

Tutukluluk Yüzünden Hizmet Sözleşmesinin Haklı Nedenle Feshi

Dr. Tankut CENTEL
(İ.Ü. Hukuk Fakültesi)

1. Giriş :

1.1. Tutuklanan işçinin hizmet sözleşmesinin haklı nedenle feshini düzenleyen özel bir hükme, İş K.'nda raslanılmamaktadır. Bu na göre, İş K.'na bağlı hizmet sözleşmelerinin tutukluluk yüzünden haklı nedenle feshi konusunda ,genel hükümlerden yararlanılması düşünülecektir.

Deniz İş K. m. 14/bent I b ise, tutuklanan gemi adamının hizmet sözleşmesinin haklı nedenle feshini, özel olarak düzenlemiştir.

Basın İş K.'na gelince; söz konusu yasanın 17. maddesinin başlığı, «mahkûmiyet halinde ücret»tir. Ancak, anılan madde metninde, «hürriyeti tahdide uğrayan gazeteci» den sözedilmektedir. Özgürlüğün kısıtlanması ise, sadece mahkûmiyet durumuyla sınırlı olmayıp, gözaltına alınma ve tutukluluk durumlarını da kapsamaktadır. Bu nedenle, Basın İş K. m. 17/I-III'ün, tutuklanan gazetecinin de durumunu düzenlediği, söylenecektir.

1.2. Tutukluluk yüzünden hizmet sözleşmesinin haklı nedenle feshi konusunda, uygulamada İş K. m. 17/bent II f'ye dayanılmaktadır¹. Oysa, tutuklanan işçinin işe gelememesi, çoğu kez devamsızlık kavramını aşan bir durum olarak ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle, aşağıda tutukluluk yüzünden işe gelememenin iş hukuku açısından değerlendirilmesine gidilecek ve buna ilişkin feshin koşulları ile hükümleri üzerinde durulacaktır.

Öte yandan mevcut çalışma, konusu itibariyle, tutukluluk yüzünden hizmet sözleşmesinin haklı nedenle feshine ayrılmıştır. Bu nedenle, tutukluluk yüzünden hizmet sözleşmesinin feshi ihbarı, mevcut çalışmanın dışında kalmaktadır.

2. Feshin koşulları :

2.1. Tutukluluk yüzünden hizmet sözleşmesinin haklı nedenle feshi için, önce ortada sürekli bir hizmet sözleşmesinin bulunması gerekir. Çünkü, İş K. m. 17 uyarınca haklı nedenle feshin ilk koşulu, hizmet sözleşmesinin sürekli olmasıdır².

Hizmet sözleşmesinin sürekli olmasını, mevcut işin sürekli bir iş olması sağlamaktadır. İş K. m. 8/I, söz konusu işleri, nitelikleri bakımından 30 iş gününden çok süren işler olarak belirlemiştir.

2.2. Tutukluluk yüzünden hizmet sözleşmesinin haklı nedenle feshedilebilmesi için, ikinci olarak, işçinin tutuklanmış, yani yargılama makamının kararıyla muhakeme edilmek üzere özgürlüğünün sınırlanarak tutukevine konulmuş³ bulunması gerekmektedir.

2.2.1. Tutuklama, yargılama makamınca suçluluğun saptanmasından önce başvuru ve kişi açısından sonuçları oldukça ağır bulunan bir koruma önlemidir. Kısa süreli bir önlem olmamasına karşılık, yargıç kararıyla uygulanabildiğinden, kişiye belirli bir hukuk güvencesi sağlayabilmektedir. Ancak, ülkemizde tutuklama, oldukça sık başvuru alan bir önlem olmasına karşılık, yargıçların titizlikle uyguladıkları bir önlem olarak görünmemektedir. Nitekim, tutuklanan kişilerin % 92 veya % 93'ü, beraat edebilmektedir. Bu da, ülkemizde yargıçların, gerekli araştırma ve incelemeyi yapmaksızın tutuklama önlemine başvurduğunu göstermektedir⁴. Böylece, suç işlediği sanılan kişi, tutuklanan kişi, tutuklanan kişinin suçsuzluğunun anlaşılması ülkemiz koşullarında oldukça uzun sürdüğünden, haksız olarak tutukevinde uzun süre kalabilmektedir.

Haksız olarak verilmiş tutuklama kararları konusunda, önce bu kararı veren yargı-

cın sorumlu tutulması düşünülür. Ancak, bu yola gidilebilmesi için, tutuklama kararının yürürlükteki yasalara uygun biçimde verilmemiş olması gerekir. Buna göre, yürürlükteki yasalara uygun biçimde verilmiş tutuklama kararına karşılık sonuçta sanık beraat ettiğinde, söz konusu tutuklama kararı yüzünden yargıcı sorumlu tutmak mümkün olmayacaktır⁵.

Öte yandan, tutuklandığı suçtan beraat eden veya mahkûmiyeti ertelenen kişinin tutuklu kaldığı sürenin, bu kararların kesinleşmesinden önce işlediği suçtan dolayı mahkûm olduğu cezadan indirilmesi esası benimsenmiştir⁶.

Bunun dışında, yargıcın sorumlu tutulması veya cezadan indirim yapılması her olayda mümkün bulunmadığından, haksız tutuklama nedeniyle devletin tazminat ödemesi (Ay. m. 19/IX) söz konusudur. Nitekim, 7.5.1964 gün ve 466 sayılı Kanun Dışı Yakalanan Veya Tutuklanan Kimselere Tazminat Verilmesi Hakkında Kanun m. 1/bent 7, haksız tutuklanan kişilerin uğradığı her çeşit zararın, devlet tarafından ödenmesini öngörmektedir⁷. Ancak, söz konusu yasanın, fazla uygulama alanı bulmadığı ve bütün zararları karşılayıcı nitelikte tazminat verilmesini sağlayabilen bir yasa olmadığı belirtilmektedir⁸. Oysa, söz konusu yasanın belirtilen hükmü, her türlü zararın karşılanması anlatımını taşımaktadır. Nitekim, bu anlatıma dayanılarak, 466 sayılı Yasa'dan yararlanan işçinin, kıdem tazminatı alacağına devlet tarafından karşılanması için dahi tazminat davası açabileceği ileri sürülmüştür⁹.

2.2.2. Tutukluluk yüzünden hizmet sözleşmesinin haklı nedenle feshinde, işçinin haklı veya haksız olarak tutuklanması söz konusudur.

Tutukluluk mahkûmiyetle sonuçlandığında, işçinin daha önce haklı olarak tutuklanmış bulunduğundan sözedilecektir. Gerçekten, yapılacak muhakeme sonunda suçluluğu saptanan işçinin özgürlüğü bağlayıcı bir cezaya mahkûm edilmesi, kendisine ilişkin olup daha önce verilmiş bulunan tutuklama kararına haklılık kazandıracak ve bu kararın yerinde verildiğini gösterecektir.

Tutukluluk beraat veya koğuşturmama kararname, koğuşturmaya son verme kararname, son soruşturmanın açılmaması gibi kararlarla sonuçlandığında ise, işçinin haksız olarak tutuklanmış bulunduğundan sözedilecektir. Çünkü, anılan kararlar, tutuklama kararını hükümsüz bırakan¹⁰ ve tutuklamayı haksız duruma düşüren (466 sayılı Yasa m. 1/bent 6) kararlar niteliğindedir. Yüksek Hakem Kurulu'nun 22 sayılı İlke Kararı'nın 3. bendi uyarınca, belirtilen bu kararlara kamu davasının düşmesi¹¹ veya ortadan kalkması gibi nedenlerle tutukluluğu sona erdiren kararları da, eklemek gerekecektir¹². 466 sayılı Yasa m. 1'in haksız tutuklamaya verdiği anlam ise, daha geniştir. Gerçekten, beraat ve onun yerini tutan diğer durumların yanısıra; Anayasa ve diğer yasalarda gösterilen durum ve koşullar dışında tutuklanan veya tutukluluğunun sürmesine karar verilen, tutuklama nedenleri ve haklarındaki iddialar kendilerine yazılı olarak hemen bildirilmeyen, tutuklanıp da yasal süresi içinde yargıç önüne çıkarılmayan, yargıç önüne çıkarılma için yasada belirtilen süre geçtikten sonra yargıç kararı olmaksızın özgürlüğünden yoksun kılınan, tutuklanıp da bu durumları yakınlarına hemen bildirilmeyen veya tutuklandıktan sonra sadece para cezasına mahkûm edilenler de, haksız tutuklanmış kişiler olarak, tazminat isteyebilecektir (466 sayılı Yasa m. 1/bent 1-5, 7)

2.3. Tutukluluk yüzünden hizmet sözleşmesinin haklı nedenle feshedilebilmesi için gerekli diğer bir koşul da, tutuklanmanın feshi bakımından haklı neden oluşturmasıdır. Tutukluluğun haklı neden sayılması konusunda, Borçlar Kanunu ile tek tek iş yasalarının aradığı tutukluluğa ilişkin koşullar ise, birbirinden farklıdır. Buna göre, Borçlar Kanunu ve çeşitli iş yasaları açısından ne tür tutukluluk durumlarının, hizmet sözleşmesinin feshi için haklı neden oluşturacağına araştırılması gerekmektedir.

2.3.1. Haksız olarak tutuklanmanın, haklı ve meşru bir mazeret oluşturmadığı belirtilmekte ve öğretilde tutukluluk, BK. m. 344 anlamında bir haklı neden sayılmaktadır¹³.

Buna karşılık BK. m. 328, BK.'na bağlı hizmet sözleşmelerindeki işçiye ilişkin çalışma imkânsızlığını düzenlemektedir. Gerçek-

ten, söz konusu hükme göre, «uzun müddet için yapılan hizmet akdine, işçi hastalıktan, askerlikten veya bu gibi sebeplerden dolayı kusuru olmaksızın nisbeten kısa bir müddet için işi ifa edemediği takdirde o müddet için ücret istemeğe hakkı vardır». Belirtilen hükmünde, «bu gibi sebepler» den sözedilmektedir. İşte, tutukluluk da, öğretide söz konusu nedenlerden sayılmakta ve tutukluluğun, tutuklanan işçinin kusursuz olması koşuluyla, işçiye kısa bir süre için ücret isteme hakkını vereceği belirtilmektedir¹⁴.

Böyle bir durumda, kısa bir süre için haksız tutuklanan işçiye ücreti işveren tarafından ödenecek, yani hizmet sözleşmesi feshedilemeyecektir. Ancak, bu ödemede devletçe karşılanacak miktar¹⁵, ücretten düşülecektir¹⁶.

BK. m. 328, uzun süren hizmet sözleşmeleri için uygulama alanı bulan bir hükmüdür. Bu konuda, öğretide, bir yıldan fazla bir süre için yapılan veya bir yıldan çok süren hizmet sözleşmesini, bu türdeki hizmet sözleşmelerinden saymaktadır¹⁷.

Böylece, BK.'na bağlı hizmet sözleşmeleri, kısa süren haksız tutuklulukta, işveren tarafından feshedilemeyecek; buna karşılık, uzun süren tutukluluk, tutuklama ister haklı ve isterse haksız olsun, işverene hizmet sözleşmesini haklı nedenle fesih olanağını vermektedir.

Bunun gibi, haklı tutukluluk da, kısa sürmüş olsa bile, BK. m. 344 anlamında bir haklı neden sayılacak ve işverene hizmet sözleşmesini haklı nedenle fesih olanağını yaratacaktır.

Kısa süreden ne anlaşılacağına ilişkin olarak, öğretide bir açıklık bulunmamakla birlikte, bu konuda işçinin kıdeminin düşünülmesi gerektiği belirtilmektedir¹⁸.

2.3.2. İş K.'na bağlı hizmet sözleşmeleri açısından bakıldığında, çeşitli durumların birbirinden ayırılması gereği, göze çarpmaktadır.

2.3.2.1. Bu konuda, önemli olabilecek ilk nokta, tutuklanmaya yolaçan eylemin, doğrudan işyeriyle veya işverenle bir ilgisinin bulunup bulunmadığıdır. Gerçekten, sözgelimi İş K. m. 17/bent II b, ç, d, e'de yeralan

eylemler nedeniyle, işçi tutuklanmış olabilir. Çünkü, söz konusu eylemler, hizmet sözleşmesinin feshinde haklı neden oluşturmanın yanısıra, ceza yasalarının suç saydığı eylemler niteliğini de taşıyabilmektedir. Bu gibi durumlarda, tutuklama yüzünden hizmet sözleşmesinin haklı nedenle feshi yerine, İş K. m. 17/bent II'de haklı neden olarak sayılan özel fesih nedenlerine göre, yani sözgelimi İş K. m. 17/bent II b, ç, d, e uyarınca, hizmet sözleşmesinin feshi yoluna gidilecektir.

2.3.2.2. İş K.'na bağlı hizmet sözleşmeleri açısından düşünülmesi gereken diğer bir nokta, genel olarak her tutukluluk durumunun, yani ister haklı ve isterse haksız tutukluluğun, hizmet sözleşmesinin feshini olanaklı kılıp kılmayacağıdır.

İşçi haklı olarak tutuklandığında, hizmet sözleşmesinin haklı nedenle feshedileceği, öğretide kabul edilmektedir. Söz konusu feshin yasal dayanağı olarak da, İş K. m. 17/bent II b, ç, d, e gibi özel fesih nedenlerinin bulunmadığı durumlarda, devamsızlığı düzenleyen İş K. m. 17/bent II f hükmü gösterilecektir. Çünkü, işçi, kendi kusuru sonucunda tutuklanıp işe gelemiyerek, kendi kusuruyla devamsızlığa neden oluşturmuştur¹⁹.

Tutuklamanın haksız olduğu durumlarda da, hizmet sözleşmesinin haklı nedenle feshedilebileceği kabul edilmekte; ancak, fesih konusunda, değişik görüşler ileri sürülmektedir. Gerçekten, önce işçi haksız olarak tutuklandığında, kusursuz geçici imkânsızlık nedeniyle hizmet sözleşmesinin feshedilebileceği belirtilmiştir²⁰.

Buna karşılık, işçinin haksız olarak tutuklanıp suçsuz bulunduğu kesinlik kazandığında²¹, işveren için İş K. m. 17/bent II f anlamında bir haklı neden söz konusu olmayacağından ve kısa süren tutukluluğa karşı devamsızlık gerekçesini ileri sürmenin, dürüstlük kuralına aykırı düşeceğinden sözedilerek, tutuklulukta devamsızlık gerekçesiyle hizmet sözleşmesini feshetmenin mümkün olmadığı açıklanmıştır²².

Uygulamada mahkeme kararlarının, öğretide yeralan bu görüşlere katıldığı görülmektedir. Gerçekten, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin oldukça yeni bir kararında, «...Da-

vacı işyeri ile ilgili olmayan bir nedenle 10.9.1980'de sıkıyönetimce gözaltına alınmış, bilahare tutuklanmış ve 26.2.1981'de tahliye edilerek hakkında açılan davadan da, 26.3.1981'de beraat etmiştir. Bu şekilde, gözaltında ve tutuklu olduğu sürede işe gelememesinin haklı bir sebebe dayanmaksızın işine devam etmemesi hali sayılmaması gerekir.»²³ denilmiştir.

K a n ı m c a da, kısa süren haksız tutuklama yüzünden işe gelememeyi, devamsızlık kavramı dışında tutmak, uygun düşecektir. Çünkü, kısa süren haksız tutuklama yüzünden işe gelememe, devamsızlık kavramını aşan bir durumdur. Gerçekten, devamsızlık, sözcük olarak, bir yere belli bir eylemlerle gereken zamanlarda gitmemeyi anlatmaktadır²⁴.

Devamsızlık, görüldüğü üzere, iradilik unsurunu taşıyan bir kavramdır. Değişik bir söyleyişle, gereken yere gitmeme, ancak kişinin iradesine, yani onun istemesine bağlı olduğu takdirde, devamsızlık sayılacaktır. Bu yüzden, haksız tutuklanma gibi kişinin iradesine bağlı olmayan bir nedenle işe gidememesinin, işçinin işe devamsızlığı durumunu oluşturmaması, düşünülecektir.

Daha sonra, haksız tutukluluk nedeniyle hizmet sözleşmesinin feshedilmesine ilişkin olarak, işverenin asgari bir süre beklemesi gerektiği ileri sürülmüştür. Bu anlamda, işveren, fesih hakkını tutukluluğun yol açtığı işe gelememe nedeniyle kullanırken, dürüstlük kuralının gerektirdiği uygun bir bekleme süresini geçirmek zorunda kalacaktır²⁵.

Uygulamada Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin, öğretide yer alan bu görüşe katıldığı ve işverenin haklı nedenle fesihden önce bir süre beklemesi gerektiğini açıkladığı görülmektedir. Gerçekten, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin bir kararında, «... işçi sonradan kovuşturması düşecek bir suçtan ötürü tutuklanması sebebiyle işyerine gelmemiştir. Bu durumda işverenin, işçinin, işyerine gelmesi sebebini araştırıp adli kovuşturma sonucunu beklemesi ve bu suretle ardı ardına iki gün gelmemesinin meşrû bir sebebe dayanıp dayanmadığını incelemesi gerekirdi.

İşverenin açıklanan biçimde iyi niyetini göstermeden sadece işine ardı ardına iki gün gelmediği gerekçesiyle davacıyı işinden çıkarmasını haklı görmeğe imkân yoktur...»²⁶ denilmektedir.

K a n ı m c a da, tutukluluk yüzünden hizmet sözleşmesinin haklı nedenle feshinden önce, işverenin bir süre beklemesi, uygun düşecektir. Çünkü, tutuklama önlemine başvururken yargıç gereken dikkati göstermediğinde ve de suçsuzluğun anlaşılması uzun sürdüğünde, büyük bir olasılıkla işçi haksız yere tutuklanmış olacaktır²⁷. Haksız olarak tutuklanmanın doğuracağı sonuçlar ise, tutuklanan kişi işçi olduğunda, oldukça ağırdır. Gerçekten, tutuklama yüzünden işe gelemeyen işçi, işini yitirme tehlikesiyle karşılaşacaktır. İşçi ise, çoğu kez sadece geçimini sağlamak için işgücünü başkasının hizmetinde bulunduran kişidir²⁸. Sonra, işyerinde işçi, kıdem tazminatı gibi bazı hakları elde etmek ümidiyle, uzun süre çalışır. Haksız bir tutuklama ise, işçinin işini yitirmesine neden olacağı gibi, onun uzun vadede hak kazanacağı kıdem tazminatı hakkını da ortadan kaldırmaya yarayacaktır. Bu yüzden, tutuklulukta hizmet sözleşmesinin gelişigüzel feshinin önlenmesi gerekmektedir²⁹.

Bununla birlikte, tutukluluğun uzun sürmesi durumunda da hizmet ilişkisinin devamını istemek, tutuklama haksız olsa bile, doğru olmayacaktır. Gerçekten, uygun bir sürenin sonunda artık tutukluluğun, işçinin kusurlu davranışından doğup doğmadığına bakılmayacaktır³⁰. Çünkü, haksız da olsa, uzun süren tutukluluğa rağmen hizmet sözleşmesinin feshedilmemesini öngörmek, işyeri (işletme) düzeni açısından, sakıncalar yaratacaktır. Nitekim, tutuklu işçinin uzun bir süre işe gelememesi yüzünden, işverenin iş düzeni aksayacaktır. Yeni işçi alma gereksinimi, özellikle işin acele görülmesinin zorunlu bulunduğu durumlarda, büyük olacaktır³¹. Böyle bir durumda, hizmet ilişkisini sürdürmek ise, çıkarlar dengesine aykırı düşecektir. Buna karşılık, tutukluluk uzun sürer ve işveren devamsızlık nedeniyle hizmet sözleşmesini fesheder, ancak daha sonra işçinin suçsuz olduğu anlaşılırsa, bu takdirde yapılan feshi geçersiz sayan görüşlere de raslanılmaktadır³².

K a n ı m c a , haksız tutukluluk yüzünden hizmet sözleşmesinin işveren tarafından haklı nedenle feshini, tutukluluk uzun sürse bile, geçersiz sayan görüşler uygun görünmemektedir. Çünkü tutukluluğun uzun sürmesi durumunda dahi işverenden hizmet ilişkisini sürdürmesini istemek, dürüstlük kuralına aykırı düşmektedir³³. Nitekim, uzun süren haksız tutukluluğa rağmen hizmet ilişkisinin sürdürülmesi, işveren açısından çoğunlukla katlanılamayacak bir risktir. Bu açıdan, uzun süren haksız tutukluluk yüzünden hizmet sözleşmesinin feshinde, hizmet sözleşmesinin işveren tarafından haklı nedenle feshedilememesi yerine, işverenin haklı nedenle fesih hakkını ancak uygun bir sürenin sonunda kullanabilmesi, daha uygun bir çözüm olarak görünmektedir.

Bekleme süresinin ne uzunlukta bir zaman parçasını oluşturacağı konusunda, öğretisi ve uygulamada değişik görüşlere yer verilmektedir. Gerçekten, önce aynı işte 7 yıldır çalışan tutuklu işçinin hizmet sözleşmesinin devamsızlık nedeniyle feshi için, 15 günlük bekleme süresi kısa bulunmuş ve böyle bir durumda, uygun bekleme süresinin, sözgelimi 45 gün olarak saptanabileceği belirtilmiştir³⁴.

Uygulamada Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, zina suçundan dolayı 6 ay tutuklu kalma³⁵ ile işyerinde komünizm propagandası yapma yüzünden 4 aydan fazla tutuklu bulunmayı³⁶, hizmet sözleşmesinin haklı nedenle feshi için yeterli saydığı gibi³⁷, tutuklama gününden 3 gün sonra hizmet sözleşmesinin feshini³⁸ de hukuka uygun görmüştür.

Sonra, geçmiş toplu iş sözleşmesi uygulamasında, tutukluluk yüzünden hizmet sözleşmesinin derhal feshini önlemek üzere, işverenin belirli bir süre beklemesi koşulunu içeren hükümlere yer verilmiştir³⁹. Yeni dönemde Yüksek Hakem Kurulu ise, işverenin bekleyeceği süreyi, 30 gün olarak belirlemiştir. Gerçekten, Yüksek Hakem Kurulu'nun 22 sayılı İlke Kararın'ın tutuklamayla ilgili 1. bendine göre, «işçi herhangi bir suçla tutuklandığı ve tutukluluğu 30 günü aştığı takdirde, hizmet akdi münfesihi sayılır»⁴⁰.

K a n ı m c a , bekleme süresinin uzunluğu konusunda, peşinen kesin bir sürenin

saptanması olanağı bulunmamaktadır. Diğer bir anlatımla, bekleme süresinin uzunluğu, her olayın kendi özellikleri içinde ayrıca değerlendirilmesini gerektirmektedir. Bu konuda, uygun bir bekleme süresinin, işin ve işyerinin özelliklerine, işçinin kıdemine⁴¹ ve niteliğine göre belirlenmesi⁴² ve özellikle siyasal nedenlerle tutuklanmış işçilerin iftiraya uğrama olasılığının büyük olacağı toplumun çalkantı dönemlerinde daha sabırlı olunması⁴³ gerekmektedir. Sonra, işçinin daha (kısa bir süre) önce aynı nedenle tutuklanmış olup olmadığı ve de uzun sürecek bir tutukluluk olasılığının bulunup bulunmadığı gözönünde tutulmalıdır⁴⁴.

Bununla birlikte, Türk hukuku açısından, tutukluluk yüzünden işten çıkarma, hukuken zorlayıcı nedenle hizmet sözleşmesinin işveren tarafından feshi (İş K. m. 17/bent III) olarak görüldüğü takdirde, sözkonusu bekleme süresinin herhalde asgari bir hafta olması gerekecektir⁴⁵.

2.3.2.3. Haklı neden oluşturma konusunda akla gelen bir diğer durum da, haksız olarak tutuklanmanın, İş K. m. 17/bent III anlamında bir zorlayıcı neden oluşturup oluşturmadığıdır. Nitekim, tutukluluk yüzünden hizmet sözleşmesinin feshi art ve hizmet sözleşmesinin işveren tarafından haklı nedenle feshine yolaçacak nitelikte bir zorlayıcı neden (İş K. m. 17/bent III) olarak görülmeye başlanmıştır⁴⁶.

Zorlayıcı neden, kendisinden kaçınılmayan, önceden görülemeyen ve dıştan gelen bir olaydır⁴⁷. Buna göre, zorlayıcı neden sayılacak olayın, önce kendisinden kaçınılmayan bir olay olması gerekmektedir. Söz konusu kaçınılmazlıktan ise; zorlayıcı neden sayılacak olayın, karşı konulamaz, yani yenilemez nitelikte olması gerektiği anlaşılmaktadır⁴⁸. Diğer bir özellik olarak, zorlayıcı neden sayılacak olayın, önceden görülememesi söz konusudur. Önceden görülemezliğe gelince; bu, ilgili olayın, gerçekleşmesinden önce sezilememesini, yani önceden tahmin edilememesini içermektedir⁴⁹. Sonra, zorlayıcı neden olarak kabul edilecek olayın, dıştan gelen bir olay olması zorunludur⁵⁰. Bu anlamda, dıştan gelme, ilgili olayın bir dış etkenle dış dünyada gerçekleşmesini anlatmaktadır. Nihayet,

zorlayıcı neden sayılacak olayın, istenilmeyen bir olay olması gerekmektedir. Söz konusu nitelik, öğretide daha çok, «kusurdan uzak olma» veya «kusursuzluk» biçiminde adlandırılmaktadır⁵¹. Bundan da, ilgili olayın gerçekleşmesinde, kişinin herhangi bir kusurunun bulunmaması anlaşılmaktadır.

Haksız tutuklama da, belirtilen özellikleri taşıması nedeniyle, zorlayıcı neden olarak sayılmak gerekir. Gerçekten, haksız tutuklanma, kendisinden kaçınılamayan, önceden görülemeyen ve dıştan gelen bir olay olma özelliklerini içeren bir durumdur. Bu anlamda, zorlayıcı neden olarak haksız tutuklanmanın istenilmeyen bir olay olma özelliğini taşıması, yani haksız tutuklanmanın gerçekleşmesinde kişinin (işçinin) herhangi bir kusurunun bulunmayışı, onun devamsızlık kavramı dışında tutulmasını sağlamaktadır. Böylece, uzun süren haksız tutukluluk yüzünden hizmet sözleşmesinin işveren tarafından haklı nedenle feshini, hukuken İş K. m. 17/bent III uyarınca hizmet sözleşmesinin zorlayıcı (haklı) nedenle feshi olarak nitelendirmek mümkündür.

Öte yandan, hizmet sözleşmesini zorlayıcı nedenle feshetmeden önce, haksız tutukluluk durumları için en az 1 haftalık bir bekleme süresini işverenin geçirmiş olması aranacaktır. Çünkü, İş K. m. 17/bent III, haklı nedenle fesih için, işyerinde işçiyi bir haftadan fazla süreyle çalışmaktan alıkoyacak bir zorlayıcı nedenin ortaya çıkmasını gözönünde bulundurmaktadır.

Hizmet sözleşmesinin haklı (zorlayıcı) nedenle feshinde en az bir hafta (7 gün) sürecek tutukluluk durumlarının temel alınması, özel fesih nedenlerinden olan İş K. m. 17/bent II e'yle de belli bir paralellik sağlayacaktır.

2.3.3. Deniz İş K. m. 14/bent I b, gemi adamının tutuklanması durumunda, hizmet sözleşmesinin feshini düzenlemektedir. Gerçekten, söz konusu hüküm, «gemi adamının gemide hizmet görmesinin tutukluluk gibi sebeplerle imkânsız bir hal alması» durumunda, hizmet sözleşmesinin işveren tarafından feshine olanak tanımaktadır. Ne tür bir imkânsızlığın söz konusu olduğu ise, madde metninden açıkça anlaşılmaktadır.

K a n ı m c a , burada söz konusu olan imkânsızlık, geçici bir imkânsızlıktır. Çünkü, madde metninde yer alan tutukluluk, hapis ve gemide çalışmaktan yasaklanmış olmak gibi nedenler, geçicilik niteliği taşıyan etkenlerdir. Bunlar, sürekli olmayıp geçici oldukları için de, hizmet görmeyi geçici olarak imkânsız kılan nedenlerdendir. Madde metnine ilk bakışta, tutukluluk yüzünden hizmet sözleşmesinin haklı nedenle feshi için, gemi adamının tutuklanmış bulunmasının yetmeyeceği ve ayrıca, gemi adamının gemide hizmet görmesinin imkânsız bir durum almasının da gerektiği izlenimi doğmaktadır. Oysa, söz konusu hükümlerle anlatılmak istenen, gemi adamının gemide hizmet görmesinin, tüketici sayıda olmayan etkenler nedeniyle, geçici olarak imkânsızlaşmasıdır. Çünkü, ilgili madde metninde «gibi» sözcüğüne yer verilerek, gemi adamının gemide hizmet görmesini geçici olarak imkânsızlaştıracak diğer nedenlerin de, hizmet sözleşmesinin feshine yolaçabileceği belirtilmek istenmiştir. Bu nedenle, gemi adamının tutuklanmış bulunması, hizmet sözleşmesinin feshi için genel olarak yeterli ve ayrıca, gemi adamının gemide hizmet görmesinin, tutuklanma yüzünden imkânsız bir durum alıp almadığı düşünülmeyecektir.

Deniz İş K. m. 14/bent I, b, haklı ve haksız tutuklanma durumlarını birbirinden ayırtılmayarak, aynı hükme bağlı tutmuş görünmektedir. Deniz işlerinin özellikleri karşısında, bunun bazı durumlar için olağan karşılanması gerekebilir. Çünkü, esasen tutukluluğun söz konusu olduğu her olay, geminin sefere çıkma özelliği yüzünden, sonuçta hizmet görmeyi imkânsız duruma sokabilmektedir. Nitekim, özellikle uzun yol seferi yapan gemiler için, durum budur. Gerçekten, tutuklu gemi adamının gördüğü hizmette sefere elverişlilik açısından acilen gereksinme duyulması ve tutukluluğu kalkacak gemi adamının uzun yola gidecek gemiye sonradan katılması olanağının ortadan kalkması gibi nedenler, hizmet görmesinin imkânsız bir durum almasını gerektirmektedir. Buna karşılık, sözgelimi geminin limanda kaldığı sırada gemi adamının tutuklanması veya tutuklu gemi adamının hizmetine geminin sefere elverişliliği bakımından acilen gereksin-

me duyulmaması, hizmet sözleşmesinin işveren tarafından feshini genel olarak haklı kılmamalıdır.

2.3.4. Yayın yüzünden tutuklanan gazetecinin hizmet sözleşmesinin haklı nedenle feshi, kural olarak, mümkün değildir. Çünkü, «mensup olduğu mevkutedeki bir yayın dolayısıyla hürriyeti tahdide uğrayan gazeteci ücretini işverenden almakta devam eder» (Basın İş K. m. 17/1)⁵².

Buna göre, tutuklanan gazetecinin ücretini almaya devam edebilmesi için, öncelikle özgürlüğünün bir yayın nedeniyle kısıtlanmış olması gerekir. Nitekim, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi de, Millî Birlik Komitesi'nin hangi amaçla bulunduğu saptanamıyan bir tasarrufu sonunda özgürlüğü kısıtlanan gazetecinin, Basın İş K. m. 17/I'nin sağladığı korumadan yararlanamayacağına karar vermiştir. Gerçekten, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin söz konusu kararında, «... bu fıkranın uygulanabilmesi için davacı Mümtaz Faik Fenik'in gazetede bir yazısı veya yazılarından dolayı hürriyetinin tahdit edilmiş olması lâzım ve şarttır. Davacı ise hürriyetinin gazetede yayımlanan belli bir yazı veya yazılardan dolayı tahdit edildiğini isbat edememiştir... Devrim İdaresinin Devlet ve Hükümet Başkanı Cemal Gürsel adına Örfi İdare Komutanı Cemal Tural tarafından verilen beyanat da davacı ve onun gibi Balmumcu Çiftliği'nde muhafaza altında bulunan kimselerin hürriyetlerinin belli bir sebep altında tahdit edilmediğini isbatlayıcı niteliktedir... Davalı şirketin İstanbul şubesi müdür vekili olan ve ayrıca radyolarda konuşmalar yapan davacının bu faaliyetleri veya devrim idaresince muahezeyi mucip görülen herhangi bir siyasi faaliyeti sonucu hürriyetinin tahdit edilmiş olması mümkündür. Bu itibarla davacının hürriyetinin tahdidini sadece davalıya ait gazetede yayınlarla bağlamak mümkün değildir...»⁵³ denilerek, yayın dışı nedenlerle tutuklanan gazetecinin ücret almaya devam edemeyeceği açıklanmıştır.

Tutuklanmayı gerektiren yayın, «mevkûte sorumlu müdürünün veya sahibinin haberi olmadan yapıldığı veya yaptırıldığı yahut sorumlu müdürün tetkikinden geçirilerek neşri tekrarrür eden şekil üzerinde tahrifat ta-

dilât tay veyahut ilâveler yapmak veya yaptırılmak suretiyle vukubulduğu takdirde» ise, tutuklu gazeteci, işverenden ücret almayı sürdüremeyecektir (Basın İş K. m. 17/I). Ücret ödemenin söz konusu olmadığı böyle bir tutukluluk durumunda, hizmet sözleşmesinin haklı nedenle feshi düşünülecektir. Çünkü, gazetecinin belirtilen davranışı, «mevkutenin itibar veya şöhretine hanel verecek fiil ve hareket» (Basın İş K. m. 11/III) niteliğini kazanabilir⁵⁴.

Yayın yoluyla işlenecek suçların dışındaki bir suç yüzünden tutuklanacak gazetecinin durumu, Basın İş K.'nda özel olarak düzenlenmiş değildir. Bu durumda, İş K.'na bağlı hizmet sözleşmelerine ilişkin olarak yukarıda söylenenler⁵⁵, yayın yoluyla işlenecek suçların dışındaki bir suçtan tutuklanan gazeteciler için de, geçerli olacaktır. Çünkü, iş mevzuatı içinde, temel yasa, İş K.'dur⁵⁶.

2.4. Ahlâk ve iyiniyet kurallarına uymayan hallere dayanıp hizmet sözleşmesini haklı nedenle feshedecek olan işveren, feshe ilişkin iradesini belli bir süre içinde açıklamak ve bu süre dolmadan karşı yana ulaştırmak zorundadır. Söz konusu süre, İş K. m. 18/I ile Deniz İş K. m. 15/I tarafından, 6 iş günü ve 1 yıl olarak belirlenmiştir⁵⁷.

Buna karşılık, zorlayıcı nedenle yapılacak fesihler için, yasada herhangi bir süre gösterilmiş değildir. Bunun nedeni, zorlayıcı nedenler devam ettiği sürece haklı neden de devam edeceğinden, fesih hakkının da birlikte uzayacak olmasıdır⁵⁸.

Soruna tutukluluk açısından bakıldığında; uygun bir bekleme süresini geçiren işveren, tutukluluk devam ettiği sürece, hizmet sözleşmesini her an feshedebilecektir. Çünkü, feshe yolaçan haklı neden devam ettiği sürece, hizmet sözleşmesini haklı nedenle fesih hakkı da, söz konusu nedenle birlikte uzamaktadır. Nitekim, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun bir kararında da, «...Tutukluluk hali devam ettiğine göre sözleşmeyi bozma hakkının 6 günlük hak düşürücü sürenin düşmesinden sonra kullanıldığı da ileri sürülemez. İşe gelmeme hali devam ettikçe bozma hakkı da birlikte uzar...» biçimindeki özel daire görüşü benimsenerek, belirtilen esas kabul edilmiştir⁵⁹.

Tutukluluk ,resmi soruşturma sonucuna bağlı olan bir durumdur. Bu açıdan, tutukluluk mahkûmiyetle sonuçlandığında, işveren, mahkûmiyeti öğrendiği günden itibaren 6 iş günü içinde hizmet sözleşmesini haklı nedenle feshedebilecektir. Çünkü, ahlâk ve iyiniyet kurallarına aykırı davranışı ve böyle bir eylemde bulunan kişiyi öğrenme yönünden bir soruşturmanın gerekli olduğu durumlarda, 6 iş günlük süre, soruşturmanın bitiminden itibaren başlayacaktır⁶⁰.

Tutukluluk beraat veya onun yerini tutan diğer bir durumla sona erdiğinde; eğer tutukluluk sona erene kadar işveren hizmet sözleşmesini haklı nedenle feshetmemişse, artık kendisine tutukluluğun ortadan kalkmasından sonra da, 6 iş günlük bir süre tanımaya gerek yoktur. Çünkü, işverene, tutukluluğun devam süresince yeterli düşünme olanağı tanınmıştır⁶¹. Bu nedenle, uygun bir bekleme süresini geçiren işveren, tutuklama beraat veya onun yerini tutan diğer bir durum nedeniyle ortadan kalkana kadar hizmet sözleşmesini feshetmemişse, artık bu hakkını tutuklama sona erdikten sonra kullanamayacaktır⁶².

3. Fesih hükümleri :

3.1. Tutukluluk yüzünden hizmet sözleşmesinin feshi geçerli olduğunda, önce hizmet sözleşmesinin ortadan kalkmasını ve sonra da, birtakım hakların ileri sürülebilmesini sağlamaktadır.

3.1.1. İşveren tarafından yapılan haklı nedenle fesih bildirimini, karşı yana, yani tutuklu işçiye ulaştığı andan itibaren, hizmet sözleşmesi ortadan kalkacaktır⁶³.

3.1.2. Tutuklamanın haklı olduğu durumlarda ,hizmet sözleşmesini «ahlâk ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri»ne dayanarak feshedeceğinden, İş K. m. 18/II veya Deniz İş K. m. 15/II uyarınca işveren, bütün zararlarını tazmin ettirebilecektir⁶⁴. Buna karşılık, tutuklama haksız olmakla birlikte, işveren hizmet sözleşmesini zorlayıcı nedene dayanarak haklı nedenle feshettiğinde (İş K. m. 17/bent III), işçiden herhangi bir tazminat istenemeyecektir⁶⁵.

3.1.3. Haksız tutuklulukta işverenin beklemesi gereken süre içinde, işçiye ücret

ödemesinin gerekip gerekmediği, açıklığa kavuşturulması zorunlu olan diğer bir konudur.

İşverenin geçirmesi gereken bekleme süresi, hukuken hizmet sözleşmesinin askıda bulunduğu durumlardan biri olarak kabul edilmeli ve yanların temel borçlarını oluşturan hizmet görme borcu ile ücret ödeme borcundan, bu süre içinde sözedilmemesi gerektiği belirtilmelidir⁶⁶.

Ancak, İş K. m. 34, yasal bir zorunluk olarak, İş K. m. 17/bent III'de gösterilen zorlayıcı nedenler dolayısıyla çalıştırılmayan işçiye bu bekleme süresi içinde bir haftaya kadar her gün için yarım ücret ödenmesini öngörmektedir. Bu durumda, tutuklama haksız olmakla birlikte gerekli bekleme süresi geçirildikten sonra hizmet sözleşmesi zorlayıcı neden gerekçesine dayanılarak haklı nedenle feshedildiğinde (İş K. m. 17/bent III), işçiye bir haftalık yarım ücretin ödenmesi gerekecektir⁶⁷.

3.1.4. İşçi haklı olarak tutuklanmış olup, hizmet sözleşmesi işveren tarafından «ahlâk ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri»ne dayanılarak feshedildiğinde, işçinin kıdem tazminatı istemesi, söz konusu olmayacaktır (İş K. m. 14/I).

Buna karşılık, haksız tutuklanma durumunda, mevcut tutukluluk zorlayıcı neden kabul edilerek hizmet sözleşmesinin haklı nedenle feshine gidildiğinde, diğer koşullar da gerçekleşmişse, işveren işçiye kıdem tazminatı ödemekle yükümlü olacaktır (İş K. m. 14/I).

İş K.'na bağlı hizmet sözleşmeleri için geçerli olan bu esas, tutuklu gemi adamları bakımından söz konusu değildir. Çünkü, «gemi adamının gemide hizmet görmesinin tutukluluk ... gibi sebeplerle imkânsız bir hal alması» üzerine hizmet sözleşmesinin işveren tarafından feshi, gemi adamının kıdem tazminatı hakkını yitirmesine neden olmaktadır (Deniz İş K. m. 14/bent I b, 20/bent I). Deniz İş K.'nun kıdem tazminatına ilişkin bu düzenlemesi ise, gemi adamının haksız tutuklandığı durumlarda, âdil görünmemektedir. Çünkü, hizmet sözleşmesinin feshine

yolaçan tutuklanma olayında hiçbir kusuru bulunmayan gemi adamının, kıdem tazminatından yoksun bırakılması, adaletli bir çözüm değildir. Bu nedenle, de lege ferenda olarak, haksız tutuklanan gemi adamının kıdem tazminatı isteme hakkını yitirmemesi esasının benimsenmesi, uygun bir çözüm olacaktır.

3.1.5. Tutukluluk yüzünden hizmet sözleşmesini fesheden işveren, zorlayıcı nedene dayanarak hizmet sözleşmesini feshettiğinde, tutukluluğu sona eren işçiyi, yasa veya toplu iş sözleşmesi karşısında, tekrar işe almakla yükümlü tutulabilecektir.

İşveren, tekrar işe alma yükümünün bulunmamasına rağmen, işçiyi tekrar işyerinde çalıştırabilir. Bu takdirde, ortada yeni bir hizmet sözleşmesi bulunacağından, tutuklanıp salverilen işçinin kazanılmış haklarından söz edilemeyecektir. Nitekim, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi de, bir kararında, «... Davacı, davalının işyerinde toplu iş sözleşmesi zamlarıyla birlikte 1475 lira ücretle çalışmakta iken 30.8.1971 tarihinde adam öldürme suçu isnadı ile tevkif edildikten sonra iş akdi bozularak davalı banka ile ilişkisi kesilmiştir. Davacı 16.9.1972 tarihinde tahliye edilip 5.6.1973 tarihinde yeni bir akdi ilişki ile 1315 lira ücretle tekrar işe alınmıştır. Artık bu durumda eski ücretinin kazanılmış olduğundan bahsedilemeyeceği...»⁶⁸ anlatımına yer vererek, salverildikten sonra yeni bir sözleşmeyle tekrar işe alınan işçi için, önceki ücretin kazanılmış bir durum oluşturmayacağını belirtmiştir.

3.1.5.1. Tekrar işe almaya ilişkin yasal zorunluğun söz konusu olabilmesi için, önce hizmet sözleşmesi işveren tarafından zorlayıcı nedene dayanılarak (İş K. m. 17/bent III) feshedilmiş olmalıdır. Sonra, hizmet sözleşmesinin feshi gününden itibaren hesaplanacak 6 aylık süre içinde, işten çıkarılan işçi hakkındaki tutukluluğun sona ermiş olması gerekir (İş K. m. 24/III). Bu anlamda, işçi hakkındaki tutukluluğun beraat veya (koğuşturmama kararname, koğuşturmaya son verme kararname, sonsoruşturmanın açılmaması kararının verilmesi gibi) onun yerini tutan durumlar nedeniyle sona ermesi

söz konusu olacaktır. İşte, söz konusu 6 aylık süre içinde, işyerine aynı nitelikteki iş için yeniden işçi alma gereksinimi doğduğunda; işveren tutukluluk yüzünden hizmet sözleşmesini feshettiği işçiyi, 15 gün içinde işyerine başvurması koşuluyla (İş K. m. 24/II), yeniden işe almakla yükümlü olacaktır⁶⁹.

Tekrar işe almayı düzenleyen İş K. m. 24'ün haksız tutuklananlara uygulanması, konusunda, ikili bir ayırıma gidilmelidir. Şöyle ki; işverenin yeni işçi alma gereksinimi, haksız tutuklanan işçinin salverilmesinden önce veya sonra, ortaya çıkabilir.

Söz konusu gereksinim, 6 aylık süre içinde ve haksız tutuklanan işçinin salverilmesinden sonra duyulduğunda, sorun yoktur. Gerçekten, işyerine yeniden işçi almak isteyen işveren, durumu uygun araçlarla yayınlacak ve haksız tutuklanıp salverilmiş işçinin kaydettirdiği adresine de, noter aracılığıyla duyuracaktır. Tebliğ gününden itibaren 15 gün içinde işyerine başvurmayan işçi, yeniden işe alınmasını isteyemeyecektir (İş K. m. 24/II).

İşveren 6 aylık süre dolmadan ve haksız tutuklanmış işçi salverilmeden önce yeni işçi almaya kalktığında; İş K. m. 24/III'ün, yeni işçi alma yasağını ve yeni işçi alınacağını bildirme yükümünü zorlayıcı nedenin kalkmış olmasına bağlamış bulunmasına rağmen, yine de durumu usulen tutuklu işçiye bildirmelidir. Çünkü, tebliğden itibaren geçecek 15 günlük süre içinde, işçinin salverilmesi söz konusu olabilir. Eğer söz konusu 15 günlük süre içinde haksız tutuklanmış işçi salverilmez veya salverilmekle birlikte işyerine başvurmazsa, işveren yeni işçi alabilmelidir.

Buna karşılık, söz konusu 15 günden sonra ancak 6 aylık süre dolmadan haksız tutuklanmış işçi salverilmiş ve işyerine başvurmuşsa, bu durumda işverenin daha önceki yeni işçi alma gereksiniminde içten olup olmadığına bakılmalıdır. Eğer işveren daha önceki gereksiniminde içten ve haklıysa, artık işverenin tekrar işe alma yükümünden söz edilmemelidir. Çünkü, işveren, uygun bir süre bekledikten sonra, hizmet sözleşmesini İş K. m. 17/bent III'e göre haklı nedenle feshetmiştir. Uygun bir süre beklemiş ve yeni işçi alma gereksinimi gerçek bulunan işverenin 6

ay daha beklemesi ise, adaletli bir çözüm olmayacaktır. Buna karşılık, bir süre bekledikten sonra işçinin haksız olarak tutuklanmasını fırsat bilip işyerine yeni işçi alan işveren, İş K. m. 24'e aykırı hareket etmiş sayılmalıdır. Çünkü, dürüstlük kuralı (MK. m. 2), tersine bir çözümü engellemektedir.

3.1.5.2. Tutukluluğu sona eren işçiyi tekrar önceki işe almaya ilişkin hükümlere, geçmiş dönemdeki toplu iş sözleşmesi uygulamasında raslanılmıştır⁷⁰. Yeni dönemde ise, Yüksek Hakem Kurulu, 22 sayılı İlke Kararı'nda, tekrar işe alma yükümünü düzenlemiştir. Gerçekten, söz konusu ilke kararının 3 ve 4. bentlerine göre, «Tutukluluğun (kovuşturmayaya yer olmadığı), (son tahkikatın açılmasına gerek olmadığı), (beraat kararı verilmesi), (kamu davasının düşmesi) veya (kamu davasının ortadan kalkması) nedenlerinden biri ile 90 gün içinde son bulması ve işçinin bu tarihten itibaren bir hafta içinde işine dönmeyi talep etmesi halinde, işveren tarafından emsallerinin hakları ile işe alınır. 90 gün içinde yapılan başvuru halinde, boş yer varsa, işe alınırlar. Adi suçlardan yargılanmaları tutuklu olarak devam ederken 90 gün içinde tahliye edilenler bir hafta içinde başvurmaları halinde, işveren tarafından tekrar işe alınırlar»⁷¹.

Öte yandan, tutukluluğu sona eren işçiyi tekrar işe almaya ilişkin toplu iş sözleşmesi hükümleri, kamu düzenine aykırı olmak zorundadır. Nitekim, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 90 günü aşan tutuklamalarda işverene salıverilen işçiyi yeniden işe alma yükümünü getiren ve buna uymayan işverenin aylık ücretin 36 katı tutarında tazminat ödemesini içeren toplu iş sözleşmesi hükmünü kamu düzenine aykırı görmüş ve geçersiz saymıştır. Gerçekten, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin söz konusu kararında, «... Olayda Toplu İş Sözleşmesi ile getirilen hükümle 90 günü aşan tutuklamalarda yüz kızartıcı suçlar dışında işverene tahliyeyi müteakip başvurma halinde yeniden işe alma yükümlülüğü getirilmekte aksi halde aylık ücretin 36 katı tutarında tazminat öngörülmektedir ... Olayda olduğu gibi bu yolda genel bir düzenleme getirilmesi ve bunun da tazminat sorumluluğu altında müeyyideye bağlanması kamu düzenine ters düşer»⁷² denilmektedir.

3.2. Tutukluluk yüzünden hizmet sözleşmesinin feshi geçerli olmadığında, bu feshin en yakın feshi bildirim süresine kadar hizmet sözleşmesini etkilemeyecektir. Diğer bir söyleyişle, hizmet sözleşmesi, o sürenin dolmasına kadar sürecektir. Bu durumda, işveren, alacaklı temerrüdüne düşecek ve işçiye hizmet sözleşmesinin süresi veya en yakın feshi bildirim süresine kadar olan ücreti ödemekle yükümlü bulunacaktır⁷³.

Öte yandan, ihbar tazminatının yanı sıra, koşulları varsa, işçiye kıdem tazminatının da ödenmesi gerekecektir⁷⁴. Bunun dışında bir tazminatın, sözgelimi boşta kalan günler için tazminatın istenebilmesi ise, söz konusu olamayacaktır. Nitekim, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi de bir kararında, «... Davacı 6.8.1978 - 11.10.1978 tarihleri arası 6136 sayılı yasaya muhalefet ve yaralama iddiası ile tutuklanması sebebiyle akdinin feshedilmesi sonucu boşta kaldığı günlerin ücretini istemiştir. Belirsiz süreli, sürekli hizmet akitlerinin haklı ya da haksız feshlerinin sonuçları iş yasasında düzenlenmiştir. Feshin haklı nedene dayanmaması ve 17/2. maddesindeki sebeplerin bulunmaması ve koşulları bulunması halinde istenebilecek tazminat, ihbar ve kıdem tazminatıdır. Bu tür akitlerin feshinde boşta kaldığı günler için yasada başka bir tazminat öngörülmediği düşünülmeden bu konudaki isteğin hüküm altına alınması isabetli görülmemiştir»⁷⁵ anlatımına yer vererek, bu esası belirtmiştir.

4. Değerlendirme ve sonuç :

4.1. İş güvencesinin tam anlamıyla sağlanamamış olması, tutuklu işçilerin hizmet sözleşmelerinin gelişigüzel feshine olanak tanımaktadır. Oysa, tutukluluk, işçi için oldukça ağır sonuçları bulunan bir durumdur. Nitekim, tutuklanan işçi, bir süre sonra işini ve kıdem tazminatı gibi haklarını yitirme tehlikesiyle karşılaşmaktadır. Bu açıdan, tutukluluk süresince işçilere, özellikle görev başında trafik kazası yaparak tutuklanan şoförler ile görevi yüzünden suç işleyen bekçi ve itfaiyecilere, belirli bir iş güvencesinin sağlanması gerekmektedir. Tutuklama önlemini yargıçların titizlikle uygulayamadıkları görülen bir ülkede, öncelikle böyle bir güvencenin sağlanması zorunludur.

4.2. Tutuklanan işçiye iş güvencesi sağlayan bir hükme, sınırlı bir korumayı içeren Basın İş K. m. 17 ayırık tutulacak olursa, Türk İş mevzuatı içinde raslanılmamaktadır. Böyle bir güvenceyi sağlama işi, görüldüğü üzere, toplu iş sözleşmeleri ile mahkeme kararlarına kalmıştır.

Gerek tutuklulukta iş güvencesi sağlayan hükümlerin toplu iş sözleşmesi uygulamasında yaygınlık kazanmamış oluşu ve gerekse genelde bu uygulamadan yararlananların sayısının yüksek bulunmayışı karşısında, toplu pazarlığın yasal güvenceye yeğlenmesi için bir neden yoktur. Aynı durum, mahkeme kararları açısından da söz konusudur. Çünkü, son bazı Yargıtay kararlarıyla tutuklanan işçiye belirli bir güvence sağlanmış olmasına karşılık, tutukluluk konusunda yerleşmiş bir Yargıtay uygulamasının bulunmadığı görülmektedir. Bütün bunlar ise, hizmet sözleşmelerinin uygulamada işveren tarafından gelişigüzel feshine uygun ortam sağlamaktadır. Nitekim, gözaltı veya tutukluluk gibi durumların, İş Kanunu'nda özel hükümlerle düzenlenmesine, giderek da-

ha fazla gereksinme duyulduğu, haklı olarak belirtilmektedir⁷⁶.

4.3. Tutuklu işçinin durumunu ele alacak bir hukuki düzenleme, ancak uygun bir süre geçtikten sonra hizmet sözleşmesinin feshine olanak tanınmalıdır. Söz konusu uygun sürenin uzunluğunun her olayın kendi özellikleri içinde değerlendirilmesi gerekmektedir. Birlikte, yapılacak yasa değişikliği bakımından (de lege ferenda) yasada 1 aylık veya 30 günlük bir asgari (alt) sürenin belirlenmesi, hizmet sözleşmesinin gelişigüzel feshinin önlenmesi açısından uygun düşecektir. Ancak, acele görülmesi gereken işler, bu yasal sürenin dışında bırakılmalıdır. Çünkü, yeni işçi almaya olan gereksinim, acele görülmesi gereken işlerde yüksek olmaktadır⁷⁷. Bunun gibi, toplu iş sözleşmeleri bakımından yasada bir azami (üst) sürenin de belirlenmesi, kamu düzenine aykırı görülebilecek uzunlukta beklemeye sürelerinin toplu iş sözleşmesi yoluyla getirilmesini önleme konusunda, yerinde olacaktır. Söz konusu azami (üst) sürenin uzunluğu ise, İş K. m. 24 örneksenerek, 6 ay olarak belirlenebilir.

¹ B.C. DOĞAN, «Hizmet Akdinin Devamsızlık Nedeniyle Feshinde Özel Bir Durum: Tutukluluk Hali», Yargı, 27 (Temmuz 1978), 20.

² K. TUNÇOMAĞ, İş Hukuku I, İstanbul 1981, 339.

³ Tutuklama konusunda ayrıntılı bilgi için bak. F. EREM, Ceza Usulü Hukuku, Ankara 1978, 462 vd.; B. KANTAR, Ceza Muhakemeleri Usulü, Ankara 1957, 114 şd.; N. KUNTER, Muhakeme Hukuku Dahı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 1981, 520 vd.; T. TANER, Ceza Muhakemeleri Usulü, İstanbul 1955, 131 vd.; Ö. TOSUN, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri I, İstanbul 1981, 697 vd.; E. YURTCAN, Ceza Yargılaması Hukuku, İstanbul 1982, 264 vd.; T. T. YÜCE, «Ceza Yargılama Hukukunda Zorlayıcı Önlem Teorisi», Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi I, I-4 (1980), 77 vd.

⁴ TOSUN, 697-698. Ayrıca bak. İ.K. KARADAYI, «Ceza Yargılama Usulü Yasası İçinde Tutuklama Sorunu», İ.B.D. LVI, 1-2-3 (Ocak - Şubat - Mart 1982), 9-10.

⁵ KUNTER, 549.

⁶ Ayrıntılı bilgi için bak. H. BIYIKLI, «Tutukluluk Süresinin Ceza Mahkûmiyetlerinden İndirilmesi», Yargıtay Dergisi IX, 3 (Temmuz 1983), 272 vd.; KUNTER, 525.

⁷ Ayrıntılı bilgi için bak. A.M. KAVALLI/M.N. ÜNVER, Hukukumuzda Yasa Dışı Yakalanan veya Tutuklananlara Tazminat Verilmesi, İstanbul 1979, 39 vd.; KUNTER, 549-552; YURTCAN, 282-283.

⁸ Bak. DOĞAN, 19.

⁹ Bak. M. ÇENBERCİ, İş Kanunu Şerhi, Ankara 1978, 472; A.C. TUNCAY, Tutukluluk Dolayısıyla İşe Gelememe Sebebi İle Hizmet Akdinin Feshi, İHU, II, İş K. m. 17, N. 3.

¹⁰ KUNTER, 540-541; TOSUN, 712-713; YURTCAN, 279-280.

¹¹ Af yasası nedeniyle salıverilmenin, hizmet sözleşmesinin feshi üzerine olan etkisi konusunda bak. TUNCAY, İHU, II, İş K. m. 17, N. 3.

¹² Bak. K. TUNÇOMAĞ, «Toplu İş Sözleşmesinin Düzenlenmesinde Yüksek Hakem Kurulunun İlke Kararları» İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Araştırma ve Uygulama Merkezi, 1982 Yılı Konferansları, İstanbul 1982, 17.

¹³ Bak. K.F. ARIK, Karar İncelemesi, Siyasal Bilgiler Okulu Dergisi IV, I-4 (1949), 500'de anılan yazılar.

¹⁴ Bak. S. REİSOĞLU, Hizmet Akdi, Ankara 1968, 180.

- 15 Bak. yukarıda 2.2.1.
- 16 REİSOĞLU, 181.
- 17 Bak. REİSOĞLU, 178 ve dn. 94'deki yazarlar.
- 18 REİSOĞLU, 178 ve dn. 96'daki yazarlar.
- 19 Bak. M. EKONOMİ, İş Hukuku I, İstanbul 1980, 194; M.K. OĞUZMAN, Türk Borçlar Kanunu ve Mevzuatına Göre Hizmet «İş» Akdinin Feshi, İstanbul 1955, 60; F.H. SAYMEN, Türk İş Hukuku, İstanbul 1954, 579, TUNCAY, İHU. II, İş K. m. 17, N. 3. Ayrıca bak. A. HUECK/H.C. NIPPERDEY, Lehrbuch des Arbeitsrechts I, Berlin - Frankfurt a.M. 1963, 333; YHGK, 29.9.1954 - 94/68 - E.S. ERMAN, İş Davaları ve Tatbikatı, Ankara 1956, 183; Y9HD., 5.10.1982 - 6591/7873 - Tütis VII, 2 (Mart 1983), 23 - 24.
- 20 OĞUZMAN, 60 dn. 82 ve 89 dn. 200. Ayrıca bak. Y4HD., 31.1.1949-540/509-S. OLGAC, Hizmet Akdi. Ankara 1977, 89 ve bu kararı inceleyen ARIK, 495 vd.
- 21 Yargıtay Ticaret Dairesi'nin bir kararında, «... Dávacı, çalıştığı işyerinde komünistlik suçü ile zan altına alınıp tevkif olunmuş, yapılan muhakeme sonunda beraat ederek tahliye olunduktan sonra tekrar işyerine gelerek çalışmak istemiştir. Dávacının mazeretinin meşru sayılabilmesi için masumiyetinin kesin şekilde taayyün etmiş, yani beraat kararı iktisabı katiyet eylemiş olmalıdır. Beraat hükmünün kesinleşip kesinleşmediğinin araştırılmaması yolsuz...» (YTD., 26.5.1955 - 2637/3834 - ERMAN, 178 - 179) dur, denilerek, suçsuzluğunun kesinleşmesi aranmıştır. Öte yandan, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi de, delil yetersizliği nedeniyle verilen beraat kararı karşısında, hizmet sözleşmesinin haklı nedenle feshini mümkün görmüştür. Gerçekten, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin bir kararında, «... dávacının işyerinde anbar tesellüm memuru olarak çalıştığı ve bu yerden kalay ve bakırların çaldığı sabittir. Dávacının da bu hırsızlık fiiline iştiraki sebebiyle mahkemece tevkif olunduğu, beşbuçuk ay gibi uzun bir süre mevkuf kaldığı ceza dosyasıyla sabittir. Her ne kadar ceza hakimi delil kifayetsizliği sebebiyle dávacının beraatına karar vermiş ise de; dávalı işveren, İş Kanununun 17 nci maddesinin 2 nci bendinin (d) fıkrasına göre işçiyi işinden çıkarmasına aykırı bir yön yoktur...» (Y9HD., 12.9.1972 - 195/2415 - T. UYGUR/İ. DÖNMEZ/B. KARS, İş Davaları, İstanbul 1974, 163) denilmiştir.
- 22 Bak. ÇENBERCİ, 471 - 472; Ü. NARMANLIOĞLU, Türk Hukukunda Kanundan Doğan Kıdem Tazminatı, İstanbul 1973, 238; TUNCAY, İHU. II, İş K. m. 17, N. 3. Ayrıca bak. TUNÇOMAĞ, İş Hukuku I, 356.
- 23 Y9HD., 8.6.1982-4799/5557 - Yasa V, 7 (Temmuz 1982), 986. Buna karşılık, daha önceki Yargıtay kararlarında, tutukluluk nedeniyle «... işçinin işe gelmemesi ister haklı sebepten, isterse haksız sebepten olsun uzun süre işe gelmemekle iş düzeni sarsılmış olacaktır ve böyle bir durum işveren için fesih hakkını doğurur...» (YHGK., 11.3.1964 - 652 - D - 4/199 - ABD, XXII, I (1965), 42 ve «... dávacı kaçakçılık sebebiyle uğradığı kovuşturma yüzünden işyerine ardi ardına iki gün gelmemiştir. İşyerine iki gün gelmemek iş sözleşmesinin bozulmasını muciptir...» (Y9HD., 12.12.1967-9694/11699-A.B. ORHANER/S. ORHANER, Türk İş Hukuku Yargıtay Emsal Kararları, Ankara 1969, 80) denilerek, tutukluluk yüzünden işe gelememe devamsızlık sayılmış ve işverenin bu nedenle hizmet sözleşmesini feshedebileceği esas benimsenmiştir.
- 24 TÜRK DİL KURUMU, Türkçe Sözlük I, Ankara 1983, 295.
- 25 DOĞAN, 21; TUNCAY, İHU. II, İş K. m. 17, N. 3. Ayrıca bak. GUMPERT, «Fristlose Entlassung bei Untersuchungshaft des Arbeitnehmers», Der Betriebs - Berater XV, 9 (30 Mart 1960), 366.
- 26 Y9HD., 13.10.1967 - 7911/9491-E. EGEMAN, İş Mevzuatı İle İlgili Örnek Kararlar, 1966-1968, İstanbul 1968, 185. Ayrıca bak. Y9HD., 13.10.1967-896/5113-UYGUR/DÖNMEZ/KARS, 139-140.
- 27 Bak. yukarıda 2.2.1.
- 28 EKONOMİ, 12; TUNÇOMAĞ, İş Hukuku I, 11-12.
- 29 DOĞAN, 19-20.
- 30 Bak. A. NIKISCH, Arbeitsrecht I, Tübingen 1961, 740. Alman mahkeme kararları da, iş görememe konusunda işçinin kusurunu belirleyici etken olarak kabul etmemektedir (bak. E. STAHLHACKE, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhaeltnis, München 1977, 103).
- 31 TUNCAY, İHU. II, İş K. m. 17, N. 3.
- 32 Bak. ÇENBERCİ, 472; Ü. NARMANLIOĞLU, Tutuklamanın Haklı (Meşru) Bir Nedene Dayanmayan İşe Devamsızlık Sayılmaması, İHU. II, İş K. m. 17, N. 16. Karşıt görüş: TUNCAY, İHU. II, İş K. m. 17, N. 3. Ayrıca karşı. DOĞAN, 21.
- 33 DOĞAN, 21; TUNCAY, İHU. II, İş K. m. 17, N. 3.
- 34 TUNCAY, İHU. II, İş K. m. 17, N. 3.
- 35 Y9HD., 4.2.1976 - 30776/4025 - İHU. II, İş K. m. 17, N. 3.
- 36 Y9HD., 15.3.1973 - 45874/5514 - ÇENBERCİ, 1159, N. 41.
- 37 Ayrıca bak. Y9HD., 29.4.1974 - 23614/8229 - ÇENBERCİ, 1159, N. 40 c.
- 38 Y9HD., 29.12.1966 - 12788/11999 - ÇENBERCİ, 1159, N. 40 d.

- 39 Bak. 1977 - 1978 Toplu İş Sözleşmeleri, İstanbul 1978, 37 - 38, 85, 111 - 112, 175, 239 - 240, 257 - 258, 290 - 291, 320, 374, 459, 497, 541 - 542, 590, 633, 677, 719, 748, 781. Ayrıca bak. aşağıda dn. 70.
- 40 TUNÇOMAĞ, «Toplu İş Sözleşmesinin Düzenlenmesinde Yüksek Hakem Kurulunun İlke Kararları», 16.
- 41 Hannover Eyalet İş Mahkemesi'nin 3.11.1959 gün ve I-Sa 381/59 sayılı kararında ise, işçinin uzun bir süreden beri işyerinde çalışmakta oluşunun, feshi haksız kılamiyacağı belirtilmiştir (Der Betriebs - Berater XV, 9 (30 Mart 1960), 366). Buna karşılık, Federal İş Mahkemesi, 10.6.1965 gün ve 2 AZR 339/64 sayılı kararında, 25 yıllık işçinin tutukluluk yüzünden 17 gün işe gelememiş oluşunu, haklı nedenle fesih için yeterli görmemiştir (Der Betrieb XVIII, 35 (3 Eylül 1965), 1290-1291).
- 42 ÇENBERCİ, 471; DOĞAN, 21; TUNCAY, İHU. II. İş K. m. 17, N. 3.
- 43 ÇENBERCİ, 471-472.
- 44 Bak. GUMPERT, 366.
- 45 Ayrıca bak. aşağıda 2.3.2.3.
- 46 Bak. YHGK., 11.5. 1977-3179/465 - ÇENBERCİ, 1165, N. 55; Y9HD., 9.2.1982 - 146/1235 - Yasa V, 5 (Mayıs 1982), 707; Y9HD., 16.5.1983 - 2514/4752 Tütis VII, 5 (Eylül 1983), 18; Y9HD. 12.9.1983 - 4424/6705 - Tütis VIII, 1 (Ocak 1984), 22, Y9HD., 17.3.1983-11104/2391 - YKD. IX, 7 (Temmuz 1983), 1008.
- 47 Bak. E. AKI, Ekonomik Krizin Zorlayıcı Neden Sayılmaması, İHU. II, İş K. m. 17, N. 8; H. BECKER (çev. O. TOLUN), İsviçre Medeni Kanunu Şerhi VI, Fasikül III, Ankara 1969, 546; N. ÇELİK, İş Hukuku Dersleri, İstanbul 1979, 167; ÇENBERCİ, 447 dn. 82; EKONOMİ, 186 dn. 449; A.P. GÖZÜBÜYÜK, Hukuki Mesuliyet Bakımından Mücbir Sebepler ve Beklenmeyen Haller Ankara 1977, 24; E. İNCE, «İş Hukukunda Zorlayıcı Sebep», İş Hukuku Dergisi 1, 8 (Ağustos 1969), 691 - 695; F.H. SAYMEN/H.K. ELBİR, Türk Borçlar Hukuku I/1, İstanbul 1958, 732; S.S. TEKİNAY, Borçlar Hukuku, İstanbul 1979, 810-811; K. TUNÇOMAĞ, Türk Borçlar Hukuku I, İstanbul 1976, 816.
- 48 GÖZÜBÜYÜK, 89; İNCE, 694; SAYMEN/ELBİR, 733.
- 49 GÖZÜBÜYÜK, 86; İNCE, 695; SAYMEN/ELBİR, 733. Ayrıca bak. BECKER, 546.
- 50 Bu konuda bak. GÖZÜBÜYÜK, 36 vd.
- 51 Bak. EKONOMİ, 186 dn. 449; GÖZÜBÜYÜK, 85 - 86; İNCE, 694; SAYMEN/ELBİR, 733.
- 52 Ayrıca bak. Ç. ÖZEK, Türk Basın Hukuku, İstanbul 1978, 810.
- 53 Y9HD., 3.7.1967-4021/6083 - ORHANER/ORHANER, 179.
- 54 OĞUZMAN, 101 - 102.
- 55 Bak. yukarıda 2.3.2.
- 56 TUNÇOMAĞ, İş Hukuku 1, 77-78.
- 57 Ayrıntılı bilgi için bak. ÇELİK, 173-174; ÇENBERCİ, 479-487; EKONOMİ, 196-198, T. ESENER, İş Hukuku, Ankara 1978, 242; TUNÇOMAĞ, İş Hukuku 1, 360-362.
- 58 OĞUZMAN, 112 dn. 290. Ayrıca bak. ÇELİK, 173 dn. 107; ÇENBERCİ, 478; EKONOMİ, 197 dn. 488; Ö. EYRENCİ, Derhal Fesih Hakkını Kullanma Süresi, İHU. II, İş K. m. 18, N. 1; SAYMEN, 613. Karş. TUNÇOMAĞ, İş Hukuku I, 361-362.
- 59 YHGK., 11.3.1964-652-D-4/199-ABD. XXII, 1 (1965), 42.
- 60 ÇELİK, 173-174; EKONOMİ, 198; OĞUZMAN, 113; Y9HD., 30.4.1973-24456/14208 ve kararı inceleyen EYRENCİ, İHU. II, İş K. m. 18, N. 1. Karş. SAYMEN, 612.
- 61 OĞUZMAN, 113 dn. 290.
- 62 SAYMEN, 613; «... Davacının iş akdi zorunluluk durumunu oluşturan gözaltı ve tutukluluk hali kalktıktan sonra 28.11.1981 tarihinde feshedilmiş olmasına göre ihbar tazminatına hükmedilmesinde isabetsizlik yoktur...» (Y9HD., 5.7.1983 - 4160/6252 - Tütis VII, 6 (Kasım 1983), 19).
- 63 Bak. ÇELİK, 163-164; EKONOMİ, 178; ESENER, 237; TUNÇOMAĞ, İş Hukuku I, 362.
- 64 Tazminat konusunda bak. ÇELİK, 174; ÇENBERCİ, 488-489; EKONOMİ, 198; ESENER, 236; TUNÇOMAĞ, İş Hukuku I, 364.
- 65 Bak. ÇELİK, 174; ÇENBERCİ, 488; SAYMEN, 611; TUNÇOMAĞ, İş Hukuku I, 364.
- 66 Askıda kalma kavramı konusunda ayrıntılı bilgi için bak. Ş. AKYOL, Türk İş Hukukunda Grevin Hizmet Akdine Tesiri, İstanbul 1967, 54 vd.
- 67 Ayrıca bak. Y9HD., 9.2.1982-146/1235-Yasa V, 5 (Mayıs 1982), 707.
- 68 Y9HD., 11.1.1978-103/177-YKD. IV, 6 (Haziran 1978), 935.
- 69 Ayrıntılı bilgi için bak. ÇELİK, 175-177; ÇENBERCİ, 510-514; EKONOMİ, 199-203; ESENER, 258-259; F. TEKİL, İş Hukuku, İstanbul 1981, 131, TUNÇOMAĞ, İş Hukuku I, 145 - 148.
- 70 Bak. yukarıda dn. 39.
- 71 TUNÇOMAĞ, «Toplu İş Sözleşmesinin Düzenlenmesinde Yüksek Hakem Kurulunun İlke Kararları», 17.
- 72 Y9HD., 10.3.1981-1980-14236/3176-Yasa IV, 6 (Haziran 1981), 801.
- 73 Bak. TUNÇOMAĞ, İş Hukuku I, 365.
- 74 Ayrıca bak. Y9HD., 9.2.1982-146/1235-Yasa V, 5 (Mayıs 1982), 707; Y9HD., 8.6.1982-4799/5557-Yasa V, 7 (Temmuz 1982), 986. Karş. Y9HD., 29.12.1966-12788/11999-ÇENBERCİ, 1159, N. 40 d.
- 75 Y9HD., 8.7.1982-5845/6589-Yasa VI, 1 (Ocak 1983), 125.
- 76 Bak. M. KUTAL; «Karar İncelemesi», İktisat ve Maliye XXX, 10 (Ocak 1984), 394.
- 77 TUNCAY, İHU. II, İş K. m. 17, N. 3.