



**Prof. Dr. Levent AKIN**

Ankara Üniversitesi

Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı

# FAZLA ÇALIŞMA ALACAKLARI VE 5953 SAYILI YASADAN DOĞAN ALACAĞA İLİŞKİN HAKKANİYET İNDİRİMİ

## KARAR İNCELEMESİ

Uygulamada yüksek mahkemenin önüne gelen uyuşmazlıklardan biri gazetecilerin işçilik alacaklarına uygulanan yasal faizin toplam değeri üzerinden yapılan indirimlerdir. Söz konusu indirimlerin miktarı ve hakkaniyet gerekçesine dayalı olması, çeşitli tartışmalara neden olmaktadır. Yüksek mahkemenin aşağıda yer verilecek olan kararı, bu uygulamasındaki temel ilkelere işaret etmesi açısından önemlidir.

Yüksek mahkemenin kararında yer verilen değerlendirmeler şunlardır (Yarg. 9.HD. 27.5.2013, 2011-13524/ 2013-15828);

“Davacı, kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, izin ücreti, fazla mesai ücreti, hafta tatili ücreti, ikramiye alacağı, ulusal bayram ve genel tatil ücreti ile %5 fazla alacaklarının ödenmesine karar verilmesini istemiştir. Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır. Hüküm süresi içinde davalılardan (X) Televizyon Yayıncılık A.Ş. avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için... düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

**A) Davacı İsteminin Özeti:** Davacı, Basın İş Kanunu kapsamında gazeteci olarak 10.04.2001 günü çalışmaya başladığını ve 31.12.2005'te haksız olarak işten çıkarıldığını, işe iade davasını kazanmasına rağmen işe başlamadığını belirterek, kıdem-ihbar tazminatı, yıllık izin

ücreti, fazla çalışma ücreti, hafta tatili ücreti, genel tatil ücreti ve %5 fazla alacaklarının ödenmesini istemiştir.

**B) Davalı Cevabının Özeti:** Davalılar, davanın reddini istemiştir.

**C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:** Mahkemece, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna dayanılarak, (Y) TV ve (Y) Haber Ajansı yönünden davanın reddine, davalı (X) TV yönünden davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

**D) Temyiz:** Kararı davalı (X) TV vekili temyiz etmiştir.

**E) Gerekçe:** 1-Davalının aşağıdaki bent kapsamı dışındaki temyiz itirazları yerinde değildir. 2-Basın İş Kanunu'nda bazı işçilik alacakları için öngörülen günlük yüzde beş fazla ödeme tutarlarından indirim konusunda taraflar arasında uyuşmazlık söz konusudur.

5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun'un 14. maddesinde bahsedilen ücret ile Ek 1. maddesinde sözü edilen hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatillerle yapılan çalışma ücretlerinin gününde ödenmemesi halinde günlük yüzde beş fazlasıyla ödeneceği hükme bağlanmıştır. Anılan düzenlemelerde sözü edilen alacaklar için ödeme tarihi de belirlenmiş olmakla, yüzde beş

fazla ödemeye hak kazanmak için işverenin ayrıca temerrüde düşürülmesi de gerekmez.

5953 sayılı Yasa'da bir kısım işçilik alacakları için öngörülen günlük yüzde beş fazlasıyla ödeme kuralının mahiyeti tartışmalara neden olmuş ve özellikle indirim uygulanıp uygulanamayacağı sorunu ortaya çıkmıştır. Konu, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'na intikal ettirilmiş ve 1973/4-6 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı'nda yüzde beş fazla ödeme parasının önce niteliği üzerinde durulmuş, faiz ya da tazminat olmadığı, uyulması zorunlu bir kamu hükmü olduğu kararda belirtilmiştir. Bahsi geçen “Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararı”nda, günlük yüzde beş fazlasıyla ödeme kuralının yüksek oran bir oran içermesi sebebiyle vaktinde ödenmeyen ücretler bakımından karşılıklı kusur durumları gözetilerek 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 44. maddesi uyarınca bir indirime gidilmesi gerektiği kabul edilmiştir.

818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 44. maddesinde, ‘Mutazarrır olan taraf zarara razı olduğu yahut kendisinin fiili zararın ihdasına veya zararın tezayüdüne yardım ettiği ve zararı yapan şahsın hal ve mevkiini ağırlaştırdığı takdirde hâkim, zarar ve ziyan miktarını tenkis yahut zarar ve ziyan hükmünden sarfınazar edebilir. Eğer zarar kasden veya ağır bir ihmâl veya tedbirsizlikle yapılmamış olduğu ve tazmini de borçluyu müzayakaya maruz bı-

raktığı takdirde hâkim, hakkaniyete tevfikane zarar ve ziyanı tenkis edebilir' şeklinde düzenlemeye yer verilmiş olmakla, Dairemiz anılan hüküm paralelinde günlük yüzde beş fazla ödemelerden indirimde gitmektedir. İndirim oranının tespitinde gazetecinin fazla çalışma saatleriyle ilgili talepleri yönünden gecikilen süre, hesaplamaya konu olan asıl alacak tutarları ve günlük yüzde beş fazlasının belirlenen miktarı da gözetilmektedir.

5953 sayılı Kanun'da bazı alacakların gününde ödenmemesi halinde günlük yüzde beş fazlasıyla ödenmesi gerektiği yönündeki düzenlemenin amacı, gazetecinin ücret ve diğer bazı işçilik alacaklarını güvence altına almak ve kitleleri doğru bilgilendirme gibi önemli bir görevi de olan gazeteciye belli bir oranda iş güvencesi sağlamaktır. Gerçekten gazetecinin emeğinin karşılığı olan hakları yeterince güvence altına alınmadığı takdirde, göreviyle ilgili konularda bağımsızlığı ve hatta tarafsızlığından söz edilemez. Bu nedenle yasa koyucu gazeteciler yönünden ücret ve bazı diğer hakları koruma çabası içine girmiştir. Düzenleme ile hedeflenen amaç, gazetecinin ücret ve diğer işçilik haklarının gününde ödenmesini sağlamaktır. İşverenin yasa hükmüne uyması durumunda günlük yüzde beş fazla ödeme bakımından bir yaptırım gündeme gelmez. Buna karşın ödemelerin gecikmesi halinde günlük yüzde beş fazla ödeme kuralı yıllık %1825 oranına karşılık, geldiğinden, kısa süre içinde önemli miktara ulaş-

bilmektedir. Söz konusu hüküm gazeteci yönünden de bir zenginleşme aracı olarak kullanılmamalıdır.

5953 sayılı Kanun'da öngörülen bazı alacakların gününde ödenmemesi halinde günlük yüzde beş fazlasıyla ödeneceğine dair kuralın Anayasa'ya aykırılığı itiraz olarak ileri sürülmüştür. Anayasa Mahkemesi'nin 12.08.2008 gün ve 2005/28 E, 2008/122 K. sayılı kararında, ücret ve fazla çalışma ücretlerin gününde ödenmeme koşuluna bağlı olan söz konusu yaptırımın, kamuoyunu doğru bilgilendirme görevi olan gazetecileri işverene karşı koruma amacını taşıdığı ve gazetecilerin basın özgürlüğünün sağlanması noktasında önemli bir işlev gördüğü açıklanmış ve aykırılık istemi oybirliği ile reddedilmiştir.

Fazla saatlerde çalışma karşılığı olan asıl alacaklardan yapılan indirim oranında günlük yüzde beş fazla ödeme miktarlarının da indirilmesi gerektiği açıktır. Günlük yüzde beş fazla ödeme miktarları, gerçekleşen ve kabulü gereken asıl alacak miktarlarının gününde ödenmemesinden kaynaklanmış olmakla, günlük yüzde beş fazlasının da doğrudan hüküm altına alınan asıl alacak miktarlarına göre tespiti gerekir. Bundan başka yukarıda sözü edilen gerekçelerle günlük yüzde beş fazla ödeme tutarlarından oransal indirimde gidilmelidir.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, yüzde beş fazla ödeme tutarlarından

yapılan indirim sonucu reddine karar verilen miktar bakımından davalının kendisini vekille temsil ettirmesi durumunda davalı yararına vekâlet ücretine hükmedilmemelidir (Yargıtay 18.11.2008 gün 2007/32530 E, 2008/31205 K.). Yine Dairemizce, mahkemece hüküm altına alınan %5 fazla alacağının, hükmedilecek asıl alacağın 4-5 katını geçemeyeceği kabul edilmektedir.

Somut olayda, davacının %5 fazla alacakları hesaplanırken asıl alacak miktarı hesaplanmış ve asıl alacak üzerinden hakkaniyet indirimi yapılmadan çıkan sonuç üzerinden %5 fazla alacağı hesaplanmıştır. Yine bulunan bu %5 fazla alacağı üzerinden %70 hakkaniyet indirimi yapılarak hüküm kurulmuştur.

Dairemizin yerleşik kararlarında belirtildiği gibi %5 fazla alacakları hesaplanırken önce asıl alacak tutarı hesaplanmalı, bu tutar üzerinden 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 43 ve 44. maddeleri uyarınca makul oranda hakkaniyet indirimi yapılmalı, kalan tutar üzerinden %5 fazla alacağı tutarı bulunmalı ve bu şekilde çıkan sonuç üzerinden %70-90 arasında hakkaniyet indirimi yapılarak %5 fazla alacağı hüküm altına alınmalıdır. Mahkemece, %5 fazla alacağımı yanlış hesaplayan bilirkişi raporuna itibar edilmesi hatalıdır.

Yine mahkemece hüküm altına alınan %5 fazla alacağında %70 oranında hakkaniyet indirimi uygulanmış ise de, uygulanan indirim oranı azdır. Mahkemece daha

yüksek bir oranda hakkaniyet indirimi uygulanmaması hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.

**F) Sonuç:** Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı nedenlerden dolayı bozulmasına... oy birliği ile karar verildi.

## İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

**1-** Dava konusu olayda davacı gazeteci, kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, izin ücreti, fazla mesai ücreti, hafta tatili ücreti, ikramiye alacağı, ulusal bayram ve genel tatil ücreti ile %5 fazla alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir. Yerel mahkeme, alacakları iki farklı medya kuruluşu açısından incelemiş ve bunlardan biri ile ilgili olarak davayı kabul etmiştir.

**2-** Hükmün temyizi sonrasında yerel mahkeme kararını inceleyen yüksek özel daire, bozma kararı vermiştir. Bozma gerekçesi, yerel mahkemenin davacının alacağında yaptığı hakkaniyet indirimini, farklı matrah üzerinden uygulamasıdır.

Olayda yerel mahkeme, davacının %5 fazla alacakları hesaplanırken asıl alacak miktarı hesaplanmış ve asıl alacak üzerinden hakkaniyet indirimi yapılmadan çıkan sonuç üzerinden %5 fazla alacağına ulaşmıştır. Hakkaniyet indirimini, bulunduğu bu %5 fazla alacak üzerinden %70 oranında uygulamış ve o şekilde karar vermiştir. Diğer bir

deyişle hakkaniyet indirimini nihai rakam üzerinden uygulanmıştır.

Yüksek özel daire ise, %5 fazla alacakları hesaplanırken önce asıl alacak tutarı hesaplanması gerektiğini, bu tutar üzerinden BK. 43-44'e dayalı hakkaniyet indirimi yapılacağını, kalan tutar üzerinden %5 fazla alacağı tutarının bulunması gerektiğini ve bu şekilde çıkan sonuç üzerinden %70-90 arasında hakkaniyet indirimi yapılarak %5 fazla alacağın hüküm altına alınması gerektiğini belirtmiştir. Yani yüksek mahkeme, iki farklı aşamada hakkaniyet indiriminin uygulanması gerektiğini kabul etmektedir.

**3-** Dava konusu olayda taraflar arasında yaşanan esas uyuşmazlık, Basın İş Kanunu'nda bazı işçilik alacakları için öngörülen günlük yüzde beş fazla ödeme tutarlarına uygulanacak indirimle ilişkindir.

**4-** Konu yıllardır uygulamada tartışmalara neden olmaktadır. Tartışmaya konu olan düzenleme, 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanunu'nda yer almaktadır. Anılan yasanın 14. maddesinde yer verilen ücret ile ek 1. maddede sözü edilen hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatillerle yapılan çalışma ücretlerinin gününde ödenmemesi halinde günlük yüzde beş fazlasıyla ödeneceği hükme bağlanmıştır.

Kararda da belirtildiği gibi, yasa da bir kısım işçilik alacakları için

öngörülen günlük yüzde beş fazlasıyla ödeme kuralının mahiyeti ve özellikle indirim uygulanıp uygulanamayacağı tartışmalara neden olmuştur. Bu tartışma içtihatlarla da yansınca, içtihadı birleştirmeye gidilmiş ve 1973/4-6 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı'nda yüzde beş oranındaki fazla ödemenin niteliği açıklığa kavuşturulmuştur. Burada söz konusu alacağın, faiz ya da tazminat olmadığı, uyulması zorunlu bir kamu hükmü olduğuna dikkat çekilerek, günlük yüzde beş fazla ödeme kuralının yüksek bir oran içermesi sebebiyle, vaktinde ödenmeyen ücretler bakımından karşılıklı kusur durumları gözetilerek BK. 44 uyarınca indirim tabii tutulması gerektiği kabul edilmiştir.

Kararda geçen 818 sayılı eski Borçlar Kanunu'nun 44. maddesine göre, "Mutazarrır olan taraf zarara razı olduğu yahut kendisinin fiili zararın ihdasına veya zararın te-zayüdüne yardım ettiği ve zararı yapan şahsın hal ve mevkiini ağırlaştırdığı takdirde hâkim, zarar ve ziyan miktarını tenkis yahut zarar ve ziyan hükmünden sarfinazar edebilir. Eğer zarar kasden veya ağır bir ihmal veya tedbirsizlikle yapılmamış olduğu ve tazmini de borçluyu müzayakaya maruz bıraktığı takdirde hâkim, hakkaniyete tevfikân zarar ve ziyânı tenkis edebilir."

**5-** Yüksek mahkeme kararında da belirtildiği üzere, bahis konusu işçilere ait bazı alacakların gününde ödenmemesi halinde günlük yüzde



beş fazla ödenmesi gerektiği yönündeki düzenlemenin amacı, gazetecinin ücret ve diğer bazı işçilik alacaklarını güvence altına almak ve kitleleri doğru bilgilendirme gibi önemli bir görevi de olan gazeteciye belli bir oranda iş güvencesi sağlamaktır. Bu nedenle yasa koyucu gazeteciler yönünden ücret ve diğer hakları koruma çabası içine girmiştir.

Düzenleme ile hedeflenen, gazetecinin ücret ve diğer işçilik haklarının gününde ödenmesini sağlamaktır. Dolayısıyla, yasa hükmüne uygun davranan işverenler, söz konusu yaptırımla karşılaşmaz. Aksi halde işveren, yıllık % 1825 oranına karşılık gelen bir artışla ödeme yapmak zorunda kalır. Söz konusu düzenlemenin Anayasa'ya aykırılık iddiası, Anayasa Mahkemesi tarafından oybirliği ile reddedilmiştir. Anılan kararda, ücret ve fazla çalışma ücretlerin gününde ödenme koşuluna bağlı olan söz konusu yaptırımın, kamuoyunu doğru bilgilendirme görevi olan gazetecileri işverene karşı koruma amacını taşıdığı ve gazetecilerin basın özgürlüğünün sağlanması noktasında önemli bir işlev gördüğüne dikkat çekilmiştir.

**6-** Bununla birlikte yüksek mahkeme, söz konusu hükmün gazeteci yönünden de bir zenginleşme aracı olarak kullanılmaması gerektiği görüşündedir. Bu bağlamda kararda da dile getirildiği gibi daireye göre, fazla saatlerde çalışma karşılığı olan asıl alacaklardan yapılan indirim oranında, günlük yüzde

beş fazla ödeme miktarlarının da indirilmesi gerekir.

**7-** Yüksek mahkemenin yukarıda yer verilen kararı esasen, işçi lehine yasayla getirilen %5'lik günlük artışın sebep olduğu miktar üzerindeki indirimle ilişkindir. Dolayısıyla karara ilişkin değerlendirmelerimiz, yüksek mahkemenin istikrar kazanan bu uygulamasına yönelik olacaktır.

**8-** Başta yer verdiğimiz karara konu olayda da olduğu gibi çalışma yaşamımızda işçilik alacaklarının tespitinde önemli sorunlarla karşılaşmaktadır. Çok sayıda işçi, işyerlerindeki çalışmalarının gerçek koşullarını ortaya koymakta sorunlar yaşamakta, hak ettikleri alacakların ispatında ciddi zorluklarla karşılaşmaktadır. Bu durumun yarattığı mağduriyeti gidermek ve işçilerin alacaklarına kavuşabilmelerini sağlayabilmek için yargı makamı tarafından çeşitli kolaylıklar sağlanmaktadır. Örneğin işçilere, işveren tarafından kayıt altına alınmayan alacaklarını tanık yardımıyla ispatlayabilme imkânı sunulmuştur. Bu şekilde işçiler hem iş yasalarından hem de sosyal güvenlik mevzuatından doğan haklarını elde edebilmektedir. Ancak uygulamada yaratılan bu durum, bazen hak edilenin üzerinde taleplere neden olabilmekte ve uygulamanın hakkaniyete uygunluk açısından sorgulanmasına sebep olmaktadır. İşte bu noktada söz konusu eleştiriyi gidermek yargıca düşmekte ve ortaya çıkan durumun adil çözüm olarak kabu-

lü için takdir hakkı devreye sokulmaktadır. Diğer bir deyişle somut olayda ortaya çıkan sorun, yargıç takdiri ile çözülmekte ve işçi ile işveren arasındaki uyuşmazlık iki tarafı da tatmin edebilecek bir sonuca bağlanmaktadır.

Çalışma yaşamından kaynaklanan hukuki sorunların çözümlenmesinde yargıç takdirinin ciddi etki yarattığı alanlardan biri de, işçilerin fazla çalışma alacaklarından kaynaklanan uyuşmazlıklardır. Yüksek mahkeme, konuya ilişkin olarak verdiği kararlarda, tıpkı burada olduğu gibi, yargıcın takdir hakkına, sorunun çözümünde önemli bir işlev yüklemiştir. Benzer bir yaklaşıma, incelediğimiz karara da konu olan, 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkındaki Kanun uygulamasında da rastlanmaktadır. Gerçekten de yasa ile getirilen ve ücret alacağının geç ödenmesi halinde uygulanan günlük yüzde beşlik artış talep etme hakkı, nihai aşamada yargıcın takdirinden etkilenebilmektedir.

**9-** Fazla çalışma, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 41 ila 43. maddeleri arasında düzenlenmiş olsa da, uygulamada ciddi uyuşmazlıklara neden olmaya devam etmektedir. Zira, feshe maruz kalan hemen her işçinin, iş akdinin feshi ardından mahkemeye müracaatı ile birlikte, feshe bağlı olan hakları yanında fazla çalışma alacağı da talep ettiği görülmektedir. İşyerlerinin genelinde, söz konusu alacakların sağ-

likli şekilde tespit edilerek ödenebilmesine sağlayacak organizasyon bulunmadığı için, çoğu hiçbir kayda bağlı olmayan bu fazla çalışmaların kabulü, tanık anlatımlarının inandırıcılığına bağlı kalmaktadır. Bu noktada da yargıcın takdiri önemli rol oynamaktadır.

Fazla çalışma, yasal sınırlamalara tabi istisnai bir çalışma şeklidir. Ancak çalışma yaşamında genellikle bu sınırlamalara uygun davranılmadığı, bazı işçilerin yılın büyük çoğunluğunda fazla çalışma yapmak zorunda kaldıkları görülmektedir. Çoğu yasal sınırın da üstüne çıkan bu çalışma düzenine rağmen işçiler, yaptıkları fazla çalışmalarının karışlığını alamamakta ve mahkemeye başvurmak zorunda kalmaktadır. Hemen belirtelim ki, işçiler tarafından yapılan fazla çalışmanın, yasal sürenin üzerinde olması, onların talep haklarını ortadan kaldırmamaktadır. Zira, yüksek mahkemeye göre, "...İş sözleşmelerinde fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dâhil olduğu yönünde kurallara sınırlı olarak değer verilmelidir. Dairemiz, yılda 90 gün ve 270 saatle sınırlı olarak söz konusu hükümlerin geçerli olduğunu kabul etmektedir. O halde işçinin anılan sınırlamaların ötesinde fazla çalışmayı kanıtlaması durumunda fark fazla çalışma ücretinin ödenmesi gerekir." (Yarg.9.HD. 23.3.2009,

2008-25280/ 2009-7594, Şahin Çil, Yargıtayın İlke kararları, Ankara 2011, 604).

Fazla çalışma alacaklarını tahsil edebilmek için açılan bu tür davalarda mahkemeler, hesap edilen fazla çalışma ücretlerine bir indirim uygulamakta ve bu yaklaşımı yıllardır istikrarla sürdürmektedir. Hatta yerel mahkemelerce söz konusu indirimin uygulanmaması, yüksek mahkeme tarafından bozma nedeni sayılmaktadır. Örneğin bir olayda yüksek mahkeme, işçinin beş yıllık süre içerisinde hastalık izni gibi nedenlerle fazla çalışma yapmadığı günler bulun-



duğu düşünülmeden mahkemece takdiri indirim yoluna gidilmeden fazla çalışma ücretinin tahsiline karar verilmesini hatalı görmüştür (Yarg.9.HD.10.10.2007, 2380/29972).

**10-** Fazla çalışma alacaklarına uygulanacak indirimle ilişkin anlayış, yüksek mahkemenin bir içtihadında şu şekilde ortaya konulmuştur;

"Fazla çalışmaların uzun bir süre için hesaplanması ve miktarın yüksek çıkması halinde Yargıtay'ca son yıllarda hakkaniyet indirimi yapılması gerektiği istikrarlı uygulama halini almıştır... Gerçekten bir işçinin uzun süre ve her gün aynı şekilde günlük çalışma süresinin üzerinde fazla çalışma yapması hayatın olağan akışına uygun düşmez. Fazla çalışma ücretinden indirimi öngören bir yasal düzenleme olmasa da, Yargıtay'ın yapılmasını öngördüğü indirimi çalışma süresinden indirim olarak algılamak gerekir. Fazla çalışma ücretinden indirim; takdiri indirim yerine kabul edilen fazla çalışma süresinden indirim olmakla, davacı tarafın kendisini avukat ile temsil ettirmesi durumunda reddedilen kısım için davalı yararına avukatlık ücretine hükmedilmesi gerekir. Ancak, fazla çalışmanın takdiri delil niteliğindeki tanık anlatımları yerine, yazılı belgelere ve işveren kayıtlarına dayanması durumunda böyle bir indirimle gidilmemektedir. Somut olayda davacının son beş yıl her gün 3 saat fazla çalışma yaptığı kabul edilmiştir. Hesaplama tamamen tanık beyanlarına dayanmış olmakla hesaplanan fazla çalışma ücretinden indirimle gidilmesi gerekirken tamamının hüküm altına alınması hatalı olup, kararın bu yönden bozulması gerekmiştir." (Yarg.9.HD.25.1.2010,

2008-14773/ 2010-991, Çil, 601). Aynı yöndeki bir diğer kararda, yukarıda yer verilen değerlendirmelere ek olarak şu görüşler yer almaktadır; "...İzin ve raporlu olunan süreler için fazla çalışma ücreti hesabı yapılmamış olması sözü edilen indirim dışında değerlendirilmelidir. Başka bir anlatımla fazla çalışma ücretinden yapılan indirim, işçinin günlük normal çalışmasının üzerine her gün belirtildiği şekilde fazla çalışma yapmasının gerçek duruma uygun düşmediği, çeşitli mazeretlerle bu şekilde çalışılmayan günlerin olmasının kaçınılmaz olduğu tespitine dayanmaktadır... Somut olayda işyeri bir kamu kurumu olsa da, davacı işçinin günlük ve haftalık çalışma saatlerini gösteren puantaj kaydı ve benzeri belgeler sunulmamış, fazla çalışmaların hesabı tamamen tanık anlatımlarına dayandırılmıştır. İşçinin izinli ve raporlu olduğu sürelerin kayıtlarda gösterilmesi sebebiyle belirtilen günlerin hesaplama dışı tutulmuş olması, fazla çalışma ücretlerinin işveren kayıtlarına göre hesaplandığı anlamına gelmez. Kaldı ki benzer çalışma düzenine göre fazla çalışmada indirim yapılmasına dair Dairemiz kararları da mevcuttur... Böyle olunca hüküm altına alınan fazla çalışma ücretinden Dairemiz uygulamalarına göre indirimde gidilmesi gerekirken, yazılı şekilde indirim yapılmaksızın karar verilmesi hatalı (olmuştur)." (Yarg.9.HD.3.11.2009, 15565/30310, Çil, 602).

11- Yukarıdaki kararlarda da görüldüğü gibi içtihatlarda yer verilen ve istikrar kazanan uygulama,

fazla çalışmalardan takdiri indirim yapılmasıdır. Bununla birlikte indirimde kullanılacak oran kararlarda farklılık gösterebilmektedir. Bir kararda yerel mahkemenin %20'lik takdiri indirimi kabul eden kararı onanırken, bir diğerinde %25'lik oran fazla görülmüştür. Aynı şekilde bu alanda yapılan %30'luk indirimleri isabetli bulan içtihatlar bulunduğu gibi, %10'luk indirimi çalışma süresiyle kıyaslayarak düşük gören kararlara da rastlanmaktadır (Bu konudaki karar ve değerlendirmeler için bkz. Levent Akın, Takdiri İndirimin Fazla Çalışma Alacaklarına ve Gazetecinin Ücretine Etkisi, Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, İstanbul 2011, 771- 793).

12- Yargıtay, bahsi geçen indirimlerde uygulanacak sırayı da kararlarında belirtme gereği duymuştur. Daire, fazla çalışma ücretlerinden yapılacak indirimin, bu ücretlere faiz işletilmesinden sonra yapılmasını gerekli görmektedir. Buna göre, "...davacının hastalık mazeret izin gibi nedenlerle bu şekilde çalışmasının olmadığı günler yönünden indirimde de gidilerek bir karar verilmelidir. Fazla çalışmanın gününde ödenmemesinden kaynaklanan günlük yüzde beş fazlasının da indirim sonucu kalan asıl alacak miktarına göre belirlenmesi ve Borçlar Kanunu'nun 43. ve 44. maddelerine göre indirimin daha sonra uygulanması gerekir..." görüşündedir (Yarg.9.HD.3.4.2007, 1008/9261). Fazla çalışma alacakları üzerinde uygulanan indirim sadece Eski Borçlar Kanunu'nun 43 ve 44. maddeleri kapsamında ya-

pılmamaktadır. Yargıtay bu yöndeki taleplerde farklı bir indirim daha uygulamakta ve fazla çalışmanın yapılamayacağı dönemlerin anılan kapsamdan çıkarılması gerektiğini belirtmektedir (Bu konudaki ayrıntılar için bkz. Akın, 773 vd).

13- Dava konusu olayda alacağı hakkaniyet indirimine tabi tutulan işçi bir gazetecidir ve 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkındaki Kanun'a (Basın İş Kanunu) tabidir.

Sözü edilen yasanın uyumsuzlukla ilgili hükmü 14. maddede yer alır. Bu düzenlemeye göre "Gazetecilere ücretlerini vaktinde ödemeyen işverenler, bu ücretleri, geçecek her gün için yüzde beş fazlasıyla ödemeye mecburdurlar". Düzenlemeyi de anlaşıldığı gibi gazetecilerin ücretlerinin zamanında ödenmesi, işçi lehine günlük yüzde beşlik bir artış getirir. Söz konusu yüzde beş fazla ödeme, ücrete ilişkin olduğundan, bu nitelikteki ödemelerin tümüne uygulanabilir. O sebeple yüksek mahkeme, iş güvenliği kapsamında bir gazetecinin açtığı işe iade davası sonucunda feshin geçersizliğine karar verildiğinde, gazetecinin işverenden talep edebileceği "çalışmadığı döneme ilişkin dört aylık ücret" in geciktirilmesinde de yüzde beşlik fazla ödemenin talep edilebileceğine karar vermiştir (Yarg.9.HD.31.3.2009, 2008-30661/ 2009-8954, Çil, 810).

İncelemediğimiz içtihatla da belirtildiği gibi, gazetecilere uygulanan



yüzde beş fazla ödemenin niteliği, Anayasaya aykırı olup olmadığı ve indirim tabi tutulup tutulamayacağı tartışmalara neden olmuştur. Ancak düzenlemenin Anayasaya aykırı olduğu yönündeki iddia Anayasa Mahkemesi tarafından reddedilmiştir. Söz konusu yüzde beşlik fazla ödemenin niteliği konusundaki değerlendirme ise, yukarıda değindiğimiz Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu tarafından yapılmıştır. Bu değerlendirme sonucunda, faiz ya da tazminat olmayan %5'lik fazla ödemenin bir kamu hükmü olduğu sonucuna varılmış, ancak yüksek oranı içermesi sebebiyle zamanında ödenmeyen ücretler bakımından karşılıklı kusur durumu gözetilerek Borçlar Kanunu'nun 44. maddesi uyarınca bir indirim tabi tutulması gerektiği kabul edilmiştir. Buna karşın, yüzde beşlik fazla ödemeye uygulanacak faiz konusunda ise Yargıtay farklı bir yaklaşım sergilemiş, bu ödemenin ücret sayılamayacağını ve hakkın da mevduata uygulanan en yüksek faiz oranının değil, yasal faizin uygulanması gerektiğine karar vermiştir (Yarg.9HD. 18.11.2008, 2007-32530/ 2008-31205).

14- Uyuşmazlık konusu olayda olduğu gibi gazetecilerin ücret talepleri konusunda iki farklı indirim uygulanmaktadır. Bunlardan ilki fazla çalışmalar üzerindeki, diğeri ise Basın İş Kanunu'nun 14. maddesinde düzenlenen günlük yüzde beş fazla ödeme üzerindeki indirimdir.

İçtihatlar incelendiğinde, gazetecilerin fazla çalışma ve gecikme artışı talepleri üzerinde yapılan takdiri indirimlerin farklı esaslara dayanıldığı görülebilir. Bu farklılık hem indirim sebeplerinde, hem de indirim oranlarında ortaya çıkar.

Yüksek mahkeme ilgili içtihadında bu farklılığı şu şekilde ortaya koymuştur: "Davacının davalıya ait işyerinde çalıştığı iki yıl altı aya yakın bir süre için fazla çalışma, ulusal bayram ve genel tatil ücretleri yönünden hesaplama yapılmıştır. Mahkemece anılan isteklerle ilgili olarak talep edilen günlük yüzde beş fazlaya dair alacaktan %60 oranında indirim yapılarak sonuca gidilmiştir. Asıl alacaklar yönünden %30 indirimden sonra yüzde beş fazlaya dair istek yönünden yapılan bu indirimin yeterli olduğu gerekçede açıklanmıştır. Ancak belirtmek gerekir ki, asıl alacaklardan yapılan indirim, bir işçinin sürekli olarak belirtilen şekilde çalışmasının hayatın olağan akışına aykırı olması nedenine dayalı olarak gerçekleşmiştir. Bir başka anlatımla davacı işçinin yapmış olduğu çalışmaların ancak indirim yapıldığı şekilde gerçekleştiğinin kabulü anlamındadır. Bu nedenle asıl alacak yönünden yapılan indirimin, bu ücretlerin gününde ödenmemesi sebebiyle hesaplanan günlük yüzde beş fazlaya dair isteklerle bir ilgisi bulunmamaktadır. Dairemizin kararlılık kazanmış olan uygulamasına göre günlük yüzde beş fazlasına dair istekler yönünden yapılacak olan indirimde; gerçekleşen asıl alacak miktarı, ödeme bakımından

gecikilen süreler, hesaplanan günlük yüzde beş fazlaya dair alacağın miktarı ve fesih tarihi ile dava tarihi arasında geçen süre gibi ölçütler dikkate alınarak sonuca gidilmelidir. Tarafların karşılıklı kusur durumları gözetilmeli ve bir tarafın zenginleşmesine veya diğer tarafın ödeme güçlüğüne düşmesine sebep olmayacak şekilde indirimle gidilmelidir. Belirtmek gerekir ki, günlük yüzde beş fazlasıyla ödeme kuralı sebebiyle gününde ödenmeyen alacaklar için yıllık olarak %1825 oranında fazlasıyla ödeme söz konusu olup, bu durum gününde ödenmeyen alacakların kısa süre içinde önemli meblağlara ulaşması sonucunu doğurur. Somut olayda hesaplamada dikkate alınan süre yaklaşık 2 yıl 6 aya yakındır ve asıl alacak miktarları gözetildiğinde hesaplanan ve yapılan indirimle rağmen hüküm altına alınan yüzde beş fazlaya dair alacak yine de fahiş durumdadır. Mahkemece daha çok yüksek bir oranda indirimle gidilerek anılan isteklerle ilgili bir karar verilmelidir." (Yarg.9HD. 28.2.2005, 2004-13380/2005-6423).

Yargıtay'ın yüzde beşlik artışlar üzerinde uygulanan indirimi düşük gördüğü içtihatlarında kullandığı gerekçeye paralel değerlendirmeleri, bu tür indirimleri yüksek bulduğu kararlarında da görebilmek mümkündür. Gerçekten de Yargıtay'a göre, 5953 sayılı Yasada yer verilen günlük yüzde beş fazla ödemeyi düzenleyen hükmün amacı, gazetecinin ücret ve diğer bazı işçilik alacaklarını güvence al-