

İŞÇİNİN ARDI ARDINA İKİ İŞGÜNÜ DEVAMSIZLIĞI (YARGITAY KARARI TAHLİLİ)

*[Two Working Days Consecutive Absence of Employee
(Evaluation of Judgment of Court of Appeals)]*

Saim OCAK*

ÖZET

Yargıtay,12.03.2012 tarihli kararında, Kanununun m. 25/II (g) bendinde yer alan ardi ardına iki işgünü devamsızlık düzenlemesini, farklı şekilde yorumlayarak, işçinin devamsızlık yaptığı işgünlerinin arasına, işe gelmesinin beklenmediği/gerekmediği başka günlerin girmesi halinde dahi, devamsızlığın ardi ardına olduğunu kabul ederek iş sözleşmesinin işveren tarafından haklı nedenle feshedebileceği yönünde karar vermiştir.

Kanaatimizce, Kanun hükmünün lafzı ve ruhu birlikte değerlendirildiğinde, bu tür durumlarda ardi ardına devamsızlıktan söz edilemez ve işçinin iş sözleşmesi ardi ardına iki işgünü devamsızlık gerekçesiyle haklı nedenle feshedilemez.

Anahtar kelimeler: Fesih, haklı neden, izin, izinsiz, devamsızlık, mazeret, mazeretsiz, Yargıtay

Abstract

“The Court of Appeals has decided at 03.12.2012 that the labor contract may be terminated as per Article 25/II,(g) regulating just cause in case of two days consecutive absence by the employer, even though there are days on which the employee is not obliged to come to the working place between the days that the employee is absent.

In our opinion, when the letter and spirit of the law considered together, in such cases there cannot be consecutive absence and the employee’s labor contract cannot be terminated with just cause by the employer resulting from two working days consecutive absence.

Keywords: Termination, just cause, allowance, unpermitted, absence, excuse, unexcused, Court of Appeal

* Doç.Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı.

**(Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin
T. 12.03.2012 ve E. 2009/49454, K.2012/8046 Sayılı Kararı)¹**

T.C.

YARGITAY

9. Hukuk Dairesi

Y A R G I T A Y İ L A M I

ESAS NO: 2009/49454

KARAR NO: 2012/8046

MAHKEMESİ: BAKIRKÖY 9. İŞ MAHKEMESİ

TARİHİ: 23/10/2009

NUMARASI: 2008/380-2009/525

DAVACI: MURAT BELEK ADINA AVUKAT EROL TUNA MIDİK

DAVALI: RONA TEKSTİL ÇORAP VE SAN. TİC. LTD. ŞTİ.

ADINA AVUKATMEHMET MURAT YÜKSEL

DAVA: Davacı, kıdem ve ihbar tazminatı, fazla mesai ücreti, izin ücreti ile ücret alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde davalı avukatınca temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi İ.Tav tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

Y A R G I T A Y K A R A R I

A) Davacı İsteminin Özeti:

Davacı, 12.09.2005-01.02.2008 tarihleri arasında davalı iş yerinde, formacı (çorap ütücüsü) olarak çalıştığını, 01.02.2008 tarihinde devamsızlık yaptığı gerekçesiyle işten çıkarıldığını, sadece Cuma günü öğlene kadar çalıştıktan sonra işyerinden izin alarak viziteye çıktığını, pazartesi günü ise hastalığı nedeniyle işe gelemediğini, işveren tarafından da bu hususun bilindiğini, salı günü işe başladığını, hafta sonuna kadar çalıştığını, hafta sonu işten çıkarıldığını, kendisine hiçbir şekilde hak ve alacaklarının ödenmediğini ileri sürerek kıdem ve ihbar tazminatları ile fazla çalışma, izin ve ücret alacaklarını istemiştir.

B) Davalı Cevabının Özeti:

Davalı, davacının 25.01.2008-28.01.2008 ve 04.02.2008-11.02.2008 tarihleri arasında iş yerine haber vermeksizin üst üste devamsızlık yaptığını, bu hususta

¹ Yargıtay 9. HD, T. 12.03.2012 , E. 2009/49454, K. 2012/8046, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

29.01.2008 tarihli ve 11.02.2008 tarihli iki ayrı tutanak tutulduğunu, davacıya 11.02.2008 tarihli ihtarname gönderildiğini, 13.02.2008 tarihinde ihtarnamenin tebliğ edildiğini, davacının ihtarnameyi tebliğ almasına rağmen işe gelmediği günler için hiçbir mazeret bildirmediğini, dolayısıyla davacının haklı hiçbir nedene dayanmadan işi kendisinin terk ettiğini, işi kendisi terk ettiği için ihbar tazminatı talep edemeyeceğini, haklı nedene dayanmadan iş sözleşmesini feshettiği için de kıdem tazminatı talep edemeyeceğini, davacının şirkete başvurmadığı için kendisine ödenmemiş olan 200,00 TL bakiye ücret alacağının emanet hesabında bekletilendiğini, bu nedenle ücret alacağının başvurusu halinde ödeneceğini, davacının yıllık izinlerini, fazla mesai yapmadığını savunarak, davanın reddini istemiştir.

C) Yerel Mahkeme Kararının Özeti:

Mahkemeye, davacının 25/01/2008 tarihinde vizite kağıdı almak sureti ile doktora gittiği, işyerinde işgünü olan 26/01/2008 ve 28/01/2008 tarihinde işe gelmediğinin davacının kabulünde olduğu ancak 27/01/2008 gününün işgünü olmaması sebebi ile öncelikle davacı yönünden ardı ardına iki gün işe devam etme olgusunun gerçekleşmediği, davacının 29/01/2008 tarihinde işe gelerek çalışmaya başladığının davalı tarafça ibraz edilen tutanaklardan anlaşıldığı, dinlenen davacı tanıkları ile davalı tanığı Öztürk Zan'ın beyanından davacının işe geldiği 29/01/2008 tarihinde işten çıkartıldığının bildirildiğini, dolayısıyla davacı hakkında 04/02/2008 tarihinden sonrasına ilişkin olarak düzenlenen tutanakların herhangi bir geçerliliğinin bulunmadığı, çünkü bu tarihte davacının iş sözleşmesinin zaten feshedilmiş olduğu, işçinin iş sözleşmesinin feshedilmesinden sonra işe devam etmesinin mümkün olmadığı gibi çağrıldığında da yeniden işe başlamak zorunda olmadığı, bu nedenle davacının iş sözleşmesinin feshinin davalı tarafça haklı sebeplerle yapıldığının kanıtlanamadığı belirtilerek davalının iş sözleşmesini fesihte haksız olduğu gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir.

D) Temyiz: Kararı davalı temyiz etmiştir.

E) Gerekeçe:

1-Dosyadaki yazılara, toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre davalının aşağıdaki bendin kapsamı 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 ardı ardına iki işgünü veya bir ay içinde iki defa herhangi bir tatil gününden sonraki işgünü 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 olamaz. 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 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, ardi ardına iki işgünü veya bir ay içinde iki defa herhangi bir tatil gününden sonraki işgünü 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. İşyerinde Cumartesi günü işgünü 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 durumunda, 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 davacı iş sözleşmesinin devamsızlık yaptığı gerekçesiyle işverence feshedildiğini ileri sürmüştür. Davalı ise davacının devamsızlık yaptığını, ihtarnameye rağmen işe gelmediği gibi mazeret de bildirmedğini, davacının kendisinin işyerini terk ettiğini savunmuştur.

Dinlenen davacı tanığı Hıdır Akyüz, Ocak ayının 25'inde olduğunu hatırladığı bir Cuma günü davacı ile birlikte servis ile iş yerine geldiklerini, davacının rahatsız olduğunu, ne olduğunu sorduğunda hasta olduğunu söylediğini, kendisinin de "hasta isen doktora git" dediğini, davacının işyerinden vizite kağıdı alıp gideceğini söylediğini ve o gün vizite kağıdı alıp hastaneye gittiğini, salı günü akşam davacıyı gördüğünde yine kötü durumda olduğunu, üzgün olduğunu gördüğünü, davacıya "halen iyileşmedin mi?" diye sorduğunda davacının "yok beni işten çıkardılar, ayın 1'ine kadar da süre verdiler" dediğini, davacının bu arada işten çıkartıldığını, davacı tanığı Hüseyin Aksun, ocak ayında bir gün davacının servise bindiğinde rahatsız olduğunu, arkadaşları ile birlikte kendisine vizite kağıdı alıp doktora gitmesini söylediklerini, davacının da gideceğini söylediğini, daha sonra sevk kağıdı alıp doktora gittiğini, iyileşmediği için işe gelemeyeceğini, davacının salı günü işe başladığında kendisinin işten çıkarıldığını, cuma gününe kadar süre verildiğini ve cuma gününün son olduğunu söylediğini, cuma günü de işten ayrıldığını, davalı tanığı Öztürk Zan, davacının cuma günü hasta olduğunu söyleyerek vizite kağıdı istediğini, işyerine salı günü geldiğini, kendisine doktora gidip gitmediğini sorduğunu, davacının "gidemedim" dediğini, her hangi bir gerekçe göstermediğini, "peki neden işe gelmedin?" diye sorduğunda yine "gelemedim" dediğini ve bir şey belirtmediğini, bunun üzerine davacıyı patronlarının çağırdığını ve "sen bizi dikkate almıyorsun, kaale almıyorsun, işe gelmiyorsun" diyerek davacıyı işten çıkardığını, bu konuşmanın salı günü olduğunu ancak davacıyı ne zaman işten çıkardıklarını bilmediğini beyan etmişlerdir.

Mahkemece davacı tanıkları ve davalı tanığı Öztürk'ün beyanları dikkate alınarak yukarıdaki gerekçe ile davacının iş sözleşmesinin feshinin haksız olduğu kabul edilmiştir.

Mahkeme kabulünde olduğu gibi davacı cumartesi ve pazartesi olmak üzere iki işgünü devamsızlık yapmıştır. Pazar günü işyerinde çalışma olmaması nedeniyle işyerine gelmemiştir.

Kanuni tanımdaki "işçinin işverenden izin almaksızın veya haklı bir sebebe dayanmaksızın ardi ardına iki işgünü işine devam etmemesi" eyleminde olaydaki cumartesi ve pazartesi günleri arasına denk gelen hafta tatili gününün bulunması hukuki kesinti yaratmaz. Bu nedenle İş Kanununun 25/II-g maddesindeki işverenin haklı feshi nedeni tahakkuk etmiştir.

Saptanan bu durum karşısında ve yukarıda açıklanan maddi ve hukuki olgular göz önünde tutulduğunda, davacının kıdem ve ihbar tazminatlarının reddi gerekirken kabulüne karar verilmesi isabetsizdir.

F) Sonuç: Temyiz olunan kararın, yukarıda yazılı sebepten dolayı BOZULMASINA, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgilie iadesine, 12.03.2012 tarihinde oyçokluğuyla karar verildi.

Başkan	Üye	Üye	Üye	Üye
Ü. SAYIŞ	Ö.H.TUNA	M. ARI	M. K.TEPEDELEN	N.KARABABA

KARŞI OY

Somut olayda işveren, davacı işçinin iş sözleşmesinin devamsızlık nedeniyle feshedildiğini ileri sürmüş, yerel mahkemece davacının işgünü olan 26.01.2008 (cumartesi) ve 28.01.2008 (pazartesi) tarihlerinde işe devam etmediği, 29.01.2008 tarihinde işe geldiği, 27.01.2008 pazar gününün işgünü olmaması nedeniyle davacının ardi ardına iki gün devamsızlığından söz edilemeyeceği gerekçesiyle işverence gerçekleştirilen feshin haksız olduğu kabul edilerek, kıdem ve ihbar tazminatlarını hüküm altına alınmıştır.

Sayın çoğunluk, davacının cumartesi ve pazartesi olmak üzere iki işgünü devamsızlık yaptığı, pazar günü işyerinde çalışma olmaması nedeniyle işe gelmemesinin yasa da öngörülen “ardi ardına iki işgünü” tanımında hukuki kesinti yaratmayacağı ve işveren feshinin haklı nitelik taşıdığı gerekçesiyle yerel mahkeme hükmünün bozulmasına karar vermiştir.

Olayda tartışmalı olan husus; İşverene haklı fesih imkanı veren İş Kanununun 25/II-g maddesinde öngörülen “ardi ardına iki işgünü” tanımından ne anlaşılması gerektiği noktasındadır.

Türk Dil Kurumu Güncel Sözlükte “ardi ardına (zarf); ara vermeden, aralıksız olarak, sürekli bir biçimde” anlamında tanımlanmaktadır. Bilindiği üzere işverene haklı fesih imkanı tanıyan devamsızlık halleri İş Kanununun 25/II-g maddesinde “...Ardı ardına iki işgünü veya bir ay içinde herhangi bir tatil gününden sonraki iki işgünü, yahut bir ayda üç işgünü işe devam etmemesi...” gibi üç ayrı şekilde düzenlenmiş olup, işe gelinmeyen günler arasında başka bir günün bulunması halinde ardi ardına iki gün anlamında devamsızlıktan bahsedilemeyecektir. Zira kanun koyucu bir ay içinde herhangi bir tatil gününden sonra iki işgünü devamsızlık halini ayrıca fesih nedeni olarak göstermiş olup cumartesi işe gelmeyen ve hafta tatili olan pazar günü çalışmayan işçinin pazartesi günü ardi ardına iki gün gelmediği gerekçesiyle işten çıkarılması, Pazar günü çalışacağı yolunda onayı veya iş sözleşmesinde bir hüküm bulunmaması halinde haksız fesihtir.

Dairemizin emsal nitelikteki 02.10.2006 gün ve 2006/17602-25668 sayılı kararında da “...fesih bildiriminde davacının 10.09.2005 (cumartesi) ve 12.09.2005 (pazartesi) günleri işe gelmediği için iş sözleşmesinin feshedildiğinin belirtilmiş olması karşısında ard arda iki işgününden söz edilemeyeceği, bu durumda feshin İş Kanunu'nun 25/II-g maddesinde belirtilen haklı nedene dayanmadığı...” belirtilmiş olup yerel mahkemenin davacının kıdem ve ihbar tazminatına hak kazandığı yolundaki kararı bu nedenle yerinde olup onanması gerektiğinden, aksine değerlendirme ile bozma yönünde oluşan sayın çoğunluk kararına katılmıyorum. 12.03.2012.

Üye

Ö. Hicri Tuna

I. DAVAYA KONU OLAY VE HUKUKİ SORUN

Yüksek Mahkemenin kararına konu uyuşmazlıkta, davacı taraf, vizite kağıdı alınarak işyerinden ayrıldığını, işverenin bilgisi olduğunu, devamsızlık olmadığını, işveren tarafından iş sözleşmenin davalı işverenlikçe ardı ardına iki işgünü devamsızlık gerekçesiyle haksız olarak feshedildiğini, davalı taraf ise, davacı işçinin devamsızlık yaptığını, buna ilişkin ihtarnameyi tebliğ almasına rağmen işe gelmediği günler için hiçbir mazeret bildirmediğini, davacının haklı hiçbir nedene dayanmadan işi kendisinin terk ettiğini, haklı nedene dayanmadan iş sözleşmesini feshettiğini ileri sürmüştür.

Yerel Mahkeme, devamsızlık bulunmadığı ve dolayısıyla da feshin haksız olduğu gerekçesiyle, davacının talebini kısmen kabul ederek hüküm kurmuştur. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi ise, oyçokluğu ile aldığı kararda, ardı ardına iki işgünü devamsızlık bulunduğunu belirterek yerel mahkemenin kararını bozmuştur.

Davaya konu somut olay bakımından, davacı işçinin, işverenden izin almaksızın ve haklı neden olmaksızın devamsızlık yapıp yapmadığı uyuşmazlık konusudur. Davaya konu uyuşmazlıkta hukuki sorun ise, işçinin, devamsızlık yaptığı işgününden sonra araya tatil gününün girdiği ve tatil gününden sonraki işgününde de işçinin yine işe gelmediği durumlarda, ardı ardına iki işgünü devamsızlık olup olmadığı hususunda toplanmaktadır.

II. YEREL MAHKEME KARARI

Yerel Mahkeme, "...davacının 25/01/2008 tarihinde vizite kağıdı almak sureti ile doktora gittiği, işyerinde işgünü olan 26/01/2008 ve 28/01/2008 tarihinde işe gelmediğinin davacının kabulünde olduğu ancak 27/01/2008 gününün işgünü olmaması sebebi ile öncelikle davacı yönünden ardı ardına iki gün işe devam etme olgusunun gerçekleşmediği, davacının 29/01/2008 tarihinde işe gelerek çalışmaya başladığının davalı tarafça ibraz edilen tutanaklardan anlaşıldığı, dinlenen davacı tanıkları ile davalı tanığı Öztürk Zan'ın beyanından davacının işe geldiği 29/01/2008 tarihinde işten çıkartıldığının bildirildiğini, dolayısıyla davacı hakkında 04/02/2008 tarihinden sonrasına ilişkin olarak düzenlenen tutanakların herhangi bir geçerliliğinin bulunmadığı, çünkü bu tarihte davacının iş sözleşmesinin zaten feshedilmiş olduğu, işçinin iş sözleşmesinin feshedilmesinden sonra işe devam etmesinin mümkün olmadığı gibi çağrıldığında da yeniden işe başlamak zorunda olmadığı, bu nedenle davacının iş sözleşmesinin feshinin davalı tarafça haklı sebeplerle yapıldığının kanıtlanamadığı belirtilerek davalının iş sözleşmesini fesihle haksız olduğu gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir".

III. YARGITAY KARARI

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 12.03.2012 tarihli kararında², aşağıdaki hususlara yer verilmiştir. “...Mahkeme kabulünde olduğu gibi davacı cumartesi ve pazartesi olmak üzere iki işgünü devamsızlık yapmıştır. Pazar günü işyerinde çalışma olmaması nedeniyle işyerine gelmemiştir.

Kanuni tanımdaki “işçinin işverenden izin almaksızın veya haklı bir sebebe dayanmaksızın ardi ardına iki işgünü işine devam etmemesi” eyleminde olaydaki cumartesi ve pazartesi günleri arasına denk gelen hafta tatili gününün bulunması hukuki kesinti yaratmaz. Bu nedenle İş Kanununun 25/II-g maddesindeki işverenin haklı fesih nedeni tahakkuk etmiştir. Saptanan bu durum karşısında ve yukarıda açıklanan maddi ve hukuki olgular göz önünde tutulduğunda, davacının kıdem ve ihbar tazminatlarının reddi gerekirken kabulüne karar verilmesi isabetsizdir...” şeklinde hüküm kurmuştur.

IV. DEĞERLENDİRME

1. Devamsızlık

Bilindiği gibi işçinin işine devamsızlığı iş ilişkisinin devamını bazı hallerde işveren bakımından çekilemez hale getirebilmektedir. Bu bağlamda, mevzuatta devamsızlıkla ilgili olarak işveren fesih hakkı tanıyan düzenlemelere yer verilmiş bulunmaktadır. İşveren, işçinin devamsızlığına bağlı olarak iş sözleşmesini haklı ya da geçerli nedenle feshedebilecektir. Kanunda, işçinin devamsızlığının işverenden sözleşmenin devamının beklenemeyecek şekilde olumsuz etkilediği haller bakımından işverene iş sözleşmesini haklı nedenle feshetme hakkı tanınmıştır. Bu bağlamda, devamsızlık, işçinin, kasıtlı ya da kusurlu olup olmamasına bakılmaksızın, iş gelmesinin beklendiği işgünlerinde, haklı bir neden almaksızın ve işverenden izin almaksızın “işe gelmemesi” şeklinde ifade edilebilir. Dolayısıyla, ücretsiz izin gibi sözleşmenin askıya alındığı ve işçinin işe gelmesinin gerekmediği diğer tüm hallerde devamsızlıktan söz edilemeyecektir. Bu bağlamda, işçinin devamsızlığından söz edilebilmesi için, işçinin işe gelmesi beklenen sürelerde haklı bir neden almaksızın ve işverenden izin almaksızın gelmemiş olması gerekmektedir. Aksi halde işçinin devamsızlığından söz edilemeyecektir. Burada belirtmek gerekir ki, iş sözleşmesinin işçinin devamsızlığına bağlı olarak işveren tarafından haklı nedenle feshedilebilmesi için, devamsızlığın Kanunda belirtilen şekillerde/sürelerde gerçekleşmiş olması gerekmektedir.

Çalışma konumuz da bu fesih hallerinden birisine ilişkindir. Kanunun 25. maddesinde, farklı devamsızlık halleri ve buna bağlı olarak işverenin haklı nedenle fesih hakkı düzenlenmiş bulunmaktadır. Kanunun 25. maddesinin ikinci ben-

² Yargıtay 9. HD, T. 12.03.2012 , E. 2009/49454, K. 2012/8046, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

dinde, “Ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri” başlığı altında düzenlenen ve işverene haklı fesih hakkı tanıyan devamsızlık hali oluşturmaktadır. Bunlar ise, işçinin işverenden izin almaksızın veya haklı bir sebebe dayanmaksızın ardı ardına iki işgünü veya bir ay içinde iki defa herhangi bir tatil gününden sonraki işgünü, yahut bir ayda üç işgünü işine devam etmemesi halleridir (m. 25/II/g). Çalışmamızda ise bu hallerden, işverenden izin almaksızın ya da haklı bir neden olmaksızın ardı ardına iki işgünü işçinin devam etmesine ilişkin olarak Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin, 12.03.2012 tarihli kararı değerlendirilmeye çalışılacaktır. Belirtilen karara konu olayda, işçinin, işe gelmediği ilk işgününden sonra araya tatil gününün girdiği ve tatil gününden sonraki işgününde işçinin yine işe gelmediği anlaşılmaktadır. Burada önce incelemeye konu Yargıtay kararına yer verilecek, daha sonra inceleme ve değerlendirmelere geçilecektir.

İşçinin işverene karşı olan temel borçlarının en önemlisi iş görme borcudur. İşçinin, iş görme borcunu, mevzuatta ve sözleşmelerde öngörülen çalışma sürelerine uygun olarak süreklilik içinde yerine getirmesi, devamsızlık yapmaması gerekmektedir³. İşçinin, devamsızlığı çalışma düzenini bozar ve işyerindeki üretimi aksatır⁴. Öğretide, işçinin devamsızlık yapması (işe gelmemesi) halinde, iş görme borcuna yerine getireceği süre yönünden aykırı hareket ettiği⁵, iş görme borcuna muhalefet teşkil ettiği⁶ ifade edilmektedir. İşçinin işe gelmesi gerekirken devamsızlık yapması, iş görme borcuna aykırı davranışının özel bir görünümü olarak ortaya çıkmakta olup, kanun koyucu tarafından yaptırıma bağlanmıştır⁷. İşçinin, işin aksamaması için devamsızlık yapmaması, işyerindeki çalışma düzenini bozmaması gerekir⁸. Aksi halde, işçinin işine devam etmediği bazı hallerde, tüm koşulların gerçekleşmesiyle birlikte iş sözleşmesi işveren tarafından haklı nedenle (bildirimsiz fesih suretiyle) derhal feshedilebilmektedir. Burada vurgulamak gerekir ki, işverenin haklı fesih hakkı, işçinin tüm devamsızlık hallerinde değil, Kanunda belirtilen sürelerde/şekillerde gerçekleşen devamsızlık hallerinde doğmaktadır⁹.

³ Ayrıca bkz, Odaman, Serkan; İşverenin Hizmet Sözleşmesini Ahlak ve İyiniyet Kuralları ve Benzerlerine Aykırılık Nedeniyle Fesih Hakkı, Ankara 2013, 156; aynı yazar, Yargıtay Kararları Işığında İşçinin İşine Devamsızlıkta Bulunması ve Hukuki Sonuçları, Çimento İşveren Dergisi, S. 2, C. 18, Mart 2004, 4.

⁴ Çil, Şahin; 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, C.II, 2. Baskı, Ankara 2007, 1834.

⁵ Ekonomi, Münir; İş Hukuku, C. I, Ferdi İş Hukuku, 3. Bası, İstanbul 1987, 208; aynı yazar, İHU, İşK. 17 (No. 1), 1-2; Sümer, Halk Hadi; Yargıtay Kararların Işığında İşçinin İşe Devamsızlığı Nedeniyle Hizmet Sözleşmesinin Feshi, Prof.Dr.Metin Kutal'a ARMAĞAN, Ankara 1998, 209; Odaman, İşçinin İşine Devamsızlıkta Bulunması, 6.

⁶ Oğuzman, Kemal; Türk Borçlar Kanunu ve İş Mevzuatına Göre Hizmet “İş” Akdinin Feshi, İstanbul 11955, 58; Odaman, İşçinin İşine Devamsızlıkta Bulunması, 4.

⁷ Günay, Cevdet İlhan; İş Kanunu Şerhi, C. I, 2. Baskı, Ankara 2006, 1086; Odaman, 156; aynı yazar, İşçinin İşine Devamsızlıkta Bulunması, 4; Ayrıca bkz, Akyiğit, Ercan; İçtihatlı ve Açıklamalı 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, 3. Baskı, Ankara 2008, 1230

⁸ Günay, 1086.

⁹ Ayrıca bkz, Odaman, 156; aynı yazar, İşçinin İşine Devamsızlıkta Bulunması, 4.

2. Ardı ardına iki işgünü devamsızlık hakkındaki düzenleme

4857 sayılı Kanunda çalışma konumuzu ilgilendiren ve işverene iş sözleşmesini haklı nedenle feshetme hakkı tanıyan, haklı bir neden olmadan veya işverenden izin almadan yapılan devamsızlık hali üç ayrı şekilde düzenlenmiştir. Bunlardan ilki ve Yüksek Mahkemenin kararına konu olan, işçinin işverenden izin almaksızın veya haklı bir sebebe dayanmaksızın ardı ardına iki işgünü işine devam etmemesidir. Görüldüğü üzere, Kanunda ardı ardına iki işgünü devamsızlıktan söz edilmektedir. 1475 sayılı Kanunda ardı ardına “iki gün” ibaresine yer verilmekle birlikte, belirtilen ibare, ardı ardına “iki işgünü” şeklinde anlaşılma ve uygulanmaktaydı¹⁰. 4857 sayılı Kanunda ise açık bir şekilde ardı ardına “iki işgünü” ibaresine yer verilmiştir¹¹.

4857 sayılı Kanunda “işgünü”nün ne anlama geldiği açık bir şekilde düzenlenmemiştir. Konuya açıklık kazandırılması bakımından bazı hükümlere değinilmesi yerinde olacaktır. Kanunun 46. maddesinde, “Bu Kanun kapsamına giren işyerlerinde, işçilere tatil gününden önce 63 üncü maddeye göre belirlenen iş günlerinde çalışmış olmaları koşulu ile yedi günlük bir zaman dilimi içinde kesintisiz en az yirmidört saat dinlenme (hafta tatili) verilir” denilmektedir (m. 46/I). 1475 sayılı İş Kanununun yürürlükten kaldırılan 41. maddesinde ise, “Bu kanun kapsamına giren işyerlerinde haftanın tatilden önceki 6 işgününde bu kanunun günlük iş sürelerine uygun olarak çalışmış olan işçilere çalışılmayan hafta tatili günü için işveren tarafından bir iş karşılığı olmaksızın bir gündelik tutarında ücret ödenir” hükmü yer almaktaydı (1475 s.K. mülga m. 41/I).

4857 sayılı Kanunun gerekçesinde¹² hafta tatiline ilişkin düzenleme hakkında şu hususa yer verilmiştir: “Bu Kanunun 63 üncü maddesi ile iş sürelerinde sözleşmelerle esnekleşme yapılması yolu açıldığından, hafta tatilinin mutlaka 6 işgünü çalışılmış olmasına bağlı olmaksızın 7 günlük bir zaman dilimi içinde en az 24 saat dinlenme (hafta tatili) verilmesi esası kabul edilmiştir. Madde metninden, çalışılmadığı halde iş sürelerinden sayılan hallerle ilgili üçüncü fıkranın (a) bendinde¹³ yeni getirilen iş süreleri sistemine göre cumartesi günleri çalışılıp çalışılmadığına bakılmaksızın işgünü sayıldığından ve cumartesi günü yarım gün çalışılmasının da artık bir anlamı olmadığından, cumartesi gününe ilişkin cümle çıkarılmıştır”.

¹⁰ Çelik, Nuri, İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2013, 26. Bası, 297, dn. 445; ayrıca bkz, Kaplan, Emine Tuncay; İşverenin Fesih Hakkı, Sınırları, Hüküm ve Sonuçları, Ankara 1987, 157; Ekonomi, 108; aynı yazar, İHU, 1; Sümer, İşçinin İşe Devamsızlığı, 209; Odaman, 156; aynı yazar; İşçinin İşine Devamsızlıkta Bulunması, 4; Çenberci, Mustafa, İş Kanunu Şerhi, Ankara 1984, 396, dn. 47.

¹¹ Arslan, Seda; İşverenin Haklı Nedenle Fesih Hakkı, İstanbul 2012, 101. Öğretide, 4857 sayılı Kanunla getirilen işgünü ibaresine ilişkin değişikliğin maddenin anlamını değiştirecek nitelikte değil, açıklayıcı mahiyette olduğu ifade edilmektedir, Odaman, İşçinin İşine Devamsızlıkta Bulunması, 4.

¹² İş Kanunu Tasarısı ve Sağlık, Aile, Çalışma ve Sosyal İşler Komisyonu Raporu (1/534), <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss73m.htm>.

¹³ 4857 sayılı Kanunun sözü edilen hükmü şu şekildedir: “...Şu kadar ki; a) Çalışmadığı halde kanunen çalışma süresinden sayılan zamanlar ile günlük ücret ödenen veya ödenmeyen kanundan veya sözleşmeden doğan tatil günleri...Çalışılmış günler gibi hesaba katılır “4957 s.K. m. 46/I,a).

4857 sayılı Kanununun 63. maddesinde, “Genel bakımdan çalışma süresi haftada en çok kırkbeş saattir. Aksi kararlaştırılmamışsa bu süre, işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine eşit ölçüde bölünerek uygulanır” denilmektedir (m. 63/I)¹⁴. 1475 sayılı İş Kanununun yürürlükten kaldırılan 61. maddesinde de, “Genel bakımdan iş süresi haftada en çok 45 saattir. Bu süre, haftada 6 işgünü çalışılan işlerde günde 7,5 saati geçmemek üzere ve Cumartesi günleri kısmen veya tamamen tatil eden işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine eşit ölçüde bölünerek uygulanır” hükmü yer almaktaydı (1475 s.K. mülga m. 61/I,a).

3. “İşgünü” kavramı

Belirtilen düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde, kural olarak işyerlerinde yedi günlük bir haftalık süre içerisinde, cumartesi dahil altı günlük sürenin işgünü olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Bu yönüyle “işgünü” kavramı öncelikle kanunen kabul edilen işgünlerini ifade eder¹⁵. Bunun yanı sıra, “işgünü” kavramı, kanunen işgünü olarak kabul edilen işgünlerinin yanı sıra, sözleşmelerle kabul edilen işgünlerini de kapsar.¹⁶ Zira, mevzuata uygun olmak koşuluyla, işyerlerindeki haftalık işgünleri farklı şekillerde belirlenebilecektir. Hafta tatili Pazar günü değil de haftanın farklı bir günü olarak belirlenebilecektir. Bu durumda, çalışma günü olarak kabul edilen Pazar günü işçinin işe gelmesi beklenecek, hafta tatili olarak kabul edilen günde ise işçinin devamsızlığından söz edilemeyecektir. Ayrıca, işyerinde, bir günlük hafta tatili yerine iki günlük hafta tatili kararlaştırılabilecektir. Öte yandan kısmi süreli çalışma ile farklı günlerde ve sürelerde çalışılabilecektir. Fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma karşılığında serbest zaman kullanılabilir. Mazeret izni ya da yıllık izin kullanılabilir. Ücretli ya da ücretsiz izinli olunabilir. İşçi, çalışmaktan kaçınma hakkını kullanması, sağlık raporu alması ve grev/lokavt gibi nedenlerle işe gelemeyebilecektir. Dolayısıyla, normalde kanunen işgünü olarak kabul edilen günler farklı nedenlerle, bazı hallerde işyeri ve/veya işçi bakımından işgünü olarak değerlendirilemeyecektir. Yine, genel tatil ve ulusal bayram günleri de eğer aksi kararlaştırılmamışsa, işgünü olarak nitelendirilemeyecektir. Belirtmek gerekir ki, iş sözleşmesinde veya işyerinde toplu iş sözleşmesinde genel tatil gününde çalışılacağına ilişkin bir hüküm bulunması halinde, genel tatil günü de işçinin çalışması gereken işgünü olarak değerlendirilecektir¹⁷. İş ilişkisinin devamı sırasında işçinin

¹⁴ Mevzuatta “işgünü” ile ilgili olarak farklı konularda birçok düzenleme bulunmakta olup, bunların tamamına yer verilmesi çalışmamızın kapsamını gerektirdiğinden fazla genişleteceğinden, sadece konuyla ilgili olduğu tespit edilen hükümlere değinilmeye çalışılmıştır.

¹⁵ Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin; İş Hukuku, Ankara 2012, 769.

¹⁶ Sümer, İşçinin İşe Devamsızlığı, 209; Mollamahmutoğlu/Astarlı, 769.

¹⁷ Ayrıca bkz, Ekonomi, 208; aynı yazar, İHU, 1; Süzek, 705; Mollamahmutoğlu/Astarlı, 769; Savaş, A. Burcu; İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haklı Nedenle Feshi, İstanbul 2012, 109; Odaman, 158; aynı yazar, İşçinin İşine Devamsızlıkta Bulunması, 6; Kaplan, 157; Sümer, İşçinin İşe Devamsızlığı, 209-210; Çil, 1834; Akyiğit, İş Kanunu Şerhi, 1230; Ergin, Hediye; Türk Alman Hukukunda İş Sözleşmesinin Sağlık Nedeniyle Sona Ermesi, İstanbul 2009, 115; Yargıtay 9. HD, T. 23.11.2011, E. 2009/30602, K. 2011/45363, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

rızası alınmak suretiyle tarafların anlaşmasıyla bu tür uygulamalara gidilebilecektir. Bununla birlikte, benzer şekillerde yıllık izin sürelerinin uzatılması halinde olduğu gibi, çalışılması gereken günde izinli/tatil sayılan günler işgünü olarak nitelendirilemeyecektir. İşyeri bakımından çalışılması gereken işgünleri bazı işçiler bakımından sözü edilen nedenlerle işgünü, çalışılması gereken gün olarak değerlendirilemeyecektir. Belirtilen nedenlerden dolayı işverenin fesih hakkı bakımından önemli olan kanunen işgünü sayılan sürelerin işyeri uygulaması bakımından, işyeri ve/veya işçi bakımından işgünü olup olmadığına bakılması gerekecektir.

Belirtilen nedenlerle, devamsızlığın haklı fesih nedeni olarak kullanılabilmesi için, işçinin işe gelmediği devamsızlığa konu günlerin, işçinin işe gelmekle yükümlü olduğu, çalışmasının zorunlu olduğu gün, işgünü olması gerekmektedir. Bu bağlamda, "işgünü" kavramının, işyeri ve işçi bakımından, işçinin işyerinde çalışılması gereken, işçinin iş görme borcunun bulunduğu gün (işgünü) şeklinde anlaşılması ve uygulanması gerektiği söylenebilecektir¹⁸. İşte böyle bir durumda, işçi, çalışmakla yükümlü olduğu sürelerde (işgünlerinde) çalışmayarak iş görme borcuna aykırı hareket etmiş olur¹⁹. Türk Dil Kurumunun Güncel Türkçe Sözlüğünde "işgünü", "Tatil günleri dışında kalan, çalışılmak üzere yasayla belirlenmiş gün, çalışma günü" olarak ifade edilmiştir²⁰.

Yukarıda belirtildiği gibi (feshe neden olan) devamsızlık, işçinin işe gitmesi gereken günde, işe gelmemesi hali olarak ifade edilebilir. Burada vurgulamak gerekir ki, işverenin haklı fesih hakkının doğabilmesi için diğer hususların yanı sıra, iş görme borcunu işyerine gelip çalışarak yerine getirme yükümlülüğü altında bulunan işçinin, işe gelmeyerek bu yükümlülüğüne aykırı hareket etmiş olması gerekmektedir²¹. Bu yönüyle, iş gelme yükümlülüğü olmayan işçinin devamsızlığından söz edilemeyecektir²². Konuyla ilgili olarak işçinin işe gelmemesinin haklı bir nedene dayandığı duruma ilişkin açıklamalarımız burada da geçerli olacaktır.

¹⁸ Ayrıca bkz, Süzek, Sarper; İş Hukuku, 9. Baskı, Ankara 2013, 704-705; Narmanlıoğlu, Ünal; İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri I, İstanbul 2012, 450, 452; Arslan, 101-102; Savaş, 109; Odaman, 159; aynı yazar, İşçinin İşine Devamsızlıkta Bulunması, 5-6; Kaplan, 157; Ekonomi, 208; aynı yazar; İHU, 1; Sümer, İşçinin İşe Devamsızlığı, 209; Çil, 1834; ayrıca bkz, Günay, 1086; Yargıtay HGK, T. 14.3.2012, E. 2011/9-825, K. 2012/136, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

¹⁹ Odaman, 158; Ekonomi, 208; ayrıca bkz, Akyiğit, İş Kanunu Şerhi, 1230-1231.

²⁰ Ayrıca sözü edilen sözlükte, "işgünü" şeklinde değil, "işgünü" biçiminde ayrılarak yazıldığı görülmektedir. http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.51ca20ff7bde35.69262630.

²¹ Akyiğit, İş Kanunu Şerhi, 1230-1231.

²² İşçinin ard arda iki işgünü devamsızlığına ilişkin örnekler ve yargı kararları için bkz, Odaman, 157-159; aynı yazar; İşçinin İşine Devamsızlıkta Bulunması, 5-6; Sümer, İşçinin İşe Devamsızlığı, 209; Akyiğit, İş Kanunu Şerhi, 1231; Ekonomi, 208-209; Kaplan, 157; Narmanlıoğlu, 450-451; Savaş, 109-110; Arslan; 101-103.

4. Tarafların İddia ve Savunmaları İle Yargı Kararlarının Değerlendirilmesi

a) Davacı taraf, 12.09.2005-01.02.2008 tarihleri arasında davalı iş yerinde, formacı (çorap ütücüsü) olarak çalıştığını, 01.02.2008 tarihinde devamsızlık yaptığı gerekçesiyle işten çıkarıldığını, sadece Cuma günü öğlene kadar çalıştıktan sonra işyerinden izin alarak viziteye çıktığını, pazartesi günü ise hastalığı nedeniyle işe gelmediğini, işveren tarafından da bu hususun bilindiğini, salı günü işe başladığını, hafta sonuna kadar çalıştığını, hafta sonu işten çıkarıldığını ileri sürmektedir.

Davalı taraf ise, davacının 25.01.2008-28.01.2008 ve 04.02.2008-11.02.2008 tarihleri arasında iş yerine haber vermeksizin üst üste devamsızlık yaptığını, bu hususta 29.01.2008 tarihli ve 11.02.2008 tarihli iki ayrı tutanak tutulduğunu, davacıya 11.02.2008 tarihli ihtarname gönderildiğini, 13.02.2008 tarihinde ihtarnamenin tebliğ edildiğini, davacının ihtarnameyi tebliğ almasına rağmen işe gelmediği günler için hiçbir mazeret bildirmediğini, dolayısıyla davacının haklı hiçbir nedene dayanmadan işi kendisinin terk ettiğini, işi kendisi terk ettiği için ihbar tazminatı talep edemeyeceğini, haklı nedene dayanmadan iş sözleşmesini feshettiği için de kıdem tazminatı talep edemeyeceğini savunarak davanın reddini istemiştir.

Yerel Mahkeme, davacının 25/01/2008 tarihinde vizite kağıdı almak sureti ile doktora gittiğini, işyerinde işgünü olan 26/01/2008 ve 28/01/2008 tarihinde işe gelmediğinin davacının kabulünde olduğunu, ancak 27/01/2008 gününün işgünü olmaması sebebi ile öncelikle davacı yönünden ardı ardına iki gün işe devam etme olgusunun gerçekleşmediğini, davacının 29/01/2008 tarihinde işe gelerek çalışmaya başladığının davalı tarafça ibraz edilen tutanaklardan anlaşıldığını, dinlenen davacı tanıkları ile davalı tanığı Öztürk Zan'ın beyanından davacının işe geldiğini, 29/01/2008 tarihinde işten çıkartıldığının bildirildiğini, dolayısıyla davacı hakkında 04/02/2008 tarihinden sonrasına ilişkin olarak düzenlenen tutanakların herhangi bir geçerliliğinin bulunmadığını, çünkü bu tarihte davacının iş sözleşmesinin zaten feshedilmiş olduğunu, işçinin iş sözleşmesinin feshedilmesinden sonra işe devam etmesinin mümkün olmadığı gibi çağrıldığında da yeniden işe başlamak zorunda olmadığını, bu nedenle davacının iş sözleşmesinin feshinin davalı tarafça haklı sebeplerle yapıldığının kanıtlanamadığını belirtilerek, davalının iş sözleşmesini fesihte haksız olduğu yönünde karar vermiştir.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 12.03.2012 tarihli kararında, "...Kanuni tanımdaki "işçinin işverenden izin almaksızın veya haklı bir sebebe dayanmaksızın ardı ardına iki işgünü işine devam etmemesi" eyleminde olaydaki cumartesi ve pazartesi günleri arasına denk gelen hafta tatili gününün bulunması hukuki kesinti yaratmaz. Bu nedenle İş Kanununun 25/II-g maddesindeki işverenin haklı feshi nedeni tahakkuk etmiştir. Saptanan bu durum karşısında ve yukarıda açıklanan maddi ve hukuki olgular göz önünde tutulduğunda, davacının kıdem ve ihbar tazminatlarının reddi gerekirken kabulüne karar verilmesi isabetsizdir..." denilerek, işe gelinmeyen günlerin

arasına araya tatil gününün girmesine rağmen, devamsızlığın ardı ardına gerçekleştiği yönünde değerlendirme yapılmıştır.

b) Yüksek Mahkemenin kararı oy çokluğu ile verilmiş olup, Yüksek Mahkeme Üyesi Sayın Ö. Hicri TUNA, yerel mahkemenin davacının kıdem ve ihbar tazminatına hak kazandığı yolundaki kararının yerinde olduğunu ve onanması gerektiğini, aksine değerlendirme ile bozma yönünde oluşan sayın çoğunluk kararına katılmadığını belirterek, karşı oy kullanmıştır.

Karara karşı oy yazısı yazan Yüksek Mahkeme Üyesi Sayın Ö. Hicri TUNA, itiraz gerekçelerinde şu hususlara yer vermiştir. “Türk Dil Kurumu Güncel Sözlükte “ardı ardına (zarf); ara vermeden, aralıksız olarak, sürekli bir biçimde” anlamında tanımlanmaktadır. Bilindiği üzere işverene haklı fesih imkanı tanıyan devamsızlık halleri İş Kanununun 25/II-g maddesinde “... Ardı ardına iki işgünü veya bir ay içinde herhangi bir tatil gününden sonraki iki işgünü, yahut bir ayda üç işgünü işe devam etmemesi...” gibi üç ayrı şekilde düzenlenmiş olup, işe gelmeyen günler arasında başka bir günün bulunması halinde ardı ardına iki gün anlamında devamsızlıktan bahsedilemeyecektir. Zira kanun koyucu bir ay içinde herhangi bir tatil gününden sonra iki işgünü devamsızlık halini ayrıca fesih nedeni olarak göstermiş olup cumartesi işe gelmeyen ve hafta tatili olan pazar günü çalışmayan işçinin pazartesi günü ardı ardına iki gün gelmediği gerekçesiyle işten çıkarılması, Pazar günü çalışacağı yolunda onayı veya iş sözleşmesinde bir hüküm bulunmaması halinde haksız fesihtir...”²³.

c) Davaya konu olay bakımından tartışmalı olan husus; işverene haklı fesih imkanı veren 4857 sayılı İş Kanununun 25/II (g) hükmünde yer alan, “ardı ardına iki işgünü” ibaresinden ne anlaşılması gerektiği hususunda toplanmaktadır. İşverenin haklı fesih hakkının doğması bakımından devamsızlığın (işverenden izin alınmadan veya haklı bir neden olmadan) ardı ardına iki işgünü gerçekleşmiş olması gerekir. Devamsızlığın ardı ardına olmaması halinde, iki işgünü devamsızlık nedeniyle işverenin haklı fesih hakkı doğmaz. Devamsızlığın ardı ardına iki işgünü olmadığı durumlarda, işverene fesih olanağı tanıyan diğer hükümlerin uygulanması gerekir.

Davaya konu olay bakımından öncelikle değinilmesi gereken ilk husus, somut olayda davacı işinin, işe gelmediği günler bakımından, işverenden izin alıp almadığı, haklı bir nedeninin olup olmadığıdır.

²³ Yüksek Mahkeme Üyesi Ö. Hicri TUNA, ayrıca şu hususlara vurgu yapmıştır. “...Dairemizin emsal nitelikteki 02.10.2006 gün ve 2006/17602-25668 sayılı kararında da “...fesih bildiriminde davacının 10.09.2005 (cumartesi) ve 12.09.2005 (pazartesi) günleri işe gelmediği için iş sözleşmesinin feshedildiğinin belirtilmiş olması karşısında ard arda iki işgününden söz edilemeyeceği, bu durumda feshin İş Kanunu’nun 25/II-g maddesinde belirtilen haklı nedene dayanmadığı...” belirtilmiş olup yerel mahkemenin davacının kıdem ve ihbar tazminatına hak kazandığı yolundaki kararı bu nedenle yerinde olup onanması gerektiğinden, aksine değerlendirme ile bozma yönünde oluşan sayın çoğunluk kararına katılmıyorum...”.

Yüksek Mahkemenin kararında geçen tanık beyanlarında şu hususlara yer verildiği görülmektedir: “Dinlenen davacı tanığı Hıdır Akyüz, Ocak ayının 25’inde olduğunu hatırladığı bir Cuma günü davacı ile birlikte servis ile iş yerine geldiklerini, davacının rahatsız olduğunu, ne olduğunu sorduğunda hasta olduğunu söylediğini, kendisinin de “hasta isen doktora git” dediğini, davacının işyerinden vizite kağıdı alıp gideceğini söylediğini ve o gün vizite kağıdı alıp hastaneye gittiğini, salı günü akşam davacıyı gördüğünde yine kötü durumda olduğunu, üzgün olduğunu gördüğünü, davacıya “halen iyileşmedin mi?” diye sorduğunda davacının “yok beni işten çıkardılar, ayın 1’ine kadar da süre verdiler” dediğini, davacının bu arada işten çıkartıldığını, davacı tanığı Hüseyin Aksun, ocak ayında bir gün davacının servise bindiğinde rahatsız olduğunu, arkadaşları ile birlikte kendisine vizite kağıdı alıp doktora gitmesini söylediklerini, davacının da gideceğini söylediğini, daha sonra sevk kağıdı alıp doktora gittiğini, iyileşmediği için işe gelemediğini, davacının salı günü işe başladığında kendisinin işten çıkarıldığını, cuma gününe kadar süre verildiğini ve cuma gününün son olduğunu söylediğini, cuma günü de işten ayrıldığını, davalı tanığı Öztürk Zan, davacının cuma günü hasta olduğunu söyleyerek vizite kağıdı istediğini, işyerine salı günü geldiğini, kendisine doktora gidip gitmediğini sorduğunu, davacının “gidemedim” dediğini, her hangi bir gerekçe göstermediğini, “peki neden işe gelmedin?” diye sorduğunda yine “gelemedim” dediğini ve bir şey belirtmediğini, bunun üzerine davacıyı patronlarının çağırdığını ve “sen bizi dikkate almıyorsun, kaale almıyorsun, işe gelmiyorsun” diyerek davacıyı işten çıkardığını, bu konuşmanın salı günü olduğunu ancak davacıyı ne zaman işten çıkardıklarını bilmediğini beyan etmişlerdir”.

Tanık beyanlarından ve karardaki diğer bilgilerden, davacının 25.01.2008 tarihinde vizite kağıdı alıp işten ayrıldığı, 26.01.2008 tarihinin Cumartesi ve 28.01.2008 tarihinin Pazartesi işe gelmediği, 27.01.2008 tarihinin ise tatil olan Pazar günü olduğu, vizite kağıdı almasına rağmen doktora gidemediği, Salı günü iş başı yaptığı ve yine Salı günü işten çıkartıldığı ve cumaya kadar çalışmasının istendiği, Cuma günü dahil çalıştığı, sonrasında işten çıkarıldığı anlaşılmaktadır. Davaya konu olayda, davacı işçi, cumartesi ve pazartesi işe gelmemesinin işverenin bilgisi dahilinde olduğunu ileri sürmektedir. Davalı işverenlik ise işçinin devamsızlık yaparak işten ayrıldığını iddia etmektedir. Davacın cumartesi ve pazartesi işe gelmediği, ancak devamında, Salı, Çarşamba, Perşembe ve Cum günü çalıştırıldığı anlaşılmaktadır. İşçinin, haklı bir neden olmadan ve işverenden izin almaksızın Cumartesi ve Pazartesi günü işe gelmemesi, araya tatil günü olan Pazar gününün girmesi halinde, ardı ardına iki işgünü devamsızlık olup olmadığı yönündeki hukuki tartışma bir yana, somut olay bakımından, iş sözleşmesinin feshedildiğinin bildirilmesine rağmen, işçinin sonrasında çalıştırmaya devam edilmesine de bir anlam verilmesi gerekecektir. Öte yandan, devamsızlık tutanaklarının davacının işe gelinmediği tarihlerden sonraki dönemde tutulduğu da davalı tarafın beyanlarında açıkça belirtilmektedir.

Davalı taraf, davacının 25.01.2008-28.01.2008 ve 04.02.2008-11.02.2008 tarihleri arasında iş yerine haber vermesizin üst üste devamsızlık yaptığını, bu hususta 29.01.2008 tarihli ve 11.02.2008 tarihli iki ayrı tutanak tutulduğunu, davacıya 11.02.2008 tarihli ihtarname gönderildiğini, 13.02.2008 tarihinde ihtarnamenin tebliğ edildiğini, davacının ihtarnameyi tebliğ almasına rağmen işe gelmediği günler için hiçbir mazeret bildirmediğini beyan etmiştir. İşçinin işe gelmemesinin, haklı bir nedene dayanıp dayanmadığı, işverenden izin alınıp alınmadığı hususlarının kararda (dosya kapsamında) yeteri kadar açığa kavuşturulamadığı anlaşılmaktadır. Özellikle işveren tarafından işçiye fesih beyanında bulunulmasına rağmen, işçiden çalışmaya birkaç gün devam etmesinin istenmesi, tutanakların sonraki dönemde tutulması, feshin gerçekleşip gerçekleşmediği, gerçekleşme zamanı, fesih işleminin haklı olup olmadığı, ikinci bir sözleşme kurulup kurulmadığı gibi birçok hususu tartışmalı hale getirmektedir.

Çalışma konumuz bakımından, esas itibarıyla işçinin, işe gelmediği ilk işgününden sonra araya tatil gününün girdiği ve tatil gününden sonraki işgününde yine işe gelmediği hallerde, ardi ardına iki işgünü devamsızlığın gerçekleşip gerçekleşmediğine ilişkin uyumsuzluk değerlendirilmektedir. Bu nedenle somut olayda devamsızlığın haklı nedene dayanıp dayanmadığı, işverenden izin alınıp alınmadığı ve fesihle ilgili diğer hususlara daha fazla yer verilmeyecektir.

d) Yüksek Mahkemenin, işçinin, işe gelmediği ilk işgününden sonra araya tatil gününün girdiği ve tatil gününden sonraki işgününde yine işe gelmediği haller bakımından, önceki tarihlerde verdiği kararları ile değerlendirme konusu yaptığımız karar arasında farklılık bulunduğu tespit edilmiş olup, son kararında öncekilere göre farklı yorum ve değerlendirme yaptığı, aksi yönde bir sonuca vardığı görülmektedir.

Yargıtay 9. HD'nin 21.12.2005 tarih kararında²⁴, “*Davacının iş sözleşmesi 08.02.2003 cumartesi ve 10.02.2003 pazartesi arefe günleri mazeretsiz olarak işe gelmediği gerekçesi ile 1475 sayılı İş Kanununun 17/2-f maddesi gereğince feshedilmiştir. Mahkemece feshin haklı olduğu gerekçesi ile ret kararı verilmiştir. 2429 sayılı ulusal bayram ve genel tatiller hakkındaki kanunun 2. maddesinin B bendi gereğince arefe günü yarım gün tatildir. Böyle olunca davacının üst üste iki işgünü devamsızlık şartı gerçekleşmemiştir. Ayrıca aynı eylem nedeniyle 18.02.2003 tarihli ihtardan sonra aynı sebeple iş sözleşmesinin feshi de haklı görülemez. Bu nedenlerle davanın reddi kararı usul ve yasaya aykırıdır*” denilmiştir. Belirtilen kararda geçen 10.02.2003 tarihinin Cumartesi ve 12.02.2003 tarihinin Pazartesi, 11.02.2003 tarihinin ise Pazar günü olduğu tespit edilmiştir. Yüksek Mahkemenin devamsızlığın, bir tam işgünü bir de yarım işgünü olmak üzere toplamda birbuçuk işgünü gerçekleştirdiği, ardi ardına iki işgünü olmadığı gerekçesiyle işverenin haklı nedenle fesih hakkının olmadığı

²⁴ Yargıtay 9. HD, T.21.12.20005, E. 2005/9245, K. 2005/40377; <http://www.kararevi.com/karars/681293#.UcgYEWxrNdg>; ayrıca bkz, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

yönünde hüküm kurulmuş²⁵, Pazar günü çalışılıp çalışılmaması tartışılmamış, ardı ardına iki işgünün hesabında Pazar günü değerlendirme dışında tutulmuştur.

Öte yandan Yargıtay 9. HD'nin 02.10.2006 tarihli kararında²⁶, "...fesih bildiriminde davacının 10.9.2005 ve 12.9.2005 günleri işe gelmediği için iş sözleşmesinin feshedildiğinin belirtilmiş olması karşısında ardı ardına iki işgünüden söz edilemeyeceği, bu durumda feshin İş Kanunu'nun 25/II-g maddesinde belirtilen haklı nedene dayanmadığı, ancak bu davranışın fesih için geçerli neden teşkil ettiğinin kabulü gerekir" şeklinde hüküm kurulmuştur. Sözü edilen kararda geçen 10.09.2005 tarihinin Cumartesi ve 12.09.2005 tarihinin Pazartesi, 11.09.2005 tarihinin ise Pazar günü olduğu tespit edilmiştir. Yüksek Mahkemenin kararından, somut olay bakımından, devamsızlık yapılan işgünleri arasına (işçinin işe devamının beklenmediği hafta tatili olduğu anlaşılan) Pazar günü girdiği için ardı ardına devamsızlık koşulunun gerçekleşmediği sonucuna ulaşıldığı görülmektedir.

Yargıtayın 12.03.2012 tarihli kararında ise, hafta tatilden önceki ve sonraki işgünü işe gelmeyen işçinin iş sözleşmesinin işveren tarafından ardı ardına iki işgünü işe gelmeme (devamsızlık) gerekçesiyle haklı nedenle feshedileceği ifade edilmektedir. Yüksek Mahkemenin kararında, cumartesi ve pazartesi günleri arasına denk gelen hafta tatili gününün bulunmasının hukuki kesinti yaratmayacağı, işverenin haklı feshi nedeninin gerçekleştiği ifade edilmektedir. Yüksek Mahkemenin kararına bağla kalınacak olursa, hafta tatilinin iki gün olarak uygulandığı işyerinde, tatilden önceki ve sonraki işgünü işe gelmeyen işçi de devamsızlığa ilişkin fesih yaptırımı ile karşı karşıya kalacaktır. Öte yandan, ulusal, resmi ve dini bayram günleri ile yılbaşı günü ve 1 Mayıs gününün resmi tatillerden önceki işgünü ve resmi tatillerden önceki ve sonraki işgünü işe gelmeyen işçi de aynı yaptırımla karşılaşacaktır. Yine, ücretsiz izin süresinden önceki işgünü ve ücretsiz izinden sonraki ilk işgünü işe gelmeyen işçi de aynı sorunu yaşayacaktır. İşçinin, işe gelmediği günlerin arasına, çalışmaktan kaçınma hakkını kullanması, sağlık raporu alması ve grev/lokavt gibi olayların girmesi halinde benzer durumla karşılaşılacaktır. Bilindiği gibi, raporlu olunan süreler, grev ve lokavt süreleri, ücretli ya da ücretsiz izinler gibi sözleşmenin askıya alındığı ve işçinin işe gelmesinin gerekmediği tüm hallerde devamsızlıktan söz edilemeyecektir²⁷. Burada vurgulamak gerekir ki, normalde kanunen işgünü olarak kabul edilen günlerden, bir işçinin herhangi bir nedenle çalışma zorunluluğunun bulunmadığı, işçiden işe gelmesinin beklenemeyeceği gün ya da günler,

²⁵ Yargıtayın 02.11.1998 tarihli ve 12776/15453 sayılı kararında ise, "...Cumhuriyet Bayramının bir önceki günü olup bunun iki ya da üç işgünü kavramı ve kapsamı içerisinde düşünülmesi gerekir. Zira, anılan günde mesai saat 13.00'de son bulmaktadır. Yasada devamsızlık işgünü üzerinden değerlendirildiğinden günlük 7,5 saatlik mesai şartı aranmamıştır..." yönünde hüküm kurulduğu görülmektedir (Akyiğit, İş Kanunu Şerhi, 1251).

²⁶ Yargıtay 9. HD., T.02.10.2006, E.2006/17602, K.2006/25668, <http://www.calismatoplum.org/sayi12/abc/9daire/18.doc>.

²⁷ Yargıtay 9. HD, T. 23.11.2011, E. 2009/30602, K. 2011/45363, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

artık söz konusu işçi bakımından çalışma günü olarak nitelendirilemeyecektir. Bu nedenle de, işçinin belirtilen günlerden önce ve sonra haklı bir neden olmadan ve işverenden izin almadan işe gelmemesi halinde, işçinin devamsızlığının ardı ardına iki işgünü olduğu söylenemeyecektir. Dolayısıyla, sözü edilen sürelerden önceki işgünü ve sonraki işgünü devamsızlık olması halinde, ardı ardına iki işgünü devamsızlık yaptırımı uygulanamayacaktır. Yüksek Mahkemenin 02.10.2006 tarihli kararında işçinin devamsızlığı değerlendirilirken isabetli bir şekilde, işçinin devamsızlık yaptığı işgünlerinin arasında kalan (işe gelmesinin gerekmediği) günler, ardı ardına iki işgünü bakımından işgünü olarak nitelendirilmemiş, ardı ardına iki işgünü devamsızlığın gerçekleşmediği ifade edilmiştir.

e) Türk Dil Kurumunun Güncel Türkçe Sözlüğünde, “ardı ardına” (zarf olarak), ara vermeden, aralıksız olarak, sürekli bir biçimde²⁸ şekilde ifade edilmiştir. Yine aynı anlama gelmek üzere, “üst üste”, birbiri arkasından²⁹ anlamında, ayrıca, “arka arkaya” da, birbirinin arkasından, peş peşe, art arda³⁰ biçiminde ifade edilmektedir. Karşı oy yazısında da aynı hususa vurgu yapılmıştır. Kanaatimizce Kanun hükmünün lafzı ve ruhu birlikte ele alındığında, iki işgünü arasına, işgünü olmayan başka gün ya da günlerin girmesi halinde, ardı ardına iki işgünün varlığından söz edilemeyecektir. Dolayısıyla, işçinin devamsızlık yaptığı iki işgününün arasına, işe gelmesinin gerekmediği başka gün ya da günlerin girmiş olması halinde bu tür durumlarda, işçinin devamsızlığından da söz edilemez.

Kanaatimizce, haftanın altı işgünü çalışılan ve Pazar günü tatil olan bir işyerinde, işçinin cumartesi ve pazartesi işe gitmemesi halinde, işçinin ardı ardına iki işgünü devamsızlık yaptığı söylenemeyecektir. Dolayısıyla böyle bir durumda, işçinin iş sözleşmesi ardı ardına iki işgünü işe devamsızlık yaptığı gerekçesiyle işveren tarafından haklı nedenle feshedilemeyecektir. Ulusal, resmi ve dini bayram günleri ile yılbaşı günü ve 1 Mayıs gününün araya girmesi halinde de aynı sonuca ulaşılmalıdır. Aksi halde Kanunun aynı hükmünde yer alan diğer hükümlerin getiriliş nedeni izah edilemeyecektir. Zira, Kanunun m. 25/II (g) hükmünde, işçinin, ardı ardına birbirini takip eden iki işgünü gelmemesine ilişkin devamsızlık hali dışındaki diğer devamsızlık ihtimallerine ilişkin olarak ayrıca düzenleme yapılmıştır. Bu bağlamda, aynı hükümde yer alan, işçinin, işverenden izin almaksızın veya haklı bir sebebe dayanmaksızın bir ayda üç işgünü işine devam etmemesi halinde işverene iş sözleşmesini haklı nedenle feshetme hakkı tanıyan düzenleme diğer bir ihtimal olarak getirilmiştir. Anılan düzenlemede, birbirini takip eden, ardı arda iki işgünü

²⁸ http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.51c96d7d824803.44084452.

²⁹ http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.51c97513b32915.69332515.

³⁰ http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.51c97518ea7db7.93740745; http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.51c975c0b7b915.75879104.

değil, bir ay içindeki toplam üç işgününde gerçekleşecek devamsızlıktan söz edilmektedir. Bu ihtimalde, işçinin ilk devamsızlık yaptığı işgünü ile başlayan bir aylık süre içinde, ilk devamsızlıktan sonra devamsızlık yapılan diğer işgünü arasındaki günlerin işgünü ya da tatil günü olup olmamasının önemi bulunmamaktadır. Bu nedenle Kanun koyucu, birbirini takip eden iki işgünü ile, birbirini takip etmeyen, araya işgünü olan veya olmayan günlerin girmesine rağmen devamsızlık yapılması halinde işverene haklı fesih hakkı tanıyan düzenlemeyi menfaat dengesi uyarınca ayrıca getirmiştir. Ayrıca, Kanunun aynı hükmünde yer alan ve işverene haklı fesih hakkı veren, işçinin işverenden izin almaksızın veya haklı bir sebebe dayanmaksızın bir ay içinde iki defa herhangi bir tatil gününden sonraki işgünü işine devam etmemesi ve bir ay içinde üç işgünü devamsızlık yapmasına ilişkin düzenlemeler de benzer amaçla getirilmiş olup, bunlardan da aynı sonuca ulaşılmaktadır. Öğretide de, araya bir tatil gününün girdiği iki günlük devamsızlıklarda, iş sözleşmesinin işveren tarafından devamsızlık gerekçesiyle haklı nedenle feshedilemeyeceği ifade edilmektedir³¹.

Kanun hükmünde işçinin ardı ardına iki işgünü devamsızlık yapmasına ilişkin ifade, devamsızlık yapılan işgünlerinin birbirini takip etmesi anlamında kullanılmıştır. Yoksa işçinin işe gelmediği ilk işgünü ile işe gelmediği diğer işgünü arasında, farklı nedenlerle işçinin çalışmasının gerekmediği, işgünü sayılmayan günlerin girmesi işçinin aleyhine olarak kullanılması isabetli olmayacaktır. Kanaatimizce, Yüksek Mahkemenin 12.03.2012 kararında yapılan değerlendirme, Kanun koyucunun ve dolayısıyla konuyla ilgili düzenlemelerin getiriliş amacı ile örtüşmemektedir. Burada, Kanunda yer alan devamsızlıkla ilgili düzenlemelerin getiriliş amacına bakılarak, mevcut hükümler karşısında üç farkı ihtimale göre değerlendirme yapılması gerekecektir. İlk olarak, kanun koyucunun Yüksek Mahkemenin kabulü yönünde belirtilen düzenlemenin somut olaydaki halleri de kapsayacak şekilde getirildiği şeklinde değerlendirme yapılabilir. İkinci olarak ise, kanun koyucunun bu ihtimali hiç öngörmediği şeklinde değerlendirme olabilir. Üçüncü olarak da, kanun koyucunun bu ihtimali öngördüğü ve bu nedenle diğer devamsızlık halleri olan, (ardı ardına olması gerekmeyen) bir ayda üç işgünü devamsızlık ile bir ay içinde iki defa herhangi bir tatil gününden sonraki işgünü devamsızlık hallerini getirdiği yönünde değerlendirme yapılabilir.

Birinci ihtimal bakımından, kanun koyucunun Yüksek Mahkemenin kabulü yönünde belirtilen düzenlemenin somut olaydaki halleri de kapsayacak şekilde getirildiği şeklinde değerlendirilmesi mümkün görünmemektedir. Zira bu husus Kanun hükmünde açık bir şekilde düzenlenmemiştir. Kanunun ardı ardına iki işgünü devamsızlık hükmünün, işçinin devamsızlığı sırasında işgünlerinin arasına tatil gününün girdiği olaylar bakımından da geçerli olduğu yönünde yorumlanması ve

³¹ Narmanlıoğlu, 450, Sümer, İşçinin İşe Devamsızlığı, 210; Odaman, 159; aynı yazar; İşçinin İşine Devamsızlıkta Bulunması, 6; Akyiğit, İş Kanunu Şerhi, 1230; Savaş, 110; Arslan, 102.

iş sözleşmesinin işveren tarafından haklı nedenle feshedilmesi isabetli olmayacaktır. Yine ikinci ihtimal bakımından da, böyle bir durumda işçinin iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedileceği sonucuna varılamayacaktır. Üçüncü ihtimalde de işçinin iş sözleşmesi bu tür durumlarda işveren tarafından haklı nedenle feshedilemeyecektir.

İşverenden izin almaksızın veya haklı bir neden olmaksızın ardı ardına iki iş-günü devamsızlık, Kanununun 25. maddesinde işverene iş sözleşmesini haklı nedenle fesih olanağı tanıyan, ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırı haller arasında düzenlenmiştir. Devamsızlık işveren bakımından iş ilişkisinin devamını çekilemez hale getirdiğinden, haklı nedenle fesih sebebi olarak düzenlenmiştir. Ancak somut olayda olduğu gibi, işçinin devamsızlığı sırasında işgünlerinin arasına tatil gününün girdiği durumlarda, işveren bakımından iş ilişkisinin devamının çekilemez hale gelip gelmediğinin değerlendirmesi, işçinin devamsızlık yapmasına ilişkin davranışı ile işverenin fesih hakkı arasındaki dengeye özen gösterilmesi gerekir. Elbette işçinin bu tür davranışlarda bulunması (iş güvencesinin kapsamındaki işçiler bakımından) işverene geçerli nedenle fesih hakkı tanıyan bir durum olarak kabul edilebilecektir. Ancak iş güvencesinin kapsamına girsin ya da girmesin, işçinin devamsızlığı sırasında işgünlerinin arasına tatil gününün girdiği olaylarda Kanunda düzenlenen ardı ardına iki işgünü devamsızlık hükmü uygulanmamalı, bu tür durumlar haklı nedenle fesih sebebi olarak kullanılmamalıdır.

f) Kanaatimizce işçi lehine yorum ilkesini uygulamaya gerek kalmaksızın, mevcut Kanun hükümlerine göre, işçinin, ilk devamsızlık yaptığı işgününden sonra araya işgünü olmayan başka günlerin girmesi ve daha sonraki işgününde işe gelmemesi halinde ardı ardına iki işgünü devamsızlığın gerçekleşmemiş olacağı söylenebilecektir. Bununla birlikte, Kanun hükümlerinin farklı yorumlanacak şekilde kaleme alınmış olunmasına ilişkin ihtimal karşısında, işçi lehine yorum ilkesi uyarınca da, araya işgünü sayılmayan başka günlerin girmesi halinde, ardı ardına iki işgünü devamsızlık gerçekleşmediğini kabul etmek gerekecektir.

VI. SONUÇ

İşveren tarafından iş sözleşmesinin işçinin devamsızlığı nedeniyle feshedilmesi için, her şeyden önce, devamsızlığın mevzuatta veya sözleşmelerde öngörülen şartlarda/sürelerde gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Bu bağlamda, devamsızlığın işverenden izin alınmaksızın ve haklı bir sebep olmaksızın gerçekleşmiş olması gerekecektir. Yine diğer devamsızlık hallerinden farklı olarak, işçinin işine ardı ardına iki işgünü gelmemesi, devamsızlığın iki işgünü ardı ardına gerçekleşmesi gerekir. Aksi halde sözleşme işveren tarafından devamsızlık gerekçesiyle haklı nedenle feshedilemeyecektir. Ayrıca, işçinin haklı nedeni varsa, dürüstlük ilkesi uyarınca bunu makul süre içinde işverene bildirmesi gerekecektir. Aksi halde işçi haklı fesih yaptırımı ile karşılaşabilecektir. Bununla birlikte, işverenin de fesih hakkını dürüstlük kuralına uygun olarak kullanması gerekmektedir. Öte yandan, işverenin haklı fesih

hakkını mevzuatta öngörülen süre içinde kullanmalıdır. Aksi halde haklı fesih hakkını kullanamaz. Bu tür durumlarda fesih bakımından mevzuatta yer alan diğer hükümlere göre hareket edilmesi gerekecektir.

Yüksek Mahkeme önceki kararlarından farklı olarak, değerlendirmeye çalıştığımız 12.03.2012 tarihli kararında, Kanunun m. 25/II (g) bendinde yer alan ardı ardına iki işgünü devamsızlık düzenlemesini, farklı şekilde yorumlayarak, işçinin devamsızlık yaptığı işgünlerinin arasına, işe gelmesinin beklenmediği/gerekmediği başka günlerin girmesi halinde dahi, devamsızlığın ardı ardına olduğunu kabul ederek iş sözleşmesinin işveren tarafından haklı nedenle feshedilebileceği yönünde karar vermiştir.

Yüksek Mahkemenin kararına bağlı kalınacak olursa, devamsızlık yapılan işgünleri arasında geçen ve işçinin işe gelmesinin gerekmediği kısa ya da uzun süreli, raporlu istirahat, tatiller, ücretli veya ücretsiz izin günleri de ardı ardına hesaplama yapılırken isabetsiz bir şekilde uygulanmış olacaktır. Örneğin, dört günlük resmi tatil öncesi ve sonrası işe gelmeyen ya da altı aylık ücretsiz izinden önceki işgünü ve sonraki işgünü devamsızlık yapan işçinin iş sözleşmesi haklı nedenle feshedilmiş olacaktır. Oysa bu tür durumlarda, ardı ardına iki işgünü işe gelmemesine (devamsızlığa) ilişkin düzenlemenin değil, mevzuatta yer alan diğer hükümlerin uygulanması gerekecektir.

Kanaatimizce, Kanun hükmünün lafzı ve ruhu birlikte değerlendirildiğinde, bu tür durumlarda ardı ardına devamsızlıktan söz edilemez ve işçinin iş sözleşmesi ardı ardına iki işgünü devamsızlık gerekçesiyle haklı nedenle feshedilemez. Araya işçinin işe gelmesinin gerekmediği başka günlerin girdiği devamsızlıklara ilişkin olarak Kanun koyucu başka düzenlemeler getirmiştir. Zira, Kanunun aynı hükmünde yer alan, bir ay içinde iki defa herhangi bir tatil gününden sonraki işgünü yahut bir ayda üç işgünü işine devam etmemesine ilişkin düzenleme bu yöndeki ihtiyacı karşılamak için getirilmiştir.