

**ÇALIŞMA SÜRESİNİN ÖRTÜLÜ OLARAK
DENKLEŞTİRİLMESİ MÜMKÜN MÜDÜR?
YARGITAY'IN BİR KARARI ÜZERİNE BAZI DÜŞÜNCELER**

*Arş. Gör. Dr. Sezgi ÖKTEM SONGU**

T.C. YARGITAY HUKUK GENEL KURULU

Esas No. : 2006/9-374
Karar No. : 2006/382
Tarih : 14.06.2006

DAVA

Taraflar arasındaki “fazla çalışma ve vardiya prim alacağı” davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Ankara 9.İş Mahkemesi’nce davanın kabulüne dair verilen 19.04.2005 gün ve 2004/1716E.-2005/248K. sayılı kararın incelenmesi davalı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 9.Hukuk Dairesi’nin 03.10.2005 gün ve 2005/25340-32184 sayılı ilamı ile; (1.Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2. Dava fazla mesai ve vardiya primi alacağına ilişkindir. İstekler hüküm altına alınmış, karar davalı vekilince temyiz edilmiştir.

Davacının ayda on gün, günde 24 saat süre ile davalı idare bünyesinde radyolink istasyonunda güvenlik görevlisi olarak çalışmak üzere görevlendirildiği konusunda uyuşmazlık bulunmamaktadır.

İstek konusu dönem 15.02.2001-23.12.2004 tarihleri arasındadır.

Söz konusu sürenin bir kısmı 1475 sayılı İş Kanunu diğer kısmı halen yürürlükteki 4857 sayılı İş Kanunu dönemine rastlamaktadır.

* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı

1475 sayılı İş Kanunu'nun 61.maddesine göre genel bakımından iş süresi haftada en çok 45 saattir. Bu süre üst sınırdır. 45 saatin üstünde yapılan çalışma fazla çalışma sayılır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 63.maddesinde ilk olarak çalışma süresi haftada en çok 45 saat olarak belirtilmiş, devamında tarafların anlaşması ile haftalık normal çalışma süresi işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine, onbir saati aşmamak koşulu ile farklı şekilde dağıtılabileceği ifade edilmiştir.

Aynı Kanununun 41.maddesine göre fazla çalışma, Kanunda yazılı koşullar çerçevesinde haftalık 45 saati aşan çalışmalardır. 63.madde hükmüne göre denkleştirme esasının uygulandığı hallerde, işçinin haftalık çalışma süresi, normal haftalık iş süresini aşmamak koşulu ile bazı haftalarda toplam 45 saati aşsa dahi bu çalışmalar fazla çalışma sayılmaz.

Davacı işçi yanında diğer bir işçi ile nöbet tutmaktadır. Normal olarak günlük 24 saat çalışmanın 12 saatinde bir işçi, kalan sürede diğer işçinin çalıştığı varsayılır. Çalışılan bu süre içerisinde bir saatin zorunlu yemek ve diğer ihtiyaçlar için harcandığı göz önüne alındığında davacı işçinin günlük çalışma süresi 11 saati aşmaz. Haftada çalışılan süre 77 saat eder. İkinci haftaya sarkan üç günde de 33 saat çalışmış olur. Gerek 1475 sayılı, gerek 4857 sayılı Kanun döneminde haftalık çalışma süresi 45 saat kabul edildiğinden davacı işçinin 1475 sayılı kanun döneminde birinci haftanın fazla çalışması 32 saatten hesaplamak gerekir. 10 günlük sürenin ikinci haftaya sarkan üç gün için haftalık 45 saati aşan bir çalışma bulunmadığından anılan günler için fazla çalışma ücreti ödenmez.

Davacı işçinin 4857 sayılı Kanun dönemindeki çalışması için örtülü bir denkleştirme söz konusu olur. Çünkü anılan dönemde davacı işçi günde 11 saati aşan bir çalışması bulunmamaktadır. Her ay 10 gün çalıştığından kalan 20 gün için 4857 sayılı Kanununun 63.maddesi gereğince denkleştirmenin varlığı kabul edilir. Mahkemenin yukarıda usul ve hesaplamalara dayanmayan kararı hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

3. Davacının, Kapsam Dışı Personel Yönetmeliği'nin 12.maddesinde belirtilen vardiyalı çalışmalara ilişkin koşullara uygun bir çalışması bulunmadığından vardiya primi isteğinin kabulü ayrı bir bozma nedeni sayılmalıdır...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir. TEMYİZ EDEN: Davalı vekili.

HUKUK GENEL KURULU KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü.

1475 sayılı İş Kanunu'nun 61.maddesine göre; iş süresi haftada en çok 45 saattir. Bu süre üst sınırdır. 45 saatin üstünde yapılan çalışmalar fazla çalışma sayılır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 63.maddesine ilke olarak çalışma süresi haftada en çok 45 saat olarak belirtilmiştir. Ancak tarafların anlaşması ile haftalık normal çalışma süresi işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine, günde onbir saati aşmamak koşulu ile farklı şekilde dağıtılabileceği ilkesi benimsenmiştir. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 41.maddesine göre fazla çalışma, kanunda yazılı koşullar çerçevesinde haftalık 45 saati aşan çalışmalardır. 63.madde hükmüne göre denkleştirme esasının uygulandığı hallerde, işçinin haftalık çalışma süresi, normal haftalık çalışma süresini aşmamak koşulu ile bazı haftalarda toplam 45 saati aşıya dahi bu çalışmalar fazla çalışma sayılmaz.

1. Davacı İzmit ... ve ... istasyonlarında güvenlik görevlisi olarak bir hafta 3 gün ve 24 saat, diğer hafta 4 gün ve 24 saat aralıksız çalıştığını, haftada 3 ya da 4 gün nöbetten sonra diğer haftadaki nöbeti gelen kadar dinlendiğini ileri sürerek fazla çalışma ve vardiya primi ödenmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı şirket, ileri sürüldüğü gibi davacının ... istasyonunda 24 saatin tamamında görev başında bulunmadığını, dinlenme ve uyku sürelerini kullandığını, davacıya mevzuata uygun olarak yıllık izinlerinin de nöbet dönemine denk gelecek şekilde kullandırıldığını, davacının istemlerinin haksız olduğunu cevaben bildirmiştir.

Mahkemece, davacının çalıştığı 24 saatlik süreden yemek, uyku gibi zorunlu ihtiyaçları için 5 saatlik sürenin düşürülmesi sonucu günlük 19 saat çalıştığının kabulü ile buna göre hesaplanan bilirkişi raporunu benimseyerek davanın kabulüne karar verilmiştir.

Özel dairece yukarıya aynen alınan gerekçelerle hüküm bozulmuş, mahkeme önceki kararında direnmiştir.

Dosya kapsamına göre; davacının davalı şirkete ait radyolink istasyonunda işyerinin meskun mahal dışında bulunması ve ulaşım zorluğu gibi zorunlu nedenler dolayısıyla bazı haftalarda 3 gün, bazı haftalarda ise 4 gün

işyerinde kalarak çalıştığı, haftanın diğer günlerinde ise evinde istirahat ettiği anlaşılmaktadır.

Radyolink istasyonlarında yapılan çalışmanın niteliği, yapılan işin ve işyerinin özelliğine göre bu tür çalışanların uyku vesair zorunlu ihtiyaçlarını karşılamak için geçen zaman dışında günde 14 saat çalışabileceği Hukuk Genel Kurulu'nun 05.04.2006 gün 2006/9-107 Esas, 2006/144 karar sayılı bozma kararında olduğu gibi somut olayda da benimsenmiştir.

Türk Telekomünikasyon A.Ş. (R-L) İstasyonlarında Çalışma Usul ve Esasları'na ilişkin düzenlemenin Çalışma Süresinin Düzenlenmesi ile ilgili 6.maddesi;

“a) Çalışan personel, 24 saatlik süre içinde 3 vardiya halinde haftalık 6 gün 45 saat esasına göre çalıştırılır, ancak bu şekildeki vardiyayı oluşturacak sayıda personel bulunmayan istasyonlarda bu durum dikkate alınarak, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 63.maddesine göre günde 11 saati aşmamak koşulu ile İl Telekom yöneticisinin onayı ile farklı şekilde çalışma düzeni de oluşturulabilir.

b) 4857 sayılı İş Kanunu'nun 63.maddesinde yer alan denkleştirme esasına göre; haftalık normal çalışma süresinin, işyerinde haftanın çalışılan günlerine, günde 11 saati aşmamak koşulu ile farklı şekilde dağıtılabilir, bu şekilde en fazla dört aylık süre içinde haftalık ortalama çalışma süresi normal haftalık çalışma süresini aşmaz.

c) 4857 sayılı İş Kanunu'nun 41.maddesine göre; denkleştirme esasının uygulandığı hallerde bazı haftalarda toplam 45 saati aşsa dahi yapılan bu çalışmalar fazla çalışma sayılmaz.

d) Fazla çalışma yapan personel isterse bu çalışmalar karşılığı zamlı ücret yerine fazla çalıştığı her bir saat karşılığında 1 saat 30 dakikayı serbest zaman (ücretli izin) olarak kullanabilir.” hükümlerini içermektedir.

1475 sayılı Yasanın yürürlükte olduğu dönemde; Yargıtay'ın istikrar kazanan uygulamasına göre haftalık 45 saati aşan çalışmaların fazla mesai olarak kabulü gerekir. Davacının günde 14 saat çalıştığı kabul edildiğinde, haftada 3 gün çalıştığında haftalık çalışma süresi 42 saat olacaktır. Bu haftalarda fazla mesai yapıldığı kabul edilemez. Dört gün çalışılan haftalarda ise, haftalık çalışma 56 saat olup, davacının bu haftalarda, haftada 11 saat fazla mesai yaptığının kabulü gerekir. Mahkemenin hükmüne esas alınan bilirkişi raporunda 1475 sayılı yasa Döneminde günlük 7,5 saati aşan çalışmaların fazla mesai olarak kabulü hatalıdır.

4857 sayılı Yasa döneminde ise; günlük 11 saati aşan çalışmaları ile haftalık 45 saatten fazla çalışmalar fazla çalışma olarak kabul edildiğinden, haftada 3 gün çalışılan haftalarda 11 saati aşan günlük 3 saat, haftalık 9 saat çalışmanın; haftada 4 gün çalışıldığında günlük 3, haftalık 12 saat çalışmanın fazla saati olarak kabulü gerekir.

Bu durumda fazla mesai sayılan çalışmalar dışındaki çalışma süresi; haftada 3 gün çalışıldığında günlük 11 saatten haftada 33 saati bulacağı; haftada 4 gün çalışıldığında ise günlük 11 saatten haftada 44 saate ulaşacağından ve haftalık 45 saati aşmadığından denkleştirmeden söz edilemez.

Bu çalışma şekline göre; davacının fazla mesai çalışma alacağının saptanması için bilirkişiden Yargıtay denetimine elverişli ek rapor alınmalı ve sonucuna göre karar verilmelidir. Yanlış değerlendirme ile yazılı şekilde fazla çalışma alacak isteği ile hüküm kurulması hatalı olup kararın açıklanan nedenlerle bozulması gerekmektedir.

2. Davacının, Kapsam Dışı Personel Yönetmeliği'nin 12.maddesinde belirtilen vardiyalı çalışmalara ilişkin koşullara uygun bir çalışması bulunmadığından vardiya primi isteğinin kabulü de doğru görülmemiştir.

SONUÇ

Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının yukarıda gösterilen nedenlerden dolayı H.M.U.K.'nun 429.maddesi gereğince BOZULMASINA, istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine, 14.06.2006 gününde oybirliğiyle karar verildi.

DEĞERLENDİRME

Yargıtay 9.Hukuk Dairesi, 2005 yılında radyolink istasyonlarında çalışan güvenlik görevlileri ile ilgili uyuşmazlıklara ilişkin aynı yönde kararlar vermiştir¹. Verilen bu kararlara karşı ilk derece mahkemelerinin direnme kararı vermesi sonucunda uyuşmazlıklar Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun

¹ Y.9.HD. 16.06.2005T. 2004/31721E., 2005/26173K., SİCİL İş Hukuku Dergisi, S:1, Mart 2006, s.84; (aynı karar için ayrıca bkz. LEGAL İŞ HUKUKU VE SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU DERGİSİ, Y:2005, S:8, s.1675-1678 ve ÇALIŞMA ve TOPLUM, 2005/4, S:7, s.200-2002); Y.9.HD.19.09.2005, 2005/651E., 2005/30272K., Özel Arşiv; Y.9.HD., 15.03.2006T., 2005/24836E., 2006/6669K., LEGAL İŞ HUKUKU VE SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU DERGİSİ, Y:2006, S:11, s.1022-1024.

önüne gelmiştir. Bu çalışmada Hukuk Genel Kurulu'nun konuya ilişkin kararlarından birini incelemeye çalışacağız.

I- HUKUK GENEL KURULU KARARININ İNCELENMESİ

Hukuk Genel Kurulu tarafından incelenen uyuşmazlık konusu olayda, davacı işçi, İzmit Hereke ve Babatepe radyolink istasyonunda güvenlik görevlisi olarak bir hafta 3 gün ve 24 saat, diğer hafta 4 gün ve 24 saat aralıksız olarak çalıştığını, nöbetten sonra diğer haftadaki nöbeti gelene kadar dinlendiğini ileri sürerek fazla çalışma ve vardiya primi alacağı talep etmektedir. Buna karşılık, davalı şirket davacının bu istasyonda 24 saatin tamamında görev başında bulunmadığını, dinlenme ve uyku sürelerini kullandığını iddia etmektedir.

İlk derece mahkemesi, davacının çalıştığı 24 saatlik süreden yemek, uyku gibi zorunlu ihtiyaçlar için beş saatin düşülmesi sonucunda günlük 19 saatlik çalışmasının bulunduğunu kabul etmiştir.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi ise kararında², davacı işçinin yanında diğer

² Benzer bir uyuşmazlıkta mahkemenin kararı şöyledir: "Davacı, fazla mesai ve vardiya prim alacağına ödetilmesine karar verilmesini istemiştir. Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır. Hüküm süresi içinde davalı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü: 1. Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre davalının aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları verinde değildir. 2. Dava fazla mesai ve vardiya primi alacağına ilişkindir. İstekler hüküm altına alınmış karar davalı vekiline temyiz edilmiştir. Davacının ayda on gün, günde 24 saat süre ile davalı İdare bünyesinde radyolink istasyonunda güvenlik görevlisi olarak çalışmak üzere görevlendirildiği konusunda uyuşmazlık bulunmamaktadır. İstek konusu dönem 17.5.2002 - 4.5.2004 tarihleri arasındadır. Söz konusu sürenin bir kısmı 1475 sayılı İş Kanunu diğer kısmı halen yürürlükteki 4857 sayılı İş Kanunu dönemine rastlamaktadır. 1475 sayılı İş Kanununun 61. maddesine göre genel bakımından iş süresi haftada en çok 45 saattir. Bu süre üst sınırdır. 45 saatin üstünde yapılan çalışmalar fazla çalışma sayılır. 4857 sayılı İş Kanununun 63. maddesine ilke olarak çalışma süresi haftada en çok 45 saat olarak belirtilmiş devamında tarafların anlaşması ile haftalık normal çalışma süresi işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine, günde on bir saati aşmamak koşulu ile farklı şekilde dağıtılabileceği ifade edilmiştir. Aynı Kanununun 41. maddesine göre fazla çalışma, Kanunda yazılı koşullar çerçevesinde haftalık 45 saati aşan çalışmalardır. 63. madde hükmüne göre denkleştirme esasının uygulandığı hallerde, işçinin haftalık çalışma süresi, normal haftalık iş süresini aşmamak koşulu ile bazı haftalarda toplam 45 saati aşsa dahi bu çalışmalar fazla çalışma sayılmaz. Davacı işçi yanında diğer bir işçi ile nöbet tutmaktadır. Normal olarak günlük 24 saat çalışmanın 12 saatinde bir işçi kalan sürede diğer işçinin çalıştığı varsayılır.

bir işçi ile nöbet tuttuğunu; normal olarak, günlük 24 saat çalışmanın 12 saatinde bir işçi kalan sürede diğer işçinin çalıştığının varsayılacağını; çalışılan bu süre içerisinde bir saatin zorunlu yemek ve diğer ihtiyaçlar için harcandığı göz önüne alındığında davacı işçinin günlük çalışma süresinin 11 saati aşmadığını; haftada çalışılan sürenin de 77 saat ettiğini; ikinci haftaya sarkan üç günde de 33 saat çalışmış olduğunu belirtmiştir. Daire kararda ayrıca gerek 1475 sayılı Kanun gerek de 4857 sayılı Kanun döneminde haftalık çalışma süresi 45 saat kabul edildiğinden, davacı işçinin 1475 sayılı Kanun döneminde birinci haftanın fazla çalışmasının 32 saatten hesaplanmasının gerektiğine; 10 günlük sürenin ikinci haftaya sarkan üç gün için haftalık 45 saat aşılmadığından anılan günler için fazla çalışma ücreti ödenmeyeceğine; davacı işçinin 4857 sayılı Kanun dönemindeki çalışması için örtülü bir denkleştirmenin söz konusu olduğuna; her ay 10 gün çalıştığından kalan 20 gün için 4857 sayılı Kanununun 63.maddesi gereğince denkleştirmenin varlığının kabul edileceğine hükmetmiştir.

İlk derece mahkemesinin verdiği direnme kararı üzerine uyuşmazlık *Yargıtay Hukuk Genel Kurulu*'nun önüne gelmiş ve Kurul kararında, 1475 sayılı Kanunun yürürlükte olduğu dönemde haftalık 45 saati aşan çalışmaların fazla çalışma olarak kabul edilmesi gerektiğini; davacının günde 14 saat

*Çalışılan bu süre içerisinde bir saatin zorunlu yemek ve diğer ihtiyaçlar için harcandığı göz önüne alındığında davacı işçinin günlük çalışma süresi 11 saati aşmaz. Haftada çalışılan süre 77 saat eder ikinci haftaya sarkan üç günde de 33 saat çalışmış olur. Gerek 1475 sayılı gerek 4857 sayılı Kanun döneminde haftalık çalışma süresi 45 saat kabul edildiğinden davacı işçinin 1475 sayılı Kanun döneminde birinci haftanın fazla çalışması 32 saatten hesaplama gerekir. 10 günlük sürenin ikinci haftaya sarkan üç gün için haftalık 45 saati aşan bir çalışması bulunmadığından anılan günler için fazla çalışma ücreti ödenmez. Davacı işçinin 4857 sayılı Kanun dönemindeki çalışması için **örtülü bir denkleştirme** söz konu olur. Çünkü anılan dönemde davacı işçinin günde 11 saati aşan bir çalışması bulunmamaktadır. Her ay 10 gün çalıştığından kalan 20 gün için 4857 sayılı Kanununun 63. maddesi gereğince denkleştirmenin varlığı kabul edilir. Mahkemece yukarıda belirtilen usul ve hesaplamalara dayanmayan kararı hatalı olup bozmayı gerektirmiştir. 3.Davacının, Kapsam Dışı Personel Yönetmeliğinin 12. maddesinde belirtilen vardiyalı çalışmalara ilişkin koşullara uygun bir çalışması bulunmadığından vardiya primi isteği ret olunması kabulü ayrı bir bozma nedeni sayılmalıdır. **SONUÇ:** Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 16.6.2005 gününde oyçokluğu ile karar verildi. ” (Y.9.HD. 16.06.2005T. 2004/31721E., 2005/26173K., SİCİL İş Hukuku Dergisi, S:1, Mart 2006, s.84; aynı karar için ayrıca bkz. LEGAL İŞ HUKUKU VE SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU DERGİSİ, Y:2005, S:8, s.1675-1678 ve ÇALIŞMA ve TOPLUM, 2005/4, S:7, s.200-2002.)*

çalıştığı kabul edilmesi hâlinde³ haftada 3 gün çalıştığı haftalık çalışma süresinin 42 saat olacağını; bu haftalarda fazla çalışma yapıldığının kabul edilemeyeceğini; dört gün çalışılan haftalarda ise, haftalık çalışmanın 56 saat olduğunu; davacının bu haftalarda haftada 11 saat fazla çalışma yaptığının kabul edilmesi gerektiğini; mahkeme hükmüne esas alınan bilirkişi raporunda 1475 sayılı Kanun döneminde günlük 7,5 saati aşan çalışmaların fazla çalışma olarak kabul edilmesinin hatalı olduğunu ifade etmiş; 4857 sayılı kanun döneminde ise, günlük 11 saati aşan çalışmalar ile haftalık 45 saatten fazla çalışmaların fazla çalışma olarak kabul edilmesi gerektiğinden haftada 3 gün çalışılan haftalarda 11 saati aşan günlük 3 saat, haftada 9 saat çalışmanın; haftada 4 gün çalışıldığında ise günlük 3, haftalık 12 saat çalışmanın fazla çalışma saati olarak kabul edilmesi gerektiğine; bu durumda fazla mesai sayılan çalışmalar dışındaki çalışma süresinin, haftada 3 gün çalışıldığında günlük 11 saatten haftada 33 saati bulacağı; haftada 4 gün çalışıldığında ise

³ Nitekim Yargıtay 9.Hukuk Dairesi daha sonraki, tarihli benzer bir uyuşmazlıkta, “davalıya ait aynı mahiyette mahiyetteki işyerlerinde davacıyla benzer konumda bulunan çalışanlarla ilgili Dairemize birçok dava intikal etmiş mahkemelerin ısrar kararı üzerine konu Hukuk Genel Kurulunda iki kez görüşülmüştür. Hukuk Genel Kurulunca verilen 5.4.2006 gün 2006/9-107E. 2006/144K. ve 14.6.2006 gün ve 2006/9-374E. 2006/382 K. sayılı ilamlarda uyku ve sair ihtiyaçlar için geçen zaman çıkarıldığında bu tür işyerlerindeki çalışmaların günde 14 saat olabileceği kabul edilmiş Hukuk Genel Kurulu’nun bu kararı dairemizce de benimsenmiştir (Y.9.HD. 18.07.2006T., 2006/3927E. 2006/21088K., özel arşiv). Bu karara karşı iki üye karşı oy yazısı yazmıştır. **CELKAN**, yazmış olduğu karşı oy yazısında iki veya daha fazla işçinin birlikte ve vardiya usulü çalışma düzeninde bir günü en fazla oniki saat olarak kullanmalarının gerçekçi olacağını; çoğunluk görüşüne göre, tüm işçilerin on dört saat fiili çalışma düzeninde bulunmaları halinde işyeri saat birbiriyle çalışmalarının söz konusu olduğunu; bunun da gereksizce fazla mesai yapıldığı izlenimini doğuracağını ifade etmiştir. Dosya içeriği görülmedikçe davacı işçinin günlük çalışma süresinin ne kadar olduğu söylenemeyecektir. Ancak birden fazla işçinin aynı anda vardiyalı olarak bu radyolink istasyonunda istihdam edilmesi durumunda **CELKAN**’ın görüşünün yerinde görülebileceği kanaatindeyiz. Öte yandan aynı kararı inceleyen **ÖZVERİ** işçinin işyerinde geçirdiği bu sürenin evinde geçirmiş gibi on saatlik uzun bir dönemini zorunlu dinlenmelerden saymanın çalışma süresi kavramıyla çelişen bir tutum olduğu görüşündedir. Yazara göre, Hukuk Genel Kurulu’nun haklı olarak insanın fiziki çalışma gücünü esas alarak çalışma süresini belirlemeye çalışırken, dinlenme süresini 10 saat gibi uzun bir süre belirlemesine katılmanın olanağı bulunmamaktadır. Bu nedenle de, yazar, yerel mahkemenin zorunlu gereksinimler için beş saatlik bir süreyi düşerek günlük çalışma süresini 19 saat olarak belirlemesinin, çalışma sürelerinin sınırlandırılması amacına, çalışma süresi tanımına uygun ve insanın fiziki yetersizliğini de dikkate alan bir çözüm olduğu görüşündedir. (**ÖZVERİ**, M.: 4857 Sayılı Yasa Döneminde Fazla Çalışma Kavramı Üzerine, LEGAL, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Yargı Kararları ve İncelemeleri Dergisi, Yıl:2006, C:1, S:2, s.199.

günlük 11 saatten haftalık 44 saate ulaşılacağından ve haftalık 45 saati aşmadığından denkleştirmeden söz edilemeyeceğine hükmetmiştir.

Söz konusu kararda, çalışma iki dönemde gerçekleştirilmektedir: Birincisi, işçinin 1475 sayılı İş Kanununa tâbi olarak çalıştığı dönem, ikincisi de 4857 sayılı İş Kanuna tâbi olarak çalıştığı dönem. Karar metninden anlaşıldığı kadarı ile ilk derece mahkemesince böyle bir ayırım yapılmaksızın hüküm tesis edilmiştir. 1475 sayılı Kanun dönemi için hem Yargıtay 9.Hukuk Dairesi'nin⁴ hem de Hukuk Genel Kurulu'nun kararlarında haftalık çalışma süresinin aşılması durumunda fazla çalışmanın söz konusu olacağı kabul

⁴ Yargıtay 9.Hukuk Dairesi'nin benzer bir uyuşmazlık için verdiği karara karşı U. ÖZTÜRK ve S. ÖZFİRAT tarafından yazılan karşı oy yazısında "tarafkların normali aşan çalışmalarının karşılığının serbest zaman olarak kullanılması konusunda anlaşılkları ve davacının işe başladığı tarihten itibaren aynı yöntemin uygulandığı görülmektedir. 10.6.2003 tarihinden itibaren İş Kanununun (4857 41/4.5) ve yönetmelikte normali aşan çalışmaların ücret yerine serbest zamanla karşılanabileceği belirtilmiştir. 1475 sayılı yasa zamanında açık bir düzenleme bulunmamakla beraber tarafların anlaşmasıyla bu şekilde bir düzenleme yapılabileceği görüşündeyiz." ifadesine yer verilmiştir. (Y.9.HD. 16.06.2005T. 2004/31721E., 2005/26173K., SİCİL İş Hukuku Dergisi, S:1, Mart 2006, s.84; aynı karar için ayrıca bkz. LEGAL İŞ HUKUKU VE SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU DERGİSİ, Y:2005, S:8, s.1675-1678 ve ÇALIŞMA ve TOPLUM, 2005/4, S:7, s.200-2002.) Kanaatimizce, bu görüşe katılmak mümkün değildir. 4857 sayılı İş Kanunu fazla saatlerle çalışmanın karşılığı hususunda, 1475 sayılı İş Kanunundan farklı bir düzenleme getirmiştir. 4857 sayılı Kanunun 41.maddesinin IV.fıkrası uyarınca, fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma yapan işçi isterse, bu çalışmaları 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 kullanabilecektir. Aynı esas, İş Kanununa İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği'nin 6.maddesinde de benimsenmiştir. Bu maddeye göre ise, fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma yapan işçi, isterse işverene yazılı olarak başvurmak koşuluyla, bu çalışmalar karşılığı zamlı ücret yerine, fazla çalıştığı her saat karşılığında bir saat onbeş dakikayı serbest zaman olarak kullanabilecektir. 1475 sayılı İş Kanununun katı düzenlemeleri karşısında ise, fazla saatler karşılığının serbest zaman olarak verilmesi veya zorunluluk nedeni ile çalışılmayan zamanın ileride telafi çalışması yapılarak giderilmesi hukuken olanaklı gözükmemektedir (GÜZEL, A. : İş Hukukunda Yeniden Yapılanma Süreci ve İşin Düzenlenmesi Konusunda Esneklik, Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, Ankara, 2000, s.217-218). Zira, söz konusu Kanununun 61.maddesinin II.fıkrasına göre, çalışma süresi işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine eşit ölçüde bölünerek uygulanacaktır ve bu hüküm emredici niteliktedir. 61.madde, esnek çalışma modellerinin uygulanmasına engel teşkil etmekte ve bu yönü ile de eleştirilmekteydi. Dolayısıyla, 1475 sayılı Kanun zamanında işçi, serbest zaman kullanımı talebinde bulunsa dahi, kural olarak, işyerinde haftalık çalışma sürelerinin eşit paylaşımı gereği nedeni ile bu şekilde bir çalışma mümkün olmayacaktı.

edilmektedir. 1475 sayılı Kanununun 35.maddesinde memleketin genel yararları, yahut işin niteliği veya üretimin artırılması gibi sebeplerle kanunda yazılı günlük çalışma süresinin dışında fazla çalışma yapılabileceği öngörülmüş ve fazla çalışmanın günlük çalışma süresinin üzerinde yapılan çalışmalar olduğu belirtilmiştir. 1475 sayılı Kanun zamanında ve bu Kanun uyarınca çıkarılan Fazla Çalışma Tüzüğü'nde⁵ de benzer şekilde, ülkenin genel yararları veya işin niteliği yahut üretimin artırılması gibi nedenlerle İş Kanununun 61.maddesinin (a) bendinin ikinci fıkrasında yazılı **günlük** normal çalışma sürelerinin dışında yapılacak fazla çalışmalardan söz edilmekteydi. Hüküm bu yönüyle mutlak emredici idi⁶. Bu doğrultuda, 1475 sayılı Kanunun fazla çalışma kavramının tanımında açık olarak günlük çalışma süresini esas aldığı ve sadece bu sürelerin dışındaki çalışmaları fazla çalışma olarak nitelendirdiğini söylemek mümkündür⁷. Dolayısıyla, bu Kanun anlamında fazla çalışma, normal (yasal) günlük iş süresinin üzerinde yapılan çalışma şeklinde tanımlanabilirdi⁸. Yani, işçinin haftalık çalışma süresi toplamına bakılmaksızın günlük çalışma süresini aşan çalışmaları fazla çalışmaydı. Ancak, Yargıtay 1475 sayılı Kanun dönemi bakımından fazla çalışmanın bulunup bulunmadığının belirlenmesinde günlük çalışma süresinin yerine haftalık çalışma süresini dikkate almaktaydı. Yani, günlük çalışma süresini aşmasına rağmen haftalık çalışma süresini aşmayan çalışmayı fazla çalışma olarak kabul etmemekteydi⁹. Bu içtihat doğrultusunda Yargıtay, karara konu

⁵ RG. 04.04.1973T., S.14497.

⁶ **EKONOMİ**, M. : 4857 Sayılı İş Kanununa Göre Fazla Çalışma, Yargıç Resul Aslanköylü'ye Armağan, KAMU-İŞ, S:3, Y.2004, s.161.

⁷ **ULUCAN**, D. : Fazla Çalışmanın Saptanması, İHU İşK. 35 (No.4), s.2; **ERKUL**, İ. : Türk İş Hukuku Dersleri 1475 Sayılı İş Kanunu ve Uygulaması, İstanbul, 1974, s.287; **NARMANLIOĞLU**, Ü.: Ferdi İş İlişkileri I, 3.Bası, İzmir, 1998, s.490-491.

⁸ **TUNÇOMAĞ**, K. : İş Hukuku, C:I, İstanbul, 1981, s.155; aynı yönde bkz. **ERKUL**, s.286; **EKONOMİ**, M. : İş Hukuku, Ferdi İş Hukuku, C:I, Yenilenmiş 3.Bası, İstanbul, 1984, s.294; **NARMANLIOĞLU**, s.490.

⁹ Yargıtay 9.Hukuk Dairesi önceleri vermiş olduğu kararlarda fazla çalışmanın tespitinde günlük normal çalışma süresinin üzerinde çalışmayı yeterli bulmuştur (örn. Y.9.HD., 12.07.1983T., 1972/3667E., 1973/25462K., İHU İşK. 35 (No.1)). Daha sonra ise, fazla çalışmanın hesabında haftalık çalışma süresini esas almış; haftalık çalışma süresini aşan çalışmaları fazla çalışma olarak kabul etmiştir (örn. Y.9.HD. 20.01.1977T., 1977/3E., 1977/1520K., İHU İşK. 35 (No.5)). Nitekim 9.Hukuk Dairesi bir başka kararında "(...) işçinin haftada 45 saat çalıştırılabileceği de açıktır. Bunda gerek yasaya, gerekse toplu iş sözleşmesine aykırı bir yön yoktur. Bu nedenle, haftalık 45 saat içinde kalan çalışma, normal haftalık iş süresini teşkil etmektedir. Fazla mesai ise ancak günlük 7,30 saat ve

olan olayda da, davacı işçi günlük çalışma süresinin üzerinde çalıştığı halde, 3 gün çalışılan hafta bakımından haftalık çalışma süresinin üzerinde bir çalışma gerçekleştirmediğinden fazla çalışma ücretine hak kazanmayacağına hükmetmiştir. 1475 sayılı İş Kanunu'nun açık hükmü karşısında, Yargıtay'ın bu görüşüne katılmak mümkün değildir¹⁰.

Dava konusu olay bakımından ayrıca 4857 sayılı İş Kanununun yürürlüğe girmesinden sonraki dönemde de işçinin çalışması söz konusudur ve hem Daire kararında hem de Hukuk Genel Kurulu kararında bu Kanunun getirdiği yeni düzenlemelerden biri olan denkleştirme esasına göre çalışma tartışılmıştır.

Denkleştirme, bir veya birçok haftadan oluşan bir zaman dilimi içerisinde işçinin "ortalama haftalık çalışma süresi"nin normal haftalık çalışma süresini aşamayacağı bir esnek çalışma yöntemi olarak tanımlanabilir¹¹. Bu çalışma biçimi, İş Kanununun 63.maddesinin II.fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre, "*Tarafların anlaşması ile haftalık normal çalışma süresi, işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine günde onbir saati aşmamak koşulu ile farklı şekilde dağıtılabilir. Bu halde, iki aylık süre içinde işçinin haftalık ortalama çalışma süresi, normal haftalık çalışma süresini aşamaz. Denkleş-*

haftalık 45 saati geçen çalışmalar için söz konusudur. Davacının 6 günlük çalışması 45 saati geçmediğine göre, 4 günlük 37,30 saatlik çalışma ile 6 günlük 45 saat çalışma arasındaki süre fazla mesai olarak kabul edilemez. Bu normal çalışmadır, karşılığı da işveren tarafından ödenmiştir. Bu sürenin fazla mesai sayılacağına dair toplu iş sözleşmesinde de hüküm yoktur." yönünde görüş açıklamıştır (Y.9.HD., 16.12.1986T., 1986/10452E., 1986/11320K., TEKSTİL İŞVEREN, Temmuz 1987, S:112, s.16-17). Aynı yönde Y.9.HD., 08.09.1975T., 1975/20820E., 1975/41048K., İHU İşK. 35 (No.4); Y.9.HD., 07.02.1984T., 1984/58E., 1984/1044K., İŞVEREN, C:XXII, S:6, Mart 1984, s.16-17; Y.9.HD., 04.10.1999T., 1999/14257E., 1999/14947K., İŞVEREN, C: XXXIX, S:5, Şubat 2001, s.15. Yine, Yargıtay 9.Hukuk Dairesi'nin, günde sekiz buçuk; altıncı günde dört saat işçinin haftada kırkbeş saatin üzerinde toplam bir buçuk saat fazla mesai yapılacağı kabul edileceğini ve buna göre ücret ödeneceğini öngören kararı (Y.9.HD., 06.03.1997T., 1996/21533E., 1997/4491K., Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1997, İstanbul, 1999, s.39) eleştirilmiş ve Daire'nin vardığı sonucun isabetli olmadığı zira, fazla çalışmanın kanunda yazılı "günlük" çalışma süresinin aşılmasını ifade ettiği haklı olarak ifade edilmiştir (SOYER, M. P. : Ferdi İlişkilerin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1997, İstanbul, 1999, s.39).

¹⁰ ÖZVERİ, s.200.

¹¹ SÜZEK, S. : İş Hukuku, 2.Baskı, İstanbul, 2005, s.605; AKYİĞİT, E. : İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, 2.Bası, C:II, İstanbul, 2006, s.1751.

tirme süresi toplu iş sözleşmeleri ile dört aya kadar artırılabilir.” Bu madde hükmü gereğince denkleştirme esasına göre çalışmanın söz konusu olabilmesi için her şeyden önce tarafların anlaşması şarttır. Yani, bu tür çalışma işverenin tek taraflı kararı ile uygulamaya konamayacak; bu konuda işçinin onayının alınması gerekecektir¹². Aynı şekilde, İş Kanununa İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği'nin 5.maddesinde de, tarafların denkleştirme esasını benimsemeleri için, aralarında **yazılı** bir anlaşma yapmaları gerektiği belirtilmiştir. İşçinin, denkleştirme esasına göre çalışacağını, daha iş sözleşmesi yapılırken, başlangıçta kabul etmesi mümkün olabileceği gibi, yapılacak bir toplu iş sözleşmesi ile de işverene bu yetkinin verilmesi söz konusu olabilecektir¹³.

Yargıtay 9.Hukuk Dairesi, davacı işçinin 4857 sayılı Kanun dönemindeki çalışması için örtülü bir denkleştirme döneminin söz konusu olduğu; zira anılan dönemde davacı işçinin 11 saati aşan çalışmasının bulunmadığı ve her ay 10 gün çalıştığından kalan 20 gün için 4857 sayılı İş Kanununun 63.maddesi gereğince denkleştirmenin varlığının kabul edileceği sonucuna varmıştır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında ise açıkça ifade edilmekle birlikte, Kurul'un dava konusu uyuşmazlıkta haftalık çalışma süresinin aşılması durumunda denkleştirmeden söz edilebileceği görüşünde olduğu izlenimi uyanmaktadır. Yargıtay'ın aynı yöndeki bir başka kararını inceleyen **KIZILOĞLU**, kararı örtülü denkleştirme süresinin kabulü açısından isabetli bulmuştur¹⁴. Aynı şekilde **ENGİN** de Kanunda yer alan ve herhangi bir şekil şartını aramayan “tarafların anlaşmasıyla” ibaresinin zımnî kabule kanunkoyucu tarafından izin verildiği şeklinde yorumlanmasının düşünülebileceğini belirtmiştir¹⁵. Gerek bu kararda varılan sonucun, gerek **KIZILOĞLU** ve **ENGİN** tarafından benimsenen görüşün tartışmaya açık olduğu kanaatindeyiz.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, dava konusu olayda günlük çalışma süresi 4857 sayılı İş Kanununun 63.maddesinin II.fıkrasına uygun olarak

¹² **EYRENCİ, Ö./TAŞKENT, S./ULUCAN, D.:** Bireysel İş Hukuku, 3.Bası, İstanbul, 2006, s.211.

¹³ **EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN,** s.211; **SÜZEK,** s.606.

¹⁴ **KIZILOĞLU, H. :** Örtülü Denkleştirme Süresine Yönelik Karar İncelemesi, SİCİL İş Hukuku Dergisi, S:1, Mart 2006, s.88.

¹⁵ **ENGİN, E. M. :** Denkleştirme Esası Uygulamasında Çalışma ve Dinlenme Sürelerine İlişkin Emredici Hükümler, SİCİL İş Hukuku Dergisi, S:5, Mart 2007, s.73.

onbir saati geçmemiş¹⁶ ise de, bu, denkleştirme esasına göre çalışmanın uygulandığını gösteren bir emare olarak değerlendirilememelidir. Nitekim, Kanuna uygun bir denkleştirme esasına göre çalışmanın söz konusu olabilmesi için iki şartın bir arada bulunması gerekmektedir: bunlardan birisi, tarafların anlaşması ve diğeri de yasanın getirdiği sınırlamalara uygun şekilde denkleştirme esasına göre çalışmanın gerçekleştirilmesidir. Dolayısıyla, yalnızca yasadaki sınırlamalara uygun olarak (günde onbir saat ve iki aylık süre içerisinde) denkleştirme esasına göre bir çalışmanın gerçekleştiriliyor olması yeterli değildir. Ayrıca ve aynı zamanda bu çalışmaya işçinin de **onay** vermesi gerekmektedir.

Dava konusu olayda, davacı işçi haftanın on günü devamlı olarak ve günde oniki saat çalışmaktadır. Yargıtay 9.Hukuk Dairesi'nin kararında da belirtildiği üzere, çalışılan on iki saat içerisinde bir saatin zorunlu yemek ve diğer ihtiyaçlar için harcandığı gözönüne alındığında, bu işçinin günlük çalışma süresinin onbir saat olduğu söylenebilecektir. Gerçekten de, işçinin günlük çalışma süresi 4857 sayılı İş Kanunu md.63/II'ye uygundur. İşçinin bu çalışma düzeni bir aylık bir süre içerisinde gerçekleştiğinden, denkleştirme esasına uygun çalışma için öngörülmuş olan en fazla iki aylık süre içerisinde denkleştirmenin yapılması şartı da yerine getirilmiş gözükmektedir. Ancak, dava konusu olay bakımından denkleştirme esasına uygun bir çalışmadan bahsedebilmek için, işçinin onayının varlığından söz etmenin mümkün olup olamayacağı üzerinde ayrıca durulması gerekmektedir. Bu nedenle Yargıtay 9.Hukuk Dairesi kararındaki, anılan dönemde davacı işçinin günde 11 saati aşan bir çalışması bulunmadığından, 4857 sayılı İş Kanunu dönemindeki çalışması için örtülü bir denkleştirmenin söz konusu olduğu yönündeki gerekçe, bu kriter tek başına denkleştirme esasına göre çalışmanın söz konusu olması için yeterli olmadığından yerinde değildir.

¹⁶ Mahkeme kararlarından dava konusu olayda işçinin haftada kaç gün ve günde kaç saat çalıştığı konusunda kesin bir hükme varılmadığı anlaşılmaktadır. Örtülü denkleştirmeye ilişkin kararı Yargıtay 9.Hukuk Dairesi vermiş ve günlük çalışma süresini onbir saat olarak belirlemiştir. Daire kararında davacı işçinin bir hafta 77 saat, diğer hafta ise 33 saat olmak üzere, ayda 10 gün çalışıp 20 gün dinlendiği ifade edilmektedir. Buna karşılık, Hukuk Genel Kurulu kararında davacı işçinin bir hafta 3 gün ve 24 saat, diğer hafta 4 gün ve 24 saat aralıksız çalıştığını iddia ettiği belirtilmektedir. Bu nedenle her iki kararda belirtilen çalışma süreleri bakımından ayrı ayrı değerlendirme yapma gereği ortaya çıkmıştır.

Denkleştirme esasına göre çalışmanın gerçekleşmesi için aranan ikinci şart olan işçinin onayının bulunması şartı, kanaatimizce, dava konusu olayda söz konusu değildir. Şöyle ki, davacı işçinin işe başlama tarihi 15.02.2001'dir ve bu tarihte 4857 sayılı İş Kanunu yürürlükte değildir. Bu tarihten itibaren işçi hep aynı esasa göre çalışmış; karardan anlaşıldığı kadarı ile 4857 sayılı Kanununun yürürlüğe girmesinden sonra işçi ile yeni bir iş sözleşmesi yapılmamıştır. Daha önce de değindiğimiz üzere, mevcut düzenleme gereğince, işçinin denkleştirme esasına göre çalışma yapmasına yönelik yazılı onayının bulunması gerekmektedir. Bu onay, başlangıçta iş sözleşmesi ile alınabilecektir. Dava konusu olayda ise, işçi ile işveren, işçinin 10 gün süre ile günde ara dinlenmeleri dahil oniki saat çalışacağı ve yirmi gün süre ile çalışmayacağı üzerinde anlaşmışlardır. Bunun dışında tarafların, işçinin bu çalışma karşılığında fazla çalışma ücretine hak kazanmayacağına, yani bu çalışılan günlerin çalışılmayan günlerle fazla çalışma söz konusu olmaksızın telafi edileceğine ilişkin bir anlaşma yapıp yapmadıkları karardan anlaşılamamaktadır. Kanaatimizce, işçi ile işveren arasındaki sözleşmede bu yönde bir düzenleme yoksa artık 4857 sayılı İş Kanununun 63.maddesi anlamında "tarafların anlaşması"ndan söz etmek mümkün değildir. 63.maddede aranan "tarafların anlaşması" şartı tarafların, yapılan haftalık ortalama çalışma süresi üzerindeki çalışmaların, fazla saatlerle çalışma sayılmaksızın yapılacak daha az çalışmalarla ya da verilecek boş günlerle denkleştirileceği hususunda anlaşmaları anlamındadır. Denkleştirme esasına göre çalışmada işçi fazla çalışma ücretine (İşK.md.41/II) veya bunun yerine serbest zamana (İşK.md.41/IV) hak kazanmamaktadır. O halde bu denkleştirme usulüne göre çalışacak olan işçinin açıkça bu haklarından vazgeçtiğini bilmesi ve yazılı onay vermesi gerekmektedir¹⁷. Bu nedenlerle,

¹⁷ 4857 sayılı İş Kanunu'nun 63.maddesinde "tarafların anlaşması"ndan söz edilmiş; ancak anlaşmanın şekli konusunda bir düzenleme getirilmemiştir. Şekil şartı, İş Kanununa İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği'nin 5.maddesinde öngörülmüş ve tarafların bu anlaşmayı **yazılı** şekilde yapmaları gerektiği belirtilmiştir. Yönetmeliklerin yasal esasların uygulanmasını göstermek üzere çıkarıldıkları ve kanuna aykırı olamayacakları dikkate alındığında Yönetmeliğin bu hükmünün yerinde olup olmadığı hususu üzerinde durmak gereği ortaya çıkmaktadır. Doktrinde konuya ilişkin farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre yazılılık koşulu sözleşme yapma özgürlüğünü sınırladığı için kanunla öngörülmelidir. Bu koşulun yönetmelik hükmü ile getirilmesi yerinde değildir. Ancak, denkleştirme döneminin yaratabileceği sakıncalar ve işçi üzerindeki olası olumsuz etkileri dikkate alındığında kanunda bu yönde bir düzenleme yer alması isabetli olacaktır. (CANIKLIOĞLU, N.: 4857 Sayılı İş Kanununun Çalışma Sürelerine İlişkin Düzenlenmeleri, III.Yılında İş Yasası, Bodrum, 21-25 Eylül 2005, s.161). **ENGİN**,

davacı işçi ile davalı işveren arasında işyerindeki çalışma sürelerinin düzenlenmesine yönelik yapılan anlaşmanın aynı zamanda örtülü olarak denkleştirme esasına göre çalışmaya imkân tanıyacağı, bu anlamda da örtülü bir denkleştirmenin söz konusu olduğu yönündeki Yargıtay kararına katılmamaktayız¹⁸.

Öte yandan, 4857 sayılı İş Kanununun 46.maddesinin I.fıkrası hükmünce, bu Kanun kapsamına giren işyerlerinde işçilere tatil gününden önce 63.maddeye göre belirlenen iş günlerinde çalışmış olmaları koşulu ile yedi günlük bir zaman dilimi içinde kesintisiz en az yirmidört saat dinlenme (hafta tatili) verilmelidir. Söz konusu karara konu olayda ise, davacı işçi yedi günlük zaman dilimi içerisinde aralıksız her gün onbir saat çalışmaktadır. Bu durumda, bu işçinin haftalık çalıştığı süre 77 saattir. Yani, bu işçi hafta tatili kullanmaksızın 7 gün aralıksız çalışmıştır. İşçinin yaptığı bu tür bir çalışma kanuna aykırıdır ve işçi, bu tür bir çalışma yapmaya zorlanamaz. Bu durumda, Yargıtay kararlarında da belirtildiği üzere, işçi zamlı ücrete hak kazana-

kanunda bir şekil şartı aranmadığından, zımni kabule kanunkoyucunun izin verdiği sonucuna ulaşmaktadır (ENGİN, s.73). Bir başka yazar ise, rızanın yazılı olarak verilmesinin şart olmadığını, sözlü ve hatta işverenin bu yöndeki teklifi üzerine bir şey söylenilmeden çalışma gibi fiili bir tutumla dahi rızanın açıklanabileceğini ileri sürmüştür (AKYİĞİT, s.1751). Buna karşılık bizim de katıldığımız bir başka görüşe göre ise, Yönetmelikler yasaların uygulama biçimini göstermektedir ve yasada da sadece işçilerin onayları ile ya da tarafların anlaşmaları ile böyle bir düzenleme getirilebileceği öngörülmektedir. Bu nedenle de bu onayın ne şekilde alınacağı yönetmelik hükmü ile düzenlenebilecektir. (EYRENCİ, Ö.: III.Yılında İş Yasası, Genel Görüşmeler, Bodrum, 21-25 Eylül 2005, s.260). Yine aynı yazar, Yönetmelik hükmü dikkate alındığında işverenin işçinin sözlü onayını alarak sıkıştırılmış iş haftası uygulaması yapmasının mümkün olmadığı görüşündedir. Sözlü muvafakat almış olan işveren, ortaya çıkabilecek bir uyuşmazlıkta bu iddiasını ancak yazılı bir belge ile ispatlayabilecektir (EYRENCİ/TAŞKENT/ULUCAN, s.211). Bununla birlikte kanaatimizce, taraflar arasında yapılan sözlü anlaşmaya dayalı olarak gerçekleştirilen denkleştirme esasının, işçi veya işveren tarafından sonradan Yönetmelik hükmüne aykırılığının iddia edilmesi, bazı hallerde, şekil eksikliği nedeniyle butlanı ileri sürme hakkının kötüye kullanılması olarak değerlendirilebilecektir. (Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. OĞUZMAN, K.: Şekil Noksanı Sebebiyle Butlan Dermeyanı Hakkının Suistimali, İSTANBUL BAROSU DERGİSİ, C:XXIX, S:6, Haziran 1955, s.249-258). Bu anlamda, tarafların sözlü anlaşmasına dayalı olarak yapılan bir denkleştirme uygulamasının Yönetmelik hükmüne aykırılığı iddiasında bulunan tarafın bu hakkını dürüstlük kuralına uygun olarak kullanıp kullanmadığının somut olayın koşulları dikkate alınarak değerlendirilmelidir.

¹⁸ ÖZVERİ de, açık yazılı bir anlaşma yokken işverenin yasaya aykırı çalışma sistemini örtülü denkleştirme olarak nitelendirme olanağının bulunmadığı görüşündedir (ÖZVERİ, s.202).

caktır¹⁹. Dolayısıyla, Yargıtay'ın örtülü denkleştirme olduğu yönündeki görüşünü kabul etsek dahi, dava konusu olayda işçinin, onbir saatlik fazla çalışma ücretine hak kazanacaktır²⁰.

Ayrıca, kanun koyucu denkleştirilme usulüne göre çalışmayı işverenin yönetim hakkı kapsamında görmemiştir. İşçinin haftada 66 saate kadar çalıştırılabilmesi işgörmeye ediminin esaslı bir şekilde değiştirilmesidir. Bu nedenle de İş Kanununun 63.maddesinde açıkça tarafların anlaşması ile bu uygulamaya gidilebileceği belirtilmiştir. Dolayısıyla başlangıçta toplu iş sözleşmesi veya iş sözleşmesi ile işçinin onayı alınmamışsa, sonradan denkleştirme esasına göre çalışmaya geçiş için İş Kanunu md.22 uyarınca çalışma koşullarının değiştirilmesi gereklidir²¹.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu vermiş olduğu kararda davacı işçinin günlük çalışma süresinin 14 saat olduğunu; günde onbir saati aşan çalışmalar ile haftalık 45 saatten fazla çalışmalar fazla çalışma olarak kabul edildiğinden, haftada 3 gün çalışılan haftalarda haftalık 9 saat; 4 gün çalışılan haftalarda haftalık 12 saat fazla çalışmanın bulunduğunu belirtmiştir. Hukuk Genel Kurulu ayrıca, fazla mesai sayılan çalışmalar dışındaki çalışma süresinin haftada 3 gün çalışıldığında günlük 11 saatten haftada 33 saati bulacağı; haftada 4 gün çalışıldığında ise günlük 11 saatten haftalık 44 saate ulaşacağından ve haftalık 45 saati aşmadığından denkleştirmeden söz edilemeyeceğine hükmetmiştir. Hukuk Genel Kurulu kararının fazla çalışmaların hesabı bakımından yerinde olduğu görüşündeyiz. 4857 sayılı İş Kanununun 63.maddesinin II.fıkrasına göre haftalık normal çalışma süresi işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine günde onbir saati geçmemek üzere farklı dağıtılabilir. Ancak, hüküm, haftalık normal çalışma süresi aşılmamasına

¹⁹ **EKONOMİ**, 4857 Sayılı İş Kanununa Göre Fazla Çalışma Kavramı, s.164.

²⁰ **KIZILOĞLU**, s.88; **ENGİN**, s.74.

²¹ **ALP**, M. : İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, Ankara, 2005, s.198. **ENGİN**, sonradan yapılan tek taraflı değişikliğin çalışma koşullarında esaslı değişiklik teşkil edeceği görüşündedir. Yazara göre denkleştirme esasına göre çalışma, işçinin çalışmayı bekleyerek boş geçirdiği sürelerin çalışma süresinden sayılacağı, dolayısıyla da ücrete hak kazanacağı kuralının ve İş Kanunu md.41 ile hükme bağlanan haftalık 45 saatin üzerindeki çalışmaların işçiye fazla çalışma ücreti ödenmesine neden olacağı kuralının istisnasıdır. Fazla çalışmada kural, fazla çalışma ücretine hak kazanılmasıdır. Oysa, denkleştirme esasına göre çalışma söz konusu olduğunda, işçi fazla çalışma yapmasına rağmen zamlı ücret almayacaktır. Bu da iş koşullarında esaslı değişiklik teşkil edecektir. Yine somut olayda olduğu gibi yeni kanunun yürürlüğe girmiş olması da esaslı değişiklik olgusunun varlığını ortadan kaldırmayacaktır (**ENGİN**, s.73).

rağmen günlük 11 saatin üzerinde yapılan çalışmaların nasıl değerlendirileceği konusunda açık bir düzenleme getirmemektedir. Doktrinde **DEMİR**, kanuna aykırı olarak onbir saati üzerinde yapılan çalışmaların da fazla çalışma sayılması gerektiğini belirtmiştir²². **EKONOMİ** ise, İş Kanununa İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliği'nin çıkarılmasından önce, 4857 sayılı Kanuna göre işçinin, günlük normal -en çok-çalışma süresini aşacak şekilde çalıştırılmasının kanuna aykırı olduğunu; ancak belirtilen sınırın aşılması durumunda, artık çalışmanın karşılığının normal ücret değil; kanun hükümlerine göre zamlı ücret olması gerektiğini belirtmektedir. Yazar, bu suretle günlük çalışma süresinin ölçüt olarak hukukî geçerlilik kazanmadığını; ancak, bu değerlendirmenin İş Hukukunun temel ilkeleri açısından yerinde olacağını ve günlük en çok çalışma sınırını aşan sürelerle zamlı ücret ödenmesi için haftalık çalışma süresinin tamamlanmasına bakılmayacağını ileri sürmektedir²³. Nitekim İş Kanununa İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği'nin 4.maddesinde ise, günlük çalışma süresinin ne olursa olsun 11 saati aşamayacağı, işçinin bu sınırları aşan sürelerle çalıştırılması durumundaysa, İş Kanununun 41, 42 ve 43.maddeleri ile 79 sayılı Milli Korunma Suçlarının Affına, Milli Korunma Teşkilat, Sermaye ve Fon Hesaplarının Tasfiyesine ve Bazı Hükümler İhdasına Dair Kanunun 6.maddesi hükümlerinin uygulanacağı öngörülmüştür. **SOYER**, Yönetmeliğin 4.maddesi hükmünün, **EKONOMİ**'nin yukarıda değindiğimiz görüşünden esinlenerek getirilmiş olabileceğine değinmektedir. Yazara göre, bu düzenleme, ilk bakışta, günlük çalışma süresinin aşılması hâlinde de fazla çalışmadan bahsedileceğini öngörmüş olması nedeni ile yeni bir fazla çalışma kavramı yarattığı izlenimini yaratmaktadır. Bu durumun, fazla çalışma konusunda haftalık çalışma süresinin aşılması dışında bir ölçüt getirmeyen yasal düzenleme ile bağdaşmadığı ve yasaya da aykırı olduğu düşünülebilir. Oysa, asli bir düzenleme yetkisi olmayan, sadece ikincil ve türevsel bir kural koyma erkine sahip Bakanlık ilk elden norm koyamaz. Bakanlığın günlük onbir saati aşan çalışmalar hakkında böyle bir norm koyması durumunda, yönetmelik hükümlerinin uygulanmaması ve yasaya bağlı kalınarak, fazla çalışma ücretine değil; normal çalışma ücretine hükmedilmesi sonucunun doğacağı ileri sürülebilir. Yazara göre, günlük onbir saatlik azamî çalışma süresinin aşılması hâlinde işçiye fazla çalışma

²² **DEMİR**, F. : En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, 4.Baskı, İzmir, 2005, s.149.

²³ **EKONOMİ**, 4857 Sayılı İş Kanununa Göre Fazla Çalışma Kavramı, s.162-163.

ücretinin ödenmesinin asıl gerekçesi, bu sürenin aşılmış olması değil; onbir saatin üzerindeki çalışmaların denkleştirmeye tâbi tutulamayacak olması düşüncesidir. Yasanın, denkleştirme esasının uygulandığı hâllerde, günlük çalışma süresini haftanın çalışılan günlerine farklı dağıtılabilmesini onbir saatin aşılmaması koşuluna bağlamış olması, on bir saatin üzerindeki çalışmaların denkleştirilememesi sonucunu doğurmaktadır. Buna rağmen yapılacak bir denkleştirme ise, meşru ve geçerli olmayacaktır. Dolayısıyla, kanaatimizce de, günlük onbir saati aşan her çalışmada, aslında haftalık kırkbeş saat de aşılmış olacaktır. Yasanın ancak bu yönde yorumlanmasıyla günlük onbir saatin üzerinde yapılan çalışmalara bir anlam kazandırılabilir. Aksi düşünce, kanun koyucunun günlük çalışma süresine bir sınır getirmiş olmasına rağmen, bunu aşan çalışmayı karşılıksız bırakması anlamına gelecektir. Bu nedenle de, günlük onbir saati aşan çalışmaların fazla çalışma ücretine hak kazandırmasının, yasanın ruhunda mevcut olduğunu söylemek mümkündür²⁴. Dolayısıyla, dava konusu olay bakımından denkleştirme esasına göre çalışmanın şartları gerçekleşseydi, haftalık 45 saat aşılmadığı için denkleştirmenin söz konusu olamayacağına ilişkin Kurul görüşüne ise, yukarıda açıkladığımız gerekçelerle, katılmak mümkün olmayacaktı.

II. SONUÇ

Yargıtay'ın radyolink istasyonlarında güvenlik görevlisi olarak çalışan işçiler hakkında vermiş olduğu kararlar bakımından;

1. Tarafların açıkça ve yazılı olarak anlaşmaları gereğini düzenleyen mevzuat hükümleri karşısında örtülü olarak denkleştirme esasına göre çalışmaya onay verilmesinin mümkün olmadığı;

²⁴ **SOYER**, M. P. : Yeni Düzenlemeler Karşısında Fazla Saatlerle Çalışmaya İlişkin Bazı Düşünceler, LEGAL İŞ Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Temmuz-Ağustos-Eylül 2004, S:3. Hukuk Genel Kurulunun bu kararının ardından benzer bir uyumsuzluk için verilen Yargıtay 9.Hukuk Dairesi'nin bir kararında da aynı görüş benimsenmiştir. Ancak karar için yazdığı karşı oy yazısında **GÜNAY** farklı bir görüş ileri sürmektedir. **GÜNAY**, yasanın hiçbir yerinde fazla çalışmanın günlük onbir saati aşan çalışma olduğunun belirtilmediğini, onbir saatlik ölçünün denkleştirme bahanesiyle işçinin günlük çalışma süresinin aşırı şekilde uzun tutularak işçi sağlığı ve güvenliğinin tehlikeye atılmasının önlenmesi amacıyla getirildiğini ifade etmektedir (Y.9.HD. 18.07.2006T., 2006/3927E. 2006/21088K., özel arşiv).

2. İşçinin denkleştirme esasına göre çalıştırılmak istenmesinin iş sözleşmesinde esaslı değişiklik teşkil edeceği;

3. Her ay 10 gün aralıksız çalışıp 20 gün dinlenen bir işçi, hafta tatili günü de çalıştığından bu çalışmasının fazla çalışma olduğu;

4. 4857 sayılı Kanun döneminde onbir saatin üzerinde yapılan çalışmaların fazla çalışma olarak hesaplanması gerektiği;

5. 1475 sayılı Kanununun 35.maddesinde açıkça günlük çalışma süresinin üzerinde yapılan çalışmaların fazla çalışma teşkil edeceği belirtilmiş olmasına rağmen, Yargıtay'ın haftalık çalışma süresinin üzerinde yapılan çalışmayı fazla çalışma olarak değerlendirmesinin yerinde olmadığı; sonucuna ulaşmaktayız.

K a y n a k ç a

- AKYİĞİT, E.** : İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, 2.Bası, C:II, İstanbul, 2006.
- ALP, M.** : İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, Ankara, 2005.
- CANIKLIOĞLU, N.**: 4857 Sayılı İş Kanununun Çalışma Sürelerine İlişkin Düzenlenmeleri, III.Yılında İş Yasası, Bodrum, 21-25 Eylül 2005,.
- DEMİR, F.** : En Son Yargıtay Kararları Işığında İş Hukuku ve Uygulaması, 4.Baskı, İzmir, 2005.
- EKONOMİ, M.** : 4857 Sayılı İş Kanununa Göre Fazla Çalışma, Yargıç Resul Aslanköylü'ye Armağan, KAMU-İŞ, S:3, Y.2004.
- EKONOMİ, M.** : İş Hukuku, Ferdî İş Hukuku, C:I, Yenilenmiş 3.Bası, İstanbul, 1984.
- ENGİN, E. M.** : Denkleştirme Esası Uygulamasında Çalışma ve Dinlenme Sürelerine İlişkin Emredici Hükümler, SİCİL İş Hukuku Dergisi, S:5, Mart 2007.
- ERKUL, İ.** : Türk İş Hukuku Dersleri 1475 Sayılı İş Kanunu ve Uygulaması, İstanbul, 1974.
- EYRENCİ, Ö./TAŞKENT, S./ULUCAN, D.** : Bireysel İş Hukuku, 3.Bası, İstanbul, 2006.
- EYRENCİ, Ö.**: III.Yılında İş Yasası, Genel Görüşmeler, Bodrum, 21-25 Eylül 2005.
- GÜZEL, A.** : İş Hukukunda Yeniden Yapılanma Süreci ve İşin Düzenlenmesi Konusunda Esneklik, Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, Ankara, 2000.
- KIZILOĞLU, H.** : Örtülü Denkleştirme Süresine Yönelik Karar İncelemesi, SİCİL İş Hukuku Dergisi, S:1, Mart 2006.
- NARMANLIOĞLU, Ü.** : Ferdî İş İlişkileri I, 3.Bası, İzmir, 1998.
- SOYER, M. P.** : Ferdî İlişkilerin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 1997, İstanbul, 1999.
- SOYER, M. P.**: Yeni Düzenlemeler Karşısında Fazla Saatlerle Çalışmaya İlişkin Bazı Düşünceler, LEGAL İŞ Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, Temmuz-Ağustos-Eylül 2004, S:3.
- SÜZEK, S.** : İş Hukuku, 2.Baskı, İstanbul, 2005.
- TUNÇOMAĞ, K.** : İş Hukuku, C:I, İstanbul, 1981.
- ULUCAN, D.** : Fazla Çalışmanın Saptanması, İHU İşK. 35 (No.4)