

**FAZLA ÇALIŞMAYI GÜNLÜK İŞ SÜRELERİNİN
ÜZERİNDE YAPILAN ÇALIŞMALAR OLARAK
DÜZENLEYEN TOPLU İŞ SÖZLEŞMESİ
HÜKMÜNÜN 4857 SAYILI İŞ KANUNU KARŞISINDA
DEĞERLENDİRİLMESİ**

(Karar İncelemesi)

Prof. Dr. Fevzi ŞAHLANAN*

**I. İzmir 1. İş Mahkemesinin 2003/1064 Esas ve 2004/310
Karar sayılı ve 27/05/2004 Tarihli Kararı**

Davacı vekili dava dilekçesinde özetle; davacı sendika üyesi... işyerlerine ait 1/1/2003/31/12/2004 yürürlük süreli toplu iş sözleşmelerindeki "kanuna aykırılık" maddesi gereği 4857 sayılı yasaya aykırı "fazla çalışma" başlıklı maddesinin fazla çalışmanın tanımını içerir (a) bendi ile "fazla çalışma ücreti" maddesinin tanıma ilişkin düzenlemelerinin kanuna aykırılığının tespiti ile muarazanın önlenmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili cevap dilekçesinde özetle; TİS'nin tarafların özgür iradeleri ile bağlatılmış ve tarafları mutlak olarak bağlayan bir metin olduğunu, yasada yer alan fazla çalışma ile ilgili hükmün işçi lehine amir bir hüküm olduğunu, iş yasasının işçi aleyhine yorumlanamayacağını, sözleşmelerle işçi lehine olmak üzere yasanın üzerinde her türlü düzenlemenin yapılmasının mümkün olduğunu, talebin TİS özerkliğine aykırı olduğunu bu nedenlerle haksız ve hukuka aykırı davanın reddine karar verilmesini talep etmiştir.

Taraf vekilleri delillerini bildirmişler, ibraz edecekleri belgeleri ibraz etmişler, dosyamız bilirkişiye tevdi edilerek rapor düzenlettirilmiştir.

Davalılar vekillerinin yeniden 3 kişilik bilirkişi heyetinden rapor alınmasına dair talepleri tüm dosya kapsamı karşısında reddolunmuştur.

Davacı vekilleri bilirkişi raporu doğrultusunda karar verilmesini istemişlerdir.

Davalılar vekilleri davanın reddini istemiştir.

Bu duruma göre tüm dosya kapsamı karşısında bilirkişi ...nin 16/04/2004 tarihli raporundaki inceleme tesbit ve değerlendirmeler mahkememizce yerinde görülerek; Sorunun çözümü, 4857 sayılı İş Kanununun fazla çalışmanın tanımı ile ilgili hükmünün mutlak emredici kural mı, yoksa nispi emredici kural mı olduğunun saptanmasında düğümlenmektedir. Nitekim emredici hukuk kuralları gerçek ve tüzel kişilere tercih hakkı tanımaz. Yasaların emredici nitelikteki hükümlerine aykırı olan eylem ve işlemler geçersizdir. Bu hükümlerin aksi

* İ.Ü. Hukuk Fakültesi

kararlaştırılmayacağı gibi değiştirilmesi de olanak dışıdır. 4857 sayılı İş Kanunu (md.41) fazla çalışmayı yeniden tanımlamıştır. Yasaların tanımlayıcı hükümleri emredici niteliktedir. Bu hükümler bir hukuki kavram ya da olayı tanımlayan, o kavram ya da olayın koşullarını belirleyen ve tarafların anlaşması ile değiştiremeyen, aksi kararlaştırılmayan hükümlerdir. O nedenle yürürlükten kaldırılan bir yasanın hükmüne uygun yapılmış olsa bile sonradan yürürlüğe giren yasaya aykırı düşen TİS toplu iş sözleşmesi maddelerinin yeni yasanın yürürlüğe girdiği tarihten başlayarak geçerliliğini kaybedecektir. Fazla çalışmayı tanımlayan ve koşullarını belirleyen 41 maddenin gerekçesinde şu açıklama yer almaktadır: "Getirilen bu düzenleme ile fazla çalışma ve fazla süreli çalışmanın belirlenmesinde artık günlük çalışma süresi yerine haftalık çalışma süresinin esas alınması kabul edilmiştir. Haftalık en çok kırkbeş saati aşan çalışmalar fazla çalışmadır." Yine 4857 sayılı İş Kanununun 41 maddesinde yer alan hükme nazaran; "63. madde hükmüne göre denkleştirme esasının uygulandığı hallerde, işçinin haftalık ortalama çalışma süresi, normal haftalık iş süresini aşmamak koşulu ile, bazı haftalarda toplam kırkbeş saati aşıya dahi bu çalışmalar fazla çalışma sayılmaz." Yani denkleştirme esasının uygulandığı hallerde işçi günde örneğin on bir, haftada atmış altı saat çalışmış olsa dahi bu çalışması fazla çalışma sayılmayacaktır.

Öte yandan taraflar arasında bağlanmış olan TİS.lerin "Kanuna Aykırılık" başlığını taşıyan maddesinde "A-İşbu sözleşme hükümlerinden herhangi birisinin kanuna aykırılığı sabit olursa, sadece ilgili hüküm yürürlükten düşer. Bu düşüş sözleşmenin tüm olarak yürürlükten kalkması sonucunu doğurmaz. B-Taraflar, ilgili hükmü kanun ve içtihata uygun olarak yeniden düzenler" hükmüne yer verildiği görülmüştür.

Neticeten; davalı tarafın savunması ve sunduğu hukuki görüş yerinde görülememiş ve 4857 sayılı İş Kanunu, fazla saatlerle çalışmanın tanımı ve koşullarını 1475 sayılı önceki İş Kanunundan tümüyle farklı düzenlenmiş ve bununla ilişkili yeni çalışma biçimleri kabul etmiştir. İş Kanununun fazla çalışma ile ilgili hükümleri mutlak emredici nitelikte olup, (daha çok işçi yararına olsa da) Kanunun bu konuya ilişkin hükümlerin aksine toplu iş sözleşmeleri ile kural konulamaz, önceden bağlanmış toplu iş sözleşmelerinin İş Kanununa aykırı düşen hükümleri de geçersiz hale gelir. Bu nedenle davacı işveren sendikası ile davalı işçi sendikası arasında bağlanmış olan ... işyerlerini kapsayan toplu iş sözleşmelerinin "Fazla Çalışma" ve "Fazla Çalışma Ücreti" maddesindeki "günlük çalışma süreleri üzerinde yapılan her türlü çalışma fazla çalışmadır" şeklindeki ifadelerin 4857 sayılı İş Kanununun 41/1 maddesine aykırı olduğu kanat ve sonucuna varılmakla aşağıdaki gibi hüküm kurmak gerekmiştir.

HÜKÜM:

1. Davalı işveren sendikasıyla davalı işçi sendikası arasında bağitlanmiş olan davaya konu toplu iş sözleşmelerinin "fazla çalışma" ve "fazla çalışma ücreti" maddesindeki "günlük çalışma süreleri üzerinde yapılan her türlü çalışma fazla çalışmadır" şeklindeki ifadelerin 4857 sayılı İş Kanununun 41/1 maddesine aykırı olduğunun tespiti ile bu konuda yapılmakta olan davalı sendika muarazasının önlenmesine,

2. 10.100.000 TL ilam harcı tayinine, peşin alınan harcın mahsubu ile bakiye 2.220.000 TL harcın davalıdan tahsiline,

3. Davacılar vekilleri için takdir olunan 300.000.000 TL ücreti vekaletin davalıdan alınıp davacıya verilmesine,

4. Davacının yapmış olduğu 107.700.000 TL yargılama giderinin davalıdan alınıp davacıya verilmesine dair taraf vekillerinin yüzlerine karşı Yargıtay inceleme yolu açık olmak üzere verilen karar okunup, anlatıldı. 27.05.2004

II. Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 2004/24180 Esas ve 2004/19649 Karar Sayılı ve 22/09/2004 Tarihli Kararı

Davacı işveren sendikası, yürürlükte bulunan 1.1.2003 - 31.12.2004 süreli Toplu İş Sözleşmelerindeki fazla çalışmanın tamamı ile fazla çalışma ücretinin hesaplanmasına ilişkin maddelerin daha sonra yürürlüğe giren 4857 sayılı İş Kanununun 41.maddesi hükmüne aykırı olduğu bu nedenle toplu iş sözleşmelerinin ilgili hükümlerinin geçersizliğinin tespitine karar verilmesini istemiştir.

Dosyada mevcut 1.1.2003 - 31.12.2004 yürürlük süreli Toplu İş Sözleşmesinin 4857 sayılı iş yasasının yürürlük tarihi olan 10.6.2003 tarihinden önce bağitlandığı anlaşılmaktadır. Anılan sözleşmenin 65. maddesinde yer alan "... sözleşmenin kanun ve içtihatlarla aykırı olamayacağı..." şeklindeki hükmün sözleşmenin bağitlandığı tarihte yürürlükte bulunan kanun ve içtihatları kapsadığı görülmektedir. Gerçekten daha sonra yürürlüğe girecek yasa hükümlerinin bilinmesinin mümkün olmadığından 4857 sayılı yasa hükümlerinin değerlendirilmesi olanaksızdır. Bu nedenle davacı isteklerinin imzaladığı tarihte mevcut yasaya uygun olan sözleşme hükümlerinin yeni yasaya aykırı olduğu gerekçesiyle karar vermek hukuken mümkün değildir. Bu durumda davanın reddi yerine kabulüne karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 22.09.2004 gününde oybirliği ile karar verildi.

III. Kararın İncelenmesi

1. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin incelediğimiz bu kararı yerel mahkeme kararı ile birlikte değerlendirildiğinde iki temel soruna ilişkin olarak yüksek mahkemenin görüşünü ortaya koymaktadır. Bunlardan *birincisi* kararda açıkça

ifadesini bulan 1475 sayılı İş Kanunu döneminde bağtlanan ve yasaya uygun olan toplu iş sözleşmesi hükmünün 4857 sayılı İş Kanununa aykırı olması halinde geçerliliğini koruyup korumayacağıdır. Bu sorun 4857 sayılı iş kanununun yürürlüğe girdiği tarihte yürürlükte olan toplu iş sözleşmeleri açısından ortaya çıkan geçiş dönemine *ilişkin geçici bir sorun* olarak değerlendirilebilir. Bu hususa aşağıda kısaca değinilecektir. Yerel mahkeme kararı da dikkate alınırsa kararda dolaylı bir biçimde de olsa yüksek mahkemenin görüşünü ortaya koyduğu ikinci ve asıl önemli sorun, günlük çalışma süresinin üzerinde yapılan çalışmaları fazla çalışma olarak kabul eden toplu iş sözleşmesi hükümlerinin, fazla çalışmayı, haftalık 45 saatin üzerinde yapılan çalışmalar olarak kabul eden 4857 sayılı iş kanunu hükümleri karşısında geçerli olup olmayacağı sorunudur.

2. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi kararını, yerel mahkeme kararı ile birlikte incelediğimizde, karara konu olan uyuşmazlıkta, davacı işveren sendikası vekillerinin, işveren sendikasının; davalı işçi sendikası ile bağtlandığı TİS.lerinde yer alan fazla çalışma ile ilgili düzenlemelerde "*Günlük ve haftalık çalışma süreleri üzerinde yapılan her türlü çalışma fazla çalışmadır.*" hükmünün yer aldığını "*Fazla Çalışma Ücreti*" başlıklı madde de "*Günlük çalışma sürelerinin üzerinde yapılan fazla çalışmalarda işçilerin ücretleri %100 fazlası ile ödenir.*" denildiğini ve TİS.nin 4857 sayılı İş Kanununun yürürlüğünden önce bağtlandığını buna karşılık 4857 sayılı Yasa, fazla çalışmayı "**haftalık 45 saati aşan çalışmadır**" biçiminde tanımladığı için TİS.inde yer alan tanımın 4857 sayılı Yasaya aykırı olması nedeniyle "Toplu İş Sözleşmesinin "Fazla Çalışma" ve "Fazla Çalışma Ücreti" maddelerinde yer alan tanıma ilişkin düzenlemelerin kanuna aykırılığının tespitini talep ettikleri, buna karşılık İşçi Sendikası Vekillerinin TİS.nin tarafların özgür iradeleri; ile bağtlanmış ve tarafları mutlak olarak bağlayan bir metin olduğunu, yasada yer alan fazla çalışma ile ilgili hükmün işçi lehine amir bir hüküm olduğunu, İş Yasasının işçi aleyhine yorumlanamayacağını, sözleşmelerle işçi lehine olmak üzere yasanın üzerinde her türlü düzenlemenin yapılmasının mümkün olduğunu, davalının ise, tam tersine Mahkemeden sözleşmeye müdahale talep ettiğini, davacının bu talebinin TİS. Özerkliğine aykırı olduğunu davanın reddine karar verilmesini talep ettikleri anlaşılmaktadır.

Yerel Mahkeme davacının talebi doğrultusunda, yukarıda metni verilen karardaki gerekçelerle davacının talebi doğrultusunda TİS. Hükmünün kanuna aykırı olduğu sonucuna varmış, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi ise, işin esası ile ilgili net ve açık bir görüş belirtmemiş, sadece dava konusu TİS. hükmünün sözleşmenin 1475 sayılı kanun döneminde bağtlanmış olması nedeniyle geçerli olduğunu belirterek yerel mahkeme kararını bozmuştur. Oysa İş Hukuku öğreti ve uygulaması açısından asıl önemli olan husus, 4857 sayılı kanun döneminde bağtlanan TİS.lerindeki benzer nitelikteki hükümlerin geçerli olup olmadığıdır.

3. Bilindiği gibi tüm dünyada ve ülkemizde İş Hukukunun bağımsız bir hukuk dalı olarak ortaya çıkması ve gelişmesi, devletin çalışma hayatına karışması

ve bu konuda kurallar koymasıyla olmuştur. Devlet *ilk aşamada* çıkardığı iş kanunları ile bireysel düzeyde işçi-işveren ilişkilerini doğrudan doğruya düzenleyen kurallar koyarak (örneğin çalışma süreleri, yıllık ücretli izin, asgari ücret, hizmet sözleşmesinin feshi gibi konuları düzenleyerek), Borçlar Hukukunun sözleşme özgürlüğünün işçi aleyhine olabilecek bazı sonuçlarını önlemek ve bireysel ilişkide eşit pazarlık gücüne sahip olmayan işçiyi korumayı amaçlayarak çalışma hayatının asgari normlarını tesbit etmiştir. Nitekim geçmişte ve günümüzde ülkemizde yürürlüğe konulan ve bireysel İş Hukukunun dayanağını oluşturan 3008-931-1475 ve 4857 sayılı tüm iş kanunlarının temel işlev ve amacı budur.

İş Hukukunun gelişmesinin *ikinci aşaması* özellikle anayasalarda yer alan sosyal devlet ve buna paralel olarak ekonomik ve sosyal haklardaki gelişmeler sonucu çalışanlara işverenler karşısında sendikalar yoluyla toplu iş sözleşmeleri akdederek çalışma hayatının devletçe yürürlüğe konulan iş kanunlarıyla ya da bireysel planda hizmet sözleşmeleriyle elde edilen asgari çalışma şartlarının üstünde haklar sağlama yolunun açılması olmuştur. Bu gelişme, İş Hukukunun ikinci aşaması olan toplu İş hukukunun ortaya çıkmasıdır. Ve ülkemizde de yaşanan bu gelişme sürecinin pozitif hukuki dayanakları 1961 Anayasasının 46-47 inci maddeleri 1982 Anayasasının 51-53-54'üncü maddeleri 1980 öncesi yürürlükte olan 274-275 Sayılı Kanunlar ve halen yürürlükte olan 2821 Sayılı Sendikalar ve 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunları olmuştur.

4. Yukarıda özetlenen çok genel açıklamaların teknik hukuk düzeyindeki kaçınılmaz ve herkesçe kabul edilen sonucu; aksi belirtilmedikçe kural olarak, iş kanunları ile çalışma şartları konusunda getirilen hükümler mutlak emredici hukuk kuralları olmayıp nisbi emredici kurallardır. Başka bir anlatımla hizmet sözleşmeleri ve özellikle de toplu iş sözleşmeleri ile kanun hükmüne nazaran daha çok işçi lehine kurallar getirilmesi halinde, aynı konuda artık kanun hükmü değil; toplu iş sözleşmesindeki kural uygulanır ve sözkonusu durumda sözleşmenin kanuna aykırılığından söz edilemez örneğin; asgari ücreti, ihbar sürelerini, izin sürelerini, işverenin işçi sağlığı iş güvenliği önlemleri alma yükümlülüğünü iş kanunundaki kurallara göre daha işçi lehine belirleyen toplu iş sözleşmesi hükümlerinin kanuna aykırılığından söz edilemez. Esasen Anayasa md.53.nde kaynağını bulan ve 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu ile uygulamaya konulan toplu iş sözleşmesi özerkliği ya da toplu iş sözleşmesiyle düzenleme yapabilme yetkisi denilen kavramların işlevi ve içeriği de budur. Aksi takdirde toplu iş sözleşmesi hakkı içi boş bir kavram olarak anlamsız bir hale düşer.

5. Yukarıda da belirtildiği gibi çalışma hayatını düzenleyen İş Kanunu hükümleri kural olarak nisbi emredici olmakla birlikte istisna olarak zaman zaman mutlak emredici hükümler de yasada yer almaktadır. Kuşkusuz söz konusu

durumda kanunun emredici hükmüne aykırı toplu iş sözleşmesi hükmünün geçersizliği veya iptali istenebilecektir. Nitekim; 2822 Sayılı Kanunun 5 inci maddesinde Toplu İş Sözleşmesine kanunların emredici hükümlerine aykırı hükümler konulamayacağı açıkça belirtilmiştir. İş kanununda yer alan bir hükmün istisna olarak da mutlak emredici olup olmadığı her zaman peşinen kolaylıkla söylenemez. Bu noktada hükmün sözleri yol gösterici olabilir, örneğin yasada yer alan iş ilişkisinin her iki tarafına da yükümlülük getiren bir düzenlemede yer alan "*Aksi Kararlaştırılmaz*" "*zorundadırlar*" "*şarttır*" "*vazgeçilemez*" gibi terimler hükmün mutlak emrediciliğine bir işaret sayılabilir, ya da kanunda yer alan hüküm, kamu düzenini, kamu yararını, genel ahlakı, genel sağlığı, milli güvenliği, genel asayiş Türkiye Cumhuriyetinin niteliklerini ilgilendiren nitelikte ise bu hükümlerin de mutlak emrediciliği kabul edilmelidir. Bazen de kanun koyucu hükmün mutlak emrediciliğini açıkça ortaya koyar. Örneğin geçersiz feshe ilişkin 21 inci maddenin son fıkrasındaki durum budur.

6. Dava konusu olayda *çözülmesi gereken temel sorun*; 4857 Sayılı İş Kanununun 41/I maddesinde yer alan "*Fazla çalışma, kanunda yazılı koşullar çerçevesinde, haftalık kırkbeş saati aşan çalışmalardır.*" şeklindeki hükmün mutlak emredici nitelikte bir hüküm olup olmadığına açıklığa kavuşturulmasıdır. Zira davaya konu toplu iş sözleşmesinin 23. maddesinde yer alan "*Günlük ve Haftalık normal çalışma süreleri üzerinde yapılan her türlü çalışma fazla çalışmadır.*" şeklindeki hüküm; fazla çalışmanın belirlenmesinde "*haftalık 45 saatlik çalışmanın aşılması*" şeklinde getirilen ölçüt'den farklı olarak haftalık 45 saat dolmasa da günlük çalışma süresinin aşılmasında da bu çalışmanın fazla çalışma sayılarak zamlı bir ücretle değerlendirilmesi sonucunu getirerek kanuna nazaran daha çok işçi lehine bir düzenleme olarak görünmektedir. Her ne kadar davaya konu toplu iş sözleşmesi 1475 sayılı İş Kanununun yürürlükte olduğu ve fazla çalışmayı "... Kanunda yazılı günlük iş süresinin dışında yapılan çalışma..." olarak düzenlendiği dönemde bağlanmış ise de toplu iş sözleşmesi hükmünün geçerliliğini koruması için yine de 4857 sayılı yeni İş Kanununun getirdiği fazla çalışmadan söz edebilmek için haftalık 45 saatlik çalışmanın aşılması ölçütünün mutlak emredici olup olmadığına belirlenmesine bağlıdır. Kanımca bu noktada Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin bozma gerekçesine katılmak mümkün değildir. Toplu iş sözleşmesi hükmü, 4857 sayılı kanuna aykırı ise kanunun yürürlüğe girmesiyle geçerliliğini yitirir. Sözleşmenin 1475 sayılı kanun döneminde bağlanmış olması, sonucu değiştirme değiştirmez. Bir toplu iş sözleşmesi hükmünün kanuna aykırılığı, kanunun mutlak emredici sayılan hükümlerine aykırılık anlamındadır, mutlak emredici bir kanun hükmünün yürürlüğe girmesi, kanunun sözkonusu hükmüne aykırı toplu iş sözleşmesi hükümlerini de derhal geçersiz hale getirir.

7. Öncelikle ve hemen belirtelim ki 4857 Sayılı yeni İş Kanununun fazla çalışmayı düzenleyen 41 inci maddesinde ve ona bağlı olarak haftalık çalışma süresini düzenleyen 63 üncü maddesinin sözlerinden sözkonusu hükümlerin

mutlak emredici nitelikte olduğuna ilişkin hiçbir işaret yoktur. Aynı şekilde sözkonusu hükümlerde düzenlenen konuların toplu iş sözleşmesi taraflarının yukarıda belirtilen toplu sözleşme özerkliğinin kendilerine tanıdığı düzenleme yetkisi çerçevesinde işçi lehine iyileştirilmesinin kamu düzenini kamu yararını ihlal edici bir yönü de yoktur. Hal böyle olunca fazla çalışmaya ilişkin yasa hükmünün mutlak emredici nitelikte olduğu söylenemez. Öte yandan kanımca yasaların tanımlayıcı hükümlerinin emredici nitelikte olduğuna ilişkin görüşten yola çıkarak da yasanın fazla çalışmanın ölçütünü haftalık 45 saati aşan çalışma olarak belirten hükmünün mutlak emredici olduğu sonucuna varmak mümkün değildir. Gerçekten de yasanın temel kavramlarının mutlak emredici hükümler olduğu söylenebilir. Örneğin kanunun tanımlar başlıklı 2. maddesinde yer alan "*işçi*" "*işveren*" "*işveren vekili*" "*işyeri*" "*alt işveren*" gibi kavramların tanımına ilişkin hükümlerin mutlak emredici hükümler olduğu söylenebilir. Oysa fazla çalışmaya ilişkin yasanın 41 inci maddesindeki düzenleme, bir temel kavram niteliğinde olmayıp hangi çalışmanın ücretinin zamlı olacağını belirten bir düzenleme olmaktan öteye bir anlam taşımamaktadır. Nitekim 41 inci maddenin başlığı "*Fazla Çalışma Ücreti*" dir. Öte yandan Fazla Çalışma Ücretinin normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının %50 fazlası olduğuna ilişkin yasa hükmünün toplu iş sözleşmeleri ile yükseltilmesinin toplu sözleşme düzeninin bir gereği olarak tereddütsüz kabul edildiği bir hukuk sisteminde son tahlilde zamlı ücret ödenmesi sonucunu doğuracak olan, hangi çalışmaların fazla çalışma olarak kabul edilebileceğinin toplu iş sözleşmeleri ile belirlenebilmesine bir hukuki engel olmamak gerekir. Bu nedenle de 4857 Sayılı Yeni İş Kanununun 41 inci maddesindeki fazla çalışmadan söz edebilmek için öngördüğü haftalık 45 saatlik çalışma süresinin aşılması ölçütü mutlak emredici bir kural değildir.

8. 4857 sayılı İş Kanununun 41 inci maddesinin gerekçesinden yola çıkılarak da yasa hükmünün mutlak emredici olduğu sonucuna varılamaz. Maddenin gerekçesinde yer alan fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışmanın belirlenmesinde artık günlük çalışma süresi yerine, haftalık çalışma süresinin esas alındığı ve haftalık 45 saati aşan çalışmaların fazla çalışma olarak kabul edildiği, ve yine 41 inci maddedeki yollama uyarınca 63 üncü maddede öngörülen denkleştirme süresi uygulanmasında ortalama haftalık çalışmanın 45 saati aşmasının fazla çalışma sayıldığı, ortalama 45 saat aşılmamış ise günde 11 saat çalışılsa bile bunun fazla çalışma sayılmayacağına ilişkin düzenlemeler; toplu iş sözleşmeleri ile bu konuda hiçbir düzenleme getirilmemiş olması halinde uygulanabilecek hükümlerdir. Gerçekten de toplu iş ilişkisinin tarafları olarak işveren (ya da işveren sendikası) ile işçi sendikası, toplu iş sözleşmesi ile bir düzenleme getirmemişse yasal duruma göre fazla çalışmanın belirlenmesinde, denkleştirme süresinin sözkonusu olmadığı durumlarda, haftalık 45 saati aşan çalışmalar; denkleştirme süresinin uygulandığı durumlarda da denkleştirme süresi içersindeki ortalama haftalık çalışma saatlerinin 45 saati aşması halinde fazla

çalışmadan söz edilecektir. Öte yandan asla gözden uzak tutulmamalıdır ki haftalık 45 saatlik çalışma süresi haftanın günlerine farklı olarak bölünmesi ve denkleştirme esasının uygulanması ancak *tarafların rızası* ile mümkündür (İşk md.63). Başka bir anlatımla, kanunun gerekçesinde yer alan çalışma sürelerinde esneklik sağlama amacının haftalık çalışma süresinin haftanın günlerine farklı bir şekilde (eşit olmaksızın) bölünebilmesi yoluyla veya denkleştirme süresi yoluyla gerçekleştirilebilmesi yine kanun gereği çalışanların rızası ile mümkündür (İşk.md.63). Dolayısıyla fazla çalışmanın haftalık 45 saatlik süreyi aşan çalışma yerine günlük iş süresinin aşan çalışmalar olarak kabul edilmesinin denkleştirme süresinin uygulanabilmesine imkan vermeyeceği olgusu, fazla çalışmanın ölçütü haftalık 45 saatlik çalışmayı aşan çalışmalar olarak kabul eden yasa hükmünün (md.41) mutlak emredici bir hüküm olarak kabulüne gerekçe olamaz. Denkleştirme süresi uygulanabilmesini tarafların anlaşması şartına bağlayan (md.63) yasa hükmü karşısında, fazla çalışmayı günlük iş süresini aşan çalışmalar olarak kabul eden tarafların; o işyerinde denkleştirme süresi uygulanabilmesi konusunda anlaşmamış oldukları sonucunu doğurduğu açıktır.

SONUÇ: Yukarıda belirtilen nedenlerle 4857 Sayılı İş Kanununun fazla çalışma ölçütü olarak getirdiği "*Fazla Çalışma, Kanunda yazılı koşullar çerçevesinde, haftalık kırkbeş saati aşan almışlardır.*" şeklindeki hükmün mutlak emredici bir hüküm olmayıp nisbi emredici bir hüküm olduğu ve bunun sonucu olarak da Toplu İş Sözleşmeleri ile günlük çalışma süresinin üzerinde yapılan çalışmaların da fazla çalışma olarak kabul edilebileceği, bu nedenle de Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin sonucu itibarıyla doğru olan kararının gerekçesinin isabetli olmadığı sonucuna varılmıştır.