

İlgili Kanun / Madde
4857 S.İşK/25

T.C
YARGITAY
9. HUKUK DAİRESİ

Esas No. 2009/37011

Karar No. 2012/2264

Tarihi: 30.01.2012

- DEVAMSIZLIĞIN HER DURUMDA HAKLI FESİH NEDENİ OLUŞTURMAYACAĞI
- TARAF TANIKLARININ FESİH KONUSUNDA AYDINLATICI BİLGİ VERMEMESİ
- FESHİN İŞVEREN TARAFINDAN HAKSIZ OLARAK GEREKLEŞTİRİLDİĞİNİN KABULÜNÜN GEREKMEMESİ

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 (Yargıtay 9.HD. 9.5.2008 gün, 2007/16956 E, 2008/11983 K). 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.

Somut olayda, davacı, 15 Ağustos günü mesaiye geç geldiği için işverence haksız ve bildirimsiz olarak işten çıkarıldığını belirtmiş ve 3 gün sonra Bölge Çalışma Müdürlüğü'ne işvereni şikayet etmiştir. 24 Kasım günü de başka bir işveren yanında işe girişi bildirilmiştir.

Davalı ise, fesihten sonraki devamsızlık nedeniyle sözleşmeyi haklı nedenle feshettiğini belirtip işe dönme çağrısını içeren noter ihtarı sunmuş, ancak devamsızlık tutanağı ibraz etmemiş ve tutanak tanığı dinletmemiştir.

Her iki taraf tanıkları da fesih konusunda aydınlatıcı açıklamada bulunmamıştır. Bu durumda feshin işveren tarafından bildirimsiz ve haksız olarak 15 Ağustos günü yapıldığının kabulü ile ihbar tazminatının hüküm altına alınması gerekirken reddi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.

DAVA: Davacı, kıdem ve ihbar tazminatı, fazla mesai ücreti alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde taraflar avukatlarınca temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi D.Özcan tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili, davacının işe geç kaldığı gerekçesiyle savunması dahi alınmadan haksız olarak işten çıkarıldığını belirterek kıdem-ihbar tazminatı, fazla çalışma ücreti alacaklarının ödetilmesini istemiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı, sözleşmenin devamsızlık nedeniyle haklı nedenle feshedildiğini belirterek davanın reddini istemiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna dayanılarak, fesih haklı nedenle yapıldığından ve davacının kıdemi 1 yılın altında olduğundan kıdem ve ihbar tazminatı talebi reddedilmiş, diğer taleplerin kabulüne karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Kararı taraflar temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

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

2- 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 ardi 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 (Yargıtay 9.HD. 1.7.2008 gün 2007/21656 E, 2008/18647 K.).

İşçinin işe devamsızlığı, her durumda işverene haklı fesih imkanı vermez. Devamsızlığın haklı bir nedene dayanması halinde, işverenin derhal ve haklı nedenle fesih imkanı bulunmamaktadır (Yargıtay 9.HD. 9.5.2008 gün, 2007/16956 E, 2008/11983 K). 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, ardi 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 devamsızlar söz konusu 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 (Yargıtay 9.HD. 5.10.2009 gün, 2008/43280 E, 2009/25721 K).

İş sözleşmesinin askıya alınması durumunda, işçinin çalışması gereken günde işe başlamaması da devamsızlık olarak değerlendirilmelidir (Yargıtay 9.HD. 25.4.2008 gün, 2007/15152 E, 2008/10326 K.).

Somut olayda, davacı, 15 Ağustos günü mesaiye geç geldiği için işverence haksız ve bildirimsiz olarak işten çıkarıldığını belirtmiş ve 3 gün sonra Bölge Çalışma Müdürlüğü'ne işvereni şikayet etmiştir. 24 Kasım günü de başka bir işveren yanında işe girişi bildirilmiştir.

Davalı ise, fesihten sonraki devamsızlık nedeniyle sözleşmeyi haklı nedenle feshettiğini belirtip işe dönme çağrısını içeren noter ihtarı sunmuş, ancak devamsızlık tutanağı ibraz etmemiş ve tutanak tanığı dinletmemiştir.

Her iki taraf tanıkları da fesih konusunda aydınlatıcı açıklamada bulunmamıştır. Bu durumda feshin işveren tarafından bildirimsiz ve haksız olarak 15 Ağustos günü yapıldığının kabulü ile ihbar tazminatının hüküm altına alınması gerekirken reddi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.

F) Sonuç:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı nedenlerden dolayı BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 30.01.2012 tarihinde oybirliği ile karar verildi.