

**YARGITAY 9. HUKUK
DAİRESİ**

Esas : 2008/33538

Karar : 2010/21641

Tarih : 05.07.2010

Kıdem Tazminatı(Devamsızlık İddiası)

Devamsızlık Tutanağı(İş Akdinin Feshinden Sonra Tutulan)

İşverenin Haklı Nedenle Derhal Fesih Hakkı(Devamsızlık - Kıdem Tazminatı)

Katılma Yoluyla Temyiz (İş Mahkemesi Kararlarına Karşı)

İş Mahkemesi Kararlarına Karşı Katılma Yoluyla Temyiz

1.Davacı işçinin 13.10.2007 cumartesi günü işverenle görüştüğü sırada akdi feshedildikten sonra düzenlenen devamsızlık tutanakları ve dava açıldıktan sonra gönderilen davalı ihtarnamesinin geçerliliği yoktur. Böyle olunca ispat yükü kendisinde olan davalı işveren iş sözleşmesini haklı nedenle feshettiğini yada işyerini davacının terk ettiğini kanıtlayamadığından davacının kıdem, ihbar tazminatı isteklerinin kabulü yerine reddine karar verilmesi hatalıdır.

2.İş Mahkemelerinde katılma yolu ile temyiz olanağı bulunmadığından, 8 günlük temyiz süresi geçtikten sonra yapılan davalının temyiz isteminin reddine dair kararda usulsüzlük yoktur.

DAVA VE KARAR:

Davacı, ihbar, kıdem tazminatı, fazla mesai, yıllık ücretli izin, resmi ve dini bayram çalışma 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 Y.Tekbaş tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

YARGITAY 9. HUKUK DAİRESİ KARARI:

1-Davalı işveren vekilinin yüzüne karşı 13.5.2008 tarihinde HUMK. nun 381 ve 388. maddelerine uygun olarak tefhim olunan kararı, davalı vekili katılma yolu ile 19.6.2008 tarihinde temyiz ettiğiinden, İş Mahkemelerinde katılma yolu ile temyiz olanağı bulunmadığından, 8 günlük temyiz süresi geçtikten sonra yapılan davalının temyiz isteminin reddine.

2-Davacının temyizine gelince; 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 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 imkanı vermemektedir. Devamsızlığın haklı bir nedene dayanması halinde işverenin derhal ve haklı nedenle fesih imkânı 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 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 takdirde söz konusu günlerde çalışılmaması da işverene haklı fesih imkanı tanır.

Somut olayda, davalı işveren tarafından, davalı petrol istasyonunda olay gecesi nöbetçi olan Göksel ve Türker isimli işçilerin iş sözleşmesi feshedildikten sonra aynı işte nöbetleşe çalışan Erol ile Süleyman isimli işçilerin de işyerine geldikleri; bizzat davalının tuttuğu tutanakta imzası bulunan ve davacı tanığı olarak dinlenen tesis müdürünün anlatımından da belli olduğu üzere işverenin görüşmeleri; bu görüşmeden sonra işverenin tüm işçilerin eşyalarını almak üzere tesis müdürünü evlerine gönderdiği; işyeri boş kalmaması diye o gece davacı Erol'un nöbetçi kaldığı, diğer üç işçinin işyerinden ayrıldığı, sabahleyin işyerine iki yeni elamanın geldiği tanık ifadelerinden anlaşılmaktadır.

Davacı işçinin 13.10.2007 cumartesi günü işverenin görüştüğü sırada akdi feshedildikten sonra düzenlenen devamsızlık tutanakları ve dava açıldıktan sonra gönderilen davalı ihtarnamesinin geçerliliği yoktur. Böyle olunca ispat yükü kendisinde olan davalı işveren iş sözleşmesini haklı nedenle feshettiğini yada işyerini davacının terk ettiğini kanıtlayamadığından davacının kıdem, ihbar tazminatı isteklerinin kabulü yerine reddine karar verilmesi hatalıdır.

SONUÇ:

Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten (BOZULMASINA), oybirliği ile karar verildi.