

İlgili Kanun / Madde

4857 S. İş. K/41

T.C

YARGITAY

9. HUKUK DAİRESİ

Esas No. 2010/6619

Karar No. 2012/15624

Tarihi: 07.05.2012

- **ŞUA İZNİ**
- **FAZLA ÇALIŞMA**
- **İŞÇİNİN ÇALIŞTIĞI YERİN RÖNTGEN MAHALLİ OLARAK TECRİT EDİLEN YERLERDEN OLUP OLMADIĞININ BELİRLENMESİNİN GEREKMESİ**

ÖZETİ: Böyle olunca davacının çekilen röntgen filmlerini dağıtım işinde çalıştığı kesin olarak anlaşılmaktadır. TİS'nin 45/2. maddesinden yaralanabilmesi için davacının röntgen mahalli olarak tecrit edilen yerlerde ve ayrıca radyum ve radyoterapi hizmetlerinde çalışması gerekmektedir. Böyle olunca çekilen filmleri dağıtım işinin radyum ve radyoterapi işi olup olmadığının ve ayrıca davacının röntgen mahalli olarak tecrit edilen yerde çalışıp çalışmadığının tespiti gerekmektedir.

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı işçi TİS den kaynaklanan fazla çalışma ve şua izni isteğinde bulunmuştur.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı davanın reddini savunmuştur.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece istek gibi hüküm kurulmuştur.

D) Temyiz:

Kararı yasal süresi içinde davalı temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

1- Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre davalının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2. Davacı işçinin fazla çalışma yapıp yapmadığı konusunda taraflar arasında uyuşmazlık bulunmaktadır.

Fazla çalışma yaptığını iddia eden işçi bu iddiasını ispatla yükümlüdür.

Ücret bordrolarına ilişkin kurallar burada da geçerlidir. İşçinin imzasını taşıyan bordro sahteliği ispat edilinceye kadar kesin delil niteliğindedir. Bir başka anlatımla bordronun sahteliği ileri sürülüp kanıtlanmadıkça imzalı bordroda görünen fazla çalışma alacağının ödendiği kabul edilmelidir.

Fazla çalışmanın ispatı konusunda işyeri kayıtları, özellikle işyerine giriş çıkışı gösteren belgeler, işyeri iç yazışmaları delil niteliğindedir.

Ancak, fazla çalışmanın yazılı belgelerle kanıtlanamaması durumunda tanık beyanları ile sonuca gidilmesi gerekir. Bunun dışında herkesçe bilinen genel bazı vakıalar da bu noktada göz önüne alınabilir. İşçinin fiilen yaptığı işin niteliği ve yoğunluğuna göre de fazla çalışma olup olmadığı araştırılmalıdır.

İmzalı ücret bordrolarında fazla çalışma ücreti ödendiği anlaşıyorsa, işçi tarafından gerçekte daha fazla çalışma yaptığının ileri sürülmesi mümkün değildir.

Ancak, işçinin fazla çalışma alacağının daha fazla olduğu yönündeki ihtirazi kaydının bulunması halinde, bordroda görünenden daha fazla çalışmanın ispatı her türlü delille yapılabilir.

Bordroların imzalı ve ihtirazi kayıtsız olması durumunda, işçinin bordroda belirtilenden daha fazla çalışmayı yazılı belge ile kanıtlaması gerekir.

İşçiye bordro imzalatılmadığı halde, fazla çalışma ücreti tahakkuklarını da içeren her ay değişik miktarlarda ücret ödemelerinin banka kanalıyla yapılması durumunda, ihtirazi kayıt ileri sürülmemesi, ödenenin üzerinde fazla çalışma yapıldığının yazılı delille ispatlanması gerektiği sonucunu doğurmaktadır.

İşyerinde üst düzey yönetici konumunda çalışan işçi, görev ve sorumluluklarının gerektirdiği ücretinin ödenmesi durumunda, ayrıca fazla çalışma ücretine hak kazanamaz.

Bununla birlikte üst düzey yönetici konumunda olan işçiye aynı yerde görev ve talimat veren bir başka yönetici ya da şirket ortağı bulunması halinde, işçinin çalışma gün ve saatlerini kendisinin belirlediğinden söz edilemeyeceğinden, yasal sınırlamaları aşan çalışmalar için fazla çalışma ücreti talep hakkı doğar.

O halde üst düzey yönetici bakımından şirketin yöneticisi veya yönetim kurulu üyesi tarafından fazla çalışma yapması yönünde bir talimatın verilip verilmediğinin de araştırılması gerekir.

İşyerinde yüksek ücret alarak görev yapan üst düzey yöneticiye işveren tarafından fazla çalışma yapması yönünde açık bir talimat verilmemişse, görevinin gereği gibi yerine getirilmesi noktasında kendisinin belirlediği çalışma saatleri sebebiyle fazla çalışma ücreti talep edemeyeceği kabul edilmelidir.

Satış temsilcilerinin fazla çalışma yapıp yapmadıkları hususu, günlük faaliyet planları ile iş çizelgeleri de dikkate alınarak belirlenmelidir.

Genelde belli hedeflerin gerçekleşmesine bağlı olarak prim karşılığı çalışan bu işçiler yönünden prim ödemelerinin fazla çalışmayı karşılayıp karşılamadığı araştırılmalıdır.

İşçiye ödenen satış priminin fazla çalışmaların karşılığında ödenmesi gereken ücretleri tam olarak karşılamaması halinde aradaki farkın işçiye ödenmesi gerekir.

İş sözleşmelerinde fazla çalışma ücretinin aylık ücrete dahil olduğu yönünde kurallara sınırlı olarak değer verilmelidir.

Dairemiz, yıllık ikiyüzyetmiş saatle sınırlı olarak söz konusu hükümlerin geçerli olduğunu kabul etmektedir.

Günlük çalışma süresinin onbir saati aşamayacağı Kanunda emredici şekilde düzenlendiğine göre, bu süreyi aşan çalışmaların denkleştirmeye tabi tutulamayacağı, zamlı ücret ödemesi veya serbest zaman kullanımının söz konusu olacağı kabul edilmelidir.

Yine işçilerin gece çalışmaları günde yedibuçuk saati geçemez (İş Kanunu, Md. 69/3). Bu durum günlük çalışmanın, dolayısıyla fazla çalışmanın sınırını oluşturur.

Gece çalışmaları yönünden, haftalık kırkbeş saat olan yasal çalışma sınırı aşılmamış olsa da günde yedibuçuk saati aşan çalışmalar için fazla çalışma ücreti ödenmelidir. Dairemizin kararları da bu yöndedir (Yargıtay 9.HD. 23.6.2009 gün 2007/40862 E, 2009/17766 K).

Fazla çalışma yönünden diğer bir yasal sınırlama da, İş Kanununun 41 inci maddesindeki, fazla çalışma süresinin toplamının bir yılda ikiyüzyetmiş saatten fazla olamayacağı şeklindeki hükümdür.

Ancak bu sınırlamaya rağmen işçinin daha fazla çalıştırılması halinde, bu çalışmalarının karşılığı olan fazla mesai ücretinin de ödenmesi gerektiği açıktır. Yasadaki sınırlama esasen işçiyi korumaya yöneliktir (Yargıtay 9.HD. 18.11.2008 gün 2007/32717 E, 2008/31210 K.).

Fazla çalışmanın belirlenmesinde, 4857 sayılı Yasanın 68 inci maddesi uyarınca ara dinlenme sürelerinin de dikkate alınması gerekir.

Fazla çalışmaların uzun bir süre için hesaplanması ve miktarın yüksek çıkması halinde Yargıtay'ca son yıllarda hakkaniyet indirimi yapılması gerektiği istikrarlı uygulama halini almıştır (Yargıtay 9.HD. 11.2.2010 gün 2008/17722 E, 2010/3192 K; Yargıtay, 9.HD. 18.7.2008 gün 2007/25857 E, 2008/20636 K.). Ancak fazla çalışmanın tanık anlatımları yerine yazılı belgelere ve işveren kayıtlarına dayanması durumunda böyle bir indirimle gidilmemektedir.

Dairemiz önceki kararlarında fazla çalışma ücretlerinden yapılan indirim, kabul edilen fazla çalışma süresinden indirim olmakla, davalı tarafın kendisini avukatla temsil ettirmesi durumunda reddedilen kısım için davalı yararına avukatlık ücretine hükmedilmesi gerektiği kabul edilmekteydi (Yargıtay 9.HD. 11.02.2010 gün 2008/17722 E, 2010/3192 K.). Ancak, işçinin davasını açtığı veya ıslah yoluyla dava konusu arttırdığı aşamada, mahkemece ne miktarda indirim yapılacağı işçi tarafından bilinemeyeceğinden, Dairemizce 2011 yılı itibarıyla maktu ve nispi vekâlet ücretlerinin yüksek oluşu da dikkate alınarak konunun yeniden ve etraflıca değerlendirilmesine gidilmiş, bu tür indirimden kaynaklanan ret sebebiyle davalı yararına avukatlık ücretine karar verilmesinin adaletsizliğe yol açtığı sonucuna varılmıştır. Özellikle seri davalarda indirim sebebiyle kısmen reddine karar verilen az bir miktar için dahi her bir dosyada zaman zaman işçinin alacak miktarını da aşan maktu avukatlık ücretleri ödenmesi durumu ortaya çıkmaktadır. Yine daha önceki kararlarımızda, yukarıda değinildiği üzere fazla çalışma alacağından yapılan indirim sebebiyle ret vekâlet ücretine hükmedilmekle birlikte, Borçlar Kanununun 161/son, 325/son, 43 ve 44 üncü maddelerine göre, yine 5953 sayılı Yasada öngörülen yüzde beş fazla ödemelerden yapılan indirim sebebiyle reddine karar verilen miktar için avukatlık ücretine hükmedilmemektedir. Bu durum uygulamada hakkaniyete aykırı sonuçlara neden olduğundan ve konuyla ilgili olarak Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinde de herhangi bir kurala yer verilmediğinden, Dairemizce eski görüşümüzden dönülmüş ve fazla çalışma alacağından yapılan indirim nedeniyle reddine karar verilen miktar bakımından, kendisini vekille temsil ettiren davalı yararına avukatlık ücretine hükmedilemeyeceği kabul edilmiştir.

Somut olayda; davacı işçi radyoloji bölümünde çalıştığından TİS 45/2.maddesi gereğince günde 5 saat çalışması ve yılda 28 gün şua izni kullanması gerektiği halde daha fazla çalıştırıldığını ve şua izni kullanılmadığından fazla çalışma ve şua izni isteklerinde bulunmuştur.

Davalı işveren, davacının röntgen film dağıtım ünitesinde çalıştığını, bu yerin çekim ünitelerinin bulunduğu bölümün tamamen dışında olduğunu bu nedenle TİS 54/2. maddesinden yararlanamayacağını savunmuştur.

Mahkemece; TİS nin 45/2. maddesinde " yerlerle" ifadesinin bulunduğu, böyle olunca bu maddenin tüm bölüm çalışanlarını kapsadığı gerekçesiyle istek gibi hüküm kurulmuştur.

TİS nin 45/2. maddesinde: "röntgen mahalli olarak tecrit edilen yerlerle, radyasyon, radyoterapi ve santral hizmetlerinde günlük çalışma süresi 5 saattir" hükmüne yer verilmiştir.

Davacının yıllık izin belgelerinde; personel, işçi, bekçi, hizmetli olarak görev yaptığı yazılıdır. Mesai takip çizelgelerinde bölümü: görüntüleme merkezi olarak gözükmektedir. Davacının çalıştığı hastanenin radyoloji Klinik Şefinin yazısına göre: film dağıtım işini yaptığı, haftada 45 saat çalıştığı, film dağıtım ünitesinin çekim odalarının bulunduğu bölümün tamamen dışında olduğu belirtilmiştir. Dosyada bunun dışında davacının yaptığı işi gösteren delil bulunmamaktadır.

Böyle olunca davacının çekilen röntgen filmlerini dağıtım işinde çalıştığı kesin olarak anlaşılmaktadır. TİS nin 45/2. maddesinden yaralanabilmesi için davacının röntgen mahalli olarak tecrit edilen yerlerde ve ayrıca radyum ve radyoterapi hizmetlerinde çalışması gerekmektedir. Böyle olunca çekilen filmleri dağıtım işinin radyum ve radyoterapi işi olup olmadığının ve ayrıca davacının röntgen mahalli olarak tecrit edilen yerde çalışıp çalışmadığının tespiti gerekmektedir.

TİS in 45/2. maddesinde yer alan bu husular uzman bilirkişi aracılığıyla tespit edilmeden, avukat ve konunun uzmanı olmayan bilirkişinin TİS 45/2. madde de yerlerde değil yerlerle ifadesine yer verildiğinden şeklinde ve maddenin amacına uygun olmayan yorumuna itibar edilerek eksik inceleme ve araştırma ile davanın kabulüne karar verilmesi hatalıdır.

F) Sonuç:

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, 07.05.2012 gününde oybirliğiyle karar verildi.