 77. maddesindeki yükümlülükleri çerçevesinde, işçinin sağlığını ve güvenliğini de gözetmesi ve gerekli önlemleri alması gerekir. Bazı işler ve işçiler için, günlük çalışma süreleri sınırlandırılarak, uzun çalışma saatlerini gerektiren denkleştirme uygulamaları yapılması engellenmiş ve bu işçilerin sağlığının korunması amaçlanmıştır. Bunlar dışında kalan işçiler açısından da, işveren sağlık ve güvenlik önlemlerini uygulamakla yükümlüdür.

İş Kanunu'nun 63. maddesinin son fıkrasında, sağlık kuralları bakımından günde ancak yedibuçuk saat ve daha az çalışması gereken işlerin, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı ile Sağlık Bakanlığı tarafından müştereken hazırlanacak bir yönetmelikle düzenleneceği belirtilmiştir. Sağlık Kuralları Bakımından Günde Ancak Yedibuçuk Saat veya Daha Az Çalışması Gereken İşler Hakkında Yönetmelik'te (RG. 15.04.2004, 25434) düzenlenen işlerde, 7,5 saatlik günlük çalışma süresi aşılamayacağından bu süreyi aşacak şekilde denkleştirme uygulaması yapılamaz.

İş Kanunu'nda gece çalışmalarını düzenleyen 69. maddenin 3. fıkrasında, gece çalışmalarının günde yedibuçuk saati aşamayacağı düzenlenmiştir. Bu nedenle, gece çalışması yapan işçiler için, günlük 7,5 saatlik çalışmayı aşmayı gerektirecek şekilde denkleştirme uygulaması yapılamaz.

İş Kanunu'nun 71. maddesine göre, temel eğitimi tamamlamış ve okula gitmeyen çocukların çalışma saatleri günde yedi ve haftada otuzbeş saatten fazla olamayacağı ve onbeş yaşını tamamlamış çocuklar için bu süre sadece günde sekiz ve haftada kırk saate kadar artırılabileceği için, bu işçiler için de günlük 7,5 veya 8 saati aşacak denkleştirme uygulaması yapılamaz.

Gebe veya Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik (RG. 14.07.2004, 25522) hükümlerine uygun olarak, gebe, yeni doğum yapmış veya emziren kadın işçilerin çalışma saatlerinin sağlıklarının korunması önlemleri çerçevesinde belirlenmesi gerekir. Yönetmeliğin 10. maddesine göre, bu işçilerin çalışma süresi günde yedi buçuk saati aşamaz. Bu nedenle, bu işçiler için de günlük 7,5 saatlik süreyi aşacak şekilde denkleştirme yapılması mümkün değildir.

Fazla Çalışma Yönetmeliği'nin 8. maddesinde, fazla çalışma yaptırılmayacak işçiler düzenlenmiştir. Denkleştirme uygulamasıyla ilgili olarak benzer bir düzenleme yapılmamıştır. Ancak, yukarıda belirttiğimiz hükümler nedeniyle, bu işçiler açısından da günlük 7,5 saatlik çalışma süresi aşılamayacaktır. Bunlar dışında, iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesiyle önceden veya sonradan fazla çalışmayı kabul etmiş olsalar bile sağlıklarının elvermediği işyeri hekiminin veya Sosyal Sigortalar Kurumu Başkanlığı hekiminin, bunların bulunmadığı yerlerde herhangi bir hekimin raporu ile belgelenen işçilere de fazla çalışma yaptırılmaz. Bu işçiler açısından denkleştirme süresi uygulanması ve bu süre içinde günde onbir saatlik çalışma yaptırılması mümkündür. Oysa bu tür çalışmanın işçilerin sağlığını ve güvenliğini tıpkı fazla çalışma yapmış gibi olumsuz etkilemesi muhtemeldir. Bu nedenle, Fazla Çalışma Yönetmeliği'ndeki bu hükmün, denkleştirme uygulaması için de esas alınması gerekir.

2.4. İşçinin Onayının İş Hukukunun Temel İlkeleriyle İlişkisi

İş hukukunun doğumundaki önemli etken, sözleşme koşullarının, çoğunlukla ekonomik ve sosyal bakımdan işçiye nazaran daha üstün konumda olan işveren tarafından, kendi çıkarları doğrultusunda belirlenmesidir (Sevimli, 2006; s. 99-100; Çelik, 2006; s. 17; Mollamahmutoğlu, 2005; s. 9). İş hukuku, Borçlar Hukukunun sözleşme özgürlüğünün işçi aleyhine olabilecek bazı sonuçlarını önlemeyi ve bireysel ilişkide eşit pazarlık gücüne sahip olmayan işçiyi korumayı amaçlayarak çalışma hayatının asgari kurallarını belirlemektedir (Şahlanan, 2007; s. 165). İşsizliğin yoğun olduğu ülkelerde çalışmak için başvuran kişi, işveren tarafından ortaya konan çalışma koşullarını kabul edip etmeme konusunda çoğu zaman seçme serbestisine sahip bulunmamaktadır. İş sözleşmesinin devamı sırasında da, iş güvencesi kapsamındaki işçiler için dahi tazminat dışında güvence sağlanamamaktadır. Bu nedenle iş mevzuatında, taraflarca uyulması zorunlu ve sözleşmeyle değiştirilmesi olanağı bulunmayan mutlak emredici kurallar yanında, işçi yararına değiştirilebilen nispi emredici kurallara yer verilmektedir. Bu kurallar, sosyal devlet ilkesi ile işçinin korunması ilkesinin doğal sonucudur.

Anayasa'nın 2. maddesine göre, Türkiye Cumhuriyeti demokratik ve sosyal bir hukuk devletidir. Sosyal Devlet, sosyal adalete uygun, yani ulusal gelirden herkesin belirli düzeyin altına düşmeyecek şekilde uygun pay alması esasına göre kurulmuş Devlettir. Anayasanın "sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler" bölümünde yasa koyucuya yapacağı düzenlemenin esasları gösterilmektedir. Anayasa'da, iş hukuku ile doğrudan ilgili olarak 49. madde ile başlayan "çalışma ile ilgili hükümler" başlığı altındaki düzenlemelere yer verilmiştir.

İş ilişkilerini diğer hukuki ilişkilerden ayıran en önemli unsur, işçinin işverene olan hukuki bağımlılığıdır. Hukuki bağımlılık, işverenin denetim ve gözetimi altında ve onun iş düzenlemesi içinde işin görülmesini gerektirmektedir. Böylece işçinin işverene olan bağımlılığı iş ilişkilerinde işçinin kişilik haklarını daha da önemli bir hale getirmektedir. Bağımlılık unsuru işçiye, işverene karşı sadakat

borcunu yüklerken, işverene de işçiyi koruma yükümlülüğü getirmektedir (Aydınlı, 2005; s. 22; Çelik, 2006; s. 21-22). İşçinin işverene iktisadi olarak bağımlı olması ve onun talimatına uygun olarak çalışması karşısında, işveren iktisadi yönden daha güçlü durumdadır. Bunun sonucu olarak işveren, iş sözleşmesinde işyeri için elverişli koşulları sağlayacak hükümlere yer verecektir. Bu durumda işçi kendisine dayatılan koşulları kabul etmek zorunda kalacaktır. Bunun işçiyi bazen çok kötü duruma sokabileceği açıktır. Böyle bir sonucun doğmaması için, iş sağlığı ve güvenliği ile işin düzenlenmesine ilişkin esasların konulmasından başka, iş hukukunun işçiyi koruma amacı çerçevesinde diğer yasal önlemler de alınmaktadır. İş hukukunda işçiyi koruma amacının yanında, sürekli artan ölçüde görülen işletmecilik esaslarının ve iktisadi düzeninin şekillendirilmesine yardımcı olma ve işyerlerinin verimliliğini gözetme amacı da ortaya çıkmıştır. İş Hukuku ile iktisadi düzen karşılıklı etkileşim içinde olduğundan, karşılıklı dengenin de korunması gereklidir (Çelik, 2006; s. 17-18).

Kişilik hakkı kişinin maddi, manevi ve iktisadi haklarını kapsayan mutlak haklardandır. Anayasa'nın 12. maddesine göre, herkes kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir. 13. maddeye göre, temel hak ve hürriyetler, Anayasa'da belirtilen nedenlerle, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna uygun olarak, ancak kanunla sınırlanabilir. Kişi dokunulmazlığı ile kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkının korunmasına ilişkin kurallar, Borçlar Kanunu ile Medeni Kanun'da düzenlenmiştir. Borçlar Kanunu'nun 19. maddesinin ikinci fıkrasında, kişilik haklarına aykırı sözleşmelerin geçersiz olacağı hüküm altına alınmıştır. Medeni Kanunun 23. maddesinde, kişilik haklarının, kişinin kendi rızası ile dahi olsa genel ahlaka ve kanuna aykırı olarak sınırlanmasının mümkün olmadığı belirtilmiştir.

Birleşmiş Milletler Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin "adil ve uygun işte çalışma şartları" başlıklı 7. maddesinin son fıkrasında, bu sözleşmeye taraf Devletlerin herkese adil ve elverişli şartlarda çalışma hakkı tanınması gerektiği belirtilmiş; d bendinde dinlenme, çalışma arası, çalışma saatlerinin makul ölçüde sınırlandırılması ile ücretli yıllık izin ve resmi tatillerde ücret verilmesi haklarının güvence altına alındığı düzenlenmiştir. Avrupa Konseyi tarafından 1996 tarihinde kabul edilen ve ülkemiz tarafından 06.10.2004 tarihinde imzalanan gözden geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı 5547 sayılı Kanun'la uygun bulunmuştur (RG. 03.10.2006, 26308). Avrupa Sosyal Şartı madde 2/1'de, "Âkit Taraflar, adil çalışma koşullarına sahip olma hakkının etkili bir biçimde kullanılmasını sağlamak üzere, verimlilik artışı ve ilgili diğer etkenler izin verdiği ölçüde haftalık çalışma süresinin aşamalı olarak azaltılmasını öngören makul günlük ve haftalık çalışma saatleri sağlamayı;... taahhüt ederler." hükmü yer almaktadır.

İş Kanunu'yla çalışma sürelerine getirilen günlük ve haftalık sınırlamalarda amaç, kişisel olarak işçinin sağlığı ve sosyal yaşamını korumaktır (Karacan, 2007; s. 23). Ayrıca bu sınırlamalar, işletmelerin haksız rekabet yapmasına da engel olmayı sağlamaktadır. Türk Ticaret Kanunu'nun 57. maddesinde 10

numaralı bentte, rakipler hakkında da geçerli olan kanun, nizamname, sözleşme veya mesleki veya yerel adetlerle belirlenmiş iş koşullarına uymama, haksız rekabet hallerinden birisi olarak düzenlenmiştir.

Haftalık 45 saatlik süre veya günlük 8-9 saatlik süre, insanların normal olarak çalışabilecekleri süredir. Bu nedenle, denkleştirme süresindeki uzun çalışma saatleri olan günlerdeki çalışma koşullarının, işçinin beden ve ruh sağlığı ile sosyal yaşamındaki dengenin bozulması için tehlike oluşturma olasılığı vardır. Bu dönem içinde çalışma sürelerinin belirsiz olmasının yanında, yoğunlaştırılmış iş haftasında işçinin çalışma gücünden en üst derecede faydalanılması, işçinin iş sağlığı ve güvenliği için sorun oluşturabilir. Ayrıca işyerinin normal çalışma düzeninden farklı bir çalışma düzenine işçinin uyum sağlamasının ve sosyal hayatını bu düzene göre ayarlamasının zorlukları vardır (Karacan, 2007; s. 42; Caniklioğlu, 2005; s. 7). Özellikle, evli ve çocuklu olan ailelerde, iş ve aile hayatı dengesinin, belirsiz çalışma saatleriyle sağlanması zordur.

Bu sakıncaları önlemek için, İş Kanunu'nda, denkleştirme dönemi uygulamasına süre itibarıyla bazı sınırlar getirilmiştir. Günlük çalışma süresi, onbir saatle sınırlanmış; denkleştirme süresine iki aylık (toplu iş sözleşmesiyle dört aylık) sınırlama getirilmiş ve haftalık ortalama çalışma süresinin 45 saati aşamayacağı düzenlenmiştir. Ancak bu sınırlamalar işçinin çalışma süresindeki belirsizliği ortadan kaldırmayacağı gibi, günlük onbir saatlik sınırlama nedeniyle işçinin haftalarca günde onbir saatten haftada 66 saat çalıştırılması mümkün olabilecektir.

Çalışma sürelerinde esneklik sağlanırken, iş hukukunun amacı ve varlık nedeni olan işçiyi koruma amacı göz önünde tutulmalı ve asıl amaç güvenli esneklik olmalıdır (Alp, 2005, s. 42). Bu nedenle, denkleştirme uygulaması yapılması için tarafların anlaşmasına ilişkin düzenlemeyi yorumlarken, işçi yararına yorum ilkesinin uygulanması gerekir. Burada en önemli sorun, işçinin yazılı onayı serbest iradesi ile verip vermediğidir. Borçlar hukuku gereğince, sözleşmelerin yorumlanmasında kişilerin gerçek iradesinin ortaya konulması gerekir. Türk hukukunda irade beyanlarının yorumunda, yeni güven teorisi uygulanmaktadır. Bu teori, hem muhatabın beyan sahibinin arzu ve iradesini dürüst ve makul bir şekilde anlayacağına, hem de muhatabın beyan sahibinin arzu ve iradesini dürüst ve makul bir şekilde ifade edeceğine ilişkin güvenlerini koruma amacını gütmektedir (Eren, 1998, s. 147). Bu teörinin kaynağı Medeni Kanununun 2. maddesinde, hakların kullanımında ve borçların ifasında dürüstlük kuralına uyma (objektif iyiniyet) zorunluluğu olarak yer almaktadır. Her ne kadar esnek çalışma yöntemlerinin, her iki taraf için de fayda sağlayacağı düşünülse de, uygulamada esnek çalışma yöntemlerinden işverenin uygun bulduğu esneklik anlaşılmaktadır. Çalışma sürelerinin negatif esnekleşmesi olarak tanımlanan, işverenin gereksinimlerine göre çalışma sürelerinin düzenlenmesi uygulaması, fazla çalışmalara veya belirsiz çalışma sürelerine neden olmakta ve işçinin iş ile özel yaşam dengesini bozmaktadır (European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, 2005, s. 11 vd.). Denkleştirme dönemi içinde günlük ve haftalık çalışma süreleri ile denkleştirme süresi uygulamasının

başlangıç ve bitiş tarihlerini belirleme yetkisi tek başına işverene aittir (Çalışma Süreleri Yönetmeliği, m. 5/son). Bu durumda, aslında işçinin serbest iradesiyle çalışma sürelerinde belirsizliği istemeyeceği açıktır. Bu nedenle, işçinin onayıyla dahi denkleştirme süresi uygulanabilmesine ilişkin 4857 sayılı İş Kanunu'ndaki bu düzenleme çoğu zaman işçinin aleyhinedir.

İş Kanunu ve yönetmelikte, denkleştirme uygulamasına ilişkin hükümlerde işçinin korunması için belirli düzenlemeler yapılması gerekir. Öncelikle, günlük onbir saatlik ve haftalık ortalama 45 saatlik sınırlama işçiyi koruma açısından yeterli değildir. Denkleştirme uygulaması yapıldığı durumlarda, haftalık çalışma süresi bakımından da sınır getirilmesi gereklidir. Zira haftalık 66 saatlik çalışma süresi, işçiler bakımından yıpratıcıdır ve özellikle yoğun ve dikkatli çalışmayı gerektiren işlerde işçinin sağlığının bozulmasına ve iş kazalarının artmasına sebep olabilir.

İş kanunu'nun 67. maddesindeki, günlük çalışmanın başlama ve bitiş saatlerinin işyerinde işçilere duyurulması gerektiği kuralının, denkleştirme uygulaması olan dönemler açısından da uygulanması gerektiği kabul edilmeli ve bunun duyurulma esasları ve sürelerine ilişkin hükümler, Yönetmelikte düzenlenmelidir.

İşçilerin, iş sözleşmesi yapılırken veya sonradan çalışma süresinin günlere farklı dağılımı ve denkleştirme uygulamasına yönelik onaylarının, iş sözleşmesi devam ettiği sürece geçerli sayılması işçi bakımından sakıncalar doğurur. İşçiden her denkleştirme dönemi başında veya her yıl onay alınması koşulu getirilmeli ve onay vermeyen işçinin bundan zarar görmemesine ilişkin önlemler düzenlenmelidir.

3. FAZLA ÇALIŞMA KAVRAMI

Fazla çalışma kavramı, 4857 sayılı İş Kanunu'nun ücrete ilişkin 3. bölümünde düzenlenmiştir. "Fazla çalışma" başlığı altındaki 45. maddenin birinci fıkrasında fazla çalışma, kanunda yazılı koşullar çerçevesinde haftalık 45 saati aşan çalışmalar olarak tanımlanmış ve 63. madde hükmüne göre denkleştirme esasının uygulandığı hallerde, işçinin haftalık ortalama çalışma süresi, normal haftalık iş süresini aşmamak koşuluyla bazı haftalarda toplam kırkbeş saati aşsa dahi bu çalışmaların fazla çalışma sayılmayacağı belirtilmiştir. Aynı tanım, 41. madde uyarınca çıkarılan "İş Kanununa İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği" (RG. 6.4.2004, 25425) madde 3/1-a hükmünde yer almaktadır.

4857 sayılı İş Kanunu fazla çalışmayı, 1475 sayılı Kanundan farklı olarak belirlemiştir. Yürürlükten kaldırılan 1475 sayılı İş Kanunu'nun 35. maddesinde "memleketin genel yararları yahut işin niteliği veya üretimin artırılması gibi sebeplerle kanunda yazılı günlük çalışma süresinin dışında fazla çalışma yapılabilir" hükmü yer alıyordu. 4857 sayılı Kanun'da, fazla çalışmayı belirlemede ölçüt olarak günlük çalışma süresinin aşılması değil, haftalık kanuni normal çalışma süresi olan 45 saatin aşılması veya denkleştirme esasının

uygulandığı hallerde ortalama 45 saatlik sürenin aşılması esas alınmıştır. İş Kanunu madde 41/1'e göre fazla çalışmayı belirleyen haftalık çalışma süresi ölçütünün mutlak emredici olduğu, taraflarca sözleşmelere konulan hükümlerle bu ölçütün kaldırılması ve yerine başka bir ölçüt getirilmesinin mümkün olmadığı ileri sürülmektedir (Ekonomi, 2004; s. 160; Yargıtay 9. HD.'nin 22.09.2004 tarihli, 2004/24180 E., 2004/19649 K. sayılı kararına konu olan İş Mahkemesi kararı; karşı görüş, Astarlı, 2008; s. 174 vd.; Özdemir; 2005, s. 119; Şahlanan, 2007; s. 166-168). İş Kanunu'nun 63. maddesine göre, işyerinde denkleştirme uygulaması yapılabilmesi için tarafların anlaşması gerektiğinden, tarafların iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesiyle fazla çalışmanın belirlenmesinde günlük çalışma süresinin aşılmasını ölçüt almaları halinde, kanaatimizce haftalık çalışma süresinin günlere farklı dağılımı veya denkleştirme uygulaması için anlaşma yapmadıkları sonucu ortaya çıkar (ayrıntılı bilgi için bkz. Şahlanan, 2007, karar incelemesi; s. 161-168).

İş Kanunu'nun 63. maddesinin ikinci fıkrası, esnek düzenlemeyi haftalık çalışma süresine ve haftalık ortalama çalışma süresine dayandırmıştır İş Kanunu'nun gerekçesinde de, "getirilen düzenleme ile fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışmanın belirlenmesinde, artık günlük çalışma süresi yerine haftalık çalışma süresinin esas alınması kabul edilmiştir. Haftalık en çok 45 saati aşan çalışmalar fazla çalışmadır" ifadeleri yer almaktadır. Denkleştirme döneminin sonunda, o dönem içinde toplamda yapılan çalışmaların hafta sayısına bölünmesi suretiyle bulunan ortalama haftalık çalışma süresi, kırkbeş saati aştığı takdirde, aşan kısım fazla çalışma sayılır. İş Kanunu'nun 41. maddesindeki, fazla çalışmayı belirlemeye ilişkin haftalık çalışma süresi ölçütü, İş Kanunu'nun 63. maddesinin birinci fıkrasındaki eşit dağılım ilkesini uygulanamaz hale getirmiştir. Zira taraflar aksini kararlaştırmadıkları zaman haftalık çalışma süresinin günlere eşit dağılımı gerekmele birlikte, haftalık 45 saatlik süreyi aşmamak koşuluyla farklı dağılım yapılması durumunda da fazla çalışma kabul edilmeyecektir. Bu durumda, örneğin işçinin bir saatlik fazla çalışması karşılığında aynı hafta bir saat eksik çalıştırılarak denkleştirme sağlanacaktır. Oysa haftalık çalışma süresinin günlere eşit dağılımı söz konusu olduğunda, işçinin bir saat fazla çalışması karşılığında işçinin talebiyle birbuçuk saatlik serbest zaman kullanılması gerekir. Bu nedenle İş Kanunu'nun 41. maddesinde, tarafların farklı dağılıma yönelik anlaşma yapmadıkları durumlar için, günlük çalışma süresinin ölçüt alınacağına belirtilmesi uygun olurdu.

1475 sayılı Kanun'dan farklı bir düzenlemeyle İş Kanunu'nun 41. maddesinde, işçinin fazla çalışması, fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma olarak ayrılmış ve ikisini kapsamak üzere "fazla saatlerle çalışma" kavramı belirtilmiştir. Ceza yaptırımını düzenleyen İş Kanunu'nun 102. maddesinin c bendinde, her iki fazla çalışma türünü de içeren fazla saatlerle çalışma terimi yer almaktadır. Gerek İş Kanunu'nda, gerekse yönetmelikte, fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışmayı da içerecek şekilde fazla çalışma kavramı da kullanılmıştır. Fazla çalışma, haftalık veya haftalık ortalama 45 saati aşan çalışmaları ifade eder. Fazla sürelerle çalışma ise, haftalık çalışma süresinin sözleşmelerle 45 saatin altında belirlendiği durumlarda ortalama haftalık çalışma süresini aşan ve 45 saate

kadar yapılan çalışmaları ifade eder. İş Kanunu'nun 41. maddesine göre, fazla çalışmada, her bir saat fazla çalışma için verilecek ücret normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının yüzde elli yükseltilmesi suretiyle ödenir. Fazla sürelerle çalışmalarda, her bir saat fazla çalışma için verilecek ücret normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının yüzde yirmibeş yükseltilmesiyle ödenir. Fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma yapan işçi isterse, bu çalışmalar karşılığı zamlı ücret yerine, fazla çalıştığı her saat karşılığında bir saat otuz dakikayı, fazla sürelerle çalıştığı her saat karşılığında bir saat onbeş dakikayı serbest zaman olarak kullanabilir. İşçi hak ettiği serbest zamanı altı ay zarfında, çalışma süreleri içinde ve ücretinde bir kesinti olmadan kullanır.

3.1. Fazla Çalışma Türleri

3.1.1. Olağan (Normal) Fazla Çalışma

Olağan fazla çalışma, ülkenin genel yararları, işin niteliği ve üretimin artırılması gibi nedenlerle yapılan fazla çalışmadır. İş Kanunu'nun 41. maddesinin birinci fıkrasında yer alan ve fazla çalışma yapılabilmesinin nedenleri olarak gösterilen somut bir neden olan "işin niteliği" dışında kalan diğer iki sebebin soyut nitelikte olduğu ve işverene fazla çalışma yaptırabilme yönünde sınırsız ve denetimsiz bir yetki verilmiş olduğu öğretide haklı olarak ileri sürülmüştür (Mollamahmutoğlu, 2005; s. 694).

İş Kanunu'nun 41. maddesinin yedinci fıkrasına göre, olağan fazla çalışmayı uygulayacak işverenin işçinin onayını alması gerekir. Olağan fazla çalışma yapan işçiye, her fazla saat çalışması karşılığında, normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarı yüzde elli yükseltilerek ödenir.

Yargıtay kararlarında son yıllarda, fazla çalışma ve tatilde çalışmaların uzun bir süre için hesaplanması ve miktarın yüksek çıkması halinde, işçinin sürekli olarak fazla çalışma yapması veya tüm tatillerde çalışmasının hayatın olağan akışına ve insan doğasına uymadığı, işyerindeki üretim faaliyeti işçinin üstlendiği işin niteliği dikkate alınmadan sürekli iş gördürüldüğünün varsayılmayacağı, bu süre içinde yıllık izinlerin kullanılması ve hastalık, mazeret gibi diğer hallerin meydana gelmesi olasılığı karşısında, gerçekleşen fazla mesai alacağından bir hakkaniyet indirimi yapılması gerektiği ifade edilmektedir (Yargıtay 9.HD. 28.4.2005 T., 2004/ 24398 E., 2005/ 14779 K.; 9.12.2004 T., 2004/ 11620 E., 2004/ 27020 K.; 01.04.2008 T., 2007/18589 E., 2008/7133 K.; 21.03.2008 T., 2008/923 E., 2008/5603 K.; 14.05.2001 T., 3949 E., 8259 K.; 18.01.2001 T., 14135 E., 408 K.; 25.05.2006 T., 2005/35156 E., 2006/15327 K.; 22.06.2006 T., 2005/39088 E., 2006/18303 K.; 04.10.2006 T., 2006/4452 E., 2006/25787 K.; 14.11.2006 T., 2006/27127 E., 2006/30089 K.; 30.11.2006 T., 2006/11710 E., 2006/31530 K.; 19.01.2009 T., 2007/34124 E., 2009/109 K. sayılı kararları; Süzek, 2003; s. 53; Ulucan, 1998; s. 31-32; Soyer, 1999; s. 38-39; Sur, 2001; s. 33-34; Kamu-İş; 2008; Kamu-İş; 2006). Yargıtay, fazla çalışmanın fiili bir olgu olması nedeniyle tanıkla da kanıtlanabileceğini, takdirli delil niteliğindeki tanık anlatımları yerine, yazılı belgelere ve işveren kayıtlarına dayanması durumunda

indirime gidilmeyeceğini belirtmektedir (Yarg. HGK., 04.02.2009 T., 2009/9-2 E., 2009/48 K. sayılı karar).

Yargıtay, fazla çalışma yaptığını iddia eden işçinin bu iddiasının inandırıcı olması gerektiğini belirtmekte ve yaşamın olağan akışına aykırı bulunduğu fazla çalışma iddialarını kabul etmeyip, takdiri bir hakkaniyet indirimi yapmaktadır. Yargıtay'ın bir "formül gerekçe" ile reddettiği fazla çalışma iddialarının somut olayın özelliğine uygun düşüp düşmediğinin araştırılması gerekmekte ve fazla çalışmanın yapıldığı işçi tarafından yeterli sayılabilecek delillerle ortaya konulmuşsa, ülkemizdeki çalışma ilişkileri de dikkate alınarak salt bu çalışmanın gerçek dışı görülebileceği nedeniyle bir formül gerekçeyle talep reddedilmemelidir (Süzek, 2003; s. 52-53; Karacan, 2007; s. 94-95; Ulucan, 1998; s. 11 vd.; Soyer, 1999, s. 38). Zira ülkemize ilişkin çalışma süreleri istatistiklerinde de çok uzun çalışma saatleri söz konusu olabilmektedir. Ayrıca fazla çalışma sürelerinin işyeri kayıtlarında yer alması, sadece işveren tarafından yerine getirilecek bir husus olduğundan, yazılı belge bulunmaması durumunda da, diğer delillerin en iyi şekilde değerlendirilmesi ve işin niteliği ile çalışma düzeni de değerlendirilerek karar verilmesi gerekir. Tanık beyanına dayanan uzun süreli bütün fazla çalışma iddiaları için, hayatın olağan akışına uymadığı için indirim yapılması, işyeri kayıtlarında fazla çalışma sürelerini düzenlemeyen işverenin davranışının bedelini işçiye yükleme sonucunu doğurur.

Yasal koşulların gerçekleşmesine rağmen, işçi fazla çalışma yapmaktan kaçınırsa, işveren İş Kanunu'nun 25. maddesine göre "işçinin yapmakla görevli olduğu görevleri kendisine hatırlatıldığı halde yapmaması" haklı sebebine dayanarak iş sözleşmesini haklı sebeple, bildirimsiz ve tazminatsız feshedebilir. Bunun için, işçinin davranışının birkaç kez tekrarlanması gerekir. Yargıtay, fazla çalışma yapması için bir kez uyarılan işçinin fazla çalışmayı kabul etmemesi üzerine sözleşmenin feshini haklı bulmamaktadır (Yarg. 9. HD., 09.05.2005 T., 2004/25446 E., 2005/16086 K.). İş Kanunu'nun 25. maddesinin ikinci fıkrasının h bendinde işverenin iş sözleşmesini haklı fesih sebeplerinden birisi olarak düzenlenen "işçinin yapmakla ödevli bulunduğu görevleri kendisine hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesi" hükmünde, işçiye ödevlerinin hatırlatılması ve işçinin yapmamakta ısrar etmesi koşulları yer aldığı için, Yargıtay'ın yorumu isabetlidir. Yargıtay başka kararında da, fazla çalışma ücreti ödenmeyen işçilerin fazla çalışma yapmak istememeleri nedeniyle işveren tarafından sözleşmenin feshini haksız bulmuştur (Yarg. 9. HD., 27.03.2006 T., 2006/6685 E., 2006/7652 K.).

1475 sayılı Kanunda fazla çalışmalar günde 3 saat, fazla çalışma yapılabilecek günler toplamı da 90 işgünü ile sınırlandırılmışken, 4857 sayılı Kanun fazla saatlerle çalışmanın günlük miktarına bir sınırlandırma getirmeksizin, fazla çalışma süresinin toplamının yılda 270 saatten fazla olamayacağını düzenlemiştir. Böylece fazla çalışma uygulamalarındaki sınırın uygulanmasında esneklik getirilmiştir. Kanunda fazla sürelerle çalışma bakımından sınır getirilmemiştir. Fazla sürelerle çalışmanın sınırını, işçinin 45 saatin altında belirlenen normal haftalık çalışma süresiyle 45 saat arasındaki süre belirler

(Ekonomi, 2004; s. 169). Sonuç olarak fazla sürelerle çalışmaların sınırı haftalık 45 saattir.

İş Kanunu'nun 63. maddesinde denkleştirme uygulamasına ilişkin olarak belirtilen günlük azami onbir saatlik çalışma süresinin, fazla çalışma süresini de kapsadığı sonucuna varılması gerekir. İş Kanunu'na İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği'nin 4. maddesinde, günlük çalışma süresinin her ne şekilde olursa olsun onbir saati aşamayacağına ilişkin hüküm de, bu sonuca varmayı gerektirir. Yönetmelikteki hükmün devamında, işçinin bu sınırları aşan şekilde çalıştırılmasında, fazla çalışma hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. Haftalık 45 saatlik süre aşılmassa da, günlük onbir saati aşan çalışmalar fazla çalışma olarak kabul edilmektedir (Yarg. 9. HD., 22.03.2007 T., 2006/22706 E., 2007/8208 K.; 21.03.2008 T., 2008/923 E., 2008/5603 K.; 15.12.2008 T., 2007/30201 E., 2008/33618 K.; 19.01.2009 T., 2007/34124 E., 2009/109 K. sayılı kararları; karşı görüş için bkz. Astarlı; 2008, s. 176 vd.).

3.1.2. Zorunlu Fazla Çalışma

İş Kanunu'nun 42. maddesinde, zorunlu nedenlerle fazla çalışma düzenlenmiştir. Zorunlu fazla çalışma, bir arıza sırasında veya bir arızanın mümkün görülmesi durumunda yahut makineler ile araç ve gereç için hemen yapılması gereken acele işlerde veyahut zorlayıcı nedenlerin ortaya çıkmasında yapılan fazla çalışmadır.

İş Kanunu'nun 42. maddesinin ikinci fıkrasında, zorunlu nedenlerle fazla çalışmaya 41. maddenin fazla çalışmayı tanımlayan birinci fıkrasının, fazla çalışma ücretini düzenleyen ikinci fıkrasının ve fazla sürelerle çalışmayı ve buna ilişkin ücreti düzenleyen üçüncü fıkrasının uygulanacağı belirtilmiştir. 41. maddenin diğer hükümlerine yollama yapılmadığından, fazla çalışma yapan işçinin isterse bunun karşılığında serbest zaman kullanacağına, fazla çalışma için işçinin onayının alınmasına ve fazla çalışmalarda yıllık 270 saatlik sınırlamaya ilişkin hükümler, zorunlu nedenlerle yapılan fazla çalışmalarda uygulanamaz. İş Kanunu'na İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği'nin 9. maddesinde, zorunlu nedenlerle veya olağanüstü durumlarda yapılan fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma için işçinin onayının aranmayacağı düzenlenmiştir. Bu durumda, Kanunda sayılan ve zorunlu fazla çalışmayı gerektiren durumlardan birisi söz konusu ise, işçi fazla çalışma yapmayı kabul etmektedir.

Zorunlu fazla çalışmalarda, fazla çalışma süresi kanunda belirli bir süreyle sınırlandırılmamıştır. İşyerinin olağan iş düzenine dönmesi sağlanıncaya dek zorunlu fazla çalışmanın sürdürülmesi mümkündür. Kanunda, fazla çalışma yapan işçilere uygun bir dinlenme süresinin verilmesinin zorunlu olduğu belirtilmiştir.

3.1.3. Olağanüstü Fazla Çalışma

Olağanüstü hallerde fazla çalışma, İş Kanunu'nun 43. maddesinde düzenlenmiştir. Seferberlik sırasında ve ülke savunmasının gereksinimlerini sağlayan işyerlerinde çalışan işçilere yaptırılan fazla çalışmadır. Ayrıca, doğal afet ve tehlikeli salgın hastalıklar yüzünden olağanüstü durum ilan edilen bölgelerde, günlük iş sürelerinin artırılabilmesi de mümkündür. Olağanüstü fazla çalışma yapılabilmesi için Bakanlar Kurulunun buna gerek duyması zorunludur. Olağanüstü fazla çalışma yaptırılması için de, işçinin onayına gerek yoktur.

3.2. Fazla Çalışma Yasakları

İş Kanunu'nun 41. maddesinin altıncı fıkrasında, 63. maddenin son fıkrasındaki sağlık kuralları bakımından günde yedibuçuk saat ve daha az saat çalışması gereken işlerde ve İş Kanunu'nun 69. maddesinde belirtilen gece çalışmasında fazla çalışma yapılamayacağı düzenlenmiştir. Fazla çalışma yapılamayacak işler, Fazla Çalışma Yönetmeliği'nin 23. maddesinde düzenlenmiştir. İş Kanunu'nda belirtilen yasalara ek olarak, maden ocakları, kablo döşemesi, kanalizasyon, tünel inşaatı gibi işlerin yer ve su altında yapılanlarında fazla çalışma yapılamayacağı düzenlenmiştir.

Fazla çalışma yaptırılmayacak işçiler, Yönetmeliğin 8. maddesinde düzenlenmiştir. 18 yaşını doldurmamış işçilere, iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi ile önceden veya sonradan fazla çalışmayı kabul etmiş olsalar bile sağlıklarının elvermediği işyeri hekiminin veya Sosyal Sigortalar Kurumu Başkanlığı hekiminin, bunların bulunmadığı yerlerde herhangi bir hekimin raporu ile belgelenen işçilere, İş Kanunu'nun 88. maddesinde öngörülen Yönetmelikte belirtilen gebe, yeni doğum yapmış ve çocuk emziren işçilere, kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalıştırılan işçilere fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma yaptırılmayacağı düzenlenmiştir.

Fazla çalışma yasakları olan işler ve işçiler için alınacak onay da geçersiz sayılacaktır. Yargıtay'ın 1475 sayılı Kanunun yürürlükte olduğu dönemdeki bir kararında, gece saatlerinde fazla çalışma yapması yasaklanan kadın işçinin, önceden fazla çalışmaya onay verse de, gece vardiyasında çalışmayı kabul etmemesi üzerine iş sözleşmesinin işveren tarafından feshi haksız fesih olarak kabul edilmiştir (Yarg. 9. HD., 19.09.2000 T., 12795 E., 11947 K.).

3.3. Olağan Fazla Çalışmada İşçinin Onayı

3.3.1. Onayın Şekli

İş Kanunu'nun 41. maddesinin yedinci fıkrasına göre, olağan fazla çalışmayı uygulayacak işverenin işçinin onayını alması gerekir. Denkleştirme uygulaması bakımından aranan anlaşma koşulu, iki tarafın karşılıklı irade uyuşmasını ifade etmekle birlikte, onay kurucu yenilik doğuran bir haktır ve hak sahibinin

kullanmasıyla bir hak kazandırır. Yenilik doğuran hakların kullanılması tek taraflı hukuki işlemdir (Eren, 1998; s. 158). İşçinin tek taraflı irade beyanının işverene ulaşmasıyla, işveren bakımından fazla çalışmanın sebepleri gerçekleştiğinde fazla çalışma yapılmasını işçiden isteme hakkını doğurur. Tarafların anlaşmasıyla veya işçinin sonradan vereceği onay ile yoğunlaştırılmış iş haftası uygulanması veya işçinin onayıyla fazla çalışma yaptırılması konusunda talep yetkisi işverene aittir. Haftalık çalışma süresinin günlere farklı dağılımında tarafların yazılı anlaşması koşulu yer alsa da, fazla çalışmada olduğu gibi bu durumda da işçinin yazılı onayı yeterlidir. Bunların uygulanmasına karar verme yetkisi ise Kanundaki sınırlar çerçevesinde işverene aittir. Bu nedenle fazla çalışma için onay veren işçi, işverenin talebi olmadan fazla çalışma yapamaz.

1475 sayılı İş Kanunu döneminde, işçinin onayının iş sözleşmesine veya toplu iş sözleşmesine konacak bir hükümlerle alınabileceği ve işçinin işe girişinde veya sonradan alınabileceği kabul edilmekteydi. 2005 yılında yürürlükten kaldırılan 1973 tarihli Fazla Çalışma Tüzüğü'nün 5. maddesinde, fazla çalışma yaptırmak için işçinin muvafakatinin iş sözleşmelerinde veya toplu iş sözleşmelerinde o işte fazla çalışma imkan ve ihtimalinin bulunduğu belirtilmek suretiyle önceden de sağlanabileceği hükmü yer almaktaydı. Tüzüğe göre onayın her yıl yenilenmesi gibi bir zorunluluk bulunmamaktaydı.

Tüzüğün 6. maddesine göre, bir işyerinde fazla çalışma yapılması için, o işyerinin bağlı bulunduğu bölge çalışma müdürlüğünden izin alma zorunluluğu bulunmaktaydı. 8. madde hükmüne göre, fazla çalışma izni 90 iş gününü kapsamak üzere bir defada alınabileceği gibi, daha kısa süreleri kapsamak üzere bir kaç defada da alınabilmekteydi. Tüzüğün 7. maddesinde, işçilerine fazla çalışma yaptırmak isteyen işverenin bölge çalışma müdürlüğüne yazı ile bildirmekle yükümlü olduğu hususlar düzenlenmişti. Bu hususlar şunlardır: a) Fazla çalıştırmayı gerektiren nedenleri, b) Fazla çalışma izninin işyerindeki bütün işçileri mi, belirli bölümlerdeki işçileri mi, belirli bir işi gören işçi gruplarını mı kapsayacağı, c) Fazla çalışmanın başlayacağı günü, ç) Fazla çalışma yapılacak günlerin tutarı ile günde kaç saat fazla çalışılacağı, d) Saat başına ne oranda fazla ücret verileceği, e) Fazla çalışmalarda işçilerin muvafakatinin 5. maddede yazılı biçimlerden hangisine göre alınmış ve ne şekilde belgelendirilmiş olduğu, f) İşçiler arasında belirli kişilere fazla çalışma yaptırılması gerekli ise, bu işçilerin adları ve soyadları ile varsa işçilik numaraları ve yaptıkları işlerin türü, g) Fazla çalışma yapılacak günlerde ara dinlenmelerini ne şekilde uygulayacağı.

Fazla çalışmanın koşullarından, fazla çalışma nedenleri ile işverenin fazla çalışma yaptırılmasını istemesi ve işçinin onayının alınması konusunda, 4857 sayılı İş Kanunu'yla önemli bir değişiklik getirilmemiştir. 1475 sayılı Kanun döneminde fazla çalışma yaptırılması için Bölge Çalışma Müdürlüğünden izin alınması koşulu, uygulamada pratik etkiye sahip olmadığı gerekçesiyle yeni kanunda yer almamıştır.

İş Kanunu'nun 41. maddesinde, fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışmanın ne şekilde uygulanacağını çıkarılacak yönetmelikte düzenleneceği belirtilmiştir. Fazla çalışma için işçinin onayının alınmasının şekli ile ilgili olarak Kanunda bir düzenleme yer almamaktadır. Fazla Çalışma Yönetmeliği'nin "fazla çalışma yaptırılacak işçinin onayı" başlıklı 9. maddesinin birinci fıkrasında, fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma yaptırmak için işçinin yazılı onayının alınmasının gerektiği, zorunlu nedenlerle veya olağanüstü durumlarda yapılan fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma için bu onayın aranmayacağı düzenlenmiştir. 9. maddenin ikinci fıkrasında, fazla çalışma ihtiyacı olan işverence bu onayın her yıl başında işçilerden yazılı olarak alınacağı ve işçi özlük dosyasında saklanacağı düzenlenmiştir.

Fazla Çalışma Yönetmeliği'nde her yıl başında yazılı olarak onay alınması yönündeki düzenleme, Kanuna aykırı olduğu gerekçesiyle eleştirilmektedir (Çelik, 2006; s. 322). Bir görüşe göre iş sözleşmesinde veya toplu iş sözleşmesinde işçinin rıza vermesi halinde, ayrıca onay almaya gerek yoktur (Süzek, 2006; s. 749; Soyer, 2004; s. 800). Bir görüş, her takvim yılı başında onay alınmasını işyerindeki denetimle ilgili kamu hukukuna ilişkin bir yükümlülük olarak kabul etmekte ve sözleşmeyle onay vermesine rağmen işçinin fazla çalışmaya kalmamasının sözleşmeye aykırılık teşkil edeceğini belirtmektedir (Eyrenci, Eylül 2005; s. 262). Buna karşılık, işverenin keyfi olarak fazla çalışma yaptırmasını engellemek ve işçiyi uzun süre önce vermiş olduğu onayla bağlı tutmamak açısından Yönetmeliğin yetkisini aşmadığı sonucuna da ulaşılabilir (Karacan, 2007; s. 170). Aynı şekilde yönetmelik hükümlerinden takvim yılının mı yoksa işçinin işe girdiği yılı takip eden yılın mı anlaşılması gerektiği anlaşılmasa da, her yıl rızanın yenilenmesi gerektiği ve iş sözleşmesinde yer alan onayın ilk yıl için geçerli olduğu belirtilmektedir (Yenisey, 2009; s. 5; Astarlı, 2008; s. 185). Diğer bir görüşe göre, her yıl rıza alınmasına ilişkin hükmün, geçerlilik koşulu olmadığı ileri sürülmektedir (Akyiğit, 2005; s. 5).

Yargıtay, işçinin işe girerken verdiği rızanın sonraki yıllarda yapılan fazla çalışmaları haklı göstermediği; işçinin onayının her yılbaşında yazılı olarak alınması gerektiğini hüküm altına almıştır (Yarg. 9. HD., 23.12.2004 T., 2004/17276 E., 2004/29157 K.; 18.12.2006 T., 2006/26513 E., 2006/33392 K.; 08.05.2006 T., 2006/10028 E., 2006/13006 K. sayılı kararları). Çalışmakta olan işçiden daha önce yazılı onay alınmış olsa dahi, Yönetmeliğin yürürlüğe girdiği tarihi takip eden yıl başından itibaren ve her yıl yeniden onay almayan işveren, işçiyi fazla çalışma yapmaya zorlayamayacaktır. Her yıl fazla çalışma onayı alınmamış olan bir işçinin fazla çalışmayı kabul etmemesi üzerine, iş sözleşmesinin işverence feshinin geçerli neden oluşturmadığı, Yargıtay tarafından kabul edilmiştir (Yargıtay 9.HD. 8.5.2006 gün 2006/10028 E, 2006/13006 K.).

Yargıtay, fazla çalışma için işçiden yazılı onay alınmadığı bir olayda, fazla çalışma için önceden onay alınmamış olsa da, daha önce fazla çalışma yapan ve ücreti tam ve düzenli olarak ödenen işçinin fazla mesaiye kalmak istememesi

fesih için geçerli neden kabul edilmelidir, şeklinde karar vermiştir. (Yarg. 9. HD., 08.10.2007 T., 2007/11936 E., 2007/29817 K.). Yargıtay'ın bu kararı, yazılı onayın alınması gerektiğine ilişkin içtihadına ve Yönetmelik hükümlerine uymamaktadır.

İşçi fazla çalışmaya onay vermiş olsa da, sağlık durumunun fazla çalışmaya imkan tanımaması ya da fazla çalışmaya katılmamayı haklı kılan diğer nedenlerin varlığı halinde, iyiniyet kuralı gereğince fazla çalışmaya zorlanamaz (Ekonomi, 1987; s. 305; Mollamahmutoğlu, 2005; s. 694; Astarlı, 2008; s. 186). Bir görüşe göre, fazla çalışmanın işçinin durumunu kendisinden beklenemeyecek ölçüde ağırlaştırması durumunda sözleşmesinin feshine gerek kalmadan Borçlar Kanunu'nun 329. maddesine göre fazla çalışmadan çekinme hakkı vardır (Kurucu, 1987; s. 125). İşçinin onay alınmadan fazla çalışma yapmasının istendiği durumlarda veya onay alındığı halde belirlenen an için fazla çalışma yapmasının istenmesinin iyiniyet kuralları ile bağdaşmadığı durumlarda, işçinin bu çalışmayı yapmaktan çekinme hakkı vardır (Çil, 2007; s. 59). Fazla çalışmaya onay vermeyen işçiden fazla çalışma talep edilmesi, İş Kanunu'nun 22. maddesi anlamında çalışma koşullarında esaslı değişiklik olarak değerlendirilmelidir (Mollamahmutoğlu, 2005; s. 695; Astarlı, 2008; s. 187). Eğer işveren yasal olmayan fazla çalışmaya işçiyi sürekli zorlarsa, İş Kanunu'nun 24. maddesinin ikinci fıkrasının f bendi uyarınca "çalışma koşullarının uygulanmaması" nedeniyle işçi haklı sebeple sözleşmeyi feshedebilir (Aynı görüşte, Çil, 2007; s. 59).

Yargıtay 1475 sayılı Kanunun yürürlükte olduğu dönemde verdiği 25.10.2001 tarihli kararında, işçinin fazla çalışma yapmayı kabul etmemesini, Kanunda belirtilen yasal sınırlar aşıldığı için haklı bulmuştur. Yargıtay bu kararında, "Dairemizin yerleşmiş uygulamasına göre bir işçi yasal sınırlar içinde fazla mesaiyi kabul etme durumundadır" ifadesine yer vermiştir. Yasal sınırlar içindeki fazla çalışma için de, işçinin onayının alınması zorunludur (Süzek, 2003; s. 54-55).

Fazla çalışma uygulaması özellikle yoğunlaştırılmış iş haftalarının uygulandığı dönemlerde işçinin sağlığı ve sosyal yaşamı açısından tehlikeli olabilecek bir uygulamadır. Bu nedenle kanunda fazla çalışmalar için süre sınırlamaları öngörülmüştür. Bir gün içinde yapılacak çalışma onbir saatle sınırlanmıştır. Bununla birlikte tasarıda yer alan, denkleştirme döneminde ortalama çalışma süresinin fazla çalışmalar da dahil olmak üzere, haftada kırksekiz saati aşamayacağı yönündeki düzenleme Kanuna alınmayarak, yerine fazla çalışma süresinin toplamının yılda ikiyüzyetmiş saatten fazla olamayacağı hüküm altına alınmıştır.

3.3.2. Toplu İş Sözleşmesiyle Onay Alınması

Fazla Çalışma Yönetmeliği'nin fazla çalışma yaptırılmayacak işçileri düzenleyen 8. maddesinde, "..iş sözleşmesi veya toplu iş sözleşmesi ile önceden veya sonradan fazla çalışmayı kabul etmiş olsalar bile .." ibaresi yer almaktadır. Bu

hüküm, fazla çalışma onayının toplu iş sözleşmesiyle alınabileceğini belirtmektedir. Ancak toplu iş sözleşmesiyle, işyerinde fazla çalışma yapılacağı düzenlenmiş olsa dahi, Fazla Çalışma Yönetmeliği'ndeki hüküm nedeniyle, işçiden her sene başında yazılı onayın alınması gerekir.

Toplu iş sözleşmesindeki fazla çalışmaya ilişkin düzenleme, açık onayı olmayan sendika üyesi olmayan işçiler açısından uygulanamaz. Toplu iş sözleşmesinin normatif kısmının, iş sözleşmelerini, kanun gibi doğrudan doğruya ve emredici olarak etkileyeceği kabul edilmektedir (Çelik, 2006; s. 513). İş sözleşmesi taraflarının ayrıca anlaşmalarına gerek kalmadan, toplu sözleşme kapsamına giren işçilerin iş sözleşmeleri sözleşmenin normatif hükümlerinden doğrudan doğruya etkilenir (Çelik, 2006; s. 514). Yönetmelikte yazılı onay koşulu açıkça yer aldığı için, toplu iş sözleşmesinin kapsamı dışındaki işçilerden ayrıca yazılı onay alınması ve her sene yenilenmesi gerekir.

3.3.3. Fazla Çalışma Ücretlerinin Aylık Ücretin İçinde Kararlaştırılmasının Onay Olarak Kabul Edilip Edilmeyeceği Sorunu

İşçinin ücretine fazla çalışma ücretlerinin de dahil olduğuna ilişkin sözleşme hükümlerinin geçerli olduğu, ancak yasal süreler dışında yaptırılan fazla çalışmalar için ayrıca fazla çalışma ücretinin ödenmesi gerektiği öğretide kabul edilmektedir. (Süzek, 2006; s.633; Mollamahmutoğlu, 2005; s.697; Eyrenci ve diğerleri, 2005; s.224; Çelik, 2006; s.326; Karacan, 2007; s. 103; Ekonomi, 1987; s. 308).

Yargıtay kararlarına göre fazla çalışma ücreti, işverenin yönetimi altında günlük çalışma sürelerinin işyerinde çalışılarak geçirilmesi ve haftalık 45 saatlik çalışma süresinin aşılması halinde ödenen bir ücrettir. Bu ücret kural olarak belirlenmiş olan aylık ücretin içinde değildir. Taraflar bunun aksini ancak yazılı bir anlaşma ile kararlaştırabilirler (Yarg. 9 HD., 24.1.2002, E. 16225, K. 731). Ancak, işçinin üst düzeyde bir yönetici olması, yüksek sayılabacak bir ücret alması ve mesaisini kendisinin ayarlaması halinde fazla mesai ücreti talep edemez (Yarg. 9. HD., 14.3.2005, E. 19804, K. 8199) . Bunun gibi işverenin gözetimi ve denetimi dışında satış elemanı olarak görev yapan kendi karar verme yetkisiyle faaliyetini sürdüren ve zamanını kendi ayarlayan işçinin fazla çalışma ücreti talep etmesi hayatın olağan akışına ters düşer. Aksi halde bu tür çalışma işçinin hakkını kötüye kullanmasına da yol açabilir (Yarg. 9 HD., E.2005/23905, K. 2006/5769; Ulucan, 2007; 184 vd.). Yargıtay, işyerinde en üst düzey konumda çalışan işçinin görev ve sorumluluklarının gerektirdiği ücretinin ödenmesi durumunda ayrıca fazla ve tatil çalışmaları karşılığı ücrete hak kazanılmasının olanaklı olmadığı; üst düzey yönetici konumunda olan işçiye aynı yerde görev ve talimat veren bir yönetici ya da şirket ortağı bulunması durumunda, işçinin çalışma gün ve saatlerini kendisinin belirlediğinden söz edilemeyeceğinden yasal sınırlamaları aşan çalışmalar için fazla mesai ve tatil çalışmaları karşılığı ücret talep hakkı doğacağını belirtmektedir. (Yarg. 9. HD., 01.04.2008 T., 2007/18589

E., 2008/7133 K. sayılı; 21.03.2008 T., 2008/923 E., 2008/5603 K.; Yarg. HGK., 24.12.2008 T., 2008/9-774 E., 2008/785 K. sayılı kararları).

Öğretide fazla çalışma ücretlerinin ücretin içinde yer aldığına ilişkin sözleşme hükümlerine geçerlilik tanınmaması gerektiği de ileri sürülmektedir (Çil, 2007; s. 67). Yazara göre, bu sözleşme hükümlerine geçerlilik tanınması halinde, işçilerin karşılığını alamadan fazla çalışmaya zorlanmaları ve yasanın amir hükümlerinin dolanılması gibi genel bir uygulama ortaya çıkacaktır ve bir diğer sonucu da, daha fazla çalışıldığının kanıtlanmasında yazılı delil ileri sürülmesi gerekecektir. İşçinin yılda 270 saatlik ücretinin aylık ücretin içinde ödendiği kabul edildiğine göre, fazla çalışmayı da içeren ücretin ödenmiş olması, bunu aşan çalışmaların yazılı delille kanıtlanması yükümünü de ortaya çıkaracaktır (Çil, 2007; s. 67). Akyiğit, 1475 sayılı Kanunun yürürlükte olduğu dönemde, sözleşmelerde yer alan bu tür koşulların geçerli olacağını, ancak 4857 sayılı Kanun fazla sürelerle çalışma ve serbest zaman kullanımı konusunda yeni düzenlemeler getirdiği için yeni kanun döneminde geçersiz olacağını belirtmektedir. (Akyiğit, 2005; s.14-15). Karacan'a göre, böyle bir anlaşma Kanundaki sınırlamalar için geçerli olmakla birlikte, işçinin fazla çalışması karşılığı olarak, serbest zaman talep etme hakkı saklı olmalıdır (Karacan, 2007; s. 103-104).

Bir diğer görüşe göre, sözleşme özgürlüğü kapsamında taraflar iş sözleşmesinde iş görme ediminin karşılığı olan ücreti serbestçe belirleyebildikleri için, bu tür hükümler belirli koşullarda geçerlidir (Astarlı, 4/2008; s. 13 vd.). Yazara göre, sözleşmede ayrıca asıl ücretin fazla saatlerle çalışma ücretlerini de kapsadığı yönünde açık bir hüküm yoksa, işçinin ücretinin yüksek olarak belirlenmesi tek başına fazla saatlerle çalışmaların asıl ücret içinde karşılanacağı sonucunu doğurmaz. Eğer taraflar fazla saatlerle çalışma ücretlerinin de asıl ücret içinde olduğunu kabul etmek istiyorlarsa bunu sözleşmede açıkça kararlaştırmak zorundadırlar (Astarlı, 4/2008; s.15). Ancak fazla saatlerle çalışma ücretinin de asıl ücret içinde belirlendiği bir sözleşmenin, işverene çalışma süreleri ve fazla saatlerle çalışmalara ilişkin Kanun hükümlerini dolanmasına imkan tanımayacak nitelikte olduğunun kabulü için, tarafların ücreti iş görme edimine orantılı olarak mutad olan ücretin üzerinde belirlemeleri gereklidir (Astarlı, 4/2008; s. 18-19). Benzer bir görüşe göre, fazla çalışma ücretinin ücrete dahil olduğu koşulunun geçerli olabilmesi için, işçiye o zaman dilimi için ödenen ücretin yasal asgari ücretin ona denk gelen kısmı ile iddia edilen fazla çalışma saatlerine göre onun zamlı miktarından az olmaması gerekir (Akyiğit, 2005; s. 14; Karacan, 2007; s. 103). Bu görüşe göre, tarafların sözleşme özgürlüğü bağlamında fazla saatlerle çalışma ücretlerinin asıl ücret içinde ödenmiş olduğunu kararlaştırılabilmesi sadece yasal fazla saatlerle çalışmalar bakımından mümkündür. Yargıtay kararlarına göre, taraflar bu tür bir sözleşme hükmü öngörseler de, ancak günlük onbir saati geçmeyen fazla saatlerle çalışmalar ile yıllık 270 saate kadar yapılacak fazla çalışmalar için geçerli olacaktır (Yarg. 9. HD., 27.02.2007 T., 2006/35064 E., 2007/5354 K.; Yarg. HGK., 24.12.2008 T., 2008/9-774 E., 2008/785 K. sayılı kararları; Astarlı, 4/2008; s. 21; Akyiğit, 2005; s. 14; Karacan, 2007; s. 103; Süzek, 2003; s. 51).

Yargıtay, sözleşmede yer alan ve normal çalışma saatleri dışında veya tatil ve resmi tatil günleri yapılacak çalışma karşılığında herhangi bir ek ücret ödenmeyeceğine ilişkin kuralın, sözleşmedeki ücretin içinde, yapılan fazla mesai karşılığı ücretin de olduğu şeklinde değerlendirilmesinin uygun olmadığını belirtmiştir (Yarg. 9. HD. 07.09.2005, E.2005/28865, K.2005/26825). Yargıtay aynı şekilde "belirli bir sürede bitirilmesi gereken işler söz konusu olduğunda, sözleşmeli personel normal saatleri dışında veya hafta tatili ve resmi tatillerde çalıştırılabilir. Bu yapacağı çalışmalar karşılığında ilgiliye herhangi bir ek ücret ödenmez" şeklindeki bir iş sözleşmesi hükmünün 95 sayılı Uluslararası Çalışma Örgütü sözleşmesine ve Anayasanın 55. maddesine aykırılığından dolayı geçersizliğine hükmetmiştir (Yarg. 9. HD. 28.06.2004, E.2004/13063, Astarlı, 4/2008; s. 16)).

Taraflar arasındaki iş sözleşmesinde yer alan "işin ve görevin niteliği nedeniyle normal mesai saati diye bir tanımlama söz konusu olmayıp, personel resmi tatil günleri de dahil olmak üzere işin gereğine bağlı olarak her günün her saatinde çalışabilir. Önemli olan görev tanımına giren işlerin zamanında tamamlanmasıdır. Bu itibarla personelin normal çalışma günleri ve saatleri dışında yapacağı çalışmalar için herhangi bir fazla çalışma ücreti talebinde bulunması söz konusu değildir" hükmünü, Yargıtay yılda 270 saate kadar fazla çalışmaların aylık ücretin içinde olduğu şeklinde değerlendirmektedir (Yarg. 9. HD., 20.11.2007 T., 2007/26362 E., 2007/34664 K. sayılı karar). Yargıtay kararlarında, taraflarca ücretin fazla çalışma ücretini de kapsadığına ilişkin anlaşmalarda, bu anlaşmalarda aylık ne kadar fazla mesainin ücrete dahil olduğu belirtilmediğinden, bu anlaşmanın 1475 sayılı İş Kanunu'nun 35. maddesine göre yıllık 270 saatlik fazla çalışma ücretini kapsadığı kabul edilmekte ve bunun üzerindeki fazla çalışmalar için işçinin ayrıca fazla çalışma ücreti isteyeceği belirtilmektedir (21.03.2008 T., 2008/923 E., 2008/5603 K. sayılı; Yarg. 9. HD., 25.10.2001 T, 10041 E., 16650 K.6650, Süzek, 2003, s. 55-56).

Alman Hukukunda asıl ücretin fazla saatlerle çalışma ücretini de kapsadığına ilişkin sözleşme hükümlerinin geçerliliği için, saydamlık kuralı kapsamında hükmün açık ve anlaşılır olması gereklidir. Bunun için fazla saatlerle çalışmanın azami süresinin de sözleşmede yer alması gerektiği, zira ancak bu şekilde işçinin ne kadar süre fazla saatlerle çalışma yapacağını ve asıl ücret içindeki ne kadarlık bir kısmın fazla saatlerle çalışma ücreti olarak kendisine ödeneceğini öngörebileceği kabul edilmektedir (ayrıntılı bilgi için bkz. Astarlı, 4/2008; s. 23).

Fazla çalışma ücretlerinin işçinin ücretinin içinde olduğunun kararlaştırılması durumunda, bunun Kanunda belirtilen yıllık 270 saatle sınırlı olduğu konusunda, öğretide görüş birliği vardır. Yargıtay kararlarında da bu kabul edilmektedir. Sorun, sözleşmede yer alan böyle bir hükmün geçerli olup olmayacağıdır. Olağan fazla çalışma için işçinin onayının alınması gerektiği ve bunun her yılbaşında yenilenmesi gerektiği İş Kanunu ve yönetmelikte düzenlenmiştir. Bu durumda, olağan fazla çalışma için işçinin onayı zorunludur. İş sözleşmesinde, fazla çalışma ücretlerinin ücretin içinde yer aldığına ilişkin hüküm, işçinin fazla

çalışma yapmayı onayladığı anlamına gelmez. Aksi takdirde, böyle bir sözleşme koşuluyla İş Kanununda yer alan onay zorunluluğuna ilişkin hükmün dolanılmasına, yani kanuna karşı hile yapılmasına sebep olabilir. Bu tür koşullara geçerlilik tanınması, işverenin İş Kanunu ve yönetmelikteki fazla çalışmaya ilişkin yükümlülüklerinden kaçınması sonucunu da doğurur. Sözleşmede yer alan bu koşul, işçinin fazla çalışma yapmaya onay verme hakkından ve fazla çalışma karşılığında serbest zaman kullanma hakkından vazgeçme olacağı için, Medeni Kanunun 23. maddesi ve Borçlar Kanunu'nun 19. maddesi gereğince batıldır. Nitekim 1475 sayılı Kanunun yürürlükte olduğu dönemde bu tür koşulların geçerli olacağını belirten Akyiğit de, yeni Kanunun kabul edilmesiyle böyle bir uygulamanın, işçinin serbest zaman seçme olanağını elinden aldığı için geçersiz kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Yazar, böyle bir anlaşmanın olsa olsa en erken her bir ücret ödeme döneminde ve sırf o dönem (hafta, ay) için geçerli görülebileceğini aksi halde işçinin serbest zaman seçimi hakkından geçersiz bir vazgeçme niteliği taşıyacağını belirtmektedir (Akyiğit, 2005; s. 14-15). Bu nedenle, böyle bir koşulun geçersiz olacağı ve işçinin fazla çalışmaya onay vermesi olarak kabul edilemeyeceği kanaatindeyiz. Bu durumda, ücret hesap pusulasında ayrı kalem olarak belirtilmemişse sözleşmeyle belirlenen ücret asıl ücret olarak kabul edilecek ve işçi yaptığı fazla çalışmaları kanıtlarsa, fazla çalışma ücretine hak kazanacaktır.

Fazla çalışma ücretinin asıl ücretin içinde olacağına ilişkin sözleşme koşulunun geçersizliğinin diğer sebebi de, borcun konusunu oluşturan edimin belirli veya belirlenebilir olmasına aykırı olmasıdır. Sözleşmede kararlaştırılan ücretin ne kadarının normal çalışmaya ne kadarının fazla çalışmaya ilişkin olduğunu da açıkça belirtilmesi gerekir. Aksi takdirde işçinin sınırsız şekilde ve karşılığını almadan fazla çalıştırılabilmesine imkan tanınmış olacaktır ki bu durum Anayasa'ya ve İş Kanunu'na aykırıdır. Kanundaki fazla çalışma sürelerine ilişkin yıllık sınırlamalar, aylık fazla çalışma miktarının veya ücretinin belirlenmesi bakımından yeterli değildir. İş Kanunu'nun 32. maddesi anlamında ücret, iş karşılığında ödenen tutardır. Fazla çalışma ücreti ise, 41. maddeye göre fazla çalışmanın karşılığı olarak normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının yüzde elli yükseltilmesi suretiyle ödenen ücrettir. İş Kanunu'nun 37. maddesi gereğince işverenin işçiye vermekle yükümlü olduğu ücret hesap pusulasında, ödemenin günü ve ilişkin olduğu dönem ile fazla çalışma, hafta tatili, bayram ve genel tatil ücretleri gibi asıl ücrete yapılan her çeşit eklemeler tutarının ayrı ayrı gösterilmesi gerekir. İş Kanunu'nun 102. maddesi gereğince 37. maddeye aykırı olarak hesap pusulası düzenlemeyen işveren için para cezası öngörülmüştür. Ücret hesap pusulasında, asıl ücret ile eklerinin ayrı ayrı gösterilmemesi de aynı şekilde değerlendirilmelidir. İş Kanunu'nun cezaya tabi tuttuğu hususa ilişkin sözleşme koşulları, geçerli kabul edilemez. Ayrıca, bu koşullara geçerlilik tanınması, azami fazla çalışma süresi, fazla çalışmanın koşulları, fazla çalışma yapan işçinin hakları, fazla çalışmanın kanıtlanması ve kanuna uygun yapıldığının denetlenmesi, tazminatların ve tatil ücretlerinin hesabı için asıl ücretin belirlenmesi gibi İş Kanunu'nda emredici kurallarla düzenlenen birçok hükmün uygulanmasında sorunlar ve kanuna aykırı durumlar yaratacak bir uygulamanın yaygınlaşmasına sebep olabilir.

İş Kanunu'nun 41. maddesinin dördüncü fıkrasında, fazla çalışma ücreti yerine serbest zamanı seçme yetkisi, "işçi isterse" ifadesiyle işçiye tanınmıştır. Bu nedenle zamlı ücret yerine serbest zaman seçme hakkından işçi tarafından önceden feragat edilmesi mümkün değildir. Öğretide, iş sözleşmesi kurulurken, fazla çalışmaların karşılığının sürekli olarak serbest zaman veya zamlı ücret olarak karşılanacağına ilişkin sözleşme hükümlerinin geçersiz olduğu kabul edilmektedir (Çil, 2007; s. 74; Soyer, 2004; s. 803; Karacan, 2007; s. 126; Astarlı, 4/2008; s.25; Astarlı, 2008, s. 223 vd.) . Çünkü işçinin zamlı ücret ödenmesi veya serbest zaman kullandırılması yönündeki seçimlik hakkı bu tür çalışmaların yapılmasının ardından ortaya çıkar (Çil, 2007; s.74; Astarlı, 2008; s. 223). Aynı durum, fazla saatlerle çalışma ücretinin asıl ücret içinde olduğunun kararlaştırıldığı iş sözleşmeleri bakımından da söz konusudur (Astarlı, 4/2008; s. 25). Bu nedenle bu tür sözleşme hükümlerinin geçersiz kabul edilmesi gerekir.

3.4.Fazla Sürelerle Çalışmada İşçinin Onayı

Fazla çalışmanın işçinin onayına bağlı olmasına karşılık, fazla sürelerle çalışmada işçinin onayının gerekmediği Fazla Çalışma Yönetmeliği yayınlanmadan önce öğretide ileri sürülmüştür (Ekonomi, 2004; s. 169). Bu görüşe göre Kanunda belirtilen işçinin onayı, süre yönünden de sınırlama getirilen fazla çalışmaya ilişkindir ve işçi katılmamasını haklı gösterecek bir neden olmadıkça fazla sürelerle çalışmaya uymakla yükümlüdür (Ekonomi, 2004; s. 169). Diğer bir görüş ise, hem fazla çalışma, hem de fazla sürelerle çalışma için işçinin onayının gerekli olduğunu belirtmektedir (Demir, 2003; s. 101; Karacan, 2007; s. 79; Astarlı, 2008; s. 184).

İş Kanunu'nun 41. maddesinde "fazla saatlerle çalışmak için işçinin onayının alınması gerekir" ifadesiyle, fazla saatlerle çalışma fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışmayı içeren üst kavram olarak kullanılmıştır. Fazla Çalışma Yönetmeliği'nin 9. maddesinde de, fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışmada işçinin yazılı onayının alınması gerektiği belirtilmiştir. Hükmün devamında, fazla çalışma ihtiyacı olan işverence bu onayın her yılbaşında işçilerden yazılı olarak alınması gerektiği düzenlenmiştir. Bu hükümde yalnızca fazla çalışma kavramı belirtildiği için, her yıl onay alma koşulunun fazla sürelerle çalışma için aranmayacağı ileri sürülmektedir (Akyiğit, 2005; s. 10). Yönetmelikteki fazla çalışma kavramının hem fazla çalışmayı hem de fazla sürelerle çalışmayı kapsadığı kanaatindeyiz. İş Kanunu'nun 41. madde başlığında yer alan "fazla çalışma ücreti" kavramından, fazla çalışma kavramının her iki fazla çalışma türü için de kullanıldığı anlaşılmaktadır. Benzer şekilde 102. maddede, "fazla çalışmalara ilişkin ücreti ödemeyen" ifadesinde de üst kavram olarak kullanılmıştır. Bu durumda, Yönetmelikte yer alan kuralın amaca göre yorumlanması gerekir. Fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma bakımından, işçinin onayının şekliyle ilgili olarak farklı bir düzenlemeyi gerektirecek bir sebep olmadığından, buradaki ifadenin her iki çalışma türünü kapsadığı şeklinde yorumlamak gerekir.

3.5. Onay Alınmamasının Yaptırımı

İş Kanunu'nun 102. maddesinin c bendinde, fazla çalışma ücreti ödemeyen, işçiye hak ettiği serbest zamanı altı ay içinde kullandırmayan veya fazla saatlerde yapılacak çalışmalarda işçiden onay almayan işveren veya işveren vekiline her işçi için 200 TL (2009 yılı için) para cezasına hükmedileceği düzenlenmiştir.

Olağan fazla çalışma için işçiden onay alınmaması durumunda, kanuna aykırı fazla çalışma söz konusudur. Ancak işçi bu durumda da fazla çalışma ücretine hak kazanır. Her sene başında yazılı onay alınmamasına karşılık, İş Kanunu'nun 42. maddesinde belirtilen sebepler olsa dahi, işçi fazla çalışma yapmaktan kaçınabilir. Bu durumda işveren, İş Kanunu'nun 25. maddesinin ikinci fıkrasının h bendinde düzenlenen "yapmakla ödevli bulunduğu görevleri kendisine hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesi" hükmüne dayanarak iş sözleşmesini haklı sebeple feshedemez.

4. DÜNYADA ÇALIŞMA SÜRELERİ

Uluslararası Çalışma Örgütü'nün çalışma saatleri konusundaki ilk uluslararası standardının (Sanayi İşletmelerinde Çalışma Sürelerinin Günlük 8 Saat ve Haftalık 48 Saatlik Süreyle Sınırlanmasına İlişkin Konvansiyonu, 1919) kabul edilmesinden yaklaşık 100 yıl sonra Uluslararası Çalışma Örgütü tarafından 2007 yılında yapılan bir araştırmanın sonuçlarına göre, tüm dünyada her beş işçiden biri haftada 48 saatten uzun çalışmaktadır ve bunların çoğunun geçimi için uzun saatlerle çalışmaları gereklidir.

Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 2007 tarihli "*Dünyada Çalışma Saatleri: Küresel Açından Karşılaştırmalı Olarak Çalışma Saatlerinde Yasa ve Politikalarda Görülen Eğilimler*" başlığını taşıyan araştırmasına göre, tüm dünyadaki işgücünün tahminen yüzde 22'si, başka bir deyişle, 614,2 milyon işçi aşırı uzun saatlerle çalışmaktadır. Bu araştırmaya göre, 2004-2005 döneminde en uzun çalışma saatleri listesinin başındaki ülke Peru'dur ve bu ülkede işçilerin yüzde 50,9'u haftada 48 saatten fazla çalışmaktadır. Haftada 48 saatten fazla çalışanların oranı Kore Cumhuriyeti'nde yüzde 49,5, Tayland'da yüzde 46,7, Pakistan'da ise yüzde 44,4'tür. Çalışma saatlerinin genel olarak daha kısa olduğu gelişmiş ülkelerde ise Birleşik Krallık yüzde 25,7 ile başta gelmektedir. Bu ülkeyi yüzde 25,5 ile İsrail, yüzde 20,4 ile Avusturya, yüzde 19,2 ile İsviçre ve yüzde 18,1 ile ABD izlemektedir. Avrupa Birliği ülkelerinde ortalama haftalık çalışma süresi en uzun (Litvanya, Romanya, Avusturya, Polonya, Bulgaristan'da 41-42 saat) ve en kısa olan (Fransa'da 37 saat) ülkeler arasında ortalama 4-5 saat fark bulunmaktadır. Avrupa Birliği ortalamasında, erkekler kadınlardan ortalama 3 saat daha fazla çalışmaktadırlar.

Birçok ülkede, çalışma saatlerinin kısaltılmasına yönelik girişimler çeşitli nedenlerden dolayı başarısız kalmıştır. Bunların arasında, işçilerin salt geçinebilmek için daha uzun süre çalışmak istemeleri ve düşük verimlilikte

çalışan işletmelerde verimliliği arttırmak isteyen işverenlerin fazla çalışma uygulamasına sıkça başvurmaları da yer almaktadır. Çalışma saatlerine ilişkin kanunların ve politikaların fiilen çalışılan saatler üzerindeki etkisi, gelişmekte olan ekonomiler söz konusu olduğunda sınırlı kalmaktadır.

2007 tarihli bu araştırmanın diğer sonuçları şu şekildedir:

- Tüm dünyada ortalama olarak erkekler kadınlardan daha uzun saatler çalışmaktadır. İncelenen hemen her ülkede kadınların çalışma saatleri daha kısadır.
- Günümüz küresel ekonomisinin iki ayırt edici özelliği olarak giderek genişleyen hizmet sektörü ve kayıtdışı istihdam, uzun çalışma saatlerine yol açan başlıca etmenlerdir. Özellikle toptan ve perakende ticaret, otelcilik ve lokantacılık, ulaşım, depolama ve iletişim gibi kollarda çalışma saatleri uzundur.
- Gelişmekte olan ülkelerde, yaklaşık beşte üçü kendi hesabına çalışma olmak üzere toplam istihdamın en az yarısını karşılayan kayıtdışı ekonomide, çalışanların yaklaşık yüzde 30'u, kendi hesabına çalışanların ise daha fazlası haftada 49 saatten fazla çalışmaktadır.
- Tüm dünyada imalat sektöründe ortalama çalışma saatleri genel olarak haftada 35 ile 45 saat arasında değişmektedir. Bununla birlikte Kosta Rika, Peru, Filipinler, Tayland ve Türkiye (ortalama çalışma süresi 52,2 saat) gibi gelişmekte olan ülkelerde bu süre söz konusu aralığın hayli ötesindedir.

Araştırma, çalışma saatleri alanında insana yakışır çalışma koşullarının gerçekleştirilmesi yönünde bazı politikalar önermektedir. Bunlar, iş kazası ve meslek hastalıklarının azaltılması için uzun çalışma saatlerinin kısaltılması; esnek zaman, acil durumlarda aile izni ve yarı zamanlı çalışma gibi, ülkedeki koşullara uyarlanmış "aile ilişkileriyle bağdaşır" çalışma saatleri uyarlamaları yapılması; kaliteli kısmi-sürelili işlerin yaygınlaştırılması; işletmelerin verimliliğini de artıracak biçimde, çalışma saatlerine yasal olarak makul sınırlamalar getirilmesi; işçilerin ailelerine daha fazla zaman ayırabilmelerini, çalışma programları üzerinde daha fazla etkide bulunabilmelerini sağlayacak önlemlerle kayıtlı ekonomideki işlerin kadınlar için daha ulaşılabilir kılınmasıdır (Uluslararası Çalışma Ofisi-Ankara, 2007; s. 5-6).

5. AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKUNDA ÇALIŞMA SÜRELERİ

5.1. Çalışma Sürelerine İlişkin Yönerge

Avrupa Parlamentosunun ve Konseyinin Avrupa Topluluğu Antlaşmasının 118 a (güncel 138) maddesine dayanarak çıkardığı 23 Kasım 1993 tarihli 93/104 sayılı Yönergesi (L 307, 13.12.1993, s. 18) yeniden düzenlenerek, 2003/88 sayılı "Çalışma Sürelerinin Düzenlenmesine İlişkin Yönerge", Ağustos 2004 tarihinde yürürlüğe girmiştir (L 299, 18.11.2003, s. 9). Yönergenin konusu, çalışma sürelerinin düzenlenmesinde işçi sağlığı ve güvenliğinin korunmasına yönelik

önlemler, günlük ve haftalık asgari dinlenme süreleri, ara dinlenmeleri, asgari yıllık izin, haftalık azami çalışma süresi, gece çalışmaları ve postalar halinde çalışmaya ilişkin hükümlerdir. Avrupa Komisyonu, 22.09.2004 tarihinde “Çalışma Sürelerinin Düzenlenmesine İlişkin Yönerge” konusunda bir değişiklik tasarısı oluşturmuş ve Avrupa Parlamentosu ile Konseyine sunulmuştur (KOM 2004, 607; KOM 2005, 246; Parlamento ve Konseyin değişiklik önerileri konusunda Komisyonun kararı hakkında bkz. Kommission Der Europäischen Gemeinschaften, 04.02.2009).

2003/88 sayılı Yönergenin 3.maddesine göre, üye Devletler günlük dinlenme süresinin 24 saatlik süre içinde aralıksız asgari 11 saat olmasına, 4. maddeye göre günlük 6 saatin üzerindeki çalışmalarda ara dinlenmesi verilmesine ilişkin önlemleri almakla yükümlüdürler. Yönergenin 5. maddesine göre, her yedi günlük süre içinde aralıksız asgari 24 saat hafta tatili ve 7. maddesine göre, asgari 4 hafta yıllık ücretli izin verilmesi zorunludur. Nesnel, teknik veya iş düzenlemesinin gerektirdiği sebeplerle, hafta tatili süresi 24 saatten daha kısa öngörülebilir. Yönergenin 8. maddesine göre gece çalışmaları azami 8 saattir. Yönergenin 6. maddesine göre, üye ülkeler, haftalık çalışma süresinin iç hukukları veya idari kararlar veya toplu iş sözleşmeleri veya sosyal taraflar arasındaki anlaşmalar yoluyla belirlenmesi konusunda ve her 7 günlük süre içinde ortalama çalışma süresinin *fazla çalışmalar dahil 48 saati geçmemesi* konusunda, işçinin güvenliği ve sağlığını gözeterek gerekli önlemleri almakla yükümlüdürler.

Yönergede denkleştirme süreleri de düzenlenmiştir. Yönergenin 16. maddesine göre, üye ülkeler hafta tatilinin uygulanması için 14 günlük denkleştirme süresi ve haftalık çalışma süresi için 4 aya kadar denkleştirme süresi öngörebilirler. İşçinin ücretli izin süreleri ve raporlu olduğu süreler ortalamanın hesabına katılmaz. Hazırlanan tasarıda, daha fazla esneklik getirilerek, üye ülkelere “nesnel veya teknik sebeplerle veya işin düzenlenmesinden kaynaklanan sebeplerle 12 aya kadar denkleştirme süresi” düzenleme olanağı tanınmaktadır. Yönergenin 17. maddesinde, işçilerin sağlık ve güvenliğinin korunmasına yönelik genel ilkelere uyarak üye Devletlerin, işin özelliğinden ötürü çalışma süresinin ölçülememiş ve/veya belirlenmemiş olduğu durumlarda veya belirlenmesi işçilere bırakılmış olduğu durumlarda, karar alma yetkisine sahip yönetici işçilerle ilgili konularda veya Yönergede belirtilen bazı çalışma alanlarında, Yönergenin 3-6. maddelerinde düzenlenen günlük dinlenme süresi, ara dinlenmesi, hafta tatili, haftalık azami çalışma süresi konusunda, 8. maddesinde düzenlenen gece çalışması konusunda ve 16. maddesinde düzenlenen denkleştirme süreleri konusunda ayrı hükümler düzenleyebilecekleri belirtilmiştir. Denkleştirme sürelerinin arttırılması halinde, bu süre altı aydan fazla olamaz. Aynı maddede, bazı çalışma alanları sayılarak bu işlerde de aynı şekilde ayrı hükümler getirilebileceği düzenlenmiş, ancak 6. maddedeki azami çalışma süresinden ayrı hükümler getirme olanağı sadece sağlık sektöründe çalışan stajyer doktorlar bakımından getirilmiştir. Azami çalışma süresinden ayrı hükümlerin uygulanması bakımından 1 Ağustos 2009 tarihine kadar süre tanınmıştır.

Yönergenin 18. maddesiyle, 3. maddedeki günlük dinlenme süresi, 4. maddedeki ara dinlenmesi, 5. maddedeki hafta tatili süresi, 8. maddedeki gece çalışması konusunda ve 16. maddedeki denkleştirme süreleri konusunda Yönergeden ayrı hükümler kararlaştırabilecekleri belirtilmiştir. Bu muafiyetin, ancak işçilere aynı değerde dinlenme süreleri ve nesnel sebeple bu mümkün değilse, gerekli korumanın sağlanmasıyla geçerli olabileceği düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere, bu hükümde de haftalık azami 48 saatlik süreye ilişkin hükümden ayrılma olanağı tanınmamıştır.

Yönergenin en önemli ve en çok tartışılan hükümlerinden birisi 22. maddesidir. Bu düzenlemeye göre (aynı hüküm, 93/104 sayılı Yönergenin 18. maddesinde düzenlenmişti), üye ülkeler, işçilerin sağlığına ve güvenliğine ilişkin temel kurallara uymak ve aşağıda belirtilen önlemleri almak koşuluyla, 6. maddeyi uygulamaktan muaf tutulabilir (opt-out kuralı); yani haftalık çalışma süresini 48 saatin üzerinde düzenleyebilirler. Bu koşullar şunlardır:

- İşçi ifaya hazır olduğunu belirtmedikçe, işverenin 4 aya kadarki denkleştirme süresi ortalamasında 7 günlük süre içinde 48 saatten fazla çalışmasını işçiden istememesi, yani işçinin buna onay vermesi;
- Haftada 48 saatten daha uzun çalışma yapmayacağını belirten işçinin bundan zarar görmemesi;
- İşverenin bu şekilde çalışan işçilerin günlük listelerini tutması;
- Haftalık azami çalışma süresinin aşılabileceği olanağının işçinin güvenliği ve/veya sağlığına ilişkin sebeplerle yasaklanacağı veya sınırlandırabileceğine ilişkin listelerin yetkili makamlara verilmesi;
- İşverenin yetkili makamlara, hangi işçilerin 4 aya kadarki denkleştirme süresi içinde 7 günlük sürede 48 saatten fazla çalışmayı kabul ettiklerini bildirmesi.

Bu hükümde, üye Devletlere belirtilen koşulları içeren düzenlemeler yapmaları halinde, haftalık 48 saatin üzerinde çalışma süresini düzenleyen yasal hükümler koyma olanağı sağlanmıştır. Bu durumda, işçinin onayıyla haftalık 48 saatin üzerinde çalışma süresi kararlaştırılması mümkün olabilmektedir. Hazırlanan tasarıda koşullar ağırlaştırılmaktadır. Tasarıda, üye devletlerin haftalık 48 saatlik çalışma süresinden ayrı düzenleme yapabilmeleri için, toplu iş sözleşmesi yapılması koşulu, işçiden her sene yazılı onay alınması, iş sözleşmesinin imzalanması sırasında veya deneme süresi içinde verilen onayın geçersiz sayılması ve haftalık azami çalışma süresinin 55 saati aşmaması (ülkelerin çoğunluğu üst sınırı kabul etmek istemediği için, tasarıнын son halinde bu hüküm çıkarılmıştır) koşulları yer almaktadır.

Komisyonun Eylül 2004'de hazırladığı 2003/88 sayılı Yönergeye ilişkin değişiklik tasarisinin dört temel amacı vardır (Mitteilung an die Presse, 2733. Tagung des Rates, Beschäftigung, Sozialpolitik, Gesundheit und Verbraucherschutz, 9658/06 (Presse 148), Luxembourg, 1-2.06. 2006, s. 22): a) İşyerinde hazır bulunarak geçirilen sürenin çalışma süresinden sayılıp sayılmayacağıyla ilgili sorunlara hukuki çözüm getirmek ve Avrupa Topluluğu Mahkemesinin SIMAP (3

Oktober 2000, C-303/98, Slg. 2000, I-07963) ve Jäger (9 September 2003, C-151/02, Slg. 2003, S. I-08389) kararlarındaki, doktorların sağlık merkezinde hazır bulunmalarının iş süresinden sayılmasına ilişkin ilkelerin gözden geçirilmesi amaçlanmıştır. b) İşçilerin, özellikle de uzun çalışma süresinin doğuracağı rizikolara karşı sağlık ve güvenliğinin korunmasına ilişkin önlemlerin düzenlenmesi amaçlanmıştır. c) Ortalama haftalık çalışma süresinin hesaplanmasına ilişkin denkleştirme süreleri konusunda daha fazla esneklik sağlanması; 2003/88 sayılı Yönergenin, işçinin onayıyla haftalık 48 saatlik azami çalışma süresinin uygulanmayacağına ilişkin hükümlerinin tekrar gözden geçirilmesi amaçlanmıştır. d) Çalışma ve aile yaşamının dengelenmesini sağlayacak düzenlemeler yapmak amaçlanmıştır. Yönergeye ilişkin değişiklik tasarısındaki, haftalık en fazla çalışma süresinin denkleştirilmesinde ülkelere farklı düzenleme getirme olanağı ile işçinin onay vermesi durumunda 48 saatlik azami çalışma süresine ilişkin Yönergedeki düzenlemeyi üye Devletlerin uygulamaması olanağının koşullarına ilişkin hükümler önemlidir.

Avrupa Birliği Komisyonunun 22.11.2006 tarihli “21. Yüzyıl Gereklilerine Uygun Modern İş Hukukuna İlişkin Yeşil Kitabında” Lissabon Stratejisinin sürdürülebilir büyüme ve aynı zamanda daha fazla ve daha iyi iş alanları yaratma konusundaki amacının gerçekleştirilmesi için, Topluluk iş hukukunun geliştirilmesine ilişkin politikalar belirlenmiş ve çalışma sürelerinin işçi ile işverenin yararlanacağı şekilde esnekleştirilmesi ile birlikte işçinin sağlığının ve güvenliğinin en üst düzeyde korunmasının gerekliliği vurgulanmıştır (Kommission der Europäischen Gemeinschaften, 22.11.2006).

Avrupa Parlamentosunun 2003/2129 sayılı “İş, Aile ve Özel Yaşamın Dengelenmesine İlişkin Kararı”nda, ailelerin çocuklarıyla daha fazla vakit geçirebilmesi ve aile ile iş yaşamının bir arada yürütülebilmesi için günlük çalışma sürelerinin kısaltılmasının en uygun yol olduğu belirtilmektedir; kararda aile yaşamının düzenlenmesinde üye ülkeler ve aday ülkelere yönelik çeşitli önlemler açıklanmaktadır (C 102 E, 28.04.2004, s. 492 -497; Europäisches Parlament, 23.02.2004, A5-0092/2004; European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, 2005; Kommission der Europäischen Gemeinschaften, 03.10.2008).

Avrupa Yaşam ve Çalışma Koşullarının Geliştirilmesi Vakfı'nın “Aile Birlikteliği ve Tam Süreli Çalışma” başlıklı 2005 tarihli raporunda, aile ilişkilerindeki değişimler ile çalışma hayatındaki yeni koşullar nedeniyle iş ve aile yaşamının bağdaştırılmasının, Avrupa istihdam politikasının en önemli konularından birisi olduğu belirtilmektedir (European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, 2007). Araştırmanın sonuçlarına göre, çalışan eşlerin çoğu iş ve aile hayatları arasında yeterli denge kuramadıklarını ve çalışma hayatının gereklerinin aile hayatıyla çatıştığını belirtmişlerdir. Oniki üye ülkede yapılan bu çalışmadaki önemli sonuçlardan birisi, esnek çalışma yöntemiyle çalışan ebeveynlerin sabit süreli ve/veya önceden belirlenmiş çalışma süresiyle çalışanlara nazaran aile-iş yaşamı dengelerinin daha kötü olduğunun belirlenmesidir. Çalışma süresinin esnekleşmesi ile uzun süreli çalışma saatleri

arasında bağlantı olması, bu durumu kısmen açıklamaktadır. Ancak, uzun çalışma saatleriyle çalışmayan işçiler de, esnek çalışma saatlerine nazaran sabit başlama ve bitiş süreleri olan çalışmada iş-aile yaşamı dengelerinin daha iyi olacağını açıklamışlardır. Bu eğilim, araştırmanın yapıldığı tüm ülkelerde baskın olarak ortaya çıkmıştır. Araştırmanın sonucunda, esnek çalışma yöntemlerinin pozitif ve negatif türleri arasında ayırım yapmak gerektiği vurgulanmaktadır. Çalışana, kişisel ve aile gereksinimlerine uygun çalışma koşulları düzenleme olanağı veren esnek yöntemler, pozitif esnekliktir. Daha çok, daha uzun süreli veya uygunsuz saatlerde çalışmaya dayalı, işçinin değil işverenin gereksinimlerini karşılamaya yönelik esnek yöntemler ise, negatif esnekliktir. Bu nedenle, aile ve iş yaşamı dengesini olumsuz etkileyen esnek çalışma yöntemleri, negatif esnek çalışma türleridir.

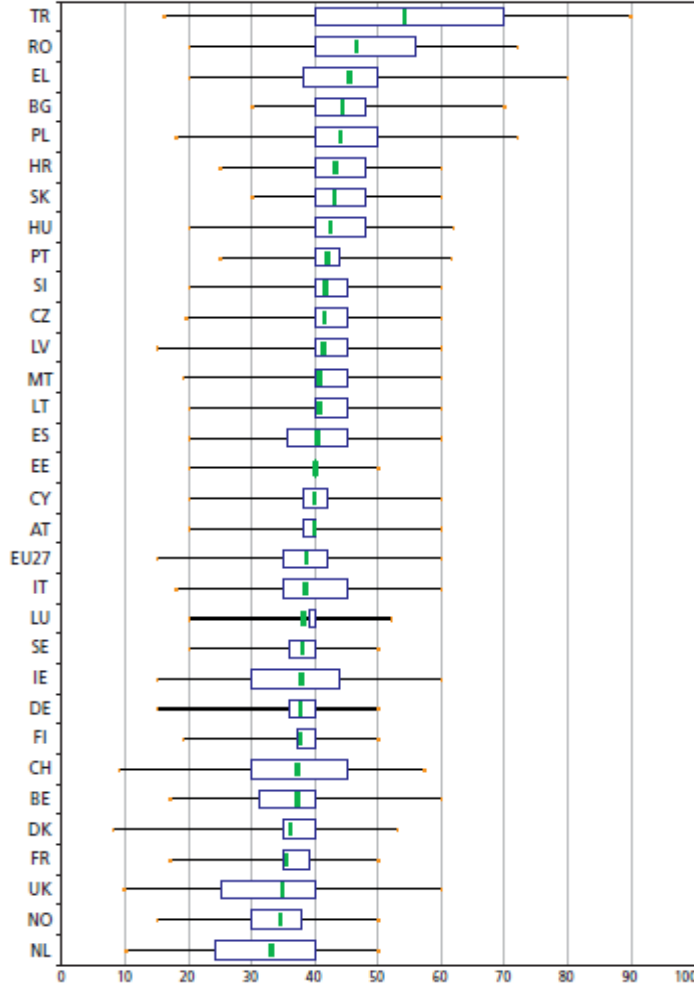
5.2. Çalışma Süreleri İstatistikleri

Avrupa Birliği ülkeleri, 2003/88 sayılı Yönergeye uygun olarak fazla çalışma süreleri dahil haftalık 48 saati aşmamak üzere, yasal çalışma sürelerini düzenlemişlerdir (European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, 2009; 93/104 sayılı Yönergenin yürürlükte olduğu dönem için bkz. Kommission der Europäischen Gemeinschaften, 01.12.2000, s. 17 vd.). Avrupa Birliği ülkelerinin mevzuatında, fazla çalışma dahil yasal haftalık çalışma süreleri şu şekildedir: Çek Cumhuriyeti, Kıbrıs, Danimarka, Fransa, Almanya, Yunanistan, Macaristan, İrlanda, İtalya, Litvanya, Lüksemburg, Malta, Hollanda, Polonya, Slovakya, Slovenya, Romanya ve İngiltere'de 48 saat; Avusturya, Estonya, Finlandiya, Letonya, Norveç, Portekiz, İsveç, İspanya'da 40 saat, Belçika'da 38 saattir.

Avrupa Birliği'nin 27 üyesinin 2008 istatistiklerine göre, toplu sözleşmeyle kararlaştırılan ortalama haftalık çalışma süreleri, ülkelere göre 35-40 saattir; ülkelerin ortalaması 38,6 saattir; yeni üyelerin katılımıyla saatlerin ortalaması nispeten yükselmiştir. Toplu sözleşmeyle kararlaştırılan haftalık çalışma sürelerinin en yüksek olduğu sektörler olarak, metal sektöründe ülkelerin ortalaması 38,7 saat, bankacılık ve yerel yönetim sektöründe 38,3 saattir.

Yasal günlük azami çalışma süresi, Kıbrıs, Danimarka, İrlanda, İtalya, İsveç, İngiltere'de 13 saat, Malta'da 12,5 saat, Yunanistan, Hollanda ve Macaristan'da 12 saat, Avusturya, Fransa, Romanya, Lüksemburg ve Slovenya'da 10 saat, Çek Cumhuriyeti, Slovakya, Norveç, İspanya'da 9 saat, Bulgaristan, Estonya, Belçika, Finlandiya, Almanya, Letonya, Litvanya, Polonya, Portekiz'de 8 saat'tir. Avrupa Birliği'nin bir kurumu olan Avrupa Yaşam ve Çalışma Koşullarının Geliştirilmesi Vakfı, çalışma süreleriyle ilgili son yaptığı kapsamlı araştırmanın sonuçlarını 2007 yılında yayınlamıştır. Araştırmaya, üye ülkeler dahil edildiğinden Türkiye'ye ilişkin istatistikler de yer almaktadır (European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, 2007).

Tablo 1: Ülkelere Göre Ortalama Haftalık Çalışma Süresi



Kaynak: European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, 2007, s. 17

Tablo 1 Avrupa Birliği'ne üye ve aday ülkelerdeki işçiler ile bağımsız çalışanların 2005 yılındaki ortalama çalışma saatlerini göstermektedir. Ortalama çalışma süreleri arasındaki büyük farklılıklar tablodan anlaşılmaktadır. Mavi dörtgen alan çalışanların %50'sinin çalışma sürelerini, alanın içindeki yeşil dik çizgi ise her ülkedeki ortalama çalışma süresini göstermektedir. Uzun çizgi, %5. ve %95. oranları göstermektedir. Örneğin, çalışma süreleri en kısa olan Hollanda'da ortalama çalışma süresi 33 saattir. Çalışanların %50'si, 24-40 saat, %5'i 10

saatten az, %5'i de 50 saatten fazla çalışmaktadır. Türkiye ise listede en uzun çalışma saatleri olan ülke olarak ilk sıradadır. Ortalama çalışma süresi, 54 saattir; çalışanların %50'si 40-70 saat, %5'i 16 saatten az, %5'i ise 90 saatten fazla çalışmaktadır. Doğu ve güney Avrupa ülkelerinde, çalışma saatleri daha uzunken, orta ve kuzey Avrupa ülkelerinde çok kısalmaktadır.

Haftalık çalışma günlerine ilişkin istatistiklerde de, Türkiye en fazla çalışma günü olan ülke olarak ilk sıradadır (European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, 2007; s. 18). Çalışanların yaklaşık %45'i haftada 7 gün, %25'i altı gün çalışmaktadırlar. Yani çalışanların %70'i altı veya yedi gün, %20'si 5 gün, %10'u 5 günden az çalışmaktadırlar. Buna ilişkin istatistiklerde de, doğu ve güney Avrupa ülkelerinde çalışma günleri kuzey ve orta Avrupa ülkelerine nazaran daha fazladır. Bütün ülkelerin ortalamasına bakıldığında, haftada beş gün ve 40 saattir.

Uzun çalışma saatleri (48 saat üstü) yüzdeleri istatistiklerinde de Türkiye ilk sıradadır (European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, 2007; s. 18). Çalışanların yaklaşık %60'ı uzun sürelerle çalışmaktadır. Kendi adına çalışanların oranı %35, işçilerin oranı yaklaşık %25'dir. Çalışanların çalışma saatlerini belirleme yetkisine ilişkin istatistiklere göre, çalışma saatlerini belirleme yetkisi olmayan çalışan sayısı en fazla Türkiye'dedir ve %75 civarındadır. Kuzey Avrupa ülkelerinde çalışanların %50'si çalışma sürelerini kendileri belirleyebilmektedirler (European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, 2007; s. 23).

Uluslararası Çalışma Örgütü'nün Türkiye'ye ilişkin çalışma süresi istatistiklerine göre, 2008 yılında tarım dışı çalışanların ortalama haftalık çalışma süresi 52,3 saattir. Sanayide çalışanların ortalama çalışma süresi 52,8 saat, erkeklerde 54 saat ve kadınlarda 47,8 saattir. Bazı sektörlerde haftalık çalışma süresi 55'i aşmaktadır. Yiyecek üretim sektöründe 57,5 saat, deri üretim sektöründe 55,7 saat, mobilya üretim sektöründe 53,9 saat, plastik üretim sektöründe 54,8 saat, hazır giyim sektöründe 54,5 saattir. 2008 yılında hizmet sektöründe ortalama çalışma süresi 49,7 saat, erkeklerde 52,5 saat ve kadınlarda 41,9 saattir. Otel ve lokantalarda 62,2 saat, ulaşım sektöründe 53,4 saat, inşaat sektöründe 52,2 saat, toptan ve perakende ticaret ile tamirat sektöründe 57,8 saattir (<http://laborsta.ilo.org/STP/guest>). Türkiye İstatistik Kurumu'nun kazanç istatistiklerine göre, fazla çalışmalar dahil ortalama fiili haftalık çalışma süreleri yıllar itibarıyla 44-47 saat arasında değişmekte; bazı sektörlerde 48-50 saati bulmaktadır (<http://www.tuik.org.tr>).

6. SONUÇ

Gelişmiş ülkeler sürdürülür ekonomik büyüme ve her alanda teknolojik gelişme elde etmelerine rağmen, yeni iş alanları oluşturma ve istihdamı artırma konusunda paralel gelişme sağlayamamışlardır. Uluslararası Çalışma Örgütü'nün yaptığı araştırmalara göre dünyadaki işsiz sayısı 2008 yılında 188.9

milyondur (ILO, 2009; s. 24). Mayıs 2009'da açıklanan yıllık "Küresel İstihdam Eğilimleri" raporuna göre, 2007'deki işsizlik oranı %5,7 iken, 2008'de %6'ya ulaşmıştır. Bu rakamın 2009 yılında %6,3-7,1'e yükseleceği, 2007-2009 yıllarında 24-52 milyon kişinin daha işsiz kalacağı tahmin edilmektedir (ILO, 2009; s. 10 vd.). Bu durum karşısında sendikalar önceki yıllarda işçilerin yaşam kalitesini geliştirme amacıyla talep ettikleri çalışma sürelerinin azaltılması konusunu, işsizliğe karşı seçenek olarak ileri sürmeye başlamışlardır. Avrupa ülkelerindeki işçi sendikalarının çoğunluğu, özellikle toplu sözleşmelere konulacak çalışma sürelerinin azaltılmasına ilişkin hükümler yoluyla yeni istihdam olanakları yaratma konusunda çalışmalar yürütmektedirler.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın başlangıç hükümlerinde, "Her Türk vatandaşının bu Anayasa'daki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak millî kültür, medeniyet ve hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddî ve manevî varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu"; 5. maddesinde Devletlerin görevleri arasında "kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak" sayılmıştır. 49 ve 50. maddelerinde, Devletin çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları korumak için gerekli tedbirleri alacağı, çalışanların dinlenme hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir. Türkiye'nin onayladığı Avrupa Sosyal Şartı m. 2/1'de, "Âkit Taraflar, adil çalışma koşullarına sahip olma hakkının etkili bir biçimde kullanılmasını sağlamak üzere, verimlilik artışı ve ilgili diğer etkenler izin verdiği ölçüde haftalık çalışma süresinin aşamalı olarak azaltılmasını öngören makul günlük ve haftalık çalışma saatleri sağlamayı;... taahhüt ederler." hükmü yer almaktadır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 63. maddesiyle, tarafların anlaşması koşuluyla ve günlük çalışma süresi onbir saati geçmemek üzere, haftalık çalışma süresinin günlere farklı dağılımı veya azami iki aylık (toplu iş sözleşmesiyle dört aylık) süre içinde denkleştirme uygulaması yapılması olanağı sağlanmıştır. Haftalık çalışma süresinin çalışılan günlere eşit bölünmesi ilkesini fiilen ortadan kaldıran bu düzenleme, çalışma saatlerinin belirsizliği ve günde onbir saate kadar çalıştırılmaları nedeniyle işçilerin iş ile sosyal ve aile yaşantılarındaki dengeyi bozmaktadır. Haftalık çalışma süresinin farklı dağılımı veya olağan fazla çalışma yapılması için işçinin onayının alınması zorunludur. Kanun ve yönetmelik hükümleri gereğince, denkleştirme uygulaması için işçinin yazılı onayının iş sözleşmesiyle veya toplu iş sözleşmesiyle veya sonradan yazılı kabulüyle alınması mümkündür. Kanundaki haftalık çalışma süresinin farklı dağılımı veya olağan fazla çalışma yapılmasına yönelik "işçinin onayı" koşulu, işçinin gerçek anlamda iş güvencesi olmadığından işlevini yerine getirmemektedir. Nitekim iş sözleşmesinin sona ermesinden sonra normal koşullarda açılması gereken davalar kıdem veya ihbar tazminatı gibi hususlara ilişkin olması gerekirken, ülkemizde bunun yanında geçmiş yıllara ait fazla çalışma ücreti, genel tatil veya yıllık izin ücretleri de talep edilmektedir. Bu durum işçinin çalışırken, kendisini güvencede hissetmemesi nedeniyle iş sözleşmesinden doğan haklarını talep

etmediğinin göstergesidir. İş Kanunu'yla, işçinin onayının her sene alınması zorunluluğu getirilmeli ve onay vermeyen işçinin bundan zarar görmemesine ilişkin önlemler düzenlenmelidir. Denkleştirme uygulamasına ilişkin esneklikten işçinin de yarar sağlamasına ilişkin düzenlemeler yapılmalıdır. İşverenin uygulayacağı denkleştirme sürelerinin başlangıç ve bitiş tarihi ile uygulanma sürelerine ilişkin çizelgeyi işçilere duyurmasına ilişkin zorunluluk getirilerek, hem işçiler açısından belirsizliğin ortadan kalkması, hem de denkleştirme uygulamasının Kanuna uygun olarak yapıldığının denetlenmesi sağlanabilir. Gerek denkleştirme uygulaması gerekse fazla çalışma yapılmasının koşulu olan işçinin yazılı onayı, çoğu zaman işçinin gerçek anlamda rızasını yansıtmadığından bir formalite gibi uygulanmaktadır. Bu nedenle işçinin işe girerken veya deneme süresi içinde verdiği onayın geçerli olmayacağına ilişkin düzenleme yapılması gerekir.

Ülkemiz açısından yasal haftalık çalışma süresinin azaltılmasının gerekli olmadığı kanaatindeyiz. Çünkü çalışma saatleri kısa olan kişilerin eksik istihdam kapsamına girmesi ve böylece yoksulluk sınırının altına düşme olasılıklarının artması, işçi ücretlerinin azalması ve işletmelerin üzerindeki yükün artması gibi sonuçlar doğurabilir. Buna bağlı olarak dengenin sağlanmasına yönelik önlemler alınması gerekmektedir. Ancak denkleştirme uygulaması yapılması konusundaki günlük onbir saatlik sınırlama ile fazla çalışma yapılması konusundaki yıllık 270 saatlik sınırlama işçilerin korunması açısından yeterli değildir. Bu durumlar için de, haftalık azami çalışma süresi sınırına ilişkin düzenleme yapılması gerekir. Zira yukarıda belirttiğimiz gibi, işçinin onayı çoğu zaman serbest iradesini yansıtmadığından, azami sürelerde sınırlamalar ve denetimler yoluyla işçiye yönelik korumanın sağlanması gerekir.

İşletmelerin istihdam gereksinimlerini mevcut işçilerine fazla çalışma yaptırmak yoluyla karşılamaları, yaygın bir uygulama olarak karşımıza çıkmaktadır. İş Kanunu'nun 41. maddesinin ilk fıkrasında düzenlenen olağan fazla çalışma sebepleri, işverenin her durumda fazla çalışma talep edebilmesini sağlayacak şekilde kapsamlıdır. Kanuni düzenlemeyle olağan fazla çalışma yapılabilmesi sebeplerinde sınırlamalar getirilmelidir. Birçok işletmede kanundaki mevcut sınırlamalara uyulmamaktadır; buna ilişkin denetimlerin sağlanması gereklidir. Denkleştirme uygulaması ve fazla çalışma yapılması sırasında, işverenin İş Kanunu'nun 77. maddesindeki yükümlülükleri çerçevesinde, işçinin sağlığını ve güvenliğini de gözetmesi ve gerekli önlemleri alması gerekir. İşçi sağlığı ve güvenliği konusunda, fazla çalışmalar veya yoğunlaştırılmış iş haftalarında çalışmalar için özel düzenlemeler yapılması gerekir.

Fazla çalışmayla ilgili işçinin onayının, iş sözleşmesiyle yazılı olarak alınması yanında her sene başında yenilenmesi gerekmektedir. İşçilerin onayı koşulu toplu iş sözleşmesinde yer alsa da, işverenin işçiden olağan fazla çalışma talep edebilmesi için her sene başında onay alması gerekir. İş sözleşmesinde yer alan fazla çalışma ücretlerinin işçinin ücretinin içinde yer aldığına ilişkin koşulun, işçinin fazla çalışmaya onay verme hakkından ve fazla çalışma karşılığında serbest zaman kullanma hakkından vazgeçme olacağı için, Medeni Kanunun 23. maddesi ve Borçlar Kanunu'nun 19. maddesi gereğince batıl olduğu

kanaatindeyiz. Böyle bir koşul, işçinin fazla çalışma yapmaya onay vermesi olarak da kabul edilemez.

Ülkemizde fazla çalışmaların yapılabilme sebeplerinin ve sürelerinin sınırlandırılması ile denetlenmesinin olumlu etkileri olacaktır: Bunlar, işçi sağlığının korunması, meslek hastalıkları ve iş kazalarının azalması (Türkiye’de her yıl ortalama 10.000 iş kazası ve bunun sonucunda 1000 işçinin ölümü gerçekleşmektedir), fazla çalışmaya bağlı olan iş stresinin azalması, işçinin verimliliğinin artması, işçilerin aile-özel yaşamları ile iş yaşamlarının dengelenmesi, işçilerin çalışma hayatı dışında kendilerine ve ailelerine zaman ayırabilmeleri, ailede kadın- erkek arasındaki işbölümünde orantı sağlanması, işsizler için yeni istihdam olanakları sağlanmasıdır.

KAYNAKÇA

AKYİĞİT, Ercan (2005): “Yeni İş Yasasında Normali Aşan Çalışmalar”, TÜHİS, İş Hukuku ve İktisat Dergisi, C.19, S.4, Mayıs 2005
<http://www.tuhis.org.tr/dergi/mayis2005/mayis2005bolum2.pdf>, (01.09.2009)

AKYİĞİT, Ercan (2006): İş Kanunu Şerhi, C. 2, Ankara

ALP, Mustafa (2005): İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, Ankara

ASTARLI, Muhittin (2008): İş Hukukunda Çalışma Süreleri, Ankara

ASTARLI, Muhittin (4/2008): “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

AYDINLI, İbrahim (2005): “İşçinin Kişiliğinin Korunmasına Yönelik Düzenlemeler ve Borçlar Kanunu Tasarısının Konuyla İlgili Maddelerinin Değerlendirilmesi”, TÜHİS, Kasım 2005, s.21-42

CANIKLIOĞLU, Nurşen (2005): “4857 Sayılı Kanuna Göre Çalışma Süresi ve Bu Sürenin Günlere Bölünmesi”, Toprak İşveren, S. 66, s. 6 vd.
<http://www.toprakisveren.org.tr/2005-66-nursencaniklioglu.pdf>, (01.09.2009)

CANIKLIOĞLU, Nurşen (2005): “4857 Sayılı İş Kanununun Çalışma Sürelerine İlişkin Düzenlemeleri”, III. Yılında İş Yasası Semineri, Türkiye Toprak Seramik Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası, Bodrum, 21-25 Eylül, s. 149 vd.

ÇELİK, Nuri (2006): İş Hukuku Dersleri, 19. Bası, İstanbul

ÇİL Şahin (2007): “4857 Sayılı Kanuna Göre Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma”, Çalışma ve Toplum, Sayı 14, s. 57-79

DEMİR, Fevzi (2003): En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, 3. Baskı, İzmir

EKONOMİ, Münir (1987): İş Hukuku, C.1, Ferdi İş Hukuku, İstanbul
EKONOMİ, Münir (2004): "4857 Sayılı İş Kanununa Göre Fazla Çalışma Kavramı", Kamu-İş, C 7, S. 3/2004, s. 159 vd.

EREN, Fikret (1998): Borçlar Hukuku Genel Hükümler- I. Cilt, 6. Bası, İstanbul

EUROPÄISCHES PARLAMENT (23.02.2004): Bericht über die Vereinbarkeit von Berufs- Familien- und Privatleben (2003/2129 INI), A5-0092/2004
<http://www.europarl.europa.eu>, (01.09.2009)

EUROPEAN FOUNDATION FOR THE IMPROVEMENT OF LIVING AND WORKING CONDITIONS (2005): Combining Family and Full-Time Work, Luxemburg, <http://www.eurofound.europa.eu>, (01.09.2009)

EUROPEAN FOUNDATION FOR THE IMPROVEMENT OF LIVING AND WORKING CONDITIONS (2007): Fourth European Working Conditions Survey, Luxemburg, <http://www.eurofound.europa.eu>, (01.09.2009)

EUROPEAN FOUNDATION FOR THE IMPROVEMENT OF LIVING AND WORKING CONDITIONS (2009): Working Time Developments 2008
<http://www.eurofound.europa.eu>, (01.09.2009)

EYRENCİ, Öner (2003): "4857 sayılı İş Yasasında Ücret ve İşin Düzenlenmesi İle İlgili Yeni Düzenlemeler", Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası'nca Düzenlenen "Yeni İş Yasası" Konulu Seminer Yayını, İstanbul, s. 152 vd.

EYRENCİ, Öner (Eylül 2005): "III. Yılında İş Yasası, Genel Görüşme", 21-25 Eylül 2005, Bodrum

EYRENCİ, Öner, TAŞKENT, Savaş, ULUCAN, Devrim (2005): Bireysel İş Hukuku, 2. Bası, İstanbul

INTERNATIONAL LABOUR ORGANISATION (2009): Global Employment Trends Update
<http://www.ilo.org>, (01.09.2009)

KAMU-İŞ (2006): Çalışma Hayatı İle İlgili Yargıtay Kararları 2000-2005, Ankara

KAMU-İŞ (2008): Çalışma Hayatı İle İlgili Yargıtay Kararları 2005-2007, Ankara

KARACAN, Hatice (2007): 4857 Sayılı İş Kanununa Göre Fazla Çalışma, Ankara

Esin GÜRBÜZ GÜNGÖR

KOMMISSION DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN (01.12.2000):
Bericht der Kommission- Stand der Umsetzung der Richtlinie 93/104/EG des Rates vom 23. November 1993 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung ('Arbeitszeitrictlinie'), KOM (2000), 787 endg., Brüssel
KOMMISSION DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN (22.11.2006):
Grünbuch- Ein moderneres Arbeitsrecht für die Herausforderungen des 21. Jahrhunderts, KOM(2006) 708 endg., Brüssel

KOMMISSION DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN (03.10.2008):
Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen Bessere Work-Life-Balance: Stärkere Unterstützung der Vereinbarkeit von Beruf, Privat- und Familienleben, KOM(2008) 635 endg., Brüssel

KOMMISSION DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN (04.02.2009):
Stellungnahme Der Kommission gemäß Artikel 251 Absatz 2 Unterabsatz 3 Buchstabe c EG-Vertrag zu den Abänderungen des Europäischen Parlaments am gemeinsamen Standpunkt des Rates zum Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 2003/88/EG über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung, KOM (2009) 57 endg., Brüssel

KURUCU, Oğuz (1987): İş Süreleri, Dinlenmeler, Fazla Çalışma, Ankara

LEE, S., MC CANN, D., MESSENGER, J.C. (2007): Working Time Around the World- Trends in Working Hours, Laws and Policies in a Global Comparative Perspective

MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi (2005): İş Hukuku, 2. bası, Ankara

ÖZDEMİR, Erdem (2005): "İş Hukukunda Mutlak Emredici Hükümlerin Yeri", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 54, S. 3, s. 95-120

SEVİMLİ, Ahmet (2006): İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları, İstanbul

SOYER, Polat (1999): "Ferdî İş İlişkinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 1997 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi", Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri, İstanbul, s. 11-55

SOYER, Polat (2003): "İş Kanunu Tasarısının Çalışma Süresinde Esneklik Sağlayan Düzenlemeleri", Yeni İş Yasası Sempozyumu, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 2003 Yılı Toplantısı:2, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul

SOYER, Polat (2004): "Yeni Düzenlemeler Karşısında Fazla Saatlerle Çalışma", Legal-İSGHD, S. 3, s. 797 vd.

SUBAŞI, İbrahim (2005): “İş Hukukunda Çalışma Süreleri”, Prof. Dr. A. Can Tuncay’a Armağan, İstanbul, s. 301-360

SUR, Melda (2001): “Ferdî İş İlişkilerinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 1999 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi” Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri, İstanbul, s.9-35

SÜZEK, Sarper (2003): “Bireysel İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 2001 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2001, Ankara <http://www.kamu-is.org.tr/pdf/yargitaydegerlemesi2001.pdf>, (01.09.2009)

SÜZEK, Sarper (2006): İş Hukuku, 3. Baskı, İstanbul

ŞAHLANAN, Fevzi (2007): “Fazla Çalışmayı Günlük İş Sürelerinin Üzerinde Yapılan Çalışmalar Olarak Düzenleyen Toplu İş Sözleşmesi Hükümünün 4857 Sayılı İş Kanunu Karşısında Değerlendirilmesi”, Çalışma ve Toplum, 2007/2, Sayı 13, s. 161-168

ULUCAN, Devrim (1998): “Ferdî İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 1996 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, İstanbul, s. 11-35

ULUCAN, Devrim (2007): “Yargıtay’ın Kayan İş Süreleri ve Fazla Çalışma ile İlgili Yaklaşımı”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 9, Prof. Dr. Ünal Narmanlıoğlu Armağanı, s. 177-188

ULUSLARARASI ÇALIŞMA OFİSİ-ANKARA (2007): “Dünyada Çalışma Saatleri: Her Beş İşçiden Biri Aşırı Uzun Çalışıyor”, Newsletter, No:3, Ağustos, s.5-6, <http://www.ilo.org/public/turkish/region/eurpro/ankara/index.htm>

YENİSEY, Kübra Doğan (2009): “Bireysel İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 2006 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi” Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2006, Ankara http://www.tisk.org.tr/yayinlar.asp?sbj=ana&ana_id=108, (01.09.2009)