

İŞÇİNİN DEVAMSIZLIĞI VE İŞVERENİN HAKLI NEDENLE DERHAL FESİH HAKKI

I- GİRİŞ

4857 sayılı İş Kanununun 25/II-g bendine göre, 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 iş günü işine devam etmemesi işverene haklı nedenle derhal fesih hakkı vermektedir.

II- İŞE DEVAMSIZLIK

İşçi, iş görme edimini yerine getirirken bunu aksatmamak durumundadır. Üretimi kesintisiz sürdürmek zorunda olan işverenin mal ve hizmet taahhütlerini yerine getirmesi, çalışma düzenini sağlaması gerekmektedir. İşçinin işinde devamsızlık göstermesi, iş görme borcunun yerine getirilmesini engelleyecektir.

İşçinin her işe devamsızlığı, işinin başında olmayışı işverene hizmet akdini haklı nedenle derhal fesih etme yetkisi vermemektedir. İşçi ya izin almaksızın ya da haklı bir sebebi olmaksızın belli bir süre işine devam edememesi gerekir ki bu fesih hakkı doğabilsin.

İşçilerin işyerindeki çalışma düzenine ve saatlerine uyması gerekmektedir.

İşçinin davranışlarına dayanan fesih, her şeyden önce, iş sözleşmesinin işçi tarafından ihlal edilmesini şart koşmaktadır. Bu nedenle, işçiye somut olarak hangi sözleşmesel yükümlülüğün yüklendiğinin ve işçinin hangi davranışı ile somut sözleşme yükümlülüğünü ihlal ettiğinin tespit edilmesi gerekir. Öte yandan, işçinin isteseydi yükümlülüğünü ihlal etmekten kaçınabilip kaçınamayacağı da belirlenmelidir. Eğer işçinin yükümlülüğünü ihlal etmekten kaçınma olanağına sahip olduğu tespit edilirse, fesihten önce işçiye ihtar verilip verilmediği, ihtara rağmen davranışını tekrar etmesi halinde İş Kanununun 19 uncu maddesi uyarınca savunması alınarak iş sözleşmesinin feshedilip edilmediğine bakılacaktır. **Ancak, ağır yükümlülük ihlalleri nedeni ile işverenin iş sözleşmesine devam etmesinin beklenemeyeceği hallerde işçiye davranışından dolayı ihtar verilmesine gerek olmayacaktır.** Başka bir anlatımla, işçinin sözleşmeyi ihlal eden davranışının türü ve ağırlığı itibarıyla, onun gelecekte sözleşmeye uygun davranması şartıyla işverenden iş ilişkisine devam etmesinin haklı olarak beklenebileceği durumlarda ihtar gerekli ve zorunlu olmalı; aksi takdirde işveren ihtar vermeksizin iş sözleşmesini feshedebilmelidir. Buna göre, işverene süresiz fesih hakkı verilen İş Kanununun 25 inci maddesinde belirtilen hallerden dolayı kural olarak, işçiye önceden ihtar verilmesine gerek olmadığı kabul edilmelidir^[1].

A- BİR AYLIK SÜRE

Maddede bir aylık süre konusunda açıklama bulunmamaktadır. Yargıtay kararlarına göre^[2] bir aylık süre, takvim ayı olarak değerlendirilmemeli, ilk devamsızlıktan itibaren aynı güne denk düşen sonraki ay, ya da son devamsızlık tarihinden geriye gidilerek aynı güne denk düşen önceki ay arasında kalan dönem bir aylık süre olarak dikkate alınmalıdır.

B- İŞVERENDEN İZİN ALMAK

İşçi, ya bizzat işverenden veya işveren vekilinden ya da izin kurulundan izin alması gerekir. Usulüne uygun olarak alınan izin nedeniyle yapılacak devamsızlıklar bu bent kapsamına girmemektedir.

C- HAKLI NEDEN

Kanunda, hangi durumların haklı bir neden sayılacağı belirtilmemiştir. Hayatın akış sürecinde haklı nedenleri net olarak ortaya koyabilmek mümkün olmasa da İş Kanundaki diğer düzenlemelerde olduğu gibi bazı örnekler verilebilirdi.

Yargıtay, hasta olan çocuğunu doktora götürerek, durumunu komşusuyla işverene bildiren ve bu nedenle iki gün işe gidemeyen işçinin, sara hastalığına tutulan karısını muayene ettirmek için üç iş gününden fazla işe gelemeyen işçinin bu durumlarını haklı bir mazeret olarak değerlendirmiştir. Davacı sağlık kurulu raporu ile rahatsızlığını ve mazeretini belgelendirmiştir. Buna göre feshin haksız olduğunun kabulü gerekir[3].

Haklı bir nedene dayalı olarak işçi işine gidemediği durumlarda dürüstlük kuralı gereği bunu işverene bildirmelidir. İşverenin işçinin gelmemesinden ötürü gerekli tedbirleri alabilmesi ancak haber vermesiyle mümkün olacaktır. Buna rağmen işçinin haber vermemesinin beklenemeyeceği durumlarda bildirimsiz fesih hakkının doğmayacağı kabul edilmektedir[4]. Devamsızlığın haklı nedene dayandığını işçinin iyi niyet kurallarına uygun olarak işverene haber vermesi gerekir. Aksi halde fesih haklı olur[5].

Genel olarak ifade etmek gerekirse, işçinin devamsızlığı akrabalarından birinin ölümü, tanıklık, seçime katılma, eşin doğum yapması, aile efradının hastalanması, tanıklık, bilirkişilik, resmi makamların çağrısına uymak ... gibi haklı nedenlerden kaynaklanıyor ve durum işverene bildirilmiş ise işverenin sözleşmeyi fesih için haklı nedeni olamayacaktır.

D- DEVAMSIZLIK OLARAK DEĞERLENDİRİLMİYEN DURUMLAR

İş Kanununun 34 üncü maddesine göre, ödenmesi gereken ücret, ödeme gününden itibaren 20 gün içinde mücbir bir neden[6] dışında ödenmezse işçi, bu nedenle işe gitmeyebilir. İşçinin bu nedenle işe gitmemesi, devamsızlık olarak değerlendirilmez.

Yargıtay'ın verdiği bir çok karara göre de, iş akdinin son bulmasından[7], işverence nakil yetkisinin iyi niyet kurallarına uygun kullanılmamasından[8] dolayı işe devam etmeme ya da yeni iş yerinde işe başlamama devamsızlık olarak değerlendirilmemekte, işverenlerin devamsızlığa dair düzenlediği bu tutanaklara da itibar edilmemektedir.

E- DEVAMSIZLIĞIN SÜRESİ

İşverenin haklı nedenle derhal fesih yetkisini kullanabilmesi için, işçinin ardı ardına iki işgünü veya bir ay içinde iki defa herhangi bir tatil gününden sonraki işgünü ya da bir ay içinde üç işgünü işe devam etmemesi gerekir.

Tatil günlerinin neler olduğu konusunda öğretide farklı görüşler bulunmaktadır. Kanaatimizce, ulusal ve resmi bayram, genel tatil günleri, o işçi ya da işyerinde uygulanan tüm işçiler için geçerli tatil günleriyle, kullanılan izinler tatil günü olarak değerlendirilmelidir.

İş Kanununa göre cumartesi günleri de işgünüdür.

Yargıtay, daha önceleri de devamsızlık yaptığı ve bu nedenle uyarıldığı anlaşılan davacının işe 23.06.2005 ve 25.06.2009 günlerinde izinsiz ve haklı bir mazerete dayanmayan devamsızlığını İş Kanununun 25/II-g maddesi anlamında haklı bir fesih nedeni olarak değerlenmemiş ama işin yürütümünü bozan bu davranışın **fesih için geçerli neden olduğuna** karar vermiştir[9].

F- İHTARNAME ÇEKME

Her ne kadar Kanunda ihtarname çekileceği yazılı olmasa da yargı sürecinde aleyhe olabilecek durumların önüne geçmek için, işe izinsiz ve mazeretsiz gelmeyen işçinin adresine gönderilecek ihtarnamede, devamsızlık yaptığı, haklı nedeni var ise belgelendirmesi gerektiği aksi takdirde iş sözleşmesinin feshedileceği, bildirilmelidir.

G- İSPAT YÜKÜ

Bir davanın kazanılması ya da kaybedilmesi dayanılan olayların doğru olduğunun ya da karşı tarafın dayandığı olayların doğru olmadığına ispatlanmasına bağlıdır. Var olan davada ne kadar haklı olunursa olunsun, eğer ispat yükü kendi üzerine düşen taraf durumu ortaya koyacak delillerle haklılığını ispatlayamazsa davayı kaybeder.

Devamsızlığa dayalı fesihlerde ispat yükü işverendedir. Burada işyerinin tutanak, tanık ve işyeri kayıtlarıyla devamsızlığı mahkemeye ispatlamalıdır.

Yargıtay, işverenin tutanak, tanık ve işyeri kayıtlarıyla kanıtladığı devamsızlık durumunu sadece işçi tanıklarının beyanlarına dayanılarak yok sayılmayacağına karar vermiştir.

H- FESİHTE SÜRE

4857 sayılı İş Kanununun 26 ncı maddesine göre, ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan hallere dayalı olarak sözleşmeyi feshetme hakkının, bu çeşit davranışların öğrenildiği günden başlayarak altı iş günü ve her halde fiilin gerçekleşmesinden itibaren bir yıl içinde kullanılması gerekir.

İşveren işçinin devamsızlığından dolayı iş akdini feshetmek istiyorsa, bunu öğrendiği tarihten itibaren altı işgünü içinde fesih hakkını kullanmalıdır. Altı günlük süre hak düşürücü süredir. Altı günlük iş süresine cumartesi günleri de dahil edilmelidir.

Yargıtay, haklı feshi gerektirecek nedenler 26 ncı maddedeki yasal süre içinde kullanılmaması feshi geçersiz kılar ise de güven ilkesi zedelendiği için işe iade kararının verilemeyeceğine[10] karar vermiştir. Yani yasal süreyi geçirmek

işveren için geçerli fesih nedenidir ancak haklı fesih nedeni değildir. Hukuki sonuç olarak işveren bu süreyi geçirirse işçinin kıdem ve ihbar tazminatını ödemekle yükümlü olur.

I- BİLDİRİMSİZ FESİH

Hizmet akdinin bildirimlessiz feshinde dikkate alınan nedenlerin tek başına varlığı akdi kendiliğinden sona erdirmez. Bu nedene dayalı olarak akdi sona erdirme hakkı olan tarafın hizmet akdini sona erdirmesi gerekir. Fesih bildiriminin karşı tarafa ulaşmasıyla birlikte hizmet akdini derhal sona erer.

İşçinin belirli ya da belirsiz süreli hizmet akdiyle çalışması böylesi bir fesihte bulunmayı engellemez.

İ- İHBAR VE KIDEM TAZMİNATI

İşveren işçinin izin almaksızın veya haklı bir nedene dayanmaksızın devamsızlığından dolayı hizmet akdini feshederse, ihbar ve kıdem tazminatı ödemek zorunda değildir.

III- İŞE GEÇ GELME

İşçinin işe geç gelmesi geçerli nedene dayalı olarak fesih kapsamında değerlendirilmelidir. İşverenin işe geç gelen bir işçinin iş sözleşmesini feshedebilmesi için birkaç kez ikaz etmesi, buna rağmen işçinin davranışında değişiklik olmaması halinde akdinin feshedilmesi, gerekir.

Yargıtay, gerçekten de işçi, işe geç gelmek suretiyle iş sözleşmesinde kararlaştırılan edimler (iş görme-ücret) arasındaki dengeyi işveren aleyhine bozmaktadır. Burada geçerli neden açısından önemli olan husus, işçinin işe geç gelmeyi alışkanlık haline getirmiş olmasıdır. Geçerli nedene dayanılarak iş sözleşmesinin feshedilebilmesi için ise, işçiye önceden ihtar edilmesi gerekir. İşçinin alışkanlık haline getirmesinden kasıt, işçinin gelecekte de işe geç gelmek suretiyle iş ilişkisinde iş görme edimi ile ilgili olarak aksaklık meydana getireceği haklı olarak tahmin edilebilmesidir. Tahmin prensibine göre, işçinin gelecekte de işe geç geleceğinin kabul edilebilmesi için geç kalmanın sebebi ve sıklığı belirleyici olmaktadır. Ulaşımından kaynaklanan riziko işçiye aittir. İşçinin işe geç gelmesi gibi, iş süresi bitmeden evvel izin almadan işyerinden ayrılması da önceden ihtar yapılması koşuluyla geçerli fesih nedeni olarak kabul edilmelidir^[11], görüşündedir.

IV- SONUÇ

4857 sayılı İş Kanununun 25/II-g bendinde düzenlenen işçinin, izinsiz veya haklı bir mazereti almaksızın ardı ardına iki iş günü veya bir ay içinde iki defa herhangi bir tatil gününden sonraki işgünü yahut bir ayda üç işgünü işine devam etmemesi durumunda hizmet akdi haklı nedenle bildirimlessiz feshedilebilmektedir.

İşverenlerin bu fesih hakkını altı işgünü içinde kullanması, işçinin işe devamsızlığını belgelendirmesi, işçinin işe devam etmemesinde haksız olması (izinli ya da mazeretli olmaması) gerekmektedir.

İşverene derhal fesih hakkı veren bu düzenlemeye göre hizmet akdi sonlandırılıyorsa, işçiye ihbar ve kıdem tazminatları da ödenmez.

[1] 9. HD. E:2007/27565, K:2008/5286, T. 17.03.2008.

[2] Fıkroda bir aylık sürenin takvim ayı olduğunu ifade eden bir kelime bulunmamaktadır. 9. HD. E:1964/169, K: 1964/317, T. 23.01.1964.

[3] 9. HD. E: 2002/15430, K:2003/2576, T.27.02.2003

[4] Mustafa ÇENBERCİ, İş Kanunu Şerhi, 1986, Ankara, s.580.

[5] Hamdi MOLLAMAHMUTOĞLU, İş Hukuku, Ankara 2004, s.495.

[6] İşyerinin içinde bulunduğu mali sıkıntı mücbir neden olarak kabul edilmemektedir.

[7] 9. HD. E:2000/6888, K:2000/11259, T.12.09.2000, 9. HD. E:2005/9518, K:2005/12140, T.05.04.2005.

[8] 9. HD. E:2007/13498, K:2007/27926, T.24.09.2007.

[9] 9. HD. E: 2005/35872, K: 2005/38686, T. 05.12.2005.

[10] 9. HD. E: 2007/14830, K:2007/36281, T.03.12.2007.

[11] 9. HD. E:2007/27565, K:2008/5286, T. 17.03.2008