Yargıtayın 2020 Yılı ve Sonrasındaki Kararlarında Kısmi Süreli İşçinin Hafta Tatili Hakkı

(Karar İncelemesi)

Ahmet SEVİMLİ[1]
ORCID: 0000-0002-2733-4305

DOI: 10.54752/ct.1242451

Öz: Yargıtay 2020 yılına dek kısmi süreli işçilerin hafta tatili hakkı konusunda haftalık çalışma süresinin kırkbeş saati bulmadığına işaret ederek, kısmi süreli iş ilişkisinde işçinin hafta tatiline hak kazanmasının mümkün olmadığı yönünde kararlar veregelmiştir. Ne var ki Aralık 2020 ve Eylül 2021'de verdiği iki karar, Yüksek Mahkemenin bu konuda içtihat değişikliğine mi gittiği sorusunu gündem taşır niteliktedir. Haftalık çalışma süresinin kırkbeş saatin çok altında olduğu iki davada, Yargıtay bozma kararı vererek hafta tatili ücretinin hesaplanması gerektiğine ve dolayısıyla davaların birinde haftada 14 saat diğerinde 21 saat çalışan işçilerin hafta tatili hakkı bulunduğuna hükmetmiştir. Bu çalışmada Yargıtay'ın yakın tarihli bu kararlarının nasıl yorumlanması gerektiği; ortada bir içtihat değişikliği olup olmadığı sorularına yanıt aranacaktır.

Anahtar Sözcükler: kısmi süreli iş sözleşmesi, kısmi süreli işçi, hafta tatili hakkı, hafta tatili ücreti.

Abstract: Until 2020 The Turkish Supreme Court of Appeals' case law has stated it is not possible for a worker to be entitled to a paid weekly rest day (paid weekend) in a part-time employment relationship since the weekly working time for a part-time worker did not reach forty-five hours (the statutory maximum weekly working time in accordance with the Turkish Labour Act). However, late two decisions in December 2020 and September

[1] Doç. Dr. K. Bursa Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı

SEVİMLİ, K.A., (2023) "Yargıtayın 2020 Yılı ve sonrasındaki Kararlarında Kısmi Süreli İşçinin Hafta Tatili Hakkı", Çalışma ve Toplum, C.1, S.76. s. 487-511.

Makale Geliş Tarihi:9.11.2022- Makale Kabul Tarihi: 05.01.2023

2021 have raised the question of whether the case-law on this issue has been amended. In these two cases where the weekly working time was much less than forty-five hours, the Court of Appeals ruled that the weekly holiday wage (weekend wage) should be calculated, and therefore the workers who worked 14 hours a week in one case and 21 hours in the other had the right to a weekly holiday. In this case-law analysis, answers have been sought to the questions of whether there is a change in jurisprudence and how these recent decisions of the Court of Appeals should be interpreted.

Key Words: part time employment contract, part time worker, right to paid weekly rest day, paid weekend, week-end wage.

Karar Metni

T.C
Yargıtay
9. Hukuk Dairesi

Esas No.: 2021/7386
Karar No.:2021/11845
Karar Tarihi: 15.09.2021

Taraflar arasında görülen dava sonucunda verilen kararın, temyizen incelenmesi taraf vekillerince istenilmekle, temyiz taleplerinin süresinde olduğu anlaşıldı. Dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili, davacının davalıya ait işyerinde 22.02.2010-20.05.2014 tarihleri arasında apartman görevlisi olarak çalıştığını, iş sözleşmesini haklı nedenle feshettiğini belirterek kıdem tazminatı ile bir kısım işçilik alacaklarının hüküm altına alınmasını talep etmiştir.

Davalı Cevabının Özeti:

Davalı vekili davanın reddini savunmuştur.

Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, toplanan delillere dayanılarak, yazılı gerekçeyle davacının tam zamanlı çalıştığının kabulü ile davanın kabulüne karar verilmiştir. Hükmün davalı tarafça temyizi üzerine Yargıtay (Kapatılan) 22. Hukuk Dairesinin 03.12.2019 tarih ..... karar sayılı ilamıyla davacının tam/kısmi süreli çalışıp çalışmadığının dosya kapsamı dikkate alınarak ve gerekirse keşif yapılarak tespiti ve buna göre hesaplama yapılması gerekçesiyle bozulmuş, mahkemece bozma ilamına uyulmasına karar

verilerek yapılan keşif sonucu davacının yaptığı işlerin haftada 14 ayda 60 saatini aldığı, kısmi süreli çalıştığı belirlenmiş, kısmi süreli çalışmada hafta tatiline hak kazanılamayacağı gerekçesiyle hafta tatili alacağının reddine, diğer taleplerin kısmen kabulüne karar verilmiştir.

Temyiz:

Kararı taraflar vekilleri temyiz etmiştir.

Gerekçe:

1-Dosyadaki yazılara, toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalının tüm, davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazlarının reddine karar vermek gerekmiştir.

Taraflar arasında davacının hafta tatili ücreti alacağına hak kazanıp kazanmadığı noktasında uyuşmazlık bulunmaktadır.

4857 sayılı İş Kanununun 46. maddesinde işçinin, tatil gününden önce aynı yasanın 63. maddesine göre belirlenmiş olan iş günlerinde çalışmış olması koşuluyla yedi günlük zaman dilimi içinde 24 saat dinlenme hakkının bulunduğu açıklanmıştır. İşçinin hafta tatili gününde çalışma karşılığı olmaksızın bir günlük ücrete hak kazanacağı da 46. maddenin 2. fıkrasında ifade edilmiştir.

Hafta tatili izni kesintisiz en az 24 saattir. Bunun altında bir süre haftalık izin verilmesi durumunda, usulüne uygun şekilde hafta tatili izni kullandığından söz edilemez.

Ayrıca, hafta tatili bölünerek kullandırılamaz. Buna göre hafta tatilinin 24 saatten az olarak kullandırılması halinde hafta tatili hiç kullandırılmamış sayılır.

2429 sayılı Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanunun 3. maddesine göre hafta tatili Pazar günüdür kural bu şekilde olmakla birlikte, işçiye Pazar günü dışında hafta tatili izni kullandırılması mümkündür.

Hafta tatili gününde çalıştığını iddia eden işçi norm kuramı uyarınca 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 yer alan hafta tatili ücreti ödemesinin yapıldığı varsayılır. Bordroda ilgili bölümünün boş olması ya da bordronun imza taşımaması halinde işçi, hafta tatilinde çalışma yaptığını her türlü delille ispat edebilir.

Hafta tatillerinde çalışıldığının ispatı konusunda işyeri kayıtları, özellikle işyerine giriş çıkışı gösteren belgeler, işyeri iç yazışmaları, yazılı delil niteliğindedir. Ancak, sözü edilen çalışmanın bu tür yazılı belgelerle kanıtlanamaması durumunda tarafların dinletmiş oldukları tanık beyanları ile sonuca gidilmesi gerekir. Bunun dışında herkesçe bilinen genel bazı vakıalar da bu noktada göz önüne alınabilir.

Dosya kapsamından, davacının haftanın yedi günü çalışmasına rağmen hafta tatili ücret alacağının ödenmediği sabit olup, söz konusu alacağın, kısmi süreli çalışma esasına göre hesaplama yapılan 15.03.2021 tarihli bilirkişi raporuna göre

hüküm altına alınması gerekmektedir.

Hükmün bu nedenle bozulması gerekmiştir.

SONUÇ:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebepten dolayı BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgililere iadesine, 15.09.2021 tarihinde oybirliği ile karar verildi.

Kararın İncelenmesi

Kararların Gelişimi

4857 sayılı İş Kanununun yürürlükte olduğu dönemde, 2020 yılına dek Yargıtay'ın kısmi süreli işçinin hafta tatili hakkı konusunda verdiği kararlarda defalarca yer alan ifade şu şekilde idi:

> "1475 sayılı Yasanın 41 inci maddesinde, hafta tatiline hak kazanabilmek için önceki altı günde günlük iş sürelerine göre çalışmış olmak şartı bulunmaktaydı. 4857 sayılı Kanunda ise, haftalık iş süreleri çalışılan günlere farklı şekilde dağıtılabileceğinden, hafta tatili tanımı değişmiş, işçinin 63 üncü maddeye göre belirlenen iş günlerinde çalışılmış olması kaydıyla, yedi günlük zaman dilimi içinde kesintisiz yirmidört saat dinlenme hakkı öngörülmüştür. 63. maddede, genel bakımdan iş süresinin haftalık en çok kırkbeş saat olduğu belirlenmiştir. Bu nedenle 4857 sayılı Yasanın uygulandığı dönemde, haftalık çalışma süresi kırkbeş saati bulamayacağından, kısmî süreli iş ilişkisinde işçinin hafta tatiline hak kazanması mümkün olmaz[2]".

2020 yılına dek verilen kararlardaki bu anlatımdan Yüksek Mahkemenin, haftalık kırkbeş saatlik süreden daha kısa çalıştığından kısmi süreli işçinin, hafta tatili hakkı elde edemeyeceği sonucuna vardığı anlaşılmaktaydı. Nitekim inceleme konusu Kararda da yerel mahkeme "kısmi süreli çalışmada hafta tatiline hak kazanılamayacağı" gerekçesiyle istemi reddetmiştir. Ne var ki inceleme konusu yaptığımız Kararla çok benzer bir olay için ilk kez 2020 yılında verdiği bir kararda

[2] Yarg. 22. HD, 08.06.2020, E.2017/29375, K.2020/6031; 23.05.2017, E.2015/21146, K.2017/11941; 24.04.2017, E.2015/27257, K.2017/9278; Yarg. 9. HD, 11.04.2016, E.2015/342, K.2016/8812; 18.03.2015, E.2015/5444, K.2015/11088; 09.09.2014, E.2012/26073, K.2014/25852; 18.09.2013, E.2011/23707, K.2013/22931; 20.03.2013, E.2010/50270, K.2013/9497; Yarg. 22. HD, 14.03.2013, E.2012/15854, K.2013/5237; Yarg. 9. HD, 15.01.2013, E.2010/35184, K.2013/596; 19.01.2012, E.2009/34023, K.2012/908; 19.01.2012, E.2009/34022, K.2012/907 (yargitay.gov.tr); Yarg. 9. HD, 8.12.2009, 44744/ 3394; 20.11.2008, 31344/31565 (Legalbank); Yarg. 22. HD, 05.11.2012, 4868/24281(Kişisel Arşiv).

Yargıtay, haftalık çalışma süresinin uzunluğu konusunda hiçbir yorum yapmaksızın kısmi süreli işçinin hafta tatili ücretinin hesaplanması gerektiğine hükmetmiştir. Karar uyarınca

> "İlk Derece Mahkemesi ve Bölge Adliye Mahkemesince davacının … kısmi süreli iş sözleşmesi ile günde üç saat çalışma esasına göre çalıştığı kabul edilerek bu döneme ilişkin hafta tatili ücret alacağı talebinde bulunmasının mümkün olmadığı belirtilmiş ise de, … 4857 sayılı İş Kanunu uyarınca hafta tatili, yedi günlük zaman dilimi içindeki yirmidört saatlik dinlenme hakkını ifade etmektedir. Hükme esas alınan bilirkişi raporunda, tanık beyanlarına göre davacının Pazar günleri temizlik yaptığı ve çöp topladığı kabul edilmiştir. Dosya kapsamından, davacının haftanın yedi günü çalışmasına rağmen hafta tatili ücret alacağının ödenmediği sabit olup, söz konusu alacağın … kısmi süreli çalışma esasına göre yapılacak hesaplama ile hüküm altına alınması gerekmektedir. Hükmün bu nedenle bozulması gerekmiştir[3]"

2020 yılında verilen ve bir bölümünü yukarıda alıntıladığımız karardaki hafta tatili hakkının pozitifi dayanakları, bu düzenlemelerin nasıl yorumlanması gerektiği ve hafta tatili ücretine dair ispat kurallarının ortaya konduğu yedi paragraf, inceleme konusu yaptığımız 2021 yılı kararında da aynen tekrar edilmiştir.

Her iki karar çok benzer konuyu haiz davalara ilişkindir. 2020 yılında verilen kararda davacı kapıcı haftanın yedi günü üç; dolayısıyla haftada 21 saat çalışan bir kısmi süreli işçi iken; inceleme konusu Karardaki davacı kapıcı haftanın yedi günü çalışmaktadır ve haftalık çalışma süresi 14 saat (aylık 60 saat) olarak tespit edilmiş bulunmaktadır. Anlaşılabildiği kadarıyla inceleme konusu Kararın davacısı günde iki saat çalışan bir kısmi süreli işçidir. Görüleceği üzere inceleme konusu Karar metninde de haftalık çalışmanın kırkbeş saati bulmaması konusunda hiçbir anlatıma yer verilmemiş olup davacı işçinin haftanın yedi günü çalışmasına rağmen hafta tatili ücret alacağının ödenmediğinin sabit olduğu, söz konusu alacağın, kısmi süreli çalışma esasına göre hesaplanarak hüküm altına alınması gerektiğine, bu nedenle yerel mahkeme hükmünün bozulmasına karar verilmiştir.

Ana Hatlarıyla 4857 Sayılı İş Kanununda Kısmi Süreli İş Sözleşmesi

İş Kanunu uyarınca "*İşçinin normal haftalık çalışma süresinin, tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan emsal işçiye göre önemli ölçüde daha az belirlenmesi durumunda sözleşme kısmî süreli iş sözleşmesidir*" (İşK m.13/I). İş Kanununda 13. maddenin ilk fıkrasında yer alan bu hüküm, haftalık çalışma süresi ve hangi gün ve saatlerde çalışılacağı sözleşmede

[3] Yarg. 9. HD, 23.12.2020, 3437 /19928 (Çalışma ve Toplum, S.69, 2021/2:1403-1405).

taraflarca belirlenen klasik kısmi süreli iş sözleşmesini tanımlar (Sevimli, 2019:9, 10). Diğer bir anlatımla klasik kısmi süreli iş sözleşmesinde çalışma saatlerinin miktarı ve konumu/dağılımı daha önceden kesin biçimde belirlenmiştir (Tunçomağ ve Centel, 2022:75; Centel, 1992:36; Akyiğit, 2022:139, 140; Sarıbay, 2008:283; Zeytinoğlu, 2004:460; Ayrıca bkz. Mollamahmutoğlu vd., 434, 435).

Bir iş sözleşmesinin, kısmi süreli iş sözleşmesi olarak kabulü için haftalık normal çalışma süresinin taraflarca tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan emsal işçiye göre önemli ölçüde daha az belirlenmiş olması gereklidir. Çalışma süresindeki bu azaltma, haftanın birkaç günü tam gün, tüm çalışma günlerinde günlük çalışma süresinden daha az ya da bazı çalışma günlerinde yine günlük çalışma süresinden daha az çalışma şeklinde görülebilir (Süzek, 2021:273; Centel, 1992:29; Senyen Kaplan, 2022:147; Ekmekçi ve Yiğit, 2021:66; Çelik vd., 2022:199; Akyiğit, 2022:140). Nitekim, mehaz İsviçre Borçlar Kanunu 319. madde metninde ve bu maddenin Türk Borçlar Kanunundaki karşılığı olan 393. maddenin gerekçesindeki, işverenin hizmetinde saatlik, yarım veya tam günlük bir hizmetin düzenli olarak yerine getirilmesinin de iş sözleşmesi olarak kabul edileceği yolundaki ifade, bu gerçeğe işaret etmektedir (Sevimli, 2019:11).

Bir iş sözleşmesinin tam veya kısmi süreli olduğunun tespitinde ölçü alınacak referans dönem, "hafta"dır. Kanundaki açık ve kesin şekilde haftalık çalışma süresini esas alan kısmi süreli iş sözleşmesi tanımı karşısında ay ya da yıl gibi başka bir zaman diliminin ölçü olarak alınması mümkün değildir[4]. İşçinin emsal işçiye göre aylık ya da yıllık normal çalışma süresinin önemli ölçüde az belirlenmesi halinde dahi, haftalık normal çalışma süresinin uzunluğuna bakılarak sözleşmenin türü belirlenecektir. Başka bir anlatımla Türk Hukukunda, özellikle İş Kanunu kapsamındaki iş ilişkileri bakımından ay ya da yıl bazında kısmi süreli iş sözleşmesinden söz edilmesi mümkün değildir (Sevimli, 2019:12).

Kısmi süreli iş sözleşmesinden söz edebilmek için haftalık normal çalışma süresine ilişkin belirlemenin tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan emsal işçiye göre "önemli ölçüde" daha az olması gerekmektedir. Kanundaki "önemli ölçüde" şeklinde ifade bulan soyut kıstas, İş Kanununa İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliğindeki (ÇSY) "*İşyerinde tam süreli iş sözleşmesi ile yapılan emsal çalışmanın üçte ikisi oranına kadar yapılan çalışma kısmi süreli çalışmadır*" (ÇSY m.6) düzenlemesiyle somutlaştırılmıştır (Mollamahmutoğlu vd., 2022:431). Yargıtay'a göre "… *emsal işçiye göre 45 saat olarak belirlenen normal çalışmanın taraflarca 30 saat ve daha altında kararlaştırılması halinde, kısmî süreli*

[4] Bu bağlamda İşK m.13 düzenlemesi 97/81 sayılı AB Direktifi ile yürürlüğe konulan sosyal tarafların meydana getirdikleri Kısmi Süreli Çalışma Hakkında Çerçeve Anlaşmasındaki düzenlemeden farklılaşır. Direktif uyarınca "'Kısmi zamanlı işçi' terimi karşılaştırılabilir bir tam zamanlı işçinin normal çalışma saatlerinden; haftalık olarak veya bir yıla kadar süreli istihdamın ortalaması olarak hesaplandığında, normal çalışma saatleri daha az olan işçiyi ifade eder" (Cls.3/1). Direktif düzenlemesinin daha isabetli olduğu yönünde Akyiğit, 2008: 578.

iş sözleşmesinin varlığından söz edilir"[5]. Yönetmelik hükmündeki "kadar" sözcüğünü, Yargıtay kararlarında olduğu gibi haftalık emsal tam süreli çalışmanın üçte ikisinin de dahil olduğu bir süreye işaret ettiği şeklinde yorumlamak kanımızca da isabetlidir (Bu konudaki Öğreti görüşleri ve tartışma için bkz. Sevimli, 2019:12-15).

"13 üncü maddede emsal işçiden söz edilmiş olmakla, kısmî süreli iş sözleşmesinin belirlenmesinde esas alınacak haftalık normal çalışma süresi, tam süreli iş sözleşmesi ile çalışan emsal işçiye göre belirlenecektir. Kanunun 63 üncü maddesinde yazılı olan haftalık iş süresi azamîdir. Buna göre o iş kolunda emsal bir işçinin ortalama haftalık çalışma süresi haftalık 45 saati aşmamak şartıyla belirlenmeli ve bunun önemli ölçüde azaltılmış olup olmadığına bakılmalıdır" [6]. Emsal (karşılaştırılabilir[7]) işçi, işyerinde aynı veya benzeri işte tam süreli çalıştırılan işçidir. İşyerinde böyle bir işçi bulunmadığı takdirde, o işkolunda şartlara uygun işyerinde aynı veya benzer işi üstlenen tam süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılan işçi esas alınır[8] (İşK m.13/III).

Kısmi süreli iş sözleşmesinden söz edebilmek için taraflar arasındaki ilişkide bulunması gereken diğer bir unsur, emsal işçiye göre haftalık temelde önemli ölçüde

---

[5] Yarg. HGK, 1.11.2017, E.2015/10-215, K.2017/1255; Yarg. 22.HD, 24.4.2019, E.2016/9776, K.2019/9444; Yarg. 22.HD, 4.3.2019, E.2017/20568, K.2019/4851; Yarg. 9.HD, 19.2.2018, E.2015/24276, K.2018/3224; Yarg. 22.HD, 23.10.2017, E.2015/18446, K.2017/22630; Yarg. 9.HD, 18.03.2015, E.2015/5444, K.2015/11088 (Lexpera); Yarg. 9. HD, 23.01.2013, E.2010/40418, K.2013/2575; Yarg. 9. HD, 15.01.2013, E.2010/35184, K.2013/596; Yarg. 22. HD, 05.11.2012, 4868/24281; Yarg. 9. HD, 30.01.2012, E.2009/37019, K.2012/2239 (Kişisel Arşiv).

[6] Yarg. 22.HD, 24.4.2019, E.2016/9776, K.2019/9444; Yarg. 22.HD, 4.3.2019, E.2017/20568, K.2019/4851; Yarg. 9.HD, 19.2.2018, E.2015/24276, K.2018/3224 ; Yarg. 22.HD, 1.3.2018, E.2017/10930, K.2018/5308; Yarg. 9. HD, 23.01.2013, E.2010/40418, K.2013/2575 (Lexpera); Yarg. 9. HD, 15.01.2013, E.2010/35184, K.2013/596; Yarg. 22. HD, 05.11.2012, 4868/24281; Yarg. 9. HD, 30.01.2012, E.2009/37019, K.2012/2239 (Kişisel Arşiv).

[7] 97/81 sayılı AB Direktifi ile yürürlüğe konulan sosyal tarafların meydana getirdikleri "Kısmi Süreli Çalışma Hakkında Çerçeve Anlaşması (m.3/2) ve 175 sayılı ILO Sözleşmesinde [m.1 (a),(c)] "emsal" yerine "karşılaştırılabilir" (comparable) sıfatı tercih edilmiştir:

""Karşılaştırılabilir tam zamanlı işçi" deyimi, aynı işyerinde (kuruluşta) kıdem, nitelik/beceri gibi hususlar göz önünde bulundurulduğunda, aynı tipte iş sözleşmesi veya iş ilişkisi içinde bulunan; aynı veya benzer bir iş/meslekle iştigal eden tam zamanlı işçiyi ifade eder. Aynı işyerinde karşılaştırılabilir tam zamanlı işçi bulunmuyorsa karşılaştırma, uygulanabilir toplu sözleşme; uygulanabilir bir toplu sözleşme yoksa ulusal mevzuat, diğer toplu sözleşmeler ve uygulama referans alınarak yapılır." (97/81/EC Cls.3/2).

"Karşılaştırılabilir tam zamanlı işçi deyimi, (i) aynı tipte iş ilişkisi içinde bulunan (ii) aynı ya da benzer iş veya meslekle iştigal eden (iii) aynı işyerinde (kuruluşta) veya o işyerinde karşılaştırılabilir tam zamanlı işçi yoksa aynı işletmede ya da o işletmede de karşılaştırılabilir tam zamanlı işçi yoksa aynı faaliyet kolunda istihdam edilen işçiyi ifade eder." [ILO C 175 Art. 1 (c)]. Bkz. Alpagut, 2010:9, 10; Tuncay, 2003:134; Akyiğit, 2008:549.

[8] Tam süreli emsal işçi hakkında ayrıntılı açıklama için bkz. Sevimli, 2019:15-18, 71 vd.

daha az çalışma halinin *düzenli* olarak *devam* etmesi; *süreklilik* göstermesidir (Tuncay, 2003:132; Mollamahmutoğlu vd., 433; Gerek, 1990:4). Bu unsurun, iş sözleşmesinin diğer iş görme sözleşmelerinden ayırt edici hukuki nitelikleri/özellikleri arasında yer alan devamlılıktan/süreklilikten[9] ayrı düşünülmesi mümkün değildir (Sevimli, 2019:20). İş sözleşmesinde işçinin borcu belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmektir (TBK m.393/I). Başka bir anlatımla sözleşme işçinin tamamladığı her bir işle sona erip yeni işe başlamasıyla yeniden kurulmaz; "*işçinin yerine getirdiği tek tek işler, kendisi ile işvereni bir süre için bağlayan zincirin halkalarını oluşturur*" (Tunçomağ ve Centel, 2022:72). Her iş sözleşmesinde olduğu gibi kurulan hukuki ilişkinin (iş ilişkisi) ve karşılıklı edimlerin süreklilik/ devamlılık arz etmesinin yanı sıra kısmi süreli iş sözleşmesi bakımından ayrıca haftalık temelde önemli ölçüde daha az çalışma halinin de düzenli şekilde devam etmesi gerekmektedir.

Dahası haftalık çalışma süresinin tam süreli çalışan emsal işçiye göre salt önemli ölçüde daha az olması yeterli değildir. Haftalık çalışma süresinin tarafların serbest iradesiyle, gönüllülük temelinde önemli ölçüde az belirlenmesi veya en azından işçinin sözleşme uyarınca görmeyi borçlandığı işin niteliğinin tam süreli çalışmaya elverişli olmadığını bilerek iş ilişkisini kurmuş olmaları gerekir (Centel, 1992:31, 28; Çelik vd., 2022:197; Mollamahmutoğlu vd., 2022:432, 433; Balkan, 2021:102)[10]. İşin niteliğinin tam süreli çalışmaya elverişli olmaması ile kastedilen, gazete dağıtıcılığı, çok küçük bir dairenin günlük temizliği (Centel, 1992:15, 28), bağımsız bölüm sayısı az ve kaloriferi bulunmayan bir binada kapıcılık[11] gibi işlerdir ve taraflar özellikle bu durumu bilerek

[9] İş sözleşmesinin devamlılık/süreklilik niteliği/özelliği konusunda bkz. Saymen, 1954:397, 398; Ekonomi, 1987:78, 79; Çelik vd., 2022:176; Süzek, 2021:245; Mollamahmutoğlu vd., 2022:388, 389; Tunçomağ ve Centel, 2022:72, 76.

[10] 2016 yılında İş Kanununun klasik kısmi süreli iş sözleşmesini düzenleyen 13. maddesine eklenen beşinci fıkrayla işçilere doğum veya evlat edinme nedeniyle kısmi süreli çalışmaya geçme hakkı tanınmıştır. İşçi tarafından bu hakkın kullanılmasıyla kurulacak kısmi süreli iş ilişkisinin tarafların serbest iradelerinin ürünü olduğunu iddia etmek güçtür. Ebeveynlik temelinde kısmi süreli çalışma söz konusu olduğunda ilgili yönetmelikte sıralanan istisnalar haricinde bu tür çalışmaya geçiş, işverenin oluruna (iradesine) bağlı değildir. Anlaşılacağı üzere İşK m.13/V düzenlemesi, kısmi süreli iş sözleşmesinin "haftalık çalışma süresindeki azalmanın serbest irade ürünü olması" unsuru bakımından istisna teşkil eden karaktere sahiptir. Söz konusu unsurun yokluğuna rağmen İşK m.13/V'te düzenlenen sözleşme türünün kısmi süreli iş sözleşmesi olduğu hususunda duraksama yaşanmaması gerekir. Bkz: Sevimli, 2019:19.

[11] *"… Özellikle bağımsız bölüm sayısının az ve eklentiler ile ortak alanların da yoğun bir iş hacmini gerektirmeyecek durumda olduğu hallerde, kapıcının günlük 7,5 saat ve haftalık 45 saat olağan mesaiye göre daha az sürelerle çalıştırılması imkan dahilindedir. Kısmi süreli iş sözleşmesi yazılı olarak yapılabileceği gibi, yazılı sözleşme bulunmayan hallerde işyerinin özelliği ile işin niteliğine göre de kısmi çalışma olgusunun kanıtlanması mümkündür…"* Yarg. HGK, 1.11.2017, 2015/10-215, 2017/1255 (Lexpera); Yarg. 7.HD, 6.6.2016, E.2016/18787, K.2016/12348 (Lexpera); Yarg. 22. HD, 15.11.2012, 5033/25540 (Kişisel Arşiv).

serbest iradeleriyle sözleşmeye taraf olmaktadır.

Sağlık kuralları bakımından günde yedi buçuk saatten daha az çalışılması gereken işlerde olduğu gibi yasal bir yükümlülükten [İSGK m.30(1),a][12] kaynaklanan daha kısa çalışma süreleri söz konusu olduğunda (Mollamahmutoğlu vd., 2022:432, 433; Sarıbay, 2008:282) ya da kısa çalışmada (4447 sK. Ek.m.2) olduğu gibi genel ekonomik, sektörel veya bölgesel kriz ile zorlayıcı sebeplerle işyerindeki haftalık çalışma sürelerinin geçici olarak önemli ölçüde azaltılması hallerinde kısmi süreli iş sözleşmesinden söz edilemez. İlkinde haftalık çalışma süresindeki azalma serbest irade ürünü değil, yasal bir zorunluluktur; ikincisinde ise iradi olmadığı gibi geçici niteliktedir (Eyrenci, 1989:25; Centel, 1992:32; Mollamahmutoğlu vd., 2022:432, 433; Çelik vd., 2022:197, 198; Sarıbay, 2008:280; Kar, 2016:249).

4857 sayılı Kanunla klasik kısmi süreli iş sözleşmesinin yanı sıra çağrı üzerine çalışmaya dayalı kısmi süreli iş sözleşmesi de düzenlenmiştir[13]. Söz konusu düzenleme uyarınca "*Yazılı sözleşme ile işçinin yapmayı üstlendiği işle ilgili olarak kendisine ihtiyaç duyulması halinde* (İhtiyacın mevcudiyetinin işverene göre sübjektif şekilde belirleneceği yönünde bkz. Aydın, 2016:204, 205; Baysal, 2012:91 ve orada anılan yazarlar) *iş görme ediminin yerine getirileceğinin kararlaştırıldığı iş ilişkisi, çağrı üzerine çalışmaya dayalı kısmi süreli bir iş sözleşmesidir*" (İşK m.14/I).

Bu çalışma türünde hafta, ay veya yıl gibi bir zaman dilimi boyunca çalışma süresinin uzunluğu -klasik kısmi süreli iş sözleşmesinde olduğu gibi- taraflarca kararlaştırılmakta ancak söz konusu zaman dilimi içinde işçinin fiilen çalıştırılıp çalıştırılmayacağını; çalıştırılacaksa bunun zamanını (çalışma süresinin konumunu/dağılımını) belirleme hakkı ise işverene bırakılmaktadır (Centel, 1992:41; Eyrenci, 1989:33; Süzek, 2021:278; Tunçomağ ve Centel, 2022:76; Akyiğit, 2008:574, 575; Astarlı, 2008:374, 375; Baysal, 2012:86, 90, 91; Aydın, 2007:42, 43; Ertürk, 2022: 143). İşK m.14'te düzenlenen çağrı üzerine çalışma, madde metninde açıkça ifade bulduğu üzere kısmi süreli iş sözleşmesinin bir türüdür (Eyrenci vd., 2020:86, 98; Süzek, 2021:277-279; Mollamahmutoğlu vd., 2022:438; Çelik, 2002:99; Tuncay, 2003:139; Aydın, 2007:43; Odaman, 2013:171, 172; Senyen Kaplan, 2022:156). Dolayısıyla kısmi süreli iş sözleşmeleri için söz konusu olan ilke ve kuralların çağrı üzerine çalışma için de *mutatis mutandis* geçerli olduğu noktasında

[12] Bkz. Sağlık Kuralları Bakımından Günde Azami Yedi Buçuk Saat veya Daha Az Çalışılması Gereken İşler Hakkında Yönetmelik (RG 16.07.2013/28709).

[13] İşK m. 14'teki çağrı üzerine çalışmaya ilişkin düzenlemeler, Alman hukukundaki konuya ilişkin düzenlemeler ile önemli ölçüde örtüşmektedir. Yürürlükten kalkan Alman İstihdamı Teşvik Kanunu §4 düzenlemesinin yerine geçen Kısmi ve Belirli Süreli Çalışma Kanunu (TzBfG) §12, İşK. m. 14 ile benzer esaslar içermektedir. Ancak 4857 sayılı Kanunun 14. maddesi esas olarak Alman İstihdamı Teşvik Kanunundaki düzenleme dikkate alınarak kaleme alınmıştır. Bkz. Baysal, 2012:88, 89; Eyrenci, 2004:28; Akyiğit, 2008:575, dn.5.

duraksama yoktur (Çelik vd., 2022:213; Odaman, 2013:172, 173; Baysal, 2012:92)[14].

İş Kanundaki Hafta Tatiline Hak Kazanmaya İlişkin Hükümlerin Kısmi Süreli İş Sözleşmeleri Bakımından Yorumlanması

İş Kanunu kapsamındaki işçiler bakımından hafta tatiline hak kazanma şartları, "*Bu Kanun kapsamına giren işyerlerinde, işçilere tatil gününden önce 63 üncü maddeye göre belirlenen iş günlerinde çalışmış olmaları koşulu ile yedi günlük bir zaman dilimi içinde kesintisiz en az yirmidört saat dinlenme (hafta tatili) verilir*" (İşK m.46/I) şeklinde düzenlenmiştir.

Hafta tatilini düzenleyen 46. maddenin atıf yaptığı 63. maddede haftalık çalışma süresi, "*Genel bakımdan çalışma süresi haftada en çok kırkbeş saattir*" (İşK m.63/I,c.1) anlatımıyla tanımlanmıştır. Anılan hüküm uyarınca "*Aksi kararlaştırılmamışsa bu süre, işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine eşit ölçüde bölünerek uygulanır*" (İşK m.63/I,c.2). "*Tarafların anlaşması ile haftalık normal çalışma süresi, işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine, günde onbir saati aşmamak koşulu ile farklı şekilde dağıtılabilir*" (İşK m.63/II,c.1).

Hafta tatiline hak kazanmak için gerekli koşulları düzenleyen bu hükümlerin kısmi süreli iş sözleşmelerine uygulanması konusunda farklı yorum ve görüşler ileri sürülmektedir.

Haftalık 45 Saat Çalışmayı Esas Alan Yorum

Öğretideki bir Görüşe (Centel, 2006:21; Şakar, 2018:85; Aydın, 2007:51; Aydın, 2016:211; Ayrıca bkz. Tuncay, 2003:135-136; Ertürk, 2022:142) göre kısmi süreli işçi haftalık 45 saatlik çalışma süresini doldurmadığından hafta tatiline hak kazanamaz. Zira İşK m.46/I hükmünün atıfta bulunduğu 63. madde, haftalık kırkbeş saatten daha az çalışmayı içeren esnek çalışma modellerini kapsamamaktadır. Ayrıca İşK. m.46/III, hafta tatili ücretine hak kazanmada çalışılmış günler gibi hesaba katılacak durumları tek tek sayma ve belirleme yoluna gitmiştir. Sıralananlar arasında, kısmi çalışma türlerine yer verilmiş değildir. Bu nedenlerle, haftanın birkaç günü çalışmak suretiyle esnek çalışma modeli içinde bulunan bir işçi, haftalık kırkbeş saati doldurmadığı sürece, İş Kanununun 63. maddesine göre belirlenen iş günlerinde çalışmış olma koşulunu yerine getirmediğinden hafta tatili ücretine hak kazanamaz (Centel, 2006:21,22).

"Hafta tatiline hak kazanmak için haftada kırkbeş saat çalışmış olmak mı gerekir?" sorusu öncelikle yanıt beklemektedir. Konuya ilişkin 2020 yılına dek verilen Yargıtay kararlarındaki anlatımdan da hafta tatiline hak kazanmak için haftalık kırkbeş saatin doldurulmuş olmasının gerektiği (Aynı yönde bkz.

[14] "*Bu tür iş sözleşmeleri hakkında 13 üncü maddedeki ilkelerin uygulanacağı da açıktır*" (İş Kanunu 14. Madde Gerekçesi).

Mollamahmutoğlu vd., 2022:1370; Kar, 2016:254, 255) sonucu çıkmaktadır[15]. Oysaki, bireysel ya da toplu sözleşmelerle haftalık çalışma süresinin kırkbeş saatin altında belirlenmesi mümkündür. 2020'ye dek verilmiş olan Kararlarda yer alan *"haftalık çalışma süresi kırkbeş saati bulamayacağından, kısmî süreli iş ilişkisinde işçinin hafta tatiline hak kazanması mümkün olmaz"* anlatımı, "haftalık çalışma süresi 44 saat olarak belirlenmiş olan tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan bir işçi de mi hafta tatili hakkından mahrum kalacaktır?" sorusunu akla getirecektir. Söz konusu işçinin hafta tatili hakkının bulunduğu noktasında duraksama yoktur (Çelik vd., 2022:206; Caniklioğlu, 2016:19; Süzek, 2021:856; Karaman, 2010:288, 289; Balkan, 2021:303). Nitekim Yargıtay uygulamasının da bu yönde olduğu söylenebilir[16]. Dolayısıyla haftalık çalışma süresinin kırkbeş saati bulmamasının, kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçinin hafta tatili hakkının bulunup bulunmadığının belirlenmesinde dayanak olarak gösterilmesi isabetli değildir. Kararlardaki söz konusu ifadeyle anlatılmak istenen herhalde, kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçinin hafta tatili hakkının bulunmadığı olsa gerekir (Süzek, 2021:857; Balkan, 2021:306). Anımsatalım ki inceleme konusu Kararda da yerel mahkeme "kısmi süreli çalışmada hafta tatiline hak kazanılamayacağı" gerekçesiyle istemi reddetmiştir. Açıklandığı üzere salt haftalık çalışma süresinin kırkbeş saati bulmaması olgusu hafta tatili hakkının kazanımı bakımından engel oluşturmadığına göre 2020'ye dek verilen kararlarda kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçinin hangi gerekçeyle bu haktan kategorik olarak mahrum bırakıldığını anlamak bizim açımızdan güçtür.

Öte yandan, kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçinin hafta tatili hakkının bulunmadığı yönündeki yukarıda özetlenen Öğreti Görüşünün ileri sürdüğü İş Kanununda hafta tatiline hak kazanmak bakımından çalışılmış gibi hesaba katılacak süreler belirlenirken (İşK m.46/III) kısmi süreli iş sözleşmeleri uyarınca çalışılmayan sürelerin burada belirtilmemiş olması argümanını ikna edici bulmakta zorlandığımızı belirtmemiz gerekir.

İşK m.46/III hükmü aşağıdaki gibidir:

"Şu kadar ki;

a) Çalışmadığı halde kanunen çalışma süresinden sayılan zamanlar ile günlük ücret ödenen veya ödenmeyen kanundan veya sözleşmeden doğan tatil günleri,

[15] Öğretide de Yargıtay'ın bu kararları, işçinin hafta tatiline hak kazanması için haftalık kırkbeş saatlik çalışma süresini doldurması gerektiğine işaret ettiği şekilde yorumlanır. Bkz. Çelik vd., 2022:206, 207; Süzek, 2021:857.

[16] Doğrudan hafta tatili hakkına ilişkin olmamakla birlikte, haftada 33 saat çalışan işçinin toplu iş sözleşmesiyle sağlanan haklardan tam süreli çalışanlar gibi yararlanacağı doğrultusuna Yarg. HGK, 6.2.2013, E.2012/9-847, K.2013/200 (Lexpera); Ayr. bkz. Yarg. 9. HD, 4.6.2015, E.2014/12915 K.2015/20548 (Lexpera).

b) Ek 2 nci maddede sayılan izin süreleri[17],
c) Bir haftalık süre içinde kalmak üzere işveren tarafından verilen diğer izinlerle hekim raporuyla verilen hastalık ve dinlenme izinleri,
Çalışılmış günler gibi hesaba katılır."

Kısmi süreli çalışmanın İşK m.46/III hükmünde yer almaması doğaldır. Bu hükümde işçinin çalışmakla yükümlü olduğu halde çalışmadığı ancak hafta tatiline hak kazanması bakımından çalışılmış gibi hesaba katılacak süreler sınırlı sayıda (*numerus clausus*) sıralanmıştır. Oysaki, kısmi süreli işçinin tam süreli işçiyle karşılaştırıldığında çalışmadığı süreler, zaten çalışmakla yükümlü olmadığı sürelerdir. Başka bir anlatımla, İşK m.46'da sıralanan süreler ile kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçinin sözleşmede belirlenen süre dışında çalışmadığı süre, nitelik bakımından farklıdır[18] (Sevimli, 2019:179). Öte yandan, kısmi süreli işçinin sözleşme uyarınca çalışmakla yükümlü olduğu sürelerde İşK m.46/III düzenlemesinde sıralanan sebepler dışında bir sebeple devamsızlığı halinde, hafta tatiline hak kazanamayacağı tartışmasızdır.

İşK m.46/I hükmünün atıfta bulunduğu 63. maddenin, haftalık kırkbeş saatten daha az çalışmayı içeren esnek çalışma modellerini kapsamadığı görüşüne de katılmak güç görünmektedir. İş Kanunu, 4. maddede belirtilen istisnalar dışında kalan bütün işyerlerine, bu işyerlerinin işverenleri ile işveren vekillerine ve işçilerine faaliyet konularına bakılmaksızın uygulanır (İşK m.1/II). Kısmi süreli iş sözleşmesi, 4. maddedeki istisnalar arasında yer almak şöyle dursun, Kanunun 5, 13 ve 14. maddelerinde düzenleme konusu yapıldığına göre İş Kanununun -giderek 63. maddenin de- kapsamındadır. Öte yandan bazı iş ilişkileri İş Kanunu kapsamında olmakla birlikte Kanunun belirli maddelerinin bunlara uygulanmadığı akla gelebilir. Ancak bu durum süreksiz işlerde çalışanlar bakımından İşK m.10/II; mevsimlik veya kampanya işlerinde çalışanlar bakımından İşK m.53/III düzenlemelerinde olduğu gibi Kanunda açıkça belirtilmiştir. Kısmi süreli iş sözleşmeleriyle çalışanların m.63 kapsamı dışında bırakıldığına dair Kanunda bu tür bir hüküm mevcut değildir (Sevimli, 2019:179).

Haftanın Bütün İş Günlerinde Çalışmayı Esas Alan Yorum

Bu konudaki diğer bir Öğreti Görüşü (Eyrenci vd., 2020:88, 89, 330;

[17] "İşçiye; evlenmesi veya evlat edinmesi ya da ana veya babasının, eşinin, kardeşinin, çocuğunun ölümü hâlinde üç gün, eşinin doğum yapması hâlinde ise beş gün ücretli izin verilir (İşK Ek m.2 /I). İşçilerin en az yüzde yetmiş oranında engelli veya süreğen hastalığı olan çocuğunun tedavisinde, hastalık raporuna dayalı olarak ve çalışan ebeveynden sadece biri tarafından kullanılması kaydıyla, bir yıl içinde toptan veya bölümler hâlinde on güne kadar ücretli izin verilir (İşK Ek m.2 /II).

[18] Yıllık izin bakımından çalışılmış gibi sayılan halleri düzenleyen İşK m.55 bağlamında benzer bir çıkarım için bkz. Karaman, 2010:285, 286.

Mollamahmutoğlu vd., 2022:1370, 1371; Ayrıca bkz. Çelik vd., 2022:205, 206; Sümer, 2022:43,44; Balkan, 2021:308) ise İşK m.46 ilk fıkradaki *"…işçilere tatil gününden önce 63 üncü maddeye göre belirlenen iş günlerinde çalışmış olmaları koşulu ile yedi günlük bir zaman dilimi içinde kesintisiz en az yirmidört saat dinlenme (hafta tatili) verilir*" hükmündeki "iş günlerinde çalışmış olmaları" anlatımından ve madde gerekçesinden[19] hareketle, o işyerinde haftanın çalışılan bütün iş günlerinde çalışan kısmi süreli işçilerin hafta tatiline hak kazanacağı, ancak haftanın bazı günleri çalışan kısmi süreli işçilerin hafta tatilinden yararlanamayacağı sonucuna varır. Yargıtay'ın inceleme konusu yaptığımız Kararının karar metninde açıkça ifade edilmese de bu görüşe yaklaştığı söylenebilir.

Bu görüşe de katılmakta güçlük yaşadığımızı belirtmeliyiz. Her ne kadar m.46, "63 üncü maddeye göre belirlenen iş günleri" anlatımını içerse de altını çizerek belirtmek isteriz ki; m.63, haftalık çalışma süresini gün değil, saat olarak belirlemektedir (en çok kırkbeş saat). Bu saatlerin haftanın günlerine nasıl dağıtılacağı ise günde onbir saati aşmamak koşulu ile iş sözleşmesinin taraflarına bırakılmıştır. Başka bir anlatımla m.46'daki "belirlenen iş günleri", iş sözleşmesi taraflarınca belirlenen iş günleridir. Taraflar sözleşme ile haftada kaç gün çalışılacağını diledikleri gibi belirleyebilirler. Örneğin haftada altı iş günü çalışılan bir işyerinde üç gün çalışma konusunda işçi ve işveren anlaştığında söz konusu kısmi süreli iş sözleşmesi için "63 üncü maddeye göre belirlenen iş günü" sayısı üçtür. 46. madde gerekçesinde hafta tatili hakkının doğumunun mutlaka altı işgünü çalışılmış olma şartına bağlı olmadığının açık şekilde anlatım bulduğu[20] da dikkate alındığında örnekteki haftada üç gün çalışan kısmi süreli işçinin salt altı gün çalışmamasından ötürü hafta tatili hakkından mahrum kalması kanımızca izaha muhtaçtır.

Lafzi Pozitivist Yorum

Öğretideki bir başka Görüşe (Akyiğit, 2008:561; Karaman, 2010:289; Meriç, 2005:1568, 1569; Ayr. Bkz. Süzek, 2021:856, 857) göre, 4857 sayılı İş Kanunu uyarınca kısmi süreli çalışanların sözleşme ile belirlenen süre içerisinde çalışmaları kaydıyla hafta tatiline hak kazanacakları noktasında duraksama yoktur. Gerçekten, 46 ve 63. maddelerin lafzi yorumundan çıkan sonuç, iş sözleşmesi taraflarının anlaşması uyarınca kırkbeş saati aşmayan bir sürenin haftanın günlerine dağıtılması sonucu belirlenen iş günlerinde işçinin çalışmış olmasının hafta tatiline hak

[19] "*Kısmi süreli iş sözleşmesine göre çalıştırılan bir işçi, işyerinde haftanın iki iş günü iş görmeyi üstlendiğinde bu çalışma düzeni itibarıyla hafta tatili ücretine hak kazanamayacağı gibi…"* (İş Kanunu 13. Madde gerekçesi).

[20] "*Bu Kanunun 63 üncü maddesi ile iş sürelerinde sözleşmelerle esnekleşme yapılması yolu açıldığından, hafta tatilinin mutlaka 6 işgünü çalışılmış olmasına bağlı olmaksızın 7 günlük bir zaman dilimi içinde en az 24 saat dinlenme (hafta tatili) verilmesi esası kabul edilmiştir"* (İş Kanunu 46. Madde gerekçesi).

kazanması için gerekli ve yeterli olduğudur. Başka bir anlatımla işçi, uzunluğu ne kadar olursa olsun sözleşmede belirlenen haftalık çalışma süresi boyunca çalışmış ya da çalışmakla yükümlü olduğu bu süre bakımından m.46/III'te belirtilen çalışılmış gibi hesaba katılacak durumlar söz konusu olmuş ise, hafta tatiline hak kazanır. Pozitif düzenlemelerin sözünü[21] esas alan özetlediğimiz bu yorumun, *in claris non fit interpretatio*[22] (Bkz. Gözler, 2021:312-314) ilkesini önceleyerek bu sonuca vardığını ileri sürmek yanlış olmaz.

Gerçekten Kanunda hafta tatiline hak kazanmak için çalışılması gereken en az süre konusunda hüküm bulunmamaktadır (Karaman, 2010:288, 289). Giderek, kanunun lafzi yorumu bizi haftada dört gün birer saat çalışan bir işçi ele alındığında, hafta tatili hakkı doğacağı sonucuna götürür. Verdiğimiz bu örnekte işçi, kırkbeş saati aşmayan bir sürenin (4 saat) haftanın çalışılan günlerine iş sözleşmesi taraflarının anlaşması uyarınca dağıtılması (örneğin salıdan cumaya 13:00-14:00 arası) sonucu belirlenen iş günlerinde çalışmıştır. Ne var ki, Kanunun amacı ve ruhu esas alındığında, lafzi yorumla varılan bu sonucun örneklediğimiz türden bir somut durumun gerektirdiği adalete uygun olduğunu ileri sürmek de kanımızca güçtür. Kanunun sözü (lafzı) somut durumun istisnai özelliklerine uymamakta, adalete aykırı sonuç doğurmaktadır. Hafta tatilinin amacı çalışarak yorulan işçiye dinlenme fırsatı vermektir[23]. Verdiğimiz örnek düşünüldüğünde işçinin yorgunluğunun hafta tatilini gerektirecek derecede olmadığı açıktır.

Tarihi Yorum

Lafzi yorumla varılan sonucun tatmin edici olmaması karşısında hafta tatili konusundaki düzenlemelerin tarihi yorum metoduyla yorumlanması ve bu yolla adalete uygun tatmin edici bir sonuç arayışına girmek de bir seçenektir. Tarihî yorum metodu, Kanun Koyucunun kanunu koyarken izlediği amacın (Kanun Koyucunun sübjektif iradesinin) belirlenmesini esas alır. Kanunun hazırlık çalışmaları, komisyon ve genel kurul tutanakları, özellikle de kanunun gerekçesi söz konusu amacın belirlenmesinde kullanılacak enstrümanlardır (Gözler, 2021:304; Aybay vd., 2018:326, 237; Güriz, 2013:66, 67). İş Kanunu 13. madde gerekçesine bakıldığında konuyla ilgili *"Kısmi süreli iş sözleşmesine göre çalıştırılan bir işçi, işyerinde haftanın iki iş günü iş görmeyi üstlendiğinde bu çalışma düzeni itibarıyla hafta tatili ücretine hak kazanamayacağı gibi… bu durum bir ayırım yapıldığı anlamı da taşımaz"* anlatımına yer verildiği görülür. Ancak bu anlatımdan yola çıkarak Kanun Koyucunun iradesinin

[21] "Kanun, sözüyle ve özüyle değindiği bütün konularda uygulanır." Türk Medeni Kanunu m.1/I.

[22] "*Açıklık durumunda yorum yapılmaz*".

[23] "*Bir hafta olağan biçimde çalışıp yorulan kimsenin hafta sonunda dinlenmesi onun insanlık haysiyetine yaraşır bir yaşayış düzeyine erişmesi için bugünkü uygarlık dünyasında vazgeçilmez bir koşul sayılmaktadır*" AYM, 13.07.1971, E:1971/132, K.1971/65 (RG 27.04.1972 /14171).

çalışma süresi ne kadar olursa olsun kategorik olarak kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçiye hafta tatili hakkı tanımamak doğrultusunda olduğunu ileri sürmek güçtür. Böyle bir amaç güdülseydi kanun metninde ya da en azından gerekçede daha açık ifade edilirdi. Dahası gerekçedeki bu anlatım haftanın iki işgünü iş görmeyi üstlenen bir işçinin bu çalışma düzeni itibarıyla hafta tatili ücretine hak kazanamayacağını belirtmekle birlikte; "haftanın altı günü örneğin ikişer saat çalışan bir işçi hafta tatiline hak kazanır mı?" sorusuna da yanıt vermekten uzaktır. Madde gerekçesindeki anlatımdan duraksamaya yer vermeyecek nitelikte çıkarılabilecek sonuç, Kanun Koyucunun sübjektif iradesinin dinlenme gereksinimi doğurmayacak kısalıktaki çalışmanın hafta tatiline hak kazandırmaması gerektiği yönünde olduğudur (Sevimli, 2019:181, 182). Ne var ki, tarihi yorum metoduyla vardığımız bu sonucun ortaya uygulanabilir bir kural çıkardığı söylenemez.

Görüşümüz: Örtülü Kanun Boşluğu

Kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçinin hafta tatili hakkı konusunda buraya kadar ortaya koymaya çalıştığımız durum, "Bir kanun boşluğu mu söz konusudur?" sorusunu akla getirir. 46 ve 63. maddelerin lafzından uygulanacak bir kurala ulaşılabildiğine[24] göre, açık bir kanun boşluğu söz konusu değildir. Ne var ki, örtülü bir kanun boşluğundan söz etmek kanımızca mümkündür. Belirtmek gerekir ki, gerçek olmayan kanun boşluğu olarak da adlandırılan (Kırca, 2001:95; Işıktaç ve Metin, 2003:229; bkz ve karş. Oğuzman ve Barlas, 2022:99, 100) örtülü kanun boşluğu tartışmalı bir kanun boşluğu türüdür. Öğretide bir Görüş (Gözler, 2021:403, 404) hukuki düzenlemenin var olması ama tatmin edici sayılmaması şeklinde özetlenebilecek örtülü kanun boşluğu kavramını kabul edilemez bulur. Ne var ki, örtülü boşluk kavramı, genel olarak Öğreti ve Yargıtay[25] tarafından benimsenen ve hukuki meselelerin çözümünde kullanılan bir kavramdır.

Örtülü boşluk durumunda kanunda hâkimin önündeki olaya uygulanması mümkün bir kural vardır. Ancak kanun maddesi, somut duruma özgü bazı özellikleri dikkate almamıştır. Kanunun lafzı somut durumun istisnai özelliklerine uymamakta, adalete aykırı sonuçlar doğurmaktadır. Bu durumda boşluk görünürde bir kanun hükmü olmasına rağmen, kanunun amacı *(ratio legis*) ve negatif eşitlik ilkesi (eşit olmayana eşit şekilde davranmama) esas alındığında düzenlenmesi gereken bir nokta olarak ortaya çıkan, bir sınırlama eksikliğinden doğan boşluktur (Kırca, 2001:96; Işıktaç ve Metin, 2003:229). Örtülü boşluklar kanunun amacının gerektirdiği istisnayı düzenleyen kuralın hakim tarafından koyulması (hukuk yaratılması) veya geniş kanun lafzının somut olaya uygulanmaması yoluyla doldurulur (Kırca, 2001:98 vd.; Işıktaç ve Metin, 2003:229; Aybay vd., 2018:340).

Hafta tatili düzenlemesi bakımından Kanunun amacının şu şekilde

[24] Bkz. yukarıda "Lafzi Pozitivist Yorum".

[25] Bkz. Yarg. 9. HD, 14.4.2008, E.2007/14130, K.2008/8314 (Lexpera).

özetlenmesi mümkündür: Dinlenmek, 63 ve 46. maddeler uyarınca belirlenen süre boyunca çalışmış olan işçinin Anayasal hakkıdır ve hafta tatili hakkının doğumu için dinlenme gereksinimi doğuracak kadar çalışmış olmak gerekir. Ancak dinlenme hakkını doğuracak haftalık en az çalışma süresi (kanunun amacının gerektirdiği istisna) kanunda bulunmamaktadır. Kısmi süreli çalışanların hafta tatili hakkının bulunmadığını savunan ancak bu durumun tatmin edici olmadığını da ifade eden Öğreti görüşü tarafından da bu konuda pozitif düzenleme yapılması gerektiği, açık şekilde ifade edilmektedir[26]. Ne var ki halihazırda kanunun amacının gerektirdiği istisnayı düzenleyen bir hüküm (pozitif düzenleme) bulunmadığına göre boşluğun hâkim tarafından hukuk yaratılarak doldurulması; hafta tatili hakkını doğuracak haftalık en az çalışma süresini belirleyen kuralın ihdas edilmesi gerekir (Sevimli, 2014: 37 vd.; Sevimli, 2018: 107 vd.; Sevimli, 2019: 182, 183)[27].

Çağrı üzerine çalışmaya dayalı kısmi süreli bir iş sözleşmesiyle çalışan işçi bakımından da buraya kadar ortaya koyduğumuz sonuçlar geçerlidir. Bu tür iş sözleşmeleri hakkında klasik kısmi süreli iş sözleşmesini düzenleyen ilkelerin uygulanacağı 14. madde gerekçesinde açık şekilde anlatım bulmuştur. Bu bağlamda gözden kaçmaması gereken, hafta tatili hakkının belirlenen iş günlerinde çalışmanın ya da bu günlerde hafta tatili bakımından çalışılmış gibi hesaba katılan durumların (İşK m.46/III) varlığına bağlı olduğudur. Dolayısıyla çağrı üzerine çalışmaya dayalı kısmi süreli bir iş sözleşmesiyle çalışan işçinin çalıştırılmak için belirlenen sürede çağrı yapılmayarak çalıştırılmasa da ücrete hak kazanacak olması, onun çağrı yapılmadığı için çalışmadığı haftalar için hafta tatiline de hak kazanacağı anlamına gelmez. Çağrı üzerine çalışan kısmi süreli işçi ancak fiilen çalıştığı haftalarda hafta tatiline hak kazanır (Sevimli, 2019:183).

Yargıtay Kararlarının Gündeme Taşıdığı Sorular ve İlke Kararı Gereksinimi

Yargıtayın incelme konusu yaptığımız kısmi süreli işçilerin hafta tatili hakkı konusunda 2020 ve sonrasında verdiği kararlarının ilk akla getirdiği soru, yıllardır devam ettirdiği haftalık çalışma süresi kırkbeş saati bulamayacağından kısmi süreli işçinin hafta tatiline hak kazanmasının mümkün olmayacağı yönündeki içtihadında değişikliğe gidip gitmediğidir. Kararların bizde uyandırdığı izlenim bu içtihadın

[26] *"…kısmi süreli çalışmalar için hafta tatili ücretine hak kazanılabileceğinin düşünülmesi yerinde olmamıştır… Pozitif hukukun bu konudaki düzenlemesini gözardı etme olanağının bulunmayışına karşın, mevcut hükümlerin tatmin edici oldukları söylenememektedir. Bu nedenle, de lege ferenda olarak, kısmi süreli çalışma içindeki ilgilinin çalıştığı sürenin toplam uzunluğu bakımından hafta sonu dinlenmesi yönünden korunmaya gereksinim duyup duymayacağı dikkate alınmak suretiyle düzenlemeye gidilmesi, yerinde olacaktır*" Centel, 2006:22; Ayr. bkz. Süzek, 2021:857; Balkan, 2021:308.

[27] Bkz. aşağıda "Yargıtay Kararlarının Gündeme Taşıdığı Sorular ve İlke Kararı Gereksinimi"

değiştiğidir. Ne var ki Kararlarda içtihat değişikliğinden emin olmak için gerekli açık ve kesin ifadelerin yer aldığından söz etmek güçtür.

Öte yandan içtihat değişikliğine gidilmiş ise söz konusu değişikliğin hangi yönde olduğu da Karar metinlerinden kesin olarak anlaşılamamaktadır. Öncelikle belirtelim ki, Yargıtay'ın haftada kaç gün ve ne kadar uzunlukta bir süre çalışıyor olursa olsun hiçbir ayrım yapmaksızın bütün kısmi süreli işçilerin hafta tatili hakkının bulunduğu şeklinde bir içtihat değişikliğine gittiğini iddia etmek bizce güçtür (Bkz. ve karş. Ekmekçi ve Yiğit, 2021:459). Kararlardaki *"… davacının haftanın yedi günü çalışmasına rağmen hafta tatili ücret alacağının ödenmediği sabit olup …*" ifadesinin uyandırdığı izlenim o işyerinde haftanın bütün iş günlerinde çalışan kısmi süreli işçilerin hafta tatiline hak kazanacağı, ancak haftanın bazı günleri çalışan kısmi süreli işçilerin hafta tatilinden yararlanamayacağı yönündeki Öğreti görüşüne yaklaşıldığı yönündedir. Dikkat edilirse "benimsendiği" değil "yaklaşıldığı" deyimini tercih ediyoruz zira, Yüksek Mahkemenin, haftalık 45 saat aşılmamış dahi olsa günlük en çok çalıştırma süresine ilişkin sınırların aşılması halinde fazla çalışma ücreti ödemesi gerektiğine hükmettiği kararlarındakine[28] benzer şekilde davacıların haftanın yedi günü aralıksız çalıştırılmış olmasının yaptırımı mahiyetinde mi hafta tatili ücreti hesaplanması gerektiğine hükmettiği; davacı işçiler haftanın altı günü çalıştırılmış olsa idi yine aynı yönde hüküm kurup kurmayacağı da Karar metinlerinden kesin ve açık yanıt alınamayan sorular arasındadır. Kararların yarattığı duraksama ve soru işaretleri uygulamada hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik açısından ciddi sorunlar ortaya çıkarabilecek niteliktedir.

Söz konusu duraksama ve soru işaretlerini gidermek üzere, haftalık çalışma süresi kırkbeş saati bulamayacağından kısmi süreli işçinin hafta tatiline hak kazanmasının mümkün olmayacağı yönündeki içtihatta değişikliğe gidilip gidilmediği; gidildi ise bunun hangi yönde olduğunun bundan sonra verilecek kararlarda daha açık ve kesin şekilde ifade edilmesi haksız bir beklenti değildir. Bu konuda bir ilke kararına gereksinim olduğu açıktır (Bkz. Balkan, 2021:307, 308). Arabulucu önünde yapılan anlaşmaya Türk Borçlar Kanununun ibrayı düzenleyen

[28] "… günlük çalışma süresine ilişkin yasal düzenlemelerin "emredici" nitelikte olduğu kabul edilmelidir. İşçinin haftalık çalışma süresi 45 saati aşmasa dahi, günlük 11 saati aşması halinde, bu çalışmalar için fazla çalışma ücreti ödenmesi gerekir … İşçilerin gece çalışmaları yedi buçuk saati geçemez … Turizm, özel güvenlik ve sağlık hizmeti yürütülen işlerde işçinin yazılı onayı ile yedi buçuk saatin üzerinde gece çalışması yaptırılabileceği öngörülmüş ise de bu işçiler dışındaki işçilerin gece çalışmaları aynı maddenin üçüncü fıkrası uyarınca günde yedi buçuk saati geçemez …turizm, özel güvenlik ve sağlık hizmeti yürütülen işyerlerindeki işçiler dışındaki işçiler bakımından, gece çalışmaları yönünden haftalık kırk beş saat olan yasal çalışma sınırı aşılmamış olsa dahi, günde yedi buçuk saati aşan çalışmalar için fazla çalışma ücreti ödenmelidir» Yarg. 9. HD, 21.09.2021, 7759/12375. (karararama.yargitay.gov.tr)

420. maddesinin uygulanıp uygulanmayacağı hususundaki içtihat değişikliğinde[29] olduğu gibi durumun açık ve kesin ifadelerle Karar metninde yer alması hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik ilkeleri bakımından önem arz etmektedir. Yargıtay'ın, sözünü ettiğimiz ilkeler ve sürpriz karar verme yasağı bağlamında belirsiz alacak davası konusunda göstermiş olduğu özen[30] söz konusu beklentimizin karşılanabilir olduğu hususundaki umudumuzu pekiştirmektedir.

İş Kanundaki hafta tatiline hak kazanmaya ilişkin hükümlerin kısmi süreli iş sözleşmeleri bakımından nasıl yorumlanması gerektiği hususundaki görüşümüzü yukarıda ortaya koymuştuk: Hafta tatili hakkının doğumu için dinlenme gereksinimi doğuracak kadar çalışmış olmak gerekir. Ancak dinlenme hakkını doğuracak haftalık en az çalışma süresi (kanunun amacının gerektirdiği istisna) kanunda bulunmadığından bu boşluğun hakim tarafından hukuk yaratılarak doldurulması gerekir.

Kısmi süreli işçinin hafta tatili hakkı hususunda ortaya koymaya çalıştığımız duraksamaları giderecek muhtemel bir ilke kararında hafta tatili hakkının kazanılmasına yetecek en az süreye ilişkin açık ve kesin bir ölçütün (en az süre sınırının) ortaya konması son derece isabetli olacaktır. Bu, uygulamada birlik sağlanması bakımından elzemdir. Belirtelim ki Yargıtay'ın bundan önce de Kanunda yer almayan süre sınırlamasını ihdas ettiği kararları mevcuttur. İlk akla gelen, sözleşmenin feshinde uygulanacak bildirim sürelerinin en çok ne kadar arttırılabileceğine ilişkin İçtihattır[31].

---

[29] "Arabulucu önünde yapılan anlaşmada ibraya ilişkin 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 420. maddesinin uygulanması mümkün değildir. Aksi kabulde arabulucu önünde tarafların anlaşması imkansız hale gelir… Her ne kadar Dairemizin 11.09.2019 tarihli ve 3694-13040 sayılı ilamında arabuluculuk anlaşma tutanağı ibra hükümleri çerçevesinde değerlendirilmiş ise de, Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulu'nun 07.07.2020 tarih ve 173 sayılı kararı ile aynı uyuşmazlıkların temyiz incelemesini yapmakla görevli 22. Hukuk Dairesinin kapatılması ve tüm işlerinin Dairemize devredilmesi üzerine yeniden yapılan değerlendirmede yukarıda belirtilen sonuca varılmıştır» Yarg. 9. HD, 07.02.2022, 436/1380. (Lexpera)

[30] "Hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik ilkeleri ve sürpriz karar verme yasağı gereği birleşme tarihinden önce yukarıda belirtilen esasları dikkate alan ilk kararın Yargıtay Kararları Dergisi veya başkaca yolla yayını tarihinden sonra açılan davalarda belirtilen ilkeler uygulanacaktır. Başka bir anlatımla açıklanan kararın yayınından önce açılan davalarda her iki Daire görev alanına giren bölgelerde verilen kararlar bakımından Yargıtay 9. Hukuk Dairesi ile Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin önceki uygulamalarına devam edilecektir." 9.HD, 14.09.2020, 2016/26476, 2020/7547 (karararama.yargitay.gov.tr).

[31] "Bildirim sürelerine ilişkin 4857 sayılı İş Kanununun 17. maddesindeki kurallar nispi emredici niteliktedir. Taraflarca bildirim süreleri ortadan kaldırılamaz ya da azaltılamaz. Ancak, sürelerin sözleşme ile arttırılabileceği Kanunda düzenlenmiştir. Bildirim önellerinin arttırılabileceği yasada belirtilmiş olmakla birlikte bir üst sınır öngörülmemiştir. Dairemiz tarafından, üst sınırı hâkimin belirlemesi gerektiği kabul edilmektedir (Yargıtay 9.HD. 21.3.2006 gün 2006/109 E. 2006/7052 K.). Üst sınırın en çok ihbar ve kötüniyet

4857 sayılı Kanun Gerekçesinde, neden mevcut 1475 sayılı Kanunda bazı değişiklikler yapmak yerine yeni bir kanun hazırlanarak yürürlüğe konulduğu açıklanırken öne çıkan dayanaklardan biri, çalışma yaşamında esnekleşmeye duyulan gereksinimdir[32]. Haftalık çalışma süresini gün değil, saat olarak belirleyen ve bu saatlerin haftanın günlerine nasıl dağıtılacağını iş sözleşmesinin taraflarına bırakan İşK m.63 hükmü, esnekleşmenin pozitif düzenlemelerde somutlaşmış örnekleri arasında yer alır. En az süre ölçütü ihdas edilirken, bu olgular göz önünde bulundurulmalıdır. İşK m. 63 düzenlemesinin ruhuna daha uygun olan tutum, en az sürenin asıl olarak gün değil saat olarak belirlenmesi olacaktır.

Ölçütün belirlenmesinde çağrı üzerine çalışmaya dayalı kısmi süreli iş sözleşmesi bakımından yedek hukuk kuralı niteliğindeki[33] İşK m.14/II hükmünde yer alan yirmi saatlik süre dikkate alınabilir (Sevimli, 2019:241). Yahut İş Kanunu 13. madde gerekçesindeki kısmi süreli işçinin, işyerinde haftanın iki iş günü iş görmeyi üstlenmesi halinde hafta tatili ücretine hak kazanamayacağı şeklindeki anlatımdan yola çıkılarak ve Ülkemizdeki genel uygulamanın haftalık kırkbeş saatlik çalışma süresinin haftanın çalışılan altı gününe eşit dağıtılması soncu günlük çalışma süresinin 7,5 saat olduğu gözetilerek, haftalık on beş saatin (2 gün x 7,5 saat) üstünde iş görmeyi üstlenen işçinin hafta tatili hakkının bulunduğu yorumu getirilebilir[34]. Hafta tatili düzenlemesinin amacının dinlenmeyi hak edecek derecede yorulan işçiye bu fırsatı vermek olduğu gözetildiğinde, örneğin haftada en az 20 saat çalışan yahut haftalık çalışması 20 saati bulunmasa da haftanın en az 5 günü çalıştırılan kısmi süreli işçiye hafta tatili hakkının tanınması gibi haftalık çalışma saatinin yanı sıra iş günlerinin de dikkate alındığı iki değişkeni bulunan bir ölçüt de öngörülebilir.

Kısmi Süreli Çalışmada Hafta Tatili Ücretinin Hesabı

Hafta tatili özü itibariyle dinlenme hakkı niteliği taşımakla birlikte işçinin

tazminatlarının toplamı kadar olabileceği belirtilmelidir (Yargıtay 9.HD. 14.7.2008 gün 2007/ 24490 E, 2008/ 20203 K.)" Yarg. 9. HD, 09.03.2021, 1838/5812; 09.11.2020, E.2016/31800, K.2020/15371; 10.07.2013, 6420/21017; 08.02.2010, E.2008/16857, K. 2010/2908 (kararara ma.yargitay.gov.tr).

[32] "… *çalışma hayatını yakından etkileyen ekonomik, sosyal ve siyasal koşullar, Türkiye Cumhuriyetinin iş hukuku alanındaki yetmiş yıla yaklaşan birikimi, uygulamada karşılaşılan sorunlar, esnekleşme gereksinimi, Avrupa Birliği ve Uluslararası Çalışma Örgütü normlarına uyum sağlama zorunluluğu mevcut İş Kanununda bazı değişiklikler yapılması yerine yeni bir iş yasasının hazırlanmasını zorunlu kılmıştır*" 4857 sayılı İş Kanunu Genel Gerekçesi.

[33] İşK m.14/II düzenlemesinin yedek hukuk kuralı mı yoksa nispi emredici nitelikte bir kural mı olduğu konusundaki tartışmalar için bkz. Sevimli, 2019:33 vd.

[34] Ayr. bkz. Meriç, 2005:1570, Yazar madde gerekçesiyle ile bir bağlantı kurmaksızın esas alınacak sürenin 15 saat olması gerektiği görüşündedir.

çalışmaksızın ücrete hak kazandığı bir süre olması itibariyle parasal hak boyutu da yadsınamaz. Nitekim hafta tatilini düzenleyen 46. maddenin başlığı "Hafta tatili ücreti" şeklindedir ve bu hüküm İş Kanununda "Ücret" başlıklı üçüncü bölümde yer almaktadır. Hafta tatiline hak kazanan kısmi süreli işçi aynı zamanda hafta tatili ücretine de hak kazanır.

İş Kanunu uyarınca "Çalışılmayan hafta tatili günü için işveren tarafından bir iş karşılığı olmaksızın o günün ücreti tam olarak ödenir" (İşK m.46/II). "İşçinin tatil günü ücreti çalıştığı günlere göre bir güne düşen ücretidir" (İşK m.49/I). "Saat ücreti ile çalışan işçilerin tatil günü ücreti saat ücretinin yedi buçuk katıdır" (İşK m.49/III). Hasta, izinli veya sair sebeplerle mazeretli olduğu hallerde dahi aylığı tam olarak ödenen aylık ücretli işçilere ise hafta tatili ücretine ilişkin 46. madde hükümleri uygulanmaz (İşK m.49/IV).

Ne var ki, "*Saat ücreti ile çalışan işçilerin tatil günü ücreti saat ücretinin yedibuçuk katıdır*" (İşK m.49/III) ve "*İşçinin tatil günü ücreti çalıştığı günlere göre bir güne düşen ücretidir*" (İşKm.49/I) hükümleri, tek bir işveren yanında tam süreli çalışan tipik endüstri toplumu işçisi esas alınarak getirilmiş düzenlemelerdir ve kısmi süreli işçinin hafta tatili ücreti hesabında uygulanmaya elverişli değildir. Örneğin İşK m.49/III hükmü doğrudan uygulanırsa, inceleme konusu Kararda haftada 14 saat çalışan işçiye hafta tatili ücreti olarak 7,5 saatlik ücret ödenmesi gerekir. Bu miktar haftada 45 saat çalışan emsal işçinin alacağı hafta tatili ücretiyle özdeştir ve hüküm bu şekilde uygulandığında tam süreli emsal işçiye karşı klasik genel eşitlik ilkesine aykırı muamele oluşturacaktır (Bkz. Sevimli, 2019:60, 61). Tam da bu nedenle inceleme konusu Kararlarda Yargıtay, isabetli olarak, hafta tatili ücretinin "kısmi süreli çalışma esasına göre hesaplanması" gerektiğine işaret etmektedir.

Kısmi süreli çalışma esasına göre hesaplamada "*Kısmî süreli çalışan işçinin ücret ve paraya ilişkin bölünebilir menfaatleri, tam süreli emsal işçiye göre çalıştığı süreye orantılı olarak ödenir.*" (İşK m.13/II) şeklindeki düzenlemenin ücret ve paraya ilişkin bölünebilir menfaatlere dair özel hüküm (*lex specialis*) olması itibariyle öncelikle dikkate alınması gerektiği ortadadır. Tam süreli iş sözleşmesiyle ve saat ücretiyle haftada kırkbeş saat çalışan işçinin hafta tatili ücreti yedi buçuk saatlik ücretidir. Başka bir anlatımla her hafta iş günlerinde kırkbeş saat boyunca çalışarak kazandığı miktarın kırkbeşte yedi buçuğu (7,5/45) yani altıda biridir (1/6). Giderek kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçinin hafta tatili gününe dek çalışarak hak ettiği ücret miktarının altıda birinin (1/6) hafta tatili ücreti olarak ödenmesi (Centel, 1992:64) İşK m.13/II hükmüne uygun olacaktır. Kanımızca işçinin "çalıştığı günlere göre bir güne düşen ücreti" (İşK m.49/I) açıklanan yöntemle hesaplanmalıdır (Sevimli, 2019:183, 184; Ayr. bkz. Balkan, 2021;309, 310).

Kısmi süreli iş sözleşmesinde parça başı ücretin kararlaştırılması da mümkündür ve İşK m.49/II uyarınca parça başına, akort, götürü veya yüzde usulü ile çalışan işçilerin tatil günü ücreti, ödeme döneminde kazandıkları ücretin aynı

süre içinde çalıştıkları günlere bölünmesi suretiyle hesaplanır. Bu hükmün lafzi yorumu -tıpkı yukarıda 46 ve 63. maddeler için yaptığımız açıklamalarda olduğu gibi- kısmi süreli iş sözleşmeleri bakımından somut durumun istisnai özelliklerine uymamaktadır ve adalete aykırı sonuçlar doğuracaktır.

Örneğin, parça başı ücreti 250TL olan kısmi süreli bir işçi ile bu işçiyle günlük üretim performansı özdeş olan ve zaman esasına göre günlük 500TL ücret alan tam süreli bir işçi karşılaştırıldığında ortaya kabulü güç bir durum çıkacaktır. Parça başı ücretle kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçinin haftada dört gün toplam otuz saat çalışarak sekiz parça ürettiğini kabul edelim. İşK m.32/V uyarınca ücret en geç ayda bir ödenir ve ülkemizde uygulamada ücret ödeme döneminin genelde ay olduğu bilinen bir gerçektir. Bu durumda işçi bir aylık dönemde en az 16 gün çalışmış olacak ve elde ettiği ücretin çalıştığı günlere bölünmesiyle bulunacak hafta tatili ücreti 500TL olarak belirlenecektir. Örnekteki parça başı ücretle kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçi için bulunan bu miktar, günlük ücreti 500TL olan tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan emsal bir işçinin hafta tatili ücretine denk gelir. Tam süreli çalışan haftada kırkbeş saat çalışıp bu ücrete hak kazanırken kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışanın otuz saat çalışarak aynı miktardaki hafta tatili ücretini elde edecek olması düşündürücüdür ve ortaya çıkan bu durumun adalete uygun olduğunu iddia etmek güçtür (Ayrıntılı açıklama için bkz. Sevimli, 2019:184, 185).

Kanımızca, İşK m.49/II düzenlemesinin kısmi süreli iş sözleşmeleri bakımından somut durumun istisnai özelliklerine uymayan ve adalete aykırı sonuçlar doğuran salt lafzi yorumu yerine, sistematik yorum yapılmalı ve yine "*Kısmî süreli çalışan işçinin ücret ve paraya ilişkin bölünebilir menfaatleri, tam süreli emsal işçiye göre çalıştığı süreye orantılı olarak ödenir*" (İşK m.13/II) kuralının ücret ve paraya ilişkin bölünebilir menfaatler bakımından kısmi süreli iş sözleşmelerine özgü özel hüküm olduğu da dikkate alınarak sonuca varılmalıdır. Oranlamanın nasıl yapılacağı noktasında en isabetli çözüm, parça başı ücretle kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçinin her hafta için ürettiği parça üzerinden kazandığı toplam ücretin altıya bölünmesiyle elde edilen miktarın hafta tatili ücreti olarak ödenmesi olacaktır. Bu çözümün yüzde usulü ücretle çalışan kısmi süreli işçiler bakımından da uygulanabilir olduğunu belirtmek gerekir (Sevimli, 2019:185). Anımsatalım: Burada yapılan açıklamalar hafta tatili ücretinin hesabına ilişkidir. Parça başı ücretle kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçinin hafta tatilini hak edip etmediğini ise haftalık çalıştığı süre esas alınarak belirlemek gerekecektir.

Sonuç

2020 yılına dek verilen Yargıtay kararlarındaki anlatımdan haftalık kırkbeş saatlik süreden daha kısa çalışıyor olması nedeniyle kısmi süreli işçinin, hafta tatili hakkı elde edemeyeceği sonucuna varıldığı anlaşılmaktaydı. Ne var ki inceleme konusu

yaptığımız Karar ve çok benzer bir olay için 2020 yılında verdiği bir diğer kararda Yüksek Mahkeme, haftalık çalışma süresinin uzunluğu konusunda hiçbir yorum yapmaksızın, davaların birinde haftanın yedi günü 14 saat, diğerinde aynı şekilde 21 saat çalışan kısmi süreli işçilerin hafta tatili ücretinin hesaplanması gerektiğine hükmetmiştir.

Yargıtayın bu kararlarının ilk akla getirdiği soru, yıllardır devam ettirdiği haftalık çalışma süresi kırkbeş saati bulamayacağından kısmi süreli işçinin hafta tatiline hak kazanmasının mümkün olmayacağı yönündeki içtihadında değişikliğe gidip gitmediğidir. Kararların bizde uyandırdığı izlenim içtihadın değiştiğidir. Ne var ki Kararlarda içtihat değişikliğinden emin olmak için gerekli açık ve kesin ifadelerin yer aldığından söz etmek güçtür ve eğer içtihat değişikliğine gidilmiş ise söz konusu değişikliğin hangi yönde olduğu da Karar metinlerinden kesin olarak anlaşılamamaktadır. Hal böyle olmakla birlikte izlenimimiz bu kararlarla, işyerinde haftanın bütün iş günlerinde çalışan kısmi süreli işçilerin hafta tatiline hak kazanacağı, ancak haftanın bazı günleri çalışan kısmi süreli işçilerin hafta tatilinden yararlanamayacağı yönündeki Öğreti görüşüne yaklaşıldığı yönündedir. Ne var ki, içtihadın bu yönde değiştiğinden emin olmak dahi mümkün görünmemektedir zira, davacıların haftanın yedi günü aralıksız çalıştırılmış olmasının yaptırımı mahiyetinde mi hafta tatili ücreti hesaplanması gerektiğine hükmedildiği; davacı işçiler haftanın altı günü çalıştırılmış olsa idi yine aynı yönde hüküm kurulup kurulmayacağı Karar metinlerinden kesin ve açık yanıt alınamayan sorular arasındadır.

Söz konusu duraksama ve soru işaretlerini gidermek üzere, 2020 yılına dek süre gelen içtihatta değişikliğe gidilip gidilmediği; gidildi ise bunun hangi yönde olduğunun bundan sonra verilecek kararlarda daha açık ve kesin şekilde ifade edilmesi haksız bir beklenti değildir ve bu konuda bir ilke kararına gereksinim olduğu açıktır.

İş Kanundaki hafta tatiline hak kazanmaya ilişkin hükümlerin kısmi süreli iş sözleşmeleri bakımından nasıl yorumlanması gerektiği hususunda 2014 yılından bu yana savunduğumuz görüşümüzü bu çalışmada da bir kez daha özetlemiş bulunuyoruz. Gerekliliğine vurgu yaptığımız ilke kararında hafta tatili hakkının kazanılmasına yetecek en az süreye ilişkin açık ve kesin bir ölçütün (en az süre sınırının) ortaya konması uygulamada birlik sağlanması bakımından elzemdir. En az süre ölçütü ihdas edilirken, İşK m. 63 düzenlemesinin ruhuna daha uygun olan tutum, en az sürenin asıl olarak gün değil saat olarak belirlenmesi olacaktır. Saat bazında belirleme asıl olmakla birlikte hafta tatili düzenlemesinin amacının dinlenmeyi hak edecek derecede yorulan işçiye bu fırsatı vermek olduğu da gözetilmelidir. Dolayısıyla haftalık çalışması belirlenen saat kadar olmasa da örneğin haftanın en az 5 günü çalıştırılan kısmi süreli işçiye de hafta tatili hakkının tanınması gibi haftalık çalışma saatinin yanı sıra iş günlerinin de dikkate alındığı iki değişkeni bulunan bir ölçüt de öngörülebilir.

Hafta tatiline hak kazandıracak en az çalışma süresi ölçütü belirlendikten sonra

hafta tatili ücretinin hesabı ikincil ve çözümü daha kolay bir meseledir. Kararlarda, isabetli olarak, hafta tatili ücretinin "kısmi süreli çalışma esasına göre hesaplanması" gerektiğine işaret edilmektedir. Kanımızca kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçinin hafta tatili gününe dek çalışarak hak ettiği ücret miktarının altıda birinin (1/6) hafta tatili ücreti olarak ödenmesi İşK m.13/II hükmüne uygun olan çözüm yoludur.

KAYNAKÇA:

Akyiğit, E. (2008) **İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, C. I-II**. Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Akyiğit, E. (2022) **İş Hukuku**, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Alpagut, G. (2010) "Belirli ve Kısmi Süreli İş Sözleşmelerinde Ayırım Yasağı ve Oransallık İlkesi", **Prof. Dr. Ali Güzel'e Armağan**, İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 25-44.

Astarlı, M. (2008) **İş Hukukunda Çalışma Süreleri,** Ankara: Turhan Kitabevi.

Aybay, A., Aybay, R. ve Pehlivan, A. (2018) **Hukuka Giriş**, İstanbul: İBÜ Yayıncılık.

Aydın, U. (2007) "Çağrı Üzerine Çalışma ve Uygulama Sorunları", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S.8, 41-54.

Aydın, U. (2016) "4857 sayılı İş Kanununda Çağrı Üzerine Çalışma, Takım Sözleşmesi, Deneme Süreli İş Sözleşmesi ve Mevsimlik İş Sözleşmesi", (ed. A. Cengizoğlu) **10. Yılında 4857 Sayılı İş Kanunu (Uygulama Sorunları ve Çözüm Önerileri) Sempozyumu**, Ankara: Önka Basım, 202-228.

Balkan, H. (2021) **Bireysel İş Hukuku Açısından Kısmi Süreli İş Sözleşmeleri,** İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş.

Baysal, U. (2012) "Türk ve Alman Hukukunda Çağrı Üzerine Çalışma", **TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, 24/1-2, 86-102.

Caniklioğlu, N. (2016) "İş Kanununun 10. Yılında Belirli Süreli İş Sözleşmesi ile Kısmi Süreli İş Sözleşmesi ve Uygulamada Yaşanan Sorunlar", (ed. A. Cengizoğlu) **10. Yılında 4857 Sayılı İş Kanunu (Uygulama Sorunları ve Çözüm Önerileri) Sempozyumu**, Ankara: Önka Basım, 159-200.

Centel, T. (1992) **Kısmi Çalışma**, İstanbul: Kazancı Kitap Tic. A.Ş.

Centel, T. (2006) "Kısmi Süreli Çalışma ve Hafta Tatili Ücreti", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S.2, 19-22.

Çelik, N. (2002) "Kısmi Süreli Çalışmada İşçinin Kıdeminin Hesabı", **Yargıç Dr. Aydın Özkul'a Armağan**, Kamu-İş İş Hukuku ve İktisat Dergisi, S.4, 95-104.

Çelik, N., Caniklioğlu, N., Canbolat, T., ve Özkaraca, E. (2022) **İş Hukuku Dersleri**. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş.

Ekmekçi, Ö. ve Yiğit, E. (2021) **Bireysel İş Hukuku Dersleri**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

Ekonomi, M. (1987) **İş Hukuku,** İstanbul: İTÜ Vakfı Yayıncılık.

Ertürk, Ş. (2022) **İş Hukuku Dersleri Bireysel İş Hukuku**, Ankara: Yetkin Yayınları.

Eyrenci, Ö. (1989) **Uygulama ve İş Hukuku Açısından Kısmi Süreli Çalışmalar**, İstanbul: Mozaik Basım ve Yayıncılık.

Eyrenci, Ö. (2004) "4857 Sayılı İş Kanunu ile Getirilen Yeni Düzenlemeler", **Legal İSGHD**, S.1, 15-56.

Eyrenci, Ö., Taşkent, S., Ulucan, D., ve Baskan, E. (2020) **İş Hukuku**, İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş.

Gerek, N. (1990) "Kısmi Süreli Çalışmaların Bireysel İş Hukukumuzda Yarattığı Sorunlar", **TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, 12/2, 3-8.

Gözler, K. (2021) **Hukuka Giriş**, Bursa: Ekin Yayınevi.

Güriz, A. (2013) **Hukuk Başlangıcı**, Ankara: Siyasal Kitabevi.

Işıktaç, Y. ve Metin, S. (2003) **Hukuk Metodolojisi**, İstanbul: Filiz Kitabevi.

Kar, B. (2016) "İş Sözleşmesi Türleri ve Kanunla Getirilen İstihdam Biçimleri", (ed., A. Cengizoğlu) **10. Yılında 4857 Sayılı İş Kanunu (Uygulama Sorunları ve Çözüm Önerileri) Sempozyumu,** Ankara: Önka Basım, 230-275.

Karaman, M. H. (2010) "Kısmi Süreli Çalışma, Ayrımcılık Yasağı, Kıdem Tazminatı, Yıllık Ücretli İzin ve Hafta Tatili (Karar İncelemesi)", **Çalışma ve Toplum**, S.25, 269-300.

Kırca, Ç. (2001) "Örtülü (Gizli) Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulması Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama (Teleologische Reduktion)", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 50/1, 91-119.

Meriç, N. (2005) "Türk ve Alman İş Hukukunda Kısmi Süreli Çalışma." **Legal İHSGHD**, S.8, 1546-1580.

Mollamahmutoğlu, H., Astarlı, M., ve Baysal, U. (2022) **İş Hukuku**, Ankara: Lykeion.

Odaman, S. (2013) **Esneklik Prensibi Çerçevesinde Yargıtay Kararları Işığında Türk İş Hukukunda Çalışma Süreleri ve Yöntemleri**, İstanbul: Legal Yayıncılık.

Oğuzman, K. ve Barlas, N. (2022) **Medeni Hukuku, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar**, İstanbul: Vedat Kitapçılık.

Sarıbay, G. (2008) "Kısmi Süreli İş Sözleşmeleri", **Prof. Dr. Devrim Ulucan'a Armağan**, İstanbul: Legal Yayıncılık, 267-326.

Saymen, F. H. (1954) **Türk İş Hukuku**, İstanbul: Akgün Matbaası.

Senyen Kaplan, E. T. (2022) **Bireysel İş Hukuku**, Ankara: Yetkin Yayınları.

Sevimli, K. A. (2014) "Türk Hukukunda Tam Süreli Çalışmayı Esas Alan Mevzuat Karşısında Kısmi Süreli İş Sözleşmesi: Seçilmiş İki Sorun Üzerine Görüşler", (ed. T. Centel) **İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar**, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 9-47.

Sevimli, K. A. (2018) "Kısmi Süreli İş Sözleşmesiyle Çalışan İşçinin Dinlenme Hakkı", (ed. K. Doğan Yenisey ve Dr. S. Ergüneş Emrağ) **İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar II,** İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş, 89-134.

Sevimli, K. A. (2019) **4857 Sayılı İş Kanununda Düzenlenen Kısmi Süreli İş Sözleşmeleri**, İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş.

Sümer, H. H. (2022) **İş Hukuku**, Konya: Mimoza Yayıncılık.

Süzek, S. (2021) **İş Hukuku**, İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş.

Şakar, M. (2018) **İş Hukuku Uygulaması**, İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş.

Tuncay, A. C. (2003) "İş Sözleşmesinin Türleri ve Yeni İstihdam Biçimleri." **Yeni İş Yasası Sempozyumu**, 2. İstanbul Barosu/Galatasaray Üniversitesi, 125–145.

Tunçomağ, K. ve Centel, T. (2022) **İş Hukukunun Esasları**, İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş.

Zeytinoğlu, E. (2004) "Kısmi Süreli Çalışma Şekilleri ve 4857 Sayılı İş Kanunundaki Görünüm." **İÜHFM**, S.1-2, 449-466.