

# ASKERDEN DÖNEN ESKİ İŞÇİYİ İŞE ALMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

## I- GİRİŞ

Askerlik ve Kanundan doğan çalışma sosyal tarafların çalışma özgürlüğünün sınırlarından biridir (Kılıçoğlu, 2005, 342).

İş Kanunları doğaları gereği, işçi ve işveren arasındaki iş ilişkisine müdahale eden, işçilerin hak ve menfaatlerini işverenlere karşı korumak için asgari düzenlemeler içeren normlardır. Bu kapsamda işverenlere askerden dönen ve eski işinde çalışmak isteyen işçiyi işe alma konusunda getirilen zorunluluk 4857 sayılı İş Kanununun 31 inci maddesinde düzenlenmiştir.

İş Kanununun "Askerlik ve Kanundan Doğan Çalışma" başlıklı 31 inci maddesi 1475 sayılı eski İş Kanunu ile hemen hemen aynı içeriktedir. Var olan fark, işe girmek isteyen işçinin işe alınmaması halinde tazminat ödenmesidir.

Konu ile ilgili madde şöyledir: *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.*

*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. Aranılan şartlar bulunduğu halde işveren iş sözleşmesi yapma yükümlülüğünü yerine getirmese, işe alınma isteğinde bulunan eski işçiye üç aylık ücret tutarında tazminat öder.*

Görüldüğü gibi, dört paragraftan oluşan maddenin ilk üç paragrafında muvazzaf askerlik ödevi dışındaki silah altına alınma hali düzenlenmiş, ama son paragrafında ise muvazzaf askerlik hariç tutulmamıştır. Maddenin son fıkrasına göre, 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.

## II- DÜZENLEME VE YORUMU

31 inci maddenin 1 inci fıkrasındaki düzenlemede muvazzaf askerlik ödevi dışında manevra veya herhangi bir sebeple silah altına alınmış işçinin iş sözleşmesinin, işinden ayrıldığı günden başlayarak iki ay sonra feshedilmiş sayılacağı ifadesiyle muvazzaf askerlik ödevi için ayrılanlar bu düzenlemenin açıkça dışında bırakılmışken son fıkrada böyle bir ayrıma gidilmemiş, aksine "herhangi bir askeri ödev" ifadesiyle muvazzaf olsun veya olmasın askeri bir görev nedeniyle işinden ayrılan işçilerin yeniden işe alınmaları öngörülmüştür. Bununla birlikte, öğretide eski İş Kanununun md. 27/son fıkrası, aynı madde 1. fıkra ile ilgilendirilerek, muvazzaf askerlik hizmetini tamamlayan işçilerin yeniden işe alınma hakkından yararlanamayacakları da öne sürülmüştü (Mollamahmutoğlu, 2008, 414).

Kanunun son paragrafında **herhangi bir askeri ve kanuni ödev dolayısıyla** denmektedir. Bu nedenle düzenleme muvazzaf askerliği de kapsamaktadır. Muvazzaf askerlik bildiğimiz klasik askerliktir. Bunun dışında da kısa süreli silah altına alınma durumları da söz konusu edilebilmektedir. Pratikte pek rastlanmasa da askerliğini yapmış, belli bir yaşı aşmamış olan işçinin kısa süreli bir tatbikata çağırılması, muvazzaf askerlik dışındaki ödevde örnektir.

Kanunda muvazzaf askerlik hizmeti nedeniyle ya da diğer askeri ve kanuni ödev dolayısıyla işinden ayrılan işçilerin bu durumları ifade edilirken kıdem tazminatlarının ödenip ödenmediği konusunda bir ayırım yapmamıştır. Dolayısıyla kıdem tazminatı alınsın ya da alınmasın, asgari bir yıl çalışılsın ya da çalışılmasın iş akdi askerlik nedeniyle sona eren işçinin tekrar eski işine girme hakkı bulunmaktadır.

Dolayısıyla, herhangi bir askeri ödev ki buna muvazzaf askerlik de dahil olmak üzere veya 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 (Günay, 2009, 1646).

Yine aynı şekilde, düzenlemede askerlik süresince iş sözleşmesinin askıda olduğu ya da işçinin ücretsiz izinli sayılacağı yönünde bir husus yer almamaktadır. 4857 sayılı İş Kanununun 31 inci maddesi askere giden işçinin tekrar işe alınmasını düzenlemiştir. Bu madde İş Kanununun 18 ve devamı maddelerindeki feshin geçersizliği ve işe iadeyi kapsayan iş güvencesi sağlamamaktadır. Zira 18 ve devamı maddelerdeki iş güvencesi hükümleri, işveren tarafından iş sözleşmesinin feshedilmesi hallerinde uygulanmaktadır. Askerlik sonrası işe alınmama halinde, askı hali ve somut olayda işveren tarafından bu yönde bir kabul de bulunmadığından, işveren tarafından gerçekleştirilen bir fesih işleminden söz edilemez. Çünkü iş sözleşmesi askerlik nedeni ile işçi tarafından daha önce sona erdirilmiştir Yukarıda belirtilen 4857 sayılı İş Kanunu'nun 31. Maddesi, işverene askerlik sonrası işçiyi işe alma konusunda bir yükümlülük getirmiş ve başlatılmaması halinde cezai yaptırım olarak tazminat ödenmesini öngörmüştür. Bu yükümlülük ve yaptırım, askerlik sonrası işe alınmayan işçinin, iş sözleşmesinin işveren tarafından feshedildiği anlamına gelmemektedir (Yrg 9 HD K: 2006/31653).

Bu zorunluluğun, muvazzaf askerlik hizmetini yaptıktan sonra eski işine dönmek isteyen işçileri kapsamadığını belirten yazarlar da vardır.

Ancak, Yargıtay 2004 yılında verdiği bir kararında tereddütleri gidermiştir: Karara göre, muvazzaf askerlik sebebiyle işyerinden ayrılanların maddenin 1. Fıkrasını göz önünde bulundurarak son fıkrasındaki tazminattan yararlanılmayacağını kabul etmek maddenin düzenlenmesi şekline ve amacına aykırı düşmektedir. Her ne kadar birinci fıkrada muvazzaf askerlik ödevi dışında manevra veya herhangi bir sebeple silah altına alınan, ifadesine yer verilmişse de bu düzenleme sözleşmenin 2 ay sonra işverence feshedilmiş sayılmasıyla ilgilidir. Tazminatı düzenleyen son fıkrada ise ayrıma gidilmeden herhangi bir askeri veya kanuni bir ödev dolayısıyla işinden ayrılan işçiler... sözcükleri yer almaktadır. Bu düzenleme içerisine muvazzaf askerlik sebebiyle işyerinden ayrılanların da girdiğinin kabulü gerekir (Yrg 9 HD K: 2004/25022).

### **III- DİĞER HUSUSLAR**

#### **A- Başvuruda Süre:**

Her şeyden önce işçi, askeri ve kanuni ödevin sona ermesinden başlayarak iki ay içinde işverene başvurmalıdır (Çenberci, 1986, 761).

İşçinin, bu haktan yararlanması için eski işyerine ödevin sona ermesinden itibaren 2 ay içinde usulünce başvuruda bulunması gerekir.

Ödevin sona erdiği gün bu süreye dahil değildir. İki aylık süre, 60 gün değildir. Süre askeri ve kanuni ödevin sona ermesini takip eden gün ayın kaçı ise iki ay sonraki sayı olarak aynı günde sona erer. Son bulunduğu ayda sayı itibarıyla karşılığı olan gün yoksa süre ayın son günü mesai bitiminde biter.

İki aylık süre, hak düşürücü süredir. İşçinin başvuruda bulunduğunu ispatlaması için noter yoluyla isteğini işverene iletmesi uygun olur.

Başvuru olmazsa, ya da geç başvuru olursa işverenin işe alma yükümlülüğü doğmayacaktır.

#### **B- İşverenin Yükümlülüğü**

Bu kapsamda işveren, tekrar işe girmek için müracaat eden eski işçisini boş yer varsa derhal yoksa boşalacak ilk işe almak zorundadır.

İşverenin yükümlülüğü işyerindeki herhangi bir boş pozisyon için işe almak değildir. Başvuruda bulunan işçinin eski işi ya da benzeri bir işi için işe alma zorunluluğu bulunmaktadır.

Eski işi veya benzeri işinde boş yer yok ise bu nitelikteki işler için boş yer açılincaya kadar beklenecektir.

İşçinin eski işi ya da benzeri işi için birden fazla işe girmek isteyen var ise, bunlardan biri askerden dönen işçi diğerleri ise ilk kez o işyerinde çalışmak isteyen kişiler ise ne olacaktır? Yasa koyucu "başka isteklilere tercih ederek" işe

alacaktır, ifadesini kullanmıştır. Yani, eski işçisini tercih edecek diğer bir ifade ile eski işçisini işe başlatacaktır. Düzenleme işverene seçenek sunmamış, işe alma konusunda buyurucu davranmıştır.

İşverenin eski işçisinin iş isteme tarihi ile işe alınma tarihi arasında geçen zaman için ayrıca ücret ödemesi söz konusu olmaz (Yrg 9 HD K: 1973/33375).

### **C- O Anki Şartlarla İşe Alma Kavramı**

Kanuna göre, işveren askerden dönen eski işçisini o andaki şartlarla işe almak zorundadır.

"O andaki şartlar" ifadesini Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında "işçinin mümkün oldukça kazanılmış haklarının gözetilmesi gereğini hedef tuttuğu gibi, işyeri zorunluluklarının da dikkate alınmasını dahi öngörmektedir. İşçi işyeri zorunlulukları nedeni ile daha düşük ücretli bir işe alındığı takdirde ileride işçinin kazanılmış haklara uygun ve işyeri zorunlulukları ile bağdaşır iş açıldığında işverenin bu yükümlülüğünün devam edeceğinin de kabulü gerekir" (Yrg HGK K:1978/189) ifadeleriyle açıklamıştır. Yani, işçi önceki statüsü ile değil yeni işyeri zorunluluklarına göre çalıştırılacak, daha düşük bir ücretle de işe alınabilecektir.

### **D- Aksine Davranışın Yaptırımı**

Maddesin son cümlesinde " *Aranan şartlar bulunduğu halde işveren iş sözleşmesi yapma yükümlülüğünü yerine getirmese, işe alınma isteğinde bulunan eski işçisine üç aylık ücret tutarında tazminat*" ödeyeceği, ifade edilmiştir.

Aksine davranışlar için 1475 sayılı önceki İş Kanununda yalnızca, hafif para cezası verilir. Geçerli düzenlemede ise eski işçiye tazminat ödenmektedir. Ayrıca bir idari para cezası öngörülmemiştir (Şakar, 2009, 447).

İşe alınmayan işçiye verilecek tazminatta esas alınacak ücret, eski işçinin son aldığı çıplak ücret olacaktır.

İşe alınma isteğinde bulunan ama bu isteği reddedilen işçi, işvereni dava ederek iş sözleşmesinin, mahkemenin vereceği hükümlerle kurulabileceğini savunmak hukuken mümkün değildir (Mollamahmutoğlu, 2008, 415). Diğer bir ifade mahkeme işçinin eski işine mutlak dönmesi şeklinde bir karar veremez.

## **IV- SONUÇ**

İş Kanununun 31 inci maddesi ile işçi ve işveren arasındaki sözleşme özgürlüğüne sınırlama getirilerek, süresinde başvuran işçiye eski işine girme olanağı düzenlenmiştir. Muvazzaf askerlik de dahil herhangi bir askeri ya da kanuni ödev dolayısıyla işinden ayrılan işçiler bu ödevin sona ermesinden başlayarak iki ay içinde işe girmek istedikleri takdirde işveren eski işçisini eski işleri veya benzeri işlerde boş yer varsa derhal yoksa boşalacak ilk işe başka istekliler olsa bile o andaki şartlarla işe almak zorundadır.

Eski işçinin bu haktan yararlanmak için askeri ve kanuni ödevin sona ermesinden başlayarak iki ay içinde müracaat etmesi gerekir. İki aylık süre hak düşürücü süredir.

Düzenleme, işverene eski işçisini işe alma konusunda yükümlülük getirmiş, işe alma konusunda tercihte bulunma şansı vermemiştir.

İşveren eski işçisini işe alınma zamanındaki şartlara göre çalıştıracaktır.

Bu yükümlülüğe uymaz ise işveren eski işçisine üç aylık tutarında tazminat ödemek zorunda kalacaktır.

## **KAYNAKÇA**

Günay, Cevdet İlhan (2009). **İş Kanunu Şerhi**, Ankara.

Şakar, Müjdat (2009). **İş Kanunu Yorumu**, Ankara.

Mollamahmutoğlu, Hamdi (2008). **İş Hukuku**, Ankara.

Kılıçoğlu, Mustafa (2005). **İş Kanunu Yorumu**, Ankara.

Çenberci, Mustafa (1986). **İş Kanunu Şerhi**, Ankara.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi (22.11.1973). **Esas No: 1973/11342 ve Karar No: 1973/33375 Sayılı Kararı**. Ankara.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (01.03.1978). **Esas No: 1978/3594 ve Karar No: 1978/189 Sayılı Kararı**. Ankara.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi (08.11.2004). **Esas No: 2004/7607 ve Karar No: 2004/25022 Sayılı Kararı**. Ankara.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi (04.12.2006). **Esas No: 2006/23768 ve Karar No: 2006/31653 Sayılı Kararı**. Ankara.