

YARGITAY

9. HUKUK DAİRESİ

Esas No. 2008/35469

Karar No. 2010/26731

Tarihi: 04.10.2010

İlgili Kanun / Madde

4857 S.İşK/25

1475.S.İşK/14

- **DEVAMSIZLIK NEDENİYLE FESİH**
- **BİR AY İFADESİNİN TAKVİM AYINI İFADE ETMEYECEĞİ**
- **BEŞ YILLIK İŞÇİNİN KAZANIMLARINI YOK SAYIP İŞİNİ TERK ETMEYECEĞİ**

ÖZETİ 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 25/11- 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 takdirde söz konusu günlerde çalışılmaması da işverene haklı fesih imkânı tanır

Yaklaşık beş yıldır aynı işyerinde çalışan bir işçinin kazanımlarını yok sayarak işini terk etmesi ve hemen on gün kadar sonra da dava açması hayatın olağan akışına aykırıdır. Davalının tevilli kabulünden, davacı tanığının ifadesinden Cemal Samar'ın işçi çıkartma yetkisini fiilen kullandığı ve işverenin de buna göz yumduğu anlaşıldığından, tanığın ifadesinde geçen işçi ve olayın gerçek olup olmadığı ve adı geçen tarafından işten çıkarılıp çıkarılmadığı araştırılmadan, işe kendi isteği ile devamsızlık yaptığı kabul edilerek kıdem tazminatı isteğinin eksik inceleme ve araştırma ile reddine karar verilmesi hatalıdır

DAVA :Davacı, kıdem tazminatının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.
Yerel mahkeme, davayı reddetmiştir.

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

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

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 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 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 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 İş Kanununun 25/11- 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 takdirde söz konusu günlerde çalışılmaması da işverene haklı fesih imkânı tanır.

Somut olayda, davacı işçi işyerinde müdür olan Cemal Şamar tarafından 11.7.2007 tarihinde işten çıkarıldığını iddia etmektedir.

Davalı işveren, adı geçen müdür yada işçi olmadığını, işyerindeki makinelerin kontrolü için zaman, zaman işyerine gelen bir makine mühendisi olduğunu, davacının 11.7.2007 tarihinden itibaren devamsızlık yaptığını, çekilen ihtarla rağmen işbaşı yapmadığını bu nedenle iş sözleşmesinin feshedildiğini savunmuştur.

Davacı tanığı, Alev İşi doğru, davacının ismini verdiği diğer bir işçi ile kavga ettiği için, işyerinde Müdür olan Cemal Şamar tarafından ikisinin de işten çıkarıldığını mahkeme ifadesinde beyan etmiştir.

Yaklaşık beş yıldır aynı işyerinde çalışan bir işçinin kazanımlarını yok sayarak işini terk etmesi ve hemen on gün kadar sonra da dava açması hayatın olağan akışına aykırıdır. Davalının tevilli kabulünden, davacı tanığının ifadesinden Cemal Şamar'ın işçi çıkartma yetkisini fiilen kullandığı ve işverenin de buna göz yumduğu anlaşıldığından, tanığın ifadesinde geçen işçi ve olayın gerçek olup olmadığı ve adı geçen tarafından işten çıkarılıp çıkarılmadığı araştırılmadan, işe kendi isteği ile

devamsızlık yaptığı kabul edilerek kıdem tazminatı isteğinin eksik inceleme ve araştırma ile reddine karar verilmesi hatalıdır.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 4.10.2010 gününde oybirliğiyle karar verildi.