

YARGITAY'IN KAYAN İŞ SÜRELERİ VE FAZLA ÇALIŞMA İLE İLGİLİ YAKLAŞIMI

*Prof. Dr. Devrim ULUCAN**

Günün koşullarına uygun çalışma yöntemleri içinde iş süreleri belirlenirken, klasik esnek çalışma sistemleri veya fazla çalışma uygulamaları ile 24 saat çalışan işyerlerinde vardiya usulü çalışmalar her zaman yeterli olamamaktadır. Özellikle pazarlama, dağıtım, kuryelik gibi işlerde iş, işyerinde değil, işyerinden uzakta, işverenin doğrudan gözetim ve denetimi dışında görülmektedir. Bu gibi işlerde, çalışma sürelerinin ve fazla çalışmaların belirlenmesi kolay olmadığı gibi, mümkün de olamamaktadır. Bu nedenle uygulamada bu tür işlere, uzaktan çalışma (tele-çalışma) veya uzaktan çalışmanın bir türü olan kayan iş süreleri ile çalışma, denmektedir.

I. KAYAN İŞ SÜRELERİ KAVRAMI ve TÜRLERİ

Genel olarak kayan iş süresinden söz edebilmek için işçinin, belirli bir iş gününde, başlaması ve sona ermesi belli bir zamana bağlı olmaksızın, daha geniş bir sürede, kendisince belirlenen bir zamanda işe başlaması ve iş yeri için geçerli iş süresi içinde (günlük 8 saat gibi) işi bitirmesi gerekir. Ortada, işyerinde geçerli olan bir günlük iş süresi vardır, ancak işçi, işe ne zaman başlayacağına kendisi karar verir, buna göre de iş yerinde geçerli olan günlük çalışma süresi dolunca işi bırakır. Bu tür çalışmaya basit kayan iş süresi (einfache Gleitarbeitszeit) denmektedir. Bu tür çalışmanın özgün niteliği işçinin günlük çalışmaya normal zamanda başlaması değil, kendince belirlenen bir zamanda normal işe başlama zamanından önce veya sonra başlaması ve işi de buna göre normal zamandan önce veya sonra bitirmesi olanağına sahip olmasıdır. İşçi, iş süresini işyerinde geçerli normal iş süresinin üzerine çıkarırsa, işe başlama ve bitirmenin kendince belirlenmesinin yanı sıra, iş

* Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

süresini bazı günler kısa tutup, diğer günlerde bu süreleri uzatıp çalışarak tasarruf edebiliyorsa nitelikli kayan iş süresi (Qualifizirte Gleitzeit) söz konusu olmaktadır. Bu tür çalışmada işçi, işe normal zamandan önce veya sonra başlama olanağına sahip olmasının yanı sıra, iş süresini kısaltabilmekte ve daha sonra telafi edebilmektedir. İşçi, belirli bir zaman süresi içinde, geceler de dahil olmak üzere kendisince belirlenen zamanda işi bırakma olanağına sahipse gene zamanı ayarlanabilen iş süresi yöntemi ile kayan iş süresinden söz edilebilir¹ Daha çok uzaktan çalışma yönteminin uygulandığı işyerleri için geçerli olan bu durum, tarafların anlaşması ile işyerine bağlı olarak yapılan çalışmalarda da uygulanması mümkündür. Bu yazıda uzaktan çalışma esas alınarak açıklama yapılacaktır.

Kayan iş süreleri ile ilgili olarak tipik iş süreleri modelleri başlığı altında başka benzer tanımlar da yapılmaktadır. Örneğin bu tanımlamalardan birine göre “ Basit kayan iş süresinin özelliği, belirli bir çekirdek zaman birimi içinde işçi işyerinde hazır bulunacaktır. Ancak bunun dışında belirlenen zaman aralığı içinde kalan iş süresini işçi kendisi serbestçe belirleyecektir. Bu iş süresini belirleme olanağı somut olarak ya günlük çalışma süresinin gün içindeki yeri bakımından olacak (basit kayan iş süresi) ya da günlük çalışma süresinin gün içinde hem yeri hem de devamı bakımından olacaktır (zamanı ayarlanabilen kayan iş süresi). İşçiye, iş süresini daha geniş belirleme olanağını ise nitelikli kayan iş süreleri yöntemi (Qualifizirte Gleitzeit) vermektedir. Bu yöntemle göre günlük çekirdek iş süresi belirlenmeksizin işçi, sadece çalışma süresinin gün içindeki yerini değil, bunun dışında ayrıca günlük iş süresinin ne kadar süreceğini, haftalık iş süresinin ne kadar süreceğini hatta, aylık iş süresinin ne kadar süreceğini belirli sınırlar içinde belirleme olanağına sahip olmaktadır².

Uzaktan çalışmanın (tele-çalışma) bazı türleri de, sabit bir yerde örneğin evde, komşu büroda veya uydu büroda yapılan çalışmalardır. Bu tür çalışmada taraflar işin başlama ve bitme zamanını belirlenmiş olabilirler ve bu süreler genellikle yasal haftalık çalışma süresinin eşit bölünmesi ile ortaya çıkan günlük çalışma süresidir. Çalışan, bu süre içinde evinde veya bir başka yerde, bir büroda olabilir, ama belirlenmiş saatler içinde kendisine belirlenen yerde

¹ Gleitende Arbeitszeit mit Zeitausgleich, **Schaub**, Arbeitsrechts-Handbuch. 10 Aufl. 2002, s. 1677-79. bak **Frey**, Flexible Arbeitszeit, C.H. Beck, s. 147-149.

² Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, Herausgeber, **Müller-Glöge, Preis, Schmidt**, 2008, Verlag C.H.Beck s. 562.

ulaşılabilir ve kendisinde hizmet alınabilir. Ancak bu süre dışına çıkılmadığı takdirde, burada kayan iş sürelerinde söz etmek de mümkün olmaz. Bu gibi durumlarda fazla çalışma yapıp yapılmadığının saptanması da nispeten daha kolay olur³.

Kayan iş süreleri biçimindeki uzaktan çalışma yönteminde ise, işçi, işyeri dışında sürekli belirli bir yere bağlı olmaksızın çalışmaktadır. Bu durumda, yoğun trafik içine girmeden daha uygun bir zamanda yola çıkabilmekte; ayrıca iş görme kabiliyetinin azaldığı durumda işi erken bırakarak, daha sonra başka bir günde bu süreyi daha uzun çalışarak telafi edebilmektedir. Ancak, bu tür çalışma tarafların anlaşması olmadan yapılamayacağı gibi, doğal olarak sabit bir yerde bant usulü çalışan işletmelerde veya iş süreleri kesin belirlenmiş ve bu sürelerin dışında çalışma olanağı bulunmayan işletmelerde de uygulanması mümkün değildir.

Genellikle kayan iş sürelerine bağlı olarak bir iş ilişkisi kurulduğunda taraflar, hepsi bir arada olmasa da bazı belirli hususları önceden saptamak durumundadırlar.

Bunlar sırası ile:

(a) günlük normal (asıl) iş süresi

(b) işin başlayabileceği öğle öncesi ve bitebileceği öğle sonrası arasında, günlük çalışma süresinin ileriye-geriye kaydırılabileceği daha geniş olması gereken zaman aralığı. Örneğin sabah 07 ile akşam 20.30 saatleri içinde 8 saatlik çalışma süresinin kaydırılarak uygulanması.

(c) İşçinin işyerinde bulunması zorunlu olduğu çekirdek zaman.

(d) İşçinin daha önce uzun çalıştığı için alacaklı olduğu süre ile eksik çalıştığı için borçlu olduğu süreyi karşılamak için dengelemeyi yapacağı zaman aralığı ve bu yöntemi uygulama usulü.

(e) Kayan iş süreleri ile fazla çalışmaların birlikte uygulanması halinde hangisine öncelik tanınacağı belirlenmesi.

Yasal ara dinlenmesi ile günlük ve haftalık en fazla çalışılacak süreler de bu konuda dikkate alınmak zorundadır. Günlük en fazla çalışma süresine

³ Tele-çalışma konusunda ayrıntılı bilgi için bak. **Eyrenci**, *Tele Çalışma ve İş Hukuku*, İş Hukuku Dergisi, 1991 Cilt 1, s. 199 vd.

uyulması zorunluluğu nedeni ile günlük en fazla çalışma süresine uymak koşulu ile iş süresi kaydırılabilir⁴.

Kayan iş sürelerinin uzaktan çalışmalarda uygulanması ile belirli bir işyerinde uygulanması arasında görülen işin niteliği gereği doğal olarak bazı farklar olacaktır.

II. HUKUKUMUZ AÇISINDAN KAYAN İŞ SÜRELERİ ve FAZLA ÇALIŞMA

Hukukumuz açısından kayan iş süreleri sisteminde uyulması gereken temel kural, hangi çalışma yöntemi belirlenirse belirlensin yasal çalışma sürelerine uyulmasıdır. Böyle olunca uzaktan çalışma ve kayan iş sürelerinde de İş Kanunu m 63 hükümlerine göre, haftalık çalışma süresi en çok 45 saat olacaktır. Aksi kararlaştırılmamışsa bu süre, işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine eşit olarak bölünecektir. Basit kayan iş süresi uygulandığı durumlarda haftada 6 gün çalışılıyorsa bu süre 7.5 saat olacaktır, ancak günlük 7.5 saatlik çalışma gün içinde işçi tarafından başlama ve bitiş zamanı belirlenebilecektir.

İşyerinde, işçi esnek çalışma yöntemi ile çalışıyorsa, haftalık normal çalışma süresi, işyerinde haftanın çalışılan günlerine, günde 11 saati aşmamak koşulu ile farklı şekilde dağıtılabiliyorsa, iki aylık süre içinde işçinin haftalık ortalama çalışma süresi, normal haftalık 45 saat çalışma süresini aşamayacaktır. Bu durumda işçi bazı günler 11 saate varan bir çalışma yaptığında iki aylık bir süre içinde ortalama haftalık 45 saat kuralına uymak koşulu ile denkleştirme yöntemi ile günlük çalışma sürelerini bazı günler uzun bazı günler kısa çalışarak iş süresini istediği gibi kaydırarak nitelikli kayan iş süresi uygulayabilecektir.

Bu tür çalışmalar, mutlaka işçinin istemine veya kabulüne bağlı olarak uygulanabilir. İşyerinde uygulanan kayan çalışma yöntemi birden çok işçi ile ilgili olsa dahi burada işçinin bireysel kararı önemlidir.

Uygulamada ortaya çıkan yeni çalışma yöntemleri dikkate alınarak hukukumuz açısından da bazı çalışmalar kayan iş süreleri kapsamında değerlendirilebilir. İş Kanununda kuralları çizilmiş olan iş süreleri ve esnek çalışma modeli çerçevesinde iş sürelerinin kaydırılması ve uzaktan çalışma yöntemlerinin belirlenmesi mümkündür. Uzaktan çalışmada, işçinin işyerinde geçirdiği

⁴ bak. **Schaub**, s. 1678

süre, çekirdek süre, uzakta olduğu süreye göre çok kısa bir süredir genellikle. Pazarlama dağıtım veya kuryelik işlerinde çok kısa süre işyerinde bulunan işçi günün geri kalan zamanları da işyeri dışındadır ve çalışma süresinin kullanımını genellikle kendisi ayarlar. Ancak, bu süre kullanılırken işçi, gene de İş Kanununun çalışma sürelerine ilişkin emredici kurallarına uymak zorundadırlar. Bunu yaparken kendisine tanınmış geniş bir zaman aralığı içinde yasa hükümleri çerçevesinde belirlenmiş günlük çalışma süresini kaydırarak uygular. Bu arada, taraflar, ara dinlenmesi ile haftalık en fazla çalışma süresi kurallarına da uyarlar. Burada sorumluluk, uzakta çalıştığı için önce işçinindir, işverenin de bu kurallara uygun davranması gerekir. Böyle olunca tarafların, yukarıda belirtildiği şekilde sözleşme ile iş ilişkisini işin niteliğine göre ayrıntılı bir biçimde düzenlemeleri beklenir.

III. YARGITAY'IN YAKLAŞIMI

Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 2006 tarihli bir kararında bu konu tartışılmış ve bazı sonuçlara ulaşılmıştır. Yargıtay kararına konu olan olayda, bir ilaç firmasına bağlı olarak çalışan ve ilaç firmasının ürettiği ürünleri satış temsilcisi sıfatı ile kendisi için belirlenmiş ve hudutları çizilmiş bir bölgede eczane ve doktorlara tanıtıp pazarlama görevini üstlenen kişiler ile bu tür çalışanları bölge müdürü sıfatı ile denetleyen ve yönlendiren kişiler, kendilerine verilmiş olan dizüstü bilgisayarlar veya masaüstü bilgisayar ile gün boyu yaptıklarını ve daha sonra bunları evden raporlamalarını fazla çalışma olarak değerlendirilmesini istemektedirler.

Yüksek mahkeme, *“tıbbi satış temsilcilerinin yaptığı iş gereği fiilen çalıştığı sabit bir işyerinin bulunmadığı, çalışma sisteminin prim esasına dayalı olup kotanın tutturulması halinde prime hak kazandığı, işveren tarafından aylık olarak onaylanan ziyaret programı ve programında planlanan ziyaretlerin gerçekleşip, gerçekleşmediği dışında çalışma şekil ve zaman açısından talimat, denetim ve gözetime tabi olmadığı sabittir.*

Satış temsilcisinin sorumlu olduğu bölgede özellikle büyük ünitelerde, birlikte çok sayıda rahatlıkla ulaşabileceği doktorlarla öğle ve akşam yemeği toplantılarının yapılıp yapılmasının satış temsilcisinin inisiyatifinde olduğu, eczane ziyaretlerinin eczanelerin kapanış saatlerine kadar sarkıtılması gerekmezsin müessesinin mesai saatleri içinde tamamlanmasının mümkün bulunduğu hususları gözetildiğinde, günlük 10-14 doktor ziyaretleri ile 4 eczane ziyaretinin mesai saatleri içerisinde rahatlıkla yapılabileceği, buna göre

genelde yüksek ücretle çalışan, günlük program dahilinde çalışma şeklini kendisi belirleyen ve çalışmasını teşvik için belirli kotayı tutturması halinde prim alan tıbbi satış temsilcisi davacının genel olarak fazla mesai talep hakkının bulunmadığı anlaşılmaktadır.

Davacı ayrıca yolda geçen süreler ile ilgili olarak günlük 2 saat fazla mesai yaptığından bahisle talepte bulunmuş olup, bölgesinde kısa sürede ve rahatça gitmesini sağlayarak, masrafları şirketçe karşılanan araç tahsisi nedeniyle davacının yolda geçirdiği sürelerle ilgili fazla mesai talep hakkı bulunmadığı gibi, işçinin çalışma süresi, işyerine ulaşmakla başlayıp yolda geçen süreler iş sürelerinden sayılmayacağından, şirketçe tahsisi edilen araçla promosyon ürünlerinin taşınmış olması da yolda geçen sürenin çalışma süresinden sayılmasını gerektirmediğinden davacının yolda geçen sürelerle ilgili fazla mesai talep hakkı bulunmamaktadır.

Davacı ayrıca şirket tarafından verilen bilgisayar ile evine internet bağlantısı sağlandığından mesai saatlerinden sonra günlük ziyaretleri ile ilgili raporları ve aylık raporların yapılması ve şirketten gelen e-maillerin yanıtlanması sebebiyle günlük iki saatten haftada 14 saat fazla mesai yaptığını iddia etmiş ise de, dinlenen tanık beyanlarından günlük ziyaretlerin raporlama usulü nedeniyle alacağı zaman, gelen e-maillerin çoğunun bilgilendirme amaçlı olması ve başlangıçta sistem oturana kadar internete bağlanmak için geçen sürenin çalışma süresinden sayılmayacağı hususları gözetildiğinde rutin bu işler nedeniyle günlük 2 saat fazla mesai yapıldığı iddiası hayatın olağan akışına aykırı olduğu gibi, gerek davacı gerekse davalı tanık beyanlarına göre tıbbi satış mümessilinin cumartesi ve Pazar günleri çalışmadıkları anlaşıldığından, haftalık toplantıların da Cuma günleri mesai saatleri içinde yapılmış olması nedeniyle ve yıllık ulusal toplantıların sosyal içerikli olup bir günlük yıllık toplantı niteliğinde olduğu, genel olarak motivasyon ve sosyal içerikli olduğu, dolayısı ile fazla mesai kapsamında değerlendirilmesi mümkün bulunmadığından bu nedenle fazla mesai talep hakkı bulunmamaktadır.

Tıbbi satış mümessili olan davacının yaptığı işin niteliği gereği yukarıda ayrıntılı olarak açıklanan uzaktan çalışma sisteminin özellikleri nedeni ile fazla mesai talep hakkı bulunmadığından ve emsal nitelikteki Bursa 3. İş Mahkemesinin 2004/880 esas 2005/295 karar sayılı ve Yarg9.HD'nin 2005/23905 esas 2006/5769 karar sayılı 8.3.2006 tarihli ilamı ile kesinleşmiş kararı gözetilerek davanın reddi gerekir" sonucuna varmıştır.

Aynı dava ile ilgili olarak Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı İş Teftiş Kurulu Müfettişlerinin de bir raporu bulunmaktadır. Bakanlık müfettişleri 15.12 2003/26 tarihinde bir rapor düzenleyerek, aynı işverenin yanında benzer konumda çalışan bir satış temsilcisinin fazla çalışma talebi ile ilgili olarak bazı değerlendirmeler yapmışlardır.

Bu değerlendirmeye göre, yapılan işin niteliği göz önünde tutulursa olayda uzaktan çalışma

(Tele-Work) sistemi uygulanmaktadır. Uzaktan çalışma sisteminde verilen görevlerle ilgili takipler on-line veya off-line yolu ile yapılmakta, zamanın kullanılması işçilere bırakılmakta ve işçiler bu zamanı kendilerine göre ayarlamaktadırlar. Somut olayda işveren vekilinin ve ifadesine başvuru- rulan işçilerin ifadeleri doğrultusunda aylık programların ve takiplerin gün gün yapıldığı, aylık programların gün bazında ortalama 4-5 saatte bitirile- bildiği, ancak işçilerin bu zamanı istedikleri gibi kullandıkları, gün sonunda gün içerisinde yapılan işlerin sonucunu bilgisayar ağı ile bölge müdürlerine bildirildiği anlaşılmaktadır.

Yargıtay'ın bu kararından da anlaşılacağı gibi, böyle bir uzaktan çalışma sisteminde iş sürelerinin belirlenmesindeki ve fazla mesailerin saptanmasın- daki zorluk çok açık bir biçimde ortaya çıkmaktadır. Olayda, işverenlerin denetimi zaman konusunda değil, programlar dâhilinde bildirilen yerlere gidilip gidilmediği ile ilgilidir ve verilen programların mesai saatleri içeri- sinde bitirilip bitirilmediği konusunda yoğunlaşmaktadır. Sektör içinde başka firmalarda benzer bir durum vardır. İfadelerine başvuru- rulan işçiler, Cumartesi ve Pazar günleri çalışma yapılmadığı gibi toplantı da yapılmadığını, aylık toplantıların da genelde bir otelde ve çalışma saatleri içinde yapıldığını haftalık toplantıların da bölge müdürlerinin gerekli görmeleri halinde mesai saatleri içinde olduğunu belirtmişlerdir. Hafta içinde yapılan günlük işlerin raporlarını isteyen temsilcilere bu raporlar geceleri de gönderilebilmektedir, ancak bu iş 15 dakikadan fazla sürmemektedir. İşveren vekili ve işyeri işçile- rinin ifadeleri, yapılan işin niteliği, uzaktan çalışma sisteminin özellikleri, işin yapıldığı sektörde yapılan araştırma, müfettişleri sonuçta işyerinde satış sorumlularının fazla çalışma yapmadıkları kanaatine vardırmasıdır.

Oysa Sulh Hukuk Mahkemesi Hâkimliğinin yaptığı tespit ise farklı bir sonuca ulaşılmıştır. Buna göre, dosyada yer alan tespit kararında bilirkişi olarak görüş veren bir bilgisayar mühendisi ve programcısının saptamaları yer almaktadır. Bu incelemede bir çok kişinin diz üstü bilgisayarı yerinde ince-

lenmiş ve 1,5-2 saate yakın bir sürenin bilgisayar başında geçirildiği kabul edilmiştir. Ancak bu süre hesaplanırken ayrıntılı bir biçimde kongre doktor katılımı formu, aylık kredi kartı ekstresi, şirket kredi kartı masraf raporu, araba lastik istek formu gibi ekran görüntülerinden söz edilmekte, bunun gibi günlük randevuların ziyarete çevrilmesi, verilen promosyon malzemelerinin bilgisayarda belirtme, yorum yapma gibi işlemlerin yapıldığının saptandığı açıklanmaktadır. Çok ayrıntılı olan bu tespit raporunda bilgisayara girilmeden uygulanan yöntemlerden, şifre ve parola işlemlerinden söz edilmekte bu işlemler için zaman harcandığı kabul edilip buradan 2 saate yakın fazla çalışma yapıldığı çıkarılmaktadır.

Bu karar esas alınarak kayan iş süreleri ile uzaktan çalışma ve fazla çalışmalar konusunu irdelemek gerekirse, Yargıtay 9 Hukuk Dairesi'nin bu konu ile ilgili diğer bazı kararlarını da dikkate almak gerekir.

Yargıtay 9 Hukuk Dairesi günlük çalışma süresini, işyerinde işverenin gözetim ve denetimi altında geçiren işçi ile ilgili verdiği bir kararda " *Esasen davalı bazı zamanlarda fazla mesainin yapıldığını ancak, aylık ücretle birlikte fazla mesai parasının ödendiğini savunmuştur. Bu savunmaya değer verebilmek için taraflar arasında bir sözleşmenin veya yazılı bir belgenin olması gerekir. Böyle bir yazılı belge bulunmadığı sürece fazla mesainin ücretin içinde olduğu kabul edilemez.*"⁵, diyerek bu konuda temel bir ilkeyi koymuştur.

Fazla çalışma ücretlerinin ücretin içinde olduğu savunmasının, bunu ileri süren işverence yazılı belge ile ispatlanması gerektiğini kabul eden Yargıtay bu görüşünden bazı kararlarında uzaklaşmıştır. Bu konuda verilen bir kararda Yargıtay 9. Hukuk Dairesi "... *Davacının davalıya ait işyerinde üst düzey yönetici olarak çalıştığı ve mesaisini kendisinin ayarladığı dosya içerisinden anlaşılmaktadır. Dairemizin istikrar kazanmış görüşüne göre bu tür çalışan işyeri üst düzey yöneticinin ücreti de buna göre belirlendiğinden fazla mesai ücret alacağı isteği talep etmesi mümkün değildir. Davacının fazla mesai ücret alacağı reddi gerekirken kabulü hatalıdır.*" görüşünü benimsemiştir⁶.

⁵ Yarg. 9 HD., 24.1.2002, E. 16225, K. 731 www.kazanci.com.tr. Erdem Özdemir, İş Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Yükü ve Araçları, 1. Bası, Şubat 2006, Beta Yayınevi, s. 160.

⁶ Yarg. 9HD., 14.3.2005, E. 19804, K. 8199. www.yargidunyasi.com; bak Özdemir, s. 161.

Yargıtay 9 Hukuk Dairesi 2006 tarihli, Bursa 3. İş Mahkemesinin kararını onayan yeni bir kararında ise “ *Tamk beyanlarından ve ibraz edilen hizmet sözleşmesi ve işyeri kayıtlarından anlaşıldığı üzere tıbbi mümessil ve ilaç satış elemanı olarak görev yapan davacının günlük hatta aylık programları kendisinin yaptığı ve planladığı, bu plan çerçevesinde çalışmasını sürdürdüğü, çalışmalarını rapor ettiği sabittir. Davacının bu faaliyetini yaptığı sırada yanında herhangi bir işveren ve amiri bulunmamaktadır. Ayrıca davacının yaptığı satışlar ne kadar çok olursa, çalışmasını teşvik amacıyla prim hakkından yararlandığı anlaşılmaktadır. Belirlenen bu hale göre, kendi inisiyatifi ile faaliyetini sürdüren bir işçinin yine kendi inisiyatifi ile fazla mesai yapması ve buna itibar edilmesi, hayatın olağan akışına ve oluşa uygun düşmemektedir. Eğer bu isteğe icazet verildiği takdirde, bu hakkın kötüye kullanılacağı, bu gibi işlerde işverenin işçi karşısında zor durumda bırakılacağı, işçinin mesai saatlerini bir tarafa bırakarak günlük yaptığı bu işi uzun zamana yayacağı kanaatine varılmıştır. Bu nedenle davacının fazla mesai isteklerinin yerinde olmadığı, davalı tanıklarının da aynı doğrultuda beyanda bulunduğu ve davanın reddine karar verilmesi gerektiği sonuç ve kanaatine varılmıştır.*” (Yarg. 9 HD., E.2005/23905, K. 2006/5769).

Yüksek Mahkemenin vermiş olduğu bu kararlardan bazı sonuçlar çıkarılabilir. Buna 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. Ancak, işçinin üst düzeyde bir yönetici olması, yüksek sayılacak bir ücret alması ve mesaisini kendisinin ayarlaması halinde fazla mesai ücreti talep edemez. Bunun gibi işverenin gözetimi ve denetimi dışında satış elemanı olarak görev yapan kendi inisiyatifinde 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.

Bu kararların ışığı altında başta sözü edilen kararlar ilgili bir değerlendirme yapmak gerekirse; yukarıda ayrıntılı bir biçimde ortaya konmaya çalışılan, müfettiş raporu ve Sulh Hukuk Mahkemesi Tespit Kararı içinde yer alan teknik bilirkişi raporu içerikleri, sözü edilen çalışma türü bakımından fazla çalışmaların saptanmasının son derece güç olduğunu açık bir biçimde göstermektedir.

Satış temsilcileri ve bölge müdürleri iş sözleşmesi ile çalışan birer işçidirler ve iş görme borçları kapsamında kendileri için belirlenmiş olan bir bölge içinde hastane, eczane ve doktorları ziyaret ederek işveren tarafından gönderilmiş olan nesnelere tanıtılmakla görevlidirler. Bu açıdan bakınca yaptıkları iş bir *pazarlama* işidir.

Söz konusu kişiler kural olarak işyerinde çalışan diğer işçiler gibi bu görevlerini 8-17,30 saatleri içinde yerine getirmekle yükümlüdürler. Ara dinlenmesi onlar için de 1,5. satır. Ancak bu süreler içinde işyerinde bulunmadıkları ve işveren ile yüz yüze gelmediklerinden, işverenle iletişimi kendilerine verilen bilgisayarlar ile internet aracılığı ile kurmaktadır. Bu açıdan bakınca taraflar arasındaki ilişkinin *uzaktan çalışma* (tele-work) yöntemine dayanan iş ilişkisi olarak değerlendirilmesi gerekir.

Bu kişiler gördükleri iş karşılığında aylık belirli bir ücret almaktadırlar. Bu ücret dışında performansına göre kendilerine prim de verilmektedir. Bu primin miktarı belirlenirken bireysel çaba doğrudan dikkate alınmamakta, ortak verimlilik dikkate alınarak sağlanan yarardan belirli bir kotanın aşılması halinde katkıda bulunan herkese prim verilmektedir. Doğal olarak bireysel performans ortak kotanın oluşmasını ve aşılmasını sağlamada temel etken olmaktadır. Prim miktarı belirlenirken çalışma süresinin gün içinde olup olmadığı, 17,30'u aşmış evde bu sürenin tamamlanıp tamamlanmadığı da dikkate alınmamaktadır. Burada temel ölçü prime dayanak oluşturacak bir biçimde işverene sağlanan yararın gerçekleşip gerçekleşmediğidir. Böyle olunca aslında prim olarak nitelendirilmişse de esas aylık ücretin yanı sıra, ücretin eki niteliğinde olan belirli ve sağladığı yarara göre oluşan *komisyon ücretine* dayanan bir iş ilişkisi söz konusudur.

Temsilciler ve bölge müdürleri çalışmalarını işyeri dışında gerçekleştirdikleri için 8 ile 17,30 arasında doğrudan işverenin gözetimi altında olmaksızın ve talimatlarına bağlı olmadan, gün içinde bir işyerinde sabah 8 akşam 17.30 kuralı dışında kalarak zamanı kullanma konusunda serbestçe davranabilmektedirler. İşverenin denetimi, işveren vekili konumundaki bölge müdürleri aracılığı ile günlük belirli programın tamamlanıp tamamlanması ile ilgili olmaktadır. Bunun dışında işe başlama ve bitirme dahil tüm iş sürelerini kapsayan bir denetim söz konusu değildir. Çalışanlar gerektiğinde öğle yemeklerinde ilgili kişiler ile toplanabilmekte, gerekli görürlerse akşam yemeği de organize edebilmektedirler, giderler işveren tarafından karşılanmaktadır. Saat 18 den sonra da kendilerine verilmiş olan bilgisayar ve internet aracılığı ile evlerinden işveren ile iletişim kurabilmektedirler. Sabah ve akşam

aralığı içinde günlük 8 saatlik çalışma süresini dildikleri gibi kullanabilmektedirler. Bu açıdan da bakınca geniş bir zaman aralığı içinde günlük çalışma süresine uyarak işi zamana yaya biliyorsa ortada *kayan iş süresinden* (Gleitarbeitszeit) söz edilebilir.

Bu tür kayan iş süreleri yöntemi yukarıda belirtildiği gibi günümüz çalışma koşullarının bir gereği olarak ortaya çıkmıştır. Belirli bir işyerinde günlük çalışma süresi içinde işverenin denetim ve yönetiminde çalışan veya çalışmaya hazır durumda bekleyen işçilerin haftalık 45 saati aşan çalışmalarının fazla çalışma olarak belirlenmesi mümkündür. Oysa işyeri dışında, bir ülke, bir şehir veya bir bölge içinde de olsa işi gereği birçok değişik yerde bulunmak ve kişiler ile ilişki içinde olma konumunda olan işçilerin günlük iş süreleri ve dolayısı ile toplam haftalık çalışma süreleri, gün içinde ara dinlenmesi hariç kesintisiz çalıştıkları belirlenemediği için mümkün olamamaktadır. Bu nedenle bu tür çalışanların ücretleri de belirlenen sabit ücretin yanı sıra, ayrıca gösterdikleri performansına göre, belirli oranda komisyon veya primden oluşmaktadır. Bu sistemin içinde, işin niteliği ve ücret belirleme yöntemi ve türü gereği genellikle fazla çalışma ücreti yer almaz. Ancak, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde bunun aksinin kararlaştırılması da mümkündür.

Basit kayan iş süresi sisteminin uygulandığı durumlarda taraflar günlük normal belirli bir iş süresi saptayabilirler. Bu sürenin sabah veya öğleden sonra ve akşam saatlerine dağılması çalışanın tercihine bırakılabilir. Bu konuyu taraflar açıkça düzenleyebilecekleri gibi, işin yürütüm şeklinden ve sektördeki genel uygulamadan da böyle bir yöntemin benimsenmiş olduğu çıkarılabilir.

Geleneksel klasik iş sözleşmelerinden farklı oldukları için bu tür karma nitelikli a tipik sözleşmelerde genellikle fazla çalışma söz konusu olmaz. Ancak bir işverene bağlı olarak günlük çalışma süresinin kesin ve kesintisiz olarak belirlenebildiği durumlarda haftalık çalışma süresi 45 saati geçmiş ise ortada bir fazla çalışma vardır ve bu sürenin ücreti ayrıca ödenir. Örneğin uzaktan çalışmanın bir türü olan evde çalışmalarda böyle bir durum söz konusu olabilir. Tarafların bunun aksini kararlaştırmalarına bir engel yoktur. Böyle bir anlaşma ile fazla çalışma ücretinin belirli aylık ücretin içinde olduğunu kabul edebilirler. Bu konuda bir anlaşma yoksa çalışanın ücretinin yüksekliliği, yönetici konumunda olup olmadığı gibi ölçüler dikkate alınarak gene de fazla çalışma ücretinin belirli aylık ücretin içinde olduğu söylenebilir.

Dava konusu olayla ilgili olarak verilen bilirkişi raporlarında, davacıların genel olarak yüksek ücretle çalıştıkları ve dosya içeriği tanık anlatımlarından belirlenen kotayı aşmaları halinde prime hak kazandıkları, davacıların kısa süre buldukları yer dışında belirli bir işyeri olmadığı gibi, aylık ziyaret programı dışında doğrudan çalışma şekline ve zamana ilişkin talimat verecek bir işveren veya vekili de bulunmadığı, belirtilmektedir. Aynı raporda davacıların günlük programı içinde çalışma şeklini kendilerinin belirlediği, yapılması gereken ziyaretleri bitirdikten sonra serbest zamanın kalma olasılığının olduğu bu nedenlerle davacıların kendi çalışma saatini kendilerinin belirlediği ve çalışma şeklinde, prim alması da göz önünde tutularak fazla çalışma talep hakları olmayacağı görüşü benimsenmiştir.

İşveren veya işveren vekili ile yüz yüze gelmeyen ve işverenin işyerinde çalışması gerekmeyen satış temsilcisi konumundaki işçilerin, kendilerine gönderilen veya bölge müdürleri aracılığı ile kendilerine ulaştırılan malzemeleri saat 8 ile 17,30 arasında dağıtacakları varsayılan, fakat aksine kendilerinin belirlediği zaman aralıkları içinde pazarlamaları bir uzaktan iş görme sözleşmesi konusunu oluşturmaktadır. Ancak, bu sürenin dışına çıkılarak akşam evden internet aracılığı ile rapor verme işlemi yapılması bu sürenin aşıldığını ve kayan iş süresi uygulaması yöntemine geçildiğini göstermektedir. Bu da uzaktan çalışmanın bir türünü oluşturmaktadır. Bu tür çalışma pazarlamacılara özgü bir çalışmadır. Bu iş için aylık belirli bir ücret ödenmesi dışında, temsilcinin pazarlama ile işverene sağladığı yarar ölçüsünde ayrıca prim hakkı elde etmesi, aynı zamanda ortada komisyon ücretine dayalı bir iş sözleşmesinin var olduğunu göstermektedir. Bu primlerin işverenin takdirine değil belirli bir kotanın aşılması esasına göre ödenmesi de primi bir ücret unsuru haline getirmiştir. Yargıtay kararlarından da anlaşılacağı gibi, bu tür iş görme yöntemlerinde işçi, iş süresini ve bu sürenin dağılımını kendisinin belirlediğinden, günlük ve toplam haftalık çalışma süresi de işveren denetim ve yönetiminde geçmediği için, bu durumda fazla çalışma oluşmaz ve fazla çalışma ücreti de ayrıca tahakkuk ettirilemez. Kaldı ki ortada bir fazla çalışma olsa dahi, ödenen ücret fazla çalışmayı kapsayacak ölçüdedir. Ayrıca esas ücretin yanı sıra yapılan iş karşılığı bir de komisyon ücreti niteliğinde prim ödenmektedir. İşin türü dikkate alınması halinde, açıkça yazılı olarak kararlaştırılmasına gerek olmadan dahi, fazla çalışma ücretinin aylık ödenen ücretlerin içinde olduğunun kabulü gerekir.