

YARGITAY

7. HUKUK DAİRESİ

Esas No. 2013/3020

Karar No. 2013/7082

Tarihi: 18.04.2013

İlgili Kanun / Madde

4857 S. İş. K/25

- **DEVAMSIZLIĞIN HER DURUMDA İŞVERENE HAKLI FESİH OLANAĞI VERMEYECEĞİ**

ÖZETİ 4857 sayılı İş Kanununun 25 inci maddesinin (II) numaralı bendinin (g) alt bendinde, “işçinin işvereninden izin almaksızın veya haklı bir sebebe dayanmaksızın ardı ardına iki işgünü veya bir ay içinde iki defa herhangi bir tatil gününden sonraki iş günü yahut bir ayda üç işgünü işine devam etmemesi” halinde, işverenin haklı fesih imkanının 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 olamaz. İşçinin yıllık iznini kullandığını belirterek işyerine gelmemesi, işverence izinli sayılmadığı sürece devamsızlık halini oluşturur.

İşçinin işe devamsızlığı, her durumda işverene haklı fesih imkanı vermez. 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..

Taraflar arasında görülen dava sonucunda verilen hükmün, Yargıtayca incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmekle, temyiz isteğinin süresinde olduğu anlaşıldı. Dosya incelendi, gereği görüldü:

1-Dosyadaki yazılara, hükmün Dairemizce de benimsenmiş bulunan yasal ve hukuksal gerekçeleriyle dayandığı maddi delillere ve özellikle bu delillerin takdirinde bir isabetsizlik görülmemesine göre davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazlarının reddine,

2-Davacı, 19/05/2011 tarihinde düğün yapacağı için 14 günlük yıllık izin aldığını, tekrar işe başladıktan sonra babasının rahatsızlığı sebebiyle iş yerinin bilgisi dahilinde rapor aldığını ve

babasını Antakya Araştırma Hastanesine götürdüğünü, babasına kanser teşhisi konulunca işyerinden ücretsiz izin aldığını ,müvekkilinin babası biraz düzeline tekrar işe dönmek için iş yerini aradığını fakat kendisine gelmene gerek olmadığını çıkış verildiğini söylendiğini, ileri sürerek mahkemeden kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, resmi tatil alacaklarının ödetilmesini talep etmiştir.

Davalı savunmasında, davacının Mayıs 2011 tarihinden itibaren 02.09.2011 tarihine kadar sürekli rapor ve izin kullandığını, 02.09.2011 tarihinden 05.09.2011 tarihi arasında ise 2 gün mazeretsiz ve izinsiz olarak iş yerine gelmediğini, bu nedenle davacının iş akdinin 25/2-g maddesi gereğince ve davacının sık sık rapor alması ve bu olgunun devam etmesi nedeniyle iş görme ediminden müvekkili işverenin yararlanamaması sebebiyle haklı nedenle feshedildiğini, işyerine giriş çıkışlar elektronik ortamda kartla yapıldığından ulusal bayram ve genel tatil alacağının olmadığından burdan tespit edilebileceğini belirterek davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece, davalı işverenin davacıya makul süreler içinde ücretsiz izin verdiği daha fazla izin vermesinin işverenden beklenemeyeceği, davalı en son rapor aldıktan sonra işverenden yeniden izin aldığına ilişkin dosyaya delil ibraz etmediği, davacının babasının rahatsızlığı bir gerçek ise de bu rahatsızlığın Mayıs 2011 tarihinden beri devam ettiği iş akdinin fesih tarihinde aniden ortaya çıkmadığı bu nedenle yasanın aradığı haklı nedenle devamsızlık olarak kabul edilemeyeceği, davalı işveren tarafından yapılan fesih haklı bir fesih olarak kabul edilerek davacının kıdem ve ihbar tazminatı taleplerinin, dosyaya sunulan işyeri elektronik giriş çıkış kayıtlarına göre de davacının ulusal bayram genel tatil günlerinde çalışmadığı anlaşıldığından bu talep yönünden açılan davanın reddine karar verilmiştir

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

4857 sayılı İş Kanununun 25 inci maddesinin (II) numaralı bendinin (g) alt bendinde, “işçinin işverenden izin almaksızın veya haklı bir sebebe dayanmaksızın ardı ardına iki işgünü veya bir ay içinde iki defa herhangi bir tatil gününden sonraki iş günü yahut bir ayda üç işgünü işine devam etmemesi” halinde, işverenin haklı fesih imkanının 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 olamaz. İşçinin yıllık iznini kullandığını belirterek işyerine gelmemesi, işverence izinli sayılmadığı sürece devamsızlık halini oluşturur.

İşçinin işe devamsızlığı, her durumda işverene haklı fesih imkanı vermez. 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.

Somut olayda davacının babasının rahatsızlığı nedeniyle 20.05.2011-02.06.2011 tarihleri arası senelik izin, 03.06.2011-03.08.2011 tarihleri arası ücretsiz izin ve 04.08.2011-27.08.2011 tarihleri arasında rapor kullanarak işyerine gitmediği işverenin kabulündedir. İşveren davacının iş başı yapması gereken 02.09.2011 tarihinde iş başı yapmadığını ve bu nedenle 02,03,05/09/2011 tarihleri için devamsızlık tutanakları tutulduğunu belirtmiş ve davacının iş sözleşmesinin devamsızlık nedeniyle haklı nedenle feshedildiğini belirtmiştir. Davacı ise işveren tarafından bir daha işe gelmene gerek yok denerek iş akdinin sonlandırıldığını iddia etmiştir. Yapılan yargılama esnasında feshin haklı nedene dayanıp dayanmadığı noktasında işverenin 02,03,05/09/2011 tarihleri için tutmuş olduğu devamsızlık tutanaklarının zabıt mümzileri tanık olarak dinlenmemiştir. Mahkemece yapılması gereken devamsızlık tutanakları altında imzası bulunan zabıt mümzilerini tanık olarak dinleyip beyanlarını aldıktan sonra oluşacak sonuca göre fesih işleminin haklı olup olmadığı ve davacının kıdem ihbar tazminatına hak kazanıp kazanamayacağı hususunda karar vermektir. Mahkemece bu hususlar yerine getirilmeksizin eksik inceleme ile hüküm kurulması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı nedenle BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde davacıya iadesine, 18.04.2013 gününde oybirliği ile karar verildi.