

YARGITAY

9. HUKUK DAİRESİ

Esas No. 2009/7125
Karar No. 2011/6658
Tarihi: 14.03.2011

İlgili Kanun / Madde
4857 S.İşK/25

- **DEVAMSIZLIK**
- **DEVAMSIZLIĞIN HER DURUMDA İŞVERENE FESİH HAKKI VERMEMESİ**
- **DEVAMSIZLIĞIN HESABINDA BİR AYIN TAKVİM AYI OLMAMASI**
- **DEVAMSIZLIKTAKİ İŞ GÜNÜNÜN İŞÇİNİN ÇALIŞMASI GEREKEN GÜN OLMASI**

ÖZETİ İşçinin işe devamsızlığı her durumda işverene haklı fesih imkanı vermemektedir. Devamsızlığın haklı bir nedene dayanması halinde işverenin derhal ve haklı nedenle fesih imkanı bulunmamaktadır. İşçinin hastalığı, aile fertlerinden birinin ya da yakınlarının ölümü veya hastalığı, işçinin tanıklık ve bilirkişilik yapması gibi haller, işe devamsızlığı haklı kılan nedenlerdir. Mazeretin ispatı noktasında, sahteliği ileri sürülüp kanıtlanmadığı sürece özel sağlık kuruluşlarından alınan raporlara da değer verilmelidir.

Devamsızlık süresi, ardı ardına iki işgünü veya bir ay içinde iki defa herhangi bir tatil gününden sonraki iş günü ya da bir ayda üç işgünü olmadıkça, işverenin haklı fesih imkânı yoktur. Belirtilen işgünlerinde hiç çalışmamış olunması gerekir. Devamsızlık saatlerinin toplanması suretiyle belli bir gün sayısına ulaşılmasıyla işverenin haklı fesih imkânı doğmaz.

Devamsızlık, işçinin işine devam etmemesi halidir. İşyerine gittiği halde iş görme borcunu ifaya hiç başlamayan bir işçi devamsızlıkta bulunmuş sayılmamalıdır, işçinin yapmakla yükümlü olduğu ödevleri hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesi ayrı bir fesih nedeni olup, bu durumda 4857 sayılı İş Kanununun 25/11- h bendi uyarınca değerlendirme yapılmalıdır.

Maddede geçen "bir ay" ifadesi takvim ayını değil ilk devamsızlıktan sonra geçecek olan bir ayı ifade eder. İlk devamsızlığın yapıldığı gün ayın kaçınıcı günüyse takip eden ayın aynı günü bir aylık süre sona erer. Son ayda ilk devamsızlığının gerçekleştiği günün bulunmaması halinde son ayın son günü bir aylık süre dolmuş olur. Sonraki devamsızlar söz konusu ise takip eden aylık dönemler içinde

değerlendirilir.

İşgünü, işçi bakımından çalışılması gereken gün olarak anlaşılmalıdır. Toplu iş sözleşmesinde ya da iş sözleşmesinde genel tatil günlerinde çalışılacağına dair bir kural mevcutsa, bu takdirde söz konusu günlerde çalışılmaması da işverene haklı fesih imkanı tanır

DAVA :Davacı, ihbar ve kıdem tazminatı, fazla mesai, yıllık izin, hafta, bayram ve genel tatil gündeliklerinin ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi Y.Tekbaş tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

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

2-İş sözleşmesinin, işçinin işyerine devamsızlıkta bulunması nedeniyle işverence haklı olarak işverence feshedilip feshedilmediği noktasında taraflar arasında uyuşmazlık söz konusudur.

4857 sayılı İş Kanununun 25 II- (g) bendinde, "işçinin işverenden izin almaksızın veya haklı bir sebebe dayanmaksızın ardı ardına iki işgünü veya bir ay içinde iki defa herhangi bir tatil gününden sonra ki iş günü yahut bir ayda üç işgünü işine devam etmemesi" halinde işverenin haklı fesih imkânının bulunduğu kurala bağlanmıştır.

İşverenin ücretli ya da ücretsiz olarak izin verdiği bir işçinin izin süresince işyerine gitmesi beklenemeyeceğinden, bu durumda bir devamsızlıktan söz edilemez. Ancak yıllık izin zamanını belirlemek işverenin yönetim hakkı kapsamında olduğundan, işçinin kendiliğinden ayrılması söz konusu olmaz. İşçinin yıllık iznini kullandığını belirterek işyerine gelmemesi, işverence izinli sayılmadığı sürece devamsızlık halini oluşturur(Yargıtay 9.HD. 1.7.2008 gün 2007/ 21656 E, 2008/ 18647 K.) .

İşçinin işe devamsızlığı her durumda işverene haklı fesih imkanı vermemektedir. Devamsızlığın haklı bir nedene dayanması halinde işverenin derhal ve haklı nedenle fesih imkanı bulunmamaktadır. İşçinin hastalığı, aile fertlerinden birinin ya da yakınlarının ölümü veya hastalığı, işçinin tanıklık ve bilirkişilik yapması gibi haller, işe devamsızlığı haklı kılan nedenlerdir. Mazeretin ispatı noktasında, sahteliği ileri sürülüp kanıtlanmadığı sürece özel sağlık kuruluşlarından alınan raporlara da değer verilmelidir.

Devamsızlık süresi, ardı ardına iki işgünü veya bir ay içinde iki defa herhangi bir tatil gününden sonraki iş günü ya da bir ayda üç işgünü olmadıkça, işverenin haklı fesih imkânı yoktur. Belirtilen işgünlerinde hiç çalışmamış olunması gerekir. Devamsızlık saatlerinin toplanması suretiyle belli bir gün sayısına ulaşılmasıyla işverenin haklı fesih imkânı doğmaz.

Devamsızlık, işçinin işine devam etmemesi halidir. İşyerine gittiği halde iş görme borcunu ifaya hiç başlamayan bir işçi devamsızlıkta bulunmuş sayılmamalıdır, işçinin yapmakla yükümlü olduğu ödevleri hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesi ayrı bir fesih nedeni olup, bu durumda 4857 sayılı İş Kanununun 25/11- h bendi uyarınca değerlendirme yapılmalıdır.

Maddede geçen "bir ay" ifadesi takvim ayını değil ilk devamsızlıktan sonra geçecek olan bir ayı ifade eder. İlk devamsızlığın yapıldığı gün ayın kaçınıcı günüyse takip eden ayın aynı günü bir aylık süre sona erer. Son ayda ilk devamsızlığının gerçekleştiği günün bulunmaması halinde son ayın son günü bir aylık süre dolmuş olur. Sonraki devamsızlar söz konusu ise takip eden aylık dönemler içinde değerlendirilir.

İşgünü, işçi bakımından çalışılması gereken gün olarak anlaşılmalıdır. Toplu iş sözleşmesinde ya da iş sözleşmesinde genel tatil günlerinde çalışılacağına dair bir kural mevcutsa, bu takdirde söz konusu günlerde çalışılmaması da işverene haklı fesih imkanı tanır.

Somut olayda; sekiz yıla yakın süredir, davalı işyerinde geri dönüşümcü olarak çalışan davacı işçi, işveren aleyhine yaptığı tanıklık sonrası iş şartlarının ağırlaştırılması, fazla çalışma, genel tatil

ücretlerinin ödenmemesi nedeniyle iş sözleşmesini 21.3.2007 tarihinde haklı nedene dayanarak feshettiğini iddia etmektedir.

Davalı işveren 21.3.2007 sonrası gelmediğinden aktin devamsızlık nedeni ile feshedildiğini savunmuştur.

Mahkemece, davacı fesih iradesini karşı tarafa bildirmediğinden, ağır işin ne olduğu açıklığa kavuşmadığından, işverence devamsızlıktan yapılan feshin haklı olduğu gerekçesi ile davacının kıdem tazminatı isteğinin reddine karar verilmiştir.

Davalının devamsızlık tutanakları davacının fiilen işyerine gitmeyerek iş sözleşmesini feshettiği tarihten sonrasına aittir, davacı tanığı tanıklıktan sonra yükleme işine verildiğini belirtmiştir, mahkemece de fazla çalışma ve genel tatil alacakları hüküm altına alındığına göre davacının iş sözleşmesini haklı nedene dayanarak feshettiği, bu tarihten sonraki devamsızlık tutanakları ve davalı feshinin hüküm taşımadığı, derhal fesih hakkının kullanılmasında karşı tarafa tebliğin zorunlu olmadığı düşünülmeyen davacının kıdem tazminatı alacağına hüküm altına alınması gerekirken yazılı şekilde reddine karar verilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine,