

## İŞ HUKUKUNDA ASKERLİK YÜKÜMLÜLÜĞÜ NEDENİYLE İŞTEN AYRILMANIN ORTAYA ÇIKARDIĞI SORUNLAR VE ASKERLİĞİNİ BEDELLİ OLARAK YAPANLARIN HİZMET AKİTLERİNİN DURUMU

Yrd. Doç. Dr. Murat ŞEN (\*)

*ANLATIM DÜZENİ: I- Genel Olarak Akit Serbestisi İlkesi ve Hizmet Akdi Yapma Zorunlulukları, II- Askerlik Ödevini Bitiren İşçileri Yeniden Çalıştırma Yükümü, A- Askerlik Yükümlülüğü B- Askerlik Nedeniyle İşten Ayrılanların Hizmet Akitlerinin Durumu, 1- Muvazzaf Askerlik Nedeniyle İşten Ayrılanların Hizmet Akitlerinin Durumu, 2- İhtiyat Askerlik Nedeniyle İşten Ayrılanların Hizmet Akitlerinin Durumu, C- İşverenin Askerlik Nedeniyle İşinden Ayrılan İşçi ile Hizmet Akdi Yapmakla Yükümlü Tutulabilmesi İçin Gerekli Şartlar D- Hizmet Akdi Yapma Zorunluluğunun Hükümleri.*

### I. GENEL OLARAK AKİT SERBESTİSİ İLKESİ VE HİZMET AKDİ YAPMA ZORUNLULUKLARI

1982 Anayasasınının 48. maddesindeki “Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir” ifadesiyle güvence altına alınan “akit ser-

---

(\*) Atatürk Üniversitesi, Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Öğretim Üyesi.

(1) Tankut Centel, İş Hukuku, Cilt 1, Bireysel İş Hukuku, İstanbul 1994, s. 106; Nuri Çelik, İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 15. B., İstanbul 2000, s. 91; Ferit Hakkı Saymen, Türk İş Hukuku, İstanbul 1954, s. 463-464.

bestisi" (sözleşme özgürlüğü) ilkesi, diğer özel hukuk akitlerinde olduğu gibi, hizmet (iş) akitlerinde de genel olarak geçerlidir (1). Kişilerin özel hukuk alanına giren ilişkilerine, sözleşme aracılığıyla diledikleri biçimi verme serbestisini içeren akit serbestisi, öncelikle, kişinin akit yapıp yapmama veya akdi kiminle yapacağını dilediğince kararlaştırabilme yetkisini; sonra da akdin konusunu belirleme serbestisini anlatır (2). Bu özgürlüğün kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlanabileceği maddenin gerekçesinde belirtilmiştir (3).

Hizmet akdi alanında da akit serbestisi ilkesi, öncelikle, hizmet akdini yapıp yapmama serbestisini; sonra, akit yapılacaksa kimlerin taraf olacağı konularını kapsar. Akit serbestisine ilişkin olarak ortaya çıkan bu özgürlük sosyal düşüncelerle kanun tarafından çeşitli biçimlerle sınırlandırılmış ve hatta bazı durumlar için "akit yapma zorunluluğu" getirilmiştir (4). Hizmet akdi yapma zorunluluğunun bulunduğu hallerde işveren dilediği kişi ile değil, hizmet akdi yapma zorunluluğu kapsamında bulunan kişi ile hizmet akdi yapmakla yükümlüdür.

Hizmet akdi yapma zorunlulukları kapsamında, "sakat ve eski hükümlü çalıştırma", "belirli fesih halleri nedeniyle hizmet akdi sona eren işçilerle tekrar hizmet akdi yapma", "işyerinden sakatlanmak suretiyle ayrılmış olan işçilerle tekrar hizmet akdi yapma", "sendika yöneticiliği nedeniyle işten ayrılan işçilerle tekrar hizmet akdi yapma", "Terörle Mücadele Kanununa göre hizmet akdi yapma" ve nihayet "askerlik veya kanuni bir ödev nedeniyle ayrılan işçilerle tekrar hizmet akdi yapma" zorunlulukları ele alınmaktadır (5). Bunlardan askerlik ödevi nedeniyle (özellikle bedelli askerlik nedeniyle) işinden ay-

(2) Kenan Tunçomağ/Tankut Centel, İş Hukukunun Esasları, 2. B., İstanbul 1999, s. 78; Ünal Narmanlıoğlu, İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri-1, 2. B., Ankara 1994, s. 153.

(3) Bkz. Attila Özer, Gerekçeli ve 1961 Anayasası ile Mukayeseli 1982 Anayasası, Ankara 1996, s. 220.

(4) Bkz. Saymen, s. 468-470; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. B., İstanbul 1993, s. 365 vd.

(5) Akit yapma zorunlulukları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Turhan Esener, İş Hukuku, 3. B., Ankara 1978, s. 146-150; Âdil İzveren, İş Hukuku, (I, II, III) Ankara 1974, s. 104-106; Çelik, s. 91-95; Centel, s. 107-113; Haluk Hadi Sümer, İş Hukuku, 7. B., Konya 2000, s. 46-50; Narmanlıoğlu, s. 154-167.

nilan işçilerin hizmet akitleri, en son olarak 2000 yılı içerisinde uygulamaya konulan bedelli askerlikle ilgili düzenleme sonrasında ilgi çekici bir duruma gelmiştir.

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 işyerilerindeki menfaatlerinin bozulmaması için bir takım hükümler getirmiştir. Bunlardan biri de İş K.m.27/son'da yer alan akit yapma yükümlülüğü ile İş K.m. 27/1'deki iki ay askıda kalacağı yönündeki hükümdür.

Sözleşme özgürlüğünün bir sınırını oluşturan ve kanundan doğan sözleşme yapma zorunluluklarından biri kabul edilen askeri veya yasal ödevden dönen işçiyi çalıştırma yükümlülüğü hususu, bedelli askerliğe imkan tanıyan ve 02.11.1999 tarihinde kabul edilen 4459 sayılı "Askerlik Kanununa Bir Geçici Madde Eklenmesi Hakkında Kanun"un (6) yürürlüğe girmesiyle birlikte birtakım sorunları da beraberinde getirecek niteliktedir. Çünkü söz konusu kanun ve kanunun göndermesiyle çıkarılan "Askerlik Kanununun Geçici 37 nci Maddesinin Uygulanmasına Dair Usul ve Esaslar"ı düzenleyen Bakanlar Kurulu Kararı (7), paralı askerliğe imkan tanımış ve 32 günlük temel eğitimi, askerlik ödevinin yerine getirilmesinde yeterli saymıştır. Böyle olunca da, en az dört yıllık fakülte mezunlarına 1076 sayılı Kanunla (m.3.) tanınan, yedek subay olarak onaltı ay uzun dönem veya sekiz ay kısa dönem askerlik ödevleri ile fakülte mezunu olmayan erbaş ve erler için 1111 sayılı Askerlik Kanunu (m.5) gereği söz konusu olan 18 ay muvazzaf askerlik hizmeti yerine, fiili olarak, 32 gün temel eğitim alınması ve kanunun öngördüğü miktarda paranın ödenmesi suretiyle muvazzaf askerlik ödevi yerine getirilmiş olmaktadır.

Burada sorun, 32 gün süren muvazzaf askerlik ödevi için işinden ayrılan işçinin hangi kriterle ele alınacağıdır. Eğer işçinin işinden ayrılma nedeni ola-

---

(6) R.G. 04.11.1999, S. 23866.

(7) R.G. 14.11.1999, S. 23876, s. 7-12.

rak, süresi göz önünde bulundurulmaksızın, salt muvazzaf askerlik ödevi olduğu yaklaşımı ön plana çıkarılırsa, akit, İş K.m.27/1 kapsamında ele alınamayan ancak 27/son'daki güvenceden yararlandırılabilir. Ama muvazzaf askerlik ödevi bile olsa iki aydan kısa bir sürede yerine getirileceği dikkate alınacak olursa, akdin işçinin işinden ayrıldığından itibaren iki ay sonra feshedilmiş sayıldığı kabul edilecektir. Çalışmamızda, bedelli askerlik uygulamasının ortaya çıkarabileceği bu hususu da ayrıca ele alacağız.

## II. ASKERLİK ÖDEVİNİ BİTİREN İŞÇİLERİ YENİDEN ÇALIŞTIRMA YÜKÜMÜ

### A. Askerlik Yükümlülüğü

1982 Anayasasının 72. maddesine göre, "Vatan hizmeti her Türkün hakkı ve ödevidir. Bu hizmetin silahlı kuvvetlerde ve kamu kesiminde ne şekilde yerine getirileceği veya getirilmiş sayılacağı kanunla düzenlenir". Vatan hizmetinin ne şekilde yerine getirileceğini düzenleyen Kanun, 1111 sayılı Askerlik Kanunu'dur (8).

1111 sayılı Askerlik Kanunu'nun birinci maddesine göre, Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olan her erkek, askerlik yapmaya mecburdur. Askerlik çağı da, her erkeğin esas nüfus kütüğünde yazılı olan yaşına göredir ve yirmi yaşına girdiği sene Ocak ayının birinci gününden başlayarak 41 yaşına girdiği sene Ocak ayının birinci gününde bitmek üzere en çok yirmibir sene sürer (m.2). Bu çağ, yoklama devri, muvazzaflık ve yedek olmak üzere üç devreye ayrılır (m.3). Yoklama devri, askerlik çağının başlangıcından kıtaya katılmaya kadar sürer (m.4).

Askerlik çağının ilk devresi olan yoklama devrinin hizmet akdi ile bir alakası yoktur. Ama gerek muvazzaflık gerekse yedeklik devreleri hizmet akdi açısından önem taşımaktadır. Zira bu dönemlerde olan kişilerin, hizmet akdine göre çalıştıkları bir dönemde zorunlu olarak bu görevleri yerine getirmeleri Kanun gereği istendiğinde, hizmet akdine ne tür bir etkide bulunacağı hususu önem taşır. Bu açıdan öncelikle bu dönemlerle neyin kastedildiği ortaya konulmalıdır.

(8) Bkz. R.G.12-17 Temmuz 1927, S. 631-635; 3.Tertip Düstur, C. 8, s. 866.

## 1. Muvazzaf Askerlik

Muvazzaf askerlik ödevi iki şekilde yerine getirilmiş sayılır. Bunlardan ilki ve olağan olanı, Kanunun öngördüğü sürenin bilfiil silah altında geçirilmesidir. Diğeri ise, yine Kanuna dayanarak ya bir başka hizmetin yapılması ya da belirli bir miktar para ödenmesi (bedel) suretiyle gerçekleştirilmesidir.

### a. Muvazzaf Askerliğe İlişkin Sürenin Bilfiil Silah Altında Geçirilmesi

Muvazzaf askerlik ödevinin olağan olan şekli, Kanunun öngördüğü kadar sürenin bilfiil silah altında geçirilerek yerine getirilmesidir. 1111 sayılı Askerlik Kanunu'na göre, muvazzaflık hizmet süresi erbaş ve erler için, onsekiz aydır. 1076 sayılı Kanun (Yedek Subaylar ve Yedek Askeri Memurlar Kanunu (9)) hükmüne tabi yükümlülerden, bu yükümlülüklerini yedek subay olmadıkları için erbaş ve er olarak yerine getireceklerin hizmet süresi aynı celbe tabi olup, yedek subay adayı olarak ayrılanların hizmet süresinin yarısı kadardır (10). Bu Kanunun tespit ettiği esaslar dışında veya muvazzaflık hizmetini yapmadıkça hiçbir fert askerlik çağından çıkarılamaz (m.5).

### b. Muvazzaf Askerliğin Bedel Ödenerek Yerine Getirilmiş Sayılması

Muvazzaf askerlik ödevinin Kanunda öngörülen süre kadar silah altında geçirilmesi gerekmeden ya o süre kadar başka bir hizmetin yapılması ya da o süreye karşılık olmak üzere bir bedel ödenmesi suretiyle de yerine getirilmesi mümkündür. Anayasa Mahkemesi eski tarihli bir kararında, askerlik kavramı hakkında şu ifadelere yer vermiştir: Askerlik, sadece "Türk Vatanını, İstiklal ve Cumhuriyetini korumak için harp sanatını öğrenmek ve yapmak yükümü" değil, bu aynı zamanda yurt savunmasının çeşitli yönleri ile ele alınmasıdır. Bu anlamda da Kanunla konulmuş bir hizmet yükümünün askerlik sayılıp sayılmayacağına saptanmasında, yalnızca hizmet sırasında harp sanatının öğretilip öğretilmediği, resmi elbise giyilip giyilmediği yahut yükümlünün Devletçe bakılıp bakılmadığı gibi ölçülerle yetinilmemesi gerektiği; bura-

(9) R.G. 09.06.1927, S. 628; 3. Tertip Düstur, C. 8, s. 733.

(10) 1076 sayılı Kanunun 3. maddesine göre, yedek subayların askerlik ödevi onaltı aydır.

da asıl önemli olan noktanın, kanun koyucunun yükümü hangi maksatla koyduğu ve onu nasıl nitelediğidir (11).

1111 sayılı Askerlik Kanununda, askerlik yükümlülüğüne tabi tutulma ve bu yükümlülüğün nasıl yerine getirilmiş sayılacağına dair esaslar onuncu maddede gösterilmiştir. 3802 sayılı Kanunla 21.5.1992 tarihinde değiştirilen onuncu maddenin ikinci bendine göre, "o yıl askere alınacakların tamamı, mevcut celp sistemine uygun olarak temel askerlik eğitime tabi tutulur. Her celp döneminde eğitim merkezlerine sevk edilen miktar Genelkurmay Başkanlığınca belirlenenden fazla ise; ihtiyaç fazlası olan yükümlüler temel askerlik eğitimini müteakip, o yılın 1 Ocak tarihindeki T.C. Merkez Bankası döviz alış kurları esas alınarak, dövizle askerlik için tespit edilen miktarın yarısının karşılığı Türk lirası bedel ödemek veya istekte bulunan kamu kurum ve kuruluşlarında görev yapmak suretiyle askerlik hizmetlerini yerine getirmiş sayılırlar".

Bunun yanısıra son zamanlarda, 1111 sayılı Kanuna, gerek 21.05.1992 tarihinde kabul edilen 3802 sayılı Kanunla eklenen geçici 33. madde hükmü gereği ve gerekse 02.11.1999 tarihinde kabul edilen 4459 sayılı "Askerlik Kanununa Bir Geçici Madde Eklenmesi Hakkında Kanun" (12)'la eklenen geçici 37. madde hükmü gereği, yükümlüler 1111 sayılı Kanunun bedel ödeyerek askerlik hizmetini yapmaya ilişkin hükümlerinden yararlanırlar.

Şu halde muvazzaf askerlik ödevinin yerine getirilmiş sayıldığı durumlardan biri de bedelli askerlik uygulamasıdır. Bedelli askerlikte, diğeri gibi kanunun öngördüğü süre kadar askerlik fiilen yapılmamakta, kanuna dayanarak bu hizmet kural olarak temel eğitim ve belirli bir miktar paranın geri kalan süreye bedel olarak ödenmesi suretiyle yerine getirilmektedir. Bunun yanısıra askerlik ödevinin, kamu kesiminde Devletin ihtiyaç duyduğu başka bir alanda çalışma yapmak (örneğin öğretmenlik yapmak) yoluyla da yerine getirilmesine Kanun imkan tanımaktadır.

---

(11) Sözü edilen 16.3.1971 T., 50 E., 31 K. sayılı Anayasa Mahkemesi Kararı için bkz. R.G. 16 Haziran 1971, S. 13867, s. 2-4.

(12) R.G. 04.11.1999, S. 23866.

Muvazzaf askerliğin temel eğitim ve bedel ödenerek yerine getirilmiş sayıldığı bedelli askerlik uygulamasının son örneği, 2.11.1999 tarihinde kabul edilen 4459 sayılı "Askerlik Kanununa Bir Geçici Madde Eklenmesi Hakkında Kanun"la ortaya çıkan durumdur. Söz konusu Kanunun birinci maddesi ile 21.6.1927 tarihli ve 1111 sayılı Askerlik Kanununa geçici 37. madde eklenmiştir.

Geçici Madde 37'ye göre, "Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte her ne sebeple olursa olsun henüz fiili askerlik hizmetine başlamamış, 1 Ocak 1973 tarihinden önce doğan ve 1076 sayılı Yedek Subaylar ve Yedek Askerî Memurlar Kanunu ile 1111 sayılı Askerlik Kanununa tabi yükümlüler, istekleri halinde, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren altı ay içinde askerlik şubelerine başvurmaları, 15000 Alman Markı veya ödeme tarihindeki karşılığı konvertibl yabancı ülke parasını ya da Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası döviz satış kuru üzerinden hesaplanacak Türk Lirası parayı ödemeleri ve Genelkurmay Başkanlığınca belirlenecek birlik ve kurumlarda temel askerlik eğitimlerini yapmaları şartıyla askerlik hizmetlerini yerine getirmiş sayılırlar.

Bu madde kapsamında bulunan ve 31 Aralık 1999 tarihinde kırk yaşını tamamlamış olanlardan istekliler, 20000 Alman Markı veya karşılığı birinci fıkrada belirtilen yabancı ülke ya da Türk Lirası parayı ödemeleri halinde temel askerlik eğitimine tabi tutulmazlar...

Bedelin ödenme usul ve esasları ile uygulamaya ilişkin diğer hususlar, Bakanlar Kurulu kararı ile düzenlenir".

Görüldüğü üzere, bedelli askerlik uygulamasına imkan tanıyan bu madde ile 40 yaşından gün almamış olanlar, muvazzaf askerlik hizmetini 32 günlük temel eğitim görmek ve belirtilen bedeli ödemek şartıyla yerine getirmiş sayılmaktadır. 40 yaşından gün alanlara ise, temel eğitim şartı zorunlu olmamakta sadece ödenecek bedel artırılmaktadır. Her iki halde de muvazzaf askerlik ödevi, uzun süre askerlik yapmadan yerine getirilmiş sayılmaktadır.

## 2. İhtiyat (Yedek) Askerlik

Yedek (ihtiyat) askerlik devri, Askerlik Kanununun yedinci maddesine göre, muvazzaflık devresinin bitmesinden askerlik çağının sonuna kadar olan

kısımdır. Muvazzaflık hizmetinin bitiminden 41 yaşına girilen senenin Ocak ayının birinci gününe kadar süren dönemde yükümlüler, eğitimlerinin yenilenmesi, yeni silahların öğretilmesi için kısa sürelerle askere çağrılabilirler gibi seferberlik ilanı gibi nedenlerle de tekrar silah altına alınabilirler (13). Görüldüğü üzere, ihtiyat (yedek) askerlik halinde yükümlüler bilgilerinin yenilenmesi, yeni silahların öğretilmesi veya tatbikat amaçlı olarak silah altına alınmaktadırlar.

### **B. Askerlik Nedeniyle İşten Ayrılanların Hizmet Akitlerinin Durumu**

İşçinin muvazzaf askerlik dışındaki silah altına alınmasının (askeri ödevle yükümlü kılınmasının) hizmet akdini nasıl etkileyeceği İş K.m. 27/1'de tartışmaya yer bırakmayacak tarzda düzenlenmiştir. Ancak muvazzaf askerlik ödevi nedeniyle silah altına alınan işçinin hizmet akdinin durumunu belirten bir hükme ne İş Kanunu'nda ne de Borçlar Kanunu'nda yer verilmiştir. Gerçi İş Kanununda kıdem tazminatını düzenleyen 14. maddede birinci fıkra, işçinin kıdem tazminatına hak kazanabilmesinin şartları arasında, "muvazzaf askerlik hizmeti dolayısıyla fesih"ten söz etmektedir; ancak bu ifade muvazzaf askerlik ödevinin hizmet akdini ne şekilde etkileyeceğini cevaplandırmaya yetecek nitelikte değildir (14). Bu fıkrada, muvazzaf askerlik nedeni ile hizmet akdinin mutlaka feshedilmesi gerektiği anlaşılmalıdır; muvazzaf askerlik nedeni ile fesih söz konusu olmuş ise kıdem tazminatına hak kazanacağı açıklığa kavuşturulmaktadır. Bu nedenle, öncelikle askerlik ödevinin türünü tespit etmek; sonra da onun hizmet akdine etkisini değerlendirmek gerekir.

### **1. Muvazzaf Askerlik Nedeniyle İşten Ayrılanların Hizmet Akitlerinin Durumu**

#### **a. Askerlik Nedeniyle Akdin Feshedilmesi**

İş Kanununda ve Borçlar Kanununda muvazzaf askerlik halinde hizmet akdinin durumunun ne olacağı açıkça düzenlenmiş değildir. Oysa Basın İş

(13) Süleyman İkizler-Ergün Tezel, En Son Değişikliklere Göre Türk Vatandaşları İçin Askerlik Mevzuatı ve Açıklamaları, Ankara 1985, s. 27.

(14) 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.



Kanununun (15) 4.1.1961 tarihinde değiştirilerek kabul edilen “askerlikte ve gebelikte ücreti düzenleyen” 16. maddesinde, şu an yürürlükte bulunan 1971 tarihli İş Kanununda açıkça düzenlenmemiş olan muvazzaf askerlik durumunda işçinin hizmet akdinin durumu ve ücreti hususu ayrıntılı olarak ele alınmış ve işçiyi koruyucu tarzda bir hükme bağlanmıştır. Buna göre, “Talim veya manevra dolayısıyla, silah altına 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 silah altına alınan gazeteci hakkında üç ay için bu maddenin birinci fıkrası hükümleri uygulanır... İlk muvazzaf askerlik hizmeti için silah altına alınan gazeteciye normal askerlik müddetince son aldığı ücret yarı nispetinde ödenir”. Gazetecilerin hizmet akitlerinin durumuna da aynı maddede değinilmiştir. Söz konusu düzenleme ile, akdin belirli süreli olup olmadığına bakılmaksızın, gazetecinin genel olarak ihtiyat askerlik halinde silah altında bulunduğu sürece iş akdinin, işveren tarafından feshedilemeyeceği; şayet gazeteci seferberlik veya muvazzaf askerlik dolayısıyla silah altına alınmışsa, bu takdirde de, durumu bunlardan hangisine giriyorsa, iş akdinin ancak o fıkrada gösterilmiş bulunan süre geçtikten sonra feshedilebileceği belirtilmiştir. Şayet akit belirli süreli ise ve bu süre gazetecinin silah altında 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 silah altına alınma hallerinin gazetecilerin hizmet akitlerine ne şekilde etki edeceği ve ücretlerinin ne olacağı hususu ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

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

(15) 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.

Bir görüşe göre, muvazzaf askerlik ödevinin Türk hukukunda genel olarak düzenlenmediği kabul edilmelidir. Çünkü İş Kanunu bu konuda bir hüküm koymuş değildir. BK.m.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 kursesiz imkansızlık hükümleri uygulanamaz. Çünkü muvazzaf askerlik önceden görülemeyen ve borcun yerine getirilmesini kaçınılmaz kılan bir olgu değildir. Bu durumda, hizmet akdinin muvazzaf askerlik süresince askıda kalacağı; giderek bu sözleşmeden o süre için işi ifa ve ücret ödeme borçlarının doğmayacağı; akdin ise, ancak sürenin dolması ve usulüne uygun feshi ihbarla sona ereceği söylenebilir. Fakat bu durumda işçinin haklı nedenle hizmet akdini feshedebileceği de kabul edilmelidir (16).

Başka bir görüşe göre, "muvazzaf askerlik vazifesini ifa için askere çağrılan işçinin artık işyeri ile alakası kalmaz ve işçi yahut işveren akdi derhal feshedebilir"; "Mecburi askerlikte akit derhal fesholunur"; "Muvazzaf askerlik halinde akit mücbir sebep dolayısıyla madde 16/III'e (1475 sayılı İş K.m. 17/III'e) göre ... feshedilebilir" (17).

Başka bir görüş ortaya koyan İş Dairesinin 17.12.1958 tarih ve 191/4545 mütalaasına göre ise, "Mecburi askerlik hizmetini ifa etmek üzere işyerini terkeden işçilerin ayrıldıkları gün iş akdi münfesh sayılır" (18). Yine, akit derhal ve kendiliğinden veya fesih suretiyle sona erer (19).

Diğer bir görüşe göre ise, muvazzaf askerliğin kesin veya geçici bir imkansızlık doğurmasına göre farklı sonuçlar ortaya çıkar. Eğer kesin bir imkansızlık oluşturuyorsa, hizmet akdi kendiliğinden sona erer. Örneğin, bir yıl süresi kalan bir akitte iki yıllık muvazzaf askerlik akdi kendiliğinden sona erdi-

(16) Kenan Tunçomağ, İş Hukuku C. I, Genel Kavramlar-Hizmet Sözleşmesi, 2. B., İstanbul 1981, s. 192; Tunçomağ/Centel, s. 107.

(17) Saymen, s. 518, 560, 595.

(18) Orhan Başarı, Gerekçeli-Notlu Türk İş Hukuku Mevzuatı, İstanbul 1967, s. 96; Çalışma Mevzuatı, C. II (İstanbul 1948), s. 637; Memduh Yelekçi/İlhami Yelekçi, Notlu İzahlı İçtihatlı İş Kanunu Şerhi, Ankara 1996, s. 358.

(19) Halid Kemal Elbir, İş Hukuku, 9.B., İstanbul 1987, s. 105.

rir. Eğer geçici bir imkansızlık söz konusu ise, akdin feshi için haklı sebep teşkil eder. Sekiz yıllık bir süresi kalan veya süresiz bir akitte iki yıl süreli muvazzaf askerlik akdin feshi için haklı sebep teşkil eder (20).

Bir başka görüş ise, konuyu, İş Kanununa tabi hizmet akitleri ile Borçlar Kanununa tabi hizmet akitleri ayırımı yaparak ele almaktadır. İş Kanununun kapsamına giren hizmet akitlerinde, işçinin askerlik için vazifeye çağırılması ile iş akdi 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 akdin kendiliğinden son bulmasını isterler. Fakat bu görüş sahibi, hizmet akdinin belirli süreli olması ihtimali için, değişik bir görüş ileri sürmekte, bu akitlerin muvazzaf askerliğin bitiminden önce veya sonra, kararlaştırılmış olan sürenin geçmesi ile kendiliğinden son bulacağını belirtmekte, ancak işçiye silah altında bulunduğu sürece ücret ödenmeyeceğini söylemektedir. Borçlar Kanununa tabi hizmet akitlerinin ise, işveren tarafından hemen feshedebileceği belirtilmekte; feshedilmediği takdirde, akdin geçerli olacağı, yalnız işçinin ücret isteyemeyeceğine işaret edilmektedir (21).

Bir başka görüşe göre ise, hizmet akdi ile çalışmakta iken muvazzaf askerlik ödevinin yerine getirilmesi gerektiğinde, esas itibariyle iş ilişkisi devam etmez, işçi veya işveren belirsiz süreli hizmet akdini 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 akdin askıda kalacağı kabul edilebilir (22).

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

(21) Reşat Atabek, Hizmet Akdinin Feshi, İstanbul 1938, s. 85-86, 88-89.

(22) Münir Ekonomi, İş Hukuku, C. I, Ferdi İş Hukuku, 3. B., İstanbul 1984, s. 243.

Nihayet bir başka görüş ise, işçinin muvazzaf askerlik sebebiyle iş görme edimini ifa edememesini, borca aykırılık (ve bunun özel bir çeşidi olan kusurlu imkansızlık) (23) şeklinde nitilemekte, bunun sonucu olarak da işverenin hizmet akdini haklı nedenle İş K.m.17/III veya BK.m.344/I uyarınca feshedemeyeceğini belirtmektedir. Çünkü, çalıştırmak istediği kişiyi, askerlik durumunu araştırmadan işe alan işverenin sonradan onun silah altına alınmasını bir haklı sebep sayarak hizmet akdini feshetmesine cevaz verilemez. İşveren bu durumu haklı sebep sayarak hizmet akdini feshedemeyeceğine göre de, muvazzaf askerlik halinde hizmet akdi sona ermeyecek, işverenin ücret ödeme borcu ile işçinin iş görme borcu –sürekli imkansızlık teşkil eden askerlikte tazminata çevrilmiş olarak- ayakta kalacaktır. Ne var ki, işçi iş görmediğinden, “ücret işin karşılığıdır” ilkesi gereğince ücretini isteyemeyecek, diğer taraftan, hizmet akdinin kurulması sırasındaki kusuru dolayısıyla, işverenin işçiden tazminat istemesi de söz konusu olmayacaktır. Böylece, muvazzaf askerliğin hizmet akdine etkisi, askerlik devam ettiği sürece, bir askı durumu yaratmak olacaktır. Dolayısıyla da, muvazzaf askerlik hizmet akdini sona erdirmediği gibi, akdin derhal feshine imkan veren bir fesih sebebi de değildir (24).

Bu görüşlerden bazılarında muvazzaf askerlik ödevi nedeni ile işten ayrılma sonucu işin görülmemesi kusursuz imkansızlık (25) 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) hizmet akdinin kendi-

(23) 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.

(24) Davran, s. 699, 702-703.

(25) 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.m.96). Buna karşılık, edimin imkansızlaşmasında borçlunun herhangi bir kusuru yoksa, artık borç sona erer (BK.m.117/I). Borçlu borcundan kurtulur. Borcu ifa yükümlülüğü kalmaz. Bkz. Mehmet Ayan, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Konya 1996, s. 298.

liğinden sona ereceğini ileri sürenler olduğu gibi, bunun işverene akdi 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 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 hizmet akitlerinin feshine neden olacağı; dolayısıyla da bu sürenin uzatılarak altmış gün yapılması gerektiğine işaret edilmiş” ve süre altmış güne çıkarılmıştır (26).

Maddenin ilk kaleme alınış şeklinden, muvazzaf askerlik hizmeti veya ihtiyat askerlik ödevi nedeniyle işinden ayrılan işçinin hizmet akdinin altmış gün sonra münfesihi 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, hizmet akdinin altmış gün sonra münfesihi sayılabileceğidir.

1475 sayılı İş Kanunu açısından ise durum 3008 sayılı Kanunun tadilden sonraki durumuna benzemektedir (27). İş K.m. 27/1’deki düzenleme ile, ön-

(26) T.B.M.M. Zabıt Ceridesi, C. 12, Devre 5, İçtima 1, Yetmişüçüncü inikat, 3.6.1936, s. 37-38, 60.

(27) 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 sayılabilece-

celikle muvazzaf askerlik ödevi fıkra kapsamı dışında bırakılmıştır. İş Kanununun “ücret”i düzenleyen üçüncü bölümünde 27. maddede “askerlik ve kanundan doğan çalışma” düzenlenmektedir.

İş K. m. 27/1'e göre “muvazzaf askerlik ödevi dışında manevra veya her hangi bir sebeple silah altına alınan veyahut her hangi bir kanundan doğan çalışma ödevi yüzünden işinden ayrılan işçinin hizmet akdi 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.

Hizmet akdinin feshedilmiş sayılabilmesi için beklenilmesi gereken süre içinde işçinin ücreti işlemez. Ancak özel kanunların bu husustaki hükümleri saklıdır. Bu süre içinde hizmet akdinin 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 hizmet akdi 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 silah altına alınma durumlarında hizmet akdinin 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 silah altına alınmaktadır.

---

ği” 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.

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

Şayet silah altına alınma muvazzaf askerlik ödevi nedeniyle olmuşsa, bu takdirde, işçinin hizmet akdinin 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 akdin derhal sona ereceği yani askıda kalmayacağı hemen akla gelmektedir (28). Bu sonuçta, fıkradaki ifadenin karşıt kavramından (meffumu muhalifinden) hareket edilerek ulaşılabilir. Fıkradaki ifade ile, muvazzaf askerlik dışındaki silah altına alınma halinde (kısa süreli askerlikte, ihtiyat askerlikte) akdin 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, akdin genel hükümlere göre hemen sona ereceği düşünülmektedir. 27. maddedeki ifadeden, biraz zorlama ile muvazzaf askerlik halinde, hizmet akdi 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 ki (29), kanun koyucunun bunu esas aldığını düşünmek oldukça zordur. Bu açıdan kısa süreli askerlikte işçiyi koruma amaç-

(28) 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)).

(29) Bu yöndeki görüş için bkz. Kenan Tunçomağ, İş Hukukunun Esasları, İstanbul 1988, s. 95; Sabahattin Yürekli, İşverenin Askerden Dönen İşçiyi İşe Alma Yükümlülüğü, Prof.Dr. M.Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 1320.

İki aylık askı süresi öngörülmüşse, uzun süreli askerlikte askı süresinin hiç söz konusu olmayacağı düşünülür. Ancak buna rağmen taraflar akdin askıda kalmasını kararlaştırabilirler. Şayet, taraflar akdin askıda kalmasını istemezler ise hizmet akdini muvazzaf askerlik nedeniyle sona erdirebilirler.

Görüldüğü 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 silah altına alınmış işçi, bu süre sonunda (ödev bittikten sonra), askere giderken ayrıldığı işinde işe devam edebilsin, tekrar hizmet akdi yapmak zorunda kalmasın düşüncesiyle akit iki ay ve nihayet doksan gün süre ile askıya alınmakta, bu süre sonunda eğer ödev tamamlanmamışsa akit işveren tarafından feshedilmiş sayılmaktadır. Demek ki, iki aylık askı süresinin kabulü genelde işçiyi koruma ilkesine dayanmakta, bu sürenin uzaması halinde, işçinin korunması akdin askıda kabul edilmesi ile değil işverene yeniden hizmet akdi yapma zorunluluğu yüklenerek sağlanmaktadır. Böylece, iki aylık askı süresinin uzamamasıyla işverenin zarar durumunda kalması da önlenmiş olmaktadır. İşveren bu sayede, işten askerlik ödevi nedeniyle ayrılan işçinin göreceği işi, başka bir işçiye onunla hizmet akdi yaparak gördürebilecektir. Eğer önceki işçinin iki ay sonunda akdi feshedilmemiş dolayısıyla akit askıda kalmış olsa idi, ödevin sona ermesini müteakip ödevden dönen işçi de iş görmek isteyecek, kendisine iş verilmediği takdirde de BK.m.325 gereği işverenin temerrüdüne ilişkin hükümler uygulanma imkanı bulacaktı.

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 (30). Böyle olunca İş Kanununda

(30) Seza Reisoğlu, Hizmet Akdi, Ankara 1968, s. 36; Oğuzman, s. 28-29; Sümer, s. 11; Centel, s. 19; Tunçomağ, C. I, s. 43; Mustafa Çenberci, İş Kanunu Şerhi, 6. B., Ankara 1986, s. 21-25 ile bu sayfalarda belirtilen Yargıtay Kararları.



açıkça düzenlenmeyen bu hususu yani muvazzaf askerlik hizmeti nedeniyle işten ayrılan işçilerin hizmet akdinin durumunu, Borçlar Kanunundaki hükümlerle doldurmanın mümkün olup olmadığını ele almak gerekir.

Borçlar Kanunu 344. maddenin birinci fıkrasında, haklı nedenle fesih kurumu düzenlenmiş (31), ikinci fıkrasında da, askerliğe ilişkin olarak, "Fakat işçinin kendi kusuru olmaksızın düşer olduğu nispeten kısa bir hastalığı yahut kısa müddetli bir askeri mükellefiyeti ifa etmesi, muhik sebep olarak kabul edilemez." hükmü getirilmiştir. Fıkarda, "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 hizmet akdi haklı nedenle feshedilebilmelidir (32). Ancak burada tartışma çıkarabilecek olan husus ne kadarlık zaman diliminin "kısa" olarak kabul edileceğidir. Kanaatimce, burada İş Kanunu 27. maddedeki hizmet akdinin 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.m.344'deki hüküm, kural olarak, muvazzaf askerlik ödevi dışında manevra, talim, staj veya herhangi bir nedenle kısa süreli silah altına alınmalarla ilgilidir. Bu nedenle de kısa süreli askerlik durumları, akdin feshinde haklı bir neden olarak görülmez. BK.m.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

- 
- (31) BK.m.344/1'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".
- (32) İyi niyet kuralları bakımından iki taraftan birinin (ki burada işçinin) muvazzaf askerlik nedeniyle akdi yerine getirmemesi haklı sebep olarak kabul edilir. Bkz. Oğuzman, s. 94, dn. 214; İhsan Erkul, İş Kanunumuzda Askerlik Mükellefiyeti Dolayısıyla İşçilerin Himayesinin Kapsamı, Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi, C. III, S. 1, s. 184; Dilek Baybora, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Askerlik Yükümlülüğü ve Uygulamaya İlişkin Sorunlar, Çimento İşveren, C. 12, S. 4, Temmuz 1998, s. 7.

olduğu zamanlarda, bu, hizmet akdinin derhal sona erdirilmesi yetkisini veren bir haklı neden olarak değerlendirilebilir (33). Dolayısıyla uzun süreli muvazzaf askerlik halinde taraflardan biri isterse akdi derhal feshedebilir. Taraflar eğer akdi feshetmezlerse akit geçerli olur fakat askıya alınmış kabul edilir (34). Ancak kanundaki "kısa müddetli bir askeri mükellefiyeti ifa etmesi" ifadesi karşısında, söz konusu askerlik yükümlülüğü muvazzaf askerlik bile olsa, eğer kısa süreli ise, hizmet akdi haklı nedenle sona erdirilemez.

İş Kanununda ihtiyat askerlik nedeniyle silah altına alınmalarla ilgili olarak getirilen hüküm İş Kanunu kapsamına giren akitlere uygulama olanağı bulur. Borçlar Kanununa tabi olan akitlere ise BK.m.344/II uygulanır. BK.m.344/II ile İş K.m.27 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.

Türk Hukukunda muvazzaf askerlik halinde işçi ve memurların çalışmalarının ne şekilde etkileneceğine yönelik olarak 25.7.1974 tarih ve 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 belirtilmiştir (35). Görüldüğü üzere, Kanunla, kısa süreli yedek subaylığın hizmet akdi (hatta memuriyet) üzerindeki etkisini düzenlemiştir. Yargıtay da buna uygun tarzda ka-

(33) Davran, s. 695, dn.6; Baybora, s. 7.

(34) Erkul, s. 184; Baybora, s. 7.

(35) Bkz. Tunçomağ, C. I, s. 321-322; 192-193.

rarlar vermiştir (36). 1076 Sayılı Yedek Subaylar ve Yedek Askeri Memurlar Kanunu'nun (37) Geçici 6. Maddesi'ne (38) 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".

### **b. Akdin Feshinde Şekil**

Hizmet akdinin, muvazzaf askerlik nedeni ile feshedilmesi halinde, şüphesiz ki fesih iradesinin İş K.m.7 çerçevesinde yani yazılı olarak ve imza karşılığında karşı tarafa bildirilmesi zorunluluğu yoktur ve işin özelliği yönünden esas olan da, muvazzaf askerlik görevini yapmak üzere işçinin işinden ayrılmış olması durumunda hizmet akdinin bozulmuş olmasıdır. Tarafların fesih yoluna başvuramaları durumunda, muvazzaf askerlik halinin devamı süresince, hizmet akdi askıda kalmış sayılır. Hizmet akdinin feshedildiği durumlarda, işçinin askerlik ödevinin bitiminden sonra tekrar işyerinde çalışmaya başlaması durumunda yeni bir hizmet akdi kurulmuş olur (39).

### **c. Akdin Feshi Halinde Kıdem Tazminatı**

#### **aa. Genel Olarak**

Muvazzaf askerlik hizmeti dolayısıyla hizmet akdinin gerek işçi gerekse işveren tarafından feshedilmesi halinde, diğer şartlar da gerçekleşmişse, iş-

(36) 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, Yarg. Kar. Cd'si).

(37) 16 Haziran 1927, (R.G. 9 Haziran 1927 S. 628), 3. t. Düstur, c. 8 - s. 733.

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

(39) Çenberci, s. 404.

çi kıdem tazminatına hak kazanır. Önemli olan muvazzaf askerlik ödevinin yerine getirilmesi amacıyla fesih olduğuna göre, ister kısa dönem askerlik (40) isterse bedelli askerlik olsun işçi kıdem tazminatına hak kazanması gerekir. Kanun, sadece muvazzaf askerlikten söz ettiğine göre, ihtiyat askerlik sebebiyle akdin feshi halinde kıdem tazminatı ödenmesi talep edilemez (41).

Zira İş K.m.14/1, "hizmet akitlerinin ... muvazzaf askerlik hizmeti dolayısıyla ... feshedilmesi"nden bahsetmektedir. Fıkıradaki akdin 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 sürülebileceği (42), diğer şartlar da gerçekleşmişse (örneğin işçi bir hizmet yılını da doldurmuşsa), kıdem tazminatı hakkını kazanacağı söylenebilir. Görüldüğü üzere, muvazzaf askerlik durumunda akit kendiliğinden sona ermemekte ancak akdin feshinden dolayı kıdem tazminatı alabilmek için haklı bir neden ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla, bu durumda hizmet akdinin işçi tarafından m.13'e göre feshedildiği ya da işverenin hizmet akdini feshetmesinin haklı bir nedene dayandığı gerekçeleriyle, kıdem tazminatı vermenin gerekmediği ileri sürülemez (43). Buna rağmen tarafların akdi devam ettirme yönündeki iradeleri söz konusu ise bunun gereği olarak akdin askıda kalmasından söz edilir. Başka bir anlatımla, işçinin "muvazzaf askerlik" ödevini yapmak üzere silah altına alınmasına rağmen, örneğin, işverenin çok hoşnut olduğu işçisini elinden kaçırmamak istemesi gibi durumlarda hizmet akdinin bozulmaması mümkündür. Akit feshedilmemişse kıdem tazminatı da gerekmez. Feshedilmiş ve kıdem tazminatını da almışsa, aynı işyerinde tekrar çalışmaya başlaması halinde ortada yeni bir akit vardır ve bu akdin feshi halinde kıdem tazminatından sadece yeni akdin süresi esas alınır (44).

(40) Yarg. HGK.3.12.1978 E.977/9-489 K.978/1074 (Karar metni için bkz. Narmanlioğlu, s. 391, dn. 489).

(41) Tunçomağ/Centel, s. 212; Narmanlioğlu, s. 390-391, dn. 486; Centel, s. 209.

(42) Çelik, s. 219; Çenberci, s. 404; Narmanlioğlu, s. 390-391, dn. 486.

(43) Çenberci, s. 404.

(44) "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).

Belirtmek gerekir ki, muvazzaf askerlik akdin feshinde işçi için bir haklı neden oluşturmaz. İşçi bu nedenle akdi feshedecekse fesih bildirimini yoluna başvurmak zorundadır. Burada önemli olan, işçinin akdi bu amaçla bozmuş olmasıdır (45). İşçi akdi bu yolla eğer askerlik çağrısını izleyen bir dönemde feshetmişse, kanunun aradığı amaç gerçekleşmiş kabul edilir. Bunun dışındaki durumlarda ise akdin bu amaçla feshedilip feshedilmediği her olayda ayrıca araştırılmalıdır. Şu halde, muvazzaf askerlik nedeniyle işten ayrılan işçinin işi bıraktığı tarihe, askere alınması arasında makul bir süre olmalı ve işçi askere gitmek için işinden ayrılmış bulunmalıdır (46). Nedenellik bağının bulunmadığı veya makul kabul edilebilecek sürenin aşıldığı hallerde ise, örneğin 14 ay gibi uzun bir süre geçmişse, işçinin akdi muvazzaf askerlik nedeniyle feshettiği kabul edilmemelidir. Yargıtay uygulaması da bu yöndedir (47). Makul sürenin tespitinde, çevrenin örf ve âdetleri de dikkate alınmalıdır. Ancak muvazzaf askerlik hizmeti nedeniyle hizmet akdini feshedip işinden ayrılan işçinin bazı zorunluluklar yüzünden askere geç gitmesi, kıdem tazminatının ödenmesine engel olmaz (48).

İşçilerin muvazzaf askerlik nedeniyle silah altına alınmaları halinde, askere giderken kıdem tazminatını aldığına da almadığına da uygulamada rastlanmaktadır. Kıdem tazminatı almadan gitmeleri halinde, akit de feshedilmişse, döndükleri zaman, İş K.m.27/son gereği işe başladıklarında, askere git-

---

(45) Narmanlıoğlu, s. 390; Çelik, s. 219.

(46) "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).

(47) "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).

(48) "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)

meden önceki kıdem süreleri dikkate alınır. Çünkü İş K.m.14/III'e göre, işçilerin kıdemleri hizmet akdinin devam etmiş veya fasılalarla yeniden akdedilmiş olmasına bakılmaksızın aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde çalıştıkları süreler gözönüne alınarak hesaplanır. Ancak bu durumda işçinin muvazzaf askerlikte geçen süreleri kıdem tazminatı hesabında dikkate alınmaz. Yargıtay'ın kararları genellikle bu doğrultudadır (49).

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 ödenir (50).

#### **bb. Askerlik Borçlanması Kıdem Tazminatında Dikkate Alınması Alınmaması**

Bilindiği gibi, askerlik hizmetini yapmakta olan yükümlüler SSK anlamında sigortalı sayılmazlar (SSK.m.3/1, E). Ancak kanun, bu kişilerin silah altında geçen hizmet sürelerini borçlanabilmelerine imkan tanımıştır. SSK.m.60/F'ye göre, "Bu Kanuna göre sigortalı olarak tescil edilmiş bulunanların, er olarak silah altında veya Yedek Subay Okulunda geçen sürelerinin tamamı, kendilerinin veya hak sahiplerinin yazılı talepte bulunmaları halinde ve bu kanunun 78. maddesi ile belirlenen prime esas kazancın alt sınırının talep tarihindeki tutarı üzerinden hesaplanacak malullük, yaşlılık ve ölüm

---

(49) "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).

(50) "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).

sigortaları primlerini 2 yıl içinde ödemeleri şartı ile borçlandırır. 2 yıl içerisinde ödenmeyen borçlanma süreleri hizmetten sayılmaz.

Borçlandırılan sürenin karşılığı olan gün sayısı sigortalının prim ödeme süresine katılır. Bu Kanuna göre tespit edilen sigortalılığın başlangıç tarihinden önceki süreler için borçlandırılma halinde, sigortalılığın başlangıç tarihi, borçlandırılan gün sayısı kadar geriye götürülür.

Askerlik borçlanmalarında, aylık bağlanmaya hak kazanılması durumunda kendilerine, borcun ödendiği tarihi takip eden aybaşından itibaren aylık bağlanır”.

Bu anlamda askerlik borçlanması, askerlik yükümlülüğü dolayısıyla sigortalılık süresinden önce veya sigortalılık süresi içinde geçen günlerin primini ödemek suretiyle sigorta haklarından yararlanmak için getirilmiş bir düzenlemedir (51). Görüldüğü üzere, SSK’nda uzun vadeli sigorta kollarından ödemelere hak kazanmada gerek sigortalılık süresi ve gerekse prim ödeme gün sayısının esas alınması nedeniyle, işçilerin mağdur olmalarını önlemek amacıyla askerlik borçlanması adı verilen bir hak tanınmıştır. Fakat SSK’nca tanınan bu hakkın amacını aşacak şekilde muvazzaf askerlikte geçirilen sürenin kıdem tazminatı süresine eklenmesi uygulaması doktrinde eleştirilmektedir (52). Bilindiği gibi, bu süre içinde işveren işçiyi çalıştırmamış, işçi de işveren için bir değer üretmemiştir. Dolayısıyla muvazzaf askerlik süresini borçlanması halinde, bu süre içinde işçinin işveren tarafından çalıştırılmış gibi sorumlu tutularak kıdem tazminatı hesabında bu sürenin de dikkate alınması uygulaması isabetli değildir. Çünkü işçilere SSK’nca tanınmış olan askerlik borçlanması ile kıdem tazminatını birbirinden farklı uygulamalardır.

Durum bu şekilde olmasına rağmen, Yargıtay, kanun gereği kıdemden sayılmaması gereken muvazzaf askerlik dolayısıyla sosyal güvenlik kurumu-

---

(51) A. Can Tuncay, Sosyal Güvenlik Hukuku Derstleri, 9. B., İstanbul 2000, s. 278; Ali Güzel/Ali Rıza Okur, Sosyal Güvenlik Hukuku, Yenilenmiş 7. B., İstanbul 1999, s. 290-294.

(52) Bkz. Ekonomi, C. I, s. 242; Çelik, s. 236.

na borçlanılan süreyi de belirli şartlar altında kıdemden saymaktadır (53). Bunun için de öncelikle hizmet akdinin, işçi tarafından (54), malullük, toptan ödeme veya yaşlılık aylığı almak amacıyla sona erdirilmiş olmasını ve sonra da işyerinin İş K.m.14/VIII'de belirtilen kamu kuruluşları kapsamına girmesini aramaktadır (55). Bunların dışındaki bir nedenle fesih durumunda ise, askerlik borçlanması süresini kıdem tazminatının hesabında dikkate almamaktadır. Örneğin, işçi, hizmet akdini emekli aylığı almak için feshetse bile, çalıştığı şirket İş K.m.14/VII'de belirtilen kamu kuruluşları kapsamına girmiyorsa yani işçi özel kesimde çalışıyorsa, borçlanılan muvazzaf askerlik süresi kıdem tazminatı hesabında dikkate almamaktadır (56). Burada Yargıtay, gerçekte kide-

(53) "Muvazzaf askerlikte geçen sürenin birleştirilebilmesi için ilgili sosyal güvenlik kurumuna borçlanması gerekir." (Yarg. 9. HD. E.983/1563 K.983/4450 T.05.05.1983 / İBBB, Yarg. Kar. Cd'si).

(54) "Borçlanılan askerlik süresinin kıdem tazminatı hesabında dikkate alınabilmesi için, iş akdinin işçi tarafından emeklilik nedeni ile feshedilmesi gerekir. İş akdinin işverence feshe dilmesi durumunda bu süre kıdem tazminatı hesabında dikkate alınmaz." (Yarg. 9. HD. E.994/8139 K.994/13098 T.22.09.1994 / Çimento İşveren, C. 8, S. 6, Kasım 1994, s. 31-32); HGK. T. 26.1.1994, E. 1993/9-663, K. 1994/15; Yarg. 9. HD. E. 994/15033, K. 995/1200 T. 26.01.1995. Yargıtay'ın bir başka kararına göre ise, "iş akdi işverence emeklilik süresinin dolmuş olması neden gösterilerek bozulmuş işçinin, bir gün sonra SSK'ya müracaatla emeklilik isteğinde bulunmuş olması, borçlandığı askerlik süresi için de kıdem tazminatı hesaplanmasını gerektirir" (Yarg. 9. HD. E.992/12086 K.993/962 T.26.01.1993 / İstanbul Barosu Bilgi Bankası, Yargıtay Kararları Cd'si). Yargıtay'ın çoğunluk kararlarına ters olan ve oy çokluğuyla alınan bir kararında ise, "iş akdinin işveren tarafından feshedilmesi durumunda, borçlanılan askerlik süresi kıdem tazminatı hesabında dikkate alınmaz" (Yarg. 9. HD. E.993/14550 K.993/15278 T.26.10.1993 / İBBB, Yarg. Kar. Cd'si) denilmektedir.

(55) "İş akdi yaşlılık aylığı ya da toptan ödeme almak amacı ile işçi tarafından feshedilmiş olmadıkça, borçlanılan askerlik süresi kıdem tazminatı hesabında dikkate alınmaz... SSK'ya borçlanılan muvazzaf askerlik süresinin kıdem tazminatının hesabında dikkate alınabilmesi için, İş Kanunu'nun 14/4. maddesinde öngörülen koşulun gerçekleşmesi gerekir. Dairemizin ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun yerleşmiş içtihatlarına göre, iş akdi yaşlılık aylığı ya da toptan ödeme almak amacıyla işçi tarafından feshedilmiş olmadıkça, askerlik süresi kıdem tazminatının hesabında dikkate alınmaz. Aksine TİS hükümleri de, geçerli değildir. HGK. 14.2.1990, 1989/9-683E, 1990/71 K.; 26.1.1994, 1993/9-663 E., 1994/15 K.; 9.3.1994/9-5 E. sayılı kararları. (Yarg. 9. HD. E.994/15033 K.995/1200 T.26.01.1995 / İBBB, Yarg. Kar. Cd'si).

(56) Bkz. Yarg. 9. HD. T. 3.10.1995, E. 19192, K. 30140 / İBBB, Yarg. Kar. Cd'si.



me katılmaması gereken bir süre konusunda bir de kamu ve özel kesim işçileri ayırımı yapmaktadır (57). Ancak eski tarihli kararlarında ayırım yapmadığı anlaşılmaktadır (58).

Ancak Yargıtay, toplu iş sözleşmelerinde askerlik süresinin kıdem süresine katılacağı öngörüldüğü durumlarda ise, bununla İş K.m.51'de olduğu gibi kısa süreli askerlik ödevinin hedef tutulduğu veya 506 sayılı kanunun 60. maddesi uyarınca er olarak silah altında geçen sürenin sigortaya borçlanılmış süreyi amaçladığı yolunda kabul edilmesini; borçlanılmamış askerlik döneminin kıdem süresinde dikkate alınamayacağını bildirmektedir (59).

Muvazzaf askerlik ödevi hizmet akdinin başlamasından önceki bir dönemde yerine getirilmişse, bu takdirde de, muvazzaf askerlik döneminin borçlanması halinde, bu sürenin kıdem tazminatı hesabında dikkate alınıp alınmayacağı konusunda ise Yargıtay'ın değişik kararları vardır (60). Ancak hizmet akdinden önce yerine getirilen ve askerlik borçlanması yapılan sürenin de kıdem tazminatında dikkate alınacağı yönündeki kararı, yerleşik görüş haline gelmiştir (61). Ayrıca, Yargıtay, sağlığında askerlik süresini borçlanmış olsa dahi, işçinin ölümü halinde mirasçılarının borçlanılan süre için fark kıdem tazminatı talep edemeyecekleri sonucuna varmıştır (62).

(57) Centel, s. 218.

(58) "Askerlikte geçen sürenin kıdem tazminatı hesabına dahil edilebilmesi için, işçinin çalıştığı yer kamu kuruluşu ise emekli sandığına, SSK'ya bağlı özel işyeri ise SSK ile alakalandırılması ve işçinin borçlanıp borçlanmadığının belirlenmesi gerekir. (Yarg. 9. HD. E.983/9965 K.984/500 T.26.01.1984 / İBBB, Yarg. Kar. Cd'si).

(59) Ekonomi, C. I, s. 242.

(60) Yargıtay'ın oyçokluğu ile alınan kararına göre "İş sözleşmesinin başlamasından önceki muvazzaf askerlikte geçen sürelerin borçlanması durumunda, bu süreler kıdem tazminatının hesabında dikkate alınmaz." (Yarg. 9. HD. E.984/5722 K.984/7108 T.26.06.1984). Bu karara ters yöndeki diğer bir kararında ise "yaşlılık aylığını kazanan işçi askerlik süresini borçlanırsa, askerlik süresi için de kıdem tazminatı ödeme gereği doğar. Borçlanılan askerlik süresinin iş sözleşmesinin kurulmasından önce olması bu hukuki sonucu değiştirmez." demektedir. (Yarg. 9. HD. E.984/10089 K.984/10237 T.23.11.1984 / İBBB, Yarg. Kar. Cd'si).

(61) Bkz. Çelik, 236; Centel, s. 218.

(62) Yarg. 9.HD., 10.5.1999, E. 1999/6948, K. 1999/8678, YKD, Şubat 2000, s. 224-226.

Muvazzaf askerliğin bir kamu yükümlülüğü olması ve kaçınılamaması nedeniyle işçilerin uzun süreli sigorta kollarından yardımlara hak kazanmalarında hak kaybına uğramalarını önlemek amacıyla, bu gibi durumlarda askerlik borçlanması söz konusu olmakta ama bu Yargıtay tarafından kıdem tazminatı hesabında da göz önünde bulundurulmaktadır. Gerçekte ise, muvazzaf askerlik süresine ait borçlanmanın İş K.m.14'deki kıdem süresi ile hiçbir ilgisi yoktur ve kıdem tazminatının hesabında dikkate alınmaması gerekir (63). Bilindiği gibi, muvazzaf askerlik ödevinin yerine getirilmesi halinde, esas itibariyle iş ilişkisi devam etmez, işçi veya işveren belirsiz süreli hizmet akdini feshederler. Kısa dönem askerlik için öngörülen ve kamu sektöründe çalışan işçiler için söz konusu izinli sayılma durumu (64) gibi, hizmet akdi veya toplu iş sözleşmesi ile kısa veya uzun süreli muvazzaf askerlik esnasında işçinin izinli sayılacağı yahut akdin askıda kalacağı kabul edilebilir. Yargıtay ise sanki muvazzaf askerlik dolayısıyla işçinin işinden ayrılmasında hizmet akdi devam ediyor gibi bir görüş getirmektedir ki, İş Kanununda böyle bir düzenleme mevcut değildir. İş K.m.27/son fıkrada akdi feshedilen işçinin tekrar işe alınma zorunluluğu öngörülmüştür. Akitte muvazzaf askerlik süresinde işçinin izinli olacağı yahut akdin askıda kalacağı kabul edilmişse, İş K.m.14/II'ye göre hizmet akdi devam ettiğinden bu süre kıdemden sayılır. Yargıtay, hizmet akdi sona erse dahi, işçinin sosyal güvenlik açısından borçlanması halinde muvazzaf askerlik süresinin kıdemden sayılacağını kabul etmektedir ki, böyle bir görüş hiçbir şekilde kabul edilemez. İş K.m.14'e aykırı olan bu yöndeki sözleşme hükümlerine de geçerlilik tanınmaz (65).

## **2. İhtiyat askerlik Nedeniyle İşten Ayrılanların Hizmet Akitlerinin Durumu**

### **a. Akdin (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 du-

(63) Bkz. Ekonomi, C. I, s. 242, dn. 631.

(64) "Dört aylık kısa süreli askerlik yapanlara eğitim süresince ücretsiz izinli olma hakkı getirilmiş olmasına karşın, yapılan görevin muvazzaf askerlik hizmeti olması nedeniyle askere giderken kıdem tazminatına hak kazanırlar." (Yarg. 9. HD. E.983/3488 K.983/5183 T.09.06.1983 / İBBB, Yarg. Kar. Cd'si).

(65) Aynı görüş için bkz. Ekonomi, C. I, s. 243.

rumda diğer şartların da gerçekleşmesi halinde hizmet akdi askıya alınmış olur. Bu nedenle kanundan doğan her türlü zorunlu ödev, kural olarak hizmet akdini 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 durumlardandır (66). Bununla birlikte, her zorunlu kanuni ödev hizmet akdinin askıya alınması sonucunu doğurmaz. Çünkü akdin 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 hizmet akdini askıya almazlar. Örneğin uzun dönemi kapsayan muvazzaf askerlik ödevi “geçici” nitelikte sayılmayacağından, hizmet akdinin askıya alınması sonucunu yaratmaz. Buna karşılık örneğin manevra amacıyla kısa bir dönem silah altına alınan işçilerin iş akitleri askıya alınmış sayılır. Nitekim İş Kanunumuzun düzenlemesi de bu yöndedir. Uzun dönem muvazzaf askerlik hizmetine giden işçiler ise hizmet akitlerini feshederek işten ayrılır ve bu dönemde hizmet akitleri askıda kalmaz (67). Ancak muvazzaf askerlik hizmeti olmasına rağmen kanunla sürenin kısa tutulması halinde, ödev geçicilik niteliği taşıdığı için, akdin feshi değil, kanunun öngördüğü süre kadar askıda kalması gerekir.

Teorik açıdan uzun dönem olduğu gerekçesiyle muvazzaf askerlik döneminde hizmet akdinin askıya alınmış olmayacağı kabul edilmesi sonucuna ulaşmamıza karşın, Avrupa Birliği ülkeleri hukukunda kanunla getirilen hükümlerle işçileri korumak amacıyla bu dönemde hizmet akitleri askıya alınmış sayılmaktadır (68). 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 hizmet akitlerini

---

(66) Sarper Süzek, İş Akdinin Askıya Alınmasının Genel Teorisi, Ankara 1989, s. 55.

(67) Süzek, s. 55-56.

(68) Süzek, s. 56.

sürelî fesih bildirimî yoluyla sona erdiremezler (69). 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 süremez (70). Askerlik ödevini yapan işçilere karşı yapılan fesih bildirimleri geçersizdir, diğer bir deyişle işçi ile işveren arasındaki askıya alınmış hizmet akdini 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, hizmet akdini derhal fesih hakkı doğar (71).

Kanaatimce, işçilerin iş güvencesinin sağlanması açısından gerçek çözüm, AB ülkelerinde olduğu gibi zorunlu kamusal ödevleri yerine getirmeleri nedeniyle ifa imkansızlığı içine düşen işçilerin hizmet akitlerinin askıya alınmasının kanun ile sağlanmasıdır. Esasen, nispeten kısa süreli, geçici nitelikteki zorunlu ödevler teori gereği akdi askıya almaktadır. Muvazzaf askerlik gibi uzun süreli zorunlu ödevlerde de, ücret ödenmeksizin ve işçinin kıdemine sayılmaksızın akdin askıya alındığının kanunla kabulü çağdaş iş hukukundaki gelişmelere uygun düşecektir (72).

İhtiyat askerlik nedeniyle hizmet akdinin 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. m. 27/1'de belirtilen askerlik hizmeti, zaman zaman tazelenmesi gereken askerlik bilgisiyle ilgili manevra ve talim gibi durumlara ilişkin olan ihtiyat askerliği kapsıyorsa da (73), çok istisnai hallerde çıkarılan ve bir veya iki aylık süreyi kapsayan bedelli askerlik olarak isimlen-

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

(70) Alman Feshe Karşı Koruma Yasası hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Sarper Süzek, *İş Aklını Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması*, Ankara 1976, s. 33-39.

(71) Süzek, s. 57.

(72) Aynı görüş için bkz. Süzek, s. 58.

(73) Muammer Vassaf Tolga, *İş Hukuku*, 2. B., İstanbul 1952, s. 152-153.

dirilen 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.m.17/III uygulama alanı bulur ve işveren haklı nedenle akdi sona erdirebilir (74).

İş K.m. 27'ye göre, akdin 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.m.27/II). Kanundan doğan bir hak olan ve konuluş amacı bakımından da kamu düzenine ilişkin bulunan bu süre, kısaltılamaz ancak uzatılabilir. Zira bu hüküm nisbi emredici bir hükümdür. Burada sözü edilen iki ay ile 90 günlük süre "iş ayı" ve "iş günü" değil, "takvim ayı" ve "takvim günü"dür (75).

Görüldüğü üzere, ihtiyat askerlik nedeniyle silah altına alınma halinde işten ayrılan işçinin hizmet akdi, 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 işinden ayrılan işçinin hizmet akdini hemen feshedemez; feshederse bu fesih geçersiz sayılır (76). Ancak belirtmek gerekir ki, taraflar söz konusu sürenin tamamlanmasına rağmen akdin devamını isteyebilirler. Akdin devamı yönündeki iradeler, sarih olabileceği gibi zımni de olabilir (77). 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 (78).

Fıkradaki "...işçinin hizmet akdi ... feshedilmiş sayılır" ibaresi ile, akdin işveren tarafından feshedilmiş sayıldığı kabul edilmekte, "işverenin fesih ira-

(74) Atabek, s. 87; Oğuzman, s. 95.

(75) Çenberci, s. 759 ve dn. 5.

(76) Yelekçi, s. 357; Çenberci, s. 758-759; Tunçomağ, C. I, s. 322.

(77) Çenberci, s. 758.

(78) Oğuzman, s. 204, dn.159.

desi”ni kullandığı düşünülmektedir. Daha farklı bir anlatımla, işveren, “iki aydan (en çok 90 günden) uzun süren askerlik” olayına dayanarak akdi feshetmiş sayılmaktadır (79). Akdin sona ermesini tarafların farazi (varsayıtlı) fesih iradelerinin bir sonucu olarak görenler de vardır (80). Bu görüş, “feshedilmiş sayılır” ifadesinin karanlık ve bulanık bir nitelik taşıdığını belirtmektedir (81).

Akdi feshettiği kabul edilen 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 akitlere uygulanabileceğinin ortaya konulması gerekir. İş K. m. 27, sürekli hizmet akdi olmak kaydıyla (82), hem belirli (83) hem de belirsiz süreli hizmet akitlerine uygulama olanağı bulan bir maddedir (84). Bu durumda ise burada kastedilen fesih, İş K.m.13'te belirtilen ve sadece belirsiz süreli hizmet akitlerine uygulanabilen bildirimli fesih olamaz. O halde burada bildirimsiz (derhal) fesih söz konusudur. Bildirimsiz fesih için de haklı bir nedenin bulunması gerekir. Fıkra da 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 hizmet akdinin bir süre askıda kalacağı öngörülmüş, askıda kalma süresi sona erdiği halde, imkansızlık devam etmekte ise, akdin bu sebebe dayanılarak fesih edilmiş sayılacağı hükme bağlanmıştır (85).

(79) Tunçomağ, C. I, s. 153, 323.

(80) Bkz. Çenberci, s. 758; Yelekçi, s. 358.

(81) Çenberci, s. 758.

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

(83) Ancak belirli süreli hizmet akdi söz konusu ise ve sürenin bitimi askıda kalma süresinin içindeki bir zamana rastlıyorsa bu takdirde bu madde hükümleri uygulanmaz yani askı süresi ve akit, akit süresinin bitmesiyle birlikte sona ermiş olur. (İş K.m.27/III).

(84) Ekonomi, C. I, s. 221; Çenberci, s. 759.

(85) 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.

### b. Akdin Askıda Kalma Süresi İçerisinde Taraflarca Feshedilmesi

İş K.m.27/I'de düzenlenen, akdin feshedilmiş sayılma şartları gerçekleşmeden yani askıda kalma süresi içinde, gerek m. 13, gerekse m. 16. ve m. 17. maddeye dayanarak akdi feshedebilirler. İşçi veya işveren, akdin sözü edilen maddelere göre feshedildiği karşı tarafa bildirilmiş olsalar bile, fesih için kanunun öngördüğü önel, askıda kalma süresinin bitiminden itibaren işlemeye başlar (İş K.m. 27/III). Başka bir deyişle, gerek İş K.m.13'e dayanarak yapılacak bildirimli fesih halindeki öneller ve gerekse İş K.m.16, 17 ve 18'e dayanılarak yapılacak bildirimsiz feshe ilişkin süreler işlemez (86). Doktrindeki bir görüşe göre ise, kanundaki ifadenin aksine olarak, kanundan doğan haklı sebeple fesih hakkı her zaman kullanılabilir (87).

Ancak hizmet akdi belirli süreli bir akit ise, askıda kalma, akit süresinin işlemesine engel olmaz. Bu nedenle de akit süresi, askı süresi içinde doluyorsa, sürenin sona erdiği tarihte akitte sona erer (88). Bu durumda ise, belirli süreli hizmet akdi ile çalışan ve süresi, askerlik yükümlülüğünü yerine getirirken sona eren işçilerin, tekrar işe alınma zorunluluğu yoktur. Zira üçüncü fıkranın son cümlesi, 27. maddenin bu tür akitlerde uygulanmayacağını belirtmektedir.

### c. Askıda Kalma Süresi İçinde Ücret Ödenmemesi

İş K.m. 27/III'e göre, kural olarak, hizmet akdinden doğan borçların askıda kaldığı süre içinde, işçiye bir ücret ödenmez (89). Ancak özel kanunların veya toplu iş sözleşmelerinin bu husustaki hükümleri saklıdır (90). Bunun yanısıra, İş Kanunu kapsamında olan bir hizmet akdi ile çalışan fakat bir yıllık kıdemi bulunmayan işçiler askı süresinden yararlanamayacağına göre, bun-

(86) Çenberci, s. 759-760.

(87) Demir, s. 93-94; Oğuzman, s. 94, 203 dn. 157..

(88) Ekonomi, C. I, s. 222; Sümer, s. 49.

(89) "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).

(90) Ekonomi, C. I, s. 222.

lar için işverenin İş K.m.17/III'ü uygulaması durumunda, bir haftalık süreyle sınırlı kalarak işçiye hergün için yarım ücret ödenmesi gerekir (İş K.m.34).

Borçlar Kanununun uygulanacağı bir hizmet akdi ile çalışan işçi için ise BK.m.328 hükmü uygulama alanı bulur. Söz konusu madde, "iş ifa edilemediği halde ücret" başlığını taşımakta ve "Uzun müddet için yapılan hizmet akdinde, işçi hastalıktan ve askerlikten veya bu gibi sebeplerden dolayı kusuru olmaksızın nispeten kısa bir müddet için işi ifa edemediği 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, hizmet akdinin 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 bulunmamaktadır (91). Kanaatimce, buradaki askerlik kavramı ile, İş Kanunu madde 27/I'deki yaklaşımla süresi iki aydan ve nihayet doksan gündenden 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 akitle çalışan işçiye bu süreye ilişkin olarak ücreti ödenmelidir.

Görüldüğü üzere, BK.m.328'deki kısa süreli askerlik hizmetini yapmak için işini ifa edemeyen işçilere ücret ödenmesini öngören hüküm ile İş K.m.27'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 hizmet akdi çeşitlerini içine alan bu genel hükmünün İş Kanununun 27. maddesi ile kaldırılmış bulunduğunu kabul ettirecek hukuki bir gerekçe olmadığına göre, İş Kanununun 27. maddesine göre en az bir seneden beri bir işyerinde çalışıp uzun bir süre için akit yapmış bulunan işçinin kısa bir zaman askere alınmış olması sebebiyle çalışmadığı günlere ait ücreti istemeye hakkının

(91) Erkul, s. 180-182; Baybora, s. 6.



bulunması gerekir (92). Ancak bu görüşe katılmak mümkün değildir. Her şeyden önce İş Kanununun kapsamında yer alan işlerde çalışan işçilere öncelikli özel kanun olan İş Kanunu hükmü uygulanır (93). Buna göre de, İş Kanunu kapsamında bir akitle 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.m.51/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.m.51/c'deki hüküm, İş K.m.27/1, II'deki hükümlerle paralellik göstermektedir. Her ikisinde de ihtiyat askerlik durumlarında silah altına alınan işçinin, o işyerinde en az bir yıl çalışmış olması şartıyla yararlanacağı, hizmet akdinin 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.

#### **C. İşverenin Askerlik Nedeniyle İşinden Ayrılan İşçi İle Hizmet Akdi Yapmakla Yükümlü Tutulabilmesi İçin Gerekli Şartlar**

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.

(92) Tolga, s. 152.

(93) "İş Kanunundaki bu hususi hüküm karşısında BK.m.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).

İş K. m. 27/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.

### 1. İşçinin Herhangi Bir Askeri Ödev Dolayısıyla İşinden Ayrılmış Olması

İşverenin işçiyle yeniden hizmet akdi 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 silah altına alınma yani ihtiyat askerlik, hem de gerek kısa dönem gerek uzun dönem ve gerekse bedelli olarak yerine getirilebilen muvazzaf askerlik ödevi anlaşılır (94). Zira, İş Kanunu 27. maddesinin son fıkrasında "herhangi bir askeri ödev"den söz edilmekte, bu konuda ihtiyat ve muvazzaf askerlik ayırımı yapılmadığı için herhangi bir sınırlama getirilmemektedir (95). 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 hizmet akdi yapma zorunluluğu söz konusu olur (96).

(94) 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; Narmanlıoğlu, s. 159; Halûk Hâdi Sümer, İş Hukuku Uygulamaları, 2. B., Konya 2000, s. 66; Esener, s. 149.

(95) Saymen 469; Ekonomi, C. I, s. 101, dn.114; Esener, s. 149; Narmanlıoğlu, s. 168; Erkul, s. 190.

(96) Çenberci, s. 760-761; Narmanlıoğlu, s. 159; Elbir, s. 68; Sümer, Uygulamalar, s. 65-66; Saymen, s. 469.

Kanaatimce, İş K.m.27/son'daki "herhangi bir askeri ödev" deyimini, geniş anlamda düşünölmeli 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, 27. maddenin birinci fıkrası ile birlikte göz önüne alınması gerektiği, bu nedenle de buradaki askerliğin muvazzaf askerlik dışındaki askerlik yani ihtiyat askerlik olduğu ileri sürölmüştür. Bu görüş sahiplerine göre, son fıkradaki "herhangi bir askeri ödev" ibaresi birinci fıkradaki "muvazzaf askerlik ödevi dışında manevra veya herhangi bir sebeple silah altına 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.m.27/son hükmünden yararlanabilmeleri de mümkün olmamalıdır (97).

İş Kanununun 27/son hükmünün uygulanması açısından hizmet akdinin belirsiz süreli veya belirli süreli olmasının (askı döneminde süresinin kendiliğinden sona ermemesi şartı ile) bir önemi yoktur (98).

Yeniden hizmet akdi yapma zorunluluğunun doğması için, önceki hizmet akdinin askerlik sebebiyle sona ermesinde, sona ermenin fesih (feshi ihbar veya haklı nedenle derhal) veya akdin kanunen kendiliğinden sona ermiş olmasının bir önemi yoktur. Ancak taraflar arasında yapılan hizmet akdi belirli süreli ise ve akit, askı döneminde süresini dolduruyorsa, işçi, İş K:m.27/son fıkrasının uygulanmasını talep edemez. Zira İş K.m.27/III'e göre "ancak hizmet akdi 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 akit yapma zorunluluğunu da kapsamaktadır (99). Akit

(97) Tunçomağ, C. I, s. 153; Tunçomağ, İş Hukukunun Esasları, s. 95, 117-118; Çenberci, s. 760, dn.11; Oğuzman, s. 103, dn.250; Izveren, s. 114; Yürekli, s. 132.

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

(99) Ekonomi, Tez, s. 67; Yürekli, s. 1321.

süresinin belirli olması ve bunun da askı süresi içinde sona ermesi halinde, işçinin askerlik ödevine dayanarak yeniden işe alınmayı istemesinin MK.m.2 ile bağdaşır yanı olamaz (100).

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

## 2. 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 (101).

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 kaybeder (102). 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 vermiştir (103). 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

(100) Yürekli, s. 1322.

(101) Esen, s. 196.

(102) Centel, s.105; Erkul, s.106; Sümer, Uygulamalar, s.66-67; Sümer, s. 50.

(103) Yarg 9. HD, T.18.04.1995, E. 994/18305, K. 995 113747

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.

İşçi başvuruyu yazılı olarak yapabileceği gibi sözlü olarak da yapabilir (104). 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 (105).

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 akit yapma zorunluluğu, işverenin eski işyerine münhasırdır (106). 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 akit askıdadır, henüz sona ermediği için de yeni bir akdin yapılması zorunluluğundan söz etmek anlamsızdır.

---

(104) Demir, s. 205; Tunçomağ, C. I, s. 154.

(105) Esener, s. 149.

(106) İsmail Hakkı İplikçioğlu, Açıklamalı İş ve Sosyal Sigortalar -Bağ-Kur Mevzuatı, İstanbul 1976, s. 106.

### 3. 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 zorundadır. Eğer işyerinde boş yer mevcut olup da birden çok kişi başvurmuş ise o zaman işveren, askerlik ödevini ifa etmek üzere ayrılmış işçisini öncelikle iş 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 (107). Eğer işverenin işyerinde böyle boş bir iş yoksa, işverenin eski işçisi ile akit yapma yükümlülüğü de yoktur (108). 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 isteyemez (109).

#### D. Hizmet Akdi Yapma Zorunluluğunun Hükümleri

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

(107) Çenberci, s. 761; Saymen, s.469; Esener, s. 157; İzveren, s. 106.

(108) Saymen, s. 470; Erkul, s. 107; Narmanlıoğlu, s. 164, dn.105.

(109) 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).

İşverenin işe alma zorunluluğuna uymamasının cezai yaptırımını vardır. İşveren söz konusu hallerde hizmet akdi yapma yükümlülüğüne aykırı hareket etmişse, İş K.m.107'de öngörülen cezai yaptırım uygulanır. Buna göre, "bu bölümde cezası özel olarak gösterilmemiş olan .... zorunluluklara uymayan işveren veya işveren vekillerine ikiyüzbin lira para cezası verilir (110). 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, iş alınmak için başvuran işçi ile akit yapmaktan kaçınan işverenin, akdi haksız veya sebepsiz olarak feshetmiş kabul edileceği ve işçinin bundan doğan zararlarını tazmin ile yükümlü tutulacağı (111) ileri sürülmekte ise de, işçinin askerlik nedeni ile işinden ayrıldığında İş K.m.27/son hükmünün uygulanması açısından hizmet akdi sona ermiş bulunmaktadır. Bu nedenle tarafların bağlı bulunduğu bir akit olmadan akdin haksız feshedilmiş sayılmasından söz edilmesi mümkün olamamalıdır (112).

Bu konuda ileri sürülen diğer bir görüşe göre ise, kanunla işverene akit yapma zorunluluğu yüklenen hallerde işçinin aynen ifa davası açarak yargı kararı ile hizmet akdinin kurulmasını sağlayabilir (113). Bu görüşe göre, yargı kararı ile hizmet akdinin kurulmasına rağmen işveren işçiye iş vermekte tereddüt ederse, işçi BK.m.325 uyarınca çalışmaksızın ücrete hak kazanır. Yargıtay ise, (sendika yöneticileri ile) hizmet akdi yapılması zorunluluğuna ilişkin kararlarında, işe alınmama halinde işçinin "fesihle ilgili hakları" isteyebileceği sonucuna varmaktadır. İşyerine dönmek isteyen işçi ile işveren arasında bir iş akdi olmadığına göre bunun feshine bağlanacak hakların işçi tarafından istenebilmesi-

---

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

(111) Saymen, s. 470.

(112) Ekonomi, Tez, s. 124.

(113) Ekonomi, Tez, s. 119 vd.; Ekonomi, C. I, s. 109 vd.

nin hukuki dayanağı yoktur. Bu hukuki sonuç ancak işçi ile işveren arasındaki akdin yöneticilik (askerlik) süresince askıda kaldığının kabulü halinde benimsenebilir. Oysa sendika yönetimine seçilen (askere giden) işçiler iş akitlelerini feshederek bu görevlerini yerine getirirler (114).

—oOo—