

Esas No. 2013/5216
Karar No. 2013/13277
Tarihi: 12.07.2013

İlgili Kanun / Madde
4857 S. İşK/25

- **DEVAMSIZLIK**
- **DEVAMSIZLIĞIN HER DURUMDA HAKLI FESİH NEDENİ OLUŞTURMAYACAĞI**
- **DEVAMSIZLIK KONUSUNDA 1 AYIN TAKVİM AYINI İFADE ETMEYECEĞİ**
- **İŞ GÜNÜNÜN İŞÇİ AÇISINDAN ÇALIŞILMASI GEREKEN GÜN OLARAK ANLAŞILMASI GEREKTİĞİ**

ÖZETİ 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.

“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 devamsızlıklar ise takip eden aylık dönemler içinde değerlendirilir.

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

İşyerinde Cumartesi günü iş günü ise belirtilen günde devamsızlık da diğer koşulların varlığı halinde haklı fesih nedenini oluşturabilir.

İş sözleşmesinin askıya alınması durumunda, işçinin çalışması gereken günde işe başlamaması da devamsızlık olarak değerlendirilmelidir.

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 iş akdinin işveren tarafından 28/04/2011 tarihinde feshedildiğini, davacının davalı işverene ait araç ile 27.4.2011 tarihinde tek taraflı ve maddi hasarlı kaza yaptığını, kazadan olumsuz yönde etkilendiği için işverenden izin almak istediğini, izin talep formunu doldurarak yetkililere teslim ettiğini, izin talebinin davalı işverence kabul edilmediğini ve iş sözleşmesinin feshedildiğini belirterek tazminat ve işçilik alacaklarını istemiştir.

Davalı davacının 27/04/2011 tarihinde kendisine zimmetli araçla tek taraflı kaza yaptığını, kazanın ertesinde talebi üzerine 28-29-30/04/2011 tarihlerinde 3 gün kendisine izin verildiğini, izin süresinin bitmesine karşın davacı işçinin işe gelmediğini, bunun üzerine tutanak düzenlendiğini, bu durumun genel merkeze bildirildiğini, bu sırada davacı işçinin de şirkete 04/05/2011 tarihli ihtarname gönderdiğini, ihtarnamede bir kısım alacaklarının ödenmesinin talep edildiğini, ihtarname ile de davacının işi kendisinin bıraktığının anlaşıldığını, her ne kadar davacı iş akdinin 28/04/2011 tarihinde davalı şirket tarafından

feshedildiğini iddia etmiş ise de 28/04/2011 tarihini de kapsar şekilde davacının 3 gün izin kullandığını, belirterek davanın reddini talep etmiştir. .../..

Mahkemece davacı işçinin kullandığı işverene ait kamyonet ile 27.04.2011 tarihinde tek taraflı maddi hasarlı trafik kazası yaptığı, davacı tarafça “kaza sonrası işveren tarafından haksız olarak işten çıkarıldığı” iddia edilmiş ise de; tanık beyanları, işveren tarafından tanzim edilen tutanak, ihtarnameler bir bütün olarak değerlendirildiğinde iş sözleşmesinin davalı işveren tarafından haklı olarak feshedildiği işçinin ihbar ve kıdem tazminatına hak kazanamadığı gerekçesi ile tazminat istemlerinin 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.

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 imkanı yoktur. Belirtilen işgünlerinde hiç çalışmamış olunması gerekir. Devamsızlık saatlerinin toplanması suretiyle belli bir gün sayısına ulaşılmasıyla işverenin haklı fesih imkanı doğmaz.

Devamsızlık, işçinin işine devam etmemesi halidir. İşyerine gittiği halde iş görme borcunu ifaya hiç başlamayan bir işçi devamsızlıkta bulunmuş sayılmamalıdır. İşçinin yapmakla yükümlü olduğu ödevleri hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesi ayrı bir fesih nedeni olup, bu durumda 4857 sayılı Yasanın 25/II-h maddesi 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 devamsızlıklar ise takip eden aylık dönemler içinde değerlendirilir.

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

İşyerinde Cumartesi günü iş günü ise belirtilen günde devamsızlık da diğer koşulların varlığı halinde haklı fesih nedenini oluşturabilir.

İş sözleşmesinin askıya alınması durumunda, işçinin çalışması gereken günde işe başlamaması da devamsızlık olarak değerlendirilmelidir.

Somut olayda davalı işveren çalışanları tarafından davacının 3 gün, 02-03-04/05/2011 tarihlerinde izinsin ve mazeretsiz olarak işe gelmediğine ilişkin üç adet tutanak düzenlenmiştir. Anılan tutanaklarda imzası olan işyeri çalışanları Vural Koparan, Mustafa Çatalkay Uğur Polat tanık olarak dinlenmeden sonuca gidilmesi hatalıdır. Mahkemece tutanak tanıkları dinelerek dosya kapsamı itibari ile deliller bir değerlendirmeye tabi tutularak karar verilmesi gerekirken eksik incelme ile yazılı şekilde hüküm kurulması hatalıdır.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı nedenlerle BOZULMASINA, temyiz harcının istek halinde davacıya iadesine, 12.07.2013 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.