

İŞ HUKUKUNDA ŞUA İZİN ALACAĞI ÜZERİNE YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA GENEL BİR DEĞERLENDİRME

A GENERAL CONSIDERATION ABOUT DEMAND TO RAY VACATION WITHIN THE SCOPE OF THE SUPREME COURT DECISIONS, IN THE LABOR LAW

Samet Can OLGAÇ*

Özet: İnceleme konumuzda, dayanağını 3153 sayılı “Radyoloji, Radyom ve Elektrikle Tedavi ve Diğer Fizyoterapi Müesseseleri Hakkında Kanun” ve bu Kanunun uygulanmasını içeren “Radyoloji, Radyom ve Elektrikle Tedavi Müesseseleri Hakkında Nizamname” hükümlerinden alan şua izin hakkının şartları ve bu çerçevede konuyla ilgili olarak uygulamada yaşanan bazı sorunlar üzerinde açıklamalarda bulunulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Şua, izin alacağı, şua izin hakkı, radyolojik ışınlara maruz kalma

Abstract: In our article, conditions of demand for ray vacation based on ‘Law on Radiology, Radium, Electrical Cure and other Physiotherapical Treatments’ no 3153 and ‘The Regulation on Radiology, Radium and Electrical Cures’ are examined. In this respect, the problems seen in the practice concerning this issue are analyzed.

Keywords: Ray, demand vacation, demand to ray vacation, exposure to radiological rays

I- ŞUA İZİN ALACAĞININ TANIMI VE HUKUKÎ DAYANAKLARI

Şua izni, hastaların genel anlamda yatarak tedavi edildiği bir sağlık kuruluşunun radyolojik ışınlarla bağlı birimlerinde, bu ışınlarla maruz kalarak çalışan personeline, yıllık ücretli izni dışında dört hafta daha ek çalışma izni verilmesine denilmektedir. Başka bir deyişle, sağlık izni olarak tanımlanacak şua izni; sağlık kuruluşlarının radyolojik ışınlarla maruz kalınan veya maruz kalma riski yüksek olan

* Avukat, Ankara Barosu, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yüksek Lisans Öğrencisi.

bölümlerinde çalışan sağlık personeline, sağlık hakkını dikkate alarak yıllık izin hakkına ek olarak dört hafta tatil hakkı veren izindir. Bu iznin kullandırılmaması veya bir şekilde kullanılmaması durumunda çalışan sağlık personeline ödenecek ücrete ise şua izin alacağı denilmektedir.

Şua izin hakkının yasal dayanağı 19.04.1937 tarih ve 3153 sayılı “Radyoloji, Radyom ve Elektrikle Tedavi ve Diğer Fizyoterapi Müesseseleri Hakkında Kanun”¹ ve bu Kanunun uygulanmasını içeren “Radyoloji, Radyom ve Elektrikle Tedavi Müesseseleri Hakkında Nizamname”² hükümleridir.

Anılan Nizamnamenin 21. maddesine göre “Röntgen ve radyom ile daimi olarak günde beş saatten fazla çalışılmaz. Röntgen muayenehanelerinde pazardan maada ayrıca bir gün daha öğleden sonra tatil yapılmalıdır”. Bu maddeyle radyolojik ışınlara maruz kalan sağlık personelinin günlük azami çalışma süresi ve yarım günlük ek tatil hakkı düzenlenmiştir.

İyonlaştırıcı radyasyonla yapılan tedavilerde çalışanlar bakımından ise özel bir düzenleme yapılmıştır. 30.01.2010 tarih ve 27478 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren, 5947 sayılı Üniversite ve Sağlık Personelinin Tam Gün Çalışmasına ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 9. maddesiyle, 3153 sayılı Kanuna eklenen, ek 1. madde hükmünde “İyonlaştırıcı radyasyonla teşhis, tedavi veya araştırmanın yapıldığı yerler ile bu iş veya işlemlerde çalışan personelin haftalık çalışma süresi 35 saattir” şeklinde düzenleme yapılmıştır. Buna göre; 30.01.2010 tarihinden önceki şua izin hakkı bakımından haftalık 25 saatlik çalışma süresine ilişkin hüküm, bu tarihten itibaren ise haftalık 35 saatlik çalışmaya ilişkin hüküm uygulanacaktır.³

Nitekim Yargıtay bir kararında “Somut olayda davacı işçi, davalı işyerinde radyoloji teknikeri olarak çalışmaktadır.

3153 sayılı Kanuna 5947 sayılı Kanunla 30.01.2010 tarihinde yapılan değişiklikle getirilen ek 1. madde “İyonlaştırıcı radyasyonla teşhis, tedavi veya araştırmanın yapıldığı yerler ile bu iş veya işlemlerde çalışan personelin haftalık çalışma süresi 35 saattir” hükmünü içermektedir.

¹ 19.04.1937, R.G. Tarihi: 28.04.1937, R.G. No: 3591

² Tarih: 6.5.1939; Sayı: 4201

³ Danıştay 5. Daire, Esas No: 2013/1504, Karar No: 2014/2214, Karar Tarihi: 19.03.2014.

Davaya konu olayda davacının talep ettiği fazla çalışma alacağı tanık beyanları doğrultusunda hesaplanan bilirkişi raporuna göre hüküm altına alınmıştır.

Somut olayda hükme esas alınan bilirkişi raporunda, fazla mesai alacağı hesaplanırken 3153 sayılı Kanuna 5947 sayılı Kanunla 30.01.2010 tarihinde yapılan değişiklikle getirilen ek 1. madde dikkate alınmaksızın, yukarıda anılan nizamnamenin 21. maddesine göre hesaplama yapıldığı anlaşılmaktadır. Söz konusu Kanun yürürlüğe girmeden önceki çalışma dönemi için günlük beş saati aşan çalışmalar için, anılan Kanunun yürürlüğe girmesinden sonraki dönem için ise Kanunun ek 1. maddesi uyarınca haftalık otuzbeş saati aşan çalışmalar fazla mesai alacağı hesaplanması gerekmektedir. Davacının nöbet tuttuğu günlerde günlük ondört saat çalışma yaptığı kabul edilerek ve nöbet sonrası izin kullanıp kullanmadığı açıklığa kavuşturulduktan sonra yukarıda anlatılan esaslara göre hesaplama yapılmalıdır. Eksik inceleme ve yanılığlı değerlendirme ile karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir” denilmiştir.⁴

Gerek kanuni düzenleme gerek Yargıtay uygulaması dikkate alındığında, 30.01.2010 tarihinden önceki izin hakları bakımından haftalık 25 saatlik çalışma süresine ilişkin hüküm, bu tarihten itibaren ise haftalık 35 saatlik çalışmaya ilişkin hüküm uygulanacaktır. Hükümde belirtilen süreler dikkate alınmadan, bu sınırlamayı aşan çalışma yapılması/yaptırılması halinde, fazla çalışmaya ilişkin hükümler uygulanacaktır. Yani kanun koyucu burada, radyolojik ışınlarla maruz kalarak çalışan sağlık personeli bakımından çalışma süresi konusunda İş Kanunu madde 63'e istisnai bir düzenleme getirmiş ve belirtilen saatten fazla sürelerde çalışma yapılması halinde fazla çalışmaya ilişkin hükümlerin uygulanacağını belirtmiştir.

Yine anılan Nizamnamenin 22. maddesinde “Hastahanelerde, röntgen ve radyom ile tam müddetle (günde 5 saat) çalışan kimseler, hastahanenin başka işlerinde kullanılamaz. Bunlara gece uykularını ihlal edecek iş verilmemelidir” denilerek günde en fazla beş saat çalışacak olan sağlık personelinin bu azami saat dışında başka işte çalıştırılmayacağı ve aynı işle ilgili olsa bile geceleri, uykularını tam olarak almalarını engelleyecek herhangi bir iş verilemeyeceği düzenlenmiştir.

⁴ Yargıtay 22. Hukuk Daire, Esas No: 2012/16684, Karar No: 2013/5360, Karar Tarihi: 14.03.2013 (Yayınlanmamıştır)

Aynı Nizamnamenin 24. maddesinde ise *“Bu gibi müesseselerde, her röntgen mütehasssının veya röntgen ve radyom ile iştigal eden kimsenin sene- de dört hafta muntazaman devamlı tatil yapması mecburidir”* denilerek, bu gibi müesseselerde çalışan sağlık personelinin yıllık ücretli izin süresi dışında ayrıca dört haftalık ek tatil hakkı olduğu belirtilmiştir.

657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 103. maddesinde şua izin- lerine ilişkin olarak özel bir düzenleme getirilmiştir. Buna göre *“Yıllık izinler, amirin uygun bulacağı zamanlarda, toptan veya ihtiyaca göre kısım kısım kullanılabilir. Birbirini izliyen iki yılın izni bir arada verilebilir. Cari yıl ile bir önceki yıl hariç, önceki yıllara ait kullanılmayan izin hakları düşer.*

Öğretmenler yaz tatili ile dinlenme tatillerinde izinli sayılırlar. Bunlara, hastalık ve diğer mazeret izinleri dışında, ayrıca yıllık izin verilmez.

Hizmetleri sırasında radyoaktif ışınlarla çalışan personele, her yıl yıllık izinlerine ilaveten bir aylık sağlık izni verilir”.

Maddede, devlet memurları açısından özel bir düzenleme getiril- miştir. Buna göre radyolojik ışınlarla maruz kalınan bir bölümde çalı- şan ve devlet memuru olan sağlık personeli, her yıl, yıllık izinlerine ek olarak bir ay sağlık izni, yani 3153 sayılı Kanunda belirtildiği şekilde şua izni kullanacaktır.

Bu açıklamalarımızı ayrıntılı bir şekilde inceleyecek olursak;

II- ŞUA İZİN HAKKI VE ALACAĞININ ŞARTLARI

a) Hastanelerde çalışma söz konusu olmalıdır.

Adı geçen Nizamnamenin 22. maddesinde *“Hastahanelerde, röntgen ve radyom ile tam müddetle (günde 5 saat) çalışan kimseler...”* denilerek, şua izin hakkından yararlanabilmek için öncelikle hastane gibi bir sağlık kuruluşunda iş sözleşmesine veya kamusal ilişkiye dayalı olarak çalış- manın gerekliliği belirtilmiştir.

Hastane, kelime anlamıyla hastaların yatırılarak tedavi edildiği yer anlamına gelmektedir.⁵ Buradan hareketle, sadece adı hastane olan kurumların değil, Kanun kapsamında hastaların tedavisi amacıyla

⁵ Mehmet Doğan, Büyük Türkçe Sözlüğü, Vadi Yay. 2001(15.Baskı) s.536

radyolojik ışınlarla bağlı çalışmanın söz konusu olduğu bütün sağlık birimlerinde çalışan personel bu haktan yararlanabilecektir.

Kanunda hastane konusunda hiçbir şekilde ayırım gözetilmediğinden özel hastanede ve kamu hastanelerinde çalışan ve maddedeki nitelikleri haiz bütün sağlık çalışanları bu haktan yararlanabilecektir. Buradaki ayırım sadece uygulama maddelerinde kendisini gösterecektir. Kamu hastanelerinde çalışan sağlık personeli devlet memuru statüsünde çalıştığından 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu madde 103 çerçevesinde bu haktan yararlanacaktır. Özel hastane veya özel sağlık birimlerinde çalışan sağlık personeli ise 3153 sayılı Kanun ve bu Kanunun uygulanmasını içeren Nizamnamenin 22. maddesi çerçevesinde şua izin hakkından yararlanabilecektir. Yani özetle, şua vasıtasıyla teşhis veya hem teşhis ve hem tedavi yahut radyom veya radyom emanasyonu yahut radyom mürekkebatı ile veya her türlü elektrik aletleri ile tedavi yapılan kuruluşların tamamında çalışan sağlık personeli bu haktan yararlanabilecektir.

Nitekim Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin bir onama kararına konu olayda "Mahkemece, toplanan deliller ve bilirkişi raporuna göre davacının 06.03.2008 tarihli belirli süreli iş sözleşmesi hükümlerine göre davalı şirkete ait hastane işyerinde 06.03.2008-06.03.2009 tarihleri arasında (bu tarihler dâhil) nükleer tıp uzmanı ve röntgen teknisyeni olarak çalıştığı, iş sözleşmesinin 06.03.2009 tarihi itibariyle mesai saati sonunda davalı işverenlikçe sona erdirildiği bunlara göre davacının davalı şirket işyerindeki hizmet süresinin 06.03.2008-06.03.2009 tarihleri arasında (bu tarihler dâhil) 1 yıl 1 gün olduğundan kıdem tazminatı talebinin sübuta erdiği, davacının nükleer tıp uzmanı ve röntgen teknisyeni olarak çalıştığı, 3153 Sayılı Radyoloji, Radyom ve Elektrikle Tedavi ve Diğer Fizyoterapi Müesseseleri Hakkındaki Kanunun münhasıran röntgen şua vasıtasıyla teşhis veya hem teşhis ve hem tedavi yahut *radyom veya radyom emanasyonu yahut radyom mürekkebatı ile veya her türlü elektrik aletleri ile tedavi yapacak kuruluşları kapsadığı, bu kuruluşlarda çalıştırılanlar açısından, kamu veya özel işletme ayrımı yapılmadığı, Kanunun 3. maddesine dayanılarak çıkarılan "Rödyoloji, Radyom ve Elektrikle Tedavi Müesseseleri hakkındaki Tüzük"*te de kapsama giren tüm kamu ve özel işyerleri için düzenlemeler getirildiği, bu nedenle davacının Tüzüğün 24. maddesindeki 4 haftalık izin hakkından yararlandırılması gerektiği, gerekçesi ile kıdem tazminatı ve şua izni

taleplerinin kabulüne ve sübut bulmadığı gerekçesi ile fazla mesai ücreti talebinin reddine karar verilmiştir” denilmiştir.⁶

b) Hastanelerde röntgen ve radyom ile çalışma söz konusu olmalıdır.

Sağlık kuruluşlarında çalışan her sağlık personeli değil, sağlık kuruluşunun sadece röntgen ve radyom ile çalışan birimde çalışan ve aktif olarak bu ışınlarla maruz kalan sağlık personeli bu haktan yararlanabilecektir.

16.07.1999 tarih ve 99/13116 sayılı Kararname ekinde 12. maddede “Röntgen, radyum ve benzeri işlerde çalışan ve *fiilen şua*ya maruz kalan işçilere yılda 30 gün şua izni verilir” hükmü yer almaktadır.

Nitekim Danıştay 12. Dairenin bir kararında “Bu durumda röntgenle ortalama günde 3 adet diş filmi çekerek çalışan ve bu nedenle sağlık izni verilmesini gerektirecek oranda radyoaktif ışınlarla maruz kalmayan ve ayrıca iyonizan ışınlarla çalıştığı anlaşılan davacıya, 657 sayılı Yasanın 103. maddesine göre yıllık iznine ilaveten bir aylık sağlık izni verilmemesinde hukuka aykırılık bulunmayıp, bu yoldaki işlemin iptaline ilişkin İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir” denilmiştir.⁷

Danıştay’ın bu kararından da anlaşılacağı üzere; sadece sağlık kuruluşunun radyolojik ışınlarla bağlantılı bölümünde çalışmak, şua izni kullanma hakkını elde etmek bakımından yeterli değildir. Sağlık çalışanının radyolojik ışınlarla maruz kalması gereklidir. Bu nedenle uygulamada, keşif yapılarak çalışan işçinin radyolojik ışınlarla maruz kalma riskinin bulunup bulunmadığı tespit edilmeye çalışılmaktadır.

⁶ Y. 9. HD. Esas No: 2011/5954, Karar No: 2013/11484, Karar Tarihi: 09.04.2013 (Yayınlanmamıştır)

⁷ Danıştay 12. Dairesi, Esas No: 1995/4317, Karar No: 1996/3220, Karar Tarihi: 15.10.1996. Danıştay 5.Dairesi Esas No: 1993/4219, Karar No: 1993/4014, Karar Tarihi: 27.10.1993. Danıştay’ın bu kararında “Bu durumda, röntgenle daimi olarak günde beş saat çalışmayan ve bilirkişi raporunda belirtildiği üzere kendisine sağlık izni verilmesini gerektirecek biçimde radyoaktif ışınlarla maruz kalmayan davacıya, 657 sayılı Yasanın 103. maddesine göre yıllık iznine ilaveten bir aylık sağlık izni verilmemesinde hukuka aykırılık bulunmayıp, bu yoldaki işlemin iptaline ilişkin İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet görülmemiştir” denilmektedir.

Bu çerçevede kanaatimizce; sağlık kuruluşlarında, sadece teknikerler tarafından yapılan çekimler üzerinde bilgisayar başında inceleme yapan ve bu nedenle de aktif bir şekilde radyolojik ışınlara maruz kalma riski bulunmayan sağlık personeli şua izninden yararlanamayacaktır. Aynı şekilde ileri teknolojik gelişmeler neticesinde her türlü olumsuz ışınlara karşı gerekli koruma önlemlerini alan sağlık kuruluşlarında da radyolojik ışınlara maruz kalma söz konusu olmayacağından şua izin hakkından yararlanma mümkün olmayacaktır.

Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin bir kararında “Somut olayda; Mahkemece, davacının çalıştığı süre içerisinde yapmış olduğu hizmetleri sırasında bulunduğu ortamda radyasyona maruz kalmayacağına tespit edilmesi sebebiyle davacının şua iznine hak kazanamayacağı kanaatine varılmış ve şua izninin reddine karar verilmiş ancak davacının fazla çalışma yaptığı sonucuna varılarak fazla mesai alacağı hüküm altına alınmıştır. 3153 sayılı Kanununun 6. maddesi uyarınca röntgen cihazlarının çalıştırılması radyoloji uzmanları veya onların nezareti altındaki personel tarafından yapılabilir. Buna göre radyoloji uzmanı doktor veya röntgen teknisyenliği konusunda mesleki eğitimi ve diploması olmayan şahısların radyasyon riski olan işlerde çalıştırılması mümkün değildir. Mahkemece yapılan keşif sırasında davacının görev yaptığı yerler olarak gösterdiği alanların röntgen cihazlarının kurulu olduğu ve radyasyon güvenliği yönetmeliğinde “denetimli alanlar” olarak tanımlanan radyasyona maruz kalma riski taşıyan yerler içerisinde olmadığı bilirkişi raporu ile tespit edilmiştir. Yine aynı keşifte adı geçen hastanede bulunan röntgen cihazlarının Kanun ve yönetmeliklere uygun olarak kurulmuş olduğu, radyasyon güvenliği yönetmeliğine uygun olarak korunma tedbirlerinin alınmış olduğu, TAEK tarafından incelendiği ve radyasyon güvenliği lisansı verildiği tespit edilmiştir. Bu sebeple, röntgen servisinde çalışmak veya çalışırken röntgen cihazlarının “yakınında bulunmak” suretiyle radyasyonun zararlı etkilerine maruz kalmanın mümkün olmadığı da belirtilmiş ve davacının herhangi bir şekilde zararlı radyasyona maruz kaldığı veya bu nedenle sağlığının etkilendiğine dair delil bulunmadığı sonucuna varılmıştır. Dosyada davalı iş yerinde yetkili bulunan *radyoloji uzmanı doktorun yazısında, davacının çalışmaları sırasında aktif radyasyon alanı dışında, sekreterlik ve filmleri hastalara verme göreviyle çalıştığı* belirtilmiştir. Davacı

bu göreve rağmen haksız uygulamalarla röntgen filmi çekimi işi yaptırıldığı iddiasını ispatlayacak delil dosyaya sunmamıştır. Davacının çalışma saatleri değerlendirildiğinde 08:00-16:00 saatleri arası haftanın beş günü çalıştığı, bir saat ara dinlenme kullandığı zaman davacının fazla çalışma yapmadığı tespit edilmiştir. Mahkemece davacının şua iznine ilişkin alacağı, yapmış olduğu hizmetleri sırasında bulunduğu ortamda radyasyona maruz kalmayacağını tespit edilmesi nedeniyle hak kazanamayacağı kabul edilmişken fazla çalışma alacağının röntgen ve radyom ile daimi olduğu varsayılarak günde beş saatten fazla çalışmalarının fazla çalışma sayılması çelişki oluşturmuştur. Hal böyle olunca davacının, fazla çalışma yapmadığı anlaşıldığından fazla mesai ücretine ilişkin talebinin reddi yerine kabulü hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.” denilmiştir.⁸

Fiili hizmet zammını düzenleyen 5510 sayılı Kanununun 40. maddesinde “Çalışmanın fiili hizmet süresi zammı kapsamında değerlendirilebilmesi için, tablonun (13) ve (14) numaralı sıralarında belirtilen sigortalılar hariç sigortalının kapsamındaki işyerleri ile birlikte belirtilen işlerde fiilen çalışması ve söz konusu işlerin risklerine maruz kalması şarttır” denilmiştir. Fiili hizmet zammından sadece röntgen, radyum ve benzeri iyonizan radyasyon laboratuvarlarında fiilen çalışanların yararlanacakları kabul edilmiştir. Bu nedenle, sadece bilgisayar üzerinden yorumlama yapan hekim, herhangi bir riske maruz kalmadığından fiili hizmet zammından yararlanamayacaktır.

c) Çalışma en az bir yıl sürmelidir.

Nizamnamenin 24. maddesinde “..kimsenin senede dört hafta muntazaman devamlı tatil yapması mecburidir” denilerek şua izin hakkının doğması için en az bir yıllık çalışmanın gerektiği vurgulanmıştır. Bu nedenle bir yıldan daha kısa süre çalışan sağlık personeli bu haktan yararlanamayacaktır. Şua izninin kazanılması en az bir yıllık çalışmaya bağlı olduğundan belirtilen bu süreden az çalışanlar orantılı olarak dahi bu haktan yararlanamayacaktır.

⁸ Y. 22. HD. Esas No: 2013/6451, Karar No: 2014/5011, Karar Tarihi: 06.03.2014 (Yayınlanmamıştır)

d) Şua izni, kısım kısım değil devamlı bir şekilde kullandırılmalıdır.

Nizamnamenin 24. maddesinde “...senede dört hafta muntazaman devamlı tatil yapması mecburidir” denilerek senede dört hafta kullanılacak olan şua izninin muntazam bir şekilde devamlı olarak kullandırılması gerektiği belirtilmiştir. Ayrıca bu izin, bağlı olduğu sene içerisinde kullandırılmalıdır. Başka bir yıla aktarılamaz.

III- ŞUA İZİN ALACAĞININ DOĞMASI

Yukarıda da belirttiğimiz gibi; şua izni, hastaların genel anlamda yatarak tedavi edildiği sağlık kuruluşlarının radyolojik ışınlarla bağlı çalışan birimlerinde, bu ışınlarla maruz kalan sağlık personeline, yıllık ücretli izni dışında dört hafta daha ek çalışma izni verilmesine ilişkin olup, bu iznin kullandırılmaması veya bir şekilde kullanılmaması durumunda çalışan sağlık personeline şua izin alacağı denilen ücret ödenecektir.

Nizamnamenin 24. maddesinde hastanelerde, röntgen ve radyom ile tam müddetle çalışılan birimlerde “...her röntgen mütehasssınının veya röntgen ve radyom ile iştiğal eden kimsenin senede dört hafta muntazaman devamlı tatil yapması mecburidir” denilerek bu gibi müesseselerde çalışan sağlık personelinin yıllık ücretli izin süresi dışında ayrıca dört haftalık ek tatil hakkı olduğu belirtilmiştir.

657 sayılı Devlet Memurları Kanununun 103. maddesinde ise “Hizmetleri sırasında radyoaktif ışınlarla çalışan personele, her yıl yıllık izinlerine ilaöeten bir aylık sağlık izni verilir” denilerek radyolojik ışınlarla maruz kalan bölümlerde çalışan sağlık personelinin, her yıl, yıllık izinlerine ek olarak bir ay sağlık izni kullanacağı belirtilmiştir.

Her iki düzenleme ile amaçlanan, zararlı ışınlarla maruz kalarak veya kalma riski yüksek birimlerde çalışarak kendi sağlıklarını hiçe sayarcasına sağlık hizmeti veren sağlık personelinin, kendi sağlığının korunması amacıyla günlük en fazla beş saat çalıştırılması ve yıllık izinlerine ek olarak dört hafta(devlet memurları açısından bir ay) şua(sağlık) izni kullanması gerektiğidir. Bu iznin kullandırılmaması halinde, belirlenen döneme ilişkin ücreti tutarında personele ödeme yapılmalıdır. Diğer bir deyişle, izin kullanması gereken sürede izin

kullandırılmadan çalışmaya devam eden personele, çalışma karşılığı olmaksızın alması gereken ücret yanında, ait olduğu dönem ücretiyle hesaplanan çalışılan süre ücretinin de ödenmesi gerekir.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin bir kararında “Taraflar arasındaki uyuşmazlık, davacının şua izin alacağına hak kazanıp kazanmadığı noktasında toplanmaktadır.

Dosyadaki bilgi ve belgelerden *davacının üroloji uzmanı olarak çalıştığı*, davalı kurum tarafından 2005 yılından sonra şua izinlerinin kullandırıldığı, önceki çalışmalar için şua izni kullandırılmadığı anlaşılmaktadır. 3153 sayılı Nizamnamenin 21 ve 22. maddesinde röntgen ve radyom ile çalışanların günlük azami çalışma süresi günlük 5 saat olarak belirlenmiştir. İşçinin çalışmasının yasaklandığı dönemde çalışma karşılığı olmaksızın ücret hakkı bulunmaktadır. Aynı dönemde işçinin çalıştırılması halinde, işverence işçinin zararının da karşılanması gerekir. Sözü edilen çalıştırma yasağı, yıllık izin olarak değerlendirilemeyeceğinden iş sözleşmesinin sona ermesi üzerine son ücretten izin ücreti olarak talep mümkün olmasa da, işçinin çalıştırılmasının yasaklandığı dönemde çalışması halinde işçinin zararının tazmin edilmesi gerekir.

Mahkemece davacının son ücreti üzerinden yapılan hesaba göre alacaklar hüküm altına alınmıştır.

Ancak şua izni fazla çalışma benzeri alacak olduğundan ve İş Kanununun da açıkça düzenlenmediğinden, işçinin sözü edilen zaman dilimi içinde çalıştırılması halinde çalışma karşılığı olmaksızın alması gereken ücret yanında, ait olduğu dönem ücretiyle hesaplanan çalışılan süre ücreti kadar tazminatın ödenmesi gerekir. Mahkemece çalışılan dönem ücretine göre yeniden hesaplama yapılarak sonuca gidilmelidir.

Şua izin alacağı yukarıda da belirtildiği üzere fazla çalışma benzeri çalışma karşılığı olduğundan zamanaşımı da fesihten itibaren değil, şua iznine hak kazanma tarihinden itibaren dikkate alınmalıdır. Davalının zamanaşımı itirazı değerlendirilemediğinden karar bu yönden de hatalıdır.” denilmiştir.⁹

⁹ Y. 9. HD. Esas No: 2009/36989, Karar No: 2012/5590, Karar Tarihi: 23.02.2012 (Yayınlanmamıştır)

IV- ŞUA İZİN ALACAĞININ TESPİTİNDE İSPAT USULÜ

Şua izin alacağı bakımından ilk önce bakılması gereken husus, davacının şua hakkına sahip olup olmadığıdır. Bunun için ise sağlık personelinin üzerine takılan bir cihaz yoluyla ışınlar maruz kalıp kalmadığı veya ne oranda maruz kaldığı tespit edilebilmektedir. Bu cihazın olmaması durumunda veya çok açık bir durum söz konusu değilse keşif yapılarak çalışanın radyasyona maruz kalıp kalmadığı konusunda inceleme yapılması gerekecektir.

Nitekim Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin bir kararında “Davacı işverene verdiği 29.03.2003 günlü dilekçesinde MR teknisyeni olduğunu belirterek radyasyon izni talebinde bulunmuştur. Belge ve ifadelerden de Radyoloji bölümünde fiilen MR teknisyeni olarak çalıştığı anlaşılmaktadır. Dosyada Türkiye Atom Enerjisi Kurumunun başka bir hastaneye yazdığı, manyetik rezonans cihazıyla çalışan personelin radyasyon görevlisi olarak kabul edilemeyeceğine ilişkin yazı mevcuttur. Böyle olunca MR cihazının radyasyon yayıp yaymadığı ve 3153 sayılı Nizamnamenin kapsamında olup olmadığı konusunda tereddüt oluşmuştur. Böyle olunca davacının çalıştığı yerde bu konuda uzman bilirkişi heyetince keşif yapılarak davacının çalıştığı makine ve yerin anılan ve günde beş saat çalışmayı gerektiren nitelikte bir yer olup olmadığı belirmeden avukat bilirkişi beyanı ile 3153 sayılı Tüzük kapsamında olduğunun eksik araştırma ile kabul edilmesi hatalıdır. Mahkemece bozma ilamının 2 nolu bendi gereğinin yerine getirilmediği anlaşıldığından, bu husus bozmayı gerektirmiştir” denilmektedir.¹⁰

“Ayrıca davacının mesleğine ilişkin, diploma ve sair mesleki yetkinlik belgesinin celp edilmesi, ardından taraf tanıklarının beyanlarına başvurularak, davacının hastanede fiilen yaptığı iş ve işlemler hakkındaki bilgi ve görgüleri ayrıntılı şekilde tespit edilmelidir. Bu araştırma yapıldıktan sonra esasa ilişkin ispat kurallarına başvurulmalıdır”.¹¹

Şua izin alacağı, şua izninin kullandırılmaması halinde işçiye bu süre için ödenmesi gereken ücret olduğundan, şua izninin kullandırıldığını ispat yükü işverene ait olacaktır. Yargıtay uygulamasında,

¹⁰ Y. 22. HD. Esas No: 2013/9782, Karar No: 2013/12165, Karar Tarihi: 24.05.2013 (Yayınlanmamıştır)

¹¹ Y. 22. HD. Esas No: 2012/14065, Karar No: 2013/3350, Karar Tarihi: 19.02.2013 (Yayınlanmamıştır)

şua izin alacağı fazla çalışma benzeri bir alacak kalemi olarak değerlendirildiğinden burada fazla çalışmaya ilişkin 4857 sayılı İş Kanunu hükümlerini incelemek gerekecektir. Fazla çalışma alacağına ispat yükü fazla çalışma yapıldığını iddia eden işçiye düşecektir.¹² Ücret bordrolarına ilişkin kurallar burada da geçerli olup işyeri kayıtları, özellikle işyerine giriş çıkışı gösteren belgeler, işyeri iç yazışmaları delil niteliğindedir. Fazla çalışmanın yazılı belgelerle kanıtlanamaması durumunda tanık beyanları dikkate alınarak sonuca gidilmelidir. İşçinin fiilen yaptığı işin niteliğine göre de çalışmanın fazla çalışma niteliğinde olup olmadığı itinayla araştırılmalıdır.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin başka bir kararında da “Davacının şua izninin 3153 sayılı Kanun ve bu Kanun uyarınca çıkarılan Radyoloji, Radyum ve Elektrikle Tedavi Müesseseleri Hakkında Nizamnamenin 24. maddesi uyarınca senede dört haftadan 84 gün yerine 75 gün üzerinden hesaplanması davacı temyizi olmadığından bozma sebebi yapılmamıştır.

İşçinin meslekte geçirdiği süre, işyerinde çalıştığı tarihler, meslek unvanı ve fiilen yaptığı iş ve taraflar arasında imzalanan 28.05.2008 tarihli iş sözleşmesi de dikkate alınarak ilgili işçi ve işveren kuruluşlarından emsal ücretin ne olabileceği araştırılıp tüm deliller birlikte değerlendirilerek davacının ücretinin tespiti gerekirken eksik inceleme ile karar verilmesi hatalıdır” denilmiştir.¹³

Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin konuya yaklaşımı da aynı yöndedir: “Davaya konu olayda davacının talep ettiği fazla çalışma alacağı tanık beyanları doğrultusunda hesaplanan bilirkişi raporuna göre hüküm altına alınmıştır. Öncelikle belirtmek gerekir ki davalı belediye bir kamu kuruluşu olduğundan tüm işlemlerin kayıt ve belge altına alınması esas alınmıştır. Bu esas göz önünde bulundurularak davacının günlük ve haftalık çalışma saatini belirtir nöbet çizelgeleri, işyeri puantaj kayıtları ve varsa imzalı devam defterleri, ayrıca asıl işveren olan Dicle Üniversitesinin alt işverenin yaptığı işe yönelik olarak yaptığı düzenleme bulunup bulunmadığı araştırılmalı ve varsa belgeleri getirilmeli, hakediş evrakları dosya kapsamına alınmalı, yine dosya-

¹² Uğur Ocak, İşçi Alacakları, Kalkan Yay. Ankara 2013 s.901

¹³ Y. 9. HD. Esas No: 2013/11986, Karar No: 2014/7494, Karar Tarihi: 10.03.2014 (Yayınlanmamıştır)

da mevcut tanık beyanlarına göre davacının üç-dört günde bir nöbet tuttuğu kabul edilerek hesaplama yapılmış ise de davacının nöbetin ertesi günü izin kullanıp kullanmadığı ve kullanıyor ise ne kadar süre izin kullandığı, davacıya çalışma şekline göre şua izini verilip verilmediği araştırılmalı ve tüm deliller birlikte bir değerlendirmeye tabi tutularak davacının fazla çalışma alacağı ile şua izin ücreti alacağı olup olmadığı yönünde bir karar verilmelidir.

Salt davacı tanıklarının beyanlarına göre yapılan hesaplama itibarla hüküm kurulması hatalı olup, bu husus bozmayı gerektirmiştir¹⁴.

Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin başka bir kararında ise "Öncelikle belirtmek gerekir ki davalı işveren bir kamu kuruluşu olduğundan tüm işlemlerin kayıt ve belge altına alınması esas alınmıştır. Bu esas gözönünde bulundurularak davacının günlük ve haftalık çalışma saatini belirtir nöbet çizelgeleri, işyeri puantaj kayıtları ve varsa imzalı devam defterleri, ayrıca asıl işveren olan Dicle Üniversitesinin alt işverenin yaptığı işe yönelik olarak yaptığı düzenleme bulunup bulunmadığı araştırılmalı ve varsa belgeleri getirilmeli, hakediş evrakları dosya kapsamına alınmalı, yine dosyada mevcut şahit beyanlarına göre davacının üç dört günde bir nöbet tuttuğu kabul edilerek hesaplama yapılmış ise de davacının nöbetin ertesi günü izin kullanıp kullanmadığı ve kullanıyor ise ne kadar süre izin kullandığı, davacıya çalışma şekline göre şua izini verilip verilmediği araştırılmalı ve tüm deliller birlikte bir değerlendirmeye tabi tutularak davacının fazla çalışma alacağı ile şua izin ücreti alacağı olup olmadığı yönünde bir karar verilmelidir. Salt davacı tanıklarının beyanlarına göre yapılan hesaplama itibarla hüküm kurulması hatalıdır" denilmiştir.¹⁵

Kanaatimizce, şua izin alacağını ikiye ayırarak analiz etmek gerekecektir. Radyolojik ışınlarla maruz kalarak çalışan işçinin günlük beş saatten fazla çalışması fazla çalışma olarak değerlendirileceğinden bu kapsamdaki ispata ilişkin kurallar çerçevesinde inceleme yapılmalıdır. Buna bağlı olarak ispat yükü işçide olup işçi, yukarıda açıklanan şekilde beş saatten fazla çalıştığını ispatla yükümlü olacaktır. Ancak

¹⁴ Y. 22. HD. Esas No: 2012/16688, Karar No: 2013/5344, Karar Tarihi: 14.03.2013 (Yayınlanmamıştır)

¹⁵ Y. 22. HD. Esas No: 2012/16684, Karar No: 2013/5360, Karar Tarihi: 14.03.2013 (Yayınlanmamıştır)

yılda dört hafta kullanılacak olan şua iznine ilişkin alacak kalemi, fazla çalışma olarak değerlendirilemeyecektir. Çünkü fazla çalışma, işçinin günlük ve haftalık dilimleri halinde dinlenme süresini tespit etmekte dikkate alınan bir husus iken senelik kullanmaya bağlı şua hakkı yıllık ücretli izinle aynı amaca hizmet etmektedir. Kaldı ki bu şekilde çalışan işçinin günlük çalışması fazla çalışma sistemi içerisinde ayrıca düzenlenmiştir. Bu nedenle yıllık kullanmaya bağlı şua izin alacağına, yıllık ücretli izne ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği kanaatindeyiz. Bu çerçevede yıllık şua izinlerinin kullanıldığını işveren ispat emekle yükümlü olacaktır.

V- ŞUA İZİN ALACAĞINDA ZAMANAŞIMI VE FAİZ

Yukarıda da belirttiğimiz gibi Yargıtay uygulamasına göre şua izin alacağı fazla çalışma benzeri bir işçi alacağıdır. Bu nedenle fazla çalışma ücretine ilişkin zamanaşımı süresi uygulanmalıdır. Hem mülga 818 sayılı Borçlar Kanununun 126/3, hem de 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 147/1 ve 4857 sayılı İş Kanununu 32/son maddesine göre işçi ücretlerine, fazla çalışma ücretlerine ilişkin davalar 5 yıllık zamanaşımına tabidir.¹⁶

Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin uygulaması da aynı yödedir: “Şua izin alacağı yukarıda da belirtildiği üzere fazla çalışma benzeri çalışma karşılığı olduğundan zamanaşımı da fesihden itibaren değil, şua iznine hak kazanma tarihinden itibaren dikkate alınmalıdır. Davalının zamanaşımı itirazı değerlendirilemediğinden karar bu yönden de hatalıdır” denilmiştir.¹⁷

Kanaatimizce, şua izin alacağı için zamanaşımı süresi ve faiz türünü burada da ikiye ayırarak analiz etmek gerekecektir:

Radyolojik ışınlarla maruz kalarak çalışan işçinin günlük beş saatten fazla çalışması fazla çalışma olarak değerlendirileceğinden bu kapsamda fazla çalışmaya ilişkin beş yıllık zamanaşımı ve mevduat faizi uygulanacaktır.

¹⁶ Y. 9. HD. Esas No: 2007/13183, Karar No: 2008/5524, Karar Tarihi: 20.03.2008. Mustafa Kılıçoğlu/Kemal Şenocak, İş Kanunu Şerhi Cilt II, İstanbul 2008 s.603

¹⁷ Y. 9. HD. Esas No: 2009/36989, Karar No: 2012/5590, Karar Tarihi: 23.02.2012 (Yayınlanmamıştır)

Yılda dört hafta kullanılacak olan şua iznine ilişkin alacak kalem, yıllık ücretli izne ilişkin hükümlerle amaç ve içerik bakımından benzerlik gösterdiğinden yıllık ücretli izin alacağına ilişkin on yıllık zamanaşımı ve yasal faizin uygulanması gerektiği kanaatindeyiz.

Görüşümüzü destekler nitelikte bir Yargıtay kararına göre “Şua izin alacağına yasal faiz yerine mevduat faizi yürütülmesi hatalıdır”.¹⁸

VI- ŞUA İZİN ALACAĞI BELİRSİZ ALACAK DAVASI OLARAK AÇILABİLİR Mİ?

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu 107. maddeye göre “(1) Davanın açıldığı tarihte alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin kendisinden beklenemeyeceği veya bunun imkânsız olduğu hallerde, alacaklı, hukuki ilişkiyi ve asgari bir miktar ya da değeri belirtmek suretiyle belirsiz alacak davası açabilir.

(2) Karşı tarafın verdiği bilgi veya tahkikat sonucu alacağın miktarı veya değerinin tam ve kesin olarak belirlenebilmesinin mümkün olduğu anda davacı, iddianın genişletilmesi yasağına tabi olmaksızın davanın başında belirtmiş olduğu talebini artırabilir.

(3) Ayrıca, kısmi eda davasının açılabilirdiği hallerde, tespit davası da açılabilir ve bu durumda hukuki yararın var olduğu kabul edilir”.

Madde metninden de açıkça anlaşılacağı gibi davanın açıldığı tarihte dava konusu alacağın miktarı veya değerinin tam ve kesin bir şekilde belirlenmesinin taraftan beklenmesinin imkânsız olduğu durumlarda asgari bir miktar ya da değer belirtilmek suretiyle belirsiz alacak davası açılabilir.¹⁹ Yani belirsiz alacak davası açılabilmesinin temel koşulu alacak miktarının belirli olmaması ve bunun belirli halinin tespitinin davacıdan beklenmemesidir. Ayrıca belirsiz alacak davasının sadece para alacaklarında söz konusu olacağı kabul edilmektedir.²⁰ Kanaatimizce maddedeki “miktar ya da değer” ifadesi

¹⁸ Y. 9. HD. Esas No: 2010/3062, Karar No: 2012/9626, Karar Tarihi: 22.03.2012

¹⁹ Kısmi davadan farkları için bkz. Ejder Yılmaz, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi Yetkin Yay. Ankara 2012 s.745- 746

²⁰ Şahin Çil/Bektaş Kar, İş Yargılamasında Belirsiz Alacak Davası ve Kısmi Dava Yetkin Yay. Ankara 2012 s.17. Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Muhammet Özkes, Medeni Usul Hukuku Yetkin Yay. Ankara 2011 s.303. Mehmet Akif Tutumlu, Hukuk Muhakemeleri Kanununun Yeni ve Değişik Hükümlerinin Yorumu Seçkin

gereğince, para alacakları dışındaki davalar da belirsiz alacak davası olarak açılabilir.

Böyle bir dava türünün getirilmesiyle amaçlanan, davacının muhatabı, aradaki hukuki ilişkiyi ve bu ilişkiden doğan parasal değeri bilmesine rağmen alacağın tamamını tespit edememesi halinde tahkikat aşamasında davayı genişletme yasağına tabi olmaksızın hak arama özgürlüğünü kullanmasına olanak sağlamaktır.²¹

Belirsiz alacak davasının inceleme konumuz bakımından en önemli sonucu, zamanaşımının davanın başında tüm miktar bakımından kesilmiş olmasıdır.²² Yani tartışmasız olan asgari bir miktar belirtilerek belirsiz alacak davası açılmış olmasına rağmen zamanaşımı, ileride artırım yapılacak miktar bakımından da davanın açıldığı tarihte kesilmiş olacaktır. Bu durum, davacının alacağın tamamını dava etmesinin ve tümü hakkında karar verilmesini talep etmesinin bir sonucudur.²³ Bu nedenle belirsiz alacak davasında davanın başında tüm miktar bakımından zamanaşımı kesilmiş olduğundan faiz de tüm miktar açısından dava tarihinden itibaren işletilecektir. Ayrıca belirsiz alacak davasında, tahkikat aşamasında miktarın belirli hale gelmesi durumunda ıslaha gerek olmaksızın talep sonucu artırılabilirliği gibi artırılan miktara karşı da zamanaşımı defi ileri sürülemeyecektir.²⁴ Bu durumda başlangıçta belirsiz alacak davası olarak açılan davanın, tahkikat aşamasında alacağın belirli hale gelmesiyle eda davasına dönüştüğü kabul edilmektedir.²⁵

Yay. Ankara 2012 s.109. Aksi görüşte: İsmail Ercan, Medeni Usul Hukuku XII Levha Yay. İstanbul 2011 s.102 vd.

²¹ Ercan s.206. Cemil Simil, Belirsiz Alacak Davası XII Levha Yay. İstanbul 2013 s.38

²² Baki Kuru/ Ali Cem Budak, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Getirdiği Başlıca Yenilikler" *İstanbul Barosu Dergisi* Sayı: 5, Cilt: 85, 2011 s.13. Budak'a göre, alacağın tamamı bakımından zamanaşımı kesilmiş olsa da faiz, artırım tarihinden itibaren hesaplanmalıdır. (Ali Cem Budak, "Belirsiz Alacak Davası" *Bankacılar Dergisi*, 2013 s.84)

²³ Hakan Pekcanitez, Belirsiz Alacak Davası Yetkin Yay. Ankara 2011 s.59-60.

²⁴ Aksi görüşte: Kılıçoğlu s.865 vd. Ancak şunu da belirtmek gerekir ki, tahkikat aşamasında alacağın belirli hale gelmesiyle birlikte davacı tarafından belirlenen miktara göre alacağın eksik yükseltilmesi halinde daha sonra ikinci defa yükseltim yapılamayacaktır. Çünkü bu durum alacağın belirsizliğinden değil, davacının kendi ihmali ve kusurundan kaynaklanmaktadır. (Pekcanitez/ Atalay/ Özekes s.303)

²⁵ Zekeriya Yılmaz, Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve Getirdiği Yenilikler Adalet Yay. Ankara 2012 s.305.

01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu öncesinde açılmış ve halen derdest olan davalara belirsiz alacak davasına ilişkin hükümler uygulanmayacaktır.²⁶ Ancak karşı tarafın muvafakati ve ıslah halleri saklıdır.

Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun, Esas No: 2013/8-1013, Karar No: 2013/816, Karar Tarihi: 12.06.2013 olan kararında da “Bu açıklamalar karşısında eldeki davanın karara bağlandığı tarihte 6100 sayılı HMK yürürlüğe girmiştir. HMK. nun 448 ve geçici 1. maddesi gereği HMK hükümleri eldeki davada uygulanacaktır. Ancak bu uygulamada tamamlanmış işlemlerin etkilenmemesi gözetilecektir. Dava açılırken HMK yürürlükte olmadığına, dolayısı ile belirsiz alacak davasından söz edilemeyeceğine, davacı tarafça dava dilekçesindeki miktar ıslah edilerek artırıldığına göre artık bu işlemlerin tamamlanmasından sonra yürürlüğe giren HMK. nun 107. maddesi gereği davanın belirsiz alacak davası olarak nitelendirilme imkânı bulunmamaktadır. Birlikte incelemesi sonunda davacının muhtemel katılma alacağı miktarı belirlenmiş olup bu tarihte HMK yürürlükte değildir. Bu miktara göre davacı ıslah isteğinde bulunmuş olup bu tarihte de henüz HMK yürürlüğe girmemiştir. Bu işlemlerin tamamlanmış işlemler olduğu hususunda da duraksamamak gerekir. 1 Ekimden önce açılan ve devam eden eldeki davada 1 Ekim 2011’den sonra yeni bir işlem de yapılmamıştır. Yeni HMK ile hukukumuzda giren belirsiz alacak davasına ilişkin hükümlerin devamında uygulanma imkânı yoktur” denilmiştir. Ancak gerek 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu öncesi gerekse de sonrası kısmi dava şeklinde açılan davaların belirsiz alacak davasına dönüştürüleceği, karşı tarafın muvafakat etmemesi halinde ise kısmi davanın ıslah yoluyla belirsiz alacak davasına dönüştürülebileceği kabul edilmektedir.²⁷

Şua izin alacağı bakımından belirsiz alacak davasına ilişkin HMK madde 107’nin uygulanabilirliğine bakacak olursak;

Yargıtay uygulamasında da kabul gördüğü gibi günlük beş saatten fazla çalışma yapılması halinde fazla çalışmaya ilişkin hükümler uygulanacaktır. Bu çerçevede fazla çalışma alacağının belirsiz alacak davası olarak açılıp açılmayacağı önemli bir sorundur.

²⁶ Mustafa Ateş, HMK Yargıtay İlke Kararları Turhan Kitabevi, Ankara 2014 s.588 vd.

²⁷ Budak s.83

Fazla çalışma alacağı, işçinin Kanunda belirtilen saat kotasından fazla çalıştırılması halinde çalıştırılan bu ek sürelerle ilişkin işçiye ödenmesi gereken ücreti ifade etmektedir. Doktrinde haklı olarak, fazla çalışma ücretinin belirlenebilir olduğu, işçinin kural olarak kaç saat fazla çalışma yaptığını bilebilecek durumda olduğu, buna karşılık işçinin fazla çalışma süresini belirleyebilmesi için bir takım kayıtlara başvuru ihtiyacının olması halinde davanın belirsiz alacak davası olarak açılabileceği, bazı durumlarda da hakkaniyet indirimi yapıldığından işçi tarafından dava konusunun tespit edilmesinin imkânsız olduğu dikkate alındığında davanın belirsiz alacak davası olarak açılmasının mümkün olduğu kabul edilmektedir.²⁸

Yargıtay uygulamasına göre de “Kategorik olarak, belirli bir tür davanın veya belirli kişilerin açtığı davaların baştan belirli veya belirsiz alacak davası olduğundan da söz edilemez. Belirsiz alacak davası, bu davaya ilişkin ölçütlerin somut olaya uygulanarak belirlenmesi gerekir.

Hâkime alacak miktarının tayin ve tespitinde takdir yetkisi tanındığı hallerde (Örn:6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu md 50, 51, 56.) hâkimin kullanacağı takdir yetkisi sonucu alacak belirli hale gelebileceğinden, davacının davanın açıldığı tarih itibariyle alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin imkânsız olduğu kabul edilmelidir. Örneğin, iş hukuku uygulamasında, Yargıtayca, fazla çalışma, hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil ücreti alacaklarının yazılı belgelere ve işyeri kayıtlarına dayanmayıp, tanık anlatımlarına dayanması halinde, hesaba esas alınan süre ve alacağın miktarı nazara alınarak takdir edilecek uygun oranda hakkaniyet indirimi yapılması gerekliliği kabul edilmektedir. Bu halde, tanık anlatımlarına dayanılarak hesaplanan alacak miktarından hâkimin takdir yetkisine bağlı olarak yapılacak indirim oranı baştan belirli olmadığından, alacak belirsiz kabul edilmelidir.

Tüm bu açıklamalar sonucunda şunu belirtmek gerekir ki, iş hukukundan kaynaklanan alacaklar bakımından baştan belirli veya belirsiz alacak davası şeklinde belirleme yapmak kural olarak doğru ve mümkün değildir. Bu sebeple iş hukukunda da belirsiz alacak davasının açılabilmesi, bu davanın açılması için gerekli şartların varlığına

²⁸ Simil, s.418 vd.

bağlıdır. Eğer bu şartlar varsa, iş hukukunda da belirsiz alacak davası açılabilir, yoksa açılmaz (C. Simil, Belirsiz Alacak Davası, I. Bası, İstanbul 2013, s. 414). Keza aynı şey kısmî dava için söz konusudur.

Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında eldeki davaya konu somut olayın özellikleri dikkate alınarak belirsiz alacak davası yönünden yapılan değerlendirmede;

Davacı tarafından bilirkişi raporu doğrultusunda belirgin hale gelen taleplerine ilişkin tamamlama harcı yatırdığı, mahkemece davanın belirsiz alacak davası olarak görülüp faizin başlangıç tarihinin de buna göre belirlendiği görülmektedir. Şu halde davanın belirsiz alacak davası olarak görülüp sonuçlandırıldığı şüphesizdir. *Oysa yukarıda açıklandığı üzere somut olay bakımından davacının fazla çalışma ücreti ile ulusal bayram ve genel tatil çalışma ücreti dışındaki talepleri belirsiz alacak davasının konusunu oluşturmayacağından bu taleplere yönelik davaların hukuki yarar yokluğundan reddine karar verilmesi gerekirken söz konusu taleplerin hüküm altına alınması hatalıdır*.²⁹

Aynı mantık şua izin alacağı bakımından da geçerli olduğundan günlük beş saatten fazla ve haftada tatil gününden ayrı olarak yarım günden fazla çalışma yapan sağlık personeli fazla çalışma ve yarım günlük tatil alacağına ilişkin olarak belirsiz alacak davası şeklinde dava açabilecektir.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi yıllık olarak, dört hafta(bir ay) olarak kullanılacak olan şua izin hakkı ise yıllık izinli ücret alacağı ile benzerlik gösterdiğinden buna ilişkin değerlendirme yapılması gerektiği kanaatindeyiz.

Doktrinde, işçi ücret alacakları bakımından belirsiz alacak davası açılmayacağı kabul edilmektedir.³⁰

Yargıtay uygulaması da aynı yöndedir. Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin Esas No: 2014/194, Karar No: 2014/18778, Karar Tarihi: 24.06.2014 olan kararında "Dava dilekçesinde, esasen çalışma süresinin kesintisiz olmasına rağmen işyeri kayıtlarında aralıklı gösterildiği, işverenin hileli işlemleriyle davacının aylık ücret miktarının ve ikramiye hake-

²⁹ Y. 22. HD. Esas No: 2013/15525, Karar No: 2014/19218, Karar Tarihi: 25.06.2014

³⁰ Simil, s.415 vd.

dişlerinin düşürüldüğü, toplu iş sözleşmesiyle getirilen ücret zamlarından yararlandırılmadığı vakıalarına dayanılmış, geçersiz sayılması gereken bu işlemler nedeniyle gerçekte olması gereken ücret miktarının esas alınarak fark aylık ücret ve fark ikramiye alacaklarının davalıdan tahsiline karar verilmesi istenilmiştir.

Öncelikle, taraflar arasında çalışma süresi ve ücret miktarı tartışmalı ise de, salt söz konusu tartışmanın varlığı alacağı belirsiz hale getirmez. Keza davacı, çalışma süresini ve ücretini belirleyebilmektedir. Davacının ne zamandan beri çalıştığını veya ücretinin ne kadar olduğunu bilmemesi aynı zamanda hayatın olağan akışına da aykırıdır. Davacı işçinin kendisinin bilmediği çalışma süresini, tanıkların bildiğini veya bilirkişinin bileceğini farzetmek ispat kurallarına da hayatın olağan akışına da aykırıdır. Keza tarafın yeterli şekilde somutlaştırıp kendisinin bilgisinde dahi olmadığını belirttiği bir hususu mahkemeye bilinmesini beklemek de mümkün değildir.

Diğer taraftan davacı, dava konusu alacakların miktarlarının belirlenmesinde, işverenin elinde bulunan bilgi ve belgelere dayanmamakta, aksine işverence tutulan kayıtların muvazaalı olduğu gerekçesiyle nazara alınamayacağını iddia etmektedir. İşverenin maddi hukuktan doğan yükümlülüklerini (belge ve bordro düzenleme gibi) yerine getirmemesi, tuttuğu belgelerin gerçeği yansıtmaması, davadan önce işçinin alacaklarını inkâr etmesi ya da ikrar etmekle beraber yerine getirmemesi davacıya kural olarak belirsiz alacak davası açma imkânını vermez. İşçi bu durumlarda dahi, alacağının miktarını veya değerini belirleyebiliyorsa, belirsiz alacak davası açamaz (Simil, s. 412).

Ayrıca, yukarıda da belirtildiği gibi, salt bilirkişi incelemesine gidilmesi belirsiz alacak davasının açılabilmesi için yeterli değildir.

Genel olarak yapılan bu açıklamadan sonra, objektif dava birleşmesi şeklinde açılan eldeki dava taleplerinin her birinin belirsiz alacak olup olmadığının değerlendirilmesine gelince:

Fark alacaklar hakkında, çalışma süresinin kesintisiz kabul edilmesiyle aylık ücret miktarının toplu iş sözleşmesi hükümlerine uygun şekilde esas alınarak yapılacak hesaplamayla, işverence öncesinde yapılan ödemelerin mahsup edilerek fark tutarların hüküm altına alınması talep edilmektedir. Yukarıda belirtildiği üzere, davacı, çalışma

süresini, kendisine ödenen aylık ücret miktarını, alması gerektiğini iddia ettiği aylık ücret miktarını ve kendisine işverence yapılan ödemeleri belirleyebilecek durumdadır. Bu haliyle, anılan alacakların her biri belirsiz alacak değildir.

Dava konusu edilen alacakların gerçekte belirli bir alacak olduğu ve dolayısıyla belirsiz alacak davasına konu edilemeyecekleri anlaşıl-makla, hukuki yarar yokluğundan davanın reddi gerekirken yazılı şekilde esasa girilerek karar verilmesi hatalı olup, bozmayı gerektir-miştir” denilmiştir.

Kanaatimizce de yıllık dört hafta(bir ay) izin ücret alacağı, işçinin ücretine bağlı hesaplanacağından ve işçinin aldığı ücreti bilmemesi mümkün olmadığından yıllık dört hafta(bir ay) izin ücret alacağı belirsiz alacak davası olarak açılmayacaktır. Kaldı ki sağlık personelinin devlet memuru olması halinde bu tutar zaten kesin bir değer olacağından belirsiz alacak davası koşullarının oluşmayacağı çok açıktır. Ancak yine de ücretin miktarı konusunda uyuşmazlık varsa ve bir takım belgelerin, kayıtların temininden sonra ücreti tespit mümkün ise davanın belirsiz alacak davası olarak açılabilmesi gerekir.

VII-ŞUA İZİN ALACAĞI İLE FAZLA ÇALIŞMA ÜCRET ALACAĞININ KARŞILAŞTIRILMASI

Bu bölümde fazla çalışma alacağı ile şua izin alacağı arasındaki farklar konusunda açıklamalarda bulunacağız.

Fazla çalışma, ilgili kanunlarda belirlenen normal çalışma süresinin üzerinde ve işçinin rızasıyla yapılan çalışmadır(Türk Borçlar Kanunu md. 398). İş Kanununda ise 41. Maddede düzenlenmiştir.

Kanundaki tabiriyle haftalık 45 saati aşan çalışmalar fazla çalışma olarak değerlendirilecektir. Ancak denkleştirme esasının uygulandığı hallerde, ortalama 45 saatlik çalışma çerçevesinde bazı haftalarda 45 saatin üzerinde çalışma yapılabilecektir. Bu durumda 45 saatten fazla çalışma yapılan haftalar için fazla çalışma alacağı talep edilemeyecektir.³¹

Bazı durumlarda haftalık çalışma süresi 45 saatin altında kararlaştırılabilir. Bu durumda kararlaştırılan haftalık saatten fazla çalışma

³¹ Sarper Süzek, İş Hukuku Beta Yay. İstanbul 2012 s.811 vd.

yapılması halinde, 45 saate kadar yapılan çalışma fazla sürelerle çalışma, 45 saatten sonraki çalışmalar ise fazla çalışma olarak değerlendirilecektir. Bu durumda fazla sürelerle çalışma halinde her bir saat fazla çalışma için verilecek ücret normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının yüzde yirmi beş yükseltilmesiyle ödenecektir(İş Kanunu md. 41/3).³² 45 saatten fazla çalışma yapılması halinde de her bir saat fazla çalışma için verilecek ücret normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının yüzde elli yükseltilmesi suretiyle ödenecektir(İş Kanunu md. 41/2).

Maddeye yeni ek düzenlemeler getirilmiştir. Buna göre zorunlu bir halin olması(İş Kanunu md. 42) veya seferberlik gibi olağanüstü hallerin varlığı(İş Kanunu md. 43) halleri dışında yer altında maden işlerinde çalışan işçilere fazla çalışma yaptırılmayacaktır.

Yer altında maden işlerinde çalışan işçilere, 42 ve 43. maddede belirtilen hallerde dahi haftalık otuz altı saati aşan her bir saat fazla çalışma için verilecek ücret, normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının yüzde yüzden az olmamak üzere arttırılması suretiyle ödenecektir(İş Kanunu md. 41/9-10).

Fazla çalışmayı belirlemek için öngörülen çalışma süreleri İş Kanunu 63. maddede düzenlenmiştir:

“Genel bakımdan çalışma süresi haftada en çok kırk beş saattir. Aksi kararlaştırılmamışsa bu süre, işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine eşit ölçüde bölünerek uygulanır. Yer altı maden işlerinde çalışan işçiler için yer altındaki çalışma süresi; haftada en çok otuz altı saat olup günlük altı saatten fazla olamaz.

Tarafların anlaşması ile haftalık normal çalışma süresi, işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine, günde on bir saati aşmamak koşulu ile farklı şekilde dağıtılabilir. Bu halde, iki aylık süre içinde işçinin haftalık ortalama çalışma süresi, normal haftalık çalışma süresini aşamaz. Denkleştirme süresi toplu iş sözleşmeleri ile dört aya kadar arttırılabilir”.

Buna göre, denkleştirme esası öngörülse bile işçinin günlük çalışma süresi hiçbir şekilde 11 saati aşamayacaktır. Aksi halde 11 saa-

³² Süzek s.812

ti aşan her bir saat, fazla çalışma olarak değerlendirilecektir. Ayrıca 11.09.2014 tarih ve 6652 sayılı kanunla maden işçileri açısından özel düzenlemeler öngörülmüştür. Buna göre, yer altında çalışan maden işçileri için yer altındaki çalışma süresi, haftada en çok otuz altı saat olup günlük altı saatten fazla çalıştırılmayacaktır. Günlük 6 saatten fazla yapılan çalışma fazla çalışma olarak değerlendirilecektir.

Bu kısa açıklamalardan sonra fazla çalışma alacağı ile şua izin alacağı karşılaştırması yapabiliriz:

a) Kanuni Dayanakları Farklıdır: Fazla çalışma alacağı İş Kanunu 41, 42, 43, 63 hükümlerinde düzenlendiği halde, şua izin alacağı 3153 sayılı *“Radyoloji, Radyom ve Elektrikle Tedavi ve Diğer Fizyoterapi Müesseseleri Hakkında Kanun”* ve bu kanunun uygulanmasını içeren *“Radyoloji, Radyom ve Elektrikle Tedavi Müesseseleri Hakkında Nizamname”* hükümlerinde(memurlar açısından Devlet Memurları Kanunu md. 103) düzenlenmiştir.

b) Uygulama Alanları Farklıdır: İş Kanunu hükümlerine göre İş Kanununa tabi olsun veya olmasın tüm işçiler fazla çalışma ücret alacağı hakkına sahiptir. Fakat şua izin alacağı hakkından yararlanabilmek için sağlık personeli olmanın yanında ilgili sağlık kuruluşunda, radyoaktif ışınlara maruz kalma veya kalma riskine bağlı bir çalışmanın varlığı gereklidir.

c) Çalışma Süreleri Farklıdır: Genel anlamda fazla çalışma süresi günlük azami 11 saat olarak kararlaştırılmış olmasına rağmen şua izninde çalışma süresi günlük azami 5 saat olarak kararlaştırılmıştır(2010 yılında yapılan değişiklikle birlikte, 30.01.2010 tarihinden önceki izin alacakları bakımından haftalık 25 saatlik hüküm, bu tarihten itibaren ise haftalık 35 saatlik çalışmaya ilişkin hüküm uygulanacaktır). Dolayısıyla radyoaktif ışınlara maruz kalarak çalışan sağlık personelinin günlük beş saatten fazla çalışması, fazla çalışma olarak değerlendirilecektir.

d) Kıdem Farkı Vardır: Fazla çalışma alacağına hak kazanabilmesi için işçinin belli bir süre çalışması şartı aranmaz. Fakat yıllık dört haftalık ücret tutarındaki şua izin alacağından yararlanabilmek için işçinin en az bir yıl çalışmış olması gerekecektir.

VIII- SONUÇ

3153 sayılı “Radyoloji, Radyom ve Elektrikle Tedavi ve Diğer Fizyoterapi Müesseseleri Hakkında Kanun” ve bu kanunun uygulanmasını içeren “Radyoloji, Radyom ve Elektrikle Tedavi Müesseseleri Hakkında Nizamname” hükümlerinde düzenlenen şua izin hakkı ve bu hakkın kullanılması halinde ödenmesi öngörülen şua izin alacağı, radyolojik ışınlarla maruz kalan sağlık çalışanlarının, çalışma koşullarına bağlı olarak ek dinlenmelerini öngörmektedir.

Madde hükümleri incelendiğinde karşımıza çıkan üç hak vardır.

Bunlardan birincisi, günlük azami beş saatlik çalışma yapılacak olmasıdır. Buna göre radyolojik ışınlarla bağlı çalışmaların söz konusu olduğu hallerde, günlük beş saatten fazla yapılacak çalışma fazla çalışma olarak değerlendirilecektir. 30.01.2010 tarih ve 27478 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren, 5947 sayılı Üniversite ve Sağlık Personelinin Tam Gün Çalışmasına ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunun 9. maddesiyle, 3153 sayılı Kanuna eklenen, ek madde 1 hükmünde, bu süre haftalık 35 saate çıkarılmıştır. Bu nedenle 30.01.2010 tarihinden sonraki çalışmalar bakımından 35 saatlik uygulama çerçevesinde değerlendirme yapılacaktır.

İkincisi ise, belirtilen hukuki düzenlemeler çerçevesinde çalışan personelin, haftalık tatil süresine ek olarak bir günde daha yarım gün tatil yapması gerektiğidir. Bu kurala riayet edilmemesi halinde çalışılan bu süre için de işçiye ücret ödenecektir.

Üçüncü bir hak ise sağlık hakkı olarak da tanımlanan şua izin hakkıdır. Buna göre ise, şua vasıtasıyla teşhis veya hem teşhis ve hem tedavi yahut radyom veya radyom emanasyonu yahut radyom mürekkebatı ile veya her türlü elektrik aletleri ile tedavi yapacak kuruluşların tamamında çalışan sağlık personeli, yıllık izinli ücretlerine ek olarak dört hafta daha tatil yapacaktır. Bu tatilin yıllık ücretli izinden farkı, şua izninin muntazam bir şekilde, yani aralıksız olarak kullanılmasıdır. Bu dört haftalık süre 657 sayılı DMK 103.maddede 1 ay olarak, 16.07.1999 tarih ve 99/13116 sayılı Kararname ekinde 12. Madde 30 gün olarak belirlenmiştir. Bu süreçte işçinin çalıştırılması halinde, şua izin alacağı, normal çalışma ücretine ek olarak ödenmelidir.

Şua izin hakkı ve bu kapsamda da şua alacağı bakımından en önemli husus, çalışmanın radyolojik ışınlarla maruz kalarak gerçekleştirilmesinin gerekliliğidir. Nitekim düzenlemelerde de *fiilen şuaya maruz kalan işçilerin* bu haktan yararlanabileceği açıkça dile getirilmiştir. Dolayısıyla bilgisayar başında sadece yorumlama yapan hekim, radyolojik ışınlarla maruz kalmayacaktır. Bu nedenle de şua hakkından yararlanamayacaktır. Aynı şekilde yoğun teknolojik gelişme ve her türlü olumsuz ışınlarla karşı gerekli korumayı alan sağlık kuruluşlarında da radyolojik ışınlarla maruz kalma söz konusu olmayacağından şua izin hakkından yararlanma mümkün olmayacaktır.

Bu konuda tereddüt olması halinde keşif yapıp alanında uzman bilirkişilerden rapor alındıktan sonra hüküm kurulmalıdır. Ayrıca tespit davacının mesleğine ilişkin, diploma ve sair mesleki yetkinlik belgesinin celp edilmesi, ardından, taraf tanıklarının beyanlarına başvurularak, davacının hastanede fiilen yaptığı iş ve işlemler hakkındaki bilgi ve görgüleri ayrıntılı şekilde tespit edilmelidir. Bu araştırma yapıldıktan sonra esasa ilişkin ispat kurallarına başvurulmalıdır.

Tüm bu araştırmaların yapılmasından sonra şua izin hakkının bulunduğu anlaşılmaya üzerine, çalıştırılan sürelerle ilişkin brüt ücret dâhilinde hesaplama yapılacaktır. Kişisel kanaatimizce, şua izin alacağını ikiye ayırarak analiz etmek gerekecektir. Radyolojik ışınlarla maruz kalarak çalışan işçinin günlük beş saatten fazla çalışması fazla çalışma olarak değerlendirileceğinden bu kapsamda fazla çalışmaya ilişkin beş yıllık zamanaşımı ve mevduat faizi uygulanacaktır.

Yılda dört hafta kullanılacak olan şua iznine ilişkin alacak kalemi, yıllık ücretli izne ilişkin hükümlerle amaçsal ve içerik olarak benzerlik gösterdiğinden yıllık ücretli izin alacağına ilişkin 10 yıllık zamanaşımı ve yasal faizin uygulanması gerektiği kanaatindeyiz.

Her iki alacak kalemi için de dava tarihinden önce işveren temerrüde düşürülmemişse, dava veya ıslah tarihinden itibaren faiz uygulanacaktır.

Nihayet günlük beş saatten fazla ve haftada tatil gününden ayrı olarak yarım günden fazla çalışma yapan sağlık personeli fazla çalışma ve yarım günlük tatil alacağına ilişkin olarak belirsiz alacak davası şeklinde dava açabilecektir. Ancak yıllık dört hafta (bir ay) izin ücret

alacağı, işçinin ücretine bağlı hesaplanacağından ve işçinin aldığı ücreti bilmemesi mümkün olmadığından yıllık dört hafta(bir ay) izin ücret alacağı belirsiz alacak davası olarak açılmayacaktır. Ancak yine de ücretin miktarı konusunda uyuşmazlık varsa ve bir takım belgelerin, kayıtların temininden sonra ücreti tespit mümkün ise davanın belirsiz alacak davası olarak açılabilmesi gerekir.

Kaynakça

- Ateş Mustafa, HMK Yargıtay İlke Kararları, Turhan Kitabevi Ankara 2014
- Budak Ali Cem, Belirsiz Alacak Davası, *Bankacılar Dergisi*, 2013
- Çil Şahin/Kar Bektaş: İş Yargılamasında Belirsiz Alacak Davası Ve Kısmi Dava, Yetkin Yay. Ankara 2012
- Doğan Mehmet, Büyük Türkçe Sözlüğü, Vadi Yay. 2001(15.Baskı)
- Ercan İsmail, Medeni Usul Hukuku, Xı Levha Yay. İstanbul 2011
- Ercan İbrahim, Medeni Usul Ve İcra- İflas Hukukçuları Toplantısı S. 102- 175, Türkiye Adalet Akademisi 1- 2 Ekim 2012 İzmir
- Kılıçoğlu Mustafa/Şenocak Kemal, İş Kanunu Şerhi, Cilt I, İstanbul 2008
- Kuru Baki/Budak Ali Cem, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Getirdiği Başlıca Yenilikler", İstanbul Barosu Dergisi Sayı: 5, Cilt: 85, 2011
- Ocak Uğur: İşçi Alacakları, Ankara 2013
- Pekcanitez Hakan, Belirsiz Alacak Davası, Yetkin Yay. Ankara 2011
- Pekcanitez Hakan, "Belirsiz Alacak Davası", Deühfd Cilt:11, Sayı:2009(Basım:2010)
- Pekcanitez Hakan/Atalay Oğuz/Özekes Muhammet, Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yay. Ankara 2011
- Simil Cemil, Belirsiz Alacak Davası, XII Levha Yay. İstanbul 2013
- Süzek Sarper, İş Hukuku, Beta Yay. İstanbul 2012
- Tutumlu Mehmet Akif, Hukuk Muhakemeleri Kanununun Yeni Ve Değişik Hükümlerinin Yorumu, Seçkin Yay. Ankara 2012
- Yılmaz Ejder, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Yetkin Yay. Ankara 2012
- Yılmaz Zekeriya, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Ve Getirdiği Yenilikler, Adalet Yay. Ankara 2012