

YARGITAY

9. HUKUK DAİRESİ

Esas No. 2009/19373

Karar No. 2011/31996

Tarihi: 15.09.2011

İlgili Kanun / Madde

1475.S.İşK/14

-
- *İŞYERİ DEĞİŞİKLİĞİNİN NEDENLERİNİ İŞVERENİN KANITLAYAMAMASI*
- *İŞVERENİN ELTRONİK POSTA YAZIŞMASINDA İŞÇİYİ İŞE ALMAYALIM DEMESİ*
- *İŞÇİNİN DEVAMSIZLIK İRADESİNİN OLMAMASI*
- *HAKSIZ FESİH*
- *KIDEM İHBAR TAZMİNATI*
-

ÖZETİ davalı işveren davacının görev yeri değişikliğinin nesnel nedenlerini ve bu hakkın objektif iyi niyet kurallarına uygun kullanıldığını kanıtlayamamıştır. Dosyada mevcut delillerden, özellikle davacının davalıya hitaben yazdığı 23.08.2005, 24.08.2005 ve 25.08.2005 tarihli yazılardan, davacının yeni görev yerine gittiği, ancak ulaşım giderlerinin karşılanması yönünde istekte bulunduğu, işyerine girmek için kart verilmesini istediği görülmektedir. Her ne kadar davacının 22-23-24 Ağustos 2005 tarihlerinde işyerine gelmediği hususunda davalı işveren tarafından tutanaklar tutulmuş ise de söz konusu belgeler karşısında davacının devamsızlık yolunda bir iradesinin olmadığı anlaşılmaktadır. Öte yandan, davalı tarafça mevcudiyeti inkar edilmeyen 29.07.2005 tarihli Hüseyin Lal'a hitaben yazılan ".Abdulmecit Ünal ve Bora Bayraktar'ın bugün Kurtköy'e transfer olduklarına dair yazılarını tebliğ etmemiz lazım. Bugün erken gelebilirlermi bana ben yazılarını tebliğ edeceğim ancak bugün çalışmasınlar sizde..büyük bir ihtimal ile kabul etmeyeceklerdir işbaşı da yaptırmayalım." Temel Hatunoğlu, yazılı elektronik posta yazışması ile de davalı işverenin davacıyı yeni işyerinde işe başlatmadığı, giderek, devamsızlık olgusunun ve davalı işveren tarafından yapılan feshinin haklı olduğunun ispat yükü kendisinde olan davalı işveren tarafından ispat edilemediği sonucuna ulaşılmaktadır

DAVA :Davacı, kıdem ve ihbar tazminatı alacağının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği reddetmiştir.

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

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı, davalı işyerinde çalışırken, Zeytinburnundaki merkezde görevli iken 29 Temmuz 2005 günü çalışma yerinin Kurtköy Aktarma Merkezi olarak değiştirildiğinin tebliğ edildiğini, bir gün sonra 30 Temmuz Cumartesi günü geçirdiği kaza sonucu 30.07.2005-06.08.2005 arasında rapor aldığını, raporlu olmasına rağmen 1-2-3 Ağustos 2005 tarihlerinde işe gelmediği için iş akdinin feshedildiğine dair 4 Ağustos 2005 tarihli fesihname hazırlandığını, raporunu ibraz ettiğini, işten çıkartılmak için tezgah hazırlandığını, Kurtköy'de kart vermeyerek çalışmasının engellendiğini, işbaşı yapmadığından bahisle uydurma bir fesih beyannamesi ile 26.08.2005 tarihinde işine son verildiğine dair tebligatta bulunulduğunu, Personel müdürünün e-mail talimatı ile "işbaşı yaptırmayın" şeklinde talimat verdiğini, bunun da Kurtköy'de işbaşı yaptırılmamasının sebebini gösterdiğini, iş akdinin işveren tarafından haksız olarak feshedildiğini ileri sürerek, kıdem tazminatı ve ihbar tazminatı alacaklarını istemiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı, davacının Zeytinburnu'ndaki merkezde çalışırken Kurtköy Aktarma Merkezindeki iş yoğunluğu nedeni ile 29.07.2005 tarihinde görev yeri değişikliğinin tebliğ edildiğini, işyerinin 01.08.2005 tarihi itibari ile Kurtköy olarak değiştirildiğini, sözleşmenin d maddesinde başka işyerinde sürekli veya geçici olarak çalışması hükmünün kararlaştırıldığını, 01.08.2005 tarihinde işe başlatıldığını ancak işe gelmediğini, daha sonra 30.07.2005 tarihinden 05.08.2005 tarihine kadar tedavi altında olduğuna ilişkin belge ibraz ettiğini, rahatsızlığı nedeni ile 15 gün rapor aldığını, rapor bitimli tarihi olan 22.08.2005 olmasına rağmen 22-23-24 Ağustos 2005 tarihlerinde mazeretsiz olarak işine devam etmediği için iş akdinin 26.08.2005 tarihinde feshedildiğini, isteklerin yerinde olmadığını savunarak davanın reddini istemiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemece, davacının 22-23-24.08.2005 tarihlerinde mazeretsiz devamsızlığının olduğu gerekçesi ile isteklerin reddine karar verilmiştir.

D) Temyiz:

Kararı davacı taraf temyiz etmiştir.

E) Gerekçe:

Taraflar arasındaki uyuşmazlık, davacı işçinin iş akdinin işveren tarafından devamsızlık nedeni ile haklı olarak feshedildiğinin ispat edilip edilmediği noktasında toplanmaktadır.

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 sonraki 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 imkânı vermemektedir. Devamsızlığın haklı bir nedene dayanması halinde işverenin derhal ve haklı nedenle fesih imkânı 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 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. İşçinin yapmakla yükümlü olduğu ödevleri hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesi ayrı bir fesih nedeni olup, bu durumda 4857 sayılı İş Kanununun 25/II- 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 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 halinde, 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, yerel mahkemece gerçekleştirilen feshin devamsızlığa dayandığı ve haklı nitelikte olduğu kabul edilerek kıdem ve ihbar tazminatı isteklerinin reddine karar verilmiş ise de dosya içeriğine göre davalı işveren davacının görev yeri değişikliğinin nesnel nedenlerini ve bu hakkın objektif iyi niyet kurallarına uygun kullanıldığını kanıtlayamamıştır. Dosyada mevcut delillerden, özellikle davacının davalıya hitaben yazdığı 23.08.2005, 24.08.2005 ve 25.08.2005 tarihli yazılardan, davacının yeni görev yerine gittiği, ancak ulaşım giderlerinin karşılanması yönünde istekte bulunduğu, işyerine girmek için kart verilmesini istediği görülmektedir. Her ne kadar davacının 22-23-24 Ağustos 2005 tarihlerinde işyerine gelmediği hususunda davalı işveren tarafından tutanaklar tutulmuş ise de söz konusu belgeler karşısında davacının devamsızlık yolunda bir iradesinin olmadığı anlaşılmaktadır. Öte yandan, davalı tarafça mevcudiyeti inkar edilmeyen 29.07.2005 tarihli Hüseyin Lal’a hitaben yazılan “Abdülmecit Ünal ve Bora Bayraktar’ın bugün Kurtköy’e transfer olduklarına dair yazılarını tebliğ etmemiz lazım..Bugün erken gelebilirlermi bana ben yazılarını tebliğ edeceğim ancak bugün çalışmasınlar sizde..büyük bir ihtimal ile kabul etmeyeceklerdir işbaşı da yaptırmayalım.” Temel Hatunoğlu, yazılı elektronik posta yazışması ile de davalı işverenin davacıyı yeni işyerinde işe başlatmadığı, giderek, devamsızlık olgusunun ve davalı işveren tarafından yapılan feshinin haklı olduğunun ispat yükü kendisinde olan davalı işveren tarafından ispat edilemediği sonucuna ulaşılmaktadır. Saptanan bu durum karşısında ve yukarıda açıklanan maddi ve hukuki olgular göz önünde tutulduğunda, kıdem ve ihbar tazminatı isteklerinin kabulü gerekirken reddine karar verilmesi isabetsizdir.

2-SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı nedenlerden dolayı BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 15.09.2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.