

Yıllık Ücretli İzin Kurumunda Yeni Bir Durum: Yıllık İznin İşverence Kısaltımı (İndirimi)

Ercan AKYİĞİT*

Özet: Yıllık ücretli izin çeşitli iş yasalarımızda ve kendi sistemi içinde düzenlenmiş temel bir çalışan hakkıdır.

Ancak halen yürürlükteki 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda yer verilmeyip, 01. 07. 2012'de yürürlüğe girecek 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda yer bulmuştur. İşin ilginç, 6098 sayılı yasa, sistemimizde şimdiye dek mevcut olmayan bir kurum olarak yıllık iznin işverence azatlımı/kısaltımı kurumuna da yer vermiştir. İşte burada, anılan kurum tanıtılıp, diğer iş yasaları karşısındaki durumu sorgulanmaktadır.

Anahtar sözcükler: Yıllık ücretli izin, yeni Borçlar Yasası, Yıllık iznin Kısaltılması

Paid annual leave is a core labour right which is organized in several labour law codes and in its own system.

However, it is not included in Law of Obligations no. 818 in force at present, but it will be in Turkish Law of Obligations no. 6098 which will be in force in 07. 01. 2012. Interestingly, the law no. 6098 regulated the possibility to increase/decrease of annual leave by the employer as a rule which has not been regulated so far. Just at this point, the related regulation will be investigated in detail after a general introduction.

Key Words: Paid Annual Leave, New Law of Obligations, Decreasing the Annual Leave

I.GİRİŞ

Bilindiği üzere yıllık ücretli izin temel çalışan hakkı olarak anılır ve zaten Anayasada da ekonomik ve sosyal temel haklar arasında sayılmıştır (AY. 50). Genel olarak bir tanım vermek gerekirse, yıllık ücretli izin; <<işgörebilir ama bir süre çalışıp yorulduğu varsayılan işçinin parası da peşin ödenerek dinlenmesi amacıyla işverence işgörme borcundan

* Prof. Dr. SAÜ. Hukuk Fakültesi

kurtarıldığı bir izin>> olarak anılabilir¹. Yıllık ücretli izin kurumu bugün için ülkemiz iş hukuku sisteminde 4857 sayılı İşK. (md. 53-61), Basın İş Kanunu (BasİşK. 21) ve Denzi İş Kanununda (DenİşK. 40) düzenlenmiş olup, yürürlükteki yasal sistemde 818 sy. Borçlar Kanunu(BK)'nda yıllık ücretli izinle ilgili bir hükme yer verilmediğinden, bu yasaya tabi çalışan işçilerin “yasaca öngörülmuş” bir yıllık ücretli izin hakkı yoktur. Bunansa Anayasa'nın “sosyal devlet” (AY. 2) ve “eşitlik” ilkesi (AY. 10) ile “dinlenme hakkı”na (AY. 50/2, 3) açıkça aykırı bulunduğu açıktı(r)². Bu alandaki yasal düzenleme eksikliği ya bireysel olarak iş sözleşmeleriyle ya da TİS'ne konulan hükümlerle kolektif düzeyde giderilmeye çalışılıyor(du) ve 6098 sy. Yeni Türk Borçlar Kanunu yürürlüğe girene (01. 07. 2012'ye) kadar da (başka bir gelişme olmazsa) bu durum devam edecektir.

İşte durum böyle sürerken, önce Türk Borçlar Kanunu Tasarı taslağı hazırlanmış ve TBMM'nin ilgili Komisyonunda kimi değişiklikler geçirmiş ve nihayetinde bu tasarı 11. 01. 2011 tarih ve 6098 sy. Türk Borçlar Kanunu adıyla yasalaşp 04. 02. 2011 tarihli RG.'de yayınlanmış ve fakat yürürlüğe gireceği tarih 01. 07. 2012 olarak belirlenmiştir (TBK. 648).

6098 sy. TBK.'nun 393-469 uncu maddeleri (dahil) arasında yer alan hükümlerde hizmet sözleşmesi ve çeşitli türleri düzenlenmiş ve iş hukukuna ait kimi yeniliklere yer verilmiştir. İşte bu yeniliklerden birisi de, bu yasa bağlamında ilk kez yıllık ücretli izin kurumuna açıkça ve toplam 4 maddede yer verilmiş olmasıdır (TBK. 422-425). Önceden yayınladığımız bir yazımızda, 6098 sy. TBK.'nun yıllık ücretli izinle ilgili bu hükümlerini incelemeye ve tanıtmaya çalışmış idik(Bkz. **Akyiğit**, Yeni Borçlar Kanunu'nda Yıllık Ücretli İzin, Sicil/Mart 2011, 25-39).

Bu incelemede ise, 6098 sayılı TBK'nun Türk hukukuna ilk kez getirdiği ya da bir başka deyişle, hukukumuzda ilk kez 6098 sayılı TBK ile getirilen yepyeni bir kurum olan<<yıllık iznin işverence kısaltılması/indirilmesi>>ni (TBK. 423) ele almaya ve tanıtmaya çalışacağız.

II. 6098 sy. BK.'NUN YILLIK ÜCRETLİ İZİNİN KISALTIM/İNDİRİMİYLE İLGİLİ HÜKÜMLERİ VE GENEL DEĞERLENDİRME

01. 07. 2012'den itibaren yürürlüğe gireceği söylenen (TBK. 648) 6098 sy. yeni TBK.'nun yıllık ücretli izin bağlamında konumuzla ilgili hükmünü (TBK. 423) detaylandırarak ele almadan evvel, önce anılan yasa hükümlerini metin olarak sunmayı ve sonrasında, bu hükümlere dair ilk ve genel izlenimlerimizi dile getirmeyi düşünüyoruz.

¹ Bkz. T. **Çöğenli**, Türk İş Hukukunda Yıllık Ücretli İzin, İstanbul 1983, 18 vd. **Akyiğit**, Türk/Alman ve İsviçre Hukukunda Yıllık Ücretli İzin, Ankara 2000, 30 vd.

² **Akyiğit**, Yıllık İzin, 116 vd. **Akyiğit**, Yeni Borçlar Kanununda Yıllık Ücretli İzin, Sicil/Mart 2011, 25-39.

1-6098 sy. TBK.’nun Yıllık Ücretli İzine Yönelik Hükümleri; Yeni TBK. konuyla ilgili hükümlerine “genel hizmet sözleşmesini düzenleyen 6. Bölüm 1. Ayırım’da md. 422, 423, 424 ve 425’de yer alan yıllık ücretli izinlere ait hükümler arasında md. 423’de yer vermiştir. Toplam 3 fıkradan oluşan ilgili hüküm(TBK. 423) ile onunla zorunlu bağlantı içinde ele alacağımız TBK. 422 hükümlerinin orijinal metni aynen şöyledir; <<2. Yıllık izin

a. Süresi

MADDE 422- İşveren, en az bir yıl çalışmış olan işçilere yılda en az iki hafta ve onsekiz yaşından küçük işçiler ile elli yaşından büyük işçilere de en az üç hafta ücretli yıllık izin vermekle yükümlüdür.

b. İndirimi

MADDE 423- İşçi, bir hizmet yılı içinde kendi kusuruyla toplam bir aydan daha uzun bir süreyle hizmeti yerine getirmediği takdirde işveren, çalışılmayan her tam ay için, yıllık ücretli izin süresinden bir gün indirim yapabilir.

İşçi, bir hizmet yılı içinde kendi kusuru olmaksızın hastalık, kaza, yasal bir yükümlülüğün veya kamu görevinin yerine getirilmesi gibi kişiliğine bağlı sebeplerle en çok üç ay süreyle işgörme edimini yerine getiremediği takdirde, işveren yıllık ücretli izin süresinden indirim yapamaz.

İşveren, gebelik ve doğum yapma sebebiyle işgörme edimini en çok üç ay süreyle yerine getiremeyen kadın işçinin yıllık ücretli izin süresinden indirim yapamaz.

Hizmet veya toplu iş sözleşmeleriyle, işçinin aleyhine hüküm doğuracak şekilde, ikinci ve üçüncü fıkra hükümlerine aykırı düzenleme yapılamaz. >>

2-6098 sy. BK.’nun Yıllık İzinle İlgili Hükümlerine Dair Genel İzlenim; 6098 sy. TBK.’nun yukarıda metinleri verilen (ve aşağıda detaylandırılacak) hükümleri incelendiğinde, ilk izlenimler olarak şunları söyleyebiliriz:

A. Söylenecek ilk şey, maalesef bu hükümlerin de genelde İsviçre Borçlar Kanunu’nun konuyla ilgili hükümlerinin (OR. Art. 329a-329d) nerdeyse birebir tercümesi niteliğinde olduğudur. Nitekim bu husus, aşağıda da sunacağımız üzere İsviçre BK. hükümleriyle bizimkinin karşılaştırılmasından rahatlıkla anlaşıldığı gibi, bizzat 6098 sy. TBK.’nun ilgili madde gerekçelerinde (Bkz. Md. 422, 423, 424 ve 425 Gerekçeleri) de dile getirilmiştir. Bunun, çok da isabetli bir yaklaşım olduğunu sanmıyoruz. Her ne kadar İsviçre BK. , 818 sy. BK.’na kaynak (birebir tercüme) olmuşsa da, aynı eğilimin 6098 sy. yeni TBK.’da da sürdürülmesi hem işin kolayına kaçıldığı ve hem de (aslında iş hukuku bizden daha az gelişmiş bir ülkenin kurallarını almak gibi) gelişmelere pek ayak uydurulamadığı izlenimini uyandırabilecektir.

B. Herhalde bundan olsa gerek, İsviçre BK. hükümleri büyük oranda ve birebir tercümeyle yeni TBK.'na aktarılırken; yer yer ondan ayrılan düzenlemelere de yer verildiği anlaşılmaktadır. Örneğin “işçinin yıllık izin esnasında üçüncü bir kişi için ücretli bir işte çalışması halinde yıllık izin ücretinin ödenmeyeceği veya geri alınabileceği” kuralına (OR. Art. 329d/Abs. 3) 6098 sy. TBK.'da yer verilmemiştir. Aslında bununla ilgili bir hükme Bilim Komisyonu Taslağında yer verilmişti (Taslak md. 424/son fıkra) ama TBMM Adalet Komisyonu bu fıkra hükmünün “yıllık izinin ücret hakkının kişiye bağlı bir hak olması ve işçinin izin hakkını kullanırken çalışması durumunda izin süresi için ödenecek ücretin geri alınabilmesinin nesafet ilkesi ile bağdaşmadığı ve bu hakkı kullanılmaz hale getireceği” gerekçesiyle madde metninden çıkarmıştır. İşte yasalaşan da bu halidir.

Sonra İBK.'nun okula gitmeyen gençlerin çalışmasında ona verilecek ücretsiz tatil/izin (Urlaub) ile ilgili hükmü (OR. Art. 329e)de 6098 sy. yeni TBK.'da yer bulmamıştır.

Bunlar dışında yeni TBK.'da, İsviçre Borçlar Kanunu'(İBK.)'nda yer almayan ve öğretilerde çeşitli yönleriyle tartışılan³, bir hüküm olarak, hizmet sözleşmesinin son bulması halinde işçinin hak edip de kullanmadığı izinlerin ücretinin kendisine veya hak sahiplerine ödeneceği kuralı düzenlenmiştir (TBK. 425/son fıkra). Tüm bu konulardaki düşüncemizi önceden açıkladığımız (Akyiğit, Yeni Borçlar Kanununda Yıllık Ücretli İzin, Sicil/Mart 201126-27,)için, burada daha fazla üzerinde durmayacağız.

Ancak bizi ilgilendiren ve buradaki inceleme konumuzu oluşturan, <<yıllık ücretli iznin işverence kısaltımı/indirimi>>(TBK. 423) üzerinde yoğunlaşmaya çalışacağız. Fakat bunun için, onunla zorunlu bağlantı içeren, yıllık izin süreleri ve yıllık izine esas hizmet süresinin nelerden oluşacağı noktaları üzerinde durulması gerekmektedir. Bunu kısaca yıllık ücretli izne hak kazanma koşulları ve iznin miktarı başlığı altında sunabiliriz.

III. BORÇLAR KANUNU'NDA YILLIK ÜCRETLİ İZİNE HAK KAZANMA KOŞULLARI

6098 sy. TBK.'nun ilgili hükümleri incelendiğinde, yıllık ücretli izine hak kazanmak için de (önceden de ifade ettiğimiz) kimi şartların arandığı görülür ve bunlar şöylece sunulabilir(Bkz. Akyiğit, Yeni Borçlar Kanununda Yıllık Ücretli İzin, Sicil/Mart 2011, 27 vd);

1- TBK.'na Tabi Bir İş Sözleşmesiyle Çalışma Bulunmalıdır; TBK. çerçevesinde bir yıllık ücretli iznin gündeme gelebilmesi için, öncelikle 6098 sy. TBK.'na tabi bir hizmet (iş) sözleşmesiyle çalışmanın bulunması gereği

³ Bkz. **Streiff / von Kaenel**, Arbeitsvertrag, OR. Art. 319-362 mit Kommentaren für Lehre und Praxis, Zürich 1992, Art. 329a N. 2.

kendiliğinden anlaşılır. Zira diğer iş yasaları kapsamındaki yıllık ücretli izinler her bir ilgili yasada ayrıca düzenlendiğinden, 'TBK.'nun yıllık izine dair hükümlerinin onlarda da doğrudan kendiliğinden uygulanacağı söylenemez⁴.

Hangi hizmet sözleşmesiyle çalışmanın (hangi işlerdeki çalışmanın) TBK.'na tabiliği konusunda diyebiliriz ki; 4857 sy. İşK. (md. 1, 4) ve Bas İşK. (md. 1 vd.) Den İşK. (Md. 1 vd) nun kapsamına tümüyle giremeyen her işteki iş sözleşmesiyle çalışma TBK.'na tabidir.

Faaliyet ve onda çalışmayı içeren hizmet sözleşmesi TBK.'na tabi olduktan sonra, onun tam veya kısmi süreli (TBK. 393/2) yahut belirli veya belirsiz süreli olması farksızdır. Yıllık ücretli izin, hepsinde gündeme gelebilir. Yani tipik veya atipik bir iş sözleşmesiyle çalışma farksızdır⁵. Hatta, (İşK.'dan farklı olarak) hizmet sözleşmesinin mevsimlik veya (TBK.'da yok ama) sürekli/süreksiz işte çalışmayı öngörmesi de farksızdır. Çünkü, temelde İşK.'na tabi olan ama yıllık izinden dışlanan süreksiz işlerde (İşK. 10) ve mevsim/kampanya işlerinde (İşK. 53) TBK.'nun ilgili hükümlerinin uygulanacağı açıktır (İşK. 10). Hal böyle olunca; (Bas İşK. ve Den İşK. ile) İşK.'dan tümüyle dışlanan işçilere (İşK. 4) ve kısmen (yıllık izinden) dışlanan işçilere de, 'TBK.'nun yıllık ücretli izinle ilgili hükümleri uygulanacaktır (İşK. 10), denilebilir(**Akyiğit**, Yeni Borçlar Kanununda Yıllık Ücretli İzin, Sicil/Mart 2011, 27).

2- Bekleme Süresi Gerçekleşmelidir; Diğer iş yasalarında da görüldüğü (İşK. 53-61, BasİşK. 21, DenİşK. 40) ve yıllık izin bir süre çalışarak yorulduğu varsayılan işçiye verileceğine dair düşünce dikkate alınır; yıllık ücretli izine hak kazanmak için, ilgili işçinin belli bir süre hizmetinin varlığını aramak uygundur. İşte bu süreye, "bekleme süresi" (Wartezeit) adı verilir⁶. Örneğin bu süre, 4857 sy. İşK.'da "bir yıl" olarak ifade edilmiştir(İşK. 53/1).

a) Bekleme Süresinin Aranıp Aranmadığı; İşte TBK.'nda da yıllık ücretli izine hak kazanabilmek için öngörülen bir bekleme süresinin bulunup

⁴ Fakat BK.'nun kimi hükümlerinin aynı yerde hüküm içermeyen diğer iş yasaları kapsamında da örneksene veya boşluk doldurma biçiminde uygulanıp, uygulanamayacağı tartışılmalıdır. Örneğin yıllık iznin işçinin yıl içindeki devamsızlığı yüzünden indirilip indirilemeyeceği (TBK. 424/1) ve izin miktarı (TBK. 422) ile sözleşmenin sona ermesi halinde izin ücretinin işçiye veya hak sahiplerine ödeneceği (TBK. 425/3) kuralları böyledir. BK.'nun, diğer iş yasalarına göre ana/genel yasa niteliği tartışılmalıdır ama kabul edilirse (ki bizce de öyledir-9. HD. 26. 10. 1964-6273/7191-), diğer iş yasalarındaki (bilhassa Bas İşK. ve Den İşK.'daki) boşlukların TBK.'nun yıllık izine dair hükümlerinden yararlanılarak doldurulması beklenir ve uygun bir çözüm tarzı olarak gözükiip gözükimediği tartışılabilir (**Akyiğit**, Yeni BK'da Yıllık izin, dn. 4 ile aksi yönde bkz. 9. HD. 21. 10. 1993-3494/4976-ÇİD. Ocak 94, 28 vd) ve biz de ilerleyen sayfalarda bunun tartışmasını yapmaya çalışacağız.

⁵Tipik/atipik iş sözleşmesi/ilişkisi hakkında bkz. **Akyiğit**, İş Hukuku Açısından Ödünç İş İlişkisi, Ankara 1995, 5-21 vd. **Akyiğit**, 4857 sy. İşK. Şerhi, 3. Bastı, Ankara 2008, md. 8-9, 419 vd. , **Akyiğit** İş Hukuku, 8. Bastı, Ankara 2010, 104 vd.

⁶ Bkz. **Akyiğit**, Yıllık İzin, 183 vd.

bulunmadığı konusunda yasa “en az bir yıl çalışmış” olan işçilere yıllık izin verileceğinden söz etmektedir (TBK. 422). Buradaki “en az bir yıl çalışma”nın (kaynak İBK.’dan farklı olarak) yıllık izine hak kazanabilmek için aranan bekleme süresi olduğu söylenebilir. Yalnız, bunun işe girişten itibaren geçecek ilk yılı anlattığı, sonraki sürede yıllık izin için **çalışılmış bir yıllık sürenin** (en azından hizmet yılı anlamında) geçmesine gerek olmadığı söylenebilir (**Akyiğit**, Yeni Borçlar Kanununda Yıllık Ücretli İzin, Sicil/Mart 2011, 28).

TBK.’nun en az bir yıl çalışmayı arayan hükmü, (madde gerekçesinde İBK. 329a maddesi göz önünde tutularak hazırlandı dense de) aslında İBK. sisteminden farklıdır. Gerçekten İsviçre’de yasa işverenin (en az 1 yıl çalışmış olan işçiye değil), işçiye **her hizmet yılı için** bir miktar yıllık ücretli izin vereceğinden söz etmektedir (OR. Art. 329/a/Abs. 1). Bunun, “en az bir yıl çalışmış olan işçi” (TBK. 422) ile aynı olduğu söylenemez. Bunu doğrulayan ama İBK.’nun bize alınmayan hükmünde tam bir hizmet yılını doldurmayan hallerde ilişkin olduğu hizmet yılında iş ilişkisinin devam süresine uygun olarak işçiye yıllık izin verileceğinden söz edilmektedir (OR. Art. 329A/Abs. 2). Bu hükmün açılımı bağlamında da zaten, yıllık izine hak kazanmak için belli bir süre çalışmış olmanın gerekmediği dile getirilmektedir. Minimum bir süre beklemenin 1972’de yapılan değişiklikle kaldırıldığı, artık 1 gün çalışan işçinin bile yıllık ücretli izine hak kazanacağı benimsenmektedir⁷.

İsviçre BK.’nun bu hükmünün bize alınmayışı; ülkemizdeki diğer iş yasaları gibi belli bir bekleme süresinin aranması, diğer iş yasaları ile bir paralellik taşımaktadır ama İBK.’dan da bilinçli bir ayrılmayı işaret ediyor, denilebilir(**Akyiğit**, Yeni Borçlar Kanununda Yıllık Ücretli İzin, Sicil/Mart 2011, 28).

b) Bekleme Süresinin Niteliği ve Nasıl Gerçekleşeceği; 6098 sy. TBK.’nun aradığı “en az bir yıl çalışma”nın yıllık izine hak kazanabilmek için gerçekleşmesi zorunludur (ama sözleşmeyle azaltılabilir). Fakat neyi ifade ettiği ve nasıl gerçekleşeceği üzerinde de durulması gerekir.

Bir kere, yasada geçen “en az bir yıl” çalışmış olma deyimi (TBK. 422) yasanın bir başka hükmündeki “bir hizmet yılı” ifadesiyle (TBK. 423/1-2) birlikte ele alındığında çeşitli ihtimaller akla gelebilir. Şöyle ki;

• Acaba bu ifadeler bir yılın, “bir takvim yılı” olduğuna götürür mü? Kanımca, çok istinaen denk gelebilecek tesadüfler dışında, bunun (her yıl 01 Ocak’ta başlayan ve 31 Aralık’ta son bulan) bir takvim yılını anlattığı söylenemez. Sadece tesadüfen işçinin 01 Ocak’ta işe girip de bir yılının 31 Aralık’ta dolması dışında böyle bir ihtimalle karşılaşılmaz. Böylesi tesadüflerde istenirse, hizmet sözleşmesi ve/veya TİS’de bekleme süresinin bir takvim yılından oluşacağı

⁷ Bkz. **Streiff / von Kaenel**, Art. 329a N. 1. **Rehbinder**, Berner Kommentar, 2. Abt. , Art. 319-330a OR, Bern 1985, ART. 329a. N. 9.

kararlaştırılabilir(**Akyiğit**, Yeni Borçlar Kanununda Yıllık Ücretli İzin, Sicil/Mart 2011, 28).

• Anılan ifadenin (365 gün içinde sadece çalışılan sürelerden oluşan süre anlamında) “iş yılı”nı mı anlattığı da sorulabilir. Üstelik yasanın “en az bir yıl çalışmış olan işçi>>den (TBK. 422) ve “bir hizmet yılı”ndan söz eden (TBK. 423/1-2) anlatımı da, bunu destekler gibidir. Fakat hizmet yılı içinde işçinin çalışmadığı süreler kadar bir sürenin ayrıca eklenmesi yerine, o süreyle orantılı olarak yıllık izinden indirimine gidilmesi (TBK. 423/1-3), bunun “iş yılı” olmadığını da anlatır. Ayrıca bu nokta, bir yıl içinde hesaba katılmayan süreler kadar sürenin beklenip eklenmesini arayan İŞK.’dan da farklı bir yön olarak dikkate değerdir(**Akyiğit**, Yeni Borçlar Kanununda Yıllık Ücretli İzin, Sicil/Mart 2011, 28).

Sonuçta, kanımızca; burada aranan “bir yıl”; işçinin işe başladığı tarihten itibaren geçecek 365 günlük süreden oluşur. Bunun çalışılan ve/veya çalışılmayan günlerden oluşması mümkündür. Hatta, bu sürenin içinde, izinden indirim neden olan süreler (TBK. 423/1-3) de bulunur. O süreler de bir yılda dikkate alınırlar. Fakat yıllık izin miktarında belli ölçekte indirim neden olurlar (TBK. 423/1-3). Zaten bu indirim kuralı da gösteriyor ki; yıl içinde yaşanan (ve izinde indirim neden olan) bu süreler, izine hak kazanmak için aranan bir yılın hesabında dikkate alınırlar ama hak kazanılan yıllık izin miktarının biraz azaltılmasına yol açabilirler(**Akyiğit**, Yeni Borçlar Kanununda Yıllık Ücretli İzin, Sicil/Mart 2011, 28).

Böylece bekleme süresi olan “bir yıllık süre”nin hesabına nelerin gireceğine de gelmiş oluyoruz. Yasa hesaba katılacak ve/veya belli ölçekte dışlanacak olguları ve süreleri kendisi belirlemiştir (TBK. 423/1-2). Bunların mutlak emredici değil, nispi emredici olduğu, yani işçi lehine olarak hesaba tümden veya (yasadakinden daha çok olacak şekilde) kısmen katılması sözleşmeyle kararlaştırılabilir nitelikte bulunduğu (TBK. 423/son)söylenebilecektir(**Akyiğit**, Yeni Borçlar Kanununda Yıllık Ücretli İzin, Sicil/Mart 2011, 28-29).

Yasanın hizmet süresine eklenmesine karşı çıkmadığı ve fakat hak edilen yıllık izinde indirim neden olacağını öngördüğü halleri de dikkate alırsak; yıllık izin için aranan bir yıllık bekleme süresine;

a) İşçinin ilk yılı için iş sözleşmesi yapıp ta buna göre işe başlaması gereken tarihten itibaren 365 gün içindeki her sürenin;

b) Sonraki yılların izinleri için aranan bir yıllık bekleme süresine ise; önceki yılın bittiği tarihten itibaren işleyen 365 gün içindeki her sürenin katılması gerekir. Bu 365 günlük (1 yıllık) süre içinde önemli olanı, işçinin sözleşmesinin hukuken devam ettiği süredir. Böyle olduktan sonra, işçinin hukuken ve fiilen işe gelip gelmediği, çalışıp çalışmadığı önemli değildir. Sözleşme askıda kalsa bile askı süresinin dahi hesaba katılması gerekir. Üstelik askının hukuka uygun bir grev/lokavttan yahut sözleşmeden veya yasadaki doğmasının farksız olduğunu

sanıyoruz⁸. Kısacası, **BK anlamında bekleme süresi, ilgili işçinin hizmet sözleşmesinin hukuken devam ettiği sürelerden oluşur (Akyiğit, Yeni Borçlar Kanununda Yıllık Ücretli İzin, Sicil/Mart 2011, 29).**

Yıllık izin miktarının indirimine yol açan hallerde ise; örneğin işçinin kendi kusuru ile bir aydan fazla işe gelmediğinde, indirim çalışılmayan her tam ay için bir gündür (TBK. 243-1) ve işçi bir yıl hiç işe devam etmese bile bekleme süresi oluşur. Fakat kendisinden 12 gün izin kesilir. Kendisine iki hafta izin verilirse geriye izin kalıp kalmadığı tartışılabilir. Ama izin iki haftadan çoksa, yinede verilmesi gereken bir yıllık izin hakkının bulunduğu tartışmasızdır(TBK. 422), denilebilir(**Akyiğit, Yeni Borçlar Kanununda Yıllık Ücretli İzin, Sicil/Mart 2011, 29).**

İşçinin kusuruna yüklenemeyen hamilelik, hastalık, kaza, yasal bir ödevden dolayı çalışmaması halinde ise;devamsızlığın yaşandığı üç aya kadar bir süre için izinden indirim bile gidilemez(TBK. 243/2, 3)⁹. İndirim dahi, ancak bu nedenlerle devamsızlığın üç ayı aşan her bir tam ayı için bir gün şeklinde olabilecektir. Yani bu ihtimalde de minimum yıllık izin süresinden bile artan bir süre kalmaktadır ve işçiye verilmesi gerekmektedir(**Akyiğit, Yeni Borçlar Kanununda Yıllık Ücretli İzin, Sicil/Mart 2011, 29).**

Üstelik, yasanın izinde indirim imkanı verdiği hallerde hiç ya da o kadar indirimle gidilemeyeceği sözleşmelerle geçerli biçimde kararlaştırılabilir. (TBK. 423/Son Fıkra). Fakat yasadakinden çok indirimle gidileceği yahut tam ay olmayan sürelerden de indirimle gidileceği veya yasanın indirim yapılmaz dediği sürelerde (TBK. 243/1-3) bile indirimle gidileceğine dair sözleşme geçersiz olur, yasal sistem uygulanır(**Akyiğit, Yeni Borçlar Kanununda Yıllık Ücretli İzin, Sicil/Mart 2011, 29).**

Neticede bir yıllık bekleme süresine; işçinin kendi kusuruyla ve/veya kusuru olmadan yaşadığı bir olgu nedeniyle işe devam etmediği, hatta kasıtlı suçtan dolayı gözaltı/tutukluda/hapiste geçirdiği (v.s.) tüm süreler de dahildir. Yeter ki, bu esnada iş sözleşmesi hukuken halen devam ediyor olsun. Sözleşme sona

⁸**Akyiğit, Yeni Borçlar Kanununda Yıllık Ücretli İzin**28 vd. Oysa İşK. Sisteminde; yasada bir açıklık olmamakla birlikte, hangi sürelerin hesaba katılacağına sınırlı sayı ilkesiyle düzenlendiğinden hareketle, örneğin grev ve/veya lokavt nedeniyle sözleşmenin askıda kaldığı sürelerin bekleme süresine de toplam süreye de katılamayacağı kabul edilmektedir (**Akyiğit, Yıllık İzin, 230-233).**

Hatta konuya dair bir de Yargıtay kararı vardır (9HD. 30. 09. 1996-6578/18035; **Akyiğit, Yıllık İzin, 246).**

⁹Bkz. **Akyiğit, Yeni Borçlar Kanununda Yıllık Ücretli İzin, 29** vd. Buna karşın İşK. sisteminde işçinin hizmet süresine hamilelik/doğum halinde sadece yasal (16 veya 18 haftalık) süre katılmakta ve fakat 6 aya dek aldığı ücretsiz izin katılmamaktadır (İşK. 74/ 5, c. Son).

Kusursuz hastalık /kaza halinde varsayımsal öneli 6 haftadan da çok aşan sürenin (İşK. 55/a); kanuni bir ödev veya muvazzaf askerlik dışı askerlikte geçen sürenin 90 günden fazlası (İşK. 55/c) vs. hesaba katılmaz.

erdiğindeyse; anılan nedenlerle devamsızlığın sözleşme sona erene dek geçen miktarının hesaba katılması gerekir. Üstelik; tüm bu hallerde yaşanan devamsızlık süresinin kısmen/tümden hizmet süresine katılmayacağına dair sözleşme hükümleri de geçersiz olur (TBK. 423/son fıkra)kanısındayız(**Akyiğit**, Yeni Borçlar Kanununda Yıllık Ücretli İzin, Sicil/Mart 2011, 29).

• Keza yasada açıklık olmamakla birlikte; yıllık izine esas bekleme süresine, işçinin BK. na tabi tüm çalışması katılacağı gibi, aynı sözleşmeyle farklı iş yasalarına bağlı geçirdiği sürelerin de katılması gerekir(**Akyiğit**, Yeni Borçlar Kanununda Yıllık Ücretli İzin, Sicil/Mart 2011, 29).

• İşçinin iş ilişkisinin işyerinin devri (TBK. 428) yahut iş sözleşmesinin devri (TBK. 429) yollarından biriyle bir işverenden diğerine geçtiği hallerde; o sözleşmeyle değişik işverenler yanında geçirdiği sürelerin de hizmet süresine ekleneceğinde (TBK. 428/2;429/2) tereddüt etmemek gerekir(**Akyiğit**, Yeni Borçlar Kanununda Yıllık Ücretli İzin, Sicil/Mart 2011, 29).

• Yine yeni TBK.'da (818 sayılı BK'dan ilginç bir farklılık olarak) açıkça düzenlenmemekle birlikte, engellenmediği de düşünülecek işçinin ödünç (geçici) iş ilişkisi çerçevesinde ödünç veren ve ödünç alan yanında geçirdiği sürelerin de “aynı sözleşmeyle ayrı ayrı işverenler yanında geçen süreler” olarak hizmet süresinin hesabında dikkate alınması gerekir, kanısındayız(**Akyiğit**, Yeni Borçlar Kanununda Yıllık Ücretli İzin, Sicil/Mart 2011, 30).

• Bununla birlikte işçinin aynı işveren yanında gerçekten birbirinden ayrı, aralıklı sözleşmelerle geçirdiği sürelerin birlikte hesaba katılıp katılmayacağı akla gelebilir. İşK. kapsamında tartışılan bu tür sürelerin¹⁰ TBK.'da dışlanmadığı bir yana, izinde indirim nedeni olacağından da söz edilmemiştir. Bu yüzden, hesaba katılması savunulabilir ama yine de konunun tartışmaya açık olduğu söylenebilir. Fakat sözleşmeyle katılacağını öngörmek geçerlidir(**Akyiğit**, Yeni Borçlar Kanununda Yıllık Ücretli İzin, Sicil/Mart 2011, 30).

• İşçinin ayrı ayrı hizmet sözleşmeleriyle ayrı ayrı işverenler yanında geçirdiği sürelerin işverenler kamu işvereni olsa bile birleştirileceğine dair bir hükme BK'da yer verilmediğinden, özelde de kamuda da bu tür sürelerin hesaba kendiliğinden katılmayacağı kanısındayız¹¹. Lakin yıllık izinle ilgili hükümlerinin nisbi emredici

¹⁰ Bkz. **Akyiğit**, yıllık izin, 220-221. Nitekim Yargıtay'da gerek eski ve gerekse yeni döneme ilişkin kararlarında; işçinin aynı işveren yanında geçen ve kıdem tazminatı ödenerek tasfiye edilen önceki sürelerin yıllık ücretli izin bakımından sonraki sözleşmedeki süreyle birleştirilemeyeceği kanısındadır (9. HD. 30. 01. 2007/12556/1252). Öğretide ise kararı eleştirenler (**Süzek**, İş Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2008, 774) gibi, isabetli bulanlar da (**Şahlanan**, TİD/ hukuk, Ocak, 2008, 2-4) vardır.

¹¹ Bkz. **Akyiğit**, Yeni Borçlar Kanununda Yıllık Ücretli İzin, , Oysa İşK. sisteminde özel kesimde bunların hesaba katılmasının sözleşmeyle getirilmesi mümkün iken; belli özellikteki kamu kuruluşlarında yasa gereği (İşK. 54/son fıkra) kendiliğinden hesaba katılmak gerekir (Bilgi için, bkz. **Akyiğit**, Yıllık izin, 225-227).

niteliği, anılan sürelerin de hesaba katılacağına dair sözleşme hükümlerinin geçerli olacağı sonucuna götürür(**Akyiğit**, Yeni Borçlar Kanununda Yıllık Ücretli İzin, Sicil/Mart 2011, 30).

• Sözleşmenin hangi tarafça olursa olsun önceli feshinde (TBK. 432) tanınan önelerde de sözleşme halen varlığını sürdürdüğünden önelerin de hesaba katılması gerekir¹².

• BK ‘da ilk kez yer verilen “peşin parayla fesih” te (TBK. 432-4) uyulmayan (verilmeyen) önelin hesaba katılıp katılmayacağı; bunun nasıl bir fesih olduğuna ve nasıl kullanıldığına da bağlı olarak tıpkı İşK.’daki gibi çeşitli fikirlerin ortaya atılmasına müsaittir¹³. Yine deneme süresinin de hesaba katılması gerekir(**Akyiğit**, Yeni Borçlar Kanununda Yıllık Ücretli İzin, Sicil/Mart 2011, 30).

• Sonuçta belirtilsin ki; yukarıda değinilen olgularla bağlantılı ele alınan süreler, BK sisteminde sadece ait olduğu her bir yıl için yıllık izinde dikkate alınır. BK. verilecek yıllık izin sürelerini işçinin toplam hizmet sürelerine göre belirlemediğinden, birde “toplam hizmet süresi” yoktur ve onda hesaba katmanın anlam ve önemi de bulunmamaktadır. Bu husus, olsa olsa, işçiye sözleşmeyle daha uzun izin süresi getirilmişse; bu ekstra yıllık izin sürelerinin ne kadar olacağını işçilerin kıdemine/hizmet sürelerine göre belirlemek te öngörülebilir. Kanımca, böyle bir sözleşme geçerlidir ve eşitlik ilkeleri de ihlal etmez(**Akyiğit**, Yeni Borçlar Kanununda Yıllık Ücretli İzin, Sicil/Mart 2011, 30).

IV. YILLIK ÜCRETLİ İZİNİN MİKTARI.

6098 sayılı TBK. çerçevesinde verilecek yıllık ücretli iznin miktarı ile gösterdiği özelliklere de

kısaca değinmek, konumuzun bir gereği olarak gözükmektedir. Buna göre, Borçlar Kanunu çerçevesinde, yasa işçinin hak kazandığı yıllık ücretli izin süresinin ne uzunlukta (ne kadar) olacağını belirlerken, öncelikle ilgili işçinin yaşına bakmaktadır.

1-Öyle ki, işçi onsekiz yaşından küçük veya elli yaşından büyükse, ona verilecek yıllık izin en az üç haftadır (TBK. 422), diyebiliriz (**Akyiğit**, Yeni Borçlar Kanununda Yıllık Ücretli İzin, Sicil/Mart 2011, 30).

2-Fakat ilgili işçi onsekiz yada daha büyük ama en çok elli yaşındaysa; bu durumda (kaç yıllık toplam kıdemi olursa olsun) ona verilecek yıllık izin süresi en az iki hafta (TBK. 422)olacaktır(**Akyiğit**, Yeni Borçlar Kanununda Yıllık Ücretli İzin, Sicil/Mart 2011, 30).

Görülüyor ki, yasa yıllık ücretli izin miktarını belirlerken, işçinin toplam hizmet süresiyle (kıdemiyle) ilgilenmemiş, asgari bekleme süresini dolduran her

¹² Bkz. **Akyiğit**, Yeni Borçlar Kanununda Yıllık Ücretli İzin, 30. İşK. bağlamında **Akyiğit**, Yıllık İzin, 227 vd.

¹³ Bkz. **Akyiğit**, Yıllık İzin, 229-230.

işçinin en az iki haftalık bir yıllık izine hak kazanacağını öngörmüştür (TBK. 422). TBK.'nun getirdiği bu sistem 4857 sy. İşK. sisteminden (İşK. 53) farklı olduğu gibi , kaynak İsviçre BK.'dan da farklı gözükmektedir(**Akyiğit**, Yeni Borçlar Kanununda Yıllık Ücretli İzin, Sicil/Mart 2011, 30). Zira, mehaz İBK. bu konuda bir ayırıma giderek; 20 yaşını bitirene dek işçiye her bir hizmet yılı için en az 5 hafta; 20 yaşın üstündekiler içinse en az 4 hafta yıllık izin verileceğinden söz etmektedir¹⁴ (OR. Art. 329a/Abs. 1).

Şüphesiz BK'daki bu süreler en az süreler olup azaltılamaz ama sözleşmelerle artırılabilir. Artırım yapılırken de, kıdemi ne olursa olsun, herkes için tek düze ve aynı miktarda bir artırıma gidilebileceği gibi, işçilerin kıdemine göre artan bir artırım da getirilebilir. Hatta 12. 09. 2010'da yapılan AY. değişikliği sonucu anayasal dayanak elde eden kadınlara karşı pozitif ayrımcılık (AY. 10/2, c, son) bağlamında; aynı kıdemdeki kadınlara erkeklere nazaran biraz daha fazla yıllık izin tanınması da geçerlidir. Böyle bir şeyin özellikle kadın işçinin küçük bebeğinin vs. bulunduğu hallerde ifade edeceği anlamın ne kadar önemli ve anlamlı gözükeceği söylenebilir(**Akyiğit**, Yeni Borçlar Kanununda Yıllık Ücretli İzin, Sicil/Mart 2011, 30-31).

• Yasada yıllık ücretli iznin “hafta” olarak verileceği öngörülmüştür. Bundan kasıt o kadarlık haftada ilgili işçi; o işverene ne kadar çalışma yükü (iş görme borcu) taşıyorsa, o kadar süre yıllık ücretli izine hak kazandığı biçimindedir. Örneğin işçi her hafta 2 gün çalışıyorsa; 2 haftalık bir yıllık izinin onun için anlamı, bu iş ilişkisindeki her hafta 2’şer günden toplam 4 gün izinli olacaktır. Fakat işçi tam süreli veya kısmî süreli de olsa (hafta tatili dışında) her gün çalışıyorsa, iznin her bir haftasında da o kadar süre çalışma borcundan kurtarılıp yıllık izine hak kazandığı söylenecektir. Aslında böylece, işçinin tam süreli iş ilişkisinde de kısmî süreli iş ilişkisinde de yıllık ücretli izine yine aynı haftalar olarak hak kazanacağını söylemiş olduk. Kaldı ki, İşK. Kapsamında zaten yıllık ücretli izin yönetmeliğinde bu yönde hükmün olduğu da belirtilmelidir(YÜİY. 13). Hatta işçinin bir başka yerde ödünç/geçici işçi olarak çalışması da yıllık ücretli izine engel değildir ve ona da yıllık iznin kullandırılması gerekir(YÜİY. 14). İşK çerçevesinde çıkarılmış bu Yönetmeliğin kısmi süreli çalışma(BK. 393/2) ve türleri ile geçici/ödünç iş ilişkisi bağlamında 6098 sayılı TBK kapsamında da örnek alınarak uygulanması gerekir. Çünkü;işin doğası, anılan Yönetmelik hükümleri olmasaydı da zaten böyle bir çözümü gerektirirdi. Nitekim henüz 4857 sayılı İşK ve ilgili Yönetmelik ile 6098 sayılı TBK mevcut değilken dile getirdiğimiz düşüncemiz de bu yöneydi(Bkz. **Akyiğit**, İş Hukuku Açısından Ödünç İş İlişkisi, Ankara 1995, 146-148 ve **Akyiğit**, 1475 sayılı İş Kanunu Şerhi, Ankara 2001, 1326 vd. **Akyiğit**, Yıllık Ücretli İzin, 222 vd) ve bunda bir sapma söz konusu değildir.

¹⁴ Bilgi için bkz. **Streiff / von Kaenel**, Art. 329a N. 3. **Rehbinder**, BernK. Art. 329a N. 8.

IV. YILLIK İZİN MİKTARINDA İŞVERENCE İNDİRİM-KISALTIM.

1. Genel Olarak; Tıpkı yıllık ücretli izni düzenleyen diğer iş yasaları gibi, 6098 sy. TBK. da, yasaca belirlenen yıllık izin sürelerinin sözleşmeyle artırımına imkân verip, azaltılmasına hoşgörüle bakmamıştır (TBK. 423/son). Bundan dolayı, yasal en az yıllık izin süresinde indirim öngören sözleşme hükümlerinin de, işverenin tek taraflı başvuracağı indirimin de normalde geçersizlikle karşılaşacağını söyleyebiliriz. Yani yasal en az yıllık izin sürelerinde iradi/sözleşmesel indirim kesinlikle geçersizdir ve buna karşılık işçinin işverenden herhangi bir bedel alıp almayışı da önemli değildir. Zira, izinden feragat yaşayın (TBK. 425/2) bu olguyu da kapsadığı ve yasaklayıp geçersiz kılacağı açıktır. Kaldı ki TBK. 423/son fıkra hükmünden de aynı sonuca varabiliriz(**Akyiğit**, Yeni Borçlar Kanununda Yıllık Ücretli İzin, Sicil/Mart 2011, 31).

Buna karşın, yeni TBK, diğer iş yasalarından ve dolayısıyla şimdiye dek alışık olduğumuz sistemden farklı olarak; kimi hallerde hak kazanılan yıllık izin miktarından, işverenin, isterse indirim yapabileceğini açıkça öngörmüştür (TBK. 423/1-3). Aslında Alman hukukunda da bir şekilde mevcut olan benzer bir hüküm (BUrIG. 5)ile ilgilenmeden model alınan kaynak İsviçre Borçlar Kanunundaki madde kenar başlığındaki ifade (Kürzung) , kısaltma/ azaltma anlamını verirken, madde içindeki fiil (kürzen) ise, kısaltmak/azaltmak manasına gelmektedir ama 6098 sayılı yeni TBK , bunun yerine indirmek fiilini kullanmayı tercih etmiştir. Aşağıda detaylandıracağımız bu hallerde, yıllık izinde indirim otomatik olarak kanunen/kendiliğinden gerçekleşmez. İşverenin de indirim gitmek zorunluluğu yoktur, bu yola başvurmak onun için, sadece, isterse başvurabileceği yasal bir imkândır. O, buna başvurmadan kısmen veya tamamen kendiliğinden vazgeçebileceği gibi, hizmet sözleşmesi ve/veya TİS ile de vazgeçebilir. Yalnız bu imkândan vazgeçerken, eşitlik ilkesini zedelememeli, haksız ayırıma götüren tutum sergilememelidir, denilebilir(**Akyiğit**, Yeni Borçlar Kanununda Yıllık Ücretli İzin, Sicil/Mart 2011, 31).

2. Yasanın Yıllık İzinde İndirime İmkân Verdiği Haller ;Yasa yıllık işçinin normalde hak kazandığı yıllık ücretli iznin miktarında işverence indirim imkanını işverenin keyfi biçimde kullanımına ve koşullara bırakmayıp, bunun ancak yasada öngörülen ve aşağıda sunulacak hallerde gerçekleşeceğini de belirtmiştir. Bu yüzden, yasada sayılan haller dışındaki devamsızlık hallerinin de indirim imkan verdiği ve/veya yasadakilerden daha az veya uzun bir süre indirim götüreceğinin sözleşmeyle kararlaştırımı bile geçersiz olur. Keza yasanın öngördüğü hallerde bile izinden indirim miktarını artırmak mümkün olmadığı gibi, farklı devamsızlık sürelerini toplayarak toplam süreden indirim gitmek de mümkün ve geçerli görülmemelidir, denilebilir.

a) İlk yasal ihtimal;İşverenin işçinin bir hizmet yılı içinde kendi kusuruyla toplam bir aydan uzun bir süreyle çalışmaması (hizmeti yerine

getirmemesi) halinde, çalışılmayan her tam ay için, yıllık izin süresinden indirim yapabileceğidir (TBK. 423/1). Bu yönde kelimesiyle aynen bir hüküm İBK. da vardır ama aralarındaki tek fark;İsviçre hukukunda çalışılmayan her bir tam ay için, yıllık izinden 1/12 (onikide bir)oranında indirim yapılacağıdır (OR. Art. 329b/Abs. 1).

Bu izinde indirim imkânı için, bir hizmet yılı içerisinde, işçinin aralıklı veya devamlı biçimde toplam en az 1 ay, kendisine yüklenen bir kusur yüzünden çalışmaması gerekir. Toplam devamsızlık süresi bir aydan az ise, izinde indirim imkânı yoktur ve sözleşmeyle de orantılı indirim kararlaştırılmaz. Hizmeti yerine getirmemenin işyerine gelip çalışmamak değil de¹⁵, gelmemek/devam etmemek biçiminde anlaşılması uygundur(**Akyiğit**, Yeni Borçlar Kanununda Yıllık Ücretli İzin, Sicil/Mart 2011, 31).

İzinde indirim için aranan süre toplam devamsızlığın, işçinin kendi kusurundan kaynaklanması da gerekir (TBK. 423/1; OR. Art. 329b/Abs. 1). Bunun içine; kendi kusuruyla yakalandığı bir hastalık, kusurlu olduğu suç yüzünden tutuklanma, keyfi gelmeme vs. gibi işçiye yüklenebilir nedenlerle işe devam edememe girer. Hatta işçinin yasadışı greve katılarak iş görmeye yanaşmayışı da böyledir. Lakin hukuka uygun bir greve katılma yahut lokavta veya işverenin çalıştırmama yetkisiyle karşılaştığı için, işe gelmemenin kusurlu bir devamsızlık sayılarak izinde indirime götürüp götürmeyeceği üzerinde de durulabilir. Kaynak İsviçre hukukunda, işçinin greve katılarak işe gelmeyişi de, izinde indirime götüren bir hal olarak kabul edilmektedir. Gerek bunun ve gerekse ücretsiz iznin, “alan teorisi” (Sphaerentheorie) ne göre, işçiye mal edildiği ve izninden indirime yol açacağı söylenir¹⁶.

Kanımca, Türk hukuku bakımından işçinin yasal grev/ lokavt/ işverenin çalıştırmama yetkisi sonucu sözleşmesinin askıda kaldığı süredeki devamsızlığı, işçinin kendi kusurundan kaynaklanan devamsızlık sayarak izinde indirime vesile yapmak isabetli değildir. Çünkü o, grevde anayasal bir temel hakkını kullanırken; diğerlerinde devamsızlıkta dahil bile bulunmayıp, onlar işverenin kendi tasarrufundan kaynaklanır. Bizce yasal grev/ lokavt/ işverenin çalıştırmama yetkisi nedeniyle devamsızlığı, ancak kusursuz devamsızlık (TBK. 423/2; OR. Art. 329b/Abs. 2) saymak mümkün ve ortalama bir yol gibi gözükmektedir(**Akyiğit**, Yeni Borçlar Kanununda Yıllık Ücretli İzin, Sicil/Mart 2011, 32).

• İşverenin işi kabulde temerrütü (eski BK. 325;TBK. 408;OR. Art. 324) sonucu işçinin iş görmediği sürelerinse, hiçbir şekilde devamsızlık sayılmayacağı ve izinde indirime götüremeyeceği kanısındayız(**Akyiğit**, Yeni Borçlar Kanununda

¹⁵ İşyerine gelip az veya gayretsiz çalışmak, hatta işçinin uğradığı iş göremezlik yüzünden daha düşük oranda çalışması da, devamsızlık içine sokulmamalı ve indirime neden olmamalıdır (bu yönde bkz. **Streif / von Kaenel**, Art. 329b N. 2.

¹⁶ Bkz. **Streif / von Kaenel**, Art. 329b N. 2.

Yıllık Ücretli İzin, Sicil/Mart 2011, 32). Çünkü; işverenin işi kabulde temerrütü halinde, işçi o süreyi (çalışmamış değil) çalışmış sayılarak işlem görür¹⁷.

• İşçinin geçmiş döneme ait ücreti ödenmediği için iş görmekten kaçınması (İş K. 34'den farklı olarak) TBK'da açıkça yer almamıştır. Bu yüzden de 818 sy. BK. döneminde bu konu tartışmalıdır. Kimileri bunu ödemezlik definin uygulanması sayarak mümkün görürse de; isabetli olanı, olayda bir alacaklı temerrütü olarak işverenin işi kabulde temerrüdünün bulunduğudur. Çünkü; ödemezlik def'i sadece karşı edimi yerine getirmekten kaçınma hakkı verip, karşı taraftan bedel isteme imkânı vermez (**Akyiğit, Yeni Borçlar Kanununda Yıllık Ücretli İzin, Sicil/Mart 2011, 32**). Ayrıca, geçmiş ayların ücretinin karşılığı olan çalışma zaten önceden yapılmıştır. O ücret şimdiki çalışılacak sürenin karşılığı olamaz. Bu yüzden, bizce; geçmiş ayların/ sürenin ücreti, yeni dönem çalışma için, işverene düşen bir hazırlık hareketi sayılmalı ve bunu yerine getirmediğinde de, işçi çalışmazsa, işveren alacaklı temerrüdüne düşmüş kabul edilmelidir (TBK . 106/1). O halde işçinin bu yüzden çalışmadığı süreleri de, izinde indirim götüren bir devamsızlık sayamayız. Tam tersine, burada da işçinin çalışmış sayıldığı bir durum var demektir (**Akyiğit, Yeni Borçlar Kanununda Yıllık Ücretli İzin, Sicil/Mart 2011, 32**).

• Sonra, izinde indirim götürecekt devamsızlık süresinin tümünün, bu fıkrada belirtildiği üzere, işçinin kusurundan kaynaklanan bir devamsızlık olması şarttır. Yoksa örneğin 20 günü kusurlu devamsızlık ve 20 günü de kusursuz devamsızlıktan oluşan 40 günlük bir devamsızlık yıllık izinde hiçbir indirim götürmez¹⁸. Böyle bir halde orantılı veya tümünden indirim imkânının sözleşmeyle getirilmesi de geçerli görülmez(**Akyiğit, Yeni Borçlar Kanununda Yıllık Ücretli İzin, Sicil/Mart 2011, 32**). İşçinin kusurundan kasıt, herhalde ihmal veya kasıt biçimindedir ve anılan olguların işçiye yüklenebilirliğini anlatır.

b) İşçinin kusurundan kaynaklanmayan devamsızlık halinde izinden indirim: İşçinin bir hizmet yılı içindeki , işçiye yüklenemeyen (kusurlu olmadığı) hastalık/ kaza/ yasal bir yükümlülüğün veya kamu görevinin yerine getirilmesi gibi kişiliğine bağlı sebeplerden dolayı, en çok üç ay süreyle iş göremediği hallerde¹⁹, yıllık izinden indirim gidilemez (TBK. 423/2). İndirim , ancak bundan fazla devamsızlıkta gündeme gelebilir(**Akyiğit, Yeni Borçlar Kanununda Yıllık Ücretli İzin, Sicil/Mart 2011, 32-33**).

Burada işçinin kusurundan kaynaklanmayan hallere dair sayılan hastalık vs. nin sadece birer örnek bağlamında alınması gerekir. Çünkü; yasadaki "... **gibi kişiliğine bağlı sebepler. . .**" deyimi, bunu anlatır. İşte bu çerçevede; işçinin

¹⁷ Bu konuda bkz. **Akyiğit, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşçinin Başka İşte Çalışması**, Ankara, 1995, 144 vd.

¹⁸ Bu yönde bkz. **Streif / von Kaenel**, Art. 329b N. 6.

¹⁹ Bu süre İsviçre'de bir ay olarak belirlenmiştir (OR. Art. 329b/Abs. 2).

oturduğu yerin karantinaya alınması böyledir. Keza kusuru olmadan gözaltı veya tutuklanmayı da bu kapsamda değerlendirebiliriz (**Akyiğit**, Yeni Borçlar Kanununda Yıllık Ücretli İzin, Sicil/Mart 2011, 33). Hatta işçinin hamilelik- doğum nedenli devamsızlığı da böyle düşünülebilirdi.

c) Fakat işçinin gebelik ve doğum nedenli iş göremeyişi (devamsızlığı), yasada ayrıca düzenlenmiştir ve bu yüzden iş göremeyişin de en çok üç aylık kısmı için²⁰ yıllık izinde indirimle gidilemeyeceği belirtilmiştir (TBK 423/3). Yalnız bunun, gebelik ve doğumun tekil/ çoğul olduğuyla ilgilenilmeden getirilmesi, sıkıntıya yol açabilir (**Akyiğit**, Yeni Borçlar Kanununda Yıllık Ücretli İzin, Sicil/Mart 2011, 33). İsviçre hukukunda ise 03. 10. 2003 tarihli kanunla 2005'den itibaren yürürlüğe konulan değişiklikten evvel sadece bayan işçinin hamileliği nedeniyle iş göremediği iki aya kadarki süre indirimle götürmüyüp, indirim ancak iki aydan fazla her bir ay devamsızlık için kabul edilmişti (OR. Art. 329b/Abs. 3). Fakat 2005 değişikliğinden sonra buna bir cümle daha eklenerek, bayan işçinin 1952 tarihli Kanun uyarınca analık ödeneği aldığı sürenin de indirimle neden olmayacağı belirtilmiştir. (OR. Art. 329b/Abs. 3). Böylece anılan fıkra hükmünde; bayan işçinin analık ödeneği aldığı veya hamilelik nedeniyle iş göremediği iki aya kadarki sürenin indirimle yol açmayacağı dile getirilmiştir. Ancak doğumdan sonra verilecek en az 14 haftalık analık izininin (OR. Art. 329f) indirimle götürüp götürmeyeceği açıkça belirtilmemiştir.

• Kısa çalışma, Mayıs 2008'den bu yana artık TBK. na tabi işçilere de uygulanabileceğinden (İşsizSigK. Ek md. 2), işverenin başvurduğu kısa çalışma nedenli iş ifasında bulunulamayan sürelerden dolayı yıllık izinde indirimle gidilip gidilemeyeceği de üzerinde durulacak bir ihtimaldir. Kanımca, böyle bir devamsızlığın işçinin kusurundan kaynaklandığı söylenemeyeceği gibi, hastalık vs. gibi onu işçinin kişiliğine bağlı bir sebepten dolayı çalışmama da sayamayız. Bizce, kısa çalışmaya dayalı devamsızlığın boyutu ne olursa olsun (ki mortgage krizi evresi hariç zaten süresi normalde 3 aydır), yıllık izinden indirimle götüreceği bir hal olarak görmemek gerekir. Kaldı ki, 4857 sy. İş K. 55/j hükmü de bu konuda bir fikir verebilir (**Akyiğit**, Yeni Borçlar Kanununda Yıllık Ücretli İzin, Sicil/Mart 2011, 33).

• Yıllık izinden indirimle ilgili bu başlık altında son bir not olarak; yasada indirim öngörülen hallerde; hiç veya o kadar indirimle gidilemeyeceğini öngörmek gibi indirimle götüreceği devamsızlık (çalışmama) süresini artıran sözleşme hükümleri de hukuken geçerlidir. Aksine anlaşmanın geçersizlikle karşılaşması gerekir. Aslında bu tür anlaşmanın geçersizliğinin TBK. 423'ün izinde indirimle imkân veren tüm fıkraları için kabulü gerekir. Fakat yasa koyucu geçersizliği sadece TBK. 423/2 ve 3. fıkraları bakımından benimsemiş (TBK. 423/son), işçinin

²⁰ İsviçre'de kadın işçinin hamilelik/doğum nedenli iş göremeyişinin en çok iki aylık kısmı için izinden indirimle gidilemeyeceği benimsenmiştir (OR. Art. 329b/Abs. 3). Bunun, Türk BK'dan daha elverişsiz olduğunu söyleyebiliriz.

kusurlu devamsızlığı halinde, onun (yasadakinden) daha da aleyhine sözleşmeyle düzenleme getirme imkânını açık tutmuş gözükmektedir. Buna TBK. 423/son fıkranın karşıt kavram kanıtı yoluyla yorumundan ulaşabiliriz. Aslında kusurlu devamsızlıkta bile, devamsızlık ne boyutta olursa olsun, işverenin indirimine gitmesi zorunlu değilken; yasal indirim miktarının/oranının bir sözleşmeyle azaltımı veya kaldırımı yahut indirimine sebep olan devamsızlık süresinin artırımı da mümkün ve geçerli olmalıdır. Sanırsız yasal düzenleme buna engel değildir. Lakin, işçinin kusurlu devamsızlığı bir ayı doldurmasa da izinde (hem de daha çok) indirim imkânının veya bir ayı aşan ama tam aya ulaşmayan devamsızlıkta da 1 gün veya daha fazla izinden indirimi öngören bir sözleşmeye geçerlilik tanımak, ne derece isabetlidir? bunu anlamak zordur. Türk yasa koyucusunun, iş hukukunun günümüzde eriştiği sosyal koruma amaçlı yapısını bir kenara iterek İsviçre BK. hükmünü (OR. Art. 329b/Abs. 4) aynen alması, doğrusu pek isabetli olmamıştır **Akyiğit**, Yeni Borçlar Kanununda Yıllık Ücretli İzin, Sicil/Mart 2011, 33).

3. İndirim Miktarı:İşçinin yukarıda dile getirilen devamsızlığı hallerinde işverenin, onun hak ettiği yıllık izinden ne miktarda indirim yapabileceğine de değinmek gerekir. Mevcut yasal düzenlemelere bakıldığında yıllık izinde işverence yapılacak indirim miktarının, devamsızlığın işçinin kusurundan kaynaklanıp kaynaklanmadığına bakılarak saptandığı görülmektedir. Öyle ki, 6098 sayılı TBK'na göre;

a)Devamsızlık işçinin kusurundan kaynaklanıyorsa;İçinde yıllık izine hak kazanılan yıl içinde işçinin kusurundan kaynaklanan devamsızlığın bir ayı aşan her bir tam ayı için, işverenin ilgili işçinin normalde hak ettiği yıllık izinden bir gün indirme hakkı mevcuttur(TBK. 423/1).

b)İşçinin kişiliğine bağlı olan ama kusuru bulunmadığı kamusal/yasal ödev yahut gebelik ve doğum nedenli devamsızlıkta durum;Yasa işçinin kusurunun bulunmadığı hallerdeki devamsızlığı noktasında, bir yandan, işçinin , << bir hizmet yılı içinde kendi kusuru olmaksızın hastalık, kaza, yasal bir yükümlülüğün veya kamu görevinin yerine getirilmesi gibi kişiliğine bağlı sebeplerle en çok üç ay süreyle işgörme edimini yerine getiremediği takdirde, işveren yıllık ücretli izin süresinden indirim yapamaz>>demekte (TBK. 423/2), ve diğer yandansa;<<İşveren, gebelik ve doğum yapma sebebiyle işgörme edimini en çok üç ay süreyle yerine getiremeyen kadın işçinin yıllık ücretli izin süresinden indirim yapamaz>> biçiminde bir hüküm içermektedir(TBK. 423/3). Aynı konuda kaynak İsviçre BK'da da hüküm olup, yasa işçinin kişiliğine bağlı kamusal yüküm vs nedeniyle devamsızlığının bir ayı aşmadığı takdirde işverenin izinde indirimine gidemeyeceğini (OR. Art. 329b/Abs. 2) ve gebelik-doğum nedenli devamsızlığınsa iki ayı aşmadığı takdirde izinde indirimine gidilemeyeceğini (OR. Art. 329b/Abs. 3) belirtmektedir. Dolayısıyla hoşgörüsü karşılanacak devamsızlığın miktarı İsviçre'de ve Türk hukukunda farklı saptanmıştır ama bunun dışında yine bire bir tercüme yapıldığı anlaşılmaktadır ve bu yüzden de şimdi

değineceğimiz ilginç problemler veya zihin bulandıracak olgularla karşılaşılması muhtemeldir. Öyle ki;

Anılan hükümler incelendiğinde, orada anılan nedenlerle işçinin devamsızlığının üç ayı aşmadığı takdirde indirim yapılamayacağı sonucunu kolayca çıkarabiliyoruz. Fakat işçinin bu sebeplerden devamsızlığının üç ayı aştığında yıllık izinde indirim nedeni olup olamayacağı ve indirime gidilip gidilemeyeceği ve gidilecekse de ne oranda indirim yaşanacağı aynı netlikle anlaşılmamaktadır. Gerçekten de **yasa (tıpkı İsviçre BK'da olduğu gibi) yıllık izinde her tam ay devamsızlık süresi için bir gün indirim imkanını işçinin kusurlu devamsızlığına ilişkin fıkra verip, diğer fıkralarda benzer bir hükme yer vermeyince ve bu ilk fıkra hükmüne yollama da yapmayınca, acaba kusursuz devamsızlığın üç ayı aşması halinde hiç mi indirime gidilemeyeceği ve gidilecek ise de bunun ne oranda gerçekleşeceği zihinleri bulandırmaktadır.** Bu noktada değişik yönlerde düşünmek mümkün gözükmektedir. Şöyle ki;

*Böylesi hallerde **indirime imkan verilmediği** bir eğilim olarak akla gelebilir. Zira, yasa yıllık izinde her tam ay devamsızlık süresi için bir gün indirim imkanını işçinin kusurlu devamsızlığına ilişkin fıkra(TBK. 423/1) verip, diğer fıkralarda benzer bir hükme yer vermeyince ve bu ilk fıkra hükmüne yollama da yapmayınca, kusursuz devamsızlığın üç ayı aşması halinde hiçbir indirime gidilemeyeceği ve sözleşmeyle bile indirim imkanının getirilemeyeceği (TBK. 423/son fıkra) savunulabilir. Çünkü;yasa aynı indirim imkanını burada da tanımak isteseydi, <<bunu burada da tekrarlar veya indirim öngören ilk fıkra hükmüne atıf yapardı yahut indirime devamsızlık hallerinden bağımsız bir fıkra da yer verir ve aşağıdaki veya yukarıdaki hallerde aşkın her bir tam aylık devamsızlıkta işçinin izni işverence bir gün indirilebilir>> şeklinde bir düzenlemeye yer verirdi.

*Fakat burada her ne kadar net bir düzenleme yoksa da, yasanın işçinin kusursuz olduğu nedenlerle/gebelik-analık sebebiyle <<en çok üç ay süreyle iş görme edimini yerine getiremediği takdirde, işveren yıllık izinden indirim yapamaz>> biçimindeki ifadesinin (TBK. 423/2, 3) karşıt kavram kanıtı yoluyla yorumundan, izinde indirimin ancak bu üç aylık süreyi aşan her bir tam ay için gündeme gelebileceği sonucunu çıkarmak da mümkündür. Nitekim kelimesiyle aynı hükümler İsviçre BK'da da mevcuttur ve kusursuz devamsızlık/gebelik-analık nedenli devamsızlıkta indirime gidileceği orada da açıkça öngörülmüş değildir. Bununla birlikte, İsviçre hukukunda işçinin kusuruna dayanmayan kamusal görev vs nedenli ve/veya gebelik-analık nedenli devamsızlığın yasadaki limiti aşan kısmı için işverenin onun yıllık izinde indirime gidebileceği kabul edilmektedir(Bkz. **Streiff/von Kaenel**, OR. Art. 329b, N. 2-7).

Tüm bunlar dikkate alındığında,yıllık izinde işverence indirime imkan veren devamsızlık süreleri ve indirim miktarı düzenlenirken, sanki indirimim sadece işçinin kusuruyla yaptığı devamsızlıkta gündeme gelebileceği, gebelik-analık ve

/veya işçinin kusuruna dayanmayan kamusal ödev vs nedenli devamsızlıkta indirimle gidilip gidilemeyeceğinin boş bırakıldığı düşüncesi uyandıran ve İsviçre BK'dan aynen alınan hükmün pek de isabetli olduğu söylenemez. Burada hiç değilse, bir kanun boşluğu bulunduğu ve menfaatler dengesine uygun olarak TBK. 423/1 hükmünden hareketle boşluğun doldurulacağı da söylenebilir. Kişisel düşüncemiz;bu hallerde de izinde indirimle gidilebileceği yönünde ise de, doğru olanı, anılan hükümde bir değişikliğe gidilerek durumun netliğe kavuşturulmasıdır. Aksi halde, yukarıda ihtimal olarak dile getirilen tartışmaların yaşanması kaçınılmaz gözükmektedir, denilebilir.

V. İZİNDE İNDİRİM İMKANININ DİĞER İŞ YASALARINDA DA UYGULANIP UYGULANAMAYACAĞI.

Yıllık izne yer veren diğer iş yasaları çerçevesinde de yıllık izinde indirimle/kısaltıma gitmenin mümkün olup olmadığı ve bu noktada TBK. 423 hükmünün uygulanma şansı bulabilip bulamayacağı üzerinde de durulmak gerekir. Bunu şöylece ele alabiliriz.

1-Diğer Yasalarda Yıllık İzinden İndirim İmkanının Bulunup Bulunmadığı: Bilindiği üzere, bünyesinde yıllık ücretli izine yer veren diğer iş yasalarında yıllık izinde indirim imkanı getirilmemiştir. Onun yerine , örneğin 4857 sayılı İşK'da yıllık ücretli izine hak kazanmak için aranan bekleme süresinin hesabında kimi sürelerin dikkate alınmayacağı dile getirilmiştir(İşK. 53, 74). Böylece , anılan süre devamsızlık halinde izinden indirim yerine , izine ancak o kadar süre geçip tamamlandıktan sonra hak kazanacağı kabul edilmiştir.

Diğer iş yasaları olarak BasİşK ve DenİşK bağlamında böyle detaylı bir düzenleme bulunmamakla birlikte , sistemin aynı olduğu, en azından kendiliğinden işverence indirimle imkan verilmediği görülmektedir.

Dolayısıyla her üç yasa sisteminde de işverence tek taraflı olarak ve/veya bunu öngören bir sözleşmeyle yıllık izinde indirimle gitmenin mümkünlüğüne dair bir kurala açıkça yer verilmemiştir. Fakat bunun aksine sözleşme yapılarak , İşK. ve diğer iş yasaları çerçevesindeki yıllık izinler için de hizmet süresine o yıl içindeki her sürenin katılacağı ve fakat yasal devamsızlık miktarını aşan kısmın her bir ayı için yıllık izinde indirimle gitme imkanının getirilebileceği söylenebilir. Özellikle de, yasal aşgari yıllık izin sürelerinin sözleşmeyle artırılan kısmı için böyle bir düzenlemeye gidilmesinde tereddüt olmaması gerektiği kanısındayız.

2-BK Sisteminin Diğer Yasalar Çerçevesinde de Uygulanıp Uygulanamayacağı:Sistemimizde 6098 sayılı TBK. 423 dışında hiçbir iş yasasında yıllık ücretli iznin işverence ve/veya sözleşmeyle öngörülme yoluyla uygulanacağına dair bir kuralın olmayışı ve her bir iş yasasının kapsam ve uygulanma alanı ile koşullarının birbirinden farklılıklar taşıması, anılan yasalar bağlamında da TBK. 423 deki yıllık iznin işverence indirilmesi/kısaltılması kurumunun örnekseme yoluyla veya doğrudan uygulanma şansının bulunup

bulunmadığı sorusunu gündeme getirmektedir. Bunun cevabının şöylece verilmesi mümkündür, denilebilir;

*Bir kere 4857 sayılı İşK. İşçinin yaptığı devamsızlığın yıllık ücretli izine etkisini, iznin işverence kısaltımı değil, işçinin yıllık izine esas hizmet süresinin o kadar ya da ilgili aşkın kısım kadar azalması olarak benimsediğinden (İşK. 55), TBK. md. 423 'deki izinden indirim imkanının İşK'da kendiliğinden, doğrudan veya boşluk doldurucu biçimde uygulanması düşünülemez. Çünkü, Borçlar Kanunu İşK'na nazaran bir genel kanun olup, İşK'da açık veya örtülü bir değişikliğe yol açmış değildir. Keza yukarıda da vurgulandığı üzere, İşK hükümleri anılan devamsızlık ve etkisi konusunda farklı bir çözümü benimsediğinden, izinden işverence indirim konusunda bir kanun boşluğu içerdiği de söylenemez. Olsa olsa yukarıda değinildiği gibi, anılan sürelerin izine esas kıdeme tümüyle katılması ve fakat aşkın kısım için indirim imkanının sözleşmeyle öngörülmesi düşünülebilir. Bilhassa yasal en az yıllık izin süresinin sözleşmeyle artırımı halinde bu sözleşmeyle eklenmiş kısım için bunda tereddüt edilmemesi önerilebilir.

*Soruna Basın İş Kanunu ve Deniz İş Kanunu çerçevesinde bakıldığında, bu yasalar bağlamında da TBK'nun bu yasalara karşı genel kanun olup olmadığı tartışılabilir. Kişisel düşüncemiz, TBK'nun onlar karşısındaki pozisyonunun da genel kanun niteliği biçiminde olduğudur. Ancak ilgili her bir yasanın da yıllık izine esas hizmet süresi ve yıllık izin konusunda benimsediği kendi düşünce sistemi mevcuttur. Örneğin, gazetecinin yıllık izine esas kıdeminin iş sözleşmesinin devamı veya aralıklarla yapıldığına bakmaksızın, gazetecilik mesleğinde geçirdiği sürelerden oluşacağını öngören hüküm (BasİşK. 21/2) ve izne esas alınmaktan dışlanan veya izinde indirim yol açan bir süreden ve izinde indirim imkanından söz edilmeyişi; ayrıca izinde indirimin işçinin izin hakkında kısmi kayba yol açacağı dikkate alınırsa; tıpkı İşK'da olduğu gibi BasİşK'da yeni TBK. 423 hükmünün doğrudan veya boşluk doldurucu olarak kendiliğinden uygulanamayacağı, olsa olsa izin sözleşmeyle artırılmışsa, getirilen bu ek kısım için sözleşmesel bir indirim imkanının getirilebileceği söylenebilir. Yalnız sözleşmesel indirim getirilirken de, indirime neden olacak sürenin hizmet süresinden dışlanmaması gerekir. Yıllık izine esas kıdemden dışlanan herhangi bir süreye ve izinden indirimde yer vermeyen DenİşK bakımından da aynı çözümü geçerli olacağını düşünüyoruz.

