

## Av. Uygur BOSTANCI\*

Makale Gönderim Tarihi: 3 Aralık 2018

Makale Kabul Tarihi: 13 Aralık 2018

### Muvazzaf Askerliğin İş Sözleşmesinin Sürekliliğine Etkisi

#### Öz

3008 sayılı İş Kanunu döneminden itibaren iş mevzuatımızda yer alan muvazzaf askerlik dışındaki askeri ödevler nedeniyle iş görme edimini yerine getiremeyen işçilere sağlanan koruma, 1475 sayılı Kanun dönemi itibariyle muvazzaf askerlik görevi nedeniyle iş sözleşmesi sona eren işçilere tanınan yeniden işe alınma hakkının sınırları ve söz konusu düzenlemelere aykırılıkların müeyyideleri

incelenmiştir. Uzun yıllardır çok değişikliğe uğramadan ve çok fazla uyuşmazlığa neden olmadan uygulanmakta olan söz konusu hükümlerin yeniden gündeme gelmesinin bir nedeni de 1111 sayılı Askerlik Kanunu'na eklenen geçici 55. maddedir. Bu çerçevede belirli askerlik nedeniyle işten ayrılan işçilerin de yeniden işe alınma hakkının olup olmadığı irdelenmiştir.

#### Anahtar Sözcükler:

Muvazzaf askerlik, fesih, askı hali, iş sözleşmesi yapma zorunluluğu.

### The Effect of Active Military Service on the Continuity of Labour Contract

#### Abstract

The protection provided to workers who cannot perform their business due to the military duties other than the active military duty in our labor legislation as of the Labour Law No. 3008, the limits of the right to re-employment for workers whose employment contract ended because of the military duty and the sanctions of violations of these regulations were examined as of the period of the Law No.

1475. One of the reasons for the re-enactment of these provisions, which have been implemented for many years without much change and without causing too many disputes, is the provisional Article 55 which has been added to the Military Service Law no. 1111. In this context, it is examined whether workers who quit their jobs due to the military service are entitled to be re-employed or not.

#### Keywords:

Active military service, termination, suspension of employment contract, obligation to make employment contract.

\* MESS Müşavir Avukatı – [uygur.bostanci@mess.org.tr](mailto:uygur.bostanci@mess.org.tr)

## I. Giriş

İş sözleşmesi, tarafların karşılıklı hak ve yükümlülüklerinin olduğu, sürekli bir ilişkidir<sup>1</sup>. İş ilişkisini sona erdiren nedenler olduğu gibi, sözleşmenin ayakta olduğu, ancak tarafların hak ve borçlarının askıya alındığı durumlar da vardır. İncelememizde, muvazzaf askerlik görevini, hem iş sözleşmesini sona erdiren bir neden olarak hem de askıya alan bir durum olarak irdeleyeceğiz. Bu irdelememizin asıl amacı, İş Kanunu'nun "Askerlik kanunundan doğan çalışma" başlıklı 31. maddesinin son fıkrasında düzenlenen askerlik ödevi sonrası "işe alma zorunluluğu" nun kişi bakımından kapsamını belirlemektir. İnceleme konumuz ile yakından ilgili olduğunu düşündüğümüz, güncel ve hukuki uyumsuzluklara konu olabileceği aşikar olan 26.07.2018 tarih ve 7146 sayılı Kanun ile getirilen "bedelli askerlik" düzenlemesine ilişkin görüşlerimiz de inceleme konumuzla ilişkisi sınırında paylaşılacaktır.

## II. Muvazzaf Askerlik

"Muvazzaf" kelimesinin kökü, güncel Türkçe'de halen kullanılan "vazife"dir. Türk Dil Kurumu sözlüğünde "muvazzaf" sıfat olarak "bir görev ve hizmetle yükümlü olan (kimse)"; isim olarak ise askeri bir terim olan "silahlı kuvvetlerde görev başında olan subay ve astsubaylarla askerlik hizmetini yapan erler" şeklinde tanımlanmıştır.<sup>2</sup>

Muvazzaf askerliğin (askerlik vazifesini/ödevinin) dayanağı Anayasa'nın 72. maddesidir. Madde metni şu şekildedir:

*"Vatan hizmeti, her Türkün hakkı ve ödevidir. Bu hizmetin Silahlı Kuvvetlerde veya kamu kesiminde ne şekilde yerine getirileceği veya getirilmiş sayılacağı kanunla düzenlenir."*

Bu anayasal yükümlüğün düzenlendiği Kanun ise 17.7.1927 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan şimdiki adı Askerlik Kanunu olan 1111 sayılı Askerlik Mükellefiyeti Kanunu'dur.

1111 sayılı Askerlik Kanunu'nun 2. maddesine göre "Askerlik çağı her erkeğin nüfus kayıtlarında yazılı olan yaşına göredir ve yirmi yaşına girdiği yılın ocak ayının birinci gününden başlayarak kırk bir yaşına girdiği yılın ocak ayının birinci gününde bitmek üzere en çok yirmi bir yıl sürer. Bu süre, Cumhurbaşkanlığı kararıyla beş yıla kadar uzatılabilir veya kısaltılabilir." 3. maddesine göre ise askerlik çağı "yoklama devri, muvazzaflık ve yedek olmak üzere üç devreye ayrılır". Muvazzaf askerliğin ne olduğu, Kanunun bir tanım maddesi şeklinde olmayan 5. maddesinden anlaşılmaktadır.<sup>3</sup> Buna göre muvazzaf askerlik, askerlik şubesinden sevk tarihinden başlayan ve belirtilen süre boyunca devam eden hizmet süresidir. Muvazzaflık devrinin bitiminden askerlik çağının sonuna kadar olan kısım ise "yedek" devridir.<sup>4</sup> Yedek erbaş ve erler; olağanüstü haller veya savaş, seferberlik, asayiş ve eğitim ve manevra (tatbikat) için sınıf ihtiyacına göre tamamen veya kısmen çağırılabilirler.<sup>5</sup>

## III. İş Sözleşmesini Sona Erdiren Haller ve "Askı Hali"

İş sözleşmeleri temel olarak dört şekilde son erer:

- Tarafların anlaşması (ikale)
- Belirli süresinin sona ermesi

3 1111 sayılı Askerlik Kanunu Madde 5: Erbaş ve erler için muvazzaflık hizmeti süresi; Kara, Deniz, Hava Kuvvetleri ile Jandarma Genel Komutanlığında on sekiz aydır. Bu sürenin, barışta, önce on beş aya ve bilahare on iki aya kadar indirilmesine, Silahlı Kuvvetlerin de ihtiyacı dikkate alınarak, Cumhurbaşkanınca karar verilebilir. 1076 sayılı Kanun hükmüne tabi yükümlülerden; bu yükümlülüklerini istekleriyle veya seçim sonucu yedek subay adayları olmadıkları için erbaş veya er olarak yerine getireceklerin hizmet süresi aynı celbe tabi olup, yedek subay adayları olarak ayrılanların hizmet süresinin yarısı kadardır. Bu hizmetler askerlik şubesinden sevk tarihinden başlar. Belirtilen sürelerden fazla askerlik yapanların fazla hizmetleri, askerlik çağının sonundan iki kat olarak düşülür. Bu Kanunun tespit ettiği esaslar dışında veya muvazzaflık hizmetini yapmadıkça hiçbir fert askerlik çağından çıkarılamaz.

4 1111 sayılı Kanun Madde 6

5 1111 sayılı Kanun Madde 58

1 Süzek Sarper; İş Hukuku, 12. Bası, Ankara 2016, s. 256  
2 www.tdk.gov.tr

- İşçinin (veya sözleşmenin kurulumu işverenin kişiliği ile doğrudan ilgiliyse işverenin<sup>6</sup>) ölümü.

- Fesih.<sup>7</sup>

Söz konusu sona erme hallerinden ilk üçü, inceleme konumuzla doğrudan ilgili değildir.

## 1. Fesih

Fesih, karşı tarafa ulaşmakla sonuç doğuran bozucu, yenilik doğurucu bir irade beyanıdır. İşçi tarafından kullanılacak fesih hakları genel olarak 4857 sayılı İş Kanunu'nun 17. ve 24. maddelerinde; işveren tarafından kullanılacak fesih hakları ise 17, 18 ve 25. maddelerinde düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemelerde askerlikle ilgili bir hüküm yer almamaktadır.

İş Kanunu'nun "Askerlik kanunundan doğan çalışma" başlıklı 31. maddesinin ilk üç fıkrası<sup>8</sup> askerlik ve iş sözleşmesinin feshi konularını dü-

zenlemektedir. 31. maddenin birinci fıkrasının son cümlesindeki "işverence feshedilmiş sayılır" ifadesiyle esasında bir kendiliğinden sona erme halinin anlatılmadığını, işverene bir fesih hakkı tanındığını anlamak gerekir kanaatindeyiz. İkinci fıkrada "işçinin bu haktan faydalanabilmesi için" denilerek bunun işverene değil, işçiye tanınan bir hak olduğu izlenimi oluşturulmuştur. Esasen burada işçiye, feshi karşı korunma hakkı sağlanmaktadır. İşveren, işçinin en az bir yıl kıdemi varsa, muvazzaf askerlik dışında tatbikat vs. nedenle silah altına alınan işçinin en az iki ay en fazla 90 gün süreyle iş görme edimini yerine getirmemesine katlanmak zorunda olacak, bu sürelerde işçinin iş sözleşmesini feshedemeyecektir. İşçinin 1 yıldan az kıdemi varsa ya da kanunda belirtilen süreler geçmiş olsa da, işveren isterse işçinin bu durumuna katlanır ve iş sözleşmesini feshetmeyebilir, buna bir engel bulunmamaktadır.

Kanun metninde "feshin işveren tarafından yapılmış sayılacağı" belirtilerek, işçinin istifası ya da işverenin haklı feshi sayılmasının, böylelikle işçinin kıdem tazminatı hakkına hanel gelmesinin önüne geçilmek istenmiştir. Nitekim kanunun başka bir yerinde de bu durum işveren açısından bir haklı fesih nedeni olarak düzenlenmemiştir.

Ne var ki, inceleme konumuz olan "muvazzaf askerlik" söz konusu hükümlerde özellikle dışlanarak<sup>9</sup>, bu fıkralarda yalnızca "manevra veya herhangi bir sebeple silah altına alınan veyahut herhangi bir kanundan doğan çalışma ödevi yüzünden işinden ayrılan" işçiler için düzenleme yapılmıştır.

4857 sayılı İş Kanunu'nda da Türk Borçlar Kanunu'nda da "muvazzaf askerlik görevi" sebebiyle iş sözleşmesi feshine ilişkin bir düzenleme yer al-

6 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Madde 441/2

7 Bilinen bu dört durum dışında bir de İş Kanunu'nun 13. maddesine 29.01.2016 tarih ve 6663 sayılı Kanunla eklenen 5. fıkrada "Kısmi süreli çalışmaya geçen işçinin tam zamanlı çalışmaya başlaması durumunda yerine işe alınan işçinin iş sözleşmesi kendiliğinden sona erer." şeklinde bir ifade yer almaktadır. Söz konusu düzenleme ile fesih dışında yeni bir "kendiliğinden sona erme" durumu yaratılmıştır. Söz konusu düzenleme öğretisi tarafından da haklı olarak eleştirilmiştir. Bkz: Çelik, Nuri/Canikliolu, Nurşen/Canpolat, Talat; İş Hukuku Dersleri, 29. Bası, İstanbul 2016 s. 156, Ocak, Saim; Doğum/Evlat Edinme Nedeniyle Kısmi Süreli Çalışma Uygulaması, Sicil İş Hukuku Dergisi, 37. Yıl 2007, Sayı 37 s.87

8 4857 sayılı Kanun madde 31: Muvazzaf askerlik ödevi dışında manevra veya herhangi bir sebeple silah altına alınan veyahut herhangi bir kanundan doğan çalışma ödevi yüzünden işinden ayrılan işçinin iş sözleşmesi işinden ayrıldığı günden başlayarak iki ay sonra işverence 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 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 süre bu sürenin bitiminden sonra işlemeye başlar. Ancak iş sözleşmesi belirli süreli olarak yapılmış ve sözleşme yukarıda yazılı süre içinde kendiliğinden sona eriyorsa bu madde hükümleri uygulanmaz.

9 4857 sayılı İş Kanunu 31. maddenin ilk yasal karşılığı olan 3008 sayılı İş Kanunu'nun 24. maddesinin ilk kaleme alınıp şeklinden, muvazzaf askerlik hizmeti ödevi nedeniyle işinden ayrılan işçinin de iş sözleşmesinin altmış gün sonra münfesihi sayılabileceği; ancak daha sonra yapılan bir tadille, maddedeki "muvazzaf askerlik hizmeti dışında" ifadesinin eklendiği anlaşılmaktadır. Bkz: Birecik, Mustafa; Askerlik Hizmetinin İş Sözleşmesine Etkisi Yüksek Lisans Tezi, s. 14 ve belirtilen dipnotlar

mamaktadır.<sup>10</sup>

Mülga 1475 sayılı İş Kanunu'nun halen yürürlükteki 14. maddesinde "işçilerin hizmet akitlerinin ... işçi tarafından... muvazzaf askerlik hizmeti dolayısıyla ... feshedilmesi" halinde kıdem tazminatı ödeneceği hükme bağlanmıştır.<sup>11</sup>

Görüldüğü üzere muvazzaf askerlik, işçinin iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedebileceği haklı ya da geçerli bir sebep olarak düzenlenmiştir.<sup>12</sup> 1475 sayılı Kanun da muvazzaf askerlik ile iş sözleşmesinin feshi konularını düzenlemektedir. Sadece işçinin iş sözleşmesini muvazzaf askerlik sebebi ile feshettiğinde kıdem tazminatına hak kazanacağına dair bir sonucu belirtmektedir. Kıdem tazminatı hakkı olmayan, örneğin 1 yıldan az kıdemi olan bir işçinin muvazzaf askerlik nedeniyle işinden ayrılması halinde iş sözleşmesinin akıbetinin ne olacağına dair bir soruya, 1475 sayılı Kanunun 14. maddesinde cevap bulmak mümkün değildir.

Yeri gelmişken belirtmek gerekir ki, hak sahibi, sahibi olduğu hakkı kullanıp kullanmamakta özgürdür. Bu itibarla, işçinin 1475 sayılı Kanun'daki söz konusu haktan faydalanabilmesi için, bu hakkını kullanması, iş sözleşmesini belirtilen nedenle feshetmesi gerekir. İşçinin bu hakkı varken, bu hakkını kullanmayıp, iş sözleşmesini bir başka nedenle feshetmesi de pekala mümkündür. Fesih gerekçesi olarak bir başka nedeni bildiren işçi, iş sözleşmesi sona erdikten sonra muvazzaf

askerlik hizmetini yerine getirmeye başlasa bile (bildirdiği asıl fesih gerekçesi ayrıca kıdem tazminatı hakkı doğuran bir neden değilse) bu hüküm çerçevesinde kıdem tazminatı alacaklısı olamayacaktır.<sup>13,14</sup>

## 2. Askı Hali

Askı halinin tanımı mevzuatımızda yapılmamıştır. Mahiyeti itibarıyla güç tanımlanabilir bir kavram olması kadar iş hukukundaki kimi düzenlemeler nedeniyle de iş sözleşmesinin askıya alınmasında ortak tanıma varılamamış; kavram farklı tanımlamalara, yaklaşımlara konu olmuştur.<sup>15</sup> Yargıtay içtihatlarında da değinildiği üzere<sup>16</sup> askı halini kısaca sözleşmenin ayakta olduğu, ancak tarafların bazı edimlerinin bir süre ifa edilmediği bir süreç olarak tanımlamak mümkündür. İş yapma ve ücret gibi iki temel borç dışında, gözetme, sadakat gibi diğer borçlar askı halinde de devam eder.<sup>17</sup> Askı hali yasal nedenlerle olabileceği gibi<sup>18</sup>, tarafların iradeleri dışında zorunlu hallerde de<sup>19</sup> ortaya çıkabilir. Ancak, kanuna, ahlaka aykırı olmayan her konuda sözleşme özgürlüğü oldu-

10 5953 sayılı Basın Mesleğinde Çalışanlarla Çalıştıranlar Arasındaki Münasebetlerin Tanzimi Hakkında Kanun (Basın İş Kanunu) ise 16. maddesi ile muvazzaf askerlik ve iş sözleşmesinin feshi konularında ayrıntılı bir düzenleme yapmıştır.

11 İşçinin 1475 sayılı Kanunun 14. maddesi hükümleri uyarınca emeklilik, muvazzaf askerlik, evlilik gibi nedenlerle iş sözleşmesini feshetmesi durumunda ihbar tazminatı talep hakkı bulunmamaktadır. Anılan feshlerde işveren de ihbar tazminatı talep edemez. Yargıtay 9. HD., 25.1.2012 T., E. 2009/36097 E., 2012/1761 K.

12 İş Kanunu 25/III muvazzaf askerlik nedeniyle işe gelmeyen bir işçi için kullanılabilir mi, tartışılabilir. Ancak bu halde de yapılacak işveren feshinin nedeni muvazzaf askerlik olmayacaktır. Mollamahmutoğlu'na göre de "Muvazzaf askerlik hizmeti gelen işçinin iş sözleşmesi işveren tarafından da feshedilebilir." Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı Muhittin; İş Hukuku, 4. Basi, Ankara, 2011, s. 971

13 "Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 28.11.1990 gün 1990/9-464 E. 1990/592 K. sayılı ilamında da iş sözleşmesini fesheden tarafın ileri sürdüğü fesih sebepleri ile bağlı olduğu ve bildirdiği fesih nedenini sonradan değiştirmesinin mümkün olmadığı belirtilmiştir." Yargıtay HGK 19.11.2014 T., 2013/9-1075 E., 2014/923 K.

14 Yargıtay kararlarına konu olan birçok uyumsuzlukta, işçi tarafından yapılan feshin askerlik nedeniyle yapılmış olup olmadığı açıklığa kavuşturulmaya çalışılmıştır. Bu konuda Yargıtay işçinin işten ayrıldıktan makul bir süre sonra askere gitmiş olup olmadığını kriter olarak görmüştür. İşten ayrıldıktan 1 ay sonra askere giden işçi için süreyi makul bulurken 1 yıl sonra giden işçi için bunun askerlik nedeniyle bir fesih olarak kabul edilemeyeceğine karar vermiştir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 08.03.2004 T., 2003/15708 E., 2004/4284 K., Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 01.03.1994 T., 1993/10594 E., 1994/3038 K.

15 Mollamahmutoğlu/Astarlı s. 677

16 "Hizmet aktinin askı hali mevsimlik işlerde, grev lokavt, kısa süreli askerlik gibi hallerde söz konusu olan istisnai bir durumdur. Askı halinde işçinin işgörme, işverenin ise ücret ödeme yükümlülükleri askıdadır." Yargıtay 9.HD. 9.6.1998 T., 1998/3326 E., 1998/10120 K.,

17 Süzek, s.524

18 Örneğin, grev süresinde iş görme edimini yerine getirmeyen işçi açısından yasal bir askı hali söz konusudur.

19 Örneğin işçinin sağlık nedenleri iş göremeyecek durumda olduğu hallerde taraf iradelerinden bağımsız bir askı hali oluşabilmektedir.

ğundan<sup>20</sup>, tarafların da kendi aralarında anlaşarak askı hali oluşturmalarına engel bulunmamaktadır.

İş Kanunu 31. madde 1. fıkrada “iş sözleşmesinin feshedilmiş sayılabilmesi için beklenilmesi gereken süre içinde işçinin ücreti işlemez” ifadesiyle yasal bir askı hali düzenlenmiştir. İşçi iş görme edimini yerine getirmeyecek, işveren de iş sözleşmesinin feshedilmiş sayılacağı zamana kadar ücret ödemeyecektir. Ancak daha önce de belirttiğimiz üzere muvazzaf askerlik maddenin bu düzenlemesinin kapsamı dışında tutulmuştur.

Askı halinin daha yaygın olarak ortaya çıktığı durum ise “ücretsiz izin” uygulamalarıdır. Ücretsiz iznin mutlak surette her iki tarafın anlaşması ile kararlaştırılabileceği, işverenin tek taraflı olarak uyguladığı ücretsiz iznin fesih sayılacağı Türk iş hukuku uygulamasında genel kabul görmüştür.<sup>21</sup> İki tarafın anlaşması ile kararlaştırılabilecek olması, bunun bir sözleşme olduğunun göstergesidir.

Bir sözleşmesinin geçerli bir biçimde kurulabilmesi için, “tarafların hukuki ehliyeti”, “hukuka ahlaka adaba uygunluk”, “ifa imkansızlığının bulunmaması”, “irade ile beyan arasında uyum” ve geçerlilik şeklinin arandığı hallerde bu “şekle uygunluk” unsurlarının sözleşmede bulunması zorunludur.<sup>22</sup>

Ücretsiz iznin süresiyle ilgili bir zaman sınırlaması ve geçerliliği için şekil şartı bulunmamaktadır.<sup>23</sup>

Bu durumda, işçinin muvazzaf askerlik süresi boyunca ücretsiz izinli sayılması ve iş sözleşmesinin askıda kalması yönünde tarafların anlaşması-

na hukuken hiçbir engel bulunmamaktadır.<sup>24,25</sup> Bu halde işçi, muvazzaf askerliği süresince (ücretsiz izinli olduğu/iş sözleşmesinin askıda bulunduğu dönem boyunca) iş görme edimini ifa etmeyecek, işveren de ücret ödeme borcunu ifa etmeyecektir.<sup>26</sup> İş sözleşmesi devam ettiği için kıdem tazminatı alacağı/borcu da gündeme gelmeyecektir.

Nitekim mevzuatımızda muvazzaf askerlik süresi boyunca iş sözleşmelerinin askıda olabileceğinin izlerini bulmak mümkündür. Örneğin 4857 sayılı İş Kanunu’nun 7. maddesinin “a” fıkrasında yer alan “askerlik hizmeti hâlinde ve iş sözleşmesinin askıda kaldığı diğer hâllerde” ifadeleriyle askerliğin de bir askı hali olabileceği açıkça belirtilmiştir.<sup>27</sup> Yine 55. maddesinin “c” fıkrasının<sup>28</sup> mefhum-u muhalifinden, muvazzaf askerlik hizmeti süresinin yıllık ücretli izin hakkının hesabında çalışılmış gibi sayılmayacağı anlamını çıkarmaktadır ki, burada da tarafların muvazzaf askerlik süresinde iş sözleşmelerini sona erdirmemiş olma ihtimallerinin yasa koyucu tarafından öngörülmüş olduğu anlamına gelmektedir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 409. maddesinde de (muvazzaf askerlik de istisna tutulmaksızın) askerlik nedeniyle iş görme edimini ifa edemeyen işçiye, belirli şartlarda bir miktar ücret ödenmesi öngörülerek bir askı haline işaret edilmiştir.<sup>29</sup>

24 “Şüphesiz askerlik nedeniyle akdin feshi yerine taraflar anlaşarak askerlik süresince sözleşmenin askıda kalacağını da kararlaştırabilirler ve böyle bir durumda kıdem tazminatı da gündeme gelmez.” Akyiğit, Ercan; İş Hukuku, 11. Bası, Ankara 2016, s. 365

25 Şen, Murat “İş Hukukunda Askerlik Yükümlülüğü Nedeniyle İşten Ayrılmanın Ortaya Çıkardığı Sorunlar ve Askerliğini Bedelli Olarak Yapanların Hizmet Akitlerinin Durumu”, Yargıtay Dergisi, C. 27, s. 3, Temmuz 2001, s. 572

26 Taraflar dilerlerse, askı halinde de tam ya da kısmi ücret ödenmesi yönünde de anlaşabilirler.

27 4857 sayılı İş Kanunu Geçici iş ilişkisi başlıklı 7. madde: “a) Bu Kanunun 13 üncü maddesinin beşinci fıkrası ile 74 üncü maddesinde belirtilen hâllerde, işçinin askerlik hizmeti hâlinde ve iş sözleşmesinin askıda kaldığı diğer hâllerde,..kurulabilir.”

28 4857 sayılı İş Kanunu 55. madde “c) İşçinin muvazzaf askerlik hizmeti dışında manevra veya herhangi bir kanundan dolayı ödevlendirilmesi sırasında işine gidemediği günler (Bu sürenin yılda 90 günden fazlası sayılmaz).”

29 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu madde 409- “Uzun süreli bir hizmet ilişkisinde işçi, hastalık, askerlik veya kanun-

20 1982 Anayasası, Çalışma ve Sözleşme Hürriyeti başlıklı 48. madde: Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir.

21 “Dairemizce, işverenin tek taraflı olarak ücretsiz izin uygulamasına gitmesi halinde, bunu kabul etmeyen işçi yönünden “işverenin feshi” olarak değerlendirilmektedir.” 22. HD. 25.4.2016 T., 2015/7107 E., 2016/12065 K.

22 Kılıçoğlu, Ahmet; Borçlar Hukuku, 21. Bası, Ankara 2017 s. 126

23 İşverenden gelen ücretsiz izin teklifi, İş Kanunu 22. Madde kapsamında değerlendirilebilecek bir esaslı değişiklik olacaksa, elbette yazılı olarak yapılması gerekecektir.

Tarafların iradelerinin örtüşmesiyle belirlenen bu askı süresi sona erdiğinde ise, işçinin iş görme borcu, işverenin de ücret ödeme borcu yeninden muaccel olacaktır. Askı süresi bitmesine rağmen iş görme borcunu yerine getirmeyen işçi de işçiye iş vermeyen ve dolayısıyla ücret ödemeyen işveren de bu davranışlarının hukuki sonuçlarına katlanmak durumunda olacaklardır. Bu davranışların sonucu bir fesih olacaktır ve bu fesih de muvazzaf askerlikle ilgili bir fesih olamayacaktır.<sup>30</sup>

İşçinin muvazzaf askerlik görevini yapmak ve fakat iş sözleşmesini de sonlandırmamak gibi bir isteği, iradesi de olabilir. Hemen belirtmek gerekir ki, işverenin bu talebi kabul etmek gibi bir yükümlülüğü bulunmamaktadır.<sup>31</sup> İşçi bu talebini açıkça dile getirdiğinde, bu iradeyi hukuken nereye oturtabiliriz? Bunu bir işçi feshi (istifa) olarak düşünemeyiz. Çünkü şarta bağlanmış bir talep var ve hukukumuzda şarta bağlı istifaya geçerlilik tanınmamaktadır.<sup>32</sup>

Kanaatimizce işçinin iş sözleşmesini feshetmeksizin askerlik görevini yerine getirmek istemesi; işçinin askı hali yaratılması konusunda iş-

verene ilettiği bir icap olarak değerlendirilebilir. İşveren bu icabı kabul edebileceği gibi, reddedebilir de. İşveren tarafından icap kabul edildiğinde, bu yöndeki sözleşme kurulmuş olur ve belirtilen dönemler için askı hali oluşur. İşçinin talebi işveren tarafından reddedildiğinde ise işçinin önünde iki seçenek vardır: Ya talebinden vazgeçer ve (askerliğini tecil ettirerek belki de) işe devam eder ya da iş sözleşmesini askerlik nedeniyle fesheder.

### 3. İradelerin Sarih Olmaması

Yukarıda açıklanmaya çalışıldığı üzere, iş sözleşmesinin askerlik nedeniyle işveren tarafından feshi mümkün değildir. İşçinin iradesiyle iş sözleşmesi işçi tarafından askerlik nedeniyle feshedilebilir. Taraflar karşılıklı anlaşarak iş sözleşmesini askıya da alabilirler.<sup>33</sup>

Hukuk, tarafların sözleşmelere verdikleri isimlere değil, asıl iradelerine kıymet verir.<sup>34</sup> Tarafların iradelerinin sarih olarak ortaya konmadığı durumlarda asıl iradenin ortaya çıkarılması gerekir. Fesihte, feshedenin iradesinin, askı halinde ise, askı hali iki tarafın anlaşmasını gerektiren bir sözleşme olduğundan, her iki tarafın iradesinin de ortaya çıkarılması gerekecektir.

İş hukukunda genel olarak yazılılık geçerlilik değil, ispat koşuludur.<sup>35</sup> Bu yüzden de yazılı olmayan, sadece sözlü beyanlarla, hatta söz de içermeyen davranışlarla iş sözleşmeleri kurulabilmekte<sup>36</sup>, feshedilebilmektedir. Taraflardan birisi eylemli bir fesih yapabileceği gibi, her iki taraf da karşılıklı olarak yazılı (hatta belki de sözlü) bir beyanda bulunmaksızın askı hali oluşturma yönünde elbette anlaşma sağlayabilecektir.<sup>37</sup>

dan doğan çalışma ve benzeri sebeplerle kusuru olmaksızın, iş gördüğü süreye oranla kısa bir süre için işgörmeye edimini ifa edemezse işveren, başka bir yolla karşılanmadığı takdirde, o süre için işçiye hakkaniyete uygun bir ücret ödemekle yükümlüdür.”

30 “Mahkemenin gerekçesinde belirttiği “iş akdinin işverence feshedilmediği” gerekçesi askı haline ilişkin olup, bu halde davacı işçinin yasanın 31 /son maddesindeki tazminattan yararlanması mümkün olmayıp, koşulları varsa işe iade davası açabilir.” Yargıtay 9. HG, 3.05.2010 T., 2008/24783 E., 2010/12023 K.

31 Yargıtay 9HD 04.12.2006 T., 2006/23768 E., 2006/31653 sayılı karardaki “Somut uyuşmazlıkta, davacı askerlik için işyerinden ayrıldığında, Toplu İş sözleşmesinin anılan hükmünden yararlanmak istediğini içeren dilekçe ile davalı işverene başvurmuştur. Bu başvuru iş sözleşmesinin askıda olduğu anlamını taşımadığı gibi, davalı işveren askerlik dönüşü de iş sözleşmesinin askıda olduğu yönünde bir tasarrufta bulunmamıştır. “şeklindeki ifadelerden benzer bir uyuşmazlığın yaşandığı, işveren tarafından, işçinin askı hali oluşturma talebinin kabul edilmediği anlaşılmaktadır.

32 “Şarta bağlı istifa kuralı olarak geçerli değildir. Uygulamada en sık karşılaşıldığı üzere işçinin ihbar ve kıdem tazminatı haklarının ödenmesi şartıyla ayrılma talebi istifa olarak değil, olsa olsa ikale (bozma sözleşmesi) yapma yönünde icap biçiminde değerlendirilmelidir.” Yargıtay 22. HD. 13.10.2014 T., 2014/25145 E., 2014/27302 K.

33 Süzek, s. 535

34 TBK Md. 19: Bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır.

35 Yazılılığın geçerlilik şartı olduğu süresi bir yıldan daha fazla belirli süreli iş sözleşmeleri ve takım sözleşmeleri için bkz: Mollamahmutoglu/Astarlı, S 460

36 Akyiğit, 138, 258

37 İş Kanunu 22. Madde kapsamındaki esaslı değişikliklerde yazılı kabul şartı aranmaktadır. Ayrıca Yargıtay tarafından örtülü kabule geçerlilik tanınan kararlara da rast-

Örneğin işçi muvazzaf askerlik durumunu veya başka bir (haklı) fesih nedenini (sarih ya da zımni olarak) bildirmeksizin işi bıraktığında, işçinin asıl iradesinin askerlik nedeniyle işten ayrılma olduğu ispatlanmadıkça, işverenin (devamsızlık nedeniyle) haklı olarak iş sözleşmesini feshetme hakkı doğabilecek ya da bu durum işçinin haksız feshi olarak değerlendirilebilecektir.

Elbette başka örnekler de verilebilir ve başka yorumlar da yapılabilir, ancak her halükârda varılan sonucun gerçek bir "taraf iradesi" ve bu iradenin ortaya çıkardığı "hukuksal sonuç" olması zorunludur. Ortaya çıkabilecek bu hukuksal sonuç (sözleşmenin kesintisiz devamı değilse) -iş sözleşmesi muvazzaf askerlik nedeniyle kendiliğinden sona ermeyeceğinden- ya fesih ya da askı hali yaratmak olacaktır.<sup>38</sup>

İşçi ve/veya işverenin iş sözleşmesinin feshi ve/veya askı hali oluşturma konusundaki iradelerinin sarih olmadığı hallerde, kıdem tazminatının ödenmiş olup olmaması tarafların asıl iradelerinin açığa çıkarılmasında yardımcı olabilir.

İşçinin muvazzaf askerlik görevini yapmak için işten (bir süre) ayrılmak ve fakat iş sözleşmesini de sonlandırmamak iradesinin sarih olmadığı bir örnekte örneğin, bunun işçi yönünden olsa olsa ücretsiz izin anlaşmasına yönelik bir icap olabileceğini belirtmiştik. İşveren açısından ise, işçinin bu talebine rağmen kıdem tazminatı ödemesi yapılmamış olması, işçinin devamsızlığı vs sebeplerle iş sözleşmesini sona erdirmemiş olması karşısında işveren tarafından işçinin icabının zımni olarak kabul edildiği ve muvazzaf askerlik süresi boyunca bir askı hali yaratılmış olduğu anlamına gelebilir.<sup>39</sup>

lanmaktadır: Yargıtay 9. HD. 30.03.2006 T. 2005/28789 E., 2006/8012 K.

38 Muvazzaf askerliğin iş sözleşmesini kendiliğinden sona erdiren bir sebep olacağına dair görüşler için bkz: Şen, 565 vd. ve yapılan atıflar

39 Muvazzaf askerlik nedeniyle işçinin işinden ayrılan işçiye ödenen kıdem tazminatının bir fesih iradesi sonucu verilmiş olup olmaması, askerlik sonrası yeniden işe başlayan işçinin kıdem tazminatı hesabında da önem arz edecektir. 1475/14-3 gereğince "işçilerin kıdemleri, hizmet akdinin devam etmiş veya fasilalarla yeniden akdedilmiş olmasına bakılmaksızın aynı işverenin bir veya

Türk Borçlar Kanunu'nun "Örtülü kabul" başlıklı 6. maddesi şu şekildedir:

"Öneren, kanun veya işin özelliği ya da durumun gereği açık bir kabulü beklemek zorunda değilse, öneri uygun bir sürede reddedilmediği takdirde, sözleşme kurulmuş sayılır."

Askerlik süresince iş sözleşmesinin askıda kalması yönünde yapılacak sözleşme için "Kanun veya işin özelliği ya da durumun gereği" açık bir kabulü gerektirmediğinden, askı hali oluşturmak istemeyen işverenlerin bu yönde bir taleple karşılaşmalarında, uygun bir sürede ücretsiz izin talebini (öneriyi, icabı) reddetmeleri gerekir.

Unutmamak gerekir ki, iş yargısının önüne gelen uyuşmazlıkların büyük bir bölümü, kıdem tazminatı hakkı olduğu halde bunun ödenmediğini iddia eden işçilerin açtığı davalardır. Bir yanda da iş sözleşmesi kesintisiz devam ettiği halde avans niteliğinde kıdem tazminatı ödemesi yapılan örnekler bulunmaktadır. Bu sebeple, sadece kıdem tazminatının ödenmiş olup olmadığına bakmak, tarafların gerçek iradelerini ortaya çıkarmaya yetmeyebilir. Kıdem tazminatı ödemesi, iş sözleşmesini sona erdiren bir sebep değil, iş sözleşmesinin sona ermesinin bir sonucudur.

Aynı şekilde SGK'ya yapılan işten çıkış bildirimleri de iradelerin sarih olmadığı durumlarda asıl iradenin ortaya çıkarılmasında yardımcı unsurlar olabilecektir. Burada da tıpkı kıdem tazminatı örneğinde olduğu gibi, tek kıstasın SGK bildirimleri olması doğru sonuca ulaştırmayabilir. Fiili durumla kaydi durum arasında fark olduğunda da SGK kayıtlarına değil, fiili duruma göre hukuki işlemlerin tesisi gerekecektir.

Elbette işçilerin ve işverenlerin iradelerini açık, anlaşılır ve yazılı olarak ortaya koymaları bu yöndeki belirsizliklerin ve tüm tartışmaların önüne geçecektir.

değişik işyerlerinde çalıştıkları süreler göz önüne alınarak hesaplanır." Askerlik öncesi dönemin tasfiye edilmiş sayılması için kıdem tazminatının avans amacıyla ödenmemiş; fesih iradesi sonucu ödenmiş olması gerektirir. Ayrıca bkz: Yargıtay HGK. 10.04.2013 T., 2012/9-1372 E., 2013/500 K.

## IV. İş Kanunu Madde 31/Son

Hukukumuzda genel olarak sözleşme serbestisi vardır.<sup>40</sup> Bu sözleşme serbestisi, sözleşme yapıp yapmamayı, yapılacak sözleşmenin kiminle yapılacağını ve içeriğini serbestçe belirlemeyi de kapsar. Bu serbesti elbette sınırsız değildir. Kanun, ahlak, kamu yararı gibi nedenlerle sınırlandırılmaktadır. İş Kanunu 31/son da bu anlamda sözleşme serbestisini sınırlayan yasal düzenlemelerden birisidir.

İş Kanunu'nun 31. maddesinin son fıkrası şu şekildedir:

*"Herhangi bir askeri ve kanuni ödev dolayısıyla işinden ayrılan işçiler bu ödevin sona ermesinden başlayarak iki ay içinde işe girmek istedikleri takdirde işveren bunları eski işleri veya benzeri işlerde boş yer varsa derhal, yoksa boşalacak ilk işe başka isteklilere tercih ederek, o andaki şartlarla işe almak zorundadır. Aranan şartlar bulunduğu halde işveren iş sözleşmesi yapma yükümlülüğünü yerine getirmezse, işe alınma isteğinde bulunan eski işçiye üç aylık ücret tutarında tazminat öder."*<sup>41</sup>

Kanunun bu hükmü ile işverenin hem sözleşme yapıp yapmama hem sözleşmeyi yapacağı kişiyi hem de sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğüne sınırlama getirilmekte; askerlik sebebiyle işten ayrılan eski işçiyle, o anki şartlarla iş sözleşmesi yapma zorunluluğu getirilmektedir.

Söz konusu düzenlemede "işinden ayrılan" ifadesine yer verilerek tartışmaya açık bir durum meydana getirilmiştir. "İşinden ayrılan" yerine "iş sözleşmesi sona eren" ya da "iş görme borcunu yerine getiremeyen" ifadeleri kullanılsaydı, hem daha hukuki bir terim olurdu, hem de daha az te-

reddüde meydan verilebilirdi kanaatindeyiz.

İş Kanunu madde 31/son gereği askerlik dönüğü işverence işe alınıp alınmaması yeni bir iş sözleşmesinin kurulup kurulmaması ile ilgilidir. Önceki iş sözleşmesinin devamıyla ilgili değildir. Madde metnindeki "iş sözleşmesi yapma yükümlülüğü" ifadesi ve son cümledeki "eski işçiye" ifadesi de bunu doğrular niteliktedir. İş sözleşmesi sona ermiştir ki, böyle bir yükümlülüğe yer verilmiştir. Dolayısıyla son fıkrada yer alan "işinden ayrılan" ifadesi ile (1. fıkradakinden farklı olarak) sadece işten el çekmenin değil, iş sözleşmesinin sona ermiş olduğunun kast edilmiş olduğu anlaşılmaktadır. Yargıtay kararlarında da bu husus istikrar kazanmış durumdadır.<sup>42</sup>

İşçinin muvazzaf askerlik görevine giderken işverenle anlaşarak ücretsiz izne ayrılması durumunda, iş sözleşmesi zaten devam ettiğinden, yeni bir iş sözleşmesinin kurulması da imkânsız olacaktır. Dolayısıyla söz konusu madde sadece askerlik nedeniyle iş sözleşmesi sona erenleri kapsamaktadır.

İşçi, iş sözleşmesini askerlik nedeniyle sona erdirmişse, askerlik görevini tamamladıktan sonra, 31. madde kapsamında işvereninden yeni bir iş sözleşmesi yapılmasını talep edebilir. Maddede aranan şartlar olmasına rağmen bu talebi reddeden işveren, maddede düzenlenen 3 aylık ücret tutarındaki tazminatı ödemek durumunda kalır.<sup>43</sup>

İşçi ile işveren anlaşarak iş sözleşmesini askıya aldıklarında, askı süresi sonunda iş ilişkisi tüm hak ve borçlarıyla devam eder. Askı süresi sona erdikten sonra işçinin ya da işverenin iş sözleşmesini feshetmesi halinde, artık bu feshin muvazzaf askerlikle ve dolayısıyla İş Kanunu'nun 31. maddesiyle de hiçbir ilgisi olamayacaktır. Askı süresi sona erdikten sonra işçinin işe başlamaması halinde, bu durum işçinin iş görme borcuyla ilgili

40 TBK Mad. 26

41 Benzer bir hüküm, cezai müeyyideye yer verilmeksizin daha kısa bir şekilde 1745 sayılı Mülga İş Kanunu'nda da yer almaktadır: Madde 27 Herhangi bir askeri ve kanuni ödev dolayısıyla işinden ayrılan işçilerden bu ödevin sona ermesinden başlayarak iki ay içinde işe girmek için başvuranları, işverenler boş yerlere öncelikle işe alma zorundadırlar. 3008 sayılı İş Kanunu'nun 24. maddesi de 4587 sayılı Kanunun 31. maddesi ile benzer içeriktedir ancak 31/son fıkrayla benzer bir hüküm yer almamaktadır.

42 Yargıtay 22.HD 05.05.2014 T., 2014/11565 E., 2014/11387 K, Yargıtay 22. HD. 13.10.2014 T., 2014/25145 E., 2014/27302 K.

43 "Yasal koşulları sağladığı halde yeniden işe alınmamak, mevcut bir sözleşmenin feshi sayılmaz" Akyiğit 148-149 Dolayısıyla ayrıca bir işe başlatmama tazminatı vs. hakkı doğmayacaktır.



olarak temerrüde düşmesi halidir ve başka bir haklı neden de yoksa, bu durum işçinin haksız feshi, istifa olarak nitelendirilir. İşçinin işe başlamak istemesine rağmen işverence işe başlatılması ise bir işveren feshi olur. İşverenin başka bir haklı ya da geçerli nedeni yoksa bu fesih haksız ve geçersiz bir fesih olacaktır. İşverenin, işçinin askerlik nedeniyle geçici olarak iş görme edimini yerine getirmemiş olmasının ise işveren tarafından bir fesih nedeni yapılamayacağı tartışmasıdır.

4857 sayılı Kanun 31/son fıkra, kişi bakımından kapsamı dışında da açıklığa kavuşturulmaya ihtiyaç duyulan hususlar içermektedir. Bunlardan birisi 2 aylık süredir.<sup>44</sup> Örneğin İş Kanunu'nun 21. maddesinde işçinin işverene işe başlatılmak için başvuru yapması için 10 işgünlük; işçinin işçiyi işe başlatması için de 1 aylık süreler öngörülmüştür. Bu sürelerin iradelerin açıklanması için öngörüldüğü, postadaki gecikmeler vs nedenlerin dikkate alınmayacağı Yargıtay kararları ile istikrar kazanmıştır.<sup>45</sup> 31/son fıkradaki iki aylık sürenin, hem işçinin muvazzaf askerlik görevinin bittiği günden itibaren başladığı ve tüm sonuçları ile 2 ayda sonlanacağı kanaatindeyiz.<sup>46</sup> Zira hükümdede yer alan, *"bunları eski işleri veya benzeri işlerde boş yer varsa derhal, yoksa boşalacak ilk işe başka isteklilere tercih ederek"* ifadesiyle ileride boşalacak yerlerle ilgili de yükümlülük getirilmektedir. İşverenin ileride boşalacak işlere söz konusu eski işçileri işe alma yükümlülüğünün süresini belirleyen başka bir düzenleme bulunmamaktadır. Yasa koyucunun sorumluluğun süresiyle ilgili belirsizliğe neden olacak bir düzenleme yapmış olabileceğini düşünmek mümkün değildir, bilakis sorumluluk süresi belirgin hale getirilmek istenmiştir. Dolayısıyla, örneğin işçi 2 aylık sürenin dolmasına yalnızca bir gün kala işverene yeni bir iş sözleşmesi

yapılması için başvuruda bulunduğu, işveren o gün için boş yer varsa işçiyi işe alacak, ancak 2 gün sonra açılan bir pozisyon için, eski işçisiyle iş sözleşmesi yapmaya İş Kanunu 31. madde kapsamında kural olarak zorlanamayacaktır.

Maddedeki "o andaki şartlarla işe almak" ifadesini de işçinin iş sözleşmesi devam etseydi hangi koşullarda çalışacaktıysa o şartlarda işe alınacaktır diye anlamamak gerekir. Zira böyle bir yorum maddenin amacına ve ruhuna uygun olmayacaktır. Söz konusu düzenleme ile daha önceki iş sözleşmesi askerlik nedeniyle "sona ermiş" olan "eski" işçiyi, "yeni" bir iş sözleşmesi yapılmaktadır. O (işçinin yeniden işe başladığı) andaki şartlar, daha öncesine göre işçinin lehine olabileceği gibi, aleyhine de olabilecektir.

"Aranan şartlar bulunduğu halde işveren iş sözleşmesi yapma yükümlülüğünü yerine getirmezse, işe alınma isteğinde bulunan eski işçiye üç aylık ücret tutarında tazminat öder." ifadesindeki üç aylık ücretin tespiti de tartışma konusu olabilecektir. Tazminata esas ücret, işçinin askerlik görevi nedeniyle iş sözleşmesinin sona erdiği andaki ücreti olup, bu bir tazminat olduğundan, son çıplak brüt ücret üzerinden hesaplama yapılması gerekecektir.<sup>47</sup> Akyiğit'e göre<sup>48</sup> tazminata baz alınacak ücretin başvuru anındaki emsal işçilere ödenen ücret olması gerekmektedir. Yeniden işe başlatılmayan fesih olarak kabul edilmediği bir sistemde, bu görüşe tarafımızca katılmak mümkün görünmemektedir. Emsal işçi ücretinden kastın, işçi askere gitmeseydi kıdemi ne olacaktıysa o kıdemdeki işçinin ücreti olarak kabul edilmesi, farazi bir çalışma süresi kabul etmek olur ki, yasa koyucunun böyle bir iradesinin izine rastlamak mümkün değildir.<sup>49</sup>

Son olarak "işveren ... işe almak zorundadır" ifadesindeki "zorunluluğun" mutlak bir sözleşme

44 Akyiğit'e göre bu hak düşürücü süredir. Akyiğit, 148

45 Yargıtay 9. HD 16.6.2010 T., 2008/35175 E., 2010/19236 K. (Kazancı İçtihat Bankası)

46 "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 edilmektedir." Birecik, s.43 dn. 91

47 Tazminata baz alınacak ücretin taraflarca giydirilmiş ücret olarak belirlenmesi de mümkündür. Akyiğit, 149

48 Akyiğit, Ercan; Legal YKİ, 2007/3 s.36

49 Ancak asgari ücretle çalışan bir işçi için, işçinin son ücretini baz almak adına, ödeme tarihindeki asgari ücretin altında bir ücret üzerinden tazminat belirleniminin mümkün olamayacağı kanısındayız.

yapma zorunluluğunun olmadığını, bu “zorunluluğu” yerine getirmemenin müeyyidesinin maddede belirtilen tazminattan ibaret olduğunu; işverenin söz konusu yükümlülüğü yerine getirmemesinin fesih anlamına gelmeyeceğini belirtmek gerekir. Yasa koyucunun böyle bir müeyyideyi seçimlik bir hak tanımaksızın ihdas etmiş olması karşısında, işçinin işe başlatılması doğrultusunda işvereni aynen ifaya zorlamak mümkün değildir.

## V. Bedelli Askerlik

03.08.2018 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan 26.07.2018 tarih ve 7146 sayılı Askerlik Kanunu ile Diğer Bazı Kanunlarda ve 663 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 2. maddesiyle 1111 sayılı Askerlik Kanunu’na Geçici 55. madde eklenmiştir.

Söz konusu madde ile “henüz fiilî askerlik hizmetine başlamamış... yükümlülerin... 21 gün temel askerlik eğitimini yerine getirmeleri şartıyla askerlik hizmetini yerine getirmiş” sayılacakları hükmü getirilmiştir. Aynı maddenin 4. fıkrası ise “Bu madde hükümlerinden yararlananlar temel askerlik eğitimi süresince çalıştıkları iş yeri, kurum ve kuruluşlar tarafından aylıksız veya ücretsiz izinli sayılırlar” şeklindedir.<sup>50</sup>

Söz konusu düzenlemeye göre bu haktan yararlananlar ücretsiz izinli sayılacaktır. Öte yandan 1475 sayılı İş Kanunu’nun halen yürürlükte olan 14. maddesine göre ise askerlik nedeniyle iş sözleşmesini fesheden işçinin kıdem tazminatı alma hakkı bulunmaktadır. Burada birbiriyle çelişen iki hüküm söz konusudur. Bu durumda yorum tekniklerine başvurma zorunluluğu doğmaktadır.

Yorumlara başlamadan önce belirtmek gerekir ki, temel konu muvazzaf askerlik olup, muvazzaf askerlik süresi ve bedelli askerlik, silahlı kuvvetlerin ihtiyacına göre belirlenmektedir.<sup>51</sup> Dolayısıyla

konu salt iş hukukuna ilişkin değildir ve iş hukukundaki işçi lehine yorum ilkesinden müstesna tutulabilecektir.<sup>52</sup> Askerlik Kanunu’nda yapılan bu değişikliğin de iş hukukuna dair bir düzenleme olduğu düşünülse bile, iş hukuku normları da toplum yararını korumak veya iş ilişkisinde belirli dengeleri gözetmek ya da bazı alanlarda esneklik sağlamak için getirilmiş olabilirler.<sup>53</sup>

Bir kanun hükmünü yorumlama yöntemlerini üç ana grupta incelemek mümkündür<sup>54</sup>: Amaçsal (gai), lafzi (deyimsel) ve tarihsel.

Söz konusu düzenleme, konumuz çerçevesinde amaçsal olarak yorumlandığında, madde gerekçesinden<sup>55</sup> yasa koyucunun amacı hakkında fikir edinmek mümkün görünmemektedir. Getirilen düzenlemenin yasal bir askı hali ortadadır. Askı hali, işçilerin iş güvencesinin korunmasında iş hukukunun geliştirdiği hukuki kurumlardan biridir.<sup>56</sup> Yasa koyucunun işçilerin ücretsiz izinli sayılmalarını öngörerek iş güvencesi sağlamak dışında emek piyasasında bir hareketliliğe sebebiyet vermemeyi amaçlamış olabileceğini düşünmek mümkündür.<sup>57</sup>

Bir diğer yorum yöntemi olarak, lafzi yoruma başvurulduğunda ise maddenin “ücretsiz izinli sayılırlar” şeklinde emir kipinde kaleme alınmış olması, işçiye ya da işverene bir seçimlik hakkın tanınmadığı sonucuna ulaştırmaktadır.

Yasa koyucunun asıl iradesinin açığa çıkarılması için<sup>58</sup> başvurulabilecek bir başka yorum yöntemi de tarihsel yorumdur. Kanunun çıktığı döneme bakıldığında (diğer bedelli askerlik dü-

50 Söz konusu düzenleme sadece İş Kanunu’na bağlı çalışanları değil, tüm çalışanları kapsamaktadır. Ancak incelmemiz 4857 sayılı Kanuna tabi çalışanlar yönüyle sınırlıdır.

51 1111 sayılı Kanun Madde 5.

52 Kaldı ki iş hukukundaki işçi lehine yorum ilkesi de sınırsız değildir. İşçi aleyhine olsa da yasada netlik olması durumunda ve kamu yararı olan hallerde işçi lehine yorum yapılamayacaktır. Akyiğit, 46

53 Süzek, s. 23

54 Bilge, Necip; Hukuk Başlangıcı, 35. Bası, Ankara 2017, s. 204

55 <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss2.pdf>

56 Süzek, 524

57 Nitekim, 7146 sayılı Kanunun birinci maddesi, yurt dışında çalışanlar için ne 21 günlük temel askerlik eğitimi ve ne de dördüncü fıkradaki gibi ücretsiz izinli sayılmayı öngörmüştür. Böylece, yurt dışında çalışanların da işlerini kaybetmelerinin önüne geçilmektedir.

58 Mollamahmutoğlu, s. 112

zenlerinin yapıldığı zamanlarda da olduğu gibi) asker ihtiyacının yanı sıra, ülkenin ekonomik durumu da belirleyici olmaktadır. Bedelli askerlik düzenlemesine ihtiyaç duyulan bir dönemde, çalışanların iş güvencesinin sağlanmasının öncelenmiş olması kadar, işverenlerin de toplu bir tazminat talebiyle karşılaşmasının önüne geçilmek istenmiş olması muhtemeldir.

Kanunlar hiyerarşisi açısından baktığımızda da önceki kanun sonraki kanun kıyasında, Askerlik Kanunu'ndaki düzenlemenin daha sonra olduğu, özel kanun genel kanun kıyaslamasında da yine ücretsiz izinli sayılma zorunluluğu getiren düzenlemenin 1475 sayılı Kanun 14. maddeye göre özel kanun olduğu ortadadır.

Tüm bunların birlikte değerlendirilmesinden, 7146 sayılı Kanun ile yeni bir askı halinin ihdas edilmiş olduğunu, bu askı halinin taraf iradelerinden bağımsız ve yasal zorunluluk olduğunu söylemek mümkündür. Elbette 7146 sayılı ile getirilmiş bedelli askerlik imkanından yararlanıp yararlanmama noktasında işçinin serbest bir iradesi söz konusudur. Dileyen işçiler bu dönemde de askerlik görevini 6 ya da 12 aylık süreyle yapabilirler ve bu tartışmaların dışında kalabilirler. Zorunluluk (yasa koyucunun taraf iradelerinin yerine geçtiği nokta), askı hali oluşturmak yönünde talepte bulunan (icapçı) işçiye, işverenin olumlu (kabul) cevabı vermesi noktasındadır.

Şen'in söz konusu düzenlemeden yıllar önce kaleme aldığı düşüncesine göre, 7146 sayılı Kanundaki ücretsiz izinli sayılmaya ilişkin hükümler olmasaydı da söz konusu 21 günlük temel askerlik eğitimi süresince iş sözleşmesinin yasal olarak askıda kalacağı sonucuna ulaşmak mümkündür<sup>59</sup>:

*"BK.m.344/II<sup>60</sup> ile İş K.m.27<sup>61</sup> arasında genel ve özel hüküm ilişkisi vardır ve muvazzaf askerliğin hizmet akdine etkisi bakımından her iki kanunda da açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Şu halde, muvazzaf askerlik ödevi nedeniyle işten ayrılma halinde hizmet akdinin 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 hizmet akdinin hemen sona erdiği kabul edilmeli; bu sürelerden daha kısa ise bu fıkra kapsamında değerlendirilerek akit askıda kabul edilmelidir."*

7146 sayılı Kanunla getirilen haktan yararlanarak askerlik görevini bedelli olarak yerine getirecek kişilerin de iş sözleşmesini askerlik nedeniyle feshedebileceğini (kıdem tazminatı alabileceğini) savunanların bir argümanı da Yargıtay'ın 2015 tarihli bir kararının<sup>62</sup> karşı oyundaki "Davacının .... tarihinde bedelli askerlik başvurusunda bulunduğu ve askerliğini bedelli yaptığı, bir gün dahi silah altına alınmadığı da sabittir." ifadeleridir. Bu ifadenin mefhum-u muhalifinden işçinin bir gün dahi silah altına alındığı durumlarda sözleşmeyi fesih hakkı olduğu belirtilmektedir. Akyiğit de, "Yeter ki, ilgili kişi silah altına alınsın ve bu yüzden iş ilişkisinde bir süre kesinti yaşansın"<sup>63</sup> ifadeleriyle benzer bir görüşü dile getirmiştir. Oysa yasa koyucu mezkur düzenlemedeki "ücretsiz izinli sayılırlar" şeklindeki emir kipindeki hükmü ile iş sözleşmesinde bir kesintiye müsaade etmediği açıktır. İş sözleşmesindeki yükümlülüklerin yerine getirilememesi her zaman bir fesih nedeni olmayabilir. Örneğin İş Kanunu 74. Maddede de doğum yapan kadın işçinin (16 veya çoğul gebelik halinde 18 haftalık) doğum izni bittikten sonra 6 aya kadar iş görme edimini yerine getirmeyebileceği, ancak bunun iş sözleşmesi feshine değil sadece ücretsiz izne/askı haline sebebiyet verebileceği öngörülmüştür.

Bu halde 7146 sayılı Kanunla yapılan değişiklik kapsamında muvazzaf askerlik görevini yerine getiren işçiler için zorunlu bir askı hali öngörülmüş olduğundan, işçinin "temel askerlik eğitimi süresi" sona erince askı hali de sona erecek ve taraflar mevcut iş sözleşmesindeki yükümlüklerini yerine getirmeye devam edeceklerdir. Bu itibarla

59 Şen,574

60 Türk Borçlar Kanunundaki karşılığı madde 409

61 4857 sayılı İş Kanunundaki karşılığı madde 31

62 Yargıtay 9. HD 5.11.2015 T., 2014/15064 E., 2015/31360 K. (www.legalbank.net)

63 Akyiğit, 365

işçinin 4857 s. Kanun 31/son kapsamında başvuru yapmasına zaten yer olmayacaktır.

Öte yandan 7146 sayılı Kanunla getirilen bedelli askerlik düzenlemesi, taraflara bir seçim hakkı tanımadığından, muvazzaf askerlik görevini bu yasa kapsamındaki haktan faydalanarak yerine getirmeyi tercih eden işçinin, iş sözleşmesini askerlik nedeniyle feshedemeyeceği kanaatindeyiz.<sup>64</sup>

4857 sayılı Kanun madde 31/son'da düzenlenen yeniden işe alma zorunluluğundan faydalanabilecek iki grup işçi vardır:

- 31. maddenin ilk fıkrasında bahsedilen muvazzaf askerlik ödevi dışında bir sebeple silah altına alınarak işten ayrılıp da işten ayrılmalarının üzerinden (en az) iki ay geçtiği için iş sözleşmeleri işveren tarafından feshedilmiş sayılanlar,

- İş sözleşmelerini (1475 sayılı İş Kanunu 14. maddeye göre) muvazzaf askerlik nedeniyle sona erdirenlerdir.

7146 sayılı Kanunla getirilen bedelli askerlik hakkından yararlanan işçilerin iş sözleşmeleri feshedilmiş olsa bile, iş sözleşmeleri 1475 sayılı Kanun madde 14 hükmü dolayısıyla feshedilmiş sayılamayacağından, bu işçiler söz konusu iki grubun birinde yer alamayacaklardır. 4857 sayılı Kanun 31/son maddeden faydalanma imkanları da bu nedenle olmayacaktır.

Söz konusu bedelli askerlik düzenlemesini şu şekilde yorumlamak da mümkün olabilir:

Mevzuatımıza göre şu anda muvazzaf askerlik hizmet süresi kısa dönem er ve erbaşlar için 6 ay, yedek subay ile uzun dönem er ve erbaşlar için ise 12 aydır. 7146 sayılı Kanunla askerlik hizmeti süreleriyle ilgili yeni bir düzenleme getirilmiş değildir. 6 ve 12 aylık dönemler dışında, 21 günlük bir askerlik üçüncü bir askerlik şekli ihdas edilmiş değildir. Askerlik hizmetini yerine getirmiş "sayılmak" için geçici bir süre için üç şart getirilmiştir:

1. Kanunda belirtilen yaş aralığında olup belir-

tilen dönem içinde başvuru yapmak,

2. Kanunda belirtilen bedeli ödemek,

3. Kanunda belirtilen 21 günlük eğitimini yerine getirmek.

Buradaki askerlik vazifesi olmayan ancak onun yerine geçen 21 günlük eğitimi, 31. maddenin 1. fıkrasında zikredilen "herhangi bir sebeple silah altına alınma" olarak değerlendirdiğimizde, eğitim süresi zaten iki aydan az olduğundan işçi ve işveren tarafı için bir fesih nedeni kalmayacaktır. Bu yoruma kıymet verilmesi halinde, 7146 sayılı Kanundaki düzenleme ile 4857 sayılı Kanun kapsamında çalışanlara getirilen yenilik şundan ibaret olacaktır: 4857 sayılı Kanunun 31/2. maddesi gereğince sadece 1 yıldan fazla çalışanların 31/1'deki haktan yararlanması mümkünken; 7146 sayılı Kanun sayesinde kıdemi bir yıldan az olanlar da aynı haktan yararlanabileceklerdir.

## VI. Sonuç

4857 sayılı İş Kanunu'nun 31. maddesinin son fıkrasındaki düzenleme, askerlik nedeniyle iş sözleşmesi sona eren eski işçilerle yeniden iş sözleşmesi yapılması zorunluluğuna ilişkindir. İş sözleşmesinin sona ermiş olup olmadığı noktasında bir uyuşmazlık olduğunda tarafların gerçek iradelerinin ortaya çıkartılması gerekir. Askerlik nedeniyle iş sözleşmesini fesheden işçiyle, kanundaki koşullar gerçekleşmiş olmasına rağmen askerlik sonrası yeni bir iş sözleşmesi kurmayan işveren, kanunda düzenlenmiş olan tazminatı işçiye vermek zorunda kalır. Taraflar askerliği bir fesih nedeni yapmayıp, askerlik süresince bir askı hali yaratabilirler ve bu durumda askı hali bitiminde işe başlamak yeni bir iş sözleşmesi değil, mevcut sözleşmedeki yükümlükleri yerine getirmektir. Askı hali olmasına rağmen askı süresi sonrasında işe başlatmamak ya da başlatmamak ise bir fesihtir. 7146 sayılı Kanunla getirilen bedelli askerlik düzenlemesi sonucu iş sözleşmesinin askıda kalması yasal bir zorunluluk olduğundan, feshe, dolayısıyla da 31/son kapsamında yeniden iş sözleşmesi yapma zorunluluğuna imkan olmayacaktır.

64 Aksi yönde görüş için bkz: <http://www.hurriyet.com.tr/ik-yeni-ekonomi/bedellide-tazminat-tartismasi-40942869>

## KAYNAKÇA

- Akyiğit, Ercan; İş Hukuku, 11. Bası, Ankara 2016
- Akyiğit, Ercan; Legal YKİ, 2007/3 s.25-47
- Bilge, Necip; Hukuk Başlangıcı, 35. Bası, Ankara 2017
- Birecik, Mustafa; Askerlik Hizmetinin İş Sözleşmesine Etkisi Yüksek Lisans Tezi, (<http://www.acikarsiv.gazi.edu.tr/index.php?menu=2&se-cim=10&YayinBIK=1754#>)
- Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canpolat, Talat; İş Hukuku Dersleri, 29. Bası, İstanbul 2016.
- Kılıçoğlu, Ahmet; Borçlar Hukuku, 21. Bası, Ankara 2017
- Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı Muhittin; İş Hukuku, 4. Bası, Ankara, 2011
- Ocak, Saim; Doğum/Evlat Edinme Nedeniyle Kısmi Süreli Çalışma Uygulaması, Sicil İş Hukuku Dergisi, 37. Yıl 2007, Sayı 37 s.52-101
- Süzek, Sarper; İş Hukuku, 12. Bası, Ankara 2016
- Şen, Murat "İş Hukukunda Askerlik Yükümlülüğü Nedeniyle İşten Ayrılmanın Ortaya Çıkarıldığı Sorunlar ve Askerliğini Bedelli Olarak Yapanların Hizmet Akitlerinin Durumu", Yargıtay Dergisi, C. 27, S. 3, Temmuz 2001, s. 557-596 ([http://www.muratsen.org/tr\\_TR/makaleler.html](http://www.muratsen.org/tr_TR/makaleler.html))
- Kazancı İçtihat Bankası
- [www.hurriyet.com.tr](http://www.hurriyet.com.tr)
- [www.legalbank.net](http://www.legalbank.net)
- [www.tdk.gov.tr](http://www.tdk.gov.tr)