

**T.C.
GAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
İŞ VE SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU BİLİM DALI**

ASKERLİK HİZMETİNİN İŞ SÖZLEŞMESİNE ETKİSİ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

TEZ DANIŞMANI

Prof. Dr. Hamdi Mollamahmutoglu

**HAZIRLAYAN
Mustafa Birecik**

Ankara - 2008

ONAY

Mustafa BİRECİK tarafından hazırlanan “Askerlik Hizmetinin İş Sözleşmesine Etkisi” başlıklı bu çalışma, 27.03.2008 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda oyçokluğu ile başarılı bulunarak jürimiz tarafından Özel Hukuk Anabilim / İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Bilim dalında Yüksek Lisans tezi olarak kabul edilmiştir.

Başkan

Prof. Dr. Hamdi Mollamahmutoğlu

Üye

Prof. Dr. Adnan Tuğ

Üye

Prof. Dr. E. Tuncay Kaplan

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	i
KISALTMALAR.....	iv
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM GENEL BİLGİLER

I. ASKERLİK HİZMETİ KAVRAMI	2
A. Vatan Hizmeti.....	2
B. Askerlik Hizmeti.....	3
II. ASKERLİK YÜKÜMLÜLÜĞÜ.....	4
A. Yoklama Dönemi.....	4
B. Muvazzaflık Dönemi.....	5
C. Yedeklik Dönemi.....	6

İKİNCİ BÖLÜM ASKERLİK HİZMETİ NEDENİYLE İŞTEN AYRILMANIN İŞ SÖZLEŞMESİ ÜZERİNDEKİ ETKİSİ

I. GENEL OLARAK	9
II. MUVAZZAF ASKERLİK NEDENİYLE İŞTEN AYRILMANIN İŞ SÖZLEŞMESİNE ETKİSİ	10
A. Fesih Etkisi	10
1. Doktrindeki Görüşler.....	10
2. Görüşlerin Değerlendirilmesi.....	13
3. Sözleşmenin Feshinde Şekil	14
4. Sözleşmenin Feshi Halinde Kıdem Tazminatı.....	15
B. Askı Etkisi	18
1. İş Kanunu Açısından	18
2. Borçlar Kanunu Açısından.....	21

3.	Basın İş Kanunu Açısından	23
4.	Deniz İş Kanunu Açısından	24
5.	Kısa Dönem Askerliğin Etkisi	24
III.	YEDEK ASKERLİK NEDENİYLE İŞTEN AYRILMANIN İŞ SÖZLEŞMESİNE ETKİSİ	26
A.	Sözleşmenin (iki Ay ve En Çok 90 Günlük) Askıda Kalma Süresi Sonunda Feshedilmiş Sayılması.....	26
B.	Sözleşmenin Askıda Kalma Süresi İçerisinde Taraflarca Feshedilmesi.....	30
C.	Askıda Kalma Süresi İçinde Ücret Ödenmemesi.....	31
D.	Askıda Kalma Süresinin Yıllık Ücretli İzin Süresinin Hesabında Dikkate Alınması	33

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İŞVERENİN ASKERLİK NEDENİYLE İŞİNDEN AYRILAN İŞÇİ İLE İŞ SÖZLEŞMESİ YAPMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

I.	İŞVERENİN İŞ SÖZLEŞMESİ YAPMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ KAVRAMI	34
II.	İŞVERENİN ASKERLİK NEDENİYLE İŞİNDEN AYRILAN İŞÇİ İLE İŞ SÖZLEŞMESİ YAPMAKLA YÜKÜMLÜ TUTULABİLMESİ İÇİN GEREKLİ ŞARTLAR.....	36
A.	Genel Olarak	36
B.	İşçinin Herhangi Bir Askeri Ödev Dolayısıyla İşinden Ayrılmış Olması.....	37
C.	İşçinin Askerlik Ödevinin Sona Ermesinden Başlayarak Ayrıldığı İşyerine İki Ay İçinde Başvurması.....	39
D.	İşyerinde Boş Yer Bulunması.....	40

III. İŞ SÖZLEŞMESİ YAPMA ZORUNLULUĞUNUN HÜKÜMLERİ....	41
SONUÇ	47
KAYNAKÇA	49
ÖZET	52
ABSTRACT	53

KISALTMALAR

Age.	:	Adı geçen eser
Agm.	:	Adı geçen makale
B.	:	Basım
BK	:	Borçlar Kanunu
bkz.	:	Bakınız
C.	:	Cilt
Çimento İsv.	:	Çimento İşveren Dergisi
dn.	:	dipnot.
E.	:	Esas
Eski İş K.	:	1475 s. İş Kanunu
f.	:	fıkra
HD	:	Hukuk Dairesi
HGK	:	Hukuk Genel Kurulu
İHD	:	İş Hukuku Dergisi.
İş. K.	:	İş Kanunu
K.	:	Karar
Kars.	:	Karşılaştırınız.
md.	:	madde
MK	:	Medeni Kanun
RG	:	Resmi Gazete
s.	:	sayfa
S.	:	Sayı
T.	:	Tarih
Yarg.	:	Yargıtay

GİRİŞ

Ülkemizde askerlik yükümlülüğü, her sağlıklı Türk erkeğinin kutsal sayılan bir vatan borcu olarak yerine getirmesi gereken zorunlu bir hizmettir.

Muvazzaf askerlik dönemi olarak adlandırılan bu hizmetin dışında, kişilerin, değişen ve gelişen askeri teknolojilerin tanıtılması, eğitiminin tazelenmesi gibi amaçlarla kısa süreli askerlik hizmeti yapmaları söz konusudur.

Kişilerin ekonomik nedenlerle erken yaşlarda çalışmaya başlamaları sonucu, askerlik görevi nedeniyle kısa veya uzun süreli çalışma hayatından ayrılması gerekmektedir.¹

Çalışmamızda, askerlik hizmetini yapmak üzere işyerinden ayrılan çalışanın iş sözleşmesinin durumunun ne olacağı ele alınacaktır. Konu, Bireysel İş Hukuku açısından ele alınarak incelenecek, Toplu İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku açısından askerlik hizmetinin etkisi ele alınmayacaktır.

Birinci bölümde askerlik yükümlülüğü üzerinde durulacak, ikinci bölümde askerlik nedeniyle işten ayrılanların iş sözleşmesinin durumu ele alınacak, üçüncü bölümde işverenin askerlik nedeniyle işinden ayrılan işçi ile iş sözleşmesi yapma yükümlülüğü ve bu uyulup uyulmamasının hükümleri ele alınacaktır.

Ayrıca 854 sayılı Deniz İş Kanunu ve 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimine Ait Kanun (Basın İş K.)'a tabi çalışanların askerlik yükümlülüğü nedeniyle ayrılmaları halinde iş sözleşmesinin durumu ile ilgili hükümlere yer verilecektir.

¹ “Sanık savunmasında, özel bir dershanede çalıştığını ve Milli Eğitim Bakanlığınca yapılacak öğretmen atamaları sonucunu beklediğini ifade etmiştir.As.C.K.nun 63 ncü maddesinde “mazeret unsuruna yer verilmiş, ancak mazeretin kapsamı belirtilmemiştir. Mazeretin takdiri, makul ve mantiki nedenlere dayandırılması koşulu ile mahkemelere ait bulunmaktadır. Askeri Yargıtay Daireler Kurulu ve Dairelerinin değişik kararlarında belirtildiği gibi, adeti yaşamsal nitelikte bulunan “iş edinme-yaşam kaygısı”, insan hayatındaki fevkalade yeri nedeniyle önemsenmiş ve iş edinme çabası özür olarak değerlendirilmiştir.” As.Yrg.1.D.nin 24.10.2001 gün ve 2001/895-922 S.K. Tonguç BÖLÜKBAŞ, Yoklama Kaçağı, Bakaya ve Saklı Suçları Ankara -2007 s.327-328

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL BİLGİLER

I. ASKERLİK HİZMETİ KAVRAMI

A. Vatan Hizmeti

Savunma hizmeti ve bu bağlamda askerlik hizmeti yükümlülüğü, gerek faaliyet niteliği taşıması, gerekse yükümlülerin kamu personeli statüsünde bulunması bakımından öz ve kuruluş itibariyle bir kamu hizmetidir. 1982 Anayasasının 72. maddesi “Vatan hizmeti her Türk’ün hakkı ve ödevidir. Bu hizmetin silahlı kuvvetlerde ve kamu kesiminde ne şekilde yerine getirileceği veya getirilmiş sayılacağı kanunla düzenlenir” hükmündedir. 1961 Anayasasının ilk şeklindeki “Milli Savunma Hak ve Ödevi” 1971 yılında yapılan bir değişiklikle “vatan hizmeti” adını almıştır.²

1982 Anayasasının vatan hizmetini düzenleyen 72 nci maddesi hükmü incelendiğinde şu sonuçlar çıkarılabilir:

1. Anayasal açıdan vatan hizmeti siyasi bir hak ve ödev niteliğindedir. Bu hükme ilaveten Anayasanın 12 nci maddesinin 2 nci fıkrasındaki olağanüstü hallerde vatandaşlara para, mal ve çalışma yükümlülükleri getirilmesine, 122 nci maddesinin 5 nci fıkrasındaki sıkıyönetim, savaş seferberlik ve savaş hali kapsamında savaş ve savaşı gerektirecek bir durumun baş göstermesi

² 1961 Anayasası’nın 60 nci maddesi hükmü 20.09 1971 tarih ve 1488 sayılı kanunla değiştirilmiş ve yeni düzenleme başlığı da dahil 1982 Anayasasının 72 nci maddesine aynen alınmıştır. Danışma Meclisinde biraz farklı düzenlenen madde Milli Güvenlik Konseyince 1971 değişikliğindeki gibi ve”...veya getirilmiş sayılacağı” ibaresi eklenerek kabul edilmiştir. Pdzitif huku açısından gerekçelerin metnin yorumunda bağlayıcılığı bulunmadığı aşikar ise de, 72 nci madde hakkındaki Milli Güvenlik Konseyi Anayasa Komisyonunun değişiklik gerekçesi de meseleye ışık tutmaktadır. Değişiklik sonucu , Anayasa Yasama Organına “...Devlete, vatan hizmetini askerlik veya başka bir kamu hizmetleri şeklinde yerine getirme imkanını ihtiyaca göre kullanma yetkisini” açıkça vermektedir. Ömer İzgi- Zafer Gören, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Yorumu, C.1, Ankara 2002, s.738-740

halinde vatandaşlar için yükümlülük öngörülebileceğine dair hükümler dikkate alındığında, vatan hizmetine devletin siyasi ve hukuki düzeni ile insan unsurları arasında önemli ve etkin bir rol verildiği görülmektedir.

2. Anayasaya göre vatan hizmetinin öznesi sadece Türkiye Cumhuriyeti vatandaşlarıdır. Yükümlü Türk aynı zamanda başka bir ülkenin vatandaşı, yani çifte vatandaş durumunda ise yine vatan hizmeti hakkı, sahibi ve ödevlisidir. Buna karşılık Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olmayanlar ile vatansızların vatan hizmeti hakkının ve ödevinin öznesi olamayacağı açıktır.

3. Hükmün bir sonucu da vatan hizmetinin cinsiyet ayrımı yapılmaksızın tüm kadın ve erkeklerin hakkı ve ödevi olmasıdır. Her ne kadar sadece erkekler askerlik yükümlülüğüne tabi ise de, Anayasada bir engel bulunmadığından yasa koyucunun kadın yurttaşlara da vatan hizmetini ve bu bağlamda askerlik hizmetini bir hak ve ödev olarak düzenleyebilir.

4. Bir başka noktada, gerek Silahlı Kuvvetlerde, gerekse kamu kesiminde yerine getirilecek vatan hizmetine ilişkin düzenlemelerin ancak kanunla yapılacağıdır.

B. Askerlik Hizmeti

Türk pozitif hukukunda, olağan dışı/zorunlu hal ve şartlarda herkesin yurt savunması ve sivil savunma ödevlendirildiği kanunlar hariç, Askerlik Kanunu dışında başka bir vatani hizmet seçeneğini öngören bir düzenleme bulunmamaktadır. 1982 Anayasasının “ Bu hizmetin silahlı kuvvetlerde ve kamu kesiminde ne şekilde yerine getirileceği veya getirilmiş sayılacağı kanunla düzenlenir” hükmü gereği 1111 Sayılı Askerlik Kanunu ile bu düzenleme yapılmıştır.³

³ Kabul tarihi 21.06.1927, R.G.12-17 Temmuz 1927 S.631-635 (Bu kanunun adı “Askerlik Mükellefiyeti Kanunu “ iken 30.11.1935 tarih ve 2580 sayılı Kanunla Askerlik Kanunu olarak değiştirilmiştir.

Bu kanunun birinci maddesi ile Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olan her erkek askerlik yapmakla yükümlü tutulmuştur. Askerlik Çağı olarak adlandırılan bu süreç kural olarak her erkeğin 20 yaşına girdiği yılın Ocak ayının birinci gününden başlayarak, 41 yaşına girdiği Ocak ayının birinci gününe kadar sürer. Bu çağ, Yoklama, Muvazzaflık ve Yedeklik olmak üzere üç döneme ayrılır(As.K.md. 2-4)

1111 sayılı Askerlik Kanununda belirtilen esaslar haricinde askerlik hizmetine tabi hiçbir bireyin , askerlik çağından çıkartılamayacağı beşinci maddesinde belirtilmiştir. Muvazzaflık hizmetinden hiçbir fert istisna edilmediğinden 41 yaşını bitirdikten sonra da ele geçen yoklama kaçağı, bakayalar ve saklıdan yazılmış olanlar askerlik hizmetine tabi tutulurlar.⁴

II. ASKERLİK YÜKÜMLÜLÜĞÜ

A. Yoklama Dönemi

Kanunun 4 ncü maddesine göre yoklama dönemi, Askerlik çağının başlangıcı olan 20 yaşına girilen Ocak ayının birinci gününden başlayıp, muvazzaflık hizmetinin başlaması için kıta'ya sevk edilinceye kadar geçen süreye denilir.

İlk yoklama ve son yoklama dönemi olarak ikiye ayrılır. İlk yoklama döneminde; 1 Nisan 15 Mayıs tarihleri arasında o yıl askerlik çağına giren

⁴ Askerlik Kanununun Tatbikatına Dair Talimat md.6

Yoklama Kaçağı: Yoklamaları için buldukları yerdeki askerlik şubelerine veya yurt dışı temsilciliklerine, kanuni süresi içinde kabul edilebilir bir özrü olmaksızın gelmeyenler ile özürlerini bildirmeyenlerdir.

Saklı: 20 yaşına girdikleri halde isimlerini nüfus ve asker alma kütüğüne geçirtmemiş bulunanlara denir.

Bakaya: Sevk için çağrıldıkları halde, sevk son gününe kadar gelmeyenler ile sevk edildikleri halde, kendilerine tanınan yol süresi sonuna kadar birliklerine özürsüz katılmayan yükümlülerdir.

T.BÖLÜKBAŞ, s. 3-4

yükümlülerin kimlikleri, adresleri ve sayılarının doğru olarak tespiti yapılır(As.K. md.17). Son yoklama döneminde; o yıl askerlik çağına girenler ile bu doğumla işleme tabi yükümlülerin TSK Sağlık Yeteneği Yönetmeliğine⁵ göre , askerliğe elverişli olup olmadıklarının tespiti yapılır. Her yıl 1 Temmuz 31 Ekim Tarihleri arasında yapılır(As.K. md.20). Askerliğe elverişli olanların listeleri Askerlik Daire Başkanlıklarınca Milli Savunma Bakanlığına gönderilir(As.K. md.32). 31 Ekim tarihine kadar yoklama yaptırmayanlar bu tarihten emsallerin sevkine kadar veya emsallerinin sevkinden sonra yoklaması yapıncaya kadar yoklama kaçağı olarak takibe alınırlar(As.K. md. 30).

B. Muvazafalık Dönemi

Muvazafalık dönemi yükümlülerin askerlik şubesinden sevki ile başlayıp, terhis tarihine kadar olan süreyi kapsar. 1111 sayılı Askerlik Kanununa göre muvazafalık süresi Yedek Subay, erbaş ve erler için 18 aydır.1076 sayılı Yedek Subaylar ve Yedek Askeri Memurlar Kanunu⁶ hükmüne tabi yükümlülerden, bu yükümlülüklerini istekleriyle veya seçim sonucu yedek subay adayı olmadıkları için erbaş ve er olarak yerine getireceklerin hizmet süresi tabi olunan celpteki yedek subay adayı ayrılanların hizmet süresinin yarısı kadardır. (As.K. md.5 , Yd.Sb.K. md. 3).

Bu sürenin barışta onbeş aya ve oniki aya kadar indirilmesine, silahlı kuvvetlerin de ihtiyacı dikkate alınarak Bakanlar Kurulunca karar verilir. Halen uygulamada yd.sb.lar 12 ay, erbaş ve erler 15 ay, kısa dönem erbaş ve erler 6 ay hizmet yapmaktadırlar.

Bunun yanında, silahlı kuvvetlerin ihtiyacından fazla olan yükümlüler temel eğitimi yapmayı müteakip bedel ödeyerek veya istekte bulunan kamu

⁵ TSK Sağlık Yeteneği Yönetmeliği, Bakanlar Kurulu Karar Tarihi - No: 08/10/1986 - 86/11092, R.G.: 24/11/1986 - 19291

⁶ R.G.09.06.1927 S 628 , 3 Tertip, Düstur,C8. s733

kurum ve kuruluşlarında görev yapmak suretiyle muvazzaf askerlik hizmetini yerine getirmiş sayılırlar(As.K. md.10).

Yurt dışında, fiilen üç yıl süreyle oturma ve çalışma iznine sahip olara işçi veya işveren sıfatıyla bulunan, askerlik hizmetini yapmamış yükümlüler, 38 yaş sonuna kadar bağlı buldukları Türk Konsoloslukları aracılığı ile Askerlik Şubelerine başvurmaları 5112 Euro veya bulunulan ülkenin parasına denk miktarı ödemeleri ve 21 gün süreli temel askerlik eğitimine tabi tutulmaları halinde muvazzaf askerlik hizmetini yapmış sayılırlar.

C. Yedeklik Dönemi

Yükümlülerin terhis edilmesiyle sona eren muvazzaflık döneminin bitiminden, askerlik çağının sonuna kadar geçen süreye yedeklik dönemi denir(As.K. md. 7).

Yedek erbaş ve erler olağanüstü haller ile sıkıyönetim, savaş, seferberlik, eğitim ve manevra için ihtiyaca göre çağrılabilirler(As.K. md.58/1). Ancak eğitim veya manevra için çağrılmış olanların eğitim ve manevra süresi kırkbeş günü geçemez. Olağanüstü hallerde bu süre Bakanlar Kurulu kararı ile lüzumu kadar uzatılabilir(As.K. md.58/2). Yedek erbaş ve erlerin eğitim ve manevra için celbi, muvazzaf erbaş ve erler gibi yapılır(As.K. md.59/2).

Yedek erbaş ve erlerden, eğitim ve manevra için çağrıldıkları halde özürsüz gelmediği anlaşılanlar Askeri Mahkemelere verilirler ve arkadaşları kadar hizmete tabi tutulurlar. Bu durumda olanlar askerlik borcunu ödemedikçe ve cezasını görmedikçe bir memuriyette kullanılamazlar(As.K. md.90).

Genelkurmay Başkanlığının isteği üzerine, seferberlik ve savaş hali tatbikatları ve eğitimlerinin yapılmasına Bakanlar Kurulunca karar verilir. Tatbikat ve eğitimlerin süresi en çok 45 gündür. Bu süre, Bakanlar Kurulu

kararıyla arttırılabilir veya azaltılabilir. Günümüzde söz konusu tatbikatlar 8-10 gün süreli olarak icra edilmektedir.

Tatbikat ve eğitimlerde, seferberlik ve savaş haliyle ilgili hazırlıkların uygulanması, sivil ve askeri makamların çağrı bildirimini eğitimlerinin geliştirilmesi, personelin muvazaflık döneminde edindiği eğitim düzeyinin sürdürülmesi için eğitimlerinin tazelenmesi ve yedeklerin yenilikler hakkında bilgi sahibi olmaları sağlanır.⁷

Personel Seferberlik tatbikatına katılan Yedek Personel, kıışlada veya tatbikat bölgesinde ordugâhta kalır ve tatbikat süresince kazandan iâşe edilir.

Ferdi Seferberlik Eğitime katılan yükümlüler; Birliğin muvazaf personelinin uyguladığı mesai saatlerine aynen uyar, muvazaf personelin istifade ettiği mesai araçlarından istifade eder, geceleri şehirlerde kalmak isteyenlere orduevi ve askeri misafirhanelerden yer verilir. İsteyenler birlikte kalır, birlik dışına gidiş gelişleri sivil elbise ile yapar, evi o garnizonda olanlar gece evlerinde kalabilir, Cumartesi günleri eğitimcileri ile birlikte eğitime devam eder ve Pazar günleri serbest kalırlar. Eğitime ihtiyaç duyulan ihtisaslarda yedek erbaş ve erlere FSE uygulanabilir, ancak yedek erbaş ve erler birlik ve kurumlarda iskân ve iâşe edilirler

Tatbikat veya eğitim birliklerince yükümlülere izin Yönetmeliği ve 1111 sayılı Askerlik Kanununda belirtilen önemli mazeretleri dışında izin verilmez mazeretine binaen yükümlülere verilen izinler eğitim süresinden sayılmaz⁸

Seferberlikte yedek erbaş ve erden olanlar çağrılmış oldukları halde gitmemiş olanları, bilerek resmi ve özel hizmete alanlar ve bu gibilerin

⁷ Tatbikatlar ve Ferdi Seferberlik Eğitimleri <http://sef.msb.mil.tr/HTM/GEN/TATB.html> 20.12.2006

⁸ Tatbikatlar ve Ferdi Seferberlik Eğitimleri <http://sef.msb.mil.tr/HTM/GEN/TATB.html> 20.12.2006

gizlenmelerine yardımcı dokunduğu anlaşılanlar askeri mahkemelere verilir (As.K. md.93).

Yasal mazeretleri olmadığı halde tatbikata katılmayan yükümlüler, tatbikat bakayası olarak takibe alınırlar. Bakaya kalan yükümlüler ele geçtiklerinde veya kendiliğinden müracaatları halinde tatbikat/eğitim birliklerine sevk edilir ve tatbikat bakayası suçuna ait dosyaları askeri mahkemelere gönderilir. Yükümlülere, bakaya durumuna düşmeleri halinde haklarında 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun 63 ve 64 ncü maddeleri uygulanır

Tatbikat / eğitim bakayası yükümlüler, tatbikat/ eğitim süresi kadar hizmet yapmadıkça ve cezasını çekmedikçe askerlikle ilişkileri kesilmez ve bu yükümlülükleri devam eder.⁹

⁹ Tatbikatlar ve Ferdi Seferberlik Eğitimleri <http://sef.msb.mil.tr/HTM/GEN/TATB.html>

İKİNCİ BÖLÜM

ASKERLİK HİZMETİ NEDENİYLE İŞTEN AYRILMANIN İŞ SÖZLEŞMESİ ÜZERİNDEKİ ETKİSİ

I. GENEL OLARAK

İşçinin muvazzaf askerlik dışındaki silahaltına alınmasının (askeri ödevle yükümlü kılınmasının) iş sözleşmesini nasıl etkileyeceği İş K.md. 31/l'de tartışmaya yer bırakmayacak tarzda düzenlenmiştir. Ancak muvazzaf askerlik ödevi nedeniyle silahaltına alınan işçinin iş sözleşmesinin durumunu belirten bir hükme ne İş Kanunu'nda ne de Borçlar Kanunu'nda yer verilmiştir.

1475 sayılı İş Kanununun yürürlüğü devam eden kıdem tazminatını düzenleyen 14. maddesinde, işçinin kıdem tazminatına hak kazanabilmesinin şartları arasında, "muvazzaf askerlik hizmeti dolayısıyla fesih"ten söz etmektedir; ancak bu ifade muvazzaf askerlik ödevinin iş sözleşmesini ne şekilde etkileyeceğini cevaplandırmaya yetecek nitelikte değildir¹⁰. Bu fıkrada, muvazzaf askerlik nedeni ile iş sözleşmesinin mutlaka feshedilmesi gerektiği anlaşılmamakta; muvazzaf askerlik nedeni ile fesih söz konusu olmuş ise kıdem tazminatına hak kazanacağı açıklığa kavuşturulmaktadır. Bu nedenle, öncelikle askerlik yükümlülüğünün kısa veya uzun dönem olması durumuna bakarak, iş sözleşmesine etkisini değerlendirmek gerekir.

¹⁰ Cahit Davran, "İş Kanununa ve Borçlar Kanununa Göre Muvazzaf Askerliğin Hizmet Akdine Etkisi", İstanbul Barosu Dergisi, C. 44, S. 1-2, İstanbul 1970, s. 692.

II. MUVAZZAF ASKERLİK NEDENİYLE İŞTEN AYRILMANIN İŞ SÖZLEŞMESİNE ETKİSİ

A. Fesih Etkisi

1. Doktrindeki Görüşler

İş Kanunu ve Borçlar Kanununda muvazzaf askerlik halinde iş sözleşmesinin durumu ve işçinin ücreti konusunda açık bir düzenlemenin olmaması doktrinde farklı görüşlerin ileri sürülmesine neden olmuştur.

Bir görüşe göre, muvazzaf askerlik ödevinin Türk hukukunda genel olarak düzenlenmediği kabul edilmelidir. Çünkü İş Kanunu bu konuda bir hüküm koymuş değildir. BK. md. 328'deki hüküm ise, daha çok kısa süreli askerliğe ilişkindir. Bu durum karşısında, muvazzaf askerliğe genel hükümleri uygulamak en doğrusudur. Genel hükümlere göre, işçinin muvazzaf askerliğine kusursuz imkânsızlık hükümleri uygulanamaz. Çünkü muvazzaf askerlik önceden görülemeyen ve borcun yerine getirilmesini kaçınılmaz kılan bir olgu değildir. Bu durumda, iş sözleşmesinin muvazzaf askerlik süresince askıda kalacağı; giderek bu sözleşmeden o süre için işi ifa ve ücret ödeme borçlarının doğmayacağı; sözleşmenin ise, ancak sürenin dolması ve usulüne uygun feshi ihbarla sona ereceği söylenebilir. Fakat bu durumda işçinin haklı nedenle iş sözleşmesini feshedebileceği de kabul edilmelidir¹¹.

Başka bir görüşe göre, "muvazzaf askerlik vazifesini ifa için askere çağrılan işçinin artık işyeri ile alakası kalmaz ve işçi yahut işveren sözleşmeyi derhal feshedebilir"; "Mecburi askerlikte akit derhal fesholunur"; "Muvazzaf

¹¹ Kenan Tunçomağ, İş Hukuku C. I, Genel Kavramlar-Hizmet Sözleşmesi, 2. B., İstanbul 1981, s. 192; Kenan Tunçomağ/Tankut Centel, İş Hukukunun Esasları, 4. B., İstanbul 2005, s. 110.

askerlik halinde akit mücbir sebep dolayısıyla madde 16/III'e (1475 sayılı İş K. md. 17/III'e) göre ... feshedilebilir"¹².

Başka bir görüş ortaya koyan İş Dairesinin 17.12.1958 tarih ve 191/4545 mütalaasına göre ise, "Mecburi askerlik hizmetini ifa etmek üzere işyerini terk eden işçilerin ayrıldıkları gün iş sözleşmesi münfesihi sayılır". Yine, akit derhal ve kendiliğinden veya fesih suretiyle sona erer.

Diğer bir görüşe göre ise, muvazzaf askerliğin kesin veya geçici bir imkânsızlık doğurmasına göre farklı sonuçlar ortaya çıkar. Eğer kesin bir imkânsızlık oluşturuyorsa, iş sözleşmesi kendiliğinden sona erer. Örneğin, bir yıl süresi kalan bir akitte iki yıllık muvazzaf askerlik sözleşmeyi kendiliğinden sona erdirir. Eğer geçici bir imkansızlık söz konusu ise, sözleşmenin feshi için haklı sebep teşkil eder. Sekiz yıllık bir süresi kalan veya süresiz bir akitte iki yıl süreli muvazzaf askerlik sözleşmenin feshi için haklı sebep teşkil eder¹³.

Bir başka görüş ise, konuyu, İş Kanununa tabi iş sözleşmesi ile Borçlar Kanununa tabi iş sözleşmesi ayırımı yaparak ele almaktadır. İş Kanununun kapsamına giren iş sözleşmesinde, işçinin askerlik için vazifeye çağırılması ile iş sözleşmesi kendiliğinden infisah eder, mukavelenin bu sebepten dolayı infisahında ne işçi ne de işveren bir tazminat talep edemez. Kanun, bu kuralı açıkça koymamış ise de hüküm çıkarma yoluyla (istidlalen) bu sonuca ulaşmak mümkündür ve gereklidir. Zira hem işvereni hem de işçiyi 18 ay gibi uzun bir süre akitle bağlı tutmak adil bir yöntem değildir. Kişilerin bu süre içerisinde düşünceleri, zevkleri değişir ve taraflar sözleşmenin kendiliğinden son bulmasını isterler. Fakat bu görüş sahibi, iş sözleşmesinin belirli süreli olması ihtimali için, değişik bir görüş ileri sürmekte, bu akitlerin muvazzaf askerliğin bitiminden önce veya sonra, kararlaştırılmış olan sürenin geçmesi

¹² Ferit Hakkı Saymen, Türk İş Hukuku, İstanbul 1954, s. 518, 560, 595.

¹³ Kemal Oğuzman, Türk Borçlar Kanunu ve İş Kanununa Göre Hizmet "İş" Akdinin Feshi, İstanbul 1955, s. 94, dn.214.

ile kendiliğinden son bulacağını belirtmekte, ancak işçiye silahaltında bulunduğu sürece ücret ödenmeyeceğini söylemektedir. Borçlar Kanununa tabi iş sözleşmesinin ise, işveren tarafından hemen feshedebileceği belirtilmekte; feshedilmediği takdirde, sözleşmenin geçerli olacağı, yalnız işçinin ücret isteyemeyeceğine işaret edilmektedir¹⁴.

Bir başka görüşe göre ise, iş sözleşmesi ile çalışmakta iken muvazzaf askerlik ödevinin yerine getirilmesi gerektiğinde, esas itibarıyla iş ilişkisi devam etmez, işçi veya işveren belirsiz süreli iş sözleşmesini feshederler. Kısa dönem askerlik için öngörülen ve kamu sektöründe çalışan işçiler için söz konusu izinli sayılma durumu dışında, sözleşmeler ile kısa veya uzun süreli muvazzaf askerlik esnasında işçinin izinli sayılacağı yahut sözleşmenin askıda kalacağı kabul edilebilir¹⁵.

Nihayet bir başka görüş ise, işçinin muvazzaf askerlik sebebiyle iş görme edimini ifa edememesini, borca aykırılık (ve bunun özel bir çeşidi olan kusurlu imkansızlık)¹⁶ şeklinde nitilemekte, bunun sonucu olarak da işverenin iş sözleşmesini haklı nedenle İş K.md.25/III veya BK.md.344/I uyarınca feshedemeyeceğini belirtmektedir. Çünkü, çalıştırmak istediği kişiyi, askerlik durumunu araştırmadan işe alan işverenin sonradan onun silahaltına alınmasını bir haklı sebep sayarak iş sözleşmesini feshetmesine cevaz verilemez. İşveren bu durumu haklı sebep sayarak iş sözleşmesini feshedemeyeceğine göre de, muvazzaf askerlik halinde iş sözleşmesi sona ermeyecek, işverenin ücret ödeme borcu ile işçinin iş görme borcu ayakta kalacaktır. Ne var ki, işçi iş görmediğinden, "ücret işin karşılığıdır" ilkesi gereğince ücretini isteyemeyecek, diğer taraftan, iş sözleşmesinin kurulması

¹⁴ Reşat Atabek, Hizmet Akdinin Feshi, İstanbul 1938, s. 85-86, 88-89.

¹⁵ Münir Ekonomi, İş Hukuku, C. I, Ferdi İş Hukuku, 3. B., İstanbul 1984, s. 243.

¹⁶ Bu görüş sahibine göre, muvazzaf askerliğin kusursuz imkansızlığa sebep olduğu söylenemez. Çünkü muvazzaf askerliği ne fevkalade hal ne de mücbir sebep gibi kusursuzluk kategorilerinden birine sokmak imkanı vardır. Bkz. Davran, s. 698-699.

sırasındaki kusuru dolayısıyla, işverenin işçiden tazminat istemesi de söz konusu olmayacaktır. Böylece, muvazzaf askerliğin iş sözleşmesine etkisi, askerlik devam ettiği sürece, bir askı durumu yaratmak olacaktır. Dolayısıyla da, muvazzaf askerlik iş sözleşmesini sona erdirmediği gibi, sözleşmenin derhal feshine imkan veren bir fesih sebebi de değildir¹⁷.

2. Görüşlerin Değerlendirilmesi

Bu görüşlerden bazılarında muvazzaf askerlik ödevi nedeni ile işten ayrılma sonucu için görülmemesi kusursuz imkansızlık¹⁸ nedeniyle işin ifasının mümkün olmaması olarak görülmekte; ancak, kusursuz imkansızlığa bağlanan hukuki sonucun ne olduğu konusunda görüş ayrılığına düşülmektedir. Bu durumda (yani kusursuz imkansızlık halinde) iş sözleşmesinin kendiliğinden sona ereceğini ileri sürenler olduğu gibi, bunun işverene sözleşmeyi derhal feshetme yetkisini veren bir haklı neden olduğunu da söyleyenler vardır.

Bu konuda görüş belirtmeden önce, “askerlik ve kanundan doğan çalışma”yı düzenleyen maddenin hangi gerekçe ile konulduğunu belirtmek gerekir. 3008 sayılı ilk İş Kanununun 24. maddesinin TBMM’nde görüşülmesi sırasında, “Mecburi askerlik hizmetinden başka manevra veya herhangi bir sebeple silah altına alınan işçinin, işverenle münakit iş mukavelesi, işinden ayrıldığı günden itibaren kırk beş gün sonra münfesihi sayılabilir” şeklindeki hükmünün tartışmalarında, “kabul edilen bir kanun gereği ihtiyat zabitlerinin iki ay süreyle hizmete gidecekleri; bu nedenle de kırk beş günlük sürenin ihtiyat zabitlerinin iş sözleşmesinin feshine neden olacağı; dolayısıyla da bu

¹⁷ Davran, s. 699, 702-703.

¹⁸ Bilindiği gibi, edimin (işçi açısından iş görme, işveren açısından ücret ödeme) yerine getirilmesi imkansızlaşmış ise, artık borçlunun borcunu aynen ifa etmesi mümkün olmaz. Ancak, imkansızlığın etkisi borçlunun kusurlu olup olmamasına göre değişir. Edim borçlunun kendi kusurlu davranışı yüzünden imkansızlaşmışsa, alacaklı, borcun ifa edilmemesi nedeniyle uğradığı zararın tazminini isteyebilir (BK.md.96). Buna karşılık, edimin imkansızlaşmasında borçlunun herhangi bir kusuru yoksa, artık borç sona erer (BK.md.117/I). Borçlu borcundan kurtulur. Borcu ifa yükümlülüğü kalmaz. Bkz. Mehmet Ayan, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Konya 1996, s. 298.

sürenin uzatılarak altmış gün yapılması gerektiğine işaret edilmiş” ve süre altmış güne çıkarılmıştır¹⁹.

Maddenin ilk kaleme alınış şekliinden, muvazzaf askerlik hizmeti veya ihtiyat askerlik ödevi nedeniyle işinden ayrılan işçinin iş sözleşmesinin altmış gün sonra münfesi sayılabileceği anlaşılmaktadır. Ancak daha sonra yapılan bir tadille, maddedeki ifade, “muvazzaf askerlik hizmeti dışında” biçiminde değiştirilmiş ve son fıkra olarak da “herhangi bir askeri ve kanuni mükellefiyet dolayısıyla işinden ayrılan işçilerden, bu mükellefiyetin sona ermesinden itibaren iki ay içinde müracaat edenler tercihan işe alınırlar” hükmü eklenmiştir. Tadil sonrasında, maddeden anlaşılan muvazzaf askerlik ödevi dışındaki ihtiyat askerlik halinde, iş sözleşmesinin altmış gün sonra münfesi sayılabileceğidir.

1475 sayılı eski İş Kanunu açısından ise durum 3008 sayılı Kanunun tadilden sonraki durumuna benzemektedir²⁰. İş K.md. 27/1'deki düzenleme ile, öncelikle muvazzaf askerlik ödevi fıkra kapsamı dışında bırakılmıştır. İş Kanununun “ücret”i düzenleyen üçüncü bölümünde 27. maddede “askerlik ve kanundan doğan çalışma” düzenlenmiştir. 4857 sayılı yeni İş Kanunu 31. maddede düzenlenen “askerlik ve kanundan doğan çalışma” bahsi, Kanunun “İş Sözleşmesi , Türleri ve Feshi”nin yer aldığı ikinci bölümde yer verilerek, 1475 sayılı kanundan farklı bir bölüme almıştır.

3. Sözleşmenin Feshinde Şekil

İş sözleşmesinin, muvazzaf askerlik nedeni ile feshedilmesi halinde, şüphesiz ki fesih iradesinin İş K.md.8 çerçevesinde yani yazılı olarak ve imza

¹⁹ T.B.MD.MD. Zabıt Ceridesi, C. 12, Devre 5, İçtima 1, Yetmişüçüncü inikat, 3.6.1936, s. 37-38, 60.

²⁰ 1475 sayılı İş Kanununun 27. maddesine tekabül eden 3008 sayılı İş Kanununun 24. maddesinde iki noktada fark söz konusu idi. İlki, akdin iki ay sonra “feshedilmiş sayılabileceği” yönündeki düzenleme; diğeri ise, bir yıldan fazla çalışma süresine sahip olunması halinde “her bir ay fazla çalışmaya karşılık iki gün ekleneceği” yönündeki hükümdür. Her iki Kanunda da sürenin tamamının doksan günü aşamayacağı belirtilmektedir. 3008 sayılı İş Kanununda bir yıla ilave 15 ay daha çalışma süresi olduğunda doksan günlük süreye ulaşılırken; 1475 sayılı İş Kanununda yer alan hükme göre, bir yıla ilave 15 yıl çalışma süresi olması halinde işçi doksan günlük süreden yararlanabilmektedir.

karşılığında karşı tarafa bildirilmesi zorunluluğu yoktur ve işin özelliği yönünden esas olan da, muvazzaf askerlik görevini yapmak üzere işçinin işinden ayrılmış olması durumunda iş sözleşmesinin bozulmuş olmasıdır.

Tarafların fesih yoluna başvurmamaları durumunda, muvazzaf askerlik halinin devamı süresince, iş sözleşmesi askıda kalmış sayılır. İş sözleşmesinin feshedildiği durumlarda, işçinin askerlik ödevinin bitiminden sonra tekrar işyerinde çalışmaya başlaması durumunda yeni bir iş sözleşmesi kurulmuş olur²¹.

4. Sözleşmenin Feshi Halinde Kıdem Tazminatı

Muvazzaf askerlik hizmeti dolayısıyla iş sözleşmesinin gerek işçi gerekse işveren tarafından feshedilmesi halinde, diğer şartlarda gerçekleşmişse, işçi kıdem tazminatına hak kazanır. Önemli olan muvazzaf askerlik ödevinin yerine getirilmesi amacıyla fesih olduğuna göre, ister kısa dönem askerlik²² isterse bedelli askerlik olsun işçinin kıdem tazminatına hak kazanması gerekir. Kanun, sadece muvazzaf askerlikten söz ettiğine göre, ihtiyat askerlik sebebiyle sözleşmenin feshi halinde kıdem tazminatı ödenmesi talep edilemez²³.

Zira eski İş K.md.14/l, "iş sözleşmelerinin ... muvazzaf askerlik hizmeti dolayısıyla ... feshedilmesi"nden bahsetmektedir. Fıkroda sözleşmenin feshedilmesinden söz edildiğine göre, öncelikle bu bir infisah durumu değil, bir fesih sebebidir. Maddenin kaleme alınış şekli burada fesih hakkının kime verildiğini açıkça ortaya koymamaktadır ancak bunu tarafların yani işçinin ve işverenin ileri sürebileceği²⁴, diğer şartlar da gerçekleşmişse (örneğin işçi bir

²¹ Mustafa Çenberci, İş Kanunu Şerhi, 6. B., Ankara 1986, s. 404.

²² Yarg. HGK.3.12.1978 E.977/9-489 K.978/1074 (Karar metni için bkz. Ünal Narmanlıoğlu, İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri-1, 2. B., Ankara 1994)

²³ Tunçomağ/Centel, s. 218; Narmanlıoğlu, s. 390-391, dn. 486

²⁴ Nuri Çelik, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 19. B., İstanbul 2006, s. 280; Gülsevi Alpagut, Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi, İstanbul 1998, s. 192-193

hizmet yılını da doldurmuşsa), kıdem tazminatı hakkını kazanacağı söylenebilir.

Görüldüğü üzere, muvazzaf askerlik durumunda sözleşme kendiliğinden sona ermemekte ancak sözleşmenin feshinden dolayı kıdem tazminatı alabilmek için haklı bir neden ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla, bu durumda iş sözleşmesinin işçi tarafından md.17'ye göre feshedildiği ya da işverenin iş sözleşmesini feshetmesinin haklı bir nedene dayandığı gerekçeleriyle, kıdem tazminatı vermenin gerekmediği ileri sürülemez²⁵.

Buna rağmen tarafların sözleşmeyi devam ettirme yönündeki iradeleri söz konusu ise bunun gereği olarak sözleşmenin askıda kalmasından söz edilir²⁶. Başka bir anlatımla, işçinin “muvazzaf askerlik” ödevini yapmak üzere silahaltına alınmasına rağmen, örneğin, işverenin çok hoşnut olduğu işçisini elinden kaçırmamak istemesi gibi durumlarda iş sözleşmesinin bozulmaması mümkündür. Sözleşme feshedilmemişse kıdem tazminatı da gerekmez. Feshedilmiş ve kıdem tazminatını da almışsa, aynı işyerinde tekrar çalışmaya başlaması halinde ortada yeni bir sözleşme vardır ve bu sözleşmenin feshi halinde kıdem açısından sadece yeni sözleşmenin süresi esas alınır²⁷.

Belirtmek gerekir ki, muvazzaf askerlik sözleşmenin feshinde işçi için bir haklı neden oluşturmaz. İşçi bu nedenle sözleşmeyi feshedecekse fesih bildirimini yoluna başvurmak zorundadır. Burada önemli olan, işçinin sözleşmeyi bu amaçla bozmuş olmasıdır²⁸. İşçi sözleşmeyi bu yolla eğer askerlik çağrısını izleyen bir dönemde feshetmişse, kanunun aradığı amaç

²⁵ Çenberci, s. 404.

²⁶ Hamdi Mollamahmutoğlu, İş Hukuku 2.B. Ankara 2005

²⁷ “Muvazzaf askerlik nedeniyle sözleşmeyi feshedip kıdem tazminatını alan işçinin askerlik dönüşü aynı işyerinde tekrar çalışmaya başlaması yeni bir iş sözleşmesidir. İkinci defa fesih halinde kıdem tazminatının hesabında sadece bu sürenin kabulü gerekir.” (Yarg. HGK. E.976/763 K.976/1284 T.28.04.1976 / İBBB, Yarg. Kar. Cd’si).

²⁸ Narmanlıoğlu, s. 390; Çelik, s. 281.

gerçekleşmiş kabul edilir. Bunun dışındaki durumlarda ise sözleşmenin bu amaçla feshedilip feshedilmediği her olayda ayrıca araştırılmalıdır. Şu halde, muvazzaf askerlik nedeniyle işten ayrılan işçinin işi bıraktığı tarihle, askere alınması arasında makul bir süre olmalı ve işçi askere gitmek için işinden ayrılmış bulunmalıdır²⁹. Nedensellik bağının bulunmadığı veya makul kabul edilebilecek sürenin aşıldığı hallerde ise, örneğin 14 ay gibi uzun bir süre geçmişse, işçinin sözleşmeyi muvazzaf askerlik nedeniyle feshettiği kabul edilmemelidir.

Yargıtay uygulaması da bu yöndedir³⁰. Makul sürenin tespitinde, çevrenin örf ve âdetleri de dikkate alınmalıdır. Ancak muvazzaf askerlik hizmeti nedeniyle iş sözleşmesini feshedip işinden ayrılan işçinin bazı zorunluluklar yüzünden askere geç gitmesi, kıdem tazminatının ödenmesine engel olmaz³¹.

İşçilerin muvazzaf askerlik nedeniyle silahaltına alınmaları halinde, askere giderken kıdem tazminatını aldığına da almadığına da uygulamada rastlanmaktadır. Kıdem tazminatı almadan gitmeleri halinde, sözleşme de feshedilmişse, döndükleri zaman, İş K.md.31/son gereği işe başladıklarında, askere gitmeden önceki kıdem süreleri dikkate alınır. Çünkü eski İş K.md.14/III'e göre, işçilerin kıdemleri iş sözleşmesinin devam etmiş veya fasılalarla yeniden akdedilmiş olmasına bakılmaksızın aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde çalıştıkları süreler göz önüne alınarak hesaplanır. Ancak

²⁹“Davacı 3.2.1956 tarihinde .. işyerinde çalışmaya başlamış 28.2.1958 tarihinde işten ayrılmıştır. Bu ayrılışı müteakip 26.5.1958 tarihinde muvazzaf askerlik hizmetine başlamıştır. Bu durumda ayrılışın askerlik amacıyla olduğunun kabulü ve bu sürenin kıdem tazminatı hesabında dikkate alınması gerekir.” (Yarg. 9. HD. E.993/10594 K.994/3038 T.01.03.1994 / İBBB, Yarg. Kar. Cd’si).

³⁰ “İşyerinden ayrıldıktan 14 ay sonra askere giden işçinin “sözleşmesinin askerlik nedeniyle” bozulduğu iddiası kabul edilemez. İstifa ile ayrılan işçiye kıdem tazminatı verilemez.” (Yarg. 9. HD. E.986/71 K.986/1686 T.17.02.1986 / Tekstil İşveren Dergisi, S. 103, Ekim 1986, s. 17).

³¹ “Askerlik nedeniyle işyerinden ayrılan işçinin ayrılış tarihi ile sevk tarihi arasında sebep bağlantısını kesmeyecek muhik bir sebebin araya girmesi, kıdem tazminatının hesabında askerlik öncesi sürenin daha sonraki hizmet süresiyle birleştirilmesini engellemez. Çevre ve örf ve adet özellikleri dikkate alınmalıdır. (Yarg. 9. HD. E.984/9719 K.984/11051 T.12.12.1984 / İBBB, Yarg. Kar. Cd’si)

bu durumda işçinin muvazzaf askerlikte geçen süreleri kıdem tazminatı hesabında dikkate alınmaz. Yargıtay'ın kararları genellikle bu doğrultudadır³².

Şayet işçi askere gitmeden önce kıdem tazminatını almamış ve askerden geldikten sonra aynı işyerinde çalışmaya devam etmemiş ise, işçiye askerlikten önceki dönem için verilecek kıdem tazminatı çalıştığı dönemdeki ücreti üzerinden hesaplanarak ödenir³³.

B. Askı Etkisi

1. İş Kanunu açısından

İş K. md. 31/1'e göre "muvazzaf askerlik ödevi dışında manevra veya her hangi bir sebeple silahaltına alınan veyahut her hangi bir kanundan doğan çalışma ödevi yüzünden işinden ayrılan işçinin iş sözleşmesi işinden ayrıldığı günden başlayarak iki ay sonra feshedilmiş sayılır.

İşçinin bu haktan faydalanabilmesi için o işte en az bir yıl çalışmış olması şarttır. Bir yıldan çok çalışmaya karşılık her fazla yıl için, ayrıca iki gün eklenir. Şu kadar ki bu sürenin tamamı doksan günü geçemez.

İş sözleşmesinin feshedilmiş sayılabilmesi için beklenilmesi gereken süre içinde işçinin ücreti işlemez. Ancak özel kanunların bu husustaki

³² "Davacının askerlik nedeniyle bir süre işe ara verdiği anlaşılmaktadır. Böyle olunca, askerlikte geçen süre nazara alınmadan kıdem tazminatı hesaplanmalıdır." (Yarg. 9. HD. T. 30.05.2000, E. 2000/3989, K. 2000/7508 /Çimento İşveren, C. 14, S. 4, Temmuz 2000, s. 40); "Askerlikte geçen sürelerin kıdem tazminatı hesabında dikkate alınması iş kanununun emredici kurallarına aykırıdır." (Yarg. 9. HD. E.992/13618 K.993/3402 T.02.03.1993); "Askerlik süresinin kıdem tazminatı hesabına dahil edilmesi mümkün değildir." (Yarg. 9. HD. E.991/1786 K.991/9198 T.03.06.1991); "Muvazzaf askerlikte geçen sürenin, işçinin kıdem tazminatı hesabında dikkate alınması bozmayı gerektirmiştir." (Yarg. 9. HD. E.995/4206 K.995/14302 T.02.05.1995 / İBBB, Yarg. Kar. Cd'si).

³³ "Askerlikten önce geçen süre için evvelce kıdem tazminatı almamış ise diğer şartlar da varsa kıdem tazminatı alabilir." (Yarg. 9. HD. E.978/381 K.978/622 T.19.01.1978); Y.9.HD., 16.1.1996, E. 1995/24750, K. 1996/122 (İş ve Hukuk Dergisi, Yıl 31, S. 254, Ağustos-Eylül 1996, s. 27-28).

hükümleri saklıdır. Bu süre içinde iş sözleşmesinin kanundan doğan başka bir sebebe dayanılarak işveren veya işçi tarafından feshedildiği öteki tarafa bildirilmiş olsa bile, fesih için kanunun gösterdiği önel bu sürenin bitiminden sonra işlemeye başlar. Ancak iş sözleşmesi esasen belirli bir süreyi içine alıyor da bu süre yukarda yazılı önel içinde kendiliğinden bitiyorsa bu madde hükümleri uygulanmaz”.

Görüldüğü üzere söz konusu maddede muvazzaf askerlik dışındaki silahaltına alınma durumlarında iş sözleşmesinin durumu düzenlenmiştir. Bu nedenle öncelikle, askerlik ödevi nedeniyle işinden ayrılan işçi için şu ayırım yapılmalıdır: İşçi muvazzaf askerlik ödevi nedeniyle mi yoksa muvazzaf askerlik ödevi dışında kalan herhangi bir sebeple (örneğin manevra, talim gibi nedenlerle) mi silahaltına alınmaktadır.

Eğer silahaltına alınma, muvazzaf askerlik ödevi dışındaki bir nedenden kaynaklanıyorsa yani ihtiyat askerlik söz konusu ise, iş sözleşmesi, işçinin işinden ayrıldığı günden başlayarak iki ay süre ile askıda kalır. İki ay sonra da akit feshedilmiş sayılır.

Şayet silahaltına alınma muvazzaf askerlik ödevi nedeniyle olmuşsa, bu takdirde, işçinin iş sözleşmesinin durumunun ne olacağı açıkça maddede düzenlenmiş değildir. Ancak fıkranın kaleme alınış tarzından anlaşıldığı kadarıyla, kısa süreli olan ihtiyat askerlik halinde iki aylık askıda kalma süresi öngörüldüğüne göre, uzun süreli muvazzaf askerlik ödevi halinde sözleşmenin derhal sona ereceği yani askıda kalmayacağı hemen akla gelmektedir³⁴. Bu sonuca, fıkradaki ifadenin karşıt kavramından (meffumu

³⁴ Yargıtay’ın bazı kararları bu yöndedir. “Davacı işçi muvazzaf askerlik hizmeti nedeniyle işten ayrılmış ve böylece iş aktı sona ermiştir. İşçinin muvazzaf askerlik nedeniyle işten ayrılması teknik anlamda iş aktinin feshi niteliğindedir. Bu nedenle, muvazzaf askerlik hizmeti yapmak üzere işten ayrılan işçinin iş aktinin askıda olduğunun kabulü mümkün değildir. Ancak, tatbikat, manevra gibi geçici ve kısa süreli ayrılmalarda muvazzaf askerlik hizmeti olarak nitelendirilmediği için hizmet akdi askıda kalır” (Yarg. 9. HD. E. 994/18905 K. 995/13747 T. 18.04.1995 / İstanbul Barosu Bilgi Bankası, Yargıtay Kararları Cd’si (İBBB, Yarg. Kar. Cd’si)).

muhalifinden) hareket edilerek ulaşılabilir. Fıkradaki ifade ile, muvazzaf askerlik dışındaki silahaltına alınma halinde (kısa süreli askerlikte, ihtiyat askerlikte) sözleşmenin iki ay askıda kaldıktan sonra feshedilmiş sayıldığı kabul edildiğine göre, muvazzaf askerlik ödevi durumunda (muvazzaf askerlik kural olarak uzun sürelidir) iki aylık süreye gerek kalmadan, sözleşmenin genel hükümlere göre hemen sona ereceği düşünölmektedir. 31. maddedeki ifadeden, biraz zorlama ile muvazzaf askerlik halinde, iş sözleşmesi iki ay değil de askerlik süresi boyunca askıda kalacaktır, şeklinde bir çıkarım da mümkündür. Ancak bu çıkarım maddenin düzenleniş amacına ters düşer. Zira, son fıkradaki çalıştırma zorunluluğunu düzenleyen hüküm sadece iki aylık askı süresinden sonra feshedilmiş sayılan askerliklere hitap eder ki³⁵, kanun koyucunun bunu esas aldığını düşünmek oldukça zordur. Bu açıdan kısa süreli askerlikte işçiyi koruma amaçlı iki aylık askı süresi öngörölmüşse, uzun süreli askerlikte askı süresinin hiç söz konusu olmayacağı düşünölmür. Ancak buna rağmen taraflar sözleşmenin askıda kalmasını kararlaştırabilirler. Şayet, taraflar sözleşmenin askıda kalmasını istemezler ise iş sözleşmesini muvazzaf askerlik nedeniyle sona erdirebilirler.

Göröldüğü üzere, söz konusu maddede, işçinin işten kısa süreli askerlik nedeniyle zorunlu olarak ayrılması durumunda iki aylık askı süresinin kabul edilmesi, “işçinin korunması” ilkesi gereğidir. Zorunlu olarak ihtiyat askerlik yapmakla yükümlü kılınmış yani kısa süre silahaltına alınmış işçi, bu süre sonunda (ödev bittikten sonra), askere giderken ayrıldığı işinde işe devam edebilsin, tekrar iş sözleşmesi yapmak zorunda kalmasın düşüncesiyle sözleşme iki ay ve nihayet doksan gün süre ile askıya alınmakta, bu süre sonunda eğer ödev tamamlanmamışsa sözleşme işveren tarafından feshedilmiş sayılmaktadır.

³⁵Sabahattin Yürekli, İşverenin Askerden Dönen İşçiyi İşe Alma Yükümlölüğü, Prof.Dr. MD.Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 1320.

İki aylık askı süresinin kabulü genelde işçiyi koruma ilkesine dayanmakta, bu sürenin uzaması halinde, işçinin korunması sözleşmenin askıda kabul edilmesi ile değil işverene yeniden iş sözleşmesi yapma zorunluluğu yüklenerek sağlanmaktadır. Böylece, iki aylık askı süresinin uzamamasıyla işverenin zor durumda kalması da önlenmiş olmaktadır. İşveren bu sayede, işten askerlik ödevi nedeniyle ayrılan işçinin göreceği işi, başka bir işçiye onunla iş sözleşmesi yaparak gördürebilecektir. Eğer önceki işçinin iki ay sonunda sözleşmesi feshedilmemiş dolayısıyla sözleşme askıda kalmış olsa idi, ödevin sona ermesini müteakip ödevden dönen işçi de iş görmek isteyecek, kendisine iş verilmediği takdirde de BK.md.325 gereği işverenin temerrüdüne ilişkin hükümler uygulama imkanı bulacaktı.

2. Borçlar Kanunu açısından

Bilindiği üzere, İş Kanununda açık bir düzenlemenin olmadığı durumlarda Borçlar Kanununa başvurulur. Uygulamada ve doktrinde tartışmasız olarak kabul edildiğine göre İş Kanununun kapsamı dışında kalan hizmet ilişkilerine genel hükümler taşıyan Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır. Bunun yanı sıra İş Kanununun uygulama alanına giren fakat bu Kanunda özel bir düzenleme bulunmayan hallerde de söz konusu boşlukların Borçlar Kanunu hükümleriyle doldurulacağı kabul edilmektedir. Böyle olunca İş Kanununda açıkça düzenlenmeyen bu hususu yani muvazzaf askerlik hizmeti nedeniyle işten ayrılan işçilerin iş sözleşmesinin durumunu, Borçlar Kanundaki hükümlerle doldurmanın mümkün olup olmadığını ele almak gerekir.

Borçlar Kanunu 344. maddenin birinci fıkrasında, haklı nedenle fesih kurumu düzenlenmiş³⁶, ikinci fıkrasında da, askerliğe ilişkin olarak, “Fakat işçinin kendi kusuru olmaksızın duçar olduğu nispeten kısa bir hastalığı yahut

³⁶ BK.md.344/I’e göre, “Muhik sebeplerden dolayı gerek işçi gerek iş sahibi, bir ihbara lüzum olmaksızın her vakit akdi feshedebilir. Ezcümle ahlaka müteallik sebeplerden dolayı yahut hüsnü niyet kaideleri noktasından iki taraftan birini artık akdi icra etmemekte haklı gösteren her hal, muhik bir sebep teşkil eder. Bu gibi hallerin mevcudiyetini hakim takdir eder”.

kısa müddetli bir askeri mükellefiyeti ifa etmesi, muhik sebep olarak kabul edilemez.” hükmü getirilmiştir. Fıkıradaki, “kısa müddetli bir askeri mükellefiyet”ten söz edildiğine göre kural olarak uzun bir süreyi kapsayan muvazzaf askerlik hizmeti bu kapsamda ele alınmamalı; ancak kısa süren muvazzaf askerlik hizmeti söz konusu ise, bu takdirde iş sözleşmesi haklı nedenle feshedilebilmelidir³⁷. Ancak burada tartışılacak olan husus ne kadarlık zaman diliminin “kısa” olarak kabul edileceğidir. Burada İş Kanunu 31. maddedeki iş sözleşmesinin askıda kalacağı süre olarak kabul edilen iki aylık ve nihayet doksan günlük süre esas alınmalıdır. Buna göre de, iki aylık veya daha kısa bir süre için askerlik yapılması kısa süre; iki aydan (nihayet doksan günden) uzun bir süre için askerlik yapılması ise uzun süre olarak kabul edilmelidir.

BK.md.344'deki hüküm, kural olarak, muvazzaf askerlik ödevi dışında manevra, talim, staj veya herhangi bir nedenle kısa süreli silahlı hizmete alınmalarla ilgilidir. Bu nedenle de kısa süreli askerlik durumları, sözleşmenin feshinde haklı bir neden olarak görülmez. BK.md.344/II'deki hüküm, *argumentum a contrario* (karşı kavramdan anlam çıkarma) yoluyla ele alınırsa, muvazzaf askerlik gibi kural olarak uzun süreli askerlik ödevinin söz konusu olduğu zamanlarda, bu, iş sözleşmesinin derhal sona erdirilmesi yetkisini veren bir haklı neden olarak değerlendirilebilir. Dolayısıyla uzun süreli muvazzaf askerlik halinde taraflardan biri isterse sözleşmeyi derhal feshedebilir. Taraflar eğer sözleşmeyi feshetmezlerse sözleşme geçerli olur fakat askıya alınmış kabul edilir³⁸. Ancak kanundaki “kısa müddetli bir askeri mükellefiyeti ifa etmesi” ifadesi karşısında, söz konusu askerlik yükümlülüğü muvazzaf askerlik bile olsa, eğer kısa süreli ise, iş sözleşmesi haklı nedenle sona erdirilemez.

³⁷ Dilek Baybora, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Askerlik Yükümlülüğü ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar, Çimento İşveren, C. 12, S. 4, Temmuz 1998, s. 7.

³⁸ Davran, s. 695, dn.6; Baybora, s. 7.

İş Kanununda ihtiyat askerlik nedeniyle silahaltına alınmalarla ilgili olarak getirilen hüküm İş Kanunu kapsamına giren sözleşmelere uygulama olanağı bulur. Borçlar Kanununa tabi olan sözleşmelere ise BK.md.344/II uygulanır. BK.md. 344/II ile İş K.md.31 arasında genel ve özel hüküm ilişkisi vardır ve muvazzaf askerliğin iş sözleşmesine etkisi bakımından her iki kanunda da açık bir düzenleme bulunmamaktadır.

Şu halde, muvazzaf askerlik ödevi nedeniyle işten ayrılma halinde iş sözleşmesinin genel hükümlere göre sona ereceği kabul edilmeli ve kanaatimce burada şu ayırım yapılmalıdır. Muvazzaf askerlik süresi, maddede öngörülen iki aylık (ve nihayet 90 günlük) süreden uzun ise iş sözleşmesinin hemen sona erdiği kabul edilmeli; bu sürelerden daha kısa ise bu fıkra kapsamında değerlendirilerek sözleşme askıda kabul edilmelidir.

3. Basın İş Kanunu açısından

İş Kanununda ve Borçlar Kanununda muvazzaf askerlik halinde iş sözleşmesinin durumunun ne olacağı açıkça düzenlenmiş değildir. Oysa Basın İş Kanununun³⁹ 4.1.1961 tarihinde değiştirilerek kabul edilen “askerlikte ve gebelikte ücreti düzenleyen” 16. maddesinde, 4857 sayılı İş Kanununda açıkça düzenlenmemiş olan muvazzaf askerlik durumunda işçinin iş sözleşmesinin durumu ve ücreti hususu ayrıntılı olarak ele alınmış ve işçiyi koruyucu tarzda bir hükme bağlanmıştır. Buna göre, “Talim veya manevra dolayısıyla, silahaltına alınan gazeteci bu müddet zarfında ücret hakkını muhafaza eder. Ancak, yedek subay olarak veya sair suretlerle askeri hizmet karşılığı aylık alan gazetecinin almakta bulunduğu bu aylık kendi işinden aldığı ücretten az ise, işveren, gazeteciye yalnız aradaki farkı ödemekle mükelleftir... Kısmi veya umumi seferberlik dolayısıyla silahaltına alınan gazeteci hakkında üç ay için bu maddenin birinci fıkrası hükümleri uygulanır... İlk muvazzaf askerlik hizmeti için silahaltına alınan gazeteciye

³⁹ 5953 Sayılı kısaca Basın-İş Kanunu olarak isimlendirilen “Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun” için bkz. R.G. 20.6.1952, No: 8140.

normal askerlik müddetince son aldığı ücret yarı nispetinde ödenir". Gazetecilerin iş sözleşmesinin durumuna da aynı maddede değinilmiştir. Söz konusu düzenleme ile, sözleşmenin belirli süreli olup olmadığına bakılmaksızın, gazetecinin genel olarak ihtiyat askerlik halinde silah altında bulunduğu sürece iş sözleşmesinin, işveren tarafından feshedilemeyeceği; şayet gazeteci seferberlik veya muvazzaf askerlik dolayısıyla silahaltına alınmışsa, bu takdirde de, durumu bunlardan hangisine giriyorsa, iş sözleşmesinin ancak o fıkrada gösterilmiş bulunan süre geçtikten sonra feshedilebileceği belirtilmiştir. Şayet akit belirli süreli ise ve bu süre gazetecinin silahaltında bulunduğu sırada kendiliğinden bitiyorsa işveren mukavelenin bu suretle sona ermesinden itibaren gazeteciye ücret ödemekle yükümlü tutulamaz. Görüldüğü üzere, Basın-İş Kanununda muvazzaf askerlik dahil olmak üzere, çeşitli silahaltına alınma hallerinin gazetecilerin iş sözleşmesine ne şekilde etki edeceği ve ücretlerinin ne olacağı hususu ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

4. Deniz İş Kanunu Açısından

Muvazzaf askerliğin iş sözleşmesini nasıl etkileyeceği hususunda Deniz İş Kanununda açıkça herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Sadece Dz.İş.K.m 20'de kıdem tazminatına hak kazanılan haller içerisinde, iş sözleşmesinin muvazzaf askerlik nedeniyle feshedilmesi şeklinde bir hükme yer verilerek düzenleme yoluna gidilmiştir. Hükümde sözleşmenin işçi ya da işveren tarafından feshedileceğine dair bir açıklık olmadığından, sözleşmenin hem işçi hem de işveren tarafından muvazzaf askerlik nedeniyle feshi yoluna gidebilecekleri söylenebilir.⁴⁰

5. Kısa Dönem Askerliğin etkisi

Türk Hukukunda muvazzaf askerlik halinde işçi ve memurların çalışmalarının ne şekilde etkileneceğine yönelik olarak 25.7.1974 tarih ve

⁴⁰ Sabahattin Yürekli; İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Askerlik (Yayımlanmamış yüksek lisans tezi), İstanbul 1993

2833 sayılı “Yedek Subay Adaylarının Kısa Süreli Askerlik Hizmetine Tabi Tutulmasına İlişkin Kanun”un 5. maddesi ile getirilen düzenleme sonucu, Devlet, Belediye ve Özel İdare ve Kamu İktisadi Teşebbüslerinde çalışan işçi (memur ve hatta sözleşmeli yahut yevmiyeli personelin) yedek subay olarak kısa süreli askerliğe alınmaları halinde, “temel askerlik eğitimi süresince (yani dört ay) ücretsiz (maaşsız yahut yevmiyesiz) izinli sayılacaklarını belirtilmiştir⁴¹. Görüldüğü üzere, Kanunla, kısa süreli yedek subaylığın iş sözleşmesi (hatta memuriyet) üzerindeki etkisini düzenlemiştir. Yargıtay da buna uygun tarzda kararlar vermiştir⁴². 1076 Sayılı Yedek Subaylar ve Yedek Askeri Memurlar Kanunu’nun⁴³ Geçici 6. Maddesi’ne⁴⁴ göre, “Silahlı Kuvvetlerin ihtiyacı olan meslek ve vasıfları haiz yükümlüler ... 31 Aralık 1980 (dahil) tarihine kadar yurt içi veya yurt dışı yükseköğrenim kurumlarından mezun olanlar er olarak askere sevk edilir ve dört aylık temel askerlik eğitimini müteakip terhis edilirler...Yükümlülerden, genel ve katma bütçeli idarelerle, belediye ve özel idarelerde veya kamu iktisadi teşebbüsleri, teşekkülleri ve müesseselerinde maaşlı veya sözleşmeli veya yevmiyeli veya ücretli olarak görevli bulunanlar ile bu görevlerde aday olarak bulunanlar, temel askerlik eğitimi süresince maaşsız veya ücretsiz veya yevmiyesiz izinli sayılırlar” hükmündedir.⁴⁵

⁴¹ Kenan Tunçomağ, İş Hukuku C. I, Genel Kavramlar-Hizmet Sözleşmesi, 2. B., İstanbul 1981, s. 321-322; 192-193.

⁴² Yargıtay’a göre de “Dört aylık kısa süreli askerlik yapanlara eğitim süresince ücretsiz izinli olma hakkı getirilmiştir... 2338 sayılı Yasanın geçici 6/5. maddesinde temel askerlik eğitimi süresince maaşsız ve ücretsiz izinli sayılacağı kuralı getirilmişse de bu kuralın çalışanın işini güvence altında tutmak amacına yönelik bulunduğu kuşkusuzdur.” (Yarg. 9. HD. E.983/3488 K.983/5183 T.09.06.1983 / İBBB, İstanbul Barosu Bilgi Bankası, Yarg. Kar. Cd’si).

⁴³ 16 Haziran 1927, (R.G. 9 Haziran 1927 S. 628), 3. t. Düstur, c. 8 - s. 733.

⁴⁴ (Ek : 2338 - 12.11.1980) (Değişik: 2440 - 24.03.1981).

⁴⁵ Murat ŞEN , İş Hukukunda Askerlik Yükümlülüğü Nedeniyle İşten Ayrılmanın Ortaya Çıkardığı Sorunlar Ve Askerliğini Bedelli Olarak Yapanların Hizmet Akitlerinin Durumu, <http://www.jura.uni-sb.de/turkish/MSen10.html>

III. YEDEK ASKERLİK NEDENİYLE İŞTEN AYRILMANIN İŞ SÖZLEŞMESİNE ETKİSİ

A. Sözleşmenin (İki Ay ve En Çok 90 Günlük) Askıda Kalma Süresi Sonunda Feshedilmiş Sayılması

Kanundan doğan kamusal ödevlerin veya diğer bazı görevlerin yerine getirilmesi işçilerin ediminde maddi ifa imkansızlığı meydana getirir. Bu durumda diğer şartların da gerçekleşmesi halinde iş sözleşmesi askıya alınmış olur. Bu nedenle kanundan doğan her türlü zorunlu ödev, kural olarak iş sözleşmesini askıya alır, denilebilir. Örneğin, işçinin tanıklık ve bilirkişilik yapması, bazı askeri görevleri yerine getirmesi, iş mevzuatı ile belirlenen zorunlu kurul ve komisyonlara (işçi sağlığı ve iş güvenliği kurulu, işin durdurulması ve işyerinin kapatılması komisyonu gibi) katılması hep bu nitelikteki durumlardandır⁴⁶.

Bununla birlikte, her zorunlu kanuni ödev iş sözleşmesinin askıya alınması sonucunu doğurmaz. Çünkü sözleşmenin askıya alınabilmesinin bir şartı da “geçici” nitelik taşımasıdır. Eğer ifa engeli nispeten kısa bir dönemi kapsıyorsa geçicilik unsurunun gerçekleştiği kabul edilir. Bu nedenle zorunlu ödevler, maddi ifa imkansızlığı yaratmalarına karşın geçici nitelikte değilse iş sözleşmesini askıya almazlar. Örneğin uzun dönemi kapsayan muvazzaf askerlik ödevi “geçici” nitelikte sayılamayacağından, iş sözleşmesinin askıya alınması sonucunu yaratmaz. Buna karşılık örneğin manevra amacıyla kısa bir dönem silahaltına alınan işçilerin iş sözleşmeleri askıya alınmış sayılır. Nitekim İş Kanunumuzun düzenlemesi de bu yöndedir. Uzun dönem muvazzaf askerlik hizmetine giden işçiler ise iş sözleşmelerini feshederek işten ayrılır ve bu dönemde iş sözleşmeleri askıda kalmaz⁴⁷. Ancak muvazzaf askerlik hizmeti olmasına rağmen kanunla sürenin kısa tutulması halinde,

⁴⁶ Sarper Süzek, İş Akdinin Askıya Alınmasının Genel Teorisi, Ankara 1989, s. 55.

⁴⁷ Süzek, s. 55-56.

ödev geçicilik niteliği taşıdığı için, sözleşmenin feshi değil, kanunun öngördüğü süre kadar askıda kalması gerekir.

Teorik açıdan uzun dönem olduğu gerekçesiyle muvazzaf askerlik döneminde iş sözleşmesinin askıya alınmış olmayacağı kabul edilmesi sonucuna ulaşmamıza karşın, Avrupa Birliği ülkeleri hukukunda kanunla getirilen hükümlerle işçileri korumak amacıyla bu dönemde iş sözleşmeleri askıya alınmış sayılmaktadır⁴⁸. Örneğin, Alman hukukunda 30.3.1957 tarihli, askerlik ödevi süresince işin korunmasına ilişkin yasanın 2. paragrafının 1. fıkrasına göre, işverenler, askerlik süresince işçilerin askıya alınmış iş sözleşmelerini süreli fesih bildirim yoluyla sona erdiremezler⁴⁹. Başka bir deyişle, işveren askerlik ödevini yapan işçilere karşı işçinin feshe karşı korunması kanununun 1. paragrafının 2. fıkrası anlamında “acil işletme gerekleri”ni bir fesih nedeni olarak ileri süremez⁵⁰. Askerlik ödevini yapan işçilere karşı yapılan fesih bildirimleri geçersizdir, diğer bir deyişle işçi ile işveren arasındaki askıya alınmış iş sözleşmesini çözmezler. Bununla beraber, bu kurala küçük işyerleri bakımından bir istisna getirilmiştir. En fazla beş işçi (çıraklar hariç) çalıştıran işyerlerinde, işverenlerden askere giden işçinin yerine geçici bir işçi çalıştırmaları dürüstlük kuralları gereği beklenemezse, iş sözleşmesini derhal fesih hakkı doğar⁵¹.

Kanaatimce, işçilerin iş güvencesinin sağlanması açısından gerçek çözüm, AB ülkelerinde olduğu gibi zorunlu kamusal ödevleri yerine getirmeleri nedeniyle ifa imkansızlığı içine düşen işçilerin iş sözleşmelerinin askıya alınmasının kanun ile sağlanmasıdır. Esasen, nispeten kısa süreli, geçici nitelikteki zorunlu ödevler teori gereği sözleşmeyi askıya almaktadır.

⁴⁸ Süzek, s. 56.

⁴⁹ Fevzi Demir, Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Çalışma Hakkının Korunması (İş Güvencesi), İstanbul 1986, s. 85-86.

⁵⁰ Alman Feshe Karşı Koruma Yasası hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Sarper Süzek, İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, Ankara 1976, s. 33-39.

⁵¹ Süzek, s. 57.

Muvazzaf askerlik gibi uzun süreli zorunlu ödevlerde de, ücret ödenmeksizin ve işçinin kıdemine sayılmaksızın sözleşmenin askıya alındığının kanunla kabulü çağdaş iş hukukundaki gelişmelere uygun düşecektir⁵².

İhtiyat askerlik nedeniyle iş sözleşmesinin askıda kalması için öncelikle, işçinin o işte en az bir yıl çalışmış olması, sonra da, ihtiyat askerlik ödevi nedeniyle işçinin iki ay ve en fazla doksan gün süreyle askere alınmış olması gerekir. Bu çerçevede, İş K. md. 31/I'de belirtilen askerlik hizmeti, zaman zaman tazelenmesi gereken askerlik bilgisiyle ilgili manevra ve talim gibi durumlara ilişkin olan ihtiyat askerliği kapsıyorsa da, çok istisnai hallerde çıkarılan ve bir veya iki aylık süreyi kapsayan bedelli askerlik olarak isimlendirilen muvazzaf askerliği de içine almalıdır. Bunun yanı sıra bir yıldan az kıdeme sahip işçiler için ise askıda kalma durumu söz konusu olmaz. O takdirde İş K.md.25/III uygulama alanı bulur ve işveren haklı nedenle sözleşmeyi sona erdirebilir⁵³.

İş K.md. 31'e göre, sözleşmenin askıda kalma süresi, "iki ay" ve en çok "90 gün"dür. Bu süre, işçinin kıdemi bir yılı aştığı durumlarda, iki aya, her fazla yıl için iki gün eklemek suretiyle bulunur; ancak böyle bulunacak süre, 90 günü de aşamaz (İş k.md.31/II). Kanundan doğan bir hak olan ve konuluş amacı bakımından da kamu düzenine ilişkin bulunan bu süre, kısaltılamaz ancak uzatılabilir. Zira bu hüküm nispi emredici bir hükümdür. Burada sözü edilen iki ay ile 90 günlük süre "iş ayı" ve "iş günü" değil, "takvim ayı" ve "takvim günü"dür⁵⁴.

Görüldüğü üzere, ihtiyat askerlik nedeniyle silahaltına alınma halinde işten ayrılan işçinin iş sözleşmesi, eğer o işyerinde en az bir yıl kıdeme sahipse, işinden ayrıldığı günden başlayarak iki ay ve nihayet 90 gün askıda kaldıktan sonra feshedilmiş sayılmaktadır. İşverenin, sözü edilen nedenlerle

⁵² . Süzek, s. 58.

⁵³ Atabek, s. 87; Oğuzman, s. 95.

⁵⁴ Çenberci, s. 759 ve dn. 5.

işinden ayrılan işçinin iş sözleşmesini hemen feshedemez; feshederse bu fesih geçersiz sayılır⁵⁵. Ancak belirtmek gerekir ki, taraflar söz konusu sürenin tamamlanmasına rağmen sözleşmenin devamını isteyebilirler.

Sözleşmenin devamı yönündeki iradeler, sarih olabileceği gibi zımni de olabilir⁵⁶. Kaldı ki, burada kanun koyucunun amacının mümkün mertebe işçinin askerlik dolayısıyla işinden çıkarılmasına engel olmak gerektiği, askerliğin çıkarmaya sebep olduğu hallerde de, bitmesini müteakip tekrar işe dönmesini sağlamak olduğu mevcut düzenlemeden anlaşılmaktadır.

1475 sayılı İş.K. m 27 de "...işçinin iş sözleşmesi ... feshedilmiş sayılır" ibaresi ile, sözleşmenin işveren tarafından feshedilmiş sayıldığı kabul edilmekte, "işverenin fesih iradesi"ni kullandığı düşünülmektedir. Daha farklı bir anlatımla, işveren, "iki aydan (en çok 90 günden) uzun süren askerlik" olayına dayanarak sözleşmeyi feshetmiş sayılmaktadır⁵⁷. Sözleşmenin sona ermesini tarafların farazi (varsayıli) fesih iradelerinin bir sonucu olarak görenler de vardır. Bu görüş, "feshedilmiş sayılır" ifadesinin karanlık ve bulanık bir nitelik taşıdığını belirtmektedir⁵⁸. Yeni kanun ile "işverence" ibaresi eklenerek düzenleme yapılmıştır.

Sözleşmeyi fesheden işverenin, bu feshi bildirimli olarak mı yoksa bildirimsiz olarak mı yapmış olduğunun da tespiti, akde bağlanacak hukuki sonuçlar açısından önem taşır. Bunun tespiti için öncelikle maddenin uygulama alanının belirlenmesi yani maddenin hangi tür sözleşmelere uygulanabileceğinin ortaya konulması gerekir. İş K. md. 31, sürekli iş

⁵⁵ Memduh Yelekcı/İlhami Yelekcı, Notlu İzahlı İçtihatlı İş Kanunu Şerhi, Ankara 1996, s. 358.; Çenberci, s. 758-759; Tunçomağ, C. I, s. 322.

⁵⁶Çenberci, s. 758.

⁵⁷ Tunçomağ, C. I, s. 153, 323.

⁵⁸ Çenberci, s. 758.

sözleşmesi olmak kaydıyla⁵⁹, hem belirli hem de belirsiz süreli iş sözleşmelerine uygulama olanağı bulan bir maddedir. Bu durumda ise burada kastedilen fesih, İş K.md.13'te belirtilen ve sadece belirsiz süreli iş sözleşmelerine uygulanabilen bildirimli fesih olamaz. O halde burada bildirimsiz (derhal) fesih söz konusudur. Bildirimsiz fesih için de haklı bir nedenin bulunması gerekir. Fıkarda belirtildiği üzere, işçi askerlik ödevi yüzünden işinden ayrılmak zorunda kalmakta, başka bir deyişle işini görmekte kusursuz imkansızlık durumu ortaya çıkmaktadır. Bu durumun haklı bir sebep olarak işverene fesih yetkisi vermesi özel şartlara tabi tutulmuş ve iş sözleşmesinin bir süre askıda kalacağı öngörülmüş, askıda kalma süresi sona erdiği halde, imkansızlık devam etmekte ise, sözleşmenin bu sebebe dayanılarak fesih edilmiş sayılacağı hükme bağlanmıştır⁶⁰.

B. Sözleşmenin Askıda Kalma Süresi İçerisinde Taraflarca Feshedilmesi

İş K.md.31/I'de düzenlenen, sözleşmenin feshedilmiş sayılma şartları gerçekleşmeden yani askıda kalma süresi içinde, gerek md. 17, gerekse md. 24. ve md. 25. maddeye dayanarak sözleşmeyi feshedebilirler. İşçi veya işveren, sözleşmenin sözü edilen maddelere göre feshedildiği karşı tarafa bildirilmiş olsalar bile, fesih için kanunun öngördüğü önel, askıda kalma süresinin bitiminden itibaren işlemeye başlar (İş K.md. 31/III). Başka bir deyişle, gerek İş K.md.17'e dayanarak yapılacak bildirimli fesih halindeki öneller ve gerekse İş K.md.24,25 ve 26'ya dayanılarak yapılacak bildirimsiz feshede ilişkin süreler işlemez⁶¹. Doktrindeki bir görüşe göre ise, kanundaki

⁵⁹ İş K.md.27, İş K.md.8'in belirttiği üzere ancak sürekli hizmet akitlerinde uygulama olanağı bulur. Süreksiz hizmet akitlerine ise Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır.

⁶⁰ Münir Ekonomi, Türk İş Hukukunda Kanundan Doğan Hizmet Akdi Yapma Zorunluluğu ve Hükümleri, Yayınlanmamış Doçentlik Tezi, İstanbul 1969, s. 204; Ekonomi, C. I, s. 221.

⁶¹ Çenberci, s. 759-760.

ifadenin aksine olarak, kanundan doğan haklı sebeple fesih hakkı her zaman kullanılabilirdir⁶².

Ancak iş sözleşmesi belirli süreli bir sözleşme ise, askıda kalma, sözleşme süresinin işlenmesine engel olmaz. Bu nedenle de sözleşme süresi, askı süresi içinde doluyorsa, sürenin sona erdiği tarihte sözleşmede sona erer⁶³. Bu durumda ise, belirli süreli iş sözleşmesi ile çalışan ve süresi, askerlik yükümlülüğünü yerine getirirken sona eren işçilerin, tekrar işe alınma zorunluluğu yoktur. Zira üçüncü fıkranın son cümlesi, 31. maddenin bu tür sözleşmelerde uygulanmayacağını belirtmektedir.

C. Askıda Kalma Süresi İçinde Ücret Ödenmemesi

İş K.md. 31/III'e göre, kural olarak, iş sözleşmesinden doğan borçların askıda kaldığı süre içinde, işçiye bir ücret ödenmez⁶⁴. Ancak özel kanunların veya toplu iş sözleşmelerinin bu husustaki hükümleri saklıdır. Bunun yanı sıra, İş Kanunu kapsamında olan bir iş sözleşmesi ile çalışan fakat bir yıllık kıdemi bulunmayan işçiler askı süresinden yararlanamayacağına göre, bunlar için işverenin İş K.md.25/III'ü uygulaması durumunda, bir haftalık süreyle sınırlı kalarak işçiye her gün için yarım ücret ödenmesi gerekir (İş K.md.40).

Borçlar Kanununun uygulanacağı bir iş sözleşmesi ile çalışan işçi için ise BK.md.328 hükmü uygulama alanı bulur. Söz konusu madde, "iş ifa edilemediği halde ücret" başlığını taşımakta ve "Uzun müddet için yapılan iş sözleşmesinde, işçi hastalıktan ve askerlikten veya bu gibi sebeplerden dolayı kusuru olmaksızın nispeten kısa bir müddet için işi ifa edemediği

⁶² Demir, s. 93-94; Oğuzman, s. 94, 203 dn. 157..

⁶³ Ekonomi, C. I, s. 222; Sümer, s. 49.

⁶⁴ "İşçinin manevra nedeniyle alındığı askerlikte geçen süre için işverenden ücret istemesi olanaklı değildir. (Yarg. 9. HD. E.966/11617 K.966/10895 T.17.01.1966 / İBBB, Yarg. Kar. Cd'si).

takdirde o müddet için ücret istemeğe hakkı vardır.” hükmüne yer vermektedir. Bu hükme göre, işçinin askerlik nedeniyle işini ifa edememesi halinde bu süre için ücret isteyebilmesi için, öncelikle, iş sözleşmesinin uzun süre için yapılmış olması, sonra da işçinin nispeten kısa bir süre için işini yapamaması gerekir. Ancak ne kadar sürenin uzun ne kadar sürenin kısa kabul edildiğine ilişkin Borçlar Kanunu’nda herhangi bir hüküm bulunmamaktadır⁶⁵. Kanaatimce, buradaki askerlik kavramı ile, İş Kanunu madde 31/l’deki yaklaşımla süresi iki aydan ve nihayet doksan günden kısa süren askerlik ödevlerinin anlaşılması yerinde olur. Örneğin, yakın zaman önce uygulama olanağı bulan muvazzaf askerlik yerine geçecek bedelli askerlik uygulamasında 32 günlük temel eğitim süresi öngörülmüştür. Bu da, iki ay ve nihayet doksan günlük kapsama girdiğine göre, İş Kanunu kapsamına girmeyen bir sözleşmeyle çalışan işçiye bu süreye ilişkin olarak ücreti ödenmelidir.

Görüldüğü üzere, BK.md.328’deki kısa süreli askerlik hizmetini yapmak için işini ifa edemeyen işçilere ücret ödenmesini öngören hüküm ile İş K.md.31’deki kısa süreli askerlik (özellikle ihtiyat askerlik) halinde ücret ödenmeyeceğini belirten hüküm arasında bir çelişki ortaya çıkmaktadır. Bu çelişkiyi telif amacıyla ileri sürülen bir görüşe göre, Borçlar Kanununun bütün iş sözleşmesi çeşitlerini içine alan bu genel hükmünün İş Kanununun 31. maddesi ile kaldırılmış bulunduğunu kabul ettirecek hukuki bir gerekçe olmadığına göre, İş Kanununun 31. maddesine göre en az bir seneden beri bir işyerinde çalışıp uzun bir süre için sözleşme yapmış bulunan işçinin kısa bir zaman askere alınmış olması sebebiyle çalışamadığı günlere ait ücreti istemeye hakkının bulunması gerekir. Ancak bu görüşe katılmak mümkün

⁶⁵ İhsan Erkul, İş kanunumuzda Askerlik Mükellefiyeti Dolayısıyla İşçilerin Himayesinin Kapsamı, **Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi**, C. III, S. 1, s. 184; Baybora, s. 6.

değildir. Her şeyden önce İş Kanununun kapsamında yer alan işlerde çalışan işçilere öncelikle özel kanun olan İş Kanunu hükmü uygulanır⁶⁶. Buna göre de, İş Kanunu kapsamında bir sözleşmeyle çalışan işçinin askerlik nedeniyle kısa süreli olarak işinden ayrılması durumunda ücreti işlemez ama Borçlar Kanunu kapsamındaki işlerde ücret talep edebilir.

D. Askıda Kalma Süresinin Yıllık Ücretli İzin Süresinin Hesabında Dikkate Alınması

İş K.md.55/c'ye göre, “İşçinin muvazzaf askerlik hizmeti dışında manevra veya herhangi bir kanundan dolayı ödevlendirilmesi sırasında işine gidemediği günler; (Bu sürenin yılda 90 günden fazlası sayılmaz.)” yıllık ücretli izin hakkının hesabında çalışılmış gibi sayılır. Bu nedenle de yıllık ücretli izin hakkının hesabında dikkate alınır.

İş K.md.55/c'deki hüküm, İş K.md.31/I, II' deki hükümlerle paralellik göstermektedir. Her ikisinde de ihtiyat askerlik durumlarında silahlı altına alınan işçinin, o işyerinde en az bir yıl çalışmış olması şartıyla yararlanacağı, iş sözleşmesinin iki ay ve en çok 90 günlük bir süre için askıda kalma zamanını işçi açısından çalışmış gibi kabul etmektedir. Fakat uzun süren muvazzaf askerlik halinde bu sürenin çalışılmış gibi sayılması söz konusu değildir ancak 90 günden kısa süren muvazzaf askerlik (örneğin bedelli askerlik) durumlarında bu sürenin çalışılmış gibi sayılması gerekir.

⁶⁶ “İş Kanunundaki bu hususi hüküm karşısında BK.md.328'deki umumi hükmün İş Kanununa tabi akitlerde tatbiki düşünülemez.” Yarg. 4.HD. T. 4.7.1957, E. 3726, K. 4462 (Çenberci, s. 759-760, dn. 9).

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İŞVERENİN ASKERLİK NEDENİYLE İŞİNDEN AYRILAN İŞÇİ İLE İŞ SÖZLEŞMESİ YAPMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

I. İŞVERENİN İŞ SÖZLEŞMESİ YAPMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ KAVRAMI

Bilindiği üzere, hukuk düzeni bireylere istedikleri biçimde hukuki ilişkiler kurmak, değiştirmek ve ortadan kaldırmak hakkını tanımıştır. Bireylere tanınan bu hakka ise kısaca "irade özerkliği" adı verilmektedir. Anayasa'mızın 48 inci maddesi de "Herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir" diyerek sözleşme özgürlüğünü güvence altına almış ve gerekçesinde de kanunların bu hürriyetleri ancak kamu yararı amacıyla sınırlayabileceğini belirtmiştir⁶⁷.

Sözleşme özgürlüğü, genellikle iki anlamda kullanılmaktadır: Bunlardan ilki sözleşme yapmak serbestisi yani, fertlerin herhangi bir sözleşme yapıp yapmamak ve sözleşmeyi dilediği kimseyle yapmak serbestisi; ikincisi ise tarafların yapacakları sözleşmenin içeriğini diledikleri gibi düzenleme serbestisidir⁶⁸.

Sözleşme özgürlüğü, esas olarak hukuk düzeninin basta gelen amaçlarından olan taraf iradelerine üstünlük vermek ve bu iradelerin en sağlıklı biçimde sosyal yasama yansımasını sağlamaktır. Bu anlamda,

⁶⁷ Çelik, s.91.

⁶⁸ Ekonomi, s.86.

sözleşme özgürlüğü, hukuk alanında, irade özgürlüğünün en önemli kaynağını teşkil eder⁶⁹.

Türk hukukunda genel ilke sözleşme özgürlüğü ilkesidir. Nitekim, Borçlar Kanunu, 19 ve 20 nci maddelerinde sözleşme serbestisi prensibi ile bunun sınırlarını tayin etmiştir⁷⁰. Buna göre, “yasam için zorunlu mal ve hizmetleri satma”, “savaş ekonomisinin gereksinmesi” ve “sözleşmeyi yapmaktan kaçınmanın ahlaka aykırı düşmesi” gibi durumlarda, artık sözleşme yapma zorunluluğu söz konusu olmaktadır⁷¹. Diğer yandan yine, hukuk sistemimizde geçerli bulunan sözleşme özgürlüğü ilkesi, yani bir kimsenin sözleşme yapıp yapmama ve sözleşme yapacağı kişiyi seçme serbestisi iş hukukunda da sosyal nedenlerle, bazı durumlarda işverene iş sözleşmesi yapma zorunluluğu getirilmek suretiyle sınırlandırılmıştır⁷². Bu anlamda aslen iş sözleşmesinin yapılması kural olarak tarafların özgür iradelerine bağlı olmasına rağmen bazen doğrudan bir kanun hükmü bazen de, bir sözleşme hükmü ile taraflardan birine iş sözleşmesi yapma yükümü getirilerek bu alandaki serbestileri sınırlandırılmaktadır⁷³.

İşte bu tür düzenlemelerin, işvereni iradesi dışında belirli nitelikteki kişilerle iş sözleşmesi yapmaya zorlaması, işverenin iş sözleşmesi yapma yükümlülüğü olarak ifade edilebilmektedir. İşverenin iş sözleşmesi yapma yükümlülüğüne 4857 sayılı İş K.'nın 5 maddesinde rastlamak mümkündür. Bunlar İş K..md.30'da düzenlenen özürsüz, eski hükümlü ve terör mağdurlarına ilişkin getirilmiş iş sözleşmesi yapma yükümlülüğü, İş K. md.31'de düzenlenen her hangi bir askeri ve kanuni ödev dolayısıyla işinden ayrılan

⁶⁹ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 7.Baskı, İstanbul 1993, s.363

⁷⁰ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s.364

⁷¹ Tunçomağ./Centel., **İş Hukukunun Esasları**, s.781

⁷² Süzek, Sarper ; **İs Hukuku**, İstanbul 2002, s.263

⁷³ Akyiğit, Ercan ; **İçtihatlı ve Uygulamalı İş Kanunu Serhi**, Ankara 2001, s. 1119

işçilere ilişkin getirilmiş bulunan iş sözleşmesi yapma yükümlülüğü, İş K. md. 29'da düzenlenen, toplu işçi çıkarmanın kesinleşmesinden itibaren altı ay içinde aynı nitelikteki iş için yeniden işçi almak istediği takdirde işverenin nitelikleri uygun olanları tercihen ise çağırması yükümlülüğü, İş K. md. 81'de yer alan işyeri hekimlerine ilişkin olan iş sözleşmesi yapma yükümlülüğü ve İş K. md. 82'de yer alan iş güvenliği ile görevli mühendis ve teknik elemanlar ile iş sözleşmesi yapma yükümlülükleridir.

II. İŞVERENİN ASKERLİK NEDENİYLE İŞİNDEN AYRILAN İŞÇİ İLE İŞ SÖZLEŞMESİ YAPMAKLA YÜKÜMLÜ TUTULABİLMESİ İÇİN GEREKLİ ŞARTLAR

A. Genel Olarak

İş Kanunu, herhangi bir askeri ödev dolayısıyla işinden ayrılmak zorunda kalan işçilerin eski işlerine dönmelerini kolaylaştırmış, işverenlere de belirli şartlar altında bu işçileri çalıştırma yükümlülüğü (zorunluluğu) getirmiştir. İş K. md. 31/IV'e göre, "Herhangi bir askeri ve kanuni ödev dolayısıyla işinden ayrılan işçilerden bu ödevin sona ermesinden başlayarak iki ay içinde işe girmek için başvuruları, işverenler boş yerlere öncelikle işe alma zorundadırlar".

İşverenlerin, herhangi bir askeri ödev dolayısıyla işinden ayrılan işçileri tekrar çalıştırma yükümünün söz konusu olabilmesi için, öncelikle, işçinin "herhangi bir askeri ödev" nedeniyle işinden ayrılması, sonra, işçilerin işverene "bu ödevin sona ermesinden başlayarak iki ay içinde işe girmek için başvurması" ve nihayet, işyerinde "boş yerin" bulunması şartlarının gerçekleşmesi gerekir.

B. İşçinin Herhangi Bir Askeri Ödev Dolayısıyla İşinden Ayrılmış Olması

İşverenin işçiyle yeniden iş sözleşmesi yapma yükümünün doğabilmesi için işçinin, herhangi bir askeri ödevi ifa için işyerinden ayrılmış olması gerekir. Askerlik ödevi denildiğinde, bununla hem manevra (tatbikat), kurs, talim ve seferberlik gibi nedenlerden kaynaklanan silahaltına alınma yani ihtiyat askerlik, hem de gerek kısa dönem gerek uzun dönem ve gerekse bedelli olarak yerine getirilebilen muvazzaf askerlik ödevi anlaşılır⁷⁴. Zira, İş Kanunu 31'nci maddesinin son fıkrasında "herhangi bir askeri ödev"den söz edilmekte, bu konuda ihtiyat ve muvazzaf askerlik ayırımı yapılmadığı için herhangi bir sınırlama getirilmemektedir⁷⁵. Bu nedenle, askerlikle ilgili herhangi bir yükümlülük nedeniyle işten ayrılma söz konusu ise, İş Kanunu'nun son fıkrası uygulama alanı bulur ve işverene bu nedenle işinden ayrılan işçi ile belirtilen şartlar dahilinde iş sözleşmesi yapma zorunluluğu söz konusu olur⁷⁶.

Kanaatimce, İş K.md.31/son'daki "herhangi bir askeri ödev" deyimini, geniş anlamda düşünülmesi yani hem ihtiyat askerliği hem de muvazzaf askerliği kapsayacak tarzda yorumlanmalı başka bir deyişle bütün askerlik hizmetlerini içine aldığı kabul edilmelidir. Yargıtay'ın uygulamaları da aynı yöndedir. Fakat doktrinde, herhangi bir askeri ödev" ibaresinin, 31. maddenin birinci fıkrası ile birlikte göz önüne alınması gerektiği, bu nedenle de buradaki askerliğin muvazzaf askerlik dışındaki askerlik yani ihtiyat askerlik olduğu ileri sürülmüştür. Bu görüş sahiplerine göre, son fıkradaki "herhangi bir askeri

⁷⁴ Ayrıca bkz. Mehmet Kocaoğlu, Hukukumuzda İşverenin Hizmet Akdi Yapma Zorunluluğunun İşçiye İş Güvencesi Sağlamadaki Etkisi, **Tühis**, C. 11, S. 5, Mayıs 1988, s. 17; Saymen, s. 469; Ekonomi, C. I, s. 101, dn. 114; Ünal Narmanlıoğlu, **İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri-1**, 2. B., Ankara 1994, s. 153. Halûk Hâdi Sümer, **İş Hukuku Uygulamaları**, 2. B., Konya 2000, s. 66;

⁷⁵ Saymen 469; Ekonomi, C. I, s. 101, dn.114; Turhan Esener, **İş Hukuku**, 3. B., Ankara 1978, s. 149; Narmanlıoğlu, s. 168; Erkul, s. 190.

⁷⁶ Çenberci, s. 760-761; Narmanlıoğlu, s. 159; Halid Kemal Elbir, **İş Hukuku**, 9.B., İstanbul 1987, s. 68; Sümer, Uygulamalar, s. 65-66; Saymen, s. 469.

ödev” ibaresi birinci fıkradaki “muvazzaf askerlik ödevi dışında manevra veya herhangi bir sebeple silahaltına alınma şeklinde” olarak dar yorumlanmalı ve işverene belirli şartlar altında işçiyi çalıştırma zorunluluğu, muvazzaf askerlik ödevi için uygulama imkanı bulmamalıdır. Bu açıdan, muvazzaf askerlik ödevi nedeni ile işinden ayrılanların İş K.md.31/son hükmünden yararlanabilmeleri de mümkün olmamalıdır⁷⁷.

İş Kanununun 31/son hükmünün uygulanması açısından iş sözleşmesinin belirsiz süreli veya belirli süreli olmasının (askı döneminde süresinin kendiliğinden sona ermemesi şartı ile) bir önemi yoktur⁷⁸.

Yeniden iş sözleşmesi yapma zorunluluğunun doğması için, önceki iş sözleşmesinin askerlik sebebiyle sona ermesinde, sona ermenin fesih (feshi ihbar veya haklı nedenle derhal) veya sözleşmenin kanunen kendiliğinden sona ermiş olmasının bir önemi yoktur. Ancak taraflar arasında yapılan iş sözleşmesi belirli süreli ise ve sözleşme, askı döneminde süresini dolduruyorsa, işçi, İş K:md.31/son fıkrasının uygulanmasını talep edemez. Zira İş K.md.31/III’e göre “ancak iş sözleşmesi esasen belirli bir süreyi içine alıyorsa da bu süre (iki ay ve nihayet 90 gün) içinde kendiliğinden bitiyorsa bu madde hükümleri uygulanmaz” demektedir. Bu hükümdeki “bu madde hükümleri uygulanmaz” ibaresi, maddenin son fıkrasındaki sözleşme yapma zorunluluğunu da kapsamaktadır⁷⁹. Sözleşme süresinin belirli olması ve bunun da askı süresi içinde sona ermesi halinde, işçinin askerlik ödevine dayanarak yeniden işe alınmayı istemesinin MK.md.2 ile bağdaşır yanı olamaz⁸⁰.

⁷⁷ Tunçomağ, C. I, s. 153; Tunçomağ/Centel, s. 95, 117-118; Çenberci, s. 760, dn.11; Oğuzman, s. 103, dn.250; Âdil İzveren, **İş Hukuku**, (I, II, III) Ankara 1974, s. 114; Yürekli, s. 132.

⁷⁸ Tunçomağ, C. I, s. 153; Demir, s. 204; Çenberci, s. 759; Sümer, s. 49; Yürekli, s. 1322.

⁷⁹ Ekonomi, Tez, s. 67; Yürekli, s. 1321.

⁸⁰ Yürekli, s. 1322.

Belirsiz süreli iş sözleşmesinin askerlik nedeniyle feshi ihbarla sona erdirilmesi durumunda tarafların sebep belirtme yükümlülüğü olmadığından askerlik ödevini tamamlayan işçi işe alınmak için başvurduğunda, önceki sözleşmenin askerlik ödevi nedeniyle feshedildiğini MK.md.6 gereği ispatla yükümlü tutulur.

C. İşçinin Askerlik Ödevinin Sona Ermesinden Başlayarak Ayrıldığı İşyerine İki Ay İçinde Başvurması

İşverenin çalıştırma zorunluluğunun doğabilmesi için, işçinin askerlik ödevinin sona ermesinden başlayarak iki ay içerisinde eski işyerine başvurması gereklidir. Kanun bu başvuru için bir süre koymuş, dolayısıyla işe alma yükümlülüğünü belirsiz bir zaman sürdürmek istememiştir.

Buradaki iki aylık sürede başvurulmaması bu haktan yararlanılmasını ortadan kaldırdığı için hak düşürücü süredir. Bu açıdan iki aylık süre içinde iş yerine başvurmayan işçi işe alınmayı isteme hakkını kaybeder⁸¹. Ancak işçinin iki aylık süre içinde eski işyerine başvurduğu halde işe alınmaması bir fesih kabul edilemez. Yargıtay da askerlik hizmeti nedeniyle işten ayrılan ve bu hizmeti tamamladıktan sonra iki aylık süre içinde ayrılmış olduğu işyerine başvuran işçinin işe alınmamasının, bir fesih sayılamayacağına karar vermiştir⁸². İki aylık süre içinde işyerine makul görülebilecek veya mücbir sebep olarak kabul edilebilecek nedenler dolayısıyla başvuramayan işçinin başvuru süresinin, nedenin etkisini gösterdiği süre kadar uzatılması da yerinde olur. Örneğin komada bulunan veya ağır bir hastalığa tutulan yahut büyük bir kaza geçiren kişinin işyerine başvurusu bu nedenlerle iki aylık süre içerisinde yapılamamışsa, bu süreler iki aylık süreye eklenmeli ve başvuru süresi de o kadar uzamış sayılmalıdır. Askerlik ödevinin sona erdiği gün, sözü edilen iki aylık süreye dahil değildir.

⁸¹ Tunçomağ/Centel, s.105; Erkul, s.106; Sümer, **Uygulamalar**, s.66-67.

⁸² Yarg 9. HD, T.18.04.1995, E. 994/18305, K. 995 113747

İşçi başvuruyu yazılı olarak yapabileceği gibi sözlü olarak da yapabilir⁸³. Yazılı yapması ispat açısından kolaylık sağlar. İki aylık süre içinde işçinin işverene başvurması icap niteliğini taşır ve işçinin tek taraflı irade beyanının işverenin hakimiyet alanına ulaşmasıyla bu beyan etkisini gösterir.

Kanun “işinden ayrılan işçilerden bu ödevin sona ermesinden başlayarak iki ay içinde işe girmek için başvuruları, işverenler”in boş yerlere öncelikle almasının zorunlu olduğundan söz ettiğine göre, bu yükümü yerine getirmeyen yani işverenin kendisine başvurmayan işçinin işe alınma zorunluluğu yoktur.

İşverenin sözleşme yapma zorunluluğu, işverenin eski işyerine münhasırdır. Kanun “işinden ayrılan işçilerden bu ödevin sona ermesinden başlayarak iki ay içinde işe girmek için başvuruları, işverenler”in boş yerlere öncelikle almak zorunluluğundan söz ettiğine göre, burada hem eski işveren hem de eski işyeri şartının birlikte gerçekleşmesi gerekir. İşyerinin devri durumunda yeni işverenin çalıştırma zorunluluğundan söz edilemeyeceği gibi, eski işverenin yeni bir iş kurması halinde de çalıştırma yükümlülüğünün bulunmaması gerekir.

Bu arada belirtmelidir ki, işe alma zorunluluğunun doğabilmesi için, ihtiyat askerlik nedeniyle işinden (işyerinden) ayrılan işçilerin, işyerinden ayrılmalarından itibaren en az iki ay (ve nihayet doksan gün) geçmiş olması gerekir. Zira bu süre geçmemişse işçi ile işveren arasındaki sözleşme askıdadır, henüz sona ermediği için de yeni bir sözleşmenin yapılması zorunluluğundan söz etmek anlamsızdır.

D. İşyerinde Boş Yer Bulunması

İşçinin işe alınması için işverene iki aylık süre içinde başvurması yeterli görülmemiş, o işyerinde boş yer bulunması da aranmıştır. Başvurduğu tarihte boş yer varsa işveren onu boş yere veya yerlere öncelikle almak

⁸³ Demir, s. 205; Tunçomağ, C. I, s. 154.

zorundadır. Eğer işyerinde boş yer mevcut olup da birden çok kişi başvurmuş ise o zaman işveren, askerlik ödevini ifa etmek üzere ayrılmış işçisini öncelikle işe almak durumundadır.

Kanunda “boş yerlere” alınmadan söz edildiğine göre, bu ifade geniş yorumlanmalı ve işçinin mutlaka işten ayrıldığı andaki iş değil, durumuna uygun düşecek bir iş anlaşılmalıdır. Bu anlamda, işyerindeki boş yerin, işçinin önceki çalıştığı yer veya buna benzer bir yer olması gerekir. Eğer işverenin işyerinde böyle boş bir iş yoksa, işverenin eski işçisi ile sözleşme yapma yükümlülüğü de yoktur. Şu halde, işveren, boş yerin bulunması durumunda işçiyi işe almak zorundadır. Eğer işyerinde boş yer yoksa işçiye uygun bir işin açıldığı zaman bu işçiye öncelikle haber vermeli ve bu işçiyi işe almalıdır. Belirtmek gerekir ki, işçi, askerlik ödevinin sona ermesinden sonra işyerine başvurma tarihi ile işe başlama tarihi arasındaki geçen zaman için ücret isteyemez⁸⁴.

III. İş sözleşmesi Yapma Zorunluluğunun Hükümleri

İşverenin Her Hangi Bir Askeri Ve Kanuni Ödev Dolayısıyla İşinden Ayrılan İşçilere İlişkin Getirilmiş Bulunan İş Sözleşmesi Yapma Yükümlülüğü Ve Buna Aykırı Davranmasının Sonuçları 4857 sayılı İş K. md.31/son, herhangi bir askeri ve kanuni ödev dolayısıyla işinden ayrılan işçiler bu ödevin sona ermesinden başlayarak iki ay içinde işe girmek istedikleri takdirde işvereni bunlarla eski işleri veya benzeri işlerde boş yer varsa derhal, yoksa boşalacak ilk işe başka isteklilere tercih ederek, o andaki şartlarla iş sözleşmesi yapma yükümlülüğü altına sokmuştur. Burada sözü edilen askeri ödev hem muvazzaf askerliği hem de muvazzaf askerlik dışında manevra veya her hangi bir sebeple silahaltına alınmayı ifade etmektedir⁸⁵.

⁸⁴ Yargıtay’a göre, askerden terhis olduktan sonra işe alınmasını isteyen işçi eski işine uygun boş yerin bulunması halinde işe alınması üzerine, iş isteme tarihi ile işe alınmasındaki zaman için işyerinden ücret isteyemez (Yarg. 9.HD.T.22.11.1973, E.11342, K.33375 / İBBB, Yarg. Kar. Cd’si).

⁸⁵ Ekonomi,101; Narmanlıoğlu, 168; Akyiğit, 1120, Süzek, 270; Bunun sadece muvazzaf askerlik dışı askerliği ifade ettiğine yönelik aksi görüş için bkz.. Çenberci,760, dn.11,

Kanun maddesinde işten ayrılmadan bahsedilmekte ise de, bunu iş sözleşmesi sona ermeden sadece fiilen işi bırakıp ilgili göreve gitmek anlamında değerlendirmemek gerekmektedir. Zira madde metninde bu işçilerle yeniden iş sözleşmesi yapılmasından bahsedilmektedir. Demek ki burada kastedilen fiilen işin bırakılması ile iş sözleşmesinin askıda kalması olmayıp, iş sözleşmesinin sona ermesidir⁸⁶.

Burada önem taşıyan nokta, iş sözleşmesinin herhangi bir askeri veya kanuni ödev dolayısıyla işten ayrılırken feshedilmesi ya da feshedilmeden ayrılınsa bile sonradan askı süresi içinde yine askeri ve kanuni bir ödev dolayısı ile feshedilmesidir. Buna karşın, askeri veya kanuni bir ödev dolayısı ile iş sözleşmesini feshetmeden isten ayrılan işçinin iş sözleşmesinin, askı süresinde kendisi ya da işverence askeri veya kanuni bir sebep dışında, bir haklı sebeple feshedilmesi halinde, İş K.md.31/son kapsamına giren bir fesihden bahsedilemeyecektir⁸⁷. Bu durumda da işverenin madde uyarınca yükümlülüğü söz konusu olmayacaktır. Bu anlamda, iş sözleşmesinin işçi veya işveren tarafından feshedilmesi, sona eren iş sözleşmesinin belirli ya da belirsiz süreli olması her hangi bir fark yaratmayacaktır⁸⁸. Kanun hükmünden anlaşıldığı üzere, işverenin bu şekilde askeri veya kanuni bir ödev dolayısı ile iş sözleşmesi feshedilen eski işçisi ile tekrar iş sözleşmesi yapma yükümlülüğü, bu ödevin sona ermesi tarihinden itibaren eski işçisinin 2 ay içerisinde işverene başvurarak tekrar işe girmek istemesi halinde söz konusu olacaktır. Buradaki süre yine hak düşürücü süre olup, geçirilmesi durumunda her hangi bir hak talep edilmesi mümkün olmayacaktır. Doktrinde bu başvurunun ileride çıkabilecek uyuşmazlıklarda ispat kolaylığı sağlayacağı düşüncesiyle iadeli taahhütlü posta ya da noter vasıtasıyla yapılması tavsiye edilmektedir⁸⁹.

⁸⁶ Akyiğit, 1119-1120

⁸⁷ Akyiğit, 1120

⁸⁸ Süzek, 270

⁸⁹ Akyiğit, 1121

Eski işçi tarafından söz konusu askeri veya kanuni ödevin sona ermesini takiben iki ay içinde işverene başvurulduğunda, işveren eski işçiyi eski işine veya benzeri işlerde boş yer varsa derhal, yoksa boşalacak ilk işe başka isteklilere tercih ederek, o andaki şartlarla işe almak zorundadır(md.31/son). Yani boş yer deyimi, işçinin kanuni veya askeri bir görev dolayısı ile iş sözleşmesinin feshedildiği andaki eski işi ya da ona denk benzer bir iş olarak anlaşılacaktır. 4857 sayılı İş K md.31/ son'un aksine 1475 sayılı Kanun döneminde madde metninde açıklık bulunmadığı için, bu husus doktrin ve Yargıtay kararlarında belirtilmekteydi⁹⁰. Görüldüğü üzere, burada her hangi bir zaman kısıtlaması getirilmemekte ve işverenin bu yükümlülüğü boşalacak ilk işe kadar devam etmektedir.

Kanun'daki düzenleme, işvereni işçinin talebini hemen cevaplamak yükümü altına sokmamış bu konuda her hangi bir süreden de söz etmemiştir. Doktrinde bu konuda, işverenin başvuruya dürüstlük kuralı çerçevesinde değerlendirilecek somut olayın koşulları dikkate alınarak saptanacak "makul bir sürede" cevap verme yükümü olduğu yerinde olarak ifade edilmektedir⁹¹.

Eski 1475 sayılı İş K. döneminde, herhangi bir askeri veya kanuni ödev dolayısıyla iş sözleşmeleri feshedilen işçilerin, bu ödevin sona ermesinden başlayarak iki ay içinde işe girmek için işverene başvurduklarında, bu talepleri boş yer bulunmasına rağmen işverence olumsuz yanıtlanıp işe alınmayan eski işçinin dava yoluyla iş sözleşmesinin kurulmasını sağlayabilip sağlayamayacağı doktrinde tartışılmıştır⁹². 4857

⁹⁰ Narmanlıoğlu, 168 dn.115; Çenberci, 761; Yarg. 9.HD. 22.11.1973 t. E.1973/11342 K.1973/33375 , Akyiğit,1121, dn.32

⁹¹ Akyiğit, 1122; Söz konusu makul süre aşıldıktan sonra işverenin işçiyi ise alması durumunda, başvuru zamanı ile ise alma zamanı arasında geçen zamanda Yargıtay ücret ödenmeyeceğini kabul etmiştir. Yarg.9.HD. 22.01.1973 t. E.1973711342 , K.1973/33375 , AKYİĞİT, 1122, dn.35

⁹² Ekonomi, 109 vd; Eyrenci, Öner; İHU, Sen K. md.20, No:15; , M; İş Kanunu Şerhi, s.525; GÜNAY, C. İ; **Şerhli İş Kanunu**, I, 2.B,Ankara 2006, s.1411 ; AKYİĞİT, s,1001

sayılı İş K.'da bu konuda işçiye her hangi bir dava hakkı tanımamış ancak buna karşılık, aranan şartlar bulunduğu halde işveren iş sözleşmesi yapma yükümlülüğünü yerine getirmemezse, işverene işe alınma isteğinde bulunan eski işçiye üç aylık ücret tutarında tazminat ödeme yükümlülüğü getirmiştir. Böylece Kanun bu hükme aykırılık haline bir hukuki yaptırım getirmiş olmaktadır.⁹³

Yine burada da kanunda açık belirtilmemekle beraber, sözü edilen ücretin o anki şartlarda eski işçinin başvurduğu işin ücreti olduğu ve tazminatın hesaplanmasında asıl ücretin dikkate alınacağı yani ücret ekleri niteliğinde olan ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardımların tazminat hesabında dikkate alınmayacağı söylenebilecektir. Diğer yandan bu tazminat da götürü bir tazminat olup, her olayın özelliğine göre değişmeyecek, hep üç aylık ücret tutarında olacak ve hâkimin bu konuda her hangi bir takdir hakkı bulunmayacaktır.⁹⁴

Kural olarak işçinin işe girmeyi istemesi (icap) karşısında işveren, işçiyi işe alma (kabul) zorundadır. Her ne kadar askerlik dönüşü işverene sözleşme yapma zorunluluğu yüklenmişse de, uygulamada işçiye bu konuda yeterli iş güvencesi sağlandığını savunmak güçtür.

1475 sayılı İş K.'da işverenin işe alma zorunluluğuna uymamasına cezai yaptırım uygulanmaktaydı. İşveren söz konusu hallerde iş sözleşmesi yapma yükümlülüğüne aykırı hareket etmişse, İş K.md.107'de öngörülen cezai yaptırım uygulanır. Buna göre, "bu bölümde cezası özel olarak gösterilmemiş olan zorunluluklara uymayan işveren veya işveren

⁹³ Hamdi Mollamahmutoğlu, **İş Hukuku** 2.B. Ankara 2005, s.330

⁹⁴Hakan Keser , 4857 Sayılı İş K'na Göre İşverenin İş Sözleşmesi Yapma ve İş İlişkilerinde Eşit İşlem Yapma Yükümlülükleri ve Bunlara Aykırı Davranması Durumunda Karşılaşacağı Yaptırımlar,**Kamu-İş**; C:7, S: 3/2004

vekillerine ikiyüzbin lira para cezası verilir⁹⁵. Bu para cezasının hiçbir caydırıcı etkisinin bulunmadığı ortadadır.

İşverenin cezai sorumluluğu dışında hukuki sorumluluğuna ilişkin herhangi bir hüküm ise İş Kanununda yoktur. Doktrindeki bir görüşe göre, işe alınmak için başvuran işçi ile sözleşme yapmaktan kaçınan işverenin, sözleşmeyi haksız veya sebepsiz olarak feshetmiş kabul edileceği ve işçinin bundan doğan zararlarını tazmin ile yükümlü tutulacağı⁹⁶ ileri sürülmekte ise de, işçinin askerlik nedeni ile işinden ayrıldığına İş K.md.31/son hükmünün uygulanması açısından iş sözleşmesi sona ermiş bulunmaktadır. Bu nedenle tarafların bağlı bulunduğu bir sözleşme olmadan sözleşmenin haksız feshedilmiş sayılmasından söz edilmesi mümkün olamamalıdır.

Bu konuda ileri sürülen diğer bir görüşe göre ise, kanunla işverene sözleşme yapma zorunluluğu yüklenen hallerde işçinin aynen ifa davası açarak yargı kararı ile iş sözleşmesinin kurulmasını sağlayabilir. Bu görüşe göre, yargı kararı ile iş sözleşmesinin kurulmasına rağmen işveren işçiye iş vermekte tereddüt ederse, işçi BK.md.325 uyarınca çalışmaksızın ücrete hak kazanır. Yargıtay ise, (sendika yöneticileri ile) iş sözleşmesi yapılması zorunluluğuna ilişkin kararlarında, işe alınmama halinde işçinin “feshle ilgili hakları” isteyebileceği sonucuna varmaktadır. İşyerine dönmek isteyen işçi ile işveren arasında bir iş sözleşmesi olmadığına göre bunun feshine bağlanacak hakların işçi tarafından istenebilmesinin hukuki dayanağı yoktur. Bu hukuki sonuç ancak işçi ile işveren arasındaki sözleşmenin yöneticilik (askerlik) süresince askıda kaldığının kabulü halinde benimsenebilir. Oysa

⁹⁵ Bu madde metninde belirtilen para cezaları 4421 sayılı ve 28.7.1999 tarihli Türk Ceza Kanunu İle Cezaların İnfazı Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun md.4/8 ile söz konusu para cezası oniki misline çıkarılmıştır. R.G. 1.9.1999, No. 23773.

⁹⁶ Saymen, s. 470.

sendika yönetimine seçilen (askere giden) işçiler iş sözleşmelerini feshederek bu görevlerini yerine getirirler⁹⁷.

⁹⁷ Y9HD. 10.02.1986, E 86/1343, K 86/1346 ve Narmanlıoğlu'nun incelemesi, İHU, Sen.K.29 (No.1); Y9HD. 01.05.1986, E 86/3411, K 86/4486 ve Eyrenci'nin incelemesi, İHU, Sen.K.29 (No.1) Süzek, s. 57-58, dn (35)

SONUÇ

Genel olarak, kanunla getirilen bir düzenleme olan askerlik ödevi nedeniyle işyerinden ayrılan işçiye, ödevin bitiminden sonra, başlıca geçim kaynağını sağlayan bir iş bulması ve mesleki faaliyetini devam ettirmesi güvencesinin verilmesi gerekir. Kanun koyucu bu hususta bazı tedbirlerin alınmasını gerekli görmüş ve işçilerin kanuni ödevler sonucu işyerlerindeki menfaatlerinin bozulmaması için bir takım hükümler getirmiştir. Bunlardan biri de İş K. md.31/ son'da yer alan akit yapma yükümlülüğü ile İş K.md. 31/1'deki iki ay askıda kalacağı yönündeki hükümdür.

Bunun yanında uzun süreli muvazzaf askerlik ödevi nedeniyle işyerinden ayrılmanın iş sözleşmesini nasıl etkileyeceği hususunda bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Muvazzaf askerlik durumunda bunun bir infisahi bir durum olmaması nedeniyle taraflar sözleşmenin feshinde serbest kalmışlardır. Sözleşmenin feshedilmemesi halinde, muvazzaf askerlik süresince sözleşme askıda kalmış olacaktır.

Kısa süreli askerlik hizmetinde ise İş K. md.31 de hüküm getirildiğinden azami 90 günlük süre boyunca iş sözleşmesi askıda kalacaktır. Sözleşmenin askıya alınmasına neden olan askerlik hizmeti, sözleşmenin haklı nedenle feshi hakkını vermeyecektir. Askıda bulunulan süre içinde askerlik ödevinden başka bir sebeple fesih bildiriminde bulunulması halinde, askı süresinin sonundan itibaren hükümleri işlemeye başlayacaktır.

İşverenin askerden dönen işçiyi tekrar işe alma konusunda İş K. md. 31 de muvazzaf askerlik, kısa süreli askerlik gibi bir ayrıma gidilmeden "herhangi bir askeri ve kanuni ödev dolayısıyla " şeklinde düzenleme yapılmış olması nedeniyle her türlü askerlik hali maddenin kapsamına girdiği kabul edilecektir. Yalnız belirli süreli iş sözleşmesinin süresi askerlik hizmetinin yapıldığı zaman dilimi içinde sona ermiş ise yeniden işe alınma talebi işverence bu madde kapsamında kabul edilmeyecektir.

İki ay içerisindeki işe alınma talebine işverence sözleşme yapma yükümünün yerine getirilmemesi halinde, talep sahibi eski işçiye üç aylık ücret tutarında tazminat ödenmesi uygun bir hukuki yaptırım olarak düzenlenmiştir.

1475 sayılı İş K.14'e göre sözleşmenin muvazaf askerlik nedeniyle feshedilmesi halinde kıdem tazminatına hak kazanılacağı düzenlenmiştir. Feshin işçi veya işveren tarafından yapılmış olmasının tazminatın kazanılmasına etkisi olmayacaktır.

Genel olarak, kanunla getirilen bir düzenleme olan askerlik ödevi nedeniyle işyerinden ayrılan işçiye, ödevin bitiminden sonra, başlıca geçim kaynağını sağlayan bir iş bulması ve mesleki faaliyetini devam ettirmesi güvencesinin verilmesi gerekir. Kanun koyucu bu hususta bazı tedbirlerin alınmasını gerekli görmüş ve işçilerin kanuni ödevler sonucu işyerlerindeki menfaatlerinin bozulmaması için iş kanunlarında bir takım hükümler getirmiştir. Askerlik Kanunlarında zaman içinde yapılan düzenlemeler "muvazaf askerlik" kavramını süre yönünden tartışılır hale getirmiş ve iş kanunları ile askerlik kanunları açısından bir uyumsuzluk söz konusu olmuştur. Ayrıca Profesyonel kadroların genel mevcuttaki oranlarının artması, güvenlik ortamında yaşanabilecek olumlu gelişmeler sonucu askerlik hizmet süresinin kısalması ve AB sürecine paralel olarak vicdani retçilik statüsünün Türkiye'de de tanınması yönünde çalışmalar olması bu konuda söylenebilecek gelişmelerdir.

KAYNAKÇA

- Akyiğit, Ercan, **İçtihatlı ve Uygulamalı İş Kanunu Şerhi**, Ankara - 2001
- Alpagut, Gülsevi, **Belirli Süreli Hizmet Sözleşmesi**, İstanbul - 1998
- Atabek, Reşat, **Hizmet Akdinin Feshi**, İstanbul 1938
- Ayan, Mehmet, **Borçlar Hukuku, Genel Hükümler**, Konya - 1996
- Baybora Dilek, “**İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Askerlik Yükümlülüğü ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar**”, **Çimento İşveren**, C. 12, S. 4, Temmuz 1998
- Bölükbaş, Tonguç, **Yoklama Kaçağı, Bakaya ve saklı suçları**, Ankara – 2007
- Çelik, Nuri, **İş Hukuku Dersleri**, Yenilenmiş 19. B, İstanbul - 2006
- Çenberci, Mustafa, **İş Kanunu Şerhi**, 6. B., Ankara - 1986
- Davran, Cahit, “**İş Kanununa ve Borçlar Kanununa Göre Muvazzaf Askerliğin Hizmet Akdine Etkisi**”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 44, S. 1-2, İstanbul - 1970
- Demir, Fevzi, **Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Çalışma Hakkının Korunması** (İş Güvencesi), İstanbul - 1986
- Ekonomi, Münir, **İş Hukuku**, C. I, Ferdi İş Hukuku, 3. B., İstanbul - 1984
- Ekonomi, Münir, **Türk İş Hukukunda Kanundan Doğan Hizmet Akdi Yapma Zorunluluğu ve Hükümleri**, Yayınlanmamış Doçentlik Tezi, İstanbul - 1969
- Elbir, Halid Kemal, **İş Hukuku**, 9.B., İstanbul - 1987

Esener, Turhan, **İş Hukuku** 3.B. Ankara - 1978

Günay, C. İ; **Şerhli İş Kanunu**, I, 2.B,Ankara - 2006

İzgi Ömer– Gören Zafer, **Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Yorumu**, Ankara - 2002

İzveren, Adil, **İş Hukuku**, (I, II, III) Ankara - 1974

Keser, Hakan, **4857 Sayılı İş K'na Göre İşverenin İş Sözleşmesi Yapma ve İş İlişkilerinde Eşit İşlem Yapma Yükümlülükleri ve Bunlara Aykırı Davranması Durumunda Karşılaşacağı Yaptırımlar**, Kamu-İş; C:7, S: 3/2004

Kocaoğlu, Mehmet, **Hukukumuzda İşverenin Hizmet Akdi Yapma Zorunluluğunun İşçiye İş Güvencesi Sağlamadaki Etkisi**, Tühis, C. 11, S. 5, Mayıs - 1988

Mollamahmutoğlu, Hamdi, **Hizmet Sözleşmesi**, Ankara - 1995

Mollamahmutoğlu, Hamdi, **İş Hukuku** 2.B. Ankara - 2005

Narmanlıoğlu, Ünal, **İş Hukuku**, Ferdi İş İlişkileri-1, 2. B,Ankara - 1994

Oğuzman, Kemal, **Türk Borçlar Kanunu ve İş Kanununa Göre Hizmet Akdinin Feshi**, İstanbul - 1955

Saymen, Ferit Hakkı, **Türk İş Hukuku**, İstanbul - 1954

Sümer, Halûk Hâdi, **İş Hukuku Uygulamaları**, 2. B., Konya - 2000

Süzek, Sarper, **İş Hukuku**, İstanbul - 2002

Süzek, Sarper, **İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması**, Ankara - 1976

Süzek, Sarper, **İş Akdinin Askıya Alınmasının Genel Teorisi**, Ankara - 1989

Şen, Murat, “**İş Hukukunda Askerlik Yükümlülüğü Nedeniyle İşten Ayrılmanın Ortaya Çıkardığı Sorunlar Ve Askerliğini Bedelli Olarak Yapanların Hizmet Akitlerinin Durumu**”, <http://www.jura.uni-sb.de/turkish/MSen10.html> 25.11.2006

TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 7.Baskı, İstanbul - 1993

Tunçomağ, Kenan / Centel, Tankut, **İş Hukukunun Esasları**, 4. B., İstanbul - 2005

Tunçomağ, Kenan, **İş Hukuku C. I, Genel Kavramlar-Hizmet Sözleşmesi**, 2. B. İstanbul - 1981

Yelekçi, Memduh / Yelekçi, İlhami, **Notlu İzahlı İçtihatlı İş Kanunu Şerhi**, Ankara - 1996

Yürekli Sabahattin, İşverenin “**Askerden Dönen İşçiyi İşe Alma Yükümlülüğü**”, Prof.Dr. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul - 2000

Yürekli, Sabahattin; “**İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Askerlik**“ (Yayımlanmamış yüksek lisans tezi), İstanbul - 1993

ÖZET

BİRECİK Mustafa, Askerlik Hizmetinin İş Sözleşmesine Etkisi, Yüksek Lisans, Ankara, 2008

Kanunla getirilen bir düzenleme olan askerlik ödevi nedeniyle işyerinden ayrılan işçiye, ödevin bitiminden sonra, başlıca geçim kaynağını sağlayan bir iş bulması ve mesleki faaliyetini devam ettirmesi güvencesinin verilmesi gerekir. Kanun koyucu bu hususta bazı tedbirlerin alınmasını gerekli görmüş ve işçilerin kanuni ödevler sonucu işyerlerindeki menfaatlerinin bozulmaması için bir takım hükümler getirmiştir. Bunlardan biri de İş K.md.31/son'da yer alan akit yapma yükümlülüğü ile İş K.md. 31/l'deki iki ay askıda kalacağı yönündeki hükümdür.

Askerlik Hizmetinin İş Sözleşmesine Etkisi isimli bu çalışmamızda, 4857 sayılı yeni İş Kanunu md. 31'de yer alan "askerlik ve kanundan doğan çalışma" hükmü incelenmiştir. Konu, Bireysel İş Hukuku açısından ele alınarak incelenmiş, Toplu İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku açısından askerlik hizmetinin iş sözleşmesine etkisi ele alınmamıştır.

Çalışmanın ilk bölümünde askerlik hizmeti konusuna değinilmiştir. İkinci bölümde askerlik nedeniyle işten ayrılanların iş sözleşmesinin durumu uzun süreli ve kısa süreli askerlik yönünden incelenmiş ve son bölümde işverenin askerlik nedeniyle işinden ayrılan işçi ile iş sözleşmesi yapma yükümlülüğü ile iş sözleşmesi yapma zorunluluğunun hükümleri üzerinde durulmuştur.

Anahtar Kelimeler :

1. Askerlik
2. İş sözleşmesi
3. İş güvencesi
4. Askıda kalmak
5. Yükümlülük

ABSTRACT

BİRECİK Mustafa, The Effect of Military Obligation to Labor Contract, Master Degree, Ankara, 2008

The employee who quits working due to military obligation as an order of act should have confidence of finding a job to carry on with his occupation ensuring his main living supplies after the end of his duty. The law-maker considered the necessity of taking some precautions in this situation and bring out a few rules in which the employees' rights in the work place were not to be lost due to the obligations. One of these rules is that paragraph 31/last of Labor Law is the obligation of labor contract and the other is that paragraph 31/l of Labor Law is the suspense in a period of two months.

In this study, in which we named as 'The Effect of Military Obligation to Labor Contract', paragraph 31 of new Labor Law -issue 4857- which indicates the regulation 'service due to military obligation and law' was researched. The subject was researched concerning the view of Personal Labor Law, but the effect of military obligation to Labor Contract concerning 'The Collective Labor Law and The Social Security Law' was not examined.

In the beginning part of this study, the subject of military obligation was stated. In the second part, the position of the employees' labor contract who quit working due to longterm and shortterm military service. Finally, the liability of the employer which was based on the new labor contract of the employee defined above and the rules of labor contract's necessities were emphasized.

Keywords :

1. Military Obligation
2. Labor Contract

3. Confidence of finding a job
4. The Suspense
5. Necessity