



JOURNAL OF SOCIAL AND HUMANITIES SCIENCES RESEARCH

Uluslararası Sosyal ve Beşeri Bilimler Araştırma Dergisi

Open Access Refereed e-Journal & Refereed & Indexed

Article Type	Research Article	Accepted / Makale Kabul	24.03.2019
Received / Makale Geliş	15.12.2018	Published / Yayınlanma	25.03.2019

İŞÇİNİN İŞE DEVAMSIZLIĞI NEDENİYLE İŞ SÖZLEŞMESİNİN FESHİ TERMINATION OF EMPLOYMENT CONTRACT DUE TO ABSENTEEISM OF EMPLOYEE

Öğr. Gör. Dr. Sevgi DURSUN ATEŞ

Selçuk Üniversitesi, Sosyal Bilimler MYO Yönetim ve Organizasyon, Konya/TÜRKİYE,
ORCID: 0000-0002-3259-9180

ÖZET

Fesih bildirimini, sözleşmenin taraflarından birisinin sözleşmeyi sona erdirmeye yönelik tek taraflı irade açıklamasıdır. Fesih bildiriminin yürürlüğe girmesi için karşı tarafın kabul etmesine veya izin vermesine gerek yoktur. Haklı nedenle fesih, taraflardan biri için dürüstlük kuralı gereği sözleşmenin devamının imkânsız veya çekilmez hale gelmesi halinde, sözleşmenin belirli süreli veya belirsiz süreli olup olmadığına bakılmaksızın, sözleşmenin sona erdirilmesidir. Bu durumlarda taraflar, sözleşmeyi kendi özgür iradeleri ile tek taraflı olarak feshetmek hakkını kazanırlar. İşçinin işe gelmesi gerekirken devamsızlık yapması iş görme borcuna aykırı bir davranıştır. İşverenin bu durumda iş sözleşmesini haklı nedenle feshetme imkânı vardır. İşçinin devamsızlığı nedeniyle işverenin haklı nedenle fesih hakkı 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/II. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddede belirtilen devamsızlık, işçinin haklı bir mazeretinden kaynaklanmayan veya işverenden izin alınmadan yapılan devamsızlıktır. İşçi haklı nedenini işverene bildirmemişse, işveren sözleşmeyi feshedebilir. Çalışmamızda işçinin devamsızlığına ilişkin bütün haller değil, sadece işverene iş sözleşmesini haklı nedenle fesih hakkı imkanı veren, işçinin haklı bir neden olmaksızın ve işverenden izin almaksızın devamsızlık yapması hususu incelenmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: İşçi, Devamsızlık, Fesih.

ABSTRACT

Notice of termination means ending the contract by the unilateral declaration of a party to terminate it. The notice given to terminate does not have to be accepted or to be permitted by the other party to be effective. Termination of employment contract by the just cause is the termination of the contract, regardless of whether it is a fixed-term or open-ended contract, if the continuation of the contract becomes impossible or unbearable for one of the parties due to the principle of honesty. In this case, parties acquire the right to unilaterally terminate the contract with their own freewill. Employee is obliged to work in accordance with the working hours without any absenteeism. The employee's absenteeism is an act against the working obligations. In the present case, the employer may terminate the employment contract of this just reason. The right to terminate the employment contract by employer of just reason due to absenteeism is regulated in Article 25/II of Labour Law No. 4857. If the absenteeism mentioned in this Article has not arisen from a justifiable excuse or has not got the permission from the employer and the employee has not informed the employer of this just reason, the employer may terminate the contract. In our study, not all cases related to the absenteeism of the employee are examined, only the cases which gave the employer the right to terminate the employment contract with just reason about the absenteeism of employee without the employer's permission or a just reason are examined.

Key Words: Employee, Absenteeism, Termination.

1. GİRİŞ

İşveren ile işçinin özgür iradeleriyle oluşturdukları iş sözleşmesinin sona ermesinin çeşitli görünüşleri vardır. Bunlardan birisi de sözleşmenin fesih ile sona ermesidir. Fesih, sözleşmenin taraflarından birisinin sözleşmeyi sona erdirmeye yönelik irade açıklaması olup sözleşme geleceğe yönelik olarak ve karşı tarafın kabulü gerekmeksizin ortadan kalkmaktadır. Bozucu yenilik doğuran hak olan fesih beyanın karşı tarafa ulaşması hüküm ve sonuçlarını doğurması için gereklidir (Oğuzman, 1955:41-42; Ekonomi, 1984:166-167; Çelik, Caniklioğlu & Canbolat, 2015:305; Süzek, 2017:531; Sümer, 2018: 98). Haklı nedenle fesih hakkı, dürüstlük kuralları gereğince iş ilişkisini devam ettirmesi kendisinden beklenemeyecek tarafa iş sözleşmesinin türüne bakılmaksızın sözleşmeyi derhal feshetme yetkisi veren

bozucu yenilik doğuran bir haktır (Süzek, 2017:700; Çelik, Caniklioğlu &Canbolat, 2015:306; Oğuzman, 1955: 41-42).

4857 sayılı İş Kanunu'nda fesih, bildirimli fesih (sürelî fesih) ve bildirimsiz fesih (süresiz/haklı sebeple/derhal fesih) olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Bildirimli fesihte fesih bildiriminin yapılmasından belirli bir süre geçmekle iş sözleşmesi sona ermekte iken bildirimsiz fesihte iş sözleşmesi fesih beyanının yapıldığı anda sona ermektedir. Nitekim haklı nedenle(bildirimsiz) fesihte iş sözleşmesinin sona erdirilmesini gerektiren haklı nedenler bulunmaktadır.

İş ilişkisinde işçinin iş sözleşmesinden doğan temel borcu iş görme borcudur. İşçi, iş sözleşmesinin kurulmasıyla birlikte sözleşmede belirlenen işi ifayla yükümlüdür. İşçi, kanun veya sözleşme hükümlerine ve çalışma sürelerine uygun olarak ve işverenin talimatları doğrultusunda iş görme borcunu yerine getirmelidir (Sümer, 2018: 63;). İş görme borcunun süreklilik içinde yerine getirilmesi ve devamsızlık yapılmaması gibi bazı kurallara uyulması işyerindeki çalışma düzeninin sağlanması ve işverenin muhtemel zararlarının önlenmesi için gereklidir (Odaman, 2004:4; aynı yazar, 2003:156). İşçinin iş görme borcunu hiç ya da gereği gibi yerine getirmemesi sonucunda iş sözleşmesi işveren tarafından bildirimsiz (haklı nedenle derhal) feshedilebilir (Sümer, 2018:63). İşçinin devamsızlığı iş görme borcuna aykırılık teşkil eden hallerden birisidir. Bu nedenle belirli şartlar altında işveren açısından haklı neden olarak kabul edilmektedir (Sümer, 1998:201). İş görme borcuna aykırı davranışın özel görünümü olan işçinin işe devamsızlığı kanun koyucu tarafından yaptırıma bağlanmıştır. İş devamsızlık yapılması İş Kanunu'nda haklı nedenler arasında yer aldığından işveren iş sözleşmesini derhal sona erdirebilecektir (Odaman, 2004:4; aynı yazar, 2003:156). Bununla birlikte Kanun'da yer alan emredici hükümlerle işverenin sözleşmeyi haklı nedenlerden birisine dayanarak feshetme hakkı sınırlandırıldığından işçinin işe devam etmediği bütün hallerde değil, Kanun'da belirtilen biçimde ve sürelerde gerçekleşen sınırlar dahilindeki devamsızlıklar bakımından fesih söz konusu olacaktır (Ocak, 2013: 29; Sümer, 1998:201-202; Odaman, 2004:4).

2. İŞVERENDEN İZİN ALINMAKSIZIN VEYA HAKLI BİR NEDENE DAYANMAKSIZIN YAPILAN DEVAMSIZLIKLAR

2.1. Genel Olarak

İşçinin işe devamı, iş sözleşmesiyle iş görme borcu altında olan işçinin, kanun ve sözleşme hükümleriyle belirlenmiş olan günlük çalışma saatleri içerisinde iş görme amacıyla işe gitmesidir. İş devamsızlık ise iş görmekle yükümlü olan işçinin çalışma saatleri içerisinde işe gitmemesi sonucu ortaya çıkmaktadır (Evren, 2007:52-53). İşverenin emir ve talimatları doğrultusunda iş görmekle yükümlü olan işçinin istediği zaman işe gitme veya gitmeme hususunda karar verme yetkisi bulunmamaktadır (Sümer, 1998:201).

İşçinin işe devamsızlığı, işverene sözleşmeyi sürdürmesinin beklenemeyeceği biçimde olumsuzluklara yol açtığı durumlarda iş sözleşmesini derhal feshetme imkânı yaratan nedenlerden birisi olarak İş Kanunu'nda düzenlenmiştir. Bu anlamda devamsızlık, "işçinin, kasıtlı veya kusurlu olup olmamasına bakılmaksızın, işe gelmesinin beklediği iş günlerinde, haklı bir neden olmaksızın ve işverenden izin almaksızın işe gelmemesi" olarak ifade edilmektedir (Ocak, 2013:31). İş Kanunu'nda bu tür devamsızlık 25.maddenin "g" bendinde hüküm altına alınmıştır. Buna 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 işgünü işine devam etmemesi" halinde işveren sözleşmeyi derhal feshedebilir.

İşverenin haklı nedenle iş sözleşmesini derhal fesih hakkı İş Kanunu'nun 25.maddesinde düzenlenmiştir. İşverene sözleşmeyi haklı nedenle fesih hakkı tanıyan devamsızlık halleri Kanun'un 25. maddesinde farklı kapsamlarıyla ayrı başlıkların altında bulunmaktadır. Söz konusu hükümlerde devamsızlık, işçinin kastı veya kusuru esasına dayandırılabilirle birlikte herhangi bir kasıt veya kusurun olmadığı hallerde de ortaya çıkabilmektedir (Ocak, 2013:29,31). İş sözleşmesinin süresi belirli veya belirsiz olsun, işveren, Kanun'da düzenlenmiş olan devamsızlık hallerinden birisinin gerçekleşmesi halinde, sözleşmeyi sürenin bitiminden önce yahut bildirim süresini beklemeden derhal feshedebilir. Konumuz itibarıyla sadece haklı bir neden olmaksızın veya işverenden izin alınmaksızın yapılan devamsızlık nedeniyle işverenin sözleşmeyi derhal feshi incelenecek olmakla birlikte Kanun'da yer alan diğer devamsızlık hallerine kısaca değinilmek uygun olacaktır.

İşverene iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshetme hakkı tanıyan işçinin devamsızlık hallerinden ilki, Kanun'un 25. maddesinin "Sağlık Sebepleri" başlığı altında haklı fesih nedeni olarak yer alan, "İşçinin kendi kastından veya derli toplu olmayan yaşayışından yahut içkiye düşkünlüğünden doğacak bir hastalığa yakalanması veya engelli hâle gelmesi durumunda, bu sebeple doğacak devamsızlığın ardı ardına üç iş günü veya bir ayda beş iş gününden fazla sürmesi" halidir (İşK. m.25/I, a) . Düzenlemenin devamında, " (a) alt bendinde sayılan sebepler dışında işçinin hastalık, kaza, doğum ve gebelik gibi hallerde işveren için iş sözleşmesini bildirimli fesih hakkı; belirtilen hallerin işçinin işyerindeki çalışma süresine göre 17 nci maddedeki bildirim sürelerini altı hafta aşmasından sonra doğar. Doğum ve gebelik hallerinde bu süre 74 üncü maddedeki sürenin bitiminde başlar. Ancak işçinin iş sözleşmesinin askıda kalması nedeniyle işine gidemediği süreler için ücret işlemez." yer almaktadır. Bu haller işçinin kusuru olmaksızın devamsızlıkta bulunmasına ilişkindir.

Kanun'un "Ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri" başlığı altında düzenlenmiş olan ve işverene sözleşmeyi derhal feshetme imkânı veren devamsızlık halleri ne ilişkin haklı nedenler iki tanedir. Bu nedenler, "İşçinin 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" (İşK. m.25/II, g) ve " İşçinin, işyerinde, yedi günden fazla hapisle cezalandırılan ve cezası ertelenmeyen bir suç işlemesi" dir (İşK. m.25/II, f). Haklı fesih nedeni olarak kabul edilen diğer devamsızlık hali ise Kanun'un "Zorlayıcı sebepler" başlığı altında, "İşçiyi işyerinde bir haftadan fazla süre ile çalışmaktan alıkoyan zorlayıcı bir sebebin ortaya çıkması" olarak düzenlenmiştir (İşK.m.25/III). İşverenin iş sözleşmesini derhal feshedebileceği haklı nedenin sonuncusu ise "İşçinin gözaltına alınması veya tutuklanması halinde devamsızlığın 17 nci maddedeki bildirim süresini aşması" dir (İşK.m. 25/IV).

2.2. İşverenden İzin Alınmaksızın Yapılan Devamsızlık

İşverenin iş sözleşmesini işçinin devamsızlıkta bulunması nedeniyle haklı nedenle feshedebilmesini mümkün kılan hallerden ilki işçinin işverenden izin almaksızın devamsızlıkta bulunmasıdır. Eğer izin işveren veya izin verme yetkisine sahip vekilden alınmamışsa yahut izin alınması için önceden belirlenmiş olan prosedüre uyulmamışsa bu izin hukuken geçerli değildir. Bu şekilde alınan izne dayanarak işe gelmeyen işçinin izinsiz olarak devamsızlık yapması söz konusu olacaktır. Bu halde işveren iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilecektir (Mollamahmutoğlu; Astarlı& Baysal, 2014:852; Ekonomi, 1984:210; Sümer, 1998:212; Odaman, 2004:8). Ancak işçi, yetkili olmayan işveren vekilinden izin almakla birlikte bu yetkilinin izni vermeye yetkili olmadığını bilemeyeceği veya işveren ya da işveren vekilinin davranışlarından izni prosedürüne uygun olarak almış olduğu sonucuna ulaştığı durumlarda işe devam etmemesi fesih için haklı neden oluşturmayacaktır (Mollamahmutoğlu; Astarlı& Baysal, 2014:852; Sümer, 1998:212). Ayrıca prosedüre uygun olarak alınmış izin ve izin süresi içinde yapılan devamsızlıklarda da iş sözleşmesi işverence derhal feshedilemeyecektir (Evren, 2007:57; Ocak, 2013:34; Odaman, 2004:8-9; Ekonomi, 1984:209).

2.3. Haklı Bir Nedene Dayanmaksızın Yapılan Devamsızlık

İşçinin iş sözleşmesinin devamsızlık nedeniyle haklı nedenle feshedebilmesine ilişkin diğer durum ise haklı bir nedene(mazerete) dayanmaksızın ve maddede belirtilen süreler kadar yapılmış devamsızlıktır. Hangi hallerde yapılan işe devamsızlığın haklı neden sayılacağı hususunu önceden belirleyebilmek ve kesin kurallar koymak imkânı yoktur. Bu nedenle, her somut olayın özelliği göz önünde tutularak, işçinin devamsızlığına dayanak yaptığı olayın niteliği, işçinin içinde bulunduğu durum, işyerinin özellikleri ve gerekleri, örf ve adet gibi hususlar dikkate alınarak dürüstlük kurallarına göre tespit yapılmasıdır (Ekonomi, 1984:210; Mollamahmutoğlu; Astarlı& Baysal, 2014:852; Süzek, 2017:709; Çelik, Caniklioğlu &Canbolat, 2015:406; Sümer, 1998:212-213; aynı yazar, 2018:122; Evren, 2007:58; Odaman, 2004:9; Ocak, 2013:32). Bu bağlamda; işçinin yakınlarından birinin ölümü, anne babasının, eşinin veya çocuğunun hastalanması, kazaya uğraması, nişanlanması, tanıklık, bilirkişilik, mevzuata göre görevlendirildiği toplantılara katılması, hakem ve benzeri kurullarda işçi temsilciliği yapması, işçilik konuları ile ilgili uluslararası konferans veya kongrelere temsilci olarak katılması, zorlayıcı bir sebeple evini onarması gibi haller, işçinin işe devamsızlığını haklı kılan nedenler olarak değerlendirilmektedir.(Mollamahmutoğlu; Astarlı& Baysal, 2014:853; Oğuzman, 1955:59; Ekonomi, 1984:210; Çelik, Caniklioğlu &Canbolat, 2015:406). Öyleyse haklı nedeni bulunan işçinin iş sözleşmesi, işveren tarafından devamsızlık nedeniyle derhal feshedilemez.

İşçi, devamsızlığını haklı kılan nedeni ya işe gelemediği süre içinde haber verecek ya da devamsızlık yaptığı süre içerisinde haber veremeyecek durumdaysa işe döndüğünde söz konusu nedeni açıklayacaktır. Bununla birlikte işçinin haklı nedeni olmasına rağmen işveren bundan haber edilmeksizin uzun süre işine gelmemesi halinde, işverenin iş sözleşmesini sürdürmesi beklenemez. (Ocak, 2013:32).

3. DEVAMSIZLIĞA İLİŞKİN SÜRELER

İşçinin iş sözleşmesinin devamsızlık nedeniyle işveren tarafından haklı nedenle derhal feshedilebilmesi için Kanun'da düzenlenmiş olan devamsızlık hallerinden birisinin gerçekleşmiş olması yetmez. Ayrıca işçinin devamsızlığının hükümde belirtilen sayıdaki iş günleri kadar sürmüş olması gerekir (Mollamahmutoğlu; Astarlı& Baysal, 2014:851). Haklı neden oluşturan devamsızlık için Kanun'da öngörülen ve sürmesi gereken süreler, ardı ardına iki iş günü bir ay içinde herhangi bir tatil gününden sonraki iş günü veya bir ayda üç iş günüdür (İşK.m. 25/II,g).

3.1. Ardı Ardına İki İş Günü Devamsızlık

Devamsızlık nedeniyle işverene iş sözleşmesinin haklı nedenle feshetme hakkı tanıyan ilk süre, işçinin "ardı ardına iki iş günü" işine devam etmemesidir. Ayrıca bu süre içerisinde izinli olmaması veya haklı nedeninin bulunmaması da gerekir.

İş Kanunu'nda, "iş günü" nün anlamı hakkında açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte Kanun'da yer alan düzenlemeler uyarınca, iş günü, kanunen iş günü kabul edilen günler, sözleşmeyle iş günü kabul edilen günler ve bu bağlamda toplu iş sözleşmeleriyle çalışılacağı öngörülen genel tatil günlerini içermektedir (Mollamahmutoğlu; Astarlı& Baysal, 2014:851, Ekonomi, 1984:208; Sümer, 1998:209-210; Odaman, 2003:158).

Kural olarak işyerlerinde yedi günlük haftalık sürede, cumartesi dâhil altı günlük süre iş günü olduğundan kanunen iş günü kabul edilen günler altı gündür. Bununla birlikte sözleşmelerle, kanuna aykırı olamamak şartıyla, haftalık iş günleri farklı olarak belirlenebilir. Bu durumda iş günleri sözleşmelerle kabul edilen günlerdir ki işçinin hafta tatili Pazar gününden farklı bir gün olabilir. Hafta tatili Pazar gününden farklı bir gün olan işçinin Pazar günü işe gelmemesi halinde devamsızlık söz konusu olacaktır. Hatta hafta tatilinin sözleşmelerle iki gün olarak kararlaştırılması da mümkündür ki bu günlerde işçinin devamsızlık yaptığı söylenemez. Bunun yanı sıra kanunen iş günü olarak kabul edilen bazı günler bir takım nedenlerden dolayı işçi veya işyeri açısından iş günü olarak nitelendirilmeyebilir. Bu günler; fazla saatlerle çalışmanın karşılığında serbest zaman olarak kullanılan günler, çalışmaktan kaçınma hakkının kullanılan günler, sağlık raporu aldığı, grev/lokavt gibi nedenlerle işe gelmediği günlerdir. Ayrıca işçinin yıllık izin, mazeret izni, ücretli veya ücretsiz izin günlerinin yanı sıra genel tatil ve ulusal bayram günleri de iş günü değildir. Ancak ulusal bayram ve genel tatil günlerinde işçinin çalışacağı iş veya toplu iş sözleşmesiyle kararlaştırılması halinde, söz konusu günler iş günü olarak değerlendirilir (Ocak, 2013:36; Odaman, 2004:6; Ekonomi, 1984:208; Sümer, 1998:209-210; Çelik, Caniklioğlu &Canbolat, 2015:406). Diğer taraftan çalışılması gereken ve normalde iş günü sayılan günlerde işçinin izinli sayılması yahut tatil edilmesi durumunda bu günler iş günü sayılamayacağından devamsızlık söz konusu olmayacaktır (Ocak, 2013:36-37).

Bütün bunlara göre, devamsızlık nedeniyle işçinin iş sözleşmesinin derhal sona erdirilebilmesi için işçinin işe gelmediği günlerin "iş günü" olması gerekmektedir. Yani işe gelmeyen ve devamsızlık olarak nitelendirilen günlerin işçinin çalışmakla yükümlü olduğu günler olması ve işçinin iş görme borcunun bulunduğu gün olması gerekir (Odaman, 2004:6; aynı yazar, 2003:158; Ocak, 2013:37; Ekonomi, 1984:208 Süzek, 2017:708).

İşçinin çalışmakla yükümü olduğu iş günlerinde işe devamsızlığı iş görme borcuna aykırılık oluşturur. Nitekim işçi iş görme borcunu yerine getirebilmek için iş yerine gelerek çalışmalıdır. İşe gelmeyerek bu yükümlülüğüne aykırı davranan işçinin iş sözleşmesi işverence haklı olarak feshedebilecektir (Ocak, 2013:37). İşçinin işyerine gelerek çalışmaması halinde ise devamsızlık söz konusu olmaz. İşveren işyerine gelmiş ama iş görme borcunu yerine getirmeyen işçinin iş sözleşmesini Kanun'da yer alan diğer bir haklı nedenle fesih hükmüne (bkz. İşK.m.25/II, h) dayanarak yapabilecektir (Mollamahmutoğlu; Astarlı& Baysal, 2014:851).

İşverene haklı nedenle fesih hakkı sağlayan devamsızlığın ardı ardına iki iş günü sürmesi gerektiğinden devamsızlığın ardı ardına olmaması halinde Kanun'da yer alan "iki iş gün devamsızlık" nedenine dayanılmaz. Kanun'daki hükümde düzenlenen "ardı adına iki iş günü" devamsızlığı, "birbirini takip eden iş günleri" nde yapılan devamsızlık olarak anlamak gerekir. Eğer işçinin işe gelmediği ilk iş günü ile işe gelmediği ikinci iş günü arasına işçinin çalışmasının gerekmediği ve iş günü sayılmayan günler giriyorsa bu hükmün işverence haklı fesih nedeni yapılmaması gerekir. (Sümer, 1998:210; Evren, 2007:59-60; Odaman, 2003:159; Ocak, 2013:41). Devamsızlığın yapıldığı ilk iş günü ile ikinci iş günü arasına giren gün/günler, hafta tatili olabileceği gibi ulusal, resmi ve genel tatil günleri ile dini bayram günleri ile iş gününün olmayan başka günler de olabilir. (Ocak, 2013:41-42). Aynı şekilde, işçinin bir gün işe devam etmemesi, bu günü takip eden ikinci gün işe gelmesi ve üçüncü gün işe gelmemesi halinde de haklı nedenle fesih hakkı doğmayacaktır (Evren, 2007:60). Ayrıca devamsızlığın üst üste sürmesine rağmen iki günden daha az, örneğin bir buçuk gün, sürmesi halinde iş sözleşmesi haklı nedenle feshedilemeyecektir(Sümer, 1998:210; Odaman, 2004:6). Söz konusu günlerde işçinin hiç çalışmamış olması gerektiğinden devamsızlık saatlerinin toplanarak kanunda belirtilen gün sayısının elde edilmesi de haklı fesih nedeni yapılamamaktadır (Zeytinoğlu, 2017:127; Süzek, 2017:709). Ayrıca işçinin işe geç gelmesi veya erken ayrılması da devamsızlık olarak nitelendirilemez (Evren, 2007:56).

3.2. Bir Ayda İki Defa Herhangi Bir Tatil Gününden Sonraki İş Günü Devamsızlık

İşverene iş sözleşmesinin haklı nedenle feshetme hakkı veren ikinci devamsızlık hali ise işçinin işverenden izin almaksızın veya haklı bir nedene dayanmaksızın bir ay içinde iki defa herhangi bir tatil gününden sonraki iş günü işe gelmemesidir. Bu hükümde devamsızlığın süresi iki iş günü olmakla birlikte ardı ardına olması aranmamaktadır. Bununla birlikte devamsızlığa esas alınacak iki iş gününün bir ay içerisinde gerçekleşmiş olması gerekmektedir.

İş Kanunu'nda "bir aylık süre"nin başlangıcı ile sonunun tam bir "takvim ayı" olduğuna ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Hükümde ifade edilen "bir aylık süre" yi takvim ayı olarak değil, işçinin son devamsızlık gününden geriye doğru hesaplanacak bir aylık süre olarak anlamak gerekir (Sümer, 2018:122; Mollamahmutoğlu; Astarlı& Baysal, 2014:852; Odaman, 2003:160) . Başka bir deyişle, "bir ay" ibaresi, işçinin ilk devamsızlık yaptığı iş gününün tarihinden bir sonraki ayın aynı gününe isabet eden gün arasında geçen süreyi ifade etmektedir (Ekonomi, 1984:209; Süzek, 2017:709; Çelik, Caniklioğlu &Canbolat, 2015:406; Ocak, 2013:43). Söz konusu madde hükmüne göre sürmesi gereken iki iş günü devamsızlığın ardı ardına olması aranmamakla birlikte "bir aylık süre" içinde olması gerekir. Eğer işçinin ilk devamsızlığı ile ikinci devamsızlığı arasında bir aydan fazla bir süre varsa, son devamsızlığın ilk devamsızlıkla ilişkisi bulunamayacağından iki iş gününün hesabından dikkate alınmayacaktır. Bunların ayrıca değerlendirilmesi gerekecektir (Ocak, 2013:44).

Kanun'da yer alan "tatil günü"nden sonraki iş günü, ibaresini ise, resmi tatil günleri yanında hafta tatili veya işçinin izinli olduğu günden sonraki iş günü olarak değerlendirmek gerekir. Aynı şekilde iş veya toplu iş sözleşmesiyle öngörülmüş izin günleri, ücretli ve ücretsiz izin günlerini de tatil günü saymak gerekir. Nitekim maddede herhangi bir tatil gününden bahsedildiğinden bunun geniş anlaşılması gerekir. İşçinin söz konusu tatil günlerinden sonraki iş gününden işe gelmeyerek devamsızlık yapması ve bu devamsızlığın bir ay içinde iki defa olması halinde, iş sözleşmesi işverence derhal feshedilebilecektir (Süzek, 2017:708; Sümer, 1998:210; Odaman, 2004:6; Evren, 2007:60)

3.3. Bir Ayda Üç İş Günü Devamsızlık

İşçinin işverenden izin almaksızın veya haklı bir nedene dayanmaksızın işe devamsızlığı bir ayda üç işgünü sürerse işveren işçinin iş sözleşmesini derhal feshedebilecektir. Devamsızlık hallerinden sonuncusu olan bu halde de "bir ay"ın yukarıda belirtilen biçimde hesaplanması ve bir ay geçtikten sonra yapılan devamsızlıkların ayrıca değerlendirilmesi gerekir.

Bu devamsızlık halinde de işçinin devamsızlığının ardı ardına olması gerekmemektedir (Süzek, 2017:709; Sümer, 1998:210). İşçinin işe gelmemesine ilişkin devamsızlık hallerinden birsinin gerçekleşmesinin yanında bir ay içinde toplam iş günü devamsızlık yapmış olması halinde sözleşmesi işverence derhal feshedilebilecektir.

4. DEVAMSIZLIĞIN BİLDİRİMİ VE İSPAT YÜKÜ

İşe gelmeyerek iş görme borcunu yerine getirmeyen işçinin bu devamsızlığına ilişkin haklı bir nedeni bulunuyorsa söz konusu nedenin makul bir süre içerisinde işverene bildirmesi aranır. Haklı nedeni olan işçinin, devamsızlığının nedeni hakkında uygun bir süreçte işverene haber vermemesi durumunda, sözleşme işveren tarafından haklı nedenle feshedilebilecektir.

Her ne kadar Kanun'da yer almasa da doktrinde çoğunluk görüşüne göre, devamsızlığı haklı bir nedene dayanan ve işe gelemeyen işçi, dürüstlük kuralı gereğince bu devamsızlığının nedenini işverene bildirmekle yükümlüdür. Aksi halde işverenin yapmış olduğu fesih haklı fesih sayılacak ve işçi fesih işleminin kanuna aykırı olduğunu iddia edemeyecektir (Süzek, 2017:709; Sümer, 1998:213; Ekonomi, 1984:211; Odaman, 2003:170; Evren, 2007:58; Mollamahmutoğlu; Astarlı& Baysal, 2014:854). Bununla birlikte dürüstlük kuralı uyarınca, işçinin işverene haber vermesinin beklenemeyeceği ve işverenin de nedeni araştırmasının gerekli olduğu durumlarda, işverenin sözleşmeyi feshedebilmesi için haklı neden ortaya çıkmayacaktır. Bu tür durumlarda işveren tarafından devamsızlık nedeniyle yapılan fesih kanuna aykırı nitelik taşır (Çelik, Caniklioğlu & Canbolat, 2015:408; Ekonomi, 1984:211; Süzek, 2017:709-710; Sümer, 1998:214; Odaman, 2004:13, Ocak, 2013:50).

İşçinin işverene yapacağı bildirim süresi hakkında kesin bir süre belirlemek mümkün değildir. Bu bakımdan her somut olayın özelliği dikkate alınarak, dürüstlük kurallarına uygun olarak tespit edilecek makul bir süre içerisinde işçinin devamsızlığının nedenini işverene bildirmesi beklenir. Somut olayın özelliği hakkında değerlendirme yapılırken işçinin psikolojik durumu, iletişim imkânı olup olmadığı gibi hususların göz önünde bulundurulması yerindedir. İşçinin devamsızlığı her ne kadar haklı bir nedene dayansa da işverene devamsızlığının nedenini makul bir içerisinde bildirmemesi durumunda, işveren iş sözleşmesini, İş Kanunu m.25/II, g bendi uyarınca, haklı nedenle derhal feshedebilecektir(Ocak, 2013:48-49).

İşçinin işe devamsızlığını işverene bildirim Kanun'da herhangi bir şekilde bağlanmadığından bildirim yazılı, sözlü, faks çekme, telefon gibi yollarla yahut bir başka kişi vasıtasıyla haber gönderme şeklinde yapılması mümkündür. Bildirim, işveren veya işveren vekiline ulaşmak üzere işyerinde yahut işyeri dışında gerçekleştirilebilir(Ocak, 2013:52). Günümüzde teknolojinin sunduğu iletişim araçları göz önünde bulundurulduğunda işverene bildirim e-posta veya cep telefonu gibi yollarla hızlıca yapılabilmesi imkânı vardır.

İşçinin devamsızlıkta bulunduğu gerekçesiyle, iş sözleşmesini haklı nedenle feshetmek isteyen işverenin bu devamsızlığın varlığını ispat etmesi gerekmektedir (Kurt, 2010: 237). İşveren işçinin işe izin almaksızın veya haklı bir nedene dayanmaksızın gelmediğinin yanı sıra söz konusu devamsızlığın Kanun'da ve/veya sözleşmede öngörülen devamsızlık süreleri kadar gerçekleşmiş olduğunu ispat etmekle yükümlüdür. Eğer işveren, işçinin İş Kanunu m.25/II, g'de düzenlenmiş olan unsurlara uyan işe devamsızlığını kanıtlayamazsa, yapmış olduğu fesih haksız olacaktır. (Sümer, 1998:220-221; Odaman, 2003:172, aynı yazar, 2004:14; Ocak, 2013:51). Bununla birlikte, işveren devamsızlığın varlığına ilişkin deliller sunmak suretiyle iş sözleşmesini feshettiği durumda, işçinin devamsızlığının izinsiz olmadığını veya haklı nedene dayandığını ispatlayabilmesi mümkündür. Bu durumda ispat yükümlülüğü işçidedir (Sümer, 1998:220; Odaman, 2003:172; Ocak, 2013:52). İşçi, devamsızlığının haklı bir nedene dayandığını veya işverenden izin aldığını ispat ederse, işveren tarafından yapılan fesih haksız olduğu sonucuna varılacaktır (Ocak, 2013:52; Odaman, 2004:14, Sümer, 1998:220). İşçinin böyle bir durumun olduğunu ispatlayamaması ise işverenin devamsızlık nedeniyle iş sözleşmesini feshi haklı bir nedene dayanmış kabul edilecektir(Odaman, 2004:14; Ocak, 2013:52).

İşveren işçinin işe devamsızlığını çeşitli yollarla ispatlayabilir. Bu bağlamda, işyerine gelmeyen işçi hakkında tutulan tutanak gibi yazılı bir belge yahut tanık beyanı, kamera kayıtları, giriş-çıkış kart bilgileri gibi ispat araçlarıyla devamsızlığın ispatı mümkündür. Açıklamak gerekir ki devamsızlığın tutanakla ispatı zorunlu değildir. Eğer işe gelmeyen işçi hakkında tutanak tutulmuşsa, tutanaktaki bilgilerin işverenin tanıklarının beyanları ile doğrulanması icap eder. Fesihten sonra tutulan tutanaklar ise dikkate alınmayacaktır (Ocak, 2013:53, Evren, 2007:55, 61).

5. DEVAMSIZLIK NEDENİYLE İŞ SÖZLEŞMESİNİN HAKLI SEBEPLE DERHAL FESHİNDE İŞVERENİN FESİH HAKKINI KULLANMA SÜRESİ

İş Kanunu'nun 26. maddesine göre, "24 ve 25 inci maddelerde gösterilen ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan hallere dayanarak işçi veya işveren için tanınmış olan sözleşmeyi fesih yetkisi, iki taraftan birinin bu çeşit davranışlarda bulunduğunu diğer tarafın öğrendiği günden başlayarak altı iş günü geçtikten ve her halde fiilin gerçekleşmesinden itibaren bir yıl sonra kullanılamaz. Ancak işçinin olayda maddi çıkar sağlaması halinde bir yıllık süre uygulanmaz."

Hükme göre iki sözleşmeyi fesih yetkisi için "öğrenme gününden başlayarak altı iş günü" ve "olaydan itibaren bir yıl" olmak üzere iki hak düşürücü süre bulunmaktadır (Zeytinoğlu, 2017:132)

İşverenin fesih hakkını kanunda öngörülen altı iş günü içerisinde kullanmamış ve işçi devamsızlık yaptıktan sonra işyerinde çalıştırılmaya devam ettirilmişse işverenin sözleşmeyi devamsızlıktan dolayı haklı nedenle derhal feshetme hakkını kullanamayacaktır. Ancak işçinin devamsızlığı sürdükçe işverenin derhal fesih hakkının bulunmaktadır (Ocak, 2013:53; Sümer, 1998:222). Bununla birlikte işverenin fesih yapmadan önce devamsızlık tutanakları düzenlemesi ve noterden işçinin adresine bir yazı gönderilerek savunmasının talep edilmesi ve haklı bir nedenin olup olmadığının araştırılması gerektiği, fesih için işçinin savunma yazısını tebellüğ ettiği tarihi izleyen ve işverence verilen savunma süresinin bitiminden itibaren altı iş günü süre bulunduğu belirtilmektedir (Kurt, 2010:237).

6. SONUÇ

İşçi, iş sözleşmesinden doğan temel borcu olan iş görme borcunu çalışma saatleri içerisinde yerine getirmekle yükümlüdür. İşe gelmeyerek devamsızlık yapan işçi aynı zamanda iş görme yükümlüğünü yerine getirmediğinden iş görme borcuna da aykırı davranmış olmaktadır. İşçinin devamsızlığı işverene iş sözleşmesini haklı nedenle derhal feshetme imkânı tanıyan nedenlerdendir. Devamsızlık halleri İş Kanunu'un 25. maddesinde farklı kapsamlarıyla ayrı başlıkların altında bulunmakla birlikte ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırılık taşıyan devamsızlık hallerinden işçinin işverenden izin almaksızın veya haklı bir nedene dayanmaksızın fesih hali değerlendirilmiştir. Devamsızlığa ilişkin hallerin gerçekleşmesiyle birlikte kanunda veya sözleşmelerde öngörülen süreler kadar devamsızlığın gerçekleşmesi aranmaktadır. İşçinin devamsızlığının kanunda belirlenmiş olan süre kadar olması yetmemekte ikinci olarak devamsızlığın haklı bir nedene dayanmaması yahut işverenden izin alınmamak suretiyle gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Haklı bir mazereti olan işçinin bu mazereti işverene bildirmesi dürüstlük kuralları gereğince beklenir. Aksi halde iş sözleşmesi işveren tarafından haklı nedenle derhal ve tazminatsız olarak sona erdirilebilecektir. İşveren devamsızlık nedeniyle işçinin iş sözleşmesini feshederken dürüstlük kurallarına uygun ve kanunda belirlenmiş olan süre içerisinde kullanmalıdır. Fesih hakkını sınırlayan unsurlar göz önünde bulundurulmaksızın yapılan fesih işlemlerinde yapılmış olan feshi geçersiz hale getirebilecektir.

KAYNAKÇA

- Çelik, N.; Caniklioğlu, N. & Canbolat, T. (2015). *İş Hukuku Dersleri*, Beta Yayınevi, İstanbul.
- Ekonomi, M. (1984). *İş Hukuku, C.I, Ferdi İş Hukuku*, İstanbul Teknik Üniversitesi Matbaası, İstanbul.
- Evren, Ö.K. (2007). "İş Hukukunda Ahlak ve İyiniyete Aykırı İşe Devamsızlık Kavramı", *Terazi Hukuk Dergisi*, 2(12):51-62.
- Kurt, R. (2010). "Devamsızlık Yapan İşçinin İş Sözleşmesinin Feshi", *Mali Çözüm Dergisi*, (101):235-245.
- Mollamahmutoğlu, H.; Astarlı, M. & Baysal, U. (2014). *İş Hukuku (Genel Kavramlar-Bireysel İş İlişkileri)*, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara.
- Ocak, S. (2013). "İş Sözleşmesinin İşçinin Devamsızlığı Nedeniyle Feshedilmesi", *Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Dergisi*, 10 (38):27-55.
- Odaman, S. (2004). "Yargıtay Kararları Işığında İşçinin İşine Devamsızlıkta Bulunması ve Hukuki Sonuçları", *Çimento İşveren Dergisi*, 18(2):4-15.
- Odaman, S. (2003). *İşverenin Hizmet Sözleşmesini Ahlak ve İyiniyet Kuralları ve Benzerlerine Aykırılık Nedeniyle Fesih Hakkı*, Kamu İşletmeleri İşverenleri Sendikası, Ankara.

- Oğuzman, M.K. (1955). *Türk Borçlar Kanunu ve Mevzuatına Göre Hizmet (İş) Akdinin Feshi*, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul.
- Sümer, H.H. (2018). *İş Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Sümer, H.H. (1998). “Yargıtay Kararlarının Işığında İşçinin İşe Devamsızlığı Nedeniyle Hizmet Sözleşmesinin Feshi”, *Prof. Dr. Metin Kutal’a Armağan*, TÜHİS Yayınları, Ankara.
- Süzek, S. (2017). *İş Hukuku*, Beta Yayınevi, İstanbul.
- Zeytinoğlu, E. (2017). “İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Ahlak ve İyiniyet Kurallarına Aykırılık Sebebiyle Haklı Nedenle Feshi”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, (32) : 107-136.