

Doğum İzninin İşçinin Kıdemine ve İş Sözleşmesinin Feshine Etkisi

Hatice Duygu ÖZER*

T.C
Yargıtay
9. Hukuk Dairesi

Tarih: 17.09.2007
Esas No: 2007/29103
Karar No: 2007/26743

ÖZETİ: 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/I-a maddesinde "...İşçinin hastalık, kaza, doğum ve gebelik gibi hallerde işveren için iş sözleşmesini bildirimsiz fesih hakkı; belirtilen hallerin işçinin işyerindeki çalışma süresine göre 17.maddedeki bildirim sürelerini altı hafta aşmasından sonra doğar. Doğum ve gebelik hallerinde bu süre 74 üncü maddedeki sürenin bitiminde başlar..." şeklinde yer alan kural uyarınca doğum veya gebeliğe dayanan devamsızlık süresi işverenin bildirimsiz fesih hakkının kullanılmasında dikkate alınması gerekir. Bildirimsiz fesih hakkının kullanılmasında göz önünde bulundurulmuş bu sürenin bildirimli fesihte dikkate alınmaması çelişki oluşturur.

Belirtilen maddi ve hukuki olgulara göre davacının doğum nedeniyle kullandığı izin süresinin ihbar tazminatına esas hizmet süresinin hesaplanmasında dikkate alınması gerektiğinden 4 haftalık önele göre fark ihbar tazminatı isteğinin hüküm altına alınması gerekirken yazılı gerekçe ile reddi hatalıdır.

Davacı işçi iş sözleşmesinin hamile olduğu ve ardından doğum yaptığı için feshedildiğini ileri sürerek kötüniyet tazminatı da talep etmiştir. Mahkemece kötüniyetin kanıtlanmadığı gerekçesi ile isteğin reddine karar verilmiş ise de, dinlenen tanıklar davacının hamileliği nedeni ile istifasının istendiğini, davacının istifa etmediğini, doğumdan sonra da iş sözleşmesinin feshedildiğini açık bir şekilde belirtmişlerdir. Somut olayda davacının kötüniyet iddiası ve tanıkların belirtilen anlatımları karşısında işverence makul ve meşru bir nedene dayanıldığı da iddia ve ispat edilmemiştir. Buna göre davacının kötü niyet tazminatı isteği de kabul edilmelidir. Yazılı gerekçe ile reddi ayrı bir bozma nedenidir.

* Arş. Gör.

KARAR METNİ

DAVA: Davacı, ihbar ve kötüniyet tazminatlarının ödetilmesine karar verilmesini istemiştir. Yerel mahkeme, davayı reddetmiştir. Hüküm süresi içinde davacı avukatı tarafından temyiz edilmiş olmakla dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü.

1) Davacı işçinin 23.7.2004 tarihinde dava konusu işyerinde işe başladığı, 10.12.2004 -21.3.2005 tarihleri arasında doğum iznine ayrıldığı, iş sözleşmesinin 22.3.2005 tarihinde iş sözleşmesinin 2 haftalık ücreti tutarında ihbar tazminatı ödenmek suretiyle davalı işverence sona erdirildiği dosyadaki bilgi ve belgelerden anlaşılmaktadır. Davacı hizmet süresine göre 4 haftalık ücret tutarında ihbar tazminatının ödenmesi gerektiğini ileri sürerek fark ihbar tazminatı istemiştir. Mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda doğum izninde geçen sürenin İş Kanununun 66.maddesi uyarınca çalışma süresinden sayılamayacağı belirtilerek davacının fark ihbar tazminatı hakkının bulunmadığı sonucuna varılmıştır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 74.maddesi analık halinde çalıştırma yasağını düzenlemiş olup, kadın işçilerin doğumdan önce sekiz ve doğumdan sonra sekiz hafta olmak üzere toplam on altı haftalık süre için, kural olarak çalıştırılmayacağını düzenlemiştir. İşçinin çalışmadığı bu sürenin ihbar tazminatına esas hizmet süresinin hesabında dikkate alınıp alınmayacağı uyumsuzluk konusudur.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, İş Kanunu'nun 66.maddesi günlük çalışma süresinden sayılan süreleri düzenlemiştir. Maddenin ilk fıkrasında " aşağıdaki süreler işçinin günlük çalışma sürelerinden sayılır" ifadesi ve devamında sayılan durumlar daha çok işçinin gün içinde çalışmaksızın geçirdiği sürelerle ilgilidir. Bu nedenle, anılan maddenin dava konusu uyumsuzluk yönünden uygulanma yeri bulunmamaktadır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/I-a maddesinde "... İşçinin hastalık, kaza, doğum ve gebelik gibi hallerde işveren için iş sözleşmesini bildirimsiz fesih hakkı; belirtilen hallerin işçinin işyerindeki çalışma süresine göre 17.maddedeki bildirim sürelerini altı hafta aşmasından sonra doğar. Doğum ve gebelik hallerinde bu süre 74 üncü maddedeki sürenin bitiminde başlar... " şeklinde yer alan kural uyarınca doğum veya gebeliğe dayanan devamsızlık süresi işverenin bildirimsiz fesih hakkının kullanılmasında dikkate alınması gerekir. Bildirimsiz fesih hakkının kullanılmasında göz önünde bulundurulmuş bu sürenin bildirimli fesihte dikkate alınmaması çelişki oluşturur.

Diğer yandan, aynı Kanunu'nun "Yıllık İzin Bakımından Çalışılmış Gibi Sayılan İzinler" başlığını taşıyan 55.maddenin (b) bendinde kadın işçilerin 74.madde gereğince doğumdan önce ve sonra çalıştırılmadıkları günlerin yıllık ücretli izin hakkının hesabında çalışılmış sayılacağı düzenlenmiştir.

Belirtilen maddi ve hukuki olgulara göre davacının doğum nedeniyle kullandığı izin süresinin ihbar tazminatına esas hizmet süresinin hesaplanmasında

dikkate alınması gerektiğinden 4 haftalık önele göre fark ihbar tazminatı isteğinin hüküm altına alınması gerekirken yazılı gerekçe ile reddi hatalıdır.

2) Davacı işçi iş sözleşmesinin hamile olduğu ve ardından doğum yaptığı için feshedildiğini ileri sürerek kötü niyet tazminatı da talep etmiştir. Mahkemece kötü niyetin kanıtlanmadığı gerekçesi ile isteğin reddine karar verilmiş ise de, dinlenen tanıklar davacının hamileliği nedeni ile istifasının istendiğini, davacının istifa etmediğini, doğumdan sonra da iş sözleşmesinin feshedildiğini açık bir şekilde belirtmişlerdir. Her ne kadar iş güvencesi kapsamında bulunmayan işçinin iş sözleşmesinin bildirimli feshinde her hangi bir neden gösterme zorunluluğu bulunmamakta ise de, somut olayda davacının kötü niyet iddiası ve tanıkların belirtilen anlatımları karşısında işverence makul ve meşru bir nedene dayanıldığı da iddia ve ispat edilmemiştir. Buna göre davacının kötü niyet tazminatı isteği de kabul edilmelidir. Yazılı gerekçe ile reddi ayrı bir bozma nedenidir.

SONUÇ: Temyiz olunan kararın yukarıda yazılı sebepten **BOZULMASINA**, peşin alınan temyiz harcının istek halinde ilgilie iadesine, 17.9.2007 gününde oybirliği ile karar verildi.

KARARIN İNCELENMESİ

I. Uyuşmazlık ve Çözülmesi Gereken Hukuki Sorun

İnceleme konumuz olan Yargıtay kararında, işe başladıktan yaklaşık 5 ay gibi kısa bir süre sonra doğum iznine ayrılan işçinin iş sözleşmesi izin dönüşünde bildirimli olarak feshedilmiştir. İşçi ise, her ne kadar iş güvencesi kapsamında olmasa da, iş sözleşmesinin feshinin hamile olmasından kaynaklandığını ve işverenin yaptığı bu feshin kötüniyet tazminatı ödemesini gerektirdiğini iddia etmektedir.

Yerel mahkeme, ihbar tazminatı olarak işçiye verilen 2 haftalık ihbar önelini haklı bulmuştur. Ayrıca işverenin kötüniyetinin ispatlanamamasından dolayı kötüniyet tazminatına hükmetmemiştir.

Yargıtay ise, ihbar önelinin hesaplanmasında, işçinin yasal doğum izin süresinin de dikkate alınması gerektiğine ve işverenin feshinin kötüniyet tazminatı ödenmesi gerektirdiğine hükmetmiştir.

O halde, olayda çözülmesi gereken hukuki sorun, doğum izni süresinin işçinin kıdemine dahil edilip edilmeyeceğidir. Bundan başka, doğum izninin akabinde işçinin sözleşmesinin sona erdirilmesinin hamilelik nedeniyle kötüniyetli feshi oluşturup oluşturmadığı da inceleme konusu olacaktır.

II. İşçinin Kıdemini Belirlenmesi

1. Genel Olarak Kıdem Belirlenmesi

a) Kıdem Başlangıç ve Bitişi

Kıdem kelime anlamı, bir görevde rütbece eskilik veya bir görevde geçirilen süredir¹. İş hukuku bakımından kıdem ise, belirli bir süre çalışmayla ya da bir işyerinde veya işveren buyruğunda yahutta bir meslekte belirli bir süre çalışmayla elde edilen ve işçiye bir takım yararlar sağlayan bir durumdur². İşçinin kıdemi, kural olarak, iş sözleşmesinin başlangıcından sona ermesine kadar geçen süreçte, işçinin çalıştığı zamanların toplamından ibarettir. Ancak iş sözleşmesinin başlaması ile işçinin fiilen çalışmaya başlamasının aynı tarihlerde olmaması da mümkündür. Bu nedenle, tam olarak işçinin kıdem süresinin başlangıcını, işçinin işe başladığı tarih olarak ifade etmek gerekecektir³. O halde işçi, sözleşmesi yapıldığı tarihten sonra fiilen çalışmaya başlarsa, kıdemi fiilen çalıştığı andan itibaren başlayacaktır. Deneme süreli iş sözleşmelerinde olduğu gibi işçi, henüz iş sözleşmesi yapılmadan fiilen işe başlamışsa, fiilen çalıştığı süreden itibaren kıdemi başlar⁴. Öte yandan işçi, sözleşme yapılmasına rağmen henüz fiilen çalışmayıp işverenin buyruğuna hazır halde beklediğinde ise, sözleşmenin yapılış tarihi, işçinin kıdemini başlatır. Nitekim İş K.m.66/c'de bu durum çalışma süresinden sayılan hallerden biri olarak ifade edilmiştir.

İşçinin kıdemini sona ermesi de iş sözleşmesinin sona erdiği tarihtir. İş sözleşmesinin sona ermesi de her zaman fesih bildirimini yapıldığı anda gerçekleşmeyebilir. Örneğin bildirimli fesihte, bildirim süresinin sonundan itibaren işçinin kıdemi son bulur. Ayrıca işçinin fiilen çalışmasını sona erdirmesine rağmen iş sözleşmesinin devam etmesi de mümkün olabilmektedir. Bu duruma örnek olarak iş güvencesi kapsamında sağlanan haklardan olan 4 aya kadar olan boşta geçen sürenin işçinin kıdeminden sayılması gösterilebilir⁵.

¹<http://www.tdk.gov.tr/TR/SozBul.aspx?F6E10F8892433CFFAAAF6AA849816B2EF4376734BED947CDE&Kelime=k%4%b1dem>, erişim tarihi, 19.02.2009.

²Narmanhoğlu Ünal, "Aralıklarla Kurulmuş İş Sözleşmeleriyle Çalışan İşçinin Kıdem/Hizmet Süresinin Belirlenmesine İlişkin Kanuni Esaslar ve Yargıtay'ın Tutumu", Halid Kemal Elbir'e Armağan, İstanbul 1996, s.309.

³Süzek Sarper, İş Hukuku, İstanbul 2005, s.566; Mollamahmutoglu, İş Hukuku, Ankara 2005, s.627.

⁴Çelik Nuri, İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2008, s.99.

⁵Uçum Mehmet, "İşe İade Sonucuna Bağlı Olarak Doğan Haklara İlişkin Bazı Uygulama Sorunları", Sicil İş Hukuku Dergisi, Eylül 2008, s.52.

b) Kıdemın Dikkate Alındığı Durumlar

Çalışma süresi, işçinin çalıştırıldığı işte geçirdiği süredir⁶ (Yön.m.1). Bir kısım işçilik haklarının elde edilmesinde işçinin çalışma süresi önem taşımaktadır. Bunlar; iş güvencesinin uygulanması, ihbar ve kıdem tazminatı ile yıllık izin hakkının kullanılmasıdır. Sayılan bu durumlarda işçinin kıdemi, bu hakları elde edip etmemesinde ve/veya ne miktarda elde edeceği konusunda önemli bir ölçüt olarak karşımıza çıkar.

Bir de çalışma süresi olmadığı halde, kanun tarafından çalışma süresinden sayılan haller mevcuttur. İş K.m.66'da "Çalışma Süresinden Sayılan Haller" başlığı altında 7 durumdan söz edilmiştir. Anılan durumlarda geçen sürenin, haftalık çalışma süresi hesaplanırken, işçinin fiilen işini yapmadığı halde, yapıyormuş gibi kabul edilerek çalışma süresine eklenmesi söz konusudur. Böylece haftalık çalışma süresi hesaplanırken tüm bu süreler dikkate alınmak suretiyle işçinin kıdemi bulunur.

Kıdemın önem taşıdığı durumlara kısaca değinecek olursak, ilk husus, iş güvencesi kapsamına giren işçilerin tespitinde karşımıza çıkar. İş K.m.18'de "en az 6 aylık kıdemi olan" işçilerin diğer şartları da taşımaları kaydıyla, iş güvencesinden faydalanabilecekleri ifade edilmiştir. İşçinin 6 aylık kıdemi, aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde geçen süreler birleştirilerek hesap edilir. Altı aylık kıdemın hesabında bu Kanununun 66.maddesindeki çalışma süresinden sayılan hallere ilişkin süreler dikkate alınır. Altı ayın hesabına deneme ve askıda kalan süreler de dahil edilir⁷. Zira kıdemın hesabında işçinin fiilen çalıştığı süre değil, işçinin, işe başladığı tarihten itibaren geçen takvim süresine bakılacaktır⁸.

İkinci olarak, yıllık ücretli izne hak kazanma konusunda işçinin kıdemi önem taşımaktadır. İş K.m.53'de, "işyerinde işe başladığı günden itibaren deneme süresi de içinde olmak üzere en az bir yıl çalışmış olan işçilere yıllık ücretli izin verilir." hükmü yer almaktadır. Bir yılın hesabında, işçinin aynı işverenin bir veya birden çok işyerinde çalıştığı süreler birleştirilerek dikkate alınır (İş K.m.54/1). Yıllık izne ilişkin bir yılın hesabında dikkate alınacak bir başka ölçüt de "çalışılmış gibi sayılan süreler" olacaktır. İş K.m.55'de, 11 başlık altında ele alınan bu durumlarda da işçinin fiilen çalışmadığı dönemlerin kanun koyucu tarafından çalışıyormuş gibi değerlendirilmesi söz konusudur⁹.

⁶ İş Kanununa İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği, RG. 25425, 06.04.2004.

⁷ *Kılıçoğlu Mustafa/Şenocak Kemal*, İş Güvencesi Hukuku, İstanbul 2007, s.167.

⁸ *Güzel Ali*, "İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi", İş Güvencesi Sendikalar Yasası Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Yasası Semineri, İstanbul 2004, s.33. *Eyrenâ Öner/Taşkent Savaş/Ulucan Devrim*, Bireysel İş Hukuku, s.165.

⁹ İş K.m.55'de çalışılmış gibi sayılan süreler şunlardır: "a) İşçinin uğradığı kaza veya tutulduğu hastalıktan ötürü işine gidemediği günler (Ancak, 25 inci maddenin (I) numaralı bendinin (b) alt bendinde öngörülen süreden fazlası sayılmaz.).b) Kadın işçilerin 74 üncü

Yıllık izne ilişkin bir yıllık sürenin hesabında işçinin çalışmasının kesintisiz olması gerekmemektedir. Bu husus, İş K.m.54'de, "işçinin devamının kesilmesi halinde bu boşlukları karşılayacak kadar hizmet süresi eklenir ve bu suretle işçinin izin hakkını elde etmesi için gereken bir yıllık hizmet süresinin bitiş tarihi gelecek hizmet yılına aktarılır." şeklinde ifade edilmiştir. İşçinin çalışmasının kesintiye uğraması değişik sebeplerden kaynaklanabilmektedir. Bunlar arasında, kadın işçinin doğum iznine ayrılması da sayılabilir. Bu durumda, İş K.m.74/1'de belirtilen toplam 16 haftalık doğum izni, bir yıllık sürenin hesabında dikkate alınacaktır¹⁰. Diğer bir deyişle, işçinin yıllık izne hak kazanabilmesi için 4 aylık (16 hafta) süre de çalışmış gibi değerlendirilir. Bu noktada şu husus akla gelmektedir; yıllık iznin doğum izniyle çakışması mümkün müdür? Kural olarak iznin ne zaman kullanılacağı işçinin isteğine bırakılmaktadır. Yıllık İzin Yönetmeliğindeki "işçi yıllık ücretli izni kullanmak istediği zamandan en az bir ay önce işverene yazılı olarak bildirir" hükmü bu sonuca ulaşmamıza yardımcı olur. Ancak yine Yıllık İzin Yönetmeliğine göre, işveren yönetim hakkı dahilinde ve işçinin talebi doğrultusunda iş durumunu dikkate alarak izin zamanını belirler¹¹. Bir de işçinin izin zamanının kendi inisiyatifine bırakılmadığı özellikle toplu izin durumları karşımıza çıkar ki, anılan durumlarda işveren nisan ayı başı ile ekim ayı sonu arasında işçilere toplu izin uygulayabilir (Yön.m.10). İşte doğum izninin bu süreyle çakışması durumunda, işçinin her iki izni aynı anda kullanmış olduğunu kabul etmemek gerekir. Zira İş K.m.56/4'de ifade edildiği üzere, işverence yıl

madde gereğince doğumdan önce ve sonra çalıştırılmadıkları günler. c) İşçinin muvazzaf askerlik hizmeti dışında manevra veya herhangi bir kanundan dolayı ödevlendirilmesi sırasında işine gidemediği günler (Bu sürenin yılda 90 günden fazlası sayılmaz.). d) Çalışmakta olduğu işyerinde zorlayıcı sebepler yüzünden iş aralıksız bir haftadan çok tatil edilmesi sonucu olarak işçinin çalışmadan geçirdiği zamanın onbeş günü (işçinin yeniden işe başlaması şartıyla). e) 66 ncı maddede sözü geçen zamanlar. f) Hafta tatili, ulusal bayram, genel tatil günleri. g) 3153 sayılı Kanuna dayanılarak çıkarılan tüzüğe göre röntgen muayenehanelerinde çalışanlara pazardan başka verilmesi gereken yarım günlük izinler. h) İşçilerin arabuluculuk toplantılarına katılmaları, hakem kurullarında bulunmaları, bu kurullarda işçi temsilciliği görevlerini yapmaları, çalışma hayatı ile ilgili mevzuata göre kurulan meclis, kurul, komisyon ve toplantılara yahut işçilik konuları ile ilgili uluslararası kuruluşların konferans, kongre veya kurullarına işçi veya sendika temsilcisi olarak katılması sebebiyle işlerine devam edemedikleri günler.ı) İşçilerin evlenmelerinde üç güne kadar, ana veya babalarının, eşlerinin, kardeş veya çocuklarının ölümünde üç güne kadar verilecek izinler. j) İşveren tarafından verilen diğer izinler ile 65 inci maddedeki kısa çalışma süreleri. k) Bu Kanunun uygulanması sonucu olarak işçiye verilmiş bulunan yıllık ücretli izin süresi."

¹⁰ *Caniklioğlu* Nurşen, "İşçinin Yıllık Ücretli İzin Talep Hakkı ve İzinin Kullandırılmasının Sonuçları", Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan, C.2, İstanbul 2001, s.1152.

¹¹ *Caniklioğlu*, s.1158 vd.; Özveri Murat, "Yıllık Ücretli İzin Hakkı ve Yargı Kararları", Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, 2007, S.15, s.935-936.

içinde daha önce verilmiş bulunan diğer izinlerle, dinlenme ve hastalık izinlerinin yıllık ücretli izne mahsup edilmesi mümkün değildir. Kuşkusuz doğum izni de yıllık izne mahsup edilemeyecek izinler arasındadır¹².

İşçinin kıdeminin yıllık ücretli izin hakkına yaptığı etkilerden biri de, yıllık izin süresini belirlemesidir. İş K.m.53'e göre, yıllık izin süresi işçilerin hizmet süresine göre artmaktadır. Buna göre, 1 yıldan 5 yıla kadar (5 yıl dahil) 14 gün, 5 yıldan fazla 15 yıldan az olanlara 20 gün, 15 yıl (15 dahil) ve daha fazla olanlara 26 günden az olmayacak şekilde yıllık izin verilir.

Kıdemın önem taşıdığı bir diğer konu ise, kıdem tazminatıdır. Kıdem tazminatı, bir yıllık asgari çalışma süresini dolduran işçinin iş sözleşmesinin kanunda sayılan nedenlerden biriyle son bulması halinde, işverence, işçiye ya da mirasçılara yapılan bir ödemedir¹³. Kıdem tazminatında kıdemın belirlenmesine ilişkin 1475 sayılı İş K.m.14'de pek çok düzenleme mevcuttur. Öte yandan Yargıtay'a konu olan kıdem tazminatı uyuşmazlıkları incelendiğinde, önemli bir kısmının kıdemın hesabına ilişkin olduğu görülmektedir. İnceleme konumuzu doğrudan ilgilendirmeyen bu hususlara ayrıntılı olarak değinmek mümkün olmayacağından burada sadece kıdemın işlemesini engellemeyen önemli durumlar sayılacaktır¹⁴. Buna göre, işçinin aynı işverenin bir veya değişik işyerlerinde çalıştığı sürelerin tümü hesaba katılır (1475 Sayılı İş K.m.14/2). Aynı şekilde kamu kesiminde işveren durumundaki kamu kuruluşlarında da sürelerin birleştirilmesi kuralı uygulanacaktır (m.14/4).

Kıdem tazminatı miktarının belirlenmesi de, işçinin kıdemine göre yapılmaktadır. Zira işçiye iş sözleşmesinin devamı süresince her geçen tam yıl için 30 günlük ücreti tutarında kıdem tazminatı ödenir (1475 sayılı İş K.m.14/1). Böylece kıdem arttıkça kıdem tazminatı tutarı da artmaktadır.

Kıdemın önemli olduğu son husus olarak ihbar tazminatı sayılabilir. İnceleme konumuzu oluşturan olayda da ihbar tazminatındaki kıdemın hesabı tartışıldığı için bu kısım aşağıda ayrı bir başlık altında incelenecektir.

Görüldüğü gibi tüm bu durumlarda kanun koyucu kıdemın tespitine ilişkin değişik ölçütler düzenlemiştir. Bu noktada çözülmesi gereken sorun, bir durumda uygulanan ölçütün diğer bir durum için de uygulanıp uygulanmayacağıdır. Başka bir deyişle örneğin, yıllık ücretli izne ilişkin "bir yılın dolmasında çalışılmış gibi sayılan süreler ölçütünü, ihbar tazminatına ilişkin kıdemi hesaplarırken dikkate alabilir miyiz? sorusunun cevabı, incelediğimiz karardaki uyuşmazlığa yön verecektir. Kanaatimizce, yukarıda sayılan durumların tümünde işçinin işe başladığı tarihten itibaren geçen takvim süresinin hesaplanması gerekmektedir.

¹² *Caniklioğlu*, Hastalık ve Sakatlığın Hizmet Akdine Etkisi, İstanbul 2002, s.173, (Hastalık).

¹³ *Çelik*, s.291.

¹⁴ Kıdem tazminatında kıdemın hesaplanmasına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. *Narmanlıoğlu Ünal*, Türk Hukukunda Kanundan Doğan Kıdem Tazminatı, İstanbul 1973; *Akyiğit Ercan*, Kıdem Tazminatı, Ankara 1999, s.510 vd.

Diğer bir ifade ile işçinin kıdemi, sayılan durumların tümünün ortak noktası olduğundan, kıdem hesaplanmasında da aynı yöntemi benimsemek gerekecektir. Nitekim çalışılmış gibi sayılan süreye ilişkin olarak sadece hafta tatili ve yıllık ücretli izin açısından değil, hizmet süresine bağlı diğer alacaklar (ihbar ve kıdem tazminatı gibi) açısından da çalışılmış gibi sayılan sürenin kıdem hesabında göz önünde bulundurulacağı yönünde öğretide görüşler mevcuttur¹⁵. Bu noktada şu soru akla gelebilir; kıdem hesaplanmasına ilişkin bir ölçütün kanun koyucu tarafından ilgili olduğu konuyu düzenleyen özel bir hüküm olarak getirilmesi sadece o konuya hasredilmesi anlamına gelebilir mi? Kanaatimizce, bir ölçüt uygun düştüğü ölçüde kıdem önem taşıdığı diğer bir konuda da kullanılmalıdır. Kaldı ki, kanun koyucu kıdem hesabında uygun olmadığını düşündüğü bir ölçütü açıkça uygulanmayacağını belirterek ortaya koymuştur. Buna örnek olarak, kıdem tazminatının hesabına ilişkin kıdem hesabında iş sözleşmesinin askıda kaldığı halleri çalışma süresinden saymasına karşın, yine askı hali olan grev ve lokavt sürecini bu hesabın dışında tuttuğunu açıkça belirtmiştir (TİSGLK.m.42/5).

2. İhbar Tazminatında Kıdem Önemi

Belirsiz süreli iş sözleşmelerinin sona ermesinde, işçi ve işveren tarafı için işçinin kıdemine göre artan oranda bildirim süresi getirilmiştir. O halde, bildirim süresi, fesih beyanının bildirildiği tarihten iş ilişkisinin son bulunduğu tarihe kadar geçen süre olarak tanımlanabilir¹⁶. Bildirim süresi içinde tarafların durumunda herhangi bir değişiklik olmaz. Yani işçi ve işveren arasında sözleşme bütün hak ve borçları ile devam eder¹⁷. İş K.m.17'de belirtildiği üzere, bildirim süreleri, işçinin çalışması 6 aydan az sürmüş ise 2 hafta, 6 ay ile 1,5 yıl sürmüş ise 4 hafta, 1,5 yıldan 3 yıla kadar sürmüş ise 6 hafta, 3 yıldan fazla sürmüş ise 8 haftadır.

Maddenin devamında bildirim şartına uymayan tarafın bildirim süresine ilişkin ücret tutarında tazminat ödemesi gerektiği düzenlenmiştir ki buna ihbar tazminatı denir. Her ne kadar tazminat olarak adlandırılrsa da ihbar tazminatının doğumu için fesih bildirim süresine uyulmadan sözleşmenin derhal veya kısa sürede feshedilmiş olduğunun ispatı yeterli olacağından, tarafların zarara uğraması şart değildir¹⁸.

İhbar tazminatı konusunda mahkeme kararlarında ve öğretide en fazla tartışılan nokta, işverenin bildirim sürelerine ilişkin ücreti peşin olarak ödemesi suretiyle sözleşmeyi derhal ortadan kaldırması ve bunun hukuki sonuçlarıdır.

¹⁵ Kar Bektaş/Göktaş Seracettin, "Türk İş Hukukunda İşçinin Yasadan Kaynaklanan Mazeret İzinleri", Sicil İş Hukuku Dergisi, Haziran 2007, s.34.

¹⁶ Mollamahmutoglu, s.530.

¹⁷ Süzek, 407.

¹⁸ Çelik, s.198;

Ancak inceleme konumuzda peşin ödemeye ilişkin bir uyumsuzluk bulunmadığından bu hususa değinilmeyecektir.

İhbar tazminatı, işçinin fesih bildirim süresine ilişkin İş K.m.17'de belirtilen gün sayısı ile kıdem tazminatına esas tutulan bir günlük ücretinin çarpılması suretiyle hesaplanır. O halde burada da kıdem arttıkça bildirim süresi de artacak, böylece ihbar tazminatı miktarı da artmış olacaktır.

3. Doğum İzni ve Kıdeme Etkisi

İş mevzuatımız son dönemde yapılan değişikliklerle birlikte kadın ve özellikle hamile işçileri koruyucu nitelikte yeni düzenlemeler getirmiştir. Bunlardan konumuz açısından en önemlisi, İş K.m.74'de düzenlenen, kadın işçilerin doğumdan önce 8 hafta, doğumdan sonra 8 hafta olmak üzere toplam 16 haftalık süre için çalıştırılmamasına ilişkin düzenlemedir¹⁹. Maddenin devamında, çoğul gebelik halinde doğumdan önce çalıştırılmayacak 8 haftalık süreye 2 hafta daha ekleneceği belirtilmiştir.

O halde, Kanunda belirtilen 16 haftalık süre boyunca doğum yapan işçinin çalışmaması söz konusu olmaktadır. İşçinin çalışmadığı bu süreyi iş sözleşmesinin askıda olduğu haller arasında saymak mümkündür. Zira iş sözleşmesinin askıda kalması, işçinin iş görme edimini kusursuz geçici ifa imkânsızlığı içine düşmesi sonucunda ortaya çıkar²⁰. İş sözleşmesi kural olarak tarafların karşılıklı anlaşmasıyla askıya alınabileceği gibi mevzuatta düzenlenen askı hallerinin ortaya çıkmasıyla da mümkün olabilir. Bunlardan biri de İş K.m.25/1/3'de düzenlenen doğum ve gebelik halinde işverenin haklı nedenle fesih hakkının ortaya çıkabilmesi için gereken süre içinde kadın işçinin iş sözleşmesinin askıda olduğu durumdur.

Bu noktada önemli olan iş sözleşmesinin askıda olmasının ne anlama geldiğidir. İş sözleşmesinin askıya alınması, geçici bir şekilde hükmünü yitirmesi anlamına gelir²¹. Askı durumunun birçok hukuki sonucu da mevcuttur. İlk akla gelen, mutlak olmamakla birlikte ücret ödeme borcunun olmamasıdır²². Bir başka sonuç ise, askı durumunun işverenin fesih hakkına etki etmesidir. Üçüncü olarak ise, kıdem hesaplanması ve kıdeme bağlı haklar bakımından askı sürecinin etkileridir. Buna göre, askı sürecinde işçinin işyerine aidiyeti devam ettiğinden,

¹⁹ 1475 sayılı Kanun döneminde da aynı yönde bir düzenleme vardı. Ancak 4857 sayılı kanun, eskisinden farklı olarak doğum izin sürelerini doğumdan önce ve sonra olmak üzere ikişer hafta arttırmıştır. Bu değişiklik esasen konuya ilişkin 92/85 sayılı AB Yönergesine de uygunluk arz etmektedir.

²⁰ *Süzek*, s.374.

²¹ *Mollamahmutolu*, s.457.

²² Ancak askı süresi içinde ücret ödendiği durumlar da söz konusudur. Örneğin, İş K.m.24/3 ve 25/3'de düzenlenen zorlayıcı nedenlerin ortaya çıkması durumunda işçiye her gün yarım ücret ödenir (İşK.m.40).

kıdeme bağlı haklarının bundan etkilenmemesi gerekir²³. Ancak mevzuatımızda bunun tam tersi yönde düzenlemelerle de karşılaşmak mümkündür. Örneğin, TİSGLK.m.42/5'de grev ve lokavtta geçen sürelerin kıdem tazminatının hesabında kıdeme dahil edilemeyeceği ifade edilmiştir²⁴. Yıllık ücretli izin bakımından ise, kanun askıda geçen süreleri çalışılmış gibi sayarak izin hakkının hesabında dikkate alınmıştır. Askı süresinin kıdeme dahil edilip edilmeyeceği konusunda mevzuattaki diğer hükümler incelendiğinde ise, kanun koyucunun askı süresinin tümünü değil de bir kısmını kıdeme dahil etme yönünde iradesini kullandığı görülmektedir. Buna örnek olarak, hastalık ve kaza halinde işçinin iş gidemediği günlerin tümünün değil de bildirim süresi ve altı hafta eklenmek suretiyle bulunan süre kadarını kıdeme dahil edilmesi gösterilebilir (İş K.m.25/I/2). Aynı şekilde, İş K.m.31/1'e göre, muvazzaf askerlik ödevi dışında manevra veya herhangi bir kanundan doğan ödevi dolayısıyla askıda geçen sürenin de en fazla 90 gününün dikkate alınacağı kabul edilmiştir.

Sonuç olarak, işçinin doğum iznine ayrılması da iş sözleşmesinin askıda olduğu hallerden biri olarak kanununuzda düzenlenmiştir. Bu sürenin kıdem hesablanmasının şart olduğu durumlarda dikkate alınması gerekmektedir²⁵. Aksinin kabulü, hamile işçiyi korumak amacıyla getirilmiş kanundan doğan bir hakkın kullanılması sebebiyle işçinin kıdeminin işlememesi ve dolayısıyla onun mağdur edilmesi anlamını taşıyacaktır²⁶. Belirsiz süreli iş sözleşmelerinde bildirim sürelerinin hesaplanmasında da kıdem süresi dikkate alınmaktadır. O halde, ihbar tazminatı hesaplanırken de doğum izninde geçen 16 haftalık sürenin kıdeme dahil edilmesi işçi açısından da olumlu olacaktır. Kaldı ki kanun koyucunun derhal feshe ilişkin düzenlemeleri incelendiğinde bu yönde bir tutum içinde olduğu görülmektedir. Şöyle ki, yukarıda da ifade edildiği gibi İş K.m.25/I/2'de düzenlenen, "İşçinin hastalık, kaza, doğum ve gebelik gibi hallerde işveren için iş sözleşmesini bildirimlessiz fesih hakkı; belirtilen hallerin işçinin işyerindeki çalışma süresine göre 17.maddedeki bildirim sürelerini altı hafta aşmasından sonra doğar. Doğum ve gebelik hallerinde bu süre 74 üncü maddedeki sürenin bitiminde

²³ Mollamahmutoğlu, s.458.

²⁴ Grev ve lokavt süresince iş sözleşmelerinin askıda kabul edildiği TİSGLK m.42/2-3'de açıkça düzenlenmiştir.

²⁵ Onaran Yüksel Melek, Türk İş Hukukunda Kadın-Erkek Eşitliği, İstanbul 2000, s.247.Hamileliğin, kötüniyet tazminatı hesabındaki çalışma süresinin belirlenmesinde çalışılmış gibi sayılan süre olduğu yönünde bkz. Süzük Sarper, İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması, Ankara 1976, s.166, (Fesih); doğum izninin kıdem tazminatına ilişkin hizmet süresinin hesabında dikkate alınacağı yönünde bkz. Akyiğit Ercan, İş Hukuku, Ankara 2005, s.256.

²⁶ Hamile işçinin mağdur edilmemesine ilişkin yabancı hukuk mevzuatlarındaki düzenlemeler için bkz. Onaran Yüksel, s.231-238; Senyen-Kaplan Emine Tuncay, Kadın İşçinin İş İlişkisinden Doğan Hakları ve Korunması, Ankara 1999, s.120-135.

başlar...” hükmünden doğum veya gebeliğe dayanan devamsızlık süresinin işverenin bildirmsiz fesih hakkının kullanılmasında dikkate alınması gerektiği anlaşılmaktadır. Yargıtay’ın da kararda ifade ettiği gibi, bildirmsiz fesih hakkının kullanılmasında göz önünde bulundurulan bu sürenin bildirimli fesihte dikkate alınmaması çelişki oluşturacaktır.

Şu hususa da değinmek gerekir ki, kuşkusuz, 16 haftadan oluşan doğum izni nedeniyle ortaya çıkan askı süresinin yukarıda belirtilen örneklerde olduğu gibi bir kısmının değil tümünün kıdemden sayılması gerekmektedir. Zira kanun koyucu sürenin fazla olduğunu düşündüğü durumlarda (90 gün veya bildirim süresi+6 hafta gibi) bu süreyi sınırlama yoluna gitmiştir.

III. Hamilelik Nedeniyle Fesihte Kötüniyet Tazminatı

1. Hamileliğin İş Sözleşmesinin Feshine Etkisi

Bilindiği üzere, iş mevzuatımız iş sözleşmesinin bildirimli fesih ve derhal fesihle sona ermesini düzenlemiştir. Bildirimli fesihte, şayet iş güvencesi kapsamı dışında bir işçi söz konusu ise, feshin işverence geçerli bir nedene dayandırılması zorunluluğu yoktur. İşverene tanınan bu serbesti, sözleşmenin sona erme zamanının seçilmesi olduğu kadar fesih sebebinin belirlenip belirlenmemesini de kapsar²⁷. Ancak işverenin fesih hakkının sınırsız olması da mümkün değildir. Bu noktada İş Kanunu’nda fesih hakkının kötüye kullanıldığı durumlarda işverene tazminat ödeme yükümlülüğü getirilmek suretiyle bir sınır konulmaya çalışılmıştır. İşverenin hangi feshinin kötüniyetli olduğu konusunda ise incelediğimiz olaydaki gibi işçinin hamileliği nedeniyle işine son verilmesi örnek olarak gösterilebilir. Bu konuya aşağıda tekrar değinilecektir.

İş sözleşmesinin derhal feshinde ise, işverenin sadece kanunda sayılan sebepler ve benzerlerinin gerçekleşmesi halinde sözleşmeyi sona erdirmesi mümkündür. Bu sebeplerden biri de, doğum ve gebelik nedeniyle işçinin devamsızlığının belli bir süreyi aşmış olmasıdır²⁸. (İş K.m.25). Bu hükmün varlığı ilk bakışta işverene hamilelik nedeniyle iş sözleşmesini sona erdirmeye hakkı tanıyor izlenimi uyandırabilir. Ancak dikkat etmek gerekir ki işverene fesih olanağı tanıyan husus, işçinin hamile olması değil, hamileliği nedeniyle uzun süre devamsızlık yapmasıdır. Kaldı ki, bu devamsızlık ancak doğum izni ve bildirim önelinin geçmesinden sonraki süreye ilişkindir. 7 aya kadar (16 hafta+2-8 hafta+6 hafta) varabilen bu süreden daha uzun bir süre işe gelmeyen bir işçiyi istihdam etmesini beklemek de işverene haksızlık etmek olacağından, mevzuatımızdaki bu düzenlemenin hamile işçiler aleyhine ayrımcılık olduğunu söylemek de mümkün değildir.

²⁷ Çelik, s.202.

²⁸ Süzek, s.505; Caniklioğlu, Hastalık, s.254.

Görüldüğü gibi işçinin hamile olmasının iş sözleşmesinin sona erdirilmesi noktasında doğrudan olmasa da dolaylı etkileri söz konusu olabilmektedir. Oysa mevzuatımızda işçiler arasında hamilelik nedeniyle iş sözleşmesinin kurulmasından sona ermesine kadar tüm aşamalarında ayırım yapılmasını engelleyecek ve kadın işçilerin korunmasına ilişkin düzenlemeler mevcuttur.

Bu düzenlemelerden ilk akla geleni, İş K.m.74'deki hükümlerdir²⁹. Yukarıda açıklanan doğum izninin yanı sıra, işçiye bu izin sonrasında 6 aylık ücretsiz izin hakkı ve bebeği bir yaşına gelinceye kadar günde 1,5 saatlik süt izni hakkı tanınmıştır. Ayrıca konuya ilişkin yönetmelikte, yeni doğum yapmış ve emziren işçinin günde 7,5 saatten fazla çalıştırılmayacağı (m.10) ve emziren işçiye doğumu izleyen 6 ay boyunca gece çalışması yaptırılmayacağı (m.9) düzenlenmiştir³⁰.

Görülüyor ki bu düzenlemelerde hamile işçiyi korumak adına ona pozitif bir ayrımcılık yapılmıştır. Bundan başka, mevzuatımızda, işverenlerin hamilelik nedeniyle kadın işçileri aleyhine ayrımcılık yapmamları düzenlenmiştir. Şöyle ki, İş K.m.5/3'de, işverenin biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça bir işçiye iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı ayrımcılık yapılamayacağı kabul edilmiştir.

Bundan başka, belirsiz süreli iş sözleşmelerinin sona ermesinde, iş güvencesi kapsamındaki işçiler bakımından feshin geçerli sebebe dayanması gerektiği ve hangi sebeplerin geçerli fesih oluşturmayacağı mevzuatımızda sayılmıştır. Bunlardan biri de "hamilelik ve doğum olarak açıkça ifade edilmiştir (m.18/d). O halde işverenin sırf hamile olması nedeniyle işçinin işine son vermesi geçerli olmayan bir fesih oluşturacak ve işçinin işe iade davası açması mümkün olabilecektir.

2. Kötüniyet Tazminatı

Yukarıda ifade edildiği gibi iş güvencesi kapsamındaki işçilerin, sırf hamile olmalarından dolayı iş sözleşmelerine bildirimli fesihle son verilmesi kanun tarafından engellenmiştir. Ancak bu noktada iş güvencesine tabi olmayan işçilerin bu korumanın dışında bırakıldığı akla gelebilir. Zira anılan işçiler açısından işverenin geçerli bir neden ileri sürmesi dahi gerekmemektedir. Oysa işverenin tamamen keyfi davranarak hamile işçileri işten çıkarması da mümkün olmamaktadır. Bunun nedeni ise, işverenin fesih hakkını kötüye kullanmasının kanun tarafından yaptırıma tabi tutulmasıdır. Bu yaptırım ise İş K.m.17'de

²⁹ *Ekmekçi Ömer*, "4857 sayılı İş Kanununda İzinler ve İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Hükümler", Yeni İş Yasası, İstanbul 2003, s.182; Süzek, s.704.

³⁰ Gebe ve Emziren Kadınların Çalıştırılma Şartlarıyla Emzirme Odaları ve Çocuk Bakım Yurtlarına Dair Yönetmelik, RG. 14.07.2004, 25522.

kötüniyet tazminatı olarak karşımıza çıkmaktadır. Fesih hakkının kötüye kullanıldığının kanıtlanması halinde, işveren kanunda belirtilen bildirim sürelerine ait ücretlerin 3 katı tutarında tazminat ödemek zorundadır. Fesih için bildirim koşuluna da uyulmaması ayrıca ihbar tazminatı ödenmesini de gerektirir³¹.

İş sözleşmesinin feshinde hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığının belirlenmesinde ise, objektif iyiniyet kurallarına aykırılık ölçütünden faydalanılmaktadır³². Bir hakkın dürüstlük kurallarına aykırı olarak kullanılması suretiyle başkasına zarar vermesi, hakkın kötüye kullanımını ortaya çıkarır³³. İşverenin fesih hakkını kullanırken haklı bir yarar gözetmeyip, bu hakkını sosyal amacından saptırması ise dürüstlük kuralına ve dolayısıyla objektif iyiniyet kuralına aykırılık teşkil etmektedir³⁴.

Hamile işçinin iş sözleşmesinin feshinde de işverenin objektif iyiniyet kuralına aykırı davrandığı öğretisi ve yargı kararlarında da kabul edilmektedir³⁵. Örneğin, Akyığıt'e göre, bu durumda işveren, İş K.m.74'de sayılan yükümlülüklerden kaçınmak maksadıyla hareket etmiş olduğundan, kötüniyetli fesih söz konusu olacaktır. Ancak şunu unutmamak gerekir ki, her hamile işçinin iş sözleşmesinin feshedilmesini kötüniyetli fesih olarak algılamak mümkün değildir. İşverenin fesih nedeninin tamamen bu olguya dayandığının ispatlanması şarttır. Bu noktada ispat yükünün, Yargıtay kararlarında işçiye bırakıldığı ve kötüniyetin inandırıcı delillerle ortaya konulması gerektiği kabul edilmiştir³⁶. Ancak bu durumda maddi bir olay niteliği taşımayan işverenin niyeti kanıtlanmaya çalışılacağından, fiili karineler, olayların kronolojik gelişimi gibi noktalar dikkate alınarak ispat konusundaki zorluk yumuşatılmalıdır³⁷. İncelediğimiz olay açısından da ispat yükü aynı zorluğu taşımaktadır. Bu nedenle, olayda belirtilen, işçinin hamileliği nedeniyle istifaya zorlandığına ilişkin tanık ifadeleri ve doğum izninin bitiminin hemen ardından sözleşmesinin feshedilmesi kötüniyetin varlığı açısından inandırıcı delil olarak kabul edilmelidir.

Olayda tartışma konusu olamamakla birlikte, kötüniyet tazminatının yanı sıra, İş K.m.5'de düzenlenen ayrımcılık tazminatının da işçiye ödenip ödenmeyeceğine de değinmek gerekir. Bu maddeye göre, iş ilişkisinde veya sona ermesinde eşit davranma borcuna aykırı davranıldığında, işçi 4 aya kadar ücreti

³¹ Çelik, s.204

³² Süzek, Fesih, s. 90.; Mollamahmutoglu, s.538; Akyığıt Ercan, İş Kanunu Şerhi, s.374, (Şerh).

³³ Akıpek Jale/Akıntürk Turgut, Türk Medeni Hukuku, C.1, İstanbul 2002, s.196.

³⁴ Özhan Bilge, Medeni Hukukun Temel Kavramları, Ankara 2006, s.179.

³⁵ Akyığıt, Şerh, s.376; Bu yönde, Y.9.HD., 27.03.1997, 22900/6115, Günay Cevdet İlhan, Şerhli İş Kanunu, Ankara 1998, C.1, s.423 ; Onaran Yüksel, s.251.

³⁶ Özdemir Erdem, İş Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Yükü ve Araçları, İstanbul 2006, s.344 ve orada anılan Yargıtay kararları.

³⁷ Süzek Sarper, "Ferdî İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı", Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin 1998 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, s.93, (Değerlendirme)

tutarındaki uygun bir tazminattan başka, yoksun bırakıldığı hakları da talep edebilir. İşverenin hamile işçiyi işten çıkarması da onun ayrımcılık yaptığını, diğer bir ifade ile eşit davranma borcunu ihlal ettiği anlamına gelmektedir. Ancak bu konuda öğretide farklı görüşler olmasına karşın, sadece kötüniyet tazminatına hükmetmek gerekmektedir³⁸. Aksinin kabulü, işvereni hukuka aykırı bir hareketi yüzünden iki kez cezalandırmak anlamına gelecektir.

IV. Sonuç

İncelediğimiz karara konu olan uyuşmazlığın temelinde yatan sorun, işçinin kıdeminin hesabında doğum izninde geçen sürenin de dikkate alınıp alınmayacağıdır. Bir diğer önemli nokta ise, hamilelik nedeniyle feshin kötüniyet tazminatı ödenmesini gerektirip gerektirmediğidir.

Yerel mahkemenin kıdem hesabında doğum izni süresini dikkate almadığı görülmektedir. Ancak Yargıtay'ın da karara ilişkin bozma gerekçesinde kabul ettiği gibi bildirimli fesih kanun koyucu tarafından açıkça dikkate alınan doğum izni sürecinin bildirimli fesih kanun koyucu tarafından açıkça dikkate alınmamasının bir anlamı yoktur. Burada açık bir kanun hükmü olmasa da yorum yapılarak aynı sonuca ulaşmak daha isabetli olacaktır. Kaldı ki, kanun koyucunun, iş sözleşmesinin askıda olduğu hallerde, bu sürelerin kıdeme dahil edilmesi görüşünde olduğu görülmektedir. Bu nedenle kıdem önem taşıdığı ihbar tazminatı hesabında kullanılan ihbar öneli belirlenirken de doğum izninde geçen askı sürecinin hesaba katılması işçi lehine bir çözüm olacaktır. Dolayısıyla Yargıtay'ın bu yönde vermiş olduğu isabetli kararına katılmak gerekmektedir.

Öte yandan, mevzuatımızda yer alan hamile işçinin korunmasına yönelik, iş sözleşmesinin kurulmasından sona ermesine kadar tüm aşamalarındaki hükümler göz önüne alındığında, sırf hamilelik nedeniyle iş sözleşmesinin sona erdirilmesi mümkün olmamalıdır. Bu nedenle işçi, iş güvencesi kapsamında olmasa da işverenin fesih hakkını kötüye kullanması durumunda, kötüniyet tazminatına hak kazanacaktır.

Sonuç olarak, olay açısından işçiye 2 haftalık değil 4 haftalık ihbar öneli verilmesi gerekecektir. Bunun yanı sıra 4 haftalık ihbar tazminatının 3 katı tutarındaki kötüniyet tazminatının da ödenmesi gerektiğine hükmeden Yargıtay'ın görüşü bizce de isabetlidir.

³⁸*Çelik*, s.205; Her iki tazminata da hükmedileceği görüşünde, *Süzek*, s.368; *Mollamahmutoğlu*, s.442; işçiye seçim hakkı tanınması gerektiği yönünde, *Demir Fevzi*, İş Hukuku ve Uygulaması, İzmir 2005 s.123; *Doğan Yenisey Kübra*, “İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2006/4, s.81; *Bakır Kadriye*, “İstihdamda Cinsiyetler Arası Eşitlik ve Mevzuatta ve Kamusal Politikalarda Yapılması Gereken Değişiklikler”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Aralık 2007, s.33.