

YARGITAY

9. HUKUK DAİRESİ

Esas No. 2009/12918
Karar No. 2011/12793
Tarihi: 02.05.2011

İlgili Kanun / Madde
4857 S.İşK/31
1475 S.İşK/14

- **ASKERLİK NEDENİYLE İŞ SÖZLEŞMESİNİN SONA ERDİRLMESİ**
- **İŞ SÖZLEŞMESİNİN ASKIYA ALINMASI**
- **ASKERLİK DÖNÜŞÜ İŞE BAŞVURU**
- **KIDEM TAZMİNATI**

ÖZETİ 4857 sayılı İş Kanununun 120. maddesi yollamasıyla yürürlükte olan 1475 sayılı yasanın 14. maddesinin 3. bendinde işçinin muvazzaf askerlik hizmeti sebebiyle iş sözleşmesini feshinde kıdem tazminatı talep hakkı doğar. Muvazzaf askerlik hizmeti, 20 yaşını doldurmuş olan her erkek Türk vatandaşının zorunlu biçimde yapması gereken bir vatandaşlık ödevidir.

İşçinin muvazzaf askerlik ödevi dışında manevra veya herhangi bir nedenle-silah altına alınması hali ise İş Kanununun 31. maddesinde düzenlenmiş olup, bu durum, 1475 Sayılı Yasanın 14/3. bentte yer almadığından işçinin kıdem hakkı bulunmamaktadır, iki ay ya da en çok doksan gün süreyle işçinin iş sözleşmesi askıda olduğundan bu süre içinde bir fesih söz edilemez. Ancak, muvazzaf askerlik ödevi dışında manevra veya bir başka nedenle silâh altına alınma halinde süre bu iki ayı (veya işçinin çalıştığı her yıl için 2 gün eklendiğinde en çok doksan günü) geçerse, Kanunun 31. maddesi hükmü uyarınca işverence feshedilmiş sayılır. Söz konusu fesih, 25/11 bent uyarınca fesih sayılamayacağından, 1475 sayılı yasanın 14. maddesi hükümleri uyarınca bu halde de kıdem tazminatı ödenmelidir.

İşçinin muvazzaf askerlik sebebiyle kıdem tazminatına hak kazanabilmesi için feshin gerçekten askerlik nedenine dayanması gerekir. Ayrıldıktan sonra bir başka işyerinde çalışan işçinin muvazzaf askerlik sebebiyle ayrıldığı düşünülemez. İşçinin muvazzaf askerlik celp döneminden makul bir süre önce ayrılması da mümkün görülmelidir.

İşçinin muvazzaf askerlik sebebiyle iş sözleşmesini feshinde ihbar öneli tanınmasına da gerek yoktur

Muvazzaf askerlik dışındaki askerlik görevinin son bulması veya kanundan doğan ödevin bitiminden itibaren iki ay içinde yeniden işe alınmak için işverene müracaat edebilirler, işverence eski işi veya benzer işlerde, boş yer

yoksa boşalacak ilk iste çalıştırılmak üzere işe alınrlar (m.31/son).

Askı süresi içinde bu ödevin bitmesi halinde ise, askı durumu son bulur ve işçinin iş görme borcu ve işveren ücret ödeme borcu devreye girer. O halde maddenin son fıkrasının, askı süresi içinde askerlik hizmetinin veya kanundan doğan ödevin son bulması halinde uygulama imkânı bulunmamaktadır

DAVA : Davacı, kıdem, ihbar tazminatı, izin, fazla çalışma, hafta tatili, genel tatil ücreti ile ikramiye alacaklarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme, isteği kısmen hüküm altına almıştır.

Hüküm süresi içinde davalı tarafından temyiz edilmiş olmakla, dava dosyası için Tetkik Hâkimi Ş.Çil tarafından düzenlenen rapor dinlendikten sonra dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü:

Davacı işçi muvazzaf askerlik sonrası işe başlatılmadığını ileri sürerek kıdem tazminatı ile İş Kanununun 31. maddesine göre 3 aylık ücret tutarında tazminatı talep etmiştir.

Davalı işveren davacının iş sözleşmesinin 23.11.2003 tarihinde askıya alındığını, fiilen çalışmadığı ve askerde olduğu dönemde ücretlerini aldığını, 11.05.2004 tarihinde işe çağrı yapıldığını, askerde olduğu bilgisinin sonradan öğrenildiğini, askerlik bitiminde de yasal süresi içinde işe başlamak üzere başvurmadığını savunmuştur.

1-Dosyadaki yazılara toplanan delillerle kararın dayandığı kanuni gerektirici sebeplere göre davalının aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yerinde değildir.

2.1ş sözleşmesinin işçi tarafından muvazzaf askerlik sebebiyle feshedilip feshedilmediği ve buna göre kıdem tazminatı hakkının doğup doğmadığı noktasında taraflar arasında uyuşmazlık söz konusudur.

4857 sayılı İş Kanununun 120. maddesi yollamasıyla yürürlükte olan 1475 sayılı yasanın 14. maddesinin 3. bendinde işçinin muvazzaf askerlik hizmeti sebebiyle iş sözleşmesini feshinde kıdem tazminatı talep hakkı doğar. Muvazzaf askerlik hizmeti, 20 yaşını doldurmuş olan her erkek Türk vatandaşının zorunlu biçimde yapması gereken bir vatandaşlık ödevidir.

İşçinin muvazzaf askerlik ödevi dışında manevra veya herhangi bir nedenle-silah altına alınması hali ise İş Kanununun 31. maddesinde düzenlenmiş olup, bu durum, 1475 Sayılı Yasanın 14/3. bentte yer almadığından işçinin kıdem hakkı bulunmamaktadır, iki ay ya da en çok doksan gün süreyle işçinin iş sözleşmesi askıda olduğundan bu süre içinde bir fesih söz edilemez. Ancak, muvazzaf askerlik ödevi dışında manevra veya bir başka nedenle silâh altına alınma halinde süre bu iki ayı (veya işçinin çalıştığı her yıl için 2 gün eklendiğinde en çok doksan günü) geçerse, Kanunun 31. maddesi hükmü uyarınca işverence feshedilmiş sayılır. Söz konusu fesih, 25/11 bent uyarınca fesih sayılamayacağından, 1475 sayılı yasanın 14. maddesi hükümleri uyarınca bu halde de kıdem tazminatı ödenmelidir.

İşçinin muvazzaf askerlik sebebiyle kıdem tazminatına hak kazanabilmesi için feshin gerçekten askerlik nedenine dayanması gerekir. Ayrıldıktan sonra bir başka işyerinde çalışan işçinin muvazzaf askerlik sebebiyle ayrıldığı düşünülemez. İşçinin muvazzaf askerlik celp döneminden makul bir süre önce ayrılması da mümkün görülmelidir.

İşçinin muvazzaf askerlik sebebiyle iş sözleşmesini feshinde ihbar öneli tanınmasına da gerek yoktur.

Muvazzaf askerlik dışındaki askerlik görevinin son bulması veya kanundan doğan ödevin bitiminden itibaren iki ay içinde yeniden işe alınmak için işverene müracaat edebilirler, işverence eski işi veya benzer işlerde, boş yer yoksa boşalacak ilk iste çalıştırılmak üzere işe alınrlar (m.31/son).

Askı süresi içinde bu ödevin bitmesi halinde ise, askı durumu son bulur ve işçinin iş görme borcu ve işveren ücret ödeme borcu devreye girer. O halde maddenin son fıkrasının, askı süresi içinde askerlik hizmetinin veya kanundan doğan ödevin son bulması halinde uygulama imkânı bulunmamaktadır.

Somut olayda davacı işçi 23.11.2003 tarihine kadar işyerinde çalışmış gibi işlem gördüğü halde aynı yıl Mayıs ayında muvazzaf askerlik görevi için askere gittiği dosyadaki davacı beyanları ile sabit olmuştur. Davalı belediye başkanlığı yazılarında askeri birimlerin yazılarına gönderme yapılarak davacının 27.5.2003 tarihinde birliğine katıldığı ve 27.08.2004 tarihinde terhis olacağı bilgisine yer verilmiştir. O halde davacı işçi fiilen askerde olduğu dönemde de sigortalı gösterilmiş ve ücreti ödenmeye devam edilmiştir, işyerinde uygulanan toplu iş sözleşmesinde de muvazzaf askerlik süresince ücretin ödenmeye devam edeceği yönünde bir kurala yer verilmemiştir. Yine muvazzaf askerlik süresince iş sözleşmesinin askıya alınacağı yönünde toplu iş sözleşmesinde bir düzenleme bulunmamaktadır. Böyle olunca kıdem tazminatı hesabında, çalışılmayan sürenin dikkate alınması yasal değildir. Davacı işçi aynı dönemde muvazzaf askerlik görevini yapmakta olup işçi sıfatını taşımamaktadır. Kıdem tazminatının davacının işyerinde fiilen çalıştığı ve askerlik sebebiyle ayrıldığı tarihe kadar hesaplanması gerekir.

3. Davacının muvazzaf askerlik hizmeti sonrasında işe başlatılmaması sebebiyle 3 aylık ücrete hak kazanıp kazanmayacağı da tartışma konusudur.

4857 sayılı İş Kanununun 31. maddesine göre işçiler, muvazzaf askerlik dışındaki askerlik görevinin son bulması veya kanundan doğan ödevin bitiminden itibaren iki ay içinde yeniden işe alınmak için işverene müracaat edebilirler, işverence eski işi veya benzer işlerde, boş yer yoksa boşalacak ilk iste çalıştırılmak üzere işe alınırlar.

İşçinin süresi içinde müracaatına rağmen eski işi veya benzer işi boş olduğu halde işe almayan veya boşalacak ilk işte işçiyi işe başlatmayan işveren için son fıkrada bir yaptırım öngörülmüştür. Bu da, işçinin üç aylık ücreti tutarında tazminattır.

Davacı işçi muvazzaf askerlik hizmeti bitiminde işveren başvurduğuna dair dosyaya iki ayrı dilekçe sunmuştur. 23.08.2004 tarihini taşıyan fotokopi şeklindeki belge, davalı belediye başkanlığına hitaben yazılmış bir dilekçe olup üzerinde işverence kayda alındığına dair bir işaret bulunmamaktadır. Davalı belediye de davacının işyerine başvurusuna dair resmi bir kaydın bulunmadığını bildirmektedir. O halde sözü edilen belge davacının yasal süresi içinde işveren başvurusunu kanıtlanma noktasında yeterli değildir.

Diğer bir başvuru belgesi ise tarihsel olup, davacının muvazzaf askerlik görevini yaptığı dönemde görev yaptığı askeri birlikten gönderildiği izlenimini uyandırmaktadır. Ancak sözü edilen yazı üzerinde de herhangi bir resmi evrak kaydı bulunmamaktadır. Mahkemece davacının sözü edilen dilekçesi askeri birlikten araştırılmalı ve resmi olarak böyle bir yazının dayalıya gönderilip gönderilmediği belirlenmelidir. Sonucuna göre davacının 4857 sayılı İş Kanununun 31. maddesinde sözü edilen tazminata hak kazanıp kazanamayacağı tespit olunmalıdır. Bu konuda eksik incelemeyle karar verilmesi hatalı olmuştur.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgiliye iadesine, 02.05.2011 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

ESAS NO : 2009/12918

KARAR NO : 2011/12793

KARŞI OY

Davacı vekili müvekkilinin muvazzaf askerlik sonrası işe başlatılmadığını ileri sürerek kıdem tazminatı ve 4851 sayılı yasanın 31/son maddesi gereği 3 aylık ücret tutarında tazminatı talep etmiştir.

Davalı, davacının askerlikten terhis olduktan sonra süresinde işe başlamak için başvuruda bulunmadığını belirterek davanın reddini savunmuştur.

Mahkemece davanın kabulüne karar verilmiştir.

Yüksek Dairece mahkeme kararı; Kıdem tazminatının hesaplanmasından askerlikte geçen sürenin hizmet süresine eklenerek tazminatın hesaplanmasının hatalı olduğu, 23.08.2004 tarihli başvuru dilekçesinin fotokopi olup, işverene giriş kaydının olmadığı bu nedenle başvuruyu kanıtlayıcı bir belge olmadığı, diğer başvuru belgesinin ise davalıya askeri birlik kanalıyla gönderilip gönderilmediği araştırılıp sonucuna göre karar verilmesi gerektiğinden eksik incelemeyle karar verilmesi hatalı denilerek bozulmuştur.

Çoğunluk azınlık arasındaki görüş ayrılığı askeri birlikler kanalı ile gönderildiği iddia edilen evrakın sonucunun araştırılıp araştırılmaması konusunda toplanmaktadır.

İş Yasasının 31/ son maddesindeki 3 aylık tazminatı talep edebilmek için askerlik ödevinin sona ermesinden itibaren 2 ay içinde işverene başvuruda bulunmak gerekir.

Somut olayda; davacının gönderdiği iddia edilen işe başvuru evrakı doğru kabul edilse bile geçerli bir başvuru kabul edilemez. Çünkü başvurunun yapılabilmesi için askerlikten terhis olmak şarttır. Terhis belgesi ile başvuruyu yapılması gerekir. Askerlik ödevi devam ederken yapılan başvuru henüz doğmamış bir hakkın istenmesidir, hukuk buna müsaade etmez. Bu nedenle 3 aylık ücret tutarındaki tazminat talebinin reddine karar verilmesi gerekirken başvuru dilekçesinin doğruluğu yönünden araştırılması konusundaki çoğunluk bozma kararına açıklanan gerekçelerle katılamıyorum.