

İlgili Kanun / Madde  
4857 S. İşK. /17-21,25

T.C  
YARGITAY  
9. HUKUK DAİRESİ

Esas No. 2011/51200

Karar No. 2014/3448

Tarihi: 05.02.2014

- DEVAMSIZLIĞIN HER DURUMDA HAKLI FESİH NEDENİ OLMAYACAĞI
- İŞÇİNİN İŞÇİLİK ALACAKLARINI BIRAKARAK İŞE GELMEMESİNİN HAYATIN OLAĞAN AKIŞINA UYGUN OLMADIĞI

**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.

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.

Somut olayda, 3 yılı aşkın süre kıdemi olan bir işçinin işçilik alacaklarını bir kenara iterek işe gelmemesi hayatın olağan akışına aykırı olup, yerel Mahkemece, bilirkişinin yerinde olmayan gerekçesine atfla gerekçe oluşturmadan davacının kıdem ve ihbar tazminatı istemlerinin reddi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

**DAVA:** Davacı, kıdem tazminatı, ihbar tazminatı, kötüniet tazminatı, yıllık izin ücreti, fazla mesai ücreti, hafta tatili ücreti ile genel tatil 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 M.Güven tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı vekili, müvekkilinin davalılardan belediye başkanlığının kent içi temizlik işinde 2004 Yılı Nisan ayından itibaren aralıksız ve kesintisiz olarak taşeron şirketler işçisi olarak çalıştığını ve en son davalı taşeron Bayha Turz. San. Tic. Ltd. Şirketine bağlı olarak çalışmaktayken sözleşmesinin haksız ve bildirimssiz olarak feshedildiğini iddia ederek kıdem-ihbar ve kötüniet tazminatları ile yıllık izin, fazla çalışma-hafta tatili ve genel tatil ücreti alacaklarını istemiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı Belediye vekili, davacının, ihale yoluyla şehrin temizliğini üstlenen diğer davalı şirket işçisi olduğunu, müvekkili belediyenin şirket işçilerine karşı sorumluluğunun olamayacağını savunarak davanın reddini istemiştir.

Davalı şirket vekili, ise davacının iş akdinin İş Kanunu'nun 25/II-g maddesi uyarınca devamsızlık nedeniyle haklı olarak feshedildiğini savunarak davanın reddini istemiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, yapılan feshin bilirkişi raporundaki yerinde görülen gerekçelere göre haklı olduğu, bu nedenle davacının kıdem ve ihbar tazminatı ile kötü niyet tazminatına hak kazanmadığı gerekçesiyle davacının anılan istemleri reddedilmiş, diğer istemleri ise hüküm altına alınmıştır.

D) Temyiz:

Kararı taraflar temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

Yerel Mahkemece, eksik yatırılan temyiz harcının yatırıldığına dair makbuzun ve temyiz masraflarının gönderilmemesi sebebiyle davalı şirketin temyiz dilekçesinin reddine karar verilmiş ise de, temyiz isteminin reddine konu olan posta pulu ve eksik temyiz harcının yatırıldığına dair makbuzun esasen Bakırköy 8. İş Mahkemesi'nin 23/08/2011 tarih ve 2011/281 muh. Sayılı dilekçesi ekinde gönderildiği, buna ilişkin Bakırköy 8. İş Mahkemesi'nin posta tevdi listesi suretinin de dosyada mevcut olduğu ve bu durumda temyiz isteminin reddi kararının yerinde olmadığı anlaşılmalı yerel Mahkemenin, davalı şirketin temyiz isteminin reddine ilişkin ek kararının ortadan kaldırılarak yapılan temyiz incelemesinde;

1- Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre, davalıların tüm, davacının ise aşağıdaki bendin kapsamında 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.

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, iş devamsızlığı haklı kılan nedenlerdir. Mazeretin ispatı noktasında, sahteliği ileri sürülüp kanıtlanmadığı sürece özel sağlık kuruluşlarından alınan raporlara da değeri 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 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.

Somut olayda, 3 yılı aşkın süre kıdemi olan bir işçinin işçilik alacaklarını bir kenara iterek işe gelmemesi hayatın olağan akışına aykırı olup, yerel Mahkemece, bilirkişinin yerinde olmayan gerekçesine atıfla gerekçe oluşturmadan davacının kıdem ve ihbar tazminatı istemlerinin reddi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

F) Sonuç:

Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebepten dolayı **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine 05.02.2014 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.