

SİCİL

İŞ HUKUKU DERGİSİ

TOPLU İŞ HUKUKU

BİREYSEL İŞ HUKUKU SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU

KARAR İNCELEMELERİ **ÇALIŞMA CEZA HUKUKU**

TOPLU İŞ HUKUKU **BİREYSEL İŞ HUKUKU**

MALİ HUKUK KARAR İNCELEMELERİ **TOPLU İŞ HUKUKU**

TOPLU İŞ HUKUKU SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU **BİREYSEL İŞ HUKUKU**

BİREYSEL İŞ HUKUKU

ÇALIŞMA CEZA HUKUKU

KARAR İNCELEMELERİ

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU **MALİ HUKUK**

TOPLU İŞ HUKUKU

BİREYSEL İŞ HUKUKU **TOPLU İŞ HUKUKU**

KARAR İNCELEMELERİ **MALİ HUKUK**

ÇALIŞMA CEZA HUKUKU **BİREYSEL İŞ HUKUKU**

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU **KARAR İNCELEMELERİ**

MALİ HUKUK **TOPLU İŞ**

SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU **HUKUKU**

KARAR İNCELEMELERİ **ÇALIŞMA CEZA HUKUKU**

TOPLU İŞ HUKUKU **KARAR İNCELEMELERİ**

BİREYSEL İŞ HUKUKU

KARAR İNCELEMELERİ

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU

MALİ HUKUK **TOPLU İŞ HUKUKU**

ÇALIŞMA CEZA HUKUKU **MALİ HUKUK**

BİREYSEL İŞ HUKUKU **AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU**

SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU **ÇALIŞMA CEZA HUKUKU**

KARAR İNCELEMELERİ **TOPLU İŞ HUKUKU**

MALİ HUKUK **SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU**

ÇALIŞMA CEZA HUKUKU **KARAR İNCELEMELERİ**

BİREYSEL İŞ HUKUKU **SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU**

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU **TOPLU İŞ HUKUKU**

MALİ HUKUK **ÇALIŞMA CEZA HUKUKU** **KARAR İNCELEMELERİ**

SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU **BİREYSEL İŞ HUKUKU**

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU **MALİ HUKUK** **ÇALIŞMA CEZA HUKUKU**

KARAR İNCELEMELERİ **SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU** **TOPLU İŞ HUKUKU**

ÇALIŞMA CEZA HUKUKU **AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU**

MALİ HUKUK **BİREYSEL İŞ HUKUKU**

SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU **KARAR İNCELEMELERİ**

TOPLU İŞ HUKUKU **ÇALIŞMA CEZA HUKUKU**

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU **MALİ HUKUK**

BİREYSEL İŞ HUKUKU **SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU**

KARAR İNCELEMELERİ **AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU** **TOPLU İŞ HUKUKU**

TOPLU İŞ HUKUKU **MALİ HUKUK** **SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU**

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU **MALİ HUKUK**

ÇALIŞMA CEZA HUKUKU **KARAR İNCELEMELERİ**

BİREYSEL İŞ HUKUKU

BİREYSEL İŞ HUKUKU

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU

ÇALIŞMA CEZA HUKUKU

KARAR İNCELEMELERİ

TOPLU İŞ HUKUKU

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU

SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU

BİREYSEL İŞ HUKUKU

MALİ HUKUK **TOPLU İŞ HUKUKU**

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU

ÇALIŞMA CEZA HUKUKU

KARAR İNCELEMELERİ

TOPLU İŞ HUKUKU

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU

MALİ HUKUK **TOPLU İŞ HUKUKU**

ÇALIŞMA CEZA HUKUKU **MALİ HUKUK**

BİREYSEL İŞ HUKUKU **AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU**

SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU **ÇALIŞMA CEZA HUKUKU**

KARAR İNCELEMELERİ **TOPLU İŞ HUKUKU**

MALİ HUKUK **SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU**

ÇALIŞMA CEZA HUKUKU **KARAR İNCELEMELERİ**

BİREYSEL İŞ HUKUKU **SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU**

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU **TOPLU İŞ HUKUKU**

MALİ HUKUK **ÇALIŞMA CEZA HUKUKU** **KARAR İNCELEMELERİ**

SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU **BİREYSEL İŞ HUKUKU**

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU **MALİ HUKUK** **ÇALIŞMA CEZA HUKUKU**

KARAR İNCELEMELERİ **SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU** **TOPLU İŞ HUKUKU**

ÇALIŞMA CEZA HUKUKU **AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU**

MALİ HUKUK **BİREYSEL İŞ HUKUKU**

SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU **KARAR İNCELEMELERİ**

TOPLU İŞ HUKUKU **ÇALIŞMA CEZA HUKUKU**

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU **MALİ HUKUK**

BİREYSEL İŞ HUKUKU **SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU**

KARAR İNCELEMELERİ **AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU**

TOPLU İŞ HUKUKU **MALİ HUKUK** **SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU**

AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU **MALİ HUKUK**

ÇALIŞMA CEZA HUKUKU **KARAR İNCELEMELERİ**

BİREYSEL İŞ HUKUKU

BİREYSEL İŞ HUKUKU

BİREYSEL İŞ HUKUKU

BİREYSEL İŞ HUKUKU

BİREYSEL İŞ HUKUKU

BİREYSEL İŞ HUKUKU

BİREYSEL İŞ HUKUKU

BİREYSEL İŞ HUKUKU

BİREYSEL İŞ HUKUKU

SİCİL İŞ HUKUKU DERGİSİ

SİCİL LABOUR LAW JOURNAL

Yıl/Year: 2023 **Sayı/Issue:** 49 **ISSN** 1306-6153

Hakemli Dergi/Peer Reviewed Journal

MESS adına Sahibi/Publisher On Behalf of MESS: Özgür Burak AKKOL
MESS Yönetim Kurulu Başkanı/Chairman of MESS Management Board

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü/Responsible Manager:

Fatih AY, MESS Genel Sekreteri/Secretary General of MESS

Yayın Yönetmeni/Editorial Director:

Av. Erten CILGA, MESS Baş Hukuk Müşaviri/Chief Legal Advisor of MESS

Dil Editörü/Language Editor:

Av. Nağme HOZAR, MESS, In-House Counsel

Yayın Kurulu/Editorial Board:

Av. Mesut ULUSOY, MESS, In-House Counsel
Av. Şeyda VIEIRA NOBRE BISCAYA, MESS, In-House Counsel
Av. Murat BATUR, MESS, In-House Counsel
Av. Nağme HOZAR, MESS, In-House Counsel
Av. Uygur BOSTANCI, MESS, In-House Counsel
Av. Kadir GÜNAY, MESS, In-House Counsel
Av. Emre BÜYÜKKARABOSTANOĞLU, MESS, In-House Counsel
Av. Ömer Faruk İŞLER, MESS, In-House Counsel
Av. Mesut SERİN, MESS, In-House Counsel

Baskı/Published by:

Elma Basım Yayın ve İletişim Hizmetleri San. Tic. Ltd. Şti.
Tevfikbey Mah. Halkalı Cad. No: 162/7 Sefaköy-Küçükçekmece/İSTANBUL

Yayın Türü/Type of Publication:

Yerel, Süreli, Hakemli Yayın/Peer Reviewed, Local, Periodical Publication

Yayın Dili/Language of Publication:

Türkçe/Turkish

Yayın Tarihi/Date of Publication:

Altı ayda bir (Haziran-Aralık) olarak yılda iki kez yayımlanır/Issued every six months (June-December)

Baskı Tarihi/Print Date:

Temmuz 2023/July 2023

İletişim Adresi/Contact Adress:

Türkiye Metal Sanayicileri Sendikası/Turkish Employers' Association of Metal Industries
Ferko Signature, Büyükdere Cad. No: 175 Kat: 13-14 34394 Şişli-İstanbul
Telefon/Telephone: +90 212 371 63 00 (pbx) Faks/Fax: +90 212 371 63 01
E-posta/E-mail: mess@mess.org.tr
sicil.mess.org.tr

Bu dergi (TÜBİTAK Ulakbim) TR Dizin Hukuk veri tabanında yer almaktadır.
This journal is scanned in the TR Law Index of TUBITAK Ulakbim databases.

Bu dergide yayımlanan yazılarda yer alan görüşler yazarlara aittir. Kaynak gösterilerek alıntı yapılabilir.
Articles published in this journal represent the views of the authors. Quotations may be used by reference.

DANIŞMA KURULU

Prof. Dr. Levent AKIN - Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. A. Nizamettin AKTAY - Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ercan AKYİĞİT - MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Gülsevil ALPAGUT - İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Kadir ARICI - Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ufuk AYDIN - İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Zehra Gönül BALKIR - Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Misafir Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Nurşen CANIKLIOĞLU - Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Tankut CENTEL - Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Fevzi DEMİR - Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Emekli Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Murat DEMİRCİOĞLU - Yıldız Teknik Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Prof. Dr. Toker DERELİ - İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Emekli Öğretim Üyesi -
Işık Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Emekli Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Ömer EKMEKÇİ - İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Münir EKONOMİ - İstanbul Teknik Üniversitesi Emekli Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Nüvit GEREK - Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Emekli Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Hakan KESER - Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Prof. Dr. Metin KUTAL - İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Emekli Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Ünal NARMANLIOĞLU - Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Serkan ODAMAN - Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Polat SOYER - Yakın Doğu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ali Nazım SÖZER - Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Haluk Hadi SÜMER - Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Sarper SÜZEK - Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Müjdat ŞAKAR - Marmara Üniversitesi İktisat Fakültesi

Prof. Dr. Doğan ŞENYÜZ - Uludağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. A. Can TUNCAY - Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. M. Fatih UŞAN - Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

SİCİL İŞ HUKUKU DERGİSİ HAKKINDA

Amaç ve Kapsam

2006 yılında yayım hayatına başlayan ve hukukçular, akademisyenler, yargı mensupları, üyelerimiz ile çalışma mevzuatının tüm uygulayıcılarına ışık tutarak tartışma platformu yaratan SİCİL İş Hukuku dergisinin, 2014 yılından itibaren altı ayda bir (yılıda iki defa) ve hakemli olarak yayımlanmasına Sendikamız Yönetim Kurulu'nca karar verilmiştir.

Bu çerçevede, çalışma barışı ve ülkemizin rekabet edebilirliği bakımından son derece önemli olan iş ve sosyal güvenlik mevzuatındaki düzenlemelerin ve ilgili uygulamaların doğru temellere oturtulması ile mevzuatta yapılması düşünülen değişikliklerin incelenmesi konusunda önemli bir başvuru kaynağı olduğuna inandığımız ve ilk sayısından bu yana yoğun talep ve ilgi gören SİCİL İş Hukuku dergisindeki makaleler/karar incelemeleri, en az iki hakem tarafından değerlendirilmektedir.

ABOUT SİCİL LABOUR LAW JOURNAL

Aim and Scope

Aiming to create a platform of debate for shedding light to various subjects on labour legislation and being a guide to academics, members of the court, lawyers, social partners, human resources and personal managers of our members and all the actors of industrial relations; SİCİL Labour Law Journal is being published since March 2006 with a content including scientific articles and assessments of important court verdicts.

As from 2014, SİCİL Labour Law Journal is being published regularly every six months (2 issues per year) as a peer reviewed journal by the decision of our Organization's Management Board. In this context, the articles and court verdict analysis in SİCİL Labour Law Journal, which we believe is an important source of reference in the field of current and draft labour and social security legislation, is being evaluated by at least two academics.

DEĞERLİ OKURLARIMIZ

Hukukçular, akademisyenler, yargı mensupları, üyelerimiz ve çalışma mevzuatının tüm uygulayıcılarına ışık tutması ve tartışma platformu oluşturması amacıyla Mart 2006 tarihinde yayın hayatına başlayan ve üç ayda bir yayımlanan SİCİL İş Hukuku dergisi, 2014 yılındaki ilk sayısı olan 31. sayıdan itibaren hakemli dergi olarak yayımlanmaktadır.

SİCİL İş Hukuku dergimizin 49. sayısında 11 makale bulunmaktadır. Bu çerçevede dergimizin 49. sayısında; Prof. Dr. Gülsevil ALPAGUT-Dr. Öğr. Üyesi Aybüke KARACA YAĞCI'nın İşyerinde Yapay Zeka Uygulaması ve Ayrımcılık, Prof. Dr. Hediye ERGİN'in Sosyal Medya Paylaşımlarıyla İşverenin İtibarını Zedeleyen İşçinin İş Sözleşmesinin Feshi, Prof. Dr. Mahmut KABAKCI'nın Ceza Yargısının Kovuşturmaya Yer Olmadığı ve Beraat Kararlarının Haklı Fesih Değerlendirmesine Etkisi, Prof. Dr. Hakan KESER'in İkramiye, Yemek ve Servis Gibi İşyeri Uygulamalarının Kaldırılıp, Bunlara İlişkin Tutarların İşçinin Ücretine Eklenmesinin Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik Olarak Kabul Edilip Edilemeyeceğine İlişkin Bir Değerlendirme, Doç. Dr. Hande Bahar AYKAÇ'ın Çağrıya Hazır Halde Nöbette Beklemek ve Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin İcap Nöbeti İçtihadına İlişkin Bir Değerlendirme, Doç. Dr. Çağlar ÇOPUROĞLU'nun Hizmet Tespitinde Hak Düşürücü Süre ve Sürenin İşlemediği

Haller, Doç. Dr. Canan ERDOĞAN'ın 4688 Sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanunu'na Göre Kamu Görevlilerinin Sendikal Güvenceleri, Doç. Dr. Gözde KAYA'nın AB'de Kadınların Üst Yönetimde Temsili: 2022/2381 Sayılı AB Direktifi ve Yenilikleri, Dr. Öğr. Üyesi Volkan GÜNEŞ'in İş Kazasından Başka Kişilerle Birlikte (Müteselsil) Sorumlu Olan İşverenin Dış İlişkide Kişisel İndirim Sebebi Olarak Hafif Kusurunu İleri Sürmesi, Dr. Ezgi AVCIOĞLU AKSOY-Dr. Mehpere ÇAPTUĞ DİLEK'in Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kararları Işığında İşverenin Eşit Davranma Yükümlülüğü ve Arş. Gör. Naime N. GÜNBATI'nın İşçilerin İşyeri ve İşletmeye Yönelik İfade Özgürlüğü başlıklı makaleleri yer almaktadır.

MESS olarak, ilk sayısından bu yana yoğun talep ve ilgi gören ve önemli bir başvuru kaynağı olduğuna inandığımız SİCİL İş Hukuku dergisinin 49. sayısını siz değerli okuyucularımızın bilgilerine sunar; yazarlarımıza, makaleleri ve karar incelemelerini büyük bir titizlikle inceleyen hakemlerimize ve Danışma Kurulumuza teşekkür ederiz.

Dergimizin iş hukuku ve sosyal güvenlik camiasına yararlı olmasını diler; katkı ve eleştirilerinizi beklediğimiz hususunu bilgilerinize sunarız.

Saygılarımızla,

Yayın Yönetmeni/Editorial Director

SİCİL İŞ HUKUKU DERGİSİ YAYIN POLİTİKASI

- 1 Dergide yayımlanması istenen yazılar MESS'in mess@mess.org.tr elektronik posta adresine gönderilmelidir.
- 2 SİCİL İş Hukuku dergisi altı ayda bir (yılda iki kez) yayımlanan hakemli bir dergidir.
- 3 Dergide yayımlanabilecek yazılar, iş hukuku ve sosyal güvenlik hukuku alanını ilgilendiren içerikte yazılardır (Makale, karar incelemesi ve çeviri).
- 4 Yazıların dili Türkçedir.
- 5 Dergiye gönderilen yazılar başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.
- 6 Dergiye gönderilen yazılar Türkçe ve İngilizce başlık ve hem Türkçe hem de İngilizce özet kısmı içermelidir.
- 7 Dergiye gönderilen yazılarda ilgili yazıdaki konuyu tanımlayan Türkçe ve İngilizce uygun anahtar sözcükler kullanılmalıdır.
- 8 Dergiye gönderilen yazıların yazım bakımından son denetimlerinin yapılmış olduğu ve basılmaya hazır olarak gönderildiği kabul edilir.
- 9 Yayımlanan yazıların her türlü sorumluluğu yazar(lar)ına aittir.
- 10 Hakemlerin ve yazarların isimleri gizli tutulur.
- 11 Yazıların yayımlanması konusunda son karar Yayın Kurulu'na aittir.
- 12 Yayımlanmayan yazılar iade edilmez.
- 13 Dergide yer alan yazılar kaynak gösterilmeden kullanılamaz.
- 14 Dergide yayımlanan yazıların yayın hakkı MESS Türkiye Metal Sanayicileri Sendikası'na aittir.
- 15 Dergide yayımlanan yazılarda yer alan görüşler yazarlara aittir. Kaynak gösterilerek alıntı yapılabilir.

HAKEM DEĞERLENDİRME SÜRECİ

Dergiye gönderilen yazıların ilk değerlendirmesi Yayın Kurulu'nca yapılır ve şekil ile içerik bakımından uygun bulunan yazılar bilimsel inceleme için en az iki hakeme gönderilir. Hakemlerden gelen raporlar doğrultusunda yazının yayımlanmasına, rapor çerçevesinde düzeltme istenmesine veya yayımlanmamasına karar verilir. Tamamlanmamış veya düzeltilmiş yazı Yayın Kurulu'nca tekrar hakeme gönderilebilir. Hakem değerlendirme raporları, TÜBİTAK ULAKBİM TR Dizin Komitesi'nin incelemesine olanak verecek şekilde yayın tarihinden sonra en az beş yıl süreyle saklanmaktadır. Yazıların yayımlanması konusunda son karar Yayın Kurulu'na aittir. Yayımlanmayan yazılar iade edilmez.

ÜCRET POLİTİKASI

Makale gönderim/süreç işletimi ücretsizdir.

İçindekiler

Araştırma Makaleleri

11

İşyerinde Yapay Zeka Uygulaması ve Ayrımcılık

Prof. Dr. Gülsevil ALPAGUT* - Dr. Öğr. Üyesi Aybüke KARACA YAĞCI**

*İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı

** Marmara Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı

45

Sosyal Medya Paylaşımlarıyla İşverenin İtibarını Zedeleyen İşçinin İş Sözleşmesinin Feshi

Prof. Dr. Hediye ERGİN

Marmara Üniversitesi İktisat Fakültesi Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı

60

Ceza Yargısının Kovuşturmaya Yer Olmadığı ve Beraat Kararlarının Haklı Fesih Değerlendirmesine Etkisi

Prof. Dr. Mahmut KABAKCI

İstanbul Teknik Üniversitesi İşletme Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku

78

İkramiye, Yemek ve Servis Gibi İşyeri Uygulamalarının Kaldırılıp, Bunlara İlişkin Tutarların İşçinin Ücretine Eklenmesinin Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik Olarak Kabul Edilip Edilemeyeceğine İlişkin Bir Değerlendirme

Prof. Dr. Hakan KESER

Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü

98

Çağrıya Hazır Halde Nöbette Beklemek ve Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin İcap Nöbeti İctihadına İlişkin Bir Değerlendirme

Doç. Dr. Hande Bahar AYKAÇ

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı

120

Hizmet Tespitinde Hak Düşürücü Süre ve Sürenin İşlemediği Haller

Doç. Dr. Çağlar ÇOPUROĞLU

Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku

İçindekiler

- 135** 4688 Sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanunu'na Göre Kamu Görevlilerinin Sendikal Güvenceleri
Doç. Dr. Canan ERDOĞAN
Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- 148** AB'de Kadınların Üst Yönetimde Temsili: 2022/2381 Sayılı AB Direktifi ve Yenilikleri
Doç. Dr. Gözde KAYA
Dokuz Eylül Üniversitesi İşletme Fakültesi Uluslararası İlişkiler Bölümü Avrupa Birliği Hukuku Anabilim Dalı
- 171** İş Kazasından Başka Kişilerle Birlikte (Müteselsil) Sorumlu Olan İşverenin Dış İlişkide Kişisel İndirim Sebebi Olarak Hafif Kusurunu İleri Sürmesi
Dr. Öğr. Üyesi Volkan GÜNEŞ
Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı
- 196** Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kararları Işığında İşverenin Eşit Davranma Yükümlülüğü
Dr. Ezgi AVCIOĞLU AKSOY* - Dr. Mehpere ÇAPTUĞ DİLEK**
*Manisa Celal Bayar Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Kamu Yönetimi Bölümü Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı
**Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı
- 214** İşçilerin İşyeri ve İşletmeye Yönelik İfade Özgürlüğü
Arş. Gör. Naime N. GÜNBATTI
Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı

Contents

Research Articles

11

Artificial Intelligence In The Workplace And Discrimination

Prof. Dr. Gülsevil ALPAGUT[†] - Assit. Prof. Dr. Aybüke KARACA YAĞCI^{}**

[†]Istanbul University, Faculty of Law, Labour and Social Security Law

^{**} Marmara University, Vocational School of Justice, Labour and Social Security Law

45

Termination Of The Employment Agreement Of The Employee Who Damage To Reputation Of The Employer Through Social Media Posts

Prof. Dr. Hediye ERGİN

Marmara University, Faculty of Economics, Labour Economics and Industrial Relations Department, Labour Law and Social Security Law

60

The Effect Of Criminal Judiciary's Non-Prosecution Decision And Verdict Of Acquittal On The Evaluation Of Rightful Termination

Prof. Dr. Mahmut KABAKCI

Istanbul Technical University, Faculty of Administration, Labour and Social Security Law

78

An Assessment Of Whether The Abolition Of Workplace Practices Such As Bonuses, Meals And Services And The Addition Of The Amounts Related To Them To The Employee's Wage Can Be Considered As A Fundamental Change In Working Conditions

Prof. Dr. Hakan KESER

Dokuz Eylül University, Faculty of Economics and Administrative Sciences, Labour Economics and Industrial Relations

98

On-Call Duty And The Evaluation Of The Supreme Court's 9th Civil Chamber's Verdict Regarding Employees On-Call Duty

Assoc. Prof. Dr. Hande Bahar AYKAÇ

Ankara Hacı Bayram Veli University, Labour Economics and Industrial Relations Department, Labour and Social Security Law

120

The Period Of Prescription In The Detection Of Service And Cases Where The Period Of Prescription Does Not Run

Assoc. Prof. Dr. Çağlar ÇOPUROĞLU

Çankaya University, Faculty of Law, Labour and Social Security Law

Contents

- 135** Guarantees Of Public Officials' Union Rights According To Law No. 4688 On Public Officials' Trade Unions And Collective Agreements
Assoc. Prof. Dr. Canan ERDOĞAN
Ankara Yıldırım Beyazıt University, Faculty of Law
- 148** Representation Of Women In Top Management Within The EU: Directive (EU) 2022/2381 And Its Novelty
Assoc. Prof. Dr. Gözde KAYA
Dokuz Eylül University, Faculty of Administration, International Relations Department, EU Law
- 171** Being Jointly Responsible For Occupational Accident, The Employer's Claiming Minor Negligence As A Personal Ground For Reducing Compensation In The External Relation
Assit. Prof. Dr. Volkan GÜNEŞ
Anadolu University, Faculty of Law, Labour and Social Security Law
- 196** Equal Treatment Obligation Of The Employer In Light Of The Decisions Of The Human Rights And Equality Institution Of Turkey
Dr. Ezgi AVCIOĞLU AKSOY* - Dr. Mehpare ÇAPTUĞ DİLEK**
*Manisa Celal Bayar University, Faculty of Economics and Administrative Sciences, Public Administration, Law Sciences
**Dokuz Eylül University, Faculty of Law, Administrative Law
- 214** Employees' Freedom Of Expression Regarding Workplace And Business Organization
Res. Assist. Naime N. GÜNBATTI
Ankara University, Faculty of Political Science, Labour Economics and Industrial Relations, Labour Law and Social Security Law

Prof. Dr. Gülsevil ALPAGUT*

Dr. Öğr. Üyesi Aybüke KARACA YAĞCI**

Araştırma Makalesi
Sicil, 2023/I Sayı 49: 11-44
Makale Gönderim Tarihi: 23 Mayıs 2023
Makale Kabul Tarihi: 30 Mayıs 2023

İşyerinde Yapay Zeka Uygulaması ve Ayrımcılık

Öz

Günümüzde yapay zeka sistemleri özellikle şirketlerce işe alım süreçlerinde ve iş ilişkisinde kullanılabilir. Bunun temelinde bilgisayarca yapılan hesaplamaların ve tercihlerin çoğunlukla yüksek ölçüde objektif ve doğru olduğu ifade edilir. Ancak yapay zeka kullanımı, ayrımcılık yasağının ihlali-ne de neden olabilmektedir. Çalışmamızda

öncelikle yapay zeka kavramına yer verilecektir. Daha sonra işe alımda ve iş ilişkisinde ayrımcılık halinde illiyet bağı ve ispat yükü açısından zorluklar anlatılacaktır. Son olarak ise ayrımcılık halinde işverenin ve yazılım hizmeti sağlayıcısının sorumluluğu, Avrupa Birliğindeki düzenlemeler de dikkate alınarak ele alınacaktır.

Anahtar Sözcükler:

Yapay zeka, ayrımcılık, ayrımcılık tazminatı, ürün sorumluluğu tazminatı.

Artificial Intelligence In The Workplace And Discrimination

Abstract

Today, artificial intelligence systems can be used especially by companies in recruitment processes and business relationships. This is based on the fact that computerized calculations and choices are often highly objective and accurate. However, the use of artificial intelligence may also lead to violations of the prohibition of discrimination. In our study, first of all, the concept of artificial in-

telligence will be given. Then, the difficulties in terms of causal link and burden of proof in case of discrimination in recruitment and employment relationship will be explained. Finally, the responsibility of the employer and the software service provider in case of discrimination will be handled by taking into account the regulations within the scope of the European Union.

Keywords:

Artificial intelligence, discrimination, discrimination compensation, product liability compensation.

*İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, galpagut@istanbul.edu.tr, ORCID: 0000-0001-8817-2779.

**Marmara Üniversitesi Adalet Meslek Yüksekokulu, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, aybuke.karaca@marmara.edu.tr, ORCID: 0000-0002-1301-1820.

I. Yapay Zeka Kavramı

Çalışmamızın konusunun, işyerinde yapay zeka uygulaması ve bu bağlamda işverenin işe alımda ve iş ilişkisinde yapay zekayı kullanmasının ayrımcılık yasağı ile ilişkisi olması nedeniyle öncelikle yapay zekaya ilişkin temel kavramların açıklanması gerektiği kanaatindeyiz. Hemen belirtelim ki; burada temel kavramların açıklanması ile kastettiğimiz husus, en azından bu kavramlardan ne anlaşılması gerektiğidir.

Öncelikle yapay zeka kavramı üzerinde duracak olursak, esasında yapay zeka kavramının üzerinde uzlaşmış bir tanım söz konusu değildir. Ancak yapay zekayı, en temel haliyle bir bilgisayarın veya bilgisayar kontrollü robotun genellikle akıllı varlıklarla ilişkili görevlerini yerine getirme yeteneği olarak tanımlamak mümkündür¹. Yine benzer bir tanıma göre yapay zeka, bir bilgisayarın ya da bilgisayar denetimli bir makinenin genellikle insana özgü nitelikler olduğu varsayılan akıl yürütme, anlam çıkartma, genelleme ve geçmiş deneyimlerden öğrenme gibi yüksek zihinsel süreçlere ilişkin görevleri yerine getirme yeteneğidir². Bir diğer tanıma göre ise yapay zeka, bilgisayar biliminin bir alt alanı olup, otomatikleştirilmiş akıllı davranış ve makinelerin karmaşık algoritmalar aracılığıyla insan karar verme davranışını modelleme yeteneği olarak tanımlanır³.

Avrupa Komisyonu 21 Nisan 2021 tarihli Ya-

pay Zeka Hakkındaki Tüzük Teklifinde⁴ yapay zeka sistemi, EK l'de belirtilen teknik ve yaklaşımlardan bir veya birden fazlasıyla geliştirilmiş ve insan tarafından tanımlanan belirli amaçlar için, içerik, tahmin, öneri şeklinde çıktılar veya insanların etkileşimde buldukları ortamları etkileyen kararları üretebilen yazılım olarak tanımlanmıştır. EK l'deki teknikler şunlardır: "(a) Derin öğrenme dâhil, geniş bir çeşitlilikteki metotların kullanıldığı, gözetimli, gözetimsiz ve pekiştirmeli öğrenme dâhil makine öğrenmesi yaklaşımları; (b) Bilgi gösterimi, tümevarımlı (mantık) programlama, bilgi tabanları, çıkarsama motorları ve tümdengelimli motorlar, (sembolik) uslamlama ve uzman sistemler dâhil mantık ve bilgi temelli yaklaşımlar; (c) İstatistiksel yaklaşımlar, Bayes tahmini, araştırma ve optimizasyon metotları". Belirtelim ki, taslaktaki yapay zeka sistemi tanımı, teknolojik açıdan tarafsız ve mümkün olduğu kadar geleceğe dönük olacak şekilde yapılmış geniş kapsamlı bir tanımdır⁵.

Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü (OECD) tarafından yapılan tanıma göre yapay zeka sistemi, insan tarafından tanımlanan belirli bir dizi hedef için gerçek veya sanal ortamları etkileyen tahminler, öneriler veya kararlar verebilen makine tabanlı bir sistemdir. Yapay zeka sistemleri, değişen seviyelerde özerklikle çalışacak şekilde tasarlanmıştır⁶.

Yapay zeka sistemlerinin çevresini algılayabilmesi, analiz edebilmesi ve belli bir amaca ula-

1 B.J, Copeland; "Artificial intelligence" Encyclopedia Britannica, <https://www.britannica.com/technology/artificial-intelligence> (E.T. 13.04.2023); Cumhurbaşkanlığı Dijital Dönüşüm Ofisi Başkanlığı ile Sanayi ve Teknoloji Bakanlığı iş birliğinde ve ilgili tüm paydaşların etkin katılımıyla hazırlanan "Ulusal Yapay Zekâ Stratejisi 2021-2025"e ilişkin 20/08/2021 tarihli ve 31574 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 2021/18 sayılı Cumhurbaşkanlığı Genelgesinde de aynı tanıma yer verilmiştir, <https://cbddo.gov.tr/SharedFolderServer/Genel/File/TR-UlusalYZStratejisi2021-2025.pdf>; Sinan Okur; Otonom Araçlarda Sözleşme Dışı Hukuki Sorumluluk, Adalet, Ankara 2021, s. 45. Yapay zeka kavramı ve yapay zeka- hukuk ilişkisi konularında ayrıntılı bilgi için bkz. Mustafa Aksu; Yapay Zeka ve Hukuk, İstanbul 2023, s. 3 vd.

2 Vasif Nabiyev, Yapay Zeka (Derin Öğrenme-Stratejili Oyunlar, Örüntü Tanıma-Doğal Dil İşleme), 6. bası, Ankara 2021, s. 27.

3 Groh, Gunnar, Weber kompakt, Künstliche Intelligenz, Rechtswörterbuch, 7. Edition 2022 (beck online).

4 Vorschlag für eine Verordnung des europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für Künstliche Intelligenz (Gesetz über Künstliche Intelligenz) und zur Änderung bestimmter Rechtsakte der Union, KOM (2021) 206 final.

5 Finlayson-Brown Jane / Elsen Filip Van / Taelman Edward / D'Joos Eline; "Key Provisions of the Draft AI Regulation" (24 Mayıs 2021) <<https://www.allenoverly.com/en-gb/global/news-and-insights/publications/key-provisions-of-the-draft-ai-regulation>> (Erişim Tarihi 14.04.2023); Taslaktaki tanımın isabetli olduğu yönünde Armağan Ebru Bozkurt Yüksel, "Avrupa Komisyonu'nun Yapay Zekâ Tüzük Teklifi'ne Genel Bir Bakış", TAAD, Yıl 13, Sayı 51, Temmuz 2022, s. 21.

6 OECD Legal Instruments, Recommendation of the Council on Artificial Intelligence, <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/oecd-legal-0449> (E.T. 3.04.2023).

şabilmesi için belli bir seviyeye kadar bağımsız hareket etmesi gerekir⁷. Ayrıca sistem, salt bir yazılımdan ibaret olabileceği gibi otonom araçlarda, modern robotlarda olduğu gibi bir donanıma dahil edilmiş de olabilir. Daha açık bir ifadeyle yapay zeka denen yazılımı, mutlaka bir nesne üzerinde görünmesi şart değildir⁸.

Konunun anlaşılması bakımından önem arz eden bir diğer kavram da algoritmadır. Algoritma, bir formül olarak ifade edilen, belli bir problemi çözmek veya belirli bir amaca ulaşmak için tasarlanan bilgisayarda uygulanabilir bir dizi karmaşık matematiksel işlemde oluşan talimatlar dizisidir⁹. Somutlaştırmak gerekirse, bir borç ilişkisindeki zamanaşımı süresinin belirlenmesini çözülmesi gereken bir sorun olarak kabul edelim. Borç ilişkisinin iki farklı kaynağı olduğunu varsaydığımızda, borç ilişkisinin kaynağı şayet bir sözleşme ise zamanaşımı süresi 10 yıl, haksız fiil ise 2 yıl olsun. Verilen bilgiye göre algoritma, tanımlanan kurallar çerçevesinde, somut borç ilişkisindeki zamanaşımının kaç yıl olduğunu bilecektir. Hemen belirtelim ki, böyle bir algorithmada taraflar arasındaki ilişkinin ne olduğu dışarıdan sağlanan bir veri olup, algoritma bu ilişkinin haksız fiil mi yoksa sözleşmeden doğan bir ilişki mi olduğu konusunda karar verebilecek konumda değildir. Fakat taraflar arasındaki ilişkinin tespitinin de dahil edildiği bir algoritma hazırlanabilir. Bu durumda kural temelli ilerleyen algorithmada süreç adım adım programlanmakta ve her bir ihtimal sonuca bağlanmaktadır¹⁰.

Yapay zeka kavramını açıklarken üzerinde durmak istediğimiz son husus, iş hukukunda bir diğer ifadeyle işe alımda ve iş ilişkisinde işverenin işçilere ilişkin verileri kullanması durumunda

karşımıza çıkabilecek ve işverenin sorumluluğu bakımından da önem arz eden makine öğrenimi kavramı ile derin öğrenme kavramlarından ne anlaşılması gerektiğidir. Yapay zekanın bir alt dalı olan makine öğrenmesi yöntemleri, geçmiş verilere bakarak onlar arasındaki örüntüyü bulacak en iyi modeli tespit eder ve sonraki verileri bu modeli uygulayarak tahmin eder. Dolayısıyla geçmiş verilere bakarak örüntüyü nasıl bulacağını öğrenmiş olur, sonraki verilere bu öğrendiğini uygular ve bu tahmin/öngörü olarak karşımıza çıkar. Bu bağlamda makine öğrenmesini tanımlayacak olursak, karar verme süreçlerine destek olmak için çok miktardaki geçmiş verinin analiz edilerek gelecek ile ilgili öngörüler elde edilmesini sağlayan yöntemlere makine öğrenmesi denir¹¹. Başka bir tanıma göre ise makine öğrenmesi, bir bilgisayarın zeki olması için programlanması, bu kapsamda onun çevresindeki unsurlar üzerinden de algılayarak insanlar gibi öğrenmesi ve sahip olduğu öğrenme performansını geliştirmesidir¹². Böylelikle bilgisayar, dış ortamı algılamakta, kendi deneyimleri üzerinden algoritma düzenekleri geliştirebilmekte ve bunlarla problem çözebilmekte, bu yolda da gitgide daha bağımsız bir biçimde hareket edebilmektedir¹³.

Daha yeni bir teknik oluşturan derin öğrenmede ise, insan beynindeki sinir ağlarına benzer bir yapının kullanılması ve özellikle büyük veriden faydalanılması esastır¹⁴. Derin öğrenmeyi, "Verilen bir yığın girdi-çıkı çifti üzerinde antrenman yapıp bir dönüşüm çıkarsamak ve bu dönüşümün daha önce görmediği bir girdiyle karşılaştığında ona uygun çıktıyı vereceğini ummak" şek-

7 Bericht der Arbeitsgruppe; "Digitaler Neustart" der Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister 2018, s. 16; Okur, s. 45. Ayrıca bkz. Emrah Aydemir; WEKA ile Yapay Zeka, Ankara 2019, s. 28.

8 Okur, s. 45.

9 Math Vault, "The Definitive Glossary of Higher Mathematical Jargon", <https://mathvault.ca/math-glossary/#algo>, (E.T. 26.04.2023); Ecem Aksoy, Yapay Zekanın Sorumluluk Hukukundaki Konumu ve Büyük Veri ile İlişkisi, Ankara 2022, s. 65. Farklı bir tanım için bkz. Okur, s. 49.

10 Okur, s. 50.

11 Aydemir, s. 29. Ayrıca bkz. Doğan, s. 42 vd.; Okur, s. 51.

12 Berk Kapancı, "Özel Hukuk Perspektifinden Bir Değerlendirme: Yapay Zekâ ve Haksız Fiil Sorumluluğu", Gelişen Teknolojiler ve Hukuk II : Yapay Zeka, İstanbul 2021, s. 133-134; Başak Bak, "Medeni Hukuk Açısından Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Yapay Zekâ Kullanımından Doğan Hukuki Sorumluluk", TAAD, Yıl: 9, Sayı: 35 (Temmuz 2018), s. 213; Seda Kara Kılıçarslan; "Yapay Zekanın Hukuki Statüsü ve Hukuki Kişiliği Üzerine Tartışmalar", YBHD, Y. 4, S. 2019/2, s. 368.

13 Kapancı, s. 134; Bak, s. 213.

14 Kapancı, s. 134.

linde tanımlamak mümkündür¹⁵. Derin öğrenme algoritmalarının en yaygın kullanım alanlarından biri de nesne tanıma ve yüz tanıma sistemleridir. Yine chatbotlar da derin öğrenmeye örnek gösterilebilir¹⁶.

II. Yapay Zekanın İş Hayatında Kullanımı

Belirtelim ki günümüzde yapay zeka sistemlerinin, şirketlerce her ne kadar özellikle işçilerin işe alımında seçim sürecinde kullanılsa da insan kaynakları departmanı tarafından iş ilişkisinde işçilerin gelişimi, personel stratejisi ve işçilerin yönetimi süreçlerinde de kullanılabileceğini belirtmek gerekir. Örneğin; 40'tan fazla ülkede, 110 bini aşkın çalışanı bulunan Koç Topluluğu, işe alım süreçlerinin yapay zeka teknolojisi ile birleştirileceğini duyurmuştur. Koç Holding'in tasarladığı yapay zeka yazılımının, adayların özgeçmişlerini otomatik oluşturarak veri tabanına işlemeye ve yeteneğe uygun pozisyon açıldığında aday başvurmadan değerlendirmeye alma imkanı sunacağı belirtilmiştir¹⁷.

İş hayatında yapay zekanın daha yoğun kullanıldığı Amerika'da ise, şirketlerce yapay zekanın genellikle üç uygulamasının olduğu göze çarpmaktadır. Bunların ilki, işçileri işe almayı ve performanslarını değerlendirmeyi amaçlayan *insan kaynakları analitiğidir*. İkincisi, işçi planlamasını ve işçilerin faaliyetlerinin koordinasyonunu ve kontrolünü içeren *algoritmik yönetimdir*. Sonuncusu ise, robotların kullanımı yoluyla *görev otomasyonudur*¹⁸. Bu kapsamda iş hayatında yapay zeka ile nelerin mümkün olduğunu göstermek adına birkaç örnek verecek olursak; bilindiği üzere pandemi, çağrı merkezlerindeki birçok işçinin evden çalışmasına yol açmıştır. Şirketlerin yapay zeka sistemleri ise işçilerin çağrı merkezindeki

çalışmalarını izleyebilmektedir. Örneğin; işçinin mesai saatleri içinde cep telefonu kullandığı tespit edilirse, sistem işçinin üstü konumundaki kişiye bildirim göndermekte ve bu kişi derhal müdahale edebilmektedir. Ayrıca çağrı merkezi çalışanlarının ve müşterilerin konuşmalarını kaydeden programda müşterinin ruh halinin ve çalışanların davranışlarının analizine dayanarak sistem, bir bilgisayar panosunda işçiye gerçek zamanlı davranışsal rehberlik sağlayarak onları daha empatik olmaya, konuşmalarında daha etkili olmaya veya daha özgüvenli olmaya teşvik edebilmektedir¹⁹. Yine depolar ve dağıtım merkezleri de yapay zeka için önemli bir uygulama alanı olarak karşımıza çıkmaktadır. Burada yapay zeka işçilerin üretkenliğini ölçmek için kullanılmaktadır. Veriler, vücuda takılan giyilebilir cihazlar tarafından toplanmakta ve tarama oranları, hatalı tarama sayısı ve taramalar arasındaki kesintilerin süresi ölçülmektedir. İşverenler ya da işçilerin üstü konumundaki diğer işçiler sürekli olarak üretkenlik ölçümleri alırlar. Buna ek olarak sistem insan kaynakları departmanına otomatik mesajlar gönderebilir. Hatta bazı sistemler atama yoluyla çalışanları belirli görevlere yönlendirir. Bu çalışanlar mikrofonlu kulaklıklar takar ve mobil cihazlar taşır. Bu şekilde, görevlerin tamamlandığını sistemden teyit edebilirler²⁰.

Gerçekten günümüzde pek çok şirket, kişilerin işe başvuru sürecinin büyük bir kısmını dijital ortamlarda gerçekleştirmektedir. Başvuru sahibi, gerekli bilgileri çevrimiçi olarak sağlayabilmekte ve sayısallaştırılmış sertifikaları potansiyel işverene yükleyebilmekte veya e-posta ile gönderebilmektedir. Dolayısıyla şirketler, yapay zeka kullanarak başvuru sürecinin otomatik olarak yürütülmesi için ideal ön koşul olan kapsamlı veri setlerine sahip olabilmektedir. Burada yapay zekanın şirketlerce iş alımlarda başvuru sürecinin tüm aşamalarında kullanımının da mümkün olduğunu belirtmek gerekir. Başvuru sahibi ve rilerini ve belgelerini görüntülerken, örneğin

15 Kapancı, s. 134. Aynı yöndeki tanım için bkz. Bak, s. 213.

16 Doğan, s. 52.

17 Koç Holding, "İşe Alım Süreçlerinde Kendi Tasarladığı Yapay Zeka Teknolojisini Kullanacak", <https://www.koc.com.tr/medya-merkezi/haberler/2022/koc-holding-ise-alim-sureclerinde-yapay-zekayi-kullanacak> 17.03. 2022.

18 Bernd Waas, KI und Arbeitsrecht, RdA 2022, s. 125.

19 Waas, s. 127. Ayrıca bkz. WP-4Ws-Augmented-Intelligence-r3.1.pdf (cogitocorp.com, E.T. 31.03.2023).

20 Waas, s. 127.

uygun adayların ön seçimini yapmak için kişi analizi programları kullanılabilir. İş görüşmeleri ayrıca kişi analitiği tarafından desteklenebilir ve hatta chatbotlar tarafından yürütülebilir. Başvuranın psikolojik ve iletişimle ilgili özelliklerini belirlemek için bir konuşma analizi kullanılabilir. Hatta, yapay zekanın bir adayı işe alma kararını vermesine izin vermek (teknik olarak) bile mümkün olabilir. Akıllı sistemler bir başvuru sürecinden sonra da kullanılabilir; bu sistemler geçmiş başvuru sürecinden öğrenmek ve gelecekteki işe alımlar için kalıplar geliştirmek üzere mevcut verileri kullanır²¹. Bu bağlamda Avrupa Birliği Yapay Zeka Hakkındaki Tüzük teklifinde işverene, kişi analizi kapsamında değerlendirebileceğimiz duygu tanıma sistemi veya biyometrik sınıflandırma sistemini kullanması halinde, bu sisteme maruz kalan aday işçileri sistemin işleyişinden haberdar etmek yükümlülüğü getirilmiştir (m. 52/2). Dolayısıyla işveren, örneğin işe alım sürecinde kişi analizi programı kullanıyorsa bunu aday işçilere bildirmekle yükümlüdür.

Şirketler tarafından algoritmik yönetim kapsamında yapay zeka, işçilere iş talimatlarını dağıtmak, kapasiteleri kontrol etmek veya belirli talimatları bunları yapmaya en uygun işçilere atamak için de kullanılabilir. Ancak yapay zeka tarafından işçilere iş talimatlarının otomatik atanması, işçiler için dezavantajlı bir duruma ve istenmeyen gelişmelere yol açabilir. Yazılım, iş talimatlarını belirli işleri en hızlı tamamlayabilen işçilere atamayı tercih ediyorsa, bu kesinlikle işverenin yararınadır. İşçiler açısından ise bir noktadan sonra etkilenen işçilerin iş yükünün artmasına, işi tamamlama süresinin uzamasına ve iş sonuçlarının kalitesinin düşmesine neden olabilir. Bu durum, yüksek performans gösteren işçiyi düşük performanslı işçiye dönüştürülebilir²². Gerçekten kanaatimizce de yapay zekanın

iş talimatlarını her zaman belirli işleri en hızlı tamamlayabilen işçilere atamayı tercih etmesi işçiler arasında eşitsizliğe neden olabilir. Hatta yapay zekanın bu işçilerin performanslarını ölçmesine bağlı olarak, işveren tarafından iş sözleşmesi feshedilecek işçinin tespitinde de adaletsizliğe neden olabilir.

Buna rağmen genellikle insanlar tarafından bilgisayarca yapılan hesaplamaların ve tercihlerin çoğunlukla yüksek ölçüde objektif ve doğru olduğu ifade edilir²³. Makinenin objektif olduğu ve ayrımcılık oluşturacak nedenlerin her birinin kolayca silinebileceği, böylece makinenin ayrımcılık olmadan ve daha doğrusu ayrımcılıktan arınmış olarak çalışabileceği de düşünülebilir. Buradaki teknolojiye olan güven, yapay zeka algoritmasının en sonunda bilgisayar girdi verilerini gruplara göre sınıflandırması ve başvurularını yahut işçileri kişisel özelliklerini dikkate almadan bu şekilde gruplara eklemesinden kaynaklanmaktadır²⁴. Ancak kanaatimizce yapay zekanın veriler ile çalışıyor olması, ayrımcılık sonucunu doğuracak verilerin sisteme girdi olarak yüklenmesi ya da kendi kendine öğrenen yapay zekayı dikkate aldığımızda ayrımcılık ile karşılaşılma riski mevcuttur.

Belirtmek gerekir ki, yapay zekanın kullanımı hukuk alanında temel hakların korunması, ayrımcılığa karşı koruma yanında iş hukukunda iş sağlığı ve güvenliği bakımından da önem taşımakta, gerek AB bünyesinde ve üye ülkelerde gerekse ABD’de düzenleme arayışlarını beraberinde getirmektedir.

III. Avrupa Birliğinde Yapay Zeka Hakkındaki Çalışmalar

Yapay zekanın iş hayatında yaygın bir şekilde kullanıldığını izah ettikten sonra AB Komis-

21 Carmen Freyler, "Robot-Recruiting, Künstliche Intelligenz und das Antidiskriminierungsrecht", NZA 2020, s. 285.

22 Michael Witteler/Lucas Moll, "Künstliche Intelligenz am Arbeitsplatz – Datenschutz und Rechte des Betriebsrats", NZA 2023, s. 328.

23 Centre of Human Resources Information Systems, Digitalisierung und Zukunft der Arbeit 2020, s. 21. Aynı yönde Freyler, s. 285.

24 Jörg Hennig/Anika Nadler, "Künstliche Intelligenz im Arbeitsrecht", KI & Recht kompakt, Springer Nature 2020, s. 241.

yonu'nun 21 Nisan 2021 tarihindeki Yapay Zeka Hakkında ilk Tüzük teklifine yer vermenin faydalı olduğu kanaatindeyiz. Belirtelim ki bu tüzük teklifinin hareket noktası "yüksek riskli yapay zeka sistemlerinin halen kullanıldığı ve yakın zamanda kullanılması beklenen sektörlerde mevcut birlik hukuku ile tam uyum sağlanması gerektiğidir". Tüzük teklifi, yapay zekaya ilişkin düzenleme gereğinin bir parçası olarak hazırlanmıştır. Nitekim, Avrupa Konseyi ve Avrupa Parlamentosu, Birlik düzeyinde yapay zeka sistemleri için hem faydaların hem de risklerin ele alındığı, pazarın iyi işleyişini sağlayacak bir düzenleme yapılması gereğini belirterek bu konuda talepte bulunmuştur. Avrupa Konseyi son olarak, 21 Ekim 2020 tarihli kararında yapay zekanın temel haklarla uyumunu sağlamak ve yasal mevzuatın uygulanmasını kolaylaştırmak için belirli yapay zeka sistemlerinin opaklığını, karmaşıklığını, önyargısını, belirli bir dereceye kadar öngörülemezliğini ve kısmen özerk davranışlarını ele alma çağrısında bulunmuştur²⁵.

Komisyon'a göre; taslağın birkaç hedefe ulaşması amaçlanmaktadır. Bunlar, "*Birlik pazarına sunulan ve kullanılan yapay zeka sistemlerinin güvenli olduğunu ve geçerli temel haklar mevzuatına ve Birliğin değerlerine saygı duyduğunu garantilemek*"; "*hukuki güvenliği sağlamak ve yapay zeka alanında yatırım ve yeniliği kolaylaştırmak*", "*temel haklar ve güvenlik gerekliliklerine ilişkin mevcut kuralların yönetişimini ve etkili bir şekilde uygulanmasını iyileştirmek*" ve "*hukuka uygun, güvenli ve güvenilir bir yapay zeka için iç pazarın gelişimini kolaylaştırmak ve pazarın bölünmesini engellemektir*"²⁶.

Tüzük teklifi esas itibarıyla, temel hakların ihlalini önlemeye yönelik güvenli bir yapay zeka sistemi için teknik gereklilikleri, denetim ve iz-

lemeye ilişkin temel kuralları, kullanım sırasında uyulması gereken önlemleri ve sistemin işleyişi bakımından yetkili otoritenin oluşturulmasına yönelik hükümleri içermektedir. AB Temel Haklar Şartı ve verilerin korunması, tüketicinin korunması, ayrımcılığın önlenmesi ve toplumsal cinsiyet eşitliğine ilişkin ikincil Birlik mevzuatı ile tutarlılık sağlanmıştır. Temel hakların korunması ile bağlantılı olarak, yapay zekanın opaklık, karmaşıklık, verilere bağımlılık, özerk davranış gibi özellikleri dikkate alındığında kullanımının AB Temel Haklar Şartı'nda yer alan bir dizi temel hakkı olumsuz etkileyebileceği vurgulanmış ve temel haklar için yüksek düzeyde koruma sağlanması amaçlanmıştır. Tüzük teklifinde benimsenen kuralların, halen mevcut yapılar üzerine inşa edilen Üye Devletler düzeyinde bir yönetim sistemi ve Avrupa Yapay Zeka Kurulu'nun kurulmasıyla Birlik düzeyinde bir işbirliği mekanizması aracılığıyla uygulanması öngörülmektedir²⁷. Ayrıca ulusal düzeyde Tüzüğün uygulanmasını denetlemek amacıyla ulusal denetim mekanizması oluşturulması benimsenmiştir.

Teklifte borçlar hukuku anlamında sorumluluk hükümleri yer almamakla birlikte, teknik gereklilikler olası bir zarar durumunda sorumluların tespiti bakımından önem taşımaktadır. Nitekim aşağıda ele alacağımız "AB Yapay Zeka Sorumluluk Yönergesi" sorumluluğun tespitinde Tüzük Teklifine ve Teklifte öngörülen yükümlülüklerle atıf yapmaktadır.

Tüzük Teklifinde Komisyon, risk temelli bir düzenleme yaklaşımı izlemiştir. Bu noktada, düzenlemenin yoğunluğu bir yapay zekanın hangi riskleri içerdiğine bağlanmış ve risk türleri arasında bir ayrıma gidilmiştir. Bunlar, "kabul edilemez risk", "yüksek risk" ve "az veya minimum risk"tir. Kabul edilemez risk kapsamında Birlik değerlerine örneğin; temel haklara aykırılık yer alır ve II. Bölüm'de bir liste olarak sayılmıştır. Yüksek risk

25 Council of the European Union, Presidency Conclusions - The Charter of Fundamental Rights in the Context of Artificial Intelligence and Digital Change, 11481/20, 2020.r

26 Regulation Of The European Parliament And Of The Council Laying Down Harmonised Rules On Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act) And Amending Certain Union Legislative Acts, COM (2021) 206 final, 3.

27 Regulation Of The European Parliament And Of The Council Laying Down Harmonised Rules On Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act) And Amending Certain Union Legislative Acts, 12.

esas itibarıyla, Tüzüğün temel düzenleme hedefi olup, sağlık ve güvenlik veya gerçek kişilerin temel hakları bakımından yüksek riskli yapay zeka sistemleri için belirli gereklilikler ve ön uygunluk değerlendirilmesi öngörülmüştür. Taslak düzenleme özellikle, «yüksek riskli» olarak nitelendirmeyi, AB'de yalnızca bir kamu kuruluşu tarafından onaylanmış yapay zeka sistemlerini tanıtmaya ve kullanma yükümlülüğüne bağlamaktadır. Taslağın 30 ila 51. maddeleri arasında, Üye Devletlere aktarılan bildirim prosedürünün ayrıntılı tasarımına ilişkin teknik standartları içermektedir. Yüksek risk sadece sistemin işleyişine değil, bilakis somut amacı ve kullanım biçimlerine bağlıdır. Yüksek riskli yapay zeka sistemleri Tüzükte özel olarak sayılmıştır²⁸. Düşük riskli sistemde ise sadece gerçek kişilerle karşılıklı etkileşim bakımından belirli şeffaflık yükümlülükleri mevcuttur.

Yapay Zeka Tüzük Teklifinin odak noktasında "Yüksek Riskli Yapay Zeka Sistemleri" yer alır. "İstihdam, Personel Yönetimi ve Bağımsız Çalışmaya Erişim" yüksek riskli yapay zeka sistemlerine dahildir (Ek III m. 4). Gerçek kişilerin işe alınması veya seçimi, boş pozisyonların duyurulması, başvuruların elenme veya filtrelenmesi süreci, mülakat veya testler sırasında adayların değerlendirilmesi için kullanılması amaçlanan yapay zeka sistemleri (Ek III m. 4/a) ve işle ilgili sözleşmeye dayalı ilişkilerde terfi veya ilişkinin sona erdirilmesi, görev dağılımı ve bu tür ilişkilerde kişilerin performansının ve davranışlarının izlenmesi ve değerlendirilmesi hakkında karar vermek için kullanılmak üzere tasarlanan yapay zeka sistemleri (Ek III m. 4/b) Teklifin 6. maddesi anlamında yüksek riskli yapay zeka sistemi olarak kabul edilmiştir. Komisyon bu noktada gerekçe olarak, bu tür sistemlerin iş ilişkilerinde işe alma süreci, değerlendirme, terfi veya terfi ettirilmeme ile ilgili olarak kadınlara, belirli yaş gruplarına veya engelli kişilere, belirli bir ırka etnik kökene veya

cinsel yönelime sahip kişilere karşı tarihsel ayrımcılık kalıplarını sürdürebileceğini belirtmiştir. Öte yandan bu kişilerin performansı veya davranışlarının izlenmesi kişisel verilerin korunması ve özel yaşam hakkına etki edilebilecektir²⁹.

Çalışma ilişkisinde yapay zekanın kullanımında AB iş hukuku müktesebatına uyum gerekli olup, bunlardan en önemlileri Ayrımcılığa Karşı Korumaya İlişkin Yönergeler (2000/78, 2000/43, 2006/54), Çalışanların Sağlık ve Güvenliğine İlişkin Yönerge (89/391), Çalışanlara ve Temsilcilerinin Danışılması ve Bilgilendirilmesi Yönergesi (2009/38 EC, 2002/14 EC, 2003/72 EC) ve örgütlenme toplu sözleşme ve toplu eylem hakkıdır (Art 12 ve 28 Avrupa Temel Haklar Şartı).

Yukarıda da belirtildiği üzere, Tüzük Teklifinde yüksek riskli yapay zeka sistemi için bir dizi gereklilik öngörülmektedir. Gerekliliklere uyumda yapay zekanın "kullanım amacı" ve "risk yönetim sistemi" dikkate alınacaktır (m. 8). Gereklilikler kapsamında öncelikle bir risk yönetim sisteminin oluşturulması, uygulanması, belgelendirilmesi ve sürdürülmesi yükümlülüğü kabul edilmiştir (m. 9/1). Risk yönetim sistemi kapsamında yüksek riskli yapay zeka sistemiyle ilişkili bilinen ve öngörülebilir risklerin tanımlanması ve analizi, yüksek riskli yapay zeka sisteminin kullanım amacına uygun olarak ve "makul olarak öngörülebilir amaç dışı kullanım" halinde ortaya çıkabilecek risklerin tahmini ve değerlendirilmesi, piyasaya arz sonrası izleme sisteminden toplanan verilerin analizine dayalı olarak ortaya çıkması muhtemel diğer risklerin değerlendirilmesi ve risk yönetimi önlemlerinin benimsenmesi gerekmektedir. Risk yönetimi önlemleri, yüksek riskli yapay zeka sistemlerinin genel "artık riski"nin yanı sıra her bir tehlikeyle ilişkili herhangi bir artık riskin kabul edilebilir olarak değerlendirileceği şekilde olacaktır. Artık risklerin sağlayıcı tarafından kullanıcıya iletilmesi gerekir. Görüldüğü gibi risklerin tespitinde kullanım amacı ve

28 Regulation Of The European Parliament And Of The Council Laying Down Harmonised Rules On Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act) And Amending Certain Union Legislative Acts, 15.

29 Regulation Of The European Parliament And Of The Council Laying Down Harmonised Rules On Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act) And Amending Certain Union Legislative Acts, 13.

makul olarak öngörülebilir risklerin belirlenmesi ve yapay zekanın tasarımı ve geliştirilmesi yoluyla risklerin mümkün olduğunca ortadan kaldırılması veya azaltılması hedeflenmektedir (m. 9/4, a) Risk yönetim sistemi kapsamında ayrıca kullanıcıdan beklenecek teknik bilgi, deneyim, eğitim, öğretim ve sistemin kullanım amacının dikkate alınması gerekmektedir. Öte yandan uygun olduğu hallerde, ortadan kaldırılamayan risklerle ilgili olarak yeterli ölçüde azaltma ve kontrol önlemlerinin uygulanması, kullanıcılara bu konuda yeterli bilgi verilmesi ve uygun olduğu takdirde kullanıcılara eğitim verilmesi öngörülmüştür (m. 9/4, b).

Tüzük Teklifi'nde yüksek riskli yapay zeka sistemlerinin, en uygun risk yönetimi önlemlerini belirlemek amacıyla test edileceği, testin uygun olduğu şekilde geliştirme süreci boyunca herhangi bir zamanda ve her durumda piyasaya arz edilmeden veya hizmete sunulmadan gerçekleştirilmesi öngörülmektedir (m. 9/5).

Veri ve veri yönetimi başlığı altında, verilerle modellerin eğitimini içeren teknikleri kullanan yüksek riskli yapay zeka sistemlerinin teklifte belirtilen kalite kriterlerini karşılayan eğitim, doğrulama ve test setleri temelinde gerçekleştirilmesi kabul edilmiş ve bunlar arasında olası önyargılar açısından inceleme, olası veri boşluklarının veya eksiklerinin belirlenmesi ve bunların nasıl ele alınacağı, izlenen amacın gerektirdiği ölçüde yüksek riskli yapay zeka sisteminin kullanılmasının amaçlandığı belirli coğrafi, davranışsal veya işlevsel ortama özgü özelliklerin veya unsurların dikkate alınması gereği sayılmıştır (m. 10). Aynı zamanda yüksek riskli yapay zeka sisteminin öngörülen gerekliliklere uygun olduğunu gösterecek ve yapay zeka sisteminin uygunluğunu değerlendirmek için ulusal yetkili makamlara ve onaylanmış kuruluşlara gerekli tüm bilgileri sağlayacak şekilde teknik doküman hazırlanması öngörülmüştür (m. 11).

Yüksek riskli yapay zeka sistemleri, sistem çalışırken olayları otomatik olarak kaydedecek şekilde tasarlanacak ve geliştirilecektir. Bu kayıt sistemi, sistemin izlenen amacına uygun olan yaşam

döngüsü boyunca izlenebilirlik düzeyini sağlayacak nitelikte olacaktır (m. 12).

Yapay zekanın tasarımında öngörülen gerekliliklerden bir diğeri "şeffaflık" ve "kullanıcılara bilgi sağlanması"dır. Yüksek riskli yapay zeka sistemleri, kullanıcıların sistemin çıktısını kullanabilmesi için operasyonlarının yeterince şeffaf olmasını sağlayacak şekilde tasarlanmalı ve geliştirilmeli ve kullanıcılara Tüzükte sayılan bilgiler sağlanmalıdır (m. 13). Şeffaflığın sağlanması noktasında doktrinde işçi temsilcilerinin katılımının sağlanması gerektiği savunulmuştur. Zira, bu yolla sistemin olası zararlı etkileri ve temel hakların korunması noktasında uyumunun değerlendirilmesi kolaylaşacak, işgücünün kendi iş organizasyonları üzerinde söz sahibi olması mümkün olabilecektir. Örneğin; zincir işletmelerde görev dağılımını gerçekleştirme amacını taşıyan bir yapay zeka sisteminin tasarımında çoğunlukla yazılımı kullanan işletme yararına üretim verimliliğinin optimize edilmesi hedeflenir. Ancak burada çalışma sürelerine, iş sağlığı ve güvenliği mevzuatına, ayrımcılık yasalarına uyum sağlanmak zorunludur. İşçinin, süreç üzerinde doğrudan denetim yetkisi bulunmamakla birlikte sistemin şeffaflığı hukuka aykırılığı önlemek noktasında önemlidir. Doktrinde yazılımların, işçilerin karar süreçlerine mümkün olduğunca katılımının sağlanmasına izin verecek şekilde tasarlanmasının, olası hak ihlallerinin önlenmesi bakımından dikkate alınması gerekli bir unsur olarak değerlendirilmektedir³⁰.

Tüzükte "insan gözetimi" başlığı altında, yüksek riskli yapay zeka sistemlerinin, uygun insan-makine arayüz araçları da dahil olmak üzere kullanım süresi boyunca, gerçek kişiler tarafından etkin bir şekilde denetlenebilecek şekilde tasarlanması ve geliştirilmesi öngörülmüştür (m. 14/1). İnsan gözetimi, yüksek riskli bir yapay zeka sistemi amacına uygun olarak veya makul olarak öngörülebilir kötüye kullanım koşulları altında

30 Aude Cefaliello/Miriam Kullmann; "Offering false security: How the draft artificial intelligence act undermines fundamental workers rights", European Labour Law Journal, 20.10.2022, <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/20319525221114474>.

kullanıldığında, sağlık, güvenlik veya temel haklara yönelik riskleri önlemeyi veya en aza indirmeyi amaçlayacaktır (m. 14/2). Belirtilen tüm bu yükümlülükler güvenli bir sistemin tasarımına yönelik hükümler niteliğinde olup, esasen bu gereklilikler aynı zamanda sağlayıcının yükümlülükleri olarak kabul edilmiştir.

Tüzükte yüksek riskli yapay zeka sistemleri sağlayıcılarının ve kullanıcılarının ve üçüncü tarafların yükümlülükleri özel olarak belirtilmiştir. Sağlayıcılar, öncelikle yukarıda belirtilen gerekliliklere uymakla yükümlü oldukları gibi, 17. madde ile uyumlu bir kalite yönetim sistemine tabi olmak, teknik doküman hazırlamak, kendi kontrolleri altındayken otomatik olarak kayıtları gerçekleştirmek, sistem piyasaya sürülmeden veya hizmete sunulmadan önce uygunluk değerlendirmesini yapmak, kayıt yükümlülüklerine uymak ve gerekliliklere uygun değilse gerekli düzeltici önlem almakla yükümlüdür (m. 16).

Tüzükte belirli haller sayılarak bu hallerde bir distribütör, ithalatçı, kullanıcı veya diğer üçüncü kişilerin bu Tüzüğün amaçları doğrultusunda sağlayıcı olarak kabul edileceği ve 16. maddede belirtilen sağlayıcının yükümlülüklerine tabi olacağı kabul edilmiştir. Bu haller; a) kendi adları veya ticari markaları altında yüksek riskli bir yapay zeka sistemini pazarlamak veya hizmete sokmak; b) halihazırda piyasaya arz edilmiş veya hizmete sunulmuş yüksek riskli bir yapay zeka sisteminin izlenen amacını değiştirmek c) yüksek riskli yapay zeka sisteminde önemli bir değişiklik yapma halleridir. Amacın değiştirilmesi ve sistemde önemli bir değişiklik yapma hallerinde, yüksek riskli yapay zeka sistemini ilk olarak piyasaya arz eden veya hizmete sokan sağlayıcı, Tüzüğün amaçları kapsamında bir sağlayıcı olarak değerlendirilmeyecektir (m. 28).

Kullanıcıların yükümlülükleri, öncelikle sistemlerle birlikte verilen kullanım talimatlarına uymaktır. Ancak Tüzükle öngörülen yükümlülükler Birlik veya ulusal mevzuat kapsamındaki diğer yükümlülüklerle uyum ve sağlayıcı tarafından belirtilen insan gözetimi önlemlerini uygulama amacıyla kendi kaynaklarını ve faaliyetlerini dü-

zenleme konusundaki takdir yetkisini ortadan kaldırmaz. Kullanıcı, girdi verilerini yüksek riskli yapay zeka sisteminin hedeflenen amacı açısından ilgili olmasını sağlayacaktır. Kullanıcı, kullanım talimatları temelinde yüksek riskli yapay zeka sisteminin çalışmasını izleyecek, sistemin m. 65/1 anlamında bir risk oluşturmasına yol açabileceğini düşünmek için nedenlerin varlığında sağlayıcı veya distribütörü bilgilendirecek ve sistemin kullanımını askıya alacaktır. Ayrıca 62. madde anlamında herhangi bir ciddi olay veya herhangi bir arıza tespit ettiklerinde sağlayıcıyı veya distribütörü bilgilendirecek ve sistemi durduracaktır. Kullanıcının sağlayıcıya ulaşamaması durumunda gerekli değişiklikler yapılarak 62. madde uygulanacaktır. Yüksek riskli yapay zeka sistemlerinin kullanıcıları, sistem tarafından otomatik olarak oluşturulan kayıtları kendi kontrolleri altında olduğu ölçüde tutacaklar ve uygun bir süre boyunca saklayacaklardır (m. 29).

Tüzük teklifi, özellikle temel haklara aykırılığın önlenmesi konusunda güvenliğin sağlanması bakımından eleştirilmektedir. Tüzük teklifi uyumlandırılmış normlar temelinde sağlayıcının kendi güvenlik değerlendirmesine dayanır. Sağlayıcı bir yüksek riskli yapay zeka sistemi için teknik normlara uyumu sağlama konusunda kendi bizzat değerlendirme yapmalıdır. Burada uyumlandırılmış normlarla örtüşme halinde bir uygunluk varsayımı kabul edilmiştir (m. 40). Buna göre sağlayıcılar, yüksek riskli yapay zeka sistemlerinin piyasaya arz edilmeden veya faaliyete geçirilmeden önce bir uygunluk değerlendirme prosedürüne tabi tutulmasını sağlamalıdır. Tüzük, yalnızca istisnai durumlarda harici üçüncü taraflarca bir ön uygunluk değerlendirmesi öngörür (m. 19, 43/2). Bu istisnai durum ise çalışma yaşamına ilişkin değildir. Bununla birlikte, Teklifin 63. maddesinde yetkili üye devlet makamları tarafından sonradan piyasa gözetimi yapılmasını şart koşmakta ve 64/ 1 ve 2 hükümlerinde piyasa gözetimi yetkililerine tüm bilgilere, belgelere ve verilere (varsa kaynak kodu dahil) sınırsız erişim vermektedir. Yüksek riskli yapay zeka sistemlerinin düzenlenmesinin ne derece etkin olacağı

öncelikle geliştirilen uyumlandırılmış normlara bağlıdır. Ancak sağlayıcı normlara uyumda kural olarak serbesttir. Sağlayıcı kendi teknik çözümlerini oluşturur, bu durum ise tüzüğün belirsiz taleplerini bizzat somutlaştırması anlamına gelir³¹. Tüzük kapsamında aynı kuruluşun hem yapay zeka sisteminin risklerini değerlendirmesi hem de başka bir paydaşın katılımı olmaksızın sistemin güvenli olup olmadığını bizzat denetlemesi eleştiri konusu olmuştur. Bu noktada üçüncü tarafın uygunluk değerlendirmesinin benimsenmesi gerektiği savunulmaktadır³². Öte yandan bir diğer eleştiri konusu istihdam alanında kullanılan yüksek riskli yapay zeka sistemlerinde çok sayıda yapay zekanın birlikte kullanılabilmesi olasılığının dikkate alınmamış olmasıdır. Bu yapay zeka sistemlerinin her biri, tek başına çıkardığı riskler yanında farklı riskler ortaya çıkarabilir³³.

Güvenliğin ikinci aşaması pazarlama sonrası gözetim sistemidir. Tüzük teklifinde sağlayıcıların, yapay zeka teknolojilerinin doğası ve yüksek riskli yapay zeka sisteminin riskleri ile orantılı bir şekilde bir piyasaya arz sonrası izleme sistemi kurması öngörülmüştür. İzleme sistemi, kullanım ömrü boyunca yüksek riskli yapay zeka sistemlerinin performansı hakkında kullanıcılar tarafından sağlanan veya diğer kaynaklar aracılığıyla toplanan ilgili verileri aktif ve sistematik olarak toplayacak, belgeleyecek ve analiz edecek, sağlayıcının yapay zeka sistemlerinin sürekli uyumluluğunu değerlendirmesine izin verecektir (m. 61). Düzenleme özellikle makine öğrenimi bakımından önemlidir. Yapay zeka sağlayıcısı bakımından, makine öğrenimi her ne kadar yapay zeka sisteminin temeli olsa da yapay zekanın öncelikli amacı değildir. Makine öğrenimi yoluyla yeni verilerin eklenmesi sonucunda çıktılar değişebilecektir. Yapay zekanın geliştirilmesi için veri kümelerinin kullanılmasında verilerin doğruluğu yanında aynı zamanda işkollarına göre farklılık-

ların dikkate alınması gerekir. Farklı işkollarında yürütülen işlerin türü yanında örneğin baskın cinsiyet görünümü de değişebilmektedir. Öte yandan Avrupa'da tasarlanan bir yazılımın örneğin ABD'den veri toplaması durumunda verilerin hukuki normlara ve istihdam yapısına uyumu tereddüt yaratabilir. Verinin ne kadar güncel olduğu, geçmiş tahmin ve önyargılar sistemin çıktısı üzerinde etkide bulunur³⁴.

Güvenliğin üçüncü aşaması raporlama mekanizmasıdır. Birlik piyasasına arz edilen yüksek riskli yapay zeka sistemlerinin sağlayıcıları, herhangi bir ciddi olayı veya bu sistemlerde meydana gelen ve temel hakları korumaya yönelik Birlik müktesebatı kapsamındaki yükümlülüklerin ihlalini teşkil eden herhangi bir arızayı olayın veya ihlalin meydana geldiği üye devletin gözetim otoritelerine raporlamak zorundadır. Temel hakları korumaya yönelik Birlik hukuku kapsamındaki yükümlülüklerin ihlaline ilişkin bir bildirim alındığında, piyasa gözetim ve denetim kuruluşu, m. 64 (3)'de belirtilen ulusal kamu makamlarını veya organlarını bilgilendirir. Düzenleme raporlamasının "ciddi vaka" ibaresini kullanması bakımından eleştirilmektedir. Zira, ciddi vaka doğrudan veya dolaylı olarak bir kişinin ölümüne veya sağlığının zarar görmesine, bir malvarlığı zararına veya çevre zararına işaret eder. Bir diğer anlamı ise ciddi ve geri dönüştürülemez biçimde yönetimin veya temel yapının bozulmasıdır (m. 3, (44)). Kavramın dar olduğu, yapay zekanın kötüye kullanımının çoğu kez fiziksel riskler yerine psikolojik riskleri ortaya çıkardığı, sürekli izleme, stres, anksiyete ve potansiyel tükenmişlik sendromu, aşırı bitkinlik gibi durumlar gözlenir. Sistem, bir işçiyi doğrudan veya dolaylı olarak ayrımcılığa uğrattırsa, ciddi bir vaka olarak sınıflandırılmasının güç olduğu belirtilmektedir³⁵. Yüksek riskli yapay zeka sistemlerine ilişkin olarak önyargı izleme, tespit ve düzeltmenin sağlanması amacıyla kesinlikle gerekli olduğu ölçüde, bu tür sistemlerin sağlayıcıları, hassas nitelikteki kişisel verileri işleyebi-

31 Bernd Waas, *Künstliche Intelligenz und Arbeitsrecht*, 1. Auflage, Frankfurt 2022, s. 78-79.

32 Cefaliello/Kullmann, s. 7; Waas, *Künstliche Intelligenz und Arbeitsrecht*, s. 80.

33 Waas, *Künstliche Intelligenz und Arbeitsrecht*, s. 80.

34 Cefaliello/Kullmann, s. 8.

35 Cefaliello/Kullmann, s. 8.

lir. Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğünde hassas veriler, ırk veya etnik köken, siyasi görüş, dini veya felsefi inanç veya sendika üyeliği, genetik veriler, bir gerçek kişiyi benzersiz bir şekilde tanımlamak amacıyla biyometrik veriler, sağlıkla ilgili veriler veya bir gerçek kişinin cinsel yaşamı veya cinsel yönelimi ile ilgili veriler olarak sıralanmıştır (m. 9).

Hemen belirtelim ki hukukumuz açısından Kişisel Verilerin Korunması Kanunumuzda da benzer bir hüküm bulunmaktadır. Kanun'a göre, "Kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik ve genetik verileri özel nitelikli kişisel veridir" (KVKK. m. 6,1). İşveren tarafından özel nitelikli bu verilerin işlenmesi ve yapay zeka yazılımı yapan sağlayıcıya verilerin verilerek programda işlenmesi örneğin; işe alımda sürecinde adayın ayrımcılığa maruz kalması sonucunu doğurabilir. Dolayısıyla kanaatimizce Avrupa Birliği Yapay Zeka Tüzük Teklifinde düzenlendiği gibi sistemin önyargılı olup olmadığının tespitinde ve önyargılı ise düzeltmenin sağlanması amacıyla, bir diğer ifadeyle kontrol amacıyla kesinlikle gerekli olduğu ölçüde, yazılımı üreten gerçek ya da tüzel kişi sağlayıcının verileri işlemesi mümkün olmalı ancak bu kapsam ile sınırlı kalmalıdır.

Öğretide Teklifin, yapay zekanın çalışma hayatında yasal olarak güvenli bir şekilde kullanılmasının temelini oluşturduğu ifade edilmiştir. Örneğin; eğitim verileri belirli kalite kriterlerini karşılayan sertifikalı bir yapay zeka sistemi kullanıldığında, yapay zeka kullanımı nedeniyle dolaylı ayrımcılık iddiası daha nadir ortaya çıkacak ve ispat bakımından kolaylık sağlayacaktır. Aynı şekilde, bu tür sistemlerin kullanıcıları olarak işverenler, seçim hatası konusunda suçlanmayacak ve bu nedenle maddi ve manevi tazminat talep etme riski de belirgin bir şekilde azalacaktır³⁶.

IV. Ayrımcılık Kavramı

Yapay zeka kavramı ve konuya ilişkin Avrupa Birliği Tüzük Teklifinden bahsettikten sonra, çalışmamız açısından bir diğer önemli kavram olan ayrımcılık üzerinde duracak olursak, her ne kadar eşit davranma ilkesi başlığını taşısa da ayrımcılık yasakları ile sınırlı olan³⁷ İş Kanunu'nun "Eşit Davranma İlkesi" başlıklı 5. maddesine göre, "İş ilişkisinde dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz (f. 1). İşveren, esaslı sebepler olmadıkça tam süreli çalışan işçi karşısında kısmî süreli çalışan işçiye, belirsiz süreli çalışan işçi karşısında belirli süreli çalışan işçiye farklı işlem yapamaz (f. 2). İşveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz (f. 3). Aynı veya eşit değerde bir iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük ücret kararlaştıramaz. İşçinin cinsiyeti nedeniyle özel koruyucu hükümlerin uygulanması, daha düşük bir ücretin uygulanmasını haklı kılmaz (f. 4)".

Hukukumuzda ayrımcılık yasağına ilişkin bir diğer önemli düzenleme 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nda yer almaktadır. Kanun'un "Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı" başlıklı 3. maddesinde, herkesin hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden yararlanmada eşit olduğu (f.1); bu Kanun kapsamında cinsiyet, ırk, renk, dil, din, inanç, mezhep, felsefi ve siyasi görüş, etnik köken, servet, doğum, medeni hâl, sağlık durumu, engellilik ve yaş temellerine da-

4/2021, s. 501.

37 Nuri Çelik/Nurşen Caniklioğlu/Talat Canbolat/Ercüment Özkaraca, İş Hukuku Dersleri, 35. bs., İstanbul 2022, s. 418; Sarper Süzek, İş Hukuku, 21. bs., İstanbul 2021, s. 470; Ömer Ekmekçi/Esra Yiğit, Bireysel İş Hukuku, 3. bs., İstanbul 2021, s. 344; Erdem Özdemir, "Beyaz Yakalı ve Mavi Yakalı İşçiler Arasında Fazla Çalışma İle Ulusal Bayram ve Genel Tatil Ücretleri Bakımından Farklı Oranların Uygulanması Eşitlik İlkesine Aykırılık Oluşturur mu?", Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 33, s. 48; Canan Ünal, İş Hukukunda Yaş Ayrımcılığı, İstanbul 2018, s. 101.

36 Clemens Höpfner/Jan Alexander Daum; "Der Robo-Boss" - Künstliche Intelligenz im Arbeitsverhältnis", ZFA,

yalı ayrımcılığın yasak olduğu (f. 2) hükme bağlanmıştır. Bu fıkrada sayılan ayrımcılık nedenleri sınırlı sayıdadır. Ancak bu Kanun'da İş Kanunu'ndan farklı olarak doğrudan ayrımcılık, dolaylı ayrımcılık, çoklu ayrımcılık, varsayılan temele dayalı gibi ayrımcılık türlerine de yer verilmiştir (TİHEKK m. 2, m. 4). Biz burada yapay zeka kullanımından doğacak ayrımcılıklarda daha sık karşılaşılması ihtimali nedeniyle sadece doğrudan ve dolaylı ayrımcılığın üzerinde duracağız.

Öğretide doğrudan ayrımcılık, bir yasal düzenlemenin, bir işlemin ya da sözleşme hükmünün ayırım yasaklarına dayalı olarak açıkça farklı uygulama getirmesi, işverenin ayırım yasağı olarak değerlendirilen bir ölçüte dayalı olarak farklı işlem yapması durumlarını ifade etmektedir³⁸. Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nda ise doğrudan ayrımcılık, *"Bir gerçek veya tüzel kişinin, hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden karşılaştırılabilir durumdakilere kıyasla eşit şekilde yararlanmasını bu Kanunda sayılan ayrımcılık temellerine dayanılarak engelleyen veya zorlaştıran her türlü farklı muamele"* olarak tanımlanmıştır. Dolaylı ayrımcılık ise, görünüşte tarafsız bir ölçüte dayalı bir hükmün, uygulamanın ya da ölçütün sonuçlarının, belli bir gruba mensup kişileri diğerleriyle karşılaştırıldığında olumsuz etkilediği, ortaya çıkan bu olumsuz durumun da haklı bir gerekçeyle açıklanamadığı durumları ifade eder³⁹. TİHEKK'de ise dolaylı ayrımcılık, bir gerçek veya tüzel kişinin, görünüşte ayrımcı olmayan her türlü eylem, işlem ve uygulamalar sonucunda, bu Kanun'da sayılan ayrımcılık temelleriyle bağlantılı olarak, hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden yararlanma bakımından nesnel olarak haklılaştırılmayan dezavantajlı bir konuma sokulması olarak tanımlanmıştır (m. 2, 1, e).

Alman Hukukuna baktığımızda Eşit İşlem Ka-

nunu uyarınca çalışanlar, ırk veya etnik köken, cinsiyet, din veya inanç, engellilik, yaş veya cinsel kimlik nedeniyle dezavantajlı durumda değildir (AGG § 7 Abs. 1, § 1). Söz konusu hüküm, işçiler kadar adayları da kapsamaktadır⁴⁰. Türk Hukukundan farklı olarak Eşit İşlem Kanunu'nda doğrudan ayrımcılık yanında dolaylı ayrımcılığın da yasak olduğu açıkça belirtilmiştir (AGG § 3, 1). Kanun'a göre, görünüşte tarafsız hükümler, kriterler ya da prosedürler, ırk veya etnik köken, cinsiyet, din veya inanç, engellilik, yaş veya cinsel kimlik nedenlerine bağlı olarak bir kişiyi diğer kişilere göre belirli bir dezavantaja sokabiliyorsa ve söz konusu hüküm, kriterler ya da düzenlemeler meşru amaç gerekmedikçe ve bu amaca ulaşmada gerekli ve uygun olmadıkça, dolaylı ayrımcılık söz konusudur (AGG § 3, 2).

V. İşverenin Yapay Zeka Kullanımından Doğan Ayrımcılık

A. Genel olarak

İş Hukukunda genellikle "Ayrımcı Yapay Zeka" tartışmasının odak noktası, işe alım süreçlerinde yapay zeka uygulamalarının kullanılmasıdır. Bu tür uygulamalar halihazırda şirketlerin insan kaynakları çalışmalarında önemli ölçüde kullanılmaktadır⁴¹. Öğretide işe alımlarda yapay zeka kontrollü konuşma analizi temelinde, bir adayın psikolojik durumu hakkında bilgi sağlaması beklenen otomatik kişilik testleri ve chatbotlar tarafından yürütülen telefon mülakatları veya iş görüşmelerinde engellilik veya etnik köken nedeniyle, ayrımcılık yapma riskinin yüksek olduğu ifade edilmiştir⁴². Belirtelim ki yapay zeka, her ne kadar genellikle işe alım süreçlerinde kullanılsa da, iş ilişkisinde özellikle işçinin performansının

38 Kübra Doğan Yenisey, "Kadın-Erkek Eşitliği Bakımından Türk İş Hukukunun Avrupa Birliği Hukuku ile Olası Uyum Sorunları", Yargıç Dr. Aydın Özkul'a Armağan, Kamu- İş, 2002, C. 6, S. 4, s. 108; Gaye Burcu Yıldız, İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, Ankara 2008, s. 73; Erdem Özdemir, İş Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Yükü ve Araçları, İstanbul 2006, s. 221; Ünal, s. 108.

39 Yıldız, s. 58; Ünal, s. 123.

40 Ulrich Koch; Schaub/Koch, Arbeitsrecht von A-Z, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 26. Auflage 2022; Höpfner/Daum, s. 490; BAG, Urteil vom 23.1.2020 – 8 AZR 484/18.

41 Waas, Künstliche Intelligenz und Arbeitsrecht, s. 124.

42 Waas, Künstliche Intelligenz und Arbeitsrecht, s. 124.

tespitinde, hangi işçinin iş sözleşmesinin devrinin yapılacağına tespitinde hatta iş sözleşmesi feshedilecek işçinin tespitinde de kullanılabilir.

Yapay zekanın şirketlerce işe alım sürecinde nasıl kullanıldığı üzerinde duracak olursak, yapay zeka verilere dayalı olarak çalışır ve kendisine sağlanan verilerden temel kalıplar çıkarır⁴³. Yapay zekanın başvuru sahiplerinin seçilmesinde kullanılmasına izin veren şirketlerde yapay zeka hem önceki başvuru sürecinden hem de seçim sürecinde gelen tüm veriler ile beslenir. Elbette ki çoğu şirket, etnik köken, cinsiyet, ırk gibi ayrımcılık içerecek kriterleri hariç tutarak çalışır ve başvurucuların verilerini bu ayrımcılık kriterlerini belirtmeden depolar. Dolayısıyla doğrudan ayrımcılık, başvuru sürecinde daha az söz konusu olabilir. Dolaylı ayrımcılık ise başvurucular için daha büyük tehlike oluşturmaktadır. Bunun nedeni dolaylı ayrımcılığın sistemdeki kalıpları kullanmasıdır. Bu kalıplar, başvuruların doğrudan cinsiyetleri veya ırkları nedeniyle değil, dolaylı ve nihai olarak yine cinsiyet veya ırka dayalı olan farklılaştırma kriterleri nedeniyle ayrımcı muameleyle uğramaları sonucunu doğurmaktadır⁴⁴. Örneğin; makine, önceki başvuru dönemlerindeki verilerde, özgeçmişlerinde belirli bir zaman kesintisi olan veya belirli alanlarda yaşayan başvuru sahiplerinin seçilmediğini kalıplardan ayırt edebilir. Yine eğitim notlarına göre yapılan bir sınıflandırma da dolaylı ayrımcılık olarak karşımıza çıkabilir. Kadınlar daha iyi üniversite notları ve derecesi elde ederler, ancak göçmen kadınlar hem çalışıp hem okumak zorunda oldukları için üniversite notları ve dereceleri daha düşüktür. Belirtelim ki bu durum dolaylı ayrımcılık ile en iyiyi seçmek için gerekli olan ayırım arasındaki sınırın nerede olduğu sorusunu da gündeme getirir. Ancak farklılaştırmadan tamamen vazgeçmek, performans ilkesine ve kişisel sorumluluğa

da veda etmek anlamına gelebilir⁴⁵.

Örneklerden de anlaşılacağı üzere yapay zeka, eski başvuru sürecinden elde edilen veriler üzerinden geliştirildiği sürece dolaylı ayrımcılık çözümlenmesi gereken bir hata olarak değil, bir model olarak kabul edilir ve makine bu hatayı oldukça büyük miktardaki başvuru verisine çok kısa bir sürede uygulayabilir. Hatanın tespitinde yapılacak olan analiz ise oldukça karmaşıktır ve sadece uzmanlar tarafından yapılabilir⁴⁶. Ancak ayırt etme kriterine bağlı olarak algoritmanın önyargısı bir diğer ifadeyle peşin hükümlülüğü, mağdur olan kişinin bir gruba ait olmasından kaynaklı olarak doğrudan ya da dolaylı olarak ayrımcı muameleyle maruz kalmasına neden olabilir. Zira bu halde kişinin, kişisel özelliklerinin tekrar değerlendirilmesi mümkün değildir⁴⁷. Örneğin; ayrımcılığa karşı kanunlarda yaş, cinsiyet, etnik köken, dini inanış gibi unsurlara bağlı olarak özel şekilde korunan grupların gösterdiği ikametgâh edilen bölge gibi ortak özellikler dikkate alınarak yapılan sınıflandırma sonucunda, ayrımcılığı yasaklayan kanunun dolanılması yoluyla ayrımcılık ortaya çıkmış olacaktır⁴⁸.

Belirtelim ki, algoritmanın etnik köken, cinsiyet, engellilik ya da Kanun'da belirtilen diğer nedenleri parametre olarak işe alımda, işçinin naklinde, fesihte ya da vardiya planlarının hazırlanmasında kullanması durumunda doğrudan ayrımcılık söz konusudur. Ancak uygulamada ayrımcı yapay zeka önlemleri daha olasıdır, zira algoritma tarafından tipik kümeleme yapılır, aynı zamanda kullanıcı ve mağdur olan kişinin bu ayrımcı durumu anlayabilmesi daha zordur⁴⁹. Bunun en etkileyici örneğinin online posta yoluyla satış yapan Amazon olduğunu söyleyebiliriz.

45 Hennig/Nadler, s. 242.

46 Hennig/Nadler, s. 244.

47 Höpfner /Daum, s. 489. Ayrıca bkz. Kai von Lewinski/Raphael de Barros Fritz; "Arbeitgeberhaftung nach dem AGG infolge des Einsatzes von Algorithmen bei Personalauswahlentscheidungen", NZA, 2018, s. 620 vd.

48 Murat Engin/Başak Ozan Özparlak, "İşe Girişte Yapay Zeka ve Ayrımcılık", Hukuk Perspektifinden Yapay Zeka, İstanbul 2022, s. 246.

49 Boris/Groh, s. 1917, 1919; Freyler, s. 284, 288; von Lewinski/de Barros Fritz, s. 622; Höpfner/Daum, s. 491.

43 Hennig/Nadler, s. 241; Boris Dzida/Naemi Groh; "Diskriminierung nach dem AGG beim Einsatz von Algorithmen im Bewerbungsverfahren", NJW 2018, s. 1917.

44 Hennig/Nadler, s. 241-242.

Amazon 2014 yılından beri işe alımda kullandığı yapay zekayı, algoritmanın kadınları sistematik bir şekilde erkek rakiplerinden daha kötü olarak değerlendirmesi üzerine bırakma kararı almıştır. Program, kadın kelimesinin geçtiği özgeçmişleri değersizleştirmiştir⁵⁰. Programcıların algoritmaya ne cinsiyet ne de cinsiyet çağrışımlı terimleri hesaba katmamasına rağmen sistem istisnasız erkeklerin işe alınmasını tavsiye etmiştir. Bunun nedeni yapay zekanın başvuru belgelerini, işyerinde mevcut çalışanlar bakımından kadınların önemli ölçüde daha az temsil edildiği durumu dikkate alarak değerlendirmesidir. Buna göre; algoritmanın araması baskın olarak erkekler için uygun iş profiline sahipti, daha doğrusu bu algoritma açık bir biçimde cinsiyete değil, erkekler tarafından daha sık kullanılan terimlerle bağ kuruyordu. Aksine kadınların daha fazla kullandığı örneğin; ebeveyn izni ya da kısmi zamanlı çalışma gibi veriler, başvuruçunun niteliğinin düşmesine neden oluyordu. Söz konusu bu durum cinsiyet nedeniyle dolaylı ayrımcılığın klasik örneğini oluşturmaktadır⁵¹.

Yapay zeka, önceki başvuru döneminden elde edilen verilere dayanarak, insanın bilinçli veya bilinçsiz olarak uyguladığı dolaylı ayrımcılık hallerini uygulanabilir bir kalıp olarak kabul etmiş ve bu kalıbı devam ettirmiştir. Dolayısıyla yapay zeka, işleyişinden kaynaklı olarak dolaylı ayrımcılık hallerini (örüntü tanıma ve uygulama) bilinçli olarak başvuru sahibi seçim kararlarının temeli haline getirmiştir⁵². Bu nedenle yapay zekanın kullanılması mevcut hataların devam etmesine neden olabilir. Örneğin; toplumda azınlığı oluşturanlardan (göçmenlerden) gelen yetersiz veriler, algoritmanın konuşma analizinde ve görüntü tanıma araçlarında bu kişilerin aksan ve konuşma bozuklukları nedeniyle etnik köken ya da olası engellilik durumlarını dikkate alarak ayrımcılık

yapması söz konusu olabilir⁵³. Bu durum seçim sürecinde bazı sorunlara neden olmaktadır. İlk olarak seçilmeyen başvuru sahipleri prensipte bilinmemektedirler, dolayısıyla tekrar kontrol edilemezler. Yapay zeka örüntü tanıma konusunda o kadar karmaşıktır ki, dolaylı ayrımcılık fark bile edilmeyebilir ve her zaman güncellenmenin devam etmesi gerekir.

Ancak hemen belirtelim ki, Alman Hukukunda yapay zeka kullanımının her zaman ayrımcılığa neden olacağı anlamına da gelmemesi gerektiği ifade edilmiştir. Buna göre Alman Eşit İşlem Kanunu, her zaman grubun oluşmasını yasaklamaz, m. 1'de belirtilen nedenlerle doğrudan ya da dolaylı ayrımcılık yapılan grupları yasaklar. Ancak işveren, bu sebeplerle yapılan dolaylı ya da doğrudan ayrımcılığı objektif kriterler, amaca uygunluk ve kesin mesleki gereklilik nedenleriyle meşrulaştırabilir (AGG §3, 2; AGG §8). Bununla birlikte yazılımcılar ve özellikle yazılımı kullanan işverenler, makine öğrenimi sistemlerinde bir zararın ispatı için gerekli olan nedensellik bağının bulunmadığının farkında olmalıdır⁵⁴. Makine öğrenmesi algoritmalarını besleyen veri ile ortaya çıkan sonuç arasında nedensellik değil, ilişkisel bağ kurulmaktadır. Daha açık ifadeyle örneğin; işe alınmayan işçi adayı ayrımcılığa uğradığı iddiasını ispatlamak için işe alınmaması ile sistemdeki parametreler arasında illiyet bağının olduğunu göstermek zorundadır⁵⁵.

B. İlliyet Bağı

Yapay zeka kullanımında algoritmanın karmaşık hesaplamasına oldukça fazla parametre dahil edilmesi nedeniyle, bunlardan sadece bir özelliğin çıktığı için ne kadar önemli olduğuna şüphe ile yaklaşılabilir⁵⁶. Ancak milyonlarca parametrenin dahil edildiği sinir ağında bunlardan sadece biri, tek başına ya da diğerleri ile bir araya gelerek

50 Jeffrey Dastin; "Amazon scraps secret AI recruiting tool that showed bias against women", <https://www.reuters.com/article/us-amazon-com-jobs-automation-insight-idUSKCN1MK08G> (14.12.2022).

51 Höpfner/Daum, s. 492.

52 Höpfner/Daum, s. 492-493.

53 Freyler, s. 287; Dzida/Groh, s. 1919.

54 Freyler, s. 286; von Lewinski/de Barros Fritz, s. 623; Höpfner/Daum, s. 492; Engin/Ozan Özparlak, s. 256.

55 Aynı yönde bkz. Engin/Ozan Özparlak, s. 256.

56 Höpfner/Daum, s. 492; von Lewinski/de Barros Fritz, s. 622; Waas, Künstliche Intelligenz und Arbeitsrecht, s. 127.

cinsiyet, etnik köken gibi nedenlerden biri ile dolaylı ya da doğrudan bağlantılı ise ayrımcılıktan söz edilebilir. Çünkü sistem çıktısı, her bir parametrenin özel ağırlığından bağımsız olarak, ancak bu parametrelerin hepsinden etkilenerek hesaplama yapılması sonucunda ortaya çıkar. Bir diğer ifadeyle, ayrımcılık içeren bir parametrenin tüm hesaplamayı bozabileceğine dikkat edilmesi gerekir⁵⁷. Dolayısıyla sistem çıktısı için ayrımcı parametrenin baskın olmasına gerek yoktur⁵⁸. Ayrımcılık içeren özelliğin sadece kararı etkilemesi nedenselliğin doğrulanması için yeterlidir⁵⁹. Yapay zeka başvurular ya da işçiler hakkında uygunsuz hesaplama sonucuna ulaştığında ayrımcılığın ağırlığı ve önemi, hakim tarafından işverenin ödemesi gereken tazminatın yüksekliği açısından dikkate alınabilir⁶⁰.

Öğretideki bir görüşe göre ise, engellilik, etnik köken, cinsiyet, yaş gibi nedenlerle ayrımcılık yapılması durumunda buna bağlı olarak işverenin ayrımcılık tazminatı ödeme yükümlülüğünde, işverenin algoritmanın hesaplamada bu nedenlerle ayrımcılık yaptığından bilgisi olup olmadığı esas, yani belirleyici olmamalıdır⁶¹. Dolayısıyla, örneğin başvuru belgelerinde ağır engelliliğe ilişkin bir atıf olmaması ve işverenin bilgisinin bulunmaması nedeniyle ayrımcılığa ilişkin illiyet bağının bulunmadığını söylemek doğru olmayacaktır⁶². Daha doğrusu, tipik yapay zeka durumunda işverenin alanına girdiği olaylar farklıdır. Verilerin personelden sorumlu insan kaynakları departmanına gelmeden önce ilk olarak makine tarafından değerlendirilmesi, ayrımcılıkta illiyet bağının varlığını ortadan kaldırmaz çünkü ayrımcı parametreler temelinde elde edilen algoritma hesaplamaları her koşulda son olarak insanın yani sorumlu kişi tarafından verilmesi gereken

karara dahil edilmektedir. Bir diğer ifadeyle işveren kendi kararını verirken bu parametreleri de dahil etmekte ve değerlendirmeleri kendi yapmaktadır. Bu nedenle işe alımda, işçilerin performansının değerlendirilmesinde ve buna bağlı olarak iş sözleşmesinin feshi kararının alınmasında yapay zeka kullanımı oldukça risklidir. İşveren sadece yapay zekanın kararlarından değil aynı zamanda yapay zekayı yardımcı olarak kullanması nedeniyle de sorumludur⁶³.

C. İspat Yükü

Yapay zeka uygulamasının kara kutu karakteri dikkate alındığında, ispat yükünün nasıl olacağı sorusu büyük öneme sahiptir. Yapay zeka algoritmalarının kara kutu olma niteliğinden ne anlaşılması gerektiği üzerinde duracak olursak, programların ulaştığı sonuçların nedenlerini tam olarak açıklanamaması halidir. Bir diğer ifade ile yapay zeka algoritmalarının programlanması sırasında kullanılan veriler ile programın belirli bir sonuca varması arasındaki süreçte neler olduğunun bilinemez olması kara kutu sorunudur⁶⁴. Dolayısıyla yapay zekanın bu özelliği işçinin ya da aday işçinin ayrımcılığa uğradığının ispatında zorluğa neden olmaktadır. Gerçekten yapay zeka uygulamalarının genellikle zor anlaşılır çalışma yöntemleri veya algoritmaların karmaşıklığı göz önüne alındığında, aday işçilerin ayrımcılığı ispat etmeleri oldukça zordur⁶⁵. Algoritmaların bu koşullar altında düzenli olarak çok sayıda özelliği dikkate almakta, ancak "karar yolları" tamamen anlaşılammamaktadır⁶⁶. Hatta bu durumda işverenin kendisi bile reddedilen bir başvuru sahibine kararı açıklayamamaktadır⁶⁷.

Esasında yapay zeka kullanımından doğan ayrımcılıkta ispat konusunda genel kuralın geçerli olduğunu söylemek gerekir. Alman Hukukuna baktığımızda Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na

57 Höpfner/Daum, s. 493. Aynı yönde Waas, *Künstliche Intelligenz und Arbeitsrecht*, s. 127.

58 Freyler, s. 287; Waas, *Künstliche Intelligenz und Arbeitsrecht*, s. 127.

59 Waas, *Künstliche Intelligenz und Arbeitsrecht*, s. 127.

60 Höpfner/Daum, s. 493.

61 Höpfner/Daum, s. 493.

62 Höpfner/Daum, s. 493-494; von Lewinski/de Barros Fritz, s. 622.

63 Dzida/Groh, s. 1920; Höpfner/Daum, s. 493.

64 Engin/Ozan Özparlak, s. 258.

65 Waas, *Künstliche Intelligenz und Arbeitsrecht*, s. 131.

66 Waas, *Künstliche Intelligenz und Arbeitsrecht*, s. 131.

67 Waas, *Künstliche Intelligenz und Arbeitsrecht*, s. 131-132.

göre, iddiasını haklı çıkaran tüm olgular için ispat yükü davacıdadır. Dolayısıyla ayrımcılık yapıldığının ispatı kural olarak başvuranda ya da işçidedir. Kural bu olmakla beraber zorluğu nedeniyle Eşit İşlem Kanunu'nda farklı bir düzenleme yapılmıştır. Kanuna' göre, bir uyuşmazlık durumunda taraflardan biri Kanun'un 1. maddesinde yer alan nedenlerden dolayı ayrımcılığa uğradığına ilişkin emareler ortaya koyarsa, karşı taraf ayrımcılığa ilişkin koruma hükümlerini ihlal etmediğini ispatlamakla yükümlüdür (AGG §22).

Türk Hukukunda ise, ayrımcılık yasağına aykırılığın ispatı konusunda İş Kanunu m. 5/7'de "20 nci madde hükümleri saklı kalmak üzere işverenin yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davrandığını işçi ispat etmekle yükümlüdür. Ancak, işçi bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispat etmekle yükümlü olur", düzenlemesinin olduğu görülmektedir. Hukukumuzda bu düzenleme ile ayrımcılık yasağına aykırılığın ispatına ilişkin bir kolaylık getirildiği ve ispat yükünün yer değiştirmesine ilişkin esasların benimsendiği ifade edilmiştir⁶⁸. Burada hemen belirtelim ki, 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları Eşitlik Kurumu Kanunu'nda bu Kanun kapsamına giren ayrımcılık iddialarına ilişkin olarak özel bir ispat kuralı söz konusudur. Buna göre, "Münhasıran ayrımcılık yasağının ihlali iddiasıyla Kuruma yapılan başvurularda, başvuranın iddiasının gerçekliğine ilişkin kuvvetli emarelerin ve karine oluşturan olguların varlığını ortaya koyması hâlinde, karşı tarafın ayrımcılık yasağını ve eşit muamele ilkesini ihlal etmediğini ispat etmesi gerekir." (TİHEK. m. 21)

İşveren tarafından yapay zekanın kullanılıyor olması, tek başına adayın ya da işçinin ayrımcı muameleye maruz kaldığının ispatı için yeterli delil oluşturmaz⁶⁹. Bundan ziyade işçinin engellilik, cinsiyet, yaş, etnik köken gibi özelliklerin hesaplamaya dahil edildiği hususunda şüphe

oluşturabilecek olguları ortaya koyması gerekir. Yapay zekada spesifik olarak böyle deliller ya veri grubunun karakteristik özelliğinden ya da algoritmanın kendi hesaplamasındaki parametrelerden meydana çıkar. Belirtelim ki, aday işçi ya da işçi dolaylı ayrımcılık iddiası bağlamında düzenli ve aynı zamanda önemli ölçüde daha güçlü bir dolaylı ayrımcılığı kanıtlayan istatistiklere de güvenebilir. Ancak bu istatistiklerin ispat yükünün yer değiştirmesi için yeterli olup olmadığını ayrıca değerlendirmek gerekir⁷⁰.

Önceki çalışma verilerinde zaten mevcut olan ayrımcılık şüphesi, davacının korunan grup özelliklerinin veri grubunda yeterince temsil edilemediği gerçeğiyle gerekçelendirilebilir. Amazon örneğinde olduğu gibi programcıların referans olarak işyerinde çalışan işçilerin özgeçmişlerini kullanması durumunda, sistemin çalışma verilerindeki kadınların yetersiz temsili düzeltilmediği takdirde cinsiyet nedeniyle ayrımcılığa ilişkin varsayımın varlığından söz edilir. Yine bunun gibi sistem tarafından sorgulanan ve algoritmada hapsedilen işçi verileri, örneğin; başvuruçunun kişilik testinde psikolojik durumunu ya da konuşma tarzını analiz ettiğinde, ayrımcılık oluşturacak dezavantajların ortaya çıktığını söylemek mümkündür⁷¹.

Alman Hukukunda bir görüşe göre, Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü'nün 15. maddesi (DS-GVO Art. 15) işçiler için ispat konusunda yardımcı bir düzenleme olarak kabul edilebilir⁷². Nitekim söz konusu hüküm uyarınca işçilerin veya başvuranların, işveren tarafından toplanan verilerinin somut kullanımı hakkında bilgi edinme hakları söz konusudur. Yine hükme göre; profil oluşturma da dahil olmak üzere otomatik kararla alma mekanizmasının varlığı ve en azından bu hallerde, yürütülen mantığa ilişkin bilgilerin yanı sıra söz konusu işleme faaliyetinin veri sahibi açısından önemi ve öngörülen sonuçları hakkında

68 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 428; Süzek, s. 494. Ayrımcılığın ispatı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Özdemir, İspat, s. 221 vd.; Ünal, s. 413 vd.

69 Freyler, s. 290; Höpfner/Daum, s. 495.

70 Waas, Künstliche Intelligenz und Arbeitsrecht, s. 131.

71 Dzida/Groh, s. 1922; Freyler, s. 290; Höpfner/Daum, s. 495.

72 Höpfner/Daum, s. 495; Waas, Künstliche Intelligenz und Arbeitsrecht, s. 131.

da erişim hakkı vardır. Belirtelim ki bu hüküm kullanılan yapay zeka sisteminin temel özelliklerini de kapsamaktadır⁷³.

Gerçekten Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü'nün 22. maddesine göre; veri sahibinin kendisi ile ilgili hukuki sonuçlar doğuran veya benzer biçimde kendisini kayda değer şekilde etkileyen profil çıkarma da dahil olmak üzere sadece otomatik işleme faaliyetine dayalı bir karara tabi olmama hakkına sahiptir (VO (EU) 2016/679, Art. 22,1). Bu temel yasağın istisnaları ise 22. maddenin 2. fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre; a) veri sahibi ve bir veri sorumlusu arasında bir sözleşme yapılması veya uygulanması için gerekli olması; b) Üye Devlet veya AB hukuku düzenlemeleri ile veri sahibinin hak ve özgürlükleri ve meşru menfaatlerinin yeterli önlemler ile garantiye alındığı, veri sorumlusuna dair kanuni düzenlemeler ile karara izin verilmişse veya c) veri sahibinin açık rızasına dayanması halinde Tüzük m. 22/1 hükmü uygulanmaz.

Türk Hukukunda ise 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun ilgili kişinin hakları başlıklı 11. maddesinde herkesin, veri sorumlusuna başvurarak kendisiyle ilgili; kişisel veri işlenip işlenmediğini öğrenme, kişisel verileri işlenmişse buna ilişkin bilgi talep etme, kişisel verilerin işlenme amacını ve bunların amacına uygun kullanılıp kullanılmadığını öğrenme hakkı olduğu ifade edilmiştir. Ayrıca maddede kişinin, işlenen verilerin münhasıran otomatik sistemler vasıtasıyla analiz edilmesi suretiyle kendisi aleyhine bir sonucun ortaya çıkmasına itiraz etme hakkı da düzenlenmiştir (KVKK. m. 11, 1, g). Dolayısıyla KVKK m. 11'deki hakların işverenin yapay zekayı kullandığı durumları da kapsadığı⁷⁴, bu bağlamda yapay zeka sistemini kullanan işverenden işçinin ya da işçi adayının söz konusu hüküm kapsamında bilgi edinme hakkının olduğunu kabul etmek gerekir.

Önemle belirtelim ki, öğretilerde bizim de katıldığımız bir görüşe göre, kişinin bu haklarını

kullanabilmesi için veri analizinin otomatik yöntemlerle yapıldığını bilmesi, örneğin aday işçinin başvurusunun veri analizi sonucunda reddedildiğinden haberdar olması gerekir. İşveren KVKK m. 10 uyarında aydınlatma yükümlülüğünün veri analitiğinin münhasıran otomatik sistemce yapılıp yapılmadığını da kapsamaktadır⁷⁵. Nitekim Kişisel Verilerin Korunması Kurulu tarafından yayınlanan Aydınlatma Yükümlülüğünün Yerine Getirilmesinde Uyulacak Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ'de "Aydınlatma yükümlülüğü kapsamında kişisel verilerin, tamamen veya kısmen otomatik yollarla ya da veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yöntemlerden hangisiyle elde edildiği açık bir şekilde belirtilmelidir." hükmüne yer verilmiştir⁷⁶ (m. 5/i). Otomatik olarak veri işlenmesi ise Kişisel Verilerin Korunması Kurulu'nca; "bilgisayar, telefon, saat vb. işlemci sahibi cihazlar tarafından yerine getirilen, yazılım veya donanım özellikleri aracılığıyla önceden hazırlanan algoritmalar kapsamında insan müdahalesi olmadan kendiliğinden gerçekleşen işleme faaliyeti" olarak tanımlanmıştır⁷⁷.

Sonuç olarak kanaatimizce işçinin ya da işçi adayının, işverence kişisel verilerinin otomatik yolla elde edildiğini, yazılım veya donanım özellikleri aracılığıyla önceden hazırlanan algoritmalar kapsamında insan müdahalesi olmadan kendiliğinden örneğin; etnik kökeni, ırkı, yaşı, cinsiyeti gibi ayrımcılık oluşturabilecek nitelikteki verilerini işleme faaliyetinin yapıldığını ve hangi kapsamda işlendiğini öğrenmesi, ayrımcılık yasağının ihlalinin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koymak açısından adaya ya da işçiye kolaylık sağlayabilir. İşçinin ya da başvuran işçi adayının yeterli karine oluşturabilecek olay sunabilmesi durumunda, iş-

73 Engin/Ozan Özparlak, s. 269.

74 <https://kvkk.gov.tr/Icerik/5443/Aydınlatma-Yukumluluğunun-Yerine-Getirilmesinde-Uyulacak-Usul-Ve-Esaslar-Hakkında-Tebliğ>.

75 KVKK, Kişisel Verilerin Korunması Kanununa İlişkin Uygulama Rehberi, 2019, s. 55, <https://www.kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/41784a70-2bac-4e-4a-830f35c628468646.PDF>.

73 Höpfner/Daum, s. 495.

74 Aynı yönde bkz. Engin/Ozan Özparlak, s. 269.

verenin en azından hali hazırdaki teknik durum nedeniyle ve yapay zekanın kara kutu karakteri nedeniyle aksini ispatlaması oldukça zor olacaktır⁷⁸. Nitekim bir görüşe göre; kara kutu değerlendirmelerinin gelecekte ayrımcılık göstergesi olarak yeterli olabileceği; bu durumda örneğin; ayrımcılığı önlemek için aldığı teknik ve organizasyonel önlemleri ifşa ederek, bunu geçersiz kılma yükümlülüğünün işverene ait olacağı ifade edilmiştir⁷⁹.

D. Yapay Zeka ve Sorumluluk

1) Genel Olarak

Yapay zeka ve sorumluluk konusunda ayrıntılı olarak makinenin bir zarara sebebiyet verip veremeyeceği veya ne ölçüde zarar verebileceği sorusu değerlendirilmekte ve bu soruya olumlu cevap verilmesi durumunda haksız fiil ehliyetine sahip olup olmadığı tartışılmaktadır. Makinenin fiil ehliyetine sahip olup olmadığı yönündeki tartışmalar, esasen yapay zeka sistemleri için hukuki sorumluluğunun belirlenmesini hedefleyen AB Parlamentosu Kararı ile başlamıştır.

Robotların belirli koşullarda belli bir ölçüde "özerk" olması karşısında zarar verme kapasitesinin bulunmadığı söylenemez. Özellikle yapay zekanın bir veya birden çok seçenek arasında, yazılım tarafından zorunlu tutulmadığı halde "karar verme" yeteneğinin bulunduğu durumlarda belirli bir özerkliğin bulunduğu görülmektedir. Yapay zeka sonucu ortaya çıkan kararın, nihayetinde önceden insan tarafından yapılan programlamaya dayandığı ileri sürülebilir. Ancak algoritmaların "öğrenme yeteneği" ve bu yolla kararların şekillenmesi karşısında yapay zekanın kararlardaki özerklik açıktır. Sistem makine öğrenimi yoluyla gelişir, sistem geliştikçe "programcıların kontrolünden" çıkar. Bu durum, insan beynini taklit eden yapay sinir ağları için özellikle geçerlidir. Çünkü program, ağır durumuna bağlı olarak bir yönde veya diğerinde seçim yapar ve üretilen sonuç tekrar sisteme yüklenir ve böylece bağ-

lantılar sürekli gelişmeye devam eder. Yapay zekanın gösterdiği bu özellik karşısında, tarihte ilk kez insan tarafından yaratılmış eserlerin ne yapıp yapmayacağına kendilerinin karar verebileceği gerçeğinden kaçınılamayacağı belirtilmektedir. Bugünkü teknik gelişmeler çerçevesinde makinenin bizzat sorumlu tutulması reddedilmektedir. Gerekçe olarak ise sorumluluk hukuku açısından makede bir gerçek kişinin "özerk karar verme yeterliliğinin" bulunmadığı ileri sürülmektedir⁸⁰.

Yapay zeka kullanımı nedeniyle ortaya çıkan zarardan sorumluluk konusu, AB ve üye ülkelerde genel sorumluluk kaynakları olan sözleşme dışı sorumluluk ve sözleşmeden kaynaklanan sorumluluk ile ürün sorumluluğu kapsamında tartışılmaktadır. Ancak aşağıda her bir başlıkta ele alacağımız üzere mevcut sorumluluk hukuku kurallarının bu alanda yeterli olmadığı olduğu konusunda bir uzlaşma bulunmakta olup AB Komisyonu ve Parlamentosu tarafından sözleşme dışı sorumluluk konusunda bir yönerge teklifi hazırlanmıştır⁸¹.

2) Sözleşme Dışı Sorumluluk - Yapay Zeka Sorumluluk Yönerge Taslağı

a. Haksız Fiil Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerin Yapay Zeka Bakımından Yeterliliği

İşçi uğradığı zararın tazmininde sözleşmeden doğan sorumluluk kurallarına dayanabileceği gibi sözleşme dışı sorumluluk (haksız fiil) hükümlerine de dayanabilir (TBK m. 60). Bununla birlikte sözleşmeden doğan sorumlulukta genel hükümler uyarınca işçi işverenin kusurunu ispatla yükümlü değilken (TBK m. 112), haksız fiil sorumluluğunda kusuru ispatla yükümlüdür (TBK m. 50/1). Bu noktada işçi bakımından sözleşmeden kaynaklanan sorumluluk hükümlerine dayanmak elverişlidir. Aşağıda pozitif normlar açısından işverenin sözleşmeden kaynaklanan sorumluluğu

78 Dzida/Groh, s. 1922; Höpfner/Daum, s. 496.

79 Waas, Künstliche Intelligenz und Arbeitsrecht, s. 132.

80 Waas, Künstliche Intelligenz und Arbeitsrecht, s. 186.

81 Proposal For A Directive Of The European Parliament And Of The Council On Adapting Non-Contractual Civil Liability Rules To Artificial Intelligence (AI Liability Directive), 28.09.2022.

ele alınacaktır. Bununla birlikte, yapay zeka bakımından sözleşme dışı sorumluluk hükümleri, işçinin doğrudan sağlayıcıya veya sağlayıcı olarak nitelendirilebilen kişilerin sorumluluğuna gidebilmesi bakımından önem taşımaktadır.

AB Komisyonu Sorumluluk Uzman Grubu tarafından hazırlanan raporda mevcut sorumluluk kurallarının yapay zeka alanında yeterliliği tartışılmıştır⁸². Bilindiği gibi sözleşme dışı sorumluluk (haksız fiil sorumluluğu) bir hukuka aykırı fiilin, zararın, kusurun ve kusur ile zarar arasında nedensellik bağının varlığını gerektirir. Özel hukukun haksız fiil sorumluluğu için öngördüğü bu yapının, yapay zeka ile bağlantılı sorumluluk hallerinde uygulanması ise bazı sorun ve güçlükleri beraberinde getirir. Bu sorunlar nedensellik bağı, kusur ve hukuka aykırılık noktasında belirir. Nedensellik bağının kurulmasında zararın bir hatalı algoritmadan mı kaynaklandığının belirlenmesi çoğu kez güçtür. Özellikle algoritmanın makine öğrenimi yoluyla kendini geliştirdiği ve orijinal yazılımdan uzaklaştığı hallerde bu durum dikkat çekicidir. Öte yandan yapay zeka yazılımının zaman içerisinde güncellenmesi söz konusu olabilir ki, bu güncellenmenin her zaman sağlayıcı tarafından yapılması gerekmez. Yine, dijital teknolojilerin birbirine bağlılığı ve bunların harici girdi ve verilere artan bağımlılığı dikkate alındığında, ortaya çıkan zararın tek bir orijinden mi kaynaklandığı veya çoklu gerçek veya potansiyel sebeplerin etkileşimi ile mi ortaya çıktığı giderek daha belirsiz hale gelmektedir. Tüm bu hallerde, zararın meydana gelmesinde kimin kusurlu olduğunun tespiti ciddi ve maliyetli bir uzman değerlendirmesini gerekli kılar⁸³. Esasen bu güçlük karşısında doktrinde kusursuz sorumluluk esasının uygulanması savunulan görüşler

arasındadır⁸⁴.

Nedensellik bağı ile ilgili olarak sıklıkla bir "ağ riski"nden söz edilmektedir. "Ağ riski" yapay zeka sisteminin kural olarak bilgisayarın karmaşık bağlantılarına dayanır. Bu nedenle kural olarak zararın hangi bağlantıyla ortaya çıktığını ve kimin zarar verdiğini belirlemek güçtür. Dijitalleşme sorumluluk alanlarını belirleme ve farklı öznelerin sorumluluk alanlarını birbirinden ayırabilme olasılığını zayıflatmaktadır.

Zarardan kimin sorumlu tutulacağına belirlenmesindeki güçlük karşısında Alman Hukukunda zarara birden çok kişinin birlikte sebebiyet vermesine ilişkin BGB'nin § 830 Abs 1 ve Abs 2 hükümleri değerlendirilmiştir. Maddenin ilk fıkrasında birden çok kişinin birlikte başlatılan bir fiille zarara sebebiyet vermesi düzenlenmekte, 2. fıkrasında ise birden çok kişiden hangisinin fiili ile zararın ortaya çıktığının belirlenmediği, diğer bir ifadeyle her bir zarar verenin sorumluluğu için nedensellik bağı konusunda şüphenin bulunduğu hallerde birlikte sorumluluk düzenlenir. Ancak düzenleme her durumda birden çok kişinin bir hukuka aykırı fiilini şart koşar ve her bir davranışın hukuka aykırılığı dolayısıyla zararı ortaya çıkarmaya yeterli olmasını gerektirir. Bu noktada "ağ riski" ne dayalı bir sorumluluğun uygulama alanının son derece sınırlı olduğu belirtilmiştir. Belirtmek gerekir ki, TBK m. 61'de düzenlenen müteselsil sorumluluk hükmü bakımından da ortak kusur gerekmektedir. Bu nedenle birden çok kişinin (sağlayıcı ve kullanıcı) kusurlu olduğunun tespit edilemediği durumda müteselsil sorumluluk hükümlerinin uygulanması mümkün olmayacaktır.

Yapay zeka uygulamalarında sorumluluğun tespiti bakımından diğer sorunlu hususlar kusur ve hukuka aykırılık unsurlarıdır. Yapay zeka uygulamalarında hangi tedbirlerin alınması gerektiğinin belirlenmediği bir durumda kusurun tespiti de mümkün değildir. Uzman Grubu'na göre bu teknolojilerin düzgün işlemesi için yerleşik modellerin bulunmaması ve doğrudan insan

82 Liability For Artificial Intelligence And Other Emerging Digital Technologies, Report from the Expert Group on Liability and New Technologies-New Technologies Formation, EU 2019.

83 Liability For Artificial Intelligence And Other Emerging Digital Technologies, Report from the Expert Group on Liability and New Technologies-New Technologies Formation.

84 Waas, Künstliche Intelligenz und Arbeitsrecht, s.188.

kontrolü olmaksızın gelişmesi imkânı karşısında kusura dayalı sorumluluk kurallarının uygulanması güçlük arz etmektedir⁸⁵. Alman doktrininde, özellikle kendi kendine öğrenen algoritmalar ve karmaşık sistemler bakımından nedensellik gibi kusurun da yapılandırılmayacağı ileri sürülmekte ve sisteme tüm katılanların kural olarak sorumlu olacağı "sisteme dayalı sorumluluk" esasının kabul edilmesi ve "bireysel nedensellik ve kusur modelinden" vazgeçilmesi gerektiği ileri sürülmektedir⁸⁶.

Alman Hukukunda haksız fiil sorumluluğu ile bağlantılı olarak ele alınan bir diğer hukuki düzenleme "*adam çalıştıranın sorumluluğuna*" ilişkin §831 BGB hükmünün uygulanabilirliğidir. Hükme göre; "bir kimseyi bir iş görmekle görevlendiren, bu yardımcı kişinin işini görürken üçüncü kişiye hukuka aykırı olarak verdiği zarardan sorumludur. İş sahibi, yardımcı kişinin seçiminde ve işin görülmesi için araç-gereci sağlaması ya da çalışanı denetlemesi gereken durumlarda, gerekli özeni gösterdiğini veya gerekli özeni gösterseydi bile zararın ortaya çıkacağını ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir" (§831/1 BGB). Uzman Grubu da "kendi kendine öğrenen ve özerk" bir makinenin yardımının, adam çalıştıranın sorumluluğu kapsamında yardımcı kişinin sorumluluğundan farklı olarak değerlendirilmemesi gerektiği görülmüştür. Belirtmek gerekir ki, adam çalıştıranın sorumluluğu kapsamında yardımcı kişi olarak nitelendirme bağımlılık ve talimatlarla bağlı olmayı koşullarının varlığını gerektirir. Alman Hukukunda bu bağımlılık ve talimatla bağlılık için iş sahibinin bu kişinin faaliyetlerini her zaman sınırlayabilmesi veya durdurması veya zaman ve içerik olarak belirleyebilmesini ifade eder. Bu noktada BGB 831 kapsamında, bir diğer ifadeyle adam çalıştıranın sorumluluğu kapsamında yapay zekanın yardımcı kişi olarak kabulünün mümkün olduğu ve bu şekilde sorumluluğun tesis edilebi-

leceği ileri sürülen görüşlerden birini oluşturur⁸⁷. Ancak yardımcı kişinin fiillerinden sorumluluğun bir kusur varsayımına dayandığı ve kurtuluş kanıtı getirmenin mümkün olduğu ve sorumluluktan kurtulmanın çok daha kolay olabileceği itiraz olarak ileri sürülmektedir. Çünkü kullanıcı özerk bir dijital sisteme önceden etkide bulunma imkânına sahip değildir⁸⁸. Aynı esaslar TBK m. 66 bakımından da geçerlidir.

b. Yapay Zeka Sorumluluk Yönerge Teklifi

Mevcut sorumluluk hukukunun yapay zeka bakımından uygulanabilirliğindeki güçlükler karşısında konu, Avrupa Parlamentosu ve AB Komisyonu tarafından Uzman Grubu'nun önerileri de değerlendirilmek suretiyle ele alınmış ve bir Yönerge Teklifi hazırlanmıştır. Öte yandan yukarıda da belirttiğimiz üzere Yapay Zeka Tüzük Teklifi de alınması gereken tedbirler ve bu tedbirlerin kimin tarafından alınması gerektiğini belirlemesi noktasında sorumluluk bakımından önem taşımaktadır.

Uzman Grubu Raporu'nda, tehlike sorumluluğu ve kusur sorumluluğundan oluşan ikili sistem önerisinde bulunmuştur. Tehlike sorumluluğu yeni dijital teknolojilerin ortaya çıkardığı risklere karşı, özel olmayan alanlarda ve tipik olarak önemli bir zarara sebebiyet verecek hallerde söz konusu olacaktır. Kim riski kontrol ediyor ve yapay zekanın kullanımından yararlanıyor ise o sorumlu tutulmalıdır. Kusur sorumluluğunda ise yapay zekayı kullanan bakımından bir dizi gözetim yükümü öngörülmesinden ve işletenin özen yükümüne aykırılıktan yola çıkılır. Özen yükümlülüğü altında doğru bir sistem için doğru ödevlerin ve doğru yeterliliklerin seçimi yanında sistemin denetimi ve gözetimi yer alır. Ayrıca zarar gören için ispatın kolaylaştırılması öngörülmüştür. Teknolojinin bir zarara sebebiyet verdiği olasılığında ve işleten ile zarar gören arasında bilgi asimetri-

85 Liability for Artificial Intelligence and other emerging digital Technologies, s. 23.

86 Waas, Künstliche Intelligenz und Arbeitsrecht, s. 90 dn. 869.

87 Bkz. Waas, Künstliche Intelligenz und Arbeitsrecht, s. 191 ve oradaki görüşler. ABD doktrininde yapay zeka ile ilgili sorumluluk alanında yapay zekanın yerini aldığı işçinin konumu başlangıç noktası olarak alınması ve işveren vekilinin fiilinden işverenin sorumluluğu yoluyla sorumluluğun tesis edilmesi ileri sürülmektedir (Waas, Künstliche Intelligenz und Arbeitsrecht, s. 191, dn. 875).

88 Waas, Künstliche Intelligenz und Arbeitsrecht, s. 191.

si bulunduğu hallerde ispatın kolaylaştırılması söz konusu olabilecektir. Hatta bazı durumlarda özellikle zarar gören için ihlalin ispatı ölçsüz bir güçlük ve maliyet getirecekse ispat yükü tersine çevrilmelidir⁸⁹.

20 Ekim 2020 tarihli Avrupa Parlamentosu Kararı'nda Tüzük Teklifi'nin eki olarak özel hukuk sorumluluğuna ilişkin tavsiyeler yer almıştır⁹⁰. Karar'da, işletenin sorumluluğu esas alınmıştır. Üreticinin sorumluluğu bakımından ise Ürün Sorumluluğu Yönergesi'nin revize edilmesi teklif edilmiştir. Karar'da yüksek riskli yapay zeka sistemleri için şahıs varlığı veya mal varlığı zararları için kusursuz sorumluluk hükümlerinin geçerli olması öngörülmekte, diğerleri bakımından ise kusur sorumluluğunun kabul edilmesi benimsenmektedir.

2020 yılında Avrupa Komisyonunun Raporu'nda Yapay Zeka Sorumluluğu ve Ürün Sorumluluğu ele alınmış ve kamu istişaresi için yayımlanmıştır. Bu süreci takiben Eylül 2022 tarihinde ise sözleşmesel olmayan özel hukuk sorumluluk kurallarının yapay zekaya uyarlanması için bir yönerge teklifi yayımlanmıştır. Yönerge teklifi, yapay zekanın sebebiyet verdiği zararlar bakımından AB sorumluluk hukukunun tamamlanması ve modernleştirilmesi amacını taşımaktadır. Teklif ile öngörülen kurallar, yapay zekadan zarar gören kişilere, AB bünyesinde diğer teknolojik uygulamalardan zarar gören kişilere sağlanan koruma ile aynı düzeyde koruma sağlamayı hedefler. Esasen AB tarafından 2020 yılında yapay zeka kullanımı ile bağlantılı risklere Beyaz Belge'de işaret edilmiş ve Avrupalıların yeni teknolojilerden AB'nin değerlerine tam bir saygı ile yararlanabilmesini sağlama odaklı bir bakış açısı benimsenmiştir⁹¹.

Yapay zeka ve sorumluluk konusu iki açıdan önem taşır. Bunlardan ilki, özellikle kişilerin temel haklarının güvence altına alınması, yukarıda da belirtildiği gibi AB müktesebatı ile tanınan hakların ve korumanın güvence altına alınmasıdır. İkinci husus ise, teknolojinin ve bu kapsamda yapay zekanın kullanımının teşvikidir. Yapılan araştırmalarda yapay zeka ile bağlantılı olarak ortaya çıkabilecek potansiyel zarara karşı sorumluluğun potansiyel tüketiciler tarafından risk olarak değerlendirildiği ve işletmeler bakımından da yapay zeka kullanımı noktasında çekince oluşturduğu tespit edilmektedir⁹². Avrupa Komisyonu yönerge teklifi ile dijital teknolojilere olan güvenin teşvik edilmesi, Birlik bünyesinde yapay zeka ürün ve hizmet alımının başarısı için gerekli yatırım istikrarının oluşturulması hedeflenmektedir. Bu bağlamda sorumlulukla ilgili yeni AB kuralları, piyasaya arz edilen veya AB'de kullanılan tüm yapay zeka sistemleri için geçerli ortak kuralların yani Yapay Zeka Tüzük Teklifi ve Genel Ürün Güvenliği Yönergesi ve Makine Yönergesi'nin revizyonu bu hedefin bir parçasını oluşturmaktadır⁹³.

Bilindiği üzere Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde sorumluluk, kusur sorumluluğu veya kusursuz sorumluluk olarak şekillenir. Kusur sorumluluğunda zarar gören, ürün veya hizmet nedeniyle uğradığı zarar nedeniyle zarar verenin kusuruna dayalı olarak zararın tazminini talep edebilir. Bu noktada zarar gören, zararın varlığını, kusuru ve kusur ile zarar arasındaki nedensellik bağının ispatla yükümlüdür. Kusursuz sorumlulukta ise kusurun varlığından bağımsız olarak uğranılan zararın tazminini talep edilebilir. Ulusal yasalara göre, zarar gören genellikle sadece riskin yasa tarafından sorumlu olarak belirlenen kişiden kaynaklandığını ispatla yükümlüdür.

89 Liability for Artificial Intelligence and other emerging digital Technologies, s. 52.

90 Entschliessung des Europäischen Parlaments vom 20 Oktober 2020 mit Empfehlungen an die Kommission für eine Regelung der zivilrechtlichen Haftung beim Einsatz künstlicher Intelligenz (2020/2014 INL).

91 White Paper on Artificial Intelligence: a European Approach to Excellence and Trust, https://commission.europa.eu/publications/white-paper-artificial-intelligence-european-approach-excellence-and-trust_en

92 Behavioural Study on the link between challenges of Artificial Intelligence for Member States's civil liability rules and consumer attitudes towards AI enabled products and services, Final Report 2022, behavioural%20study%20on%20the%20link%20between%20challenges%20of-DS0922604ENN.pdf.

93 Artificial Intelligence Liability Directive, European Parliament, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2023/739342/EPRS_BRI\(2023\)739342_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2023/739342/EPRS_BRI(2023)739342_EN.pdf), 2.

Yukarıda da belirtildiği üzere, Yapay Zeka Sorumluluk Yönerge Teklifi yapay zeka sistemlerince verilen zararlar için sözleşme dışı özel hukuk sorumluluk kurallarını uyumlandırmayı hedefler (m. 1). Kurallar her türlü zarar görenin (birey veya işletme) bir sağlayıcı, geliştirici veya kullanıcının kusuru ile zarara uğraması halinde zararın tazminini güvenceler. Bu zarar sağlık, özel yaşam, malvarlığı gibi çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir.

AB Yapay Zeka Sorumluluk Yönerge Teklifi, kusur temelli bir sorumluluk esasını benimser ve bir aksi ispatlanabilir "nedensellik karinesi"nden hareket eder. Öte yandan, yüksek riskli yapay zeka sistemlerinin tasarımı, geliştirilmesi ve konuşlandırılması ve işletilmesine potansiyel olarak çok kişi katılması nedeniyle davacı bakımından zarara sebebiyet veren potansiyel sorumlu kişinin belirlenmesi ve tazminat talep için gerekli koşulların ispatı konusunda özel bir "kanıtların açıklanması" yükümlülüğü öngörür. Buna göre üye devletler, ulusal mahkemelere kanıtların ortaya konulması için talep yetkisi tanımalıdır (3 (1)). Bu talepler Yapay Zeka Tüzüğüne göre borçları taşıyan taraflara yöneltilir. Bu taraflar ise sistem sağlayıcısı, sağlayıcının yükümlülüklerine tabi kişi veya kullanıcıdır. Örneğin; yüksek riskli yapay zeka sistemleri için şirketler özel bir dokümantasyon, bilgilendirme ve logging gerekliliklerine uyma bakımından açıklama yapmak zorundadır. Bu sistemlerden sorumlu şirketler belirli belgeler, bilgiler ve günlük kaydi gereklilikleri de dahil olmak üzere bir dizi bilgi ifşa etmek zorunda olacaklardır. Kanıt sunulması talebi bir zararın tazmini talebinin desteklenmesi için zorunlu ve ölçülü olmalıdır. Mahkemeler tüm tarafların ticari sırlarının ve gizli bilgilerinin korunması, kamu ve ulusal güvenlik ile ilgili bilgiler gibi meşru çıkarlarını (3. kişiler de dahil) dikkate almalıdır. Davalı mahkeme tarafından hükmedilen kanıt açıklama talebine uymazsa, ulusal mahkeme ilgili özen yükümlülüğüne uymamanın ispat edildiğini varsayabilir. Ancak bu karine de davalı tarafından çürütülebilir. Kanıtların açıklanması talebini desteklemek için, potansiyel davacı tazminat talebinin makul olduğunu gösteren vakıaları ve kanıtları sunmalıdır (3 (1/2)).

Karine, Birlik veya ulusal hukuk uyarınca bir özen yükümlülüğüne aykırılık (kusur) ile yapay zeka tarafından üretilen çıktı veya yapay zekanın çıktı üretmemesi arasında kurulmuştur ve zararın bu şekilde ortaya çıktığı kabulüne dayanır. Ancak nedensellik bağının mevcudiyeti kümülatif olarak aranacak belirli koşulların varlığına bağlıdır. Öncelikle davacı zararın, davalı veya davranışlarından davalının sorumlu olduğu kişinin Birlik veya ulusal hukukta öngörülen yükümlülüklere uymaması nedeniyle ortaya çıktığını ortaya koymalıdır (4/1 a). Ayrıca somut olayın koşulları dikkate alındığında kusurun yapay zeka tarafından üretilen çıktıyı veya çıktı üretilmemesini etkilemiş olmasının makul bir olasılık teşkil etmesi gerekir (4/1 b). Nihayet davacı yapay zeka tarafından üretilen çıktının veya çıktı üretilmemesinin bir zarara sebebiyet verdiğini ispat etmelidir (4/1 c).

Yüksek riskli yapay zeka sistemlerinin sağlayıcılarını ve kullanıcılarını ilgilendiren tazminat talepleri bakımından Yapay Zeka Tüzük Teklifinde düzenlenen sağlayıcı ve kullanıcının yükümlülükleri esas alınır. Sonuç olarak Teklif, ispat yükü bakımından kolaylık getirir. Davacı ortaya çıkan zararlarla ilgili olarak davalının Tüzükte öngörülen yükümlülüklerine uymadığını ortaya koyarsa ve nedensellik bağının mevcudiyeti makul bir olasılık ise mahkeme tarafından yükümlülüklere uymamanın zarar sebebiyet verdiği varsayılacaktır. Davalı ise yükümlülüklerine uyduğunu ispat şartıyla sorumluluktan kurtulabilecektir.

Görüldüğü üzere, Teklif ispat yükünün yer değiştirmesini benimsememiştir. Zira, Komisyon yapay zeka sistem sağlayıcılarını ve kullanıcılarını yapay zeka özellikli ürün ve hizmetlerde gelişmeyi engelleyebilecek olması nedeniyle, yüksek sorumluluk risklerine tabi tutmaktan kaçınmıştır.

3) Sözleşmeden Doğan Sorumluluk

a. İşverenin İş Kanunu m. 5 uyarınca sorumluluğu

Yapay zeka kullanımı nedeniyle işçinin iş ilişkisi devam ederken ayrımcılığa uğraması halinde işverenin sorumluluğunun dayanağı, iş sözleşmesinden doğan bir borç olan ayrımcılık yasa-

ğına aykırılıktır. Nitekim Hukukumuzda Avrupa Birliğinde olduğu gibi yapay zeka kullanımına ilişkin özel bir kanuni düzenleme kabul edilmediği sürece işveren bakımından halen yürürlükte olan sözleşmeden kaynaklanan sorumluluk kullarlarının uygulanacağına şüphe yoktur.

Bilindiği üzere ayrımcılık yasağına aykırı davranan işveren tazminat yaptırımı ile karşı karşıya kalabilmektedir. Ayrıca iş ilişkisinde ya da iş ilişkisinin sona ermesinde ayrımcılığa maruz kalan işçi öngörülen tazminatın yanı sıra, mahrum kaldığı diğer haklarını da işverenden talep edebilmektedir. Nitekim Kanun'a göre, "İş ilişkisinde veya sona ermesinde yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davranıldığında işçi, dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilir. 2821 sayılı Sendikalar Kanununun 31 inci maddesi hükümleri saklıdır." (İş K. m. 5/6). Belirtmek gerekir ki, hukukumuzda işverenin iş ilişkisinde ve sona ermesinde ayrımcılık yapması halinde söz konusu olan ayrımcılık tazminatı, teknik anlamda bir tazminat değildir; kendine özgü medeni bir cezadır ve zarar doğmamış olsa da ödenmesi gerekir⁹⁴. Ancak her ne kadar ayrımcılık tazminatının teknik anlamda bir tazminat olmadığı, zararın doğmasının gerekmediği ifade edilmişse de ayrımcılık tazminatının miktarının belirlenmesinde işverenin kusuru dikkate alınan unsurlardan birini oluşturur. Nitekim hükümde "dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminat" ifadesine yer verilmiştir. Dolayısıyla bu tazminat miktarı mahkemece işverenin kusuruna göre örneğin iki aylık ücret tutarında ya da dört aylık ücreti tutarında olacak şekilde belirlenebilir. Bununla birlikte Kanun'da belirtilen işçinin talep edebileceği "yoksun bırakıldığı haklar" bakımından da işverenin kusurunun aranıp aranmayacağı hususu ne öğretide ne de yargı kararlarında tartışma konusu yapılmıştır. Ancak bilindiği üzere Borçlar Hukukunda sorum-

luluk kural olarak kusura dayanır ve kusursuz sorumluluk hallerinin kanunda açıkça düzenlenmiş olması gerekir. Dolayısıyla işverenin ayrımcılık halinde işçiye ödemesi gereken "yoksun bırakılan haklar" bakımından kusursuz sorumluluğunun olduğunu kabul etmek pek mümkün gözükmemektedir. Esasen ayrımcılık tazminatına ilişkin Yargıtay içtihatları değerlendirildiğinde salt ayrımcılığın ispatı ile tazminata hükmedildiği, bir anlamda ayrımcılığın başlı başına kusur olarak nitelendirilerek sonuca gidildiği söylenebilir. İşverenin sorumluluğunun bir kusur sorumluluğu olup olmadığı hususu yapay zeka uygulamaları bakımından önem kazanmıştır. Zira kusur sorumluluğundan hareket edildiğinde, işverene kusur atfedilemeyen örneğin yazılımcının kusuru veya makine öğrenimi neticesinde yapay zekanın ayrımcı uygulamasında yoksun kalınan hakların tazmini noktasında hukuki dayanakların tespiti gerekmektedir.

Öğretide, Kanun'daki işçinin dört aya kadarki ücret tutarındaki ayrımcılık tazminatının haricinde koşullarının bulunması halinde genel hükümlere göre işverene karşı maddi ve manevi tazminat talebinde de bulunulabileceği ifade edilmiştir. Bu görüşe göre; söz konusu hükümdeki "... dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilir..." ifadesi ayırım nedeniyle yoksun kaldığı işçilik hakları yanında koşulları varsa genel hükümlere göre tazminat taleplerini de kapsar mahiyettedir⁹⁵. İşe alımda ayrımcı muameleyle uğranılması durumunda ise sözleşme öncesi sorumluluk gereğince işverenden uygun bir tazminat istenebilecek ve bu kapsamda maddi ve manevi tazminat talepleri değerlendirilecektir⁹⁶. İşverenin işçi adayının ayrımcılığa uğraması durumunda ayrımcılık tazminatı söz konusu olmayacaktır⁹⁷.

94 Hamdi Mollamahmutoğlu/Muhittin Astarlı/ Ulaş Bay-sal, İş Hukuku, Ankara 2014, s. 746; Süzek, s. 486; Çelik/Canıklıoğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 430; Kübra Doğan Yenisey, "İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı", Çalışma ve Toplum, 2006/4, s. 76-77; Ünal, s. 435.

95 Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 745. Öğretideki farklı bir görüş için bkz. Ünal, s. 490-491.

96 Süzek, s. 476; Şükran Ertürk/İlke Gürsel, "İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi", Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C. I, İstanbul 2011, s. 440, 447. Öğretide ayrımcılığın iş sözleşmesinin kurulması aşamasında ortaya çıkması halinde ayrımcılık tazminatına hükmedilebileceği yönündeki görüş için bkz. Ünal, s. 442.

97 Süzek, s. 476.

Bu bilgiler ışığında işverenin yapay zekayı iş ilişkisinde veya iş ilişkisinin sona ermesinde ayrımcılık oluşturacak bir şekilde kullanması halinde işçinin yoksun kaldığı hakları ile birlikte İş K. m. 5 uyarınca ayrımcılık tazminatı ödemesi gerekir. Bu kapsamda işverenin yapay zekanın ayrımcılık yapması sonucunda ayrımcılık tazminatı ödemesi halinde ödemiş olduğu bu tazminatı yapay zekanın üreticisinden talep edip edemeyeceği cevaplanması gereken bir diğer husustur. Bir diğer ifadeyle işveren iş ilişkisinde kullandığı yapay zekayı üreten üreticiden kaynaklı olarak bir ayrımcılığa neden olmuş ise burada yapay zekanın sebep olduğu zararlardan üreticinin sorumlu tutulması gerekecek midir?

Belirtelim ki konu Alman Hukukunda tartışılmış, işverenin Eşit İşlem Kanunu'nun 15. maddesi uyarınca sorumlu olması halinde, mevcut yasal durumda işe alım robotuna karşı kendi tüzel kişiliğinin olmaması nedeniyle doğrudan bir talepte bulunmanın mümkün olmadığı, işverenin ayrımcılık nedeniyle zarara uğraması halinde yazılımın üreticisini veya geliştiricisini sorumlu tutması gerektiği ifade edilmiştir⁹⁸. Bu bağlamda işverenin hak talebinin temelini ne olduğunun, işveren ile yazılım üreticisi arasında var olan sözleşmeye dayalı ilişkiye göre belirlenmesi gerektiği; halihazırda geliştirilmiş standart bir akıllı sistem için satın alma sözleşmesi veya standart yazılımların bireysel ihtiyaçlara uyarlanması, şirket içi başvuru sahibi seçim yönergeleri gibi bireysel bir yazılım çözümünün geliştirilmesi söz konusu ise bir eser sözleşmesinin olabileceği üzerinde durulmuştur⁹⁹. Esasında burada ön koşulun, üründeki kusurun olduğu ve bu kusurun örneğin bir chatbotun bir görüşme sırasında kabul edilemez sorular sorması şeklinde karşımıza çıkabileceği belirtilmiştir¹⁰⁰. Esasında burada Avrupa Birliği Yapay Zeka Tüzük Teklifinde tanımlanan sağlayıcının sorumluluğu söz konusudur.

98 Freyler, s. 290.

99 Freyler, s. 290; Marc André Gimmy, Chatbots im Recruiting, 6.12.2018, <https://efarbeitsrecht.net/chatbots-im-recruiting/>, 29.03.2023.

100 Freyler, s. 290; Gimmy, Chatbots im Recruiting.

Taslakta sağlayıcı, ücretli ya da ücretsiz olarak kendi adına veya ticari markası altında piyasaya arz etmek veya hizmete sunmak amacıyla bir yapay zeka sistemi geliştiren ya da yapay zeka sistemine sahip olan gerçek veya tüzel kişi, kamu otoritesi, acentesi veya diğer kuruluş olarak tanımlanmıştır (m. 3/2). Kullanıcı ise, yapay zeka sistemini kişisel ve profesyonel olmayan bir durum haricinde, kendi sorumluluğunda kullanan gerçek veya tüzel kişi, kamu kurum, kuruluş veya diğer organ anlamına gelir (m. 3,4). Belirtelim ki bu durumda yapay zeka yazılımını geliştiren kişi ya da tüzel kişiye sağlayıcı, yapay zekayı kullanan işverene de kullanıcı adı verilir. Ayrıca Yapay Zeka Taslağında gerçek kişilerle etkileşime geçmesi amaçlanan yapay zeka sistemlerinin bu kapsamda chatbotların, kullanım koşullarından ya da durumun gereklerinden açıkça anlaşılmadığı sürece sağlayıcıya kişilerin bir akıllı yazılım ile etkileşimde oldukları konusunda bilgilendirilecek şekilde tasarlanması ve geliştirilmesi yükümlülüğü getirilmiştir (m. 52/1).

Hukukumuz açısından da yapay zekanın hukuki statüsünün ne olduğu konusunda yasal bir düzenleme bulunmamakla birlikte yapay zekalı varlıklar, hukuken kişi olarak kabul edilmemektedir. Bu nedenle, yapay zekalı varlıkların sözleşme ilişkisi kurup özel borç ilişkilerinin tarafı olabilmeleri söz konusu değildir. Dolayısıyla bu tür varlıkların sözleşmeye dayanan hukuki sorumlulukları da bulunmamaktadır¹⁰¹. Ancak yapay zekalı varlıklar, hukuk düzeninin çizdiği sınırlar içerisinde ve niteliğine uygun düştüğü ölçüde, sözleşme özgürlüğü ilkesi çerçevesinde, kanunda düzenlenmiş olan veya olmayan her türlü sözleşmenin konusunu oluşturabilmektedir¹⁰². Bu bilgiler ışığında işverenin yapay zekayı yani makineyi sorumlu tutması mümkün olmayacak, ancak işveren yapay zekanın vermiş olduğu zararı yapay zeka üreticisinden aralarındaki sözleşmeye göre talep edebilecektir. Hatta kanaatimizce işveren, üretici konumundaki şirketle yaptığı sözleşmede, üreticiden kaynaklı olarak ürün-

101 Erzan Erzurumluoğlu, Sözleşmeler Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 6 bs., Ankara 2016, s. 28.

102 Doğan, s. 250.

deki kusur nedeniyle ayrımcılık tazminat ödemesi durumunda üretici şirkete rücu edebileceğine ilişkin bir hüküm de koyabilir.

Bununla birlikte Alman Hukukunda işverenin yazılım hizmeti sağlayıcılarının ifa yardımcısı olduğu ve işverenin bu kişilerin kusurlarından ifa yardımcısı olmaları nedeniyle Alman Medeni Kanunu (BGB) § 278 uyarınca sorumlu olduğu kabul edilmektedir¹⁰³. Nitekim söz konusu hükme göre, borçlu borcun ifasını yerine getirirken kullanmış olduğu kişilerin kusurundan da kendi kusuru kadar sorumludur. Hukukumuzda ise borçlunun yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğu TBK. m. 116/1'de düzenlenmiştir. Hükme göre, "Borçlu, borcun ifasını veya bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasını, birlikte yaşadığı kişiler ya da yanında çalışanlar gibi yardımcılarına kanuna uygun surette bırakmış olsa bile, onların işi yürüttükleri sırada diğer tarafa verdikleri zararı gidermekle yükümlüdür". Yardımcı kişinin alacaklıya vermiş olduğu zararı tazmin eden borçlu, bir zarara uğramış olacaktır. Bu zararın tazmininin yardımcıdan istenmesinin mümkün olması halinde borçlu, yardımcıya rücu edebilir. Bu takdirde borçlunun yardımcıya karşı bir rücu tazminatı veya rücu alacağı söz konusu olur. Rücu alacağı, borçlu ile yardımcı arasındaki hukuki ilişkiye göre belirlenir. Borçlu ile yardımcı arasındaki ilişki, sözleşmesel bir ilişki olabileceği gibi, sözleşme dışı bir ilişki de olabilir¹⁰⁴. Dolayısıyla işveren, ödemek zorunda kaldığı ayrımcılık tazminatını TBK m. 116 uyarınca da yapay zekanın üreticisi yani yazılım hizmeti sağlayıcısından talep edebilecektir.

b. İşverenin Maddi ve Manevi Tazminat Sorumluluğu

İşverenin işe alımda yapay zekayı kullanması sonucunda aday işçi, ayrımcı muameleye maruz kalması nedeniyle sözleşme öncesi sorumluluk gereğince işverenden maddi ve manevi tazminat talep edilebilir. Ancak maddi ve manevi tazminat için işverenin kusurunun bulunması ve aday iş-

çinin zarara uğraması gerekir. İşte tam da bu noktada yapay zekanın işveren tarafından kullanılması durumunda işçinin ya da adayın somut olayda ayrımcılık nedeniyle zarara uğradığını ispatlaması halinde, işverenin yapay zeka sisteminin neden olduğu ayrımcılıktan dolayı doğan kusur sorumluluğunu çürütüp çürütemeyeceği veya nasıl çürütebileceği sorusu ortaya çıkacaktır. Bu sorunun a) işverenin kendi kusurundan doğan sorumluluğu ile b) işverenin yazılım hizmeti sağlayıcısının kusurundan doğan sorumluluğu arasında ayırım yapılarak incelenmesi yerinde olacaktır¹⁰⁵.

(1) İşverenin Kendi Kusurundan Doğan Sorumluluğu

Alman Hukukunda işe alımda ya da iş ilişkisinde yapay zekayı kullanan işverenin kusur sorumluluğunun dayanağının, kullanılan yazılımı seçerken gerekli dikkat ve özeni göstermemesine dayandığı ifade edilmiştir. Nitekim Eşit İşlem Kanunu'ndaki işverenin ayrımcılık yasağına aykırılık halinde zararı tazmin etme yükümlülüğünde (AGG §15, 1), Medeni Kanun'un BGB §276'daki düzenlemenin geçerli olduğu ifade edilmiştir. Söz konusu hükme göre, borçlu kasıt ya da ihmalden, özellikle garanti ya da temin etme riskosunun üstlenilmesinden, borç ilişkisinde daha hafif ya da daha ağır bir sorumluluğun belirlenmediği ve anlaşılmadığı takdirde sorumludur (§ 276, 1). Dolayısıyla ihmalle ortaya çıkan ayrımcılık da işverenin sorumluluğu için yeterlidir¹⁰⁶. İşverenin seçmiş olduğu yazılımdaki ayrımcılık riskosunun, işverenin bilgisizliğinden ötürü ihmali edilmesi durumunda kullanılan algoritmanın, işlevselliğini, parametrelerini ve ayrımcılık risklerini yeterince ele aldığını açıklamak ve ispatlamak işverene aittir. Burada seçim algoritmasının başka bir yazılım tarafından önyargılılığın denetlenmesi ve algoritmaya gerektiğinde müdahale edilip uyarlanması ispat kolaylığı açısından düşünülebilir¹⁰⁷. İşverenin seçim algoritması

103 Höpfner/Daum, s. 497.

104 Eren, Borçlar Genel, s. 1108.

105 Höpfner/Daum, s. 496.

106 Höpfner/Daum, s. 496.

107 Dzida/Groh, s. 1922.

hakkında bilgi yükümlülüğü, bilhassa Eşit İşlem Kanunu § 12,1'den kaynaklanmaktadır¹⁰⁸. Bu hükme göre; işveren, Kanun'un 1. maddesinde sayılan (örneğin; engellilik, cinsiyet, yaş) nedenlerle ayrımcılığa karşı korunma amacıyla gerekli olan tedbirleri almakla yükümlüdür. Bu koruma, önleyici tedbirleri de kapsar. Bu organizasyonel ve koruma yükümlülüğünden, işverenin herhangi bir ayrımcı muamele için önleyici olarak kendi eylemlerini kontrol etmesi anlamına gelmektedir¹⁰⁹.

Türk Hukukunda ise işverenin yapay zekayı işe alımda ya da iş ilişkisinde örneğin işyerinde terfi alacak işçinin seçiminde kullanması durumunda maddi ve manevi tazminat taleplerinde kusur sorumluluğunun dayanağının TBK. m. 112 olduğu kanaatindeyiz. Söz konusu hükme göre, *"Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür"*. Bununla birlikte TBK. m. 114'de *"Borçlu, genel olarak her türlü kusurdan sorumludur. Borçlunun sorumluluğunun kapsamı, işin özel niteliğine göre belirlenir. İş özellikle borçlu için bir yarar sağlamıyorsa, sorumluluk daha hafif olarak değerlendirilir."* hükmüne yer verilmiştir. Bu hükümleri dikkate aldığımızda örneğin; işveren, işe alımda ya da iş ilişkisinin devamında yapay zekayı kullanırken ayrımcılık sonucu doğuracak verileri yazılım şirketine kendisi sağlamışsa, işte bu durumda işverenin kusurunun bulunduğu açıktır. Bununla birlikte işverenin yazılımı seçerken dikkat ve özen yükümlülüğünü yerine getirmemişse yine maddi ve manevi tazminat sorumluluğu doğacaktır.

Hemen belirtelim ki, işverenin salt yazılım konusunda bilgisizliğini öne sürerek sorumluluktan kurtulması da mümkün olmamalıdır. Alman Hukukunda ifade edildiği gibi hukukumuz açısından da işverenin kusur sorumluluğundan kurtulabilmesi için, seçmiş olduğu yazılımdaki ayrımcılık tehlikesinin, işverenin bilgisizliğinden kaynaklı olarak ihmal edilmesi durumunda kullanılan algoritmanın, işlevselliğini, parametrelerini ve

ayrımcılık risklerini yeterince ele aldığını açıklamak ve ispatlamak işverene ait olmalıdır. Burada seçim algoritmasının başka bir yazılım tarafından önyargılılığın denetlenmesi ve algoritmaya gerektiğinde müdahale edilip uyarlanması kusur sorumluluğunu bertaraf etmek için kullanılabilir.

(2) İşverenin Yazılım Hizmeti Veren Kusurundan Doğan Sorumluluğu

İşverenin yazılım hizmeti veren kusurundan doğan sorumluluğu üzerinden durulması gereken bir diğer konudur. Belirtelim ki Alman Hukukunda işverenin yazılım hizmeti veren kusurundan doğan sorumluluğu tartışmalı olup bir görüşe göre; işveren sadece kendi kusurundan değil aynı zamanda programcıların bir diğer ifadeyle yazılım hizmeti sağlayıcıların kusurlarından da ifa yardımcısı olmaları nedeniyle BGB § 278 uyarınca sorumludur¹¹⁰. Nitekim söz konusu hükme göre, borçlu borcun ifasını yerine getirirken kullanmış olduğu kişilerin kusurundan da kendi kusuru kadar sorumludur. Dolayısıyla Eşit İşlem Kanunu § 15, 1 gereğince işverenin sorumluluğunun, yardımcı kişileri de kapsadığı, bir diğer ifadeyle yazılım hizmeti yardımcılarının kusurlarını kapsadığı sonucu çıkarılabilir. Nitekim hükümde ayrımcılık yasağına aykırılık halinde işveren verilen zararı tazmin etmekle yükümlüdür¹¹¹. Kanaatimizce hukukumuz açısından da aynı şekilde işverenin yazılım hizmeti sağlayıcısının kusurlarından da sorumluluğunun olması gerekmektedir. Nitekim TBK. m. 116'da *"borçlu, borcun ifasını veya bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasını, birlikte yaşadığı kişiler ya da yanında çalışanlar gibi yardımcılara kanuna uygun surette bırakmış olsa bile, onların işi yürüttükleri sırada diğer tarafa verdikleri zararı gidermekle yükümlüdür."* hükmü yer almaktadır.

Tanımlayacak olursak yardımcı kişi, fiili duruma ve borçlunun iradesiyle borçluya düşen borcun ifasında yardımcı eleman olarak faaliyet gösteren kişidir¹¹². Burada gerekli olan yasal bağ-

108 Freyler, s. 290.

109 Höpfner/Daum, s. 497.

110 Höpfner/Daum, s. 497.

111 Höpfner/Daum, s. 497.

112 Jauernig/Stadler, 18. Aufl. 2021, BGB § 278 Rn. 6; Be-

lantı işçi açısından iş ilişkisinden, işçi adayı içinse sözleşme öncesi hazırlık ilişkisinden doğmaktadır¹¹³. Örneğin; işveren başvuru sürecinde üçüncü bir kişiyi çalıştırırsa, ki burada üçüncü kişi yazılım hizmeti sağlayıcısıdır, işverenin sorumluluğunun temeli Alman Medeni Kanun 278, 1'den kaynaklanacaktır. Aynı şekilde, Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu §1, (3) uyarınca fesihte sosyal seçim kriterine uyma zorunluluğunda, işverenin harici yapay zeka tarafından oluşturulan ya da düzenlenen isim listesine göre sosyal seçim kriterini uygulaması halinde, meydana gelebilecek hatalardan işveren yine bu kapsamda sorumlu olacaktır¹¹⁴. Dolayısıyla öğretilerde işverenin sorumluluğu dikkate alındığında sosyal seçimin bir parçası olarak bir puan tablosu, makine tarafından hazırlık eylemleri kapsamında hazırlansa bile, nihai olarak bir insan değerlendirmesine tabi olması gerektiği ifade edilmiştir¹¹⁵.

Belirtmek gerekir ki, adil ve ayrımcı olmayan bir seçim sürecinin planlanması, seçimin yapılacağı parametrelerin ve kriterlerin tespit edilmesini içerir. Söz konusu bu durum yapay zekayı planlayan, yazılım servisi sağlayan programcıların görevinin kapsamındadır. Ancak bu kapsamda yazılım hizmeti sağlayıcısı, işverenin bizzat kendisinin kullandığı yapay zeka programını, algoritmanın işleyişini ve dolayısıyla işverenin borçlu olduğu seçim sürecini önemli ölçüde birlikte tasarladıklarını kanıtlayabilir. Nasıl ki işveren seçimi programlamak ve seçim kararını vermek için dışarıdan yardımcı kişi (işe alım görevlisi) kullandıysa bu durumda bu kişinin kusurlarından da sorumlu oluyorsa aynı husus yapay zeka için de geçerlidir. Nitekim işveren yapay zekayı kullanarak borçlu olduğu adil ve ayrımcı olmayan seçim sürecinin bir kısmını yazılım hizmeti sağlayıcısına yaptırmaktadır. Burada dijital

olmayan personel hizmeti sağlayan kişiden farklı olarak yazılım hizmeti sağlayıcısı, seçim sürecinin programlanmasında bizzat kendisi görevlidir, ancak asıl seçimin algoritmalar tarafından yapılmasına izin vermekte ve bu süreçte yer almamaktadır¹¹⁶. İki aşamalı olarak kabul edilen bu durum, işverenin BGB 278 anlamında yazılım hizmeti sağlayıcısının kusurlarından sorumlu olması hususunda bir değişikliğe neden olmaz¹¹⁷.

Alman Hukukunda başka bir görüşe göre ise; yazılım hizmeti sağlayıcısının hatası ile yapay zekanın kendi hatası hususunda ayırım yapılması gerekir. Örneğin; sistemin kusurlu bir veri tabanına dayalı olarak kurulması, sunulan verilerin zaten ayrımcı nitelikte olması ya da yazılım programcısının bilerek ya da büyük bir ihtimalle bilmeden kendi toplumsal değerlerini ve ön yargılarını sistemin geliştirilmesine dahil etmesi düşünülebilir. Ayrıca, bir yazılım hizmet sağlayıcısı, dolaylı olarak ayrımcı parametreler içermediğini garanti etmeden veya dolaylı ayrımcılık riskine işaret etmeden, böyle bir sistemi açık bir şekilde işe alma amacıyla piyasaya sunarsa ihmalkâr davranmış olur. Bu durumda da insan hatası söz konusu olduğu için BGB 278'in doğrudan uygulanmasında sorun yoktur ve yazılım şirketinin bu hatası işverene atfedilecektir¹¹⁸. Öte yandan kendi kendine öğrenen algoritmalarda ayrımcılık yapay zekanın kendi hatasına, başarısızlığına dayalı olarak ortaya çıkabilir. Örneğin işe alımda aday seçimi kendi kendine öğrenen yapay zeka yani tahmin edilebilir olmayan makine öğrenimi temelinde bağımsız karar kalıpları geliştirebilen bir program tarafından yapılırsa bu durumda dolaylı ayrımcılık söz konusu olmaz ve işverenin sorumluluğuna gidilemez. Sadece algoritmaların kullanılması durumunda dolaylı ayrımcılık söz konusu olabilir¹¹⁹.

Bu görüş karşısında öğretilerde hem algorit-

ckOK BGB/Lorenz, 65. Ed. 1.2.2023, BGB § 278 Rn. 11; BGH NJW 2017, 2608 Rn. 43.

113 Freyler, 288; v. Lewinski/de Barros Fritz, 623; Höpfner/Daum, s. 497; Eren, s. 1095.

114 Höpfner/Daum, s. 497.

115 Hergenröder, Münchener Kommentar zum BGB, KSchG § 1 Sozial ungerechtfertigte Kündigungen, Rn. 45. 9. Auflage 2023.

116 Höpfner/Daum, s. 498.

117 Höpfner/Daum, s. 498.

118 von Lewinski/de Barros Fritz, s. 623; Freyler, s. 288; Höpfner/Daum, s. 499; Waas, Künstliche Intelligenz und Arbeitsrecht, s. 131.

119 Dzido/Groh, s. 1920.

mayı hem de yapay zekayı kullanmanın dolaylı ayrımcılığa yol açabileceği ifade edilmiştir¹²⁰. Nitekim, işveren algoritmayı ya da yapay zekayı kullandığında fiilen kendisinin yerine getirmesi gereken personel faaliyetlerini dışarıdan temin etmektedir. Yapay zekayı kullanarak ekonomik fayda sağlayan işverenin, yapay zekanın otonom ve öngörülemez kararlar verdiği iddiasıyla baştan sorumluluktan kurtulması hakkaniyete aykırıdır¹²¹. Kullanıcılar bilinçli bir şekilde yapay zekayı kullanarak ayrımcılık yasağının ihlal edilmesi rizikosunu üstlenmişlerdir, dolayısıyla yeterli nedensellik bağı da kurulmuş olur. Eşit İşlem Kanunu § 15, 1'deki işverenin ayrımcılık yasağına aykırılık halinde ödemesi gereken ayrımcılık tazminatı, işverenin ihmalinin olması durumunda söz konusu olur¹²². Algoritmaların ve yapay zekanın kusurunun BGB 278 anlamında işverene atfedilip atfedilmeyeceği sorusu akıllara gelebilir. Belirtmek gerekir ki, yapay zeka ve algoritmaların yardımcı kişi olarak nitelendirilmesine bir itiraz yoktur. Ancak yapay zeka ve algoritmalar tıpkı insan kaynakları departmanında çalışan işçiler gibi personele ait kararları işveren adına ve işverenin isteği doğrultusunda alır. Dolayısıyla yapay zeka ve algoritmalarının hatasını BGB 278 anlamında üçüncü kişinin hatası olarak nitelendirmek mümkün değildir. Çünkü makine kusurlu olarak hareket edemez ancak, geliştiricisinin iradesini uygular. Bu da işverenin kendi kusurlu olduğu iddiasına dayanılması sonucunu doğurur¹²³. Bunun nedeni ise işverenin işi yapan kişinin seçiminde ve denetlenmesindeki yükümlülüklerinin aynı zamanda robotların kullanılması hususunda da geçerli olmasıdır¹²⁴. Aynı yöndeki başka bir görüşe göre ise, Alman Medeni Kanunu'nun (BGB) 278. maddesi ancak ayrımcılığın

bu hüküm anlamında bir "kişinin", yani programcının eylemlerine atfedilebilmesi halinde uygulanabilir¹²⁵. Hemen belirtelim ki bu görüşe göre, BGB 278'in uygulanamazlığı, işverenin sorumluluğu açısından herhangi bir azalmaya neden olmaz. Çünkü her halükârda Avrupa Birliği Veri Koruma Tüzüğü'nün 22. maddesindeki otomatik karar alma yasağı bu durumda da geçerlidir¹²⁶.

Kanaatimizce hukukumuzda açısından da işverenin gerek yazılım hizmeti sağlayıcısının kusurlarından gerekse kendi kendine öğrenebilir yapay zekanın otonom kararlarından sorumlu olması gerekir. Kendi kendine öğrenebilir yapay zekanın kararlarından sorumlu tutulmadığı takdirde işveren tazminat yükümlülüğünden kolayca kurtulabilecektir. Örneğin işveren yönetim hakkı kapsamında işe alımlarda yapay zekayı kullanmayı tercih ediyorsa bu durumda bu makinelerin ayrımcılık yapabilme riskini de göze almalıdır.

4) Yazılım Hizmeti Sağlayıcısının 7223 Sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu Kapsamında Sorumluluğu

Yapay zeka kullanımı dolayısıyla sözleşme dışı ve sözleşmesel sorumluluğa değindikten sonra yapay zeka yazılımını geliştiren sağlayıcının, ürün sorumluluğu kapsamında aday işçi açısından maddi ve manevi tazminattan iş ilişkisi devam eden işçi açısından ayrımcılık tazminatından sorumlu tutulup tutulmayacağına değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Belirtelim ki yapay zekayı geliştiren şirketin ya da kişinin ürün sorumluluğu kapsamında sorumluluğuna gidebilmek için öncelikle yapay zekanın ürün niteliğinin olup olmadığının tespit edilmesi gerekir. Hukukumuzda 7223 sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanununda¹²⁷ ürün, "Her türlü madde, müstahzar veya eşya" şeklinde tanımlanmıştır (m. 3/1, s). Öğretide, söz konusu bu tanımdan hareketle bir şeyin ürün olarak kabul edilebilmesi için

120 Thüsing, Münchener Kommentar zum BGB, AGG § 3, 9. Auflage 2021, Rn. 34; Freyler, s. 287 vd.

121 Thüsing, Münchener Kommentar zum BGB, AGG § 3, 9. Auflage 2021, Rn. 34.

122 Thüsing, Münchener Kommentar zum BGB, AGG § 3, 9. Auflage 2021, Rn. 34.

123 Thüsing, Münchener Kommentar zum BGB, AGG § 3, 9. Auflage 2021, Rn. 34.

124 Thüsing, Münchener Kommentar zum BGB, AGG § 3, 9. Auflage 2021, Rn. 34.

125 Benecke, Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 1: Individualarbeitsrecht I, 5. Auflage 2021, Rn. 168.

126 Thüsing, Münchener Kommentar zum BGB, AGG § 3, 9. Auflage 2021, Rn. 34.

127 RG. 12 Mart 2020, 31066.

belirli bir oranda cisimleşmiş olması gerektiği, bu bağlamda yazılım programı entegre edilmiş cismani makinelerin ürün olarak kabul edilebileceği, ancak yürürlükteki hukuk açısından cisimleşmemiş yazılım programlarının ürün sorumluluğu kapsamında ürün olarak görülmesinin mümkün olmadığı ifade edilmiştir¹²⁸. Aksi görüşe göre ise, soyut niteliğe sahip olan yazılımlar genellikle somut araçlar yardımıyla cihazlara yüklenmektedir. Yazılım bu haliyle çeşitli ekipmanları kullanarak belirli programları çalıştırmaktadır. Ayrıca yazılım, çevrimiçi indirmeler, bulut bilişim gibi soyut yöntemlerle sağlanmış olsa bile, yazılımın varlığını sürdürdürebilmesi ve işlevlerini yerine getirmesi için bilgisayar sürücüsü, taşınabilir hafıza kartı ya da başka bir somut veri ile donanıma dahil edilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla yazılım ister maddi bir varlıkta cisimleşmiş olsun isterse soyut bir şekilde temin edilmiş olsun kullanım aşamasında maddi bir varlıkla bütünleştiğinden ürün olarak kabul edilmelidir¹²⁹.

Burada önemle belirtelim ki, Avrupa Birliği Komisyonu'nun Eylül 2022 tarihinde sözleşmesel olmayan özel hukuk sorumluluk kurallarının yapay zekaya uyarlanması için yayınladığı Kusurlu Ürünlerin Sorumluluğuna ilişkin yönerge teklifinde¹³⁰ ürün kavramını, "başka bir taşınır veya taşınmaz şeye entegre edilmiş olsa bile, herhangi bir taşınır şey anlamına gelir. Buna elektrik, dijital inşaat belgeleri ve yazılım da dahildir" şeklinde tanımlamıştır (m. 4/1). Dolayısıyla bu teklif ile komisyon yazılımın da açıkça ürün kavramı içerisinde kabul edilmesini gerektiğini düzenle-

yerek, ürün kavramının kapsamını genişletmiştir. Ayrıca Avrupa Birliği Yapay Zeka Sorumluluk Yönerge Teklifinin, ulusal kanunlardaki her türlü zararı kapsadığı bu bağlamda ayrımcılıktan veya mahremiyet gibi temel hakların ihlalinin kaynaklanan zararların da dahil olduğu; gerçek ve tüzel kişiler tarafından açılan davalar için geçerli olduğu ifade edilmiştir¹³¹. Daha açık bir ifadeyle Yönerge teklifi uyarınca yazılımı üreten şirket ya da kişi, örneğin yazılımdan kaynaklı olarak işe alımda yapay zeka kullanımı sonucunda ayrımcılık meydana gelmişse bu durumda temel hakkın ihlali olması nedeniyle meydana gelen zarardan sorumlu olacaktır¹³².

Üzerinde durmamız gereken bir diğer düzenleme Avrupa Birliği Komisyonu'nun 28.09.2022 tarihli Kusurlu Ürünlerin Sorumluluğuna İlişkin Direktif Teklifidir¹³³. Bu Direktif Teklifi, 85/374/EEC1 sayılı Direktifi (Ürün Sorumluluğu Direktifi) yürürlükten kaldırmayı amaçlayan, kusurlu ürünlerin sorumluluğuna ilişkin bir direktiftir. 85/374/EEC1 sayılı Direktifin amacı, kusurlu ürünler nedeniyle fiziksel yaralanma veya maddi zarara uğrayan kişilerin uğradıkları zararın tazmini için AB düzeyinde bir sistem sağlamaktır. Ancak 85/374/EEC1 sayılı Direktifin kabul edilmesinden bu yana ürün güvenliği ve piyasa gözetim kurallarının modernizasyonu da dahil olmak üzere, ürünlerin üretilme, dağıtılma ve işletilme şekillerinde yapay zeka ve dijitalleşme ile önemli değişiklikler olmuştur¹³⁴. 28.09.2022 tarihli Kusurlu Ürünlerin Sorumluluğuna İlişkin Direktifte, 85/374/EEC1 sayılı Direktifteki tanım ve kavramların nasıl uygulanacağı, tazminat sorumluluğu bakımından

128 Ayşe Havutçu, Türk Hukukunda Örtülü Bir Boşluk: Üreticinin Sorumluluğu, Ankara 2005, s. 70; Erhan Kanişlı, "Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu (ÜGTDK) Uyarınca Üreticinin Sorumluluğu", İstanbul Hukuk Mecmuası, 78 (3), s. 1423; Batuhan Akkuş, "Ürün Sorumluluğu ve Yapay Zekanın Ürün Olarak Değerlendirilebilirliği", Yapay Zeka ve Hukuk, Ed. Mustafa Aksu, İstanbul 2023, s. 486-487.

129 Erdem Doğan, Yapay Zekanın Hukuki Statüsü ve Sorumluluğu, Ankara 2022, s. 243.

130 Vorschlag Für Eine Richtlinie Des Europäischen Parlaments Und Des Rates Über Die Haftung Für Fehlerhafte Produkte, https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:b9a6a6fe-3ff4-11ed-92ed-01aa75ed71a1.0003.02/DOC_1&format=PDF (01.04.2023).

131 Fragen und Antworten: Richtlinie über KI-Haftung, 28. September 2022, Brüssel, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/qanda_22_5793, (E. T. 02.04.2023).

132 https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/qanda_22_5793, (E.T. 02.04.2023).

133 Proposal for a DIRECTIVE OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on liability for defective products, [https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/detail?ref=COM\(2022\)495&lang=en](https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/detail?ref=COM(2022)495&lang=en)

134 Proposal for a Directive Of The European Parliament and Of The Council on liability for defective products, [https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/detail?ref=COM\(2022\)495&lang=en](https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/detail?ref=COM(2022)495&lang=en).

yapay zekalı ürünler açısından ispat yükü bakımından eksiklik olduğu ifade edilmiştir. Öncelikle belirtelim ki bu direktif teklifinde Avrupa Birliği Komisyonu'nun Eylül 2022 tarihli Kusurlu Ürünlerin Sorumluluğuna ilişkin yönerge teklifinde olduğu gibi yapay zeka sistemlerinin ve yapay zeka özellikli ürünlerin "ürün" olduğu ve bu nedenle Ürün Sorumluluğu Direktifinin kapsamına girdiği belirtilmiştir¹³⁵. Yine Direktif teklifine göre kusurlu yapay zeka hasara neden olduğunda, zarar gören kişi üreticinin hatasını kanıtlamak zorunda kalmadan, diğer ürünlerde olduğu gibi tazminat talep edebilecektir. Ayrıca teklif şunu açıkça ortaya koymaktadır: sadece donanım üreticileri değil, aynı zamanda yazılım sağlayıcıları ve dijital hizmet sağlayıcıları sorumlu tutulabilir. Ancak hemen belirtelim ki ispat yükümlülüğü açısından davacının ürünün kusurlu olduğunu, uğradığı zararı ve kusur ile zarar arasındaki nedensellik bağını ortaya koyması gerekir¹³⁶.

Hukukumuzda bu şekilde düzenlemeler bulunmasa da biz de yazılım maddi bir varlıkta cismleşmiş olmasa da ürün olarak kabul edilebileceği kanaatindeyiz. Yazılımın ürün olarak kabul edilmesi, İş Hukukunda da cevaplandırılması gereken sorulara sebebiyet verecektir. Çalışma konumuz açısından akla gelecek soru ise yazılım sağlayıcısı kişinin ya da şirketin yazılımdaki bir hata, kusur nedeniyle ayrımcılığa neden olması durumunda aday işçinin maddi tazminatı, iş ilişkisi devam eden işçi açısından ayrımcılık tazminatını doğrudan yazılım şirketinden ürün sorumluluğu kapsamında talep edip edemeyeceğidir. Burada önemle vurgulayalım ki, somut olayda aday işçinin ya da işçinin ayrımcılığa maruz kalmasının nedeninin yazılımdaki hatadan kaynaklandığını bilebilmesi ve bunu ispat edebilmesi pek kolay değildir. Ancak, aday işçinin

ya da işçinin ayrımcılığa uğramasının nedeninin gerçekten yazılımdaki hatadan kaynaklanması ve bunun ispatlanabildiği varsayımında yazılım şirketinin tazminat sorumluluğunu değerlendirmek gerekir. 7223 sayılı Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu'nun 6. maddesinde ürün sorumluluğu tazminatı düzenlenmiştir. Hükme göre, "Ürünün, bir kişiye veya bir mala zarar vermesi halinde, bu ürünün imalatçısı veya ithalatçısı zararı gidermekle yükümlüdür. İmalatçı veya ithalatçının sorumlu tutulabilmesi için, zarar gören tarafın uğradığı zararı ve uygunsuzluk ile zarar arasındaki nedensellik bağını ispat etmesi zorunludur. Ürünün sebep olduğu zarardan birden fazla imalatçı veya ithalatçının sorumlu olması halinde, bunlar müteselsilen sorumlu tutulurlar. İmalatçı veya ithalatçıyı üründen kaynaklanan tazminat sorumluluğundan kurtaran ya da bu sorumluluğu azaltan sözleşmelerin ilgili maddeleri hükümsüzdür. Ürünün sebep olduğu zarar nedeniyle ödenecek maddi ve manevi tazminat miktarının belirlenmesinde 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır. Tazminat talebi için zamanaşımı süresi, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten itibaren üç yıl ve her halde zararın doğduğu tarihten itibaren on yıldır. Diğer kanunlardaki tazminat sorumluluğuna ilişkin hükümler saklıdır".

Söz konusu bu hükmü dikkate aldığımızda aday işçinin yazılımdaki hata, kusur nedeniyle ayrımcılığa maruz kalması durumunda, maddi ve manevi tazminat zarara uğradığını ve bunun yazılımdaki hatadan kaynaklandığını ispat etmesi durumunda doğrudan yazılım şirketi sağlayıcısından talep edebilir. Burada akla gelebilecek soru ise, aday işçinin ayrımcılık nedeniyle hem işverenenden sözleşme öncesi sorumluluk kapsamında maddi ve manevi tazminat hem de yazılım şirketinden ürün sorumluluğu tazminatı talep edemeyeceğidir. Belirtelim ki işverenin sözleşme öncesi sorumluluk kapsamındaki maddi ve manevi tazminat sorumluluğunun şartları kusur, zarar ve illiyet bağıdır. Dolayısıyla kanaatimizce sözleşme öncesi sorumluluk ile ürün sorumluluğu tazminatının amacı benzer olup, her iki tazmi-

135 Proposal for a Directive Of The European Parliament and Of The Council on liability for defective products, [https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/detail?ref=COM\(2022\)495&lang=en](https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/detail?ref=COM(2022)495&lang=en), Art. 4.

136 Proposal for a Directive Of The European Parliament and Of The Council on liability for defective products, [https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/detail?ref=COM\(2022\)495&lang=en](https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/detail?ref=COM(2022)495&lang=en), Art. 9.

natın amacının da zararın karşılanması olduğu söylenebilir. Dolayısıyla yazılımdaki hata dolayısıyla ayrımcılığa uğrayan aday işçi, uğramış olduğu zararı işverenden sözleşme öncesi sorumluluk kapsamında karşılamış ise ayrıca 7223 sayılı Kanun kapsamında ayrıca "ürün sorumluluğu tazminatı" talep edememesi gerekir.

İş ilişkisi devam ederken işçinin, işverenin yapay zeka kullanması nedeniyle ayrımcılığa uğraması durumunda ayrımcılık tazminatını yazılım şirketinden ürün sorumluluğu kapsamında talep edemeyeceği açıktır. Nitekim, ayrımcılık tazminatı İş Kanunundan ve iş ilişkisinden doğan bir tazminattır. Dolayısıyla ayrımcılık tazminatının muhatabı iş sözleşmesi yapılan, iş ilişkisi kurulan işveren olup yazılım hizmeti sağlayıcısı şirketten talep edilemez. Ancak hemen belirtelim ki, ayrımcılığa yazılımdaki kusur sebebiyet verdi ise bu durumda işçi, ürün sorumluluğu tazminatı kapsamında yazılım şirketine doğrudan maddi ve manevi zararı için tazminat davası açabilir. Bu durumda akla gelebilecek bir diğer soru ise işçinin işverenden ayrımcılık tazminatı bunun yanında yazılım şirketin de maddi ve manevi tazminat talep edip edemeyeceğidir. Kanaatimizce bu durumda işçinin, yazılım şirketinden 7223 sayılı Kanun'un 6. maddesinde yer alan "Diğer kanunlardaki tazminat sorumluluğuna ilişkin hükümler saklıdır" ifadesi nedeniyle tazminat talep edilebilmesinin mümkün olmadığı akıllara gelebilir. Ancak burada her iki tazminatın amacının farklı olduğunu düşünmek gerekir. Nitekim yukarıda da belirttiğimiz üzere ayrımcılık tazminatının muhatabı işverendir ve bu tazminat ayrımcılığın sonucudur. Ürün sorumluluğu tazminatının amacı ise farklıdır. Bu tazminat "ürünün, bir kişiye veya bir mala zarar vermesi halinde" zarara uğrayan kişinin uğramış olduğu maddi ve manevi zararın giderilmesini amaçlamaktadır. Dolayısıyla işçi hatalı, kusurlu yazılım dolayısıyla ayrımcılığa uğrarsa ve ayrımcılık sonucunda maddi, manevi zararı doğmuş ise bu durumda yazılım hizmeti sağlayıcısından ürün sorumluluğu tazminatı alabileceği kanaatindeyiz.

Sonuç

İşverence yapay zekanın iş hayatında kulla-

nılması işverenlerin özellikle şirketlerin insan kaynakları birimi açısından olumlu olsa da yapay zeka kullanımı olumsuzluklara da neden olabilecektir. Bunların başında ise, işe alımda ve iş ilişkisinde yapay zeka kullanımına bağlı olarak ayrımcılık yasağının ihlali gelir. Uygulamada genellikle yapay zekanın işe alımda ayrımcılığa neden olabileceği ifade edilmişse de kanaatimizce iş ilişkisinde özellikle işçinin performansının tespitinde, hangi işçinin iş sözleşmesinin devrinin yapılacağına tespitinde, hatta iş sözleşmesi feshedilecek işçinin tespitinde de ayrımcılığa neden olabilecektir.

Gerçekten yapay zekanın veriler ile çalışıyor olması, ayrımcılık sonucunu doğuracak verilerin sisteme girdi olarak yüklenmesi ya da kendi kendine öğrenen yapay zekayı dikkate aldığımızda ayrımcılık ile karşılaşılma riski oldukça yüksektir. Hemen belirtelim ki, işe alımda ya da iş ilişkisinde yapay zeka kullanımına bağlı olarak dolaylı ayrımcılık ile daha fazla karşılaşılır. Bu da yapay zekaya tanımlanan veri ile ayrımcılık arasında iliyet bağının kurulmasında ve işçinin ya da aday işçinin ayrımcı muameleye yapay zekanın neden olduğunu ispatlaması açısından zorlukları da beraberinde getirecektir. Yapay zeka uygulamasının kara kutu karakteri dikkate alındığında ispat yükünün yerine getirilmesi zordur. Kanaatimizce, ispat yükünü kolaylaştırmak bakımından 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 10. ve 11. maddesi dikkate alınmalıdır. Nitekim işçinin ya da işçi adayının, işverence kişisel verilerinin otomatik yolla elde edildiğini, yazılım veya donanım özellikleri aracılığıyla önceden hazırlanan algoritmalar kapsamında insan müdahalesi olmadan kendiliğinden örneğin; etnik kökeni, ırkı, yaşı, cinsiyeti gibi ayrımcılık oluşturabilecek nitelikteki verilerini işleme faaliyetinin yapıldığını ve hangi kapsamda işlendiğini öğrenmesi, ayrımcılık yasağının ihlalinin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koymak açısından adaya ya da işçiye kolaylık sağlayabilir.

Yapay zekanın ayrımcılığa neden olması halinde sorumluluğun sözleşme dışı sorumluluk, sözleşmesel sorumluluk ve ürün sorumluluğu kapsamın-

da değerlendirilmesi gerekir. İşçi uğradığı zararın tazmininde sözleşmeden doğan sorumluluk kurallarına dayanabileceği gibi sözleşme dışı sorumluluk (haksız fiil) hükümlerine de dayanabilir. Ancak haksız fiil sorumluluğunda kusuru ispatla yükümlülük dikkate alındığında işçi bakımından sözleşmeden kaynaklanan sorumluluk hükümlerine dayanmak elverişlidir. Bununla birlikte, yapay zeka bakımından sözleşme dışı sorumluluk hükümleri, işçi tarafından doğrudan sağlayıcıya veya sağlayıcı olarak nitelendirilebilen kişilerin sorumluluğuna gidebilmesi bakımından önem taşımaktadır.

Sözleşmesel sorumluluk açısından ise, işverenin yapay zekayı iş ilişkisinde veya iş ilişkisinin sona ermesinde ayrımcılık oluşturacak bir şekilde kullanması halinde de İş K. m. 5 uyarınca ayrımcılık tazminatı ödemesi gerekir. İşveren, yapay zekanın vermiş olduğu zararı, yapay zeka üreticisinden yazılımda hata olması halinde aralarındaki sözleşmeye göre talep edebilecektir. Hatta kanaatimizce işveren, üretici konumundaki şirketle yaptığı sözleşmede üreticiden kaynaklı olarak ürünlerdeki kusur nedeniyle ayrımcılık yapması halinde tazminat ödemesi durumunda söz konusu bu tutarı üretici şirkete rücu edebileceğine ilişkin bir hüküm de koyabilir. Ayrıca işveren, ödemek zorunda kaldığı ayrımcılık tazminatını TBK m. 116, bir diğer ifadeyle yardımcı kişinin sorumluluğu kapsamında da yapay zekanın üreticisi yani yazılım hizmeti sağlayıcısından talep edebilir. Aday işçi açısından ise, işverenin işe alımda yapay zekayı kullanması sonucunda aday işçi, ayrımcı muameleye maruz kalması nedeniyle sözleşme öncesi sorumluluk gereğince işverenden maddi ve manevi tazminat talep edilebilir. Ancak maddi ve manevi tazminat için işverenin kusurunun bulunması ve aday işçinin zarara uğraması gerekir. İşveren, yazılımı seçerken dikkat ve özen yükümlülüğünü yerine getirmemişse TBK m. 112 uyarınca maddi ve manevi tazminat sorumluluğu doğacaktır. Sözleşmesel sorumluluk kapsamında işverenin gerek yazılım hizmeti sağlayıcısının kusurlarından gerekse kendi kendine öğrenebilir yapay zekanın otonom kararlarından sorumlu ol-

ması gerekir. Kendi kendine öğrenebilir yapay zekanın kararlarından sorumlu tutulmadığı takdirde işveren tazminat yükümlülüğünden kolayca kurtulabilecektir. Örneğin; işveren yönetim hakkı kapsamında işe alımlarda yapay zekayı kullanmayı tercih ediyorsa bu durumda bu makinelerin ayrımcılık yapabilme riskini de göze almalıdır.

Son olarak, yazılım hizmeti sağlayıcısının ürün sorumluluğu kapsamında yazılımdaki kusurlardan sorumluluğu söz konusu olabilir. Aday işçi, işverenden sözleşme öncesi sorumluluk kapsamında maddi ve manevi tazminat talep etmiş ise ayrıca ürün sorumluluğu kapsamında maddi, manevi tazminat talep edemeyecektir. Nitekim kanaatimizce, sözleşme öncesi sorumluluk ile ürün sorumluluğu tazminatının amacı benzer olup, her iki tazminatın amacının da zararın karşılanması olduğu söylenebilir. Dolayısıyla yazılımdaki hata dolayısıyla ayrımcılığa uğrayan aday işçi, uğramış olduğu zararı işverenden sözleşme öncesi sorumluluk kapsamında karşılamış ise ayrıca 7223 sayılı Kanun kapsamında ayrıca "ürün sorumluluğu tazminatı" talep edememesi gerekir. Yine iş ilişkisi devam ederken işçinin, işverenin yapay zeka kullanması nedeniyle ayrımcılığa uğraması durumunda ayrımcılık tazminatını yazılım şirketinden ürün sorumluluğu kapsamında talep edemeyecektir. Nitekim, ayrımcılık tazminatı İş Kanunu'ndan ve iş ilişkisinden doğan bir tazminattır. Dolayısıyla ayrımcılık tazminatının muhatabı iş sözleşmesi yapılan, iş ilişkisi kurulan işveren olup yazılım hizmeti sağlayıcısı şirketten söz konusu tazminat talep edilemez. Ancak işçi hatalı, kusurlu yazılım dolayısıyla ayrımcılığa uğrarsa ve ayrımcılık sonucunda maddi, manevi zararı doğmuş ise bu durumda yazılım hizmeti sağlayıcısından ürün sorumluluğu tazminatı da alabileceği kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

- Armağan Ebru Bozkurt Yüksel: "Avrupa Komisyonu'nun Yapay Zekâ Tüzük Teklifi'ne Genel Bir Bakış", TAAD, Yıl 13. Sayı 51, Temmuz 2022.
- Ayşe Havutçu: Türk Hukukunda Örtülü Bir Boş-

- luk: Üreticinin Sorumluluğu, Ankara 2005.
- Başak Bak: "Medeni Hukuk Açısından Yapay Zekânın Hukuki Statüsü ve Yapay Zekâ Kullanımından Doğan Hukuki Sorumluluk", TAAD, Yıl: 9, Sayı: 35 (Temmuz 2018).
 - Batuhan Akkuş: "Ürün Sorumluluğu ve Yapay Zekanın Ürün Olarak Değerlendirilebilirliği", Yapay Zeka ve Hukuk, Ed. Mustafa Aksu, İstanbul 2023.
 - Benecke :Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 1: Individualarbeitsrecht I, 5. Auflage 2021.
 - Bericht der Arbeitsgruppe: "Digitaler Neustart" der Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister 2018.
 - Berk Kapancı: "Özel Hukuk Perspektifinden Bir Değerlendirme: Yapay Zekâ ve Haksız Fiil Sorumluluğu", Gelişen Teknolojiler ve Hukuk II: Yapay Zeka, İstanbul 2021.
 - Bernd Waas: KI und Arbeitsrecht, RdA 2022.
 - Bernd Waas: Künstliche Intelligenz und Arbeitsrecht, 1. Auflage, Frankfurt 2022.
 - Boris Dzida/Naemi Groh: "Diskriminierung nach dem AGG beim Einsatz von Algorithmen im Bewerbungsverfahren", NJW 2018.
 - Canan Ünal: İş Hukukunda Yaş Ayrımcılığı, İstanbul 2018.
 - Carmen Freyler: "Robot-Recruiting, Künstliche Intelligenz und das Antidiskriminierungsrecht", NZA 2020.
 - Clemens Höpfner/Jan Alexander Daum; "Der Robo- Boss"- Künstliche Intelligenz im Arbeitsverhältnis", ZFA, 4/2021.
 - Curt Wolfgang Hergenröder: Münchener Kommentar zum BGB, KSchG § 1 Sozial ungerechtfertigte Kündigungen.
 - Ecem Aksoy: Yapay Zekanın Sorumluluk Hukukundaki Konumu ve Büyük Veri ile İlişkisi, Ankara 2022.
 - Emrah Aydemir: WEKA ile Yapay Zeka, Ankara 2019.
 - Erdem Doğan: Yapay Zekanın Hukuki Statüsü ve Sorumluluğu, Ankara 2022.
 - Erdem Özdemir: "Beyaz Yakalı ve Mavi Yakalı İşçiler Arasında Fazla Çalışma ile Ulusal Bayram ve Genel Tatil Ücretleri Bakımından Farklı Oranların Uygulanması Eşitlik İlkesine Aykırılık Oluşturur mu?", Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 33.
 - Erdem Özdemir: İş Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Yükü ve Araçları, İstanbul 2006.
 - Erhan Kanişlı: "Ürün Güvenliği ve Teknik Düzenlemeler Kanunu (ÜGTDK) Uyarınca Üreticinin Sorumluluğu", İstanbul Hukuk Mecmuası, 78 (3).
 - Erzan Erzurumluoğlu: Sözleşmeler Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 6 bs., Ankara 2016.
 - Gaye Burcu Yıldız: İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, Ankara 2008.
 - Gregor Thüsing: Münchener Kommentar zum BGB, AGG § 3, 9. Auflage 2021.
 - Groh Gunnar: Weber kompakt, Künstliche Intelligenz, Rechtswörterbuch, 7. Edition 2022.
 - Hamdi Mollamahmutoğlu/Muhittin Astarlı/Ulaş Baysal: İş Hukuku, Ankara 2014.
 - Jauernig/Stadler: BGB, 18. Auflage 2021.
 - Jörg Hennig/Anika Nadler: "Künstliche Intelligenz im Arbeitsrecht", KI & Recht kompakt, Springer Nature 2020.
 - Kai von Lewinski/Raphael de Barros Fritz: "Arbeitgeberhaftung nach dem AGG infolge des Einsatzes von Algorithmen bei Personalentscheidungen", NZA 2018.
 - Kübra Doğan Yenisey: "Kadın-Erkek Eşitliği Bakımından Türk İş Hukukunun Avrupa Birliği Hukuku ile Olası Uyum Sorunları", Yargıç Dr. Aydın Özkul'a Armağan, Kamu- İş, 2002, C. 6, S. 4.
 - Kübra Doğan Yenisey: "İş Kanununda Eşitlik İlkesi Ve Ayrımcılık Yasağı", Çalışma ve Toplum, 2006/4.
 - Lorenz, BeckOK BGB, 65. Ed. 1.2.2023.
 - Michael Witteler/Lucas Moll: "Künstliche Intelligenz am Arbeitsplatz – Datenschutz und Rechte des Betriebsrats", NZA 2023.

- Murat Engin/Başak Ozan Özparlak: "İşe Girişte Yapay Zeka ve Ayrımcılık", Hukuk Perspektifinden Yapay Zeka, İstanbul 2022.
- Mustafa Aksu: Yapay Zeka ve Hukuk, İstanbul 2023.
- Nuri Çelik/Nurşen Caniklioğlu/Talat Canbolat/Ercüment Özkaraca: İş Hukuku Dersleri, 35. bs., İstanbul 2022.
- Ömer Ekmekçi/Esra Yiğit: Bireysel İş Hukuku, 3. bs., İstanbul 2021.
- Sarper Süzek: İş Hukuku, 21 bs., İstanbul 2021.
- Seda Kara Kılıçarslan: "Yapay Zekanın Hukuki Statüsü Ve Hukuki Kişiliği Üzerine Tartışmalar", YBHD, Y. 4, S. 2019/2.
- Sinan Okur: Otonom Araçlarda Sözleşme Dışı Hukuki Sorumluluk, Adalet, Ankara 2021.
- Şükran Ertürk/İlke Gürsel: "İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi", Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C. I, İstanbul 2011.
- Ulrich Koch: Schaub/Koch, Arbeitsrecht von A-Z, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 26. Auflage 2022.
- Vasif Nabiyev: Yapay Zeka (Derin Öğrenme-Stratejili Oyunlar, Örüntü Tanıma-Doğal Dil İşleme), 6. Bs., Ankara 2021.
- des towards AI enabled products and services, Final Report 2022, behavioural%20study%20on%20the%20link%20between%20challenges%20of-DS0922604ENN.pdf.
- Finlayson-Brown Jane / Elsen Filip Van / Taelman Edward / D'Joos Eline; "Key Provisions of the Draft AI Regulation" (24 Mayıs 2021) <<https://www.allenoverly.com/en-gb/global/news-and-insights/publications/key-provisions-of-the-draft-ai-regulation>>
- Fragen und Antworten: Richtlinie über KI-Haftung, 28. September 2022, Brüssel, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/qanda_22_5793.
- Jeffrey Dastin: "Amazon scraps secret AI recruiting tool that showed bias against women", <https://www.reuters.com/article/us-amazon-com-jobs-automation-insight-idUSKCN1MK08G>.
- Marc André Gimmy: Chatbots im Recruiting, 6.12.2018, <https://efarbeitsrecht.net/chatbots-im-recruiting/>, 29.03.2023.
- Math Vault: "The Definitive Glossary of Higher Mathematical Jargon", <https://mathvault.ca/math-glossary/#algo>.
- OECD Legal Instruments, Recommendation of the Council on Artificial Intelligence, <https://legalinstruments.oecd.org/en/instruments/oecd-legal-0449>.
- Vorschlag für eine Verordnung des europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für Künstliche Intelligenz (Gesetz über Künstliche Intelligenz) und zur Änderung bestimmter Rechtsakte der Union, KOM (2021) 206 final.
- White Paper on Artificial Intelligence: a European Approach to Excellence and Trust, https://commission.europa.eu/publications/white-paper-artificial-intelligence-european-approach-excellence-and-trust_en (E.T. 01.04.2023).
- WP-4Ws-Augmented-Intelligence-r3.1.pdf (cogitocorp.com).

İnternet Kaynakları

- Artificial Intelligence Liability Directive, European Parliament, [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2023/739342/EPRS_BRI\(2023\)739342_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2023/739342/EPRS_BRI(2023)739342_EN.pdf), 2.
- Aude Cefaliello/Miriam Kullmann; "Offering false security: How the draft artificial intelligence act undermines fundamental workers rights", European Labour Law Journal, 20.10.2022, <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/20319525221114474>.
- B.J Copeland: "Artificial intelligence" Encyclopedia Britannica, <https://www.britannica.com/technology/artificial-intelligence>.
- Behavioural Study on the link between challenges of Artificial Intelligence for Member States's civil liability rules and consumer attitu-

Prof. Dr. Hediye ERGİN*

Araştırma Makalesi
Sicil, 2023/1 Sayı 49: 45-59
Makale Gönderim Tarihi: 30 Mayıs 2023
Makale Kabul Tarihi: 6 Haziran 2023

Sosyal Medya Paylaşımlarıyla İşverenin İtibarını Zedeleyen İşçinin İş Sözleşmesinin Feshi

Öz

Sosyal ağların kullanımı, günlük hayatımızın ve çalışma yaşamının ayrılmaz bir parçası haline gelmiştir. İşçilerin sosyal medya platformlarındaki davranışları çalışma saatleri dışında ya da görevinin dışında olsa dahi iş sözleşmesinin işveren tarafından feshine sebebiyet verebilmektedir. İşçiler, işverenleri,

amirleri, iş arkadaşları, işverenin iş ortakları veya işverenin müşterileri hakkında sosyal medya paylaşımlarında bulunurken dikkatli davranmaları yararlarına olacaktır. Zira, sosyal medya platformlarının iş ilişkisini tek bir tıklamayla tehlikeye atabilecek işlevleri içerdiği söylenebilir.

Anahtar Sözcükler:

Sosyal medya, itibar zedeleme, beğeni yapma, haklı fesih, geçerli fesih.

Termination Of The Employment Agreement Of The Employee Who Damage To Reputation Of The Employer Through Social Media Posts

Abstract

The use of social networks has become an integral part of our daily and working life. Even if the behaviour of the workers on social media platforms is out of working hours or out of assignment, it may cause the employer to terminate the employment contract. Employees

should be careful when posting on social media about their employers, supervisors, colleagues, employer's business partners, or employer's customers. Because it can be said that social media platforms contain functions that can endanger the business relationship with a single click.

Keywords:

Social media, detracting, liking, rightful termination, valid termination.

*Marmara Üniversitesi İktisat Fakültesi Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, hediyeergin@gmail.com, ORCID: 0000-0003-2339-4842.

I. Giriş

Dünyanın hemen her yerinde sosyal ağların kullanımı son yıllarda baş döndürücü bir hızla artmıştır. Bugün *LinkedIn*,¹ *Facebook*,² *Twitter*,³ *Instagram*,⁴ *Xing*,⁵ *You Tube*⁶ vb. gibi sosyal ağların kullanımı günlük hayatımızın ve çalışma yaşamının ayrılmaz bir parçası haline gelmiştir. Sosyal medya, iş ilişkisinin her aşamasında önem taşımaktadır. Şöyle ki; aday arayışı gibi iş ilişkisinin kurulması aşamasında, mevcut iş ilişkisinde işverenin yönetim hakkını kullanmasında ve iş ilişkisinin sona ermesinde sosyal medyanın etkili olduğunu görmekteyiz. Çoğu işyerinde artık adayların özgeçmiş bilgilerine sosyal medya aracılığıyla ulaşılmakta ve iş ilişkisi bu şekilde kurulmaktadır. Bilhassa LinkedIn ve Xing, mesleki bağlantıların kurulduğu ve sürdürüldüğü sosyal ağlardır.⁷

Türk hukukundaki ve karşılaştırmalı hukuktaki yargı kararları incelendiğinde, çalışanların sosyal medya platformlarındaki davranışlarının çalışma saatleri dışında olsa dahi iş sözleşmesinin işveren tarafından feshine sebebiyet verdiği görülmektedir. Esasen bir işçi, çalıştığı şirket hakkında sosyal medyada yorum yaparsa bu işveren açısından hem bir fırsat hem de bir sorun oluşturabilecektir. Şöyle ki, sosyal medyada paylaşılan işyeri hakkındaki olumlu bir yorum, işverenin ticari itibarını artırabilir. Buna karşın işyeri hakkında olumsuz yorumlar yapılması işverenin itibarını zedeleyebilir. Sosyal medyadaki bir paylaşım tek bir tıklamayla dakikalar içinde çok sayıda kişiye ulaşabilmekte ve bir kez gönderi yapıldığında bunu tekrar geri almak çok zor, bazen de imkânsız olmaktadır. Burada işçinin Anayasa'nın 25. ve 26'ncı maddesi ile güvence altına alınmış düşüncesi açıklama özgürlüğü ile işçinin sadakat

borcu arasında hakkaniyete uygun bir dengenin kurulması gerekmektedir.⁸ Zira, işçi sadakat borcu gereğince iş ilişkisi içerisinde işverenin menfaatlerini dikkate almalı ve korumalıdır.

Çalışma yaşamında işçiler, işverenleri hakkında,⁹ amirleri hakkında,¹⁰ iş arkadaşları hakkında,¹¹ işverenin iş ortakları veya işverenin müşterileri hakkında, derhal veya bildirimli fesihle sonuçlanabilecek sosyal medya paylaşımlarında bulunabilmektedirler. Bu bağlamda Almanya'da Hamm Eyalet İş Mahkemesi'nin vermiş olduğu 10.10.2012 tarihli kararda, bir stajyerin (Auszubildende) Facebook'ta işvereni "*insanları taciz eden*" ve "*sömüren*" olarak tanımlaması ve yerine getirdiği görevi hakkında "*asgari ücret eksi %20 için aptalca şeyler*" yapmak zorunda olduğunu yazması ağır ölçüde itibar zedeleyici bulunmuş ve bu paylaşımların işverene derhal fesih hakkı verdiğine hükmedilmiştir.¹² Bir çalışanın sosyal ağdaki bir davranışı görev ihlali oluşturuyorsa Alman Medeni Kanunu'nun 626.maddesine göre (§626 BGB) sözleşme haklı nedenle feshedilebilir (*außerordentliche Kündigung*). Bu da genellikle bir çalışanın üstleri veya meslektaşları hakkında aşağılayıcı ifadeler kullanması gibi paylaşımlarıyla sözleşmeden doğan sadakat yükümlülüğünün ciddi şekilde ihlal edilmesi durumunda gerçekleşmektedir.¹³ § 242 I BGB hükmünde, bugüne kadar süregelen yargı içtihatlarındaki haklı neden kavramı saptamasına uygun yasal bir tanım yapılmıştır. Bu tanıma göre, "*fesih beyanında bulunan taraf için, somut olayın tüm özellikleri dik-*

1 www.linkedin.com

2 www.facebook.com

3 www.twitter.com

4 www.instagram.com

5 www.xing.com

6 www.youtube.com

7 Schiller, Jan Peter, *Arbeitsrechtliche Aspekte zu social Media*, in: *Besgen/Prinz, Arbeiten* 4.0, §10Rn1.

8 Öktem Songu, *Anayasal Bir Temel Hak Olarak İfade Özgürlüğünün İşçi Açısından İşyerindeki Yansımaları*, s. 613-614.

9 ArbG Iserlohn, Urteil vom 9.3.2010, 5 Ca 2640/09; LAG Baden-Württemberg vom 10.2.2010, 2 Sa 59/09. Kararda, işçinin blog yazısında işvereni "yoğun sömürü, siyasi ve sendikal haklara yönelik saldırı ve hastaları insanlık dışı avlamakla" (eine verschärfte Ausbeutung, Angriffe auf politische und gewerkschaftliche Rechte sowie menschenverachtende Jagd auf Kranke) itham eden suçlayıcı ifadelerini düşünce özgürlüğü kapsamında kabul etmiştir.

10 ArbG Hagen, Urteil vom 16.5.2012, 3 Ca 2597/11.

11 ArbG Duisburg, Urteil vom 26.9.2012, 5 Ca 949/12.

12 LAG Hamm, Urteil vom 10.10.2012, 3 Sa 644/12.

13 Reichold, *Arbeitsrecht*, Rdnr. 81, s. 254.

kate alındığında ve her iki sözleşme tarafının çıkarı denkleştirildiğinde feshi ihbar önelinin sonuna ya da kararlaştırılan olan sona erme tarihine kadar iş ilişkisini devam ettirmesinin beklenemeyeceği koşullar oluşmuşsa” haklı nedenle fesih beyanında bulunulabilir.¹⁴ Ancak bu fesih, feshi sebebiyet veren olayı fesihte bulunacak kişinin öğrendiği tarihten itibaren başlayarak iki hafta içinde yapılabilir (§ 626 Abs. 2 BGB). Haklı nedenin varlığını ispat yükü fesih beyanında bulunan tarafa aittir. Sözleşmesi feshedilen tarafın talebi üzerine, fesih beyanında bulunan kişinin, fesih sebeplerini ivedilikle (*unverzüglich*) yazılı olarak karşı tarafa bildirmesi gerekir (§ 626 Abs. 2 Satz 3 BGB). Federal İş Mahkemesi hukuk güvenliğini sağlamak amacıyla fesih sebeplerinin sistematikleştirilmesi için benzer olay grupları üzerinde çalışmıştır. Burada belirleyici olan, her zaman somut olayda kapsamlı bir menfaatlerin denkleştirilmesinin yapılıyor olmasıdır. İşveren tarafından yapılan derhal fesihte, ağırlıklı olarak işçinin davranışlarından kaynaklanan sebeplere dayanıldığı görülmüştür.¹⁵

Türk hukukunda da işçinin işverenin itibarını zedeleyici nitelikteki paylaşımları iş sözleşmesinin haklı nedenle derhal feshine veya davranışlardan kaynaklanan geçerli nedenle feshine yol açabilecektir. İş güvencesi kapsamında olmayan işçiler bakımından ise İş Kanunu’nun 17.maddesi uyarınca feshin kötüniyetli olup olmadığı gündeme gelebilecektir. İş Kanunu’nun 25/II-(b) maddesine göre, “İşçinin, işveren yahut bunların aile üyelerinden birinin şeref ve namusuna dokunacak sözler sarfetmesi veya davranışlarda bulunması, yahut işveren hakkında şeref ve haysiyet kırıcı asılsız ihbar ve isnadlarda bulunması” işverene haklı fesih yetkisi vermektedir. Buna karşılık işçinin bu ağırlıkta olmayan işveren aleyhine sarfettiği sözler çalışma düzenini bozacak nitelikte ise geçerli

fesih nedeni sayılması gerekir. Eğer işçinin sosyal medya paylaşımları işverenin şöhret ve haysiyetine halel getiriyor ise İş Kanunu’nun 25/II-(e) bendi kapsamında doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlar sebebiyle iş sözleşmesi haklı nedenle feshedilebilecektir. Bundan başka, İş Kanunu’nun 25/II-d bendine göre de, “İşçinin işverene yahut onun ailesi üyelerinden birine yahut işverenin başka işçisine sataşması” halinde işveren haklı nedenle fesih hakkını kullanabilecektir.¹⁶ İş Kanunu’nun 25/II-d bendindeki haklı nedenle feshi yol açan sataşma işverene, aile üyelerinden birine veya işverenin başka bir işçisine karşı ortaya çıkabilir. Bu makale kapsamında ise, işçinin “İşverene yahut onun ailesi üyelerine” karşı itibarı zedeleyici sosyal medya paylaşımları yapması ile işveren ve işyeriyle ilgili olmayan, ırkçılık, ayrımcılık vb. söylemler içeren hakaretamiz, tehditkâr mesajlar paylaşması, keza yaptığı beğeniler ile bu yöndeki başkalarının yazdığı mesajları iletmesi (*retweet*) yoluyla işverenin itibarının zedelenmesinin fesih nedeni olması incelenmektedir.¹⁷

II. “İşçinin” İşverenin İtibarını Zedelemesi

Sosyal medya paylaşımları internette yüksek bir yayılma hızına sahiptir. Bir kullanıcının sosyal ağlarda yaptığı açıklamalar kontrolsüz şekilde yayılabilmektedir. Bu suretle işverenin itibarına zarar veren bir etki, klasik iletişim kanallarında olacağından çok daha hızlı ve çok daha büyük ölçüde ortaya çıkabilmektedir. Sosyal medyadaki bir paylaşımın şirketteki huzuru ve işverenle olan güven ilişkisini bozma riski, samimi bir sohbetteki sözlü ifadelerle göre orantısız bir şekilde daha yüksektir. Bir sosyal medya girişinin yayılma hızına ilişkin bu özel koşullar, menfaatler dengesi gözetildiğinde işçinin aleyhine değer-

14 Kittner/Däubler/Zwanziger, § 626 BGB Rdnr. 34.

15 Stahlhacke/Preis/Vossen, § 22 KSchG, Rdnr.607, Rdnr. 612, Rdnr. 615, s.218,220,221; Ergin, Türk ve Alman Hukukunda İş Sözleşmesinin Sağlık Nedeniyle Sona Ermesi, s. 242-243.

16 Baybora, Yargı Kararları İle Sosyal Medyada Konuşmanın İş Sözleşmesine Etkisi, s. 1730.

17 “İşçinin işverenin başka işçisine sataşması” konusunda bkz. Ergin, İşçinin İşyerinde Çalışan Diğer Bir İşçiye Sataşması Nedeniyle İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshi, s. 71-88

lendirilmektedir.¹⁸

Sosyal ağlar kullanılırken şirket sırlarının ve ticari sırların ifşa edilmesi ve bu da iş sözleşmesinin feshine neden olabilir. İş ve ticari sırların korunmasına ilişkin açık bir sözleşme hükmü olmasa bile bu yükümlülük işçinin sadakat borcundan kaynaklanmaktadır. Bu, özellikle bilgi alışverişi-ne hizmet eden forumlar için geçerlidir. Sosyal ağlardaki bir bilgi aktarımı çalışanın faaliyetiyle ve dolayısıyla şirketle de ilişkilendiriliyorsa özel hassasiyet gerektirir. Zira bu yolla şirketin araştırmaları ve ticari faaliyetleri hakkında sonuçlara varılması mümkün olabilecektir. Özellikle, müşteri verilerinin, fiyatlandırma politikası veya pazar stratejileri gibi ekonomik açıdan hassas bilgilerin sosyal medya aracılığıyla ifşa edilmesinin şirket üzerinde önemli etkileri olabilecektir. İşçinin bu ifşaları işverene zarar vermek için kasten yapması mümkünse de genellikle sosyal medya kullanımındaki bilinçsizlik ve dikkatsizlik sonucu meydana gelmesi de olasıdır. Ticari sırlar, sınırlı bir grup insan tarafından bilinen, açık olmayan ve işverenin meşru ekonomik çıkarı nedeniyle gizli kalmasını istediği tüm gerçekleri içerir. İnternette bazen gelişigüzel bir bilgi alışverişi bile, şirketlerin araştırmaları ve ticari davranışları hakkında sonuçlara varılmasına olanak sağlayabilir. Örneğin, fiyatlandırma politikası ve piyasa stratejileri hakkında rekabet yasağıyla ilgili bilgilerin ifşa edilmesi önemli zararlara neden olabilir. Ticari veya iş sırlarını gizli tutma yükümlülüğü, çalışanın Alman Medeni Kanunu'nun 241 II (§ 241 Abs.2) maddesi uyarınca sadakat borcunun bir parçasıdır.¹⁹

Bochum İş Mahkemesi, 9 Şubat 2012 tarihli kararında, bir çalışanın Facebook'ta şirketi "*kirli dükkan*" (Drecksladen), "*zavallı meyve suyu dükkanı*" (armseliger Saftladen) tanımlamasıyla yaptığı paylaşımlar nedeniyle iş sözleşmesinin feshedilmesini haksız bulmuştur.²⁰ Kararda, iş ar-

kadaşları veya diğer arkadaşlar arasındaki aleni olmayan (gizli görüşmelerde) işveren veya üstleri hakkında küçük düşürücü ifadeler kullanılmamasının iş ilişkisinin haklı fesih nedeni olamayacağına hükmedilmiştir. Mahkeme, bu sözlerin işçinin Facebook profilindeki bir diyalogda kullanılmasını ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirmiş ve bu diyalogun herkese açık, yani her internet kullanıcısı tarafından ücretsiz olarak erişilebilir olmadığına dikkat çekmiştir. Yine kararda, çalışanın sosyal medyadaki açıklamalarının dış dünyaya taşınmayacağına güvenmiş olabileceği, özel yaşam alandaki gizli iletişimin kişiliğin bir ifadesi olduğu ve Anayasal temel haklarla güvence altına alındığı belirtilmiştir.

Türk hukukunda da Yargıtayın 23.10.2019 tarihli bir kararında, işçinin sosyal medya hesabı üzerinden işveren aleyhine paylaşımlar yapması, diğer işçileri sosyal medya hesabı üzerinden hastane önünde toplanmaya yönlendirmesi, TV programına katılarak işveren aleyhine söylemlerde bulunması davranışlarının haklı feshine neden olacak nitelikte olmamakla birlikte iş ilişkisinin sürdürülmesinin davalı işveren açısından önemli ve makul ölçüler içinde beklenemeyecek hale gelmesine neden olduğundan işveren tarafından yapılan feshin geçerli nedenlere dayandığı sonucuna ulaşılmıştır.²¹ Bir başka kararda da, bir bankanın girişimci müşteri ilişkileri yetkilisi olarak çalışan davacı işçinin kendisine ait sosyal medya hesabından yaptığı paylaşım ve beğenilerinin bankanın kurumsal imajını zedeler nitelikte olduğu ve işveren tarafından yapılan fesih geçerli nedene dayandığına hükmedilmiştir.²² Buna karşın işçinin kendisine ait sosyal medya hesabından yaptığı, "*Bütün arkadaşlarımdan dikkatine)))))) işte bakın ne kadar büyük bir firmada çalıştığımızı bir kez daha bizlere ifade ettiler, bizler bu kadar aşağılanacak ne yaptık bilmiyorum.....*" paylaşımı ve ekinde de davalı şirket ile aynı te-

18 Schiller, Jan Peter, Arbeitsrechtliche Aspekte zu social Media, in: *Besgen/Prinz, Arbeiten 4.0*, § 10 Rn 24-34.

19 Schiller, Jan Peter, Arbeitsrechtliche Aspekte zu social Media, in: *Besgen/Prinz, Arbeiten 4.0*, § 10 Rn 35-60.

20 ArbG Bochum Urteil vom 09.02.2012 (3 Ca 1203/11).

21 Yargıtay 9. HD., 23.10.2019, E. 2019/5877, K. 2019/18656, www.legalbank.net

22 Yargıtay 22. HD., 21.06.2017, E. 2017/35256, K. 2017/15081, www.legalbank.net

siste faaliyet gösteren ... Otomotiv Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi firmasının kendi çalışanlarına yönelik yazdığı yazıyı paylaşmasının hakaret ve sataşma niteliğinde olmadığı, yakınma niteliğinde olup eleştiri sınırları içinde kaldığı, İş Kanunu'nun 25. maddesi kapsamında haklı neden ağırlığında olmadığı, 18. maddesi kapsamında yapılan değerlendirmede de "söz konusu paylaşımın iş ilişkisinin devamını çekilmez kılacak nitelikte bulunmadığı, davacının yaptığı bu paylaşım nedeniyle işverenin işletmesel menfaatlerinin zarar gördüğüne, çalışma düzeninin bozulduğuna ilişkin de bir delil bulunmadığı, buna göre davacının yaptığı paylaşımın işverene haklı nedenle fesih imkanı vermeyeceği gibi geçerli nedenle fesih imkanı da vermeyeceği" belirtilerek feshin geçersizliğine ve davacının işe iadesine hükmedilmiştir.²³ Aynı doğrultudaki bir başka kararda da, işçinin kendisine ait sosyal medya hesabından yaptığı "Uzun yıllardır bir fiil gece gündüz demeden saygı ve sevgi ile hizmet verdik. Gerçekten saygımız çok büyüktü, yatağımıza yattığımızda içimiz rahattı, saygımız o kadar büyüktü ki zamanında hizmet verdiğimiz yer sadece bir sorun yüzünden 4 saatlik hizmet verememişti. Biz ki saygımızdan minnet borcu adı altında özel zamanımızdan feragat edip bu 4 saatlik kaybı el birliğiyle kapattık. Burası bizim ailemizdi. Biz ki uzun yıllardır bayram seyran demedik hep birlikte bir aile olduk ya da olduğumuzu sandık. Farkettim ki bize yaşattıklarınızla siz bizdeki saygımızı öldürmüştünüz. Daha 2 gün olmadı bir kısmımız ölümle burun buruna geldik ama kimse yine de saygısını yitirmeden yerini aldı. Bize uzun uzun anlatıldı ve üstüne basa basa kimse 0 almayacak dendi ama ne yazık ki sizler bizim üstümüze basa basa bu 0 ları herşeye rağmen bize reva gördünüz. Bugün hesabıma baktım ki ne yazık. Tam da şu mübarek zamanda tam da bayram üstü bu bize reva mıdır. Bize bunları yaşatan, destek veren, imkan tanıyan her kim ise sizler bizim ve evlatlarımızın rızıkıyla oynadınız. Dilerim Rabbim'den sizlerde bunları yaşamadan can veremezsiniz.

Şu mübarek günde eğer ki toplu işçinin ucu kadar hakkım geçtiyse bile asla ve asla helal etmiyorum.» ifadeleri, primlerin ödenmemesine yönelik hislerin, düşüncelerin ve eleştirilerin açıklanması olarak değerlendirilmiş, bu paylaşımların ne haklı ne de geçerli fesih nedeni olamayacağı belirtilmiştir.²⁴ İşçinin facebook ve instagram sayfalarında çalıştığı işyerinin uydudan çekilmiş fotoğraflarını paylaşarak altına, "adım adım ağaç katliamı" diyerek yorum yazması eleştirel nitelikte kabul edilip haklı ya da geçerli fesih nedeni oluşturmayacağı sonucuna ulaşılmıştır.²⁵ Aynı doğrultudaki bir başka kararda da, fesih nedeni olarak dosyaya sunulan "sosyal medya paylaşımlarının işçiler arasında yorum/haber paylaşımı olduğu, bu paylaşımların hiçbirinde hangi tarihte yapıldığının belirtilmediği, bazı yorum/haberlerin fesih sonrasına ilişkin olduğu ve işverene veya vekil/işçisine yönelik doğrudan somut, kabul edilebilir bir tehdit, hakaret vs gibi söz ve davranışların bulunmadığı ve diğer deliller dikkate alındığında; Mahkemece, davalı işveren tarafından yapılan fesih işleminin geçersiz olduğu" ve davacı işçinin işe iadesine karar verilmesi gerektiğine hükmedilmiştir.²⁶

24 Yargıtay 9. HD., 26.06.2019, E. 2019/1405, K. 2019/14318, www.kazancı.com

25 "Dosya içeriğinden, davacının sosyal medyada yaptığı paylaşımındaki fotoğrafların herkes tarafından ulaşılabilir nitelikte internetten Google... adlı program vasıtasıyla indirilmiş fotoğraflar olduğu görülmektedir. Davacı, paylaşımına "adım adım ağaç katliamı, ağaç katliamına son, gloria sports arena ve because here is gloria" sözcüklerini eklemiş ise de davalı işverenin, paylaşılan fotoğrafların davacının çalıştığı otele ait olmadığı yönünde bir itirazı bulunmadığı gibi paylaşılan fotoğraflardan da aşama aşama ağaçlık alandaki ağaç sayısının azaldığı görülmektedir. Davacının fotoğraflara ilaveten paylaşımında kullandığı sözler ise, Anayasal bir hak olan düşünce ve kanaat.../eleştiri sınırları içerisinde kalmaktadır. Davacının davalı işverenin işçisi olması, bu haklardan yararlanamayacağı anlamına gelmez. Nitekim, normlar hiyerarşisinde de Anayasa bütün kanunlardan önce gelmektedir. Buna göre, davacının bu yöndeki temyiz itirazları yerinde olup fesihte haklı ve geçerli neden bulunmadığı anlaşılmıştır." Yargıtay 7. HD., 29.09.2016, E. 2016/5892, K. 2016/15282, www.kazancı.com

26 Yargıtay 9. HD., 22.01.2018, E. 2016/34334, K. 2018/752, www.lexpera.com; Aynı doğrultudaki bir başka kararda da, "Davacı işçinin kendisine ait hesabından davalı işyerinin eski çalışanlarından birinin paylaşımının altına yorum olarak " İsmail abi kapitalist sistem böyle bir şey ne kadar emek etsen de işine gelmediğinde insanı kolay-

23 Yargıtay 9. HD., 11.11.2019, E. 2019/3100, K. 2019/19483, www.legalbank.net

İşçinin sadece kendisinin değil bir yakınının sosyal medyadaki paylaşımı da işverenin itibarının zedelenmesi ve iş sözleşmesinin feshedilmesi sonucunu doğurabilecektir. Bu bağlamda sosyal medya platformlarının iş ilişkisini -deyim yerindeyse- *tek bir tıklamayla* tehlikeye atabilecek işlevleri içerdiği söylenebilir. Almanya'da Dessau-Roßlau İş Mahkemesi'nin 21.03.2012 tarihli kararına konu olan olayda, bir kadın işçinin kocasının Facebook'ta yapmış olduğu paylaşım bunu açıkça ortaya koymuştur. Kadın işçinin kocası; *"Sparkasse domuzumu R.-T'ye aldım. vaftiz edilmiş [yönetim kurulu üyelerinin adları] (...) Eh, bir noktada bütün domuzlar bir kasabın önünde olacak."* ifadesini yazmıştır.²⁷ Bundan başka, işyerinin sembolü bulunan bir balık resmini *"Balığımız baştan kokar"* yorumuyla yayınlamıştır. Bu paylaşımın altına kendi ismini de yazarak *"Beğendim" (Gefällt mir)* yorumunda bulunmuştur. İşverenin bu paylaşımından haberdar olmasından sonra kadın işçiden ve kocasından bunu silmesini istemiş, ikisi de bu talebi yerine getirerek paylaşımı silmişlerdir. Bundan sonra ise şirket kadın işçinin iş sözleşmesini derhal ve bildirimsiz olarak feshetmiştir. Dessau-Roßlau İş Mahkemesi ise yapılan bu feshi hiçbir açıdan haklı bulmamıştır. Paylaşımı yapan kocasının eylemlerinin kadın işçiye atfedilemeyeceği, kadının kural olarak eşinin davranışından sorumlu olamayacağı kararda vurgulanmıştır. Ancak balık resminin altındaki *"Beğen"* düğmesine basmak, sözleşmeden kaynaklanan yan yükümlülüklerinin ihlali olarak değerlendirilmiştir. Özellikle Facebook kullanıcılarındaki *"beğenme"* genellikle kendiliğinden bir tepkiyi temsil ettiğinden, önceden bir uyarı yapılmadan haklı nedenle derhal fesihte bulunamayacağı, bu nedenle feshin sosyal açıdan haksız olduğu sonucuna varmıştır.

Görüldüğü gibi işçinin sadece sosyal medyada bir paylaşım yapması değil, mevcut bir paylaşımı beğenmesi, iletmesi (retweet), kullandığı bir işaret veya simge dahi bazı koşullar altında iş sözleşmesinin feshine yol açabilmektedir. Bir sosyal medya paylaşımının beğeni butonuna basılması kural olarak o ifadenin onaylandığı anlamına gelir.²⁸ Dolayısıyla *"Beğen"* düğmesine basmak, işverene karşı sadakat borcunun ihlali olarak görülebileceğinden ilgili çalışanın sorumluluğuna da yol açabilecektir. *"Beğen"* butonunu aktif hale getirerek hakaret içeren ifadeyi kabul eden bir kişi, bunu diğer kullanıcılara açıkça görünür kılmakta ve ayrıca hakaretimiz ifadenin yayılmasını ve tekrarlanmasını sağlamaktadır. Eğer yanlıyla *"Beğenme"* butonuna basılmışsa bu durumu sonlandırmak için *"Beğenmeme"* butonu tıklanabilecektir.

İşçinin sosyal medyada kendi özel fotoğraflarını yayınlaması da belli koşullar altında iş sözleşmesinin feshedilmesine sebebiyet verebilecektir. Örneğin, işçi çalıştığı şirketi *"İşveren"* başlığı altında ağ profilinde belirtmişse, kişi şirket içinde önemli bir konuma sahipse ve/veya işverenin müşterileri veya iş ortaklarıyla ağ arkadaşlığı sürdürüyorsa, bu durum fesih sebebi olabilir.²⁹ Hamburg İş Mahkemesi'nin 18.9.2013 tarihli kararında, bir polis memuru, kendi özel Facebook sayfasına bir Musevi okulunun önünde polis şapkalı bir kurukafayı gösteren bir fotoğrafı yüklemiştir. Ancak bu olayda mahkeme, söz konusu paylaşımın Nasyonal Sosyalizm ile bağlantısının kurulamayacağı, paylaşılan fotoğrafın politik bir söylem içermediği gerekçesiyle işverence yapılan fesih işlemini haksız bulmuştur.³⁰

lıkla harcıyor 2M kablunun insanlar üzerinde yaptığı baskı kanunen ve insani olarak kesinlikle suçtur" yazdığı, mahkemece bu ifadelerin çalışma düzenini bozacak nitelikte olduğu ve feshin geçerli nedene dayandığı kabul edilmişse de davacının sözlerinin işyerindeki genel eleştiri ve ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gerektiği, davacının somut olarak işvereni veya vekilini hedef almadığı, işverenin işçinin bu davranışının işyerinde olumsuzluklara yol açtığını ve iş akdinin haklı ve nedenle feshedildiğini kanıtlamadığı gözetilmeksizin, davanın kabulü yerine yazılı şekilde reddine karar verilmesi hatalıdır." denilmiştir (Yargıtay 7. HD. 06.10.2016, E. 2016/24394, K. 2016/16039, www.lexpera.com).

27 AuA 3/13, s.187. ArbG Dessau-Roßlau, 1 Ca 148/11, 21.3.2012, AuA 3/13, s.187. ArbG Dessau-Roßlau.

28 Schiller, Jan Peter, *Arbeitsrechtliche Aspekte zu social Media*, in: *Besgen/Prinz, Arbeiten 4.0*, § 10 Rn 39.

29 ArbG Hamburg, Urteil vom 18.9.2013- 27 Ca 207/13; Schiller s. 369.

30 ArbG Hamburg, Urteil vom 18.9.2013- 27 Ca 207/13;

İşyeriyle doğrudan ilgili olmasa da sosyal medyadaki Nasyonal Sosyalizmi yücelten veya başka türlü ırkçı, aşırılık yanlısı, din karşıtı veya ayrımcı paylaşımlar Avrupa hukuklarında iş sözleşmesinin haklı feshi için yeterli görülmektedir. Bu bağlamda Zürih’li eski bir yerel politikacının 2012 Haziran ayında attığı: “Belki başka bir kristal geceye ihtiyacımız var... bu sefer camiler için” tweeti üzerine işveren tarafından derhal fesih yapılmıştır.³¹

Yargı kararlarında, işçinin çalışmakta olduğu işyerine girişinden önceki sosyal medya paylaşımları ile işyerinde çalışırken paylaştığı eleştiri sınırları içerisinde yer alan, düşünce özgürlüğü kapsamında kalan ve işyerinde olumsuzluklara yol açmayan sosyal medyadaki ifadeleri iş sözleşmesinin fesih nedeni olarak kabul edilmemektedir.³²

III. Geçerli Fesih Nedeni Olarak İşverenin İtibarının Zedelenmesi

1. Genel Olarak

İş güvencesi kapsamına giren “işçinin belirsiz süreli iş sözleşmesini fesheden işveren, işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından ya da işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanmak zorundadır.” (İş Kanunu m.18/1). Geçerli neden kavramından ne anla-

şılması gerektiği, İş Kanunu’nun 18.maddesinin gerekçesinde açıklanmıştır. Buna göre, “Bu maddede bakımından geçerli sebepler 25 inci maddede belirtilenler kadar ağırlıklı olmamakla birlikte, işin ve işyerinin normal yürüyüşünü olumsuz etkileyen hallerdir. Bu nedenle, geçerli fesih için söz konusu olabilecek sebepler, işçinin iş görme borcunu kendisinden kaynaklanan veya işyerinden kaynaklanan sebeplerle ciddi bir biçimde olumsuz etkileyen ve iş görme borcunu gerektiği şekilde yerine getirmesine olanak vermeyen sebepler olabilecektir.

Sonuçta, iş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından önemli ve makul ölçüler içinde beklenemeyeceği durumlarda, feshin geçerli nedenlere dayandığını kabul etmek gerekecektir.

İşçinin yeterliliğinden ve davranışlarından kaynaklanan geçerli sebepler 25 inci maddede belirtilenlerin dışında kalan ve işyerlerinde işin görülmesini önemli ölçüde olumsuz etkileyen sebeplerdir.” 4857 sayılı İş Kanunu’nun gerekçesinde belirtilen bu ölçütler Yargıtay kararlarında da ifade edilmiştir. Örneğin, yapıcı ve objektif ölçüler içerisinde belirli bir uzmanlık alanı ile ilgili eleştiri ya da işletmedeki bozukluk ya da uygunsuzluklara ilişkin eleştiri söz konusu olduğunda bunun fesih için geçerli neden olmadığı belirtilmiştir.³³ İş Kanunu’nun m.18/III-d hükmü gereğince, “İrk, renk, cinsiyet, medeni hal, aile yükümlülükleri, hamilelik, doğum, din, siyasi görüş ve benzeri nedenler” geçerli fesih nedeni olamayacaktır. Yargıtayın 03.07.2018 tarihli kararında da bu doğrultuda hüküm kurulmuş, “davacının bazı paylaşımları doğrudan yazmadığı ancak yazılanları paylaştığı, paylaşımların hakaret, şiddet, tehdit içermediği eleştiri niteliğinde olduğu 4857 sayılı iş kanunu 18/3d maddesi gereği siyasi görüş farklılığının fesih sebebi olamayacağı feshin bu nedenle geçerli nedene dayanmadığı anlaşıldığından davalı şirketin temyiz itirazları yerinde bulunmamıştır.” denilmiştir.³⁴

Schiller s. 369.

31 “Vielleicht brauchen wir wieder eine Kristallnacht ... diesmal für Moscheen”, bkz. Gyr, Marcel, Arbeitgeber trennt sich von SVP-Twitterer, NZZ Online, 27.06.2012; Hürlimann, Brigitte, Der «Kristallnacht-Twitterer» darf namentlich genannt werden, NZZ Nr. 81, 9.4.2015.

32 “Davacının iş sözleşmesi kapsamında çalıştığı süre içerisinde mevcut üç ayrı sosyal medya paylaşımı ise tamamen düşünce özgürlüğü kapsamında olup, sözü edilen paylaşımların işyerinde olumsuzluklara neden olduğu da ispatlanamamıştır. Davacının iş sözleşmesinin geçerli nedene dayanmayan fesih nedeniyle davanın kabulüne karar vermek gerekirken eksik inceleme ile davanın reddine karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.” Yargıtay 9. HD, 26.11.2018, E. 2018/2116, K. 2018/21381, www.legalbank.net

33 Yargıtay 9. HD., 07.07.2008, E. 2008/1971, K. 2008/19037, www.legalbank.net

34 Yargıtay 9. HD. 03.07.2018, E. 2017/27773, K. 2018/14484, www.legalbank.net

2. İşçinin Davranışlarından Kaynaklanan Geçerli Fesih

İş Kanunu'nun 18. maddesinin 1. fıkrasına göre, işçinin davranışları da geçerli feshe sebebiyet verebilir. Bu bağlamda, işçinin sosyal medyadaki paylaşımları davranışlarından kaynaklanan geçerli fesih nedeni olabilecektir.³⁵ Ankara Bölge Adliye Mahkemesi'nin 05.07.2017 tarihli kararına konu olan olayda, sosyal medyada (instagram ortamında) yer alan, işverenin grup şirketlerinin terör örgütleriyle bağlantısı olduğunu iddia eden bir paylaşıma beğeni yapılması geçerli fesih nedeni olarak kabul etmiştir. Bu kararda, "Sosyal medya paylaşımı/ beğeni içeriğine göre haklı neden ağırlığında olmamakla birlikte işyerinde olumsuzluklara yol açacağı, işveren açısından iş ilişkisinin devamının beklenemeyeceği, geçerli neden olduğu ve davacının savunmasının alınmasının gerekmediği" sonucuna varılmıştır.³⁶ Her ne kadar bu kararda fesihten önce işçiden savunma alınmasının gerekmediği belirtilmişse de benzer içerikteki başka kararlarda fesihden önce savunma alınmamış olmasının fesih geçersizliğine yol açacağı isabetli olarak vurgulanmıştır. Örneğin, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 05.04.2018 tarihli kararında, "4857 sayılı Yasa'nın 19/2. maddesine göre davranışlarına dayalı geçerli fesihlerde işçinin savunmasının alınması şarttır. Savunma alınmadan yapılan fesih salt bu nedenle geçersizdir." denilerek hüküm oluşturulmuştur.³⁷

35 Süzek, İş Hukuku, s.608; Keser, İş Sözleşmesinin Feshinde İşçinin Sosyal Medya Paylaşımlarının Geçerli veya Haklı Sebep Olarak Değerlendirilmesi, s.521; Yıldız, İşçinin Sosyal Medya Paylaşımları Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshi Konusunda İki Farklı Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi, s. 107-108.

36 Ankara Bölge Adliye Mahkemesi 7. Hukuk Dairesi, Esas Numarası: 2017/1928 Karar Numarası: 2017/1617 Karar Tarihi: 05.07.2017 (www.legalbank.net). İlk Derece Mahkemesince, "davalı işverenin davacı işçinin iş sözleşmesini 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesi uyarınca davranışlarından kaynaklanan nedenle feshettiği, ancak davacı işçinin savunmasını almadığı bu itibarla fesih geçersiz olarak yapıldığı gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir."

37 "Somut uyumsuzlukta davacının iş sözleşmesi sosyal med-

Cumhurbaşkanına, devlet organlarına, devlet büyüklerine karşı yapılan, eleştiri sınırlarını aşan paylaşımların geçerli nedeniyle feshe sebebiyet verip vermeyeceği son yıllarda yargı kararlarında tartışılan bir husus olmuştur. İşe iade istemli olarak açılan, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 05.07.2017 tarihinde vermiş olduğu kararda, işçinin iş sözleşmesinin Cumhurbaşkanına yönelik "hakaret içeren resim ve sözlü paylaşımları nedeniyle feshedildiği sabit olup, mahkemenin de kabulünde olduğu üzere davacının sosyal paylaşım sitelerindeki resimli ve sözlü paylaşımlarının eleştiri sınırlarını aştığı, hakaret boyutunda olduğu anlaşılmaktadır. Davacının bu davranışlarının işyerinde olumsuzluklara yol açtığı sabittir. Buna göre, feshin geçerli nedene dayandığının kabulü" yönünde görüş bildirilmiştir.³⁸ Buna karşın İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi'nin 26.12.2017 tarihli kararına konu olayda, ilk derece mahkemesince Cumhurbaşkanına yönelik facebook gibi sosyal medya ortamlarında paylaşılmış fikirlerin düşünce özgürlüğü kapsamında kalıp kalmadığı, bu paylaşımları nedeniyle iş sözleşmesinin haklı ve/veya geçerli nedenle feshedilip feshedilemeyeceği tartışılmış ve "davacının sosyal medya he-

ya üzerinde yaptığı paylaşımların/beğenilerin Bankanın saygınlığını ve imajını zedelediği itibar kaybına neden olduğu bu fiilin insan kaynakları yönetmeliğinin iyiniyet ve dürüstlük kurallarına riayet etmek Banka değerlerine uygun hareket etmek, ve etik ilkeler sözleşmesinin giriş bölümünde ifade edilen çalışanların tüm iş ilişkilerinde haysiyetli şerefli dürüst davranmalıdır maddelerine aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle 4857 sayılı İş Kanunu'nun 18. maddesi uyarınca feshedilmiştir. Ancak fesih öncesi davacının savunmasının alındığına ilişkin bir delil bulunmamaktadır. Nitekim davalı bankanın 23.08.2016 tarih 34103/2488 sayılı yazısında açıkça fesih öncesi davacının savunmasının alınmadığı bildirilmiştir. 4857 sayılı Yasa'nın 19/2. maddesine göre davranışlarına dayalı geçerli fesihlerde işçinin savunmasının alınması şarttır. Savunma alınmadan yapılan fesih salt bu nedenle geçersizdir. Buna göre feshin geçersizliğine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup bozma nedenidir." Yargıtay 9. HD., 05.04.2018, E. 2017/24530, K. 2018/7670, www.legalbank.net

38 Yargıtay 9. HD, 18.04.2019, E. 2018/10551, K. 2019/9177, www.legalbank.net

sabından yaptığı paylaşımları nedeniyle işverenin işletmesel menfaatlerinin zarar görmüş olduğuna ilişkin bir delil bulunmadığı anlaşılmaktadır. Bu halde davacının kendisine ait sosyal medya hesabından yaptığı paylaşımların 4857 Sayılı Yasa'nın 25. maddesi kapsamında işverene haklı nedenle fesih imkânı vermeyeceği, geçerli nedenle fesih imkânı da vermeyeceği sonucuna varılmıştır." denilmiştir.³⁹

İşyerinden görüntülerin, fotoğrafların bir çalışan tarafından sosyal medyada paylaşılması da geçerli fesih nedeni olabilecektir. Yargıtayın 26.05.2016 tarihli kararında, bir hastanede erkek hemşire olarak çalışan işçinin facebook sosyal paylaşım sitesinde, "hasta gelmesin diye dua ederken biz, hastanesi: oops:" başlıklı bir yazıda davacı işçi ile birlikte 3 kişinin hasta yatakları üzerinde bağdaş kurup oturduğu ve ellerini havaya kaldırarak dua ettikleri fotoğrafın paylaşılması sonucunda iş sözleşmesi işveren tarafından m.25/II-e bendi gereğince doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlarda bulunulması nedeniyle feshedilmiştir. Facebookta paylaşılan bu fotoğrafta davalı kurumun isim ve logosu kullanıldığı gibi, fotoğrafta davacının üzerinde formasının ve yaka kartının da bulunduğu görülmekteydi. Sözü edilen paylaşım 1.285 kişi tarafından beğenilmiş ve fotoğrafın altına 52 yorum yapılmıştır. Fotoğrafın yayımlandığı grubun yaklaşık 13.102 üyesi olduğu da kararda belirtilmiştir. Yargıtay bu olayda, "Davacının mesai saatleri içerisinde çekilen ve paylaşılacağı bilindiği fotoğraflarının binlerce kişi tarafından izlenebilecek bir sosyal paylaşım sitesinde yayınlanması işyerindeki çalışma disiplinini ve iş akışını etkileyecek nitelikte olup artık davalı işverenden davacı ile çalışması beklenemeyeceğinden somut olayda haklı bir fesih nedeni bulunmasa bile fesih için geçerli bir nedenin bulunduğu kabulü gerekmektedir" şeklinde hüküm oluşturmuştur.⁴⁰

Yargı kararlarında, bir işçinin çalıştığı işyerine ait şirket politikalarını eleştiren sosyal medya paylaşımını işverenin isteği üzerine silmesi halinde artık haklı fesih değil geçerli nedenle fesih yapılabileceğinin kabul edildiğini görmekteyiz. Bu doğrultuda Ankara BAM'nin 16.05.2017 tarihli kararında, davacı işçi kasap reyonunda üretim ustası olarak çalışırken yılbaşı sebebiyle yapılan reyon düzenlemesini şirketin politikalarına aykırı bularak eleştiren bir yazıyı sosyal medyada paylaşmıştır. Bunu öğrenen işveren ise işçiden bu paylaşımını silmesini istemiş, işçi de yaptığı paylaşımı hemen silerek işverenin talimatını yerine getirmiştir. Buna rağmen işveren işçinin davranışının sadakat yükümlülüğüne aykırılık teşkil ettiğini belirterek iş sözleşmesini feshetmiştir. Kararda, "Davacının çalıştığı kurum aleyhine olan bir yazıyı paylaşması doğru olmayıp, taraflar arasındaki güven ilişkisi zedelendiğinden, davalı işverenden iş ilişkisinin devamı objektif olarak beklenemeyeceği açıktır. Ancak davacının feshe konu eyleminin haklı sebep ağırlığına varmamakla birlikte geçerli fesih sebebi teşkil ettiğinin ve davacının kıdem ve ihbar tazminatı talebinin kabulü olaya uygun düşecektir" denilmiştir.⁴¹

IV. Haklı Fesih Nedeni Olarak İşverenin İtibarının Zedelenmesi

1. İşçinin "İşverene veya Aile Üyelerine" Sataşması

İşçinin işverenin itibarına zarar veren sosyal medya paylaşımları İş Kanunu'nun 25/II-d bendindeki işçinin "işverene yahut onun ailesi üyelerine" sataşması kapsamında fesih nedeni olabilecektir. Anılan maddede belirtilen "sataşma" ifadesi, Türk Borçlar Hukuku literatüründe kullanılmayan bir kavramdır. İş Kanunu'nun 25/II-d bendindeki "sataşma" kelimesi yerine "işçinin ki-

39 İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 30.Hukuk Dairesi, 26.12.2017, E. 2017/2009, K. 2017/1935, www.legalbank.net

40 Yargıtay 7. HD, 26.05.2016, E. 2015/46017, K. 2016/11591, www.legalbank.net

41 Ankara BAM 6. HD, 16.05.2017, E. 2017/850, K. 2017/982, www.lexpera.com

şilik haklarını ihlal eden davranışta bulunma" ifadesi kullanılması hukuk terminolojisine daha uygun düşecektir.⁴² Yargıtay kararlarında sataşma, "söz veya fiili tecavüz anlamına gelen bir hareket" olarak tanımlanmıştır.⁴³ Sataşma, sadakat borcuna aykırılığın özel bir hali olarak kabul edilmekte olup, genel olarak işçinin sadakat borcuna aykırılık oluşturan söz ve davranışları işverene fesih imkanı tanımaktadır.⁴⁴ Bu bağlamda, haklı nedenle feshe yol açan sataşma, işverenin bir işçisine sözle olabileceği gibi davranış şeklinde de ortaya çıkabilir.⁴⁵ Bir olgunun sataşma olarak nitelenmesi onun gerçekdışı olmasına bağlı değildir. Sataşmanın varlığı için söylenen söz ya da yapılan davranışın suç teşkil etmesine de gerek yoktur. Böyle bir söz veya eylemin değerlendirilmesi Türk Ceza Kanunu'na göre değil, bu yasanın çizdiği sınırların ötesinde daha geniş bir çerçevede yapılmalıdır.⁴⁶ Nitekim, sataşma nedeniyle yapılan şikâyetten vazgeçme nedeniyle kamu davasının düşmesi de fesih yetkisine etkili değildir.⁴⁷

İş Kanunu'nun 25/II-d bendinde "işverene" sataşmadan bahsedilmiş olup işveren vekilinden söz edilmemişse de, şirket yöneticisine karşı

sosyal medyada yapılan sataşmanın bu madde kapsamında fesih nedeni olarak kabul edilmesi gerekir.⁴⁸ Nitekim, Yargıtayın 31.03.2016 tarihli Kararında işçinin sosyal paylaşım sitesinde, "iki kelimeyi bir araya getirip cümle kuramayan adamlar müdür olursa basit bir resmi yazıya cevap yazmayan gerizekalılar şef olur ...'de iş hayatı saçma sapan ilerliyor" beyanının davalı işyerine yönelik olduğu, davacının söz konusu hakaret ve sataşma içeren paylaşımının işverene haklı fesih yetkisi verdiği sonucuna ulaşılmıştır.⁴⁹ Aynı doğrultudaki Yargıtayın 08.09.2014 tarihli kararında da, işçinin sosyal medya üzerinden şirket yetkilisi aleyhine paylaşımında bulunması ve şirket yöneticisi hakkında "onu vuracağım" şeklinde beyanda bulunduğu tanık ifadeleri ve davacının kendi beyanı ile sabit olması nedeniyle bu paylaşımı sataşma olarak kabul edilmiş ve haklı fesih nedeni olduğu belirtilmiştir.⁵⁰

Alt işveren işçisinin, asıl işverenin itibarını zedeleyici sosyal medya paylaşımlarında bulunmasının, davranışın ağırlığına göre geçerli fesih ya da İş Kanunu'nun 25/II-d bendi kapsamında haklı fesih nedeni oluşturabileceği görüşündeyim. Nitekim Yargıtayın 10.03.2020 tarihli Kararında, Belediye'nin alt işvereni olan bir şirket işçisinin Belediye başkanına yönelik, "...Dar gelicek bu Selçuk darrrrr... mezar zannedeceksin kabus bu diyeceksin az sonra uyanınca hepsi geçicek diyeceksin.... Bu sefer çocuk katillerinin hırsızların vurguncuların kuklası oldun. Kısacası adamın adamı oldun. Yani adam olamadın..." ifadelerini kullandığı; bir diğerinde "...görevimin başındayım beni kovacak delikanlıları bekliyorum..." ifadelerini kullandığı; bir diğerinde de "namuslu ve şerefli iseler beni kovsunlar" ifadelerini kullandığı sosyal medya paylaşımlarının iş sözleşmesinin haklı nedenle feshine sebebiyet verdiği kabul edilmiştir. Bu kararda; "asıl işverene yönelik olan davacının söz konusu paylaşımları, alt işveren bakımından da

42 Bkz. Ergin, İşçinin İşyerinde Çalışan Diğer Bir İşçiyeye Sataşması Nedeniyle İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshi, s. 75.

43 Yargıtay 22. HD., E.2011/5013, K.2012/122, T.17.01.2012; Yargıtay 22. HD., 24.03.2015, E. 2015/7794, K. 2015/11301, www.legalbank.net

44 Yargıtay 22. HD., 24.03.2015, E. 2015/7794, K. 2015/11301, www.legalbank.net

45 Narmanlıoğlu, Ferdi İş İlişkileri I, s. 443.

46 Narmanlıoğlu, Ferdi İş İlişkileri I, s. 444.

47 "Olayla ilgili yapılan ceza soruşturması sonucunda davacı hakkında diğer çalışanı basit tıbbi müdahaleyle giderilebilir ölçüde yaralamak suçundan kamu davası açıldığı görülmektedir. Ceza yargılaması sonunda davacı hakkında karşılıklı şikâyetten vazgeçme sebebiyle kamu davasının düşürülmesine karar verilmiştir. Ancak davacı hakkında şikâyetten vazgeçme sebebiyle düşme kararı verilmesi feshe neden olan eylemi ve buna bağlı olarak haklı feshi ortadan kaldırmayacaktır. Buna göre davacının işyerinde başka bir çalışanla kavga etmesi sebebiyle iş sözleşmesinin feshinin haklı olduğunun kabulüyle davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi hatalıdır" Yargıtay. 9. HD., 11.09.2013, E.2013/6458, K.2013/22020; Aynı yönde, Yargıtay 9.HD., 03.11.2008, E. 2008/34518, K. 2008/29843; Yargıtay 9. HD., 19.6.2013, E. 2011/19103, K. 2013/18977, www.legalbank.net

48 Narmanlıoğlu, Ferdi İş İlişkileri I, s. 444.

49 Yargıtay 9. HD., 31.03.2016, E. 2015/27643, K. 2016/7929, www.kazanci.com

50 Yargıtay 22. HD., 8.9.2014, E. 2014/19137, K. 2014/23097, www.kazanci.com

ahlâk ve iyi niyet kuralları ile doğruluk ve bağlılığa uymayan bir nitelik arz ettiğinden, somut olayda kanuni süre içinde gerçekleştirilen fesih haklı sebebe dayanmaktadır." şeklinde isabetli bir hüküm oluşturulmuştur.⁵¹

Asıl işverenin bir kamu kuruluşu olması durumunda da, alt işverenin işçisinin kamu kurumunun itibarını zedeleyici, hakaretamiz sosyal medya paylaşımlarında bulunması aynı doğrultuda haklı fesih nedeni ya da davranışın ağırlığına göre geçerli fesih nedeni olarak kabul edilmelidir. Hükümün konuluş amacının haklı fesih nedeni oluşturan satışa eyleminin kime karşı gerçekleştirildiği hususu dar yorumlanmamalı, statüsü ne olursa olsun kendi işverene, alt işverene satışa da 25/II-d bendi kapsamında fesih nedeni kabul edilmelidir.⁵²

2. İşçinin Doğruluk ve Bağlılığa Uymayan Davranışlarda Bulunması

İşçinin sosyal medya paylaşımlarının doğruluk ve bağlılığa aykırılık oluşturması halinde, işveren iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilir. İş Kanunu'nun 25/II-e bendine göre, "işçinin, işverenin güvenini kötüye kullanmak, hırsızlık yapmak, işverenin sırlarını ortaya atmak gibi doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlarda bulunması" hali işverene, iş sözleşmesini haklı ve bildirimli olarak feshetme hakkını vermektedir. İşverenin haklı fesih yetkisi bu bentte sayılan haller ile sınırlı olmayıp, genel olarak işçinin ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırılık oluşturan söz ve davranışları işverene fesih imkânı tanımaktadır.⁵³ İş Kanu-

nu'nun m.25/II-e bendinde düzenlenen hallerde işçinin sadakat borcuna aykırı davranışı söz konusudur. İşçinin sadakat borcu, işverenin işi ve işyeri ile ilgili hukuken haklı menfaatlerini korumak, zarar verici ve risk altına sokabilecek davranışlarda kaçınmayı gerektirir.⁵⁴ Bu bağlamda, işçinin sosyal medya paylaşımlarının doğruluk ve bağlılığa aykırılık oluşturması halinde, bu bent kapsamında haklı fesih yapılabilir.

Nitekim, Yargıtay'ın 25.09.2014 tarihli kararında, işçinin bir sosyal medya sitesinde, "F. adalet dağıtma bankası değildir çünkü sadece torpillilerin, yalakaların bankası olmuş" şeklindeki ifadelerinin çalıştığı bankayı aşağılayıcı ve kurumsal kimliğine yakışmayan ifadeler olduğu gerekçesiyle iş sözleşmesi haklı nedenle feshedilmiştir. Davacı işçinin bu paylaşımlarında, "Taraflar arasında davacının yazdığı konusunda çekişme olmayan ifadeler dikkate alındığında, eleştiri sınırını aştığı, işvereni olan bankanın kurumsal itibarını zedeleyici nitelikte olduğundan doğruluk ve bağlılığa aykırıdır. Fesih haklı nedene dayanmaktadır. Davanın reddi yerine yazılı gerekçe ile kabulü hatalı olmuştur." denilmiştir.⁵⁵

Yargıtay kararlarında işyeriyle hiçbir ilgisi olmasa da sosyal medya üzerinden, millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği ile Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne aykırı paylaşımlarda bulunmuş olması, ifade ve düşünce özgürlüğü sınırlarını aşan, doğruluk ve bağlılığa uymayan bir davranış olarak haklı nedenle fesih sebebi sayılmaktadır. Bu doğrultuda, bir kamu bankasında alt işverene bağlı güvenlik görevlisi olarak çalışan bir işçinin iş sözleşmesi terör örgütü fotoğrafı paylaşması nedeniyle feshedilmiştir. Yargıtay'ın 15.11.2017 tarihli söz konusu kararında, "davacının davalı Bankada çalıştığı tarihlerde sosyal medya üzerinden terör örgütüne sempati duyduğuna dair fotoğraf paylaşımı yaptığı, söz konusu paylaşımların kendisi tarafından ya-

51 Yargıtay 22. HD., 10.03.2020, E. 2017/26906, K. 2020/4693, www.legalbank.net.

52 Yargıtay 9. HD., 16.04.2019, E. 2018/10693, K. 2019/8899, www.legalbank.net. Bu kararda bir kamu bankasının asıl işveren olduğu ve alt işveren işçisinin, "14 Temmuz ve 16 Temmuz 2016 tarihlerinde sosyal medya üzerinden paylaşımlarda bulunduğu ve bunun üzerine iş sözleşmesinin işverence 4857 sayılı Kanununun 25/II hükümlerine göre feshedildiği anlaşılmıştır. Fesih nedeni yapılan paylaşımların anılan madde kapsamında değerlendirilebilecek ağırlıkta olmadığı görülmüştür. Ancak davacının eylemi geçerli nedenle fesih nedeni oluşturmaktadır" denilmiştir.

53 Narmanlıoğlu, Ferdi İş İlişkileri I, s. 446-449; Süzek, İş Hukuku, s. 700.

54 Yargıtay 22. HD., 22.6.2015, E. 2015/16785, K. 2015/21346, www.legalbank.net

55 Yargıtay 9. HD., 25.09.2014, E. 2014/11621, K. 2014/28293, www.legalbank.net

pılmadığına ilişkin bir itirazının bulunmadığı anlaşılmaktadır. Davacının hizmet süresine ve yaptığı işin niteliğine göre bu eylemleri gerçekleştirmesi doğruluk ve bağlılık kurallarına aykırıdır ve iş akışını bozucu niteliktedir. Artık işverenden iş ilişkisini devam ettirmesi normal ölçülerde beklenemez. Fesih haklı sebebe dayanmaktadır” denilmiştir.⁵⁶

Sosyal medyada yapılan politik görüş içeren yorumlar da doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlar kapsamında iş sözleşmesinin feshi için haklı neden oluşturabilmektedir. Örneğin Yargıtay kararlarında, sosyal medya platformlarında, “15 Temmuz darbe girişimini açıkça destekler nitelikte ve bu darbe girişimine karşı vatandaşın direnişini küçümser nitelikte hakaret içeren paylaşımlarda” bulunulması doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlar kapsamında haklı fesih nedeni olarak kabul edilmiştir.⁵⁷

3. İşçinin Şeref ve Namusa Dokunacak Sözler Söylemesi veya Davranışlarda Bulunması

İş Kanunu’nun 25/II-(b) maddesine göre, “İşçinin, işveren yahut bunların aile üyelerinden birinin şeref ve namusuna dokunacak sözler sarfetmesi veya davranışlarda bulunması, yahut işveren hakkında şeref ve haysiyet kırıcı asılsız ihbar ve isnadlarda bulunması” işverene haklı fesih yetkisi vermektedir.⁵⁸ Buna karşılık işçinin bu ağırlıkta olmayan işveren aleyhine sarfettiği sözler çalışma düzenini bozacak nitelikte ise geçerli fesih nedeni sayılması gerekir.

Yargıtay’ın 02.06.2021 tarihli kararına konu olan olayda, işyerinde et parçalama personeli olarak çalışan işçinin işyerinde et işleme alanında ve mesai saatinde köfte üretimi yapıldığı esnada, kendisine ait telefonla sosyal medya sitesi Face-

book üzerinden canlı yayın yaptığı tespit edilmiş, ve canlı yayın sırasında “1 kg alana 1 kg bedava, yiyin hepsinin içine çivi bastım, taş bastım, yiyin de aklınız başınıza gelsin” dediği, üretim esnasında yere düşen köfteyi yerden alarak satışa sunulacak köftelerin içine koyduğu, bu davranışlarının şirketin kurumsal kimliğini itibarsızlaşma yönünde eylemler olduğu belirtilerek iş sözleşmesinin İş Kanunu’nun 25/II-(b) ve (e) bentleri gereğince haklı nedenle feshedilmesinin hukuka uygun olduğu sonucuna ulaşılmıştır.⁵⁹ Aynı doğrultudaki Yargıtayın 23.01.2017 tarihli bir başka kararında, işçinin sosyal paylaşım sitesindeki “şunu anladım artık bu işyerinde g.t sayısı beyin sayısından fazla olduğu için bu işyeri değişmez de değişmez, yahu bu kadar mı çapsiz var bu işyerinde uğraş uğraş bitmiyor, her gün biri çıkıyor, valla o kadar çapsiz face imden attım ve engelledim ki arkadaş sayımdan fazla oldu” paylaşımında bulunan işçinin bu davranışının “işverenin şeref ve namusa dokunacak sözler söylemesi” kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ve davacının iş sözleşmesinin feshinin haklı nedene dayandığı sonucuna varılmıştır.⁶⁰

Yargı kararlarında, herkesin göremeyeceği kapalı gruplar içindeki sosyal ağlardaki paylaşımların fesih nedeni olarak değerlendirilmediği görülmüştür. Örneğin, Yargıtayın 14.06.2016 tarihli kararına konu olan olayda, bir banka işyerinde büro elemanı olarak çalışan işçinin iş sözleşmesi davalı işverence işvereni karayıcı nitelikte sosyal medya üzerinden yorum ve paylaşımlarda bulunduğu gerekçesiyle tazminatsız olarak feshedilmiştir. Bu Kararda işçinin sosyal medyada; “peki arkadaşlar devletin kestiği fazla mesai cezalarını birçok banka çalışanlarına ödeyerek atlattırken bizim bankamız da bize ödeme şansı varken, devlete ödeyerek atlattığını biliyor muydunuz” ve “soranlara aldığı maaşı söylemekten utanan kaç kişiyiz? Bu yorumu beğenenlerden sayalım” paylaşımında bulunduğu, ayrıca bir arkadaşının

56 Yargıtay 22. HD, 15.11.2017, E.2017/40555, K.2017/24903, www.legalbank.net

57 Yargıtay 9. HD., 25.03.2019, E.2019/1908, K.2019/6632; Yargıtay 9. HD., 25.11.2019, E. 2019/3541, K. 2019/20865, www.legalbank.net

58 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, İş Hukuku Dersleri, s. 621-622.

59 Yargıtay 9. HD., 02.06.2021, E. 2021/5588, K. 2021/9812, www.legalbank.net

60 Yargıtay 9. HD., 23.01.2017, E. 2016/2778, K. 2017/422, www.lexpera.com

yazmış olduğu “Yeni bomba. Herkesin bildiği üzere tüm şube müdürlerine araç veriliyor. Kiralama firmalarından biri olan otomotivin yetkililerinden biri de Belki rastlantıdır ama ben pek öyle sanmıyorum. Resmen siz eşşek gibi çalışın siz ağlayıp sızlayın umurumuzda değilsiniz üst düzey yöneticiler olarak sizleri sömürmeye devam edicez deniyor” paylaşımına davacının “Dostum iddian tamamıyla doğruymuş www.....com.tr’ye girip hakkımızda bölümünden üst yönetim bölümü seçilince yöneticiler arasında ismi ve resmi mevcut kendisini, inanmayanlar bakabilir” yorumu yazması nedeniyle haklı nedenle feshedilmiştir. Bu olayda, davacının feshe konu edilen internet yazışmalarının “... isimli sosyal paylaşım sitesinde belli bir grup içerisinde yapıldığı, bu yazışmaların ağır eleştiri niteliğinde olmakla birlikte ifade özgürlüğü çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği, bu sebeple yapılan feshin geçersiz olduğu anlaşıl-makla, açılan işe iade davasının kabulü” yönünde hüküm oluşturulmuştur.⁶¹ Aynı doğrultudaki bir başka kararda da, “davacının feshe konu edilen internet yazışmalarının belli bir grup içerisinde yapıldığı, yazışmaların ağır eleştiri niteliğinde olmakla birlikte ifade özgürlüğü çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği, içeriğinin kaba kabul edilebileceği ancak doğrudan somut kişi ve kişileri hedef almadığı ve işyerinde yapılan uygulamaya bir anlık sinir ve öfkeyle tepki verdiği, paylaşımların süreklilik arz etmediği, bu nedenlerle yapılan feshin ağır, orantısız ve haksız olduğu anlaşıl-makla”, davacı işçinin işe iade talebinin kabulüne karar verilmiştir.⁶²

61 Yargıtay 22. HD., 14.06.2016, E. 2016/16290, K. 2016/17802, www.lexpera.com

62 Gaziantep BAM, 8. HD., 1.2.2018, E. 2017/3317, K. 2018/153, www.lexpera.com. İlk derece mahkemesi ise bu olayda davacının sosyal medya paylaşımında “İşçinin hakkına göz diken şerefsiz adidir. Neden bayram harçlığını 9 yevmiye yatırdınız. Bunun nasıl açıklaması olabilir ki?” ve “TMSF belirledi diyor personel. Bu yalanlar, yalalaklıklar bitmediği sürece işçi koyun, onlar çoban. Bu düzen böyle sürer.” şeklinde paylaşımında bulunduğu, TDK sözlüğünden bakıldığında “şerefsiz” kelimesinin “Şereften yoksun olan, onursuz.” anlamına geldiği, “adi” kelimesinin “Değersiz, kötü, sıradan, hiçbir özelliği olmayan” anlamına geldiği görülmüştür.” diyerek iş sözleşmesinin İş Kanunu’nun 25/II-b bendi kapsamında feshini haklı bulmuştur.

V. İspat Yükü ve Araçları

İş sözleşmesinin tazminata hak kazandırmayacak şekilde feshedildiğini ispat yükü işverenin üzerinde olup, işveren, haklı nedenlerin keza geçerli nedenlerin varlığını her türlü delille ispat edebilir.⁶³ Bu bağlamda, sosyal paylaşım sitesinin görüntüsünün kendisi tarafından yapıldığına ilişkin işçinin beyanı, tanık beyanları, işçinin verdiği yazılı savunma, işçinin Karakolda ya da Savcılıkta verdiği ifade en önemli ispat araçlarıdır.

İşçinin fesih işlemine itiraz etmesi halinde, sosyal medya paylaşımları ile işçinin sadakat borcuna aykırı davrandığını ispat yükü işverene aittir. Kapalı gruplar arasında herkese açık olmayan sosyal medyada yapılan paylaşımlara ilişkin kanıt sağlamada işveren zorluklar yaşayabilecektir. Örneğin, çalışan, bu süreçte söz konusu içeriğin kendisi tarafından değil de üçüncü bir kişi (örneğin eşi, çalışma arkadaşı) tarafından yapıldığını iddia edebilecektir. Bununla birlikte, kural olarak, sosyal medya profilinin sahibinin aynı zamanda yayınlanan içeriğin yazarı olduğu kabul edilmektedir. Burada çalışanın söz konusu paylaşımın yapıldığı sırada bunu yapamayacak durumda olduğunu kanıtlaması gerekir. Belirli durumlarda işveren, ispat sunma yükümlülüğünü ancak çalışanın ağ profilindeki fesihle ilgili içeriği belgeleyen ekran görüntülerini sunarak yerine getirebilecektir. Ancak bunların her zaman kanıt olarak kullanılması mümkün değildir. Çünkü bu ekran görüntülerinin çalışanın kişisel verilerine izinsiz ulaşılarak, özel yaşamının gizliliğine aykırı olarak temin edilmemiş olmaları gerekir. Bu noktada eğer çalışan, şikâyet konusu sosyal medya içeriğini alenileştirmişse artık kişisel verilere ulaşmada hukuka aykırılık gündeme gelmeyecektir. Zira, kişisel verilerin kaydedilmesine ve kullanımına ilişkin yasak o zaman ortadan kalkmaktadır. Buna karşılık işveren söz konusu delilleri gizli olarak elde etmiş veya sahte kimlik taklidi yaparak kapalı grupta yüklenen içeriğe

63 Özdemir, İş Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Yükü ve Araçları, s. 320-321.

erişim sağlamışsa, hukuka aykırı yollardan elde edilen delil olarak kabul edilecek ve yargılamada kullanılamayacaktır.⁶⁴

VI. Sonuç

Çalışma yaşamında sosyal ağların yaygın kullanımını işçinin iş sözleşmesinin haklı ya da geçerli nedenle feshedilmesine sebebiyet verebilmektedir. Sosyal medyada işveren hakkında, amirleri hakkında, işverenin iş ortakları ve işverenin müşterileri hakkında itibar zedeleyici bir yorumda bulunmak, keza yapılmış olan bir yorumu "Beğenmek", başkasına iletmek (retweet), izinsiz olarak işyeriyle, çalışma ortamıyla ilgili fotoğraf yayınlamak vb. davranışlar işçinin iş sözleşmesinin feshedilmesi sonucunu doğurabilmektedir.

İşçinin sosyal ağlar aracılığıyla yaptığı paylaşımlar sadakat yükümlülüğünün ihlali anlamına gelebilir ve iş sözleşmesinin feshi gibi ağır sonuçlara yol açabilir. Sosyal medyada yapılan her eleştirel ifadenin iş sözleşmesinin feshine sebebiyet vermeyeceği açık olsa da çalışanın sosyal medya kullanırken uyması gereken kesin sınırlar henüz net olmayıp yargı kararlarıyla şekillenmektedir.

Sosyal ağlarda "Beğen" düğmesine basmak aynı zamanda bir görüş ifadesidir ve genellikle "beğendiğiniz" ifadeyi onayladığınızı iletmek için kullanılır. Bu nedenle bir işçiden işverene hakaret eden bir gönderiyi "beğenmeden" önce içeriği üzerinde düşünmesi beklenebilir. Zira paylaşımın aşağılayıcı, itibar zedeleyici bir içeriği varsa beğeni ya da iletmek yoluyla bu tekrarlanır ve yaygınlaştırılır. Sosyal medyadaki "Beğenilen" gönderinin ağırlığına göre işveren işçinin iş sözleşmesinin geçerli ya da haklı nedenle feshi yoluna gidebilecektir.

İşçiler, işverenlerini ve işyerindeki çalışma koşullarını alenen ve gerçeklere dayanarak eleştirebilir ve gerekirse kendilerini abartılı bir şekilde

ifade edebilir. Ancak işverene, amirlerine, müşterilere, şirket ortaklarına yönelik ağır, küçük düşürücü paylaşımlar eleştiri sınırları aşarsa ifade özgürlüğü hakkı olarak nitelendirilmezler. Bu tür davranışlar, önceden uyarı yapılmasına gerek olmaksızın fesih için geçerli neden ya da haklı neden oluşturabilir. Türk hukukundaki ve karşılaştırmalı hukuktaki yargı kararları incelendiğinde sosyal medya paylaşımlarından kaynaklanan fesihlerde henüz tam bir içtihat birliği sağlanmadığı, her somut olayın özelliğine göre ifadelerin ağırlığı, sosyal ağın herkese açık olup olmadığı vb. hususlar dikkate alınarak hüküm verildiği görülmektedir.

KAYNAKÇA

- Aydın, Fatih: İşçinin Sosyal Medya Paylaşımlarının İş Sözleşmesinin Feshine Etkisi, Ankara 2022.
- Baybora, Dilek: Yargı Kararları ile Sosyal Medyada Konuşmanın İş Sözleşmesine Etkisi Legal İSGHD, 2017, 14/56, s. 1705-1740.
- Besgen, Nicolai/Thomas, Prinz (Hrsg): Arbeiten 4.0, Arbeitsrecht und Datenschutz in der digitalisierten Arbeitswelt, 5.Auflaga 2022, Bonn, (Schiller, Jan Peter, Arbeitsrechtliche Aspekte zu social Media, in:Besgen/Prinz, Arbeiten 4.0, § 10 Rn 39).
- Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat/Özkaraca, Ercüment: İş Hukuku Dersleri, 35. Bası, İstanbul 2022.
- Ergin, Hediye: İşçinin İşyerinde Çalışan Diğer Bir İşçiye Sataşması Nedeniyle İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshi, Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı: 2015/34, s. 71-88.
- Ergin, Hediye: Türk ve Alman Hukukunda İş Sözleşmesinin Sağlık Nedeniyle Sona Ermesi, Beta Yayınevi, İstanbul 2009.
- Gyr, Marcel, Arbeitgeber trennt sich von SVP-Twitterer, NZZ Online, 27.06.2012.
- Keser, Hakan: İş Sözleşmesinin Feshinde İşçinin Sosyal Medya Paylaşımlarının Geçerli veya Haklı Sebep Olarak Değerlen-

⁶⁴ Aydın, İşçinin Sosyal Medya Paylaşımlarının İş Sözleşmesinin Feshine Etkisi, s. 255-257.

dirilmesi, Legal İSGHD 2022 Sayı: 74, s. 519-562.

- Kittner, Michael /Däubler, Wolfgang/ Zwanziger, Kündigungsschutzrecht, 7. Aufl., 2008.
- Narmanlıoğlu, Ünal: İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri I, 5. Bası, İstanbul 2014.
- Öktem Songu, Sezgi: Anayasal Bir Temel Hak Olarak İfade Özgürlüğünün İşçi Açısından İşyerindeki Yansımaları, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. M. Polat Soyer'e Armağan, Cilt: 15, Özel Sayı, 2013, s. 609-650, İzmir 2014.
- Özdemir, Erdem: İş Sözleşmesinden Doğan Uyuşmazlıklarda İspat Yükü ve Araçları, İstanbul 2006.
- Reichold, Hermann: Arbeitsrecht, 2. Aufl., München 2006.
- Stahlhacke, Eugen/Preis, Ulrich/Vossen, Reinhard: Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 9. Aufl., München 2005.
- Süzek, Sarper: İş Hukuku, 22. Bası, İstanbul 2022.
- Süzek, Sarper: İşçinin Yetersizliği veya Davranışları Nedeniyle Geçerli Fesih, A.Can Tuncay'a Armağan, İstanbul 2005, s. 565- 586.
- Yıldız, Gaye Burcu: İşçinin Sosyal Medya Paylaşımları Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshi Konusunda İki Farklı Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi, Sicil İş Hukuku Dergisi, Sayı: 2018/39, s. 105-112.

Prof. Dr. Mahmut KABAKCI*

Araştırma Makalesi
Sicil, 2023/1 Sayı 49: 60-77
Makale Gönderim Tarihi: 31 Mayıs 2023
Makale Kabul Tarihi: 7 Haziran 2023

Ceza Yargısının Kovuşturmaya Yer Olmadığı ve Beraat Kararlarının Haklı Fesih Değerlendirmesine Etkisi

Öz

İş ilişkisinde işçi açısından en ağır işveren yaptırımı, iş sözleşmesinin İş Kanunu m. 25/II'de sayılan gerekçelerle feshidir. İşverenin haklı feshinin iş hukukunun işçiyi koruma amacıyla bağdaştırılması, maddede sınırlandırıcı olmaksızın sayılan ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan hallerin işçinin sadakat borcunu ihlal eden kusurlu davranışları olmasıyla ilgilidir. Bu davranışlardan b, c, d ve e alt bentlerinde sayılanlar başta olmak üzere bazıları aynı zamanda ceza hukuku açısından suç niteliğinde olabilir. İşçinin bir davranışının aynı anda iş ve ceza hukukunun konusu olması, haksız fesih iddiasıyla açılacak davalarda ceza soruşturmasının

ve/veya kovuşturmasının sonuçlarının dikkate alınmasını gerektirir. Uygulamada çok sayıda davada, ilk derece mahkemeleri fesih nedeni olay hakkında kovuşturmaya yer olmadığı ya da beraat kararı verildiği gerekçesiyle feshin haksız olduğu kararı verilmektedir. İş hukuku ile ceza hukukunun amaçlarındaki, konularındaki, dolayısıyla ilkelerindeki farklılık, böyle bir genellemeyi dışlar. Bu çalışmada İş Kanunu m. 25/II kapsamındaki bir feshe karşı açılacak davada, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 74. maddesinin uygulanışında dikkate alınması gereken esaslar, uygulamadaki bazı hatalı yönlerle işaret ile incelenecektir.

Anahtar Sözcükler:

Haklı fesih, doğruluk ve bağlılığa aykırı davranış, kovuşturmaya yer olmadığı kararı, beraat kararı.

The Effect Of Criminal Judiciary's Non-Prosecution Decision And Verdict Of Acquittal On The Evaluation Of Rightful Termination

Abstract

The more severe sanction for the employees is the termination of the employment contract with the reasons listed in article 25/II of the Labour Code. The reconciliation of the employ-

er's rightful termination with the labour law's aim of protecting the employee is related to the fact that the cases which do not comply with the moral and goodwill rules listed with-

*İTÜ İşletme Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, mkabakci@itu.edu.tr, ORCID: 0000-0003-1261-8310.

out limitation in the article are the culpable behaviours of the employee which violates the duty of loyalty. Some of these behaviours, especially those listed in sub-paragraphs b, c, d, and e, may also constitute a crime in terms of criminal law. The fact that an employee's behaviour is the subject of labour and criminal law at the same time requires that the results of the criminal investigation and/or prosecution to be considered in the lawsuits filed with the claim of wrongful termination. In practice, in many cases, courts of first instance decide that the termination is unfair on the grounds

that the verdict of acquittal or the decision of non-prosecution was rendered regarding the incident which was the reason for termination. The difference in the aims, topics, and therefore principles of labour law and criminal law excludes such a generalization. In this study, the principles to be considered in the application of the article 74 of the Turkish Code of Obligations No. 6098 in a lawsuit to be filed against a termination within the scope of the article 25/II of the Labour Code will be examined by pointing out some faulty aspects in practice.

Keywords:

Rightful termination, conduct contrary to truth and loyalty, decision of non-prosecution, verdict of acquittal.

Giriş

İşçi ve işveren ilişkisinin temeli güvendir¹. İşyerleri, güvenin toplumsal yaşamda aileden sonra en önemli olduğu yerlerdir. Bu, iş sözleşmesinin işçi ile işveren arasında kişisel ilişki kurmasının² sonucudur. İşçi ya da işveren, taraflardan birinin kusurlu davranışı sonucu güven temelinin az ya da çok sarsıldığı durumda, artık sözleşme ile bağlılık kuralı geçerliliğini kaybeder. Böyle bir durumda tek taraflı bozucu yenilik doğuran bir hukuki işlem olan fesih, güvenini kay-

beden ve bunda kusurlu olmayan taraf açısından bir haktır. İş hukukunun konusu işçinin korunması olmakla, feshin sonuçları ölçülülük ilkesi gözetilerek düzenlenmelidir, yoksa yasaklanması mümkün değildir.

İş Kanunu sisteminde hukuki sonuçları bakımından işçi aleyhine en ağır sonuçları olan işveren feshi, m. 25/II'deki ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri haklı nedenlerine dayanan önelsiz fesihtir. Karşılaştırılabilir hukukta haklı feshe ilişkin düzenleme soyut tanımlama şeklinde olup, ülkemizde Türk Borçlar Kanunu 435. madde bize göre isabetli biçimde bu eğilimi yansıtır³. Maddedeki "Sözleşmeyi fesheden taraftan, dürüstlük kurallarına göre hizmet ilişkisini sürdürmesi beklenemeyen bütün durum ve koşullar, haklı sebep sayılır." tanımlamasından, hâkime iş hukukunun ilke ve amaçları dahilinde belirli bir takdir yetkisinin verildiği, bir davranışın her somut olayda her zaman haklı neden kabul edilmeyebileceği anlaşılır. Buna karşın

1 Süzek, Sarper, *İş Hukuku, Yenilenmiş 21. Baskı, 2021, s. 244; Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş, İş Hukuku, Güncellenmiş 7. Baskı, 2022, s. 386; Akyiğit, Ercan, İş Hukuku, Güncellenmiş 14. Baskı, 2022, s. 185; Arıcı, Kadir, Türk İş Hukuku-I, Ferdi İş İlişkileri Hukuku, 2022, s. 80.*
2 İş sözleşmesinin işçi ile işveren arasında kişisel ilişki kurduğu yönünde bkz. Ekonomi, Münir, *İş Hukuku, Cilt 1 Ferdi İş Hukuku, Yenilenmiş 3. Baskı, 1987, s. 78; Süzek, s. 244; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 386; Eyrenci, Öner/Taşkent, Savaş/Ulucan, Devrim/ Başkan, Esra, İş Hukuku, 10. Baskı, 2020, s. 65; Senyen Kaplan, Emine Tuncay, Bireysel İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş-Güncelleştirilmiş 12. Baskı, 2022, s. 131; Sümer, Haluk Hadi, İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş 26. Baskı, 2022, s. 39; Uşan, M. Fatih/Erdoğan, Canan, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, Güncellenmiş 3. Baskı, 2022, s. 82.*

3 İşK 25/II'nin düzenleme şeklinin eleştirisi için bkz. Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 866-867.

Türk iş hukukunun temel kanunu 4857 sayılı Kanun'da ise somut haklı nedenlere yer verildikten sonra 've benzerleri' şeklinde bir sayım vardır. İş Kanunu m. 24/II'nin ve m. 25/II'nin bu düzenleme şekline somut olarak sayılan hallerin mutlak haklı nedenler olduğu anlaşılır⁴, dolayısıyla ilişkisinde maddede sayılan hallerden biri ortaya çıktığında hâkimin bunun haklı fesih ağırlığında olup olmadığı hususunda bir takdir yetkisi yoktur⁵. Maddedeki sayım sınırlandırıcı olmayıp, örnek niteliğinde olduğundan, hâkimin takdir yetkisi buradaki somut örnekler dışında, benzeri davranışlar hakkındadır.

Uygulamada haklı fesih değerlendirmesinde güçlük, somut olayın koşullarında maddede sayılan nitelikte bir davranışın olup olmadığı, başka deyişle ispat edilip edilmediğidir. Haklı nedenler, hukuki işlem niteliğinde olmadığından her türlü delille ispat edilebilir. Bu makalenin konusu olarak haklı feshin ispatıyla ilgili özellik, haklı nedenlerden bazılarının aynı zamanda bir ceza soruşturmasının ve kovuşturmasının konusu olduğu hallerdir. İş hukuku ile ceza hukukunun konularındaki ve amaçlarındaki farklılık, zorunlu olarak yargılamalarında geçerli ilkelerde, özellikle de ispatla ilgili koşullarda bir farklılığı gerektirir⁶. Yargıtay'ın isabetle işaret ettiği üzere "Gerek 818 sayılı Kanun 53 gerekse 6098 sayılı Kanun 74 uyarınca hukuk hâkimi ceza mahkemesinin kesinleşmiş kararları karşısında esas hukuku bakımından ilke olarak bağımsız kılınmıştır. Bu ilke, ceza kurallarının kamu yararı yönünden bir yasağın yaptırımını, aynı uyumsuzluğu kapsamına alan hukuk kurallarının da kişi ilişkilerinin medeni hukuk alanında düzenlenmesi, özellikle tazmin

şartlarını öngörmesi esasına dayanmaktadır."⁷

TBK m. 114/2'deki atıf nedeniyle iş sözleşmeleri için de geçerli olan 74. madde ile kanun koyucu bu farklılığı isabetle gözetmiştir: "Hâkim, zarar verenin kusurunun olup olmadığı, ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığı hakkında karar verirken, ceza hukukunun sorumlulukla ilgili hükümleriyle bağlı olmadığı gibi, ceza hâkimi tarafından verilen beraat kararıyla da bağlı değildir. Aynı şekilde, ceza hâkiminin kusurun değerlendirilmesine ve zararın belirlenmesine ilişkin kararı da hukuk hâkimini bağlamaz." Madde, öğretideki deyim ile hukuk disiplinlerinin bağımsızlığı ilkesi⁸ olarak adlandırılan ihtiyaca karşılık gelmektedir. Çünkü her hukuk dalının amaçları bakımından farklılaşan kendine özgü yaptırımları vardır⁹.

Yasa hükmü bu şekilde hukuk yargısı ile ceza yargısı arasındaki ilişkiyi net bir biçimde ortaya koyduğu halde, iş hukuku uygulamasında, özellikle ilk derece mahkemelerinin sıklıkla savcılığın kovuşturmaya yer olmadığı ya da ceza mahkemesinin beraat kararı verdiği gerekçesiyle feshin haksız olduğu kararı verdiği, fesih nedeninin iş ilişkisine etkileri açısından "Sözleşmeyi fesheden taraftan, dürüstlük kurallarına göre hizmet ilişkisini sürdürmesi beklenemeyen bütün durum ve koşullar, haklı sebep sayılır." kapsamında bir değerlendirme yapmadığı gözlenmektedir. Buna karşın çok sayıda isabetli Yargıtay kararında ceza yargısındaki kararın maddi olaya ilişkin içeriğinin, gerekçesinin dikkate alınması gereği isabetle vurgulanmaktadır. Söz gelimi Yargıtay'ın "Ceza yargılaması sırasında bankacı bilirkişi heyetinden rapor alınarak sonuca gidilmiş ve beraata dair karar verilmiş ise de iddiaya konu eylemlerin konusunun suç oluşturup oluşturulmaması ile eylemin doğruluk bağıllığına aykırı olup olmadığının

4 Finter, Nicoletta, *Kündigung wegen einer Straftat*, 2018, s. 30.

5 *Uygulamada istinaf mahkemelerince maddede sayılan haklı fesih nedeni maddi vakıa olarak kabul edildiği halde, buna rağmen işverenin bir maddi zararının doğmadığı, müşteri şikâyeti bulunmadığı gibi gerekçelerle feshin artık haklı değil ancak geçerli nedene dayandığı yolunda kararlar verildiği görülmektedir, isabetsizdir.*

6 *Medeni hukuk bakımından benzer bir değerlendirme için bkz. Eren, Fikret, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 17. Bası, 2014, s. 828.*

7 Y22HD 25.06.2020 E. 2017/45875 K. 2020/7835.

8 Kılıçoğlu, Ahmet M., "Haksız Fiillerden Sorumlulukta Ceza Hukuku ile Medeni Hukuk İlişkisi", AÜHF, C. XXIX, S. 3, 1973, s. 187; Antalya, O. Gökhan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II*, 2015, s. 517.

9 *Bağımsızlık prensibinin konuluş sebebine ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. Kılıçoğlu, s. 191-193.*

tespiti birbirinden farklıdır.”¹⁰ tespitine katılmamak mümkün değildir.

Bu çalışmada amacımız TBK m. 74’ün, İş Kanunu m. 25/II kapsamındaki fesihlere uygulanışını ayrıntıları ile ortaya koymak, uygulama hatalarına işaret etmektedir. Bu da zorunlu olarak TBK m. 74’ün işlevinin doğru anlaşılabilmesi için en başta hem ceza hukukunun konusunun hem de ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller nedeniyle haklı feshin iş ilişkisindeki işlevinin incelenmesi gerektirir.

I. Toplumsal Yaşam ve Ceza Hukuku

A. Ceza Hukukunun İşlevi

İnsanın doğası gereği bir arada yaşamak bir düzeni gerektirir. Toplumsal düzen ise bir arada yaşayan herkesin uymak zorunda olduğu kurallar ile sağlanır. Bu kuralların özü, doğruluğunda herkesin uyduğu, ortak inancı yansıtan değerler bütünü olmasından, buna aykırı olan her davranışın çeşitli yollarla engellemesi, aykırılıklara yaptırım uygulamasından oluşur. Bu yolda din ile ahlak kuralları toplumsal düzen açısından önemli ortak değerlerdir ancak bunların düzen için tam bir güvencesi olduğu söylenemez. Çünkü din ile ahlak kurallarının toplumun genelince kabul görmüş ortak değerler olduğunda tereddüt edilmezse de ihlal edildiği durumda gündeme gelecek yaptırımlar yönüyle düzenin korunmasında yeterli olmazlar. Davranışları ile ortak değer yargılarını ihlal eden kişiler toplum tarafından kınansalar, dışlansalar da düzenin korunması için bu yeterli olmaz. İşte bu noktada hukuk eşitlik, hürriyet, adalet ve diğer ortak değerlerin, daha doğrusu toplumsal düzenin gerçek güvencesidir. Hukukun toplumsal yaşamın güvencesi olması, bireylerin düzeni ihlal eden davranışları için yaptırım uygulamasının sonucudur.

Hukuk sisteminde geçersizlik, tazminat, ceza

ve icra yaptırımları, ilgileri hem bireylere hem de devlete karşı davranışlarında herkes için genel geçer öngörülüş kurallara uymaya teşvik eder, gerektiğinde zor kullanır. Ancak bu yaptırımlardan ceza hukukunun ayrıksı bir yeri vardır, çünkü konusu kişilerin bireysel menfaatlerinin üzerindedir. Ceza hukukunun konusu, ülkedeki ortak değer yargılarına göre toplumsal düzeni bozduğu, haksızlık oluşturduğu kabul edilen davranışları suç olarak tanımlamak suretiyle yasaklar, ihlalini ceza yaptırımına tabi tutar¹¹.

Buna göre ceza hukuku esasen haksızlık oluşturan insan davranışlarından hangilerinin suç olarak tanımlanması gerektiğine ve bu davranışların hangi koşullar altında işlenmesi halinde suç oluşturacağına ve karşılığında hangi yaptırımların uygulanacağına dair esasları belirler¹². Türk Ceza Kanunu’nun 1. maddesine göre “Ceza Kanununun amacı; kişi hak ve özgürlüklerini, kamu düzen ve güvenliğini, hukuk devletini, kamu sağlığını ve çevreyi, toplum barışını korumak, suç işlenmesini önlemektir. Kanunda, bu amacın gerçekleştirilmesi için ceza sorumluluğunun temel esasları ile suçlar, ceza ve güvenlik tedbirlerinin türleri düzenlenmiştir.”

B. Ceza Hukukunun Temel İlkeleri

Ceza Kanunu’nun amaçları arasında kişi hak ve özgürlüklerinden başka kamu düzeni ve güvenliğinin, hukuk devletinin, kamu sağlığının ve çevrenin, toplumsal barışın korumasının sayılması, ceza hukukunda korunan hukuki yararın bireylerin menfaatlerinin üzerinde olduğunu, kamuyu ilgilendirdiğini gösterir. Zaten bu nedenle ceza hukukunun bir kamu hukuku dalı olduğu söylenir. Bir suç işlendiğinde ihlal edilen, sadece bundan zarar gören kişilerin hakları değildir. Suç işlenmesi toplumsal düzene karşılık, en azından kayıtsızlık anlamına geldiğinden, suçların ortaya çıkarılarak bunu gerçekleştirenlerin cezalandırılması gerekir.

11 Antalya, O. Gökhan/Topuz, Murat, *Medeni Hukuk*, 2017, s. 10.

12 Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 18. Baskı*, 2018, s. 51.

rılması kamunun meselesidir. İşte bu amaçların gereği diğer hukuk dallarında olmayan, ceza hukukuna özgü bazı ilkelerden söz edilir.

Bunlardan ilki ve en temeli suçta ve cezada kanunilik ilkesidir. Anayasa'ya göre "Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez." (m. 38/1, benzer yönde TCK m. 2/1). Bu ilke, suçlar ve cezalar bakımından hukuka aykırılığın toplumun ortak değer yargılarından hareketle somutlaştırılmasının sonucudur. Somutlaştırma, başka deyişle suçları ve cezalarını belirleme yetkisi kanun koyucuya aittir¹³, bu nedenden dolayı idarenin düzenleyici işlemleriyle suç ve ceza konulamaz. Ya da kanunların suç ve ceza içeren hükümlerinin uygulanmasında kıyas yapılamaz¹⁴. Başka deyişle suç ve ceza içeren hükümler, kıyasa yol açacak biçimde geniş yorumlanamaz (TCK m. 2).

Bu şekilde suçların ve cezaların yoruma, kıyasa kapalı, sınırları kesin olarak belirli biçimde düzenlenmesi, ceza hukukunun kamu düzenini koruma amacının sonucudur. Bu surette toplumda yaşayan her birey hangi davranışların yasak olduğunu, gerçekleştirdiği takdirde suç olarak cezalandırılacağını bilir.

İkinci önemli ilke cezaların şahsiliğidir. Ceza hukukunda düzene karşılık, kayıtsızlık yaptırma tabii tutulduğundan, suç iradi bir kavramdır, suç oluşturan eylem maddi ve manevi unsurları ile şahsında ortaya kişi cezalandırılır. Yoksa ceza hukukunda özel hukuktaki kusursuz sorumluluk gibi, bir sonuç sorumluluğundan söz edilemez¹⁵; kimse başkasının fiilinden dolayı sorumlu tutulamaz (TCK m. 20). Cezaların şahsiliği, ceza-

landırma şartı olarak suçun ilgili kimseye isnat edilebilirliğiyle de ilgilidir. Bunun sonucu, ilke olarak suçun ancak kasten işlenebilmesidir. Yoksa kanunda sayılan haller hariç taksire dayanan eylemler suç oluşturmaz, cezalandırılmaz (TCK m. 20). Suçun oluştuğunun kabulü için gereken kast, ilgili suçun tanımında yer verilen maddi ve manevi unsurların bilerek ve isteyerek gerçekleştirilmesidir¹⁶. Taksirli, başka deyişle dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık suretiyle gerçekleştirilen bir davranışın cezalandırılması, bunun kanunda açıkça suç olarak düzenlendiği hallerde mümkündür¹⁷. Taksir, suçun kanuni tanımında belirtilen neticenin öngörülmeyle gerçekleştirilmesidir¹⁸.

Burada son olarak anılması gereken ilke, şüpheden sanığın yararlanmasıdır. Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar, kimse suçlu sayılamaz. Cezaların şahsiliği ilkesinin sonucu bir suçun isnat edilebilirliğinde kasta dayanan irade unsuru arandığından, cezalandırma için suçun maddi ve manevi unsurlarının ilgilinin şahsında gerçekleştiğinin açıklıkla ispat edilmesi gerekir. Yoksa objektif, güçlü de olsa şüphe cezalandırma için yeterli değildir. Aksine yaklaşım ile cezalandırma için kesin ispatın aranmadığı halde, ceza hukukunun düzen amacının, işlevinin tersine işlenmesi olasıdır. Çünkü bu durumda ceza hukuku adaleti sağlamaktan uzaklaşır.

Şüpheden sanık yararlanır ilkesinin konumuzla bağlantılı sonucu, ceza yargılamasında maddi gerçeğin tereddüde yer bırakmaz biçimde açıklıkla ortaya konulması¹⁹ zorunluluğudur²⁰. Ceza hukukunda yargılama şartları öyle düzenlenmelidir ki bu hukuk dalı ile amaçlanan toplumsal düzen korunsun. Yoksa suç olarak tanımlanan bir davranışın maddi ve/veya manevi unsurları şah-

13 Bkz. Öztürk, Bahri/Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/ Sırma Gezer, Özge/Saygılar, Yasemin F./Alan, Esra/Erden Tütüncü, Efser/Özaydın, Özlem/Altınok Villemin, Derya/Tok, Mehmet Can, Ana Hatlarıyla Ceza Muhakemesi Hukuku, Güncellenmiş 9. Baskı, 2022, s. 103-104; Özgenç, s. 119.

14 Bkz. Özgenç, s. 119, 133 vd.

15 Kılıçoğlu, s. 194.

16 Özgenç, s. 241.

17 Özgenç, s. 256-157.

18 Özgenç, s. 256 vd.

19 Ceza muhakemesi hukukunun gayelerinden biri olarak maddi gerçeğin araştırılması hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. Yenisey, Feridun/Nuhoğlu, Ayşe, Ceza Muhakemesi Hukuku, Güncellenmiş 10. Baskı, 2022, s. 83 vd.

20 Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma Gezer/Saygılar/Alan/Erden Tütüncü/Özaydın/Altınok Villemin/Tok, s. 90.

sında ortaya çıkmayan bir kimsenin cezalandırılması, bu defa düzenin bizzat hukuk tarafından bozulması sonucunu doğurur.

C. Ceza Soruşturmasında ve Kovuşturmasında Verilen Kararlar

1. Kovuşturmaya Yer Olmadığı Kararı

Cumhuriyet savcısını işlev olarak kamunun ceza hukuku avukatı olarak nitelendirmek çok da hatalı olmaz. Bir suç işlendiğinde toplumsal düzenin korunması amacı açısından ister suç işleyen taraf isterse de zarar gören taraf olsun, cezaların şahsiliği ilkesi açısından gerçeğin ortaya çıkarılması her iki tarafın da yararına. Savcı sadece suç işlediği şüphesi olan kimsenin cezalandırılmasına yarayacak delillerle yönelmez, onun lehine olanları da araştırması gerekir²¹. Buna göre hazırlık soruşturmasının konusu, suç işlendiği şüphesi olan hallerde hem şüphelinin hem de suçtan zarar görenin ortak paydası olarak gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır. Bu işlevi nedeniyle savcının iddianamesi üzerine açılan davaya, toplumsal düzeni koruma amacına vurgu ile kamu davası denilir.

Cumhuriyet savcısı, ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrendiğinde, kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlar. Savcı, maddî gerçeğin araştırılması ve adil bir yargılamanın yapılabilmesi için, emrindeki adli kolluk görevlileri marifetiyle, şüphelinin lehine ve aleyhine olan delilleri toplayarak muhafaza altına almakla ve şüphelinin haklarını korumakla yükümlüdür (CMK m. 160).

Savcı, hazırlık soruşturmasında gerçeği ortaya çıkarma yükümlülüğünün gereği önemli yetkilerle sahiptir. Savcı, doğrudan doğruya veya emrindeki adli kolluk görevlileri aracılığı ile her türlü araştırmayı yapabilir, bütün kamu görevlilerinden her türlü bilgiyi isteyebilir (CMK m. 161).

Savcı, soruşturma sonunda, kamu davasının açılması için yeterli şüphe oluşturacak delil elde edilememesi veya kovuşturma olanağının bulunmaması hallerinde kovuşturmaya yer olmadığı kararı verir. Kovuşturmaya yer olmadığı kararı verildikten sonra kamu davasının açılması için yeterli şüphe oluşturacak yeni delil elde edilmedikçe ve bu hususta sulh ceza hakimliğince bir karar verilmedikçe, aynı fiilden dolayı kamu davası açılamaz (CMK m. 172). Bu karara karşı ilgililerin on beş gün içinde sulh ceza hakimliğine itiraz hakları vardır. Sulh ceza hakimliği kararını vermek için soruşturmanın genişletilmesine gerek görürse Cumhuriyet başsavcılığından talepte bulunabilir, ancak kamu davasının açılması için yeterli nedenler bulunmazsa itirazı gerekçeli olarak reddeder (CMK m.173).

Hazırlık soruşturmasına dair bu yasal sistemde amaç maddî gerçeğin ortaya çıkarılması olmakla birlikte Adalet Bakanlığı 2021 yılı Adalet İstatistiklerine bakıldığında hazırlık soruşturmasında dava açılması için güçlü şüphenin yeterli olduğu, her durumda gerçeğin ortaya çıkarılmadığı anlaşılır²². 2021 yılında tüm ceza mahkemelerinin 5.000.933 toplam kararının yarısı, 2.529.492'i mahkûmiyete dairdir. Davaların yarısının beraatla sonuçlanması hazırlık aşamasında yeterli araştırma yapılmadan, delil toplanmadan iddianame düzenlendiğini gösterir.

2. Beraat Kararları

Kovuşturma aşamasında ceza mahkemesi iddianameyi kabulden nihai karar anına kadar yargılamanın tüm aşamalarında, şüpheden sanık yararlanır ilkesinin sonucu maddî gerçeğin ortaya çıkarılması için her türlü araştırmayı yapar. Bu araştırma sonucunda mahkûmiyet yönünde karar için tam bir vicdani kanaat edinmesini sağlayan bir bilgiye, başka deyişle gerçeğin kendisine ulaştığı an yüklenen suçun işlendiğinin sabit olması durumunda sanığı cezalandırır.

Sanığın suçu işlediği yolunda kanaat veren

21 Öztürk/Tezcan/Erdem/Sırma Gezer/Saygılar/Alan/Erden Tütüncü/Özaydın/Altınok Villemin/Tok, s. 149, 156.

22 https://adlisicil.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman/9092022143819adalet_ist-2021.pdf ET. 20.05.2023

emareler olsa bile maddi açıdan kesin delillerle ortaya konulmadığı halde verilecek karar beraattir. Buna göre ceza mahkemesinin her beraat kararının sanık hakkında şüpheyi ortadan kaldırdığından söz edilemez. CMK beş durumda beraat kararı verilmesini öngörmüştür (m. 223). Haklı fesih nedeninin aynı zamanda ceza kovuşturması konusu olduğu durumda, iş yargısındaki davada basitçe beraat kararı verildiği gerekçesine dayanılması, maddi gerçeğin ortaya çıkarılması açısından beraat kararlarındaki farklılık nedeniyle isabetsiz olacaktır.

CMK 223'de düzenlenen beraat kararlarından ilki, yüklenen suçun sanık tarafından işlenmediğinin sabit olması gerekçesine dayanır. Bu ihtimalde artık iş yargısı beraat kararı ile bağlıdır²³, haklı fesih nedeninin değerlendirilmesinde farklı gerekçelerle bu gerekçeye dayanan beraat kararı yok sayılamaz. Ancak bu kendiliğinden feshin haksız olduğunun kabulünü gerektirmez. Aşağıda inceleneceği üzere İşK m. 25/II kapsamında suç niteliğinde her davranış haklı nedendir ancak her haklı neden suç değildir. Buna bağlı olarak beraat kararı ile bağlılık sadece maddi vakia açısından, yoksa bunun haklı fesih nitelendirilmesi iş yargısında, bu hukuk dalında geçerli ilkelerden hareketle değerlendirilecek, TBK m. 435/2'deki "Sözleşmeyi fesheden taraftan, dürüstlük kurallarına göre hizmet ilişkisini sürdürmesi beklenemeyen bütün durum ve koşullar, haklı sebep sayılır" hükmü genel ölçüt olacaktır.

İkinci olarak, iş hâkimi fesih gerekçesini takdir ederken yüklenen suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olmaması gerekçesine dayanan beraat kararı ile bağlı değildir²⁴. "818 sayılı Kanununun 53. maddesinin uygulanmasında ceza hakiminin, suçun sanık tarafından işlenmediğinin tespit olunması ya da suçun sübut bulmamış olması nedeniyle beraat kararı vermesi ile, sanığın kendisine yüklenen suçta işlediği yolunda kesin delil

bulunmaması sebebiyle beraat kararı vermesi farklı sonuçlar doğurur."²⁵ Bu ceza hukukunda gerçeğin ortaya çıkarılması amacı ve şüpheden sanığın yararlanması ilkesinden anlaşılan ispat koşullarıyla²⁶ ilgilidir. Bir özel hukuk uyuşmazlığı olarak iş yargısındaki davada ceza yargısında olduğu derecede bir ispat aranmaz²⁷, bu iş yargısında genel olarak delillerin taraflarca getirilmesi ilkesinden anlaşılabilir. Hâkim haklı fesih nedeninin ispatıyla ilgili bir takdir hakkına sahiptir.

Üçüncü beraat gerekçesi, yüklenen fiilin yanında suç olarak tanımlanmamış olması. Bu ihtimalde maddi vakia ortaya konulmuştur; ancak ceza hukuku açısından değerlendirmede bunun suçun maddi ve/veya manevi unsurları yönüyle cezalandırılabilir bir davranış olmadığı anlaşılmıştır. Bu beraat hali de feshin haksız olduğunun kabulünü gerektirmez, çünkü maddi vakianın hukuki açıdan nitelendirmesi, ceza hukukundan çok farklı esasların geçerli olduğu iş hukukuna göre yapılacaktır²⁸.

Dördüncü olarak yüklenen suç açısından failin kast veya taksirinin olmaması beraat gerekçesinin iş yargısında doğrudan sonuçları vardır. Çünkü İşK m. 25/II kapsamındaki davranışlarda, iş

25 Y22HD 25.06.2020 E. 2017/45875 K. 2020/7835.

26 Ceza mahkemesinin delilleri tespit ve takdiri ile hukuk mahkemesinin delilleri tespit ve takdirinin farklı olduğu yönünde bkz. Kılıçoğlu, s. 199.

27 İşK m. 25/II kapsamında haklı fesih nedeni olarak cinsel tacize ilişkin Yargıtay'ın tespitleri, ceza ile hukuk yargılamasının ispat şartlarındaki esaslı farkı ortaya koyması açısından önemlidir: "... davalılar davacının, iş yerinde diğer bir kadın çalışana cinsel tacizde bulunduğu ileri sürerek iş sözleşmesinin haklı nedenle fesih edildiğini savunmuştur. Mahkemece işveren tarafından taciz olayının ispatlanamadığı ve açılan davada delil yetersizliğinden beraat kararı verildiği gerekçesi ile isteklerin kabulüne karar verilmiştir. Cinsel taciz eyleminin yapısı gereği ardında delil bulunması her zaman mümkün olmayabilir. Mağdurun ya da mağdurenin tek başına olduğu yerlerde bu tür eylemlere maruz kaldığı ve tacize uğrayanın çok azının çeşitli nedenlerle bu tür olayları işverene yansıtılabildiği dikkate alındığında ispat noktasında tacize uğrayan lehine değerlendirmeye gidilmelidir", Y9HHD 25.03.2019 E. 2015/35803 K. 2019/6594.

28 Bkz. Doğan Yenisey, Kübra, "İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı", Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2016, 2018, s. 522.

23 Hukuk hakiminin bu mahiyetteki bir ceza mahkemesi kararı ile bağlı olduğu yönünde bkz. Kılıçoğlu, s. 199.

24 Suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olmaması hallerinde verilen beraat kararının hukuk hakimini bağlamadığı yönünde bkz. Antalya, s. 519.

sözleşmesinin güven temelini ihlal eden sadakat borcuna aykırılık, nitelik itibariyle kasta yahut ağır ihmale dayanır. İş hukuku açısından kastın yahut ihmalin yoğunluğunun ceza hukukundaki kadar yüksek olması gerekmez. Buna göre her iki hukuk dalındaki kusur değerlendirilmesi konuları itibariyle esaslı biçimde ayrılırlar²⁹. Ceza hukukunda kusur değerlendirmesinde objektiflik esas olduğu halde, iş ilişkisinin kişisel ilişki kuran niteliği ile bunun sonucu işçinin sadakat borcu kusur değerlendirmesinin belirli bir dereceye³⁰ kadar somut olayın şartlarında sübjektif yaklaşımı gerektirir. Sonuçta Yargıtay'ın işaret ettiği üzere "ceza davası maddi olayın yorumlanması açısından Borçlar Kanunu'nun 53. (TBK 74) maddesine göre hukuk yargılamasında bağlayıcıdır, ancak kusur açısından bağlayıcı değildir"³¹.

Son olarak yüklenen suçun sanık tarafından işlenmesine rağmen, olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunmasına dayanan beraatta ise, suçun konusu ve hukuka uygunluk gerekçesinin niteliğine bağlı olarak haklı fesih değerlendirmesinde iş yargıcının serbestçe takdir edebileceği bir alandan söz edilir.

II. Haklı Feshin Nedeni Davranışların Değerlendirme Ölçütü Olarak Sadakat Borcu

A. Sadakat Borcunun Konusu

Ceza hukukunun hukuka aykırılıkları önleme, böyle davranışta bulunanları cezalandırmak suretiyle toplumsal düzeni koruma amacına karşın,

iş ilişkisinde haklı feshin işlevi bu ilişkinin özel hukuk karakteri gereği salt işçi ve işverenin hukuki menfaatleriyle sınırlıdır. Haklı fesihte, iş sözleşmesini fesheden tarafın bunu ihbar öneli kadar dahi sürdürmesi beklenemeyecek bir durum vardır. Haklı feshi imkân veren bir davranıştan, iş ilişkisinin bozulan güven temelini objektif koşullarda yeniden inşasının mümkün görülmediği hallerde söz edilir. Zaten güven temelini yeniden tesis edilebileceği öngörülüyorsa artık haklı nedenden değil, olsa olsa geçerli fesih nedeninden söz edilir.

Sözleşmenin devamını katlanılmaz hale getiren neden şahsında ortaya çıkan tarafın bunda kusurunun olup olmamasının fesih hakkı açısından önemi yoktur. Kusurun varlığı haklı feshin hukuki sonuçlarının düzenlenmesiyle ilgilidir. Hastalık, tutukluluk ve zorlayıcı nedenler gibi iş ilişkisinin devamı açısından kusura dayanmayan hallerde iş sözleşmesini fesheden işverenin kıdem tazminatı ödemesi gerekir. Güven temeli işverenin gözetme borcuna ve işçinin de sadakat borcuna aykırı bir davranışı sonucu bozulduğunda, artık sözleşmeyi fesheden taraf bu nedenle herhangi bir yükümlülük altına girmez, örneğin işveren kıdem tazminatı ödemez.

TBK'daki tanımda geçtiği üzere, "Sözleşmeyi fesheden taraftan, dürüstlük kurallarına göre hizmet ilişkisini sürdürmesi beklenemeyen bütün durum ve koşullar, haklı sebep sayılır." (m. 435/2) Buradaki genel dürüstlük kuralları ölçütü, işçi işveren ilişkisinin kişisel ilişki kuran niteliğine uygun biçimde somutlaştırılmalıdır. Somutlaştırmada tarafların karşılıklı borçlarından hareket edilir, bu işveren açısından gözetme ve işçi açısından sadakattir. Bu karşılıklı iki borcu tek tanımda kapsamak gerekirse, iş sözleşmesinin devamı sırasında karşı tarafın çıkarlarının korunması, gözetilmesi, tabiri caizse davranışlarında kendini karşı tarafın yerine koyarak hareket edilmesi gerekir.

Bu çalışmanın konusuyla bağlantılı olarak işçinin sadakat borcu, işverenin çıkarlarına hizmet eden yapma ya da yapmama şeklindeki her türlü

29 Hukuk hakiminin kusuru takdir ederken ceza hukuku ölçüleriyle hareket etmesinin beklenemeyeceği yönünde bkz. Tekinay, Selahattin Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Halk/Altop, Atilla, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 7. Baskı, 1993, s. 711.

30 İşçinin işverene karşı sorumluluğunu düzenleyen TBK m. 400, işçinin kusurunu değerlendirmesinde işin tehlikeli olup olmaması, uzmanlığı ve eğitimi gerektirip gerektirmemesi objektif unsurlarından başka, işçinin işveren tarafından bilinen veya bilinmesi gereken yetenek ve nitelikleri sübjektif yönlerle işaret eder.

31 Y9HD 29.06.2009 E. 2008/36420 K. 2009/18300.

davranış, açıklama, kaçınmadır³². Sadakat borcunun derecesi ve bu bağlamda işçiden beklenebilir olmasıyla genel geçer ölçütlerden söz edilemez³³. Her somut olay özelinde işçinin işyerindeki görevi, işveren vekilliği, hizmet süresi ve diğer ayrıntılar bir bütün olarak tartılmak suretiyle işçiden beklenebilir olup olmadığı değerlendirilir. Ancak değerlendirmede salt işverenin menfaatleri bakış açısı ile yapılmamalı, iş ilişkisinde temel haklar boyutuyla işçinin korunması gereken değerleri de hesaba katılmalıdır.

B. Sadakat Borcunun Ahlak ve İyiniyet Kurallarına Uymayan Hallerle Olan İlişkisi

İş ilişkisinin güven temeli açısından sadakat borcu büyük öneme sahip olmakla, ihlal edilmesi işveren açısından göz ardı edilebilecek bir durum değildir. Sadakat borcunun baştan kesin olarak sınırlandırılmaz kapsamı³⁴, aykırılık halinde uygulanacak hukuki yaptırımlar bakımından farklı ihtimallerin göz önünde bulundurulmasını gerektirir. Örneğin işçinin haklı bir mazereti olmadan işe geç kalması ile hiç gelmemesinin sadakat borcuna aykırılığı açıktır; ancak işyerinde neden olduğu olumsuzluklar gözetildiğinde her ikisinin aynı yaptırıma tabi tutulması, hukukun genel ilkelerinden ölçülülük ve özel olarak da işverenin işçiyi gözetme borcu nedeniyle haklı görülemez.

32 Bkz. Tunçomağ, Kenan, *İş Hukuku, Cilt 1, 3. Baskı, 1984; s. 185 vd.*; Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat/Özkaraca, Ercüment, *İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 35. Baskı, 2022, s. 304*; Tunçomağ, Kenan/Centel, Tankut, *İş Hukukunun Esasları, 10. Baskı, 2022, s. 109-110*; Senyen Kaplan, s. 239; Demircioğlu, A. Murat/Centel, Tankut/Kaplan, Hasan Ali, *İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 21. Baskı, 2021, s. 105*; Ekmekçi, Ömer/Yiğit, Esra, *Bireysel İş Hukuku Dersleri, 3. Baskı, 2021, s. 357 vd.*; Akyiğit, s. 185-186; Sümer, s. 74-75; Arıcı, s. 136. Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Arslan Ertürk, Arzu, *Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu, 2010, s. 7 vd.*

33 Tunçomağ, s. 184-185.

34 Bkz. Tunçomağ, s. 184-185; Eyrenci/Taşkent/Ulucan/ Baskan, s. 133; Tunçomağ/Centel, s. 109; Narmanlioğlu, Ünal, *İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri I, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, 2014, s. 272, 446*; Sümer, s. 74; Uşan/Erdoğan, s. 120.

Bu noktada sadakat borcunun ihlali niteliğindeki hallerden hangilerinin haklı veya geçerli fesih nedeni olarak kabul edileceği, hangileri için fesih yaptırımının ölçüsüz olup fesih dışı yaptırımların işletilmesi gerektiğiyle ilgili yaklaşım tarzı, iş ilişkisinin taraflarının çatışan menfaatlerinin iş hukukunun amaçlarına uygun biçimde denkleştirilmesi yönüyle önemlidir. Bu konuda karşılaştırmalı hukukta benimsenen düzenleme tarzı, TBK m. 435/2 hükmünde görüldüğü gibi, değerlendirme ölçütünü ortaya koyan bir çerçeveye hükümdür. Buna göre sözleşme ile bağlılık ilkesinden ayrılmayı haklı gösteren, iş ilişkisinin güven temelini telafisi mümkün olmayacak derecede sarsan, devamını katlanılmaz hale getiren haller sadakat borcuna aykırıdır, haklı feshi gerektirir. Burada değerlendirmede çıkış noktası olarak ifade edilen dürüstlük kuralları açısından somut olayın işçinin sadakat ve işverenin gözetme borçları çerçevesinde ele alınması söz konusudur.

Somut olay adaleti açısından hâkime TMK m. 4'teki ölçülerde belirli bir takdir hakkı veren bu isabetli düzenleme şekline karşın, 4857 sayılı Kanun m. 25/II'de ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller başlığı altında sınırlandırıcı olmaksızın³⁵ haklı fesih nedenleri sayılmıştır. Bu düzenleme şekli genel olarak takdire kapalıdır, kanun koyucunun genel geçer şekilde sayılan hallerin sadakat borcuna aykırılık oluşturduğu kabulü vardır. İş Kanunu m. 25/II'nin e alt bendindeki "İşçinin, işverenin güvenini kötüye kullanmak, hırsızlık yapmak, işverenin meslek sırlarını ortaya atmak gibi doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlarda bulunması" haklı nedeninin maddenin genel itibarıyla özel bir yeri vardır, "ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller ve benzerleri" başlığı altında adeta 'benzerleri'nin

35 Tunçomağ/Centel, s. 237-238; Süzek, s. 694; Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan, s. 243; Akyiğit, s. 272. Ayrıca bkz. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 606; Ekmekçi/Yiğit, s. 713; Senyen Kaplan, s. 459; Zeytinoğlu, Emin, "İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Ahlak ve İyiniyet Kurallarına Aykırılık Sebebiyle Haklı Nedenle Feshi", *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, S. 32, 2017, s. 109.*

değerlendirme ölçütüdür. Çünkü bu bentte TBK m. 435/2 ile benzer bir yaklaşım ile adeta çerçeve hüküm şeklinde işçinin 'doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışları'nın sadakat borcuna aykırılık olarak haklı fesih nedeni oluşturacağı kabul edilmiş³⁶, farklı olarak doğruluk ve bağlılığa dair bir genel bir ölçüt yerine üç örnek sayılmıştır³⁷.

İşçinin sadakat borcu kapsamında doğruluk ve bağlılığa aykırı davranışlarının bentteki örnekler göz önünde bulundurularak somutlaştırılması açısından dikkati çeken, her üç örneğin de Türk Ceza Kanunu'nda suç olarak düzenlenmiş olmasıdır (TCK m. 141, 155, 239)³⁸. Bu da doğruluk ve bağlılığa aykırı davranışlar ile ceza hukukundaki suçlar arasında bir özdeşlik var mıdır sorusunu akla getirmektedir. Başka deyişle doğruluk ve bağlılığa aykırılığın kabulü için işçinin sadakat borcunu ihlal eden davranışının her durumda aynı zamanda suç niteliğinde olması gerekir mi? Bu soru olumsuz yanıtlanır, bir özdeşlik yoktur³⁹. Düzenlemedeki örneklerin hepsinin aynı zamanda suç olması, bunların belirgin olması amacıyla ilgilidir. Yoksa TCK kapsamında suç olmadığı tereddütsüz olan işçinin arkadaşına ait işyeri giriş-çıkış kartını onun yerine okutması, şirket aracını özel amaçlarla kullanması, yapmadığı müşteri ziyaretlerini işverene yapmış gibi raporlaması, prim hedefini karşılamak için arkadaşına satış yapması ve ardından ürünlerin iadesi ve benzeri davranışların sadakat borcuyla bağ-

daşmadığı, doğruluk ve bağlılığa aykırı olduğu açıktır⁴⁰. Buna göre örneğin hırsızlık gerekçesiyle iş sözleşmesi feshedilen işçinin ceza yargılamasında CMK m. 223 kapsamında 'yüklenen suçun sanık tarafından işlenmediğinin sabit olması' dışında bir nedenle beraati, doğruluk ve bağlılığa aykırı davranış değerlendirmesine engel değildir⁴¹. Bu değerlendirme ceza hukukunda suçun unsurları bağlamında değil, iş hukuku kapsamında sadakat borcuyla ilişkili yapılacaktır⁴².

İşçinin işyerindeki ve/veya işle ilgili suç nitelikli her davranışı sadakat borcunu ihlal eder, doğruluk ve bağlılığa aykırıdır, ancak tersinden haklı feshe imkân veren doğruluk ve bağlılığa aykırı her davranış suç değildir⁴³. Bu, ceza ve iş hukukunun konularının, amaçlarının farklılığının sonucudur. Ceza hukuku toplumsal düzenin korunması amacı uyarınca, hukuka aykırılık bakımından toplumun her bireyi için geçerli objektif davranışları konu edinir. Suç olarak kabul edilen davranışlar, toplumda herkesten uyması beklenebilir ortak değerlerle ilgilidir. İşçinin sadakat borcunun ihlali niteliğindeki doğruluk ve bağlılığa aykırı davranışları ise iş sözleşmesinin kişisel ilişki kuran niteliğinin sonucu güven temelini sakatlar⁴⁴. Güven temeli açısından ihlal edilen menfaatin ceza hukukundaki derecede objektif, genel olması gerekmez. Bu, işçinin sadakat borcunun her somut iş ilişkisi özelinde, kendi koşulları gözetilerek belirlenmesi gereğinden anlaşıl-

36 Zeytinoğlu, s. 110.

37 Bkz. Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, s. 865-866; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 304, 626.

38 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 626.

39 Ekonomi, s. 207; Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, s. 866; Süzek, s. 701; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 304; Narmanlioğlu, s. 448; Tunçomağ/Centel, s. 247; Doğan Yenisey, s. 522; Caniklioğlu, Nursen, "İş İlişkinin Sona Ermesi ve Kidem Tazminatı", Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2017, 2019, s. 335; Senyen Kaplan, s. 460; Odaman, Serkan, İşverenin Hizmet Sözleşmesini Ahlak ve İyiniyet Kuralları ve Benzerlerine Aykırılık Nedeniyle Fesih Hakkı, 2003, s. 148 vd.; Savaş, Fatma Burcu, İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haklı Nedenle Feshi, 2012, s. 104-105; Zeytinoğlu, s. 125; Yıldız, Gaye Burcu, "İşçinin Sosyal Medya Paylaşımları Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshi Konusunda İki Farklı Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi", Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 39, 2018, s. 109.

40 Örnekler için bkz. Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, s. 866.

41 Bkz. Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, s. 867

42 Bkz. Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 627.

43 "İş ilişkisi karşılıklı güven esasına dayanan sürekli bir borç ilişkisi olup, bu güvenin sarsıldığı durumlarda, anılan tutumla karşılaşan taraftan böyle bir ilişkiyi sürdürmesini beklemek işin doğasına uygun düşmez. İşçinin, işverenin işi ve işyeri ile ilgili hukuken haklı menfaatlerini korumak, zarar verici veya risk altına sokabilecek davranışlarından kaçınmak sadakat borcunun bir gereğidir. Davacının belirtilen eylemleri zarara yol açmamış olsa da doğruluk ve bağlılığa uyduğunu söylemek mümkün değildir. Davacı ile birlikte başkalarının da eyleme iştirak etmesi veya eylemin ceza hukuku açısından suç teşkil etmemesi varılan bu hukuki sonucu değiştirmez" Y9HD 04.04.2000, 2464/4716.

44 Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, s. 866; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 627.

İr. Örneğin bir marketteki kasiyerin 5-10 TL açık vermesinin doğruluk ve bağlılığa aykırı olmadığı söylenebilir; ancak banka gişesindeki görevli için aynı söylenebilir. Bankaların kamu hizmeti veren güven kurumları olması dikkate alındığında, banka işyerinde 5-10 TL açığa dahi müsamaha gösterilemez, sadakat borcuna aykırıdır.

III. Haklı Fesih Değerlendirmesinde TBK m. 74 Uygulaması

A. Hukuk Dallarının Bağımsızlığı İlkesi

Ülkede geçerli hukuk düzeni bir sistem dahilinde bütündür. Ancak bu bütünlük, hukukun farklı dallarının ortak bir bakış açısıyla ele alınmasını gerektirmez. Çünkü her hukuk dalının düzenleme konusuyla bağlantılı amaçları vardır, bu farklı amaçlar ilgili mevzuatta farklı ilke ve koşulların öngörülmesini gerektirir. Aynı maddi olay birden fazla hukuk dalının konusunu oluşturduğunda, farklı yönlerden ilgili her bir hukuk dalı, tabii olduğu mevzuattaki kurallara göre diğerlerinden bağımsız bir değerlendirmede bulunur. "Hukuk ile ceza davalarının konuları, tarafları ve amaçları farklı olduğundan ceza mahkemesi kararları kural olarak hukuk mahkemesi için kesin hüküm oluşturmaz; hukuk hâkimi kural olarak ceza mahkemesinin beraat kararı ile bağlı değildir."⁴⁵

İş hukukundan bir örnek vermek gerekirse, iş kazası ve meslek hastalığının önlenmesi iş sağlığı ve güvenliği hukukunun konusudur. Ancak bir iş kazası meydana geldiğinde bu olay taksirle ölüm ya da yaralanmaya neden olma suçları bağlamında ceza hukuku, iş kazası ve meslek hastalığı sigortası yönüyle sosyal sigorta hukuku, bedeni zarar sonucu maddi ve manevi tazminat talepleri bakımından borçlar hukuku ile 6331 sayılı Kanun

uyarınca gündeme gelecek, idari para cezaları yönüyle ise kabahatler hukukunun ilgili alanına girebilecektir. Ancak maddi olayın tek olması, sayılan dört hukuk dalı kapsamındaki yargılamanın tek, birlikte yürütülmesini gerektirmez, her bir hukuk dalında geçerli ilkelerdeki farklılık buna müsaade etmez. Örneğin; 5510 sayılı Kanun'un 13. maddesindeki tanıma göre işyerinde intihar bir iş kazasıdır; ancak bunda işverenin ya da işyerindeki diğer kişilerin bir etkisinin olmaması şartıyla tazminat hukuku ve ceza hukuku açısından bu olay bir iş kazası değildir. Çünkü bu iki alanda sorumluluk kusura dayanır.

Temel esas farklı hukuk dallarının bağımsızlığı olmakla birlikte, hukuk düzeni farklı dalların bütünü ifade eder, bu da çelişkinin önlenerek hukuk birliğinin korunmasını gerektirir. Buna göre; bağımsızlık ilkesi esasen maddi hukuka ilişkindir. Her bir hukuk dalına ilişkin özel yargılamada, bağımsızlık ilkesi hesaba katılır. Ancak hukuk devrinde aynı olaya ilişkin farklı mahkemelerinin hukuki değil, maddi olay açısından birbirlerinden farklı, çelişir kararlar vermesi kabul edilemez. Hukuk birliğinin korunması için gerektirici hallerde yargılama aşamasında bağımsızlık ilkesine bazı istisnalar tanınmalıdır. Örneğin; ceza hâkiminin kararında dosya kapsamındaki delillerden hareketle suçun unsurlarıyla ilgili yer verdiği maddi olgular hukuk hakimini de bağlar⁴⁶ çünkü ceza hâkimi delilleri tespit ve araştırma bakımından hukuk hakiminden daha geniş yetkilere sahiptir. Ceza hukukundaki maddi gerçeğin ortaya çıkarılması gereği hâkimin delilleri resen araştırması ilkesine⁴⁷ karşın, özel hukuk yargılamasında taraflarca getirilmesi ilkesi uygulanır⁴⁸. Buradan hareket ile maddi vakıya ilişkin ceza yargıcının tespitleri hukuk hakimini bağlar ancak tersinden ceza hâkiminin hukuk hakiminin tespitleri ile bağlı olduğu söylenemez⁴⁹.

45 Benzer yönde değerlendirme Y22HD 03.06.2014 E. 2013/13342 K. 2014/15566.

46 Bkz. Süzek, s. 701; Tolu, Hazal, İş Sözleşmesinin Haksız Feshi, 2017, s. 117.

47 Yenisey/Nuhoğlu, s. 88.

48 Kuru, Baki, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku, 2016, s. 297.

49 "Vurgulamakta yarar vardır ki, hukuk usulü bir şekil huku-

Anayasa Mahkemesi'nin "Aynı hususta daha önce çıkan kararlardan farklı bir hüküm kurulması halinde, mahkemelerce, bu farklılaşmaya ilişkin makul bir açıklama getirilmesi gerekmektedir."⁵⁰ haklı tespitinde olduğu üzere, mahkemeler aynı olay hakkında aynı yönde karar vermek zorunda değildir; ancak bir şartla: farklı yönde kararın objektif gerekçeleri somut biçimde ortaya konulmalıdır.

B. Borçlar Hukuku-Ceza Hukuku İlişkisinin Düzenlenmesi

Uygulamada bir olayın farklı hukuk dallarının ilgili alanına girmesi, en çok borçlar hukukundaki haksız fiiller ile ceza hukukunun kesişim alanında görülür. Haksız fiillerdeki "kusurlu ve hukuka aykırı bir fiil" unsuru çoğu durumda ceza hukukunda bir suçun maddi unsuru ile kesişir. Üstte açıklandığı üzere ceza hukuku ile borçlar hukukunun konularıyla ilgili farklılaşan amaçları, bir maddi olayın hukuken ele alınışında bağımsızlık ilkesi çerçevesinde ayrı ayrı değerlendirmeyi gerektirir. Başka deyişle ceza hukukunun suç ve kusur anlayışı ile borçlar hukukunun haksız fiil ve kusur telakkisi farklıdır⁵¹.

Hukuki değerlendirmede bu surette ilgili hukuk dalındaki ilke ve kurallardan hareket edilecekse de çekişmenin kaynağı maddi olay tektir, maddi içeriği bakımından iki ayrı yargılamada iki farklı kabule, çelişkiye kapalıdır. Aynı maddi olayı ele alan iki ayrı hukuk alanında değerlendirmede çıkış noktası maddi unsurlar açısından çelişme-

menin önemi, hukuk birliğinin korunması için zorunlu olmasındandır.

TBK'da haksız fiilden doğan sorumluluk konulu bir yargılamanın ceza hukukuyla ilişkisi 74. maddede açıkça düzenlenmek suretiyle, haksız fiil sorumluluğunun koşullarının ceza hukukundaki sorumluluk şartlarından farklılığı isabetle dikkate alınmış olmaktadır. Her iki hukuk dalının amaçları, konuları açılarından bağımsızlığını vurgulayan TBK 74. madde, hukuk hakimine doğrudan ve dolaylı bazı talimatları içermektedir: "Hâkim, zarar verenin kusurunun olup olmadığı, ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığı hakkında karar verirken, ceza hukukunun sorumlulukla ilgili hükümleriyle bağlı olmadığı gibi, ceza hâkimi tarafından verilen beraat kararıyla da bağlı değildir. Aynı şekilde, ceza hâkiminin kusurun değerlendirilmesine ve zararın belirlenmesine ilişkin kararı da hukuk hâkimini bağlamaz."

Madde haksız fiil sorumluluğu bölümünde yer almaktaysa da TBK'nın genel hükümlerinin ikinci bölümündeki tüm özel borç ilişkilerine uygulanabilir olması ve özellikle de m. 114/2'deki "Haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler, kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hâllerine de uygulanır." atfı dikkate alındığında, 74. maddedeki esaslar iş sözleşmesinin haklı feshine dair m. 435 ve genel-özel düzenleme ilişkisinde İŞK m. 25/II hakkında da uygulanabilir. Bunun anlamı sözleşmeye aykırılık olarak ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan davranışları nedeniyle iş sözleşmesi feshedilen işçinin, somut fesih gerekçesi davranışın maddi unsurları itibarıyla aynı zamanda ceza hukukunun ilgi alanına girdiği durumda, haksız fesih iddiasıyla açılan davada iş hakiminin TBK m. 74'teki esaslarla bağlı olmasıdır.

Maddenin salt lafzi yorumuna gidildiğinde, iki noktaya vurgu vardır: (1) Kusur ile ayırt etme gücünün değerlendirilmesinde ceza hukukunun ilkeleri uygulanamaz, buna bağlı olarak ceza hakiminin kusura ve zarara dair değerlendirmesi hukuk yargısında kesin delil, bağlayıcı değildir, (2) Ceza mahkemesinin beraat kararı hukuk hâkimini bağlamaz. Düzenlemede bu surette bağım-

kudur. Davanın açılması, itirazların ileri sürülmesi, tanıkların ve diğer delillerin bildirilmesi belirli süre koşullarına bağlı kılındığı gibi, ikinci tanık listesi verilememesi, iddia ve savunmanın genişletilmesi yasağı gibi, yargılamanın süratle sonuçlandırılması gayesi ile belirli kısıtlamalar getirilmiştir. Bunun sonucunda, hukuk hakimi şekli gerçeği arayacak, maddi gerçek öncelikli hedef olmayacaktır. Ancak ceza hakimi bunun tersine öncelikli hedef olarak maddi gerçeğe ulaşmaya çalışacaktır. O halde ceza mahkemesinin maddi nedensellik bağı (illiyet ilişkisi) tespit eden kesinleşmiş hükmünün hukuk hakimini bağlamasına, mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 53.maddesi bir engel oluşturmaz", Y22HD 26.09.2018 11198/20229.

50 AYM 06.01.2015 2013/6932, RG. 09.05.2015, 29350.

51 Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 711.

sızlık ilkesine vurgu yapılmışsa da bağımsızlık sınırsız olamaz. Örneğin; iş hâkimi TBK m. 74'e dayanarak ceza davasını, verilen kararı görmezden gelemeyiz. Hukuk hâkimin değerlendirme serbestisi hukuka aykırılık ve kusur unsurları bakımındandır; çünkü ceza ve borçlar hukukunun bu iki unsuru ele alışı esaslı derecede farklıdır.

TBK m. 74'ün (818 sayılı BK m. 53) haksız fesih iddiasına dayanan iş davalarında uygulanışı bakımından Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 22.12.2008 tarih ve 39200/34666 sayılı Kararı konunun tüm yönlerini kapsamaktadır:

"...Ceza hukuku ve Medeni Hukuk arasındaki ilişki Borçlar Kanunu'nun 53. maddesinde ... kural olarak bağımsızlık ilkesi benimsenmiştir. Madde bu yönüyle irdelendiğinde; Hukuk hakimi kural olarak ceza mahkemesinin beraat kararı ile bağılı değildir. Ancak, aynı olay nedeniyle ceza yargılamasında hükme dayanak yapılan maddi olgular ile bağılıdır. Hukuk hakiminin ceza mahkemesi kararındaki maddi olgularla bağılılığının ölçüsü, beraat kararında suçun sanık tarafından işlenip işlenmediğinin kesin olarak delilleriyle tespit edilip edilmediği olmalıdır. Yasadaki açık düzenleme, yerleşen yargısal uygulama ve bilimsel görüşler karşısında; kusurun ve zarar miktarının takdiri hususundaki kararın, diğer söyleyişle fiilin işlendiği sabit olduğu halde kusurluluğa ya da kusursuzluğa ilişkin saptamanın tek başına Hukuk Hakimini bağlayacağını kabule olanak bulunmamaktadır. Diğer yönüyle ispat hukuku açısından bakıldığında da HUMK. 237, 295 maddeleri ışığında beraat kararı konusu olduğu vakianın mevcut olup olmadığını delillerle kesin biçimde tespit etmediği için hukuk mahkemesindeki tazminat davasında bu ceza kararının kesin hüküm ya da kesin delil olarak kabul edilemeyeceği de bir gerçektir. Hemen belirtilmelidir ki, Hukuk Hakiminin bu bağımsızlığı sınırsız değildir. Gerek öğretide ve gerekse Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatlarında, Ceza Hakiminin tespit ettiği maddi olaylarla ve özellikle 'fiilin hukuka aykırılığı' konusu ile Hukuk Hakiminin tamamen bağılı olacağı kabul edilmektedir. Diğer bir anla-

tımla, maddi olayları ve yasak eylemleri saptayan Ceza Mahkemesi kararı, taraflar yönünden kesin delil niteliğini taşır. Bundan ayrı, Hukuk Mahkemesinin, Ceza Mahkemesinde görülmekte olan bir ceza davasının sonuçlanmasının bekle-tici sorun yapması halinde, Ceza Mahkemesinin bu konuda vereceği kararı peşinen kabul etmiş olacağından, bekle-tici sorun yapılan ceza davası hakkında verilen karar, Hukuk davasında kesin delil teşkil eder."

TBK m. 74, hukuk hakiminin ceza hakiminin verdiği beraat kararıyla bağılı olmadığını belirtirse de bu bağımsızlık mutlak görülemez⁵². CMK m. 223 kapsamında yüklenen suçun sanık tarafından işlenmediğinin sabit olduğu gerekçesiyle beraat kararı verildiğinde⁵³ yahut yüklenen suçun işlendiğinin sabit olması gerekçesiyle mahkûmiyet kararı verildiğinde⁵⁴ hukuk hâkimi her iki karar ile mutlak surette bağılıdır. Çünkü bu durumda ceza mahkemesinde bir maddi olayın varlığı ya da yokluğu konusundaki kesinleşmiş bir kabul vardır, buna rağmen aynı konunun hukuk mahkemesinde yeniden tartışılması olanaklı değildir⁵⁵. Bu, ceza yargılamasındaki ispat araçları bakımından ceza hakiminin hukuk hakiminden çok daha elverişli konumda bulunmasıyla ilgilidir. Beraat ya da mahkûmiyet kararı ile maddi olgu tam bir vicdani kanaat oluşturur şekilde saptanmışsa, artık bu durum hukuk yargılamasında gözardı edilemez, maddi vakia açısından aksi kabul edilemez⁵⁶.

52 Kılıçoğlu, s. 193, 196; Antalya, s. 520; Tolu, s. 117.

53 Yüklenen suçun sanık tarafından işlenmediğinin sabit olması durumunda verilen beraat kararının hukuk hakimini bağladığı yönünde bkz. Antalya, s. 519. Fiilin işçi tarafından işlenmediği ceza mahkemesi kararı ile sabit ve beraat kararı bu şekilde verilmişse, ceza mahkemesi kararının hukuk hakimini bağlamayacağını söyleyemeyeceği yönünde bkz. Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, s. 867. Benzer yönde bkz. Tolu, s. 118.

54 Mahkûmiyet kararının hukuk hakimini bağladığı yönünde bkz. Antalya, s. 519; Oğuzman, M. Kemal/Öz, M. Turgut, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler Cilt-2, Gözden Geçirilip Güncelleştirilmiş 12. Bası, 2016, s. 84. Ceza mahkemesince konuya ilişkin olarak verilen mahkûmiyet kararının hukuk davasında kesin hüküm teşkil edeceği yönünde bkz. Tolu, s. 117.

55 YHGK 24.05.2006 280/319.

56 "Maddi olgunun tespitine ilişkin ceza mahkemesi kararı

TBK m. 53'ün uygulanmasında ceza hakiminin suçun sanık tarafından işlenmediğinin tespit olunması ya da suçun sübut bulunmuş olması nedenleriyle beraat kararı vermesi ile sanığın kendisine yüklenen suçu işlediği yolunda kesin delil bulunmaması sebebiyle beraat kararı vermesi farklı sonuçlar doğurur⁵⁷, hukuk yargısına etkileri aynı içerikte olamaz⁵⁸. Ancak beraat, delil yetersizliği, şüphe gerekçesine dayansa bile ceza hakiminin maddi olaya ilişkin tespitleri, nihai olarak beraat kararı verildiği gibi bir gerekçeyle hukuk yargısında yok sayılmaz, dava konusu çekişmenin hukuki değerlendirmesi beraat kararındaki maddi vakıalar esas alınarak yapılmalıdır.

IV. Ceza Yargısının Haklı Fesih Nedeni Maddi Olay Hakkındaki Tespitlerinin Bağlayıcılığı

A. Kovuşturma Aşamasında

İşverenin İşK m. 25/II kapsamındaki bir feshinin işçinin açtığı davada haklı olup olmadığının hukuki değerlendirmesi iki aşamada yapılacaktır. Birinci aşama, feshin çıkış noktası maddi olayın ortaya konulması ile ispatı ve ikinci aşamada da bu maddi olayın sadakat borcu gözetilmek suretiyle m. 25/II'deki şartlar bakımından değerlendirilmesi. TBK m. 74'ün düzenleme konusu, ikinci aşamadaki hukuki değerlendirme (hukuka aykırılık, kusur vd.) hakkındadır. CMK m. 223 kapsamında beraat hangi gerekçeyle olursa olsun, ceza mahkemesinin maddi olaya ilişkin tespitleri iş yargısındaki hukuki değerlendirmede dikkate alınmak zorundadır⁵⁹.

Yargıtay'a göre; "...hukuk hâkimi kural olarak ceza mahkemesinin beraat kararı ile bağlı değildir. Ancak; aynı olay nedeniyle ceza yargılamasında hükme dayanak yapılan maddi olgular ile bağlıdır. Hukuk hakiminin ceza mahkemesi kararındaki maddi olgularla bağlılığının ölçüsü; beraat kararında suçun sanık tarafından işlenip işlenmediğinin kesin olarak delilleriyle tespit edilip edilmediği olmalıdır."⁶⁰

CMK m. 223'teki beş beraat gerekçesinden sadece yüklenen suçun sanık tarafından işlenmediğinin sabit olması halinde, maddi olay tam bir vicdani kanaat oluşacak şekilde, tüm ayrıntıları ile aydınlatılmıştır. Bu nedenle böyle bir beraat kararında geçen maddi olaya dair tespitlerin iş yargıcının hukuki değerlendirmesinde dikkate alınması zorunluluktur⁶¹. Ancak diğer dört beraat gerekçesinde, özellikle de yüklenen suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olmamasında, başka bir deyişle şüphe gerekçesine dayanan beraatta dahi, maddi vakıa açısından iş hâkimi ceza mahkemesinin tespitleri ile bağlıdır. Burada beraat, ceza kovuşturmasında maddi olayın koşulları hakkında cezalandırma için yeterli kesinlikte, açıklıkta ispatın mümkün olmamasının sonucudur. Bu ise ceza hakiminin maddi olaya dair tespitlerinin gerçeğe aykırı ya da ispat değeri açısından yetersiz olduğu anlamına gelmez.

B. Hazırlık Soruşturması Aşamasında

İki aşamalı haklı fesih değerlendirmesinde ceza yargısının kararının etkileriyle ilgili hemen üstteki açıklamamız, kovuşturma aşamasında verilen mahkeme kararları hakkındadır; bize göre öncesinde hazırlık aşamasında verilen kovuşturmaya yer olmadığı kararları hakkında da geçerli olmamalıdır⁶². Bu konudaki gerekçemiz,

hukuk hakimini bağlar. Ceza mahkemesinde bir maddi olayın varlığı ya da yokluğu konusundaki kesinleşmiş kabule rağmen, aynı konunun hukuk mahkemesinde yeniden tartışılması olanaklı değildir"Y22HD 29.05.2017 8438/12543.

57 Bkz. Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, s. 867-868

58 Tekinay/Akman/Burcuoglu/Altop, s. 715.

59 Ceza mahkemesinde tespit edilen maddi vakıaların iş hakimini de bağlayacağı yönünde bkz. Çelik/Caniklioglu/

Canbolat/Özkaraca, s. 627.

60 Y9HD 21.01.2016 E. 2014/29137 K. 2016/1582.

61 Fiilin işçi tarafından işlenmediği ceza mahkemesi kararı ile sabit ve beraat kararı bu şekilde verilmişse, ceza mahkemesi kararının hukuk hakimini bağlamayacağını söylemeyeceği yönünde bkz. Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, s. 867.

62 Krş. Kılıçoğlu, s. 203.

her ne kadar savcı soruşturma konusuyla ilgili tüm ayrıntıları ortaya çıkarmak için gereken yetkilerle donatılmışsa da kovuşturmayaya yer olmadığı kararına karşı yasa yolu olarak sulh ceza hakimliğine itirazda işin esasına girilmemesi, sulh ceza hakimliğinin hazırlık soruşturmasını yetersiz bulunduğu dahi bizzat araştırma yapmayıp bu konuda savcılığa talimat vermesidir.

Daha da önemlisi hazırlık soruşturmasında maddi olay hakkında tüm ayrıntıların her zaman ortaya çıkarılmasının mümkün olmadığı bizzat kanun koyucunun kabulündedir. CMK m. 172/2'de kovuşturmayaya yer olmadığı karardan sonra kamu davası açılması için yeterli şüphe oluşturacak yeni delil elde edildiğinde, sulh ceza hakimliğinin bu konudaki takdirine bağlı olarak kamu davası açılması mümkündür. Buna göre; soruşturma aşamasının sonunda kamu davası açılması için kesin ispat gerekmeyip güçlü şüphe yettiğinden, dava açılması ilgilinin suçlu olduğunu göstermeyeceği gibi, tersinde dava açılmamış olması da her zaman suçsuz olduğu anlamına gelmez.

Yargıtay da isabetle bu yöne vurgu ile "Mahkemece, davacı hakkındaki hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçundan yapılan soruşturmanın kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verilerek sonuçlandırıldığı ve davalının zarara uğradığını ispat edemediği gerekçesi ile işverenin haklı feshi ispat edemediği kabul edilmiş ise de davalının feshe konu eylemine ilişkin olarak alınan yazılı savunmasında kredi kartını kullandığı kişinin arkadaşı olduğunu ve kartı arkadaşının bilgisi ve rızası dahilinde kullandığını kabul ve beyan ettiği, davalının nakit yapılan tahsilatları kredi kartından yapılmış gibi göstererek kendisine duyulan güveni kötüye kullandığı, işverenden gizli olarak kendi çıkarına iş yaparak doğruluk ve bağlılığa aykırı davranışta bulunduğu anlaşılmış olup davalı işverenin artık bu işçiye güvenerek tahsilata göndermesini beklemek hayatın olağan akışına aykırıdır. Davacı işçi, kendi kusurlu davranışı ile aradaki güven ilişkisini zedelemiştir ve işveren, haklı sebeple iş sözleşmesini feshetmiştir."⁶³

leşmesini feshetmiştir."⁶³

Uygulamada hazırlık aşamasında çok sayıda soruşturmada konusu itibarıyla bir suçun unsurlarını taşımadığı, bu nedenle münhasıran bir hukuk uyumsuzluğunun konusu olduğu gerekçesiyle kamu davası açılmadığı bir gerçektir. Savcılığın bu yönde kararlarının iş yargısında haklı fesihle ilgili ne maddi olayın tespiti ne de bunun ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan hal olarak değerlendirilmesinde zorunlu bir etkisi ya da hâkimin takdir yetkisini sınırlandırması söz konusudur.

V. İş Hakiminin Haklı Feshi Takdir Serbestisi

Buraya kadar işçinin ceza davasında yüklenen suçun sanık tarafından işlenmediğinin sabit olması gerekçesi dışındaki beraat kararlarının iş yargısı açısından bağlayıcılığının içerdiği maddi vakia bakımından olduğunu açıkladık. İş yargısında haklı fesih değerlendirmesinde hâkim maddi olaya ilişkin bu olaylarla bağlı ise de bunların İşK m. 25/II kapsamında değerlendirmesinde serbesttir. Bu nedenle işçinin ceza yargısında beraat etmesine rağmen açtığı alacak davasında iş sözleşmesinin feshinin haklı olduğunun kabulü her zaman mümkündür. Bu konuda çok sayıda Yargıtay Kararı vardır.

Örneğin; "... davacı hakkında hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçundan ceza davası açılmış ve nihayetinde delil yetersizliği gerekçesiyle davalının beraatine karar verilmiştir. Her ne kadar davacı ... beraat etmiş ise de, dosyadaki bilgi ve belgeler ile özellikle, davalının yardımcısı olduğu anlaşılan AS'nin yukarıda açıklanan dava dosyasında verilen karar ile adı geçen kişinin iç denetim sırasındaki beyanı dikkate alındığında; davacı ile yardımcısının sorumluluğunda alınan bir kısım ürünlerin sisteme zamanında kaydedilmediği aynı ürünün kısa aralıklarla farklı fiyatlardan satın alınıp zamanında kayıtlara girilmemesine bağlı olarak satış fiyatlarının şirket

63 Y22HD 16.05.2019 E. 2016/12590 K. 2019/10779.

politikasına uygun belirlenmeyip usulsüz işlemlerle işverenin zarara uğradığına yönelik delillere göre, doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlar nedeniyle işverence yapılan feshin haklı olduğu ...⁶⁴ kabul edilmiştir.

Önemli olan fesih gerekçesi maddi olayın, İşK m. 25/II'deki doğruluk ve bağlılığa aykırılık unsurunu çerçevesinde iş ilişkisinin güven temelini devamı beklenemez derecede esastan sarsmış olmasıdır, ceza yargılamasının konusu itibarıyla delil yetersizliği yahut suçun unsurlarının gerçekleşmediği gerekçelerine dayanan beraat kararları doğruluk ve bağlılığa aykırılık ölçütü kapsamında bir değerlendirmeye engel oluşturmaz⁶⁵. Yargıtay'a göre; hırsızlık şikâyeti sonucunda takipsizlik kararı verilmesi iş hukuku açısından eylemin niteliğini değiştirmez, sahilde otele ait şezlongların düzenlenmesinden görevli olan davacının sezon sonunda otele ait 20 civarında şezlongu kırık ve arızalı oldukları gerekçesi ile otel yetkililerinin izni olmadan hurdacıya vermesi işverenin güvenini kötüye kullanma niteliğindedir⁶⁶.

İlk derece mahkemesinin davacı hakkında fesih konusu iddialara ilişkin yapılan soruşturma neticesinde kovuşturmaya yer olmadığına karar verildiği gerekçesiyle işe iade kararı verilen bir dava hakkında Yargıtay, "...dosyada yer alan 08.03.2016 tarihli tutanak, devamında yapılan ... Valiliği İl Millî Eğitim Müdürlüğü soruşturma raporu, savcılık kayıtları birlikte değerlendirildiğinde, feshine konu olayın tutarlı ve çelişkili olmayan beyanlar doğrultusunda gerçekleşmiş olduğu, davacı ... hakkında ... Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından 2016/ 5047 nolu soruşturmada verilen ek kovuşturmaya yer olmadığına dair kararın İş Hukuku açısından bağlayıcı olmadığı, davalı iş-

verenlik açısından haklı feshin koşullarının oluştuğu anlaşıldığına..."⁶⁷ karar vermiştir.

VI. Ceza Kovuşturmasının Bekletici Mesele Yapılması

Haklı fesih değerlendirmesinde birinci aşamada fesih gerekçesi maddi vakianın tespiti ve ikinci aşamada da bu tespitlerin sadakat borcu çerçevesinde doğruluk ve bağlılığa uygunluğunun değerlendirildiğini tespit ettik. Yine fesih gerekçesinin aynı zamanda bir ceza kovuşturmasının konusu olduğunda, ceza hukukunda gerçeğin ortaya çıkarılması amacı ve bu yolda ceza hâkimin araştırma yetkileri gözetilerek, ceza mahkemesi kararındaki olaya dair maddi tespitlerin iş yargıcını bağlayacağını bildirmiştik. Bu nedenle iş davasında nihai karardan önce ceza yargısında kararın verilmiş ve yasa yollarından geçerek kesinleşmiş olmasının önemi büyüktür.

Bu nedenle hukuk davasında ceza yargısı kararının bekletici mesele yapılması doğru karar açısından büyük öneme sahiptir⁶⁸. İş hakiminin delillerin taraflarca getirilmesi ilkesi çerçevesinde dosyadaki delillerle sınırlı karar verdiği ve bunun daha sonraki bir tarihte verilecek ceza mahkemesi kararı ile çeliştiği durumda, bunun yargılamanın kısa sürede tamamlanması gerektiği gibi bir gerekçeyle açıklanması olanaklı değildir.

Yargıtay isabetle iş mahkemesinin karar tarihinde ceza kovuşturmasının devam ettiği halde, çelişkiye neden olmamak için davanın bitirilmeyerek ceza davasının bekletici mesele yapılması gerektiğini bildirmektedir. Örneğin; "Maddi gerçeğin re'sen ceza hakimince ortaya çıkarılması ilkesi gereğince ceza hakimince belirlenen maddi olayın hukuk hakimini bağlayacağı dikkate alındığında öncelikle ceza davasının bekletici mesele yapılması gerektiği açıktır."⁶⁹

64 Y9HD 10.01.2022 E. 2021/11747 K. 2022/12.

65 Bkz. Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal, s. 868; Doğan Yenişey, s. 522. Fiilin işçi tarafından işlenmediğini kesin olarak hükme bağlayan ceza mahkemesi kararı dışında verilen beraat kararlarının, fiilin doğruluk ve bağlılık esaslarına aykırı olup olmadığının tespitinde herhangi bir etkisinin olmadığı yönünde bkz. Narmanlıoğlu, s. 449.

66 Y9HD 11.09.2019 E. 2017/11611 K. 2019/15655.

67 Y9HD 17.04.2019 E. 2018/10254 K. 2019/8962.

68 Ceza davası sonucunun beklenmesi gerektiği yönünde bkz. Tolu, s. 116.

69 Y22HD 25.06.2020 E. 2017/45875 K. 2020/7835.

Yine "Ceza mahkemesindeki olası mahkûmiyet feshin haklı olup olmadığı hususuna doğrudan etki edeceğinden ceza mahkemesi kararının kesinleşmesi beklenip, oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerekir."⁷⁰

Sonuç

7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nda iş hukununun amaçlarına uygun özel yargılama kurallarına yer verilmemiş, görev ve yetki dışında genel HMK düzenlemelerine atıf yapılmıştır. Bunun dezavantajı kamu hukuku yönleri nedeniyle karma hukuk dalı olarak nitelenen⁷¹ iş hukukuna dair yargılamanın bütünüyle özel hukuka ait usul kuralları çerçevesinde yapılmasıdır. Bu tespitten amaç, iş yargısında HMK m. 74'teki esaslara dikkat edilmesinin önemine işaretidir. Çünkü iş hukukunda işçi açısından en ağır işveren yaptırım olan İşK m. 25/II kapsamında ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan haller nedeniyle feshin konusu olayın, bir suçun unsurlarını taşıması nedeniyle aynı zamanda ceza yargılamasının konusu olduğu halde, iş yargısı kararında ceza yargısında verilecek karar görmezden gelinemez. Bu, ceza mahkemesinin gerçeğin ortaya çıkarılmasıyla ilgili yargılamada sahip olduğu yetkilerin gereğidir.

Ancak ceza mahkemesinin gerçeğe ulaşma konusundaki yetkileri, vereceği kararların aynı olaya ilişkin diğer hukuk dalları kapsamındaki yargılamalarda bağlayıcı olmasını gerektirmez. Bu her hukuk dalında konusu ve amaçları doğrultusunda farklı ilke ve kurallarının geçerli olması, bunun sonucu olan farklı hukuk dallarının bağımsızlığı ilkesinin gereğidir. Buna göre; ceza davasında verilen kararlar maddi olayı tespit eden içeriği ile hukuk hâkimini bağlar, yoksa beraata dair hukuki değerlendirmesi bakımından değil. Çünkü İşK m. 25/II kapsamında sadakat borcunu ihlal eden⁷² doğruluk ve bağlılığa aykırı

davranış ile ceza hukuku kapsamında ilgili suçun unsurları arasında bir özdeşlik yoktur.

Bu nedenle fesih konusu davranışı aynı zamanda ceza yargılaması konusu olan işçinin açtığı iş davasında ceza yargısının kararı bekletici mesele yapılmalı, ancak savcılığın kovuşturmayaya yer olmadığı ya da ceza mahkemesinin beraat kararı verdiği gerekçesiyle fesih haksız kabul edilmemelidir. İş hâkimi işverence savunulan haklı fesih nedeninin esası hakkında ceza yargısındaki tespitlerden yararlanmalı, bunları İşK m. 25/II kapsamında sadakat borcunun ihlali bakış açısı ile değerlendirmelidir.

KAYNAKÇA

- Akyiğit, Ercan: İş Hukuku, Güncellenmiş 14. Baskı, 2022.
- Antalya, O. Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II, 2015.
- Antalya, O. Gökhan/Topuz, Murat: Medeni Hukuk, 2017.
- Arıcı, Kadir: Türk İş Hukuku-I, Ferdi İş İlişkileri Hukuku, 2022.
- Arslan Ertürk, Arzu: Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu, 2010.
- Caniklioğlu, Nurşen: "İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı", Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2017, 2019, s. 185-367.
- Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat/Özkaraca, Ercüment: İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 35. Bası, 2022.
- Demircioğlu, A. Murat/Centel, Tankut/Kaplan, Hasan Ali: İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 21. Bası, 2021.
- Doğan Yenisey, Kübra: "İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı", Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2016, 2018, s. 387-562.
- Ekmekçi, Ömer/Yiğit, Esra: Bireysel İş Hukuku

s. 303-304; Senyen Kaplan, s. 240.

70 Y9HD 19.03.2019 E. 2016/19967 K. 2019/6218.

71 Bkz. Tunçomağ, s. 41-42; Oğuzman, M. Kemal/Barlas, Nami, Medeni Hukuk, 22. Bası, 2016, s. 5.

72 Bkz. Tunçomağ, s. 185; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca,

- Dersleri, 3. Baskı, 2021.
- Ekonomi, Münir: İş Hukuku, Cilt 1 Ferdi İş Hukuku, Yenilenmiş 3. Bası, 1987.
 - Eren, Fikret: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 17. Baskı, 2014.
 - Eyrenci, Öner/Taşkent, Savaş/Ulucan, Devrim/Baskan, Esra: İş Hukuku, 10. Baskı, 2020.
 - Finter, Nicoletta: Kündigung wegen einer Straftat, 2018.
 - Kılıçoğlu, Ahmet M.: "Haksız Fiillerden Sorumlulukta Ceza Hukuku ile Medeni Hukuk İlişkisi", AÜHFD, C. XXIX, S. 3, 1973, s. 185-225.
 - Kuru, Baki: İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku, 2016.
 - Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş: İş Hukuku, Güncellenmiş 7. Baskı, 2022.
 - Narmanlıoğlu, Ünal: İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri I, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, 2014.
 - Odaman, Serkan: İşverenin Hizmet Sözleşmesini Ahlak ve İyiniyet Kuralları ve Benzerlerine Aykırılık Nedeniyle Fesih Hakkı, 2003.
 - Özgenç, İzzet: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 18. Bası, 2018.
 - Öztürk, Bahri/Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan/ Sırma Gezer, Özge/Saygılar, Yasemin F./Alan, Esra/Erden Tütüncü, Efser/Özaydın, Özlem/Altınok Villemin, Derya/Tok, Mehmet Can: Ana Hatlarıyla Ceza Muhakemesi Hukuku, Güncellenmiş 9. Baskı, 2022.
 - Savaş, Fatma Burcu: İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Haklı Nedenle Feshi, 2012.
 - Senyen Kaplan, Emine Tuncay: Bireysel İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş-Güncelleştirilmiş 12. Baskı, 2022.
 - Sümer, Haluk Hadi: İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş 26. Baskı, 2022.
 - Süzek, Sarper: İş Hukuku, Yenilenmiş 21. Baskı, 2021.
 - Tekinay, Selahattin Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atila: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 7. Baskı, 1993.
 - Tunçomağ, Kenan: İş Hukuku, Cilt I, 3. Bası, 1984.
 - Tunçomağ, Kenan/Centel, Tankut: İş Hukukunun Esasları, 10. Baskı, 2022.
 - Uşan, M. Fatih/Erdoğan, Canan: İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, Güncellenmiş 3. Baskı, 2022.
 - Yenisey, Feridun/Nuhoğlu, Ayşe: Ceza Muhakemesi Hukuku, Güncellenmiş 10. Baskı, 2022.
 - Yıldız, Gaye Burcu: "İşçinin Sosyal Medya Paylaşımları Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshi Konusunda İki Farklı Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi", Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 39, 2018, s. 105-112.
 - Zeytinoğlu, Emin: "İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Ahlak ve İyiniyet Kurallarına Aykırılık Sebebiyle Haklı Nedenle Feshi", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, S. 32, 2017, s. 107-136.

Prof. Dr. Hakan KESER*

Araştırma Makalesi
Sicil, 2023/I Sayı 49: 78-97
Makale Gönderim Tarihi: 3 Nisan 2023
Makale Kabul Tarihi: 10 Nisan 2023

İkramiye, Yemek ve Servis Gibi İşyeri Uygulamalarının Kaldırılıp, Bunlara İlişkin Tutarların İşçinin Ücretine Eklenmesinin Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik Olarak Kabul Edilip Edilemeyeceğine İlişkin Bir Değerlendirme

Öz

İşçilerin işlerini yaparken daha mutlu ve dolayısı ile bunun sonucunda da yapmakta olduğu işte daha verimli olmaları amacıyla, uygulamada işverenler tarafından işçilere sağlanan imkânlardan en önemlileri, işçilere ikramiye ödemeleri yapılması, işçilere işyerinde yemek verilmesi ve işçilerin işe geliş

gidişini kolaylaştırmak için servis sağlanmasıdır. Çalışmamızda işyeri uygulamasına dönüşen bu uygulamaların kaldırılıp, bunlara ilişkin tutarların işçinin ücretine eklenmesinin çalışma şartlarında esaslı değişiklik olarak kabul edilip edilemeyeceği hususu incelenmiştir.

Anahtar Sözcükler:

İkramiye, işyeri uygulaması, çalışma koşulları.

An Assessment Of Whether The Abolition Of Workplace Practices Such As Bonuses, Meals And Services And The Addition Of The Amounts Related To Them To The Employee's Wage Can Be Considered As A Fundamental Change In Working Conditions

Abstract

In order for the workers to be happier while doing their jobs and therefore more productive in their work, the most important oppor-

tunities provided by the employers to the workers in practice are the payment of bonuses to the workers, the provision of meals to the

*Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü, hakan.keser@yahoo.com.tr, ORCID: 0000-0002-7961-7358.

workers at the workplace and the provision of services to facilitate the commuting of the workers to work. In our study, it has been examined whether the removal of these practic-

es, which turned into workplace practices and the addition of the amounts related to them to the wages of the worker, can be accepted as a fundamental change in working conditions.

Keywords:

Bonus, workplace practice, working conditions.

Giriş

Anayasa, Kanunlar, toplu ya da bireysel iş sözleşmesi, personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ile işyeri uygulamasından doğan işçi ve işveren ilişkilerinin bütünü ifade eden çalışma koşullarında; zaman zaman değişiklik yapılabilmesi, doğrudan doğruya işverenin yönetim hakkının kendisine verdiği bir yetkidir. İşveren, vereceği talimatlarla, Anayasa ve kanunların emredici hükümleri ile toplu ve bireysel iş sözleşmeleri hükümlerine aykırı olmamak üzere, işin yürütümünü ve işçilerin işyerindeki davranışlarını düzenleyebilmektedir.

Bu kapsamda işveren, işin görülmesi ve işçilerin işyerindeki davranışlarıyla ilgili genel düzenlemeler yaparken onlara özel talimat verebilecek, işçiler de bunlara dürüstlük kurallarının gerektirdiği ölçüde uymak zorunda olacaklardır. İşçi ile işveren arasındaki iş sözleşmesinden doğan iş ilişkisi süresince, işçinin haklarının daha ileriye götürülmesi, iş hukukunun işçi hakları bağlamında sürekli ileriye yönelik gelişimci karakterinin bir sonucu olsa da çalışma hayatında zaman zaman ortaya çıkan zorluklar, işletmelerin karşılaşılabilecekleri riskler ve işletmesel değişiklikler, iş ilişkisi sürerken işçilerin çalışma koşullarında bazen geriye gidişler yaşanmasına sebep olabilmektedir.

Uygulamada çalışma koşulları kapsamında işverenlerce işçilere tek taraflı olarak sağlanan ve işyeri uygulamasına dönüşen ikramiye ödeme-

leri ile yemek ve servis imkanlarına ilişkin olarak da zaman zaman değişiklikler yapılması ihtiyacı duyulmakta ve işverenlerce bu değişiklikler yapılmaktadır. Yapılan bu değişikliklerin işverenin yönetim hakkı kapsamında olup olmadığı, yani bir başka ifade ile işçinin çalışma koşullarında esaslı değişiklik sayılıp sayılmayacağı konusu da zaman zaman uyumsuzluklara sebep olmaktadır.

Çalışmamızda, öncelikle çalışma koşulları, işyeri uygulaması ve çalışma koşullarında esaslı değişiklik kavramları üzerinde durulacak, daha sonra ise ikramiye, yemek ve servis gibi işyeri uygulamalarının işverence tek taraflı olarak kaldırılıp, bunlara ilişkin tutarların işçinin ücretine eklenmesinin, çalışma şartlarında esaslı değişiklik olarak kabul edilip edilemeyeceği/ böyle bir uygulamanın işçiye bir talep hakkı verip veremeyeceği hususunda iş mevzuatı ve Yargıtay kararları göz önünde tutularak bir değerlendirme yapılacaktır.

I. Çalışma Koşulları, İşyeri Uygulamaları ve Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik Kavramları

A. Çalışma Koşulları Kavramı

“Çalışma koşulları”, iş ilişkisinden kaynaklanan ve işin yerine getirilmesinde tabi olunan hak ve

borçların tümü olarak işçinin iş görme borcu ile bunun karşılığında işverenin ücret ödeme borcundan başlayan, işin nerede ve ne zaman görüleceğinden, işyerinde çalışma süresinin belirlenmesine, izin sürelerinin tespitinden, ödenecek ücretin eklerine, ara dinlenmesinden, evlenme, doğum, öğrenim, gıda, maluliyet ve ölüm yardımı gibi sosyal yardımlara, belirli süreyi tamamlayan çalışanlara kıdem teşvik primi ödenmesinden, belli konumda olan işçilere özel sağlık sigortası yaptırılmasına ve hatta işçinin işveren- ce primleri ödenmek kaydıyla bireysel emeklilik sistemine dahil edilmesine kadar, iş ilişkisinden kaynaklanan tüm hak ve borçlar olarak tanımlanabilmektedir¹.

4857 sayılı İş Kanunu'nda (İK) bir tanım olarak verilmese de 22 nci maddesinde bir anlamda çalışma koşullarından neyin kastedildiği ifade edilmiştir. Zira söz konusu madde, iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşulları ifadesini kullanarak, işçi ve işveren ilişkilerinin tümünü çalışma koşulları kavramı altında toplamıştır². Buna göre; geniş anlamda düşünüldüğünde, Anayasa, kanunlar, toplu ya da bireysel iş sözleşmesi, personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ile işyeri uygulamasından doğan işçi ve işveren ilişkilerinin bütünü, çalışma koşulları olarak değerlendirilebilecektir³.

1 Taşkent, Savaş: İşverenin Yönetim Hakkı, İstanbul 1981 s. 12; Şen, Murat: İş Hukukunda Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik, Ankara 2005 s. 24, 25; Yarg. HGK. 07.05.2019 t. E. 2015/3417, K. 2019/525; Yarg. 9. HD. 28.04.2015 t. E. 2014/4238, K. 2015/15421; Yarg. 9. HD. 27.10.2008 t. E. 2008/ 29715, K. 2008/ 28944, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.
2 Yarg. HGK. 07.05.2019 t. E. 2015/3417, K. 2019/525; Yarg. 9. HD. 02.04.2009 t. E. 2007/41138, K. 2009/9238, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.
3 Süzek, Sarper; İş Hukuku (Genel Esaslar-Bireysel İş Hukuku) Yenilenmiş 21. Baskı, İstanbul 2021, s. 674; Ekonomi, Münir; Çalışma Şartlarının Belirlenmesi ve Değişen İlkelere Uyum, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, Ankara 1997, s. 158; Tezel, Şevket; İşçinin Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklikten Kaynaklanan Fesih İşlemi ve Sonuçları, Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi, Şubat 2008, S: 50 s. 235-242, Yarg. HGK. 07.05.2019 t. E.2015/3417, K.2019/525; Yarg. 9. HD. 28.04.2015 t. E. 2014/4238, K.

Borçlar Hukukunda olduğu gibi, İş Hukukunda da genel kural sözleşme serbestisidir. Buna göre; işçi ve işveren, iş sözleşmesinin kurulması aşamasında, kanunlardaki emredici hukuk kurallarına, ahlak kurallarına, kamu düzenine ve şahsiyet haklarına aykırı olmamak koşulu ile diledikleri çalışma koşulları üzerinde anlaşabileceklerdir.

1475 sayılı eski İş Kanunu'nda, yazılı iş sözleşmesinde bulunması gereken unsurlar gösterildiği halde, 4857 sayılı İş Kanunu'nda bu yönde bir kurala yer verilmemiştir. Bu noktada iş sözleşmesinde bulunması gereken öğeler yönünden bir serbestinin olduğu söylenebilecektir⁴. Ancak Anayasa'nın güvence altına aldığı temel hak ve özgürlükler ile sosyal ve ekonomik hakların, çalışma koşullarının oluşumunda ve çerçevelerinin belirlenmesinde göz önünde bulundurulmaları gerekmektedir⁵.

Anayasa'nın 48 inci maddesinde öngörülen, çalışma yerini serbestçe seçme hakkı, 49 uncu maddesindeki çalışma hakkı ve ödevi, 50 nci maddesindeki çalışma şartları bakımından öngörülen özel koruma ile dinlenme hakkı, 51 inci maddesindeki sendika kurma hakkı, 53 üncü maddesindeki toplu iş sözleşmesi yapma hakkı ile 54 üncü maddesindeki grev ve lokavt hakları, çalışma koşullarına etkileri olan anayasal haklardan en belirginleri olarak karşımıza çıkmaktadır⁶.

Bunun gibi, asgari ücretin, günlük ve haftalık çalışma sürelerinin belirlendiği, günlük ve haftalık iş sürelerini aşan çalışmaların hangi koşullarda yapılabileceğinin ve ödenecek ücretin miktarının ve daha pek çok konunun açıklandığı 4857 sayılı İK da, çalışma koşullarının temelini oluşturmaktadır. İşveren, İş Kanunu'nda yer alan bu düzenlemelerde ancak işçi lehine değişiklik yapabilecek, buna karşın emredici bu hükümlerle-

2015/15421, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.
4 Yarg. 7. HD. 15.10.2014 t. E. 2014/11841, K.2 014/18857, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.
5 Süzek s. 44; Yarg. 9. HD. 18.07.2008 t. E. 2007/ 23508, K. 2008/ 20604, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.
6 Yarg. 9.HD. 14.05.2014 t. E. 2012/10473, K. 2014/15663, Yarg. 9. HD. 23.12.2008 t. E. 2008/13026, K. 2008/33685, Yarg. 9. HD. 02.04.2009 t. E. 2007/41138, K. 2009/9238, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

rin dışında kalan ve işçi aleyhine olan bir uygulamaya gidemeyecektir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK), 2429 sayılı Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanun hükümleri de çalışma koşullarının belirlenmesinde etkilidir.

Diğer yandan, iş sözleşmesinin eki sayılan personel yönetmeliği veya işyeri iç yönetmeliği gibi belgeler de çalışma koşullarının oluşmasında önem taşımaktadırlar. İş sözleşmesinin yapıldığı anda personel yönetmeliği veya işyeri iç yönetmeliğinin işçiye açıklanması, hatta mümkünse bir nüshasının işçiye verilmesi, bu düzenlemelerin iş sözleşmesinin eki niteliğinde olduğunun kabulünü sağlayacaktır. Yani bir başka ifade ile, işyerinde öteden beri uygulanmakta olan personel yönetmeliğinin, kural olarak işçi ile iş ilişkisinin kurulduğu anda işçiye bildirilmesi gerekmektedir. Bu nedenle işçinin açık veya örtülü onayını almış personel yönetmeliğinin, iş sözleşmesi hükmü niteliğinde olduğu ifade edilebilecektir⁷.

Bununla birlikte, İş Kanunu'nda personel yönetmeliğine ilişkin bir düzenleme olmaması sebebi ile doktrinde⁸ yerinde olarak ifade edildiği üzere, TBK'nun genel işlem koşullarına ilişkin düzenlemeleri, personel yönetmelikleri için de geçerli olacaktır. Buna göre; yazılı olarak yapılmış olması zorunlu olan personel yönetmeliğine, dürüstlük kurallarına aykırı olarak işçi aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamayacak; sözleşmenin yapılması sırasında, işveren işçiye bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verecek, ona koşulların içeriğini öğrenme olanağı sağlayacak ve işçi de bu koşulları kabul etmiş olacaktır. Aksi takdirde personel yönetmeliği yok hükmünde sayılacaktır⁹. Daha sonra yapılacak olan değişikliklerin geçerliliği ise, işçiye duyurulması ve işçinin onayına bağlı olacaktır. Ancak bu onayın başlangıçta sözleşmenin

yapılması sırasında peşinen alınması mümkün olmayacaktır¹⁰.

İK ve iş sözleşmesi veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği dışında, çalışma koşullarının oluşturulduğu diğer önemli bir kaynak da toplu iş sözleşmeleridir¹¹. İşçilerin ve işverenlerin karşılıklı olarak ekonomik ve sosyal durumlarını ve çalışma şartlarını düzenlemek üzere yapılan toplu iş sözleşmeleri de çalışma koşullarının belirlenmesinde önemli yeri bulunan hukuk kaynaklarından. Toplu iş sözleşmeleri, iş sözleşmesinin yapılması, içeriği ve sona ermesi ile ilgili birçok konuyu düzenlemektedirler. Toplu iş sözleşmesinde aksi belirtilmedikçe, iş sözleşmeleri toplu iş sözleşmesine aykırı olamayacak ve iş sözleşmelerinin toplu iş sözleşmesine aykırı aleyhe hükümlerinin yerini, toplu iş sözleşmesindeki hükümler alacaktır. İş sözleşmesinde düzenlenmeyen konularda da toplu iş sözleşmesindeki hükümler uygulanacaktır.

Yargıtay, çalışma koşullarını belirleyen yazılı kaynaklar arasında yukarıdan aşağıya doğru Anayasa, kanunlar, toplu iş sözleşmesi, bireysel iş sözleşmesi, personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar şeklinde bir sıralama yapılabileceğini belirtmektedir. Bu anlamda, çalışma koşullarını yukarıdaki sıraya göre belirleyen kaynaklarda üst sıralarında mutlak emredici olarak düzenlenen bir hususun, işçi lehine olsa da daha alt sıradaki kaynaklarla değiştirilmesi mümkün olmayacaktır¹².

Buna karşılık, üst sıralarında nisbi emredici

7 Yarg. 9. HD. 28.04.2015 t. E. 2014/4238, K. 2015/15421, Yarg. 9.HD. 14.05.2014 t. E. 2012/ 10473, K. 2014/15663, Yarg. 9. HD. 23.12.2008 t. E. 2008/13026, K. 2008/33685, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.
8 Taşkent, Eyrenci, Öner / Taşkent, Savaş/ Ulucan, Devrim/ Baskan, Esra; İş Hukuku, 10. Baskı, İstanbul 2020, s. 20.
9 Taşkent, Eyrenci / Taşkent / Ulucan / Baskan, s. 20.

10 Taşkent, Eyrenci / Taşkent / Ulucan / Baskan, s. 21.
11 Yarg. 9. HD. 02.04.2009 t. E. 2007/41138, K. 2009/9238, Yarg. 9. HD. 10.12.2010 t. E. 2010/22895, K. 2010/37240, Yarg. 9. HD. 13.12.2010 E. 2009/39668 K. 2010/37397, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.
12 Örneğin; 4857 sayılı İş Kanunu'nun 21. maddesinin son fıkrası uyarınca feshin geçersizliğinin tespiti üzerine işverenin bir aylık işe başlatma süresi, işe başlatmama tazminatının alt ve üst sınırı ile boşta geçen sürenin en çok dört ayla sınırlı olduğu yönündeki yasa hükümleri kanunda mutlak emredici olarak belirlenmiş ve işçi lehine de olsa değişiklik yolu kapatılmıştır. Yarg. 9. HD. 23.12.2008 t. E. 2008/13026, K. 2008/33685, Yarg. 9. HD. 02.04.2009 t. E. 2007/41138, K. 2009/9238, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

hükümlerin bulunduğu hallerde ise, çalışma koşullarını belirleyen kaynaklar arasında farklılık olduğu durumlarda, işçinin yararına olan düzenleme ya da uygulama, çalışma koşulu olarak kabul edilebilecektir¹³.

B. İşyeri Uygulamaları Kavramı

Çalışma koşullarının belirlenmesinde uygulamada önem taşıyan diğer bir kaynak da işyeri uygulamalarıdır. Nitekim, işverenler zaman zaman kanuni bir zorunluluk bulunmamasına ve iş sözleşmelerinde de düzenlenmemiş olmasına rağmen işyerinde işçilerin lehine bazı uygulamalar veya bir takım fiili davranışlar gerçekleştirmektedirler. Bu tür fiili uygulamalar ve fiili davranışlar işyeri uygulamaları olarak ifade edilmektedir¹⁴.

Bu tür uygulamalar, toplu iş sözleşmesi veya iş sözleşmesi ile düzenlenmemesine rağmen, işçi ile işveren arasındaki hukuki ilişkileri etkileyici nitelikte işverenin tek taraflı bir yarar sağlaması biçimde ortaya çıkmaktadır¹⁵. İşverence işçilere bu şekilde sağlanan bir yarar, diğer bir ifade ile işyeri uygulaması, doğuşu itibarıyla kendiliğinden bağlayıcı bir etkisi bulunmamakla birlikte, düzenli olarak tekrarlandığında başka unsurların da eklenmesiyle işyerindeki çalışma koşullarının düzenlenmesinde işçiler için genel ve kolektif bir kaynak karakterinde ortaya çıkmakta ve önemli roller oynamaktadır¹⁶. İşverenin işçilere tek yanlı olarak, yılda iki üç kez ikramiye vermesi, bayramlarda ikramiye vermesi veya yılbaşlarında yiyecek yardımı yapması hatta işverenin tarafın-

dan tüm çalışanlara düzenli zam yapılması¹⁷ gibi uygulamalar işyeri uygulamasına örnek olarak verilebilecektir.

Bir uygulamanın işyeri uygulaması ve dolayısı ile çalışma koşulu haline gelebilmesi için, bunun genel nitelikte işyerinde çalışan tüm işçilere ya da bir bölümüne yönelik olması gerekmektedir. Buna karşın bir veya birkaç işçiye ilişkin uygulama işyeri uygulaması olarak kabul edilmeyecektir¹⁸. İşyeri uygulamaları, çalışma koşullarını çalışanlara uygulanacak şekilde genel ve yeknesak olarak belirlerler. İşyerine yeni alınan işçi de emsal işçiye uygulanan işyeri uygulamasına hak kazanır¹⁹. Zira, bu tür uygulamalar işçilerin de örtülü kabulleriyle bağlayıcı nitelikte birer iş sözleşmesi hükmü haline gelmiş olmaktadır²⁰.

Bununla birlikte, işverenin tek taraflı olarak başlatmış olduğu uygulamayı belirli koşulların gerçekleşmesi şartına tabi tutmuş olması da işyeri uygulamasının oluşmasına engel olmayacaktır. Önemli olan yapılan uygulama sonucunda, belirli koşulların gerçekleşmesi halinde, uygulamanın tekrar yapılacağı hususunda işçilerin dürüstlük kuralı gereği beklentilerinin oluşmuş olmasıdır²¹.

Bir uygulamanın, işyeri uygulaması olarak kabul edilebilmesi, çalışma koşullarının kapsamına girebilmesi için işyerinde belirli bir süre tekrarlanması gerekmektedir. İşverenin uygulamayı yaparken bunu ileride tekrarlayıp tekrarlamayacağına düşünmesi önemli olmayıp işçilerin dürüstlük kuralları çerçevesinde bu uygulamanın ileride de yapılacağı kanısına varmaları yeterlidir²². Uygulamanın kaç kez tekrarlanması durumunda işyeri uygulamasına dönüşeceği konusunda, Türk, Alman ve İsviçre hukuklarında uygulamanın genel olmasının yanında, ardı ar-

13 Örneğin; işçiye kanunen %50 zamlı ödeyeceği belirtilen fazla çalışma ücretlerinin %100 zamlı ücret üzerinden ödenmesine dair iş sözleşmesi ya da İK. m.53 de düzenlenen yıllık ücretli izin sürelerinden daha fazlasının işverence işçiye tanınması halleri gibi. Yarg. 9. HD. 23.12.2008 t. E. 2008/13026, K. 2008/33685, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

14 Mollamahmutoğlu s. 69.

15 Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen /Canbolat, Talat /Özkaraca, Ercüment; İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 35. Bası, İstanbul 2022, s. 258, SOYER, Polat; Genel İş Koşulları, s. 41 vd.

16 Çelik/ Caniklioğlu / Canbolat / Özkaraca, s.258; Soyer, Polat; Genel İş Koşulları, s. 41 vd.

17 Yarg. 9. HD. 12.12.2018 t. E. 2018/9640, K. 2018/22991; YHGK. 15.03.2017 t. E. 2016/9-1913, K. 2017/450, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 260.

18 Taşkent, Eyrenci / Taşkent / Ulucan / Baskan, s. 23.

19 Süzek, s. 81.

20 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 258.

21 Süzek, s. 82.

22 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 259; Taşkent, Eyrenci / Taşkent / Ulucan / Baskan, s. 22; Süzek, s. 80.

dına en az üç kez tekrarlanmış olması gerektiği ağırlıklı olarak kabul edilmektedir²³. Doktrinde, bir işyeri uygulamasının oluşması için uygulamanın kaç kez tekrarlanması gerektiği konusunda kesin bir ölçü verilemeyeceği, ancak bunun olayın özelliğine göre uygulamanın işyerinde mutad bir davranış haline geldiğini, gelecekte de yapılacağını, işçilerin dürüstlük kuralına göre çıkarmalarına yetecek bir süre olması gerektiği görüşü de mevcuttur²⁴. Yargıtay, üç yıldan beri yapılan bir uygulamanın işyeri uygulaması haline geldiğini, işçinin bundan sonra hakkın aynı koşullar altında ödenmesi yolunda bir talep hakkı doğduğunu ifade etmektedir²⁵. Bu anlamda, devamlılık gösteren işyeri uygulamalarının çalışma koşullarına dönüştüğü kabul edilerek, işveren böyle bir uygulamanın bağlayıcı olmasını düşünmemiş ve istememiş olsa bile, davranışından böyle bir sonucu kabullenmesi gerektiği dürüstlük kurallarına dayanarak öne sürülebilecektir²⁶.

Bu şekilde işyeri uygulaması haline gelmiş olan bir uygulamadan, işverenin artık tek yanlı olarak dönmesi, uygulamayı tek yanlı olarak bitirmesi mümkün değildir. Ancak buna karşılık, kanımızca da işveren, yapmış olduğu uygulamadan vazgeçme hakkını saklı tutmuş, bu uygulamadan vazgeçebileceğini baştan işçilere duyurmuş ise, bu durumdan işyeri uygulamasına ilişkin gelecek açısından herhangi bir bağlayıcılık söz konusu olmayacaktır²⁷. Bu anlamda işverenin, kendi isteği ile başlatmış olduğu bir uygulamadan vazgeçme

hakkını, iş sözleşmesine koymuş olduğu bir hükümle gayet açık ve tereddüte yer vermeyecek şekilde saklı tutmuş olması halinde, söz konusu uygulamadan bir iptal süresi olmadan her zaman vazgeçebilecektir²⁸. Zira böyle bir durumda, işçilerde dürüstlük kuralları gereği geleceğe yönelik bir beklenti oluşmayacağından, işveren açısından bir bağlayıcılık ortaya çıkmayacaktır²⁹. Bunun gibi, vazgeçme hakkını saklı tutması yönünde açık bir irade beyanı olmasa bile, somut olayın özellikleri değerlendirildiğinde, işverenin davranışları ile vazgeçme hakkını zımnen saklı tuttuğu, iradesinin bağlı olmama yönünde olduğu anlaşılabiliriyorsa, dürüstlük ve güven kuralları gereği işyeri uygulamasının ortaya çıktığı kabul edilemeyecektir³⁰.

Diğer yandan unutulmaması gereken, işverenin Kanun'un aksine bir uygulamaya gitmesinin işyeri uygulaması ve dolayısı ile çalışma koşulu haline dönüşmeyeceğidir³¹. Yani bir başka ifade ile iş ilişkisinde kanunlardaki emredici hükümlerin dışında, işçi aleyhine bir uygulamaya gidilemeyeceği gibi, aksine bir işyeri uygulaması da çalışma koşulu haline gelmeyecektir. Örneğin; tam süreli bir iş sözleşmesi ile çalışan bir işçiye sürekli olarak asgari ücretin altında ücret ödenmiş olması bir çalışma koşulu oluşturmayacaktır³². Yine işverence hata, yanlış sonucu uzun süre yapılmış uygulamaların³³ ya da işverence işçilere bazı konularda gösterilen hoşgörünün de işyeri uygulamasına dönüşmeyeceği ifade edilebilecektir³⁴.

Bunun gibi, kanuna aykırı olmamakla birlikte, işçi yararına olmayan bir değişiklik yapılması, ör-

23 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 259; Taşkent, Eyrenci / Taşkent / Ulucan / Baskan, s. 23; Mollamahmuttoğlu, Hamdi / Astarlı, Muhittin / Baysal, Ulaş, İş Hukuku 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2014, s. 22.

24 Süzek, s. 81-81.

25 Yarg. HGK. 05.02.2003 t. E. 2003/9-11, K. 2003/54; Yarg. 22. HD. 24.06.2019 t. E. 2019/16058, K. 2019/13885, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

26 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 260.

27 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 258; Mollamahmuttoğlu/Astarlı/ Baysal s. 89; Hozar, Nağme N.; İşyeri Uygulamaları ve Koşulları, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 25, Mart 2012, s. 284; Süzek, s. 83; Aksi görüş için bkz. "Vazgeçme koşuluna rağmen, uygulamanın yıllarca devam ettiği bir durumda işçide haklı olarak ödemelerin ya da yardımın yapılacağı yolunda bir beklenti oluşur. Dolayısıyla böyle bir uygulama iş şartı haline gelmiş olur." Taşkent, Eyrenci / Taşkent / Ulucan / Baskan, s. 23.

28 Hozar, s. 292.

29 Süzek, s. 83.

30 Kabakçı, Mahmut; Her Yıl İşverenin Takdirine Bağlı Olarak Değişen Tutarda Ödenen İkramiyenin İş Şartı Niteliği, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 27, Eylül 2012, s. 104-115; Süzek, s. 83.

31 Yarg. 9. HD. 14.05.2014 t. E. 2012/10473, K. 2014/15663, Yarg. 9. HD. 23.12.2008 t. E. 2008/13026, K. 2008/33685, Yarg. 9. HD. 02.04.2009 t. E. 2007/41138, K. 2009/9238, Yarg. 9. HD. 13.12.2010 E. 2009/39668 K. 2010/37397, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

32 Yarg. 9. HD. 14.05.2014 t. E. 2012/10473, K. 2014/15663, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

33 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 261.

34 Süzek, s. 83.

neğin; işyerinde süregelen bir uygulamanın kaldırılması da işçilerin onayı olmaması durumunda işyeri koşuluna dönüşmeyecektir. Doktrinde de işçilerin çalışmaları esnasında bu olumsuz yöndeki uygulama değişikliğine itiraz etmemeleri durumunda dahi, bunun bir işyeri uygulaması haline geldiğinin ve çalışma koşuluna dönüştüğünün kabul edilemeyeceği, işçinin kendisine sağlanan bir yarara son verilmesini serbest iradesi ile onayladığını söylemenin, hayatın olağan akışına uygun düşmeyeceği ifade edilmektedir³⁵.

Yargıtay ise, bu konuda farklı kararlar verebilmektedir. Yargıtay vermiş olduğu bazı kararlarda, değişiklik sonucu işçinin rızası dışında yapılan uygulamanın işyeri uygulaması haline geldiğini kabul etmenin mümkün olmadığını belirtirken³⁶, bazı kararlarında ise, işçinin aleyhine yapılan değişikliğe itiraz etmeyip uzun süre çalışmaya devam etmesinin yapılan olumsuz değişikliği işyeri uygulamasına çevirdiğini ifade etmektedir³⁷.

Kanımızca da, doktrinde de ifade edildiği üzere, ücrete ilişkin hakların (ikramiye vb.) ödenmesi ve eksik ödenmesi halinde, işçinin çalışmaya devam etmesi, işçinin yapılan olumsuz değişikliği kabul ettiği/işyeri uygulamasına dönüştüğü anlamına gelmeyecek; işçi zamanaşımı süresi içinde alacağını her zaman talep edebilecektir³⁸.

Diğer yandan, iş ilişkisi devam ederken işçiden eksik ödenen ücret ve ikramiyeye ilişkin olarak alınacak ibranameler de geçerli olmayacak ve bu anlamda işverence tek taraflı olarak ücretin veya ikramiyenin eksik ödenmesi veya hiç ödenmemesi durumunda, işveren tarafından

iş ilişkisi içinde işçinin ibra suretiyle bu uygulamayı kabul ettiği ve artık bu hakların talep edilemeyeceği ileri sürülemeyecektir³⁹. Bunun gibi, ücret bordrosunun herhangi bir ihtirazı kayıt ileri sürülmeksizin imzalanması da sadece orada yazılan meblağın alındığı anlamına gelecek, işçinin ücrette yapılan indirim kabul ettiği/yeni bir işyeri uygulaması olduğu şeklinde yorumlanamayacak⁴⁰ ve işçinin zamanaşımı süresi içerisinde eksik ödenen ücret veya ücrete ilişkin haklarını talep etmesi bir hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilemeyecektir⁴¹.

Buna karşılık, iş sözleşmesinde asli edimi oluşturan ücrete ilişkin olumsuz değişiklikler dışında, işyeri ve işin niteliğinde yapılan değişikliklerde, işçinin yapılan değişiklik doğrultusunda itiraz etmeksizin uzun süre çalışması halinde, daha sonra değişikliğin bağlayıcı olmadığını ileri sürmesi, olayın kendine özgü nitelikleri göz önünde tutularak hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilebilecektir⁴².

C. Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik Kavramı

Çalışma koşullarında değişiklik yapılması doğrudan doğruya işverenin yönetim hakkının kendisine verdiği bir yetkidir. İşverenin vereceği talimatlarla, Anayasa ve kanunların emredici hükümleri ile toplu ve bireysel iş sözleşmeleri hükümlerine aykırı olmamak üzere, işin yürütümü ve işçilerin işyerindeki davranışlarını düzenleyebilme hakkına yönetim hakkı denir⁴³. Yani bir başka ifade ile, işverenin belirtilen sınırlar içinde işçiyi çalıştırmak üzere talimat vermesine dayanan hakka yönetim hakkı denir⁴⁴. İşverenin yönetim hakkı, işçi ile işveren arasındaki çalışma ilişkisinin karakterinden doğmaktadır⁴⁵. Nitekim,

35 Taşkent, Eyrenci / Taşkent / Ulucan / Baskan, s. 22.

36 Yarg. 9. HD. 02.05.2016 t. E. 2016/13851, K. 2016/11020; Yarg. 9.HD. 16.11.2015 t. E. 2015/21153, K. 2015/32270; YHGK. 27.02.2013 t. E. 2013/9-1166, K. 2013/279; Yarg. 9. HD. 27.09.2005 t. E. 2004/5272, K. 2004/20002, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

37 Yarg. 22. HD. 11.02.2013 t. E. 2013/12745, K. 2013/2608, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

38 Doğan Yenisey Kübra; Çalışma Koşullarında Değişiklik, III. Yılında İş Yasası Türkiye Toprak İşverenleri Sendikası, İstanbul 2005, s. 129-130; Alp, Mustafa; İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2013, İstanbul 2015, s. 222; Süzek, s. 84.

39 Alp, s. 85.

40 Süzek, s. 684.

41 Doğan Yenisey, s. 129 vd.; Süzek, s. 684.

42 Doğan Yenisey, s. 129-130; Alp, s. 222; Süzek, s. 684.

43 Yarg. 9. HD. 16.06.2008 t. E. 2007/41042 K. 2008/5622; Yarg. 9. HD. 23.09.2010 t. E. 2010/26258, K. 2010/25387, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

44 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 262.

45 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 261.

iş sözleşmelerinde genellikle ayrıntılara yer verilmediğinden, bu ayrıntıların ortaya çıkarabileceği boşluk, işverene ait olan yönetim hakkının kullanılmasyla doldurulmaktadır.

İşverenin yönetim hakkı, TBK'nun 399 uncu maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre; işveren, işin görülmesi ve işçilerin işyerindeki davranışlarıyla ilgili genel düzenlemeler yapabilecek ve onlara özel talimat verebilecektir. İşçiler de bunlara dürüstlük kurallarının gerektirdiği ölçüde uymak zorunda olacaklardır.

İşveren için önemli olan işyerinin kârlılığı ve verimliliğidir. İşveren bu amaçlara ulaşmak için her türlü işletmesel kararı almakta serbesttir. İşveren işin yapılma şeklini, zamanını ve içeriğini belirlemeye yönelik olarak, yönetim hakkını, işçi ile arasındaki iş sözleşmesi ya da işyerinde uygulanan toplu iş sözleşmesinde açıkça düzenlenmeyen boşluklarda özgürce kullanabilecektir⁴⁶. Ancak, işverenin, Medeni Kanun'un 2 nci maddesi uyarınca, yönetim yetkisi kapsamındaki bu hakkını kullanırken, keyfi davranmaması ve çalışma koşullarının değiştirilmesi ile ilgili işletmesel kararı alırken dürüst olması gerekmektedir⁴⁷.

İşçi ile işveren arasındaki iş sözleşmesinden doğan iş ilişkisi süresince, işçinin haklarının daha ileriye götürülmesi, iş hukukunun işçi hakları bağlamında sürekli ileriye yönelik gelişimci karakterinin bir sonucudur⁴⁸. Ancak çalışma hayatının zorlukları, işletmelerin karşılaşılabilecekleri riskler ve işletmesel değişiklikler, zaman zaman bu esasın aksine uygulamaları da gündeme getirebilmekte ve iş ilişkisi sürerken işçilerin çalışma koşullarında bazen geriye gidişler yaşanması söz konusu olabilmektedir. Uygulamada bu tür değişiklikler işçinin çalışma koşullarında esaslı de

ğişiklikler olarak ifade edilmektedir⁴⁹.

İşverenin yönetim hakkı kapsamında yapacağı çalışma koşullarındaki değişiklikler, makul bir sebebe dayandıkları veya işçi aleyhine bir durum oluşturmadıkları takdirde, işverenin yönetim hakkının sınırlandırılması gerekmeyecektir⁵⁰. Bu anlamda, işverence çalışma koşullarında yapılan değişiklikler onun yönetim hakkı kapsamında kalıyorsa aleyhe esaslı değişiklik sayılmayacak, işveren yönetim hakkı kapsamında tek taraflı değişiklik yapabilecektir⁵¹. Ancak çalışma koşulları bakımından geriye gidişin işçinin rızası hilafına yapılmaması gerekmektedir⁵². Çalışma koşullarında esaslı değişiklik kavramının ne anlama geldiği İş Kanunu'nda açıklanmamıştır.

Genel olarak, çalışma koşullarında esaslı değişiklik kavramı, uygulamada işçinin parasal haklarına ilişkin olumsuz değişiklikler yapılması, unvan ve iş tanımında değişiklik yapılması, işçinin aynı işverenin başka şehirdeki bir işyerinde çalışmak üzere tayin edilmesi, işyeri merkezinin başka bir şehir veya bölgeye taşınması gibi işçinin günlük iş takviminde aleyhine değişiklikler getiren durumları ifade etmektedir⁵³. Bunun gibi, işverence işçiye hiç iş verilmemesi ya da normale göre daha az iş verilmesi şeklinde de çalışma koşullarının esaslı tarzda değiştirilmesi ortaya çıkabilecektir. Zira, işçinin parça başı ücret usulüne göre çalıştığı durumlarda bu durumun işçi aleyhine olduğu tartışmasızdır. Önemli olan ortaya çıkan durumun işçi aleyhine bir sonuç doğurmuş olmasıdır⁵⁴. Ancak dikkat edilmesi gereken husus değişiklik anlamına gelen davranışın her zaman ücret azalması şeklinde an-

46 Yarg. 9. HD. 02.04.2009 t. E. 2007/41138, K. 2009/9238, Yarg. 9. HD. 23.12.2008 t. E. 2008/13026, K. 2008/33685, Yarg. 9. HD. 23.09.2010 t. E. 2010/26258, K. 2010/25387, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

47 Yarg. 9. HD. 16.06.2008 t. E. 2007/41042 K. 2008/5622; Yarg. 9. HD. 23.09.2010 t. E. 2010/26258, K. 2010/25387, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

48 Mollamahmutoğlu, Hamdi: Toplu İş Sözleşmesi Düzeninde Kazanılmış Hak, Kazanılmış Avantaj Kavramları, Esener'e Armağan, Ankara 2000, s. 563.

49 Yarg. 9. HD. 14.05.2014 t. E.2012/10473, K.2014/15663, Yarg. 7. HD. 15.10.2014 t. E. 2014/11841, K. 2014/18857, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

50 Yarg. 9. HD. 16.06.2008 t. E. 2007/41042 K. 2008/5622; Yarg. 9. HD. 23.09.2010 t. E. 2010/26258, K. 2010/25387, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

51 Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, s. 390; Doğan Yenişey, s. 113, 114; Süzek, s. 675

52 Yarg. 9. HD. 14.05.2014 t. E. 2012/10473, K. 2014/15663, Yarg. 7. HD. 15.10.2014 t. E. 2014/11841, K. 2014/18857, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

53 Tezel, s. 237.

54 Yarg. 9. HD. 14.05.2014 t. E. 2012/10473, K. 2014/15663, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

laşılmaması gereğidir⁵⁵. Zira işçinin ücret ve diğer aynı ve sosyal haklarının değişmemesine rağmen, işçinin kendisini geliştirme imkânının ortadan kaldırılması bile, çalışma koşullarında değişiklik anlamına gelebilecektir⁵⁶.

İşverenin yönetim hakkı kapsamında kalan ve geçerli bir sebebe dayanan değişiklikler ise, çalışma koşullarının esaslı değişikliği olarak nitelendirilemeyecektir⁵⁷. Bu anlamda, işçinin işyerinden kaynaklanan geçerli nedenlerle, sürekli olarak işinin veya işyerinin değiştirilmesi, buna bağlı olarak ücrette değişikliklerin ortaya çıkması şeklinde bir uygulamanın varlığı halinde, kural olarak bu durumlar çalışma koşullarında esaslı değişiklik niteliğinde sayılmayacaktır⁵⁸. Bir başka anlatımla, iş sözleşmesine dahil bir hakkın, esaslı olmaması kaydıyla işverence tek taraflı olarak değiştirilmesi mümkün olacak ve işçi de buna uymakla yükümlü olacaktır.

Bunun gibi, çalışma hayatında bazen ortaya çıkan bazı durumlar zorunlu olarak işçinin çalışma koşullarında bazı değişikliklerin yapılmasını gerektirebilmektedir. Söz konusu bu durumlar çalışma koşullarında esaslı değişiklik yapılması olarak değerlendirilemeyecek ve işçi tarafından da bu yönde itirazda bulunulamayacaktır. Zira bu durumlarda işçinin rızasının dahi aranması söz konusu olmayacaktır. Buradaki ölçü iş güvenliği tedbirlerinin varlığı ve insani dayanma gücü olacaktır⁵⁹.

55 Yarg. 9. HD. 14.12.2009 t. E. 2009/46109, K. 2009/34662, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

56 Yarg. 9. HD. 23.12.2008 t. E. 2008/13026, K. 2008/33685, Yarg. 9. HD. 02.04.2009 t. E. 2007/41138, K. 2009/9238, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

57 Yarg. 9. HD. 18.02.2008 t. E. 2008/4548, K. 2008/414, Yarg. 9. HD. 18.02.2008 t. E.2008/4547, K. 2008/413, Yarg. 9. HD. 18.02.2008 t. E. 2008/4546, K. 2008/412, Yarg. 9. HD. 18.02.2008 t. E. 2008/4544, K. 2008/410, Yarg. 9. HD. 18.02.2008 t. E. 2008/4545, K. 2008/411, Yarg. 9. HD. 16.06.2008 t. E. 2007/41042 K. 2008/5622, Yarg. 9. HD. 23.09.2010 t. E. 2010/26258, K. 2010/25387, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

58 Yarg. 9.HD. 14.05.2014 t. E. 2012/10473, K. 2014/15663, Yarg. 7. HD. 15.10.2014 t. E. 2014/11841, K. 2014/18857, Yarg. 9. HD. 02.04.2009 t. E. 2007/41138, K. 2009/9238, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

59 Yarg. 9. HD. 23.12.2008 t. E. 2008/13026, K. 2008/33685, Yarg. 9. HD. 11.7.2008 t. E. 2007/ 23953, K. 2008/ 19878, Yarg. 9. HD. 27.10.2005 t. E. 2005/5396, K. 2005/34825, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

Nitekim 4857 sayılı İş Kanunu'nda da belirtildiği gibi, acil ve arızî durumlarda işçinin görev tanımının dışında çalıştırılması ve işçiye fazla çalışma yaptırılması olanaklıdır. İşverenin yönetim hakkının bu tür olağanüstü durumlarda daha geniş biçimde değerlendirilmesi gerekmektedir. Örneğin; işyerinde yangın, sel baskını veya deprem gibi doğal afetler sebebiyle önleyici tedbirlerin alınması sırasında, işçinin işverenin göstereceği her türlü işi, iş güvenliği tedbirleri ve insanın dayanma gücü dahilinde yerine getirmesi beklenecektir.

Diğer yandan, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 42 nci maddesi çerçevesinde zorunlu nedenlerle fazla çalışma yapılması, işçinin kabulüne bağlı tutulmamıştır ve kanuni sınırlar gözetilerek işverence verilecek talimatlara işçinin uyması gerekmektedir. İK'nun 42 nci maddesinde düzenlenen zorunlu nedenlerle fazla çalışma halinin, işçinin kabulüne bağlı olmaması, işverenin yaptığı zorunlu değişikliklerin çalışma koşullarının değiştirilmesi olarak kabul edilemeyeceği ve işçinin bunlara uymak zorunda olacağı görüşünü desteklemektedir⁶⁰. İşte bu gibi, işverenin yönetim hakkı kapsamında kalan ya da geçerli nedene dayanan değişiklikler, çalışma koşullarında esaslı değişiklik olarak nitelendirilemeyecektir⁶¹.

Buna göre; çalışma koşullarında yapılan esaslı olmayan değişiklikten, önemsiz değişiklikler⁶² ve dürüstlük kuralları ve makul anlayış ölçülerine göre reddi doğru/haklı olmayacak değişiklikler anlaşılacak ve bu değişiklikler işverenin yetkileri içinde sayılacaktır⁶³. Buna karşılık çalışma koşullarında yapılan esaslı değişiklikten ise, çalışma koşullarında yapılmak istenen işçide maddi veya manevi bir kayba yol açabilecek, geçici olmayan değişiklikler

60 Yarg. 9. HD. 23.12.2008 t. E. 2008/13026, K. 2008/33685, Yarg. 9. HD. 11.7.2008 t. E. 2007/ 23953, K. 2008/ 19878 K Yarg. 9. HD. 27.10.2005 t. E. 2005/5396, K. 2005/34825, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

61 Yarg. 7. HD. 15.10.2014 t. E. 2014/11841, K. 2014/18857, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

62 Taşkent, s. 125; Alp, s. 113, Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 588.

63 Güzel, Ali; "Yetki" ve "Sözleşme", Prof. Dr. Fevzi Demir'e Armağan, Legal İş Hukuku Dergisi, Özel Sayı, İstanbul 2016, s. 174.

anlaşılacaktır⁶⁴. Yine işçinin çalışma koşullarında esaslı tarzda değişiklik olup olmadığı değerlendirilirken, işçinin çalışma koşullarının ağırlaşmış ağırlaşmadığı da dikkate alınmalı, ağırlaşma söz konusu ise esaslı değişiklikten söz edilmelidir⁶⁵. Ancak her olayın kendi özellikleri dikkate alınarak, çalışma koşullarını ağırlaştıran bir yönü olup olmadığı denetlenmelidir⁶⁶.

Buna karşılık, işçinin lehine yapılan bir değişikliğin söz konusu olması veya işçinin durumunu ağırlaştırdığı düşünülecek bir değişikliğin, somut olayda işçiye sağlanan bazı karşılıklar ve ikame değerler ile işçinin zararına olduğu düşünülen durumu dengelendiğinin anlaşılması hallerinde ise, değişikliğin esaslı olmadığı ifade edilebilecektir⁶⁷. Yine bunun gibi, bir edimin işverence sağlanmasına neden olan ihtiyacın objektif bir değerlendirme sonucu ortadan kalktığı anlaşılıyorsa, bu yönde bir değişiklik de esaslı değişiklik olarak değerlendirilemeyecektir.

II. Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik Yapılabilmesinin Koşulları ve Bu Kapsamda İkramiye, Yemek/Servis Maliyetlerinin Ücrete Eklenmesi Uygulamaları

A. Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik Yapılabilmesinin Koşulları

İK. m. 22 uyarınca çalışma koşullarında esaslı değişiklik yapabilmek için, işverence değişiklik

teklifinin yazılı olarak yapılması, işçinin de bu teklife yazılı olarak onay vermesi gerekmektedir. İşçi tarafından altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiyi bağlamayacaktır. Bu düzenleme, çalışma koşullarındaki değişikliğin normatif dayanağını oluşturmaktadır⁶⁸. Buna göre; çalışma koşullarında esaslı bir değişiklik ancak işçinin kabulü ile yapılabilecektir. Bu anlamda, esaslı değişiklik önerisi karşısında işçinin suskunluğu bir zımni kabul olarak nitelendirilmeyecek, aksine altı iş günlük süre içerisinde işçinin suskun kalması önerinin reddi anlamını taşıyacaktır⁶⁹.

Aynı şekilde, iş sözleşmesinin eki niteliğinde sayılacak personel yönetmeliği veya işyeri iç yönetmeliğinde yapılacak değişikliklerin de işçiyi bağlaması için, yapılan değişikliğin işçiye İK. m. 22 kapsamında bildirilmesi gerekecektir⁷⁰. İş Kanunu'nun 22 nci maddesinin ikinci fıkrasında ise, çalışma koşullarının, tarafların karşılıklı uzlaşmaları ile değiştirilmesinin her zaman mümkün olduğu kurala bağlanmıştır.

22 nci maddede belirlenen usule göre; çalışma koşullarında yapılacak esaslı bir değişiklik ancak durumun işçiye yazılı olarak bildirilmesi ve işçinin bunu kabulü ile gerçekleştirilebileceğinden ve burada işçiye bildirimden söz edildiğinden, işverence yapılacak değişiklik önerisinin işçileri ilan gibi genel bir duyuru biçiminde değil her bir işçiye ayrı ayrı yapılması gerekecektir⁷¹.

64 Çelebi, Demir Duygu; İşçinin İşyeri Değişikliğine Sonradan İtirazı, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 44, s. 175

65 Yarg. 22. HD.13.11.2019 t. E. 2016/22397, K. 2019/20993, Çalışma ve Toplum, 2020/3, <https://calismatoplum.org/yargitay-karari/iscinin-is-kosullarinin-esasli-bir-sekilde-degistirilmesi>

66 Yarg. 9. HD. 14.05.2014 t. E. 2012/10473, K. 2014/15663, Yarg. 9.HD. 11.07.2008 t. E. 2007/23953, K. 2008/ 19878, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

67 Alp, s. 676, Süzek, s. 676.

68 Yarg. 9. HD. 14.05.2014 t. E. 2012/10473, K. 2014/15663, Yarg. 7. HD. 15.10.2014 t. E. 2014/11841, K. 2014/18857, Yarg. 7. HD. 01.10.2014 t. E. 2014/8897, K. 2014/18579, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

69 Süzek, s. 683, Ayrıca bkz. Yarg. 9. HD. 25.05.2016 t. E. 2016/15322, K. 2016/12389; Yarg. 22.HD. 16.04.2015 t. E. 2015/2457, K. 2015/13903, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

70 Yarg. 9. HD. 23.12.2008 t. E. 2008/13026, K. 2008/33685, Yarg. 9. HD. 02.04.2009 t. E. 2007/41138, K. 2009/9238, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

71 Çelik/Caniklioğlu/Canbolat/Özkaraca, s. 592; ALP, Mustafa; İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, Ankara 2005, s. 68; Doğan Yenisey, s. 127; Süzek, s. 682; Güzel, Ali; "İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi", I. Oturum, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri, Galatasaray Üniversitesi 28-29 Mayıs 2004, 2004 yılı Toplantısı, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul 2004, s. 120; Uzun, Bekir, Çalışma Koşul-

İşçi çalışma koşullarında yapılmak istenen değişiklikliğin usulüne uygun biçimde yazılı olarak ve süresi içinde kabul ettiğinde, değişiklik sözleşmesi kurulmuş olacaktır. Ancak işçinin değişiklikliğin kabulü, sadece bu işlem yönünden geçerli olacak, bir kez verilmiş olan değişiklik kabulü, daha sonraki dönemlerde başka değişiklikler için kullanılamayacaktır⁷².

İşçinin değişiklikliğin kabul yazısının işverene ulaşma anına kadar bu kabulden vazgeçmesi de mümkün olacaktır⁷³. İşçi bu değişiklikliğin altı işgünü içinde yazılı olarak kabul ederse çalışma koşulu işçi aleyhine de olsa değişmiş olacaktır. Ancak, çalışma koşullarını belirleyen kaynaklarda bu koşulların emredici olarak düzenlenmiş olduğu halde ise, işçi aleyhine olarak değişikliğe gidilmesi işçinin rızası ile dahi mümkün olmayacaktır⁷⁴.

Yargıtay yazılı kabul olmasa bile, işçinin değişiklikliğin kuşkuyla yer vermeyecek biçimde kabul anlamına gelen davranışlar içine girmesi halini, söz konusu 22 nci maddenin 2 nci fıkrası anlamında çalışma koşullarında anlaşma yoluyla değişiklik yapılması olarak değerlendirmektedir⁷⁵. İşyerinde müdür unvanını taşıyan bir işçinin daha alt bir göreve verilmesi ve işçinin bu yeni görevini benimseyerek çalışması durumu buna örnek olarak verilebilecektir⁷⁶.

Değişiklik teklifi işçi tarafından 6 işgünü içerisinde kabul edilmez ise, değişiklik işçiyi bağlamayacak, işveren ise, değişikliğin geçerli bir sebebe dayandığını veya fesih için başka bir geçerli sebebin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve

bildirim süresine uymak suretiyle iş sözleşmesini feshedebilecektir⁷⁷. Altı iş günlük süre, nisbi emredici nitelikte bir kural olduğundan sözleşmelerle uzatılabilecek ancak kısaltılamayacaktır⁷⁸. Buna karşın, iş ilişkisi devam ederken, işçi, işverenin yönetim hakkı kapsamında yaptığı çalışma koşulu değişiklikliğine ilişkin olarak işverene dava açamayacaktır⁷⁹. İşçi çalışma koşullarında esaslı değişiklikliğin kabul etmez ve işyerinde çalışmaya devam ederse, değişiklik gerçekleşmemiş ve sözleşme eski şartlarla devam ediyor olacaktır.

Bu durumda işveren, değişiklik teklifinden vazgeçerek sözleşmenin eski şartlarda devamını kabul edebilecek ya da çalışma koşullarında değişikliğin geçerli bir sebebe dayandığını veya fesih için başka bir sebebin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak koşulu ile sözleşmeyi feshedebilecektir⁸⁰. Bu durum değişiklikliğin feshi olarak ifade edilmektedir.

Görüldüğü üzere, kanundaki düzenlemede sözleşmenin feshi değil, iş ilişkisinin değiştirilen koşullarla devamı amaçlanmaktadır. Bir başka deyişle, işveren, başlangıçta kararlaştırılmış iş koşullarında değişiklik yaparak, işyerindeki olumsuz koşullara personelin uyumunu sağlamayı amaçlamaktadır. İşçinin kendisine önerilen değişiklikliğin kabul etmemesi halinde ise, işverenin iş sözleş-

larında Değişiklik ve İş Sözleşmesinin Feshi, Sicil, Y. 1, S. 2, Haziran 06, s. 56.

72 Yarg. 9. HD. 28.04.2015 t. E. 2014/4238, K.2 015/15421, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

73 Yarg. 7. HD. 15.10.2014 t. E. 2014/11841, K. 2014/18857, Yarg. 7.HD. 01.10.2014 t. E. 2014/8897, K. 2014/18579 Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

74 Yarg. 9. HD. 02.04.2009 t. E. 2007/41138, K. 2009/9238, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

75 Yarg. 9. HD. 23.12.2008 t. E. 2008/13026, K. 2008/33685, Yarg. 9. HD. 02.04.2009 t. E. 2007/41138, K. 2009/9238, Yarg. 9. HD. 13.12.2010 E. 2009/39668 K. 2010/37397, Yarg. 9. HD. 23.09.2010 t. E. 2010/26258, K. 2010/25387, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

76 Yarg. 9. HD. 14.05.2014 t. E. 2012/10473, K. 2014/15663, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

77 "4857 sayılı İş Kanununun 22 nci maddesinde çalışma koşullarında esaslı değişiklik sebebiyle işçinin iş sözleşmesini haklı olarak feshedebileceği öngörülmemiştir. Bununla birlikte çalışma koşullarının değiştirilmesi, aynı zamanda çalışma koşullarının uygulanmaması anlamına geldiğinden, söz konusu bu durumun Kanunun m. 24/II-f bendi uyarınca işçiye bildirimsiz fesih hakkı da verdiği söylenebilecektir. Bu durumda işçinin ihbar tazminatı talep hakkı doğmazsa da, kıdem tazminatı ödenmelidir. Bununla birlikte, çalışma koşullarında esaslı değişiklikliğin kabul etmeyen işçinin iş sözleşmesinin işverence feshi halinde, ihbar ve kıdem tazminatlarını talep hakkı doğacaktır." Yarg. 9. HD. 23.12.2008 t. E. 2008/13026, K. 2008/33685, Yarg. 9. HD. 02.04.2009 t. E. 2007/41138, K. 2009/9238, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

78 Süzek, s. 683.

79 Yarg. 9. HD. 17.12.2010 t. E. 2009/41738 K. 2010/38576; Yarg. 9. HD. 05.07.2010 t. E. 2010/26625 K. 2010/21829, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

80 Yarg. 9. HD. 04.12.2006 t. E. 2006/23970, K. 2006/31976, Yarg. 9. HD. 23.12.2008 t. E. 2008/13026, K. 2008/33685, Yarg. 9. HD. 02.04.2009 t. E. 2007/41138, K. 2009/9238, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

mesini feshetmesi ikinci aşama olarak karşımıza çıkmaktadır.

Yargıtay 6 iş günlük sürenin geçirilmesinden sonra, işçinin değişiklik önerisini kabul etmesini, işverene işçi tarafından yöneltilen yeni icap olarak kabul etmektedir⁸¹. İşveren iş sözleşmesini ancak altı iş günlük sürenin geçmesinden sonra feshedebilecektir. İşçinin altı işgünü geçmesinden sonra yaptığı kabul beyanı üzerine işverenin iş sözleşmesini feshi, kendisine yöneltilen yeni icap beyanının örtülü olarak reddi anlamına gelecektir⁸². Bununla birlikte, işverence yapılan değişikliğin işçi yararına olduğunun açıkça görüldüğü durumlarda, işçinin yapılan bu değişikliğe uygun olarak, çalışmayı kabul etmemesi ve işyerine gitmemesi işverene fesih imkânı vermektedir⁸³.

Diğer yandan, uygulamada işverenlerin iş sözleşmelerine İK. m. 22'deki prosedüre uymaksızın çalışma koşullarında esaslı değişiklik yapma hakkını kendilerine tanıyan maddeler koymalarına sıkça rastlanmaktadır. İş sözleşmelerine işverene tek taraflı olarak değişiklik yapma hakkı veren maddeler konulması, işverenin yönetim hakkının genişletilmesi olarak ifade edilebilmektedir⁸⁴. Ancak tüm hakların ve bu kapsamda yönetim hakkının kullanılmasında uyulması gerekli olan hakkın kötüye kullanılması yasağına, yönetim hakkının genişletilmesi durumunda da uyulması gerektiğine şüphe yoktur⁸⁵. Bu tür düzenlemeler-

le, işveren, genişletilmiş yönetim hakkını kötüye kullanmamak ve iş sözleşmedeki sınırlara uymak koşulu ile işçinin çalışma koşullarında değişiklik yapma hakkını sürekli olarak kazanmış olmaktadır. Burada kötü niyetin varlığı, işverenin, genişletilmiş yönetim hakkının temelini teşkil eden tek taraflı değişiklik yapma hakkını içeren sözleşme hükmünü, iş sözleşmesinin işçi tarafından feshedilmesini sağlamak amacıyla uygulamaya kalkması şeklinde kendini gösterecektir⁸⁶.

İş sözleşmelerinde işverene tek taraflı olarak değişiklik yapma hakkı veren hükümlerin bulunması durumlarında, işverenin bu düzenlemelere dayanarak çalışma koşullarında yapabileceği değişikliklerin sınırları uygulamada büyük önem taşımaktadır. Zira, iş sözleşmelerinde yer alan bu hükümlerden kaynaklanan uyuşmazlıklara uygulamada çok sık rastlanmaktadır.

B. İkramiye, Yemek/Servis Maliyetlerinin Ücrete Eklennesi Uygulamaları

İşveren için önemli olanın, işyerinin karlılığı ve verimliliğini artırmak olması sebebi ile işveren, bu amaçlarına ulaşabilmek için yönetim hakkı kapsamında her türlü işletmesel kararı almakta serbesttir. Buna göre; işveren işin nerede, ne zaman, nasıl, hangi sırayla yapılacağını, işçi tarafından işin daha verimli yapılabilmesi için işçiye sağlayacağı imkanları belirlemeye yönelik olarak, yönetim hakkını, TBK, İK ile ilgili mevzuat, işçi ile arasındaki iş sözleşmesi ya da işyerinde uygulanı toplu iş sözleşmesinde açıkça düzenlenme-

ve dürüstlük kuralına uygun kullanılması gereğine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Süzek, s. 681; Doğan Yenisey, s. 124; Doğan Yenisey, Kübra; İşverene Hizmet Akdinde Tek Taraflı Değişiklik Yapma Yetkisi Veren Sözleşme Hükümlerinin Denetimi, Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan, İstanbul 2001, C. II, s. 1175-1198 (Sözleşme Hükümlerinin Denetimi); Yıldız, Gaye Burcu; İş Hukukunda Sözleşmesel Kayıtlar, Ankara 2014, s. 137.

81 Yarg. 9.HD. 14.05.2014 t. E. 2012/10473, K. 2014/15663, Yarg. 9. HD. 23.12.2008 t. E. 2008/13026, K. 2008/ 33685, Yarg. 9. HD. 02.04.2009 t. E. 2007/41138, K. 2009/9238, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

82 Yarg. 9. HD. 14.05.2014 t. E. 2012/10473, K. 2014/15663, Yarg. 7. HD. 15.10.2014 t. E. 2014/11841, K. 2014/ 18857, Yarg. 7.HD. 01.10.2014 t. E. 2014/8897, K. 2014/18579, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

83 Yarg. 9. HD. 26.10.2004 t. E. 2004/20987, K. 2004/24191, Yarg. 9. HD. 26.10.2004 t. E. 2004/20985, K. 2004/ 24189, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

84 Yarg. 9. HD. 28.04.2015 t. E. 2014/4238, K. 2015/15421, Yarg. 7. HD. 15.10.2014 t. E. 2014/11841, K. 2014/ 18857, Yarg. 9. HD. 23.09.2010 t. E. 2010/26258, K. 2010/25387, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

85 Kimi işçilerle ayrı ayrı yapılacak çalışma koşulları içeren iş sözleşmelerine değişiklik kayıtlarının konulmasına bir engel olmadığı ancak iş sözleşmelerinde yer alabilecek işverenin değişiklik yapma olanağının objektif iyiniyet

86 Yarg. 9. HD. 23.12.2008 t. E. 2008/13026, K. 2008/33685, Yarg. 9. HD. 06.02.2006 t. E. 2006/835, K. 2006/ 2400, Yarg. 9. HD. 02.04.2009 t. E. 2007/41138, K. 2009/9238, Yarg. 9. HD. 23.09.2010 t. E. 2010/26258, K. 2010/25387, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

yen boşluklarda özgürce kullanabilecektir⁸⁷.

İşçinin işini yaparken daha mutlu ve dolayısı ile bunun sonucunda da yapmakta olduğu işte daha verimli olmaları amacıyla, uygulamada işverenler tarafından işçilere sağlanan imkânlardan en önemlileri işverenin işçiye işyerinde yemek vermesi ve işçinin işe geliş gidişini kolaylaştırmak için servis sağlamasıdır. Yine aynı amaçla işçilerin ücretlerine bir katkı sağlanması amacıyla işverenlerce işçilere ücret eki niteliğinde belirli peridolarla ikramiye ödenmesine de sıkça rastlanmaktadır.

İşverenin işçilerine sağlayabileceği yemek ve servis imkanına ilişkin bir düzenleme iş hukuku mevzuatında yer almamakta olup, işverenin bu yönde bir yükümlülüğü de bulunmamaktadır. İşverenin iş sözleşmesinde veya toplu iş sözleşmesinde yer almaması durumunda, yine ödemekle yükümlü olmadığı ikramiye ile ilgili düzenleme ise TBK'da yer almaktadır. TBK'nın "ikramiye" başlıklı 405 inci maddesinin birinci fıkrası uyarınca, işveren, bayram, yılbaşı ve doğum günü gibi belirli günler dolayısıyla işçilerine özel ikramiye verebilecek, ancak işçilerin ikramiyeyi isteme hakları, bu konuda anlaşmanın veya çalışma şartının ya da işverenin tek taraflı taahhüdünün varlığı hâlinde doğacaktır.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 32 nci maddesinin ilk fıkrasında, genel anlamda ücret, bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutar olarak tanımlanmıştır. Kanun'da, ücretin ekleri düzenlenmemiş olsa da 5754 sayılı Kanun'la değişik 32 nci maddede ücret, prim, ikramiye ve bu nitelikteki her türlü ödemelerin banka hesabına yatırılması öngörülmüş olmakla, ikramiye ücretin eki olarak İş Kanunu'nda da ifadesini bulmuştur⁸⁸.

Bu anlamda, işçinin işyerine olan katkıları se-

bebiyle işverenin memnuniyetini ifade etmek üzere bir defada veya dönemsel olarak belli zaman dilimlerinde ya da işçiyi ilgilendiren doğum, ölüm, evlenme gibi nedenlere bağlı olarak yapılan ücretin eki niteliğindeki ödemeler ikramiye olarak adlandırılabilir. İkramiye, işçinin işi yapmasından işverenin duyduğu memnuniyeti ve işçi işveren bağlılığını gösteren bir anlam taşımasının yanında, işçiyi daha iyi çalışmaya teşvik edici bir rol de oynamaktadır⁸⁹. İşçinin başarısına bağlı olarak ödenen primden farklı olarak ikramiye genel bir nitelik taşır ve uygulamadan işyerinde çalışan tüm işçiler yararlanır. Başka bir anlatımla, işveren tarafından ayrımı haklı kılan geçerli nedenler olmadığı sürece, ikramiye uygulaması yönünden eşit davranma borcuna uygun davranmalıdır⁹⁰.

İkramiye, özel sektörde bireysel ya da toplu iş sözleşmeleri ile kararlaştırılabileceği gibi⁹¹, iş ya da toplu iş sözleşmesinde kararlaştırılmamış olsa da işverence tek taraflı olarak işçiye ödenebilecektir. Böyle bir durumda başlangıçta bir yükümlülüğü olmamasına rağmen işverence düzenli şekilde yapılan ikramiye ödemesi yukarıda da ifade edildiği üzere üç kez uygulandıktan sonra

89 İkramiyenin bir ek ücret olduğuna ilişkin bkz. Yarg. 9.HD. 22.12.2003 t. E. 2003/10497, K. 2003/23425, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

90 Yarg. 22. HD. 23.09.2013 t. E. 2013/25703, K. 2013/19451; Yarg. 9. HD. 30.03.2011 t. E. 2009/9793, K. 2011/ 9481, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

91 Kamu kesiminde çalışan işçilere ikramiye hakkı, özel kesimde çalışan işçilerden farklı olarak Kanun'la tanınmıştır. Buna göre; 6772 sayılı Devlet ve Ona Bağlı Müesseselerde Çalışan İşçilere İlavete Tediye Yapılması ve 6452 sayılı Kanunla 6212 sayılı Kanunun 2 nci Maddesinin Kaldırılması Hakkında Kanun'un 1 inci maddesi uyarınca, Kanun'da belirtilen kamu kurumlarında çalışan işçilere ücret sistemleri ne olursa olsun her yıl için birer aylık ücret tutarında ilave tediye ücreti ödenecektir. Bu işçilerden maden işletmelerinin münhasıran yeraltı işlerinde çalışanlarına bu bir aylık ödeme dışında, bu işlerde çalışmaları müddetle müteneşip olarak her yıl için ayrıca birer aylık istihkakları tutarında bir ilave tediye daha yapılacaktır (m. 1). Bunun dışında sözü edilen kamu kurumlarında çalışan işçiler ile maden işletmelerinin münhasıran yeraltı işlerinde çalışan işçilere, yukarıda sözü edilen ikramiye ödemelerinden ayrı olarak, her yıl için bir aylık istihkakları tutarını geçmemek üzere Cumhurbaşkanınca bir ikramiyenin daha ödenmesi kararlaştırılabilecektir (m. 3).

87 Yarg. 9. HD. 02.04.2009 t. E. 2007/41138, K. 2009/9238, Yarg. 9. HD. 23.12.2008 t. E. 2008/13026, K. 2008/ 33685, Yarg. 9. HD. 23.09.2010 t. E. 2010/26258, K. 2010/25387, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

88 Yarg. 22. HD. 23.09.2013 t. E. 2013/25703, K. 2013/19451; Yarg. 9. HD. 30.03.2011 t. E.2009/9793, K.2011/ 9481, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

bir işyeri uygulaması haline gelerek çalışma koşulları arasında yerini alacaktır. Böyle bir durumda da ikramiyelerin tek taraflı olarak işverence ortadan kaldırılması ya da azaltılması mümkün olmayacak ve ikramiyeler yönünden işçi aleyhine çalışma koşullarında esaslı değişiklik sayılacak bu durum, ancak 4857 sayılı İş Kanunu'nun 22 nci maddesi kapsamında gerçekleştirilmek zorunda olacaktır⁹². Bir başka ifade ile, işverence tek taraflı olarak verilen ikramiyeler de arka arka ya düzenli ödenmeleri halinde işyeri uygulaması haline dönüşecek ve bunun sonucu olarak da işçi için kazanılmış hak niteliğine bürünecektir⁹³.

İş ya da toplu iş sözleşmesinde kararlaştırılmamış olsa da işverenin işçilerine sağlayabileceği yemek ve servis imkânı da aynen işverence tek taraflı olarak işyerinde düzenli bir uygulamaya dönüştürüldü ise, işyeri uygulaması haline gelerek çalışma koşulları arasında yer alacaktır.

Böyle bir durumda, işverenin ödemekte olduğu ikramiye veya işçilere sağlamış olduğu yemek ve servis uygulamalarına son vermek istemesi durumunda, çalışma koşullarında esaslı değişiklik yapılabilmesine ilişkin İK m.22'deki prosedüre uymaması ya da işçinin değişiklik önerisini reddetmesine rağmen ikramiye ödemesini yapmaması, yemek ve servis hizmetini durdurması durumunda işçi;

- İş sözleşmesi devam ederken dahi işverenden ödenmeyen ya da eksik ödenen ikramiye tutarını İK m.34/1 uyarınca mevduata uygulanan en yüksek faizle birlikte ödenmesini talep edebilecek;

- Yine İK m. 34/1 uyarınca ödeme gününden itibaren yirmi gün içinde mücbir bir neden dışın-

da ödenmeme durumunda, iş görme borcunu yerine getirmekten kaçınabilecek ya da

- İK m. 24/II-e uyarınca, işveren tarafından işçinin ücretinin kanun hükümleri veya sözleşme şartlarına uygun olarak hesaplanıp ödenmemesi haklı sebebine dayanarak iş sözleşmesini bildirim süresiz olarak feshedebilecektir.

Yukarıda da ifade edildiği üzere, işçinin işverence tek taraflı olarak, ikramiyenin kaldırılması ya da tutarının azaltılması biçiminde yapılan değişikliğe karşı çıkmamış olması ve suskun kalması bu değişikliği kabul etmiş anlamına gelmeyecek, aynı şekilde bordroların ihtirazi kayıtsız imzalanması ya da ücret düşüklüğü gerekçesiyle fesih yoluna gidilmemesi de işçi aleyhine yorumlanamayacaktır⁹⁴.

Yemek ve servis uygulamasının kaldırılması gibi durumlarda ise, yani işverenin yeni uygulamayı işçiye dayatması, İK m.22/1'deki usule uymaksızın yemek ve servis uygulamasını kaldırması halinde, işçinin mahkemeye başvurarak yargı kararı ile işverenin yapmış olduğu bu esaslı değişikliği iptal ettirmesi ve esaslı değişikliği ortadan kaldırarak yemek ve servis uygulamasını tekrar başlatmasını sağlaması mümkün değildir⁹⁵. İşçi böyle bir durumda, işveren bu uygulamaları yaparken İK m. 22/1'deki usule uymadığı takdirde,

- Servis ve yemek uygulamalarının parasal karşılığını talep edebilecek ya da

- İK m. 24/II-f uyarınca, işveren tarafından ... çalışma şartlarının uygulanmaması haklı sebebine dayanarak iş sözleşmesini bildirim süresiz olarak feshedebilecektir.

Yine işçinin işverenin bu yöndeki uygulamasına karşı çıkmamış olması ve suskun kalması bu değişikliği kabul etmiş anlamına gelmeyecek, işçi işverenden zamanaşımı süresi içerisinde servis ve yemek uygulamalarının parasal karşılığını talep edebilecektir.

92 Yarg. 9. HD. 30.03.2011 t. E. 2009/9793, K. 2011/9481; Yarg. 9. HD. 22.01.2009 t. E. 2007/ 34717, K. 2009/ 638, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası

93 "Alman ve İsviçre hukuklarında kabul edildiği gibi, arka arkaya üç defa verilen ikramiye veya primler artık "işyeri uygulaması" haline gelir. Bu nedenle, iş sözleşmesinin bir hükmü (iş koşulu) haline gelen bu uygulamadan işveren tek taraflı dönemez. Bu uygulama, işçi için artık "kazanılmış (müktesep) hak" haline gelmiştir. Yeter ki işveren böyle bir uygulamayı (ödemeyi) herhangi bir koşula bağlamamış olsun." Demir, s. 142.

94 Yarg. 9. HD. 02.04.2014 t. E. 2012/6260, K. 2014/11165, Çalışma Toplum, 2015/2, s. 317-318.

95 Süzek, s. 686; YHGK. 22.02.2017 t. E. 2017/9-1792, K. 2017/306, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

Diğer yandan, uygulamada sıklıkla karşılaşılan diğer durumlar ise; işverenlerce işçilere ödenen ikramiyelerin, çeşitli sebeplerle ücretlere eklenerek sayılarının azaltılması veya kaldırılması ya da aynı şekilde yemek ve servis uygulamalarının kaldırılıp, bunun karşılığında bunlara ilişkin parasal tutarın ücretlere eklenmesi durumlarıdır.

İşverenlerce bu tür uygulamalara gidilmesinin gerekçeleri olarak; işçilerin ekonomik şartlarının iyileştirilebilmesi ve enflasyon karşısında korunabilmeleri amacıyla, ekonomik koşullar sebebi ile çalışanlara yıl ortasında enflasyon zammı yapılmasının bütçe sınırı nedeniyle mümkün olmadığı hallerde, işçilerin saat ücretlerinin artırılmasının sağlanması gösterilmektedir. Buna göre; bu şekildeki bir uygulama ile hem normal çalışma hem de fazla çalışma ve saatlik ücrete göre ödenen yan ödemelerde artışa gidilebilmesi ve bu suretle çalışanların aylık ücretlerinde artışa gidilebilmesi imkanının sağlandığı ifade edilmektedir. İşverenlerce, bu tür uygulamalarla, işçilerin fazla çalışma, hafta tatili, ulusal bayram ve genel tatil günü çalışmaları ücretleri aslen saat ücretinin katları ile hesaplandığından, aslında işçilere bu tür uygulamalarla ikramiyelerin de üzerinde bir ücretin ödenmiş olduğu, işçilerin aylık ücretlerinde ya da yıllık gelirlerinde kesinlikle bir düşüş olmadığı, aksine işçiler saatlik ücret esasına göre çalıştıklarından, saatlik ücretlerinin artmasıyla fazla çalışma, yıllık izin ücreti ve kıdeme bağlı hak edişlerinde artış olduğu savunulmaktadır.

Bu durumda, işyerinde işyeri uygulaması ile oluşmuş olan işçilere belli sayıda ödenmekte olan ikramiyenin sayısının, eksiltelen ikramiye miktarının ücretlere eklenmesi suretiyle düşürülmesinin ya da yemek ve servis uygulamasına son verilerek bunlara ilişkin parasal karşılığın ücretlere eklenmesinin İK'nun 22 nci maddesinde sözü edilen "çalışma koşullarında esaslı bir değişiklik" olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususu önem taşımaktadır.

Yukarıda da ifade edildiği üzere, çalışma koşulları bakımından geriye gidişlerin/kayıpların

işçinin rızası hilafına yapılmaması gerekmektedir⁹⁶. Nitekim 4857 sayılı İş Kanunu'nun 22 nci maddesinin ikinci fıkrasında, çalışma koşullarının esaslı tarzda değiştirilmesinin, ancak tarafların karşılıklı uzlaşmaları ile mümkün olduğunu belirtilmiştir. Buna göre; 4857 sayılı İK döneminde, ikramiye ödemelerinin tek taraflı olarak işverence kaldırılması veya azaltılmasının ya da işçiye sağlanan yemek ve servis hizmetlerine son verilmesinin mümkün olmayacağı açık ve net bir şekilde ifade edilebilecektir. Buna göre; ikramiye ödemelerine ya da yemek ve servis hizmetlerine ilişkin olarak işçi aleyhine yapılacak bir değişiklik ancak 4857 sayılı İK'nun 22 nci maddesi kapsamında gerçekleştirilebilecektir⁹⁷.

Buna karşılık, çalışma koşullarındaki değişiklikler, makul bir sebebe dayandıkları veya çalışma koşullarında esaslı değişiklik oluşturmadıkları, yani bir başka ifade ile işçi aleyhine bir durum oluşturmadıkları takdirde ise, işverenin yönetim hakkının sınırlandırılması gerekmeyecektir⁹⁸. Bu anlamda, işçinin kabulüne bağlı olan değişiklik ile işverenin yönetim hakkı arasındaki ince çizgi büyük önem taşımaktadır⁹⁹. Buna göre, "ödenmekte olan ikramiyenin sayısının, eksiltelen ikramiye miktarının ücretlere eklenmesi suretiyle düşürülmesinin" ya da "yemek ve servis uygulamasına son verilerek bunlara ilişkin parasal karşılığın ücretlere eklenmesinin", ikramiye ödemeleri ile yemek ve servis hizmetinin kaldırılması ya da tutarının düşürülmesi yani bir başka ifade ile, çalışma koşullarında esaslı değişiklik olarak kabul edilip edilemeyeceklerinin değerlendirilmesi gerekmektedir.

96 Yarg. 9. HD. 14.05.2014 t. E. 2012/10473, K. 2014/15663, Yarg. 7. HD. 15.10.2014 t. E. 2014/11841, K.2014/18857, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

97 Yarg. 9. HD. 30.03.2011 t. E. 2009/9793, K. 2011/9481; Yarg. 9. HD. 08.04.2011 t. E. 2009/10393, K. 2011/10581, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

98 Yarg. 9. HD. 16.06.2008 t. E. 2007/41042 K. 2008/5622; Yarg. 9. HD. 23.09.2010 t. E. 2010/26258, K. 2010/25387, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

99 Yarg. 9. HD. 28.04.2015 t. E. 2014/4238, K. 2015/15421, Yarg. 9. HD. 02.04.2009 t. E. 2007/41138, K. 2009/9238, Yarg. 9. HD. 23.09.2010 t. E. 2010/26258, K. 2010/25387, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

Bu anlamda,

- "İkramiye ödemelerinin tek taraflı olarak işverence kaldırılması veya azaltılması ya da işçiye sağlanan yemek ve servis hizmetlerine son verilmesi" ile

- "İkramiye adı altında ödenen tutar ile yemek ve servis için harcanan tutarın ödenmesinden vazgeçilmeyip, bu tutarların aylık ücretlere yedirilmiş olmasının"

aynı şey olduğundan söz edilmesi mümkün görülmemektedir.

Zira birinci durumda, ikramiye ödemelerinin tek taraflı olarak işverence kaldırılması veya azaltılması ya da işçiye sağlanan yemek ve servis hizmetlerine son verilmesi, çalışma koşullarında işçi aleyhine esaslı değişiklik olarak değerlendirilecek ve işçinin yazılı onayı aranacaktır. Ancak ikinci durumda, ikramiye adı altında ödenen tutar ile yemek ve servis için harcanan tutarın ödenmesinden vazgeçilmeyip, bu tutarların aylık ücretlere yedirilmiş olması, sadece yapılan ödemelerin niteliği değiştireceğinden, aksine miktarında bir değişiklik yaratmayacağından, çalışma koşullarında işçi aleyhine yapılmış esaslı bir değişiklik sayılmayacak ve işçinin onayı aranmayacaktır.

Nitekim Yargıtay uygulamasına bakıldığında da Yargıtay'ın ikramiye uygulamasının ödeme tutarı dikkate alınarak tamamen kaldırılması ile bu tutarların ücretlere eklenerek ödenmesi hallerini farklı değerlendirdiği, ikramiye ödemelerinin ücret içine yedirilerek ödenmesinin işçi aleyhine değişiklik getirmediği görüşünü ifade ettiği görülmektedir¹⁰⁰.

Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemeleri, işçinin günlük yevmiesine ekleme yapılmak sureti ile ikramiye tutarlarının her ay ücretle birlikte ödenmesi durumunda, işçi tarafından ayrıca ikramiye tutarının talep edilemeyeceğini ifade etmiş¹⁰¹,

aynı düşünceden hareket ederek, işçilere yapılan yemek ve servis gibi aynî yardımın kaldırılıp yerine ikamesi nakdî ödeme yapılması ya da tam tersi nakdî servis ve yemek ücretinin kaldırılıp ikame olarak işyerinde yemek verilmesi yahut otobüs bileti verilmesi değişikliklerini de işverenin yönetim hakkı kapsamında bulup, bu tür uygulamaların Medenî Kanun'un 2 nci maddesine aykırı olmaması koşuluyla esaslı değişiklik sayılmayacağını ifade etmiştir¹⁰².

Buna karşın Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemeleri yapılan sosyal yardımın (nakdî yemek veya yol ücretinin) ya da ikramiye ödemelerinin işverenin tek taraflı kararı ile niteliği değiştirilmeden miktarının azaltılması veya kaldırılmasının esaslı değişiklik sayılacağını, buna yazılı onay vermeyen işçiye böyle bir durumda bu hakları talep hakkı vereceğini ifade etmiştir¹⁰³.

Görüldüğü üzere, yemek veya servis gibi bir sosyal yardımın azaltılıp ya da kaldırılmaksızın sadece niteliğinin değiştirilmesi çalışma koşullarında esaslı bir değişiklik sayılmayacak; buna karşın niteliği değiştirilmeden miktarının düşürülmesi veya ödenmemesi çalışma koşullarında esaslı bir değişiklik sayılacaktır¹⁰⁴. Bir başka ifade ile işverenin yapılan ödemenin ya da uygulamanın niteliğini değiştirmesinin değil, herhangi bir nedenle tek taraflı olarak işçinin ücretinde ya da ücret eklerinde ya da sosyal yardım niteliğindeki uygulamalarda indirim gitmesinin mümkün olmadığı ifade edilebilecektir.

Diğer yandan, çalışma koşullarında işçi aleyhine esaslı bir değişiklik yapıldığı konusunda ispat

100 Yarg. 9. HD. 26.10.2017 t. E.2 015/14011, K. 2017/16756, Yarg. 7.HD. 05.05.2014 t. E. 2014/2552, K. 2014/9806; Yarg. 9.HD. 15.09.2015 t. E. 2015/20826, K. 25639, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

101 Yarg. 9. HD. 15.09.2015 t. E. 2015/20826, K. 25639, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

102 Diyarbakır BAM. 8. HD. 05.02.2020 t. E. 2020/127, K. 2020/135; Yarg. 9. HD. 16.12.2019 t. E. 2019/7770, K. 2019/22461; Yarg. 9. HD. 28.02.2018 t. E. 2017/5745, K. 2018/4488; Yarg. 22. HD. 18.10.2018 t. E. 2017/ 15549, K. 2018/22547, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

103 Diyarbakır BAM. 8. HD. 05.02.2020 t. E. 2020/127, K. 2020/135; Yarg. 9. HD. 16.12.2019 t. E. 2019/7770, K. 2019/22461; Yarg. 9. HD. 28.02.2018 t. E. 2017/5745, K. 2018/4488; Yarg. 22. HD. 18.10.2018 t. E. 2017/ 15549, K. 2018/22547, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

104 Diyarbakır BAM. 8. HD. 05.02.2020 t. E. 2020/127, K. 2020/135; Yarg. 9. HD. 28.02.2018 t. E. 2017/5745, K. 2018/4488; Yarg. 22. HD. 18.10.2018 t. E. 2017/15549, K. 2018/22547, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

yükü de işçidedir¹⁰⁵. Çalışma koşullarında esaslı bir değişiklik yapıldığı iddiası söz konusu olduğunda Yargıtay'ca da ifade edildiği üzere, mahkemeler öncelikle o işyerindeki çalışma koşullarını, daha sonra ise değişiklik yapıp yapılmadığını tespit etmekle yükümlü olacak, işçi ise, ancak değişikliğin yapıldığı tespit edildikten sonra, bu değişikliğin aleyhine olduğunu ispatlamakla yükümlü olacaktır¹⁰⁶.

Bu anlamda ödenmekte olan ikramiyenin sayısının düşmesine, yemek ve servis uygulamasına son verilmesine rağmen, ikramiye adı altında ödenen tutar ile yemek ve servis için harcanan tutarın aylık işçi ücretlerine eklenmiş olduğu ve bu uygulama sonucunda işçilerin herhangi bir maddi kaybı olmadığı iddiasının aksi, bu uygulamalara karşı çıkan ve hak talebinde bulunan işçiler tarafından ispat edilmedikçe, bu uygulamalar çalışma koşullarında işçi aleyhine esaslı bir değişiklik olarak kabul edilemeyecektir. Bunun sonucu olarak da işverence İK m. 22/1'deki prosedüre uymaksızın işveren tarafından yapılan bu tür uygulamalar, çalışma koşullarında esaslı değişiklik olarak kabul edilmeyeceğinden geçerli sayılacak, işçi tarafından herhangi bir hak talebi söz konusu olmayacaktır.

Sonuç

Anayasa, kanunlar, toplu ya da bireysel iş sözleşmesi, personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklardan doğan iş ilişkisinden kaynaklanan tüm hak ve borçlar, çalışma koşulları olarak değerlendirilebilecektir. Buna göre; işçi ve işveren iş sözleşmesinin kurulması aşamasında, kanunlardaki emredici hukuk kurallarına, ahlak kurallarına, kamu düzenine ve şahsiyet haklarına aykırı olmamak koşulu ile diledikleri çalışma koşulları üzerinde anlaşabileceklerdir.

105 Yarg. 7. HD. 15.10.2014 t. E. 2014/11841, K. 2014/18857, Yarg. 7.HD. 01.10.2014 t. E. 2014/8897, K. 2014/ 18579, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

106 Yarg. 9. HD. 23.12.2008 t. E. 2008/13026, K. 2008/33685, Yarg. 9. HD. 02.04.2009 t. E. 2007/41138, K. 2009/ 9238, Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

İşverenler zaman zaman kanuni bir zorunluluk bulunmamasına ve iş sözleşmelerinde de düzenlenmemiş olmasına rağmen işyerinde işçilerin lehine bazı uygulamalar veya bir takım fiili davranışlar gerçekleştirmektedirler. Bu tür fiili uygulamalar ve fiili davranışlar işyeri uygulamaları olarak ifade edilmektedir. Bu tür uygulamalar, toplu iş sözleşmesi veya iş sözleşmesi ile düzenlenmemesine rağmen, işçi ile işveren arasındaki hukuki ilişkileri etkileyici nitelikte işverenin tek taraflı bir yarar sağlaması biçimde ortaya çıkmaktadır.

İşyeri uygulamalarının da içinde olduğu çalışma koşullarında değişiklik yapılması doğrudan doğruya işverenin yönetim hakkının kendisine verdiği bir yetkidir. İşverenin vereceği talimatlarla, Anayasa ve kanunların emredici hükümleri ile toplu ve bireysel iş sözleşmeleri hükümlerine aykırı olmamak üzere, işin yürütümü ve işçilerin işyerindeki davranışlarını düzenleyebilme hakkına yönetim hakkı denir.

İşçi ile işveren arasındaki iş sözleşmesinden doğan iş ilişkisi süresince, işçinin haklarının daha ileriye götürülmesi, iş hukukunun işçi hakları bağlamında sürekli ileriye yönelik gelişimci karakterinin bir sonucudur. Ancak çalışma hayatının zorlukları, işletmelerin karşılaşılabilecekleri riskler ve işletmesel değişiklikler, zaman zaman bu esasın aksine uygulamaları da gündeme getirebilmekte ve iş ilişkisi sürerken işçilerin çalışma koşullarında bazen geriye gidişler yaşanması söz konusu olabilmektedir. Uygulamada bu tür değişiklikler, işçinin çalışma koşullarında esaslı değişiklikler olarak ifade edilmektedir. Çalışma koşullarında esaslı değişiklikte önemli olan ortaya çıkan durumun işçi aleyhine bir sonuç doğurmuş olmasıdır.

İK m. 22 uyarınca çalışma koşullarında esaslı değişiklik yapabilmek için, işverence değişiklik teklifinin yazılı olarak yapılması, işçinin de bu teklife yazılı olarak onay vermesi gerekmektedir. İşçi tarafından altı işgünü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiyi bağlamayacaktır. Buna göre; çalışma koşullarında esaslı bir de-

ğişiklik ancak işçinin kabulü ile yapılabilecektir. Bu anlamda, esaslı değişiklik önerisi karşısında işçinin suskunluğu, bir zımni kabul olarak nitelendirilmeyecek, aksine altı iş günlük süre içerisinde işçinin suskun kalması önerinin reddi anlamını taşıyacaktır.

Buna göre; iş veya toplu iş sözleşmesinde kararlaştırılmış olmasa bile, işverenin tek taraflı olarak ödemekte olduğu ikramiye veya işçilere sağlamış olduğu yemek ve servis uygulamalarına son vermek istemesi durumunda, çalışma koşullarında esaslı değişiklik yapılabilmesine ilişkin İK m.22'deki prosedüre uyması gerekecektir. İşverenin bu prosedüre uymaması ya da işçinin değişiklik önerisini reddetmesine rağmen ikramiye ödemesini yapmaması, yemek ve servis hizmetini durdurması durumunda işçi, iş sözleşmesi devam ederken dahi işverenden ödenmeyen ya da eksik ödenen ikramiye tutarını İK m.34/1 uyarınca mevduata uygulanan en yüksek faizle birlikte ödenmesini talep edebilecek, yine İK m.34/1 uyarınca ikramiyenin ödeme gününden itibaren yirmi gün içinde mücbir bir nedenle ödenmemesi durumunda, iş görme borcunu yerine getirmekten kaçınabilecek ya da İK m.24/II-e uyarınca, işveren tarafından işçinin ücreti kanun hükümleri veya sözleşme şartlarına uygun olarak hesaplanıp ödenmemesi haklı sebebine dayanarak iş sözleşmesini bildirim süresiz olarak fesih edebilecektir .

Yemek ve servis uygulamasının kaldırılması gibi durumlarda ise, yani işverenin yeni uygulamayı işçiye dayatması, İK m.22/1'deki usule uymaksızın yemek ve servis uygulamasını sonlandırması halinde işçinin mahkemeye başvurarak yargı kararı ile işverenin yapmış olduğu bu esaslı değişikliği iptal ettirmesi ve esaslı değişikliği ortadan kaldırtarak yemek ve servis uygulamasını tekrar başlatmasını sağlaması mümkün değildir. İşçi böyle bir durumda işveren bu uygulamaları yaparken İK m.22/1'deki usule uymadığı takdirde, servis ve yemek uygulamalarının parasal karşılığını talep edebilecek ya da İK m.24/II-f uyarınca, işveren tarafından ...çalışma şartları-

nın uygulanmaması haklı sebebine dayanarak iş sözleşmesini bildirim süresiz olarak feshedebilecektir.

Buna karşılık, işyerinde işyeri uygulaması ile oluşmuş olan işçilere belli sayıda ödenmekte olan ikramiyenin sayısının, eksiltelen ikramiye miktarının ücretlere eklenmesi suretiyle düşürülmesi ya da yemek ve servis uygulamasına son verilerek bunlara ilişkin parasal karşılığın ücretlere eklenmesi İK'nun 22 nci maddesi sözü edilen "çalışma koşullarında esaslı bir değişiklik" olarak değerlendirilemeyecektir. Zira, işçinin durumunu ağırlaştırdığı düşünülecek bir değişiklikte, somut olayda işçiye sağlanan bazı karşılıklar ve ikame değerler ile işçinin zararına olduğu düşünülen durumun dengelendiğinin anlaşılması hallerinde, değişikliğin esaslı olmadığı ifade edilebilecektir.

Nitekim "ikramiye ödemelerinin tek taraflı olarak işverence kaldırılması veya azaltılması ya da işçiye sağlanan yemek ve servis hizmetlerine son verilmesi" ile "ikramiye adı altında ödenen tutar ile yemek ve servis için harcanan tutarın ödenmesinden vazgeçilmeyip, bu tutarların aylık ücretlere yedirilmiş olmasının" aynı şey olduğundan söz edilmesi mümkün görülmemektedir. Birinci durumda, ikramiye ödemelerinin tek taraflı olarak işverence kaldırılması veya azaltılması ya da işçiye sağlanan yemek ve servis hizmetlerine son verilmesi, çalışma koşullarında işçi aleyhine esaslı değişiklik olarak değerlendirilecek ve işçinin yazılı onayı aranacaktır. Ancak ikinci durumda, ikramiye adı altında ödenen tutar ile yemek ve servis için harcanan tutarın ödenmesinden vazgeçilmeyip, bu tutarların aylık ücretlere yedirilmiş olması, sadece yapılan ödemelerin niteliği değiştireceğinden aksine miktarında bir değişiklik yaratmayacağından, çalışma koşullarında işçi aleyhine yapılmış esaslı bir değişiklik sayılmayacaktır. Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemeleri de aynı görüştedir.

Buna göre; ödenmekte olan ikramiyenin sayısının düşmesine, yemek ve servis uygulamasına son verilmesine rağmen, ikramiye adı altında ödenen

tutar ile yemek ve servis için harcanan tutarın aylık işçi ücretlerine eklenmiş olduğu ve bu uygulama sonucunda işçilerin herhangi bir maddi kaybı olmadığı iddiasının aksi, bu uygulamalara karşı çıkan ve hak talebinde bulunan işçiler tarafından ispat edilmedikçe, bu uygulamalar çalışma koşullarında işçi aleyhine esaslı bir değişiklik olarak kabul edilemeyecektir. Bunun sonucu olarak da işverence İK m.22/1'deki prosedüre uymaksızın işveren tarafından yapılan bu tür uygulamalar, çalışma koşullarında esaslı değişiklik olarak kabul edilmeyeceğinden geçerli sayılacak, işçi tarafından herhangi bir hak talebi söz konusu olmayacaktır.

KAYNAKÇA

- Alp, Mustafa; İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2013, İstanbul 2015, s. 222.
- Alp, Mustafa; İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, Ankara 2005.
- Çelebi, Demir Duygu; İşçinin İşyeri Değişikliğine Sonradan İtirazı, Sicil İş Hukuku Dergisi, S. 44, s. 175.
- Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen /Canbolat, Talat /Özkaraca, Ercüment; İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 35.Bası, İstanbul 2022, s. 258.
- Demir, Fevzi; İş Hukuku ve Uygulamaları, İzmir 2019.
- Doğan Yenisey Kübra; Çalışma Koşullarında Değişiklik, III. Yılında İş Yasası Türkiye Toprak İşverenleri Sendikası, İstanbul 2005, s.104-131.
- Doğan Yenisey, Kübra; İşverene Hizmet Akdinde Tek Taraflı Değişiklik Yapma Yetkisi Veren Sözleşme Hükümlerinin Denetimi, Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan, İstanbul 2001, C.II, s.1175-1198 (Sözleşme Hükümlerinin Denetimi).
- Ekonomi, Münir; Çalışma Şartlarının Belirlenmesi ve Değişen İlkelere Uyumu, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, Ankara 1997, s.158.
- Eyrenci, Öner / Taşkent, Savaş/ Ulucan, Devrim/ Baskan, Esra; İş Hukuku, 10. Baskı, İstanbul 2020.
- Güzel, Ali; "Yetki" ve "Sözleşme", Prof. Dr. Fevzi Demir'e Armağan, Legal İş Hukuku Dergisi, Özel Sayı, İstanbul 2016, s.174.
- Güzel, Ali; "İş Güvencesine İlişkin Yasal Esasların Değerlendirilmesi", I. Oturum, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri, Galatasaray Üniversitesi 28-29 Mayıs 2004, 2004 yılı Toplantısı, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul 2004.
- Hozar, Nağme N.; İşyeri Uygulamaları ve Koşulları, Sicil İş Hukuku Dergisi, s. 25, Mart 2012, s. 284-293.
- Kabakcı, Mahmut; Her Yıl İşverenin Takdirine Bağlı Olarak Değişen Tutarda Ödenen İkramiyenin İş Şartı Niteliği, Sicil İş Hukuku Dergisi, s. 27, Eylül 2012, s. 104-115.
- Keser, Hakan; İş Sözleşmesinin Bildirimli Feshinde Geçerli Sebep, 3. Bası Ankara 2016.
- Keser, Hakan; Türk Kamu Sektöründe Bireysel İş İlişkileri, İzmir 2018.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi / Astarlı, Muhittin / Baysal, Ulaş; İş Hukuku 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2014.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi; Toplu İş Sözleşmesi Düzeninde Kazanılmış Hak, Kazanılmış Avantaj Kavramları, Esener'e Armağan, Ankara 2000, s. 563.
- Narmanlioğlu, Ünal; İşverenin Çalışma Koşullarında Değişiklik Yapma Hakkını Saklı Tutan Sözleşme Hükümleri Bağlayıcı mıdır? Sicil İş Hukuku Dergisi, Eylül 2006, S.3, s. 9-19.
- Soyer, Polat; Genel İş Koşulları, İzmir 1987.
- Soyer, Polat; Hizmet Akitlerinde İçerik (Hakkaniyete Uygunluk) Denetimi, Milli Komite 15. Yıl Armağanı, İstanbul, 263-268 (İçerik Denetimi).
- Süzek, Sarper; İşyeri Uygulamaları, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, İstanbul 1997, s. 151-167.
- Süzek, Sarper; İş Hukuku (Genel Esaslar- Bireysel İş Hukuku) Yenilenmiş 21. Baskı, İstanbul 2021.
- Şen, Murat; İş Hukukunda Çalışma Koşulların-

da Esaslı Değişiklik, Ankara 2005.

- Taşkent, Savaş; İşverenin Yönetim Hakkı, İstanbul 1981.
- Tezel, Şevket; İşçinin Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklikten Kaynaklanan Fesih İşlemi ve Sonuçları, Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi, Şubat 2008, S.50 s. 235-242.
- Uzun, Bekir; Çalışma Koşullarında Değişiklik ve İş Sözleşmesinin Feshi, Sicil, Y.1, S.2, Haziran 06.
- Yıldız, Gaye Burcu; İş Hukukunda Sözleşmesel Kayıtlar, Ankara 2014.
- Legalbank Elektronik Hukuk Bankası.

Doç. Dr. Hande Bahar AYKAÇ*

Araştırma Makalesi
Sicil, 2023/I Sayı 49: 98-119
Makale Gönderim Tarihi: 30 Ocak 2023
Makale Kabul Tarihi: 6 Şubat 2023

Çağrıya Hazır Halde Nöbette Beklemek ve Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin İcap Nöbeti İçtihadına İlişkin Bir Değerlendirme

Öz

Çalışma sürelerinin belirlenmesi işçinin ücret ve fazla çalışma ücretine hak kazandığı sürelerin belirlenmesinin yanı sıra, günlük, haftalık ya da yıllık azami çalışma sürelerinin ve asgari dinlenme sürelerinin belirlenmesi bakımından da önem taşır. Çalışma süresi genel olarak işçinin işinde geçirdiği süre olarak tanımlanmasına rağmen, işyerinde işverenin emrine hazır şekilde beklediği süreler de çalışma süresinden sayılmaktadır. Bu konuda tartışmalı hususlardan

biri, işçinin işyerinde, evinde, kendisinin veya işverenin belirlediği bir mekânda işverenden gelecek iş görme çağrısını bekleyerek nöbette geçirdiği sürenin hukuki niteliğidir.

Bu çalışmada çağrıya hazır halde nöbette beklenen sürenin çalışma süresinden sayılıp sayılmamasına ilişkin hukuki sorun karşılaştırmalı hukuk ve yargı kararları ışığında ele alınacak ve Yargıtay'ın icap nöbetine ilişkin içtihadı bu çerçevede değerlendirilecektir.

Anahtar Sözcükler:

Çalışma süresi, nöbet çalışması, icap nöbeti, çağrıya hazır şekilde bekleme.

On-Call Duty And The Evaluation Of The Supreme Court's 9th Civil Chamber's Verdict Regarding Employees On-Call Duty

Abstract

Working hours must be determined in order to regulate the daily, weekly, or annual maximum working hours and minimum rest periods, as well as the periods during which the employee is entitled to wage and over-

time pay. Although working time is generally defined as the time spent by the employee at her job, it also includes the time she spends waiting at the employer's disposal at the workplace. One of the controversial issues in

*Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, hande.aykac@hbv.edu.tr, ORCID: 0000-0003-2057-1102.

this regard is the legal feature of the worker's time spent on-call duty, waiting for the employer's call to work, at her workplace, at home, or a location determined by her or the employer.

In this study, the legal problem of whether

the time on duty while ready to call is regarded as working time will be discussed in the light of comparative law and judicial decisions and the verdict of the 9th Civil Chamber of the Supreme Court regarding on-call duty will be evaluated within this framework.

Keywords:

Working time, on-call duty, on-call service, stand-by time.

Giriş

İşçinin çalışma sürelerinin belirlenmesi, ücrette hak kazandığı süreleri ortaya koymasının yanı sıra, günlük, haftalık ya da yıllık azami çalışma sürelerinin ve asgari dinlenme sürelerinin tespiti bakımından da önem taşır. Çalışma süresi genel olarak işçinin işinde geçirdiği süre olarak tanımlanmasına rağmen, işyerinde işverenin emrine hazır şekilde beklediği süreler de çalışma süresinden sayılmaktadır. Bu konuda tartışmalı hususlardan biri, işçinin işyerinde, evinde, kendisinin veya işverenin belirlediği bir mekânda işverenden gelecek iş görme çağrısını bekleyerek nöbette geçirdiği sürenin niteliğidir. Genel olarak "nöbet hizmeti" veya "icap nöbeti" olarak adlandırılan bu durumda işçi işyeri içinde veya işyeri dışındaki bir yerde beklemekte ve gerektiğinde gecikmeksizin hemen veya kısa süre içerisinde işgörüme edimini yerine getirmesi kendisinden beklenilmektedir. Özellikle işyeri dışında bu şekilde nöbette bekleyen işçi, işin çıkmadığı durumlarda belirli düzeyde bir serbestiye sahip olabilmekte, örneğin televizyon izleyebilmekte, gazete okuyabilmekte ve uyuyabilmektedir. Buna karşılık bu konuda tam bir serbestiden söz etmek de mümkün değildir. Zira işveren her an işçiyi önceden uyardıktan işe çağırabilecek durumda olduğundan işçinin nöbette beklediği sürede hem yeterince hızlı bir şekilde işe gitmesini engelleyecek aktivitelerden hem de sinemada bir film izlemek ya da spor aktivitesine katılmak gibi blok zaman gerektiren ak-

tivitelerden uzak durması gerekmektedir¹. Diğer yandan, esasen işveren "nöbette bekleyen işçiler" uygulamasından ekonomik bir kazanç elde edebilmektedir. Buna göre; nöbette geçen süre çalışma süresinden sayılmayıp işverenin herhangi bir ücret ödemesini gerektirmediğinde işveren normal ücret veya fazla çalışma ücreti ödemediği çalışma saatlerini sınırlandırabildiği gibi, işyerinde sürekli çalışan işçi sayısını da azaltabilmektedir².

Her ne kadar nöbet çalışması yeni bir çalışma biçimi olmasa da teknolojik gelişmeler sonucu yaygınlaşan cep telefonları, elektronik çağrı cihazları, akıllı telefonlar ya da gelişmiş mesajlaşma uygulamaları, işçinin ihtiyaç duyulduğu anda bulunduğu yerden işyerine çağrılabilmesi konusunda işverene kolaylık sağlamış, söz konusu çalışmanın uygulanabilirliğini artırmıştır³.

Bu çalışmada işçinin çağrıya hazır halde nöbette beklediği sürenin çalışma süresinden sayılıp sayılmamasına ilişkin hukuki sorun, karşılaştırmalı hukuk ve yargı kararları ışığında ele alınacak,

1 Phillips, E. (1997). On-call Time Under the Fair Labor Standards Act. Michigan Law Review, 95 (8), s. 2633; Schwartz, L. (2005). 40 U.S.F. L. Rev. 217 (2005-2006), University of San Francisco Law Review, Vol. 40, Issue 1, s. 219-220. Feigin, E. D. (1998-1999). Achieving Justice for On-Call Workers: Amending the Fair Labor Standards Act, 84 Iowa L. Rev. s. 355.

2 Phillips, s. 2633-2634; Schwartz, s. 220, s. 222.

3 Özellikle işgücünü etkin şekilde kullanmaya yönelik ekonomik baskının artması ile 1990'lardan sonra nöbet usulü çalışma işverenler nezdinde ciddi bir popülerite kazanmıştır (Schwartz, s. 220).

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin icap nöbetine ilişkin içtihadı yine bu çerçevede değerlendirilecektir.

I. Karşılaştırmalı Hukuk

1. Amerikan Hukuku

Amerikan hukukunda mevcut regülasyonlar çerçevesinde çağrıyı bekleme zamanının kişisel uğraşlar için etkin şekilde kullanılıp kullanılmadığı noktasından hareketle bir sonuca varılmaya çalışılmaktadır⁴. *Martin v. Ohio Turnpike Comm'n*⁵ kararında işçinin çalışmak üzere beklediği nöbet süresinin ücret ödenmeyi gerektiren çalışma süresinden sayılıp sayılmadığı hususu değerlendirilirken şu tespitlerde bulunulmuştur: Bir işverenin, işçilerden kendilerine nereden ulaşılacağı konusunda bilgi vermelerini istemesi, bunun çalışma süresi olarak tazmin edilebilir olduğu anlamına gelmez. Çağrıyı bekleme zamanının çalışma süresinden sayılabilmesi için işçiler, nöbet

zorunluluğunun, zamanı kendi kişisel uğraşları için etkin olarak kullanma imkanlarını ciddi şekilde sınırlandırdığını ortaya koymak durumundadırlar. Örneğin, işverenin onları çok sık işe çağırması dolayısıyla söz konusu zamanı uygulamada etkin şekilde kullanma imkanlarının ortadan kalktığı ya da işverenin çağrı sisteminin, kişisel faaliyetleri ciddi şekilde engelleyecek kadar dikkat dağıtıcı olduğu ortaya konulabilecektir. Somut olayda ise mahkeme, işçilerin sıklıkla işe çağrıldıkları hususunda kanıt sunamadıkları, işverenin işçi arandıktan sonra belirli bir süre içerisinde işe gelmeyi şart koşmaması⁶, bu nedenle de işçilerin seyahat imkanlarının sınırlanmadığı, fiili olarak çok sayıda faaliyete katıldıklarını kabul ettikleri gerekçeyle nöbette beklenen sürenin çalışma süresinden sayılması talebini reddetmiştir.

Skidmore v. Swift & Co. kararında Amerikan Yüksek Mahkemesi, söz konusu zamanın "baskın olarak işveren lehine mi yoksa işçi lehine mi harcanmış" noktasından hareketle bir sonuca varmaya çalışmıştır⁷. Mahkemeye göre; söz konusu tespit, taraflar arasındaki sözleşme, işin niteliği ve bekleme zamanı ile ilişkisi ve olayın tüm özellikleri

4 Philips, s. 2637; Schwarz, s. 221 vd; Feigin, s. 360 vd. Amerikan hukukunda Adil İş Şartları Yasası (FLSA), çalışma ve dinlenme süresi şeklinde yalnızca iki kategori bulunmakta, nöbet çalışmasının niteliği konusunda ise bir açıklık getirmemektedir. Bu durum ise mahkemelerin nöbette beklenen süreyi mutlaka iki halden birine sokmaya çalışmalarına yol açmaktadır. Bu konuda salt çalışma/dinlenme süresi şeklinde ikili ayırımın bulunması haksız bir önyargı oluşturarak hem işçiye hem işverene zarar verme potansiyeline sahip olmaktadır (Schwarz, s. 221, s. 223). Bu durumu eleştiren yazarlar, yasanın bu konuda çok muğlak ve dar bir çerçeve sunduğuna bu sebeple de mahkemelerin geniş takdir yetkisi nedeniyle benzer olaylarda çok farklı kararlar verebildiklerine dikkat çekmektedirler. Ayrıca yüksek mahkemenin bu konuda uyguladığı "zamanın kişisel uğraşlar için etkin şekilde kullanılıp kullanılmama" ölçütünün bu konuda yeterli yol göstericilikten uzak olduğuna da vurgu yapılmaktadır (Philips, s. 2637-2638; Schwartz, s. 224, s. 225 vd; Feigin, s. 361). Örneğin, *Bright v. Houston Northwest Medical Center, Inc* kararında mahkeme, işçiye nöbet sörevi sırasında işyerini terk etme izni verilmesi olgusunu tek başına –bu sürede işçi üzerindeki ağır sınırlamalara rağmen- çalışma süresinden sayılmama ve ücrete hak kazanılmama sonucu için yeterli görmüştür (Feigin, s. 364 vd; Schwartz, s. 217 vd).

5 *Martin v. Ohio Turnpike Comm'n*, 968 F.2d 606 (6th Cir. 1992). <https://casetext.com/case/martin-v-ohio-turnpike-comm> (Erişim Tarihi. 04.11.2022) Benzer diğer bir karar için bkz. Secunda, P. M. (2019). The Employee Right to Disconnect. Notre Dame Journal of International & Comparative Law: Vol. 9, Iss. 1, Article 3, s. 23-24.

6 Somut olayda, müdür bir işçiyi arar ve acil duruma yardımcı olmak için işyerine zamanında varamayacak kadar uzak bir yerde olduğunu öğrenirse, başka bir işçiyi aramaktadır. İşverenin çağrıyı karşılayamayan işçiye disiplin cezası uyguladığına ilişkin de bir kanıt bulunmamaktadır.

7 323 U.S. 134 (1944), Philips, s.2638; Schwatz, s. 224; Feigin, s. 359. *Armour & Co. v. Wantock* kararında ise yüksek mahkeme, işçinin bekleme zamanının Adil İş Standartları Yasasına (FLSA) göre; çalışma süresinden sayılabileceğine hükmetmiştir. Buna göre; söz konusu olayda itfaiyeciler normal çalışmalarının dışında işyerinde beklemek zorundadırlar. Mahkeme, işverenin işçileri "işyerinde beklemek için" işe aldığına dikkat çekerek bekleme zamanlarını ücrete hak kazandırır nitelikte bulmuştur (323 U.S. 126 (1944), Philips, s. 2638, 2647; Schwatz, s. 223-224; Feigin, s. 359). Aynı şekilde diğer bir kararda da itfaiye işçilerinin-itfaiye istasyonunda bulunmaları gerekmesi de- çağrı gelmesi durumunda 20 dakika içinde işlerinin başında olmaları gerekmesi karşısında nöbette bekledikleri süreler ücrete hak kazandırır nitelikte bulunmuştur (*Renfro v. City of Emporia*, 948 F.2d 1529, 10th Cir. 1991, Feigin, s. 368). 5 dakika içinde işyerinin üniformasını giymek suretiyle gelen çağrıya cevap vermek zorunda olan acil sağlık teknisyenleri hakkında aynı yönde karar için bkz. *Spencer v. Hyde County*, 959 F. Supp. 721, 727, E.D.N.C. 1997, Feigin, s. 368-369.

gibi somut olayın tüm özelliklerine bağlı olarak değişebilecek niteliktedir.

Bir görüşe göre; mahkemeler bu konuda değerlendirme yaparken "bekleme zamanının işveren için yarattığı fayda"ya daha fazla ağırlık vermelidirler⁸. Buna göre; işveren için bekleme zamanı ile sağlanan fayda arttıkça, işverenlerin bu süre için ücret ödeme ihtimalleri o ölçüde ağırlık kazanmalıdır. Söz konusu faydalar çerçevesinde işverenin, işçinin yapması gereken görevi -işyerinde fiziksel olarak mevcut olmasa bile- gerektiğinde tamamlayacağını bilmesi sayılmaktadır. Nitekim gelen çağrıya cevap verecek bir çalışana sahip olmak, işverenin işyerinde çalışan sayısını asgaride tutmasını sağlamaktadır. Eğer söz konusu çağrıya yanıt vermek zorunda olmasa, işveren ya söz konusu hizmeti sunamayacak ya da o iş için en az asgari ücret ödeyeceği bir işçiyi işyerinde hazır bulundurmamak durumunda kalacaktır⁹.

Yine bu görüşe göre; mahkemeler işçinin bekleme zamanında katlandığı külfete de dikkat etmelidirler. Bu değerlendirme yapılırken de 1. İşçinin işe çağırılma sayısı, 2. İşe çağırıldığında işte geçirilen sürenin uzunluğu, 3. İşe dönmesi için gereken sürenin uzunluğu dikkate alınmalıdır¹⁰. İşçinin işe çağırılma sayısının sık oluşu, katlandığı külfetin artmasına ve işçinin kişisel aktiviteleri için yeterince zaman ayıramamasına neden olduğu gibi, normal çalışma sürelerine büyük ölçüde benzer olduğundan ücrete hak kazandıracığı

tespiti yapılabilecektir¹¹. Mahkemeler genellikle 24 saatlik bir zaman dilimi içinde iki ve daha az sayıda çağrılmayı az sıklıkta çağrılma olarak değerlendirmekte ve bekleme zamanını ücretlendirmemektedir. Buna karşılık öğretide bu durum eleştirilerek, işçinin her bir çağrılıştaki bir ila üç saat arasında çalıştırılması durumunda, 24 saatlik bir zaman dilimi içinde iki kez çağrılmasının ona kişisel aktiviteleri için yeterli zaman bırakmayacağına dikkat çekilmektedir¹². Buna göre; mahkemeler her bir çağrıda işçinin çalışma süresinin uzunluğunu da dikkate almalıdırlar. Örneğin, işçinin söz konusu çağrıya yalnızca bir telefon yanıtlanması gerekiyorsa, işyerine gitmesi gereken bir işçiye nazaran daha düşük bir külfete katlanmış olacaktır. Bu konuda son olarak, işçinin ne kadar süre içinde işyerinde olmasının beklendiğine de bakılmalıdır. Nitekim kısa zaman içerisinde işyerinde bulunmak zorunda oluşu kişisel aktivitelerini ciddi şekilde sınırlandıracaktır¹³. Buna karşılık eğer işçi, söz konusu çağrıya yanıt vermek zorunda değilse bekleme zamanı ücretlendirilebilir olmayacaktır. Ancak çağrıya yanıt vermek zorunda olup olmadığı olgusu sadece işverenin beyanına göre değil, uygulamadaki gerçek koşullara bakılarak değerlendirilmelidir. Buna göre; işçi çağrıya yanıt vermediği için disiplin cezası ile karşılaşabiliyorsa çağrıya yanıt vermek zorunda olmadığından söz edilemeyecektir¹⁴. Sonuç itibarıyla, Amerikan

8 Philips, s. 2640.

9 Philips, s. 2646.

10 Bunların her biri tek başına işçi açısından yarattığı külfet bakımından önemsiz görülebilecekken, birkaçının veya tamamının kombinasyonu işçinin katlandığı külfeti artırıcı ve dolayısıyla ücreti gerektirir nitelikte görülebilecektir; bazen de tek bir unsurun başlı başına ağırlığı bu nitelikte değerlendirilebilecektir. Örneğin, eğer işçi çağrıdan sonra beş dakika gibi kısa bir süre içinde işine dönmek zorundaysa başka bir olguya bakılmaksızın bekleme zamanı ücrete hak kazandırmalıdır, çünkü işçinin katlanacağı külfet çok yüksek olacaktır. Ayrıca böyle bir durumda işverenin elde ettiği yarar da çok yüksek olacaktır. Buna karşılık eğer işçinin çağrıya yanıt verme zorunluluğu yoksa bu durumda bekleme zamanının ücretlendirilebilir olmadığından söz edilmelidir (Philips, s. 2640-2644).

11 Buna göre; çağrıya bekleyen işçinin çalışması, işyerinde çalışan işçinin çalışmasına benzerliği arttığı ölçüde işverene sağladığı fayda o ölçüde yüksek görülmeli ve dolayısıyla Adil Çalışma Standartları Yasası uyarınca ücrete hak kazandırır görülmelidir. Buna karşılık, bazı mahkemelerin yaptığı gibi işçinin söz konusu nöbet zamanını başka işçiye devredebilmesine işverenin izin veriyor olması ya da yazılı iş sözleşmesinde nöbet hizmetinin ücretlendirilmeyeceğine yönelik bir hüküm olması sonucu etkileyen bir olgu olarak görülmemelidir (Philips, s. 2641, 2647-2649).

12 Philips, s. 2641.

13 Bu konuda 20 dakika ve altında bir sürenin işçinin aktivitelerini ciddi manada sınırlandıracağı kabul edilmektedir çünkü Amerika'da işçiler genellikle işyerlerine 20 dakikalık mesafede yaşamaktadırlar, dolayısıyla evlerinden ayrılmaları mümkün olmayacaktır. Buna karşılık işe gidilmesi gereken zamanın 20 dakika ve üzerinde olması da başlı başına ücrete hak kazanılmayacağı şeklinde yorumlanmamalıdır (Philips, s. 2642).

14 Philips, s. 2644. Buna karşılık, yazara göre; eğer çağrıya

hukukunda nöbet hizmetinin Adil İş Koşulları Yasası (FLSA) bakımından ücretlendirilebilir olması işçinin söz konusu zamanda “ne yaptığına” değil, özel uğraşlarına ilişkin “ne yapamadığına” ve işverenin bundan sağladığı fayda düzeyine bağlıdır¹⁵. Buna göre; nöbette beklenen sürenin çalışma süresinden sayılıp sayılmaması konusunda tek bir standart ölçüden bahsedilemeyeceği, her olayın özelliğine göre bir değerlendirme yapılması gerektiği belirtilmektedir¹⁶. Bu görüşe göre; mahkemelerin söz konusu değerlendirmeyi yaparken somut olayda hem işçinin yüklediği külfete hem de işverenin bundan sağladığı faydaya bakarak çalışma süresinden sayıp saymamaya ilişkin bir sonuca varmaları gerekir.

Bu konuda değerlendirme yapan diğer bir yazara göre ise; mahkemelerin konuyla ilgili bir sonuca varırken salt işçilerin bekleme zamanında ne yapabildiklerine odaklanmaları, ne yapamadıklarının göz ardı edilmesine yol açtığı gibi, nöbette gelecek iş görme çağrısını beklemenin işçiler üzerinde yarattığı psikolojik yükü göz ardı etmektedir¹⁷. Nitekim bir mahkemenin itfaiye işçilerine ilişkin verdiği kararda belirttiği gibi, her an işe çağrılabilir durumda olmak işçilerin zihnen kişisel zaman aktivitesinden alacakları keyfi ve söz konusu zamanın kalitesini azaltır niteliktedir. Ayrıca çeşitli araştırmalar nöbette her an çıkacak

iş beklemenin işçilerin ruhsal sağlığını olumsuz yönde etkilediğini de ortaya koymaktadır. Dolayısıyla bu konuda olması gereken, aktif çalışan bir işçi seviyesinde olmasa da yasa da nöbet çalışmalarının ücrete hak kazandıran ayrı bir kategori şeklinde düzenlenmesidir¹⁸. Bu çerçevede nöbette bekleme süresine ilişkin olarak –normal asgari ücretin altında olacak- bir asgari ücret düzeyi belirlenmelidir. Bunun yanı sıra yapılacak düzenlemede söz konusu nöbet süresi haftalık belirli saati aşarsa söz konusu saatler için artırılmış (zamlı) ücret (fazla mesai ücreti) ödenmesini sağlayacak bir hükme de yer verilmelidir. Zira nöbet hizmeti belirli ölçüde uyguladığında her iki tarafa da faydaları olabilecek bir uygulama iken, işçinin tekrarlayan uzun periyotlarda nöbette bekleme ruhsal sağlığını olumsuz etkileme olasılığını artırmaktadır¹⁹.

2. Alman Hukuku

Alman hukukunda Alman Çalışma Süreleri Yasası uyarınca çalışma süreleri ve serbest zaman arasında işin yoğunluğunun derecesine göre “işe hazır olma” “nöbet hizmeti” ve “çağrıya hazır olma” şeklinde ara kategoriler öngörülmüştür²⁰.

yanıt verip işe gidenler ödüllendiriliyorsa bu durum çağrıya yanıt vermenin zorunlu olduğu şeklinde değerlendirilmemelidir (Philips, s. 2644). Bu konuda mahkemelerin göz önünde tuttıkları bir ölçüt de işçinin söz konusu nöbet zamanını istediğinde başka bir işçiye devredip devredemediğidir. Ancak bu ölçütün de yeterli olmadığı ifade edilmektedir (Schwartz, s. 229).

15 Philips, s. 2647. Olması gereken hukuk bakımından bu konuda tereddütleri gidermek adına açık yasal bir düzenleme yapması ve nöbet hizmetini normal çalışmadan ayırması ve örneğin daha farklı bir asgari ücrete tabi tutması veya nöbet hizmetini fazla çalışmaya ilişkin düzenlemelerden muaf tutması söz konusu olmalıdır (Philips, s. 2655).

16 Philips, s. 2636.

17 Schwartz, s. 228. Yazara göre; bu konuda olayın bütün özellikleri değerlendirilerek de olsa nöbet zamanının çalışma süresi ya da dinlenme süresi ikileminden birine sokulması, bu konuda sadece “septomatik” bir çözüm sunmakta, sorunu kökünden çözmemektedir (Schwartz, s. 235).

18 Schwartz, s. 236 vd; Feigin, s. 361. Yazara göre; böyle bir düzenleme bu konudaki karışıklık ve belirsizliği ortadan kaldıracığı gibi, işçilerin nöbet zamanının çalışma süresi olduğunu kanıtlamak konusundaki zorlu görevlerini de ortadan kaldıracaktır (Schwartz, s. 236 vd). Bu konuda ileri sürülen diğer bir görüşe göre; yasa da çalışma ve dinlenme süreleri arasındaki ayrımın netleştirilmesi sorunu çözücü niteliktedir (Feigin, s. 373 vd).

19 Schwartz, s. 237-238; Yazara göre; Adil İş Şartları yasası bir yandan işçileri asgari ücret ve fazla çalışma ücreti düzenlemeleri yoluyla korumaya çalışırken, yasa da nöbet hizmetine yönelik belirtilen yönde düzenleme olmaması önemli bir yasa boşluğu olarak ortaya çıkmaktadır (Schwartz, s. 238).

20 Suci, A. & Ion, G. (2019). Stand-by Time From Home is Paid Working Time, European Employment Law Cases, s. 270; Astarlı, M. (2008). İş Hukukunda Çalışma Süreleri, Ankara: Turhan Yayınları, s. 26; Alpagut, G. (2021). Teknolojik Gelişmelerin İşçilik Haklarına Etkisi-Daimi Ulaşılabilirlik, Prof. Dr. Turhan Esener, III. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, Editörler: Dr. Öğr. Üyesi Ender Demir, Arş.Gör. Beste Gemici Filiz, Seçkin, s. 329; Şahin Emir, A. (2022). İcap Nöbetinde Geçen Sürenin Çalışma Süresinden Sayılması- Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 17.09.2020 Tarihli Kararının Değerlendirilmesi, Çalışma ve Toplum, s. 334-335; Öktem Songu, S. (2007). İş Hukukunda Çalış-

İşe hazır olma kategorisi, işçinin işinin başında bulunduğu ancak fiili çalışmadan farklı olarak aktif şekilde çalışmadığı süre olup çalışma süresinden sayılmaktadır. Nöbet hizmeti ise, işçinin işveren tarafından belirlenen işyerinin içinde veya dışında bir yerde kalmak suretiyle ihtiyaç halinde işverenden gelen talep üzerine derhal işyerine gelerek fiili çalışmasını gerçekleştirmesidir²¹. “Çağrıya hazır olma” kategorisinde ise işçi işveren tarafından her zaman ulaşılabilir durumda kaldığı sürece kalacağı yeri belirlemede serbest bulunmaktadır. Avrupa Adalet Divanı'nın -aşağıda ele alınacak olan- nöbette bekleme sürelerini çalışma süresinden sayan kararları sonrasında 2004 yılında Çalışma Süreleri Yasası'nda yapılan değişiklikle “nöbet hizmeti” çalışma süreleri içerisine alınmıştır²². Buna karşılık Divan'ın Vorel kararında da vurgulandığı üzere, işçinin fiilen çalıştığı süre ile nöbette beklediği süre için farklı ücret ödemesi yapılabileceği kabul edilmektedir²³.

“Çağrıya hazır olma” şeklindeki üçüncü kategoride ise, nöbet hizmetinden farklı olarak işçi, çağrıya hazır olduğu dönemde konaklayacağı yeri kendisi belirlemede, bu sebeple de bu süreler çalışma süresi olarak nitelendirilmeyip dinlenme süresinden sayılmakta; sadece çağrı üzerine fiilen çalışılan süreler çalışma süresi olarak kabul edilmektedir²⁴. Bununla birlikte, işçinin çağrıya cevap verme süresinin on ya da yirmi dakika gibi çok kısa tutulduğu durumlarda konaklama mekanını seçme serbestisinin aşırı derecede sınırlandığı, bu nedenle de “çağrıya hazır olma” durumunun

değil, çalışma süresinden sayılan “nöbet hizmeti” nin söz konusu olduğu kabul edilmektedir²⁵. “Çağrıya hazır olma” kategorisine örnek olarak teknik servis hizmetleri, kışın yol açma hizmetleri, kurtarma, bakım, gözetim ve yardım hizmetleri gösterilmektedir. Esasen bu tür bir çalışmada işçinin edimine ihtiyacın ortaya çıkmaması olasılığı da olmasına rağmen işçinin her an çağrılabilme ihtimaline karşı özel yaşamını buna göre ayarlaması gerektiğine de dikkat çekilmektedir²⁶.

3. Fransız Hukuku

Fransız hukukunda nöbet süresi (“*astreinte*”), çalışanın işyerinde bulunmaksızın ve işverenin -süreklili ve derhal iş göreceği şekilde- emrinde olmaksızın, şirket için iş yürütmek üzere müdahale edilebilir durumda beklediği zaman olarak tanımlanmaktadır (*Code du travail*, France, s L3121-9). Yasa'ya göre; işçinin nöbette beklerken işverenden gelen çağrı üzerine fiilen çalıştığı süre, çalışma süresi olarak kabul edilmektedir. Buna karşılık, çağrıya hazır şekilde beklenen görev süresinin de ya maddi olarak ya da dinlenme şeklinde telafi edilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla Fransa'da işverenler nöbette beklenen süreyi –mutlaka fiilen çalışılan süre oranında olmasa da- tazmin etmek yükümlülüğü altındadırlar²⁷. Yine anılan yasal hü-

ma Sürelerinin Düzenlenmesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İzmir, s. 150. Bu kavramların tanımlarına yasadaki yer verilmemiş, ancak farklı hukuki sonuçlar bağlanmıştır. Buna göre; işçinin günlük çalışma süresi azami 8 saat, bu sürenin 6 aylık veya 24 haftalık bir dönem içinde günlük ortalaması 8 saati geçmemek üzere 10 saate kadar artırılabilmesi mümkün iken (m. 3) eğer çalışma süresi düzenli olarak ve önemli ölçüde “işe hazır olma” veya “nöbet hizmetinden” oluşuyorsa toplu iş sözleşmeleri veya bireysel iş akitleriyle çalışma süresi günlük 10 saatin üzerine çıkarılabilir (m. 7/1, 1a).

21 Suciü & İon, s. 270; Astarlı, s. 26; Şahin Emir, s. 334-335.

22 Suciü & İon, s. 270; Astarlı, s. 32; Şahin Emir, s. 337.

23 Şahin Emir, s. 337.

24 Suciü & İon, s. 270; Alpagut, s. 330; Astarlı, s. 34.

25 Astarlı, s. 34; Şahin Emir, s. 339; Alman Federal İş Mahkemesinin bu yöndeki kararı için bkz. Şahin Emir, s. 339. Estonya, Finlandiya ve İsveç'te nöbette bekleme zamanı çalışma süresinden sayılmadığı yönünde bkz. ILO (2005). Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (articles 19, 22 and 35 of the Constitution), International Labour Office, Geneva, s. 20.

26 Alpagut, s. 330; Şahin Emir, s. 340; Çağrıya hazır olma ile bir kısmı süreli çalışma türü olan çağrı üzerine çalışmanın birbirinden farklı olduğu görüşü için bkz. Şahin Emir, s. 340.

27 Katsabian, T. / Davidov, G. (2022). Flexibility, Choice and Labour Law: The Challenge of On-Demand Platforms, University of Toronto Law Journal, s. 23; Ray, J./Rojot, J. (2002). Comparative Study of the impact of electronic technology on workplace disputes. Comparative Labor Law & Policy Journal, 24 (1), s. 127-128; Fransız Temyiz Mahkemesi 1999 yılında verdiği bir kararda ambulans şoförünün evde geçirdiği nöbet görevine ilişkin ücretinin ayrıca ödenmesine ilişkin açtığı davada acil durumlarda evde veya işyerinin yakınında kalmak zorunda olan çalışanın işvereninden gelecek olası bir çağrıya

küm uyarınca, nöbet sürelerine tabi olacak işçilerin makul süre içinde bireysel nöbet programları hakkında bilgilendirilmesi gerekmektedir²⁸.

4. Diğer Bazı Hukuk Sistemleri

Finlandiya'da 2019 yılında değiştirilen ve yalnızca işçi statüsünde olanlara uygulanan Çalışma Süreleri Yasası (872/2019), nöbette bekleme süresine ilişkin hükümler de içermektedir²⁹. Ayrıca, toplu iş sözleşmelerinde de genellikle çalışma zamanı ve nöbette bekleme süresine ilişkin hükümler bulunmaktadır. Finlandiya Çalışma Süreleri Yasası uyarınca, işçi ve işverenin nöbette bekleme süresinin ücretlendirilmesi hususunda işverenin eşit davranma borcuna ve ayrımcılık yasalarına aykırılık teşkil etmeyecek şekilde serbestçe anlaşması mümkündür. Kural olarak işyeri dışında nöbette beklemek çalışma süresi olarak sayılmasa da eğer işçinin işyerinde veya işyeri yakınında kalma gerekliliği bulunmakta ise, bekleme zamanı çalışma süresi olarak kabul edilebilmektedir. Somut olaylarda da işçinin bekleme zamanında boş zamanını kullanmasına ilişkin kısıtlamalar, söz konusu sürenin ücretlendirilmesinde dikkate alınmaktadır. Buna göre; daha bağlayıcı ve kısıtlayıcı nitelikte bir nöbette bekleme olgusu, ücret ödenmesini daha yüksek olasılıkla haklı göstermektedir³⁰. Örneğin, Finlandiya'da

İş Mahkemesi ve Temyiz Mahkemesi, hem itfaiyecilerin hem gönüllü itfaiyecilerin, beş dakika içerisinde görev yerine ulaşmak zorunda olmalarını, bekleme zamanını çalışma süresinden saymak için yeterli gören kararlar vermişlerdir. Buna karşılık 2015 yılında verilen bir kararda, gelen çağrı üzerine 15 dakika içerisinde ambulansla olma zorunluluğu karşısında bekleme zamanı çalışma süresi olarak kabul edilmemiştir.

Macaristan hukukunda Macar mahkemeleri de -ABAD'ın aşağıda ele alınacak yorumu ile uyumlu olarak- işçinin bekleme zamanında özel işlerine ne ölçüde vakit ayırabildiği ölçütünden hareketle işyeri dışında gerçekleşen nöbette geçen bekleme zamanının çalışma süresi sayılıp sayılmayacağı hususunda bir sonuca varmaktadırlar³¹. Bu konuda ayrıca, işçinin bekleme zamanında ne sıklıkta çağrıldığı (gelen çağrılarının sıklığı) ölçütünü de göz önünde bulundurmaktadırlar. Bunun yanı sıra işverenlerin normal çalışma sürelerinin dışında, işçilerden belirli bir zaman diliminde düzenli olarak örtülü veya gayri resmi şekilde ulaşılabilir olmalarını talep ettikleri zamanlar dahi -eğer işçinin serbest zamanı üzerinde ciddi sınırlılıklar getiriyorsa- bütünüyle çalışma süresi olarak değerlendirilebilmektedir. Örneğin, 2015 yılında Macaristan Temyiz Mahkemesi'nin verdiği bir kararda, bekleme zamanına ilişkin hukuki nitelendirmenin mutlaka beklemeyle ilişkin işveren tarafından verilmiş yazılı bir emir bulunmasına bağlı bulunmadığı, eğer fiilen işçilere gelen aramaların ya da e-maillerin sıklığı, işçinin zamanını serbestçe değerlendirmesine engel teşkil ediyorsa, bu sürelerin kolaylıkla çalışma süresinden sayılabileceğine hükmedilmiştir³².

İngiltere'de de nöbette bekleme süresine ilişkin çok sayıda karar verilmiştir. *Fearon and Ors v. North Cumbria Acute Hospitals NHS Trust ET*³³ Kararında İş Mahkemesi, ABAD'ın çeşitli kararlarına da göndermede bulunarak, hastanede iki farklı kategoride çalışan hemşirelerin bekleme

cevap vermeye hazır olması gereken süreler olan çağrı üzerine çalışma sürelerinin, fiili çalışma veya dinlenme süresi teşkil etmeyeceği sonucuna ulaşmıştır. Kararda bu süreler çalışma süresinden sayılmasa da, dinlenme süresi olarak kabul edilmediğinden işçiye, bu sürelerin de haricinde asgari dinlenme süresinin verilmesi gerektiğini ortaya koymasındır. 4 Mayıs 1999 tarihli ve 96-43.037 sayılı karar, <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007041404/> Erişim Tarihi: 09.11.2022, Ray/Rojot, s. 127-128.

28 Modern iletişim araçları sayesinde nöbette bekleyen, işçinin işyerinde veya işyeri dışında nerede olursa olsun işverenin emrinde kalabildiği ve fiili çalışma sayısına bağlı olmaksızın kalıcı nitelikte işverenin emrinde ve hareket özgürlüğünden yoksun kalabildiğine dikkat çekilmektedir (Ray/ Rojot, s. 128).

29 Busschaert, G. (2021/41). Home-Based Standby-Time May Constitute Working Time in Accordance with EU Law, But Paid Differently Virtue of National Law (BE), European Employment Law Cases, s. 217-220.

30 Busschaert, s. 218-219.

31 Busschaert, s. 218-219.

32 Busschaert, s. 218-219.

33 Case No, 2504917/08.

zamanında ne kadar serbestiye sahip oldukları olgusunu temel alarak hükme varmıştır³⁴. Buna göre; "ilk nöbet hemşiresi" kategorisinde yer alan ve nöbet sırasında hastanede uyumak durumunda olan hemşirelerin bekleme zamanları tümüyle *çalışma* süresinden sayılmıştır. Buna karşılık, "ikinci nöbet hemşiresi" kategorisinde yer alan ve nöbetleri sırasında evlerinde bulunabilen ancak gerektiğinde yirmi dakika içerisinde hastanede olmak ve alkol almamak durumunda olan hemşirelerin bekleme süresinin *çalışma* süresinden sayılmayacağına hükmedilmiştir. Zira bu hemşire grubu, bekleme zamanında tam bir serbestiye sahip olmasa da televizyon izlemek, kitap okumak, alışveriş yapmak ve sosyalleşmek gibi aktiviteleri yapabilir durumdadır.

Brezilya hukukunda, Brezilya Yüksek Mahkemesi çalışanların şirketleri tarafından normal çalışma saatleri dışında işe çağrılmak üzere bekledikleri süreler için (bekleme modunda) normal saat ücretlerinin üçte biri oranında ödeme alma hakkına sahip olduklarına ilişkin hükme varmıştır³⁵.

5. Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararları

İşçinin çağrıya hazır nöbette beklediği bu sürelerin hukuki niteliği, Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın çok sayıda kararına konu olmuştur. Divan 2000 yılında verdiği SIMAP³⁶ Kararı'nda, iş sağlığı

ve güvenliğine ilişkin 89/391/AET ve çalışma sürelerine ilişkin 93/104/AT453 sayılı Direktifler kapsamında üye devletlerin, işçinin çağrı için beklediği süreleri dinlenme sürelerinden sayamayacağını, eylemli çalışması olmasa bile işçinin çağrı saatlerinde işyerinde beklediği sürelerin bütünüyle çalışma süresinden sayılması gerektiği vurgulanmıştır. Kararlarda çalışma sürelerinin uygulanmasına ilişkin hususlarda, konunun iş sağlığı ve güvenliğinin korunmasıyla bağlantısının göz önünde bulundurulması gerektiği vurgulanmıştır. SIMAP Kararı'nda, söz konusu bekleme zamanının işyerinde olup olmasına göre bir ayrıma gidildiği de görülmüştür. Buna göre; sağlık hizmetlerini yerine getiren doktorların sağlık merkezinde işyerinde bizzat bulunmalarının gerekmesi karşısında, nöbette göreve hazır şekilde bekledikleri tüm sürenin çalışma süresinden ve şartların oluşması durumunda fazla çalışma sayılması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. Buna karşılık eğer nöbette buldukları sürede sadece her zaman "iletişim kurulabilir" durumda iseler, sadece fiilen çalışılan sürelerin bekleme süresinden sayılması gerekir.

Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın 2003 yılında verdiği *Landeshauptstadt Kiel v Norbert Jaeger* Kararı'na konu olayda ise, Bay Jaeger Kiel'de bulunan bir hastanenin cerrahi bölümünde doktor olarak görev yapmaktadır³⁷. Bay Kiel'in normal çalışma sürelerinin dışında hastanede kendisine tahsis edilmiş ve içinde yatak da bulunan odada

34 Busschaert, s. 218-219.

35 Eurofound and the International Labour Office. (2017). Working anytime, anywhere: The effects on the world of work, Publications Office of the European Union, Luxembourg, and the International Labour Office, Geneva, s. 48.

36 ABAD 03.10.2000, C-303/98, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61998CJ0303&from=EN>, (Erişim Tarihi: 20.11.2022). Karara yönelik değerlendirmeleri için bkz. Demiral, C. (2005). Avrupa Adalet Divanı'nın Çalışanların Nöbette Geçen Sürelerinin de Çalışma Süresine Dahil Edilmesine İlişkin Kararı "SIMAP Kararı". Prof. Dr. A. Can Tuncay'a Armağan, İstanbul, s. 155 vd; Aktekin, Ş. (2006). ATAD'ın Çağrı Üzerine Çalışma Sırasında Göreve Hazır Olarak Geçirilen Tüm Sürenin Çalışma Süresine Dahil Edileceğine İlişkin "SIMAP Kararı"nın Çalışma Süresi Yönergesi'ne Etkileri Bakımından İncelenmesi. Sicil İş Hukuku Dergisi, S:

1, Mart, s. 222-228.

37 Karar için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62002CJ0151> Erişim Tarihi: 24.12.2002. Bekleme zamanını bütünüyle çalışma süresinden saymaya yönelik ABAD kararları üye devletlerde endişelere ve tartışmalara yol açmış, söz konusu yorumun katlanılmaz maliyetlere ve personel eksikliğine yol açacağı düşüncesiyle 2003/88 Sayılı Çalışma Süreleri Direktifinin revizyonu gündeme gelmiş, bu amaçla taslak metin hazırlanmış ancak yasalaşmamıştır. Yaşanan bu sürece ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Nowak, T. (2018) The Turbulent Life of the Working Time Directive, Maastricht Journal of European and Comparative Law, Vol. 25 (1) s. 121 vd; Şahin Emir, s. 337, dn.17; Aktekin, s. 225 vd. Avrupa Birliğine üye 9 Devlette işyerinde geçirilen nöbet süresinin tamamının çalışma süresi olarak değerlendirildiği yönünde bkz. Şahin Emir, s. 337, dn. 17.

-işgörmesine ihtiyaç duyulmadığında uyuma imkanı bulunarak- nöbet tuttuğu süreler de bulunmaktadır. Divan, söz konusu sürede hizmetlerine ihtiyaç duyulmadığı için işçinin dinlenmesine ya da uyumasına izin verilmiş olmasını sonucu değiştirir nitelikte görmeksizin nöbet süresinin bütünüyle çalışma süresinden sayılmasına hükmetmiştir. Karar'da, Avrupa Birliği'nin Çalışma Sürelerine İlişkin Direktifi'nde çalışma ve dinlenme süresi kavramlarının birbirlerini karşılıklı olarak dışlayıcı şekilde düzenlendiğine, diğer bir ifadeyle bir sürenin ancak ya çalışma süresi ya da dinlenme süresi olarak değerlendirilebileceğine dikkat çekilmiştir. Mahkeme'ye göre; işçinin sağlığının ve güvenliğinin etkili bir şekilde korunmasını sağlamak için, genel bir kural olarak, çalışma süresi ile dinlenme süresi birbirini takip edecek şekilde düzene konulmalıdır. Bununla birlikte işçinin etkin bir şekilde dinlenebilmesi, sadece bu saatlerin birbirini izleyecek şekilde düzenlenmesine bağlı olmayıp dinlenme saatinde işçinin dinlenmesini, rahatlamasını ve çalışmaya bağlı yorgunluğunu atabilmesini sağlayacak şekilde çalışma ortamından belirli bir saat boyunca işten uzaklaşabilmesini de gerektirir. Dolayısıyla doktorun, hastanede fiziksel olarak bulunmak suretiyle işverenin emrine hazır olarak nöbette beklemesi durumunda bu sürenin tamamı çalışma süresinden sayılmalıdır. Zira hastanede bekleme süresinde işçi, fiili olarak işini yapmasa bile, ailesinden ve sosyal çevresinden uzakta ve her istediğini yapamayacak bir şekilde özgürlüğü sınırlandırılmış durumdadır.

Adalet Divanı'nın 11 Ocak 2007 tarihinde verdiği *Vorel Kararı*'nda³⁸ ise şu tespitlerde bulunulmuştur: 1. Bir doktorun fiilen çalışmamakla birlikte kişisel olarak işyerinde bulunmak zorunda olduğu tarzda gerçekleştirdiği bir nöbet hizmetinin tamamını çalışma süresi olarak kabul etmeyen üye ülke mevzuatının, 93/104 ve 2003/88 sayılı Yönergeler ile uyumlu olduğu söylenemez.

38 *Jan Vorel v Nemocnice Český Krumlov*, 11 Ocak 2007 tarih ve C-437/05 sayılı kararı, metin için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62005CO0437>, Erişim Tarihi: 24.12.2022.

2. İşçi sağlığı ve güvenliğinin etkili bir şekilde korunması bakımından 93/104 ve 2003/88 sayılı Yönergelerle sağlanan hakların etkili geçerliliğini ihlal etmemek kaydıyla, işyerinde nöbet hizmeti görevini gerçekleştiren işçinin, bu dönem içerisinde fiilen çalıştığı süreler ile fiili olarak çalışmadığı sürelerin farklı şekilde ücretlendirilmesini öngören bir ulusal hukuk düzenlemesinin söz konusu Yönerge hükümlerine aykırı olduğu söylenemez³⁹.

Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın daha yeni tarihli verdiği kararlarda, nöbette beklenen tüm süreyi çalışma süresinden saymaya ilişkin içtihadını salt işyerinde tutulan nöbetlerle sınırlandırmadığı, bazı koşullarla işyeri dışında gerçekleşen nöbetin de çalışma süresinden sayılabileceği sonucuna vardığı görülmektedir. 21 Şubat 2018 tarihli *Ville de Nivelles v Rudy Matzak Kararı*'na konu olayda⁴⁰, Belçika İtfaiye Teşkilatı'nda işe alınan itfaiyeciler, gönüllü itfaiyeciler ve profesyonel itfaiyeciler olarak iki gruba ayrılmışlardır. Gönüllü itfaiyecilerin görev başında buldukları sürelerin yanı sıra her yıl başında belirlenen nöbet listesine göre evlerinde nöbette bekledikleri süreler de bulunmaktadır. Nöbet sürelerinde söz konusu itfaiyeciler, trafiğin normal aktığı bir saatte trafik kurallarına da uyacak şekilde en fazla 8 dakikada istasyonda olacak bir yerde ikamet etmek veya bulunmak yükümlülüğü altında tutulmuşlardır. Ücretler ise esas itibarıyla fiilen çalışılan sürelere göre belirlenmekte, bekleme sürelerine ilişkin ise yıllık bir ödenek verilmektedir. Bay Matzak ise, 1 Ağustos 1980 tarihinde Nivel şehri itfaiye istasyonunda çalışmaya başlar ve bir yıl sonra da gönüllü itfaiyeci olarak atanır. Aynı zamanda işçi olarak başka bir işte de çalışmaktadır. 2009 yılında nöbet zamanları için kendisine ücret ödenmediği gerekçesiyle dava açar. Adalet Divanı, herşey-

39 Karar ve karara ilişkin değerlendirilmesi için bkz. Astarlı, M. (2007). Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın Doktorların Nöbet Hizmetinde (Bereitschaftsdienst) Geçen Çalışma Sürelerine İlişkin "Vorel" Kararının İncelenmesi. *Kamu-İş Dergisi*, S. 3, s. 19 vd.

40 Karar için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62015CJ0518>, Erişim Tarihi: 11.11.2022.

den önce söz konusu çalışanın "gönüllü itfaiyeci" olarak tanımlanmasının onun işçi sayılmasını ve 2003/88/EC sayılı Direktif'in uygulanmasını engellemeyeceğine vurgu yapmıştır. Adalet Divanı ayrıca, anılan Direktif'in 2. maddesinde tanımlanan "çalışma süresi" ve "dinlenme süresi" kavramlarının üye devletlerce ancak işçilerin daha lehine hükümler getirmek suretiyle değiştirilebileceğinden söz etmiştir. Diğer bir ifadeyle, üye devletlerin daha sınırlayıcı bir çalışma süresi kavramı belirlemesi mümkün görülmemektedir. Diğer yandan Mahkeme, anılan Direktif'in çalışma ve dinlenme sürelerine ilişkin ücretlendirme konusunda bir hüküm getirmediğini, dolayısıyla üye devletlerin işçinin çalışma süresi için ödenecek ücret ile dinlenme süresi için ücreti farklı olarak düzenleyebileceklerini ve hatta dinlenme süresi için bir ücret ödenmemesini dahi ulusal mevzuatlarında öngörebileceklerini ifade etmiştir. Divan'a göre; çalışma süresi ve dinlenme süresi kavramları karşılıklı olarak birbirlerini dışlayıcı niteliktedir; dolayısıyla nöbet süresi ya çalışma süresi ya da dinlenme süresi olarak değerlendirilmek zorundadır. Diğer yandan, çalışanın yaptığı işin yoğunluğu ve elde ettiği çıktı, Direktif'in 2. maddesi anlamında 'çalışma süresi' kavramının karakteristik unsurları arasında yer almamaktadır. İşyerinde fiziksel olarak bulunma şeklindeki bekleme süresinin 'çalışma süresi' kavramının dışında tutulması halinde, bu durum 2003/88 sayılı Direktif'in, çalışanlara yeterli dinlenme süreleri ve molalar verilmesi suretiyle güvenlik ve sağlıklarının sağlanması amacına ciddi şekilde zarar verecektir. Direktif anlamında çalışma süresi kategorisine girilmesi için, işçinin işveren tarafından belirlenen yerde fiziksel olarak bulunması ve ihtiyaç halinde uygun hizmetleri derhal sağlayabilmek için işveren için hazır olması gerekmektedir. Aslında, ilgili işçilerin bekleme süreleri boyunca kalacakları yeri seçmelerini imkansız hale getiren yükümlülükler, görevlerinin ifası kapsamında değerlendirilmelidir. Nitekim Mahkeme'ye göre; Bay Matzak, nöbet süresince sadece iletişim kurulabilir durumda değil, aynı zamanda sekiz dakika içinde işverenden gelen çağrıya yanıt vermek ve fiziksel

olarak işveren tarafından belirlenen yerde işinin başında olmak durumundadır. Bu olgu ise, objektif olarak işçinin kişisel ve sosyal uğraşlarına vakit ayırabilme imkanını çok ciddi şekilde sınırlandırdığından nöbet süresi bütünüyle "çalışma süresi" olarak değerlendirilmelidir.

Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın 9 Mart 2021 tarihinde verdiği *RJ v Stadt Offenbach am Main* Kararı'nda⁴¹ ise, bu sefer çağrı geldiğinde normal hava ve yol koşullarında –trafik regülasyonlarına göre kendisine tanınan yol önceliğini de kullanarak- 20 dakikada forması ve hizmet aracıyla işyerinde olmak durumunda olan bir itfaiyeci işçinin durumu ele alınmıştır. Burada olay yine, 2003/88 Sayılı Direktif'in 2(1) hükmünde "işçinin işverenin emrinde olduğu ve faaliyetini veya görevlerini yerine getirerek çalıştığı herhangi bir dönem" şeklinde tanımlanan çalışma süresi ve 2(2) hükmünde "çalışma süresi olmayan herhangi bir dönem" şeklinde tanımlanan dinlenme süresi kavramları çerçevesinde yorumlanmıştır. Bu kararında Mahkeme önceki karardan farklı olarak, sadece 20 dakikada işe gitme zorunluluğunun bekleme zamanını çalışma süresinden saymak için yeterli olmadığına, işçinin "hangi sıklıkta işe çağrıldığı", "kişisel uğraşların çok ciddi ve objektif şekilde sınırlanması" gibi olayın diğer tüm koşullarına bakılarak bir karar verilmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır.

Divan vermiş olduğu yeni tarihli farklı kararlarda da, işçinin işyeri dışında nöbette beklediği durumda işçiye işveren tarafından somut olayda uygulanan sınırlamalar, çalışanın işveren tarafından çağrıldıktan sonra çalışmaya başlaması gereken sürenin kısalığı, işçinin belirli ekipmanlarla

41 *RJ v Stadt Offenbach am Main*, C-580/19, judgment of Mar. 9, 2021; <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62019CJ0580&from=EN> Erişim Tarihi: 16.11.2022. Divan'ın DJ, RJ ve MG kararlarına ilişkin ayrıntılı değerlendirmeleri için bkz. Dulay Yangın, D.& Kutlu Mutluer M. (2022). Avrupa Adalet Divanı'nın Çağrıya Hazır Bekleme Süresinin Nitelendirilmesine İlişkin Yaklaşımı: DJ. v Radiotelevizija Slovenija C-344/19, RJ v Stadt Offenbach am Main C-580/19 ve MG v Dublin City Council C-214/20 Kararları Çerçevesinde Değerlendirmeler, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 9 (2), s. 24.

işyerinde bulunma yükümlülüğü olup olmadığı, ulusal mahkemeler tarafından objektif bir tahminin mümkün olması koşuluyla çalışanın bekleme süresi boyunca işyerine gelerek yaptığı çalışmaların sıklığı gibi uyumsuzluğa ilişkin tüm koşullara bakılarak bekleme süresinin tamamının çalışma süresi olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine karar verilmesi gerektiğine vurgu yapmıştır⁴².

Öğretide *RJ Kararı'nın* ve aynı yönde verilen *MG* ve *DJ Kararlarının*, *Matzak Kararı'ndan* sonra bir geri adım niteliğinde olduğu, kararlarda yapılan değerlendirmelerin yetersiz ve sınırlı olduğu ve sadece belirli ölçütlere dayandığı, Divan'ın adeta karar vermekte gönülsüz davrandığı, Divan'ın bu yaklaşımının 2003/88 sayılı Direktif'in uygulanmasında daha dar bir yaklaşıma gidilmesi sonucunu doğurabilecek nitelikte olduğu, bu konuda uygulanması gereken temel ölçütün işverenin çalışanların sağlığını koruma yükümlülüğü özelinde çalışana getirilen sınırlamaların zamanını yönetme özerkliğini profesyonel hizmetin gerektirmediği düzeyde objektif ve önemli ölçüde kısıtlayıp kısıtlamadığı olması gerektiği belirtilmiştir⁴³.

II. Türk Hukuku

Türk hukuku bakımından 4857 sayılı İş Kanunu'nda çalışma süresi kavramı tanımlanmamıştır. Söz konusu tanıma İş Kanununa ilişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği'nin 3. maddesinde rastlanılmaktadır. Bu hüküm uyarınca "Çalışma süresi, işçinin çalıştırıldığı işte geçirdiği süredir. İş Kanununun 66. maddesinin birinci fıkrasında yazılı süreler de çalışma süresinden sayılır..." Çalışma süresi, işçinin sadece fiilen çalıştığı süre değil, çalıştırıldığı işte işverenin emir ve otoritesi altında geçirdiği süredir⁴⁴. 4857 sayılı İş Kanunu'nun

66. maddesinin 1. fıkrası uyarınca "farazi çalışma süreleri" şeklinde de adlandırılan işçinin fiilen çalışmadığı halde çalışma süresinden sayılan süreler de bulunmaktadır. Bunlardan konumuzla ilgilendiren hükme göre; "İşçinin işinde ve her an işgörmeye hazır bir halde bulunmakla beraber çalıştırılmaksızın ve çıkacak işi bekleyerek boş geçirdiği süreler" de çalışma sürelerine dahil süreler içerisindedir (m. 66/1, c)⁴⁵. Yine, "İşçinin işveren tarafından başka bir yere gönderilmesi veya işverenin evinde veya bürosunda yahut işverenle ilgili herhangi bir yerde meşgul edilmesi suretiyle asıl işini yapmaksızın geçirdiği süreler" de farazi iş süreleri arasındadır (m. 66/IV). Bu çerçevede, işçinin sadece işyerinde geçirdiği süreler değil, işverenin emri ve talimatı ile kendi işini görmeksizin işyeri dışında bir başka yerde veya işverenin evinde çalıştırılması durumunda da geçirdiği süreler çalışma süresinden sayılır. Nitekim öğretide çalışma süresinden sayılmak için, söz konusu sürenin mutlaka işyerinde gerçekleşmesinin gerekmediği de haklı olarak belirtilmektedir⁴⁶. Buna göre; fiilen işyerinde bulunmamakla birlikte işverenin emrine hazır halde olan işçinin işyerinde bulunmaması işverenden kaynaklanan bir nedene dayanıyor-

(2022). İş Hukuku, 14. Baskı: Seçkin Yayıncılık, s. 372.

45 Bu noktada yine öğretide söz konusu hukuki sonucun, Borçlar Kanunu m. 408 (Önceki Kanun m. 325) de yer alan işveren temerrüdüyle paralel şekilde ele alınması gerektiği belirtilmektedir. Söz konusu hüküm uyarınca "İşveren, işgörmeye ediminin yerine getirilmesini kusuruyla engellersen veya edimi kabulde temerrüde düşerse, işçiye ücretini ödemekle yükümlü olup, işçiden bu edimini daha sonra yerine getirmesini isteyemez. Ancak, işçinin bu engelleme sebebiyle yapmaktan kurtulduğu giderler ile başka bir iş yaparak kazandığı veya kazanmaktan bilerek kaçındığı yararlar ücretinden indirilir". Bu hükümlerle birlikte değerlendirildiğinde eğer iş ifası teklifinin reddedilmesi objektif olarak haklı neden sayılmayan elektrik kesilmesi, hammadde yokluğu, piyasadaki talep azlığı gibi bir nedene dayanıyorsa ücrete hak kazanılacak; buna karşılık objektif olarak haklı neden sayılan ve mücbir neden niteliğinde olan deprem, sel, savaş, genel grev gibi bir nedene dayanıyorsa bu neden ortadan kalkana kadar geçecek süre çalışma süresinden sayılmaz (Astarlı, s. 148).

46 Astarlı, s. 147; Alp, M. (2011); Tele Çalışma (Uzaktan Çalışma), Prof. Dr. Sarper Sözek'e Armağan, s. 839; Mollamahmutoğlu ve diğer yazarlar, s. 1263; Senyen Kaplan, s. 520. Ekmekçi, Ö. /Yiğit, E. (2022). Bireysel İş Hukuku Dersleri, 4. Baskı, İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, s. 434.

42 Şahin Emir, s. 341-342.

43 Dulay Yangın/Kutlu Mutluer, s. 24.

44 Senyen-Kaplan, E.T. (2022). Bireysel İş Hukuku, Yetkin Kitabevi, Ankara. s. 519; Mollamahmutoğlu, H./ Astarlı, M./ Baysal, U. İş Hukuku, Güncellenmiş 7. Baskı, Ankara 2022, s. 1263; Arıcı, K. (2022). Türk İş Hukuku – I Ferdi İş İlişkileri Hukuku, Ankara: Gazi Kitabevi, s. 171; Akyiğit, E.

sa boşta geçen süreler, bu bent uyarınca çalışma süresinden sayılmalıdır. Bu çerçevede işçinin iş yerinde bulunmaması tele çalışmada olduğu gibi işin niteliğinden kaynaklanan bir sebebe dayanıyorsa da işyeri dışında iş görmeye hazır şekilde bekleme de çalışma süresinden sayılmalıdır.

İK md. 68/son hükmü uyarınca aksi kararlaştırılmadıkça ara dinlenmeleri, çalışma sürelerinden sayılmamaktadır. İşçinin ara dinlenmesinde işyerinde kalması mümkün kabul edilse de çalışıyor ya da çıkacak iş için çalışmaya hazır durumda bekliyorsa ara dinlenmesi, iş süresinden sayılmalıdır⁴⁷. Buna karşılık işyerinde kalmasına rağmen zamanını serbestçe kullanıyor yani fiilen çalışmıyor ya da işverenin emrinde kalmıyorsa bu süreler, ara dinlenmesi olarak kabul edilebilmektedir⁴⁸.

1. Yargıtay'ın İşyerinde (24 Saat) Nöbet Tutmaya İlişkin İçtihadı

Yargıtay çok sayıda kararında işyerinde 24 saat çalışma, ertesi gün 24 ya da 48 saat dinlenme şeklinde gerçekleşen çalışmalarda işçinin işyerinde yatma (uyuma) imkanı varsa 10 saatlik dinlenme süresi dolayısıyla 14 saatlik fiili çalışmanın varlığını, söz konusu imkan yoksa 4 saatlik ara dinlenmesi dolayısıyla 20 saatlik fiili

çalışmanın varlığını kabul etmekte ve günlük 11 saati geçen fiili çalışma için fazla çalışma ücretine hükmetmiştir^{49,50}. Yargıtay ayrıca, hafta içi işyerin-

49 Kararlar ve kararlara ilişkin ayrıntılı değerlendirme ve eleştirisi için bkz. Mutlay, F.B. (2019). Çalışma Sürelerine İlişkin Düzenlemeler ve Yargıtay Kararları Doğrultusunda 24 Saat Çalışma, Sicil, S. 42, s. 61 vd; Alpagut, G. (2012). İş İlişkinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2010, Ankara, s. 70; Doğan Yenisey, K. (2008). Bireysel İş İlişkinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay'ın 2006 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtay'ın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2006, İstanbul, s. 71; Aynı yazar, Değerlendirme 2013, s. 120; Baycık, G. (2018). İş İlişkinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2016, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, İstanbul, Oniki Levha, s.301 vd. Yargıtay'ın özellikle 24 saatlik çalışma döneminde 10 saat dinlenme imkânı bulamayan güvenlik görevlileri ve sağlık çalışanları için ara dinlenmesini 10 saat değil 4 saat kabul eden kararları için bkz. Baycık, s. 301-302. Somut olayın özelliklerinin salt işçinin işyerinde uyku imkanının olup olmadığına indirgenmesinin yerinde olmadığı yönünde bkz. Mutlay, s. 70 vd. Yargıtay işçinin işyerinde uyku imkanının bulunup bulunmadığından kastının ne olduğu şu şekilde açıklanmıştır: "Uyku düzeninden kastedilen uzanıp yatabileceği bir ortamın bulunması, özel bir yerin tahsis edilmesi haline münhasırdır. Bu doğrultuda bir yatma imkanının bulunduğu kanaatine ulaşılmaması halinde hesaplama 14 saat üzerinden yapılmalıdır. Aksi takdirde oturduğu yerde uyumak suretiyle bir bekleme durumu söz konusu ise 4-6 saat arasında ara dinlenmesi düşülmelidir. Güvenlik görevlisi, pompaçılarının ara dinlenmelerinde yatma imkanının bulunmadığı nazara alınarak değerlendirme yapılarak sonuca gidilmesi gerekir. Tanıklar yeniden dinlenerek davacının çalışma şekli sorulmalı, ara dinlenmesi süresinin ne kadar olduğu ve davacıya yatma imkanı sağlanıp sağlanmadığı hususu ise hem taraflardan hem de tanıklardan sorularak, 24 saatlik çalışmada yatma imkanı olduğunun belirlenmesi halinde 10 saatlik ara dinlenme süresi, yatma imkanı olmadığı takdirde ise 4 saatlik ara dinlenmesi süresi kabul edilerek davacı alacağı belirlenmelidir" (Y9HD, 01.07.2019, 5700/14539, Sümer ve Kayırgan, s. 822). Yargıtay 14, 15 veya 17 saatlik gibi uzun çalışma sürelerinden ise günlük üç saatlik ara dinlenmesi süresinin düşülmesi gerektiği sonucuna varmaktadır (Y22HD, 14.02.2019, 20957/3498, Y9HD, 11.04.2019, 3313/8512; Y9HD, 29.03.2021, 3088/7105, Sümer ve Kayırgan, s. 820-821).

50 Yargıtay Kararı uyarınca; "TC Sağlık Bakanlığı nezdinde Türkiye'deki hastanelerde statü hukuku dışında hemşire, ebe, doctor, eczacı, anestezi uzmanı vs. olarak çalışanlar, haftalık normal mesailerinde fazla çalışma yapmadıklarından, sadece tuttıkları nöbetlerle sınırlı olarak fazla çalışma yapmış olmaktadır. Nöbet çizelgeleri ile belirlenen bu tür çalışmalar hafta içi ve hafta sonu olarak gerçekleşmektedir. Hafta içi nöbetler 17:00-8:00 saatleri arasında 15 saat olarak yapılmaktadır. Haftasonu

47 "...İşçinin ara dinlenmesi sırasında fiilen çalıştırılmamakla beraber, işin veya makinenin başında çıkacak iş için veya arıza veya tehlike anında derhal müdahale için bekletilmesi halinde, ara dinlenmesinin gerçek amacına ulaştığı söylenemez; bu durumda ara dinlenmesi olarak kabul edilen sürelerin de iş süresinden sayılması ve ücretlendirilmesi gerekir" (Y9HD, 09.03.2021, 2597/5846, Sümer, H.H./ Kayırgan, H. (2022). İşçilik Alacakları ve Hesaplamaları, 3. Baskı: Seçkin Yayıncılık, s. 817); Yargıtay'ın kimi zaman bu konuda işin niteliğini de dikkate aldığı görülmektedir. Bu yöndeki bir karar uyarınca "...Davacı işçi güvenlik görevlisi olup ara dinlenmesi süresinde dahi görev bölgesinde bulunduğu ve nöbet yerini terk edemeyeceği davalı tanığı tarafından açıklanmış olup işçinin fiilen yaptığı iş dikkate alındığında günde 3 saat ara dinlenme yaptığının kabulü isabetli değildir...". Söz konusu olayda işçinin 3 saat ara dinlenmesi kullandığına dair imzalı belge sunulmasına rağmen bu sonuca ulaşılmıştır (Y9HD, 09.09.2019, 8611/15405, Sümer/Kayırgan, s. 816-817).

48 Süzek, S. (2021). İş Hukuku, İstanbul: Beta Yayınevi, s. 855.

de tutulan 24 saatlik nöbetler bakımından eğer ertesi gün çalışılmayarak nöbet izni tutuluyorsa ertesi günün mesai süresi olan 8 saatin de düşülmesi gerektiğini, Cuma ve Cumartesi gecesi tutulan nöbetler bakımından ise ertesi gün tatil günü olduğundan bu mahsubun yapılmayacağı sonucuna varmaktadır⁵¹. Öğretide söz konusu kararlar eleştirilerek, iş hukukunda çalışma sürelerinin yalnızca fiilen çalışılan süreler değil, aynı zamanda iş görme ediminin işverenin emrine sunulduğu süreler olduğuna ve işçinin 24 saatini işyerinde geçirdiği bir çalışma modelinde işçinin 10 saat dinlendiği varsayımının yerinde olmadığına haklı olarak dikkat çekilmektedir⁵². Bu görüşe

nöbetler 24 saat sürmekte, işin niteliğine göre zorunlu ihtiyaçlar nedeniyle 4 saat ara dinlenme indirildiğinde 20 saat fazla çalışma yapılmış olmaktadır. Ancak, bu durumlarda fazla çalışmaları, tutulan hafta içi ve sonu nöbet sayısına göre denetlemeye elverişli olarak bilirkişi raporu ile belirlenmelidir. Nöbet tutan çalışanın çoğunlukla ertesi gün nöbet izni kullanarak çalışma yapmaması nedeniyle, normal mesai devam çizelgeleri de mutlaka getirilmelidir. İşçi, nöbetin ertesi günü nöbet izni kullandığında, ertesi gün (8 saat normal mesai süresi kadar) çalışmadığından hafta içi nöbette (12-8=4) saat fazla çalışma yapmış sayılmalıdır. Hafta sonu nöbette ise, Cumartesi ve Pazar günü normal tatil olduğundan Cuma ve Cumartesi gecesi tutulan nöbetlerden, ertesi gün çalışılmadığı gerekçesi ile indirim yapılmaya olanağı yoktur. Öte yandan genel tatile denk gelen nöbet günlerinde de ayrıca genel tatil ücreti verildiğinden yukarıda anlatılan şekilde indirim yapılmamalıdır. Dairenin kökleşmiş uygulaması da bu doğrultudadır (Y9HD, 40834/7566; Bursa BAM 05.07.2019, 32/1796, Sümer ve Kayırgan, s. 821).

51 Yargıtay'ın günlük fiili çalışma süresinden ertesi gün çalışılmayan güne ilişkin 8 saatin düşülmesine ilişkin içtihadının haklı eleştirisi için bkz. Mutlay, s. 64; Alpagut, Değerlendirme 2010, s. 70.

52 Doğan Yenisey, Değerlendirme 2006, s. 71; Doğan Yenisey, Kübra: İş İlişkinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2013, İstanbul 2015, s. 120. Yazara göre; mevcut sisteme göre İş Kanununa ilişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliğinde yer alan denkleştirme konusunda tarafların anlaşmasının yazılı olması gereği karşısında örtülü denkleştirme de mümkün görülmemelidir. Üstelik 11 saatin üzerindeki çalışmalar her şekilde yasaya aykırı olup bunun denkleştirme döneminde esas alınması hukuken mümkün değildir (Doğan Yenisey, s. 72); Aynı yönde Mutlay, s. 80. Bu konuda öğretide ileri sürülen diğer görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Mutlay, s. 78. Yargıtay bazı kararlarında işçinin uyuma imkanını da göz önünde tutmaksızın "bir işçinin günde en fazla fiilen 14 saat çalışabileceğinin kabulü gerekir" tespitinde bulunmaktadır. Bu yönde bir karara göre; "...Somut olayda; dosya kapsamında yer alan

göre; işçinin işyerinde bulunduğu süreleri serbest zaman olarak nitelendirmek kolay olmasa da fiilen çalışılmaksızın işyerinde geçirilen sürelerin çalışma süresi olarak kabul edilerek aktif çalışma olmayan dönem için fazla çalışma ücreti ödenmesi hakkaniyete ve gerçeklere aykırı olup bu konuda en uygun çözüm bu tip süreler için yasal bir düzenleme getirilmesidir. Mevcut düzenlemeler çerçevesinde ise işçinin, 19 saat çalıştığı kabulü daha yerindedir. Yine öğretide diğer bir yazar, işçinin 24 saatlik nöbet süresinin sadece 14 saatinde çalıştığı ve geri kalan süre için ücret ödenmeyeceği ve fazla çalışma hesabında dikkate alınmayacağı şeklindeki kabulün mevzuata aykırı olduğunu belirtmektedir⁵³. Zira Çalışma Süreleri Yönetmeliği çalışma süresini, "işçinin çalıştırıldığı işte geçirdiği süre" şeklinde tanımlarken, İK md. 66/c hükmü "işçinin işinde ve her an iş görmeye hazır bir halde bulunmakla beraber çalıştırılmaksızın ve çıkacak işi bekleyerek boş geçirdiği süreleri" de iş süresinden saymıştır.

Öğretide, yargının fazla çalışmaların hesaplanmasında yeknesak bazı ilkeler geliştirmesi haklı görülebilirse de bu durumun fiili durumun göz ardı edilmesine yol açmaması gerektiği haklı olarak belirtilmektedir⁵⁴. Yine benzer yöndeki bir görüşe göre; kamu düzeni amacıyla içtihat birliğinin ve dolayısıyla hukuk güvenliğinin sağlanması bakımından belirli standartlar belirlenmesi yerinde olsa da bu standartlara sıkı sıkıya bağlı

nöbet çizelgeleri ile tanık anlatımlarına göre davacının davalı hastane işyerinde haftanın 5 günü 08:00-18:00 saatleri arasında ve ayda 1 gün 24 saat nöbet tutmak suretiyle çalıştığı yönündeki belirleme isabetli bulunmakta ise de ...bir işçinin günde en fazla 14 saat çalışabileceği kabul edildiğinden, davacının 24 saat nöbet tuttuğu günlerde çalışmasının fiilen 14 saat kabul edilerek, bu haftalarda hafta içi 4 gün 08:00-18:00 saatleri arasında günlük 1 saat ara dinlenme süreleri mahsup edilmek suretiyle toplam 36 saat, nöbet tutulan 1 günde ise fiilen 14 saat olmak üzere toplamda 50 saat çalışarak 5 saat fazla 5 saat fazla mesai yapıldığının hesap edilmesi gerekir (Y9HD, 17.12.2020, 846/18933, Sümer ve Kayırgan, s. 822-823). Akaryakıt istasyonunda çalışan pompacı hakkında aynı yönde bkz. Y22HD, 22.10.2019, 21991/19616, Sümer ve Kayırgan, s. 825).

53 Alpagut, Değerlendirme 2010, s. 71; Aynı yönde bkz. Mutlay, s. 68.

54 Doğan Yenisey, Değerlendirme 2013, s. 120.

kalinmaması ve eğer aksi yönde çalışma ve ara dinlenme süresinin ispatı söz konusuysa gerçek duruma göre, ispatın gerçekleşmediği durumda ise belirlenen standartlara göre karar verilmesi yerindedir⁵⁵.

Yine doktrinde, bir itfaiyecinin ara dinlenmesinde işyerinde bulunma zorunluluğunun bulunması karşısında ara dinlenmesinin çalışma süresinden sayılıp sayılmayacağına ilişkin olan karar değerlendirmesinde şu tespitlerde bulunmuştur⁵⁶: "İş süresinin düzenlenmesine ilişkin hükümler öncelikle işgücünün korunması amacı taşımaktadır. İşçinin dinlenme hakkını gereği gibi gerçekleştirebilmesi için fiziksel ve zihinsel gücün tam anlamıyla serbest olması gerekir. (Ara) dinlenmesine ilişkin süre, işçinin işe yönelik her türlü faaliyetten uzak kalabildiği, nerede ve nasıl geçireceğine serbestçe karar verebileceği bir zaman dilimidir. Ara dinlenmesinin çalışma süresinin dışında tutulmasının gerekçesi budur. Bununla birlikte yazara göre işçinin iş görmeye hazır olması ile işletme gerekleri dolayısıyla işyerinde bulunması birbirinden ayrılmalıdır. Buna göre iş görmeye hazır olmak gerçek çalışmada hafif de olsa daima zihinsel veya fiziksel faaliyeti gerektirse de işletme gerekleri ile işyerinde kalmak "niteliği gereği ikamet yerinin ihtiyaç olduğunda çalışmaya derhal başlanabilmesini sağlamak amacıyla" sınırlandırılmış olmasıdır. İşletme gerekleri ile işyerinde kalmak olgusunda, işçinin işveren için bir faaliyette bulunmasından çok uyuması da dahil olmak üzere ihtiyaçlarının pek çoğunu karşılayabilmesi söz konusudur. Dolayısıyla bu sürelerin çalışma sürelerinden sayılması iş süreleri ile ilgili mevzuata uygun olmamakla birlikte dinlenme süresinden de sayılması mümkün değildir. Zira gerçek anlamda dinlenme, sağlığın ve çalışma

gücünün korunması ve geliştirilmesi amacıyla tam anlamıyla boş bir zamanı gerekli kılar. Dinlenme imkanından ancak işçinin zaman üzerinde dilediği gibi tasarrufta bulunabildiği, dilediğini yapabilecek şartlarda olması ve çalışma açısından bir taleple karşılaşma ihtimalinin bulunmaması halinde söz edilebilir. Bu çerçevede Borçlar Kanunu m.394/2 de yer alan "Bir kimse, durumun gereklerine göre ancak ücret karşılığında yapılabilecek bir işi belli bir zaman için görür ve bu iş de işveren tarafından kabul edilirse, aralarında hizmet sözleşmesi kurulmuş sayılır." (Önceki Borçlar Kanunu m.314/2) kuralından hareketle ve her hizmetin bir ücret değeri bulunacağına ilişkin ilke uyarınca –gerçek çalışma için kararlaştırılan tutara ulaşmasa da- bir ek ücret talep edilebilmelidir."⁵⁷

Buna karşılık öğretide ileri sürülen diğer bir görüşe göre; işyerinde hazır durumda bulunan ve her an iş görmeye hazır bir şekilde bekleyen işçinin nöbet boyunca çalıştırılmaksızın çıkacak işi bekleyerek boşta geçirdiği sürelerin İş Kanunu'nun 66. maddesinin 1. fıkrasının c bendi gereğince farazi çalışma süresi olarak kabul edilmesi, dolayısıyla işyerinde geçirilen nöbet süresinin tamamının çalışma süresi olarak kabul edilmesi gerekir⁵⁸.

Kanımıza göre; işyerinde gerçekleşen veya işverenin belirlediği yerde gerçekleşen nöbetleri –işçinin tam anlamıyla dinlenebildiği ara dinlenmesi hariç tutulmak üzere- tümüyle çalışma süresinden sayılmalıdır⁵⁹. Bu konuda öncelikle işçinin çağrıya hazır beklediği sürede işyerinde kalma zorunluluğunun bulunup bulunmaması ölçütünden yararlanılması Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın yukarıda anılan kararlarında da söz

55 Baycık, s. 303-304; Yargıtayın, "yemeği yer yemez iş başına geçiyorduk" şeklindeki tanık beyanlarına rağmen günlük 1 saat ara dinlenmesi düşülerek çalışma süresinin hesaplanmasına ilişkin kararı ve somut olayda gerçeğe aykırı karar verilmesinin hukuk güvenliğini tehlikeye düşüreceğine dair haklı eleştirisi için bkz. Baycık, s. 304.

56 Soyer, M. P. (1993). Ferdî İş İlişkinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri 1991, İstanbul, s. 21-23.

57 Soyer, s. 21-23.

58 Şahin Emir, s.338; Eyrenci, S./ Taşkent, Ö./ Ulucan, D./ Baskan, E. (2020). Bireysel İş Hukuku, 10. Baskı: Beta Yayınevi. s. 270.

59 ILO Uzmanlar Komitesi de 30 Sayılı Çalışma Sürelerine İlişkin ILO Sözleşmesine ilişkin yaptığı yorumda çalışma süresinden sayılıp sayılmama konusunda işyerinde kalmak zorunda olunup olunmamasının önemine dikkat çekmiştir. Buna göre; işçi işyerinde kalmak zorundaysa kendi zamanlarını ve hareketlerini planlamak konusunda özgür değiller anlamına gelmektedir (ILO, s. 17).

konusudur. Kanımıza göre; işçinin işyerinde iş görmeye hazır olması ile işletme gerekleri dolayısıyla işyerinde bulunması kavramlarının birbirinden ayrılması kolay görünmemektedir. Burada göz önünde bulundurulması gereken tek ölçüt, işçinin -ister işletme ve işin gereği olarak ister başka bir sebeple- talep edildiği an iş görmeye hazır vaziyette bulunup bulunmadığı olmalıdır. Eğer işyerinde gerçekleşen nöbetlerde işçinin bu sürede kişisel uğraşlarıyla ne kadar ilgilenebildiği ölçütünden yola çıkılırsa taksi durağında çıkacak işi beklerken kitap okuyan, televizyon seyreden veya koltuğunda uyuklamasına müsaade edilen işçinin beklediği sürelerin de çalışma süresinden sayılmaması sonucu çıkabilir. Bu bağlamda işyerinde nöbette beklemek bakımından işin ne sıklıkta çıktığının da bir önemi olmamalıdır. Eğer söz konusu ölçüt önemli kabul edilirse, o gün hiçbir müşterinin gelmediği bir mağazada bekleyen tezgahların çalışmadığı sonucuna varmak gerekir. Dolayısıyla işçinin işyerinde oturarak, televizyon izleyerek, kitap okuyarak ve hatta (uyumasına işveren tarafından müsaade edildiği için) uyuyarak çıkacak işi beklediği ve iş çıktığında derhal iş gördüğü süreler tümüyle çalışma süresinden sayılmalıdır. Nitekim eğer işçi işyerinde uyusa bile her an uyandırılabilir ve hemen işi gerçekleştirebilecek bir durumdaysa işverenin otoritesi altında sayılmalıdır. Aynı şekilde, işveren işçinin nerede bulunacağına ilişkin emir ve talimat veriyorsa yine işverenin otoritesi söz konusu demektir. Zira normal koşullarda işçinin özel hayatı ve dinlenme zamanını nerede geçireceği işverenin kural olarak yönetim hakkı dışında kalmakta ve bu bağlamda işçinin çalışma süresi dışında işçinin nerede bulunacağına dair bir emir ve talimat verme hakkı bulunmamaktadır.

2. İşyeri Dışında Tutulan İcap Nöbetine İlişkin İhtihat

Türk hukukunda işçinin işinde iş görmeye hazır şekilde beklemesine ilişkin hüküm bulunmakla birlikte –Alman hukukunda olduğu gibi- işçinin kendisinin belirlediği veya işveren tarafından

işyeri dışında belirlenen bir yerde nöbette geçirdiği süreye ilişkin ayrı bir hukuki düzenleme bulunmamaktadır. Türk hukukunda da konu Yargıtay kararlarında icap nöbeti konusu çerçevesinde ele alınmıştır. İcap nöbeti genel olarak, işçinin evinde, işyerine yakın bir otelde veya işverenin sağladığı bir yerde ya da işyerinde iş görmeye hazır olarak beklemesi, işin çıkması ve işe çağırılma durumunda iş görme edimini ifa etmesidir. Eğer işçi, nöbet süresince işyerinde ya da işveren tarafından belirlenen bir yerde değil ise bulunduğu yeri işverene bildirmekle yükümlüdür⁶⁰. İcap nöbeti tutanlara örnek olarak, sağlık personeli, ambulans şoförü, itfaiyeciler, elektrik üretimi ve nakil istasyonlarında çalışan işçiler, hastabakıcılar gösterilmektedir⁶¹.

Yargıtay'ın konuyla ilgili yerleşik hale gelen ilke kararına göre⁶²; "...24 saatlik çalışmadan ara dinlenme süresi düşülmemiştir. Öte yandan; dosya kapsamındaki belgelere göre, davacının icap nöbeti tuttuğunda kaç kez göreve geldiği ve görevin kaç saat sürdüğü net olarak tespit edilememekte olup fiili olarak davacının nöbetlerde iş başında geçirdiği sürenin belirlenmesi ve buna bağlı olarak haftalık ne kadar fazla mesai yaptığıнын tespiti mümkün gözükmemektedir. Ayrıca davacının icap nöbeti sırasında işyerinde olmadığı evinde veya tercih ettiği başka bir yerde zamanını geçirdiği, çağırılması durumunda göreve gittiği dolayısıyla çağırılmadığı zamanlarda imkânı ölçüsünde serbest hareket edebildiği anlaşılmaktadır. Ancak yapılan işin niteliği gereği icap nöbeti esnasında sadece çağırılma durumunda işyerine gidiliyor olursa da geri kalan zamanı işçinin tamamen özgür hareket ederek geçirmesi de beklenemez. İşçi çağırılmaya hazır olarak beklemektedir ve işverence çağırıldığında makul bir süre içerisinde görevi başında olmak zorundadır. Bu anlamda işçi icap nöbeti esnasında şehir dışına

60 Şahin Emir, s. 342.

61 Şahin Emir, s. 342-343.

62 Y9HD, 17.09.2020, 21112/8240, Çalışma ve Toplum, 2021/1, s. 661-664; Karara ilişkin değerlendirmesi için bkz. Şahin Emir, s. 333 vd; Aynı yönde bkz. Y9HD, 26.01.2021, 4705/2257, <https://karararama.yargitay.gov.tr/# Erişim Tarihi: 20.11.2022>.

çıkamaz veya işyerine uzak bir yere gidemez. Ne var ki; ihtiyaç duyulduğunda işyerine gidilmek zorunda olması icap nöbetinde geçen tüm sürenin çalışma süresinden sayılmasını gerektirmez. Davacının nöbet sırasında işyerine giderek gerçekleştirdiği çalışma sebebiyle geçen süre, çalışma süresinden sayılacaktır. İşyerine gitmesini gerektirecek bir durum ortaya çıkmaması durumunda ise, uygun bir sürenin çalışma süresinden sayılması hakkaniyet gereğidir. Tüm bu hususlar dikkate alınarak yerleşik hale gelen içtihatlar ile icap nöbetinde fiilen daha fazla çalışıldığı kanıtlanmadığı takdirde, icap nöbetinde geçen sürenin 1/8'nin çalışma süresinden sayılması gerektiği sonucuna varılmıştır. Şüphesiz davacı tarafından kanıtlanan fiili çalışma süresi daha fazla ise bu süre haftalık çalışma süresine eklenecektir.”

Yargıtay'ın icap nöbetine ilişkin anılan içtihadını isabetli bulan bir yazara göre; işçinin, işveren tarafından ihtiyaç duyulması durumunda işyerine gitmek zorunda olması icap nöbetinde geçen tüm sürenin çalışma süresinden sayılmasını gerektirmez⁶³. İşçinin sadece evinde ya da kendi belirlediği bir yerde bulunduğu ve işveren tarafından çağrıldığı zamanlarda işyerine gelerek çalışması ile işçinin işyerinde icap nöbeti tutarak geçirdiği süreyi aynı şekilde değerlendirmek hakkaniyetli olmaz. Bu nedenle de iki olasılığa göre icap nöbetinde geçirilen süreler değerlendirilirken farklı esaslar dikkate alınmalıdır. Buna göre; eğer işçi icap nöbetini işyerinde geçiriyorsa tüm sürenin çalışma süresinden sayılması, buna karşılık uyumsuzluk konusu kararda olduğu gibi işyeri dışında kendi belirlediği yerde geçiriyorsa tüm sürenin çalışma süresinden sayılmayıp fiili çalışma süresi ve yolda geçen sürelerin yanında 1/8 oranında bir eklemeye yapılması adil olacaktır⁶⁴. Yazar, ayrıca işçinin çağrıya hazır hâlde tuttuğu icap nöbetinde geçen bekleme sürelerinin dinlenme süresi sayılmayacağına, dinlenme süresinin varlığından söz edebilmek için işçinin sağlığının ve çalışma gücünün korunması ve geliştirilmesi için tam anlamıyla boş bir zaman olması gerektiğine,

bu süre boyunca işçinin çalışma açısından bir taleple karşılaşma ihtimalinin de bulunmaması gerektiğine dikkat çekmektedir. Oysa, çağrıya hazır hâlde gerçekleşen icap nöbeti, işçinin en azından aile yaşamından feragat etmesi, bu hizmet dolayısıyla sosyal ve kültürel gelişmelerden yoksun kalması sonucunu doğurmaktadır. Ayrıca bu şekilde çalışan işçi nöbet süresini işyerinde geçiren işçiye kıyasla en azından nöbet boyunca bulacağı yeri belirleme konusunda kısmen özgür olsa da -işverenden gelecek çağrıyı her an işyerine gidecek gibi hazır beklediği için- bekleme zamanında tamamen özgür de değildir.

Kanımıza göre öncelikle icap nöbetine ilişkin Yargıtay'ın anılan içtihadı Türk hukukundaki yasal çerçeveye uygun bulunmamaktadır. Nitekim Türk hukukunda, yukarıda anılan bazı hukuk sistemlerinde olduğu gibi, çalışma zamanı ve dinlenme zamanı arasında ara bir kategori bulunmamaktadır. Diğer bir ifadeyle, mevcut sisteme göre bir süre işçi yönünden ya çalışma süresidir ya da dinlenme süresidir. Dolayısıyla işçinin evinde gerçekleşen icap nöbetinin veya işyerinde gerçekleşen ara dinlenmesinin olayın özelliğine göre dinlenme süresinden sayılmayacağı sonucuna varıyorsak bu süreyi çalışma süresinden saymak mecburiyeti doğmaktadır. Zira ABAD Kararlarında belirtildiği ve Avrupa Birliği'nin 2003/88 sayılı Çalışma Sürelerine İlişkin Direktifi'nde olduğu gibi, Türk hukukunda da çalışma ve dinlenme süresi şeklinde ikili ayırım bulunmakta, iki kavram birbirini dışlamakta ve bunların iç içe geçmesi gibi bir durum söz konusu olmamaktadır.

Bu konuda ileri sürülebilecek bir iddia bu konuda Türk hukukunda bir yasal boşluk olduğu ve Yargıtay'ın da anılan içtihadıyla bu boşluğu hukuk yaratmak suretiyle dolduruyor olmasıdır. Eğer durum bu ise de herşeyden önce bu durumun kararın gerekçesinde açıkça belirtilmesi yerinde olacaktır. Diğer yandan, yasadaki boşluğun öncelikle anayasal dinlenme ve sağlık hakları ile iş hukukunun en temel ilkelerinden olan iş sağlığının ve güvenliğinin korunması doğrultusunda

63 Şahin Emir, s. 343- 344.

64 Şahin Emir, s. 345.

doldurulması gerekir⁶⁵. Zira öncelikle çok sayıda çalışmada, haftasonu ya da gece beklenmeyen bir olay olduğunda işe çağrılan nöbet usulü/çağrı üzerine çalışan işçilerin depresyon, uykusuzluk veya uyku bozukluğu, anksiyete gibi ruhsal ve psikososyal sorunları yaşama olasılıkları daha yüksek bulunmuştur. Diğer yandan bu konuda Yüksek Mahkeme’ce ortaya konulan 1/8 ölçütü, konuya ilişkin bir yeknesaklık ve belirlilik sağlarsa da, her olaya uygulanması fiili durumun göz ardı edilmesine ve bazı durumlarda hakkaniyete aykırı sonuçların doğmasına neden olabilecektir. Bu konuda olması gereken, somut olayın özellikleri dikkate alınarak karşılaştırmalı hukukta belirttiğimiz ölçütlerden de yararlanılarak icap nöbetinin çalışma süresi mi yoksa dinlenme süresi mi olduğunun ya da ne kadarının çalışma süresi sayılabileceğinin belirlenmesidir. Bu konuda söz konusu boşluk doldurulurken her somut olayın özelliğine göre beklemenin işçiye yarattığı külfet ve işverene sağladığı fayda formülüne göre bir sonucuna varılması söz konusu olabilir. Bu çerçevede beklemenin işçiye yarattığı külfet değerlendirilirken, bu süre içinde çalışanın zamanını özgürce planlama imkânının “objektif ve önemli şekilde” sınırlandırılmadığı hususundan hareket edilmelidir⁶⁶. Buna göre; işçinin ne kadar sürede işyerine

ulaşmak zorunda olduğu, işe ne sıklıkta çağrıldığı, her gidişte ne kadar süre boyunca çalıştığı, bu şekilde işçinin zamanını kişisel uğraşları için etkin şekilde kullanıp kullanmadığı gibi karşılaştırmalı hukukta da ortaya konulan ölçütlere bakılarak çalışma ya da dinlenme süresi konusundaki karar varılmalıdır.

Kanımıza göre bu konuda değerlendirme yapılırken göz önünde tutulması gereken önemli bir ölçüt de iş ilişkisinde genel olarak bu nöbet türüne hangi sıklıkta başvurulduğu olmalıdır. Zira söz konusu çalışma biçimine çok sıklıkla örneğin her gün, iki günde bir ya da üç günde bir gibi çok sıklıkla başvurulması işçinin katlandığı külfet düzeyini çok artıracığı gibi, işverenin söz konusu çalışma biçimine başvurma imkanını kötüye kullandığının da bir göstergesi olabilecektir. Yine konuyla ilgili yapılacak değerlendirmede, yasada düzenlenen azami çalışma ve asgari dinlenme sürelerinin yalnızca işçinin adil bir ücrete hak kazanmasıyla ilgili olmadığı –yukarıda anılan Adalet Divanı Kararlarında ısrarla vurgulandığı

65 Bkz. Süzek, s. 48.

66 Avrupa Birliği Adalet Divanı beklemenin işçi için yarattığı külfeti değerlendirirken çağrıya hazır bekleme süresinde çalışanın bu süreyi değerlendirmede karşılaştığı zorlukların “doğal sebepler veya kendi özgür seçimi” sonucu doğduysa artık dikkate alınamayacağını belirtmiştir. Nitekim DJ davasında, çalışanın çağrıya hazır bekleme süresinde kaldığı yeri –işyerinin dağ çevresinde olması nedeniyle- terk edememesi ve bu alanda boş zamanını değerlendirebileceği çok fazla aktivite olmaması olguları bu alana ilişkin doğal sebeplerden ötürü bulunmuş ve çalışma süresine ilişkin değerlendirmede bir ölçüt olmadığı belirtilmiştir. Buna karşılık öğretide Divanın bu yaklaşımı eleştirilerek çalışanın işyerinin dağ çevresinde bulunması ve çağrı geldiğinde bir saat içinde bu yere dönemeyecek olması, bu sebeple de işyerinden uzaklaşmaması olgusunun çağrıya hazır bekleme süresinin çalışma süresi olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceğinde dikkate alınması gereken bir ölçüt olduğu belirtilmiştir. Yazarlara göre; “Çalışanın işyerinin konumu sebebi ile işyerinin çevresinde bulunmak zorunda kalması dinlenme süresini dilediğince belirleme özgürlüğünü ve kişisel ilgi alanlarına zaman ayırmasını profesyonel

hizmetin gerektirmediği düzeyde objektif ve önemli ölçüde kısıtlamaktadır. Çalışana işverence işyeri çevresinde bulunma zorunluluğu öngörülmesi de işyerinin konumu ve çağrı geldiğinde işyerine dönme süresi dolaylı olarak böyle bir sonuç doğurmaktadır. Çalışan DJ’nin kişisel ilgi alanlarına ayıracağı zaman oldukça kısıtlanmıştır ve bu durum işverenlerin çalışanları psikososyal risklere karşı koruma yükümlülükleri kapsamında değerlendirilmelidir” (Dulay Yangın/Kutlu Mutluer, s. 10-11, s. 22). Türk hukukunda Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Eylül 2020 tarihli içtihat farklılıklarının görüşülmesine ilişkin açıklamasında şu tespitlerde bulunmuştur: “6831 sayılı Orman Kanununun, 19.04.2018 tarih ve 7139 Sayılı Kanunun 15. maddesi ile değişik 72. maddesine göre orman yangınlarını önleme ve söndürme işlerinde görevlendirilen işçilerin, orman yangın ekip bina ve yangın gözetleme kulelerinde bulunan sosyal tesisler ve lojmanlarda çalışma saatleri dışında geçirdiği süreler, ... İş Kanununun 63. maddesinde düzenlenen çalışma süresinden sayılmaz. Bununla birlikte, işin niteliği dikkate alınarak belirtilen sürelerin bir kısmının ya da tamamının çalışma süresinden sayılması kararlaştırılabilir. Nitekim orman yangın işçileri ile gözetleme kulelerinde görev yapan işçilere toplu iş sözleşmesi gereği fazla çalışma yapılınsın veya yapılmazsın günde üç saatlik fazla çalışma ücreti ödenmektedir. İşçinin günde üç saatten daha fazla çalıştığı yazılı delille (görev emirleri, çizelgeler, puantaj kaydı vs) ispatı halinde fazlasının ödenmesi gerekir. Aksi halde salt tanık beyanlarına göre fazla çalışma yapıldığının ispatı kabul edilemez” (Sümer ve Kayırgan, s. 914).

gibi- konunun işçi sağlığının korunmasıyla doğrudan ilgili olduğu gözden uzak tutulmamalıdır. Nitekim yapılan bir araştırmaya göre haftasonu ya da gece beklenmeyen bir olay olduğunda işe çağrılan nöbet usulü/çağrı üzerine çalışan işçilerin depresyon, uykusuzluk veya uyku bozukluğu, anksiyete gibi ruhsal ve psikososyal sorunları yaşama olasılıkları daha yüksek bulunmuştur⁶⁷. Dolayısıyla salt işyeri dışında örneğin her evde nöbette bekleme, çalışma süresinden sayılma ya da sadece 1/8 oranında çalışma süresinden sayılma sonucu doğurmalı, bu konuda somut olayın özelliğine göre hareket edilmelidir. Örneğin; işçinin çağrı gelir gelmez derhal veya ancak yol süresini karşılayacak bir süre içerisinde işyerinde olması bekleniyor, bu şekilde her nöbet döneminde sıklıkla sözgelimi en az bir iki kez işyerine çağrılıyor, işçinin kişisel uğraşlarına vakit ayırması ciddi şekilde sınırlanıyorsa, olayın özelliğine göre tüm bekleme süresi çalışma süresinden sayılabilmelidir. Zaten eğer somut olayda işçinin beş veya sekiz dakika gibi bir sürede işyerinde bulunması bekleniyorsa işçinin gerçek anlamda bulunacağı yeri seçme özgürlüğünden söz edilemez. Buna karşılık belirtilen ölçütler ışığında evde nöbette bekleme süresinin hiç çalışma süresinden sayılmaması da gündeme gelebilecektir. Bu konuda icap nöbetinde işyerinde bulunan işçi ile evinde icap nöbetinde bulunan kişinin aynı serbestiye sahip olmadığı, bu nedenle her ikisinin de aynı şekilde ücretlendirilmesinin hakkaniyete aykırı olduğu ileri sürülebilecekse de bu konuda yapılacak bir yasal düzenlemede özellikle işyeri dışında gerçekleşen icap nöbeti tanımlanarak bekleme süresi için daha düşük bir ücret

ödenmesi düşünülebilir. Belirtmek gerekir ki, bu konuda tarafların sözleşmede açık bir hüküm öngörerek icap nöbetinde işçiye -asgari ücretten az olmamak üzere- daha düşük bir ücret ödeneceğini kararlaştırmaları da mümkündür.

Türk hukukunda özellikle hekimlerin icapçılık yükümlülüğü konusundaki temel sorunun, icap nöbetinin sürdürülemez sıklıkta olması ve ağır (yoğunluk ve özel yaşamın kısıtlanması) iş yükü olduğu belirtilmektedir⁶⁸. 2010 Anket Verileri'ne göre; icap nöbeti tutanların %26'sı her gün icapçıdır. İcap nöbeti tutan bir hekim tarafından "48 saat boyunca sadece 3 saatlik uyku ile hastanede ağır bir hastanın başında kaldığımı, sonraki günlerde de mesaiye devam ettiğimi, gece ise tekrarlayan telefon aramaları ile uyandırıldığımı biliyorum... Ruhun ve bedenini yıpratmamın yanısıra uykusuzluk ve yorgunluktan mesleki hatalar da yapmaya başlıyorum."⁶⁹ şeklindeki sözleri özellikle hekimler tarafından gerçekleşen icap nöbetlerine ilişkin yasa boşluğu hukuk yaratmak suretiyle doldurulacaksa göz önünde bulundurulması gereken ilkelerden birinin yalnızca iş sağlığı ve güvenliği değil, aynı zamanda kamu sağlığı olduğunu da gözler önüne sermektedir. Kanımıza göre; nöbet hizmetine belirtilen şekilde çok sıklıkla başvurulmasının bir hakkın kötüye kullanılması (ya da kanuna karşı hile) olarak da değerlendirilmesi de mümkündür. Buna göre; nöbet hizmetine azami çalışma ve asgari dinlenme sürelerine ilişkin hükümleri veya asgari ücrete ilişkin ya da fazla çalışma ücretinin ödenmesine ilişkin hükümleri dolanmak, işçilerin söz konusu haklarını engellemek amacıyla başvurulması bu nitelikte görülebilir. Somut olayın özelliklerine göre durumun bu

67 Jae J. L., Eun-Cheol P., Hyunju Ji & Sung-In J. (2020). The effects of on-call work on mental health issues among wage workers in the Republic of Korea. *Psychology, Health & Medicine*, 25:6, s. 675 vd; Almanya'da yapılan bir araştırmada genel olarak çalışma süreleri dışında ulaşılabilir olmanın ruhsal sağlık ve özel yaşama olumsuz etkileri bulunduğu tespit edilmiştir (Alpagut, s. 326). Dolayısıyla konu öğretilerinde belirtildiği gibi işverenin işçinin sağlığını koruma sürekli çağrıya hazır bekleme, bu bağlamda getirilen kısıtlamalar veya sıklığının yarattığı psikososyal risklere karşı koruma borcu kapsamında da düşünülmelidir (Dulay Yangın/ Kutlu Mutluer, s. 23).

68 Türk Tabipler Birliği Merkez Konseyi (2016). İcapçılık Yükümlülüğü, Türk Tabipler Birliği Yayını, Ankara, s. 7 vd. İcap nöbeti, Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği'nin 42/A maddesinde; "Uzman adedi nöbet tutacak miktarlardan az, fakat birden fazla olan kurumlarda uzmanlar sırayla ev nöbetini tutarlar. Bunun için aylık ev nöbet listeleri hazırlanır. Ev nöbetçisi mesai saatleri dışında kurumun idari ve tıbbi her türlü gereklerinden sorumludur. Ev nöbetçisi akşam ziyaretlerini yapmaya, mesai dışında bulunduğu yeri bildirmeye, kuruma her davette gelmeye mecburdur." şeklinde düzenlenmektedir.

69 Türk Tabipler Birliği Merkez Konseyi, s. 9.

şekilde olduğu tespit edilirse hakkın kötüye kullanılmasıyla amaçlanan sonuca müsaade edilmemesi, işçinin icap nöbetinde geçirdiği tüm süre çalışma süresi sayılmalı ve işçi normal ücrete ve koşulları olduğunda fazla çalışma ücretine hak kazanmalıdır.

Yargıtay'ın icap nöbetine ilişkin kararına konu olaylarda problemliler diğer bir husus da kararda yer alan *"icap nöbeti tuttuğunda kaç kez görev ve geldiği ve görevin kaç saat sürdüğü net olarak tespit edilememekte olup fiili olarak davacının nöbetlerde iş başında geçirdiği sürenin belirlenmesi ve buna bağlı olarak haftalık ne kadar fazla mesai yaptığının tespiti mümkün gözükmemektedir."* tespitine ilişkindir⁷⁰. Buna göre; karara konu olaylar bakımından işçinin icap nöbeti sırasında kaç kez göreve çağrıldığı ve fiilen ne kadar çalıştığı da tespit edilememiş durumdadır. Dolayısıyla Yargıtay'ın ortaya koyduğu icap nöbetinde geçen süreye ilişkin 1/8'lik oranın bir kısmı aslında muhtemelen işçinin fiilen yaptığı çalışmayı da kapsayacak şekilde belirlenmektedir. Bu açıdan da 1/8 şeklinde belirlenen oranın oldukça düşük olduğu düşüncesindeyiz. Buna göre; bu konuda mutlaka bir oran belirlenecekse bile acil servis doktorluğu gibi fiilen çalışma olasılığının ve sıklığının hayatın olağan akışına ve genel hayat tecrübelerine göre yüksek olduğu olaylarda en azından muhtemel ortalama fiili çalışmayı da karşılayacak yükseklikte bir oran belirlenmelidir. Aksi takdirde belki de ancak zaten fiilen çalışma somut olayda ancak karşılanacak veya karşılanamayacak ve bekleme süresi için yine bir ücrete hükmedilmemiş olacaktır.

Somut olayın özellikleri değerlendirilirken beklemenin "işverene sağladığı fayda" ölçütü de göz önünde bulundurulmalıdır. İcap nöbetinde beklemenin özellikle sağlık sektöründe işvere-

ne sağladığı fayda konusunda bir fikir vermesi açısından Jaeger davasının görülmesi sırasında Alman, İngiltere ve Hollanda hükümetlerinin yaptığı savunmalara dikkat çekmek isteriz. Alman hükümeti, SIMAP kararı ile varılan "nöbette bekleme süresinin tümünün çalışma süresinden sayılmasına ilişkin" sonucun bu davada da tekrarlanması durumunda aynı düzey ve nitelikte sağlık hizmeti verilebilmesi için 15.000 ile 27.000 ilave doktor istihdam edilmesi gerekeceğini, bunun da tahmini 1.75 milyar Euro'ya tekabül edeceğini belirtmiştir⁷¹. İngiltere, ek 380 milyon ile 780 milyon sterlin tutarında maliyet ile 6250 ila 12.550 doktor ve 1250 sağlık görevlisi istihdamı gerekeceğini; Hollanda ise 400 milyon Euro ek maliyetle 10.000 yeni sağlık görevlisi istihdamı gerekeceğini ortaya koymuştur. Ülkelerin dikkat çektiği diğer bir nokta da bu konuda bütçe sorununa çözüm bulunsa bile, bu işi yapabilecek nitelikte doktor ve sağlık personeli yokluğu olmuştur. İşçilerin nöbette "beklemesinden" bu düzeyde bir fayda elde edilirken, işçilere bunun karşılığında hiçbir karşılık ödenmemesinin hakkaniyete uygun bir durum olmadığı da açıktır.

Olması gereken hukuk bakımından ise, yasada işyeri dışında tutulan nöbetlere ilişkin açık ve ayrı bir düzenleme yapılması, bekleme süresi için tam ücret düzeyinde olmasa da belirli düzeyde ücret ödenmesi ya da ayrı bir dinlenme süresi verilmesi şeklinde hükme yer verilmesi yerinde olacaktır. Nitekim 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu ek m.33/2 hükmü uyarınca, sağlık kurumu dışında icap nöbeti tutan ve bu nöbet karşılığında kurumunca izin kullanmasına müsaade edilmeyen memurlar ile sözleşmeli personele, izin suretiyle karşılanamayan her bir icap nöbeti saati için, icap nöbeti süresi kesintisiz 12 saatten az olmamak üzere, yukarıda nöbet ücreti için belirlenen ücretin yüzde 40'ı tutarında icap nöbet ücreti ödeneceği; bu şekilde ücretlendirilebilecek toplam icap nöbeti süresinin ise aylık 120 saati geçemeyeceği açıkça düzenlenmiştir⁷².

70 Bu konuda olması gereken hukuk bakımından Çalışma Süreleri Yönetmeliğinde öngörülen işverene çalışma sürelerinin kaydını tutmaya ilişkin hükmün (m. 9), yasada bağlayıcı şekilde getirilerek icap nöbetleri bakımından da tutulma yükümlülüğünün getirilmesi ve bu şekilde işçinin kaç kez işe çağrıldığı ve fiilen ne kadar çalıştığının tespiti bakımından da yerinde olacaktır.

71 Aktekin, s. 220.

72 Bu madde doğrultusunda evde geçirilen icap nöbetini

Sonuç

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin icap nöbetine ilişkin içtihadı, Türk hukukundaki yasal çerçeveye uygun düşmese de bu konuda yasal bir boşluk bulunduğu ve Yüksek Mahkeme'nin hukuk yaratmak suretiyle bu boşluğu doldurduğu ileri sürülebilecektir. Durum bu olsa bile yasadaki boşluğun kararın gerekçesinde açıkça belirtilerek öncelikle işçilerin anayasal dinlenme ve sağlık hakları ile iş hukukunun en temel ilkelerinden olan iş sağlığının ve güvenliğinin korunması doğrultusunda doldurulması gerekir. Zira yapılan araştırmalarda, haftasonu ya da gece beklenmeyen bir olay olduğunda işe çağrılan nöbet usulü/çağrı üzerine çalışan işçilerin depresyon, uykusuzluk veya uyku bozukluğu, anksiyete gibi ruhsal ve psikososyal sorunları yaşama olasılıkları daha yüksek bulunmuştur. Yine, bu konuda boşluk doldurulurken her somut olayın özelliğine göre beklemenin işçiye yarattığı külfet ve işverene sağladığı fayda formülüne göre bir sonucuna varılması söz konusu olabilir. Bu çerçevede beklemenin işçiye yarattığı külfet değerlendirilirken, bu süre içinde çalışanın zamanını özgürce planlama imkânının "objektif ve önemli şekilde" sınırlanıp sınırlanmadığı hususundan hareket edilmelidir. Dolayısıyla bu konuda olması gereken, somut olayın özellikleri dikkate alınarak karşılaştırmalı hukukta belirttiğimiz ölçütlerden de yararlanılarak icap nöbetinin çalışma süresi mi yoksa dinlenme süresi mi olduğunun ya da ne kadarının çalışma süresi sayılabileceğinin belirlenmesidir.

Yüksek Mahkemece ortaya konulan 1/8 formülünün, konuya ilişkin bir yeknesaklık ve belirlilik sağlasa da her olaya uygulanması fiili durumun göz ardı edilmesine ve hakkaniyete aykırı so-

nuçların doğmasına neden olabilecektir. Ayrıca, kararlarda belirtildiği gibi bu oranın bir kısmı, işçinin muhtemel fiilen yaptığı çalışmayı da kapsayacak şekilde belirlendiğinden oldukça düşük olduğu düşüncesindeyiz. Bu konuda mutlaka bir oran belirlenecekse bile acil servis hekimliği gibi fiilen çalışma olasılığının ve sıklığının hayatın olağan akışına ve genel hayat tecrübelerine göre yüksek olduğu olaylarda en azından muhtemel ortalama fiili çalışmayı da karşılayacak yükseklikte bir oran belirlenmelidir. Aksi takdirde belki de ancak zaten fiilen çalışma ancak karşılanacak veya karşılanamayacak ve bekleme süresi için yine bir ücrete hükmedilmemiş olacaktır.

Bu konudaki boşluk doldurulurken göz önünde tutulması gereken önemli bir ölçüt de, iş ilişkisinde genel olarak bu nöbet türüne hangi sıklıkta başvurulduğu olmalıdır. Zira söz konusu çalışma biçimine çok sıklıkla örneğin her gün, iki günde bir ya da üç günde bir gibi çok sıklıkla başvurulması işçinin katlandığı külfet düzeyini çok artıracığı gibi, işverenin söz konusu çalışma biçimine başvurma imkanını kötüye kullandığının da bir göstergesi olabilecektir. Yine, bu konuyla ilgili bir değerlendirme yapılırken yasada düzenlenen azami çalışma ve asgari dinlenme sürelerinin yalnızca işçinin adil bir ücrete hak kazanmasıyla ilgili olmadığı –yukarıda anılan Adalet Divanı Kararlarında ısrarla vurgulandığı gibi- konunun iş sağlığı ve güvenliğinin korunmasıyla doğrudan ilgili olduğu akıldan çıkarılmamalıdır. Olması gereken hukuk bakımından ise, yasada işyeri dışında tutulan nöbetlere ilişkin açık ve ayrı bir düzenleme yapılması, bekleme süresi için tam ücret düzeyinde olmasa da belirli düzeyde ücret ödenmesi ya da ayrı bir dinlenme süresi verilmesi şeklinde hükme yer verilmesi yerinde olacaktır.

Çalışma ve dinlenme sürelerinin belirlenmesi konusundaki temel amaç, işçinin emeğini ve zamanını işverenin yararına onun emrine sunduğu ve onun yararına bir külfete katlandığı tüm sürenin mümkün olduğunca çalışma süresi olarak değerlendirilmesini ve dinlenme hakkının da tam ve etkin şekilde kullanılmasını sağlamak olmalı-

çalışma süresinden sayan İzmir 4. İdare Mahkemesi; "Saadece davet üzerine sağlık kurumuna gidilerek fiilen çalışılan süreler için değil aynı zamanda evde geçirilen icap nöbeti süreleri için de nöbet ücreti verilmesi veya izin kullanılması gerektiğinden idarenin işlemine hukuka uyarlılık görülmemiştir" tespitinde bulunmuştur. Danıştay tarafından da onanan karar için bkz. İzmir 3. İdare Mah. 31.10.2014, 2014/1084, 2014/1416, <https://www.tmrtdr.org.tr/evde-gecirilen-icap-nobeti-mesai-sayildi.htm?> Erişim Tarihi: 01.12.2023.

dır. İşçiyi nöbet usulü çalıştırmanın ücrete ilişkin emredici düzenlemelerin ve yasal azami günlük, haftalık ve yıllık çalışma sürelerini ve asgari dinlenme sürelerini aşmanın bir aracı olarak görülmesinin engellenmesi gerekmektedir. Yine bu konuyla ilgili çözüm ve sonuçlara varılırken konunun iş sağlığı ve güvenliği ile bağlantısının özellikle göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Aksi takdirde işçinin dinlenme hakkının etkin olarak kullanılmadığı söylenen bir zaman dilimi bakımından bu sürenin herhangi bir şekilde telafi edilmemesi, işçinin sağlığının korunması için getirilen günlük, haftalık ve yıllık azami çalışma sürelerini anlamsız hale getirebilecektir.

KAYNAKÇA

- Aktekin, Ş. (2006). ATAD'ın Çağrı Üzerine Çalışma Sırasında Göreve Hazır Olarak Geçirilen Tüm Sürenin Çalışma Süresine Dahil Edileceğine İlişkin "SIMAP Kararı"nın Çalışma Süresi Yönergesi'ne Etkileri Bakımından İncelenmesi. Sicil İş Hukuku Dergisi, S:1, Mart, 222-228.
- Akyiğit, E. (2022). İş Hukuku, 14. Baskı: Seçkin Yayıncılık.
- Alp, M. (2011) Tele Çalışma (Uzaktan Çalışma), Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, s. 795- 851.
- Alpagut, G. (2012). İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2010, Ankara (Değerlendirme 2010)
- Alpagut, G. (2021). Teknolojik Gelişmelerin İşçilik Haklarına Etkisi-Daimi Ulaşılabilirlik, Prof. Dr. Turhan Esener, III. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, Editörler: Dr. Öğr. Üyesi Ender Demir, Arş. Gör. Beste Gemici Filiz, Seçkin, 317-340.
- Arcı, K. (2022). Türk İş Hukuku – I Ferdi İş İlişkileri Hukuku, Ankara: Gazi Kitabevi.
- Astarlı, M. (2007). Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın Doktorların Nöbet Hizmetinde (Bereitschaftsdienst) Geçen Çalışma Sürelerine İlişkin "Vorel" Kararının İncelenmesi. Kamu-İş Dergisi, S. 3, 19-29. (Vorel Kararı)
- Astarlı, M. (2008). İş Hukukunda Çalışma Süreleri, Ankara: Turhan Yayınları.
- Baycık, G. (2018). İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi, Yargıtayın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2016, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Derneği, İstanbul, Oniki Levha, s.1-355.
- Busschaert, G. (2021/41). Home-Based Stand-by Time May Constitute Working Time in Accordance with EU Law, But Paid Differently Virtue of National Law (BE), European Employment Law Cases, s.217-220.
- Çelik, N./Caniklioğlu, N./Canbolat, T. ve Özkarcaca E. (2022). İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 35. Bası, Beta Yayınevi.
- Demiral, C. (2005). Avrupa Adalet Divanı'nın Çalışanların Nöbette Geçen Sürelerinin de Çalışma Süresine Dahil Edilmesine İlişkin Kararı "SIMAP Kararı". Prof. Dr. A. Can Tuncay'a Armağan, İstanbul, 153-165.
- Doğan Yenisey, K. (2008). Bireysel İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtayın 2006 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2006, İstanbul, s. 9-100 (Değerlendirme 2006).
- Doğan Yenisey, Kübra: İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2013, İstanbul 2015 (Değerlendirme 2013).
- Dulay Yangın, D.& Kutlu Mutluer M. (2022). Avrupa Adalet Divanı'nın Çağrıya Hazır Bekleme Süresinin Nitelendirilmesine İlişkin Yaklaşımı: D.J. v Radiotelevizija Slovenija C-344/19, RJ v Stadt Offenbach am Main C-580/19 ve MG v Dublin City Council C-214/20 Kararları Çerçevesinde Değerlendirmeler, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 9 (2), 1-32.
- Ekmekçi, Ö. /Yiğit, E. (2022). Bireysel İş Hukuku Dersleri, 4. Baskı, İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık.
- Eurofound and the International Labour Office.

- (2017). Working anytime, anywhere: The effects on the world of work, Publications Office of the European Union, Luxembourg, and the International Labour Office, Geneva.
- Eyrenci, S./Taşkent, Ö./Ulucan, D./Baskan, E. (2020). Bireysel İş Hukuku, 10. Baskı, Beta Yayınevi.
 - Feigin, E. D. (1998-1999). Achieving Justice for On-Call Workers: Amending the Fair Labor Standards Act, 84 Iowa L. Rev. 351, s. 351- 376.
 - ILO (2005). Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (articles 19, 22 and 35 of the Constitution), International Labour Office, Geneva.
 - Jae J. L., Eun-Cheol P., Hyunju Ji & Sung-In J. (2020). The effects of on-call work on mental health issues among wage workers in the Republic of Korea. Psychology, Health & Medicine, 25:6, 675-686.
 - Jaehrling, K. & Kalina, T. (2020). "Grey Zones" within Dependent Employment: Formal and Informal Forms of On-Call Work in Germany, European Review of Labour and Research, Vol. 26(4) 447-463.
 - Katsabian, T. & Davidov, G. (2022). Flexibility, Choice and Labour Law: The Challenge of On-Demand Platforms, University of Toronto Law Journal.
 - Messenger, J. (2018). Working Time and the Future of Work, ILO Research Paper Series 6, Geneva.
 - Mollamahmutoğlu, H./Astarlı, M. ve Baysal, U. İş Hukuku, Güncellenmiş 7. Baskı, Ankara 2022.
 - Mutlay, F. B. (2019). Çalışma Sürelerine İlişkin Düzenlemeler ve Yargıtay Kararları Doğrultusunda 24 Saat Çalışma, Sicil, S. 42, 60-90.
 - Nazlı, S. (2005). Avrupa Topluluğu Adalet Divanı Landeshauptstadt Kiel v. Norbert Jaeger (Case C151/02) Kararının İlgili Mevzuatlar Işığında Değerlendirilmesi, LEGAL İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi, S: 5, s. 98.
 - Nowak, T. (2018). The Turbulent Life of the Working Time Directive, Maastricht Journal of European and Comparative Law, Vol. 25(1) 118-129.
 - Öktem Songu, S. (2007). İş Hukukunda Çalışma Sürelerinin Düzenlenmesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İzmir.
 - Phillips, E. (1997). On-call time under the fair labor standards act. Michigan Law Review, 95(8), 2633-2655.
 - Ray, J., & Rojot, J. (2002). Comparative study of the impact of electronic technology on workplace disputes. Comparative Labor Law & Policy Journal, 24(1), 117-146.
 - Secunda, P. M. (2019). The Employee Right to Disconnect. Notre Dame Journal of International & Comparative Law: Vol. 9, Iss. 1, Article 3. <https://scholarship.law.nd.edu/ndjicl/vol9/iss1/3>
 - Senyen Kaplan, E.T. (2022). Bireysel İş Hukuku, Yetkin Kitabevi, Ankara.
 - Soyer, M. P. (1993). Ferdi İş İlişkinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi, Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi Semineri 1991, İstanbul, s. 3-30.
 - Suci, A. & Ion, G. (2019). Stand-by Time From Home is Paid Working Time, European Employment Law Cases, 267-271.
 - Sümer, H. H./Kayırgan, H. (2022). İşçilik Alacakları ve Hesaplamaları, 3. Baskı: Seçkin Yayıncılık.
 - Süzek, S. (2021). İş Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul.
 - Schwartz, L. (2005). 40 U.S.F. L. Rev. 217 (2005-2006), University of San Francisco Law Review, Vol. 40, Issue 1, s. 217-240.
 - Şahin Emir, A. (2022). İcap Nöbetinde Geçen Sürenin Çalışma Süresinden Sayılması- Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 17.09.2020 Tarihli Kararının Değerlendirilmesi, Çalışma ve Toplum, 329-348.
 - Türk Tabipler Birliği Merkez Konseyi (2016). İcapçılık Yükümlülüğü, Türk Tabipler Birliği Yayını, Ankara.

Hizmet Tespitinde Hak Düşürücü Süre ve Sürenin İşlemediği Haller

Öz

Sosyal sigorta sistemimiz her ne kadar zorunluluk ilkesi üzerine inşa edilmiş olsa da işverence çalışmaları Sosyal Güvenlik Kurumu'na kısmen veya tamamen bildirilmemiş ve çalışmaları Kurum'ca da saptanamamış çalışanların varlığı söz konusudur. Kayıt dışı çalışmış olan sigortalı, mahkemenen alınacak bir ilâm ile sigortalı hizmetlerini tespit ettirebilir ve bu sayede sigortalılık haklarından yararlanma imkânı bulur. Ancak Kanun'da anılan şekilde kayıt dışı gerçekleşmiş olan hizmetlerin tespiti için beş yıllık hak düşümü süresi belirlenmiştir. Bu süre, hizmetlerin geçtiği yılın veya sigortalı çalışırken ölmüş ise, ölümün gerçekleştiği yılın son gününden itibaren işlemeye başlar. Süre geçtikten sonra sigortalıların hizmetleri değerlendirilmemektedir.

Hak düşümü süresi, hakkı ortadan kaldırmak-

ta, durdurmamakta ve kesmemektedir. Hâkim tarafından da yargılamanın her aşamasında re'sen gözetilmesi söz konusu olduğundan Anayasal sosyal devlet ilkesi ile bağdaşmamakta ve kişilerin sosyal güvenlik hakkını zedelemektedir. Bu hakkı korumak amacıyla Yargıtay, bazı durumlarda hak düşürücü sürelerin işlemeyeceğini kabul etmiştir. Yargıtay'a göre; sigortalı işe giriş bildirgesinin verilmiş olması, ilgili dönem içinde kısmen dahi olsa Kurum'a hizmetin bildirilerek aylık prim ve hizmet belgesinin verilmesi veya Sosyal Sigortalar Kurumu'nca, çalışmanın tespit edilmiş olması hallerinde hak düşümü süresi işlemez ve bu durumda sigortalı hizmetin geçtiği yılın sonundan itibaren hesaplanan beş yıllık süre ile bağlı olmaz; hizmetin tespiti için her zaman dava açılabilir.

Anahtar Sözcükler:

Hizmet tespiti, sigortalılığın tespiti, hizmet tespitinde hak düşümü süresi, hizmet tespitinde sürelerin işlemediği haller.

The Period Of Prescription In The Detection Of Service And Cases Where The Period Of Prescription Does Not Run

Abstract

Although our social insurance system is built on the principle of obligation, there are employees whose employment has not been partially or fully declared to the Social Secu-

*Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku, caglacopuroglu@gmail.com, ORCID: 0000-0003-2733-7546.

rity Institution by the employer and whose employment has not been recognised by the Institution. The insured, who has worked unregistered, can have their services covered by insurance determined by court order and thus have the opportunity to benefit from the rights provided by the insurance. However, the law stipulates a five-year period of prescription for detecting unregistered services. This period starts from the end of the year when the services were rendered or, if the insured had died while they are still working under contract, from the end of the year when they died. After the expiry of this period, the services of the insured are not considered.

The period of prescription eliminates the right and cannot be suspended or interrupted. Since it should be observed ex officio by the judge at every stage of the proceedings, it

is incompatible with the Constitutional principle of the social state and damages the right to social security of individuals. To protect this right, the Court of Cassation has accepted that in some cases, the period of prescription shall not run. According to the Court of Cassation, the period of prescription does not run in cases where the employment declaration has been made for the insured, the monthly premium and service document has been submitted by reporting the service to the Social Insurance Institution even partially within the relevant period, or the work has been detected by the Institution, and in such cases, the insured is not bound by the five-year limit calculated as of the end of the year when the service was rendered; the lawsuit can be filed at any time for the detection of the service.

Keywords:

Detection of service, detection of insurance, period of prescription in the detection of service, cases where the period of prescription does not run in the detection of service.

I. Giriş

Sosyal güvenlik, günümüz modern dünyasında temel bir insan hakkı niteliğinde görülmektedir ve bu düşünce doğrultusunda Anayasa'da "ekonomik ve sosyal haklar" başlığı altında düzenlenmiştir. Bu çerçevede sigortalılık, çağdaş eğilimlere paralel olarak konuyu düzenleyen mevzuat olan 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nda kapsam ve içerik açısından mali olanakların elverdiği ölçüde geniş şekilde düzenlenmiş ve çalışanlar zorunlu olarak sosyal sigortaların kapsamına alınmıştır. Sigortalılık zorunludur; çalışanlar işe başlamalarıyla birlikte sigortalı olurlar, anılan sıfatın kazanılması herhangi bir işleme bağlı değildir (m. 92).

Sosyal sigorta sistemimiz her ne kadar zorunluluk ilkesi üzerine inşa edilmiş olsa da işverence

çalışmaları Sosyal Güvenlik Kurumu'na kısmen veya tamamen bildirilmemiş ve çalışmaları Kurum'ca da saptanamamış çalışanların varlığı herkesin malûmudur. Böyle bir durumda sigortalının çalışmaları tespit edil(e)mezse çalışanın anılan kayıt dışı çalışmaları sosyal sigortalar bakımından hizmetinden sayılmaz ve çalışan ve/veya hak sahipleri sigortalılık haklarından yararlanamaz. Bu sebeple ülkemizde sürekli bir problem olan kayıt dışı çalışmaların tespiti büyük önem taşımaktadır.

3.3.2023 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanan 7438 sayılı "Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu ile 375 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" ile 5510 sayılı Kanun'a eklenen Geçici 95. maddede düzenlemesine göre, sigortalılık başlangıcı 8.9.1999 ve öncesi olanlar, yaş dışındaki diğer

şartları sağlamaları koşuluyla yaşlılık veya emekli aylığı almaya hak kazanabilirler. Dolayısıyla anılan tarihten önce çalışmaya başlamış ancak hizmeti işverence bildirilmemiş ve Kurum’ca da saptanamamış çalışanlar için konu bir anda çok sayıda kişiyi ilgilendiren güncellik ve önem kazanmıştır.

Kayıt dışı çalışmış olan sigortalı, mahkemeden alınacak bir ilâm ile sigortalı hizmetlerini tespit ettirebilir ve bu sayede sigortalılık haklarından yararlanma imkânı bulur. Ancak Kanun’da anılan şekilde kayıt dışı gerçekleşmiş olan hizmetlerin tespiti için beş yıllık hak düşümü süresi belirlenmiştir. Süre geçtikten sonra sigortalıların hizmetleri değerlendirilmemektedir. Bu çalışmada hak düşürücü süre, sürenin başlaması, işlememesi, sigortalıların beş yılın dolmuş olması halinde dahi hizmetlerinin tespitini talep edebileceği haller inceleme konusu yapılmıştır.

II. Davanın Konusu ve Hukuki Niteliği

Bazı sigorta kollarında, sigorta yardımlarına hak kazanmak için belirli bir sigortalılık süresi ile prim ödeme gün sayısı aranmaktadır. Özellikle parasal nitelikli sigorta yardımlarında ne kadar süre ve tutarda prim ödendiği son derece önemlidir. Dolayısıyla primler, gerek sigortalılık haklarına erişimde gerekse de anılan haklar kapsamında sigortalıya bağlanacak gelir ve aylıkların parasal tutar olarak saptanması bakımından önem taşır.

Hizmet tespiti davasının konusu, Kurum’a bildirilmemiş ve Kurum’ca da tespit edilmemiş çalışmaların belirlenerek, sigortalının hizmet süresinin ve prime esas kazançlarının tespiti-¹ dir. Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası

Kanunu’nun 86. maddesinin 8. fıkrasına² göre: *“Aylık prim ve hizmet belgesi veya muhtasar ve prim hizmet beyannamesi işveren tarafından verilmeyen veya çalıştıkları Kurumca tespit edilemeyen sigortalılar, çalıştıklarını hizmetlerinin geçtiği yılın sonundan başlayarak beş yıl içerisinde iş mahkemesine başvurarak, alacakları ilâm ile ispatlayabilirlerse, bunların mahkeme kararında belirtilen aylık kazanç toplamları ile prim ödeme gün sayıları dikkate alınır.”* Hizmet tespiti davası, bir olumlu tespit davasıdır, mahkeme zaten var olan bir durumu saptamakta, onu ortaya çıkarmaktadır.³

Dava sonucunda mahkemenin hükmü, çalışılan dönem itibarı ile hüküm ve sonuçlarını doğurur. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun bir kararında da belirtildiği gibi; *“Sigortalılık zorunlu olduğundan, dava hüküm ve sonuçlarını tespit anında değil, çalışılan dönem itibarı ile doğurur. İşverence yapılan bildirim veya Kurumca yapılan tespit kurucu bir işlem değildir. Bu sebeple yargılama sonunda verilen tespit kararı ile çalıştırılanların işe alınmalarıyla kendiliğinden doğan ve gerçekte var olan hizmet akdi ilişkisinin varlığının tespitine karar verilmekte, yeni hukuksal durum yaratılmamaktadır. Öte yandan, tespitine karar verilen süreler hizmetin geçtiği yıla maledilerek, Kurum kayıtlarına yine hizmetin ait olduğu yıl itibarıyla geçecektir. Verilecek tespit hükmü ile varolmayan bir hizmet akdinin kurulması söz konusu olmayıp, varolan ancak kayıtlara geçmemiş bir çalışma ait olduğu yılda kayıtlara usulüne uygun olarak bildi-*

1 Sözer, Ali Nazım: Türk Sosyal Sigortalar Hukuku, 6. Baskı, İstanbul 2023, 490; Güzel Ali/Okur, Ali Rıza/Caniklioğlu, Nurşen: Sosyal Güvenlik Hukuku, 29. Bası, İstanbul 2021, 294-295; Şakar, Müjdat: İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku, 14. Baskı, İstanbul 2021, 239; Alper, Yusuf: Sosyal Sigortalar Hukuku, 12. Baskı, Bursa 2022, 147; Saraç, Coşkun: Sigortalı Hizmetlerin Hükmen Tespiti, Osman Güven Çankaya’ya Armağan, Kamu-İş, Ankara 2010, 452; Atalı Murat: Hizmet Tespit Davasının Sosyal

Güvenlik Kurumuna İhbarı, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 16 (2014), 633; Öztürk, Sezai: Hizmet Tespiti Davaları, Ankara 2021, 57-58; Öztürk Meltem: Hizmet Tespit Davası, Ankara 2021, 109.

2 Belirtelim ki 5510 sayılı Kanun’un 86. maddesinin 6111 sayılı Kanun ile değişiklik yapılmadan önceki halinde, anılan fıkra 9. fıkra idi. Yargıtay kararlarında atf yapılan m. 86/9 hükmü, günümüz itibarı ile mevzuatta m. 86/8 olarak yer almaktadır.

3 Tanrıver, Süha: Madeni Usul Hukuku, C.1, Ankara 2021, 625; Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar Ayvaz, Sema/Hanağası, Emel: Medeni Usul Hukuku, 8. Baskı, Ankara 2022, 315; Güzel/Okur/Caniklioğlu, 297; Tuncay Can/Ekmekçi, Ömer: Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 21. Bası, İstanbul 2021, 286; Sözer, 492; Aydın, Ufuk: Sosyal Güvenlik Hukukunda Tespit Davaları, Emegin Hukuğu Kurultayı-II, Türkiye Barolar Birliği, 27.05.2016, Ankara 2017, 157.

rilmiş gibi işlem görecektir, kayıtlara geçmemiş süre ile çalışma tarihindeki durum saptanarak hukuk-sallaştırılacaktır...⁴

Davanın konusu, bildirilmemiş ve Kurum'ca da tespit edilememiş hizmetlerin tespit edilmesi olduğundan, yukarıda verilen 86. madde hükmü kapsamında Kurum ilgili çalışmaların tespitini yapmış ise, hizmet tespiti davası açılmasına gerek yoktur.⁵

Davanın konusu temel olarak sigortalının belli tarihler aralığında, hizmetini ve dolayısıyla sigortalılık süresini, prim gün sayısı ve sigorta primine esas saptanması olsa da, ülkemizde sigortalılık hakları bakımından yaşanan problemlerin yoğunluğu dolayısıyla uygulamada hizmet tespiti davası, prime esas kazancın aslında bildirilenden daha yüksek olduğu, Kurum kayıtlarına başkası adına geçen sigortalılığın davacının kendisine aidiyetinin tespiti ve fiili hizmet zammına tabi yapılan çalışmalarda primlerin normal sigortalı olarak bildirilmiş olduğunun tespiti gibi farklı şekillerde de karşımıza çıkmaktadır.⁶

III. Hak Düşümü Süresi ve Sürenin Başlangıcı

A. Sigortalılar Bakımından

Kanun'un düzenlemesine göre, hizmetin tespit edilebilmesi için sigortalıların davayı 5510 sayılı Kanun'un 86. maddesinin 8. fıkrasına göre: "... çalıştıklarını hizmetlerinin geçtiği yılın sonundan başlayarak beş yıl içerisinde..." açmaları gerekmektedir. Ancak bu şekilde hükmün devamında belirtildiği üzere "mahkeme kararında belirtilen aylık kazanç toplamları ile prim ödeme gün sayıları dikkate alınır."⁷ Hükümde geçen 5 yıllık süre,

hak düşümü süresidir. Bu nedenle zamanaşımında olduğu gibi durması veya kesilmesi söz konusu değildir.⁸

Doktrinde ilgili normun sosyal güvenlik hakkını koruma amacı taşıması sebebiyle, süre ile ilgili düzenlemenin zamanaşımı olarak değerlendirilmesinin daha doğru olduğu ve dolayısıyla zamanaşımının durmasına ve kesilmesine ilişkin esasların burada da uygulanması yönünde haklı görüşler bulunsa da⁹ Yargıtay uygulaması istikrarlı bir biçimde, sürenin hak düşümü süresi olduğu yönündedir.¹⁰ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun anlatımıyla: "... Sigortasız çalışmaların tespiti yönünden dava açma ve hak arama özgürlüğüne getirilen süre sınırlaması, başka bir deyişle dava açma süresinin 5 yıl ile sınırlandırılması doğrudan doğruya hakkın mevcudiyetini etkilediğinden hak düşürücü niteliktedir ve bu sürenin geçmesi ile hak bir daha canlanmamak üzere ortadan kalkmaktadır."¹¹ Bu sebeple zamanaşımının aksine, süre hiçbir zaman durmayacak ve kesilmeyecek, yargılamanın her aşamasında da re'sen dikkate alınacaktır.¹²

Konu, hükümde yer alan "...hizmetlerinin geçtiği yılın sonundan başlayarak beş yıl içerisinde" ibaresinin Anayasa'nın 11., 13., 49. ve 60. maddelerine aykırılığı dolayısı ile Anayasa Mahkemesi'ne gitmiş ve Yüksek Mahkeme 26.01.2011 tarihli ve 2008/109 E. ve 2011/25 K. sayılı kararı ile hükmü, Anayasaya uygun bularak iptal istemini

arasında 5 yıl, 9.7.1987-6.6.1994 tarihleri arasında 10 yıl, 7.6.1994 tarihinden itibaren ise yeniden 5 yıl olarak uygulanmıştır.

8 Tuncay/Èkmeççi, 293.

9 Bkz. Güzel/Okur/Caniklioğlu, 297 ve orada anılan yazarlar, Kabakçı, Mahmut: Sosyal Sigortalının Genel Hükümleri ve Türleri, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2018, İstanbul 2021, 269; aksi görüşte Özkaraca, Ercüment/Akkaya, Merve: Hak Sahiplerinin Hizmet Tespit Davası Açma Süresi, Sicil, 2022/II Sayı 48, 55.

10 Y10HD., 10.02.2020, E. 2018/5453 K. 2020/920; Y10.HD., 18.10.2021 E. 2020/8715 K. 2021/12394; Y10.HD., 08.12.2022, E. 2021/2286 K. 2022/15677, www.yargitay.gov.tr.

11 YHGK, 24.3.2022, E. 2020/734 K. 2022/383, www.yargitay.gov.tr

12 Özkaraca/Akkaya, 57.

4 YHGK, 29.04.2021, E. 2017/21-227, K. 2021/538, www.yargitay.gov.tr

5 Tuncay/Èkmeççi, aynı yer; Yücel, Merve: Hizmet Tespit Davasının Yargılama Usulü Genel Bilgiler, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2 (2), 87.

6 Güzel/Okur/Caniklioğlu, 294; Şakar, 239.

7 Daha önce 506 sayılı Kanun m. 79/10 kapsamında düzenlenen hak düşümü süresi, 3395 ve 3995 sayılı Kanunlarla yapılan değişikliklerle 1.3.1965-8.7.1987 tarihleri

oy çokluğu ile reddetmiştir.¹³ Dolayısıyla hizmet tespiti davasında hak düşümü süresi, günümüz yargı uygulamalarına göre esasa müteallik dava şartıdır. Bu sebeple dava, ön inceleme aşamasında reddedilmeyerek mahkemece esasa girilecek, ancak bu aşamadan sonra konu mahkemece değerlendirilirken süreler de dikkate alınacak ve hüküm buna göre verilecektir.¹⁴

Hükümde yer alan “Hizmetin geçtiği yılın sonundan” anlatımından, hizmetin sona erdiği yılın 31 Aralık günü anlaşılır.¹⁵ Yargıtay’a göre de; “... Belirtilmelidir ki, uygulama yapılırken, hizmetin ara vermeksizin kesintisiz gerçekleştiği durumlarda, çalışmanın sona erdiği (işten çıkış yapıldığı) yılın sonuna karşılık gelen 31 Aralık gününden başlayarak 5 yıllık sürenin hesaplanması gerekmektedir...”¹⁶ Dolayısıyla tespiti talep edilen hizmet süresi örneğin; 15 Haziran 2021 tarihinde sona ermişse, davanın 31 Aralık 2021 tarihinden itibaren 5 yıllık sürenin dolduğu 31 Aralık 2026 yılına kadar açılabilmesi mümkündür.

B. Hak Sahipleri Bakımından

Hak sahibi kavramı 5510 sayılı Kanun’un 3. maddesinde tanımlanmış olup “Sigortalının veya sürekli iş göremezlik geliri ile malûllük, vazife malûllüğü veya yaşlılık aylığı almakta olanların ölümü halinde, gelir veya aylık bağlanmasına veya toptan ödeme yapılmasına hak kazanan eş, çocuk, ana ve babasını” ifade eder (5754 sayılı Kanun m. 1 ile değişik m. 3/1-7).

Konuya ilişkin mahkeme kararlarında her ne

kadar hak sahibi kavramı yerine sıklıkla “mirasçı” kavramı kullanılıyor olsa da mirasçılık ve sosyal sigortalar anlamında hak sahipliği kavramları her zaman örtüşmez. Dolayısıyla hak sahibi kavramının kullanılması gerekir.¹⁷ Örneğin; ölen çocuğu olan sigortalının, bu sebeple mirasçı olamayan anne veya babasının (TMK. 496/1), Kanun’un 34. maddesinin (d) bendi kapsamında belirtilen şartları taşımaları halinde ölüm aylığı bakımından hak sahibi olmaları mümkündür. Aynı şekilde mirasçı olan kişinin hak sahibi olmaması da söz konusu olabilir. Örneğin; eşi ve çocuğu bulunmayan sigortalının kardeşi, mirasçı olacağı halde (TMK. m. 496/2) sosyal sigortalar bakımından hak sahibi olmayacaktır. Bu sebeple mahkeme kararlarında geçen “mirasçı” tabirini, “hak sahibi” olarak anlamak gerekir.

Kanun metninde, hizmet tespiti davasını açacak kişi olarak sigortalıdan bahsedilmiştir. Sigortalının ölümü halinde ise hak sahiplerinin dava açma hakkı olup olmadığına dair bir açıklık yoktur. Ancak dava ile çalışanın hizmetlerin tespitine imkân sağlama amacı gözetildiğinde, anılan tespitten 5510 sayılı Kanun’da sözü edilen “hak sahibi” sıfatıyla yararlanacak kişilerin varlığı söz konusudur ve buna göre bir yorum yapmak gereklidir.¹⁸ Dolayısıyla sigortalının ölümü halinde bağlanacak ölüm aylığı veya yapılacak toptan ödeme nedeniyle hak sahiplerinin de bu davayı açabileceklerinin kabulü gerekir. Yargıtay uygulaması da bu yöndedir.¹⁹

Hak sahiplerinin tâbi olduğu hak düşümü süresine ilişkin içtihatlarında Yargıtay, önceki dönemlerde ölüm tarihini esas almaktaydı.²⁰ Ancak daha sonra bu içtihatlardan dönülmüş ve hak sahiplerinin de sigortalının -yaşasa idi- tâbi olacağı hak düşümü süresi ile bağlı olacağı yönünde kararlar verilmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı’nda da belirtildiği gibi, “...Somut uyuşmazlık, sigortalının ölümü hâlinde mirasçı-

13 Hükme ilişkin tartışmalar ve karşı oyların metni için bkz. Öztürk S., 306-308.

14 Öztürk S., 314.

15 Güzel/Okur/Caniklioğlu, 298; Tuncay/Ekmekçi, 290-291; Arıcı, Kadir: Türk Sosyal Güvenlik Hukuku, Ankara 2015, 482; Özkaraca/Akkaya, 58; Uşan, Fatih: Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları, Ankara 2009, 162; Korkusuz M. Refik/Uğur, Suat: Sosyal Güvenlik Hukuku, 5. Baskı, Bursa 2016, 202; Saraç, 468; Aydın, Tespit Davaları, 160-161; Özveri, Murat: Yargı Kararları ve Sigortalı Hizmetlerin Tespiti, VII. Sosyal İnsan Hakları Uluslararası Sempozyumu 10-11 Aralık 2015 Denizli, 253; Öztürk S., 325; Öztürk M., 92.

16 Y10HD., 28.9.2017, E. 2016/16258 K. 2017/6207, aynı yönde, Yargıtay 10.HD., 02.04.2015 E. 2015/1043 K. 2015/6406, Y10HD., 06.04.2015, 1922/6455, Y10HD., 7.10.2021, 5504/11841, www.yargitay.gov.tr.

17 Öztürk S., 328; Özkaraca/Akkaya, 61.

18 Sözer, 494; Tuncay/Ekmekçi, 295; Öztürk S., 328.

19 Bkz. Yargıtay HGK., 14.11.2012, 21-735/795; Y10HD., 22.12.2022, 13990/16597, www.yargitay.gov.tr

20 Örnek olarak bkz. YHGK., 02.12.1998, E. 1998/21-826 K. 1998/855, www.yargitay.gov.tr

larının sigortalıya tebaen hizmetlerinin tespiti talepleri yönünden hak düşürücü sürenin başlama noktasında toplanmaktadır. 5 yıllık hak düşürücü sürenin hizmetin geçtiği yılın sonu olan 31.12.2003 tarihinden mi yoksa murisin ölüm tarihinden itibaren mi hesaplanması husususun açıklığa kavuşturulması gerekmektedir... Sigortalının dahi yaşarken 5 yıllık hak düşürücü süreyi geçirmesi hâlinde kanunen kullanamayacağı bir hakkı mirasçılara tanımak hukuka aykırıdır. Sigortalının süresi içerisinde dava açmayarak düşen hakkını ölümünden sonra mirasçılarının yeniden isteme hakkından söz edilemeyeceği gibi hak düşürücü süreye uğrayarak ölen bir hak mirasçılarını vasitasıyla yeniden canlandırılmaz. Tüm bu hususlar göz önüne alındığında sigortalının mirasçılarını yönünden de hak düşürücü sürenin hizmetin geçtiği yılın sonundan itibaren beş yıl olarak hesaplanması gerekmektedir...²¹

Yukarıda verilen Yargıtay Kararı'nda görüldüğü gibi, ölümün hak düşümü süresine bir etkisi olmayacağı da hükümde belirtilmektedir. Gerçekten, ölüm ile birlikte hak düşümü süresi durmaz veya kesilmez. Hakkı ortadan kaldıran hak düşürücü süre tektir ve sigortalının ölümü halinde hak sahipleri için ölüm tarihinden itibaren yeni bir hak düşürücü sürenin işlemeye başlaması söz konusu değildir.²² Bu sebeple örneğin; 5 Mart 2020'de çalışması sona ermiş kayıt dışı sigortalının, 5 Mart 2021'de ölmüş olması halinde, hak sahipleri hizmet tespit davasını, hak düşümü süresinin 1 yılı ölüm tarihinde zaten dolmuş olduğundan, 31 Aralık 2026 tarihine kadar değil, hizmetin geçtiği yılın sonundan başlamak üzere 31 Aralık 2025 tarihine kadar açabileceklerdir.

IV. Çalışmanın Kesintili/ Kesintisiz Olması

Sigortalının tespit edilmesi talep edilen çalışmalarını kesintisiz (blok halinde) ise, hak düşümü

süresi yukarıda açıklandığı şekilde, çalışmanın sona erdiği yılın son gününden başlayacak, durum bir özellik göstermeyecektir. Ancak sigortalının aynı işveren yanında kesintili çalışmalarının varlığı halinde hak düşürücü süre, her çalışma bakımından ayrı ayrı değerlendirilir. Dolayısıyla bazı çalışmaların tespiti yapılarak sigortalının hizmetine eklenebilmesi mümkünken, bazı çalışmalar için anılan tespit ve ekleme hak düşürücü sürenin geçmesi nedeniyle mümkün olmayabilir.

Kesintili çalışmadan anlaşılması gereken, sigortalının daha sonra aynı ya da başka bir işverenin işyerinde çalışması ya da hizmet sözleşmesinin sonlandırılarak çalışmaya ara vermesidir. Başka bir işverenin işyerinde çalışmaktan kasıt, hizmet sözleşmesinin sona ermesi ve yeni bir sözleşme kapsamında, yeni bir işveren yanında yapılan çalışmalardır. Dolayısıyla örneğin geçici iş ilişkisi (İ.K. m. 7) ile başka bir işverenin işyerinde çalışmak gibi sözleşme ilişkisi devam ederken iş görme edimini fiilen başka bir işverene karşı ifa etme sonucunu doğuran hizmetler kesintili sayılmaz. Aynı durum, aşağıda ele alınacağı üzere, işyerinin ve iş sözleşmesinin devri durumlarında da söz konusudur. Bu hallerde de işverende değişiklik olmasına rağmen, hizmet sözleşmesi sona ermemekte, kesintiye uğramamaktadır.

İlke olarak, kesintisiz (blok) çalışmanın kanıtlanması halinde, bu çalışma döneminin içerisinde kalacak biçimde Kurum'a bildirilen çalışma -1 gün dahi olsa- kesintisiz dönemin tamamı bakımından hak düşümü süresinin işlemesine engel olur. Ne var ki hak düşümü süresinin işlemesine engel olan çalışmanın da yine hak düşümü süresi içerisinde Kurum'a bildirilmiş olması gerekmektedir. Örneğin; sigortalının 01.01.2010-31.12.2015 tarihleri arasında kesintisiz çalışması halinde, bu dönem içerisinde 1 günlük çalışmanın Kurum'a bildirilmesi dahi hak düşümü süresinin işlemesine engel iken; 01.08.2010-31.08.2010 tarihleri arasındaki hizmete ilişkin aylık prim ve hizmet belgesinin 2016 yılında verilmiş olması (ve Kurum'a bildirilen başkaca hizmetin bulunmaması) halinde, 2010 yılı Ağustos ayına ilişkin

21 YHGK., 04.02.2020, E. 2018/10-171 K. 2020/75, www.yargitay.gov.tr

22 Özkaraca/Akkaya, 68-69; YHGK., 20.04.1984, E. 1982/10-304 K. 1984/447, www.yargitay.gov.tr

prim belgelerinin ait olduğu ay dikkate alınarak belirlenen hak düşümü süresinin işlemeye başladığı tarihten (31.12.2010) itibaren 5 yıllık hak düşümü süresi içinde Kurum'a verilmemesi halinde hak düşümü süresinin işlemesine engel olmayacaktır. Bu halde, 2010 yılında geçen ancak hak düşürücü süre içerisinde Kurum'a bildirilmeyen hizmet, hak düşümü süresi işleyeceğinden, 01.01.2011-31.12.2015 tarihleri arasında kesintisiz geçen çalışmaya ilişkin hizmet tespiti davasının 31.12.2020 tarihine kadar açılmaması halinde hizmet tespiti istemi hak düşürücü süreye uğrayacaktır. Nitekim Yargıtay'a göre: "...Bu yönde Kuruma bildirilmeyen çalışma süresinin ve sigorta başlangıç tarihinin tespitine karar verilebilmesi için davanın çalışılan yılın sonundan başlayarak 5 yıllık hak düşürücü süre içinde açılması gerekir. Yönetmelikle tespit edilen belgeler kapsamında işe giriş bildirgesinin verilmesi durumunda, bildirmede öngörülen işe başlama tarihinden sonrası için hak düşürücü süreden bahsedilemez. Ne var ki, işe giriş bildirgesinin de yine yasada öngörülen hak düşürücü süre dahilinde Kuruma verilmesi gerekir. Zira hak düşürücü sürenin geçirilmesi hakkın özünü ortadan kaldırdığından, bu sürenin geçirilmesinden sonra işe giriş bildirgesinin Kuruma verilmesi ya da primlerin ödenmesinin hak düşürücü süreyi yeniden canlandırması mümkün değildir..."²³

Sigortalının iş görme edimini geçici olarak yerine getirmesini veya işverenin ifayı kabulde geçici imkansızlığına yol açan sebeplerle çalışmaya ara verilmesi halinde de çalışma kesintiye uğramış sayılmaz. Dolayısıyla ücretsiz izin, hastalık, gebelik, doğum, grev²⁴, mevsimlik işlerde sezon aralarında geçirilen süreler ile benzeri askı hallerinde hizmet sözleşmesi devam ettiğinden, sigortalının hizmetinin de devam ettiği kabul edilecektir.

Çalışmanın kesintili olması halinde hak düşürücü süre, her bir çalışma dönemi için ayrı ayrı

23 Y10HD., 13.02.2015, E. 2014/27745 K. 2015/2119, www.yargitay.gov.tr

24 Y10HD., 29.12.2021, E. 2021/12239 K. 2021/16951, www.yargitay.gov.tr

değerlendirilir.²⁵ Örneğin; sigortalının aynı işveren yanında Kurum'a bildirilmemiş ve Kurum'ca tespit de edilememiş 2007-2012 tarihleri arasında ve iki yıl aradan sonra yeniden 2014-2019 yılları arasında çalışması bulunması durumunda, ilk dönem için artık hizmetin tespiti 31.12.2017 tarihi itibarı ile hak düşümü süresi sona erdiğinden bu tarihten sonra istenemeyecek ancak ikinci dönemki çalışması 2024 yılı 31 Aralık gününe kadar tespit istemine konu olabilecektir. Yargıtay 10. Hukuk Dairesi'nin aynı işyerinde kesinti sonrası tekrar çalışmaya başlayan sigortalının açmış olduğu hizmet tespiti davasında şu görüşlere yer verilmiştir: "Davacının işten ayrıldığı tarih 08/08/2008 olarak bildirilmiş (Kurum kayıtlarında 16/08/2008 tarihinde ayrılış bildirgesi verilmiş.) olmakla 01/01/2014 tarihi itibarıyla 5 yıllık hak düşürücü sürenin dolacağı açıktır. Davanın 05/03/2014 tarihinde açıldığı dikkate alındığında kesintili çalışma halinde hak düşürücü sürenin dikkate alınması gerekecektir."²⁶

İşçinin iradi olarak ve/veya iş sözleşmesinin belirli süreli sözleşmenin sona ermesi, fesih, ikale gibi herhangi bir sebeple sona ererek çalışmaya ara verilmesinde, çalışmanın kesintiye uğrayacağına şüphe yoktur. Tutukluluk, gözaltı veya hükümlülük durumları da çalışmayı kesintiye uğratır. Ancak askerlik sebebiyle çalışmaya ara veren sigortalının askerlik dönüşü makul bir süre içerisinde yeniden aynı işyerinde çalışmaya devam etmesi durumunda çalışma kesintisiz kabul edilmektedir.²⁷ "...Somut davada, yukarıda yapılan açıklamalar kapsamında davacının 17.09.2001-01.04.2003 tarihleri arasında tutuklu olması nedeniyle davalı iş yerindeki çalışmasının kesintiye uğraması karşısında; davaya konu 01.04.1997-10.01.2001 dönemine ilişkin talebin hak düşürücü süre nedeniyle reddi gerekmektedir..."²⁸

25 Uşan, 164; Güzel/Okur/Caniklioğlu, 301; Y10HD., 08.12.2020 E. 2018/6459 K. 2020/7448, www.yargitay.gov.tr

26 Y10HD., 26.5.2022, 4023/7942, Y21HD., 25.6.2015, 10180/14728, www.yargitay.gov.tr

27 Y10HD., 07.12.2022, E. 2022/11331 K. 2022/1555, Y10HD., 30.06.2022, E. 2021/7178 K. 2022/10111, www.yargitay.gov.tr

28 Y10HD., 09.06.2020 E. 2019/761 K. 2020/2924, www.yar-

Bununla birlikte, hizmet başka bir işyerinden bildirilmiş ise, bu çalışma karineten kesintilidir.²⁹ Ancak bildirim gerçeği yansıtmaması da şüphesiz, mümkündür. Sigortalı başka işyerinden yapılan bildirim gerçeği yansıtmadığını iddia ederek ispatlayabildiği takdirde, çalışması yine kesintisiz sayılacaktır. Hizmet sözleşmesi varlığını sürdürürken, işverenin de katılımıyla sigortalının işyerleri arasındaki geçişinden kaynaklanan boşluklar, çalışmayı kesintili hale getirmez.³⁰ İşverenin katılımı kavramından anlaşılması gereken, aynı işverenin değişik işyerleri arasındaki geçişler olduğu kadar, işverenin fiili, ticari, ortaklık veya benzeri şekillerde organik bağının bulunduğu başka bir işveren yanından yapılan bildirimlerdir. Anılan şekillerde bir bağ varlığı halinde, her iki işveren yanındaki çalışmalar bir bütün olarak değerlendirilir ve dönemler kesintisiz çalışma olarak kabul edilir. Yargıtay'a göre de böyle bir durumda, *"Mahkemece yapılacak iş; talep edilen dönem yönünden, davacının ... tarihler arası bildirimlerin bulunduğu ... A.Ş ile davalı arasında organik bağ bulunup bulunmadığı araştırılmalı, çalışma olgusunun varlığına yönelik ise, bildirimlerin yapıldığı ... işyerinden bildirimleri bulunan bordro ve bu işyerine komşu işyeri tanıklarının beyanlarına başvurulmak suretiyle davacının bu dönemde çalışıp çalışmadığı araştırılmalı, işçilik alacakları dosyası içerisinde mevcut ödemeler de dikkate alınmak suretiyle çalışmanın varlığı hiçbir kuşku ve duraksamaya yer vermeyecek şekilde açıklığa kavuşturulduktan sonra toplanacak delillere göre hak düşürücü süre irdelenmeli ve sonucuna göre bir karar verilmelidir..."*³¹

Aynı işveren yanında yapılan çalışmalarda da kesintilerin görüntüde veya makul sürelerde olması durumunda sigortalının hizmeti kesintisiz sayılmalıdır. Buna göre kesinti görüntüde ise, diğer bir deyişle "çıktı-girdi" tabir edilen şekilde bir

çalışma veya sigortalının aynı işveren yanındaki hizmetlerinde makul aralıklarla çalışmadan geçirilen süreler varsa, bu çalışmalar da kesintisiz kabul edilmelidir.

A. İşyerinin ve İş Sözleşmesinin Devrinde

İş Kanunu'nun işyeri devrini düzenleyen 6. maddesine göre; *"İşyeri veya işyerinin bir bölümü hukukî bir işleme dayalı olarak başka birine devredildiğinde, devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmeleri bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçer."* Bu durumda hizmet ilişkisinde bir kesinti meydana gelmez. Devirde iş ilişkisindeki işveren taraf değişmekte, ancak iş sözleşmesi varlığını kesintiye uğramadan sürdürmektedir. Nitekim anılan hükmün 2. fıkrasında da, *"Devralan işveren, işçinin hizmet süresinin esas alındığı haklarda, işçinin devreden işveren yanında işe başladığı tarihe göre işlem yapmakla yükümlüdür."* düzenlemesiyle bu husus vurgulanmaktadır. Aynı esaslar Türk Borçlar Kanunu'nun 428. ve Türk Ticaret Kanunu'nun 178. maddeleri uyarınca TBK kapsamındaki işyeri devirlerinde ve ticari şirketlerin birleşme, bölünme ve tür değiştirmesi durumlarında da geçerlidir.

İşyerinin devredilmesi durumunda, hizmet sözleşmesinin varlığını kesintisiz sürdürmesi koşuluyla hak düşürücü süre, işyeri devrinin gerçekleştiği yılın sonundan değil, kesintisiz çalışmanın sona erdiği yılın sonundan işlemeye başlar. Örneğin; işyeri 7 Ekim 2021'de devredilmiş ve sigortalının çalışması 2 Şubat 2022'de sona ermişse, o tarihe kadar kesintisiz çalışmış olan sigortalı için hak düşümü süresi 31 Aralık 2021'de değil, 31 Aralık 2022 tarihinde başlayacak ve anılan hizmetler, 31 Aralık 2027 tarihine kadar açılacak bir dava ile mahkemece tespit edilebilecektir.

Hizmet sözleşmesinin devri durumunda da işyeri devrinde olduğu gibi, çalışma sonlanmamakta ve yeni işverenle aynı sözleşme ilişkisi devam etmektedir. Türk Borçlar Kanunu'nun 205. maddesi sözleşmenin devrini genel olarak düzen-

gitay.gov.tr

29 Öztürk S., 338; Y10HD., 21.02.2023 E. 2023/659 K. 2023/1472, www.yargitay.gov.tr

30 Öztürk S., 344 vd.

31 Y10HD 30.11.2022, E. 2022/10792 K. 2022/15246, yargitay.gov.tr

lemekte, hizmet sözleşmesinin devrini ise 409. maddede düzenlemektedir. Anılan 409. maddeye göre; *"Devir işlemiyle, devralan, bütün hak ve borçları ile birlikte, hizmet sözleşmesinin işveren tarafı olur. Bu durumda, işçinin, hizmet süresine bağlı hakları bakımından, devreden işveren yanında işe başladığı tarih esas alınır."* Dolayısıyla TBK'nın düzenlemesi de İş Kanunu'na paraleldir ve sözleşmenin devri halinde hizmet sözleşmesi kesintisiz olarak devam etmektedir. Bu sebeple yukarıda işyeri devrinde hak düşümü süresine ilişkin olarak söylenenler burada da geçerlidir; hak düşümü süresi hizmet sözleşmesinin devri tarihinden itibaren değil, sigortalının çalışmasının son bulunduğu tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır.

Yargıtay da bu gibi durumlarda *"blok çalışma"* terimini kullanarak çalışmaların bir bütün olarak değerlendirilmesi ve hak düşümü sürelerinin buna göre hesap edilmesi yönünde hüküm kurmaktadır. Yüksek Mahkeme'ye göre: *"Çalışmanın blok çalışma niteliğinde olması yani kesintisiz devam etmesi halinde hak düşürücü süreden bahsedilemez."*³²

Sigortalının 506 sayılı Kanun (4/1-a) kapsamında çalışmakta iken çalışmasına aynı işyerinde kesintisiz bir biçimde 5434 sayılı Kanun kapsamında (4/1-c) devam etmesi halinde (Devlet memurluğuna geçişte) de durum değişmez. Çalışmanın kesintisiz veya kesintili olmakla birlikte bunun geçişten kaynaklanan makul bir süre olması durumunda, 5434 sayılı Kanun kapsamında çalışmaya başlamadan önce geçen ve Kurum'a bildirilmeyen önceki çalışma bakımından hak düşümü süresi işlemez. Yargıtay uygulaması da bu yöndedir. Yargıtay'a göre; *"Somut olayda; davacı 25.06.1996 tarihinde TRT Genel Müdürlüğünde çalışmaya başlamış, 29.09.1998 tarihinde de T.C. Emekli Sandığına tabi olarak aynı kurumda çalışmaya devam etmiştir. Davacının aynı işyerinde çalışmaya devam ettiği hususu tartışmasız olup; çalışma kesintisiz devam ettiğine göre, 506 sayılı*

*Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 79/10 maddesinde yer alan "hizmet" kavramının, somut olay yönünden hem sigortalı hem de emekli sandığı hizmeti birlikte değerlendirilmek suretiyle belirlenmesi ve hak düşürücü sürenin hesabında da bu belirlemenin esas alınması gerekir."*³³

Yargıtay 10. Hukuk Dairesi de aynı doğrultuda, hak düşümü süresinin tespitinde, yukarıda açıklanan şekilde blok çalışma söz konusu ise, 5 yıllık hak düşümü süresinin, blok çalışmanın sona erdiği tarihten itibaren hesaplanması gerektiğini kabul etmektedir. Buna göre; *"...Diğer taraftan, işyerinde hizmet akdine dayalı zorunlu sigortalı olarak 506 sayılı Kanun hükümleri kapsamında çalıştırılanların, aynı işyerinde ara vermesizin/kesintisiz 5434 sayılı Kanuna tabi çalışmalarını sürdürmeleri durumunda, 506 sayılı Kanunun 79/10. maddesi gereğince açılan tespit davaları yönünden hak düşürücü süre irdelenirken, sosyal güvenlik hakkının anayasal güvenceye sahip, vazgeçilmez temel insan haklarından olması, sosyal güvenlik ile ilgili tüm kurumların 20.05.2006 tarihinde yürürlüğe giren 5502 sayılı Sosyal Güvenlik Kurumu Kanunu ile tek çatı altında birleştirilmesi olgusu ve "sigortalı yararına yorum" ilkesi birlikte gözetildiğinde, anılan maddedeki "hizmet" kavramının, "her iki kanun hükümleri kapsamında kesintisiz gerçekleşen çalışma" olarak anlaşılması ve buna göre değerlendirme yapılması, başka bir anlatımla, hak düşürücü süre başlangıcında, 5434 sayılı Kanuna tabi çalışmanın sona erdiği güne ait yılın sonunun esas alınması gerekmekte..."*³⁴

B. Mevsimlik İşlerde

Mevsimlik işler, işçilerin yılın belirli dönemlerinde yoğun olarak çalıştığı ve yılın arta kalan kısmında hizmet sözleşmelerinin bir sonraki çalışma dönemine kadar askıda kaldığı işlerdir. Bu tip çalışmalarda işin niteliği, sürekli aynı sayıda işçi çalıştırmaya elverişli değildir; çalışmaya yılın

32 Y10HD. 26.5.2022, 4023/7942, aynı yönde Y21HD. 10.02.2020, E. 2019/4679 K. 2020/650, www.yargitay.gov.tr

33 YHGK. 27.04.2011 E. 2011/10-52 K. 2011/221, www.yargitay.gov.tr

34 Y10HD. 11.9.2014, E. 2014/14915 K. 2014/17071, www.yargitay.gov.tr

belirli zamanlarında ara vermeyi gerektirir.³⁵ Ara dönemlerde sözleşme ilişkisi ayaktadır, işçi işveren sıfatları sona erme süresinin tarafların asli edim yükümlülükleri askıdadır.

Mevsimlik işlerde, askı dönemlerinde sözleşme ilişkisi devam ettiğinden, askı dönemleri çalışmada kesinti olarak nitelendirilemez. Bu sebeple hak düşürücü sürenin başlangıcı, askı dönemleri esas alınarak değil, tüm çalışmanın sona erdiği yıl esas alınarak hesaplanır. Örneğin; 2015-2021 arası her yıl Kasım-Mart ayları içerisinde çalışmaya ara verilen ve 6 yıl sürmüş bir mevsimlik işte, her dönem ayrı ayrı değerlendirilmeyecek, çalışma 2021 yılının Kasım ayında sona ermişse, 31 Aralık 2021 tarihi hak düşümü süresinin başlangıcı olacak ve sigortalı 31 Aralık 2026 tarihine kadar mahkemeden hizmet tespiti talebinde bulunabilecektir.

Yargıtay'a göre; "Mevsimlik çalışmanın bulunması ve bu çalışmanın yıllar itibariyle kesintisiz sürdüğünün kabulü halinde de çalışılmayan dönemde hizmet akdi askıda olduğundan hükme esas alınan 5 yıllık hak düşürücü sürenin başlangıcı olarak, mevsimlik çalışmanın sona erdiği yılın sonu esas alınması gerekir."³⁶

Bununla birlikte, mevsimlik çalışmalar kesintili ise her dönem için hak düşümü süresi ayrı ayrı belirlenir. Örneğin; 2005-2015 ve 2017-2020 yıllarında mevsimlik işte çalışmış olan işçi için, ilk dönemin tespiti bakımından hak düşümü süresi 31 Aralık 2020 tarihinde sona ermiştir. Yargıtay'a göre; bu gibi uyumsuzluklarda "...işin mevsimlik olup olmadığı, sonuca göre işin mevsimlik olduğu anlaşılırsa dönemleri belirlenmeli, bu dönemde davacı ile işveren arasındaki sözleşmenin askıda olduğu ve mevsimlik dönemlerde hak düşürücü sürenin işlemeyeceği göz önünde bulundurulmalı; böylelikle; çalışmanın varlığı, başlangıç ve bitiş tarihleri, mevsimlik mi, sürekli mi olduğu, yapılan işin kapsam ve niteliği de nazara alındığında kısmi

çalışmanın mümkün olduğunda kısmi ve kesintili olup olmadığı yönteminde araştırılmalı, davacı ve davalı ...'na ödeme belgeleri olmayan dönemlerde davacının, ücreti nasıl aldığı, düzenli her ay alıp almadığı sorulmalı, kesintili çalışma söz konusu olduğu kanaatine varılırsa hak düşürücü sürenin kesinti tarihleri dikkate alınarak her bir dönem bakımından ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekeceği gözetilmelidir."³⁷

Belirtelim ki mevsimlik çalışmanın herhangi bir döneminde işçinin hizmeti bildirilmiş ise, kesintisiz çalışmalarda hak düşümü süre hiç, kesintili çalışmalarda ise ilgili dönem için işlemez. Yargıtay'ın uygulamasına göre; "Belirtmek gerekir ki hak düşürücü süre, bildirimsiz kalan çalışmalar yönünden öngörülmüştür. Belgelerden birisinin dahi Kuruma verilmiş olması veya Kurumca, fiilen ya da kayden sigortalı çalışma olgusunun tespiti hâlinde hak düşürücü süreden söz edilemeyecektir. Sigortalının kayda dayanan çalışması bildirilmiş veya kurumca saptanan çalışması var ise bu bildirilen veya saptanan hizmeti ile blok çalışmanın da zamanaşımına uğramadığı kabul edilmelidir."³⁸

V. Hak Düşürücü Sürenin İşlemediği Durumlar

Hizmet tespiti davasına ilişkin hak düşümü süresi, "aylık prim ve hizmet belgesi işveren tarafından verilmeyen veya çalıştıkları Kurum tarafından tespit edilmeyen sigortalılar" için düzenlenmiş olduğundan, aylık prim ve hizmet belgesi veya muhtasar ve aylık prim hizmet belgesi³⁹ verilmiş veya çalıştıkları Kurum tarafından saptanmış çalışanlar için herhangi bir dava açma süresi söz konusu olmaz.⁴⁰

37 Y10HD, 21.10.2019, 4915/7677, www.yargitay.gov.tr

38 Y10HD, 18.10.2022, 8779/12605, www.yargitay.gov.tr

39 09.08.2016 gün ve 29796 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak 09.08.2016 tarihinde yürürlüğe giren 15/7/2016 tarih ve 6728 sayılı Kanunun 48 inci maddesiyle değişik 5510 sayılı Kanunun 86. maddesinde yapılan düzenleme ile "aylık prim ve hizmet belgesi" yanında "muhtasar ve prim hizmet beyannamesi" ile hizmetlerin Kuruma bildirilmesine imkan tanınmıştır.

40 Sözer, 492; Alper, 147.

35 Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş; İş Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2022, 457.

36 YHGK, 01.07.2019 E. 2016/21-1238 K. 2019/834; Y10HD, 19.10.2022, 8601/12735; www.yargitay.gov.tr

Hak düşümü süresi hakkı ortadan kaldırmakta, durmamakta ve kesilmemektedir. Hâkim tarafından da yargılamanın her aşamasında re'sen gözetilmesi söz konusu olduğundan Anayasal sosyal güvenlik hakkını zedelemektedir. Halbuki işçinin sosyal sigortaya bildirilmesi ve aylık prim ve hizmet belgelerinin Kuruma verilmesi yükümlülüğü işverene, denetim yükümlülüğü ise Kurum'a aittir. Anılan yükümlülükler muhataplarınca yerine getirilmemişken bunun Anayasal temel bir hak olan sosyal güvenlik hakkına ulaşılabilmesi sonucuna çalışanın katlanmasını beklemek sosyal devlet ilkesi ile bağdaşmaz. Kişilerin bu temel hakkını korumak amacıyla Yargıtay, bazı durumlarda hak düşürücü sürelerin işlemeyeceğini kabul etmiştir.⁴¹

Yargıtay'a göre; sigortalı işe giriş bildirgesinin verilmiş olması, ilgili dönem içinde kısmen dahi olsa Kurum'a hizmetin bildirilerek aylık prim ve hizmet belgesinin verilmesi veya Kurum'ca çalışmanın tespit edilmiş olması hallerinde hak düşümü süresi işlemez ve bu durumda sigortalı hizmetin geçtiği yılın sonundan itibaren hesaplanan 5 yıllık süre ile bağlı olmaz; hizmetin tespiti için her zaman dava açılabilir.

Hizmet tespiti davasının bir türü olarak görülen ve aynı zamanda Kurum işleminin iptali olarak da nitelendirilen ve karma niteliğe sahip olan sigorta başlangıç tarihinin tespiti davası da yine 5 yıllık hak düşümü süreye tabi olup işe giriş bildirgesinin verilmiş olması halinde, anılan davanın da hak düşürücü süreye uğramadığı kabul edilmektedir.

A. Sigortalının Kurum'a Bildirilmiş Olması

1. İşverence Yapılan Bildirimler

Sigortalı olan kişilerin, işverence 5510 sayılı Kanun'un 8. maddesi ve Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği'nin 11. maddesi hükümleri uyarınca

Kurum'a bildirilmesi gerekmektedir. Anılan bildirim inşai değil, bildirici nitelikte bir bildirimdir.⁴²

İşverence yapılmış olan bildirimler Kurum'a sigortalı işe giriş bildirgesi vermek ve/veya aylık prim ve hizmet belgesi veya muhtasar ve prim hizmet beyannamesi düzenlenmek şeklinde karşımıza çıkabilir. Anılan Yönetmeliğe göre; bildirim yükümlülüğü, Kanun'un 4. maddesinin 1. fıkrasının; (a) ve (b) bentlerine tabi olanlar için Ek-4, (c) bendine tabi olanlar için ise Ek-4/A'da bulunan sigortalı işe giriş bildirelerinin, Kurum'a e-sigorta ile verilmesiyle yerine getirilir (Yön. m. 15).

Kanun'un 86. maddesinde ise işverenlerce Kanun'un 4. ve 5. maddelerine tâbi olarak çalıştırılan sigortalılar ile sosyal güvenlik destek primine tâbi sigortalılar için Kurum'a aylık prim ve hizmet belgesi veya muhtasar ve prim hizmet beyannamesi verileceği düzenlenmiştir. Kanun hükmünde belirtildiği şekilde, sigortalıların hizmetinin mahkemece tespit edilmesi için işverence anılan belgelerin verilmemesi ve çalıştıkları Kurum'ca da tespit edilememiş olması gerektiğinden, yukarıda sözü edilen her iki durumun da bildirim içermesi dolayısıyla, hak düşürücü süre işlemez.⁴³

Hizmet tespiti davasının bir türü olarak görülen ve aynı zamanda Kurum işleminin iptali olarak da nitelendirilen ve karma niteliğe sahip olan sigorta başlangıç tarihinin tespiti davası da yine 5 yıllık hak düşümü süreye tabi olup işe giriş bildirgesinin verilmiş olması halinde, anılan davanın da hak düşümü süreye uğramadığı kabul edilmektedir.

Sigortalı işe giriş bildirgesinin veya aylık prim ve hizmet belgesinin hak düşümü süresinin işlemlerini engelleyebilmesi için, sigortalının işe başlamasından itibaren veya hizmetin ait olduğu ay dikkate alınarak yine hak düşümü süresi içerisinde Kurum'a ibraz edilmiş olması gerekir.⁴⁴

42 Güzel/Okur/Caniklioğlu, 293.

43 Güzel/Okur/Caniklioğlu, 300; Öztürk M., 101.

44 Uşan, 163; Y10HD., 05.12.2014, E. 2014/20067 K. 2014/25698; Y10HD., 24.05.2013, E. 2013/4471 K. 2013/11386, www.yargitay.gov.tr

41 Y10HD., 13.02.2020, E. 2019/166 K. 2020/1144, Y10HD., 09.03.2017, E. 2017/874 K. 2017/1929, www.yargitay.gov.tr

Örneğin; tespiti talep edilen çalışma dönemi 2010-2015 yılları arasında ise, bu dönem içinde herhangi bir zamanda verilmiş olan işe giriş bildirgesi veya kısmen dahi olsa hizmeti bildiren aylık prim ve hizmet belgesi veya muhtasar ve prim hizmet beyannamesinin Kurum'a verilmesi, hak düşümü süresinin işlemlerini engeller. Dolayısıyla hizmet tespiti davası, hizmetin sona erdiği 2015 yılının sonunu takip eden 5 senenin geçmesinden sonra dahi açılabilir ve sigortalının hizmetleri tespit edilerek sigortalılığına eklenebilir.

Yargıtay, sigortalının 2001-2007 tarihleri arasındaki çalışmasını, anılan dönemler içinde geç de olsa bildirim yapılmış olduğundan, hak düşümü süresinin işlemeyeceği gerekçesiyle kabul etmiştir.⁴⁵ Hükme göre; "Davacı 26.08.2001-22.07.2007 tarihleri arasında kesintisiz çalışmasına rağmen sigortasının geç bildirildiğini ileri sürerek anılan tarihler arasında kesintisiz çalıştığının tespitine karar verilmesini talep etmiştir. Yargıtay'ın yerleşmiş uygulamalarına göre; eğer sayılan belgelerden birisi işveren tarafından verilmişse burada Kurumun sigortalının çalışmasından haberdar olduğu ve artık hizmet tespiti davası için hak düşürücü sürenin varlığından söz edilemeyeceği kabul edilmektedir... Bu kabulün temelinde yatan neden; hiç bildirim yapılmayan sigortalılarla, kısmi bildirim yapılan sigortalıların aynı hukuksal statüye tabi tutulmalarının hukuka ve hakkaniyete aykırı olacağına düşünülmesidir. İşverenin, çalıştırmış olduğu sigortalılara ait hangi belgeleri Kuruma vermesi gerektiği Kanun'un 79/1. maddesinde açıkça ifade edildiği üzere yönetmeliğe bırakılmıştır. Atıf yapılan Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği'nin dördüncü kısmında işverence verilecek belgeler düzenlenmiştir. Bunlar, aylık sigorta primleri bildirgesi (SSİY. m. 16), dört aylık

sigorta primleri bordrosu (SSİY. m. 17), sigortalı hesap fişi (SSİY. m.18) vs.dir. Yönetmelikte sayılan bu belgelerden birisinin dahi verilmiş olması halinde artık Kanun'un 79/10 (eski 8) maddesinde yer alan hak düşürücü süreden söz edilemez. Yargıtay uygulamasında anılan maddenin yorumu geniş tutulmakta; eğer sayılan belgelerden birisi işveren tarafından verilmişse burada Kurumun işçinin çalışmasından haberdar olduğu ve artık hizmet tespiti davası için hak düşürücü sürenin varlığından söz edilemeyeceği kabul edilmektedir."

Belirtelim ki, hak düşümü süresinin işlememesi için bildirim uzun vadeli sigorta kolları kapsamında yapılmış olması gerekir. Kısmi sigortalılar (çıraklar, stajyerler vs.) uzun vadeli sigorta kolları kapsamında sigortalı sayılmadığından, bu kişilerin yapmış oldukları çalışmalara ilişkin olarak verilen işe giriş bildirgesinin hak düşürücü süreye bir etkisi yoktur.⁴⁶ Ancak sigortalının işyerindeki çalışması kısa vadeli sigorta kolları kapsamında başladıktan sonra uzun vadeli sigorta kolları kapsamında devam etmesi halinde, kısmi sigortalılık için verilen bildirge hak düşürücü sürenin işlemesine engel olur.⁴⁷ Kesintili çalışmalarda ise yukarıda anlatılan esaslar, daha önce yukarıda ilgili başlık altında açıkladığımız şekilde, her dönem için ayrı ayrı değerlendirilir.

2. Sigortalı Tarafından Yapılan Bildirimler

Sigortalılar çalışmaya başladıklarını Kurum'a kendileri de bildirebilirler.⁴⁸ 5510 sayılı Kanun'un 8. maddesinin 2. fıkrasına göre; "Sigortalılar, çalışmaya başladıkları tarihten itibaren en geç bir ay içinde, sigortalı olarak çalışmaya başladıklarını Kuruma bildirirler. Ancak, sigortalının kendini bildirmemesi, sigortalı aleyhine delil teşkil etmez." (m. 8/2, Yön. m. 12). Yönetmeliğin 12. maddesinin ilk fıkrası uyarınca, "Kurumca, sigortalının ilgili işveren tarafından bildirilmediğinin ya da bildirildiği hâlde sigortalı bildirim arasında farklılık bulunduğu tespit edilmediği hâlinde, durum, taahhütlü

45 YHGK., 20.01.2022, E. 2019/766 K. 2022/31, aynı yönde YHGK., 2.7.2019, 2177/836, Y10HD., 8.7.2021, 3620/9970, Y21HD., 26.4.2016, E. 2015/14282 K. 2016/7350, www.yargitay.gov.tr; Y21HD., 13.6.2019 E. 2018/6120 K. 2019/4340, <https://www.calismatoplum.org/yargitay-karari/hizmet-tespitinde-hak-dusurucu-surenin-isleme-yecegi-durumlar>.

46 Öztürk S., 370.

47 Y10HD., 11.12.2019, E. 2018/3626 K. 2019/9740, www.yargitay.gov.tr

48 Tuncay/Ekmekçi, 276; Öztürk M, 55.

bir yazıyla sigortalıya, gerekirse işverene bildirilir. Yapılan bildirimlerin sonucunda farklılık giderilemezse, kontrol ve denetim sonucuna göre işlem yapılır.”

Hak düşümü süresine etkisi bakımından önemli olan Kurum'un sigortalının çalışmaya başlaması bakımından bilgi sahibi olmasıdır. Dolayısıyla bildirim işverence veya sigortalı tarafından yapılmış olmasının bir öneminin olmaması gerekir. Salt bildirim, sonrasında Kurum'ca yapılmış bir inceleme ve/veya tespit olmasa dahi hak düşürücü sürenin işlemesine engel olur. Bu durumda da bildirim, ilgili döneme ilişkin hak düşümü süresi içerisinde yapılmış olması gereklidir.

B. Sigortalılığın Kurum'ca Re'sen Tespit Edilmiş Olması

Sosyal Güvenlik Kurumu, kayıt dışı sigortalının çalışmasını 5510 sayılı Kanun'un 59. veya 86. maddeleri çerçevesinde tespit ettiğinde, sigortalılığı re'sen tescil etmekle yükümlüdür. Yapılan denetim, inceleme veya soruşturma sonucunda veya işyeri kayıtları, kamu kurum ve kuruluşları ile bankalar tarafından düzenlenmiş belgeler veya döner sermayeli kuruluşlar, diğer gerçek ve tüzel kişilerden doğrudan kamu idareleri ile kanunla kurulan kurum ve kuruluşlarla yapılan protokoller çerçevesinde alınan ve sadece beyan esasına dayanmayan bilgiler vesilesi ile kayıt dışılık tespit edilir ve sigortalının Kurum'ca re'sen tescili yapılır⁴⁹ (506 sK. m. 79, 5510 sK. m. 59, 86 Yön. m. 12).

Hizmet tespiti davası için düzenlenmiş olan hak düşümü süresi, Kurum'ca yukarıdaki hükümler çerçevesinde re'sen yapılmış bir sigortalılık tescilinin varlığı halinde işlemez. Zira böyle durumlarda sigortalının çalışması -kısmen dahi olsa- Kurum'un bilgisi dahilindedir. Kesintili çalışmalarda ise tespit hangi döneme ilişkin ise, hak düşümü süresi yalnızca o tarihler arasındaki süreler için işlemez; tespit yapılmamış dönemler

için ise hak düşümü süresi işleyecektir. Örneğin; sigortalı 2010-2013 yılları arasında kayıt dışı çalışırken Kurum müfettişlerince 2012 yılında yapılan denetimler esnasında re'sen sigortalı olarak tescil edilmişken, daha sonra aynı veya farklı işyerinde 2016-2019 tarihleri arasında yine kayıt dışı çalışmış ve bu defa çalışmasının Kurum'ca tespit edilememiş olması durumunda, ilk dönem olan 2010-2013 yılları arasındaki çalışmasının mahkemeden talep edilecek hizmet tespiti bakımından hak düşümü süresi söz konusu olmayacak iken, ikinci dönemdeki çalışmasının tespiti bakımından hak düşümü süresi 31 Aralık 2024 tarihi itibarı ile dolacak ve artık bu dönemin tespiti mahkemece yapılamayacaktır.

Kurum'ca yapılacak tespit hak düşürücü sürenin işlemesine engel olabilmesi için, tespit yine hak düşürücü süre içerisinde olması gerekmektedir. Örneğin; 2010-2015 yılları arasındaki çalışması Kurum'un denetim ve teftiş yetkisi bulunan görevlilerince 31.12.2020 tarihine kadar tespit edilmeyen sigortalının, 01.01.2021 tarihinden itibaren açacağı hizmet tespiti davası hak düşürücü süreye uğrayacaktır.

5510 sayılı Kanun'un 59. maddesine göre, Kanun'un uygulanmasına ilişkin işlemlerin denetimi, Kurum'un denetim ve kontrol ile görevlendirilmiş memurları eliyle yürütülür ve anılan kişiler tarafından düzenlenen tutanaklar aksi sabit oluncaya kadar geçerlidir. Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği'nin 7. maddesi gereğince, sosyal sigorta kayıtlarının ve 24. maddesi gereğince hizmet kayıtlarının, Kurum'un denetim ve kontrolle görevli memurlarınca hazırlanan raporlar doğrultusunda düzenlenmesi (düzeltme, silme veya yeni kayıt ekleme) gerekmektedir.

Yönetmeliğin 26. maddesi gereğince ise; Kurum'un denetim ve kontrolle görevli memurlarınca, işyeri kayıtlarının incelenmesi sonucunda yapılan tespitlerden çalıştığı belirlendiği hâlde, hizmetleri Kurum'a bildirilmediği veya eksik bildirildiği saptanan sigortalıların geriye yönelik hizmetleri dikkate alınır ve hizmetlerine işlenir.

Çalışmanın müfettiş raporu ile tespit edilmesi

⁴⁹ Aydın, 155.

durumunda da Kurum'un çalışmadan haberdar olduğu açıktır. Ancak müfettiş raporu ile tespit edilmiş bir çalışmanın varlığına rağmen Kurum tarafından müfettiş raporundaki görüş doğrultusunda olumlu bir işlem (tescil) yapılmamış olması da mümkündür. Bu durumda, Kurum'ca müfettiş raporunun aksine yapılmış bir işlem söz konusu olmadıkça, müfettiş raporuna itibar edilerek çalışmadan Kurum'un haberdar olduğu ve dolayısıyla hak düşürücü sürenin işlemeyeceği kabul edilmelidir.

Kurum'un müfettiş raporu üzerine yukarıda açıklanan mevzuata uygun hareket ederek sigortalılığı tescil etmesi veya müfettiş raporundaki görüşe katılmadığı halde bunu gerekçeli bir biçimde delilleriyle birlikte ortaya koymayarak olumlu veya olumsuz bir işlem yapmaması (hareketsiz kalması) halinde de hak düşürücü süresinin işlemeyeceği kabul edilmelidir. Kurum'un işlem yapmayarak sigortalının müfettişçe belirlenen çalışmasını hizmetine eklememesinin sonuçları, bu durumun oluşmasında kusuru bulunmayan sigortalıya yüklenmemelidir.

VI. Sonuç

Hukukumuzda sosyal sigorta sistemimiz her ne kadar zorunluluk ilkesi üzerine inşa edilmiş olsa da işverence çalışmaları Sosyal Güvenlik Kurumu'na kısmen veya tamamen bildirilmemiş ve çalışmaları Kurum'ca da saptanamamış çalışanların varlığı herkesin malûmudur. Sigortalının çalışmaları tespit edil(e)mezse, anılan kayıt dışı çalışmalar sosyal sigortalar bakımından onun hizmetinden sayılmaz. Bu durumda çalışanın ve/veya hal sahiplerinin hak kaybına uğraması söz konusudur.

Kayıt dışı çalışmış olan sigortalı, mahkemeden alınacak bir ilâm ile sigortalı hizmetlerini tespit ettirebilir ve bu sayede sigortalılık haklarından yararlanma imkânı bulur. Ancak Kanun'da anılan şekilde kayıt dışı gerçekleşmiş olan hizmetlerin tespiti için, tespiti talep edilen çalışmaların sona erdiği veya sigortalı hizmeti devam ederken ölmüş ise, öldüğü yılın sonundan başlamak üzere

beş yıllık hak düşümü süresi belirlenmiştir. Süre geçtikten sonra sigortalıların hizmetleri değerlendirilmemektedir. Bununla birlikte bazı durumlarda anılan hak düşümü süresi işlemez.

Sigortalının çalışmasının kesintisiz olarak devam etmiş olduğu durumlarda, askerlik ve benzeri sebeplerle çalışmaya makul sürelerle ara verilmiş olması durumlarında, işverenin bilgisi dahilinde yapılan işyeri değişiklikleri gibi çalışmanın blok yapılmış olduğunun değerlendirildiği durumlarda veya sigortalının işverence veya kendisi tarafından Kurum'a bildirilmesi veya Sosyal Sigortalar Kurumu'nca çalışmasının re'sen saptanması durumlarında, anılan bildirimlerin de hak düşümü süresi içerisinde yapılmış olması kaydıyla, hak düşümü süresi ile bağlı olmaksızın sigortalıların hizmetleri mahkemece tespit edilebilir.

KAYNAKÇA

- Alper, Yusuf: Sosyal Sigortalar Hukuku, 12. Baskı, Bursa 2022.
- Arıcı, Kadir: Türk Sosyal Güvenlik Hukuku, Ankara 2015.
- Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar Ayvaz, Sema/Hanağası, Emel: Medeni Usul Hukuku, 8. Baskı, Ankara 2022.
- Atalı Murat: Hizmet Tespit Davasının Sosyal Güvenlik Kurumuna İhbarı, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 16 (2014), 631-652.
- Aydın, Ufuk: Sosyal Güvenlik Hukukunda Tespit Davaları, Emeğin Hukuku Kurultayı-II, Türkiye Barolar Birliği, 27.05.2016, Ankara 2017, 153-181.
- Güzel Ali/Güzel A. Rıza/Caniklioğlu Nurşen: Sosyal Güvenlik Hukuku, 19. Baskı, İstanbul 2021.
- Kabakçı, Mahmut: Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri ve Türleri, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2018, İstanbul 2021, 409-521.
- Korkusuz M. Refik/Uğur, Suat: Sosyal Güvenlik

- Hukuku, 5. Baskı, Bursa 2016.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş: İş Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2022.
 - Özkaraca, Ercüment/Akkaya, Merve: Hak Sahiplerinin Hizmet Tespit Davası Açma Süresi, Sicil, 2022/II Sayı 48, 50-73.
 - Öztürk, Meltem: Hizmet Tespiti Davası, Ankara 2021.
 - Öztürk, Sezai: Hizmet Tespiti Davaları, Ankara 2021.
 - Özveri, Murat: Yargı Kararları ve Sigortalı Hizmetlerin Tespiti, VII. Sosyal İnsan Hakları Uluslararası Sempozyumu 10-11 Aralık 2015 Denizli, 223-256.
 - Saraç, Coşkun: Sigortalı Hizmetlerin Hükmen Tespiti, Osman Güven Çankaya'ya Armağan, Kamu-İş, Ankara 2010, 451-488.
 - Sözer, Ali Nazım: Türk Sosyal Sigortalar Hukuku, 6. Baskı, İstanbul 2023.
 - Şakar, Müjdat: İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku, 14. Baskı, İstanbul 2021
 - Tanrıver, Süha: Medeni Usul Hukuku, C.1, Ankara 2021.
 - Tuncay, Can/Ekmekçi, Ömer: Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 21. Bası, İstanbul 2021.
 - Uşan, Fatih: Türk Sosyal Güvenlik Hukukunun Temel Esasları, Ankara 2009.
 - Yücel, Merve: Hizmet Tespit Davasının Yargılama Usulü Genel Bilgiler, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2 (2), 75-111.

4688 Sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanunu'na Göre Kamu Görevlilerinin Sendikal Güvenceleri

Öz

Hukukumuzda çalışanlara sendika kurma ve sendikaya üye olma hakkının tanınmasının yanında pozitif sendika özgürlüğünün korunması amacıyla birtakım sendikal güvenceler hüküm altına alınmıştır. Konuya ilişkin hükümlere hem 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu hem de 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanunu'nda yer verilmiş ve çalışanlar işverenlerine karşı korunmuşlardır.

Çalışma konumuz açısından sadece 4688 sayılı Kanun kapsamındaki düzenlemelerden bahsedilecek olup ilgili yerlerde 6356 sayılı Kanun'daki hükümlere atıf yapılacaktır. Bu kapsamda öncelikle m. 18'deki sendika üyelerinin ve yöneticilerinin güvencesi konusu ele alınacak, ardından da m. 23'teki işyeri sendika temsilcilerinin güvencesinden bahsedilecektir.

Anahtar Sözcükler:

Kamu görevlileri sendikaları, sendikal güvence, 4688 sayılı Kanun.

Guarantees Of Public Officials' Union Rights According To Law No. 4688 On Public Officials' Trade Unions And Collective Agreements

Abstract

Alongside the recognition of the right to establish trade unions and become union members in Turkish legal system, certain union guarantees have been enshrined to protect positive union freedom. Provisions related to this matter are included in both Law No. 6356 on Trade Unions and Collective Bargaining

Agreements, as well as Law No. 4688 on Public Officials' Trade Unions and Collective Agreements, ensuring protection for employees against employers.

For the purpose of our study, we will only discuss the regulations within the scope of Law No. 4688, with references made to the

* Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, cerdogan@ybu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-5656-5655.

provisions in Law No. 6356 where relevant. Within this framework, firstly, the subject of guarantees for union members and executives

in Article 18 will be addressed, followed by the discussion of the guarantees for workplace union representatives in Article 23.

Keywords:

Public Officials' Trade Unions, union guarantees, Law No. 4688 on Public Officials' Trade Unions and Collective Agreements.

Giriş

Çalışanların Anayasa'da güvence altına alınmış olan sendika haklarından (m. 51) faydalanabiliyor olması ya da bunun mevzuatta düzenlenmesi, o hukuk düzeninde sendika hakkının tam anlamıyla korunduğundan bahsedebilmesi için yeterli değildir. Bunun için birtakım güvencelerin de düzenlenmesi icap etmektedir. Zira çalışanların kendilerine tanınan bu haklardan faydalanırken herhangi bir zarara uğramaması, dezavantajlı duruma düşmemesi ya da en azından böyle bir çekincelerinin olmaması gerekir. Aksi halde çalışanlar, sendika üyesi olmaktan ya da sendikal faaliyetlere katılmaktan kaçınabileceklerdir. İşte bu gerekçe ile hem 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu (STİSK) hem de 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanunu'nda (KGSTSK) sendika hakkını güvenceye alan müstakil hükümlere yer verilmiştir. Buna göre; ilgili kanunlarda sendika üyeliği, sendika temsilciliği ve sendika yöneticiliği güvence altına alınmıştır.

Türkiye'nin taraf olduğu bazı uluslararası düzenlemeler de sendika hakkına ilişkin güvenceleri düzenlemektedir. Konumuz açısından özellikle ILO 98 sayılı Örgütlenme ve Toplu Pazarlık Hakkı Sözleşmesi ve 151 sayılı Çalışma İlişkileri (Kamu Hizmeti) Sözleşmesi'nde sendika üyelik ve yöneticilik güvencelerine yer verilmiştir.

Çalışma konumuz açısından sadece 4688 sayılı Kanun kapsamındaki düzenlemelerden bahsedilecek olup ilgili yerlerde 6356 sayılı Kanun'daki hükümlere atıf yapılacaktır. Bu kapsamda öncelikle m. 18'deki sendika üyelerinin ve yöneticile-

rinin güvencesi konusu ele alınacak, ardından da m. 23'teki işyeri sendika temsilcilerinin güvencesinden bahsedilecektir.

I. Üyelik Güvencesi

A. Sendika Üyeliği

4688 sayılı Kanun'a göre; sendikalara üye olmak serbesttir ve kamu görevlileri çalıştıkları işyerinin girdiği hizmet kolunda kurulu bir sendikaya üye olabilir (m. 14). Bununla birlikte, kamu kurum ve kuruluşlarının kadro veya pozisyonlarında istihdam edilenlerden işçi statüsü dışında çalışan tüm kamu görevlileri, kamu görevlileri sendikalarına üye olabilirler. Buradaki düzenlemeden tüm kamu görevlilerinin sendika üyesi olabileceği gibi bir anlam çıkarılabilir ancak kanun koyucu m. 15'te liste halinde hangi kamu görevlilerinin sendika üyesi olamayacaklarını belirtmiştir¹. Dolayısıyla denilebilir ki, Kanun m. 15'teki istisnalar hariç olmak üzere kamu kurum ve kuruluşlarının kadro veya pozisyonlarında istihdam edilenlerden işçi statüsü dışında çalışan tüm kamu görevlileri önceden izin almak zorunda olmaksızın kamu görevlileri sendikalarına üye olabilirler.

Kamu görevlilerinin sendika üyesi olmalarına ilişkin düzenlemeler, Kanun m. 14 ve *Kamu Görevlileri Sendikaları ve Konfederasyonlarınınca Düzenlenecek Üyelik Başvuru Belgesi, Çekilme Bildi-*

¹ Konu hakkında ayrıntılı bilgi ve maddeye ilişkin verilmiş AYM kararları hakkında bkz. Erdoğan, C. (2022). Kamu Görevlilerinin Sendikal Hakları. Ankara: Yetkin Yayınları, 117 vd.

rimlerinin Şekli, İçeriği, Tutulacak Defterlerin Şekli, İhtiva Edeceği Bilgiler ile Kayıtların Düzenlenmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'te² yer almaktadır.

Kamu görevlileri de işçilerde olduğu gibi, negatif sendika özgürlüğü kapsamında sendikaya üye olup olmamakta serbesttir (KGSTSK m. 14). Üyeliğin kazanılması³; çalışanın sendikanın kurucuları arasında bulunması⁴, sendikaya başvuru üyeliği başvurusunda bulunması ya da sendikaların birleşmesi veya katılması yoluyla gerçekleşmektedir⁵. Sendika kurucuları arasında yer alanlar, sendikanın tüzel kişilik kazanması ile kendiliğinden ve herhangi bir işleme gerek olmaksızın üyelik sıfatını kazanırlar⁶. Kamu görevlileri çalıştıkları işyerinin girdiği hizmet kolunda kurulu diledikleri bir sendikaya üye olabilirler⁷. Kamu görevlilerinin sendika üyelik başvurusu için 6356 sayılı Kanun'daki sistemden farklı bir sistem öngörülmemiştir. Zira Kanun'daki düzenlemeye göre; sendikaya üyelik, kamu görevlisinin üç nüsha olarak doldurup imzaladığı üye formu ile sendikaya başvurusu ve başvurunun sendika

yetkili organınca kabulü ile kazanılır⁸. Buradaki düzenleme mülga 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'ndaki düzenlemeye paralellik göstermektedir. Düzenleme mülga 2821 sayılı Sendikalar Kanunu'ndaki uygulamaya benzemektedir. İlgili düzenleme uyarınca, "İşçi sendikasına üyelik, işçinin beş nüsha olarak doldurup imzaladığı ve notere tasdik ettirdiği üye kayıt fişini sendikaya vermesi ve sendika tüzüğünde belirlenen yetkili organın kabulü ile kazanılır. Üyelik başvurusu, sendika tarafından en çok otuz gün içinde reddedilmediği takdirde üyelik istemi kabul edilmiş sayılır. Haklı bir sebep gösterilmeden üyeliği kabul edilmeyen işçinin, bu kararın kendisine tebliğinden itibaren otuz gün içinde iş davalarına bakmakla görevli mahalli mahkemede dava açmak hakkı vardır. Mahkemenin kararı kesindir." (m. 22/3). Kollektif sendika özgürlüğü uyarınca, sendika üyeliğinin kazanılması için üyelik başvurusunun sendikanın yetkili organı⁹ tarafından kabulü aranmaktadır¹⁰. Üyelik başvurusu, sendika tarafından en çok otuz gün içinde reddedilmediği takdirde üyelik başvurusu kabul edilmiş sayılır¹¹. Haklı bir sebep gösterilmeden üyeliği kabul edilmeyen kamu görevlisinin, bu kararın kendisine tebliğinden itibaren otuz gün içinde iş davalarına bakmakla görevli mahalli mahkemede dava açma hakkı vardır (KGSTSK m. 14/3-4). İlgili düzenleme ile kamu görevlileri hem sendikaya üye kabul serbestisine hem de hakkın kötüye kullanılmasına karşı korunmuşlardır¹². Kanun'da mahkeme yo-

2 07.09.2001 tarihli ve 24516 sayılı RG'de yayımlanmıştır.
3 Üyelik işleminin hukuki niteliği hakkında bkz. Tuncay, A. C. (1975). İşçi Sendikası Üyeliğinin Kazanılması ve Sona Ermesi. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 112-113. Ayrıca bkz. Tuğ, A. (1992). Sendikalar Hukuku. 2. Baskı. Ankara: Yetkin Yayınları, 109-110.
4 Üyeliğin sendika kurucusu olma suretiyle de kazanılabileceği yönündeki görüş için bkz. Ekmekçi, Ö. (2021). Toplu İş Hukuku Dersleri. 3. Baskı. İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 109.
5 Bkz. Tuncay, 1975, 111; Şahlanan, F. (1986). Sendikalar Hukuku. İstanbul: Özgün Matbaacılık, 176; Esener, T./ Bozkurt Gümrükçüoğlu, Y. (2017). Sendika Hukuku, 2. Baskı. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 176; Çelik, N./ Caniklioğlu, N./ Canbolat, T./ Özkaraca, E. (2021). İş Hukuku Dersleri. 34. Baskı. İstanbul: Beta Yayınları, 955-956; Ekmekçi, 2021, 104-109.
6 Esener/ Bozkurt Gümrükçüoğlu, 2017, 304.
7 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanunu'nda asıl iş- yardımcı iş şeklinde bir ayırım yapılmamıştır. Ayrıca Kanun m. 5'te 11 adet hizmet kolu tespit edilmiştir. Bunlar, 1. Büro, bankacılık ve sigortacılık hizmetleri. 2. Eğitim, öğretim ve bilim hizmetleri. 3. Sağlık ve sosyal hizmetler. 4. Yerel yönetim hizmetleri. 5. Basın, yayın ve iletişim hizmetleri. 6. Kültür ve sanat hizmetleri. 7. Bayındırlık, inşaat ve köy hizmetleri. 8. Ulaştırma hizmetleri. 9. Tarım ve ormancılık hizmetleri. 10. Enerji, sanayi ve madencilik hizmetleri. 11. Diyanet ve vakıf hizmetleri.

8 Yönetmelik m. 3'e göre; "Kamu görevlileri sendikalarına üye olmak isteyen kamu görevlileri örneği (EK-1) de gösterilen "Kamu Görevlileri Sendikalarına Üyelik Formu"ndan 3 nüsha doldurup imzaldıktan sonra yetkili organın kabulü için sendikaya verir."

Alman hukukunda da üyelik, üyelik başvurusu (Aufnahmeantrag) ve bunun sorumlu sendika organı tarafından kabul edilmesiyle ortaya çıkan bir sözleşme ile kazanılır. Ayrıca sendikalara giriş esnasında genellikle giriş ücreti de alınmaktadır. Bkz. Hromadka, W./ Maschmann, F. (2020). Arbeitsrecht Band 2. Kollektiv-arbeitsrecht Arbeitsstreitigkeiten. 8. Auflage. Berlin: Springer, 31.

9 Buradaki yetkili organ genellikle yönetim kuruludur.

10 Bkz. Esener/ Bozkurt Gümrükçüoğlu, 2017, 305.

11 Görüldüğü üzere kabulün açık olması koşul olarak aranmamıştır.

12 Gülmez, Gülmez, M. (2002). Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Görüşme Hukuku. Ankara: TODAİE-Türkiye

luna başvurulması halinde, hâkim tarafından kamu görevlisi lehine karar verilmesinin sonucu belirtilmemiştir. Ancak 6356 sayılı Kanun'da da belirtildiği gibi, mahkemenin davacı lehine karar vermesi hâlinde üyelik, red kararının alındığı tarihte kazanılmış sayılmalıdır (m. 17/5).

Her ne kadar kuruluş aşamasında serbest kuruluş ilkesinin bir sonucu olarak çokluk ilkesi geçerliyse de üyelikte teklik ilkesi geçerlidir. Bunun sonucu olarak, birden çok sendikaya üye olunamaz. Birden çok sendikaya üyelik halinde sonraki üyelikler geçersizdir. Aynı tarihli birden fazla üyeliğe ilişkin bildirimler dikkate alınmaz ve bu husus kamu işvereni tarafından ilgiliye ve sendikalara yazılı olarak bildirilir (KGSTSK m. 14/6-7). Yönetmelik'e göre; "Sendika, üyeliği kesinleşen kamu görevlisinin başvuru belgesinin bir örneğini üyenin kendisine verir, bir örneği sendikada kalır, bir örneğini ise üyelik ödentisine esas olmak ve dosyasında saklanmak üzere onbeş (15) gün içinde kamu görevlisinin çalıştığı işyerine göndermek zorundadır" (m. 3/2). Ayrıca "Kamu işvereni, sendikaya üye olan ve üyelik ödentisi kesilen kamu görevlilerinin listesini her ayın son haftasında, işyerinde herkesin görebileceği yerde ilan eder." (m. 3/3)¹³.

B. Üyelerin Güvenceleri

Sendika üyelerine güvence sağlanması, 151 sayılı ILO Sözleşmesi'nde düzenlenmiştir. Sözleşme m. 4'e göre; kamu görevlileri, çalıştırmaları konusunda sendikalaşma özgürlüğüne hâlel getirecek her türlü ayrımcılığa karşı yeterli

korumadan yararlanacaklardır. İlgili sözleşmeye taraf olmamızın da bir sonucu olarak kanun koyucu, 4688 sayılı Kanun'da sendika üyelerinin ayırım yasağına ve işyeri değişikliklerine karşı korunmaktadır. Buna göre; *kamu görevlileri, iş saatleri dışında veya işverenin izni ile iş saatleri içinde sendika veya konfederasyonların bu Kanun'da belirtilen faaliyetlerine katılmalarından dolayı farklı bir işleme tâbi tutulamaz ve görevlerine son verilemez... Kamu işvereni kamu görevlileri arasında sendika üyesi olmaları veya olmamaları nedeniyle bir ayırım yapamaz* (m. 18/1-3)¹⁴. Mad-

14 Benzer şekilde 6356 sayılı Kanun'da da sendika üyeliği güvence altına alınmıştır. Buna göre; "İşçilerin işe alınmaları; belli bir sendikaya girmeleri veya girmemeleri, belli bir sendikadaki üyeliği sürdürmeleri veya üyelikten çekilmeleri veya herhangi bir sendikaya üye olmaları veya olmamaları şartına bağlı tutulamaz. İşveren, bir sendikaya üye olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler veya ayrı sendikalara üye olan işçiler arasında, çalışma şartları veya çalıştırmaya son verilmesi bakımından herhangi bir ayırım yapamaz. Ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardım konularında toplu iş sözleşmesi hükümleri saklıdır. İşçiler, sendikaya üye olmaları veya olmamaları, iş saatleri dışında veya işverenin izni ile iş saatleri içinde işçi kuruluşlarının faaliyetlerine katılmaları veya sendikal faaliyetlerde bulunmalarından dolayı işten çıkarılamaz veya farklı işleme tâbi tutulamaz. İşverenin (...)1 yukarıdaki fıkralara aykırı hareket etmesi hâlinde işçinin bir yıllık ücret tutarından az olmamak üzere sendikal tazminata hükmedilir. Sendikal bir nedenle iş sözleşmesinin feshi hâlinde işçi, 4857 sayılı Kanunun (...)2, 20 ve 21 inci madde hükümlerine göre dava açma hakkına sahiptir. İş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiğinin tespit edilmesi hâlinde, 4857 sayılı Kanunun 21 inci maddesine göre işçinin başvurusu, işverenin işe başlatması veya başlatmaması şartına bağlı olmaksızın sendikal tazminata karar verilir. Ancak işçinin işe başlatılmaması hâlinde, ayrıca 4857 sayılı Kanunun 21 inci maddesinin birinci fıkrasında belirtilen tazminata hükmedilmez. İşçinin 4857 sayılı Kanunun yukarıdaki hükümlerine göre dava açmaması ayrıca sendikal tazminat talebini engellemez. İş sözleşmesinin sendikal nedenle feshedildiği iddiası ile açılacak davada, feshin nedenini ispat yükümlülüğü işverene aittir. Feshin işverenin ileri sürdüğü nedene dayanmadığını iddia eden işçi, feshin sendikal nedene dayandığını ispatla yükümlüdür. Feshin dışında işverenin sendikal ayrımcılık yaptığı iddiasını işçi ispat etmekle yükümlüdür. Ancak işçi sendikal ayrımcılık yapıldığını güçlü biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren davranışının nedenini ispat etmekle yükümlü olur. Yukarıdaki hükümlere aykırı olan toplu iş sözleşmesi ve iş sözleşmesi hükümleri geçersizdir. İşçinin iş kanunları ve diğer kanunlara göre sahip olduğu hakları saklıdır." (m.25). Konu hakkında ayrıntılı açıklama için bkz. Şahlanan, F. (2013). Sendika Üyeliğinin Güvencesi. Legal İHSGHD. C. 10. S. 37, 3 vd.; Şahlanan, 2020,

ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü, 466; Uçkan, B. (2013). 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanunu Çerçevesinde Türkiye'de Kamu Görevlileri Sendikacılığı. İstanbul: Legal, 63; Tuncay, A. C./ Savaş Kutsal, B. (2016). Toplu İş Hukuku. 5. Baskı. İstanbul: Beta Yayınları, 496.

7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu m. 8 uyarınca, üyelik başvurusunun reddedilmesine karşılık açılan davada temyiz yolu kapalıdır (f. 1/ç-2).

13 Esener ve Bozkurt Gümrükçüoğlu'na göre; sendika üyeliğine ilişkin bilgilerin ilan edilmesinden önce ilgili kamu görevlisi ve sendikaya bildirilmesi daha isabetli olacaktır. Bkz. Esener/ Bozkurt Gümrükçüoğlu, 2017, 306 dn. 903.

de kapsamında kamu görevlileri hem sendikal faaliyetlere katılmaları hem de ayrımcılığa karşı korunmaktadır¹⁵. Doktrinde haklı olarak ileri sürülen bir görüşe göre; Kanun'da yer alan *sendika veya konfederasyonların bu Kanun'da belirtilen faaliyetlerine katılmalarından dolayı farklı bir işleme tâbi tutulamama güvencesi*, sadece sendika üyesi kamu görevlilerini kapsamamakta, bununla birlikte herhangi bir sendikaya üye olmayan ya da üyelikten ayrılmış olan kamu görevlilerini de kapsamaktadır¹⁶.

Ayrıca ilgili düzenlemenin memuriyete giriş, devamı ve ayrılma sürecinin hepsini kapsadığı kabul edilmelidir¹⁷. Ancak maddede aykırı davranılması halinde bunun yaptırımının ne olduğuna yönelik herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Hiç şüphesiz, 5237 sayılı TCK m. 118¹⁸'deki cezai yaptırımlar kamu görevlileri için de uygulama alanı bulacaktır. Bununla birlikte doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre; STİSK m. 25'teki yaptırım burada da kıyasen uygulanmalı ve ayrımcılığa maruz kalan kamu görevlisine en az bir yıllık maaşı tutarında tazminat ödenmelidir¹⁹.

Öncelikli olarak kamu görevlilerinin sendikal

faaliyetlere katılma hakkına değinmek gerekir. Maddede de belirtildiği üzere, kamu görevlisi iş saatleri dışında sendikal faaliyete katılabilir. Bunun için kamu işvereninden izin almasına gerek yoktur. Zaten maddedeki ifadeden de kanun koyucunun iradesinin bu yönde olduğu anlaşılmaktadır. Ancak kamu görevlisi çalışma saatleri içerisinde sendikal faaliyete katılacaksa, kamu işvereninden izin almak zorundadır. Kamu görevlisi çalışma saatleri dışında ya da işverenin izni ile çalışma saatleri içinde sendikal faaliyete katıldığı gerekçesiyle herhangi bir ayrımcılıkla karşılaşamaz ya da görevine son verilemez. Konuya örnek teşkil edebilecek bir karar, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) önüne gelmiştir. AİHM tarafından verilmiş *Akat/ Türkiye Kararı*'nda²⁰, Diyarbakır'da öğretmen olan EĞİTİM-SEN üyesi başvuru, izin almaksızın Ankara'daki bir gösteriye katılmıştır. Bunun ardından Milli Eğitim Müdürlüğü tarafından başvurunun maaşından 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu m. 125 uyarınca kesinti yapılacağı ve derse girmediği gerekçesiyle de ceza alacağına dair ihbarname gönderilmiştir. Başvurucu, ilerleyen tarihlerde yine Ankara'da bir gösteriye katılmış ve bunun üzerine kendisi hakkında disiplin soruşturması başlatılmıştır. Bunun sonucunda da maaştan kesme cezası almıştır. Başvurucu, başvuru sırasında Konya'ya atanmıştır. AİHM, ortaya çıkan uyuşmazlık hakkında Sözleşme'nin memurların nereye atanacağını garantiye almadığını ifade etmiştir. Zira başvurunun nereye atanacağına karar verme yetkisi, devletin tasarrufundadır. Mahkeme kararında, bir sendikaya üye olma hakkının başka bir şehre tayin edilmemesi anlamına gelmeyeceğini belirtmiştir²¹. Mahkeme atama

196-214; Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat/ Özkaraca, 2021, 900-913; Ekmekçi, 2021, 127-169; Sur, M. (2019). İş Hukuku Toplu İlişkiler. 8. Baskı. Ankara: Turhan Kitabevi, 55-73.

15 Anayasa Mahkemesi tarafından da ifade edildiği gibi, "sendikaya üye olma güvencesi, henüz sendikaya üye olunmadığı halde sendika tarafından gerçekleştirilen 'ikna' çalışmalarıyla ilgili faaliyetlere katılımı da içermekte ve bu faaliyetlere katılım nedeniyle yaptırım veya ayrımcılığa düşürülmemiştir." Anayasa Mahkemesi'nin 05.10.2017 tarihli ve 2014/15627 sayılı *Anıl Pınar ve Ömer Bilge Kararı* § 35. Karar için bkz. (14.04.2023) <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/15627>.

16 Keser, H. (2003). 4688 Sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu Kapsamına Giren Kamu Görevlileri ve Kamu Görevlileri Sendikaları Üyelik Güvenceleri. Çimento İşveren Dergisi, 27.

17 Tuncay/ Savaş Kutsal, 2016, 500; Keser, 2003, 27.

18 "Bir kimseye karşı bir sendikaya üye olmaya veya olmamaya, sendikadan faaliyetlerine katılmaya veya katılmamaya, sendikadan veya sendika yönetimindeki görevinden ayrılmaya zorlamak amacıyla, cebir veya tehdit kullanan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Cebir veya tehdit kullanılarak ya da hukuka aykırı başka bir davranışla bir sendikanın faaliyetlerinin engellenmesi halinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolünür."

19 Tuncay/ Savaş Kutsal, 2016, 500.

20 Karar için bkz. (18.04.2023) [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-125673"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{).

21 Benzer şekilde bkz. *Belçika Polisi Ulusal Sendikası/ Belçika* kararı parag. 38, (18.04.2023) https://www.google.com/url?sa=i&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=0CAIQw7AJahcKEwiloMwVr4j_AhUAAAAHQAAAAQAw&url=https%3A%2F%2Fhudoc.echr.coe.int%2Fapp%2Fconversion%2Fdocx%2F%3Flibrary%3DECHR%26id%3D001-57435%26filename%3DCASE%2520OF%2520NATIONAL%2520UNION%2520OF%2520BELGIAN%2520PO-

kararının yerinde olup olmadığına bakmaksızın, atama kararının bir sendikaya üye olup olmama-yı engellemediğini ve üyelik hakkını sınırlandırmadığını belirlemiştir. Karara konu olayda da görüldüğü gibi, başvurucu çalıştığı kurumdan izin almaksızın çalışma günü/saatinde sendikal faaliyete katılmış hatta kendisine bu konuda uyarı yapılmasına rağmen aynı şekilde izin almaksızın şehir dışında gerçekleştirilen başka bir sendikal faaliyete de katılmıştır. Bunun sonucunda başvurucu başka bir şehre tayin edilmiştir. Madde düzenlenen güvenceden faydalanabilmek için kamu görevlisi, eğer çalışma saati içerisinde sendikal faaliyete katılacaksa, işvereninden izin almak zorundadır. Burada şu hususu vurgulamak gerekir ki kamu işvereni, haklı bir gerekçe yoksa sendikal faaliyete katılabilmesi için kamu görevlisine izin vermelidir. Dolayısıyla haklı bir nedenin varlığı halinde kamu görevlisine izin verilmeyebilir. Buradaki ayırt edici unsur, haklı bir gerekçenin bulunmasıdır. Aksi halde keyfi uygulamalarla, kamu görevlilerinin sendikal hakkına müdahale edilmiş olunacaktır. Haklı nedenin var olup olmadığı her somut olay açısından ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Örneğin; sağlık çalışanlarının çalışma saatleri içinde sendikal faaliyete katılmak amacıyla izin istemesi ile devlet üniversitesinde çalışan idari personelin izin istemesinde dikkate alınacak haklı nedenler farklı olacaktır. Kamu hizmetlerinin sürekliliği ilkesi de haklı nedenin varlığını tespit ederken dikkate alınmalıdır.

Konuya ilişkin bir diğer örnek olarak *Şişman ve diğerleri/ Türkiye Kararı*²² gösterilebilir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 11²³, sendikal faali-

yetleri de koruma altına almaktadır. Karar zaten bu madde kapsamında değerlendirilmektedir. *Şişman ve diğerleri/ Türkiye Kararı*'nda²⁴ vergi dairesinde memur olarak çalışan başvurucular, KESK'e bağlı Büro Emekçileri Sendikası'nın şube yönetim kurulu üyesidirler. Başvurucular, sendika afişlerine tahsis edilen pano dışında işyeri duvarlarına 1 Mayıs gösterisine çağrı afişleri asmışlar ve haklarında disiplin soruşturması başlatıldığına dair haberdar edilmişler. Gerçekleştirdikleri eylem nedeniyle haklarında başlatılan soruşturma sonucunda, sendika ile ilgili afişlerin kendilerine tahsis edilen panoya asılması kuralının ihlal edildiği ve afişlerin görüntü kirliliğine yol açtığı gerekçesiyle kınama ve maaştan kesme cezası almışlardır. Mahkeme, afişlerin görüntü kirliliği yaratmadığı ve alınan kararın üyelerin sendikal haklarını kullanmalarını sınırladığını belirtmektedir. Bununla birlikte afiş asma eyleminin barışçıl bir niteliğe sahip olduğunu ve afişlerde kanuna aykırı resim vs. bulunmadığını da ifade etmiştir. Nihayetinde, başvurucular tarafından şikâyet edilen yaptırım her ne kadar küçük olsa da sendika üyelerinin faaliyetlerini özgürce uygulamaları konusunda caydırıcı niteliğe sahip olduğu kanaatine varmış ve m. 11'in ihlal edildiğine hükmetmiştir.

Anayasa Mahkemesi tarafından karar verilen *Hikmet Aslan Başvurusu*²⁵ da başka bir örnek olarak ele alınabilir. Karara konu olayda, Türk dili ve edebiyatı öğretmeni olan başvurucunun üyesi bulunduğu sendika 21 Aralık 2011 tarihinde grev kararı almış ve başvurucu da "21 Aralıkta GREV-deyiz" yazısı bulunan kokartı yakasına takarak görevini yerine getirmiştir. Bunun üzerine başvurucu hakkında tutanak tutulmuş ve başvuru-

LICE%2520v.%2520BELGIUM.docx%261og Event%3DFalse&sig=AOvVaw3LPrqJFjaOdtHyXagHLxRf&ust=1684825748741372.

22 Karar için bkz. (18.04.2023) <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-106432>.

23 Toplantı ve dernek kurma özgürlüğü: "1. Herkes barışçıl olarak toplanma ve dernek kurma hakkına sahiptir. Bu hak, çıkarlarını korumak amacıyla başkalarıyla birlikte sendikalar kurma ve sendikalara üye olma hakkını da içerir. 2. Bu hakların kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplum içinde ulusal güvenliğin, kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve

suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli olanlar dışındaki sınırlamalara tabi tutulamaz. Bu madde, silahlı kuvvetler, kolluk kuvvetleri veya devlet idaresi mensuplarının yukarıda anılan haklarını kullanılmasına meşru sınırlamalar getirilmesine engel değildir."

24 Karar için bkz. (18.04.2023) <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-106432>.

25 2014/11036 sayılı ve 16.06.2016 tarihli *Hikmet Aslan* Başvurusu için bkz. (22.04.2023) <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/11036>.

cuya uyarma cezası ve tecziye edilmesine karar verilmiştir. Mahkeme, "Devletin kamu hizmetinde çalışan memurlarına bir bağlılık görevi getirmesi, ödev ve sorumluluklar yüklemesi memurların statüleri gereği meşru kabul edilebilir bir durumdur. Fakat devlet memurlarının da birer birey olduğu; siyasi görüş sahibi olma, ülke ve toplumsal sorunlarla ilgilenme, tercih yapma gibi sosyal yönlerle sahip olduğu ve bu nitelikleriyle Sözleşme'nin 10. ve 11. maddelerinden yararlanma haklarının bulunduğu şüpheden uzaktır (İsmail Sezer/Türkiye, Ş 52; Vogt/Almanya, B. No: 17851/91, 26/9/1995, Ş 53). Ayrıca örgütlenme özgürlüğünün sendika üyelerine sendikalarının sesini duyurma ve toplu menfaatleri dile getirme imkânı sağladığı ve güvence altına aldığı fakat sendika üyelerine karşı devlet tarafından belirli bir muamele yapılmasını korumadığı hatırdaki tutulmalıdır (İsmail Sezer/Türkiye, Ş 50). Başvurucu, üyesi olduğu sendika şubesinin yönetim kurulunda olduğunu ve sendikacı sıfatıyla ertesi gün okula gelmeme sebebini duyurmaya çalıştığını, kokart taşıma dışında başka bir eylemin olmadığını ileri sürmüştür. Niteliğine yukarıda değinilen kokart, devlet memurunun görev esnasındaki kılık ve kıyafetine ilişkin yasal düzenlemelere aykırı gözükse de Sendikanın yasal çerçevede planladığı grevin bir gün öncesinde ve geçici kabul edilebilecek bir sürede taşınması, çalışanların dayanışmasını gösterme ve sendikal haklarını bağımsız bir şekilde kullanma yolu olarak değerlendirilecek grev organizasyonu ile ilgili olması ve üçüncü kişilere bilgi verme niteliği taşıması nedeniyle sendikal faaliyetin bir parçası olarak kabul edilmesini gerekli kılmaktadır. Bu bağlamda AİHM, toplantı özgürlüğünün demokratik toplumdaki önemli yeri dikkate alındığında bireye sunulan seçim ve eylem imkânları etkisiz olduğunda ya da hiçbir yarar sağlamayacak şekilde azaltıldığında bireyin söz konusu özgürlükten yararlanmadığını vurgulamaktadır (Akın Şişman ve diğerleri/Türkiye, B. No: 1305/05, 27/9/2011, §§ 32-34). Öte yandan başvurunun eylemi sonucunda kendisine uyarma cezası verilmiştir. Verilen ceza -hafif olsa da- başvuru gibi sendikaya üye kişileri, çıkarlarını savunmak amacıyla yapılan meşru grev veya eylem günlerini or-

ganize etmenin önüne geçebilecek caydırıcı etki doğuracak bir niteliğe sahiptir (Kaya ve Seyhan/Türkiye, B. No: 30946/04, 15/12/2009, Ş 30; Karayay/Türkiye, B. No: 6615/03, 27/6/2007, Ş 37; Doğan Altun/Türkiye, B. No: 7152/08, 26/5/2015, Ş 50; Ezelin/Fransa, B. No: 11800/85, 26/4/1991, Ş 43). Açıklanan nedenlerle şikâyet edilen uyarma cezasının acil toplumsal bir ihtiyaç baskısına tekabül etmemesi nedeniyle demokratik toplumda gerekli olmadığı sonucuna varılmıştır. Bu sebeple başvurunun Anayasa'nın 51. maddesinde güvence altına alınan sendika hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir." şeklinde hüküm kurmuştur²⁶.

Maddede güvence altına alınan bir diğer husus ise, kamu görevlilerinin sendikal ayrımcılığa maruz kalarak görev yerlerinin değiştirilmesidir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önüne gelen uyuşmazlıklarda işyeri değişikliği nedeniyle sendikal faaliyetin engellendiği yolundaki başvurularda, somut olaya göre değerlendirme yapmaktadır. Bir başka ifadeyle, sendika üyesinin işyeri değişikliği gerekçesiyle yapılan her başvuru, sendikal ayrımcılık olarak kabul edilmemektedir. Zira Mahkeme'ye göre; devletler idare ve yönetimleri kapsamında birtakım önlemler alabilirler. Zaten bu durum devletin tasarruf yetkisinin de bir sonucudur. Örneğin; başka bir şehre atanan Metin Turan hakkındaki kararda AİHM, m. 11'in ihlal edildiğine hükmetmiştir. Metin Turan/Türkiye Kararı'nda²⁷, başvuru Metin Turan 2001 tarihinde başka kamu görevlileri ile birlikte, KESK'e bağlı Enerji-Yapı Yol Sendikası'nı kurmuştur. Başvurucu da sendikanın yönetim kurulu üyesi olarak seçilmiştir. Aynı gün bu durum, OHAL Bölge Valisi'ne bildirilmiş ve valilik başvurunun sürekli olarak KESK'in eylemlerine katıldığı, OHAL bölgesinde görev yapmasının tehlikeli olduğu ve bu durumun kamu düzeni açısından zarar doğurabileceği gerekçesiyle başka bir ile tayini-

26 Mahkeme kararının yerinde olduğu yönündeki görüş için bkz. Öktem Songu, S. (2020). Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru Kararlarında "Sendika Hakkı". İstanbul: Beta Yayınları, 369-371.

27 Karar için bkz. (18.04.2023) <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-77972>.

ni istemiştir. Başvurucu bunun üzerine Yozgat'a gönderilmiştir. Mahkeme, devletin kamu görevlilerinin yerlerini belirleme tasarrufuna sahip olduğunu belirtmekle birlikte, bu somut olayda OHAL valiliğinin tayin talebinin başvurusunun yönetim kurulu üyeliğinden dolayı olduğunu vurgulamıştır. Bu nedenle Mahkeme, söz konusu tayin işleminin başvurusunun sendikal faaliyetlerini yürütme hakkına bir müdahale olduğu sonucuna varmıştır.

II. İşyeri Sendika Temsilcilerinin ve Sendika İşyeri Temsilcilerinin Güvencesi

A. İşyeri Sendika Temsilcisi ve Sendika İşyeri Temsilcisi Kavramı

4688 sayılı Kanun'da, 6356 sayılı Kanun'dan farklı olarak²⁸, "işyeri sendika temsilcisi" ile birlikte "sendika işyeri temsilcisi" kavramına da yer verilmiştir. Temsilcilere sağlanan güvencelerin neler olduğuna geçmeden önce her iki kavramı açıklamakta fayda vardır. Kanun'daki tanımlamaya göre; *işyeri sendika temsilcisi, bir işyerinde en çok üye kaydetmiş sendikaca o işyerinden seçilen kamu görevlisini; sendika işyeri temsilcisi, bir işyerinde en çok üye kaydetmiş sendika dışındaki her bir sendika tarafından o işyerinden seçilen kamu görevlisini*, ifade etmektedir (m. 3). Böylece kanun koyucu temsilci seçiminde sendikanın yetkili olmasını değil, kaydedilen üye sayılarını dikkate alarak temsilci seçmesi yöntemini benimsemiştir. Buna göre; işyerinde en çok üye kaydeden sendikanın işyeri sendika temsilcisi²⁹; bunun dışındaki

sendikaların da sendika işyeri temsilcisi seçme imkânı vardır. Maddede kanun koyucu "seçme" kavramını kullanmış olmasına rağmen, bu seçimin nasıl gerçekleştirileceğine ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer vermemiştir. Kanaatimizce sendika, temsilciyi atayabileceği gibi sendika üyeleri arasında yapacağı bir seçim ile de belirleyebilir. Ayrıca Kanunda sendika temsilcilerinin görev sürelerinin ne kadar olduğu belirtilmemiştir. Sendika tüzüğüne buna ilişkin bir hüküm konulabilir, ancak tüzükte aksine bir düzenleme yoksa sendika temsilcilerinin genel kurul dönemi için seçildikleri kabul edilmelidir³⁰.

İşyeri sendika temsilcilerinin görevleri, işyerlerinde kamu görevlilerinin işveren veya işyeri ile ilgili sorunlarını dinlemek, ilgili yerlere iletmek ve kamu görevlileri ile işveren arasında iletişim sağlamak şeklinde belirtilebilir. İşyeri sendika temsilcileri bu görevlerini yerine getirebilmek amacıyla işyerinde, *haftada dört saat* olmak üzere yerine getirirler ve bu sürede izinli sayılırlar (m. 23/2).

İşyeri sendika temsilcilerinin taşınması gereken nitelikler de Kanun'da düzenleme alanı bulmamıştır. Kamu görevlisi olarak çalışabilmek için zaten sıkı koşulların aranıyor olması bunun sebebi olarak gösterilebilir³¹. Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre; 6356 sayılı STİSK m. 27'deki düzenleme kıyasen burada da uygulanmalıdır³². Buna göre; işyeri sendika temsilcisi seçilecek kişinin hem kamu görevlisi hem de atanacağı işyerinde çalışan bir sendika üyesi olması gerekir³³. Başka bir görüşe göre de; işyeri sendika temsilcisi olarak atanacak kişi öncelikle kamu görevlisi sendikasına üye olabilecek nitelikte olmalı ve kamu

biri için işyeri sendika temsilcisi atama yetkisi bulunmamaktadır.

30 Sur, 2019, 217; Tuncay/Savaş Kutsal, 2016, 502; Uçkan, 2013, 76.

31 Keser, H. (2007). 2821 Sayılı SK ve 4688 Sayılı KGSK Uyarınca İşyeri Sendika Temsilcisi Olarak Tayin Edileceklerin Taşınmaları Gereken Nitelikler. Sicil İş Hukuku Dergisi. Aralık, 97.

32 Tuncay/Savaş Kutsal, 2016, 503.

33 Sendika içi demokrasinin bir gereği olarak, işyeri sendika temsilcilerinin genellikle o işyerinde çalışan üyeler arasından seçildiğine ilişkin bkz. Uçkan, 2013, 76.

görevlisi olarak çalışmaya başladığında taşıması gereken nitelikleri işyeri sendika temsilcisi olarak seçildiği anda da taşıyor olmalıdır³⁴. Buna göre; öncelikle belirtilmelidir ki kamu görevlisi niteliğine sahip olup da kamu görevlisi sendikasına üye olabilecekler, işyeri sendika temsilcisi olarak seçilebilir. Bu kapsamda sözleşmeli personel de işyeri sendika temsilcisi olabilir. Ancak 4688 sayılı Kanun'da kamu görevlisi sendikasına üye olmayacağı belirtilmiş olanlar (m. 15), işyeri sendika temsilcisi olarak seçilemez.

Maddede bir de "sendika işyeri temsilcisi" kavramına yer verilmiştir. Madde kapsamında ilgili işyerinde en çok üyeye sahip sendika dışındaki sendikaların da kollektif sendika özgürlüğü güvence altına alınmaktadır. Bu kapsamda, kamu işvereni sendika işyeri temsilcisine de çalışma saatleri içinde ya da dışında sendikal görevlerini yerine getirmek amacıyla her türlü kolaylığı sağlamalıdır³⁵. Ancak sendika işyeri temsilcileri için, işyeri sendika temsilcilerinden farklı olarak, sendikal faaliyetlerini yerine getirmek için izin verilmesi düzenlenmemiştir.

B. Sendika Temsilcisinin Sayısı

Atanacak işyeri sendika temsilcisinin sayısı o işyerinde çalışan kamu görevlisi sayısına göre belirlenir. Buna göre; *işyerindeki kamu görevlisi sayısı 200'e kadar ise bir, 201-600 arasında ise en çok iki, 601-1000 arasında ise en çok üç, 1001-2000 arasında ise en çok dört, 2000'den fazla ise en çok beş işyeri sendika temsilcisi seçilebilir. Bu temsilcilerden biri ilgili sendika tarafından baştemsilci olarak görevlendirilebilir* (m. 23/1). İşyeri sendika temsilcileri bu görevlerini işyerinde, haftada dört saat olmak üzere yerine getirirler ve bu sürede izinli sayılırlar (m. 23/2). Kamu görevlileri sendikalarına temsilci atama yetkisi tanınırken hakkın genişletildiğini görmekteyiz³⁶. Zira 6356 sayılı Kanun'a göre; sadece toplu iş sözleşmesi yapma yetkisi kesinleşen sendika işyeri sendika

temsilcisi atayabilmektedir (m. 27). Ancak 4688 sayılı Kanun'da böyle bir koşul aranmamaktadır. Ancak Kanun'da sadece işyeri sendika temsilcisinin sayısı belirlenmiştir. Bunun dışında sendika işyeri temsilcisi seçilebileceği hüküm altına alınmakla birlikte sayısına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

C. Temsilcilerin Güvencesi

Kamu işvereni, işyeri sendika temsilcisi, sendika işyeri temsilcisi, sendika il ve ilçe temsilcisi ile sendika ve sendika şube yöneticilerinin işyerini değiştirmek istiyorsa, bunun sebebini açık ve kesin şekilde belirtmelidir. Aksi halde işyeri değişikliğini yapamaz. Kanun'da buna aykırılığın yaptırımını düzenlenmemiştir. Ancak 4688 sayılı Kanun m. 43'te yapılan atıf dolayısıyla, 6356 sayılı Kanun m. 24/4 uygulanması gerektiği belirtilmelidir³⁷.

6356 sayılı Kanun m. 24'te işyeri sendika temsilcilerine daha kapsamlı bir güvence sağlanmıştır. İlgili maddeye göre; *işveren, işyeri sendika temsilcilerinin iş sözleşmelerini haklı bir neden olmadıkça ve nedenini yazılı olarak açık ve kesin şekilde belirtmedikçe feshedemez* (f. 1). *İşveren, yazılı rızası olmadıkça işyeri sendika temsilcisinin işyerini değiştiremez veya işinde esaslı tarzda değişiklik yapamaz. Aksi hâlde değişiklik geçersiz sayılır* (f. 4). Görüldüğü gibi, 4688 sayılı Kanun'da işyeri sendika temsilcisi olan kamu görevlileri, sadece görev yerinin değişmesine karşı korunmuştur. Bununla birlikte 6356 sayılı Kanun'da ise işyeri sendika temsilcileri hem iş sözleşmelerinin feshedilmesine hem de işyerinin değiştirilmesine karşı korunmaktadır. Ancak kamu görevlilerinin görevlerinin hangi hallerde sona ereceği zaten 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda düzenlenmiştir. Buna göre; *"Devlet memurlarının a) Bu kanun hükümlerine göre memurluktan çıkarılması; b) Memurluğa alınma şartlarından herhangi birini taşımadığının sonradan anlaşılması veya memurlukları sırasında bu şartlardan herhangi birini*

34 Keser, 2007, 97-98.

35 Uçkan, 2013, 75.

36 Sur, 2019, 242.

37 Tuncay/Savaş Kutsal, 2016, 503.

kaybetmesi; c) Memurluktan çekilmesi; ç) İstek, yaş haddi, malûllük sebeplerinden biri ile emekliye ayrılması;(1) d) Ölümü; hallerinde memurluğu sona erer". Bu nedenle Kanun'da sınırlı hallerde sayılmış olan görevin sona ermesine ilişkin hususların, ayrıca 4688 sayılı Kanun'da düzenlenmesine ihtiyaç yoktur.

Yeri gelmişken tekrar belirtmek gerekir ki, kamu işvereni işyeri sendika temsilcisine Kanun'da sayılan görevlerini yerine getirebilmek amacıyla işyerinde, *haftada dört saat* izin vermeleri gerekmektedir (m. 23/2). Bununla birlikte kamu işvereni, sendika işyeri temsilcisine de çalışma saatleri içinde ve dışında görevlerini yapabilmeleri için imkânlar ölçüsünde kolaylıklar sağlar (m. 23/4).

III. Sendika Yöneticilerinin Güvencesi

A. Genel Olarak

Sendika yöneticisi kavramına, 4688 sayılı Kanun'da yer verilmiş ancak kavramın tanımı yapılmamıştır. Bu durumda 6356 sayılı Kanun'daki tanımlama bizim için yol gösterici niteliktedir. Düzenlemeye göre; yönetici, kuruluşun ve şubesinin yönetim kurulu üyelerini ifade etmektedir (m. 2/1-i)³⁸. Kamu görevlileri sendikaları yöneticilerini de bu şekilde tanımlamak icap eder. Sendika yöneticilerine seçildikleri dönemdeki görevlerine geri dönme imkânı tanınmadıkça, üyeler sendika yöneticisi olarak görev yapmak istemeyecekler ya da görevin gerektirdiği sorumluluklarına tam anlamıyla yerine getiremeyeceklerdir³⁹. Bu nedenle kendilerine sendika

üyelik güvencesi dışında yöneticilik güvencesi de sağlanmalıdır, ki bu durumda tam güvenceye sahip oldukları söylenebilir.

Yönetici olarak seçilenler, tüzükte belirtilen hükümler uyarınca ve yazılı taleplerinin varlığı halinde görev sürelerince kurumlarından aylıksız izinli olarak ayrılırlar. Görüldüğü üzere aylıksız izinden faydalanma yöneticinin talebine bağlanmıştır. 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu döneminde, yöneticilerin seçilmeleri halinde aylıksız izinli sayılma durumu talebe bağlı olmaksızın zorunlu bir durum olarak değerlendirilmiştir. Ancak o dönemde bu zorunluluk hali, ILO 87 sayılı Sözleşme'ye aykırı olması nedeniyle eleştirilmekteydi⁴⁰. Yönetici talepte bulunmazsa, kurumlarındaki görevleri devam eder. Bu şekilde görevlerine devam eden yöneticiler, *haftada bir gün* kurumlarından izinli sayılırlar⁴¹. Sendika yönetim kurulu üyelerinin, bu haklardan yararlanabilmesi bazı koşullara bağlanmıştır. Bunun için bağlı buldukları sendikanın şube kurulması için öngörülen üye sayısına (400) ulaşması, konfederasyon yönetim kurulu üyelerinin belirtilen haklardan yararlanabilmesi için ise konfederasyona bağlı sendikaların toplam üye sayısının genel kurullarını delegelerle yapabilecek sendika üye sayısına (1000'i aşması) ulaşması gerekir (m. 18/4).

Aylıksız izne ayrılan yöneticilerin bu süreleri, emekli kesenekleri ve karşılıklarının yöneticisi oldukları sendikaları tarafından her ay Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı'na ödenmesini kabul etmeleri koşuluyla kazanılmış hak aylığı ile emeklilik hizmetine sayılır. Kurumlarından aylıksız izinli sayılan sendika, konfederasyon ve şube yönetim kurulu üyeleri ile bunların bakmakla yükümlü ol-

38 6356 sayılı Kanun'da amatör ve profesyonel yöneticilerin güvenceleri açısından ayırım yapılmaktadır. Yönetici seçilen kişinin işyerindeki işinden ayrılmaksızın görevini sürdürmesi durumunda "*amatör yönetici*"; çalıştığı işyerinden ayrılarak sadece yöneticilik görevini yerine getirenlere "*profesyonel yönetici*" denilmektedir. Tanımlamalar hakkında bkz. Şahlanan, 2020, 151-152; Çelik/Caniklioğlu/ Canbolat/ Özkaraca, 2021, 914; Sur, 2019, 82, 88; Ekmekçi, 2021, 175-176.

39 Keser, 2003, 27.

40 Bkz. Gülmez, 2002, 477.

41 Görüldüğü gibi, sendika yöneticilerine aylıksız izinli sayılma imkânı tanınarak yöneticinin işine dönmesine olanak sağlanmıştır. Ancak doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre; sendika yöneticilerine aylıksız izinli sayılma imkânı tanınması, yönetici olan kişinin maddi zarara uğramasına sebep olacağından 151 sayılı ILO Sözleşmesi anlamında tam bir güvence sağlamamaktadır. Bu yönde bkz. Eren, H. (2002). Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu'nun Öngördüğü Memur Sendikacılığı. AÜEHFD. C.VI. S.1-4, 122.

dukları aile fertlerinin sağlık giderlerinin kurumlarınca karşılanmasına devam olunur (m. 18/6-7).

B. Yöneticilerin Güvenceleri

Sendika yöneticileri öncelikle işyeri değişikliğine karşı korunmaktadır. Buna göre; kamu işvereni, sendika ve sendika şube yöneticilerinin işyerini sebebini açık ve kesin şekilde belirtmedikçe değiştiremez (m. 18/2). Hükme aykırı davranılması durumunda yaptırımın ne olduğu konusunda bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Ancak 6356 sayılı Kanun m. 24 burada uygulama alanı bulacaktır. Buna göre; maddeye aykırı şekilde yapılan yer değişiklikleri geçerli değildir⁴² ve dolayısıyla da yöneticiler idari yargı yoluna başvurabilecektir⁴³.

Aylıksız izinli sayılanlardan herhangi bir nedenle sendika veya konfederasyon organlarındaki görevlerinden ayrılanlar, görevlerinin son bulması tarihinden itibaren otuz gün içinde ayrıldıkları kurum ve kuruluşa yazılı müracaat etmeleri durumunda, kamu işvereni bu kimseleri otuz gün içinde eski görevlerine ya da uygun diğer bir göreve atamak zorundadır (m. 18/8). Otuz gün içerisinde göreve başlamak için başvuruda bulunulmaması halinde görevden çekilmiş kabul edileceklerdir⁴⁴. Kanaatimizce maddede belirtilen otuz günlük süre hak düşürücü niteliktedir⁴⁵. Kamu işvereni bu şekilde kendisine müracaat eden kamu görevlisini, "eski görevine ya da uygun başka bir göreve" atamak zorundadır. Kanun'da belirtilen yükümlülüğe uyulmaması halinde kamu işvereninın karşılaştığı yaptırım düzenlenmemiştir. Doktrinde ileri sürülen görüşe göre; bu tür bir durumun varlığı halinde kamu işverenine karşı idari yargı yoluna başvurulabilecektir⁴⁶.

4688 sayılı Kanun ile yöneticilere ilişkin getiri-

len düzenleme, 6356 sayılı Kanun'dan farklıdır⁴⁷. Zira bilindiği gibi işçi sendikası yöneticisine tanınan güvenceden faydalanabilmek için sendikanın tüzel kişiliğinin sona ermesi, seçime girmemek, yeniden seçilmemek veya kendi isteği ile çekilmek suretiyle yöneticilik görevinin sona ermesi nedeniyle son bulması gerekmektedir (m. 23/2). Ancak 4688 sayılı Kanun'da belirtildiği üzere, kamu görevlilerinin belirtilen güvenceden faydalanabilmeleri, herhangi bir sebeple görevden ayrılmaları şartına bağlanmamıştır. Başka bir anlatımla, yöneticinin görevine geri dönebilmesi için yöneticilik görevinin sona erme nedenlerine yönelik bir sınırlama öngörülmemiştir. Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre; Kanun'da "herhangi bir nedenle sendika veya konfederasyon organlarındaki görevlerinden ayrılanlar" ifadesi, ayrılmak zorunda olanları kapsamamaktadır⁴⁸. Buna göre; birleşme, katılma ya da sendikanın sona ermesi veya erdirilmesi halinde görevden ayrılmak zorunda kalınacaktır ve bu durum karşısında sendika yöneticisi güvencesinden faydalanılamayacaktır. Ancak kanaatimizce bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira sendikal güvencelerin amacı, sendikal faaliyete katılacak kişilerin kendini güvende hissetmesidir. Sendikaların belirtilen nedenlerle sona ermesi halinde, yöneticilik görevi sona ermek zorunda kalan bir kamu görevlisinin -kendi iradesi dışında gerçekleşmiş bir nedenle- korumasız bırakılması düzenlemenin amacına aykırıdır⁴⁹.

Sendika yöneticilerine sağlanan güvenceden faydalanabilmek için kamu görevlileri sendikasının yetkili olması bir koşul değildir. Dolayısıyla yetki alamayan sendikanın yöneticisi de yukarıda bahsedilen güvenceden faydalanabilmektedir⁵⁰.

Sonuç

Hukuk düzeninde çalışanlar açısından sendika

42 Esener/ Bozkurt Gümrükçüoğlu, 2017, 301.

43 Sur, 2019, 239; Uçkan, 2013, 68.

44 Bkz. Esener/ Bozkurt Gümrükçüoğlu, 2017, 301; Sur, 2019, 239.

45 Eski Kanun döneminde aynı görüş için bkz. Keser, 2003, 28.

46 Gülmez, 2002, 480; Keser, 2003, 29; Esener/ Bozkurt Gümrükçüoğlu, 2017, 301.

47 Konu hakkında ayrıntılı açıklama için bkz. Ekmekçi, 2021, 177-178.

48 Gülmez, 2002, 479.

49 Erdoğan, 2022, 141-142.

50 Keser, 2003, 28.

hakkının tam anlamıyla tanındığından bahsedilebilmesi için hakkın güvenceye alınması önem arz etmektedir. Aksi halde çalışanların sendika üyesi olabileceğinin düzenlenmesi, tek başına yeterli olmayacaktır. İşte çalışanların bu tür eylemlere karşı korunması, pozitif sendika özgürlüğünün korunması açısından oldukça önemlidir.

Çalışanların işverenlerine karşı korunmasına ilişkin hem 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu hem de 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanunu'nda güvenceler düzenlenmiştir. Çalışma konumuz açısından 4688 sayılı Kanun'da hem üyelerin hem sendika temsilcilerinin hem de sendika yöneticilerinin güvencelerine yer verilmiştir.

4688 sayılı Kanun'da sendika üyeleri ayırım yasağına ve işyeri değişikliklerine karşı korunmaktadır (m. 18). Belirtmek gerekir ki, ilgili madde sadece sendika üyesi kamu görevlilerini kapsamamakta, bununla birlikte herhangi bir sendikaya üye olmayan ya da üyelikten ayrılmış olan kamu görevlilerini de kapsamaktadır.

4688 sayılı Kanun'da, 6356 sayılı Kanun'dan farklı olarak, sadece işyeri sendika temsilcisi değil aynı zamanda sendika işyeri temsilcisi kavramına da yer verilmiştir. Kanun'daki düzenlemeye göre; kamu işvereni, işyeri sendika temsilcisi, sendika işyeri temsilcisi, sendika il ve ilçe temsilcisi ile sendika ve sendika şube yöneticilerinin işyerini değiştirmek istiyorsa, bunun sebebini açık ve kesin şekilde belirtmelidir (m. 24). Ayrıca Kanun'da kamu işverenin işyeri sendika temsilcisine kanunda sayılan görevlerini yerine getirebilmek amacıyla işyerinde, *haftada dört saat* izin vermeleri (m. 23/2) ve sendika işyeri temsilcisine de çalışma saatleri içinde ve dışında görevlerini yapabilmeleri için imkânlar ölçüsünde kolaylıklar sağlaması gerektiği (m. 23/4) belirtilmiştir.

Son olarak Kanun'da sendika yöneticileri öncelikle işyeri değişikliğine karşı korunmaktadır. Buna göre; kamu işvereni, sendika ve sendika şube yöneticilerinin işyerini sebebini açık ve kesin şekilde belirtmedikçe değiştiremez (m. 18/2). Ayrıca aylıksız izinli sayılanlardan herhangi bir

nedenle sendika veya konfederasyon organlarındaki görevlerinden ayrılanlar, görevlerinin son bulması tarihinden itibaren otuz gün içinde ayrıldıkları kurum ve kuruluşa yazılı müracaat etmeleri durumunda, kamu işvereni bu kimseleri otuz gün içinde eski görevlerine ya da uygun diğer bir göreve atamak zorundadır (m. 18/8).

KAYNAKÇA

- Çelik, N./ Caniklioğlu, N./ Canbolat, T./ Özkaraça, E. (2021). İş Hukuku Dersleri. 34. Baskı. İstanbul: Beta Yayınları.
- Ekmekçi, Ö. (2021). Toplu İş Hukuku Dersleri. 3.Baskı. İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık.
- Erdoğan, C. (2022). Kamu Görevlilerinin Sendikal Hakları. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Eren, H. (2002). Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu'nun Öngördüğü Memur Sendikacılığı. AÜEHFD. C.VI. S.1-4. 105-132.
- Esener, T./ Bozkurt Gümrükçüoğlu, Y. (2017). Sendika Hukuku, 2. Baskı. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Gülmez, M. (2002). Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Görüşme Hukuku. Ankara: TODAİE-Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü.
- Hromadka, W./ Maschmann, F. (2020). Arbeitsrecht Band 2. Kollektiv-arbeitsrecht Arbeitsstrenitigkeiten. 8. Auflage. Berlin: Springer.
- Keser, H. (2007). 2821 Sayılı SK ve 4688 Sayılı KGSK Uyarınca İşyeri Sendika Temsilcisi Olarak Tayin Edileceklerin Taşımaları Gereken Nitelikler. Sicil İş Hukuku Dergisi. Aralık, 86-102.
- Keser, H. (2003). 4688 Sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları Kanunu Kapsamına Giren Kamu Görevlileri ve Kamu Görevlileri Sendikaları Üyelik Güvenceleri. Çimento İşveren Dergisi. 16-33 (Üyelik Güvencesi).
- Öktem Songu, S. (2020). Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru Kararlarında "Sendika Hakkı". İstanbul: Beta Yayınları.
- Sur, M. (2019). İş Hukuku Toplu İlişkiler. 8. Baskı.

Ankara: Turhan Kitabevi.

- Şahlanan, F. (2013). Sendika Üyeliğinin Güvencesi. Legal İHSGHD. C.10. S.37. 3-14 (Üyeliğin Güvencesi).
- Şahlanan, F. (2020). Toplu İş Hukuku. İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık.
- Şahlanan, F. (1986). Sendikalar Hukuku. İstanbul: Özgün Matbaacılık (Sendikalar Hukuku).
- Tuğ, A. (1992). Sendikalar Hukuku. 2. Baskı. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Tuncay, A. C. (1975). İşçi Sendikası Üyeliğinin Kazanılması ve Sona Ermesi. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları (Sendika Üyeliği).
- Tuncay, A. C./ Savaş Kutsal, B. (2016). Toplu İş Hukuku. 5. Baskı. İstanbul: Beta Yayınları.
- Uçkan, B. (2013). 4688 sayılı Kamu Görevlileri Sendikaları ve Toplu Sözleşme Kanunu Çerçevesinde Türkiye'de Kamu Görevlileri Sendikacılığı. İstanbul: Legal.

Doç. Dr. GÖZDE KAYA*

Araştırma Makalesi
Sicil, 2023/I Sayı 49: 148-170
Makale Gönderim Tarihi: 9 Mart 2023
Makale Kabul Tarihi: 16 Mart 2023

AB’de Kadınların Üst Yönetimde Temsili: 2022/2381 Sayılı AB Direktifi ve Yenilikleri

Öz

AB’de günümüzde kadınların hala şirketlerin liderlik gerektiren üst yönetim pozisyonlarında yeterince temsil edilmedikleri ve mesleğe ilişkin edindikleri eğitim, bilgi, donanım ve deneyime rağmen, ‘cam tavanı’ aşamadıkları görülmektedir. AB Komisyonu, bu durumu iyileştirmek amacıyla, 2012 yılında bir Direktif Tasarısı sunmuş olsa da, üye devletlerin bir uzlaşmaya varması on yılı bulmuştur. Nihayetinde, 2022/2381 sayılı Şirket Yönetim Kurullarında Cinsiyet Dengesinin İyileştirilmesine İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi, Aralık 2022’de yürürlüğe girmiştir. İlgili Direktif, üye devletlerde halka açık büyük ölçekli şirketlerin

yönetim kurullarındaki cinsiyet dengesinin sağlanması bakımından, cinsiyet kotası başta olmak üzere pek çok yenilik getirmektedir. Bu çalışmada, cinsiyet ayrımcılığı ve pozitif ayrımcılık kavramları, AB Hukuku ve Avrupa Birliği Adalet Divanı Kararları ışığında incelenmiş; üye devletlerin şirket yönetim kurullarındaki cinsiyet dengesinin sağlanmasına ilişkin ulusal politika ve kuralları, güncel istatistiki veriler çerçevesinde sunulmuştur. Ardından, Direktif’in hükümleri ile getirdiği yenilikler ve beklenen katkısı irdelenerek, sosyal taraflar olan Avrupa İş Dünyası ile Avrupa İşçi Sendikaları Konfederasyonu’nun Direktif’e dair görüşlerine yer verilmiştir.

Anahtar Sözcükler:

AB hukuku, cinsiyet ayrımcılığı, pozitif ayrımcılık, yönetim kurulları, cinsiyet kotası.

Representation Of Women In Top Management Within The EU: Directive (EU) 2022/2381 And Its Novelties

Abstract

Currently, it’s still seen that women in the European Union have not been sufficiently represented in companies’ top management positions which requires leadership and have not overcome the ‘glass ceiling’ despite of the

education, knowledge, achievements, experience they have acquired with regard to their professions. Though the European Commission had put forward a Directive proposal in 2012 with a view to improve this situation, it

*Dokuz Eylül Üniversitesi İşletme Fakültesi Uluslararası İlişkiler Bölümü Avrupa Birliği Hukuku Anabilim Dalı, gozde.kaya@deu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-3256-6952.

took ten years for the member states finally to reach a compromise. Eventually, Directive 2022/2381 of the European Parliament and of the Council on Improving the Gender Balance among Directors of Listed Companies entered into force in December 2022. This Directive brings forward many novelties including particularly the introduction of gender quotas in terms of ensuring the gender balance on corporate boards of listed companies within the member states. In this study, the concepts of gender discrimination and positive discrimi-

nation are examined under both EU Law and case law of the European Court of Justice; national policies and rules introduced by the member states for ensuring the gender balance on corporate boards of listed companies are submitted in light of current statistical data. Accordingly, the articles of the Directive, its novelties and its expected contribution are analyzed in details and the opinions of the social partners Business Europe and European Trade Union Confederation concerning the Directive, are put forward.

Keywords:

EU Law, gender discrimination, positive discrimination, corporate boards, gender quota.

Giriş

Avrupa Birliği'nde çalışma yaşamında cinsiyete dayalı ayrımcılığı yasaklayan pek çok hukuksal düzenleme bulunmaktadır. Cinsiyete dayalı ayrımcılığa ilişkin hukuksal düzenlemeler hem kadın hem erkek çalışanları kapsamakta olsa da uygulamada bu ayrımcılığa daha ziyade kadınlar maruz kalmaktadırlar. AB Hukuku'nun birincil ve ikincil kaynaklarında yer alan kurallar uyarınca işyerinde çalışanlar arasında haklı bir gerekçe bulunmaksızın cinsiyete dayalı ayrımcılık yapılması yasaklanmıştır. Böylelikle kadın çalışanlar aleyhine gerek işverenler gerekse üye devletler tarafından aynı ya da eşdeğerde işi yapan erkek meslektaşlarına kıyasla daha az lehte davranışta bulunulması engellenmiştir.

Ancak tüm bu hukuksal düzenlemelerin varlığına rağmen, günümüzde AB'ye üye devletlerde uygulamada kadınların özellikle özel sektörde şirketlerin liderlik gerektiren üst düzey pozisyonlarında ve yönetiminde hala yeterince temsil edilmediği görülmektedir. Şirketlerde üst yönetim pozisyonlarında görev yapabilmek için gereken eğitim, bilgi, beceri, nitelik ve mesleki deneyime sahip kadınların "cam tavanı" aşmak için hala -iş yaşamının kendi zorluklarının yanı-

sıra- ciddi bir mücadele vermek zorunda oldukları tespit edilmektedir.

Avrupa Komisyonu, bu konuya ilişkin olarak AB kanun koyucuları olan AB Bakanlar Konseyi ile Avrupa Parlamentosu'na 2012 yılında, bir Direktif Tasarısı sunmuştur. Ancak tasarıya ilişkin müzakereler üye devletlerin aralarındaki anlaşmazlıklar nedeniyle oldukça çetin geçmiş ve yaklaşık on yıl boyunca devam etmiştir. Avrupa Parlamentosu, tasarıya ilişkin müzakere pozisyonunu Kasım 2013'te belirlemiş olsa da Bakanlar Konseyi'nde üye devletlerin bir uzlaşmaya varması ancak 14 Mart 2022'de mümkün olmuş ve Konsey nihayet, tasarıya ilişkin genel yaklaşımını kabul etmiştir. Konsey ve Parlamento arasında 7 Haziran 2022'de tasarının resmi olmayan metni üzerinde uzlaşmaya varılmış ve tasarı metni her iki kurum tarafından 23 Kasım 2022'de imzalanmıştır. Böylelikle, 2022/2381 sayılı Şirket Yönetim Kurullarında Cinsiyet Dengesinin İyileştirilmesine İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi¹, 7 Aralık 2022'de AB'nin Resmî Gazetesi'nde

¹ Directive (EU) 2022/2381 of the European Parliament and of the Council of 23 November 2022 on improving the gender balance among directors of listed companies and related measures, OJ L 315, 7.12.2022.

yayımlanarak, akabinde yürürlüğe girmiştir.²

2022/2381 sayılı Direktif, AB kurumlarının son dönemde kabul ettiği, en dönüm noktası niteliği taşıyan hukuksal düzenlemelerden biridir. Nitekim, Direktif, AB'ye üye devletlerde kayıtlı ve halka açık büyük ölçekli şirketlerin yönetim kurullarındaki kadın üyelerin temsili ve cinsiyet dengesinin sağlanması bakımından cinsiyet kotası başta olmak üzere çok önemli yenilikler getirmektedir. Bu çalışmada, öncelikle cinsiyet ayrımcılığı ve pozitif ayrımcılık kavramları uluslararası belgeler ve AB Hukuku'nun birincil ve temel ikincil hukuk kaynaklarıyla, Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın içtihat hukuku ışığında incelenecektir. Bunu takiben, AB'ye üye devletlerde kadınların şirketlerin yönetim kurullarındaki temsiline ilişkin mevcut ulusal düzenleme ve politikalara, güncel istatistik veriler temelinde yer verilecektir. Çalışmanın ana kısmında 2022/2381 sayılı Direktif, getirdiği yenilikler kapsamında detaylıca incelenecek ve ardından Direktif'in beklenen katkısı ile sosyal taraflar olan Avrupa İş Dünyası ve Avrupa İşçi Sendikaları Konfederasyonu'nun Direktif'e ilişkin yaklaşım ve görüşlerine değinilecektir.

I. Kavramsal Çerçeve

AB Hukuk düzeninde ayrımcılık konusu, hem AB'nin birincil ve ikincil hukuk kaynakları, hem de Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın (ABAD) zengin içtihat hukuku çerçevesinde geniş bir koruma alanına sahiptir.³ AB'de ayrımcılığın yasaklan-

ması, ilk olarak ekonomik bütünleşme amacıyla örtüşür şekilde, ekonomik bir temelde doğmuştur. Avrupa Ekonomik Topluluğu'nun (AET) gelişimini ve dönüşümünü takiben, zamanla bu kavramın sosyal boyutu da ön plana çıkmıştır. Diğer bir ifadeyle ayrımcılık yasağına ilişkin kurallar, öncelikli olarak AET'nin İç Pazar'ın tamamlanması hedefi çerçevesinde üye devletlerdeki işletmelerin birbirleriyle adil bir şekilde rekabet etmelerinin sağlanması amacıyla yönelik olarak düzenlenmişlerdir. Günümüzde ise bu kurallar, İç Pazar'ın adil ve etkin bir şekilde işleyişinin sürdürülmesi ve rekabetin bozulmasının önlenmesi bakımından birer araç olarak hizmet etmektedirler.⁴

1. Cinsiyet Ayrımcılığı

Cinsiyet ayrımcılığı, bir kişiye cinsiyetine ya da cinsiyetine özgü niteliklerine dayanarak, aynı ya da benzer durumda bulunan emsal kişilere göre haklı bir neden bulunmaksızın farklı ve daha az lehte davranışta bulunulmasını ifade etmektedir. Kadınlara karşı yapılan ayrımcılık, Birleşmiş Milletler'in (BM) Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Sözleşmesi'nde (CEDAW)⁵ kapsamlı şekilde tanımlanmıştır. Bu Sözleşme temelinde kadınlara karşı ayrımcılık kavramı, "Kadınların medeni durumlarına bakılmaksızın ve kadın ile erkek eşitliğine dayalı olarak politik, ekonomik, sosyal, kültürel, medeni ve diğer sahalardaki insan hakları ve temel özgürlüklerinin tanınmasını, kullanılmasını ve bunlardan yararlanılmasını engelleyen veya ortadan kaldıran veya bunu amaçlayan ve cinsiyete bağlı olarak yapılan herhangi

2 "Directive (EU) 2022/2381 on improving the gender balance among directors of listed companies and related measures", Erişim: <https://www.europeansources.info/record/proposal-for-a-directive-of-the-european-parliament-and-of-the-council-on-improving-the-gender-balance-among-non-executive-directors-of-companies-listed-on-stock-exchanges-and-related-measures/> (Erişim tarihi: 02.01.2023) 2022/2381 sayılı Direktif, AB Resmi Gazetesi'nde yayımlanmasını takiben 20.gün itibarıyla yürürlüğe girmiştir.

3 Kaya, Gözde: Avrupa Birliği İş Hukuku'nda Cinsiyet Ayrımcılığı, T.C. Avrupa Birliği Bakanlığı Akademik Araştırmalar Serisi-1, Ankara, 2012, s. 97; Onaran-Yüksel, Melek: Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk İş Hukukunda Kadın-Erkek Eşitliği, BETA Basım A.Ş. İstanbul, 2000, s. 104.

4 Tobler, Christa: Indirect Discrimination, A Case Study into the Development of the Legal Concept of Indirect Discrimination under EC Law, E.M. Meijers Instituut, Intersentia, Antwerpen, 2005, s. 36; Kaya, s. 97.

5 BM'nin Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Sözleşmesi, 1980'de imzaya açılmış; 1981'de yürürlüğe girmiştir. Sözleşmenin İngilizce metni için bkz. Erişim: <https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/econvention.htm#article1> (Erişim tarihi: 02.03.2023). Sözleşmenin Türkçe metni için bkz. Erişim: <https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/08/03/KadınlarKarşıAyrımcılığınÖnlenmesi-Sozlesmesi.pdf> (Erişim tarihi: 02.03.2023).

bir ayırım, mahrumiyet veya kısıtlama anlamına gelecektir." şeklinde düzenlenmiştir (md.1).

Cinsiyete dayalı ayırım yasağının, AB Hukuk düzeninde ilk olarak ortaya çıkışı ise Avrupa Birliği'nin İşleyişine İlişkin Antlaşma'nın (ABİA) 157. maddesinin ikinci fıkrası (AET Antlaşması eski md. 119) ile kadın ve erkek çalışanlar arasında ücret eşitliğine ilişkin eski 75/117 sayılı Direktif'in⁶ birinci maddesinde, kadın ve erkek çalışanlar için ücrette eşitliğin sağlanması temelinde gerçekleşmiştir. Böylelikle, çalışma yaşamında kadın ve erkek çalışanlar arasında eşit ya da eşdeğerde iş için ücrette ayrımcılık yapılması yasaklanmıştır.⁷ Bunun yanı sıra, eşitlik ilkesinin Avrupa Birliği Antlaşması'nın (ABA) 2. maddesinde öngörüldüğü üzere, Birliğin kurucu değerlerinden biri olduğu ve kadın erkek eşitliğinin egemen olduğu bir toplumda üye devletler arasında ortak bir değer olarak benimsendiği hatırlatılmalıdır. Yine ABA md. 3/3'te Birliğin kadın erkek eşitliğini destekleyeceği belirtilmiştir.

Cinsiyet ayrımcılığı, AB'nin insan hakları kataloğu olarak nitelendirilen AB Temel Haklar Şartı'nın (ABTHŞ) ayrımcılığı genel olarak yasaklayan 21. maddesinde -diğer ayrımcılık sebeplerinin yanı sıra- hüküm altına alınmıştır. Şart'ın 23. maddesinde ise özel olarak kadın erkek eşitliği düzenlenmiştir.

AB Hukuk düzeninde, cinsiyete dayalı ayrımcılık yapılması hem doğrudan hem dolaylı ayrımcılığı içerecek şekilde yasaklanmıştır. Cinsiyete dayalı doğrudan ayrımcılık, AB'nin ikincil hukuk kaynaklarında 2006/54 sayılı Birleştirilmiş Direktif'te⁸ tanımlandığı şekliyle, bir kimseye cinsiyeti

göz önünde bulundurulmak suretiyle, kıyaslanabilir durumdaki bir diğer kimseden daha az lehte davranılması anlamına gelir (md.2/1-a). Çalışma yaşamında bu ayrımcılık türüyle, özellikle işe girişte, çalışma koşullarının uygulanmasında, ücretlendirmede, mesleki eğitim ve ilerleme ile iş ilişkisinin sona ermesinde daha sıklıkla karşılaşmaktadır. Bu ayrımcılığın temelinde ise kadın ve erkeğin, toplumsal cinsiyet rolleri kaynaklı basmakalıp düşünce ve önyargılar yatmaktadır. Örneğin; kadın çalışanlar işe alınırken, ileride aile içi geleneksel rolleri nedeniyle işi terk edebilecekleri gerekçesiyle yerlerine aynı niteliğe sahip erkek çalışanlar tercih edilmekte ya da erkek çalışanlarla aynı işi yapmalarına rağmen, onlardan daha düşük ücret elde etmektedirler.⁹ Kadınlar, toplumsal cinsiyet rolleri nedeniyle aile ve çalışma yaşamını dengelemede güçlük çekmekte, bazen kendi tercihleri bazen de işverenlerinin yönlendirmesiyle işgücü piyasasında yeterli bir hukuki koruma sağlamayan, daha düşük statülü, kariyer olanakları sınırlı, pasif ve düşük ücretli, "kadın işi" olarak adlandırılan meslek ve işlerde çalışmaktadırlar.¹⁰ Öte yandan işgücü piyasasında daha üst düzeyde sorumluluk, yönetim ve yetki gerektiren, niteliği, hukuki koruması ve ücreti daha yüksek ve sürekliliğe sahip işler ise "erkek işi" olarak nitelendirilerek erkek çalışanlar için ayrılmıştır.¹¹

9 Onaran-Yüksel, s. 96; Kaya, ss.107-108.

10 Halaçlı, Bekirhan, Hacer Simay Karaalp-Orhan: "Türkiye'de Cinsiyete Dayalı Ücret Eşitsizliği: İşveren Yönlü Bir Analiz", Erciyes Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, 61, 2022, s. 69; Koray, Meryem: "Kadının" Adına Gündem Oluşturmak", Amme İdaresi Dergisi, Cilt. 23, Sayı. 3, Eylül 1990'dan ayrı bası, Ankara, 1990, s. 81; Kökkılınç, Ayşe Gül ve Gözde Kaya, "AB Hukukunda Kadın Erkek Arasında Ücret Eşitliği İlkesi: Güncel Gelişmeler Üzerine Bir İnceleme", SİCİL İş Hukuku Dergisi, Sayı. 48, 2022/II, s. 94.

11 Halaçlı, Karaalp-Orhan, s. 69; Landmesser, J.M., A.J. Orłowski and M.A. Rusek: "Gender Pay Gap Across the Income Distribution: Analysis for the EU", Proceedings of the 10th Polish Symposium on Physics in Economy and Social Sciences [FENS 2019] Acta Physica Polonica A. No.1, Vol.138, 2020, s. 31; Kökkılınç ve Kaya, s. 94. AB'ye üye devletlerde, kadınların üst yönetimde daha az temsiline ilişkin nedenlerin ülke bazında şematik incelemesi için bkz. Raguz I. Vrdoljak: "Gender Diversity In Corporate Boards In EU: Trends And Challenges", Polish

6 Council Directive 75/117/EEC of 10 February 1975 on the approximation of the laws of the Member States relating to the application of the principle of equal pay for men and women, OJ L 45, 19.2.1975. Bu Direktif, 2006/54 sayılı Direktif ile iptal edilerek yürürlükten kaldırılmıştır.

7 Kaya, s. 103.

8 Directive 2006/54/EC of the European Parliament and of the Council of 5 July 2006 on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation (recast), OJ L 204, 26.7.2006.

AB Hukuku'nda cinsiyete dayalı dolaylı ayırmacılık ise, 2006/54 sayılı Direktif'te, meşru bir amaçla objektif şekilde gerekçelendirilemeyen ve amaca ulaşmak için uygun ve elverişli olmayan, görünürde tarafsız olan bir hüküm, ölçüt ya da uygulamanın, bir cinsiyettekileri diğer cinsiyettekilere göre belirli bir mağduriyete uğratması şeklinde tanımlanmıştır (md. 2/1-b). Burada esasen tarafsız nitelikte bir hükmün ya da eşit bir uygulamanın, somut olayın derinliğine inildiğinde, belirli bir grup üzerinde aksi yönde olumsuz bir etki bırakması söz konusudur.¹² Ayrımcılığın varsayılması için, bu etkinin mutlaka ortaya çıkmış olması gerekmez, böyle bir etkinin ortaya çıkması ihtimali de yeterlidir.¹³

Dolaylı ayrımcılığın unsurları, ABAD'ın *Jenkins*¹⁴ Kararı'nda açıklığa kavuşturulmuştur. Divan, kısmi süreli çalışanların tam süreli çalışanlara kıyasla saat ücretinin daha düşük olması hususunu incelediği davada, işveren tarafından çoğunluğunu ya da tamamını kadın çalışanların oluşturduğu kısmi süreli çalışanlara yapılan farklı ücret ödemesinin nedeninin kadın çalışanların ücretlerini dolaylı yoldan düşürmek olması durumunda, cinsiyete dayalı dolaylı ayrımcılık yapılmış sayılacağına hükmetmiştir.¹⁵ Uygulamada dolaylı ayrımcılığın ispatının, doğrudan ayrımcılığa göre daha zor olduğu belirtilmelidir.

2. Pozitif Ayrımcılık ve Cinsiyet Kotası

Doktrinde olumlu ayrımcılık olarak da ifade

Journal of Management Studies, Vol. 16, No. 1, 2017, s. 273.

12 Gill, Tess and Karon Monaghan: "Justification in Direct Sex Discrimination Law: Taboo Upheld", Industrial Law Journal, Vol. 32, No. 2, 2003, ss. 115-116; Kaya, s. 109.

13 Schiek, Dagmar and Victoria Chege: European Union Non-Discrimination Law, Comparative Perspectives on Multidimensional Equality Law, Routledge-Cavendish, UK, 2009, s. 44.

14 Case 96/80, *J.P. Jenkins v Kingsgate (Clothing Productions) Ltd*, ECLI:EU:C:1981:80.

15 Case 96/80 *Jenkins*, para. 15; Tillotson, John and Nigel Foster: Text, Cases and Materials on European Union Law, Cavendish Publishing Limited, 4th edition, Great Britain, 2003, ss. 359-360; Kaya, ss. 109-110.

edilen pozitif ayrımcılık, toplumun dezavantajlı durumda bulunan ya da daha az temsil olunan kadınlar, engelliler, yaşlılar vb. grupların çalışmaya yaşamında korunması ve diğer kişilerle eşit konuma getirilmesini amaçlar. Çünkü bazı durumlarda, ayrımcılık yapılmasının yasaklanması, tek başına maddi eşitliğe ulaşmak için yeterli olmamaktadır. Pozitif ayrımcılık çerçevesinde dezavantajlı grupların korunması için gerek devlet gerekse işverenler tarafından alınan ve fırsat eşitliğini sağlamaya yönelik bu önlemler, ayrımcılık yasağı kapsamına girmemektedir.

Pozitif ayrımcılık kurumu, CEDAW'ın 4. maddesinde hüküm altına alınmıştır. Bu madde uyarınca "*Kadın ve erkek eşitliğini fiilen sağlamak için bu sözleşmede belirtilen cinsten bir ayırım olarak mütalaa edilmeyecek ve hiçbir şekilde eşitsiz veya farklı standartların muhafazası sonucunu doğurmayacaktır. Bu önlemlere, fırsat ve muamele eşitliği hedeflerine ulaşıldığı zaman son verilecektir.*"

AB birincil hukukunda ise pozitif ayrımcılık, ABİİA'nın 157. maddesinin dördüncü fıkrasında düzenlenmiştir. Bu fıkra uyarınca, "*Çalışma yaşamında erkekler ve kadınlar arasında uygulamada tam eşitliği sağlamak için, eşit davranma ilkesi, üye devletlerin yetersiz temsil edilen cinsiyetin mesleki faaliyette bulunmasını veya mesleki kariyerlerindeki dezavantajların engellenmesini veya telafi edilmesini kolaylaştırmaya yönelik belirli yararlar sağlayan önlemleri muhafaza veya kabul etmelerini engellemez.*" Benzer nitelikte bir hüküm, ABTHŞ'nin 23. maddesinde de öngörülmüştür.

Pozitif ayrımcılığa, AB ikincil hukukunda ise 2006/54 sayılı Direktif'in 3. maddesinde yer verilmiştir. Bu çerçevede, "*Üye devletlerin çalışma yaşamında kadın erkek eşitliği ilkesinin tam olarak uygulanabilmesinin sağlanması için Avrupa Topuluğu Antlaşması'nın (ATA) 141. maddesinin dördüncü fıkrası kapsamında birtakım önlemler alabilecekleri ya da bunları sürdürebilecekleri*" ifade edilmiştir. ATA md. 141/4'ün günümüzde, yukarıda incelenen ABİİA md. 157/4'e karşılık geldiği belirtilmelidir.

Kadın çalışanların, işgücü piyasasında özellikle mesleki kariyer ve mesleki eğitimlerine ilişkin olarak alınan pozitif önlemler aracılığıyla, erkek çalışanlara göre daha az istihdam edilmeleri ya da kariyer olanaklarından daha az faydalanmalarına ilişkin problemlerin engellenmesi amaçlanmaktadır.¹⁶ Nitekim ABAD, *Abrahamsson*¹⁷ Kararı'nda da buna dikkat çekmiştir.¹⁸

Kadınlar için gerek toplumsal yaşamda gerekse çalışma yaşamında uygulanan pozitif ayrımcılık önlemlerinin başında cinsiyet kotaları gelmektedir. Cinsiyet kotaları, ülkeler tarafından daha sıklıkla kadınların siyasal yaşamda karar alma mekanizmalarında erkeklerle eşit ve adil bir şekilde temsiline sağlanması amacıyla getirilen ve siyasal süreçteki anlamıyla kadınların (ya da bir cinsiyetin) seçim çevrelerindeki toplam adaylıkların içerisindeki oranlarına ya da parlamentoda onlara tahsis edilen sandalye sayısına ilişkin oranlara karşılık gelen sayısal hedeflerdir.¹⁹ Cinsiyet kotaları, siyasal yaşamın dışındaki diğer alanlarda, cinsiyete dayalı dengesizliklerin telafi edilebilmesi amacıyla kadınların ekonomik yaşam bağlamında gerek kamu sektöründe gerekse özel sektörde işletmelerin üst yönetimlerinde karar alma mekanizmalarına katılımı, uluslararası kuruluşlarda, spor ve bilimsel faaliyetlerde temsili ile katılımı, işgücü piyasasında mesleki eğitime ve işe giriş dahil olmak üzere pek çok alanda ve farklı seviyelerde uygulanabilmektedir.²⁰

AB Hukuku'nda pozitif ayrımcılığa ilişkin önlemlere başvurulması, üye devletler bakımından zorunlu olmamakla birlikte, yapısal ve sistematik eşitsizliklerle mücadeledeki en kapsamlı yollardan biridir. Yine de bazı üye devletler bu önlem-

lerin alınmasını -kota örneğinde olduğu gibi- zorunlu tutabilir.²¹ Kotalar, anayasa ya da yasalarla zorunlu olarak öngörülebileceği gibi, bunların dışında gönüllülük esasına dayanılarak da uygulanabilir.²²

AB'de çalışma yaşamında gerek işe girişte gerekse mesleki ilerlemede daha dezavantajlı durumda olan ve daha az temsil olunan cinsiyet lehine birtakım hedeflerin ya da cinsiyet kotalarının öngörülmesi mümkün olup, bunlar pozitif ayrımcılığa ilişkin önlemler çerçevesinde değerlendirilir. Ancak söz konusu önlemler, mutlak erişilmek istenen amaca uygun ve amaçla orantılı olmalıdır.²³ Çünkü AB Hukuku'nda pozitif ayrımcılık, maddi eşitliğe ulaşma hedefi çerçevesinde, eşit davranma ilkesinin bir istisnasını oluşturmaktadır.²⁴ Bu sebeple de AB Hukuku'ndaki her istisna hükmünde olduğu gibi, dar kapsamda yorumlanmalıdır. ABAD'a göre, çalışma yaşamında pozitif ayrımcılık kapsamında öngörülen hedefler ya da kotalar, ancak kişilerin belirli özelliklerinin somut olayda objektif bir biçimde değerlendirilmiş olması koşuluyla kabul edilebilecektir.²⁵ Nitekim, Divan bu görüşünü çeşitli kararlarında sıklıkla tekrar etmiştir.

ABAD, işyerinde eşit niteliklere sahip kadın ve erkek çalışanın bulunması durumunda kadına adaya "doğrudan" bir öncelik verilmesini ön-

16 Szyszczak, Erika: "Positive Action after Kalanke", *The Modern Law Review*, Vol. 59, No. 6, Nov. 1996, s. 876; Kaya, s. 117.

17 Case C-407/98, *Katarina Abrahamsson and Leif Anderson v Elisabet Fogelqvist*, ECLI:EU:C:2000:367.

18 Case C-407/98 *Abrahamsson*, para. 48.

19 Dündar Sezer, Tijen: "Parlamento Seçimlerinde Cinsiyet Kotaları", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı. 159, 2021, ss. 60-61.

20 "Gender Quotas", *Glossary & Thesaurus*, EIGE, European Institute for Gender Equality, Erişim: <https://eige.europa.eu/thesaurus/terms/1203> (Erişim tarihi: 07.01.2023).

21 Roosve, Art-Peeter: "Defining Positive Action", içinde *Exploring Positive Action as a Means to Fight Structural Discrimination in Europe*, Equinet Report, European Network of Equality Bodies, Belgium, 2021, s. 13. Erişim: <https://equineteurope.org/wp-content/uploads/2022/04/Exploring-positive-action-as-a-means-to-fight-structural-discrimination-in-Europe.pdf> (Erişim tarihi: 10.01.2023).

22 Dündar Sezer, s. 62.

23 Burri, Suzanne and Sacha Prechal: *EU Gender Equality Law*, Office for the Official Publications of the European Communities, Luxembourg, 2008, s. 17; Kaya, s.117.

24 Sjöbstad, Margrethe: "Framework and Conditions for Positive Action", içinde *Positive Action Measures. The Experience of Equality Bodies*, Equinet Report, European Network of Equality Bodies, Belgium, 2014, s. 13. Erişim: https://equineteurope.org/wp-content/uploads/2018/01/positive_action_measures_final_with_cover.pdf (Erişim tarihi: 10.01.2023).

25 Burri and Prechal, s. 17; Kaya, ss.117-118.

gören ulusal düzenlemeyi incelediği *Kalanke*²⁶ Davası'nda, davaya konu Alman hukuku düzenlemesinin kadın adayın terfi işleminde ona kesin ve koşulsuz bir garanti sağlaması nedeniyle, amacını aştığına ve erkek çalışan aleyhine eşitlik ilkesini ihlal ettiğine karar vermiştir.²⁷ Divan, davada özellikle, ilgili ulusal hukukun, kadın adaya "doğrudan" öncelik tanımış olması hususu üzerinde durmuş ve AB Hukuku'nun buna izin vermediğini belirtmiştir.²⁸ Konusu *Kalanke*'ye benzer nitelikte olan *Marschall*²⁹ Davası'nda ise Divan, davaya konu ulusal düzenlemenin bir koruma hükmü ihtiva etmesi nedeniyle, somut olayda ayrımcılık oluşmadığına hükmetmiştir. İlgili koruma hükmü gereğince, aynı niteliklere sahip bir kadın ve erkek adayın iş başvurusu yapmış olması durumunda, eğer işe erkek adayın alınmasını gerektirecek birtakım kişisel sebepler varsa, kadın adaya öncelik verilmemektedir.³⁰

II. Kadınların AB'ye Üye Devletlerde Şirketlerin Üst Yönetiminde Temsili

AB'de karar alma mekanizmalarında kadınların temsili, 1990'lı yılların başından itibaren Birliğin kadın erkek eşitliği politikasının öncelik verdiği konulardan biri olmuştur. İlk olarak kadınların siyasal karar alma süreçlerinde temsili üzerine odaklanılmış, ancak bir süre sonra Avrupa Komisyonu belgelerinde kadınların ekonomik yaşamda karar alma mekanizmalarındaki sınırlı katılımı vurgulanmaya başlamıştır.³¹ Kadın erkek

eşitliği, AB Hukuku'nda garanti altına alınan temel haklardan ve Birliğin temel değerlerinden biri olmasına rağmen, uygulamaya bakıldığında, kadınların AB genelinde şirketlerin üst yönetim pozisyonlarında hala yeterince yer almadığı görülmektedir. Kadınlar günümüzde AB üyesi gelişmiş ülkelerde dahi, hala mesleki kariyerlerinin önünde duran ve görünmeyen birtakım engelleri oluşturan "cam tavan" sorunuyla karşı karşıya kalmaktadır. Bilindiği üzere, 1970'lerde ABD'de ortaya çıkmış bir kavram olan cam tavan, davranışsal ve örgütsel önyargılardan kaynaklanan ve kadınların çalışma yaşamında üst düzey yönetici pozisyonlarına gelmelerine engel olan, görünmez nitelikteki yapay engelleri ifade etmektedir.³²

Kadınlar, 2022 yılı itibarıyla AB-27'de kayıtlı, halka açık büyük ölçekli şirketlerin kurullarındaki icrada görevli olmayan üyelerin sadece %34,1'ini oluşturmaktadır.³³ Bu oran, aynı tür şirketlerde icrada görevli olan kadın üyeler için ise 2021 yılı verileriyle, %20,2 civarında seyretmektedir. Diğer bir ifadeyle, AB genelinde şirket kurullarındaki icrada görevli olan kadın üyelerin sayısı, icrada görevli olan tüm üyelerin ancak beşte birine karşılık gelmektedir.³⁴

Norveç, AB üyesi olmamakla birlikte, 2003 yılında halka açık şirketlerde her iki cinsiyetin yö-

26 Case C-450/93, *Eckhard Kalanke v Freie Hansestadt Bremen*, ECLI:EU:C:1995:322.

27 Kaya, s. 118.

28 Perkins, Nancy L.: "European Court of Justice: Judgment of the Court in *Eckhard Kalanke v Freie Hansestadt Bremen* (Permissible Affirmative Action Programs in the European Union)", *International Legal Materials*, Vol. 35, No. 2, 1996, s. 265.

29 Case C-409/95, *Hellmut Marschall v Land Nordrhein-Westfalen*, ECLI:EU:C:1997:533.

30 Kaya, s. 119.

31 Elomäki, Anna: "Gender Quotas for Corporate Boards: Depoliticizing Gender and the Economy", *Nordic Journal of Feminist and Gender Research* Vol. 26, No. 1, 2018, s. 57.

32 Wirth, Linda: *Breaking Through the Glass Ceiling, Women in Management*, International Labour Office, Geneva, 2001, s. 1, Erişim: https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/2001/101B09_102_engl.pdf (Erişim tarihi: 19.01.2023). Şahin, Kader, Burçin Eser, Tuğba Kaplan, Gamze Özdündar: "Yönetim Kurullarında Kadın Yönetici Temsili: Türkiye'de Yönetim Kurulları Yapısının Cinsiyet Bağlamında İncelenmesi", *Uluslararası Yönetim İktisat ve İşletme Dergisi*, Cilt 14, Sayı 4, 2018, s. 1149.

33 Shreeves, Rosamund: "Gender Balance On Boards, Legislative Train 01.2023, 6 A New Push For European Democracy", *European Parliament*, 20 January 2023, s.1; Erişim: <https://www.europarl.europa.eu/legislative-train/carriage/gender-balance-on-boards/report?sid=5601> (Erişim tarihi: 20.01.2023).

34 "Statistical Brief: Gender Balance in Business and Finance 2021", *European Institute for Gender Equality, Gender Statistics Database*, 19 April 2022, s.2, Erişim: <https://eige.europa.eu/publications/statistical-brief-gender-balance-business-and-finance-2021> (Erişim tarihi: 22.01.2023).

neticileri için %40 oranında bir kota getiren ilk Avrupa ülkesi olmuştur.³⁵ Bu uygulamanın ardından Norveç'te 2003 yılı itibarıyla %6,8 oranında olan yönetim kurullarındaki kadın üye oranı, 2012'ye gelindiğinde %40'lara çıkmıştır.³⁶ Norveç, bu yükümlülüğü yerine getirmeyen şirketler için borsa kotundan çıkarılmaya dek varan ciddi yaptırımlar öngörmüştür.³⁷ AB üyesi olmayan bir diğer ülke olan İzlanda'da durum benzer olup, her iki ülke 2019 yılı itibarıyla %45,5 (İzlanda) ve %41,2 (Norveç) civarında seyreden oranlarla Avrupa'da başı çeken ülkeler arasındadır.³⁸

AB'ye üye ülkeler arasında ise bu konuya ilişkin olarak getirilen ulusal düzenlemeler ve alınan önlemler birbirinden hayli farklılık göstermektedir. Tüm Birlik çapında özellikle 2000 ile 2010 yılları arasında şirket kurullarında yer alan kadın üye sayısı çok az bir gelişim göstermiştir. Ancak Norveç'in başlattığı kota uygulaması, AB ülkelerine de ilham vermiştir.³⁹ 2010 ile 2015 yıllarını kapsayan dönemde özellikle Fransa, İtalya ve Almanya'da, bu ülkelerin ulusal mevzuatlarında cinsiyet kotası düzenlemesinin getirilmesini takiben, oranlarda hızlı bir yükselme gerçekleşmiştir.⁴⁰ Üye ülkelere genel olarak bakıldığında, 2011 yılı itibarıyla Avrupa ülkelerinin çoğunda %13 civarında seyreden yönetim kurullarındaki kadın üye sayısının, 2020'lere gelindiğinde, yasal

düzenlemeyle kota getiren ülkelerde %36,4'lere; farklı birtakım esnek önlemlere yer veren ülkelerde %30,3'lere ulaştığı, ancak bu konuda hiçbir önlem almamış ülkelerde ise %16,6 civarında kaldığı görülmektedir.⁴¹

2022 yılı itibarıyla AB ülkeleri arasında kadınların şirket yönetim kurullarındaki temsil oranı %48,7 ile en yüksek olan ülke Fransa'dır.⁴² Ancak AB ülkeleri arasında ulusal hukukunda bu yönde bir düzenleme getiren ilk ülke 2007 yılında İspanya⁴³ olmuştur. İspanya'nın cinsiyet kotası düzenlemesi şirketler için tavsiye niteliğinde olup, 2015 yılı için %40'lık bir kota hedefi öngörmüştür. Ancak 2016 yılında dahi, bu hedefin sadece %20 civarında gerçekleştiği görülmüştür.⁴⁴

Fransa, 2011 yılında ulusal hukukunda şirketlerin 2017 yılına dek %40 hedefine ulaşmaları için bir kota düzenlemesi getirmek suretiyle bu hedefi gerçekleştirmiştir.⁴⁵ Fransa'nın, kadın ve erkek çalışanlar arasında aynı ya da eşdeğerde iş için eşit ücret ilkesinin 1957'de Roma Antlaşması'na girmesine vesile olan ülke olması bakımından, bu durum esasen şaşırtıcı değildir. Fransa, Topluluğun kurulduğu dönemde dahi kadın er-

35 Bos, Barbara: "Examples of Positive Action Measures", içinde Positive Action Measures. The Experience of Equality Bodies, Equinet Report, European Network of Equality Bodies, Belgium, 2014, s. 30, Erişim: https://equineteurope.org/wp-content/uploads/2018/01/positive_action_measures_final_with_cover.pdf (Erişim tarihi: 10.01.2023); Roosve, Art-Peeter, s. 14; Holland, Roberta: "EU Parliament Mulls Gender Quotas for Public Co. Boards", Compliance Week, July 2013, s. 11.

36 Şahin, et al., s. 1152.

37 Dobson, John and Mahdi Rastad: "Women on Boards: EU Board Gender Quotas, and Why the US Should Avoid Them", Business & Professional Ethics Journal, Vol. 37, No. 1, Spring 2018, s. 3.

38 Vukovic, Ana Horvat: "Gender Quotas in Corporate Decision-making Bodies-Regulatory Promotion of Equality of Results in the EU", the Theory and Practice of Legislation, Vol. 9, No. 1. 2021, s. 5.

39 Elomäki, s. 53.

40 "Statistical Brief: Gender Balance in Business and Finance 2021", European Institute for Gender Equality, s. 1.

41 Ibid, s. 2.

42 Lecerf, Marie: "Gender Balance on Corporate Boards", At A Glance, European Parliament Plenary-November II 2022, Erişim: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2022/738208/EPRS_ATA\(2022\)738208_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2022/738208/EPRS_ATA(2022)738208_EN.pdf) (Erişim tarihi: 23.01.2023); Shreeves, "Gender Balance On Boards, Legislative Train 01.2023, 6 A New Push For European Democracy".

43 Detaylı bilgi için bkz. Verge, Tania, Emanuela Lombardo: "The Differential Approach to Gender Quotas in Spain: Regulated Politics and Self-Regulated Corporate Boards", European University Institute Working Papers, Law 2015/24, Department of Law, Erişim: https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/35807/LAW_2015_24.pdf?sequence=1&isAllowed=y (Erişim tarihi: 24.01.2023).

44 Gabaldon Patricia, Daniela Gimenez: "Gender Diversity on Boards in Spain: A Non-Mandatory Quota", içinde Gender Diversity in the Boardroom, Seierstad, Cathrine, Patricia Gabaldon, Heike Mensi-Klarbach, (Eds.) Palgrave Macmillan, October 2017, ss. 47-74.

45 "Sorular ve Cevaplar: Kadın Hakları ve Toplumsal Cinsiyet Eşitliği Konusunda AB Neler Yapıyor?", Avrupa Komisyonu Fact Sheet, AB Türkiye Delegasyonu, 8 Mart 2018, s.6, Erişim: https://www.avrupa.info.tr/sites/default/files/2018-03/EU%20factsheet%20on%20gender%20equality_BC.pdf (Erişim tarihi: 24.01.2023).

kek eşitliğine ulusal mevzuatında yer vermiş olması bakımından, Topluluğun diğer ülkelerinden daha ileri bir konumdaydı. Dolayısıyla, Fransa'nın günümüzde de bu alandaki liderliğini koruduğu görülmektedir. 2011 yılında Fransa'nın yanı sıra, İtalya, Hollanda ve Belçika; 2015'te Almanya; 2017'de ise Avusturya ve Portekiz ulusal hukuklarında şirketler için %30 ya da %40 oranında cinsiyet kotası getirmişlerdir.⁴⁶ Hatta Almanya, Ağustos 2021'de, 2015 yılına ait kanunu yürürlükten kaldıran ve daha etkili sonuçlar getirmesi beklenen yeni bir düzenleme daha kabul etmiştir.⁴⁷

Günümüzde Fransa'yı %40'ın üzeri ve buna yakın oranlarla yine İtalya, Hollanda, İspanya, Finlandiya, Belçika, İsveç, Almanya, İrlanda, Danimarka ve Avusturya takip etmektedir.⁴⁸ Bu ülkelerin çoğunda kadınlar, şirket yönetim kurullarının en az üçte birini oluşturmaktadırlar.⁴⁹ Fransa, Almanya, Belçika, Avusturya, Hollanda ve İtalya'da şirketlerin yönetim kurullarında zorunlu cinsiyet kotası uygulanmaktadır.⁵⁰ Bu alanda en hızlı gelişmeyi gösteren üye devletlerin ise, esasen en katı ulusal düzenlemelere sahip olan ül-

keler olması dikkat çekicidir. Bu ülkelere Belçika, İtalya ve Fransa örnek olarak verilebilir.⁵¹ Nitekim şirket yönetim kurulları için cinsiyet kotası ön-gören ülkelerin bir kısmı -bu üç ülke gibi- güçlü yaptırımları bulunan 'katı kota' sistemi uygulamaktayken, İspanya ve Yunanistan gibi ülkeler ise herhangi bir yaptırım gücü bulunmayan 'yumuşak kota' sistemi uygulamaktadır.⁵² Bununla birlikte Danimarka, Finlandiya, Letonya, Slovenya, İsveç gibi ülkeler şirket yönetim kurulları için herhangi bir cinsiyet kotası uygulamamakla birlikte, aldıkları yumuşak hukuk niteliğindeki önlemlerle yüksek ve ortalamanın üzerinde oranlar yakalamışlardır.⁵³ Yumuşak hukuk önlemleri alan diğer ülkeler arasında Lüksemburg, Portekiz, İrlanda, Macaristan ve Polonya da sayılabilir.⁵⁴ Bu ülkelerde şirketler, genellikle 'uy ya da açıkla' (comply-or-explain) yaklaşımı temelinde, cinsiyet eşitliğini tüm kurullarında kendilerinin belirleyecekleri hedefler doğrultusunda gerçekleştirmeyi taahhüt etmektedirler. Bunu gerçekleştirememeleri halindeyse, bunun nedenlerini açıklamak durumundadırlar. Bazı yazarlar, yumuşak hukuk niteliğindeki bu önlemleri de yumuşak kota olarak değerlendirmektedir.⁵⁵

Öte yandan, diğer bir grubu oluşturan Bulgaristan, Kıbrıs, Litvanya, Slovakya, Malta, Çek Cumhuriyeti, Estonya, Hırvatistan ve Romanya gibi ülkeler de cinsiyet kotası uygulamamaktadır. Ancak bu ülkelerin büyük çoğunluğu ulusal

46 Chondrogiannis, Thodoris, Nikolas Leontopoulos, Paulo Pena and Harald Schumann: "Greece Has Been Blocking an EU Law Promoting Gender Balance-Is This About to Change?", Investigate Europe, 21 April 2021, Erişim: <https://www.investigate-europe.eu/en/2021/greece-has-been-blocking-an-eu-law-promoting-gender-balance-is-this-about-to-change/> (Erişim tarihi: 02.02.2023).

47 "Germany: Second Law Establishing Gender Quotas to Increase Number of Women in Company Leadership Positions Enters into Force", Erişim: <https://www.loc.gov/item/global-legal-monitor/2021-09-12/germany-second-law-establishing-gender-quotas-to-increase-number-of-women-in-company-leadership-positions-enters-into-force/> (Erişim tarihi: 03.02.2023).

48 Lecerf, Marie: "Gender Balance on Corporate Boards"; Shreeves, "Gender Balance On Boards, Legislative Train 01.2023, 6 A New Push For European Democracy".

49 "Statistical Brief: Gender Balance in Business and Finance 2021", European Institute for Gender Equality, s. 1.

50 Detaylı bilgi için bkz. Campbell, Kevin and Leszek Bohdanowicz: "Regulation of the Gender Composition of Company Boards in Europe: Experience and Prospects", içinde Women on Corporate Boards: An International Perspective, M. Aluchna and G. Aras (Eds.), Routledge, Abingdon, Oxon, 2018, Stirling Online Research Repository, ss. 7-10; Erişim: <https://core.ac.uk/download/427558257.pdf> (Erişim tarihi: 03.02.2023).

51 Lecerf, Marie: "Gender Balance on Corporate Boards"; Shreeves, "Gender Balance On Boards, Legislative Train 01.2023, 6 A New Push For European Democracy"; Houser, Kimberly A. & Jamillah Bowman Williams: "Board Gender Diversity: A Path to Achieving Substantive Equality in the United States", William & Mary Law Review, Vol. 63, 2021, ss. 537-538.

52 De Cabo, Ruth Mateos, Siri Terjesen, Lorenzo Escot, Ricardo Gimeno: "Do 'Soft Law' Board Gender Quotas Work? Evidence from a Natural Experiment", European Management Journal, 37, 2019, s. 612.

53 Campbell and Bohdanowicz, ss. 7-10.

54 Nuyens, Hedwige and Maria Boerner: Gender Balance Quota and Targets in the European Union, European Women on Boards, ss. 4-8; Erişim: <https://europeanwomenonboards.eu/wp-content/uploads/2022/05/Overview-Gender-balance-quota-and-targets-in-Europe-April-2022.pdf> (Erişim tarihi: 05.02.2023).

55 Ibid, ss. 4-8.

mevzuatlarında cinsiyet eşitliğine ilişkin daha ziyade genel nitelikte hükümler öngörmek ve eşitlik planları uygulamakla yetinmişler; bu konuda spesifik herhangi bir önlem de almamışlardır.⁵⁶ Dolayısıyla -Hırvatistan hariç- bu ülkelerde kadınların temsil oranları da nispeten daha az seviyelerde seyretmektedir.⁵⁷ Özellikle Malta, Çek Cumhuriyeti ve Estonya'da büyük ölçekli şirketlerin yönetim kurullarındaki kadınların oranı %10'un dahi altında kalmaktadır.⁵⁸

Cinsiyet kotası uygulamayan üye devletlerin başvurdukları gönüllülük esasına dayanan yumuşak hukuk araçları oldukça çeşitlilik göstermektedir. Bunlar arasında yönetim kurullarında cinsiyet dengesini destekleme amacıyla getirilen ulusal hükümler, şirketler tarafından kadınların üst yönetimde temsili için bazı sayısal hedefler getiren ya da kadın yönetici sayısını artırmayı teşvik eden sözleşmelerin akdedilmesi, işletmeler tarafından bağımsız olarak konulan gönüllü hedefler, kadınların yönetim kurullarında daha çok yer almalarını destekleyen işe alım, mesleki eğitim, rehberlik ve profesyonel çevre edinme amaçlı programlar, kadın adayları teşvik eden veri tabanları, kadın girişimciliğini teşvik eden programlar ile sosyal taraflar ve işletmeleri bu konuda daha duyarlı hale getiren kampanyalar sayılabilir.⁵⁹ Çek Cumhuriyeti ve Slovakiya'da kadın çalışanların bilişim sektörüne girişini özendirmeye yönelik olarak alınan önlemler de bu örneklerle eklenebilir.⁶⁰

Kadınların kurullarda daha fazla temsili için yasal düzenlemeyle cinsiyet kotası getiren ülkelerde, bu düzenlemelerin tümünün ya da büyük bir kısmının icrada görevli olmayan kurul üyelerini kapsadığı belirtilmelidir. Dolayısıyla, bu düzenlemelerden icrada görevli olunan pozisyonlar etkilenmemektedir.⁶¹ Dolayısıyla durum, icrada görevi bulunan kadın yöneticiler bakımından daha da geri seviyelerdedir. Örneğin 2021 yılı itibarıyla tüm AB genelinde halka açık şirketlerdeki genel müdürlerin sadece %8,5'ini kadınlar oluşturmaktadır.⁶²

AB kurumlarının yönetimlerindeki cinsiyet dengesi incelendiğinde, AB'nin kendisinin de bu değişime uyum sağladığı görülmektedir. Ancak ilerleme oldukça yavaş seyretmektedir. 2019 yılında Ursula Von der Leyen, Avrupa Komisyonu'nun Avrupa bütünleşmesi tarihindeki ilk kadın başkanı olarak göreve başlamıştır. Von der Leyen Komisyonu'nda görev yapan komisyonerlerin %47'si kadındır ve cinsiyet dengesi neredeyse sağlanmıştır. Avrupa Parlamentosu'na ise 2022 yılında üçüncü kadın başkan olan Roberta Metsola seçilmiştir.⁶³ 2019'da Avrupa Merkez Bankası'na da ilk kez bir kadın başkanın atanmış olması memnun edici bir gelişmedir. Ancak yine de bu kurumun yirmi beş kurul üyesinden sadece ikisinin kadın üye olması dikkat çekicidir. Avrupa Yatırım Bankası'nda ise kadın üyelerin yirmi yedi kişilik yönetim kurulunun sadece altı koltuğunu alabildikleri görülmektedir. Daha az üyesi olan Avrupa Yatırım Fonu'nun yönetiminde ise cinsiyet dengesi idealdir ve yönetim kurulunun üç erkek, iki kadın üyesi bulunmaktadır.⁶⁴ İlk kadın Avrupa Ombudsmanı olarak 2013 yılından beri görev yapmakta olan Emily O'Reilly'nin de

56 Vukovic, s. 5; Campbell and Bohdanowicz, ss. 7-10.

57 Campbell and Bohdanowicz, ss. 7-10.

58 "Sorular ve Cevaplar: Kadın Hakları ve Toplumsal Cinsiyet Eşitliği Konusunda AB Neler Yapıyor?", Avrupa Komisyonu Fact Sheet, s.6; Campbell and Bohdanowicz, ss. 7-10.

59 Szydło, Marek: "Gender Equality on the Boards of EU Companies: Between Economic Efficiency, Fundamental Rights and Democratic Legitimation of Economic Governance", *European Law Journal*, Vol. 21, No. 1, January 2015, ss. 100-101.

60 Bartzeliotis, Konstantinos: "Overview of the Grounds and Fields in which Positive Action is being Implemented", içinde *Exploring Positive Action as a Means to Fight Structural Discrimination in Europe*, Equinet Report, European Network of Equality Bodies, Belgium, 2021, s. 60, Erişim: <https://equineteurope.org/wp-content/uploads/2022/04/Exploring-positive-action-as-a-means-to-fight-structural-discrimination-in-Europe.pdf> (Erişim tarihi: 10.01.2023).

61 "Statistical Brief: Gender Balance in Business and Finance 2021", European Institute for Gender Equality, s. 2.

62 Preamble of Directive 2022/2381, para. 18.

63 Belova, Gabriela and Albena Ivanova: "EU Institutions: Revisiting Gender Balance and Women's Empowerment", *Laws*, 12(1) 3, 2023, ss. 9-10; Erişim: <https://www.mdpi.com/2075-471X/12/1/3> (Erişim tarihi: 10.02.2023).

64 "Statistical Brief: Gender Balance in Business and Finance 2021", European Institute for Gender Equality, s. 4.

2019 yılında tekrar seçildiği belirtilmelidir.⁶⁵ Avrupa Komisyonu, üye devletlere örnek olabilmek amacıyla, 2020-2025 yılları arasında kapsayan yeni AB Cinsiyet Eşitliği Stratejisi'nde konunun öneme tekrar değinmiştir. 2022 tarihli 'Komisyon için yeni bir İnsan Kaynakları Stratejisi' başlıklı Bildirisi'nde ise Komisyon, 2024 yılına dek, kadın erkek eşitliğini tüm yönetim seviyelerinde uygulamaya geçireceği taahhüdünde bulunmuştur.⁶⁶

III. 2022/2381 sayılı Şirket Yönetim Kurullarında Cinsiyet Dengesinin İyileştirilmesine İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi

2022/2381 sayılı Direktif'in hukuksal dayanağını, Avrupa Parlamentosu ve Bakanlar Konseyi'ne, istihdam ve meslek konularında kadın erkek eşitliğinin uygulanmasına yönelik düzenleme yapma yetkisi veren ABİİA'nın 157. maddesinin üçüncü fıkrası; çalışma yaşamında daha az temsil olunan cinsiyet lehine pozitif ayrımcılığa ilişkin önlemler alma yetkisi veren ABİİA'nın 157. maddesinin dördüncü fıkrası ile ABTHŞ'nin kadın erkek eşitliğini düzenleyen 23. maddesi oluşturmaktadır.

1. Direktif'in Kabulüne Giden Süreç

2022/2381 sayılı Direktif'e ilişkin Komisyon tasarısı, AB karar alma mekanizmasının temel kurumları olan Bakanlar Konseyi ve Avrupa Parlamentosu'na 2012 yılında sunulmuş olsa da üye devletler arasındaki anlaşmazlıkların çözümü, ancak on yılın sonunda gerçekleşebilmiştir.

Avrupa Komisyonu başkanı Ursula Von der Leyen, göreve gelmesinin ardından, bu Direktif

tasarısına ilişkin üye devletler arasındaki anlaşmazlıklara son vermenin kurumun politik öncelikleri arasında olduğunu ifade etmiştir. Bunun aynı zamanda, Avrupa Komisyonu'nun yukarıda değinilen, Cinsiyet Eşitliği Stratejisi'nin önceliklerinden biri olduğu da vurgulanmıştır.⁶⁷

Nitekim, geline nokta hem AB düzeyinde hem de üye devletler düzeyinde -birkaç üye devlet haricinde- kadınların üst yönetim pozisyonlarında temsili için hedeflenenin çok gerisinde kalmıştır. Pek çok üye devlet bağlayıcılığı bulunmayan yumuşak hukuk araçlarıyla cinsiyet dengesi hedefine ulaşmaya çalışmakta olup, hedefe ulaşamamanın da herhangi bir cezai yaptırımını bulunmamaktadır. Bazı araştırmalara göre ulusal hukuk düzenlerinde kota uygulamasını yumuşak kota şeklinde benimseyen üye devletlerle, kota uygulaması benimsemeyip, gönüllülük esası ve diğer yumuşak önlemler aracılığıyla bu hedefi gerçekleştirmeye çalışan üye devletlerin kadınların üst yönetimde temsili bakımından istatistiki oranları birbirine oldukça benzerdir. Bu da yaptırım gücü bulunmayan hukuksal düzenlemelerin, kadınların yönetim kurullarındaki temsili arttırmada yeterli bir katkı sağlayamadığını göstermektedir.⁶⁸ Bu sebeptendir ki, Komisyon, AB düzeyinde bağlayıcı bir hukuksal düzenleme yapma gereği duymuştur.

Komisyon tarafından sunulan 2022/2381 sayılı Direktif Tasarısı'na, 2012 yılında ilk itiraz Almanya'dan gelmiştir.⁶⁹ Almanya, uzun yıllar boyunca ilgili Direktif tasarısını reddetmiş ve kadınların liderlik pozisyonlarındaki sayılarının teşvik edilmesinin üye devletlerin kendi ulusal düzenlemeleri aracılığıyla gerçekleşmesi gerektiğini

67 Roosve, Art-Peeter, s. 15.

68 Dobson, John, Denise Hensley, Mahdi Rastad: "Toward Gender Diversity on Corporate Boards: Evaluating Government Quotas (Eu) Versus Shareholder Resolutions (Us) from the Perspective of Third Wave Feminism", *Philosophy of Management*, 17, 2018, s. 337; Houser and Williams, s. 538.

69 Christ, Lea: "Can You Lead a Horse to Water and Make It Drink? Positive Discrimination: The EU Quota for Women on Boards", DWF, Erişim: <https://dwfgroup.com/en/news-and-insights/insights/2022/6/positive-discrimination-eu-quotas> (Erişim tarihi: 17.02.2023).

65 Belova and Ivanova, s.9; European Ombudsman Official Web Site, Erişim: <https://www.ombudsman.europa.eu/en/emily-oreilly> (Erişim tarihi: 10.02.2023).

66 Preamble of Directive 2022/2381, para. 12.

savunmuştur.⁷⁰ Direktif tasarısına Almanya'nın yanı sıra, bazı İskandinav ve Baltık ülkelerinden de itiraz gelmiştir. Danimarka, Hollanda, İsveç ve Polonya'da bu önlemlerin AB düzeyinde bağlayıcı bir hukuksal düzenlemeyle alınmasına karşı çıkmışlardır.⁷¹ AB'den 2020 yılında ayrılan eski üye İngiltere'de tasarıya şiddetle karşı çıkmıştır. Bu ülkelerin bir kısmı, ulusal hukuk düzenlerinde halihazırda bu konuya ilişkin hukuksal düzenlemelerin mevcut olması nedeniyle itiraz etmiştir. Direktif tasarısına muhalefet eden gruba daha sonraları Macaristan, Hırvatistan, Yunanistan ve Slovakya'da dahil olmuştur.⁷²

Ancak 2022 yılında Komisyon Başkanı Von der Leyen ve dönemin AB Konseyi Başkanı Fransa'nın uğraşlarıyla, tasarı üye ülkeler arasındaki anlaşmazlıkların çözümü önceliğiyle, tekrar Bakanlar Konseyi'nin gündemine alınmıştır. Nihayetinde, özellikle Almanya'nın ve Hollanda'nın tasarıya ilişkin olumsuz tutumlarını değiştirmeleri neticesinde, Konsey'deki anlaşmazlıklar sona ermiştir.⁷³

2. Direktif'in Kapsam ve İçeriği

Öncelikle 2022/2381 sayılı Direktif'in kapsam bakımından üye devletlerdeki halka açık büyük ölçekli şirketlere uygulanacağı belirtilmelidir. Direktif, mikro, küçük ve orta boy işletmelere uygulanmayacaktır (md.2). Buradaki mikro, küçük ve orta boy işletmeden kastedilen, çalışan sayısı 250'nin altında olan ve yıllık cirosu 50 milyon

Avro'yu ya da yıllık toplam bilançosu 43 milyon Avro'yu geçmeyen işletmelerdir (md. 3/8). Böylelikle, bu işletmeler ilgili düzenlemeden muaf tutulmuşlardır. Direktif'in kapsamına giren halka açık şirket ise, merkezi üye devletlerden birinde kayıtlı olan ve hisseleri, 2014/65 sayılı Direktif'in⁷⁴ ilgili hükümleri gereği bir ya da birden fazla üye devletin düzenlenmiş piyasalarında ticari işlem görmek için kabul edilmiş işletmeleri ifade eder (md. 3/1).

Direktif'in en büyük yeniliği, üye devletlerin kendilerinde kayıtlı, halka açık şirketlerin aşağıdaki iki koşuldaki birini yerine getirmelerini sağlamak zorunda olmalarıdır. Bu çerçevede Direktif'in 5. maddesinin ilk fıkrası gereği ilgili şirketler:

“(a) Bünyelerindeki icrada görevli olmayan yönetici pozisyonlarının en az % 40'ını daha az temsil edilen cinsiyetin üyelerine tahsis etmek ya da;

(b) Bünyelerindeki icrada görevli olan ve icrada görevli olmayan dahil olmak üzere tüm yönetici pozisyonlarının en az % 33'ünü daha az temsil edilen cinsiyetin üyelerine tahsis etmek”

koşullarından birini yerine getireceklerdir. Üye devletlere, şirketlerin bu hedefleri gerçekleştirmelerini sağlamak için 30 Haziran 2026'ya dek süre tanınmıştır. Direktif'in 2012 yılına ait tasarısında, icrada görevli olmayan yönetici pozisyonlarının %40'ına ilişkin koşulun, kamu sektöründeki işletmeler için 2018; özel sektördeki işletmeler için ise 2020 yılına dek yerine getirilmesi öngörülmüştü.⁷⁵ Ancak Direktif'in yeni yürürlüğe giren metninde bu tür bir ayırım yer almamaktadır. Direktif'in önsözünde, Direktif kapsamına giren kamu sektöründeki işletmelerin, özel sektör işletmeleri için örnek bir model oluşturabileceği belirtilmiştir.⁷⁶

70 “Germany to Lobby Against EU Gender Quota”, Spiegel International, 06.03.2013, Erişim: <https://www.spiegel.de/international/europe/germany-to-lobby-against-eu-gender-quota-a-887174.html> (Erişim tarihi: 20.02.2023).

71 “EU's Von der Leyen in New Push for Women's Quota on Company Boards”, Reuters, 13.01.2022, Erişim: <https://www.reuters.com/business/eus-von-der-leyen-new-push-womens-quota-company-boards-2022-01-12/> (Erişim tarihi: 21.02.2023).

72 Chondrogiannos, Thodoris, et al., “Greece Has Been Blocking an EU Law Promoting Gender Balance-Is This About to Change?”

73 De La Baume, Maia: “Germany to Back EU's Women Quota Plan After a Decade”, Politico, 17.02.2022, Erişim: <https://www.politico.eu/article/germany-will-adopt-women-on-board-directive-eu-proposal-after-10-years-of-deadlock/> (Erişim tarihi: 19.02.2023).

74 Directive 2014/65/EU of the European Parliament and of the Council of 15 May 2014 on markets in financial instruments and amending Directive 2002/92/EC and Directive 2011/61/EU (recast) Text with EEA relevance. OJ L 173, 12.6.2014, ss. 349-496.

75 Shreeves, “Gender Balance On Boards, Legislative Train 01.2023, 6 A New Push For European Democracy”.

76 Preamble of Directive 2022/2381, para.36.

Üye devletler, 5. maddenin ilk fıkrasının b bendine tabi olmayan halka açık şirketlerin, icrada görevli olan yöneticileri arasındaki cinsiyet dengesini iyileştirmeye yönelik bağımsız birtakım sayısal hedefler tayin etmelerini sağlayacaklardır. Direktif'te aynı zamanda, 5. maddede belirtilen hedeflere ulaşabilmek için öngörülen sayıların, icrada görevli olmayan yönetici pozisyonlarının %40'ına ya da tüm yönetici pozisyonlarının %33'üne en yakın olan sayı olacağı ve her iki durumda da %49 oranını geçmeyeceği hüküm altına alınmıştır. Bu sayıların Direktif'in ekinde düzenlendiği belirtilmiştir (md. 5/2-3).

Direktif'te yönetici pozisyonlarına aday olacak kişilerin nasıl belirleneceği de düzenlenmiştir. Üye devletler, 5. maddede belirtilen hedeflere ulaşamayan şirketlerin yönetici pozisyonlarına atama ya da seçim için aday seçme süreçlerini adapte etmelerini sağlayacaklardır. Adaylar, her adayın nitelikleri karşılaştırılarak yapılacak bir değerlendirme sonucunda seçilecektir. Bu sebeple, iş ilanının hazırlığı, seçim öncesi süreç, listenin son haline getirilmesi ve yönetici adayı havuzunun oluşturulmasını içeren tüm seçim süreci boyunca ayrımcılık içermeyen, kesin, tarafsız ve açık şekilde ifade edilmiş ölçütler uygulanacaktır (md.6/1).

Yönetici pozisyonlarına atama ya da seçim için aday seçme sürecinde, üye devletlerden, liyakat, yeterlilik ve mesleki performans bakımından adayların eşit olması durumunda önceliğin daha az temsil olunan cinsiyetin adayına verilmesini temin etmeleri beklenmektedir. Bu durumun istinasını, diğer cinsiyetin adayının spesifik durumunu dikkate alan ve ayrımcı olmayan, objektif bir değerlendirmeye dayanan farklı çeşitlilik politikalarının yürütülmesi çerçevesinde, önceliğin diğer cinsiyetin adayına verilmesini gerektiren hukuken daha önemli durumlar oluşturmaktadır (md. 6/2). Bu hükmün, ABAD'ın bu konudaki yerleşik içtihadını esas aldığı belirtilmelidir. Nitekim, kota uygulamasına konu olacak sektör kadınların daha az temsil edildiği bir sektör olmalı, kadın adaylara ancak erkek adaylarla eşit nitelik-

lere sahip olmaları halinde bir öncelik tanınmalı ve bu durumda dahi kadın adaylara 'doğrudan ve koşulsuz' nitelikte bir öncelik tanınmamalıdır. İstisnai durumlarda her adayın kişisel durumunu dikkate almayı gerektirecek bir 'koruma hükmü' devreye sokulmalıdır.⁷⁷

Üye devletler ilgili şirketlerin yönetici adaylarının talebi üzerine, seçimde hangi nitelik ölçütlerinin temel alındığına, adayların bu ölçütler temelinde objektif şekilde karşılaştırılmalarını içeren değerlendirmeye ve istisnai hallerde önceliğin daha az temsil olunan cinsiyetten olmayan adaya verilmesini gerekli kılan spesifik durumlara ilişkin bilgi vermelerini sağlayacaktır (md. 6/3).

Direktif'te ispat yükü bakımından daha az temsil olunan cinsiyete kolaylık tanınmıştır. Daha az temsil olunan cinsiyetin adayının başarısız olması durumunda, ilgili adayın mahkeme ya da yetkili diğer bir makam önünde yönetici pozisyonuna atama ya da seçimi için seçilen, diğer cinsiyete mensup adayla eşit niteliklere sahip olduğunun varsayılabilmesini tesis etmesi üzerine, 6. maddenin ikinci fıkrasının ihlal edilmediğinin ispatı ilgili şirkete düşecektir. Üye devletlerin, bu durumun temini için ulusal yargı sistemlerinde gereken önlemleri almaları gerektiği belirtilmiştir (md. 6/4).

Direktif'te aynı zamanda halka açık büyük ölçekli şirketlere, Direktif'te yer alan hususlarla ilgili olarak yetkili makamlara düzenli şekilde rapor sunma yükümlülüğü getirilmiştir. Bu bağlamda, üye devletler, şirketlerden yetkili makamlara, kurullarındaki icrada görevli olan ve olmayan yöneticilerinin cinsiyet dağılımı ve 5. maddede belirtilen hedeflere ulaşabilmesi için aldıkları önlemlere ilişkin olarak yılda bir kez bilgi vermelerini talep edeceklerdir. İlgili şirketin 5. maddede belirtilen hedeflere ulaşamamış olması durumunda, bunun nedenlerinin ve bu hedeflere ulaşılması için alınan ya alınması düşünülen önlemlerin detaylı bir şekilde belirtilmesi gerekmektedir (md. 7/1-2).

⁷⁷ Roosve, Art-Peeter, s. 15.

Önem arz eden bir diğer konu da ilgili şirketler tarafından Direktif'te belirtilen yükümlülüklerle hiç ya da gereği gibi uyulmaması durumunda uygulanacak cezai yaptırım mekanizmasına ilişkindir. Üye devletler, şirketlerin bu yükümlülüklerle uymasını sağlayacak her türlü idari ve adli mekanizmayı işletecek; yaptırımlar etkili, ölçülü ve caydırıcı nitelikte olacaktır. Yaptırımlar para cezası ödenmesine ya da yargı makamları tarafından şirketin, yönetici seçimine ilişkin Direktif hükümlerine aykırı olan kararının iptaline ya da hükümsüz kılınmasına yönelik olabilir. Üye devletlerin, yaptırım mekanizmasına ilişkin belirleyecekleri ulusal düzenlemelerini 2024 yılı sonuna dek Komisyon'a bildirmeleri gerekmektedir (md. 8/1). Bazı görüşlere göre, Direktif'in cezai yaptırım mekanizması, yeterince güçlü değildir. Nitekim, ölçülülük ilkesine uyulmak kaydıyla, daha ciddi nitelikte ve caydırıcı yaptırımlar öngörülebilirdi.⁷⁸

Üye devletlerin, diledikleri taktirde, sınırları dahilinde kurulmuş olan halka açık şirketler için daha dengeli bir cinsiyet dağılımı tesis etmeye yönelik, Direktif'te yer alan hükümlerden daha yüksek bir koruma sağlayacak ulusal düzenlemeler yapabilecekleri belirtilmelidir (md. 9). Dolayısıyla, ilgili Direktif, yapısı gereği uyulması zorunlu olan asgari kuralları içermektedir.

Son olarak Direktif'te, üye devletlerin, şirket kurullarında cinsiyetlerin dengeli dağılımını destekleyecek, analiz edecek ve süreci gözlemleyecek bir ya da daha fazla kurumu görevlendirmeleri gerektiği belirtilmiştir. Bu kurum ya da organlara örnek olarak ise 2006/54 sayılı Direktif'in 20. maddesi uyarınca görevlendirilmiş olan eşitlik kurumları verilmiştir (md. 10).

Bunun yanı sıra, Direktif yürürlüğe girmeden önce, Direktif'te öngörülen hedeflere çok yaklaşılmış olan ya da ulusal mevzuatlarında halihazırda eşit derecede etkili hükümlere yer vermiş olan üye devletlere, 6. maddede yer alan yönetici ataması ya da seçimi için getirilen koşulların uygulanmasını kendileri için askıya alma hakkı tanınmıştır (md. 12).

Üye devletlere, bu Direktifi ulusal hukuklarında yürürlüğe koymak için verilen süre iki yıl olup, 2024 yılı sonuna kadardır.

Üye devletlere, bu Direktifi ulusal hukuklarında yürürlüğe koymak için verilen süre iki yıl olup, 2024 yılı sonuna kadardır.

3. Direktif'in Beklenen Katkısı

2022/2381 sayılı Direktif'in, üye devletlerdeki ekonomik yaşama pek çok açıdan katkı sağlama-sı beklenmektedir. Nitekim, şirketlerin üst yönetim pozisyonlarında cinsiyet dengesi tesisinin ekonomik yararları Uluslararası Çalışma Örgütü, Dünya Bankası ve OECD gibi kuruluşlar tarafından da vurgulanmaktadır. Yapılan araştırmalar, karar alma mekanizmalarında cinsiyet çeşitliliği stratejisi uygulayan şirketlerin daha şeffaf bir şekilde yönetildiğine ve piyasada daha uzun süre varlıklarını koruduklarına işaret etmektedir.⁷⁹

Öncelikle, üye devletlerde ve nihai olarak Birlik çapında bir ekonomik büyümenin ve rekabet avantajının elde edilebilmesi için, şirketlerin yönetimlerinde çeşitlilik stratejisinin uygulanması ve buna bağlı olarak kadın ve erkeklerin karar alma süreçlerinde tüm mesleki bilgi ve becerilerine başvurulabilmesi önem arz etmektedir. Büyük ölçekli şirketlerde yönetim süreçlerinde çeşitlilik stratejisinin uygulanması, yöneticilerin yeteneklerinin en verimli şekilde kullanımına, karar alma süreçlerinde kalitenin ve takım performansının yükselmesine ve işletme kültürünün dönüşümüne olumlu katkılar sağlamaktadır.⁸⁰ Şirketlerde yönetim kurullarında cinsiyet çeşitliliği sağlanmasının işletmenin yenilikçiliğini⁸¹ ve kurulun bağımsızlığını artırması, yöneticilerin daha etkili gözlenmesini sağlaması ve farklı kaynakları şirketlere daha fazla getirme olanağı

78 Vasiljevic, Snjezana and Ana-Maria Sunko: "EU Law and Gender-Balanced Boards: Making Equality Effective", *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, 13(13), 2017, s. 45; Erişim: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3418259 (Erişim tarihi: 15.02.2023).

79 Lecerf, "Gender Balance on Corporate Boards".

80 Vukovic, s. 16.

81 Pala-Laguna Reyes, Luisa Esteban-Salvador: "Gender Quota for Boards of Corporations in Spain", *European Business Organization Law Review*, 17, 2016, s. 396.

ortaya çıkarması bakımından, şirket için daha iyi bir performans yaratması beklenmektedir.⁸²

Yapılan bazı araştırmalar, üst yönetimde cinsiyet çeşitliliği sağlanmasının, daha proaktif bir işletme modelinin, daha dengeli bir karar alma sürecinin, toplumun gerçekliklerini, tüketicilerin ve hissedarların ihtiyaç ve isteklerini daha iyi yansıtacak mesleki standartların, farklı ve çeşitli bakış açılarının bütünleştirildiği kolektif bir düşünce yapısının oluşumuna katkı sağlayacağını göstermiştir.⁸³ Yönetimlerinde kadınların da yer aldığı şirketlerin daha eşitlikçi bir yapıya sahip olduğunu, yıl bazında daha iyi bir performans gösterdiklerini ve hissedarların gelirlerinin ciddi şekilde artmasını sağladıklarını ortaya koyan farklı çalışmalar da mevcuttur.⁸⁴ Bazı görüşlere göre ise, piyasadaki kadın tüketicilerin sayısının erkeklerden daha fazla olması ve satın alma kararlarını veren ya da bunlara etki edenlerin daha ziyade kadınlar olması nedeniyle yönetimlerinde kadınların yer aldığı şirketler, piyasayı daha iyi yansıtan ürünler ya da hizmetler sunabilmektedir.⁸⁵ Kadın yöneticilerin sosyal, çevresel ve etik konulara daha duyarlı olduğunu belirten görüşler de bulunmaktadır.⁸⁶

Avrupa Komisyonu, 2000'li yıllarından başından itibaren cinsiyet eşitliğine ilişkin kabul ettiği çeşitli belgelerde, ekonomik yaşamdaki karar alma süreçlerinde cinsiyetlerin dengeli dağılımının sağlayacağı ekonomik yararlar üzerine odaklanmaktadır. Komisyon'a göre, kadın ve erkeğin ekonomik karar alma mekanizmalarına denge-

li katılımı, daha üretken ve yaratıcı bir çalışma ortamı ve çalışma kültürünün ortaya çıkmasına katkı sağlayacak ve işletmelerde daha iyi bir ekonomik performansa yol açabilecektir.⁸⁷ Komisyon, Mart 2021'de kabul ettiği 'Avrupa Sosyal Haklar Sütunu Eylem Planı' başlıklı Bildirisi'nde, 2030 yılı itibarıyla tüm Birlik genelindeki aktif işgücünün istihdam oranını en az %78'e çıkarmayı hedeflediğini ve bunun gerçekleşmesi için de kadınların işgücü piyasasına daha fazla katılımına ihtiyaç duyulduğunu belirtmiştir. Komisyon'a göre, kadınların ekonomik yaşamdaki karar alma süreçlerine katılımının artırılması, kadınların öncelikli olarak ilgili şirketlerde ve akabinde ekonominin diğer sektörlerinde daha fazla istihdam edilmelerine olanak sağlayacak bir yayılım etkisi gösterecektir.⁸⁸

AB'de üniversitelerde lisans düzeyinde eğitim almış bireylerin %60'ını kadınlar oluşturmaktadır. Bu sebeple Komisyon, Birliğin yaşlanan Avrupa nüfusuna bağlı olarak yakın gelecekte karşılaşması muhtemel demografik ve ekonomik zorluklarla daha iyi mücadele edebilmesinin, eğitilmiş kadın çalışanlar havuzundan daha etkin şekilde fayda sağlamasıyla mümkün olabileceğini belirtmektedir. Komisyon'a göre, kadınların şirketlerin yönetim kurullarında daha fazla temsili, üye ülkelerin ekonomilerinin gelişmesi ve nihai olarak Birliğin üçüncü ülkelerle rekabet avantajı sağlanabilmesi bakımından hayli önem taşımaktadır.⁸⁹

Öte yandan, bazı görüşlere göre ise, Komisyon tarafından yukarıda belirtilen argümanlar yeterince ikna edici değildir. Özellikle, şirketler tarafından kasıtlı olarak daha iyi eğitime, mesleki deneyime ve beceriye sahip kadın adaylar yerine daha az niteliğe sahip erkek adayların tercih edilmesi gibi bir durum söz konusu değildir çünkü bu açık bir şekilde söz konusu şirketlerin kendi ekonomik çıkarlarının aleyhine işleyecektir. Bu sebeple, şirket yönetim kurullarında insan kaynağından yeterince etkili şekilde yararlanılmadığı

82 Şahin et al., s. 1153.

83 Preamble of Directive 2022/2381, para. 16; Pala-Laguna, Esteban-Salvador, ss. 396-397.

84 Masselot, Annick and Anthony Maymont: "Gendering Economic and Financial Governance Through Positive Action Measures-The Compatibility of the French Real Equality Measure with the European Union Framework", Maastricht Journal of European and Comparative Law, Vol.22, Issue 1, 2015, ss. 59-60.

85 Górriz, Carlos: "Women on Boards: A European Proposal", Global Jurist, 14 (1-3), 2014, s. 32.

86 Nicolò Giuseppe, Giovanni Zamponi, Giuseppe Sannino and Serena De Iorio: "Sustainable Corporate Governance and Non-financial Disclosure in Europe: Does the Gender Diversity Matter?", Journal of Applied Accounting, Vol. 23, No.1, 2022, s. 233.

87 Elomäki, s. 58.

88 Preamble of Directive 2022/2381, para.10.

89 Ibid, para. 16.

iddia ediliyorsa, yönetim kurulunda yer alan erkek üyelerin, atanamayan kadın adaylardan daha az eğitilmiş, deneyimli ya da daha az nitelikli olduğu ispatlanmalıdır. Bu görüşlere göre, bu konuda yeterince ikna edici delil bulunmamaktadır. Yönetici pozisyonlarına atanacak bireylerin daha eğitilmiş, deneyimli ya da daha nitelikli olup olmaması cinsiyete göre farklılık gösteren bir durum değildir. Keza, aynı yanılğı, yönetici erkeklerin daha eğitilmiş ve nitelikli olduğunun iddia edilmesi halinde de söz konusu olacaktır.⁹⁰ Bu sebeple bir yöneticinin atanmasında temel alınması gereken kriter cinsiyetinden ziyade, o görev için gereken niteliklere sahip olup olmadığı ve uygunluğudur. Dahası, bu görüşlere göre, cinsiyet kotası uygulamaları, kadın adaylara öncelik vermesi nedeniyle, uygulamada erkek yönetici adayları aleyhine 'ters ayrımcılık' yaratabilecek riski de barındırmaktadır. Öte yandan, bu durum bir dereceye kadar kadınlar aleyhine de ayrımcılık yaratabilecektir çünkü, gerçekten mesleki nitelikleri ve deneyimi nedeniyle göreve atanmış kadın yöneticiler, salt cinsiyet kotası sayesinde göreve gelmiş oldukları önyargısıyla karşılaşabileceklerdir.⁹¹

Diğer bazı görüşlere göre ise, Komisyon, yukarıda değinilen bakış açısıyla kadın erkek eşitliğini bir temel hak olma boyutundan çıkartarak, sayısal olarak ölçülebilen ve şirketlerin ekonomik çıkarları doğrultusunda amaç edinilen bir niteliğe dönüştürmektedir. Böylelikle, kadın erkek eşitliği, salt ekonomik büyüme ve rekabetin artırılması için gerekli bir araç olarak düşünölmeye sevk edilmektedir. Bu suretle, kadın erkek eşitliğinin sağlanmasından ziyade, bütünüyle cinsiyet dengesinin getireceği ekonomik yararlar odaklanılmaktadır.⁹²

4. Direktif'e İlişkin Olarak Sosyal Tarafların Görüşleri

Avrupa İş Dünyası ile Avrupa İşçi Sendikaları Konfederasyonu, 2022/2381 sayılı Direktif ve getirdiği yeniliklerle ilgili olarak birbirinden farklı görüşler sunmaktadırlar.

4.1. Avrupa İş Dünyası'nın Görüşü

Avrupa İş Dünyası (Business Europe), Direktif'in 2012 yılındaki tasarısına ilişkin sunduğu ilk görüşünde ve takip eden görüşlerinde, şirketlerin tüm seviyelerde kadın çalışan ve yöneticilerinin sayılarının artırılması gerektiği konusunda prensip olarak Komisyon ile hemfikir. Şirketlerin üst yönetiminde çeşitliliğin artmasının yaratıcılığa, yenilikçiliğe ve iyi yönetime katkı sağlayacağı düşünülmektedir.⁹³ Bununla birlikte, Avrupa İş Dünyası cinsiyet kotalarının, söz konusu sayısal hedeflere ulaşılsa dahi, kadınların üst düzey pozisyonlarda daha az temsil edilmelerinin ardındaki sosyal, kültürel ya da eğitime dayalı, gerçek nedenlere etki etmek ve temel sorunları çözmek için yeterli bir araç olmadığını belirtmektedir.⁹⁴ Bu sebeple AB düzeyinde hukuken bağlayıcı bir kota düzenlemesinin esasen kadınların şirketlerin üst yönetimine atanmaları ya da kariyerlerinde ilerlemeleri için doğru yol olmadığı görüşündedir. Avrupa İş Dünyası'na göre, şirketlerin gösterdiği performans ve ekonomik başarı, yönetim kadrosunun cinsiyet çeşitliliğinden ziyade, nitelikleri ve becerileri başta olmak üzere pek çok etkene bağlıdır. Dolayısıyla, şirketlerin, hedeflerine ulaşabilmek için en uygun niteliğe ve yetkinliğe sahip bireyleri kurullara atayabilmede

90 Szydlo, Marek: "Constitutional Values Underlying Gender Equality On The Boards Of Companies: How Should The EU Put These Values Into Practice?", *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 63, No. 1, January 2014, ss. 173-175.

91 Koch, Raphael: "Board Gender Quotas In Germany And The EU: An Appropriate Way of Equalising The Participation Of Women And Men?", *Deakin Law Review*, Vol.20, No.1, 2015, ss. 56-57.

92 Elomäki, ss. 53-68; Cullen, Pauline and Mary P. Murphy: "Leading the Debate for the Business Case for Gender

Equality, Perilous for Whom?", *Gender, Work and Organization*, Vol. 25, No. 2, March 2018, ss. 113-114.

93 "Gender Balance in Boards of Directors", *Business Europe Position Paper*, 25 May 2012, s. 1, Erişim: <https://businessseurope.eu/sites/buseur/files/media/imported/2012-00664-E.pdf> (Erişim tarihi: 10.02.2023).

94 Oliveira, Pedro and Linn Oetterli: "Our comment, Women on Boards: a Long Journey Reaching its End", *Newsletters, Business Europe Headlines No.2022-09*, Erişim: <https://www.businessseurope.eu/publications/businessseurope-headlines-no-2022-09> (Erişim tarihi: 15.02.2023).

bağımsız olmaları gerektiği vurgulanmaktadır.⁹⁵

Bu sebeple, Avrupa İş Dünyası, şirket kurullarında çeşitliliğin sağlanması için bağlayıcı hukuksal düzenlemeler yerine, gönüllülük esasına dayanan önlemlerin alınmasının daha etkili olacağını belirtmektedir. Avrupa İş Dünyası, Finlandiya ve İsveç'in AB'ye üye ülkeler arasında şirket kurullarındaki kadın yönetici sayısını en hızlı artıran ülkelerden olduğunu ve bunu zorunlu kotalara başvurmadan gerçekleştirdiklerini ifade etmektedir. Benzer şekilde, İngiltere'de de şirket kurullarındaki kadın yöneticilerin sayısı, gönüllülük esasına dayanan önlemlerin artırılması sayesinde bir yıl içinde %10'dan %15'e çıkmıştır.⁹⁶ Böylelikle, İngiltere 2022 yılında tüm Avrupa'da kadınların şirketlerin üst yönetiminde Fransa'dan sonra %39,1 ile en yüksek oranla temsil edildiği ikinci ülke olmuştur.⁹⁷ İngiltere, 'uy ya da açıkla' yaklaşımıyla gönüllülük esasını uygulayarak başarılı olan ülkelere en iyi örnek olarak verilebilir. Nitekim, şirketler ilgili hedeflere ulaşmak için kendilerine en uygun olan rotayı tayin etme serbestisine sahip olmuşlar, ancak buna uyulmaması halinde, gerekçelerini sunma yükümü altında olmuşlardır.⁹⁸

Avrupa İş Dünyası'na göre, AB seviyesindeki bir hukuksal düzenleme, üye devletlerin bağımsız spesifik durumlarına uyan en etkili önlemi belirleme yetkilerini kısıtlayabilecektir. Özellikle de çeşitli sektörlerdeki ya da şirketlerdeki birbirinden hayli farklı koşulları ve şirket yönetim kurullarının işleyiş sürecini göz ardı eden ve tümü için standart bir kota düzenlemesi getiren bir yakla-

şımdan (one-size-fits-all) kaçınılması gerektiği vurgulanmaktadır.⁹⁹ Nitekim, bazı şirketlerde, ilgili işkolunda çalışan kadınların sayısının az olması nedeniyle, yönetim pozisyonu için yetiştirilecek kadın aday sayısı da çok sınırlı olacaktır.¹⁰⁰ Dahası, üye devletlerde şirket kurullarına atanma usullerinin birbirlerinden farklı olduğu ve kurullara atanma usullerinin Direktif'te olduğu üzere AB düzeyinde detaylı şekilde belirlenmesinin, üye devletlerin ulusal düzeydeki şirketler hukuksal kurullarına müdahalede bulunulması riskini de beraberinde getirdiği belirtilmiştir.¹⁰¹ Dolayısıyla, şirketlerin kendi hedefleri doğrultusunda belirleyeceği ve uygulayacağı gönüllü önlemler, ulaşılmak istenen amaç bakımından daha uygun ve sürdürülebilir nitelikte olacaktır.¹⁰²

Özetle, Avrupa İş Dünyası, kadınların şirketlerde tüm seviyelerde sayılarının artırılmasına ilişkin girişimleri desteklediğini vurgulamakta olup, bunun zorunlu mekanizmalar yerine gönüllülük esasına dayanan önlemler aracılığıyla¹⁰³ ve AB Hukuku'nda önceliği üye devletlere ve yerel aktörlere veren subsidiarite ilkesi (yetki ikamesi) gözetilmek suretiyle yapılması gerektiğini ifade etmektedir.¹⁰⁴ Bu sebeple, Avrupa İş Dünyası, AB çapında şirket kurullarının oluşturulmasında cinsiyete dayalı bağlayıcı hedefler öngören ve tüm şirketler için standart bir kota düzenlemesi getiren yaklaşıma katılmamaktadır.¹⁰⁵

4.2. Avrupa İşçi Sendikaları Konfederasyonu'nun Görüşü

Avrupa İşçi Sendikaları Konfederasyonu (ETUC),

95 "Gender Balance in Boards of Directors", Business Europe Position Paper, s. 3.

96 Ibid, s. 1.

97 Jennifer Rankin: "EU Agrees 'Landmark' 40 % Quota for Women on Corporate Boards", Guardian, 7 June 2022, Erişim: <https://www.theguardian.com/business/2022/jun/07/eu-agrees-landmark-40-quota-for-women-on-corporate-boards> (Erişim tarihi: 18.02.2023).

98 Campbell and Bohdanowicz, s.18; Kalaitoglou, Konstantina: "Gender Diversity in UK Boardrooms: Is 'Comply or Explain' Bringing about a Cultural Change?", Legal Compass, The Journal, 11 September 2020, Erişim: <https://www.thelegalcompass.co.uk/post/gender-diversity-in-uk-boardrooms-is-comply-or-explain-bringing-about-a-cultural-change> (Erişim tarihi: 18.02.2023).

99 "Gender Balance in Boards of Directors", Business Europe Position Paper, s. 1.

100 Ibid, s. 3.

101 Oliveira and Oetterli: "Our comment, Women on Boards: a Long Journey Reaching its End".

102 Gender Balance in Boards of Directors", Business Europe Position Paper, s. 4.

103 "Gender Quotas on Boards", 4 July 2016, Business Europe, Erişim: <http://www.buinessurope.eu/policies/corporate-and-legal/corporate-governance/gender-quotas-boards>. (Erişim tarihi: 19.02.2023).

104 Oliveira and Oetterli: "Our comment, Women on Boards: a Long Journey Reaching its End".

105 "Gender Balance in Boards of Directors", Business Europe Position Paper, s. 3.

Direktif'in tasarı metnine ilişkin 2020 yılında sunduğu görüşünde, Avrupa Komisyonu'nun 2010 yılından bu yana şirket kurullarındaki cinsiyet dengesinin iyileştirilmesi yönünde pek çok girişimde bulunmasına rağmen, sadece gönüllülük esasına dayalı olan bu girişimlerin uygulamada yeterince etkili sonuçlar doğurmadığına işaret etmektedir. Bu sebeple de ETUC, Direktif'in bağlayıcı birtakım kriterler ve esaslar getirmesi noktasında, Avrupa Komisyonu'nu desteklemektedir. ETUC'a göre, kadın yöneticilerin mesleki deneyimleri ve bu konudaki veriler, bu alandaki iyileştirmenin ancak AB düzeyinde bağlayıcı bir hukuksal düzenleme yapılması ve kapsamlı ve uyumlu bir yaklaşım kabul edilmesi suretiyle gerçekleştirilebileceğini ifade etmektedir.¹⁰⁶

Bunun yanı sıra, ETUC, Direktif'te yer verilen sayısal hedeflerin kadın yöneticilerin sadece şirket kurullarındaki temsili değil, tüm seviyelerdeki kıdemli yönetici pozisyonlarını da kapsayacak şekilde öngörülmesi gerektiğine dikkat çekmiştir. ETUC'un diğer bir önerisi ise, Direktif kapsamının halka açık büyük ölçekli şirketlerin ötesinde genişletilerek, orta ölçekli şirketleri de içermesi yönündedir. Bu çerçevede küçük ve orta ölçekli işletmelerin Direktif'e kademeli olarak -bir geçiş dönemi vasıtasıyla- uyum sağlamaları öngörülebilir. ETUC, aynı zamanda, şirketlerin yönetim kurullarına atanacak kadın üyelerin, farklı özgeçmiş ve deneyimlere sahip bireyler arasından seçilmesi gerektiği düşüncesindedir. Üye devletlerin, kadın çalışanların ileride yönetici pozisyonları için kendilerini yetiştirebilecekleri olanaklara ve eğitime sürecin başından itibaren sahip olabilmeleri için gerekli önlemleri almaları ve kota çerçevesinde atanabilecek kadın adayların yelpazesinin ve sayılarının sınırlı olması gerektiği vurgulanmıştır.¹⁰⁷

ETUC, sosyal tarafların, Direktif'in öncelikle halka açık büyük şirketlere ve bunu takiben halka açık olmayan şirketler ile orta ölçekli şirketlere uygulanması için sosyal diyalog tesis etmeleri ve sürecin özellikle kadın yöneticilerin şirket kurullarındaki temsiline çok sınırlı olduğu ya da hiç olmadığı üye ülkeler bakımından gözlenebilmesi için ortak mekanizmalar kurmaları yönünde desteklenmeleri gerektiğini belirtmiştir. ETUC aynı zamanda kota uygulamasında, üst pozisyonlarda yer alacak kadın yöneticilerin, kadın çalışanları temsil eden adaylar ile şirket hissedarlarını temsil eden adaylar arasında bir denge sağlanmak suretiyle belirlenmesi hususuna dikkat çekmiştir.¹⁰⁸

ETUC'a göre, kadınların üst yönetimde yer almalarına ilişkin bu Direktif, kadınlara ilişkin diğer politikalarla bütünleştirilmiş bir yaklaşımla ele alınmadığı sürece, uygulama sürecinde yeterince etkin sonuçlar doğurmayacaktır. Direktif'in başarılı olabilmesi için, kadın ve erkek çalışanların ekonomik, sosyal ve kültürel kaynaklara erişiminin eşit şekilde sağlanması, ücretli ve ücretsiz işlerin paylaşımındaki eşitsizliklerin giderilmesi şarttır. Bunun yanı sıra, özellikle ücret farkı başta olmak üzere kadınların emeğinin daha az değerli görülmesine ve ayrımcı işleme daha fazla maruz kalmalarına yol açan toplumsal cinsiyet temelli önyargı ve sorunlarla daha etkin şekilde mücadele edilmesi gerekmektedir.¹⁰⁹

Değerlendirme ve Sonuç

Kadın erkek eşitliği, hem AB Hukuku'nda hem de üye devletlerin ulusal hukuklarında korunan başlıca temel haklardan biridir. Ancak AB'ye üye devletlerin -ortalamanın üzerindeki bir kısım üye devlet hariç- büyük bir kısmında, uygulamada hala çalışma yaşamında kadınların, özellikle halka açık büyük ölçekli şirketlerin yönetim ku-

¹⁰⁶ "Enhancing Gender Balance in Company Boardrooms" ETUC Resolution Adopted at the Executive Committee Meeting of 23 September 2020, ss.3-4, Erişim: etuc.org/en/document/enhancing-gender-balance-company-boardrooms-etuc-resolution. (Erişim tarihi: 19.02.2023).

¹⁰⁷ "Enhancing Gender Balance in Company Boardrooms" ETUC Resolution Adopted at the Executive Committee

Meeting of 23 September 2020, s. 4.

¹⁰⁸ "Enhancing Gender Balance in Company Boardrooms" ETUC Resolution Adopted at the Executive Committee Meeting of 23 September 2020, s. 4.

¹⁰⁹ Ibid, s. 5.

rullarında yeterince temsil edilmediği görülmektedir. AB'ye üye devletlerin, halka açık büyük şirketlerin yönetim kurullarındaki cinsiyet dengesinin sağlanmasına ilişkin olarak getirdikleri ulusal düzenlemeleri ve politikaları birbirinden hayli farklıdır. Bu bağlamda, bazı üye devletlerin ulusal hukuk düzenlerinde zorunlu cinsiyet kotaları öngören katı kota sistemi uyguladığı; epey sayıda üye devletin herhangi bir cezai yaptırım bulunmayan yumuşak kota sistemi ya da gönüllülük esasına dayanan yumuşak hukuk araçları/önlemleri uyguladığı; bazı üye devletlerin ise bu konuda ulusal hukuklarında sadece eşitliğe ilişkin genel nitelikte hükümler öngördüğü ve spesifik olarak herhangi bir önlem almadıkları tespit edilmiştir. Üye devletler arasında %40 oranındaki cinsiyet dengesini sağlayanlar ya da yaklaşanlar, bu konuda ulusal hukuk sistemlerinde zorunlu kota düzenlemesi öngören devletlerdir. Temsil oranının, yumuşak kota/yumuşak önlem uygulayan üye devletlerden, önlem almayan üye devletlere doğru gidildikçe, düştüğü görülmektedir.

Avrupa Komisyonu, kadınların tüm Birlik çapında şirketlerin üst yönetimindeki temsil oranlarının yetersiz olduğu ve iyileştirilmesi gerektiği yönündeki görüşünde haklıdır. Üye devletlerin günümüze dek öngörmüş oldukları bağlayıcı gücü bulunmayan yumuşak hukuk araçlarının yeterince etkin sonuçlar doğurmadığı da ortadadır. Çalışmada detaylıca incelenen 2022/2381 sayılı Direktif'in üye devletlerin arasında on yıl süren çetin müzakerelerin sonucunda, yürürlüğe girmesi memnun edici bir gelişmedir. Direktif'in başta şirketlerin yönetim kurullarında cinsiyet dengesinin sağlanması amacıyla getirilen %40'lık cinsiyet kotası olmak üzere hem üye devletler hem de şirketler bakımından getirdiği kriterler ve yükümlülükler, daha az temsil olunan cinsiyetin nihai olarak fırsat eşitliğine ulaşabilmesini hedeflemektedir.

Bununla birlikte, cinsiyet kotası gibi pozitif ayrımcılığa ilişkin bu düzenlemelerin hem toplumsal yaşamda hem de ekonomik yaşamda kadın erkek eşitliğini etkin bir biçimde yaşama

geçirebilmek için tek başına yeterli olmayacağı belirtilmelidir. Esasen sorunun kaynağını özellikle kadın ve erkeğin toplumsal cinsiyet kaynaklı rollerinin eşitsiz dağılımı, buna ilişkin önyargılar ve düşünceler ile her iki cinsiyetin eğitim başta olmak üzere pek çok diğer ekonomik, sosyal ve kültürel kaynaklara erişimlerindeki eşitsizlikler oluşturmaktadır. Bu eşitsizlikler giderilmeksizin, Direktif'teki gibi salt sayısal birtakım hedefler aracılığıyla yeterince etkin yol alınabilmesi pek de mümkün görünmemektedir. Öte yandan, AB çapında bu yönde bir düzenlemenin yapılması, önceliği her zaman üye devlet ve yerel aktörlere veren subsidiarite ilkesi ve şirketlerin yöneticilerini bağımsız şekilde belirleyebilme yetkilerinin sınırlandırılması bakımından tartışmalıdır.

Bunun yanı sıra, Direktif'te şirket yönetim kurullarına yapılacak atamalar için eşit niteliğe ve deneyime sahip adaylar arasından önceliğin kadınlara verilmesine ilişkin temel hükmün, uygulamada ABAD kararlarında görüldüğü üzere, erkek adaylar aleyhine 'ters ayrımcılık' yaratabilme riski bulunmaktadır. Nitekim, bu oldukça hassas bir dengedir ve en ufak bir hata ya da eksiklikte, diğer cinsiyet aleyhine ayrımcı bir işlem oluşabilecektir. Bu sebeple, üye devletler ve şirketler tarafından bu duruma uygulamada oldukça dikkatli şekilde yaklaşılması gerekmektedir. Oysa ki Direktif'te yer alan cinsiyet kotası hedeflerine ulaşılabilmesi için Direktif kapsamına giren şirketlere tanınan azami süre 30 Haziran 2026'dır. Direktif'in üye devletlerin ulusal hukuk sistemlerine aktarımları için öngörülen azami sürenin iki yıl olduğu düşünüldüğünde, kanaatimizce şirketlere serbest piyasa ekonomisinin dinamikleri içerisinde kadın ve erkek yönetici adaylarının fırsat eşitliğini yönetim kurulu gibi önemli karar alma organlarında adil bir şekilde uygulamaya geçirmek için daha uzun bir geçiş süreci tanınması hem her iki cinsiyete üye adaylar hem de şirketler için daha sağlıklı sonuçlar yaratırdı. Nihayetinde bu düzenlemenin uygulamadaki gerçek etkisini ancak zaman ve üye devletler ile söz konusu şirketlerin bu konudaki işbirliği ve uyumu gösterecektir.

KAYNAKÇA

- Bartzeliotis, Konstantinos: "Overview of the Grounds and Fields in which Positive Action is being Implemented", içinde Exploring Positive Action as a Means to Fight Structural Discrimination in Europe, Equinet Report, European Network of Equality Bodies, Belgium, 2021, ss.56-64, Erişim: <https://equineteurope.org/wp-content/uploads/2022/04/Exploring-positive-action-as-a-means-to-fight-structural-discrimination-in-Europe.pdf> (Erişim tarihi: 10.01.2023).
- Belova, Gabriela and Albena Ivanova: "EU Institutions: Revisiting Gender Balance and Women's Empowerment", *Laws*, 12(1) 3, 2023, ss. 1-16; Erişim: <https://www.mdpi.com/2075-471X/12/1/3> (Erişim tarihi: 10.02.2023).
- Bos, Barbara: "Examples of Positive Action Measures", içinde Positive Action Measures. The Experience of Equality Bodies, Equinet Report, European Network of Equality Bodies, Belgium, 2014, ss. 29-41; Erişim: https://equineteurope.org/wp-content/uploads/2018/01/positive_action_measures_final_with_cover.pdf (Erişim tarihi: 10.01.2023).
- Burri, Suzanne and Sacha Prechal: *EU Gender Equality Law*, Office for the Official Publications of the European Communities, Luxembourg, 2008.
- Campbell, Kevin and Leszek Bohdanowicz: "Regulation of the Gender Composition of Company Boards in Europe: Experience and Prospects", içinde *Women on Corporate Boards: An International Perspective*, M. Aluchna and G. Aras (Eds.), Routledge, Abingdon, Oxon, 2018, Stirling Online Research Repository, ss. 50-66, Erişim: <https://core.ac.uk/download/427558257.pdf> (Erişim tarihi: 03.02.2023).
- Chondrogiannos, Thodoris, Nikolas Leontopoulos, Paulo Pena and Harald Schumann: "Greece Has Been Blocking an EU Law Promoting Gender Balance-Is This About to Change?", *Investigate Europe*, 21 April 2021, Erişim: <https://www.investigate-europe.eu/en/2021/greece-has-been-blocking-an-eu-law-promoting-gender-balance-is-this-about-to-change/> (Erişim tarihi: 02.02.2023).
- Christ, Lea: "Can You Lead a Horse to Water and Make It Drink? Positive Discrimination: The EU Quota for Women on Boards", *DWF*, Erişim: <https://dwfgroup.com/en/news-and-insights/insights/2022/6/positive-discrimination-eu-quotas> (Erişim tarihi: 17.02.2023).
- Cullen, Pauline and Mary P. Murphy: "Leading the Debate for the Business Case for Gender Equality, Perilous for Whom?", *Gender, Work and Organization*, Vol. 25, No. 2, March 2018, ss. 110-126.
- De Cabo, Ruth Mateos, Siri Terjesen, Lorenzo Escot, Ricardo Gimeno: "Do 'Soft Law' Board Gender Quotas Work? Evidence from a Natural Experiment", *European Management Journal*, 37, 2019, ss. 611-624.
- De La Baume, Maia: "Germany to Back EU's Women Quota Plan After a Decade", *Politico*, 17.02.2022, Erişim: <https://www.politico.eu/article/germany-will-adopt-women-on-board-directive-eu-proposal-after-10-years-of-deadlock/> (Erişim tarihi: 19.02.2023).
- "Directive (EU) 2022/2381 on improving the gender balance among directors of listed companies and related measures", Erişim: <https://www.europeansources.info/record/proposal-for-a-directive-of-the-european-parliament-and-of-the-council-on-improving-the-gender-balance-among-non-executive-directors-of-companies-listed-on-stock-exchanges-and-related-measures/> (Erişim tarihi: 02.01.2023).
- Dobson, John, Denise Hensley, Mahdi Rastad, "Toward Gender Diversity on Corporate Boards: Evaluating Government Quotas (Eu) Versus Shareholder Resolutions (Us) from the Perspective of Third Wave Feminism", *Philosophy of Management*, 17, 2018, ss. 333-351.
- Dobson, John and Mahdi Rastad, "Women on

- Boards: EU Board Gender Quotas, and Why the US Should Avoid Them”, *Business & Professional Ethics Journal*, Vol. 37, No. 1, Spring 2018, ss. 1-12.
- Dündar Sezer, Tijen: “Parlamento Seçimlerinde Cinsiyet Kotaları”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı. 159, 2021, ss. 51-122.
 - Elomäki, Anna: “Gender Quotas for Corporate Boards: Depoliticizing Gender and the Economy”, *Nordic Journal of Feminist and Gender Research* Vol. 26, No. 1, 2018, ss. 53-68.
 - European Ombudsman Official Web Site, Erişim: <https://www.ombudsman.europa.eu/en/emily-oreilly> (Erişim tarihi: 10.02.2023).
 - “Enhancing Gender Balance in Company Boardrooms” ETUC Resolution Adopted at the Executive Committee Meeting of 23 September 2020, Erişim: etuc.org/en/document/enhancing-gender-balance-company-boardrooms-etuc-resolution. (Erişim tarihi: 19.02.2023)
 - “EU’s Von der Leyen in New Push for Women’s Quota on Company Boards”, *Reuters*, 13.01.2022, Erişim: <https://www.reuters.com/business/eus-von-der-leyen-new-push-womens-quota-company-boards-2022-01-12/> (Erişim tarihi: 21.02.2023).
 - Gabaldon Patricia, Daniela Gimenez: “Gender Diversity on Boards in Spain: A Non-Mandatory Quota”, içinde *Gender Diversity in the Boardroom*, Seierstad, Cathrine, Patricia Gabaldon, Heike Mensi-Klarbach, (Eds.) Palgrave Macmillan, October 2017, ss. 47-74.
 - “Gender Quotas”, *Glossary & Thesaurus*, EIGE, European Institute for Gender Equality, Erişim: <https://eige.europa.eu/thesaurus/terms/1203> (Erişim tarihi: 07.01.2023).
 - “Gender Quotas on Boards”, 4 July 2016, *Business Europe*, Erişim: <http://www.businesseurope.eu/policies/corporate-and-legal/corporate-governance/gender-quotas-boards>. (Erişim tarihi: 19.02.2023).
 - “Germany: Second Law Establishing Gender Quotas to Increase Number of Women in Company Leadership Positions Enters into Force”, Erişim: <https://www.loc.gov/item/global-legal-monitor/2021-09-12/germany-second-law-establishing-gender-quotas-to-increase-number-of-women-in-company-leadership-positions-enters-into-force/> (Erişim tarihi: 03.02.2023).
 - “Germany to Lobby Against EU Gender Quota”, *Spiegel International*, 06.03.2013, Erişim: <https://www.spiegel.de/international/europe/germany-to-lobby-against-eu-gender-quota-a-887174.html> (Erişim tarihi: 20.02.2023).
 - “Gender Balance in Boards of Directors”, *Business Europe Position Paper*, 25 May 2012, Erişim: <https://businesseurope.eu/sites/buseur/files/media/imported/2012-00664-E.pdf> (Erişim tarihi: 10.02.2023)
 - Gill, Tess and Karon Monaghan: “Justification in Direct Sex Discrimination Law: Taboo Upheld”, *Industrial Law Journal*, Vol. 32, No. 2, 2003, ss. 115-122.
 - Górriz, Carlos: “Women on Boards: A European Proposal”, *Global Jurist*, 14 (1-3), 2014, ss. 31-66.
 - Halaçlı, Bekirhan, Hacer Simay Karaalp-Orhan: “Türkiye’de Cinsiyete Dayalı Ücret Eşitsizliği: İşveren Yönlü Bir Analiz”, *Erciyes Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, 61, 2022, ss. 65-90.
 - Houser, Kimberly A. & Jamillah Bowman Williams, “Board Gender Diversity: A Path to Achieving Substantive Equality in the United States”, *William & Mary Law Review*, Vol. 63, 2021, ss. 497-560.
 - Holland, Roberta: “EU Parliament Mulls Gender Quotas for Public Co. Boards”, *Compliance Week*, July 2013.
 - Jennifer Rankin: “EU Agrees ‘Landmark’ 40% Quota for Women on Corporate Boards”, *Guardian*, 7 June 2022, Erişim: <https://www.theguardian.com/business/2022/jun/07/eu-agrees-landmark-40-quota-for-women-on-corporate-boards> (Erişim tarihi: 18.02.2023).
 - Kalaitsoglou, Konstantina: “Gender Diversity in

- UK Boardrooms: Is 'Comply or Explain' Bringing about a Cultural Change?", *Legal Compass, The Journal*, 11 September 2020, Erişim: <https://www.thelegalcompass.co.uk/post/gender-diversity-in-uk-boardrooms-is-comply-or-explain-bringing-about-a-cultural-change> (Erişim tarihi: 18.02.2023).
- Kaya, Gözde: Avrupa Birliği İş Hukuku'nda Cinsiyet Ayrımcılığı, T.C. Avrupa Birliği Bakanlığı Akademik Araştırmalar Serisi-1, Ankara, 2012.
 - Koch, Raphael: "Board Gender Quotas In Germany And The EU: An Appropriate Way of Equalising The Participation Of Women And Men?", *Deakin Law Review*, Vol.20, No.1, 2015, ss. 53-74.
 - Koray, Meryem: "Kadının" Adına Gündem Oluşturmak", *Amme İdaresi Dergisi*, Cilt. 23, Sayı. 3, Eylül 1990'dan ayrı bası, Ankara, 1990.
 - Kökkılınç, Ayşe Gül ve Gözde Kaya, "AB Hukukunda Kadın Erkek Arasında Ücret Eşitliği İlkesi: Güncel Gelişmeler Üzerine Bir İnceleme", *SİCİL İş Hukuku Dergisi*, Sayı. 48, 2022/II, ss. 86-108.
 - Landmesser, J.M., A.J. Orlowski and M.A. Rusek: "Gender Pay Gap Across the Income Distribution: Analysis for the EU", *Proceedings of the 10th Polish Symposium on Physics in Economy and Social Sciences [FENS 2019] Acta Physica Polonica A. No. 1, Vol. 138, 2020.*
 - Lecerf, Marie: "Gender Balance on Corporate Boards", *At A Glance, European Parliament Plenary-November II 2022*, Erişim: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2022/738208/EPRS_ATA\(2022\)738208_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2022/738208/EPRS_ATA(2022)738208_EN.pdf); (Erişim tarihi: 23.01.2023).
 - Masselot, Annick and Anthony Maymont: "Gendering Economic and Financial Governance Through Positive Action Measures-The Compatibility of the French Real Equality Measure with the European Union Framework", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 22, Issue 1, 2015, ss. 57-80.
 - Nicolò Giuseppe, Giovanni Zampone, Giuseppe Sannino and Serena De Iorio: "Sustainable Corporate Governance and Non-financial Disclosure in Europe: Does the Gender Diversity Matter?", *Journal of Applied Accounting*, Vol. 23, No. 1, 2022, ss. 227-249.
 - Nuyens, Hedwige and Maria Boerner: Gender Balance Quota and Targets in the European Union, *European Women on Boards*, Erişim: <https://europeanwomenonboards.eu/wp-content/uploads/2022/05/Overview-Gender-balance-quota-and-targets-in-Europe-April-2022.pdf> (Erişim tarihi: 05.02.2023).
 - Onaran-Yüksel, Melek: Karşılaştırmalı Hukuk İşığında Türk İş Hukukunda Kadın-Erkek Eşitliği, BETA Basım A.Ş. İstanbul, 2000.
 - Oliveira, Pedro and Linn Oetterli: "Our comment, Women on Boards: a Long Journey Reaching its End", *Newsletters, Business Europe Headlines No.2022-09*, Erişim: <https://www.busesseurope.eu/publications/busesseurope-headlines-no-2022-09> (Erişim tarihi: 15.02.2023).
 - Pala-Laguna Reyes, Luisa Esteban-Salvador: "Gender Quota for Boards of Corporations in Spain", *European Business Organization Law Review*, 17, 2016, ss. 1-26.
 - Perkins, Nancy L.: "European Court of Justice: Judgement of the Court in Eckhard Kalanke v Freie Hansestadt Bremen (Permissible Affirmative Action Programs in the European Union)", *International Legal Materials*, Vol. 35, No. 2, 1996, ss. 265-273.
 - Raguz I. Vrdoljak, "Gender Diversity In Corporate Boards In EU: Trends And Challenges", *Polish Journal of Management Studies*, Vol. 16, No. 1, 2017, ss. 269-279.
 - Roosve, Art-Peeter: "Defining Positive Action", içinde Exploring Positive Action as a Means to Fight Structural Discrimination in Europe, Equinet Report, European Network of Equality Bodies, Belgium, 2021, ss.12-20; Erişim: <https://equineteurope.org/wp-content/uploads/2022/04/Exploring-positive-action-as-a-means-to-fight-structural-discrimination-in-Europe.pdf> (Erişim tarihi: 10.01.2023).
 - Schiek, Dagmar and Victoria Chege: *European*

- Union Non-Discrimination Law, Comparative Perspectives on Multidimensional Equality Law, Routledge-Cavendish, UK, 2009.
- Shreeves, Rosamund: "Gender Balance On Boards, Legislative Train 01.2023, 6 A New Push For European Democracy", European Parliament, 20 January 2023, Erişim: <https://www.europarl.europa.eu/legislative-train/carriage/gender-balance-on-boards/report?sid=5601> (Erişim tarihi: 20.01.2023).
 - "Sorular ve Cevaplar: Kadın Hakları ve Toplumsal Cinsiyet Eşitliği Konusunda AB Neler Yapıyor?", Avrupa Komisyonu Fact Sheet, AB Türkiye Delegasyonu, 8 Mart 2018, Erişim: https://www.avrupa.info.tr/sites/default/files/2018-03/EU%20factsheet%20on%20gender%20equality_BC.pdf (Erişim tarihi: 24.01.2023).
 - "Statistical Brief: Gender Balance in Business and Finance 2021", European Institute for Gender Equality, Gender Statistics Database, 19 April 2022, Erişim: <https://eige.europa.eu/publications/statistical-brief-gender-balance-business-and-finance-2021> (Erişim tarihi: 22.01.2023).
 - Szydło, Marek: "Constitutional Values Underlying Gender Equality On The Boards Of Companies: How Should The EU Put These Values Into Practice?", The International and Comparative Law Quarterly, Vol. 63, No. 1, January 2014, ss. 167-196.
 - Szydło, Marek, "Gender Equality on the Boards of EU Companies: Between Economic Efficiency, Fundamental Rights and Democratic Legitimation of Economic Governance", European Law Journal, Vol. 21, No. 1, January 2015, ss. 97-115.
 - Szyzszak, Erika: "Positive Action after Kalanke", The Modern Law Review, Vol. 59, No. 6, Nov. 1996, ss. 876-883.
 - Sjøbstad, Margrethe: "Framework and Conditions for Positive Action", içinde Positive Action Measures. The Experience of Equality Bodies, Equinet Report, European Network of Equality Bodies, Belgium, 2014, ss.13-26; Erişim: https://equineteurope.org/wp-content/uploads/2018/01/positive_action_measures_final_with_cover.pdf (Erişim tarihi: 10.01.2023).
 - Şahin, Kader, Burçin Eser, Tuğba Kaplan, Gamze Özdündar: "Yönetim Kurullarında Kadın Yönetici Temsili: Türkiye'de Yönetim Kurulları Yapısının Cinsiyet Bağlamında İncelenmesi", Uluslararası Yönetim İktisat ve İşletme Dergisi, Cilt 14, Sayı 4, 2018, ss. 1147-1166.
 - Tillotson, John and Nigel Foster: Text, Cases and Materials on European Union Law, Cavendish Publishing Limited, 4th edition, Great Britain, 2003.
 - Tobler, Christa: Indirect Discrimination, A Case Study into the Development of the Legal Concept of Indirect Discrimination under EC Law, E.M. Meijers Instituut, Intersentia, Antwerpen, 2005.
 - Vasiljevic, Snjezana and Ana-Maria Sunko: "EU Law and Gender-Balanced Boards: Making Equality Effective", Croatian Yearbook of European Law and Policy, 13 (13), 2017, ss. 27-51; Erişim: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3418259.
 - Verge, Tania, Emanuela Lombardo: "The Differential Approach to Gender Quotas in Spain: Regulated Politics and Self-Regulated Corporate Boards", European University Institute Working Papers, Law 2015/24, Department of Law, Erişim: https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/35807/LAW_2015_24.pdf?sequence=1&isAllowed=y (Erişim tarihi: 24.01.2023).
 - Vukovic, Ana Horvat: "Gender Quotas in Corporate Decision-making Bodies-Regulatory Promotion of Equality of Results in the EU", the Theory and Practice of Legislation, Vol. 9, No. 1. 2021, ss. 3-23.
 - Wirth, Linda: Breaking Through the Glass Ceiling, Women in Management, International Labour Office, Geneva, 2001, Erişim: https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/2001/101B09_102_engl.pdf (Erişim tarihi: 19.01.2023).

Dr. Öğr. Üyesi Volkan GÜNEŞ*

Araştırma Makalesi
Sicil, 2023/1 Sayı 49: 171-195
Makale Gönderim Tarihi: 16 Mart 2023
Makale Kabul Tarihi: 23 Mart 2023

İş Kazasından Başka Kişilerle Birlikte (Müteselsil) Sorumlu Olan İşverenin Dış İlişkide Kişisel İndirim Sebebi Olarak Hafif Kusurunu İleri Sürmesi

Öz

İş kazası niteliğindeki zararlandırıcı olayın meydana gelmesinde işveren yanında başkaca sorumluların olduğuna sıklıkla rastlanmaktadır. Böyle durumlarda işveren ve diğer sorumlular hakkında müteselsil sorumluluk hükümleri uygulama alanı bulabilir. İşçi, zararın tamamının tazmini için müteselsil sorumlu işverenine başvurduğunda, zararlandırıcı olayın meydana gelmesinde hafif kusurlu bulunmuş olan işverenin -iç ilişkideki rücu hakkını kullanmadan önce- dış ilişkide hafif kusurunu ileri sürdüğü görülür. İşverenin bu yolla sorumluluğunu azaltmaya çalışması anlaşılır bir durumdur. Zira, bu zararlandırıcı olaydan tek başına sorumlu olsaydı kişisel sorumluluğu daha az olacak

işverenin başkalarıyla birlikte sorumlu olduğunda zararın doğrudan sebep olmadığı kısımdan da sorumlu tutulması sorgulanabilir niteliktedir. Çalışmamızda, böyle bir yaklaşımın yerinde olup olmadığı, Türk hukukunun müteselsil sorumluluk ile tazminatın belirlenmesine ilişkin esasları dikkate alınarak değerlendirilmiştir. Bu çerçevede özellikle 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile tam te-selsül-eksik te-selsül ayrımının kaldırılması ve bunun sonuçları ile müteselsil sorumlulukta dış ilişkide kişisel indirim sebeplerine dayanmanın mümkün olup olmadığı incelenmiş, İsviçre sorumluluk hukukundaki durum da aktarılarak konuyla ilgili tartışmalara ışık tutulmaya çalışılmıştır.

Anahtar Sözcükler:

İş kazası, müteselsil sorumluluk, tazminatın belirlenmesi, tazminatta indirim sebepleri, hafif kusur.

Being Jointly Responsible For Occupational Accident, The Employer's Claiming Minor Negligence As A Personal Ground For Reducing Compensation In The External Relation

Abstract

It is frequently encountered that there are other responsible persons besides the employ-

er in the occurrence of occupational accident. In such cases, the provisions of joint liability

*Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, volkangunes@anadolu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-1713-8204.

may apply to the employer and other responsible persons. When the employee applies to the jointly responsible employer for the compensation of the entire damage, it is observed that the employer, who is deemed to be slightly negligent in the occurrence of the occupational accident, asserts his minor negligence in the external relation before using the right of recourse in the internal relation. It is understandable that the employer tries to reduce his liability in this way since unlike being solely responsible for this occupational accident, it is questionable for the employer to be held responsible for the part where the damage is not directly caused

by him when he is responsible together with others. In our study, whether such an approach is appropriate or not has been evaluated by taking into account the principles of Turkish law regarding the joint liability and the determination of compensation. In this context, it has been examined whether it is possible to abolish the dual distinction regarding solidarity with the Turkish Code of Obligations numbered 6098, and whether it is possible to claim personal grounds for reducing compensation in the external relation in joint liability. The situation in Swiss law has also been elaborated to shed light on the discussions on the subject.

Keywords:

Occupational accident, joint liability, determining compensation, grounds for reducing compensation, minor negligence.

Giriş

İş kazası, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 3. maddesinin birinci fıkrasının (g) bendinde şöyle tanımlanmıştır: "İşyerinde veya işin yürütümü nedeniyle meydana gelen, ölüme sebebiyet veren veya vücut bütünlüğünü ruhen ya da bedenen engelli hale getiren olayı ifade eder."¹ İşçinin ölümüne sebebiyet veren veya vücut bütün-

lüğünü ruhen ya da bedenen engelli hale getiren zararlandırıcı olay işyerinde veya işin yürütümü nedeniyle meydana gelir, iş kazası ve meslek hastalığı sigortasından sağlanacak olan ödenek ya da gelir de gerçek zararı karşılamazsa, uğranılan zararın tazmini işverenden talep edilebilir. Ancak, işverenin sorumluluğuna gidilebilmesi için zararlandırıcı olayın iş kazası tanımının unsurlarını sağlaması yanında sorumluluk hukukunda genel olarak sorumluluğun doğması için aranan diğer koşulların da somut olayda gerçekleşmesi gerekir. Bu bağlamda, işverenin iş kazasından doğan sorumluluğu, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 417. maddesi uyarınca sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk niteliğinde olduğuna göre², zarar,

1 Bu tanım, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 13. maddesinde iş kazası olarak kabul edilmiş halleri de kapsar niteliktedir. Bu durum Kanun gerekçesinde şöyle açıklanmıştır: "Tasarıda da iş kazası tanımı benzer bir şekilde işyerinde veya işin yürütümü nedeniyle meydana gelen ölüm veya yaralanma ile sonuçlanan olayların iş kazası olduğu şeklinde ve 5510 sayılı Kanundaki tanımı da kapsayacak daha üst genel bir tanım olarak yapılmıştır. Böylece söz konusu Kanunda yer alan iş kazası tanımı veya sigortalıya iş kazası sonucu hangi hallerde hangi hakların sağlanacağını belirleyen şartların kısıtlanmamasına imkân verilmiş ve mevcut uygulamalarda duraksamaya yer verilmemesi sağlanmıştır. Ayrıca 'işin yürütümü nedeniyle' ifadesi iş kazası tanımına eklenerek 5510 sayılı Kanunda sayılan iş kazası şartlarından görevli olarak işyeri dışında başka bir yere gönderilmesi, işverence sağlanan bir taşıtla işin yapıldığı yere gidiş geliş gibi durumlarında tanım kapsamında değerlendirilmesine imkân sağlanmıştır."

2 Türk Borçlar Kanunu'nun 417. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkrası şöyledir:

"(2) İşveren, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksanziz bulundurmak; işçiler de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlüdür.

(3) İşverenin yukarıdaki hükümler dâhil, kanuna ve sözleşmeye aykırı davranışı nedeniyle işçinin ölümü, vücut bütünlüğünün zedelenmesi veya kişilik haklarının ihlaline bağlı zararların tazmini, sözleşmeye aykırılıktan doğan so-

işverenin sözleşmeye aykırı kusurlu bir davranışı sonucu gerçekleşmelidir. Yine, işçinin uğramış olduğu zararın, karşı karşıya kaldığı kazanın uygun bir sonucu olması, yani kaza ile zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması gereklidir. İşverenin iş kazasından sorumluluğuna gidilebilmesi için kaza ile zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması yeterli olmayıp, iş ile kaza arasında da illiyet bağının varlığı aranır³.

Yukarıda kısaca açıklanan koşulları haiz bir zararlandırıcı olay meydana geldiğinde, işçi veya destekten yoksun kalanların uğramış oldukları zararları tazmin etmekle işveren yükümlüyse de, aynı zararlandırıcı olaydan işveren dışında başka kişilerin sorumluluğu da doğabilir. Bu halde, işçi veya destekten yoksun kalanlar karşısında yani dış ilişkide müteselsil sorumlular mevcut olabilir. Nitekim, Türk Borçlar Kanunu'nun 61. maddesi uyarınca, "Birden çok kişi birlikte bir zarara sebebiyet verdikleri veya aynı zarardan çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu oldukları takdirde, haklarında müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümler uygulanır."

Uygulamada, işverenlerin özellikle zararlandırıcı olayın meydana gelmesinde hafif kusurlu bulunmaları durumunda sadece kusurları oranında sorumlu tutulabilecekleri yönünde savunma sebepleri ileri sürmeleri ile sıklıkla karşılaşmaktadır. Bunun sebebinin, iş kazası sonucu ortaya çıkan zararın tazminiye yönelik davaların değer itibarıyla genellikle yüksek meblağları ihtiva etmesi karşısında hafif kusurlu işverenin bu yüksek tutardaki zararın tamamını tek başına tazmin etmekten kurtulmaya çalışması olduğu söylenebilir. Bu bakış açısından, diğer müteselsil sorumlular yerine -ki bunlardan birinin kusuru diğerlerine oranla çok daha ağır da olabilir- sadece hafif kusurlu işverene bu yüksek tutardaki zararın tamamı için başvurulabilmesinin adaletli olup olmadığı sorgulanabilir niteliktedir.

Bu çalışmada, iş kazası niteliğindeki zararlandı-

ıcı olaydan birden fazla sorumlunun bulunduğu hallerde, iş kazasının meydana gelmesinde hafif kusuru bulunan işverenin bu durumu, işçi veya destekten yoksun kalanlar karşısında yani dış ilişkide kişisel indirim sebebi olarak ileri sürüp süremeyeceği incelenecektir. Özellikle genel sorumluluk hukukunda müteselsil sorumluluk ve müteselsil sorumluların kişisel indirim sebeplerini ileri sürmesi ile ilgili güncel tartışmaların ayrıntılı olarak incelenilmesi ve iş hukuku alanına aktarılabilmesi için çalışma, işverenin iş kazasından tek başına sorumlu olduğu haller yerine aynı olaydan birden fazla sorumlunun bulunduğu hallere özgülenmiştir.

I. İşverenin İş Kazasından Doğan Sorumluluğunun Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Kusur Sorumluluğu Olması

İşverenin iş kazasından doğan sorumluluğunun niteliğinin belirlenmesi, genel olarak hafif kusurun bir indirim sebebi olarak ileri sürülüp sürülemeyeceği incelenirken bir ön sorun teşkil eder. Zira, kususuz sorumluluk türlerinde kusur, sorumluluğun kurucu unsuru değildir, bu nedenle sorumluluğun bu türlerinde kişisel indirim sebebi olarak hafif kusura dayanmak da mümkün değildir⁴.

4 Bu yönde bkz. Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 26. Baskı, Yetkin Kitabevi, Ankara 2021, s. 928, Kn. 2549; Nomer, Haluk Nami: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 17. Bası, Beta, İstanbul 2020, s. 283; Antalya, Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.V/1, 2, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s. 558; Furrer, Andreas / Müller-Chen, Markus / Çetiner, Bilgehan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021, s. 493; Okyar, Dila: Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu (TBK m.66), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022, s. 169. İsviçre hukukunda da (olağan) sebep sorumluluğu ve tehlike sorumluluğunda kişisel indirim sebebi olarak hafif kusura dayanılmayacağı ifade edilmektedir. Bkz. Brehm, Roland: BK - Berner Kommentar, Art. 41-61 OR Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, 5. Aufl., Stämpfli Verlag AG, 2021, OR 43, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Rn. 41-42. Tehlike sorumluluğunda hafif kusura dayalı olarak indirim yapılamayacaksa da, sebep sorumluluğunda kurultuş kanıtı getiremeyen ancak hafif kusuru olduğunu ispatlayan sorumlu kişi için bunun indirim sebebi olarak dikkate alınabileceği yönündeki görüş için bkz. Kraus-

rumluluk hükümlerine tabidir."

3 İşverenin iş kazasından sorumluluğunun doğması için aranan koşullara ilişkin yakın tarihli bir Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararı için bkz. Yarg. HGK., T. 22.2.2022, E. 2019/403, K. 2022/168, (Lexpera, Erişim Tarihi: 10.12.2022).

İşverenin iş kazasından doğan sorumluluğunda sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümleri uygulama alanı bulur. Nitekim, işverenin sorumluluğunun sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine tabi olduğu 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 417. maddesinde açıkça belirtilmiştir⁵. Bu bağlamda, işverenin iş kazasından doğan sorumluluğunda haksız fiil hükümlerinin uygulanması gerektiğine ilişkin herhangi bir ayırık görüş ya da içtihat bulunmamaktadır. Bununla birlikte, iş kazası niteliğindeki zararlandırıcı olay, aynı zamanda haksız fiil unsurlarını da sağlayabilir⁶ ve işçi dilerse sözleşmeden doğan sorumluluk yerine BK m. 49 vd. hükümleri uyarınca haksız fiil sorumluluğuna dayanabilir⁷.

İşverenin iş kazasından doğan sorumluluğunun bir kusursuz sorumluluk olduğu da ileri

sürülmüştür. Buna ilişkin öğretideki tartışmalar, Yargıtay kararlarına da yansımış ve farklı yönde kararlarla karşılaşılmıştır. Özellikle 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ve 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önceki dönemde, işverenin iş kazasından doğan sorumluluğunun bir kusursuz sorumluluk, özellikle de tehlike esasına dayanan kusursuz sorumluluk olarak nitelendiren görüşlere ve yargı kararlarına rastlanmıştır⁸. Türk Borçlar Kanunu ile İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonraki dönemde öğretideki görüşlerin neredeyse tamamı işverenin iş kazasından kusur sorumluluğu esasları uyarınca sorumlu tutulması gerektiği yönündedir⁹. Kanaatimizce de

- kopf, Frédéric: ZK - Zürcher Kommentar, Die Solidarität, Art. 143 - 150 OR, 3. Aufl., Schulthess Juristische Medien AG, 2016, OR 144, Rn. 229.
- 5 Eski Borçlar Kanunu döneminde verilen bir Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında işverenin iş kazasından doğan sorumluluğunun haksız fiil sorumluluğu olduğundan söz edilmekteyse de bu karar, eski Borçlar Kanunu'na işverenin sorumluluğunun sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine tabi olacağına 1956 yılında eklenmesinden önce verilmiştir. Bkz. Yarg. HGK., T. 02.04.1947, E. 1947/54, K. 1947/15, (Lexpera, Erişim Tarihi: 10.12.2022). Karar için bkz. Saymen, Ferit Hakkı: "İşverenin İşçinin Maruz Kaldığı Zararlardan Dolayı Hukuki Mesuliyetinin Esası", İÜHFM, C. 14, 1948, s. 395. İşverenin iş kazasından doğan sorumluluğunun sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine tabi olduğu yönünde yakın tarihli bir Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararı için bkz. Yarg. HGK., T. 01.10.2019, E. 2015/10-2682, K. 2019/986, (Lexpera, Erişim Tarihi: 10.12.2022).
- 6 Süzek, Sarper: İş Hukuku, 19. Baskı, Beta, İstanbul 2020, s. 420; Çelik, Nuri / Caniklioğlu, Nurşen / Canbolat, Talat / Özkaraca, Ercüment: İş Hukuku Dersleri, 35. Bası, Beta, İstanbul 2022, s. 400; Mollamahmutoğlu, Hamdi / Astarlı, Muhittin / Baysal, Ulaş: İş Hukuku, 7. Baskı, Lykeion Yayınları, Ankara 2022, s. 1512; Ekmekçi, Ömer / Köme Akpulat, Ayşe / Akdeniz, Ayşe Ledün: İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022, s. 264; Aydın, İbrahim: İş Sağlığı ve Güvenliğinden Doğan Hukuki ve Cezaî Sorumluluk, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 332.
- 7 Süzek, s. 420; Aydın, s. 332; Akın, Levent: "İş Sağlığı ve Güvenliğinde Yasal Yükümlülüklerin İhlalinin Olası Hukuki Sonuçları (Güncel gelişmeler ve pandemi)", Çalışma Hayatında İş Sağlığı ve Güvenliğinin Sektörel Görünümü ve Analizler (Ed. Levent Akın), TISK Yayınları, 2022, s. 27-28.

- 8 Genel olarak kusursuz sorumluluk görüşü için bkz. Gürsoy, Kemal Tahir: "İşverenin Sorumluluğu", AÜHFD, 1974, C. 31, S. 1-4, s. 195 vd.; Eren, Fikret: Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Sorumluluğu, Ankara 1974, s. 89 vd.; Ulusan, İlhan: Özellikle Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu – Bundan Doğan Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 1990, s. 122 vd.; Çenberci, Mustafa: İş Kanunu Şerhi, 4. Baskı, Ankara 1978, s. 781-782, 806-808; Tunçoğlu, Kenan: İş Hukukunun Esasları, İstanbul 1989, s. 136-137; Hatemi, Hüseyin: "İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat Miktarının Tayini", İş Hukuku Uygulaması (İHU), İş K. 73 (No.2), 1976, s. 5-6; Tuncay, A. Can: "İş Kazasının Unsurları ve İşverenin İş Kazasından Doğan Sorumluluğu", İş Hukuku Uygulaması (İHU), SSK. 11 (No. 2), 1982, s. 5-6.
- 9 Bkz. Süzek, s. 414 vd.; Mollamahmutoğlu / Astarlı / Baysal, s. 1514; Çelik / Caniklioğlu / Canbolat / Özkaraca, s. 402; Eyrenci, Öner / Taşkent, Savaş / Ulucan, Devrim / Baskan, Esra: İş Hukuku, 10. Baskı, Beta, İstanbul 2020, s. 405; Özdemir, Erdem: İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014, s. 502-507; Ekmekçi / Köme Akpulat / Akdeniz, s. 298; Aydın, s. 333 vd.; Sümer, Haluk Hadi: İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s. 217; Oğuzman, M. Kemal / Öz, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II, Gözden Geçirilmiş 14. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018, s. 254-255, Kn. 699 vd.; Caniklioğlu, Nurşen: "İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Çerçevesinde İşverenin İş Kazasından Doğan Hukuki Sorumluluğu", Prof. Dr. Turhan Esener Armağanı, I. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s. 47; Akın, Levent: "İşverenin İş Kazasından Doğan Sorumluluğu Kusur Esasına Dayanır", Çimento İşveren Dergisi, C. 28, S. 3, 2014, s. 43; Doğan Yenisey, Kübra: "Türk Borçlar Kanunu'nun Genel Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri ve İş Hukuku Açısından Önemi", İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Akademik Forumu, Legal Yayıncılık, İstanbul 2014, s. 93-94; Baycık, Gaye: "Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Haklarında Yeni Düzenlemeler", Ankara Barosu

İşverenin iş kazasından doğan sorumluluğunu kusur sorumluluğu olarak nitelendirmek gerekir. Şöyle ki, Türk Hukukunda kusur esasına dayalı sorumluluk sistemi kural olup, bunun dışına çıkılması yasa ile açık bir şekilde düzenlenen bir kusursuz sorumluluk halinin varlığını ve bunun yasal koşullarının somut olayda gerçekleşmiş olmasını gerektirir. Bu bağlamda, Türk Borçlar Kanunu'nun 417. maddesi ile İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu hükümleri ve özellikle her iki Kanunda öngörülen işverenin işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli *her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurma yükümlülüğünden* (TBK m. 417/2; İSGK m. 4/1-a) hareketle, işveren açısından bir kusursuz sorumluluk ihdas edildiğinden söz etmek mümkün değildir. Zira, aksi yöndeki bir görüş, "kanuni muayyeniyet ilkesi" ile, yani kusursuz sorumluluğun ancak kanunda açıkça belirtilen hallerde söz konusu olabileceği kuralıyla bağdaşmaz niteliktedir. Ayrıca TBK m. 417/3'te *sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluğa* yapılan atıf da işverenin sorumluluğunun kural olarak kusur sorumluluğu olduğu sonucunu destekler niteliktedir.

Ancak önemle belirtmek gerekir ki, somut olayda koşulları gerçekleşmişse tehlike sorumluluğu (TBK m. 71) ya da kanun ile özel olarak düzenlenmiş diğer kusursuz sorumluluk halleri de uygulama alanı bulabilir¹⁰.

II. İş Kazası Teşkil Eden Zararlandırıcı Olaydan İşverenin Başka Kişilerle Birlikte Sorumlu Olması: Müteselsil Sorumluluk

Bir zararlandırıcı olay iş kazası olarak nitelendirildiğinde, diğer koşullar da gerçekleşmişse, işverenin bundan sorumluluğunun doğacağı yukarıda açıklanmıştı. Bununla birlikte, aynı zararlandırıcı olaydan işverenle birlikte sorumluluğu doğabilecek başkaca kişiler de bulunabilir. Örneğin, iş kazası niteliğindeki bir zararlandırıcı olaya işverenin işçisi olan ya da olmayan bir kimsenin haksız fiili sebep olmuş olabilir ki, bu durumda ortaya çıkan zarardan haksız fiil failinin de işverenle birlikte sorumluluğu doğabilir. Yine, iş kazası teşkil eden zararlandırıcı olay bir trafik kazası sonucu meydana gelmişse, işverenin sorumluluğu yanında işçinin yolculuk ettiği araç sürücüsünün ve bu araç sürücüsünün işverenin, diğer araç sürücüsünün ve onun işverenin, araç işleten işverenden farklı bir kişi ise araç işletenin işçi ya da destekten yoksun kalanlar karşısında (farklı sebeplerle) sorumluluğu doğabilir. Örnekleri çoğaltmak mümkün olup, bu gibi hallerde alacaklı/zarar gören konumundaki işçi veya destekten yoksun kalanlar karşısında bulunan borçlu taraf birden fazla kişiden oluşur. İş kazası teşkil eden zararlandırıcı olaydan işverenle birlikte başka kişilerin sorumlu olduğu hallerde de, "müteselsil sorumluluk"¹¹ esasları uygulama alanı bulabilir.

Volkan: İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Sorumluluğunun Hukuki Niteliği, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 187 vd.

Dergisi, S. 3, 2013, s. 131 vd.; Cengiz, İstar: "İşverenin İş Kazasından Doğan Hukuki Sorumluluğu", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, 2018, S. 34, s. 134; Akdeniz, Ayşe Ledün: "İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Zararlardan Sorumluluğunun Niteliği", Prof. Dr. Berrin Ergin'e Armağan, İÜHFİM, C. 72, S. 2, 2014, s. 19 vd. İşverenin iş kazasından doğan sorumluluğunun hukuki niteliğinin kusursuz sorumluluk olduğuna ilişkin aksi yöndeki görüş için bkz. Centel, Tankut: "Türk Borçlar Kanunu'nda Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması", Sicil İHD, S. 24, 2011, s. 16 vd.

10 İş kazası sonucu işverenin gerek 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 85. maddesi uyarınca araç işleten olarak gerekse TBK'nin 66. maddesi uyarınca adam çalıştıran olarak kusursuz sorumlu kabul edildiği bir Yargıtay kararı için bkz. Yarg. 21.HD., T. 2.6.2020, E. 2019/6315, K. 2020/1854. İşverenin iş kazasından tehlike sorumluluğu, adam çalıştıranın sorumluluğu, ifa yardımcısının eylemlerinden doğan sorumluluk çerçevesinde kusursuz sorumluluğu ile ilgili ayrıntılı açıklamalar için bkz. Güneş,

11 Çalışmada kimi zaman "müteselsil sorumluluk", "müteselsil sorumlu", "zarar gören" kavramları; kimi zaman ise bunların yerine "müteselsil borçluluk", "müteselsil borçlu", "alacaklı" kavramları kullanılmışsa da, bu terminolojik farklılık esas olarak atıf yapılan bilimsel eserde kullanılan kavramın değiştirilmeden aynı şekilde aktarılmasının gözetilmesinden kaynaklanmıştır. Öğretide meseleyi haksız fiil hukuku penceresinden ele alanlar genel olarak "müteselsil sorumluluk" kavramını, sözleşmeler hukuku penceresinden ele alanlar ise "müteselsil borç-

Müteselsil sorumluluk, yasal olarak tanımlanmamıştır. Aşağıda açıklanacağı üzere, tam teselsül – eksik teselsül ayrımının olmadığı müteselsil sorumlulukta, alacaklı karşısında aynı zarardan aynı hukuki sebeple veya farklı hukuki sebeplerle borç altına girmiş birden fazla borçlu bulunmakta ve alacaklı bu borçluların her birinden, bir kısmından ya da tamamından borcun tamamının ifasını isteyebilmektedir¹². Bu borçlulardan herhangi biri veya birkaçı ifada bulunduğu ve borcu sona erdirdiği durumda, ifa edilen miktar oranında diğer borçlular da borçtan kurtulur¹³. Alacaklı, başvurduğu borçlu veya borçlulardan alacağını tam olarak tahsil edemediğinde, diğer borçlu veya borçlulara da başvurabilir¹⁴. Bu yolla borcun ifa edilmemesi rizikosu alacaklı açısından en düşük seviyede tutulur. Nitekim öğretide müteselsil borçluluğun alacaklıyı en rahat ve teminat altında bulunduran borçluluk türü olduğu ifade edilmektedir¹⁵.

Müteselsil borçlulukta, alacaklı ile borçluların ilişkisi “dış ilişki”, borçluların kendi aralarındaki ilişkisi ise “iç ilişki” olarak adlandırılır. Nitekim, Türk Borçlar Kanunu’nda da müteselsil sorumluluk, dış ilişkide ve iç ilişkide olmak üzere ayrı ayrı düzenlenmiştir. Dış ilişkide müteselsil sorumluluk Türk Borçlar Kanunu’nun 61. maddesinde şöyle hüküm bulmuştur: “Birden çok kişi birlikte bir zarara sebebiyet verdikleri veya aynı zarardan çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu oldukları takdirde, haklarında müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümler uygulanır.” İç ilişkide müteselsil sorumluluk ise, Türk Borçlar Kanunu’nun 62. maddesinde ele alınmıştır: “(1) Tazminatın aynı zarardan sorumlu müteselsil borçlular arasında paylaşılmasında, bütün durum ve koşullar, özellikle onlardan her birine yüklenilebilecek kusurun ağırlığı ve yarattıkları tehlikenin yoğunluğu göz önünde tutulur. (2) Tazminatın kendi

luluk” kavramını kullanmışlardır. Bu terminolojik farklılık ile ilgili değerlendirmeler için bkz. Dalcı Özdoğan, Nurihan: Müteselsil Sorumluluk, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015, s. 25 vd.

12 Kapancı, Kadir Berk: Birlikte Borçlulukta Borçlular Arası İlişkiler, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014, s. 23-24; Eren, Borçlar Hukuku, s. 915, Kn. 2522.

13 Kapancı, s. 24.

14 Nomer, Borçlar Hukuku, s. 244.

15 Kapancı, s. 24-25. Aynı yönde bkz. Dalcı Özdoğan, s. 51, 62 vd.

payına düşeninden fazlasını ödeyen kişi, bu fazla ödemesi için, diğer müteselsil sorumlulara karşı rücu hakkına sahip ve zarar görenin haklarına halef olur.” Çalışma konumuz dikkate alınarak müteselsil sorumlular arasındaki iç ilişkiye dair düzenlemeler bir kenara bırakıldığında, TBK m. 61’de müteselsil sorumlular arasında ikili bir ayırım yapıldığı görülmektedir. Bunlar, kişilerin birlikte zarara sebebiyet vermeleri ile aynı zarardan çeşitli sebeplerle sorumlu olmalarıdır. İlkinde, zarar verenlerin -ki bunların birbirlerinde bağımsız hareket etmeleri de mümkündür- sorumluluğunun aynı hukuki sebebe dayanması söz konusu iken; ikincisinde ise zarar verenler, sözleşmeden doğan sorumluluk, kusur sorumluluğu, kusursuz sorumluluk veya kanundan doğan sorumluluk şeklinde farklı sebeplerden dolayı sorumludur¹⁶.

III. İş Kazası Niteliğindeki Zararlandırııcı Olaydan Müteselsilen Sorumlu Olanların Dış İlişkideki Sorumluluklarının Kapsamı

A. Genel Olarak Müteselsil Sorumlulukta Her Bir Müteselsil Sorumlunun Zararın Tamamından Sorumlu Tutulması

İş kazası teşkil eden zararlandırııcı olay nedeniyle müteselsil borçluluk söz konusu ise, borçluların işçi veya destekten yoksun kalanlara karşı sorumluluklarının kapsamının belirlenmesinde öncelikle bu kişilerin zarara birlikte sebebiyet vermeleri ile aynı zarardan çeşitli sebeplerle sorumlu olmalarının bir fark yaratıp yaratmayacağı tespit edilmelidir. Nitekim, eski Borçlar Kanunu döneminde bu ayırma (kişilerin birlikte zarara sebebiyet vermeleri – aynı zarardan çeşitli sebeplerle sorumlu olmaları) dayalı olarak sorumluluğun kapsamı yönünden farklı sonuçlara ulaşılması söz konusu idi. Şöyle ki, eski Borçlar Kanunu’nda bir zarara aynı

16 Furrer / Müller-Chen / Çetiner, s. 452.

hukuki sebep dolayısıyla birlikte (ortak kusurlu olarak) yol açan kişilerin sorumluluğu (eBK m. 50) ile farklı hukuki sebepler dolayısıyla yol açanların sorumluluğu (eBK m. 51) ayrı ayrı düzenlenmiş olup, öğretilerde bunlardan ilki "tam teselsül", ikincisi ise "eksik teselsül" olarak adlandırılmıştır. Tam teselsül için zarara birlikte sebep olmanın yanı sıra zarara birlikte sebebiyet vermenin ortak kusurdan ileri gelmesi gerekirken; eksik teselsülde birden çok kişinin ortak kusurları olmaksızın aynı zarara birlikte sebebiyet vermeleri ya da aynı zarardan farklı hukuki sebeplerle sorumlu olmaları söz konusudur¹⁷. Çalışma konusu da dikkate alındığında, eksik teselsülün tam teselsülden başlıca farkının, hafif kusur gibi lehine bir kişisel indirim sebebi bulunan tazminat borçlusunun bunu sadece eksik teselsül halinde dış ilişkide ileri sürebileceği ifade edilmiştir^{18, 19}.

Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile eski Borçlar Kanunu'ndaki tam teselsül – eksik teselsül ayrımı terk edilmiş, farklı sebeplerle aynı zarardan sorumlu olanlar da zarara aynı sebeple birlikte yol açanlar gibi müteselsil sorumlu kabul edilmiştir²⁰. Buna göre, farklı sebeplerle aynı zarardan sorumlu olanlardan biri, zararlandırıcı olayın meydana gelmesinde hafif kusuru bulursa bile bu yöndeki kişisel indirim sebebi ileri süremeyecektir. Öğretilerde de Türk Borçlar Kanunu'nun 61. maddesi uyarınca tam teselsül – eksik teselsül ayrımının dış ilişkide pratik hiçbir öneminin kalmadığı ifade edilmiştir²¹. Bir diğer deyişle, müteselsil sorumlulardan hiçbiri, kendi sorumluluğuna başvurulduğunda zararın yalnızca bir kısmına neden olduğunu veya kusurunun hafifliğini ileri sürerek tazminatta indirim yapılması gerektiğini iddia edemeyecek olup²² zararın tamamını tazminle yükümlü olacaktır. Kaldı ki, zarar verenlerin menfaatlerinin korunması, zaten iç ilişkideki rücu kuralı gereği paylaşırma yapılırken yerine getirilmektedir; müteselsil sorumluluk dış ilişkide sınırlandırılarak tazminatın tamamını tahsil edememe rizikosunun zarar görenin omuzlarına yüklenmesi adil görülemez²³. Sonuç olarak, zarar verenlerin dış ilişkide zararın tamamından sorumlu tutulmaları söz konusu-

17 Kırca, Çiğdem: "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu ile Müteselsil Sorumluluk Konusunda Getirilen Yenilikler", Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu (TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s. 27-28; Gönül Koşar, Günhan: Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur ve Etkisi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 278. Birden çok kişi birbirinden bağımsız olarak fakat aynı hukuki sebepten dolayı zarardan sorumlu ise yine eksik teselsül söz konusudur. Bkz. Dalcı Özdoğan, s. 77.

18 Tam teselsül – eksik teselsül ayrımına ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. Akıntürk, Turgut: Müteselsil Borçluluk, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 295, Ankara 1971, s. 136 vd.; Nomer, Borçlar Hukuku, s. 245 vd.; Kapancı, s. 32 vd.; Dalcı Özdoğan, s. 76 vd.; Acar, Faruk: "Tam Teselsül ve Eksik Teselsül Ayrımı", Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, Legal Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 331; Tercier, Pierre / Pischonnaz, Pascal / Develioğlu, Murat: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020, s. 649-650; Kaplan, İbrahim: Türk Sorumluluk Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2022, s. 59-60; Helvacı, Mehmet: "Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğunda Farklaştırılmış Teselsül", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 2, 2013, s. 83-84; Akdağ, Güneş, Necla: Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, s. 221 vd.; Brehm, Roland: BK - Berner Kommentar, Art. 41-61 OR Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, 5. Aufl., Stämpfli Verlag AG, 2021, OR 51, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Rn. 19 vd.; Mazan, Stephan: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen, 3. Aufl., (Herausgegeben von Furrer, Andreas / Schnyder, Anton K.), Schulthess Juristische Medien AG, München 2016, Art. 51, Rn. 4, 11.

19 İsviçre hukukunda İBK m. 50/1'deki gerçek (tam) tesel-

sül hali bir yana, İBK m. 51'de öngörülen (eksik) teselsül halinde dahi dış ilişkide kişisel indirim sebeplerine dayanılmasını, sorumluluk hukukunun önemli bir ilkesi olan teselsülü zayıflatacağı ve böylece kanun koyucunun temel düşüncesinde bir açıklık meydana getireceği gerekçesiyle kural olarak mümkün görmeyip, ancak istisnai hallerde kabul eden görüş için bkz. Brehm, OR 51, Rn. 29 vd.

20 Kapancı, s. 35; Gönül Koşar, s. 283; Dalcı Özdoğan, s. 82; Eren, Borçlar Hukuku, s. 917, Kn. 2527; Antalya, s. 655. Türk Borçlar Kanunu'nun 61. ve 62. maddeleri açısından İsviçre Sorumluluk Hukukunda Değişiklik ve Sorumluluk Hukukunun Birleştirilmesine İlişkin Ön Tasarı'nın 53b ve 53c maddeleri örnek alınmıştır. Nitekim, Ön Tasarı'da da tam teselsül – eksik teselsül ayrımının kaldırıldığı görülmektedir.

21 Furrer / Müller-Chen / Çetiner, s. 452.

22 Furrer / Müller-Chen / Çetiner, s. 452. Yazarlar, bu durumu "tartışmalı" olarak ifade etmektedir.

23 Yağcıoğlu, Ali Haydar: Haksız Fiil Sebebiyle Aynı Zarardan Birden Fazla Kimsenin Müteselsil Sorumluluğu, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s. 173 vd.

dur²⁴. Ancak bu görüşün itirazla karşılaşılabileceği, daha eBK dönemindeki öğreti görüşlerinden bellidir. Nitekim, İsviçre Borçlar Hukuku öğretisinde, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 50. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen teselsül hali (eBK döneminde Türk hukukunda *tam teselsül* olarak adlandırılan) için İsviçre Borçlar Kanunu'nun 43. maddesine dayalı olarak hafif kusur nedeniyle dış ilişkide sorumluluğun azaltılmasının mümkün olup olmadığı hakkında ileri sürülen görüşlerden biri -İsviçre Federal Mahkemesi içtihadının aksine- kişisel indirim sebeplerinin ileri sürülebilmesi yönündedir²⁵.

B. Müteselsil Sorumlu Olan İşverenin Dış İlişkide Hafif Kusurunu Kişisel İndirim Sebebi Olarak İleri Sürüp Süremeyeceği

1. Müteselsil Sorumlu İşverenin Dış İlişkide Kişisel İndirim Sebebi Olarak Hafif Kusuruna Dayanması

Bireysel sorumlulukta olduğu gibi, müteselsil sorumlulukta da tazminattan indirim sebepleri bulunabilir²⁶. Bunlar, kişisel ya da ortak indirim sebepleri olarak ikiye ayrılabilirse de²⁷, özellikle çalışma konusunun temelini oluşturan iş kazaları yönünden işverenlerin dış ilişkide kişisel indirim sebeplerinden olan hafif kusura sıklıkla dayanabildikleri görülmektedir.

Yukarıda açıklandığı üzere²⁸, Türk Borçlar Ka-

nunu ile tam teselsül – eksik teselsül ayrımının terk edilmesi (TBK m. 61) ve *kişilerin birlikte zarara sebebiyet vermeleri ile aynı zarardan çeşitli sebeplerle sorumlu olmalarının* aynı hükümlere bağlanması nedeniyle, müteselsil sorumluların her birinin zararın tamamından sorumlu tutulacağı, yani dış ilişkide bu kişilerin (varsa) hafif kusuruna ve diğer indirim sebeplerine dayanmayacağı sonucuna varılabilir. Yine, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nda (m.60/2) "*Müteselsil sorumluluk, bu kişilerden her biri için, tek başına sorumlu olsalardı yükümlü tutulacakları tazminat miktarıyla sınırlıdır.*" biçimindeki düzenlemenin Adalet Komisyonu'nda müteselsil sorumluluğun yapısına aykırı görülerek tasarı metninden çıkarılmasının da bu yorumu desteklediği düşünülebilir.

Tam teselsüle ilişkin bu yaklaşımın aksi, kimi zaman açık bir yasal düzenleme yoluyla benimsenmiştir. Örneğin, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 557. maddesinin birinci fıkrasında anonim şirketin yönetim organına özgü sorumluluk şöyle düzenlenmiştir: "*Birden çok kişinin aynı zararını tazminle yükümlü olmaları hâlinde, bunlardan her biri, kusuruna ve durumun gereklerine göre, zarar şahsen kendisine yükletilebildiği ölçüde, bu zarardan diğerleriyle birlikte müteselsilen sorumlu olur.*" Bu düzenleme, öğretilerde, "farklılaştırılmış teselsül" (*differenzierte Solidarität*) adı altında müteselsil borçluluğun özel bir görünümü olarak incelenmektedir²⁹. Kanunun bu maddesine ait gerekçe oldukça ayrıntılı olup, müteselsil sorumluluğa ilişkin önemli açıklamalar da içermektedir. Buna göre, "[...] Kaynak hüküm uzun yıllardan beri sorumluluk ve anonim şirketler hukuku öğretilerinde güçlü gerekçelerle savunulan hakim

24 Furrer / Müller-Chen / Çetiner, s. 452-453.

25 İsviçre Federal Mahkemesi'nin ilgili içtihadı ile konu hakkındaki öğreti görüşleri ve ileri sürülen gerekçelere ilişkin toplu açıklamalar için bkz. Schmidt, Maurin: Das Aussehenverhältnis der Haftung einer Mehrheit von Schädigern im Haftpflichtrecht, Dike Verlag, Zürich/St. Gallen 2012, s. 150 vd.; Brehm, Roland: BK - Berner Kommentar, Art. 41–61 OR Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, 5. Aufl., Stämpfli Verlag AG, 2021, OR 50, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Rn. 40 vd.; Yağcıoğlu, s. 129 vd.

26 Eren, Borçlar Hukuku, s. 925, Kn. 2547; Civan, Orhan Ersun: "İş Kazası veya Meslek Hastalığından Doğan Rücu Davalarında Sosyal Güvenlik Kurumu Karşısında Sorumluluğun Kapsamı ve Müteselsil Sorumluluk", AÜ-HFD, S. 64 (4), 2015, s. 1055.

27 Bkz. Eren, Borçlar Hukuku, s. 925 vd., Kn. 2547 vd.

28 Bkz. III, A.

29 Kapancı, s. 40 vd.; Helvacı, s. 87 vd.; Çamurcu, Emin: Anonim Ortaklıklarda Farklılaştırılmış Teselsül İlkesi Uyarınca Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluklarının Belirlenmesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2015, s. 105 vd.; Yördem, Yılmaz: Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğunda Farklılaştırılmış Teselsül İlkesi, Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022, s. 59 vd.; Pulaşlı, Hasan: Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2017, s. 725 vd., Kn. 95 vd.; Ayhan, Rıza / Çağlar, Hayrettin / Özdamar, Mehmet: Şirketler Hukuku, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s. 394 vd.

görüşün ürünü olduğu için bu ülkede olumlu bir gelişme olarak değerlendirilmiştir. Böylece, İsviçre'de 1991 yılına kadar İsv. BK'nın eski 759 uncu maddesine dayalı olarak anonim şirketler uygulamasında egemen bulunan ve özellikle Federal Mahkeme Kararları bağlamında sert eleştirilere konu yapılan mutlak teselsül anlayışı terk edilmiştir. [...] Mutlak teselsül ilkesi (öğretide eleştirilmiş olmasına rağmen) Türkiye'de de genel kabul görmüştür. [...] Müteselsil sorumluluk ağırlaştırılmış sorumluluk demek değildir. Bu tür sorumluluk, birden çok kişinin birlikte verdikleri zarardan zarar görene karşı birlikte sorumlu olmaları anlamına gelir. Yoksa, müteselsil sorumluluk, sorumluların tek başlarına sorumlu tutulmalarıyla ilgili olacakları sorumluluk rejiminden daha ağır şartlar içeren bir rejimle karşı karşıya bırakılmaları şeklinde yorumlanamaz. Başka bir deyişle, müteselsil sorumluluk birden çok kişinin, bu arada anonim şirketlere ilişkin hükümler çerçevesinde şirket yönetim kurulu üyelerinin, mevcut zarardan, bu zararın birlikte verilen zarar olup olmadığı dikkate alınmaksızın sorumlu tutulmalarını haklı göstermez. Ayrıca, BK m. 43 (1) hükmü, yargıcın, tazminatın türünü ve kapsamını durumun gereğine ve kusurun ağırlığına göre belirlemesini öngörmüştür. Bunun gibi, BK m. 44 uyarınca zarar gören, zarara razı olmuşsa, eylemi zararın doğmasına veya çoğalmasına yardım etmiş ve zarar verenin durumunu ağırlaştırmışsa hâkim tazminat tutarını indirebilir veya tazminatı vermektan büsbütün vazgeçebilir. Hakim öğreti bu hükümlerin müteselsil sorumlulukta da uygulanabileceğinden şüphe etmemektedir. Ancak, uygulamaya başka bir anlayış hakim olmuş, müteselsil sorumluluğu "birlikte verilen zarar" kavramının tanımladığı ile tazminat hukukunun temel ilkesinin uygun nedensellik ilkesi olduğu gerçeği geri plana itilmiş ve sorumluların tümü bütün zarardan (bu arada uygun nedensellik kurallarına göre dışarda kalan) sorumlu tutuldukları gibi, BK m. 43 ve 44 hükümleri de müteselsil sorumlulukta sadece iç ilişkide dikkate alınmıştır. [...] Birinci fıkra İsviçre doktrininin adlandırmasıyla farklılaştırılmış teselsül öğretisini hükme bağlamıştır. [...] 557 nci maddenin birinci fıkrası, dolayısıyla farklı-

laştırılmış teselsül, birlikte zarar verenlerin dış ilişkideki sorumluluklarını düzenlemektedir; yoksa bu hüküm sorumluların iç ilişkideki sorumluluk ilişkileri hakkında öngörölmüş bir rücu hükmü değildir. [...] Gerek aynı zarar, gerek tek başına verilen zarar belirlenirken mahkeme BK m. 43 ve 44'ü de (şartları varsa) uygular. Bu gereklilik birinci fıkradaki "bunlardan her biri, kusuruna ve durumun gereklerine göre" hükmünde ifadesini bulmuştur. [...]"

Gerekçede yer verilen bu açıklamalardan anlaşıldığı üzere, farklılaştırılmış teselsül temel olarak bir kişinin tek başına borçlu olsa idi ödemek zorunda kalacağı tazminat tutarının başka kişilerle birlikte müteselsil borçlu olması nedeniyle artmaması gerektiği düşüncesine dayanmaktadır. Bu bağlamda, dış ilişki temelindeki sorumluluk davasında da bireysel indirim sebepleri ileri sürülebilecektir. Bu yolla dış ilişkide müteselsil borçlular her durumda zararın tamamından sorumlu tutulamayacaklardır. Bir diğer deyişle, farklılaştırılmış teselsülde, her bir borçlu bakımından teselsülen sorumlu olunan miktarda farklılaşmaya gidilmesine izin verilir³⁰. Böylece, farklılaştırılmış teselsülde alacaklının mutlak suretle korunmadığı söylenebilir de, öğretide bunun adaletsiz bir sonuç olmadığı, kişisel sorumluluğu daha az olacak bir kişiden sırf alacaklı tatmin edilsin diye zararın tümünün istenmesinin akla yatkın olmadığı, kaldı ki böyle bir durumda müteselsil borçlunun iç ilişkide rücu imkanı olsa bile, elinin boş dönmesi olasılığının bulunduğu, böylece zararın doğrudan sebep olmadığı kısmından da isabetsiz şekilde sorumlu tutulmuş olacağı ifade edilmektedir³¹. Dolayısıyla, farklılaştırılmış

30 Göktürk, Kürşat / Can, Mehmet Çelebi: "Farklılaştırılmış Teselsülün -Özellikle- Dış İlişki Bakımından Anlamı ve Bankacılık Kanununun Şahsi İflas Sorumluluğu ile Karşılaştırılması", İnÜHFD, C. 2, S. 2, 2011, s. 251; Yörem, s. 153.

31 Kapancı, s. 48. Benzer yöndeki değerlendirmeler için bkz. Çamurcu, s. 119. TTK m. 557 ile getirilen farklılaştırılmış teselsül ilkesinin genel olarak adalet düşüncesine daha uygun olduğu yönünde bkz. Çamoğlu, Ersin: "Türk Ticaret Kanunu'nda Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu", Prof. Dr. Şener Ak-yol'a Armağan, Filiz Kitabevi, İstanbul 2011, s. 415-416; Tekinalp, Ünal: Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 5.

teselsül ile, alacaklı, zararı buna neden olma-yan kişilere yüklemekten alıkonmaktadır³². Yine öğretide, farklılaştırılmış teselsül ilkesinin zarar göreni daha az koruduğu kaçınılmaz bir gerçek olsa bile, bu durumun genel olarak benimsenmiş olan kusur sorumluluğunun doğal bir sonucu olarak kabul edilmesi gerektiği de ifade edilmiştir. Şöyle ki, sorumlu tek kişi olduğunda bireysel indirim sebeplerinin uygulanması ve bunun sonucunda tazminatın indirilmesiyle zarar gören, hiçbir kusuru bulunmasa dahi zararın bir kısmına katlanmak durumunda kalmaktadır. Ortaya çıkan bu durumun hakkaniyete uygun olup olmadığı tartışma konusu edilmemektedir, çünkü bu durum kusur sorumluluğu prensibinin olağan bir sonucudur. Zarar veren sorumlu sayısının birden fazla olması halinde de buna paralel bir sistemin benimsenmiş olması ve bireysel indirim sebeplerinin dış ilişkide ileri sürülebiliyor olması kusur sorumluluğu çerçevesinde adil bir çözümdür³³.

İş kazası teşkil eden bir olaydan doğan zarardan birden çok kişi sorumlu olduğunda tam teselsül yerine farklılaştırılmış teselsül esaslarının uygulanmasının sonuçlarını bir örnekle açıklamak buraya kadar anlatılanların daha iyi anlaşılmasını sağlayacaktır: İşçi, işveren tarafından yürütülmekte olan iş nedeniyle gönderildiği yere giderken bir otomobilin çarpması sonucu hayatını kaybetmiştir. Meydana gelen iş kazası bakımından işveren, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almada kusurlu addedilmiştir. Bununla birlikte zararlandırıcı olayın meydana gelmesinde araç sürücüsünün de kusurlu olduğu tespit edilmiştir.

Böyle bir olayda, iş kazasından işverenle birlikte diğer araç sürücüsünün, bu kişinin işverenin ve duruma göre araç işletenin aynı zarardan farklı sebeplerle sorumluluğuna gidilebilir. Tam teselsül hükümleri uygulandığında ölen işçinin desteğinden yoksun kalanlar, kusur yönünden araç sürücüsünün kusuru ölen işçinin işverenin (hafif) kusurundan çok daha ağır addedilse bile, zararın tamamının tazmini için işverene başvurabilirler. Oysaki, farklılaştırılmış teselsül kurallarının uygulanması halinde işverenin hafif kusuru kişisel indirim sebebi oluşturabilir ve böylece işveren zararın tamamından sorumlu tutulamayabilir³⁴.

Farklılaştırılmış teselsülü savunan görüşlerin yukarıda yer verdiğimiz gerekçeleri de dikkate alındığında, TTK m. 557 ile somut düzenlemeye kavuşturulan farklılaştırılmış teselsül ilkelerinin genel sorumluluk hukuku alanında da uygulanıp uygulanamayacağı açıklığa kavuşturulmalıdır. Bu bağlamda cevaplanması gereken soru şudur: Türk Borçlar Kanunu'nun 61. maddesinde birden çok kişinin birlikte bir zarara sebebiyet verdikleri veya aynı zarardan çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu oldukları takdirde, haklarında müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümlerin uygulanacağını düzenlenmesi yoluyla sorumluluk hukuku alanında yalnızca tam teselsülün öngörülmesi bir örtülü boşluk yaratmış mıdır? Bu soruya verilecek olumlu yöndeki bir cevap, devamında işverenin müteselsil sorumlu olduğu bir iş kazasında bireysel indirim sebebi olarak hafif kusuruna dayanıp dayanamayacağı tartışmasını ortaya çıkaracaktır³⁵.

Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2020, s. 471-472; Bozkurt, Tamer: Şirketler Hukuku, 14. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2022, s. 514-515; Civan, s. 1060. Bununla birlikte, öğretide, farklılaştırılmış teselsül yoluyla alacaklının korunmasından vazgeçilmesinin ve böylece mağduriyetin alacaklı üzerinde bırakılmasının doğru olmadığı da ifade edilmiştir. Bkz. Helvacı, s. 85-86, 95. Benzer şekilde, farklılaştırılmış teselsül ile borçlulardan birinin ya da birkaçının ödeme gücünden yoksun olmasının riskinin alacaklıya yüklendiği yönünde bkz. Akdağ Güney, s. 228.

32 Altay, Sıtkı Anlam: "Anonim Ortaklıklar Hukuku'nda Farklılaştırılmış Teselsül", Terazi Hukuk Dergisi, C. 14, S. Özel Sayı, 2019, s. 70.

33 Çamurcu, s. 120-121.

34 Farklılaştırılmış teselsülü tam (mutlak) teselsülden ayırırken öğretide verilen bir örnek şöyledir: "[...] iki sorumlunun sebep olduğu 1.000 TL'lik bir zarar söz konusu olduğunda, sorumlulardan birisi hiçbir indirim sebebi ileri sürmediği için zararın tamamı olan 1.000 TL'den sorumlu tutulurken, bir başkası hafif kusurlu olduğunu ileri sürerek indirim talep edebilecek ve zararın sadece 500 TL'sinden sorumlu olabilecektir. Bu durumda sorumlulardan her ikisi de zarardan müteselsilen sorumlu olmalarına rağmen ikinci sorumlu 500 TL'yi ödediği takdirde sorumluluğu sona erectir." Bkz. Çamurcu, s. 117.

35 Öğretide, Sosyal Güvenlik Kurumu'nun açtığı iş kazası veya meslek hastalığından doğan rücu davaları açısından farklılaştırılmış teselsül esaslarının uygulanıp uygulanamayacağı da incelenmiştir. Bkz. Civan, s. 1055

Öğretide bir görüşe göre, Türk Borçlar Kanunu'nun 61. maddesinin her durumda uygulanması adaletli bir sonuç vermez, özellikle TTK m. 557 hükmünün kabulüyle sistemin bütünsel değerlendirilmesinde bir çelişki meydana getirir ve bu nedenle ortaya çıkan örtülü boşluk TTK m. 557 hükmünün kıyasen uygulanmasıyla doldurulabilir³⁶. Aynı yöndeki bir diğer görüşe göre de müteselsil borçlulukta borçluların farklı tutarlarla borçlu olması mümkün olup, mevcut yasal durum açısından bir boşluk olduğu kabul edilerek, müşterek kusur hali dışında, sorumlulardan her biri hakkında kendisi açısından tazminatta indirim gerektiren sebeplerin dikkate alınacağını kabul etmek uygun bir çözüm tarzı olacaktır³⁷. Diğer bir görüşe göre ise, TTK m. 557 hükmü anlamında farklılaştırılmış teselsülün borçlar hukukunda kıyasen uygulanmasına gerek bulunmamaktadır, çünkü müteselsil sorumlular dış ilişkide hafif kusurlarını kişisel indirim sebebi olarak zaten ileri sürülebilirler. Şöyle ki, tazminatın belirlenmesine ilişkin TBK m. 51 ve tazminatın indirilmesine ilişkin TBK m. 52 hükümleri sadece tek bir zarar verenin bulunduğu durumlarda değil, birden çok kişinin müteselsil sorumluluğu durumlarında da uygulanabilir. Bir diğer deyişle, TBK'da bu konuya ilişkin açık bir hükmün yer almamış olması, müteselsil sorumlulukta bireysel indirim sebeplerinin dış ilişkide ileri sürülemeyeceği anlamına gelmemektedir. Bu nedenle, hâkimin dış ilişkide bireysel indirim sebeplerini kabul etmesi açısından TTK m. 557 hükmüne başvurmaya gerek yoktur³⁸.

Bununla birlikte, öğretide, TTK m. 557 hükmü özelinde farklılaştırılmış teselsülün genel sorumluluk hukukunda uygulanamayacağı, bunun için açık hükme ihtiyaç olduğu ifade edildiği gibi³⁹; daha önce yer verdiğimiz üzere, müteselsil sorumluların genel olarak bireysel indirim sebeplerini dış ilişkide ileri süremeyeceği de ifade edilmiştir⁴⁰. Oysaki, tam teselsül – eksik teselsül ayırımını kaldıran Türk Borçlar Kanunu yürürlüğe girdikten sonraki dönemde birçok yazar hem birlikte zarara sebebiyet verme hem de aynı zarardan çeşitli sebeplerle sorumlu olma halinde genel olarak kişisel indirim sebeplerinin dış ilişkide ileri sürülebilmesi yönünde görüş bildirmiştir⁴¹.

Kanaatimizce de kişisel indirim sebepleri tazminat hesaplanırken dış ilişkide göz önünde tutulmalıdır. Bu yaklaşımın temelinde, hiçbir sorumlunun sırf yanında başkaca sorumlular bulunması nedeniyle müteselsil sorumluluk sözü konusu olduğu için tek başına sorumlu olsa idi ödeyeceğinden daha fazla bir tazminat ödemek zorunda bırakılmaması gerektiği esası yatar⁴². Tam teselsül – eksik teselsül ayırımının terk edilmiş olması tek başına aksi yöndeki görüşü haklı kılmadığı gibi, kişisel indirim sebebiyle ilgili müteselsil sorumludan tazmin edilemeyen kısım

vd.; Baycık, Gaye: "Sosyal Güvenlik Kurumunun İş Kazası veya Meslek Hastalığından Kaynaklanan Rücu Davalarına Eleştirel Bakış", Sosyal Güvenlik Dergisi, C. 7, S. 1, 2017, s. 66 vd.; Tolu, Hazal: "Yargıtay Kararları Işığında İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Rücu Davalarında Müteselsil Borçluluk", GSÜHFD, 2018/1, s. 562 vd.

36 Kapancı, s. 45.

37 Nomer, Borçlar Hukuku, s. 247-248.

38 Dalcı Özdoğan, s. 169-170. Nitekim, İsviçre Hukukunda, farklılaştırılmış teselsülün yasayla oluşturulmuş yeni bir kurum olmadığı ve kanun koyucunun müdahalesiyle, aslında uygulanmasına yasal engel bulunmayan İsvBK m. 43 ve 44'ün tatbik edilebilir hale getirildiğinin vurgulandığına işaret eden görüşler bulunduğu ilişkin açıklamalar için bkz. Göktürk / Can, s. 251.

39 Baysal, Başak: Haksız Fiil Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 617. Farklılaştırılmış teselsülün genel sorumluluk hukukunda uygulanabilir olmadığı yönündeki ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. Yağcıoğlu, s. 148 vd.

40 Furrer / Müller-Chen / Çetiner, s. 452-453.

41 Bu yöndeki görüşler için bkz. Kırca, s. 41-42; Gönül Koşar, s. 284-285; Şahin Caner, Ayşenur: Türk Borçlar Kanunu'nda Müteselsil Borçluluk, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 120-121; Eren, Borçlar Hukuku, s. 926-927, Kn. 2548; Antalya, s. 664. Dış ilişkide bireysel indirim sebebinin ileri sürülmesi ile ilgili bir örnek aktaran Kırca'nın buna ilişkin açıklamaları şöyledir: "Üç kişi 10000'lik bir zarara sebep olsa, bunlardan ikisi ağır kusurlu ve birisi hafif kusurlu bulursa ve iç ilişkide zarara sebep olma oranları %40, %40 ve %20 olsa, dış ilişkide sorumluluk 10000, 10000, 8000 olarak belirlenir. Böylece hafif kusurlu olan %20'lik bir indirim sebebinden yararlanıp 10000'lik zararın 8000'ini öder. Diğerleri ise ağır kusurlu olduğu için indirim sebebi ileri süremez zararın tamamından müteselsilen sorumlu olur." Bkz. Kırca, s. 43. Müteselsil sorumlulardan birinin kusurunun hafif olması halinde bunun tek başına o kişinin sorumluluğunu azaltıp azaltmayacağı aşağıda ayrıca incelenecektir. Bkz. III, B, 2.

42 Eren, Borçlar Hukuku, s. 927, Kn. 2548.

için diğer müteselsil sorumlulara başvurmak mümkün olduğundan, kişisel indirim sebeplerinin dış ilişkide ileri sürülebileceğinin kabulü, genel olarak zarar görenin korunması anlayışından vazgeçildiği anlamına da gelmez.

Genel sorumluluk hukukunda müteselsil sorumluların dış ilişkide bireysel indirim sebeplerini ileri sürebilmeleri kabul edilirse, bunun işverenin iş kazasından müteselsilen sorumlu olduğu hallerde de uygulama alanı bulması gerekir. İşveren açısından iş kazası niteliğinde olan bir zararlandırıcı olaydan işverenle birlikte başkaca sorumluların da bulunmasına sıklıkla rastlanır. Bu kişilerin zararlandırıcı olaydan sorumluluğu genellikle farklı sebeplere dayanır. Örneğin işverenin sorumluluğu sözleşmeden kaynaklanmakta ve kusura dayanmakta iken, aynı zararlandırıcı olaydan haksız fiil ya da kanundan kaynaklanan sebeplerle sorumlu olanlar da bulunabilir. İşverenin iş kazası teşkil eden zararlandırıcı olayın meydana gelmesinde hafif kusurlu olduğu tespit edildiğinde, bu zararlandırıcı olaydan tek başına sorumlu olması hali ile farklı sebeplere dayalı olarak sorumlu olan başkaca kişilerle birlikte sorumlu olması halinde ödemesi gereken tazminat miktarının neden değişeceğine hukuki bir gerekçe sunmak gerçekten zor görünmektedir. Örneğin, işverenin hafif kusurlu, haksız fiil failinin ise ona göre ağır kusurlu olduğu iş kazası teşkil eden zararlandırıcı olaydan zarar gören/ler sadece işverene başvurduğunda, işveren hafif kusurlu olmasına rağmen zararın tamamını ödemek zorunda kalıp iç ilişkide haksız fiil failine rücu edebilse dahi, elinin boş dönmesi muhtemeldir. Bu durumun, zarar görenin mutlak bir şekilde korunmasına yönelik bir hukuk politikası gereği olduğu da kabul edilemez. Zira, öyle olsa idi, kanun koyucunun bireysel indirim sebeplerinin dış ilişkide dikkate alınmayacağını açık bir şekilde düzenleme yoluna gitmesi gerekirdi⁴³. Nitekim,

43 Eski BK döneminde de, tazminatın belirlenmesine ilişkin eBK m. 43 ve m. 44 hükmünü yasaklayan açık bir düzenleme bulunmadığından, bu kuralların müteselsil sorumlulukta da uygulanması gerektiği ifade edilmiştir. Bkz. Gürkanlar, Metin: Bir Zarara Birlikte Neden Olan Birden

tazminatın belirlenmesi ve indirilmesine ilişkin düzenlemelerin (TBK m. 51, 52) açıklığı göz önünde bulundurulduğunda bu gereklilik daha iyi anlaşılacaktır.

İkinci olarak, müteselsil sorumlulardan hiçbirinin kusurunun hafifliğini ileri sürerek tazminattan indirim yapılmasını ileri süremeyeceği kabul edildiğinde, işverenin iş kazası niteliğindeki zararlandırıcı olayın meydana gelmesinde kusursuz olması ile hafif kusurlu olması arasında adalet düşüncesi ile bağdaşmayan bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Şöyle ki, birden fazla kişinin sorumluluğunun doğduğu iş kazası niteliğindeki zararlandırıcı olay meydana geldiğinde, işverenin bu olayın meydana gelmesinde kusursuz olduğu tespit edilmiş ise sorumluluğuna gidilemeyecektir. Çünkü, işverenin iş kazasından doğan sorumluluğu, yukarıda açıklandığı üzere, kusur sorumluluğudur⁴⁴. O halde, işveren, kusursuz olduğunda tamamen sorumsuz olacak iken, hafif kusurlu olduğunda ise bu sefer zararın tamamından sorumlu tutulacaktır. Oysaki, kusurun hafifliği, derece olarak kusursuzluğa çok yakındır⁴⁵.

Kısaca tekrar etmek gerekirse, işveren iş kazası niteliğindeki zararlandırıcı olaydan müteselsilen sorumlu olduğunda, TBK m. 51 ve m. 52 hükümleri çerçevesinde hafif kusurunu bireysel indirim sebebi olarak dış ilişkide ileri sürebilmesi kanaatimizce mümkündür.

2. Müteselsil Sorumlu İşverenin Sadece Hafif Kusuruna Dayanarak Tazminattan İndirim İsteyip İsteyemeyeceği

Yukarıda açıklandığı biçimde, müteselsil sorumlulardan işverenin dış ilişkide bireysel indirim sebeplerine ve bu kapsamda hafif kusuruna dayanabileceği kabul edildiğinde dahi, konuya ilişkin sorumluluk hukukundan kaynaklanan sorunlar nihayete ermemektedir. Bu çerçevede,

Çok Kişinin Sorumluluğu (BK m. 50), Gazi Üniversitesi Yayınları, Ankara 1982, s. 98-99.

44 Bkz. I.

45 Eren, Borçlar Hukuku, s. 927-928, Kn. 2549; Tekinay, Selahattin Sulhi / Akman, Sermet / Burcuoğlu, Halük / Altop, Atilla: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1988, s. 937.

müteselsil sorumlulardan biri kişisel indirim sebebi olarak hafif kusuruna dayandığında, bu hafif kusurun tek başına bir indirim sebebi oluşturup oluşturamayacağı da çözüme kavuşturulmalıdır.

Tazminatın belirlenmesine ilişkin TBK m. 51/1'deki "Hâkim, tazminatın kapsamını ve ödeme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirler." düzenlemesi ile tazminatın indirilmesine ilişkin TBK m. 52/2'deki "Zarara hafif kusuruyla sebep olan tazminat yükümlüsü, tazminatı ödediğinde yoksulluğa düşecek olur ve hakkaniyet de gerektirirse hâkim, tazminatı indirebilir." düzenlemesi birlikte değerlendirildiğinde, hafif kusurun hem tazminatın belirlenmesinde hem de indirilmesinde göz önünde bulundurulması öngörülmüştür. Her ne kadar TBK m. 51'in aslında bir indirim esası getirmediği söylenebilir de, tazminatın üst sınırı zarar miktarı olabileceğinden burada belirtilen "kusurun ağırlığı" da indirim sebebi olarak incelenmektedir⁴⁶. Bir diğer deyişle, bireysel indirim sebebi olarak hafif kusurdan bahsedildiğinde, bu hem TBK m. 51 hem de TBK m. 52'ye ilişkindir. Bununla birlikte, bu iki düzenleme birlikte değerlendirildiğinde, TBK m. 51/1 hükmü, ancak indirim için hafif kusurdan başka, örneğin mağdurdan kaynaklanan sebepler, fevkalade hal, birlikte kusur, mağdura yardım ederken zarar verilmesi gibi sebepler de varsa uygulanabilecek; böyle sebepler olmadığında ise, failin hafif kusurlu olması, TBK m. 52/2 gereği ancak onun

yoksulluğa düşmesini engellemek için bir indirim yapılacaksa değerlendirilebilecektir⁴⁷. İsviçre Hukukunda da tek başına hafif kusurun otomatik olarak tazminatta bir indirime yol açmayacağı yönünde görüşler bulunmaktadır⁴⁸. Her ne kadar TBK m. 51/1 hükmündeki "özellikle kusurun ağırlığı" ifadesi dikkate alınarak yapılacak lafzi yorum aksi yönde olabilecek, yani hafif kusurun tek başına bir indirim sebebi oluşturduğu yorumu yapılabilecekse dahi, kanaatimizce, müteselsil sorumlulardan biri kişisel indirim sebebi olarak hafif kusuruna dayandığında, ancak "durumun gereği" (TBK m. 51/1) yani olayın özellikleri göz önünde bulundurularak tazminattan indirim yapılması mümkündür. Nitekim, TBK m. 51 hükmünün gerekçesinde de, eBK m. 43 hükmünden farklı olarak TBK m. 51/1 hükmünde "özellikle" ibaresinin getirilmesindeki amacın sorumluluk açısından kusurun önemini vurgulamak olduğu belirtilmiştir⁴⁹. Ayrıca, mehaz İsvBK'nin 43. maddesinin birinci fıkrasında, "sowohl die Umstände als die Grösse des Verschuldens" ifadesine yer verilmiş olup, öğretide, Kanunun bu ifadesinin kusurun hafif olmasına ek olarak başkaca sebepler de varsa tazminatın indirilmesinin mümkün olduğu görüşünü desteklediği ifade edilmektedir⁵⁰. O halde, hâkim tazminatı belirlerken zarar

46 Oğuzman / Öz, s. 119, Kn. 366. Genel olarak TBK m. 51 ve m. 52 hükümlerinin bir bütün olarak tazminatın belirlenmesine ve tazminatın gerektiğinde indirilmesine ilişkin olduğu yönünde bkz. Baysal, s. 485, 492; Ekmekçi, Ömer / Baysal, Başak / Yayvak Namlı: İrem, Uygulamalı Tazminat Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022, s. 94; Daver, Hilal: Zararın ve Tazminatın Belirlenmesine İlişkin Haksız Fiil Hükümlerinin Borca Aykırılıkta Kıyasen Uygulanması, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022, s. 171 vd. İsviçre hukukunda da indirim sebeplerinin (Herabsetzungsgründe) -TBK m. 51/1 ve m. 52 (eBK m.43/1 ve m. 44) hükümlerine karşılık gelen- İsvBK'nin 43. maddesinin birinci fıkrası ile 44. maddesinde düzenlendiği ifade edilmektedir. Bkz. Müller, Christoph: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Obligationenrecht Allgemeiner Bestimmungen, 3. Aufl., (Herausgegeben von Furrer, Andreas / Schnyder, Anton K.), Schulthess Juristische Medien AG, München 2016, Art. 43, Rn.3.

47 Oğuzman / Öz, s. 122, Kn. 372. Bu görüş uyarınca, hafif kusur halinde hem TBK m. 51/1 hükmü hem de TBK m. 52/2 hükmü uyarınca iki kez indirim yapılması da mümkün değildir. Bkz. Oğuzman / Öz, s. 122, Kn. 372. Bu yönden aksi görüş için bkz. Nomer, Haluk Nami: Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi, Beta, İstanbul 1996, s. 152; Baysal, s. 508.

48 Weber, Stephan: "Reduktion von Schadenersatzleistungen", HAVE, s. 117. Ayrıca bkz. Weber, s. 117, dn. 11'de yer verilen yazarlar.

49 "818 sayılı Borçlar Kanununun 43 üncü maddesinde yer verilmediği hâlde, Tasarının 51 inci maddesinin birinci fıkrasında, haksız fiil sorumluluğunda kusurun özel bir önem taşıdığına belirtilmesi amacıyla, "özellikle" sözcüğü kullanılmıştır." (<https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayil/donem23/yil01/ss321.pdf>). Nitekim eBK döneminde 43.maddede yer alan iki kriterden işverenin kusurunun ağırlığına ilişkin olanından çok, durumun gereğini (hal ve mevkiin icaplarını) dikkate alan kriter ağırlık verilmekteydi. Bkz. Akın, Yasal Yükümlülüklerin İhlali, s. 55.

50 Werro, Franz: Code des Obligations I, Commentaire romand, (Hrsg. Thévenoz/Werro), Genf/Basel/München 2003, Art. 41-61 OR, N 487 (Weber, s. 117, dn. 11'den

veren hafif kusurluysa bunu somut olayın özellikleri çerçevesinde değerlendirerek tazminatta indirim yapabilir⁵¹. Yine, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da yakın tarihli bir kararında tazminattan indirim yapılırken hâkim tarafından somut olayın özelliklerinin ve kusurun ağırlığının dikkate alınarak tazminattan indirim yapılmasının gerekip gerekmediğinin takdir edileceğini ifade etmiştir: “[...] Buna göre kaynağına, sebebine, zarar veren ile zarar gören arasındaki hukuki ilişkiye ve her somut olayda farklı şekillerde gündeme gelebilecek benzeri ölçütlere göre, zararın niteliği, kapsamı ve miktarı, her somut olayın kendine özgü yapısı içerisinde, değişen bir özellik gösterecektir. Bunun yanı sıra tazminatın kapsamının belirlenmesinde dikkate alınacak diğer husus hatanın (kusurun) ağırlığıdır. Zarar miktarının hesaplanmasından sonra, sorumlu kişinin kusurunun ağır olması durumunda, tazminat zarar miktarına eşit olabilir. Sorumlu kişinin kusuru hafif ise, hükmedilecek tazminat miktarı, zarara denk olmayabilir. Hâkim bu yorumu denetime açık bir şekilde yapmalı, somut olayın özelliklerini ve kusurun ağırlığını dikkate alarak tazminattan indirim yapılmasının gerekip gerekmediğini değerlendirmelidir.”⁵²

Özetle, işverenin iş kazası niteliğindeki zararlandırıcı olaydan müteselsilen sorumlu olduğu hallerde dış ilişkide TBK m. 51/1 hükmüne dayanması mümkünse bile işverenin hafif kusuru, somut olayın özellikleriyle birlikte değerlendirildiğinde tazminatta bir indirime yol açabilir⁵³.

naklen).

51 Eren, Borçlar Hukuku, s. 865, Kn. 2391; Daver, s. 180 vd.

52 Yarg. HGK., T. 02.04.2019, E. 2017/1493, K. 2019/386, (Lexpera, Erişim Tarihi: 11.01.2023).

53 İsviçre Federal Mahkemesi kararlarında (örneğin, BGE 127 III 266; BGE 112 II 144; 97 II 416; 93 II 322), kendisinden talepte bulunulan müteselsil sorumlunun zarara katkısının diğer müteselsil sorumluların katkısına kıyasla çok hafif oranda kalması durumunda mutlak teselsül kuralına istisna tanınmanın mümkün olduğu vurgulanmaktaysa da, teselsülün bu şekilde sınırlandırılmasının sadece teorik olarak taraftar bulduğu, somut bir karara yansımadağı yönündeki değerlendirme için bkz. Roberto, Vito (çev. Ezgi Başak Demirayak / Sadık Çapa): “Farklılaştırılmış Teselsülün Problemleri”, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Akar ÖCAL Armağanı, C. 2, S. 3, 2016, s. 147.

Müteselsil sorumlulardan biri kişisel indirim sebebi olarak hafif kusuruna dayandığında, olayın göz önünde bulundurulabilecek özellikleri arasında, zararın meydana gelmesine veya artmasına kısmi veya ortak sebep olarak beklenmedik hallerin katkıda bulunması, zarar görenin çok yüksek bir gelire sahip olması, zarar verici olaydan failin de zarar görmesi veya böyle bir olayın, failin zarar gören yararına bir davranışta (hatır işinde) bulunduğu sırada meydana gelmesi gibi haller gösterilmektedir⁵⁴. Somut olayda ilgili sorumlunun kusurunun hafif olup olmadığı gibi, hafif kusurun sorumlulukta bir azalmayı haklı kılıp kılmadığı da hâkimin takdirine bağlıdır⁵⁵.

İşveren, kişisel indirim sebebi olarak hafif kusuruna dayandığında, TBK m. 55 hükmünün de göz önünde bulundurulması gerekir. Zira, iş kazası niteliğindeki zararlandırıcı olay sonucunda bedensel zarar ile destekten yoksun kalma zararı meydana gelir ki, buna ilişkin tazminat belirlenirken TBK m. 55 hükmü uygulanır. TBK m. 55 hükmü, ilk kez 6098 sayılı TBK ile hukukumuzda dahil edilmiştir, eski Borçlar Kanunu’nda ya da İsviçre Borçlar Kanunu’nda bir karşılığı bulunmamaktadır⁵⁶. TBK m. 55/1’e göre, “Destekten yok-

54 Eren, Borçlar Hukuku, s. 872 vd., Kn. 2413 vd.; Furrer / Müller-Chen / Çetiner, s. 497 vd. TBK m. 51/1 hükmündeki “durumun gereği” kavramına karşılık gelen mehaz İsvBK m. 43/1 hükmündeki “Umstände” kavramı kapsamında değerlendirilen haller de (mitwirkender Zufall, ungewöhnlich hohe Einkommen der geschädigten Person, Gefälligkeit) yukarıda sayılanlara karşılık gelmektedir. Bkz. Müller, Rn. 4 vd. “Durumun gereği” kapsamında ele alınan hallerden biri de “yapısal yatkinlik”, “mağdurun bünyesinden kaynaklanan etkenler” ya da “bünyevi istidat” olarak adlandırılan haldir. Bkz. Baysal, s. 498 vd.; Baysal / Ekmekçi / Yayvak Namlı, s. 99 vd.; Akın, Yasal Yüklülüklerin İhlali, s. 55. Ancak bunun beklenmeyen haller içerisinde değerlendirildiği de görülmektedir. Bkz. Nomer, Maddi Tazminat, s. 143 vd.

55 Krauskopf, Rn. 228.

56 TBK m. 55 hükmünün getirilmesinde, insan zararları ile eşya zararları arasında bir derecelendirme yapılması gerektiği ve insan zararlarının tazminini kolaylaştırma anlayışı vardır. Bu yöndeki görüş için bkz. İyimaya, Ahmet: Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sorunları, C. II, Ankara 1995, s. 2 vd. Bedensel zararlar, diğer maddi zararlara nazaran daha hassas bir değerlendirmeyi gerektirse de, bunun tazminat hukuku ilkelerinin rafa kaldırılması pasasına zarar göreni korumak olarak anlaşılması gerektiği yönündeki aksi görüş için bkz. Baysal, s. 461-462.

sun kalma zararları ile bedensel zararlar, bu Kanun hükümlerine ve sorumluluk hukuku ilkelerine göre hesaplanır. Kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile ifa amacını taşımayan ödemeler, bu tür zararların belirlenmesinde gözetilemez; zarar veya tazminattan indirilemez. Hesaplanan tazminat, miktar esas alınarak hakkaniyet düşüncesi ile artırılmaz veya azaltılamaz.” İş kazası niteliğindeki zararlandırıcı olaydan müteselsil sorumlu olan işveren, dış ilişkide bireysel indirim sebebi olarak hafif kusuruna dayandığında, sevk ettiği iki esas yönünden TBK m. 55/1 hükmü özellik arz edebilir: 1) Kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemelerinin bedensel zarar ile destekten yoksun kalma zararlarının belirlenmesinde gözetilememesi ve zarar veya tazminattan indirilememesi. 2) Hesaplanan tazminatın miktar esas alınarak hakkaniyet düşüncesi ile artırılmaması veya azaltılmaması.

Bir iş kazası meydana geldiğinde, Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından işverene rücu edilebilecek sosyal güvenlik ödemelerinin hangileri olduğu genel olarak 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 21. maddesinden çıkarılabilir. Buna göre, “İş kazası ve meslek hastalığı, işverenin kastı veya sigortalıların sağlığını koruma ve iş güvenliği mevzuatına aykırı bir hareketi sonucu meydana gelmişse, Kurumca sigortalıya veya hak sahiplerine bu Kanun gereğince yapılan veya ileride yapılması gereken ödemeler ile bağlanan gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değeri toplamı, sigortalı veya hak sahiplerinin işverenden isteyebilecekleri tutarlarla sınırlı olmak üzere, Kurumca işverene ödettirilir.” Burada belirtilen koşullar çerçevesinde Sosyal Güvenlik Kurumunca zarar veren işverene rücu edilebildiğinde, sigortalıya veya hak sahiplerine yapılan veya ileride yapılması gereken ödemeler ile bağlanan gelirin ilk peşin sermaye değeri toplamı, zarardan mahsup edilerek denkleştirmeye konu olur. Nitekim, aksi durumda zarar görenin sebepsiz zenginleşmesine yol açılmış olacaktır.⁵⁷

Sosyal Güvenlik Kurumunca zarar veren işverene “rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri” ise TBK m. 55/1 hükmü uyarınca zararın belirlenmesinde gözetilemeyecek, zarar veya tazminattan indirilemeyecektir. Adalet Komisyonu'nun TBK m. 55 gerekçesinde, insan zararlarına ilişkin tazminat hakkının, rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ve ifa amacını taşımayan diğer edimlerle bir bağlantısı olmadığı belirtilip, rücu edilemeyen bu ödemeler şöyle belirlenmiştir: “Sosyal güvenlik ödemelerinin, denkleştirme (indirim) işlevi görebilmesi, onun sorumluluğu doğuran olaya sebebiyet verenlere rücu edilebilmesine bağlıdır. Bu kural gereği rücu edilemeyen (emekli sandığı maaşı, malullük aylığı, ölüm sigortası aylığı) sosyal güvenlik ödemeleri; teknik arıza, tam-kaçınılmazlık hâlindeki ödemeler ve benzeri ödemeler bu tazminatlardan indirilemeyecektir. Aynı şekilde prensip olarak rücu edilebilen sosyal güvenlik ödemelerinden bir kısmı rücu edilemeyen miktar dahi denkleştirilemeyecektir. Zarar görenin kusuruna (müterafik kusura) yansıyan sosyal güvenlik ödemeleri, tahsis tarihinden sonra meydana gelen sosyal güvenlik ödemelerindeki artışlar, kısmi kaçınılmazlık ve teknik arıza hâlindeki ödemeler ve benzerleri rücu edilemediğinden bu miktarlar dahi denkleştirilemeyecektir.”⁵⁸

Müteselsil sorumlulardan biri hafif kusurlu olup, zararın meydana gelmesinde veya artmasında kısmi veya ortak sebep olarak beklenmeyen haller de katkıda bulunmuşsa, bu borçlu için dış ilişkide kural olarak bir indirim sebebinden söz edilebileceği yukarıda açıklanmıştı. Bununla birlikte, TBK m. 55 hükmü ve gerekçesi uyarınca kaçınılmazlık hâlindeki ödemeler rücu edilemeyeceğinden ve bu nedenle zarar ya da tazminattan indirilemeyeceğinden, müteselsilen sorumlu işveren açısından -hafif kusurlu olsa dahi- bir indirim sebebinden söz edilememesi düşünüle-

ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay'ın 2013 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2013, s. 99.

58 Bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss321.pdf>.

57 Doğan Yenisey, Kübra: “İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri

bilir. Şöyle ki, kaçınılmazlık, beklenmeyen halin (ve mücbir sebebin) bir unsurunu oluşturur⁵⁹. İş kazaları yönünden kaçınılmazlık, işverence mevzuatın öngördüğü tüm önlemler alınmış olsa bile önlenemeyecek olan durumlar olarak tanımlanmaktadır⁶⁰. Bununla birlikte, kaçınılmazlık ve işverenin iş sağlığı ve güvenliğini sağlama yükümlülüğüne aykırı davranışından kaynaklanan kusurunun bir arada bulunması mümkündür. Bir diğer deyişle, bir işyerinde iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine aykırılığın bulunması, o işyerine kaçınılmazlığın etki etmesine engel olmaz⁶¹. Sonuçta olayda kaçınılmazlık ve giderek beklenmeyen halin varlığı, hem fail ile tüm zarar arasındaki illiyet bağına zayıflatmış hem de failin kusurunu azaltmış olduğundan tazminatın belirlenmesin-

59 Bkz. Eren, Fikret: Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi, Ankara 1975, s. 181 vd.; Akın, Levent: "İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülüklerine Aykırılık ve Kaçınılmazlık", Çimento İşveren Dergisi, C. 27, S. 4, 2013, s. 56. Ayrıca bkz. Yarg. HGK., T. 1.10.2019, E. 2015/2682, K. 2019/986, (Lexpera, Erişim Tarihi: 11.01.2023).

60 Yarg. 21. HD., T. 10.12.2019, E. 2019/4094, K. 2019/7643, (Lexpera, Erişim Tarihi: 11.01.2023). Aynı yönde bkz. Yarg. 21. HD., T. 7.11.2019, E. 2019/220, K. 2019/6669; Yarg. 21. HD., T. 21.6.2016, E. 2016/6023 K. 2016/10373, (Lexpera, Erişim Tarihi: 11.01.2023). Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği'nin 45. maddesinin üçüncü fıkrasında kaçınılmazlık şöyle tanımlanmıştır: "Kaçınılmazlık, olayın meydana geldiği tarihte geçerli bilimsel ve teknik kurallara gereğince alınacak tüm önlemlere rağmen, iş kazası veya meslek hastalığının meydana gelmesi durumudur. İşveren alınması gerekli herhangi bir önlemi almamış ise olayın kaçınılmazlığından söz edilemez."

61 Akın, Kaçınılmazlık, s. 56. Yargıtay da iş kazası sonucu vefat eden işçinin eş ve çocuğunun maddi ve manevi zararlarının giderilmesi istemine ilişkin bir davada, asıl işverenin %10, alt işverenin %30 kusurlu bulunduğunu ve kaçınılmazlık oranının ise %60 olduğunu belirlemiştir. Bkz. Yarg. 21. HD., T. 20.2.2020, E. 2019/5246 K. 2020/975, (Lexpera, Erişim Tarihi: 11.01.2023). Öğretide diğer bir görüş tarafından ise, Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından işverene karşı açılan rücu davalarında olduğu gibi, işçinin işverene karşı açtığı tazminat davalarında da kaçınılmazlık ancak mutlak nitelikteyse, yani herkes için önlenememe durumunu ifade ediyorsa dikkate alınabileceği ve bu anlamda -beklenmeyen halin değil- sadece mücbir sebebin bir unsuru olarak değerlendirilebileceği ifade edilmektedir. Bu bağlamda, kaçınılmazlık aslında uygun illiyet bağına kesilip kesilmediğiyle ilgilidir. İşverenin kusuruyla iş kazasına sebep olduğu durumda, ayrıca kaçınılmazlıktan söz edilmesi mümkün değildir. Bkz. Baycık, Eleştirel Bakış, s. 58-59.

de gözetilmeliyse de⁶², TBK m. 55/1 hükmü ve gerekçesi dikkate alındığında, bir iş kazasının sebep olduğu destekten yoksun kalma zararları ile bedensel zararlarda bu kaçınılmazlıktan (beklenmeyen halden) sorumluluk işverene ait olur⁶³. İşverenin kaçınılmazlıktan (beklenmeyen halden) sorumlu tutulması karşısında, hafif kusurlu müteselsil sorumlu işveren için dış ilişkide artık tazminattan indirim sebebinin bulunmadığı yönünde bir sonuca varmak uygun görülebilir. Ancak, Yargıtay, eBK döneminde olduğu gibi, Kurum tarafından karşılanan miktarın üzerindeki zarar

62 Umulmayan olayın tazminatı azaltmasının gerekçeleri için bkz. Korkmaz, Fırat: Türk Borçlar Hukukunda Kusur İlkesinin Haksız Fiiller Açısından Değerlendirilmesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2021, s. 400 vd. Yargıtay da beklenmedik olayların tazminattan indirim sebebi olarak kabul edilmesi gerektiğini şöyle ifade etmektedir: "Kaçınılmazlık 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 51. vd. maddelerinde tazminatın kapsamı belirlenirken durumun gereğini, yani olayın özelliklerini göz önüne almakla yükümlü tuttuğundan, bazı hallerde zararın ortak ve kısmi sebebinin oluşturan beklenmedik olaylar tazminattan indirim sebebi olabilir. Hakim kaçınılmaz olayları indirim sebebi olarak kabul etmemelidir." Bkz. Yarg. 21. HD., T. 7.11.2019, E. 2019/220, K. 2019/6669, (Lexpera, Erişim Tarihi: 11.01.2023).

63 Her ne kadar TBK'nin 55. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesindeki "kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile" ibaresinin Anayasa'ya aykırılığına ilişkin başvuruda bulunulmuşsa da, Anayasa Mahkemesi, söz konusu ifadenin Anayasa'ya aykırı olmadığı ve itirazın reddi yönünde karar vermiştir. Bkz. AYM., T. 28.11.2013, E. 2013/74, K. 2013/143, (RG., 09.05.2014, 28995). Öğretide, ifa amacını taşımayan ödemeler ile gerekçe de sayılan ve sigortalının ödememiş olduğu primler karşılığında bağlanan emekli sandığı maaşı, malullük aylığı, ölüm sigortası aylığı gibi sosyal güvenlik ödemelerinin zarar ya da tazminattan indirilememesi yerinde görülse de; iş kazası ve meslek hastalığı sigortası açısından Kurum'un zarar görenin kusuruna yansıyan ödemeleri ile kaçınılmazlığa yansıyan ödemelerinin zarardan düşülemeyecek, dolayısıyla tazminata dahil edilecek olması bakımından TBK m. 55 hükmü haklı olarak eleştirilmiştir. Bkz. Doğan Yenisey, Kübra, Değerlendirme 2013, s. 101, 109-110. Bunun yanı sıra, kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile sadece 5510 sayılı Kanun'un 21. maddesinin son fıkrasında belirtilen ödemelerin kastedildiği de ileri sürülmüştür. Bkz. Başterzi, Süleyman: Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, Çalışma Mevzuatı Semineri (26-30 Eylül 2012), Seminer Notları, Genel Görüşme, s. 95. Yine, TBK m. 55 ile işçinin zararının karşılanması ile zararın rücu sisteminin birbirine karıştırıldığı yönündeki eleştiri için bkz. Centel, s. 17 vd.; Baycık, Yeni Düzenlemeler, s. 146 vd.

bakımından kaçınılmazlığın yükünü tümüyle işverene yüklemeyip, bunun %60'lık oranından işverenlerin sorumlu olduğunu kabul etmeye devam etmektedir⁶⁴. TBK m. 55/1 hükmünün lafzı ve gerekçesine rağmen Yargıtay'ın bu yaklaşımı, tazminat belirlenirken durumun gereğinin sorumlulukta bir azalmayı haklı kılıp kılmadığının hâkim tarafından takdir edilmesine işaret etmektedir. O halde, Yargıtay'ın TBK m. 55 hükmü uyarınca bedensel zarar ile destekten yoksun kalma zararlarına ilişkin tazminatı belirlerken de TBK m. 51/1 hükmünü göz önünde bulundurduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Nitekim, öğretide de TBK m. 51 ve 52/1 hükümlerinde öngörülen sebeplerin, TBK m. 55 hükmü uyarınca tazminat belirlenirken de göz önüne alınacağı savunulmaktadır⁶⁵.

İş kazası niteliğindeki zararlandırıcı olaydan müteselsil sorumlu olan işveren, dış ilişkide bireysel indirim sebebi olarak hafif kusuruna dayandığında, TBK m. 55/1 hükmünün sevk ettiği özellik arz edebilecek ikinci esas, *hesaplanan tazminatın miktar esas alınarak hakkaniyet düşüncesi ile artırılmaması veya azaltılmamasıdır*. Müteselsil sorumlu işverenin zararlandırıcı olay yönünden hafif kusuru bulunsa bile, somut olayın tazminat miktarında indirim gerektiren yukarıda belirtilen özellikleri bulunmuyorsa, hafif kusurun kişisel indirim sebebi olarak dikkate alınabilmesi ancak işverenin aksi durumda yoksulluğa düşecek olması halinde düşünülebilir. Nitekim, TBK m. 52/2 uyarınca, *"Zarara hafif kusuruyla sebep olan tazminat yükümlüsü, tazminatı ödediğinde yoksulluğa düşecek olur ve hakkaniyet de gerektirirse hâkim, tazminatı indirebilir."* Burada dikkat edilmesi gereken, işverenin bedensel zararlar ile destekten yoksun kalma zararlarından oluşacak iş kazası teşkil eden zararlandırıcı olaya

ilişkin sorumluluğunda, TBK m. 55/1, c.3 hükmü ile getirilen *hakkaniyet düşüncesiyle indirim yasağının* TBK m. 52/2 açısından bir sınırlama teşkil edip etmediğidir. Bir diğer deyişle, şu soruya cevap bulmak gerekir: Acaba bedensel zararlar ile destekten yoksun kalma zararlarında TBK m. 52/2 hükmü uygulanamayacak mıdır?

Öğretide bir görüş, TBK m. 55/1, c.3 hükmü ile getirilen *"hesaplanan tazminatın miktar esas alınarak hakkaniyet düşüncesi ile azaltılmaması"* esasının, TBK m. 51/1 ve TBK m. 52/2 hükümlerinde yer alan koşullar kapsamında yapılacak değerlendirmede dışında, hâkimin hesaplanan tazminat miktarında *yalnızca* hakkaniyet gerekçesiyle indirim yapmasına ilişkin olduğu yönündedir⁶⁶. TBK m. 52/2 hükmünde düzenlenen hakkaniyet indirimi ise, hesaplanan tazminat miktarının yüksekliğinden sebep getirilmiş değildir; zarar verenin ekonomik durumuna ve tazminat miktarının tamamen ödenmesi hâlinde zarar verenin yoksulluğa düşüp düşmeyeceğine ilişkin özel bir haldir⁶⁷. Söz konusu düzenleme, bir felaketin sonuçları giderilirken -sorumlu kişi yönünden- başka bir felakete yol açılmaması düşüncesi ile getirilmiştir⁶⁸. Dolayısıyla, koşulları gerçekleştiğinde TBK m. 52/2 hükmü bedensel zararlar ile destekten yoksun kalma zararları hakkında uygulanabilir niteliktedir⁶⁹. Anayasa Mahkemesi'nin

66 Furrer / Müller-Chen / Çetiner, s. 499.

67 Çelik, Çelik Ahmet: "Can Zararlarının Tazminata Dönüştürülmesinde Sorunlar ve Yöntem Arayışları", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, S. 22(3), 2016, s.778; Ercevhahir, Mine: "Bedensel Zarar Hâllerinde Ödenecek Tazminatın Belirlenmesinde Özel Bir İndirim Sebebi: Zarar Vereninin Malî Durumunun Kötüleşmesi ve Hakkaniyet İndirimi", İnÜHFD, S. 13(1), 2022, s. 218.

68 Nomer, Maddi Tazminat, s. 152; Gökyayla, Emre: "Ölüm ve Bedensel Zararlar – TBK m. 53-55", İstanbul Şerhi, C. 1, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018, s. 962; Akın, Levent: İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat, Yetkin Yayınları, Ankara 2001, s. 240. İsviçre hukukunda da İBK m. 44/2 hükmünün "ratio"su aynı şekilde ifade edilmektedir. Bkz. Brehm, Roland: BK - Berner Kommentar, Art. 41–61 OR Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, 5. Aufl., Stämpfli Verlag AG, 2021, OR 44, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Rn. 78; Müller, Rn. 68.

69 Bu yönde bkz. Akkurt, Nedim: "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Uygulayıcı Gözüyle Haksız Fiiller ve Tazminat", 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu,

64 Bkz. Yarg. HGK., T. 07.03.2019, E. 2015/983, K. 2019/252; Yarg. 21. HD., T. 7.11.2019, E. 2019/220, K. 2019/6669, (Lexpera, Erişim Tarihi: 11.01.2023).

65 Bkz. Ergüne, Mehmet Serkan: "Destekten Yoksun Kalma Tazminatı", Sigorta Hukuku Sempozyumları, (Ed. Samim Ünan, Emine Yazıcıoğlu), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 17; Baycık, Yeni Düzenlemeler, s. 141 vd.; Oğuzman / Öz, s.130, Kn. 400; Antalya, s. 202.

de bu görüşte olduğu anlaşılmaktadır. Şöyle ki, Yargıtay 21. Hukuk Dairesi, "Hesaplanan tazminat, miktar esas alınarak hakkaniyet düşüncesi ile artırılamaz veya azaltılamaz" biçimindeki TBK m. 55/1, c.3'teki kural yoluyla hâkimin takdir yetkisine müdahale edildiği gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi'ne başvurarak söz konusu düzenlemenin iptaline karar verilmesini talep etmiştir. Anayasa Mahkemesi, ilgili düzenlemeyle hesaplanan tazminatın yalnızca miktar gözetilerek azaltılamayacağı öngörülerek zarar görenin mülkiyet hakkı kapsamındaki meşru beklentisinin korunduğu gerekçesiyle söz konusu itirazı reddetmiştir. Bununla birlikte, kararda yer verilen şu açıklamalardan Anayasa Mahkemesi'nin TBK m. 55/1, c. 3'te getirilen kuralın, TBK m. 52/2 hükmünün uygulanmasına engel teşkil etmeyeceği kanaatinde olduğu anlaşılmaktadır: "[...] 17. İtiraz konusu kuralda yer alan "Hesaplanan tazminat,..." kuralının gerekçesinde de belirtildiği üzere Kanun'un ibaresi ile ifade edilen, 49 ila 52. maddeler hükümlerine ve sorumluluk hukuku ilkelerine göre hesaplanan tazminattır. Başka bir ifadeyle hesaplanan tazminat, Kanun'un zararın ve tazminatın belirlenmesini düzenleyen 50. ve 51. maddeleri ile tazminatın indirilmesine veya tamamen kaldırılmasına ilişkin esasları hükme bağlayan 52. maddesi ve 55. maddesinin birinci fıkrasının birinci ve ikinci cümleleri uyarınca belirlenmektedir.

18. İtiraz konusu kural ise açıklanan şekilde hesaplanan tazminat üzerinden yalnızca tazminatın çok olduğu gerekçesi ile indirim yapılamayacağını ya da sadece tazminatın az olduğu gerekçesi ile artırım yapılamayacağını düzenlemek suretiyle miktarın çokluğuna dayanılarak yapılacak olası

bir indirim ile zarar görenin mülkiyet hakkının ve benzer şekilde sadece miktarın azlığına dayanılarak yapılacak olası bir artırım ile zarar verenin mülkiyet hakkının sınırlandırılmayacağını hüküm altına almaktadır."⁷⁰

Yargıtay'ın bedensel zarar nedeniyle tazminat talepli önceki tarihli başka bir kararından da, TBK m. 52/2'nin koşulları mevcut olsa idi, buna dayalı olarak hakkaniyet indirimi yapılmasını uygun göreceği anlaşılmaktadır: "6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun [...] "Tazminatın indirilmesi" başlıklı 52. maddesinde (eski BK md. 44) de; zarar gören taraf zararı doğuran fiile razı olduğu veya kendisinin eylemi zararın doğmasına ya da zararın artmasına etkili olduğu ve zararı yapan kişinin durumunu ağırlaştırdığı takdirde hakimin, tazminat tutarını indirebileceği veya tamamen kaldırabileceği açıklanmış; eğer zarar, zarar verenin hafif kusurundan doğmuş ve zarar veren, tazminatı ödemesi halinde yoksulluğa düşecekse ve hakkaniyet de gerektiriyorsa hakimin tazminatı indirebileceği belirtilmiştir. Somut olayda, davacı taraf dava dışı tarafın aracında yolcu olarak bulunmakta iken yaralanmış ve bilirkişi raporuna göre dava dışı taraf kazada kusursuz bulunmuş, davalı taraf ise %100 kusurlu bulunmuştur. Bu durumda mahkemece yasal koşulları oluşmadığı için hakkaniyet indirim yapılmadan karar verilerek 68.059,08 TL üzerinden hüküm kurmak gerekirken kusursuz tarafta yolcu olan davacının zarar talebi hakkında 1/3 hakkaniyet indirimi uygulanarak 45.372,72 TL'ye hükmedilmesi doğru görülmemiştir."⁷¹

70 AYM., T. 25/12/2019, E. 2019/34, K. 2019/97, (RG., 11.02.2020, 31036).

71 Yarg. 17. HD., T. 18.10.2017, E. 2015/3450, K. 2017/9238 (Lexpera, Erişim Tarihi: 11.01.2023). Benzer yönde bir BAM kararında da koşulları somut olayda gerçekleşmediği için TBK m. 52/2 hükmünün uygulanamadığı ifade edilmiştir: "[...] Hükme esas alınan ve alanında uzman iş güvenliği uzmanları tarafından düzenlenen 17/04/2016 tarihli kusur heyeti raporunda, davacı taraf %20 oranında, davalı taraf ise %80 oranında kusurlu bulunmuştur. [...] 6098 sayılı Kanun'un 55. maddesi gereği destekten yoksun kalma tazminatı ve bedensel zararlara ilişkin tazminatın belirlenmesinde, hesaplanan tazminattan miktar gözetilerek indirim yapılması imkanı bulunmamaktadır. Ancak, aynı Kanun'un 52. maddesinde, zarara hafif kusuru ile sebep olan tazminat yükümlüsünün tazminatı ödediğinde

12-13 Mayıs 2011, Ankara Barosu Başkanlığı, 2012, s. 44; Baysal, s. 463-464; Gökyayla, s. 963-964; Ünlütepe, Mustafa: "TBK'nın 55/1. Maddesi Çerçevesinde Ölüm Hâlinde Uğranılan Zararların ve Bedensel Zararların Belirlenmesi", Terazi Hukuk Dergisi, C. 13, S. 141, 2018, s. 90; Baycık, Yeni Düzenlemeler, s. 141 vd. Genel olarak TBK m. 55 hükmüne rağmen hakkaniyet indiriminin varlığını koruduğunu kabul etmek gerektiği yönünde bkz. Süzek, s. 432; Araslı, Utkan: "Yeni Borçlar Yasası'nın İş Kazası ve Meslek Hastalıklarından Doğan Maddi Tazminat Davalarında Getirdiği Sistem ve Hakkaniyet İndirimi", Sicil İHD, S. 24, 2011, s. 153.

Öğretide savunulan diğer görüş uyarınca ise, TBK m. 55/1, c.3 hükmü ile getirilen hakkaniyet düşüncesiyle indirim yasağı, tazminatta tarafların hâl ve mevkiine göre indirim yapılmasına dair TBK m. 52/2 hükmünün uygulanmasına engel teşkil eder⁷². Bu görüş uyarınca, her ne kadar TBK m. 55 gerekçesinde “yoksullaşmaya dayalı TBK m.52/II’de düzenlenen indirim kuralının ölüm ve bedensel zararlarda da uygulanacağı”na dair bir ifade geçse de, bunun, TBK m. 55/1, c.3 ile çeliştiği ve gerekçenin madde hükmünün önüne geçmeyeceği ifade edilmektedir⁷³.

Kanaatimizce, TBK m. 52/2 hükmü koşulları gerçekleştiğinde bedensel zararlar ile destekten yoksun kalma zararları hakkında da uygulama alanı bulmalıdır. Zira, TBK m. 55/1, c.3 hükmü, hâkimin TBK m. 52 hükmü dahil sorumluluk hukuku kurallarına göre hesaplanan tazminat miktarının yüksekliğini esas alarak hakkaniyet gerekçesiyle indirim yapmasını engeller. Nitekim, TBK m.55/1, c.3 hükmünün getirilmesindeki temel nedenlerden birinin Yargıtay’ın iş kazasından doğan tazminat davalarında verdiği bu yöndeki keyfi kararlar olduğu ifade edilmektedir⁷⁴.

TBK m. 52/2 hükmü bedensel zararlar ile destekten yoksun kalma zararlarında uygulama alanı bulabilecekse de, uygulanabilmesi için gerekli koşullar dikkate alındığında, uygulama alanının sınırlı olabileceğini unutmamak gerekir⁷⁵. Zira, zarar verenin tazminatı ödediğinde yoksulluğa

düşmesinden anlaşılması gereken, herhangi bir ekonomik zor durum içerisine düşmek değil, tazminatın ödenmesi durumunda başkalarının yardımı olmaksızın geçimi için zaruri olan şeyleri elde edemeyecek olmasıdır⁷⁶. Dolayısıyla, ödeme zorluğu ya da hayat seviyesinin düşmesi halleri, yoksulluğa düşme olarak kabul edilemez⁷⁷. Yoksulluğa düşeceğini ispat etmekle yükümlü olan da zarar verendir⁷⁸. Yine, öğretide, tüzel kişiler açısından -kamu veya özel hukuk tüzel kişisi ayırımı yapılmaksızın- tazminattan indirim yapılmasının mümkün olmadığı da kabul edilmektedir⁷⁹. Bunun sonucu olarak, zararlandırıcı olaya hafif kusuru ile sebep olan tüzel kişi işverenler açısından TBK m. 52/2 hükmü uygulama alanı bulmamalıdır. Ancak, öğretideki bir diğer görüşe göre ise, her ne kadar bir tüzel kişinin “yoksulluğa düşmesi” mümkün görülmesinde de hükmün genişletici bir yoruma tabi tutulması gerekli olup, tüzel kişilerin de hafif kusurlu olmak ve tazminatın ödenmesi halinde ekonomik olarak zor duruma düşmek kaydıyla bu indirim sebebinden yararlanmaları gereklidir⁸⁰. Kanaatimizce de diğer koşullar mevcutsa, tazminatın ödenmesi halinde ekonomik olarak zor duruma düşmek kaydıyla hâkim, tüzel kişi işverenler açısından da TBK m. 52/2 hükmü uyarınca tazminatı indirebilmelidir.

Yukarıda açıklanan koşullar yanında TBK m. 52/2 hükmü uyarınca hâkimin tazminatı indirebilmesi için hakkaniyetin bunu gerektirmesi de aranmaktadır. Öğretide, örneğin sorumluluğu doğuran olay dolayısıyla zarar gören de yoksulluğa düşmüş ya da zaten ekonomik olarak zayıf durumda ise korunması gerekenin zarar gören

yoksulluğa düşecek olması ve hakkaniyetin de gerektirmesi halinde hakimin tazminattan indirim yapabileceği öngörülmüş olup, yukarıda da belirtildiği üzere, bu durum yani hakkaniyet indirimi yeni Türk Borçlar Kanunu’na göre ancak tazminat yükümlüsünün hafif kusuru halinde mümkün olacaktır. Yukarıda açıklanan ilkeler doğrultusunda, iş kazası veya meslek hastalığına dayalı olarak sigortalının iş göremezliği nedeniyle hesaplanan maddi zararlarından hakkaniyet indirimi yapılabilmesi mümkün değildir.” Bkz. Ankara BAM 30. HD., T. 02.12.2020, E. 2020/396, K. 2020/785.

72 Antalya, s. 201; Güleç (Uçakhan), Sema: Maddi Tazminat Esasları ve Hesaplanması, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s. 541-542; Oğuzman / Öz, s.130, Kn. 400.

73 Antalya, s. 201.

74 Baysal, s. 465.

75 İş kazasından doğan tazminatlar açısından nadiren kullanılabilmesi yönünde bkz. Akın, Maddi Tazminat, s. 241.

76 Nomer, Maddi Tazminat, s. 154; Antalya, s. 563; Akın, Maddi Tazminat, s. 239.

77 Akın, Maddi Tazminat, s. 239.

78 Brehm, OR 44, Rn. 70.

79 Antalya, s. 563.

80 İnceoğlu, Mehmet Murat / Paksoy, Meliha Sermin: “Bedensel Zararlarda ve Ölüm Halinde Zararın Belirlenmesi (TBK m.55)”, Journal of Yaşar University, C. 8, S. Özel (Prof. Dr. Aydın Zevkiler’e Armağan), 2013, s. 1391, dn. 17. Tüzel kişilerin müzayaka durumuna düşecek olmalarının kural olarak indirimi gerektireceği yönünde bkz. Nomer, Maddi Tazminat, s. 155-156. Özel hukuk tüzel kişileri için aynı yönde bkz. Akın, Maddi Tazminat, s. 239.

olduğu ve tazminattan indirim yapılamayacağı ifade edilmektedir⁸¹. Bu yaklaşım kanaatimizce de yerinde olup, iş kazasından kaynaklanan tazminat davalarında iş ilişkisinin tarafları dikkate alınarak yapılacak değerlendirmeye de uygun düşebilir. Ancak, iş kazası niteliğinde bir zararlandırıcı olay gerçekleştiğinde, işçinin bu riske karşı sosyal sigorta koruması altında olduğunu gözetmek gerekebilir. Nitekim, bir iş kazası meydana geldiğinde sigortalı işçiye, –kural olarak belirli bir süre çalışmış olması ya da belirli miktar bir miktar prim ödenmiş olması gerekmektedir– iş kazası ve meslek hastalığı sigortasından geçici iş göremezlik ödeneği ya da sürekli iş göremezlik geliri bağlanır⁸². Bu edimler, hesaplanmalarında öngörülen kurallar nedeniyle her ne kadar işçinin iş kazasından önceki gelir düzeyi ile eş değer bir ekonomik durumda olmasını sağlamasa da işçinin yoksulluğa düşmesini engelleyebilir.

Son olarak, TBK m. 52/2 hükmü uyarınca tazminat indirildikten sonraki dönemde borçlunun ekonomik durumunun düzelmesine bağlı olarak zarar görene bir dava açma hakkının verilip verilmeyeceği sorusu akla gelebilir. Bu konuda İsviçre doktrininde, kesin hüküm ilkesine ancak açık bir yasal düzenleme ile istisna getirilebileceği belirtilerek, sorumlu kişinin ekonomik durumundaki iyileşme olasılığının mahkemenin baştaki değerlendirmesine dahil olması gerektiği biçiminde bir çözüm yolu sunulmaktadır⁸³.

IV. Sonuç

İş kazası niteliğindeki zararlandırıcı olay meydana geldiğinde, işveren yanında işçiye karşı

-farklı sebeplerle- sorumluluğu doğması gereken kişilerin de bulunmasına sıklıkla rastlanır. Bu kişiler, zararlandırıcı olaydan işverenle birlikte müteselsilen sorumlu olabilirler. Özellikle işverenin somut olayda hafif kusurlu kabul edilmesi, onun işçi ya da destekten yoksun kalanlar karşısındaki durumunun, yani dış ilişkideki durumunun sorumluluk hukuku bağlamında ayrıntılı bir değerlendirmesini gerekli kılar. Nitekim bu halde, hafif kusurlu işverenin yükümlü tutulacağı tazminat miktarının, sadece başka kişilerle birlikte müteselsilen sorumlu olması nedeniyle arttığı görülmektedir. Bunun sebebi, Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile eski Borçlar Kanunu'ndaki tam teselsül-eksik teselsül ayrımının terk edilmesi ve aynı zarardan farklı sebeplerle sorumlu olanların, zarara aynı sebeple birlikte yol açanlar gibi müteselsil sorumlu kabul edilmeleridir. Bu bağlamda, farklı sebeplerle aynı zarardan sorumlu olanlardan biri, zararlandırıcı olayın meydana gelmesinde hafif kusuru bulunsa bile bu yöndeki kişisel indirim sebebinin ileri süremeyecektir. Müteselsil sorumluları dış ilişkide her zaman tam teselsül esasları çerçevesinde sorumlu tutan bu yaklaşımın sonuçları, kimi zaman açık bir yasal düzenleme yoluyla önlenmeye çalışılmıştır. Örneğin, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 557. maddesinin birinci fıkrasında, öğretide "farklılaştırılmış teselsül" (*differenzierte Solidarität*) olarak adlandırılan müteselsil borçluluğun özel bir görünümü anonim şirketin yönetim organı için ihdas edilmiştir. Buna göre, "Birden çok kişinin aynı zararı tazminle yükümlü olmaları hâlinde, bunlardan her biri, kusuruna ve durumun gereklerine göre, zarar şahsen kendisine yükletilebildiği ölçüde, bu zarardan diğerleriyle birlikte müteselsilen sorumlu olur."

Farklılaştırılmış teselsülün yasal olarak düzenlenmesi, farklılaştırılmış teselsül ilkelerinin genel olarak sorumluluk hukuku alanında uygulanıp uygulanmayacağı sorusunu beraberinde getirmiş, öğretide farklı görüşler ortaya çıkmıştır. Kanaatimizce, TTK m. 557 ile getirilen farklılaştırılmış teselsülü sorumluluk hukuku alanında genel kural haline getirmek mümkün görünmese bile,

81 Nomer, Maddi Tazminat, s. 152; Antalya, s. 563; Gökyayla, s. 962. İsviçre hukukunda aynı yönde bkz. Brehm, OR 44, Rn. 78; Müller, Rn. 10.

82 İş kazası ve meslek hastalığı sigortasından yapılacak ödemeler ve koşulları için bkz. Güzel, Ali / Okur, Ali Rıza / Caniklioğlu, Nurşen: Sosyal Güvenlik Hukuku, 18. Bası, Beta, İstanbul 2020, s. 390 vd.; Sözer, Ali Nazım: Türk Sosyal Sigortalar Hukuku, 5. Baskı, Beta, İstanbul 2021, s. 363 vd.; Tuncay, A. Can / Ekmekçi, Ömer: Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 21. Bası, Beta, İstanbul 2021, s. 442 vd.

83 Bu görüş (ve öğretideki diğer görüşler) için bkz. Brehm, OR 44, Rn. 77.

koşulları gerçekleşmişse (TBK m. 51, m. 52) müteselsil sorumluların bireysel indirim sebeplerini dış ilişkide ileri sürmelerine engel bir hal yoktur. Bu kapsamda, işverenin iş kazası niteliğindeki zararlandırıcı olaydan müteselsilen sorumlu olduğu hallerde hafif kusurunu dış ilişkide bireysel indirim sebebi olarak ileri sürebilmesi kural olarak mümkündür. Ancak, müteselsil sorumlulardan biri kişisel indirim sebebi olarak hafif kusuruna dayandığında, bu hafif kusurun tek başına bir indirim sebebi oluşturmadığına dikkat etmek gerekir. Şöyle ki, TBK m. 51/1'deki "*Hâkim, tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirler*" hükmü uyarınca, müteselsil sorumlulardan biri kişisel indirim sebebi olarak hafif kusuruna dayandığında, "durumun gereği" yani olayın özellikleri göz önünde bulundurularak tazminattan indirim yapılması mümkündür. Bu bağlamda, hafif kusurdan başka, örneğin mağdurdan kaynaklanan sebepler, beklenmeyen hal, birlikte kusur, mağdura yardım ederken zarar verilmesi gibi sebepler de varsa tazminattan indirim yapılabileceği kabul edilmektedir. Bunlardan kaçınılmazlık ve giderek beklenmeyen hal, iş kazası niteliğindeki zararlandırıcı olayların meydana gelmesinde varlığı sıklıkla değerlendirilen bir olgudur. TBK m. 55 hükmü ve gerekçesi uyarınca işverenin kaçınılmazlıktan (beklenmeyen halden) sorumlu tutulması karşısında, hafif kusurlu müteselsil sorumlu işveren için dış ilişkide artık tazminattan indirim sebebinin bulunmadığı yönünde bir sonuca varmak uygun görülebilir. Ancak, Yargıtay, TBK m. 55 hükmü uyarınca bedensel zarar ile destekten yoksun kalma zararlarına ilişkin tazminatı belirlerken, eBK döneminde olduğu gibi, kaçınılmazlığın yükünü tümüyle işverene yüklememektedir. Yargıtay'ın bu yaklaşımı, Kurum tarafından karşılanan miktarın üzerindeki zarar bakımından tazminat belirlenirken durumun gereğinin sorumlulukta bir azalmayı haklı kılıp kılmadığının hâkim tarafından takdir edileceğini göstermektedir.

Sonuç olarak, bireysel sorumlulukta olduğu gibi, müteselsil sorumlulukta da kişisel indirim

sebepleri -dış ilişkide- ileri sürülebileceğinden, iş kazası niteliğindeki zararlandırıcı olaydan müteselsilen sorumlu olan işveren, TBK m. 55 hükmü uyarınca tazminat belirlenirken de TBK m. 51 hükmü çerçevesinde kişisel indirim sebeplerine dayanabilir. Bununla birlikte, savunduğumuz görüş uyarınca, müteselsil sorumlu işverenin hafif kusurlu olması tek başına TBK m. 51/1 hükmü çerçevesinde bir indirim sebebi teşkil etmeyip, somut olayın özellikleri (durumun gereği / *Umstände*) gerekli kılıyorsa tazminat indirilebilmelidir. Bu nedenle, TBK m. 51/1 hükmü çerçevesinde kişisel indirim sebebine dayanarak müteselsil sorumlu işverenin dış ilişkide tazminat sorumluluğunun azaltılması ancak nadiren mümkün olabilir.

Hafif kusur yanında somut olayın tazminat miktarında indirimi gerektiren başkaca özellikleri bulunmuyorsa, hafif kusurun kişisel indirim sebebi olarak dikkate alınabilmesi ancak işverenin aksi durumda yoksulluğa düşecek olması halinde düşünülebilir. Nitekim, TBK m. 52/2 uyarınca, "*Zarara hafif kusuruyla sebep olan tazminat yükümlüsü, tazminatı ödemediğinde yoksulluğa düşecek olur ve hakkaniyet de gerektirirse hâkim, tazminatı indirebilir.*" İşverenin bedensel zararlar ile destekten yoksun kalma zararlarından oluşacak iş kazasından doğan müteselsil sorumluluğunda, TBK m. 55/1, c.3 hükmü ile getirilen "*hesaplanan tazminatın miktar esas alınarak hakkaniyet düşüncesi ile azaltılmaması*" esasının, TBK m. 52/2 açısından bir sınırlama teşkil edeceğinden söz edilemez. Zira, TBK m. 55/1, c.3 hükmü, hâkimin -koşulları gerçekleşmişse- TBK m. 52 hükmü uyarınca yapacağı indirimden sonra, hesaplanan tazminat miktarının yüksekliğini esas alarak hakkaniyet gerekçesiyle indirim yapmasını engeller. Bununla birlikte, TBK m. 52/2 hükmünün koşulları dikkate alındığında, uygulama alanının sınırlı olabileceğini de unutmamak gerekir.

KAYNAKÇA

- Acar, Faruk: "Tam Teselsül ve Eksik Teselsül Ayırımı", Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, Legal

- Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 329-336.
- Akdağ Güney, Necla: Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010.
 - Akdeniz, Ayşe Ledün: "İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Zararlardan Sorumluluğunun Niteliği", Prof. Dr. Berrin Ergin'e Armağan, İÜHFM, C. 72, S. 2, 2014, s. 3-30.
 - Akın, Levent: İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat, Yetkin Yayınları, Ankara, 2001, (Maddi Tazminat).
 - Akın, Levent: "İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülüklerine Aykırılık ve Kaçınılmazlık", Çimento İşveren Dergisi, C. 27, S. 4, 2013, s. 48-56, (Kaçınılmazlık).
 - Akın, Levent: "İşverenin İş Kazasından Doğan Sorumluluğu Kusur Esasına Dayanır", Çimento İşveren Dergisi, C. 28, S. 3, 2014, s. 36-46 (Kusur).
 - Akın, Levent: "İş Sağlığı ve Güvenliğinde Yasal Yükümlülüklerin İhlalinin Olası Hukuki Sonuçları (Güncel gelişmeler ve pandemi)", Çalışma Hayatında İş Sağlığı ve Güvenliğinin Sektörel Görünümü ve Analizler (Ed. Levent Akın), TİSK Yayınları, 2022, s. 9-81 (Yasal Yükümlülüklerin İhlali).
 - Akıntürk, Turgut: Müteselsil Borçluluk, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 295, Ankara 1971.
 - Akkurt, Nedim: "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Uygulayıcı Gözüyle Haksız Fiiller ve Tazminat", 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, 12-13 Mayıs 2011, Ankara Barosu Başkanlığı, 2012, s. 41-126.
 - Altay, Sıtkı Anlam: "Anonim Ortaklıklar Hukuku'nda Farklılaştırılmış Teselsül", Terazi Hukuk Dergisi, C. 14, S. Özel Sayı, 2019, s. 68-75.
 - Antalya, Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.V/1, 2, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019.
 - Araslı, Utkan: "Yeni Borçlar Yasası'nın İş Kazası ve Meslek Hastalıklarından Doğan Maddi Tazminat Davalarında Getirdiği Sistem ve Hakka niyet İndirimi", Sicil İHD, S. 24, 2011, s. 141-153.
 - Aydın, İbrahim: İş Sağlığı ve Güvenliğinden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.
 - Ayhan, Rıza / Çağlar, Hayrettin / Özdamar, Mehmet: Şirketler Hukuku, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2021.
 - Başterzi, Süleyman: Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayii İşverenleri Sendikası, Çalışma Mevzuatı Semineri (26-30 Eylül 2012), Seminer Notları, Genel Görüşme, s. 94-98.
 - Baycık, Gaye: "Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Haklarında Yeni Düzenlemeler", Ankara Barosu Dergisi, 2013/3, s. 103-170, (Yeni Düzenlemeler).
 - Baycık, Gaye: "Sosyal Güvenlik Kurumunun İş Kazası veya Meslek Hastalığından Kaynaklanan Rücu Davalarına Eleştirel Bakış", Sosyal Güvenlik Dergisi, C. 7, S. 1, 2017, s. 31-69, (Eleştirel Bakış).
 - Baysal, Başak: Haksız Fiil Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.
 - Bozkurt, Tamer: Şirketler Hukuku, 14. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2022.
 - Brehm, Roland: BK - Berner Kommentar, Art. 41-61 OR Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, 5. Aufl., Stämpfli Verlag AG, 2021.
 - Caniklioğlu, Nurşen: "İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Çerçevesinde İşverenin İş Kazasından Doğan Hukuki Sorumluluğu", Prof. Dr. Turhan Esener Armağanı, I. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2016, s. 35-70.
 - Cengiz, İftar: "İşverenin İş Kazasından Doğan Hukuki Sorumluluğu", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S:34, 2018, s. 123-142.
 - Centel, Tankut, "Türk Borçlar Kanunu'nda Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması", Sicil İHD, Sayı 24, 2011, s. 13-18.
 - Civan, Orhan Ersun: "İş Kazası veya Meslek Hastalığından Doğan Rücu Davalarında Sosyal Güvenlik Kurumu Karşısında Sorumluluğun

İş Kazasından Başka Kişilerle Birlikte (Müteselsil) Sorumlu Olan İşverenin Dış İlişkide Kişisel İndirim Sebebi Olarak Hafif Kusurunu İleri Sürmesi

- Kapsamı ve Müteselsil Sorumluluk”, AÜHFD, S. 64 (4), 2015, s. 1015-1070.
- Çamoğlu, Ersin: “Türk Ticaret Kanunu’nda Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu”, Prof. Dr. Şener Akyol’a Armağan, Filiz Kitabevi, İstanbul 2011, s. 407-417.
 - Çamurcu, Emin: Anonim Ortaklıklarda Farklılaştırılmış Teselsül İlkesi Uyarınca Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluklarının Belirlenmesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2015.
 - Çelik, Çelik Ahmet: “Can Zararlarının Tazminata Dönüştürülmesinde Sorunlar ve Yöntem Arayışları”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, S. 22(3), 2016, s. 765-802.
 - Çelik, Nuri / Caniklioğlu, Nurşen / Canbolat, Talat / Özkaraca, Ercüment: İş Hukuku Dersleri, 35. Bası, Beta, İstanbul, 2022.
 - Çenberci, Mustafa: İş Kanunu Şerhi, 4. Baskı, Ankara 1978.
 - Dalcı Özdoğan, Nurcihan: Müteselsil Sorumluluk, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015.
 - Daver, Hilal: Zararın ve Tazminatın Belirlenmesine İlişkin Haksız Fiil Hükümlerinin Borca Aykırılıkta Kıyasen Uygulanması, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022.
 - Doğan Yenisey, Kübra: “İş İlişkinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay’ın 2013 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2013, s. 9-149, (Değerlendirme 2013).
 - Doğan Yenisey, Kübra: “Türk Borçlar Kanunu’nun Genel Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri ve İş Hukuku Açısından Önemi”, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Akademik Forumu, Legal Yayıncılık, İstanbul 2014, (Türk Borçlar Kanunu).
 - Ekmekçi, Ömer / Baysal, Başak / Yayvak Namlı, İrem: Uygulamalı Tazminat Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022.
 - Ekmekçi, Ömer / Köme Akpulat, Ayşe / Akdeniz, Ayşe Ledün: İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022.
 - Ercevahir, Mine: “Bedensel Zarar Hâllerinde Ödenecek Tazminatın Belirlenmesinde Özel Bir İndirim Sebebi: Zarar Veren Malî Durumunun Kötüleşmesi ve Hakkaniyet İndirimi”, İnÜHFD, 13(1), 2022, s. 206-220.
 - Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 26. Baskı, Yetkin Kitabevi, Ankara 2021, (Borçlar Hukuku).
 - Eren, Fikret: Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Sorumluluğu, Ankara 1974, (İşverenin Sorumluluğu).
 - Eren, Fikret: Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi, Ankara 1975, (Uygun İlliyet Bağı).
 - Ergüne, Mehmet Serkan: “Destekten Yoksun Kalma Tazminatı”, Sigorta Hukuku Sempozyumları, (Ed. Samim Ünan, Emine Yazıcıoğlu), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 11-24.
 - Eyrenci, Öner / Taşkent, Savaş / Ulucan, Devrim / Baskan, Esra: İş Hukuku, 10. Baskı, Beta, İstanbul 2020.
 - Furrer, Andreas / Müller-Chen, Markus / Çetiner, Bilgehan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021.
 - Göktürk, Kürşat / Can, Mehmet Çelebi: “Farklılaştırılmış Teselsülün -Özellikle- Dış İlişki Bakımından Anlamı ve Bankacılık Kanununun Şahsi İflas Sorumluluğu İle Karşılaştırılması”, İnÜHFD, C.2, S.2, 2011, s. 247-283.
 - Gökyayla, Emre: “Ölüm ve Bedensel Zararlar – TBK m. 53-55”, İstanbul Şerhi, C. 1, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018, s. 751-967.
 - Gönül Koşar, Günhan: Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur ve Etkisi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020.
 - Güleç (Uçakhan), Sema: Maddi Tazminat Esasları ve Hesaplanması, 8. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017.
 - Güneş, Volkan: Türk Borçlar Kanunu ile İş Sağ-

- lığı ve Güvenliği Kanunu Çerçevesinde İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Sorumluluğunun Hukuki Niteliği, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.
- Gürkanlar, Metin: Bir Zarara Birlikte Neden Olan Birden Çok Kişinin Sorumluluğu (BK m. 50), Gazi Üniversitesi Yayınları, Ankara 1982.
 - Gürsoy, Kemal Tahir: "İşverenin Sorumluluğu", AÜHFD, Cilt 31, Sayı 1-4, 1974, s. 185-198.
 - Güzel, Ali / Okur, Ali Rıza / Caniklioğlu, Nurşen: Sosyal Güvenlik Hukuku, 18. Bası, Beta, İstanbul 2020.
 - Hatemi Hüseyin: "İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat Miktarının Tayini", İş Hukuku Uygulaması (İHU), İş K. 73 (No.2), 1976, s. 5-6.
 - Helvacı, Mehmet: "Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğunda Farklılaştırılmış Teselsül", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2013/2, s. 77-96.
 - İnceoğlu, Mehmet Murat / Paksoy, Meliha Sermin: "Bedensel Zararlarda ve Ölüm Halinde Zararın Belirlenmesi (TBK m.55)", Journal of Yaşar University, C. 8, S. Özel (Prof. Dr. Aydın Zevkiler'e Armağan), 2013, s. 1383-1412.
 - İyimaya, Ahmet: Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sorunları, C. II, Ankara 1995.
 - Kapancı, Kadir Berk: Birlikte Borçlulukta Borçlular Arası İlişkiler, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014.
 - Kaplan, İbrahim: Türk Sorumluluk Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2022.
 - Kırca, Çiğdem: "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu ile Müteselsil Sorumluluk Konusunda Getirilen Yenilikler", Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu (TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi Hukuk Fakültesi), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s. 23-58.
 - Korkmaz, Fırat: Türk Borçlar Hukukunda Kusur İlkesinin Haksız Fiiller Açısından Değerlendirilmesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2021.
 - Krauskopf, Frédéric: ZK - Zürcher Kommentar, Die Solidarität, Art. 143 - 150 OR, 3. Aufl., Schulthess Juristische Medien AG, 2016, OR 144.
 - Mazan, Stephan: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen, 3. Aufl., (Herausgegeben von Furrer, Andreas / Schnyder, Anton K.), Schulthess Juristische Medien AG, München 2016, Art. 51.
 - Mollamahutoğlu, Hamdi / Astarlı, Muhittin / Baysal, Ulaş: İş Hukuku, 7. Baskı, Lykeion Yayınları, Ankara 2022.
 - Müller, Christoph: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen, 3. Aufl., (Herausgegeben von Furrer, Andreas / Schnyder, Anton K.), Schulthess Juristische Medien AG, München 2016, Art. 43.
 - Nomer, Haluk Nami: Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi, Beta, İstanbul 1996, (Maddi Tazminat).
 - Nomer, Haluk Nami: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 17. Bası, Beta, İstanbul 2020, (Borçlar Hukuku).
 - Oğuzman, M. Kemal / Öz, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 14. Bası, C. II, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018.
 - Okyar, Dila: Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu (TBK m.66), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2022.
 - Özdemir, Erdem: İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014.
 - Pulaşlı, Hasan: Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2017.
 - Roberto, Vito (çev. Ezgi Başak Demirayak / Sadık Çapa): "Farklılaştırılmış Teselsülün Problemleri", Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof.Dr. Akar ÖCAL Armağanı, C. 2, S. 3, 2016, s. 143-159.
 - Saymen, Ferit Hakkı: "İşverenin İşçinin Maruz Kaldığı Zararlardan Dolayı Hukuki Mesuliyetinin Esası", İÜHFM, Cilt 14, 1948, s. 389-395.
 - Schmidt, Maurin: Das Aussenverhältnis der Haftung einer Mehrheit von Schädigern im

İş Kazasından Başka Kişilerle Birlikte (Müteselsil) Sorumlu Olan İşverenin Dış İlişkide Kişisel İndirim Sebebi Olarak Hafif Kusurunu İleri Sürmesi

- Haftpflichtrecht, Dike Verlag, Zürich/St. Gallen 2012.
- Sözer, Ali Nazım: Türk Sosyal Sigortalar Hukuku, 5. Baskı, Beta, İstanbul 2021.
 - Sümer, Haluk Hadi: İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.
 - Süzek, Sarper: İş Hukuku, 19. Baskı, Beta, İstanbul 2020.
 - Şahin Caner, Ayşenur: Türk Borçlar Kanunu'nda Müteselsil Borçluluk, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.
 - Tekinalp, Ünal: Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 5. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2020.
 - Tekinay, Selahattin Sulhi / Akman, Sermet / Burcuoğlu, Halûk / Altop, Atillâ: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 1988.
 - Tercier, Pierre / Pischonnaz, Pascal / Develioğlu, Murat: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2020.
 - Tolu, Hazal: "Yargıtay Kararları Işığında İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Rücu Davalarında Müteselsil Borçluluk", GSÜHFD, 2018/1, s. 531-570.
 - Tuncay, A. Can: "İş Kazasının Unsurları ve İşverenin İş Kazasından Doğan Sorumluluğu", İş Hukuku Uygulaması (IHU), SSK. 11 (No. 2), 1982.
 - Tuncay, A. Can / Ekmekçi, Ömer: Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 21. Bası, Beta, İstanbul 2021.
 - Tunçomağ, Kenan: İş Hukukunun Esasları, İstanbul 1989.
 - Ulusan, İlhan: Özellikle Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu – Bundan Doğan Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 1990 (İşçiyi Gözetme Borcu).
 - Ünlütepe, Mustafa: "TBK'nın 55/1. Maddesi Çerçevesinde Ölüm Hâlinde Uğranılan Zararların ve Bedensel Zararların Belirlenmesi", Terazi Hukuk Dergisi, C. 13, S. 141, 2018, s. 68-93.
 - Weber, Stephan: "Reduktion von Schadenersatzleistungen", HAVE, s. 112-176.
 - Werro, Franz: Code des Obligations I, Commentaire romand, (Hrsg. Thévenoz/Werro), Genf/Basel/München 2003, Art. 41-61 OR, (Naklen).
 - Yağcıoğlu, Ali Haydar: Haksız Fiil Sebebiyle Aynı Zarardan Birden Fazla Kimsenin Müteselsil Sorumluluğu, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.
 - Yördem, Yılmaz: Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğunda Farklılaştırılmış Teselsül İlkesi, Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2022.

Araştırma Makalesi
Sicil, 2023/I Sayı 49: 196-213
Makale Gönderim Tarihi: 15 Nisan 2023
Makale Kabul Tarihi: 24 Nisan 2023

Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kararları Işığında İşverenin Eşit Davranma Yükümlülüğü

Öz

Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı, hakların ve özgürlüklerin kullanılmasında temel bir ilkedir. Bu çerçevede eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı, temel hak ve özgürlüklere ilişkin pek çok hukuki belgede yer almaktadır. Eşitlik ilkesi, yalnızca uluslararası hukuk belgelerinde düzenlenmekle kalmamış, 1982 Anayasası'nda da "Genel Esaslar" kısmında düzenlenmiştir. Devlet, eşitlik ilkesinin sağlanmasındaki pozitif yükümlülüğü gereği, bireylerin temel hak ve özgürlüklerden eşitlik ilkesine uygun bir şekilde yararlanmasını sağlamakla görevlidir. Bu haklardan birini de en temel sosyal ve ekonomik haklardan biri olan çalışma hakkı oluşturmaktadır. Çalışma hayatı, bireylerin ayrımcılık yaşamaya en açık olduğu alanlardan biridir. Bu alandaki ayrımcılığı önle-

mek adına iç hukukumuzda işverene eşit davranma yükümlülüğü getiren çeşitli düzenlemeler yürürlüğe konulmuştur. Bunlardan biri de, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'dur. İlgili Kanun ile işverenin başvuru, seçim kriterleri, işe alım şartları ile çalışma ve çalışmanın sona ermesi süreçleri dâhil olmak üzere, işle ilgili tüm süreçlerde ayrımcılık yasağına uygun davranma yükümlülüğü düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye aykırı uygulamalara karşı ise çalışanlara Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu'na başvuru imkânı sağlanmıştır. Böylelikle iç hukukumuzda çalışma hayatında eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağının sağlanmasına yönelik önemli bir idari başvuru yolu oluşturulmuştur.

Anahtar Sözcükler:

Eşit davranma yükümlülüğü, ayrımcılık yasağı, eşitlik ilkesi, Eşitlik Kurumu.

Equal Treatment Obligation Of The Employer In Light Of The Decisions Of The Human Rights And Equality Institution Of Turkey

Abstract

The principle of equality and non-discrimination is a fundamental principle in the exer-

cise of rights and freedoms. In this context, the principle of equality and the prohibition of dis-

*Manisa Celal Bayar Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Kamu Yönetimi Bölümü Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı, ezgi.aksoy@cbu.edu.tr, ORCID: 0000-0001-6650-2685.

**Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı, mehpere.captug@deu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-1377-2742.

crimination are included in many legal instruments on fundamental rights and freedoms. The principle of equality is not only regulated in international legal instruments, but is also regulated in the 1982 Constitution in the “General Principles” section. Pursuant to its positive obligation to ensure the principle of equality, the State has the duty to ensure that individuals enjoy fundamental rights and freedoms in accordance with the principle of equality. One of these rights is the right to work, which is one of the most fundamental social and economic rights. Working life is one of the areas where individuals are most vulnerable to discrimination. In order to prevent discrimination in this area, various regulations have been enacted

in our domestic law that impose an obligation of equality on employers. One of these is the Law on the Human Rights and Equality Institution of Turkey. The Law regulates the employer’s obligation to act in compliance with the prohibition of discrimination in all employment-related processes, including application, selection criteria, recruitment conditions, employment and termination of employment. In case of violations of this regulation, employees have the opportunity to apply to the Human Rights and Equality Institution of Turkey. Thus, an important administrative remedy has been established in our domestic law to ensure the principle of equality and non-discrimination in working life.

Keywords:

Obligation to treat equal, prohibition of discrimination, equality principle, Equality Institution.

Giriş

Hukukun genel ilkelerinden olan eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı, uluslararası belgelerde, mevzuatımızın çeşitli hükümlerinde ve çalışmamızın konusunu oluşturan Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu’nda düzenlenmektedir.

Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı aynı ilkenin pozitif ve negatif görünümüleri olarak kabul edilmektedir¹. Hukukta eşit davranma ve ayrımcılık yapmama borcunun tek yükümlüsü devlet olmayıp, bu ilke kişiler arası ilişkilerde de yükümlülükler doğurmaktadır. Bu çerçevede eşitlik il-

kesi aynı zamanda işverenin iş sözleşmesinden doğan borçları arasında yer almaktadır ve dolayısıyla “işverenin eşit işlem borcu” olarak da ele alınmaktadır.

Eşitlik ilkesi ve işverenin eşit işlem borcu çok boyutlu bir konu olmakla birlikte bu çalışmanın kapsamı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu (TİHEK) kararları ışığında işverenin eşit davranma yükümlülüğü olarak sınırlandırılmıştır. Bu kapsamda ilk olarak işverenin eşit davranma yükümlülüğünün uluslararası hukukta ve Türk hukukundaki dayanakları belirlenecektir.

Çalışmanın ikinci kısmında, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu kapsamında işverenin eşit davranma yükümlülüğü ve buna ilişkin TİHEK kararları incelenecektir. Kurum’un yapılan başvurular üzerine veya re’sen yaptığı inceleme ve araştırma sonucunda verebileceği incelenemezlik kararı, gerekçeli kabul edilmezlik kararı, ihlal kararı, uzlaşma kararı, ret kararı ve karar verilmesine yer olmadığına dair karar türlerine iş-

1 Öğretide mutlak nitelik taşıyan “ayrımcılık yasağı” ile genel anlamda “eşit davranma yükümlülüğünün” birbirinden ayırt edilmesi gereken kavramlar olduğu da belirtilmektedir. İş Kanunu açısından ayrımcılık yasağı iş ilişkisinin kurulması dâhil her aşamada uyulması gereken bir kuralken, eşitlik ilkesi, iş ilişkisinin devamı ve sona ermesi aşamalarında değişik ölçülerde dikkate alınabilmektedir. Melda Sur, “İş İlişkisinde Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, Sicil, S. 37, Y. 2017, s. 33-34.

verenin eşit davranma yükümlülüğü kapsamında verilmiş kararlar kategorize edilerek örneklendirilecektir.

Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu kararlarına karşı idarenin tüm işlem ve eylemlerinde olduğu gibi hak arama özgürlüğü kapsamında dava açılması mümkündür. Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurulu, idari yaptırım uygulama yetkisi kapsamında idari para cezası veya uyarma yaptırımını uygulayabilmektedir. Kurul'un idari yaptırım kararlarına karşı başvuru yolları çeşitli ihtimaller dâhilinde çalışmanın son kısmında açıklanacaktır.

I. İşverenin Eşit Davranma Yükümlülüğünün Mevzuattaki Dayanakları

A. Uluslararası Hukukta Yer Alan Düzenlemeler

Çeşitli uluslararası sözleşmelerde ayrımcılık yasağına yer verilmektedir. Örneğin, Türkiye'nin de tarafı olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS), m.14; Uluslararası Çalışma Örgütü 111 sayılı Ayrımcılık (İş ve Meslek) Sözleşmesi²; Birleşmiş Milletler Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi, m.2/1; Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi, m.2/2, bunlardan bazılarıdır.

AİHS m.14'e göre, "Bu sözleşmede herhangi bir hak veya özgürlükten yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, din, dil, siyasi ya da başka bir görüş, ulusal

azınlıktan olma, mülkiyet, doğum veya başka bir statü gibi herhangi bir nedenle ayrımcılık yapılmaksızın güvence altına alınır". İlgili düzenlemeyle Sözleşme'nin öngördüğü hakların ve özgürlüklerin kullanılmasında ve bunlardan yararlanılmasında bireyler arasında ayırım gözetilmesi açık bir hükümle yasaklanmıştır³.

Ayrımcılık yasağı, AİHS ile tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma bakımından özellikle cins, ırk, renk, dil, din, siyasi veya diğer kanaatler, milli veya sosyal menşee, milli bir azınlığa mensupluk, servet, doğum veya herhangi diğer bir durum nedeniyle hiçbir ayırıma tabi tutulmama-yı ifade etmektedir. Buradaki sayım sınırlayıcı değil, örnekleyici niteliktedir. Belirtmek gerekir ki, ayrımcılık yasağı, bağımsız bir ilke olmayıp, Sözleşme'nin ve ek protokollerin diğer hükümleriyle birlikte yorumlanmalıdır. Bu nedenle, ayrımcılık yapıldığı ileri sürülen konunun mutlaka sözleşme ve ek protokollerde güvence altına alınan bir hakka ilişkin olması gerekmektedir. Dolayısıyla eşitlik ilkesinin Sözleşmedeki haklardan bağımsız bir şekilde kullanılabilmesi mümkün değildir⁴.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre; her farklı uygulama, m.14'ün ihlâl edildiği anlamına gelmemektedir. AİHS m.14, "eşit durumda olanlara eşit muamele" yapılmasını zorunlu kılmaktadır. Karşılaştırmaya konu iki durum arasında bir eşitlik varsa, bu takdirde "söz konusu tasarrufun amacı ve sonucu arasındaki ilişki" ve "kullanılan araç ile gerçekleştirilmek istenen amaç arasındaki oran-lılık" belirleyici olmaktadır. Farklı konumda olan kişilerin farklı statü ya da işleme tâbi tutulması,

2 111 No.lu Ayrımcılık (İş ve Meslek) Sözleşmesi'nin 1'inci maddesine göre "Ayrımcılık" deyimi; "ırk, renk, cinsiyet, din, siyasi inanç, ulusal veya sosyal menşee bakımından yapılan iş veya meslek edinmede veya edinilen iş veya meslekte tabi olunacak muamelede eşitliği yok edici veya bozucu etkisi olan her türlü ayrılık gözetme, ayrı tutma veya üstün tutmayı, ilgili üye, memleketin, varsa temsilci, işçi ve işveren teşekkülleri ve diğer ilgili makamlarla istişare etmek suretiyle tespit edeceği, meslek veya iş edinmede veya edilen iş veya meslekte tabi olunacak muamelede eşitliği yok edici veya bozucu etkisi olan bütün diğer ayrılık gözetme, ayrı tutma veya üstün tutmayı" ifade etmektedir.

3 A. Şeref Gözübüyük/Feyyaz Gölcüklü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 9. Baskı, Ankara 2011, s. 400. AİHS hükmü eşitlik ilkesi yerine ayrımcılık yasağını düzenlemiştir. Ancak eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı bazen yan yana bazen de aynı anlamı ifade etmek için kullanılmaktadır. İlgili düzenleme açıkça belirtmese de eşitlik ilkesini de içermektedir. Ulaş Karan, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme, Ed. Sibel İnceoğlu, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 459.

4 AİHM, Fâbian/Macaristan, B. No: 78117/13, 15/12/2015, § 112; AİHM, Rasmussen/Danimarka, B. No: 8777/79, 28/11/1984, § 29; Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/ Oğuz Sancakdar/ Rifat Murat Önok, İnsan Hakları El Kitabı, Seçkin Yayıncılık, 9. Baskı, Ankara 2021, s. 694.

ayrımcılık yapıldığı şeklinde yorumlanamaz⁵.

AİHS'nin bizzat ayrımcılık yasağını düzenleyen 12 Numaralı Ek Protokolün⁶ ana hükmü şöyledir: "Madde 1- Genel ayrımcılık yasağı "1. Yasayla düzenlenen herhangi bir haktan yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal ya da başka görüş, ulusal ya da toplumsal köken, bir ulusal azınlığa mensup olma, mülkiyet, doğum ya da diğer statüler gibi herhangi bir temelde ayrımcılık yapılmaksızın, güvence altına alınacaktır.

2. Hiç kimse, herhangi bir kamu makamı tarafından paragraf 1'de belirtilen herhangi bir temelde ayrımcılığa tabi tutulmayacaktır." Protokol, 4 Kasım 2000 tarihinde Roma'da imzaya açılmış ve 1 Nisan 2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye Protokol'ü 18 Nisan 2001 tarihinde imzalamış, fakat henüz onaylamamıştır.

Çalışma ilişkileri çerçevesinde eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı AİHS uygulamasında önemli bir alan bulmuştur. Her ne kadar AİHS ve Ek Protokollerde çalışma hakkı açıkça düzenlenmemiş olsa da AİHM, AİHS içerisindeki farklı haklarla bağlantı kurarak işverenlerin eşit davranma ve ayrımcılık yasağı ihlali niteliğindeki eylemlerine yönelik ihlal kararları vermektedir. AİHM, özellikle özel hayata saygı hakkını işverenlerin ayrımcılık yasağı ihlalleri için kullanmaktadır⁷. Özel sektörde gerçekleşen eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağına aykırı uygulamalara yönelik ihlal kararı verilmesinin temelinde taraf devletin AİHS kapsamındaki haklardan kaynaklanan pozitif yükümlülükleri yerine getirmemesinin Sözleşme'ye aykırılığı bulunmaktadır⁸.

Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme⁹(ES-

KHS)'de taraf devletlerin ekonomik, sosyal ve kültürel hakların ayrımcılık yapılmadan gerçekleştirilmesi yükümlülüğünü düzenlemektedir. ESKHS m. 2/2 hükmüne göre, "Bu Sözleşmeye taraf devletler, bu Sözleşmede belirtilen hakların ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal ya da başka bir fikir, ulusal ya da toplumsal köken, mülkiyet, doğum ya da başka bir statü bakımından herhangi bir ayırım gözetilmeksizin uygulanmasını taahhüt eder.". Maddede belirtilen ayrımcılık nedenleri sınırlayıcı olmayıp, ekonomik, sosyal ve kültürel haklardan yararlanmayı engelleyen herhangi bir nedene dayalı ayrımcılık ESKHS'de yasaklanmıştır¹⁰.

Türkiye'nin de taraf olduğu "Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Uluslararası Sözleşmesi (CEDAW)'nin 1. maddesinde; "kadınlara karşı ayırım" terimi "kadınların, medeni durumlarına bakılmaksızın ve kadın ile erkek eşitliğine dayalı olarak politik, ekonomik, sosyal, kültürel, medeni veya diğer sahalardaki insan hakları ve temel özgürlüklerinin tanınmasını, kullanılmasını ve bunlardan yararlanılmasını engelleyen veya ortadan kaldıran veya bunu amaçlayan ve cinsiyete bağlı olarak yapılan herhangi bir ayırım, mahrumiyet veya kısıtlama" olarak tanımlanmıştır.

Avrupa Birliği hukukunda da ayrımcılık yasağı ve eşit davranma yükümlülüğüne ilişkin çok sayıda düzenleme mevcuttur. Bunların başlıcalarına örnek olarak; Kendi Nâmına Çalışan Kadın ve Erkelere Eşit Muamele Direktifi (1986/613/EC), Irk ve Etnik Kökene Bakılmaksızın Kişilere Eşit Muamele Edilmesi İlkesinin Uygulamaya Konulmasına İlişkin Direktif (2000/43/EC), İşe Alma ve Meslekî Açından Eşit Muamelenin Sağlanması İçin Genel Bir Çerçeve Oluşturan Direktif (2000/78/EC), Mal ve Hizmetlere Erişim ve Mal ve Hizmet Tedariğinde Kadın ve Erkeğe Eşit Muamele İlkesinin Uygulanmasına İlişkin Direktif (2004/113/

10.07.2003 tarih ve 2003/5923 sayılı kararıyla Sözleşme'yi onaylamıştır. Bakanlar Kurulu kararı ve Sözleşme'nin resmi Türkçe çevirisi için bkz. RG., 11.08.2003, Sayı: 25196.

10 Economic, Social and Cultural Rights: Handbook for National Human Rights Institutions, UN Professional Training Series, S.12, Mew York ve Geneva, 2005, s. 13.

5 AİHM, Ünal Tekeli/Türkiye, B. No: 29865/96, 22/2/2009, §§ 49-53; Zarb Adami/Malta, B. No: 17209/02, 20/6/2006, § 71.

6 <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/0900001680080622>, E.T: 10.04.2023.

7 Meriç Karagözler, Bir Temel Hak Olarak Çalışma Hakkı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021, s. 136.

8 Karagözler, s. 80.

9 Türkiye, Sözleşme'yi 15.08.2000 tarihinde imzalamıştır. Sözleşme'nin onaylanması 04.06.2003 tarihli ve 4867 sayılı Kanunla uygun bulunmuş ve Bakanlar Kurulu

EC), İstihdam ve Meslek Sahibi Olma Konularında Kadın ve Erkeğe Eşit Muamele ve Fırsat Eşitliği İlkesinin Uygulanmasına İlişkin (Birleştirilmiş) Direktif (2006/54/EC)'i sayabiliriz.

Temel hak ve özgürlüklere ilişkin pek çok uluslararası belgede karşımıza çıkan eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı düzenlemeleri imzacı devletlere, ayrımcı eylemlerden kaçınma ve ayrımcılığıza izin veren kanun ve diğer uygulamaları değiştirme yükümlülüğü getirmektedir. Bununla birlikte devletin bizatihi ayrımcılık yapmaması yeterli olmayıp devletin üçüncü kişiler bakımından da yükümlülükleri bulunmaktadır. Bu bağlamda imzacı devletler, özel kişi ve kurumların da temel hakların kullanım alanlarında ayrımcılık yapmalarını engellemelidir. Alınan önlemlere rağmen ayrımcı uygulamaların yaşanması halinde de devlet, bu uygulamalara karşı başvurulabilecek yargısal ve diğer başvuru yollarını sağlamalıdır¹¹. İşte bu çerçevede sosyal ve ekonomik hakların başında gelen çalışma hakkının eşitlik ilkesine uygun olarak kullanılmasının sağlanması, çalışanların işverenlerin ayrımcı uygulamalarından korunması ve karşılaşmaları halinde gidebilecekleri yargısal ve idari başvuru yollarının bulunması devletin eşitlik ilkesinin hayata geçirilmesinde temel bir yükümlülüğüdür.

B. İşverenin Eşit Davranma Yükümlülüğünün Anayasal Dayanağı

Anayasa m. 10'da yer verilen "herkesin, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit" olduğuna ilişkin düzenleme, ayrımcılık yasağının anayasal dayanağını oluşturmaktadır. Yine Anayasanın "Başlangıç" hükümlerinde de "Her Türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak millî kültür, medeniyet ve hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddî ve manevî varlığını bu yönde

geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu (...)" belirtilerek, eşitlik ilkesine vurgu yapılmıştır. Maddede eşitlik ilkesine vurgu yapılmış olsa da, 10. maddenin hem ayrımcılık yasağını hem de genel anlamda eşit davranma borcunu güvenceye aldığı kabul edilmektedir¹².

Anayasa'nın 10. maddesi hükmü hem devlet organlarını hem de özel kişilerin aralarındaki ilişkileri ilgilendirip, "dikey" ve "yatay" etkiye sahiptir. Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 11. maddesinde yer alan "Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurullarıdır." hükmü uyarınca Anayasa'nın "Genel Esaslar" bölümünde düzenlenen eşitlik ilkesinin sayılan organlar, kuruluşlar ve kişiler açısından da geçerli olduğunu ifade etmektedir¹³. Bu kapsamda işveren tarafından gerçekleştirilen ayrımcı uygulamalar da Anayasa'nın 10. maddesinin ihlali niteliğindedir.

Anayasal eşit davranma yükümlülüğü ve ayrımcılık yasağı başlı başına bir hak niteliğinde olmayıp, Anayasa'da güvenceye bağlanan hak ve özgürlüklerden yararlanılması bağlamında bir etkiye sahiptir. Bu çerçevede ayrımcılık yasağının uygulanabilmesi Anayasa'daki diğer haklardan biri veya birkaçının kapsamına girmediği mümkün değildir¹⁴.

Anayasa'nın 10. maddesinde yazılı olan ayrımcılık temelleri sınırlı sayıda olmayıp örneklenir niteliktedir. Anayasa Mahkemesi bu durumu "Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan "Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din,

11 Economic, Social and Cultural Rights: Handbook for National Human Rights Institutions, UN Professional Training Series, S.12, Mew York ve Geneva, 2005, s. 13.

12 A. Can Tuncay, İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982, s. 24, s. 108 vd.; Sarp Sözek, İş Hukuku, Beta Yayıncılık, 12. Baskı, İstanbul 2016, s. 494; Gaye Burcu Yıldız, "İş Sözleşmesinin Feshinde Eşit İşlem Yapma Borcu ve Ayrımcılık Yasağı", Prof. Dr. Ali Güzel'e Armağan, I, İstanbul 2010, s. 837-876, s. 839-841; "Eşitlik ilkesi somut bir ölçü norm olarak ayrımcılık yasağını da içerir." AYM, Tuğba Arslan [GK], B. No: 2014/256, 25/6/2014, § 108; AYM, Nurcan Yolcu [GK], B. No: 2013/9880, 11/11/2015, § 34.

13 AYM, Burcu Reis, B. No: 2016/5824, 28/12/2021, § 33; AYM, Tuğba Arslan [GK], B. No: 2014/256, 25/6/2014, § 110; AYM, Nurcan Yolcu [GK], B. No: 2013/9880, 11/11/2015, § 35.

14 AYM, Burcu Reis, B. No: 2016/5824, 28/12/2021, § 35.

mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir." Düzenlemesinde geçen "dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep" şeklindeki ayırımcılık temellerine -söz konusu unsurların birçok uluslararası düzenlemede de karşılık bulan önemli ayırımcılık temelleri olması nedeniyle- açıkça yer verilmiştir. Bununla birlikte madde metninde yer alan "herkes" ve "benzeri sebepler" ifadeleri ayırımcılığa karşı korunan kişi ve ayırımcılık temelleri açısından sınırlı bir yaklaşımın benimsenmediğini ortaya koymakta olup madde metninde yer alan temeller örnek niteliğindedir.¹⁵ ifadeleriyle ortaya koymaktadır.

Anayasa Mahkemesi'ne yapılacak bireysel başvurular açısından "Ayırımcılık iddiasının ciddiye alınabilmesi için başvuruçunun, kendisiyle benzer durumdaki başka kişilere yapılan muamele ile kendisine yapılan muamele arasında bir farklılığın bulunduğunu ifade etmesi yeterli olmayıp ayrıca bu farklılığın meşru bir temeli olmaksızın ırk, renk, cinsiyet, din, dil vb. bir ayırımcılık temeline dayandığını makul delillerle ortaya koyması gerekir."¹⁶

Anayasa Mahkemesi içtihadına göre "Anayasa'nın 10. maddesinde yer verilen eşitlik ilkesi hukuksal durumları aynı olanlar için söz konusudur. Bu ilke ile eylemi değil, hukuksal eşitlik öngörülmüştür. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak yasa karşısında eşitliğin ihlali yasaklanmıştır. Yasa önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları ve uygulamaları gerektirebilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa

Anayasa'da öngörülen eşitlik ilkesi zedelenmez."¹⁷

C. İşverenin Eşit Davranma Yükümlülüğüne İlişkin Yasal Düzenlemeler

Doğrudan veya dolaylı olarak işverenin eşit davranma yükümlülüğüne ilişkin olarak mevzuatımızda çeşitli yasal düzenlemeler bulunmaktadır. Bunların başında 4857 sayılı İş Kanunu'nun¹⁸ "eşit davranma ilkesi" başlıklı 5. maddesi gelmektedir. İş Kanunu'nun 5. maddesinin 1. fıkrasında genel anlamda; dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırımcılık yasağı düzenlenmiştir. Aynı maddenin 2. fıkrasında sözleşme türü nedeniyle ayırımcılık yapılması, 3. fıkrasında ise cinsiyet veya gebelik nedeniyle ayırımcılık yasaklanmıştır. Söz konusu maddenin 2. fıkrasında düzenlenen sözleşme türü nedeniyle ayırımcılık, Kanun'un 12. maddesinde belirli ve belirsiz süreli iş sözleşmeleri, 13. maddesinde kısmi süreli ve tam süreli iş sözleşmeleri bakımından daha ayrıntılı biçimde düzenlenmiştir. Doktrinde bu maddenin ayırımcılık yasağına ilişkin olduğu ve genel anlamda eşit davranma yükümlülüğünü içermediği ifade edilmekle¹⁹ birlikte yargı içtihatları farklı yönde gelişerek söz konusu madde eşit davranma yükümlülüğünü de kapsar şekilde yorumlanmıştır²⁰.

Sözleşme türleri açısından ayırımcılık yasakları ayırık tutulursa, İş Kanunu'nda yer alan somut düzenlemelerin tamamı işçinin temel hak ve özgürlüklerine ilişkindir. Bunlardan cinsiyet ve gebelik, sendikal neden ve özürllülük özel hükümlerle düzenlenmişken, Kanun'un 5/1. maddesi, Anayasa'nın 10. maddesinin iş ilişkisine uyarlanmış bir hali olarak, dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere

17 AYM, 17.3.2011, E. 2009/47, K. 2011/51.

18 RG, 10.06.2003, Sayı: 25134.

19 Bkz. Süzek, s.495; Yıldız, s. 841; Kübra Doğan Yenisey, "İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayırımcılık Yasağı", Çalışma ve Toplum, 2006/4, S. 11, s. 66-69.

20 Örneğin, Yargıtay, 9.H.D, 25.04.2005, E. 2005/11204, K. 2005/14365.

15 AYM, Burcu Reis, B. No: 2016/5824, 28/12/2021, § 48; AYM, Hüseyin Kesici, B. No: 2013/3440, 20/4/2016, § 56.

16 AYM, Bülent Polat [GK], B. No: 2013/7666, 10/12/2015, § 48.

dayalı ayrımı yasaklamıştır. Madde metnindeki “ve benzeri” sebepler kişi temel hak ve özgürlükleri çerçevesinde değerlendirilmelidir²¹.

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu²² m.25’te işverenin, bir sendikaya üye olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler veya ayrı sendikalara üye olan işçiler arasında ayırım yapmama yükümlüğünü düzenleyen kural yer almaktadır. 5378 sayılı Engelliler Hakkında Kanun’un²³ 14. maddesinde de işe başvuru, alım, önerilen çalışma süreleri ve şartları ile istihdamın sürekliliği, kariyer gelişimi, sağlıklı ve güvenli çalışma koşulları dâhil olmak üzere istihdama ilişkin hiçbir hususta engelliliğe dayalı ayırımcı uygulamalarda bulunulamayacağı düzenlenmiştir. Ayrıca Türk Ceza Kanunu m.118’de sendikal hakların kullanılmasının engellenmesi suçu düzenlenmiştir. Yine Türk Ceza Kanunu’nun “nefret ve ayırımcılık” başlıklı 122/1-c. maddesi ile dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nefret nedeniyle bir kişinin işe alınmasını engellemek suç olarak düzenlenmiştir.

Son olarak çalışmamız kapsamında daha yakından inceleyeceğimiz, genel nitelikte olmakla birlikte iş ilişkisinde de uygulama alanı bulan 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu²⁴ da 20 Nisan 2016 tarihli Resmî Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Kanun’un ilk maddesinde Kanun’un amacı; insan onurunu temel alarak insan haklarının korunması ve geliştirilmesi, kişilerin eşit muamele görme hakkının güvence altına alınması, hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden yararlanmada ayırımcılığın önlenmesi olarak belirlenmiştir. Kanun ile bu amaca yönelik faaliyet göstermek, işkence ve kötü muameleyle etkin mücadele etmek ve bu konuda ulusal önleme mekanizması görevini yerine getirmek üzere Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu kurulmuştur.

21 Doğan Yenisey, s. 65.

22 RG, 18.10.2012, Sayı: 28460.

23 RG, 7.7.2005 Sayı: 25868.

24 RG, 20.04.2016, Sayı: 29690.

II. Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu Kapsamında İşverenin Eşit Davranma Yükümlülüğüne İlişkin Tihet Kararları

A. Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu Kapsamında İşverenin Eşit Davranma Yükümlülüğü

İnsan haklarının korunmasına ilişkin çeşitli belgelerde insan haklarının iç hukukta etkin korunmasını sağlamaya yönelik bağımsız ulusal önleme kurumlarının önemine vurgu yapılmıştır. Ayırımcılıkla mücadeleye yönelik ise eşitlik kurumlarının gerekliliği dile getirilmiştir²⁵. Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu bu kapsamda oluşturulmuş bir kurumdur ve temel görevlerinden biri ayırımcılıkla mücadeledir.

Ayırımcılıkla ilgili sıkça kullanılan bir sınıflandırma “doğrudan ayırımcılık”, “dolaylı ayırımcılık” şeklindedir²⁶. TİHEK Kanununda da benzeri bir sınıflandırma yapıldığı görülmektedir. 6701 sayılı Kanun’un “Tanımlar” başlıklı 2’nci maddesinde “doğrudan ayırımcılık”, *bir gerçek veya tüzel kişinin, hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden karşılaştırılabilir durumdakilere kıyasla eşit şekilde yararlanmasını bu Kanunda sayılan ayırımcılık temellerine dayanılarak engelleyen veya zorlaştıran her türlü farklı muamele olarak*; “dolaylı ayırımcılık” ise *bir gerçek veya tüzel kişinin, görünüşte ayırımcı olmayan her türlü eylem, işlem ve uygulamalar sonucunda, bu Kanunda sayılan ayırımcılık temelleriyle bağlantılı olarak, hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden yararlanma bakımından nesnel olarak haklılaştırılmayan dezavantajlı bir konuma sokulması* olarak tanımlanmıştır.

25 Ayrıntılı bilgi için bkz. Zehra Odyakmaz, Eşitlik Kurumları ve Türkiye’deki Durum, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 2008, C. 16, S. 1, s. 93-116

26 Karagözler, s. 133.

Kanun'un "eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı" başlıklı 3. maddesi uyarınca; "(1) Herkes, hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden yararlanmada eşittir. (2) Bu Kanun kapsamında cinsiyet, ırk, renk, dil, din, inanç, mezhep, felsefi ve siyasi görüş, etnik köken, servet, doğum, medeni hâl, sağlık durumu, engellilik ve yaş temellerine dayalı ayrımcılık yasaktır."

Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nun Anayasa'nın 10. maddesinden, AİHS m.14'ten ve İş Kanunu'nun 5. maddesinden önemli bir farkı ayrımcılık temellerinin sınırlı bir şekilde belirlenmiş olmasıdır. Sınırlı yaklaşımın bir dizi olumsuz sonucu bulunmaktadır. Burada ayrımcılık temellerinin kapsamının belirlenmesinde yasama organının iradesi belirleyici olmaktadır. Bu durumda haksız ve makul nedene dayanmayan muamele farklılıklarının eşitlik ilkesinin kapsamı dışında kalmasına ve uygulamada bazı grupların ayrımcılığa uğradıkları yönündeki iddiaların sayılan ayrımcılık temelleri özelinde dile getirmek zorunda kalmalarına sebep olmaktadır²⁷. Kanımızca 6701 sayılı Kanun'da ayrımcılık temelleri sınırlı olarak belirlenmiş olsa da TİHEK'in, Anayasa'nın 90. maddesi gereği ayrımcılık yasağına yönelik başvuruları incelerken AİHS'in 14. madde uygulamasına uygun değerlendirme yapması gerekmektedir.

Kanun'un "Ayrımcılık türleri" başlıklı 4. maddesinin 1. fıkrasında ise, ayrımcılık türleri "ayrı tutma, ayrımcılık talimatı verme ve bu talimatları uygulama, çoklu ayrımcılık, doğrudan ayrımcılık, dolaylı ayrımcılık, işyerinde yıldırma, makul düzenleme yapmama, taciz, varsayılan temele dayalı ayrımcılık" olarak sıralanmıştır.

İşverenin ayrımcılık yapma yasağı ayrı bir madde olarak Kanun'un 6. maddesinde "İstihdam ve serbest meslek" başlığı altında düzenlenmiştir. Buna göre; "(1) İşveren veya işveren tarafından yetkilendirilmiş kişi; işverenin çalışanı veya bu amaçla başvuran kişi, uygulamalı iş deneyimi edinmek üzere bir işyerinde bulunan veya bu amaçla başvuran kişi ve herhangi bir sıfatla çalış-

mak ya da uygulamalı iş deneyimi edinmek üzere işyeri veya iş ile ilgili olarak bilgi edinmek isteyen kişi aleyhine, bilgilenme, başvuru, seçim kriterleri, işe alım şartları ile çalışma ve çalışmanın sona ermesi süreçleri dâhil olmak üzere, işle ilgili süreçlerin hiçbirinde ayrımcılık yapamaz.

(2) Birinci fıkra iş ilanı, işyeri, çalışma şartları, mesleki rehberlik, mesleki eğitim ve yeniden eğitimin tüm düzeylerine ve türlerine erişim, meslekte yükselme ve mesleki hiyerarşinin tüm düzeylerine erişim, hizmet içi eğitim, sosyal menfaatler ve benzeri hususları da kapsar.

(3) İşveren veya işveren tarafından yetkilendirilmiş kişi, istihdam başvurusunu gebelik, annelik ve çocuk bakımı gerekçeleriyle reddedemez.

(4) Serbest mesleğe kabul, ruhsat, kayıt, disiplin ve benzeri hususlar bakımından ayrımcılık yapılamaz.

(5) 22/5/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanunu kapsamına girmeyen her türlü iş ve iş görme sözleşmeleri de bu madde kapsamındadır.

(6) Kamu kurum ve kuruluşlarında istihdam bu madde hükümlerine tabidir."

6701 sayılı Kanun'da Kurum'un görev alanı belirlenirken bütünsel bir yaklaşım sergilenmiş ve kamu-özel sektör ayrımı yapılmadan tüm istihdam alanları Kurum'un denetim kapsamına alınmıştır. Kurum'un görev alanının kamu-özel ayrımı yapılmaksızın tüm iş alanları olarak tespiti, ulusal önleme mekanizması fonksiyonunun yerine getirebilmesi adına önemli ve ciddi bir adımdır²⁸.

Kanun'un 6. maddesinde kadınlara yönelik olarak uygulamada en çok karşılaşılan ayrımcılık şekillerinden biri olan gebelik, annelik, çocuk bakımı durumları özel olarak düzenlenerek, kadınların iş hayatında karşılaşılabileceği zorluklara karşı bir güvence sağlanmaktadır²⁹.

28 Emine Cin Karagöz, "Kadın-Erkek Eşitliği ve Ayrımcılık Yasağı Bağlamında Türkiye Eşitlik ve İnsan Hakları Kurumu'nun Yetkileri", Yasama Dergisi, 2016, S. 32, s. 33.

29 Zehra Odyakmaz, "Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (CEDAW) Açısından Türk Kadınının Durumu", İşveren, Nisan-Mayıs 2005, S: 7-8,

27 Karan, s. 463.

İspat yüküyle ilgili olarak, 6701 sayılı Kanun'un 21. maddesi uyarınca, münhasıran ayrımcılık yasağının ihlali iddiasıyla Kuruma yapılan başvurularda, başvuranın iddiasının gerçekliğine ilişkin kuvvetli emarelerin ve karine oluşturan olguların varlığını ortaya koyması hâlinde, karşı tarafın ayrımcılık yasağını ve eşit muamele ilkesini ihlal etmediğini ispat etmesi gerekir.

B. İşverenin Eşit Davranma Yükümlülüğüne İlişkin TİHEK Kararları

Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin³⁰ "İnceleme ve Araştırma Sonucunda Verilecek Kararlar" başlıklı sekizinci bölümünde yer alan 65. maddesinde; Kurum'un, yapılan başvuru veya re'sen inceleme kapsamında yaptığı inceleme ve araştırma sonucunda incelenemezlik kararı, gerekçeli kabul edilmezlik kararı, gönderme kararı, ihlal kararı, idari yaptırım kararı, uzlaşma kararı, ret kararı ve karar verilmesine yer olmadığına dair karar verebileceği düzenlenmiştir.

- Kurum, kararların esasına ilişkin inceleme yapmadan önce Kanun'da öngörülen ön koşullar yönünden inceleme yapar. Kurum ön inceleme aşamasında Yönetmeliğin 66. maddesinde belirtilen aşağıdaki durumlarda "incelenemezlik" kararı verir.
- Kurum'un görev alanına girmeyen yasama ve yargı yetkilerinin kullanılmasına ilişkin işlemler ile Hâkimler ve Savcılar Kurulu kararları ve Anayasanın yargı denetimi dışında bıraktığı işlemlere yönelik olan başvurular.
- Kurum'da incelenmekte ve araştırılmakta olan bir başvuruyla sebepleri, konusu ve tarafları aynı olan başvurular.
- Kurum tarafından daha önce sonuçlandırılan bir başvuruyla sebepleri, konusu ve

tarafları aynı olan, yargı organlarında görülmekte olan veya yargı organlarıncaya karara bağlanmış uyuşmazlıklara ilişkin olan başvurular.

- Belli bir konuyu içermeyen başvurular.
- Kanun'a göre başvuruda bulunması gereken bilgiler yer almayan başvurular.
- Ayrımcılık yasağı ihlalden zarar görme- yen başvurular.

Ayrıca Yönetmeliğin 68. maddesi uyarınca; *"Kanuna aykırı olduğu iddia edilen uygulamanın düzeltilmesi ilgili taraftan talep edilmeden yapılan başvuru hakkında ilgili tarafın inceleme yapması amacıyla gönderme kararı verilir. Gönderme kararı aynı zamanda başvurucuya da tebliğ edilir. Ancak Kurum, tafisi güç veya imkânsız zararların doğması ihtimali bulunan hâllerde, bu şartı aramadan başvuruları kabul edebilir."*

1. İhlal Yapıldığı Yönündeki Kararlar

Yönetmeliğin 69. maddesi uyarınca, inceleme ve araştırma sonucunda başvurunun yerinde olduğu kanaatine varılması hâlinde ihlal kararı verilir. Başvuru konusunun ayrımcılık yasağı ile ilgili olması durumunda ihlal kararı ile birlikte idari yaptırım kararı da verilebilir. Ayrıca, Kurul, konusu suç teşkil eden insan hakları veya ayrımcılık yasağı ihlallerini tespit ettiği takdirde ilgililer hakkında suç duyurusunda bulunur.

Kurul'un 2020/176 sayılı kararında³¹; başvuran, bir firmanın ulusal pazarlama ve iletişim yöneticisi pozisyonu için başvuru yaptığını; sırasıyla İşe Alım Uzmanı, Bölge Pazarlama ve İletişim Müdürü ile Ulusal Satış ve Pazarlama Müdürü ve son olarak Ulusal Müdür ile görüşme yaptıktan sonra firmanın işe alımdan sorumlu İnsan Kaynakları departmanı çalışanı tarafından aranarak işe alındığının bildirildiğini; ancak hamile olduğunu söyledikten sonra sürecin olumsuz sonuçlandığını iddia etmiştir. Kurul kararında; *"Taraflı olduğumuz uluslararası sözleşmelere göre herkes, hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden eşit bir şekilde yararlanma; ayrımcılığın her türüne, şiddet, taciz*

C: 43, s. 34-37; Cin Karagöz, s. 33.

30 RG, 24.11.2017, Sayı: 30250.

31 TİHEK, 2020/176 sayılı Karar, B.No: 2019/3031, 11/08/2020.

ve zararlı gelenek uygulamalarına karşı korunma hakkına sahiptir. Bu bağlamda kadınların çalışma hakları olduğu gibi cinsiyet özellikleri gereği anne olma hakları da bulunmaktadır. Kadınlar çalışma haklarını ve sosyal bir önemi de bulunan anne olma haklarını birlikte kullanmak istediklerinde bu nedenle herhangi bir ayrımcılığa uğramamalıdır. Devlet ve toplumu oluşturan tüm kişi, kurum ve kuruluşların anneliğin sosyal önemini de dikkate alarak imkânları nispetinde anneliği ve anneleri koruma, destek olma ve kolaylık sağlama sorumluluğu bulunmaktadır³².

Bir kimseye bir hakkın kullanılmasında ya da bir yükümlülüğün yerine getirilmesinde meşru ve makul bir temele dayanmaksızın cinsiyeti sebebiyle farklı muamelede bulunulması cinsiyet ayrımcılığı oluşturur. Bu bağlamda, gebelik söz konusu olduğunda, hamile bir kadın üzerinde, objektif ve makul bir gerekçeye sahip olmayan ve meşru bir amaç gütmeyen olumsuz, farklı bir muamele, ayrımcılık teşkil etmektedir³³. " ifadelerine yer vererek, başvuranın "gebelik nedeniyle doğrudan ayrımcılığa uğradığı" iddiası açısından, ayrımcılık yasağı ihlali yapıldığına ve ilgili şirket hakkında on beş bin TL idari para cezası verilmesi yönünde karar vermiştir.

Kurul benzer bir başvuruda, vermiş olduğu 2022/436 sayılı kararında³⁴, başvuranın, işe alım sürecinde hamileliğini öğrenmesinin ardından bu durumu başvuruda bulunduğu şirkete bildirmesi neticesinde bu aşamadan sonra işe alım sürecinin olumsuz sonuçlandığı, kendisine hamileliği gerekçe gösterilerek ayrımcılık yapıldığı id-

diasına yönelik yaptığı incelemede, başvurunun, cinsiyete dayalı doğrudan ayrımcılık türünde incelenmesi gereken bir başvuru olduğu değerlendirilmiştir. Kurul yaptığı inceleme sonucunda başvuruda cinsiyet temelinde ayrımcılık yasağı ihlali yapıldığına ve muhatap hakkında 1.963 TL idari para cezası uygulanmasına, karar vermiştir.

Kurul, 2018/97 sayılı Kararı'nda³⁵, bir şirket tarafından eleman.net adlı internet sitesine 21 Haziran 2018 tarihi itibari ile muhasebe-finans personeli alımı için verilen iş ilanında büyük harfler ile yer verilen: "Bayan, (Erkek Adayların ve Türbanlı Adayların CV'leri Dikkate Alınmayacaktır. Önemle Belirtiriz.)" ifadeleri üzerine başlattığı re'sen inceleme üzerine, AİHS'in 14. maddesi, Anayasa'nın 10. maddesi ve 6701 sayılı Kanunun 3. maddesi kapsamında düzenlenen ayrımcılık yasağının cinsiyet ve inanç temellerine dayalı olarak ihlali niteliği taşıdığı kanaatine varmıştır. Ayrımcılık yasağının ihlal edildiği sonucuna varılan kararda ilgili şirket aleyhine 3.000 TL idari para cezası verilmesi yönünde karar verilmiştir.

Kurul, 2023/201 sayılı Kararı'nda³⁶, İstanbul Barosunun internet sayfasındaki "Bilgi Havuzu" portalında yer alan "kadın avukat/stajyer avukat, erkek avukat/stajyer avukat" arandığı şeklindeki ilanların cinsiyet temelinde ayrımcılık oluşturduğu iddiasına ilişkin yaptığı incelemede; belirli mesleki faaliyetin niteliği veya bu faaliyetin yürütüldüğü bağlam dikkate alınmayarak objektif ve makul bir gerekçeye dayanmayan, çalışma ve staj ilişkisinin niteliği ile ilişkili olmayan ayrımcı ifadeler barındıran ilanlar verilmesinin eşitlik ilkesine ve ayrımcılık yasağına aykırılık teşkil et-

32 TİHEK, 2020/176 sayılı Karar, B. No: 2019/3031, 11/08/2020, para.33.

33 TİHEK, B. No:2019/3031, K. No: 2020/176, 11/8/2020, para.35.

34 TİHEK, 2022/436 sayılı Karar, B. No: 2021/1110, 28/06/2022. Benzer yönde, TİHEK, 2022/655 sayılı Karar, B. No:2022/176, 22/09/2022; Kurul bir başka kararında da "...gebelik veya annelik nedeniyle kadınlara, çalışma yetenekleri bakımından benzer olan diğer başvuru sahipleri veya çalışanları ile aynı şekilde muamele edilmesi gerekmektedir. Bir işveren, işinin önemli işlevlerini yerine getirebildiği sürece gebelik ilgili durumu nedeniyle bir kadını işe almayı reddedemez" değerlendirmelerine yer vermiştir. TİHEK, K. No: 2020/08, para.75.

35 TİHEK, re'sen inceleme, K. No: 2018/97, 15/10/2018.

36 TİHEK, B. No: 2022/1160, K. No: 2023/201, 23/02/2023.

Kurul aynı kararında, söz konusu platformda yer alan ilanlarda "2-5 yıl iş deneyimi, ağırlıklı olarak ceza davalarının takip edilmesi nedeniyle bu alanda iş deneyimi, yabancı dil ve bilgisayar kullanma yetkinliği, office programlarına hakimiyet, icra iflas hukuku alanında iş tecrübesi, devlet üniversitesi mezuniyeti, iletişim becerisi yüksekliği vb." gibi çalışma ve iş ilişkisinin niteliğini ön plana çıkaran açıklamaların ise, avukatlık görevinin niteliği ve mesleki gereklilik gözetilerek belirlenen işe alım kriterleri olması sebebiyle ayrımcılık yasağının ihlali niteliğindedir. Kurul, inceleme sonucunda, ayrımcılık yasağına aykırılık teşkil etmediği karar vermiştir.

tiği değerlendirilmiş; eşitlik temelinde avukatlık mesleğinin icrası için uygun koşulların sağlanmasında sorumluluğu bulunan muhatap İstanbul Baro Başkanlığı tarafından cinsiyet temelinde ayrımcılık yasağının ihlal edildiği kanaatine varmıştır. Başvuruda ayrımcılık yasağı ihlali yapıldığına, muhatap hakkında 50.000 TL idari para cezası uygulanmasına karar verilmiştir.

2. İhlal Yapılmadığı Yönündeki Kararlar

Yönetmeliğin "ret kararı" başlıklı 72. maddesi uyarınca; inceleme ve araştırma sonucunda başvurunun yerinde olmadığı kanaatine varılması hâlinde ret kararı verilir.

Kurul'un ret kararı vermiş olduğu bir başvuruda özetle; ... Belediyesinde çalışan başvuranın kendisine yıllardır mobbing uygulandığı; 2016 yılında kendisi yıllık izin deyken haberi olmaksızın görev yerinin değiştiği; dört yıldır tek kadın olarak şantiyede görev yaptığı; son iki yıldır lavabosu ve tuvaleti olmayan bir şantiyede çalıştığı; çalıştığı şantiyede tuvalet olmaması nedeniyle sadece öğlen arası 700 metre ilerideki cami tuvaletini kullanabildiği; iş yerinde kendisine saygısızca davranıldığı, iftira atıldığı ve etrafında küfürlü konuşulduğu; ayrıca iş yerindeki kişilerin iş birlikçileri olan ve kendisinin tanımadığı kişilerce evinin çevresinde ve çarşıda takip edilip küfür ve hakaret edildiği; tüm başına gelenlerinin sebebinin Atık Yönetimi birimindeki kadınlar ve onların arkadaşları olan kişiler olduğu; bahsi geçen kişilerin kendisine bu şekilde davranma nedenlerinin kıskançlık olduğu; defalarca yer değişikliği talep etmesine rağmen görev yerinin değiştirilmediği iddia edilerek görev yerinin değiştirilmesi talep edilmektedir.

Kurul, söz konusu başvuruya ilişkin vermiş olduğu kararda³⁷: "TİHEK Kanununun 3'üncü maddesinin 2'nci fıkrasında Kanun kapsamında yasaklanan ayrımcılık temelleri "cinsiyet, ırk, renk, dil, din, inanç, mezhep, felsefi ve siyasi görüş, etnik köken, servet, doğum, medeni hâl, sağlık durumu, engellilik ve yaş" olarak sıralanmıştır. Buna göre eylem veya eylemlerin iş yerinde yıldırma sayılabilmesi için söz konusu eylem-

lerin TİHEK Kanununda sayılan temellere dayalı olarak kişiyi işinden soğutmak, dışlamak veya bıkırtmak amacıyla yapılması ve yıldırma kastının bulunması gerekmektedir.

Başvuran dilekçesinde iş yerinde yıldırmaya maruz kalma gerekçesi olarak Kanunda bahsedilen ayrımcılık temellerinden hiçbirisini dayanak olarak göstermemiş, iş yerinde yıldırmaya uğramasının tek nedeninin Atık Yönetimi birimindeki kadınların kendisini kıskanması olduğunu ifade etmiştir. Dolayısıyla başvuran, iddiasının gerçekliğine ilişkin kuvvetli emarelerin ve karine oluşturan olguların varlığını ortaya koyamadığından iş yerinde yıldırma açısından ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine ilişkin yeterli bir kanaat oluşmamıştır." ifadelerine yer vererek ayrımcılık yasağının ihlal edilmediği yönünde oy çokluğu ile karar vermiştir.

Söz konusu kararda ayrıca iki üyenin ilave görüşüne yer verilmiştir. Bu görüşlerden birinde; Kurul kararına katılmakla birlikte bir kadının şantiyede istihdamının doğru olmadığı, mümkünse uygun bir yerde istihdamının daha yerinde olacağı ifade edilmiştir. Diğer ilave görüşte ise; Cinsiyet temelli bir ayrımcılık yapıldığı kanıtlanmasa da bir kadın olarak başvuru kadınlara özgü bir tuvalet yaptırılana kadar uzakta bir yere gitmek durumunda kalması, şantiye gibi bir çalışma alanında bir konteyner içinde çalışmak durumunda kalan başvuru kadını durumu gözetilerek daha uygun bir yerde çalışma imkânı verilmesi için yeterli çabanın idare tarafından gösterilmesinin bekleneceği, insan onurunun gözetilmesi açısından idarece makul çözüm bulmak için başkaca yollara da müracaat edilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Kanaatimizce, ihlal yapılmadığı yönündeki karara katılan üyelerin söz konusu ilave görüşlerinin hukuki bir değeri bulunmamaktadır.

3. Kabul Edilmezlik Kararları

Yönetmeliğin "gerekçeli kabul edilmezlik" başlıklı 67. maddesi uyarınca; "Ön inceleme aşamasında, başvurunun açıkça dayanaksız olup olmadığı, başvurunun hakkın kötüye kullanımını teşkil edip etmediği, ayrımcılık yasağı ihlalinden kaynaklanan bir zararın bulunup bulunmadığının tespiti açısından incelenebilirliğin esasla birlikte incelenmesi kararlaştırılan başvurulara ilişkin esas inceleme ve araştırma

37 TİHEK, B. No: 2019/3031, K. No: 2020/124, 05/05/2020.

aşamasında söz konusu koşulları taşımayan başvurularla ilgili gerekçeli kabul edilmezlik kararı verilir.

Ön inceleme aşamasında incelenebilir bulunan ya da *incelenebilirliği esasla birlikte incelenmesi ve araştırılması kararlaştırılan başvuruların 48 inci maddede belirtilen gerekli koşulları taşımadığının anlaşılması halinde de bu başvurularla ilgili gerekçeli kabul edilmezlik kararı verilir.*"

Örneğin Kurul, 17 senedir tehlikeli işlerde çalıştırılan başvuranın sağlığının bozulması nedeniyle yıpranma tazminatını alamadığı ve kıdem tazminatının eksik ödendiği iddialarına ilişkin yapılan başvuruyu³⁸ ve bir Üniversitenin İdari ve Mali İşler Daire Başkanlığı bünyesinde sürekli işçi kadrosunda görev yapan başvuranın haklı olmayan sebeple işten çıkarılma iddiası ile işe iade talebine ilişkin başvuruyu³⁹ görev alanına girmemesi nedeniyle kabul edilemez bulmuştur. Kurul her iki kararında da, başvuranın iddia ve talepleri mevzuat hükümleri ile birlikte değerlendirildiğinde; Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'in 48'inci maddesine göre Kurumun görev alanına girmeyen başvurunun inceleme şartlarını taşımadığı ve bu nedenle kabul edilmez olduğunu ifade etmiştir.

Kurul 2023/136 sayılı kararında⁴⁰ ise, başvuran tarafından ileri sürülen, yüksek makina mühendisi olarak çalıştığı süre zarfında, kendisinin de içinde bulunduğu çalışma grubunun görevlerinden, toplantılarından ve bilgilendirmelerinden habersiz bırakıldığı, dışlandığı, görev talep etmesine rağmen görev verilmediği, bu durumun düzeltilmesini veya başka bir bölüme transferinin sağlanmasını talep ettiğinde şirket politikaları ve gizlilik gerekçeleriyle reddedildiği, geçici personel olması nedeniyle de damgalandığı ve taleplerinin bu gerekçelerle yerine getirilmediği gibi gerekçelerle işyerinde yıldırıma maruz kaldığı iddialarını yürürlükteki mevzuat hükümleri kapsamında değerlendirmiştir. Değerlendirme sonucunda, Kurul tarafından başvuru konu-

su işyerinde yıldırma iddiasının 6701 sayılı Kanun'da yer alan ayrımcılık temellerinden hangisine dayalı olarak gerçekleştiğinin veya herhangi bir ayrımcılık temeline dayanıp dayanmadığının belirtilmemesi, yapılan inceleme ve araştırmada da herhangi bir ayrımcılık temelinin tespit edilememesi nedeniyle başvurunun inceleme şartlarını taşımadığı ve kabul edilmez olduğu yönünde karar verilmiştir.

Kurul bir başka kararında, Jandarma Genel Komutanlığındaki görevden Kanun Hükmünde Kararname ile ihraç olunması nedeniyle özel sektördeki iş talebinin olumsuz sonuçlandığı iddiası ile mağduriyetin giderilmesi talebine ilişkin yaptığı değerlendirmede, 6701 sayılı Kanun'un 9'uncu maddesinde Kurumun başvuru incelemesi yapacağı alanlar olarak belirtilen ayrımcılık yasağı ve ulusal önleme mekanizması kapsamında değerlendirilemeyeceğini belirterek kabul edilmezlik kararı vermiştir⁴¹.

4. Karar Verilmesine Yer Olmadığı Kararları

Yönetmeliğin "Karar verilmesine yer olmadığına dair karar" başlıklı 73. maddesi uyarınca; Kurum, başvurucunun başvurusundan vazgeçmesi, başvuru gerçek kişi ise ölümü veya tüzel kişi ise tüzel kişiliğinin sona ermesi, inceleme ve araştırma devam ederken başvuru konusunda dava açılması, üzerine inceleme ve araştırmasını sonlandırması hâlinde karar verilmesine yer olmadığına dair karar verir.

Kurul'un, başvuranın sağlık durumu nedeniyle iş yerinde yıldırıma maruz kaldığına ilişkin değerlendirme yapmış olduğu kararında; başvuran 23.08.2021 tarihli başvurusu ile her ne kadar kendisine iş yerinde sağlık durumu nedeniyle kasıtlı olarak işinden soğutmak ve bıktırmak amacıyla ayrımcı muamele yapıldığını iddia etmiş ise de, 11.11.2021 tarihli dilekçesi ile sorunun çözüldüğünü belirtmiştir. Muhatap Şirket de başvuranın çalışma şartlarının talebine uygun şekilde yeniden düzenlendiğini ve değişiklikleri uygulamaya başladığını ifade etmiştir. Başvuruda muhatap tarafından başvuru konusu talebin yerine getirildiği, başvuranın talepleri doğrultusunda çalışma

38 TİHEK, B. No: 2022/1801, K. No:2023/195, 15/02/2023.

39 TİHEK, B. No: 2022/1404, K. No: 2022/874, 17/12/2022.

40 TİHEK, B. No: 2022/1752 -2022/1753, K. No: 2023/136, 15/02/2023.

41 TİHEK, B. No: 2022/1979, K. No: 2023/144, 15/02/2023.

şartlarının yeniden düzenlendiği anlaşılmıştır. Bu nedenle başvuru konusuz kaldığından Kurul tarafından başvuru hakkında karar verilmesine yer olmadığı yönünde karar verilmiştir⁴².

5. Uzlaşma Kararları

Yönetmeliğin "uzlaşma" başlıklı 52. maddesine göre: "(1) Başkan, incelemenin özelliğine göre, 51 inci maddeye göre ihlal iddiasına muhatap olan tarafın ve başvuruçunun görüşlerinin alınmasından sonra, resen veya talep üzerine tarafları uzlaşmaya davet edebilir.

(2) Uzlaşma; insan hakları veya ayrımcılık yasağı ihlali olduğu iddia olunan uygulamaya son verilmesi, mağdur açısından bu sonucu sağlayacak çözümleri içerebilir veya mağdura belli bir tazminatın ödenmesi biçiminde olabilir."

Yönetmeliğin "uzlaşma kararı" başlıklı 71. maddesi uyarınca ise; başvuru konusu talebin hakkında başvuru yapılan ilgili tarafça yerine getirildiğinin Kuruma bildirilmesi hâlinde veya başvurunun 52. maddeye göre çözüme kavuşturulduğunun anlaşılması halinde uzlaşma kararı verilir. Kurul'un şimdikiye kadar herhangi bir işçi-işveren uyuşmazlığında uzlaşma kararı verdiğine ise rastlanmamıştır.

III. Türkiye İnsan Hakları Kurulu'nun İdari Yaptırım Uygulama Yetkisi ve İdari Yaptırım Kararlarına Karşı Başvuru Yolları

A. Kurul'un İdari Yaptırım Uygulama Yetkisi

İdare, kamu düzeninin sağlanması amacıyla faaliyet konusuna ilişkin alandaki mevzuat çerçevesinde her türlü yaptırımı uygulayabilmektedir⁴³. Bu kapsamda 6701 sayılı Kanun'un "idari

yaptırımlar" başlıklı 25. maddesinde Kurul'un idari yaptırım uygulama yetkisi düzenlenmiştir. Buna göre; ayrımcılık yasağının ihlali hâlinde, bu ihlalin etki ve sonuçlarının ağırlığı, failin ekonomik durumu ve çoklu ayrımcılığın ağırlaştırıcı etkisi dikkate alınarak ihlalden sorumlu olan kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları, gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişileri hakkında 5.958,00 Türk lirasından 89.571,00 Türk lirasına kadar⁴⁴ idari para cezası uygulanır.

Kurum'un inceleme ve araştırma konusuyla ilgili olarak gerekçesini belirterek istediği bilgi ve belgelerin, bu talebin tebliğ edildiği tarihten itibaren otuz gün içinde verilmesi yönündeki yükümlülüğe, uyarıya rağmen haklı bir neden olmaksızın belirtilen sürede uymayan kişi ve kuruluşlar hakkında 2.973,00 Türk lirasından 11.931,00 Türk lirasına kadar idari para cezası uygulanır.

Kurul, verdiği idari para cezasını bir defaya mahsus olmak üzere uyarı cezasına dönüştürebilir. Hakkında uyarı cezası verilen kişi veya kurumun ayrımcı fiilinin tekrarı hâlinde alacağı ceza yüzde elli oranında artırılır. Bu artış ceza üst sınırını aşamaz. Bu Kanuna göre verilen idari para cezaları tebliğinden itibaren bir ay içinde ödenir.

Ayrımcılık yasağının ihlali kapsamında idari yaptırıma tabi tutulması gereken fiil, aynı zamanda bir suç teşkil edebilmekte ya da başka bir kanunda yer alan idari yaptırıma karşılık gelen bir fiili oluşturabilmektedir. Ayrımcılık yasağı ihlalinin ayrıca suç teşkil etmesi ve adli yargıda suça ilişkin yargılamanın görülmesi, Kurul'un idari yaptırım kararı vermesinin önünde engel değildir⁴⁵. Nitekim Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 54/2. maddesi de bu yönde bir düzenleme içermektedir.

44 2023 yılı itibarıyla uygulanan yeniden değerlendirme oranı sonucu 01.01.2023 tarihi itibarıyla uygulanacak parasal sınırlardır.

45 Halil Kalabalık, İnsan Hakları Hukuku, Seçkin Yayınevi, 5. Baskı, Ankara 2017, s. 355.

42 TİHEK, B. No: 2021/838, K. No: 2022/13, 04/01/2022.

43 Bahtiyar Akyılmaz/ Murat Sezginer/ Cemil Kaya, Türk İdare Hukuku, Savaş Yayınevi, 12. Baskı, Ankara 2020, s. 598.

B. Kurul'un İdari Yaptırım Uygulanması Yönündeki Kararlarına Karşı Başvuru Yolları

Kurul kararları, hukuki nitelikleri itibarıyla birer idari işlem niteliğindedir. Dolayısıyla bu kararlara karşı Anayasa'nın 125. maddesi uyarınca diğer idari işlem ve eylemlerde olduğu gibi yargı yolu açıktır. 6701 sayılı Kanun'da Kurul kararlarına karşı zorunlu bir idari başvuru yolu öngörülmemiştir. Dolayısıyla ilgililer Kurul kararlarına karşı doğrudan dava açabilirler.

1. Kurul'un İdari Para Cezası Kararına Karşı Başvuru Yolu

6701 sayılı Kanun'un "idari yaptırımlar" başlıklı 25. maddesinin 6. fıkrasında, bu Kanunda hüküm bulunmayan hâllerde idari yaptırımlara ilişkin olarak 5326 sayılı Kabahatler Kanunu⁴⁶ hükümlerinin uygulanacağı düzenlenmiştir. Kabahatler Kanunu'nun 27. maddesi uyarınca, idari para cezalarına karşı tebliğ tarihinden itibaren on beş gün içinde sulh ceza hâkimliğinde, idari para cezasının iptali için başvuru yapılabilir.

İyi yönetim ilkesi kapsamında, Kurul'un idari yaptırım kararlarını tebliğ ederken ilgisine başvuru yollarını ve süresini belirtmesi de gerekmektedir. Bu kapsamda Kurul kararları incelendiğinde; Kurul'un geçmiş kararlarında, idari yaptırım kararlarına karşı yargısal başvuru yolu olarak Ankara İdare Mahkemesi'ni gösterdiği ve tebliğ tarihinden itibaren 60 gün içinde iptal davasının açılması gerektiğini belirttiği görülmektedir⁴⁷. Bununla birlikte, söz konusu kararların karşı oy yazılarında, on beş gün içinde sulh ceza hâkimliğine başvurulması gerektiği ifade edilmiştir. Daha sonraki tarihli bir kararda ise, sadece yargı yolunun açık olduğu yazılmıştır⁴⁸. Ancak Kurul'un son kararlarına bakıldığında daha önce-

ki yanlış uygulamasından dönerek, yaptırım kararlarında başvuru yolu olarak Ankara Sulh Ceza Mahkemelerinde on beş gün içinde dava açılması gerektiği belirtilmektedir.

İdari işlem metninde başvuru yollarının gösterilmemiş olması ya da yanlış gösterilmesi, bireylerin hak arama özgürlüğünün kullanılmasını engelleyebilecek nitelikte sonuçlara yol açabilir. 3.10.2001 tarih ve 4709 sayılı Anayasa Değişikliği Kanunu ile Anayasanın 40/2. maddesine eklenen hüküm uyarınca, idareler yaptıkları idari işlemlerde ilgililerin bu işlemlere karşı başvuracağı idari ve yargısal başvuru yollarını ve bunların hangi süre içinde yapılacağını göstermekle yükümlüdür⁴⁹. Hukuk sistemimizde, başvuru yollarının gösterilmesi kuralının ihlalinin sonuçları düzenlenmemiştir. Danıştay içtihatlarında, idari işleme karşı başvuru yolu gösterilmemesi nedeniyle dava açma süresini kaçıran ilgilinin davasının süre yönünden reddedilmeyeceği, dava açma süresinin işlemeyeceği kabul edilmiştir. Doktrinde bir görüşe göre, başvuru yollarının gösterilmemesi, şekil eksikliği sebebiyle işlemin iptali sebebi sayılmalıdır⁵⁰. Ancak mevcut hukuki durumda bu ihtimal mümkün görünmemektedir. Nitekim Danıştay kararları da bu yöndedir⁵¹. Günday'a göre ise, Anayasa'da yer alan düzenleme idari işlemler için bir şekil şartı getirmemekte olup, dolayısıyla bu ilkenin ihlali durumunda

46 RG, 31.3.2005, Sayı: 25772 (Mükerrer)

47 Bkz. Kurul'un 15.10.2018 tarih ve 2018/97 sayılı kararı; Kurul'un 05.03.2019 tarih ve 2019/15 sayılı kararı; Kurul'un 10.09.2019 tarih ve 2019/54 sayılı kararı; Kurul'un 14.01.2020 tarih ve 2020/8 sayılı kararı; Kurul'un 11.02.2020 tarih ve 2020/26 sayılı kararı.

48 Kurul'un 11.08.2020 tarih ve 2020/176 sayılı kararı.

49 Anayasa m. 40/2'nin gerekçesinde, "Bireylerin, yargı ya da idari makamlar önünde sonuna kadar haklarını arayabilmelerine kolaylık ve imkân sağlanması amaçlanmaktadır. Son derece dağınık mevzuat karşısında kanun yolu, mercii ve sürelerin belirtilmesi hak arama, hak ve hürriyetlerin korunması açısından zorunluluk haline gelmiştir." ifadelerine yer verilmiştir. Gerekçe metni için bkz. <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss737m.htm>, E.T.10.04.2023.

50 Çınar Can Evren, "İdari Usul İlkelerinin Yönetim Hukukumuz Açısından Değeri", TBBD, Sayı: 91, Yıl: 2010, Ankara, s. 130.

51 Danıştay bir kararında, "(i)lgili mevzuatta belirtilen usule uygun olarak yapılan başvuru nedeniyle, idari işlemin hukuka uygunluğunun denetimi sırasında, söz konusu işlemin, başvuru zamanının ve yerinin bulunmadığı gerekçesiyle, şekil yönünden hükümsüz kabul edilmesi(nin) Anayasanın 40. maddesinin 2. fıkrası ile sağlanmak istenen amacı aşan bir yorum" olacağını ifade etmiştir. Dn.9.D., E. 2008/559, K. 2010/5801, T. 03.11.2010, (kazanci.com.tr).

işlem sakatlanmayacaktır. Ancak işlemin ilgilisi, başvuru yollarının ve süresinin idare tarafından yerine getirilmemesi karşısında bir zarara uğramış ise, idarenin sorumluluğu kapsamında, zararını ilgili idareden talep edebilecektir⁵². Konuya ilişkin olarak Danıştay da 2022 yılında, yazılı olarak bildirilen özel veya genel dava açma süresine tâbi idari işlemlerde dava açma süresinin belirtilmediği hallerde genel dava açma süresinin uygulanması gerektiği doğrultusunda bir içtihadı birleştirme kararı yayınlamıştır⁵³. Ancak Danıştay'ın içtihadı birleştirme kararı ile bağlayıcı hale gelen bu yöndeki uygulama ile Anayasa'da öngörülen yükümlülüğe uygun işlem tesis etmeyen idare, işlemin genel dava açma süresine tâbi olması halinde bütünüyle yaptırımsız bırakılmış; işlemin özel dava açma süresine tâbi olması halinde ise, genel dava açma sürelerinin uygulanması gibi oldukça insafli bir "yaptırım" ile karşı karşıya bırakılmıştır. Böylelikle, Anayasa'nın başvuru yollarının gösterilmesi kuralını koyan m. 40/2 hükmü adeta yaptırımdan yoksun kılınmıştır⁵⁴.

Kanaatimizce, Anayasal bir ilke olan⁵⁵ başvuru yollarının gösterilmesi ilkesi, Anayasanın bağlayıcılığı ve en üst norm olması gerekçesiyle hukukten doğrudan uygulanabilir niteliktedir⁵⁶. Ancak

hukuki güvenlik ilkesi açısından, söz konusu ilkenin ve bu ilkeye uyulmaması durumunda uygulanacak uygun nitelikte yaptırımın genel bir idari usul yasası içerisinde kural olarak öngörülmesi, kuralın uygulanabilirliğini artırmak açısından yerinde olacaktır⁵⁷. Nitekim çoğu zaman TİHEK özetinde de görüldüğü üzere söz konusu ilke idarelerce göz ardı edilmekte ve bireylerin bu sebeple hak kaybına uğradıkları gözlemlenmektedir.

2. Kurul'un Uyarı Cezası Kararına Karşı Başvuru Yolu

Kurul tarafından uygulanan uyarma cezası, hukuki niteliği itibarıyla bir idari işlemidir. İdari para cezalarında olduğu gibi ayrı bir kanun yolu öngörülmediğinden Kurul'un vermiş olduğu uyarı cezalarına karşı genel hükümler kapsamında idari yargı kolunda, menfaati ihlal edilen ilgililerce iptal davası açılabilir. Bu kapsamda görevli mahkeme, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu⁵⁸ uyarınca genel görevli mahkeme olan idare mahkemeleridir. Yetkili mahkeme ise 2577 sayılı Kanun'un 32. maddesi uyarınca, idari işlemi yapan yer idare mahkemesidir. Dolayısıyla Kurum'un merkezi Ankara'da olduğundan Ankara İdare Mahkemesi görevli ve yetkilidir. Dava açma süresi de idari yargıda genel dava açma süresi olan altmış günlük süredir. Süre, kararın tebliğini izle-

52 Metin Günday, İdare Hukuku, İmaj Yayınevi, 10. Baskı, Ankara 2011, s. 144-145.

53 Danıştay İBK, E. 2021/2, K. 2022/1, RG, 19.06.2022, Sayı: 31871.

54 Özge Aksoylu, "Anayasa Md. 40/2'nin Uygulanmasına İlişkin Belirsizliklerin K. 2022/1 Sayılı Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulu Kararı Işığında Değerlendirilmesi", YÜ-HFD, C.XX, 2023/1, s. 71

55 Gözler'e göre; "Böyle bir hükmün, Anayasada yer almasının hiçbir anlam ve gereği yoktur. Böyle bir kural, kanunla, kanun hükmünde kararnameyle ve hatta bir Başbakanlık genelgesiyle kabul edilebilir ve uygulamaya konulabilir. Genelge konusu olabilecek bir hükmün, normlar hiyerarşinin en tepesine yerleştirilmesi, bizzatıhi Anayasa kavramının saygınlığını lekelemektedir. Diğer yandan belirtelim ki, idari usule ilişkin düzenlemeler, sistemin bütünü göz önüne alınarak yapılması gereken teknik düzenlemelerdir. Böyle bir hüküm, idari usul sistemimizde başka değişikliklerle birlikte yapılması gerekir. Sistemin tümü göz önüne alınmadan yapılan tek bir değişiklik beklenen sonucu değil, tersine beklenmeyen, daha zararlı sonuçları ortaya çıkarır." Kemal Gözler, "3 Ekim 2001 Tarihli Anayasa Değişikliği: Bir Abesle İştiğal Örneği", Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt: 19, Ankara, 2002, s. 33

56 Anayasa m.40/2'nin doğrudan uygulanabilirliği doğru-

dan uygulanabilirliği doktrinde tartışılmıştır. Duran'a göre, Anayasa hükümlerinin bağlayıcılığı ve en üst hukuk normu olması, bu hükümlerin doğrudan uygulanabilir nitelikte olduğu anlamına gelmemektedir. (Lütfi Duran, "Anayasa, Kanun ve Hâkimler", Özel Galatasaray Yüksek İktisat ve Ticaret Okulu Dergisi, S. 4, 1970, s. 274). Hirsch'e göre ise, Anayasal kuralların bağlayıcılığı ve en üst hukuk normu olması, bu kurallara doğrudan uygulanabilir bir nitelik kazandırmaktadır. (Ernest Hirsch, "Anayasanın Özel hukuk Kurallarına Etkileri", Birinci Türk Hukuk Kongresinde Sunulan Tebliğler, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 1971, s. 12). Akıllıoğlu ise, anayasal kuralların doğrudan uygulanabilirliğini, ancak o konuda bir kanuni düzenlemenin bulunmamasına özgü bir durum olduğu görüşündedir. (Tekin Akıllıoğlu, Yönetim Önünde Savunma Hakları, Sevinç Matbaası, Ankara 1983, s. 88.) Anayasa Mahkemesi de bir kararında söz konusu Anayasa maddesinin doğrudan uygulanabilir olduğunu ifade etmiştir. AYM, E. 2004/84, K. 2004/124, T. 08.12.2004, RG, 02.12.2005, Sayı: 26011.

57 Mehpere Çaptuğ, İdari Usul Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s. 190.

58 RG, 20.01.1982, Sayı:17580.

yen günden itibaren işlemeye başlar. Uyarı cezalarına karşı Kurul kararlarında da bu doğrultuda başvuru yolu gösterilerek, Kurul'un verdiği uyarı cezası kararlarında, kararın iptali için yapılacak başvurunun Ankara İdare Mahkemesi'ne altmış gün içinde yapılması gerektiği belirtilmiştir⁵⁹.

Kurul kararlarına karşı 6701 sayılı Kanun'da dava açmadan önce tüketilmesi gereken herhangi bir zorunlu idari başvuru yolu öngörülmemiş olmakla birlikte genel hükümler çerçevesinde dava açmadan önce idari itirazda bulunulabilir. İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun "üst makamlara başvurma" başlıklı 11. maddesi uyarınca; ilgililer tarafından idari dava açılmadan önce, idari işlemin kaldırılması, geri alınması, değiştirilmesi veya yeni bir işlem yapılması üst makamdan, üst makam yoksa işlemi yapmış olan makamdan, idari dava açma süresi içinde istenebilir. Bu başvuru, işlemeye başlamış olan idari dava açma süresini durdurur. Otuz gün içinde bir cevap verilmemesi durumunda istek zımnen reddedilmiş sayılır. Dolayısıyla Kurul'un uyarma cezalarına karşı, dava açma süresi olan altmış günlük süre içerisinde, üst makamı bulunmadığından işlemi yapmış olan makama yani yine Kurul'a idari itirazda bulunmak mümkündür. Bizim de katıldığımız Danıştay'ın görüşüne göre, ihtiyari idari başvuru hallerinde itirazın sonucu beklenmeden dava açılabilir⁶⁰.

Danıştay bir kararında özel kanunda idari işleme karşı görevli yargı yerinin gösterilmiş olmasının, İdari Yargılama Usulü Kanunu m.11 kapsamında idari itiraz yoluna başvurulmasına engel teşkil edeceği yönünde karar vermiştir⁶¹. Ancak

Danıştay'ın bu kararına katılmak mümkün değildir. Nitekim özel kanunlarda yargı yolunun gösterilmiş olması, sadece görevli mahkemeyi belirleme amacı taşımakta, idari itirazda bulunmanın önünde bir engel teşkil etmemektedir⁶².

C. Kurul'un İdari Yaptırımın Uygulanmaması Kararına Karşı Başvuru Yolu

Ayrımcılık yasağının ihlali iddiası ile TİHEK'e yapılan başvurunun incelenmesi sonucunda, ayrımcılık yasağının ihlal edilmediği sonucuna varılması durumunda, Kurul, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'in "Gerekçeli kabul edilmezlik kararı" başlıklı 67. maddesi uyarınca "gerekçeli kabul edilmezlik" kararı verebilmektedir.

Kabul edilmezlik kararının ihlal iddiasında bulunan ilgililere de tebliğ edilmesi gerekmektedir. Söz konusu karar, hukuki niteliği itibarıyla bir idari işlem olup, kararın kendisine tebliğ edilmesi üzerine başvurusu reddedilen ilgililer, İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda yer alan genel hükümler uyarınca, Ankara İdare Mahkemesi'nde, kararın kendilerine tebliğ edilmesini izleyen altmış gün içinde iptal davası açma hakkına sahiptirler. Dava açmadan önce ihtiyari idari başvuru yapılabilmesine ilişkin, Kurul'un uyarma cezasına karşı başvuru yolları başlığı altında yapılan değerlendirmeler, gerekçeli kabul edilmezlik kararı için de geçerlidir.

Sonuç

Öğretide ve yargı kararlarında eşitlik ilkesi, hem başlı başına bir hak hem de diğer hak ve özgürlüklerden yararlanılmasına hâkim temel bir ilke olarak kabul edilmektedir. Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı, temel hak ve özgürlüklerin kulla-

Dergisi, S. 111, s. 80.

62 Bahtiyar Akyılmaz/ Murat Sezginer/ Cemil Kaya, Türk İdari Yargılama Hukuku, Savaş Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2019, s. 219.

59 Kurul'un 25.08.2020 tarih ve 2020/945 sayılı kararı; Kurul'un 08.09.2020 tarih ve 2020/193 sayılı kararı; Kurul'un 22.09.2020 tarih ve 2020/198 sayılı kararı.

60 Danıştay, 12. D., 07.07.2003, E. 2003/380, K. 2003/2077, Danıştay Kararlar Dergisi, S. 3, s. 345. Aksi yönde bkz. Ramazan Yıldırım, İdari Başvurular, Mimoza Yayınları, Konya 2006, s. 202.

61 Danıştay, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 55. Maddesinde Rekabet Kurulu kararlarına karşı başvurulabilecek görevli yargı yerinin belirtildiğinden hareketle, ilgililerin İYUK m.11 uyarınca, ihtiyari idari itiraz yoluna başvuramayacağına karar vermiştir. Danıştay İDDK, 16.06.2005, E. 2003/428, K. 2005/2175, Danıştay

nılmasında sadece kamu otoritelerine hitap eden bir güvence olmayıp özel kişileri de bağlayan temel bir ilkedir. Bu kapsamda devletin, ayrımcılık yasağının özel kişiler tarafından ihlal edilmesini önlemek adına pozitif yükümlülükleri bulunmaktadır. Eşitlik ilkesinin ihlalinin ve ayrımcılığın yaşandığı başlıca alanlardan birini çalışma hayatı oluşturmaktadır. Çalışma hayatında ayrımcı uygulamalara maruz kalmaları bireylerin çalışma hakkından gereği gibi yararlanamamasına yol açabilmektedir. Bu durumun önüne geçmek için çeşitli kanuni düzenlemelerde işverenin eşit davranma yükümlülüğü düzenlenmiştir. Ancak devletin çalışma hayatının eşitlik ilkesine uygunluğunu sağlamak adına işverene getirdiği kanuni yükümlülükler tek başına yeterli değildir. Devletin eşitlik ilkesinin hayata geçirilmesi için yerine getirmesi gereken bir diğer pozitif yükümlülüğü ayrımcılık iddialarına yönelik etkin başvuru mekanizmaları oluşturmaktır. Bu kapsamda Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu'na özel olarak istihdam alanında ayrımcılıkla mücadele görevi verilmiştir.

Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu hem başvuru üzerine hem de re'sen denetim yapabilmektedir. Kurum, yaptığı denetimler sonucunda işverenlerin ayrımcılık yaptığının tespit edilmesi durumunda idari para cezası ve uyarı cezası verebilmek gibi yetkilere sahiptir. İdari yaptırım uygulayabilme yetkisiyle donatılmış olması Kurum'u, daha etkili bir hale getirmektedir. Ancak hukuk devleti ilkesi ve Anayasa'nın 125. maddesi gereği idari işlem niteliğinde olan Kurum'un yaptırım kararlarına karşı yargı yoluna gidilebilmesi mümkündür.

Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu, çalışanların iş hayatında karşılaştıkları ayrımcılıklara yönelik çeşitli ihlal kararları vermiştir. Bu kararlar incelendiğinde ağırlıklı olarak kadınlara hamilelik, annelik gibi nedenlerle yapılan ayrımcı uygulamaların ihlal konusu olduğu görülmektedir. Kadınların bu hususlarda ayrımcılığı uğramaması için TİHEK Kanunu'nda özel bir düzenleme yapılmış olması kadınlara yönelik ayrımcılık yasağının güvencesini artırmaktadır.

Sonuç olarak; Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu ile işverenlerin eşit davranma borcunu gereği gibi yerine getirmelerinin sağlanmasında önemli bir hukuki mekanizma tesis edilmiştir. TİHEK Kanunu'nun diğer ayrımcılık yasağı düzenlemelerine nazaran olumsuz tarafı ise ayrımcılık temellerinin sınırlı olarak belirlenmiş olmasıdır. Bu durum, haksız ve ayrımcı çeşitli uygulamaların ayrımcılık yasağının kapsamına girememesi tehlikesini oluşturmaktadır.

KAYNAKÇA

- Akıllıoğlu, Tekin. Yönetim Önünde Savunma Hakları, Sevinç Matbaası, Ankara 1983.
- Aksoylu, Özge. "Anayasa Md. 40/2'nin Uygulanmasına İlişkin Belirsizliklerin K. 2022/1 Sayılı Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulu Kararı Işığında Değerlendirilmesi", YÜHFD, C.XX, 2023/1, 23-76.
- Akyılmaz Bahtiyar/ Murat Sezginer/ Cemil Kaya. Türk İdari Yargılama Hukuku, Savaş Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2019.
- Akyılmaz, Bahtiyar/ Murat Sezginer/ Cemil Kaya. Türk İdare Hukuku, Savaş Yayınevi, 12. Baskı, Ankara 2020.
- Cin Karagöz, Emine. "Kadın-Erkek Eşitliği ve Ayrımcılık Yasağı Bağlamında Türkiye Eşitlik ve İnsan Hakları Kurumu'nun Yetkileri", Yasama Dergisi, 2016, S. 32, 21-40.
- Çaptuğ, Mehpare. İdari Usul Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.
- Doğan Yenisey, Kübra. "İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı", Çalışma ve Toplum, 2006/4, S. 11, 63-81.
- Duran, Lutfi. "Anayasa, Kanun ve Hâkimler", Özel Galatasaray Yüksek İktisat ve Ticaret Okulu Dergisi, S. 4, 1970, 263-284.
- Economic, Social and Cultural Rights: Handbook for National Human Rights Institutions, UN Professional Training Series, S.12, New York ve Geneva, 2005.
- Evren, Çınar Can. "İdari Usul İlkelerinin Yönetim

- Hukumumuz Açısından Değeri”, TBBB, Sayı 91, Yıl 2010, Ankara, 110-145.
- Gözler, Kemal. “3 Ekim 2001 Tarihli Anayasa Değişikliği: Bir Abesle İştigal Örneği”, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt. 19, Ankara, 2002, 326-356.
 - Gözübüyük, A. Şeref /Feyyaz Gülcüklü. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 9. Bası, Ankara 2011.
 - Günday, Metin. İdare Hukuku, İmaj Yayınevi, 10. Baskı, Ankara 2011.
 - Hirsch, Ernest. “Anayasanın Özel hukuk Kurallarına Etkileri”, Birinci Türk Hukuk Kongresinde Sunulan Tebliğler, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 1971, 3-13.
 - Kalabalık, Halil. İnsan Hakları Hukuku, Seçkin Yayınevi, 5. Baskı, Ankara 2017.
 - Karagözler, Meriç. Bir Temel Hak Olarak Çalışma Hakkı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021.
 - Karan, Ulaş. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme, Ed. Sibel İnceoğlu, 2. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2013, 459-494.
 - Odyakmaz, Zehra. “Eşitlik Kurumları ve Türkiye’deki Durum”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2008, C. 16, S. 1, 93-116.
 - Odyakmaz, Zehra. “Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (CEDAW) Açısından Türk Kadınının Durumu”, İşveren, Nisan-Mayıs 2005, S. 7-8, C. 43, 34-37.
 - Sur, Melda. “İş İlişkisinde Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, Sicil, S. 37, Y. 2017, 33-51.
 - Süzek, Sarper. İş Hukuku, Beta Yayıncılık, 12. Baskı, İstanbul 2016.
 - Tezcan, Durmuş/ Mustafa Ruhan Erdem/ Oğuz Sancakdar/ Rifat Murat Önok. İnsan Hakları El Kitabı, Seçkin Yayıncılık, 9. Baskı, Ankara 2021.
 - Tuncay, A. Can. İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1982.
 - Yıldırım, Ramazan. İdari Başvurular, Mimoza Yayınları, Konya 2006.
 - Yıldız, Gaye Burcu. “İş Sözleşmesinin Feshinde Eşit İşlem Yapma Borcu ve Ayrımcılık Yasağı”, Prof. Dr. Ali Güzel’e Armağan, I, İstanbul 2010, 287-381.

Araştırma Görevlisi Naime N. GÜNBATTI*

Araştırma Makalesi
Sicil, 2023/I Sayı 49: 214-233
Makale Gönderim Tarihi: 18 Ocak 2023
Makale Kabul Tarihi: 25 Ocak 2023

İşçilerin İşyeri ve İşletmeye Yönelik İfade Özgürlüğü

Öz

İşçilerin düşünce açıklamalarının iş sözleşmesinden doğan yükümlülükleriyle çatıştığı durumlarda ifade özgürlüğü ve bu özgürlüğün sınırları Yargıtay, Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları kapsamında ele alınacaktır.

Anahtar Sözcükler:

İfade özgürlüğü, ifade özgürlüğünün sınırları, şikâyet hakkı, işçinin sadakat borcu, ifşa ve ihbar hakkı.

Employees' Freedom Of Expression Regarding Workplace And Business Organization

Abstract

In this article, employees' freedom of expression will be argued in the light of various decisions of Constitutional Court, Court of Cassation and European Court of Human Rights, regarding to the contradiction between employees' expressions and their obligations deriving from employment contract.

Keywords:

Freedom of expression, limits to freedom of expression, right to criticize, obligation of loyalty, whistleblowing.

*Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı, nngunbatti@ankara.edu.tr, ORCID: 0000-0002-3321-2195.

Giriş

Doğası gereği toplumsal bir canlı olan insanın bilgi ve düşüncelerini dış dünya ile paylaşmak istemesi hem kaçınılmaz hem de gerek bireylerin gerekse toplumların gelişimi açısından zaruridir. Nitekim günümüzde bireyin ifade özgürlüğü tüm demokratik toplumlarda korunmakta; ifade özgürlüğünün güvenceleri, uluslararası insan hakları belgeleri ve Anayasalarda kendini göstermektedir. Devletlerin hem meşru sınırları içinde bireylerin ifade özgürlüğüne bizzat müdahale etmemek hem de bireylere bu özgürlüğü kullanabileceği, diğer kişilerin müdahalesinden korunan ortam yaratmak yükümlülüğü bulunmaktadır¹.

İfade özgürlüğünün öznesi herkeştir ve kuşkusuz bir iş akdine dayanarak çalışan bireyler de ifade özgürlüğüne sahiptir. Ancak özellikle iş akdinin yüklediği iş görme ve sadakat borcu işçinin ifade özgürlüğüne sınır oluşturmaktadır. Bu sınırın nerede başlayıp nerede bittiği hususu ise gerek Avrupa gerekse Türkiye’de yargıyı meşgul etmektedir. Bu çalışmada, işçinin işyeri ve işletmeye yönelik açıklamaları bağlamındaki ifade özgürlüğü ile işverenin şöhret ve haklarının çatışması durumunda tarafların menfaatleri arasındaki adil dengenin nasıl sağlanacağı sorunu üzerinde durulmuştur. Sorun sadece bireysel iş hukuku boyutuyla ele alınmış, konunun toplu iş hukukunu ilgilendiren yönü çalışmanın kapsamı dışında bırakılmıştır.

I. İfade Özgürlüğü

A. Genel Olarak

Akıl ve vicdan sahibi olan insan, kaçınılmaz olarak düşünce ve kanaat üretir². İnsan toplumsal bir canlı olduğundan, yine kaçınılmaz olarak düşünce ve kanaatlerini diğerlerine ifade etme gereksinimi duyar. İfade özgürlüğü, bir düşünce, inanç, kanaat, tutum veya duygunun barışçıl yol-

lardan dış dünyada ortaya konulması anlamına gelir³. Bu ortaya koyma; sözle, yazıyla, resimle, gösteriyle veya başka biçimlerle gerçekleştirilir. Örneğin ses dalgaları, elektromanyetik dalgalar yoluyla; çizim, resim, görüntü yoluyla; fiziken veya elektronik ortamda paylaşılan yazılarla; marş, terennüm veya şarkılarla düşüncenin ifade edilmesi mümkündür⁴.

İfade özgürlüğü, gerçeğe ulaşma bakımından toplumların ve bireyin entelektüel gelişiminin ayrılmaz bir parçası olduğu için özel bir konuma sahiptir⁵. Demokratik bir toplumun olmazsa olmazlarından olan ifade özgürlüğü, bireyler ve toplumun gelişip kalkınmasındaki⁶ rolünden dolayı Anayasa ve uluslararası insan hakları belgelerinde güvence altına alınmıştır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi madde 10 ve İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi madde 19’a göre, herkes ifade özgürlüğüne sahiptir. Bu hak; bilgi ve fikirleri arama, edinme ve yayma hakkını da içerir. Her iki belgeye paralel olarak Anayasa madde 26’da herkesin düşüncelerini açıklama ve yayma hakkı, resmi makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir alma ve verme özgürlüğünü de kapsayacak biçimde korunmuştur.

B. İfade Özgürlüğünün Dikey ve Yatay Etkisi

Devletin ve özel kişilerin temel hak ve özgürlüklere muhataplığı incelenirken bir ayrıma gidilmesi gerekir. Tarihsel olarak anayasalar, temel hak ve özgürlüklerin korunabilmesi için devleti

3 Erdoğan, s. 8.

4 Kalabalık, s. 517.

5 Uygun, s. 589.

6 Başvurucu Richard Handsyde, ergenlik dönemindeki okurları cinsellik hakkında eğitmeyi amaçlayan bir kitabın yayın haklarını satın almıştır. Kitap çok sayıdaki şikâyetin üzerine, reşit olmayanları korumak amacıyla çıkarılmış olan Müstehcen Yayınlar Kanunu’na dayanılarak, kazanç elde etmek amacıyla müstehcen yayın bulundurmamak gerekçesiyle toplatılmıştır. AİHM demokratik bir toplumun gerekleri göz önünde bulundurulduğunda, Sözleşmecî devletin başvurusunun ifade özgürlüğünü ihlal etmediğine karar vermiştir (ECHR (Dec.), Handsyde v. The United Kingdom, 07.12.1976, Appl. no. 5493/72, <https://hudoc.echr.coe.int> [E.T. 24.02.2022]).

1 Özbey, s. 98.

2 Uygun, s. 589.

sınırlandırmayı amaçlar⁷. Öyleyse temel haklar her zaman devlete karşı ileri sürülebilir; buna, *temel hakların dikey etkisi* denir⁸. Temel hakların özel kişiler arasındaki ilişkilerde etkili olması ise *temel hakların yatay etkisi* ile ilgilidir⁹.

Klasik sınıflandırmaya göre temel hak ve özgürlükler üçe ayrılır; bunlar negatif statü hakları, pozitif statü hakları ve aktif statü haklarıdır¹⁰. Aktif statü haklarından olan seçme, seçilme, kamu hizmetine girme, vatan hizmeti gibi siyasi hak ve ödevlerin tek muhatabı elbette devlettir; dolayısıyla bu hakların mahiyeti gereği yatay düzlemde etki doğurması mümkün değildir. Pozitif statü haklarından olan çalışma hakkı, konut hakkı, eğitim ve öğrenim hakkı, sosyal güvenlik hakkı gibi sosyal hakların da yine tek muhatabı devlettir; çünkü modern hukuk sistemlerinde sadece devletin özel kişilere yardım etme yükümlülüğü olabilir¹¹. Negatif statü haklarından olan kişi dokunulmazlığı, zorla çalıştırma yasağı, mülkiyet hakkı, düşünce ve kanaat özgürlüğü, ifade özgürlüğü gibi bireysel hak ve özgürlüklerin ise hem devlete hem özel kişilere karşı ileri sürülebilmesi mümkündür.

Negatif statü haklarından olan ifade özgürlüğü, yatay ilişkilerde ileri sürülebilir. Temel hakların yatay ilişkilerdeki görünümü iki farklı şekilde ifade edilir: Bunlar, temel hakların *doğrudan yatay etkisi* ve *dolaylı yatay etkisi*dir.

Temel hakların doğrudan yatay etkisi, bir özel kişinin bir temel hakkı doğrudan başka özel kişilere karşı mahkemeler önünde ileri sürebilmesi¹² ve diğer özel bireylerden bu temel hakkın uygulanmasını isteyebilmesi anlamına gelir. Öğretide temel hakların doğrudan etkisi reddedilmektedir¹³.

Bu görüşe yöneltilen eleştiriler temel olarak üç gruba ayrılabilir: Öncelikle, anayasal normlar

çoğunlukla devlete yönelik yapılan düzenlemelerdir¹⁴ ve devletin bu hakları ihlalini yasaklayan kısa ve çerçeve hükümlerden ibarettir. Dolayısıyla, bu eleştiriye göre temel haklar yatay ilişkilerde doğrudan uygulanmaya elverişli değildir. İkinci olarak temel hakların özel kişiler arasındaki uyumsuzluklar için yerel mahkemelerde ileri sürülebileceğini kabul etmek, kuvvetler ayrılığına aykırı olacaktır. Zira, Anayasayı somutlaştırma yetkisi yasama organına aittir ve yargı organına Anayasayı doğrudan uygulama yetkisi vermek yasama organının alanına aşırı müdahale edilmesi sonucunu doğurur¹⁵. Ayrıca özel hukuk uyumsuzluklarında tarafların çatışan menfaatlerinin dengelenmesi gerekir. Temel haklar arasında Anayasal bir hiyerarşi bulunmadığına göre uyumsuzluğun çözülebilmesi için yargı organının bir temel hakkı diğerine göre sınırlandırması gerekecektir. Oysa temel hakların hangi hukukî işlemlerle hangi ölçüde sınırlandırılacağı Anayasada yer almamaktadır¹⁶, üstelik Anayasa madde 13'e göre temel hak ve özgürlükler ancak kanunla sınırlandırılabilir. *Son olarak*, temel hakların yatay ilişkilerde doğrudan uygulanabileceğini kabul etmek, Anayasal irade özerkliği prensibine de aykırılık teşkil edecektir¹⁷.

Yukarıda değinilen ve doğrudan yatay etki aleyhine ileri sürülen görüşler uyarınca, Anayasa hükümleri kişiler arasındaki ilişkide dolaylı etkide bulunabilecektir. Nitekim özel hukuk hakiminin Anayasaya uygun yorum yapma ve kural boşluklarını Anayasaya uygun şekilde doldurma ödevi olması, temel hak ve özgürlüklerin yatay ilişkideki dolaylı etkisinin görünümüdür¹⁸.

Kaynağını Alman hukukundan alan bu kavramsal ayrımlar ve tartışmalar artık eski önemini yitirmiştir¹⁹. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın kişiler arasında yatay düzlemde de uygulama alanı bulacağı, esasen bizzat Anayasa'nın 11. maddesinde açıkça ifade edil-

7 Kaya, s. 386.

8 Gözler, s. 417.

9 Sunay, s. 11-12.

10 Gökpınar, s. 40.

11 Gözler, s. 417.

12 Gözler, s. 417.

13 Ertürk, s. 35; Gözler, s. 418; Öktem Songu, s. 62.

14 Dönmezkuş, s. 60.

15 Ertürk, s. 35.

16 Öktem Songu, s. 622.

17 Ertürk, s. 37; Öktem Songu, s. 619.

18 Şirin, s. 360-361.

19 Ergül, s. 439.

miştir. Maddeye göre, “Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır.” Dünyada pek çok anayasada bulunmayan bu hüküm, Anayasal temel hak ve özgürlüklerin bireyler arasındaki ilişkide sadece dolaylı olarak değil, doğrudan da uygulanabileceğine dayanak teşkil eder²⁰. Çalışmanın bütünlüğü açısından Anayasanın yatay ve dikey etkisine yönelik ayrımlara ve düşüncelere yukarıda yer vermiş olsak bile; kanaatimiz, Anayasanın yatay ilişkilerde hem doğrudan hem de dolaylı olarak uygulama alanı bulacağı hususu zaten madde 11’de açıkça düzenlenmiş olduğundan, bu konuda şüphe ve eleştiriye yer olmadığıdır.

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, temel hak ve özgürlüklerin özel hukuk ilişkilerindeki etkisinde devletin pozitif yükümlülüğü bulunmaktadır. Konuya Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)’nin bakış açısına değinecek olursak; her ne kadar Sözleşme’ye göre AİHM’e başvurabilmek için devlet tarafından mağdur edilmiş olma şartı aransa da²¹ Strazburg Mahkemesi, sözleşmenin birçok maddesinin lafzı ve ruhu ile yorumlanması gerektiği sonucuna vararak²² devletin pozitif sorumluluğunu kabul etmektedir. AİHM’in belirttiği üzere, devletin ifade özgürlüğünün gerçekleştirilmesi bakımından tek yükümlülüğü karışmama, müdahale etme değildir; ifade özgürlüğünün korunması için gerekli koruyucu önlemleri de alması gerekir²³. Nitekim, çalışmamızın konusu bakımından ifade özgürlüğüne yapılan en büyük müdahale, işçinin

ifade özgürlüğünün kullanımı neticesinde işveren tarafından iş akdinin feshedilmesidir²⁴. Ancak müdahalenin özel kişi olan işverenden geldiği hallerde bile ifade özgürlüğünün korunması yükümlülüğü devletin üzerindedir.

C. İfade Özgürlüğünün Kapsam ve Sınırları

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) madde 10’da kapsamı çizilen ifade özgürlüğü, içerik bakımından her türlü ifadeyi koruma altına almakta; sınırlamayı yalnız ifadenin kullanılış biçimine ilişkin olarak getirmektedir²⁵. Nitekim AİHS madde 10/II’ye göre; ifade özgürlüğünün kullanılması yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir. Bununla birlikte ifade özgürlüğünün kapsamına içerik bakımından getirilen sınırlamalar AİHS tarafından ortaya konulmamış, AİHM kararları ile oluşturulmuştur²⁶. AİHM’e göre, ifade özgürlüğü sadece hoş giden, incitmeyen veya önemsenmeyen ifadeler için değil, devlet veya toplumun herhangi bir kesimini inciten, şok eden veya rahatsız eden bilgi ve düşünceler için de geçerlidir²⁷.

İfade özgürlüğü mutlak bir hak değildir ve sınırlanması mümkündür²⁸. AİHS, ifade özgürlüğünün kısıtlanma koşulları hususunda bir standart ortaya koymuştur. Ancak AİHS’in temel hakların ne ölçüde korunacağı hususunda tamamlayıcı işleve sahip olduğu unutulmamalıdır²⁹. Korumanın hangi ölçü-

20 Ergül, s. 442.

21 Bkz; AİHS madde 34.

22 Perdecioğlu, s. 61.

23 Özgür Gündem, merkez bürosu İstanbul’da olan bir günlük gazetedir. Gazete ile ilişkili yedi kişi, faili meçhul cinayete kurban gitmiş, gazetenin çalışan ve dağıtıcılarına çok sayıda saldırı gerçekleşmiştir. Gazete, PKK ve KCK ile ilişkisi olduğu gerekçesiyle defalarca toplatılmış ve kapatılmıştır. Başvurucular, Türk hükümetinin öldürmeleri ve saldırıları gizlice destekleyerek gazeteye gözdağı vermeyi amaçladığını ileri sürmüştür. AİHM, Türkiye’nin gazetenin ifade özgürlüğünü korumak adına gerekli önlemleri almadığı gerekçesiyle AİHS madde 10’u ihlal ettiğinde karar kılmıştır (ECHR (Dec.), Özgür Gündem v. Turkey, 16.03.2000, Appl no: 23144/393, <https://hudoc.echr.coe.int> [E.T. 26.02.2022]).

24 Karan, s. 117.

25 Karan, s. 103.

26 Karan, s. 103.

27 ECHR (Dec.), Handyside v. The United Kingdom, 07.12.1976, Appl no: 5493/72, <https://hudoc.echr.coe.int> [E.T. 24.02.2022].

28 Karan, s. 103.

29 Uygun, s. 603.

de gerçekleştirileceği devletin takdir yetkisindedir. AİHM sadece devletin takdir yetkisini kullanırken Sözleşme ile korunan standardın altına düşülüp düşülmediğini denetler³⁰. Bu standart, bireyin ifade özgürlüğüne devlet ya da özel kişiler tarafından yapılan müdahalenin AİHM içtihatlarıyla somutlaştırılan üç testten geçirilmesi ile denetlenir. Söz konusu testler; ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin hukuken öngörülmüş olup olmaması, meşru bir amacının olup olmaması ve demokratik bir toplumda gerekli olup olmamasıdır³¹.

Türk hukukunda ifade özgürlüğüne müdahalenin sınırları Anayasa ile çizilmiştir. Şöyle ki, 1982 Anayasası'nın ilk halindeki 13. maddesinde tüm temel hak ve özgürlükler için genel sınırlama sebepleri öngörülmüştü. Temel hak ve özgürlüklerin kendine özgü niteliklerine bakılmaksızın sınırlanabilmesine imkân veren genel sınırlama sebepleri 03.10.2001 tarihli ve 4709 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikte ortadan kaldırılmıştır. 13. maddenin yeni metnine göre temel hak ve özgürlükler, özüne dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddesinde belirtilen özel sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.

İfade özgürlüğünü güvence altına alan Anayasa madde 26'nın özel sınırlama sebeplerini ihtiva eden II. fıkrasına göre; ifade özgürlüğünün kullanılmasını millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir.

Maddede sayılan sınırlama sebeplerinden

özellikle başkalarının şöhret veya haklarının korunması sebebi, işçinin işyeri ve işletmeye ilişkin ifadeleri bağlamında ifade özgürlüğü açısından önem arz etmektedir. Dolayısıyla başkalarının -örneğin, işveren veya işletme sahibinin- şöhret ve haklarının korunması amacıyla işçinin ifade özgürlüğünü kısıtlayan yasalar, Anayasanın 13. maddesinde sayılan diğer koşulları da sağlaması koşuluyla (ölçülülük, Anayasanın sözüne ve ruhuna, hakkın özüne ve demokratik toplumun gereklerine uygun olmak³²) Anayasa'ya uygun olacaktır. Nitekim işçinin işyerine yönelik açıklamaları bakımından ifade özgürlüğünün kısıtlanmasındaki amaç, kaynağını İş Hukukundan alan iş görme ve sadakat yükümlülüğü çerçevesinde işverenin ekonomik çıkarlarının korunmasıdır.

II. İfade Özgürlüğünün İş Hukuku Bağlamındaki Sınırları

A. İş Görme Borcundan Kaynaklı Sınırlar

İş akdi; işçinin bağımlı olarak iş görmeyi, işverenin ise buna karşılık ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir. Ayrıca iş akdi, işçinin edim fiilinden sorumlu olduğu sürekli borç doğuran bir sözleşmedir. Ancak bu, işçinin iş akdinin devamı boyunca sürekli ve sınırsız olarak işverenin emrinde hazır bulunması anlamına gelmez. İş görme borcunun zamansal kapsamının sınırlarını çalışma süreleri belirler³³. Bu bakımdan, iş görme borcunun ifası için işçinin kararlaştırılan çalışma süresinde işverenin verdiği işi yapması gerekir.

İşçi çalışma saatleri içinde iş görme borcunu ihlal edecek biçimde bütün temel hak ve özgürlüklerini kullanamaz³⁴. Her temel hak ve özgürlük gibi ifade özgürlüğünün de kendi tabiatından doğan objektif sınırları bulunur. Gerçekten de ifade özgürlüğü, her istenilenin istenen yer ve

30 Uygun, s. 603.

31 Detaylı bilgi için bkz. Karan, s. 110-153.

32 Ayrıntılı bilgi için bkz. Özbudun, s. 115-120.

33 Astarlı, s. 47.

34 Ertürk, s. 130.

zamanda dile getirilebilmesi demek değildir³⁵. Örneğin, işçi çalışma saatleri içinde işverenin izni olmaksızın herhangi bir kurs, toplantı, seminer veya tartışmaya katılamaz³⁶. İşçi, ifade özgürlüğünü ileri sürerek kendisine yüklenen iş görme edimini ifadan kaçınma hakkına sahip değildir³⁷. Söz gelimi, işçinin işverenle aynı siyasi görüşü paylaşmadığı³⁸ gerekçesiyle iş görme edimini savaştan kabul edilemez.

B. Sadakat Borcundan Kaynaklı Sınırlar

Dürüstlük kuralı bütün sözleşme ilişkilerinde esastır. Güven ilişkisinin daha fazla önem arz ettiği sürekli borç doğuran sözleşmelerde ise dürüstlük kuralının daha yoğun ve kapsamlı bir görünümü olarak sadakat borcu ortaya çıkmaktadır³⁹. Nitekim işçinin iş akdinden doğan temel borcu iş görme borcu olsa da itaat ve sadakat borçları da işçinin yan borçlarını⁴⁰ oluşturmaktadır. İşçi, işverenin haklı menfaatinin korunmasında sadakatle davranmak zorundadır. İşçinin sadakat yükümlülüğü, işçiye işverenin ve işyerinin çıkarlarını koruma, işverene ekonomik, ticarî veya meslekî bakımdan zarar verebilecek her türlü davranıştan kaçınma borcu yükler⁴¹.

Sadakat borcuna aykırılık teşkil eden halleri tek tek saymak mümkün değildir. İş Kanunu'nun 25. maddesinin II. bendinin e alt bendinde; *işçinin işverenin güvenini kötüye kullanmak, hırsızlık yapmak, işverenin meslek sırlarını ortaya atmak gibi doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışları* haklı fesih sebebi sayılmıştır. İşçinin sadakat borcuna aykırı davranışı esasen söz konusu alt bendde düzenlenmekle birlikte; ayrıca İş Kanunu madde 25/II-b, c, d bentlerinde de sadakat borcunu ihlale girebilecek hallerden bazıları sayılmıştır. Ancak kanundaki belirlemenin sınır-

lı sayıda olmadığı, sadece örnek niteliğinde bir saymadan ibaret olduğu unutulmamalıdır⁴². Zira kanun koyucu da madde 25/II-a'da örnek verdiği davranışlar *gibi doğruluk ve bağlılığa uymayan* davranışları haklı fesih sebebi saymıştır. Nitekim Türk Borçlar Kanunu (TBK)'nin haklı feshi düzenleyen 435. maddesine göre, her iki taraf da sözleşmeyi haklı sebeple feshedebilir; sözleşmeyi fesheden taraftan dürüstlük kurallarına göre hizmet ilişkisini sürdürmesi beklenemeyen bütün durum ve koşullar, haklı sebep sayılır. Dolayısıyla dürüstlük kurallarına göre iş ilişkisinin devamının çekilmez hale geldiği her durum haklı feshe olanak verebilir⁴³. İşçinin sadakat yükümlülüğünü ihlal eden davranışı iş ilişkisini çekilmez hale getirecek ağırlıkta olmamakla birlikte yetersiz bir bağlılık düzeyinde kalan ve objektif olarak değerlendirildiğinde işverenin güvenini sarsacak nitelikteyse haklı feshe değil, ancak süreli feshe başvurulabilir⁴⁴.

İşçinin sadakat yükümlülüğü ağırlıklı olarak olumsuz edimlerle yerine getirilir⁴⁵. Nitekim ifade özgürlüğü ile sadakat yükümlülüğünün karşı karşıya geldiği hallerde işçinin ifade özgürlüğünün belli ölçüde sınırlanması gerekmektedir. Böyle hallerde işçi aleyhine kaçınma, susma yükümlülüğü doğar⁴⁶. Bu bakımdan işçinin açıklamaları ile işvereni ve işyerini küçük düşürmesi, işveren veya işyeri aleyhine olumsuz imaj yaratması, iş sırlarını açıklaması sadakat yükümlülüğünün ihlali olarak değerlendirilebilecektir. Nitekim Yargıtay bir kararında⁴⁷ işverenin üst işvereni konumundaki Amerikalı şirket yetkilisine mail atarak *".. Bu proje için benimle görüşme yapıldığında bana Amerikalılarla çalışacağım söylenmişti ki bu beni çok mutlu etmişti. Fakat ne yazık ki halen Türklerle çalışıyorum... Buradaki insanların kullandıkları yöntem ve fikirlere bakılırsa bu işi bitireceklerine dair hiçbir umudum ve inan-*

35 Öktem Songu, s. 628.

36 Dursun Ateş, s. 645.

37 Dursun Ateş, s. 645.

38 Dursun Ateş, s. 645.

39 Elbir, s. 160-161.

40 Süzek, s. 325.

41 Süzek, s. 336; Çelik/ Caniklioğlu/ Canbolat/ Özkaraca, s. 304; Arıcı, s. 136.

42 Ertürk, s. 124.

43 Süzek, s. 665; Aktay / Arıcı / Senyen Kaplan, s. 208.

44 Süzek, s. 567.

45 Detaylı bilgi için bkz. Demir / Demir, s. 15- 34; Alpagut, s. 24-29.

46 Okur, s. 62-63.

47 Y22HD, 15.12.2016, 29395/27966, Lexpera (29.03.2022).

cım bulunmamaktadır ve bu durum beni strese sokmaktadır...” diyen kaynak mühendisinin “... elektronik postadaki beyanlarının işvereni ve Türk olan sahiplerini küçük düşürücü ifadeler içerdiği, işi bitiremeyeceği şeklindeki beyanı ile şirketi üst işveren konumunda olan şirkete karşı kötülediği ve olumsuz imaj oluşmasına neden olduğu, bu davranışın doğruluk ve bağlılığa uymadığı...” gerekçesiyle iş akdinin haklı nedenle feshini hukuka uygun bulmuştur.

Fakat bu kural, işçinin işveren veya işyeriyle ilgili hiçbir olumsuz açıklamada bulunamayacağı anlamına gelemez. Bu durumda da işçinin sadakat borcunun nerede bittiğinin, ifade özgürlüğünün nereye kadar uzandığının açıklığa kavuşturulması gerekir.

Öncelikle, sadakat yükümlülüğüne dayanılarak işçinin kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı olacak şekilde ifade özgürlüğünden feragat etmesi beklenemez⁴⁸.

İkinci olarak, işçinin susma veya kaçınma yükümlülüğünün objektif olarak kendisinden beklenebilir olması gerekir⁴⁹. Örneğin, sustuğu takdirde hukukî veya cezaî sorumluluğunun doğacağı hallerde salt işverenin menfaatleri gereği konuşmaması işçiden beklenemeyecektir⁵⁰.

Son olarak, işçinin sadakat borcu, işverenin gözetme borcunun karşılığını oluşturur⁵¹. İşverenin gözetme borcu, kapsamının belirlenmesinde mevzuat hükümleri yanında dürüstlük ve iyiniyet kurallarının da göz önünde bulundurulduğu çok geniş kapsamlı bir ödevdir⁵². Bu bakımdan, iş ilişkisinde işçinin kişiliğinin gözetilmesi ve iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin eksiksiz olarak alınması işverenin sorumluluğudur. İşveren, fiziksel ve ruhsal sağlığını tehdit etmeyen, insan onuruna yaraşır, ayrımcılıktan ve tacizden arındırılmış, iş ilişkisinden kaynaklanan haklarının tam ve zama-

nında ödendiği bir çalışma ortamı yaratmak zorundadır⁵³. İşverenin gözetme borcunu hiç veya tam olarak yerine getirmedeği hallerde, işçinin işveren veya işyeri aleyhine olacak şekilde açıklamalarda bulunması elbette sadakat borcunu ihlal etmeyecektir.

İşçinin çalışma koşullarına karşı çıkması, sadakat yükümlülüğünün ihlali olarak nitelendirilemez⁵⁴. Ancak bu noktada ölçülülük ilkesinin gözden kaçırılmaması gerekir. İşverenin gözetme borcunu yerine getirmedeki en küçük kusuruna karşılık olarak işçinin sadakat yükümlülüğünden tümüyle kurtulduğunu ileri sürmek mümkün değildir. İşçi öncelikle sorunun işyeri içinde çözülmesi için işyeri içi mekanizmaları harekete geçirmeli ve duruma göre uygun bir süre beklemelidir⁵⁵.

C. İşyeri Barışından Kaynaklı Sınırlar

İşçinin düşünce açıklamaları ile işyeri huzuru ve çalışma barışını bozması haklı görülemez⁵⁶. Çalışma ortamının huzurlu olması, diğer çalışanların moral ve motivasyonu ve iş akışının sağlıklı ilerlemesi açısından önem arz eder. İşçinin işyerinin barışını koruması, onun sadakat borcundan kaynaklanan bir yükümlülüktür⁵⁷.

İşyeri barışını bozmama yükümlülüğü, işçinin ifade özgürlüğüne getirilmiş bir yasal sınırlamadır⁵⁸. Bu bağlamda işçinin gerek işyeri içinde gerekse dışındaki düşünce açıklamalarına dikkat etmesi gerekir. Söz konusu ifadeler işyerine, işverene veya işyerindeki diğer çalışanlara yönelik olabileceği gibi işçinin politik fikirlerinden de kaynaklanabilir. Elbette işçinin siyasi fikirlere sahip olma ve bunları ifade etme özgürlüğü vardır. Ancak somut olayın özelliklerine göre düşünce açıklamasından dolayı işyerindeki üretim süreci ve iş ilişkileri olumsuz etkileniyorsa sadakat yükümlülüğünün ihlalinden bahsedilebilir.

48 Elbir, s. 164.

49 Alpagut, s. 31.

50 Elbir, s. 164.

51 Süzek, s. 136.

52 Süzek, s. 386.

53 Yıldız, s. 110.

54 Yıldız, s. 106.

55 Öktem Songu, s. 628.

56 Okur, s. 66.

57 Ertürk, s. 120.

58 Okur, s. 66.

Hoşa gitmeyen düşünce açıklamaları da ifade özgürlüğüne dahildir. Dolayısıyla, işçinin ifadelerinin salt işverenin, diğer işçilerinin veya toplumun bir kesiminin hoşuna gitmemesi, iş akdinin sonlandırılması için yeterli değildir. Ne var ki sosyal medyanın yaydığı iptal kültürünün (*cancel culture*)⁵⁹ de etkisiyle, günümüzde işçilere yalnızca işyeri organizasyonuna ilişkin online ifadeleri yüzünden değil, aynı zamanda işverenlerin işyeriyle ilişkilendirilmesini istemedikleri ifadeleri yüzünden de disiplin yaptırımları uygulandığı görülmektedir⁶⁰. İşçinin hangi ifadelerinin işyerindeki huzur ve barış ortamını bozacağını genel olarak ortaya koymak kolay olmasa bile, somut olayda işçinin açıklaması diğer işçilerin dikkatinin dağılmasına, ara dinlenmesinin uzamasına, kavgaya vs. sebep oluyorsa düşünce özgürlüğünün kapsamı dışında kalacağını kabul etmek gerekir⁶¹.

D. İş Akdinden Kaynaklı Sınırlar

Özel hukuk sistemimize hâkim olan sözleşme özgürlüğü prensibine göre, herkes bir sözleşme yapıp yapmama, sözleşmenin karşı tarafını seçme, sözleşmenin içeriğini, tipini ve şeklini belirleme, sözleşmenin içeriğini değiştirme ve sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkına sahiptir⁶². Fakat TBK madde 27, sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğüne bir sınır çizmektedir ki maddede bu sınır şöyle ifade edilmiştir: "*Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür.*" Kişiliğin korunmasını düzenleyen Türk Madeni Kanunu madde 23 ise bireylerin özgürlüklerinden vazgeçmeleri veya onları hukuka veya ahlaka aykırı olarak sınırlamalarını yasaklamıştır. Dolayısıyla, bireysel veya tip iş akdiyle işçinin ifade özgürlüğünden feragat

etmesi mümkün değildir. İşçinin ifade özgürlüğünden tamamen vazgeçtiği sözleşmeler kesin hükümsüzdür.

İşçi sendikası ve işveren veya işveren sendikasının bir araya gelerek yaptığı toplu iş sözleşmesi ile taraflar, iş sözleşmesinin yapılması, içeriği ve sona ermesine ilişkin olarak kanun koyucu gibi emredici hükümler koyarak çalışma koşullarını düzenleyebilir⁶³. Ancak toplu iş sözleşmesiyle emredici hüküm koyma yetkisi sınırsız değildir. 6356 sayılı Kanun'un 33. maddesine göre; toplu iş sözleşmeleri, Anayasaya ve kanunların emredici hükümlerine aykırı düzenlemeler içeremez. Dolayısıyla Anayasal bir hak olan ifade özgürlüğünün toplu iş sözleşmesiyle de ortadan kaldırılması mümkün değildir.

İfade özgürlüğünü iş sözleşmesi ile tamamen ortadan kaldırmak imkânsız olsa bile, hukuka ve ahlaka aykırı olmamak kaydıyla sınırlandırılması mümkündür. Bu durum genellikle işyerinde bir network kurulması ve işçinin maillerinin işveren tarafından denetleneceğinin iş sözleşmesinde yer almasıyla ortaya çıkmaktadır⁶⁴. Öğretideki katıldığımız görüşe göre⁶⁵, bu sözleşmesel kaydın geçerli olabilmesi için işçilerin söz konusu denetimden önce ayrıntılı şekilde bilgilendirilmeleri ve denetimin uygulama alanının somut şekilde sınırlandırılması gerekir. Ayrıca uygulama alanı daraltılmış olsa bile denetim; dürüstlük kuralına ve ölçülülük ilkesine uygun, keza iş ilişkisi veya işverenin üstün nitelikteki bir menfaati için gerekli olmalıdır⁶⁶.

E. AİHM'in Kabul Ettiği Kriterler

AİHM'in 05.11.2020'de karara bağladığı Herbai-Macaristan Davası⁶⁷, Strazburg Mahkemesi'nin ifade özgürlüğü ile ilgili yerleşik içtihadının işyeri bağlamında yorumlanması ve işçilerin ifade özgürlüğünün sınırlandırılması hususunda

59 İptal kültürü; sosyal veya ahlaki kabul edilemez görüşleri veya davranışları yüzünden belirli kişi veya grupları reddetme, boykot etme, desteğini geri çekmeyi ifade etmektedir (Dictionary.com, <https://www.dictionary.com/browse/cancel-culture>, E.T. 14.01.2022).

60 Wragg, s. 3.

61 Okur, s. 67.

62 Ercoşkun Şenol, s. 712.

63 Sümer, s. 12; Şahlanan, s. 316-317.

64 Kar, s. 182.

65 Elbir, s. 321.

66 Elbir, s. 321.

67 ECHR (Dec.), Herbai v. Hungary, 05.11.2019, Appl no: 11608/15, <https://hudoc.echr.coe.int> [E.T. 17.03.2022].

belirli kriterler ortaya konulması açısından önem arz etmektedir. İşbu sebeple çalışmamızda ayrıca incelenecek olan bu kararda; başvuru Herbai, Macaristan'da özel bir bankada insan kaynakları müdürü olarak çalışmakta ve insan kaynakları üzerine genel makalelerin yayınlandığı bir sitede yazılar paylaşmaktadır. Herbai'nin sitedeki profilinde, büyük bir yerel bankada insan kaynakları departmanında çalıştığı yazmakta ancak bankanın isminden bahsedilmemektedir. İşveren banka, başvuru kişinin gelir vergisinde değişiklikler yapan düzenlemeyi eleştiren bir yazısını dayanak göstererek, sitedeki yazılarıyla bankanın gizlilik standartlarını ihlal ettiği gerekçesiyle Herbai'nin iş akdine son vermiştir.

AİHM Kararı'nda, Macaristan devletinin başvuru kişinin ifade özgürlüğünü korumak ve işverenin ticarî çıkarlarıyla dengelemek konusundaki pozitif yükümlülüğünü yerine getirip getirmediğini tartışılmıştır. Mahkeme'ye göre iş ilişkisinde işçinin ifade özgürlüğünün kabul edilebilir şekilde sınırlanıp sınırlanmadığını denetlemek için dört kriterden yararlanılır: Düşünce açıklamasının mahiyeti, işçinin saiki, işverenin düşünce açıklaması yüzünden -uğradıysa- uğradığı zarar ve işçiye uygulanan yaptırımın ağırlığı.

1. Düşünce Açıklamasının Mahiyeti

Somut olayda Macaristan Anayasa Mahkemesi, Macar hukukunda işçinin işyerinde çalışması sebebiyle öğrendiği bilgilerin -paylaşılmasında kamu yararı olmadığı müddetçe- gizli kalması gerektiğini vurgulamıştır. Ancak Herbai'nin paylaşımları sadece insan kaynakları profesyonellerine hitap etmekte olup toplumun genelini ilgilendirmedikleri için işçinin ifade özgürlüğünün sadakat yükümü karşısında korunması mümkün değildir.

AİHM, bu konuda Macaristan Anayasa Mahkemesi ile farklı düşünmektedir. Strazburg Mahkemesi'ne göre, işçinin işyeriyle ilgili ifade özgürlüğü, sadece kamuoyunu ilgilendiren ifadelerle sınırlı değildir; mahiyeti gereği sadece meslekî profesyonellere hitap eden düşünce açıklamalarını da kapsamaktadır. Zira AİHS madde 10'un

uygulama alanı sadece belli tipteki bilgi, fikir ve ifade biçimleri ile sınırlı değildir.

İfade özgürlüğüne dahil olan bilgi ve fikir paylaşımları ile ifade biçimlerinin sadece kamuoyunu ilgilendiren türdekilerle sınırlı olmadığına ilişkin söz konusu içtihat, Müller ve Diğerleri- İsveçre⁶⁸ Davası'ndan beri AİHM kararlarında yer bulmaktadır. Strazburg Mahkemesi, kamuoyunu ilgilendirsin ilgilendirmesin, bütün ifadeler ve ifade etme biçimlerinin esasen ifade özgürlüğünün kapsamı içinde olduğunu kabul etmektedir.

2. İşçinin Saiki

AİHM'e göre; işçinin kin, husumet veya kişisel çıkar sağlama beklentisi ile yaptığı düşünce açıklamaları daha az korunmayı hak etmektedir⁶⁹. Somut olayda Herbai'nin gelir vergisi üzerine yazdığı yazının bankaya olan husumeti veya kından kaynaklanmadığı veya kendisine bir çıkar sağlamadığı açıktır.

3. İşverenin Söz Konusu İfadeler Yüzünden Uğradığı Zarar

İşçinin ifadeleri yüzünden işverenin zarara uğramış olup olmaması, ifade özgürlüğünün ne derecede korunacağını belirlemede önem taşır. AİHM'e göre, somut olayda Macaristan Mahkemeleri, sırf işçinin işyerinde çalışırken edindiği tecrübeyi kullanarak yazdığı bir yazının yayınlanmasının işyerine zarar vereceğini kabul etmiş ancak yargılamanın hiçbir aşamasında bankanın ticarî çıkarlarının gerçekten zarara uğradığına dair

68 AİHM kararına konu olayda Müller ve dokuz diğer ressamın halka açık bir etkinlikte sergilenen müstehcen resimlerine el konulmuş ve başvuru müstehcen görüntü yayınlamaktan ötürü suçlu bulunmuşlardır. AİHM, özellikle resimlerdeki hayvan ve insan arasındaki cinsel ilişkiye ilişkin betimlemenin olağan kişilerin cinsel adabına aykırı derecede kaba olduğu ve ifade özgürlüğünün sınırlarını aştığı gerekçesiyle sözleşmecî devleti haklı bulsa da Sözleşmenin 10. Maddesinin sanatsal dışı vuruşun sınırlarını belirlemediğini veya sanatsal ifade çeşitleri arasında ayırım yapmadığını da belirtmiştir (ECHR (Dec.), Müller and Others v. Switzerland, 24.05.1998, Appl no: 10737/84, <https://hudoc.echr.coe.int> [E.T. 28.03.2002])

69 AİHM'in başka bir kararında yaptığı aynı yöndeki değerlendirme için bkz; ECHR (Dec.), Guja v. Moldova, 12.02.2008, Appl no: 14277/04, para. 77, <https://hudoc.echr.coe.int> [E.T. 28.03.2022].

delil öne sürülmemiştir. Bizce de somut olayda yargının görevi işçinin ifade özgürlüğü ile işverenin ticarî çıkarları arasındaki uygun dengeyi bulmak olduğuna göre; işverenin menfaatlerinin zarar görmediği yerde, işçinin ifade özgürlüğünün daha geniş olarak korunması gerekmektedir.

4. İşçiye Uygulanan Yaptırımın Ağırlığı

AİHM'e göre, işçiye daha hafif bir disiplin cezası verilebilecekken en ağır ceza olan iş akdinin feshine başvurulması ölçsüz ve orantısızdır. İşçiye uygulanan yaptırımın orantılı olması, işçinin ifade özgürlüğünün korunması açısından önemli olduğu kadar o sektörde çalışan diğer kişilerin, hatta toplumun diğer bireylerinin ifade özgürlüğü açısından da önem arz eder⁷⁰. Zira işçiye uygulanan yaptırım ne kadar ağır olursa yaptırım korkusu da o kadar fazla olacak ve AİHM kararlarında caydırıcı etki (*chilling effect*)⁷¹ olarak tanımlanan bu yaptırım korkusu, gelecekte bazı bireylerin eleştirilerini ifade etme hususunda çekinmesine, düşüncelerini ifade etmekten vazgeçmesine sebep olabilecektir.

III. İşçinin İşyerine ve İşletmeye Yönelik İfadeleri Bağlamında İfade Özgürlüğü

A. İşçinin Eleştiri Hakkı

1. Genel Olarak

Eleştiri hakkı ve özgürlüğü, düşünce ve ifade özgürlüğünün önemli bir görünümüdür. Bu bağlamda, yukarıda işçinin ifade özgürlüğüne ilişkin yaptığımız açıklamalar burada da geçerli olacaktır.

Kuşkusuz, işçinin işyerindeki çalışma koşulları-

nı ve çalışma ortamını eleştirmeye hakkı vardır⁷². İşçinin, günlük rutinde en önemli yeri kaplayan işyeri ve işyeri düzeniyle ilgili olumlu ve olumsuz fikirlere sahip olması ve bunları dile getirmesi olağan ve gereklidir. Ancak, eleştiri özgürlüğü sınırsız değildir. Yargıtay'a göre⁷³; "*Eleştiri; örgütsel, işletmesel, bilimsel, siyasal, sosyal, kültürel, ekonomik, sanatsal veya edebi alanla ilgili olabilir. Eleştirinin sınırları da bu alanlara, eleştirilen kişiye, eleştirinin yer, zaman, konu, neden ve durum ile eleştiren kişinin amacına göre değişiklik gösterir. Şüphesiz düşünce ve ifade özgürlüğünün bir görünümü olan eleştiri hakkı ve özgürlüğü sınırsız değildir. Söz konusu sınır, sözü edilen nedenlerden dolayı esnek ve değişken özellik gösterir. Eleştirinin sınırları; eleştiren ile eleştirilen arasında sözleşmesel, akdi, yasal, örgütsel, kurumsal veya hiyerarşik bir ilişkinin varlığı halinde dar, yokluğu halinde geniş yorumlanması gerekir. Bu bağlamda işçinin işverenine, memurun amirine, astın üstüne, öğrencinin öğreticisine karşı eleştirisi ağır, kırıncı, incitici ve tahkir edici olamaz.*" Dolayısıyla, işçinin işyeri ile ilgili eleştiri hakkı ve özgürlüğünün, işçinin işyeriyle akdi ve kurumsal bağı gereği daha dar olduğunu kabul etmek gerekir.

İşçinin eleştiri hakkının yasal sınırı, İş Kanunu (İK) madde 25/II-b'de çizilmiştir. Maddeye göre, işçinin, işveren yahut bunların aile üyelerinden birinin şeref ve namusuna dokunacak sözler sarf etmesi veya davranışlarda bulunması yahut işveren hakkında şeref ve haysiyet kırıcı asılsız ihbar ve isnatlarda bulunması işveren açısından derhal haklı fesih sebebidir. Keza somut olayda yapılan eleştiri İK madde 25/II-e'de bahsedilen doğruluk ve bağlılıkla uymayan davranışlara girerse yine haklı fesih veya -eğer haklı feshe sebebiyet verecek ağırlıkta değilse- geçerli fesih sebebi sayılabilir.

Yargıtay'a⁷⁴ göre de işçinin eleştiri sınırları içinde kalan söz ve davranışları, işverene haklı

70 ECHR (Dec.), *Heinisch v. Germany*, 21.07.2011, Appl no: 28274/08, para. 91, <https://hudoc.echr.coe.int> [E.T. 27.03.2022].

71 AİHM'in caydırıcı etki kavramı üzerinden yaptırım orantılılığını incelediği diğer bazı kararlar için bkz; ECHR (Dec.), *Wille v. Liechtenstein*, 28.10.1999, Appl no: 28396/95, <https://hudoc.echr.coe.int> [E.T. 27.03.2022]; ECHR (Dec.), *Nikula v. Finland*, Appl no: 31611/96, <https://hudoc.echr.coe.int> [E.T. 27.03.2022].

72 Yıldız, s. 110.

73 Y22HD, 05.05.2016, 8023/13598, Hukuktürk [E.T. 10.03.2022].

74 Birçok karardan ikisi için bkz; Y22HD, 26.12.2019, 25416/24401, Lexpera [E.T. 12.03.2022]; Y7HD, 12.06.2014, 1097/13163, Lexpera [E.T. 12.03.2022].

fesih imkânı vermez. Yüksek Mahkeme'nin kararlarında⁷⁵ bahsettiği eleştiri sınırını belirleyen kriterler şöyle sıralanabilir:

a. Eleştiride objektif gerçeklik ve doğruluk payının bulunması gerekir. Burada tam bir doğruluk ve gerçeklik gerekli değildir. Ancak hiçbir doğruluk ve gerçeklik içermeyen söz ve davranış; somut olayın şartlarına göre itham, suçlama, hatta iftira veya karalama sayılabilir ve ifade özrüğüne dahil olmaz.

b. Eleştiri, doğru olmayan, inciten veya hoşagitmeyen koşulların ortadan kaldırılması amacıyla yöneltilir. Dolayısıyla eleştiri, doğası gereği belli derecede düşündürücü ve rahatsız edicidir. Ancak eleştiri üslubunun objektif ve yapıcı olması; gerekenden daha ağır, kırıcı, aşağılayıcı olması gerekir.

c. Eleştirilerde, sarf edilen sözler ve eleştirilen olay ve olgular arasında uygun bir nedensellik bağı bulunmalıdır. Fikri bağlamından tamamen kopuk, eleştiri konusuyla alakasız açıklamalar eleştiri kapsamına dahil olmayabilir.

Kanaatimizce bu kriterler olabildiğince dar, ifade özgürlüğünün en geniş şekilde uygulanmasını temin edecek biçimde yorumlanmalıdır. Zira demokratik toplumun olmazsa olmazları çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirliliktir⁷⁶.

2. İşçinin İşveren ve İşveren Vekili ile Olan Paylaşımları

İşçinin işyeri hakkında yönetime yapıcı bazı uyarı ve eleştirilerde bulunması ifade özgürlüğünün kapsamında korunur⁷⁷. Buna ilişkin Yargıtay'ın önüne gelen bir olayda, işçi genel müdüre gönderdiği mailde selam vererek başlamış, siz diye hitap ederek çalışma koşullarından ve bazı yöneticilerden şikayetlerini dile getirmiştir. Genel müdür, aynı yolla gönderdiği yanıtta davacının bu endişelerini sorumlu bir bireyin düşünceleri olarak görüp takdirle karşıladığını ifade etmiştir. Davacı, ikinci mailiyle bu kez eleştiri ile birlikte

sitemlerini belirtmiş ve bu mailin üzerine savunması istenmiş, işçi savunma vermeyi reddedince iş akdi derhal feshedilmiştir. Yargıtay'a göre, "Bir işçinin işyerinde gördüğü her türlü olumsuzlukları işverene bildirmesi işçi-işveren ilişkisi için uygun olmayan bir davranış olarak nitelendirilemez. Aksine görüş Anayasal ifade hürriyetine aykırılık oluşturur...Davacının maillerinde kullandığı bazı şık olmayan ifadeler ise haklı değil ancak geçerli fesih nedeni oluşturur."⁷⁸

Gerçekten de salt işçinin işyeriyle alakalı olarak işveren veya işveren vekiline eleştiri yöneltmiş olmasının İK madde 25/II-e bağlamında doğruluk ve bağlılığa uymayan davranış sayılması mümkün değildir. Bilakis, işçinin işyerinde gördüğü olumsuzlukları işveren veya işveren vekiline iletmesinde o işyerinde çalışan işçilerin olduğu kadar işverenin de menfaati bulunmaktadır. Yargıtay, işçinin ifadelerinin haklı feshe imkân verecek kadar ağır olmadığını ancak bazı şık olmayan ifadelerin geçerli fesih nedeni olduğunu söylemiştir.

Buna benzer başka bir somut olaydaki Yargıtay kararına göre; "Davacı işçi, davalı işverene gönderdiği ve fesih konusu olan elektronik postada 'fabrikada işçiler hasta olurken siz nelerle uğraşıyorsunuz, denetmen gönderiyorsunuz, fabrikanın haberi olarak gönderiyorsunuz, siz gelmeden süsleniyor ve gelen denetçiler neden işçilerle görüşmeden sadece müdüriyetle görüşüp gidiyor, yoksa sadece göz boyamak için mi denetliyorsunuz, işçi elinden gelse birbirini kıracak, siz uyuyor musunuz orada, bir dahakine...Bakanlığı'na yazacağım,' ifadelerine yer vermiştir. Söz konusu ifadelerle işçi, işvereni göz boyamak ve olup biteni görmemekle (uyumakla) itham etse de bu sözlerle olmaması gereken maddi bir olguyu dramatize edip, rahatsızlığını dile getirmeyi, işverenin mevcut olumsuz duruma son vermesini amaçlamaktadır. Davacı söz konusu ifadelerle işverenin kişilik, onur, haysiyet ve şerefini hedef almış değildir. Rahatsızlığın, memnuniyetsizliğin ve haksızlığın hoşgörü sınırları içinde kalacak, rahatsız edici üslupta olsa da muhatabın dikkatini

75 Y22HD, 05.05.2016,8023/13598, Hukuktürk [E.T. 10.03.2022]; Y22HD, 14.06.2016, 16290/17802, Lexpera [E.T. 14.01.2023].

76 Civan, s. 214.

77 Süzek, s. 566.

78 Y9HD, 01.12.2009,11819/32509, Lexpera [E.T. 05.03.2022].

çekecek şekilde dile getirilmesi söz konusudur."⁷⁹

Karara konu olayda işçi, çalıştığı fabrikadaki koşullardan dolayı işçilerin hasta olduğunu ve birbirini kırarak duruma geldiğini, işverenin fabrikada denetim yaptıracağına haberi önceden geldiği için denetmenlerin bu olumsuz koşulları göremediğinden bahisle işvereni işyerinde olanlardan habersiz olmakla eleştirmektedir. Yargıtay'ın son derece yerinde bulunduğu hükmünde; işçinin ifadeleri, işyerindeki olumsuzluklara dikkat çekme ve bunların giderilmesini sağlama ya yönelik olduğu gerekçesiyle ifade özgürlüğü kapsamında korunmuş ve haklı feshe imkân veremeyeceğinde karar kılınmıştır⁸⁰.

Söz konusu olayda dikkat çekmek istediğimiz diğer nokta, işçinin eleştirilerinin fabrikadaki iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin noksanlığına yönelik olmasıdır. İşçinin iddiası, işverenin gözetme yükümlülüğü yerine getirmemiştir. İşçinin sadakat yükümlülüğünün işverenin gözetme yükümlülüğünün karşılığı olduğu unutulmamalıdır. Dolayısıyla, işverenin gözetme yükümlülüğünü yerine getirmediği ölçüde işçinin buna iliş-

kin ifade özgürlüğünün genişlediğini söylemek mümkündür. Elbette bu sınır, işverenin namus ve şerefine dokunacak ifadeler kadar genişlemeyecek ancak işçinin görece sert ifadeleri, eleştiri hakkı kapsamında korunacaktır. Nitekim kendisi veya iş arkadaşlarının fiziksel veya ruhsal olarak zarar gördüğü bir iş ortamında çalışan işçinin sert bir dille eleştiri hakkını kullanması, hakkaniyet gereği yadırganamaz.

3. İşçinin Çalışma Arkadaşları ve Üçüncü Kişiler ile Olan Paylaşımları

İşçinin işyeri, işyerindeki çalışma koşulları ve yasal hak talepleri hakkında çalışma arkadaşlarıyla eleştirilerini paylaşması mümkündür. İşçinin yasal hak talepleri konusundaki düşünce açıklamaları ifade özgürlüğünün kapsamına dahil edilecektir. Dolayısıyla yasal hakların talebi amacı taşıyan ve herhangi bir hakaret unsuru bulundurmayan işyeri veya çalışma ortamındaki uygunsuzluklara ilişkin eleştiriler ne geçerli ne de haklı fesih nedeni olabilir⁸¹.

Nitekim Yargıtay'ın bir kararına⁸² konu olayda; İstanbul Atatürk Havalimanı'ndaki Duty Free mağazasında ürün temsilcisi olarak çalışan bir işçinin iş akdi, sosyal medyada başka işçiler tarafından da destek gören bir paylaşımı yüzünden bildirimsiz olarak derhal feshedilmiştir. Karara göre davacı işçi, Atatürk Havalimanı'nda yapılan bombalı terör saldırısından birkaç hafta sonra, işveren tarafından çalışanlara vadedilen primlerin yatırılmaması üzerine şöyle bir paylaşımında bulunmuştur: "...Daha 2 gün olmadı bir kısmımız ölümle burun buruna geldik ama kimse yine de saygısını yitirmeden yerini aldı. Bize uzun uzun anlatıldı ve üstüne basa basa kimse 0 almayacak dendi ama ne yazık ki sizler bizim üstümüze basa basa bu 0 ları her şeye rağmen bize reva gördünüz. Bugün hesabıma baktım ki ne yazık! Tam da şu mübarek zamanda tam da bayramüstü bu bize reva mıdır? Bize bunları yaşatan, destek veren, imkân tanıyan her kim ise sizler bizim ve evlatlarımızın rızısıyla oynadınız. Dilerim Rabbim'den sizlerde

79 Y22HD, 05.05.2016, 8023/13598, Hukuktürk [E.T. 10.03.2022].

80 Bireysel başvuru yoluyla AYM'ye taşınan benzer bir olayda; işyerindeki çalışma şartlarının düzeltilmesi ve sosyal haklarının diğer çalışanlarla eşitlenmesi maksadıyla BİMER'e müracaat eden taşeron işçinin iş akdi, derhal haklı sebeple feshedilmiştir. Yargıtay 7. Hukuk Dairesinin 1/7/2013 tarihli ve E.2013/12100, K.2013/12423 sayılı Kararı'nda; işçinin BİMER'e yazdığı, "Müfettiş geliyor, yedirişip, içirip yolluyorlar, bize bıraktıkları yok. Biz şikâyet edersek tehdit ediyorlar, bizi tamamen amele yerine koyuyorlar." şeklindeki ifadelerinin işverene hakaret ve sataşma niteliğinde olduğu gerekçe gösterilerek davanın reddine karar verilmiştir. AYM, şikâyet dilekçesi bir bütün olarak değerlendirildiğinde başvuruçunun saldırgan bir üsluptan öte yardım isteği içeren ve çaresizliğini vurgulayan bir üslup kullandığını ve söz konusu ifadelerle şikâyetinin ciddiyetle araştırılmadığını vurgulamak için yer verilmiş olduğunu belirtmiş; Yargıtay kararında işçinin ifadelerinin kamu otoriteleri ve firma dışında kamuoyuna aleniyet kazanacak şekilde açıklanmayarak işverenin itibarına yönelik olumsuz bir sonuç doğurup doğurmayacağı hususuna değinilmediğini; başvuruçunun ifade hürriyeti ile işverenin itibarı ve iş ilişkilerinde huzurun temini menfaatleri arasında adil bir dengeleme yapılması gerektiğini kaydederek işçinin ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir (AYM, 14.04.2016, Başvuru No: 2013/6829, Başvuru: İ.N., Resmî Gazete Tarihi: 14/6/2016, Resmî Gazete No: 29742).

81 Civan, s. 211.

82 Y9HD, 26.06.2019, 1405/14318, Lexpera [E.T. 12.03.2022].

bunları yaşamadan can veremezsiniz. Şu mübarek günde eğer ki toplu işnenin ucu kadar hakkım geçtiyse bile asla ve asla helal etmiyorum."

Somut olayda Yargıtay, davacı tarafından paylaşılan yorumun hakaret ve sataşma niteliğinde olmadığına, sadece işçinin primlerin yatmamasına ilişkin eleştirilerinden ibaret olduğuna, işçinin yaptığı paylaşımın işverene haklı bir nedenle fesih imkânı vermeyeceği gibi geçerli nedenle fesih imkânı da vermeyeceğine karar vermiştir. Olayda işçinin sitem ve eleştirilerinin yasal haklarının talebiyle ilgili olduğuna dikkat etmek gerekmektedir. İşçinin hakaret içermeyen, yasal hakların talebi niteliğinde olan görüş açıklamaları sadakat yükümlülüğünün ihlali olarak görülemeyecektir⁸³. Ancak yasal hakların talebi veya kullanımı niteliğinde olmayan ifadeler, işyeri barışını olumsuz etkilediği ölçüde sadakat yükümlülüğünün ihlalini teşkil edebilir⁸⁴.

Bir Yargıtay kararına⁸⁵ konu somut olayda; davalı işverenin eski işçinin sosyal medya paylaşımının altına yorum olarak "İsmail abi kapitalist sistem böyle bir şey ne kadar emek etsen de işine gelmediğinde insanı kolaylıkla harcıyor. 2M Kablo'nun insanlar üzerinde yaptığı baskı kanunen ve insani olarak kesinlikle suçtur." yazan işçinin akdi, çalışma düzenini bozduğu gerekçesiyle derhal feshedilmiştir. Yüksek Mahkeme, işçinin sözlerinin işyerindeki genel eleştiri ve ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gerektiğine, davacının somut olarak işvereni veya vekilini hedef almadığına, işverenin işçinin bu davranışının işyerinde olumsuzluklara yol açtığını da kanıtlamadığından iş akdinin haklı veya geçerli feshine sebep oluşmadığına karar vermiştir.

Kanaatimizce, işçinin eleştirel ifadelerinin işyeri barışını bozup bozmadığını incelerken işçinin işyerindeki pozisyonu da dikkate alınmalıdır. İşçinin niteliği, ifade özgürlüğünün ne derecede kısıtlanabileceğinin tayininde önem arz eder⁸⁶.

83 Civan, s. 210.

84 Civan, s. 211.

85 Y9HD, 22.01.2018, 34334/752, Lexpera [E.T. 12.03.2022].

86 Dursun Ateş, s. 645.

Şöyle ki, işyerinin insanlar üzerinde kurduğu baskının suç olduğunu söyleyen kişinin vasıfsız işçi değil de işyerinin hukuk departmanındaki bir avukat veya üst düzey yetkili işveren vekili olması durumunda, kuşkusuz işyerindeki huzur ve barış ortamının bozulma riski daha yüksek olacaktır. AİHM de Melike- Türkiye Kararı'nda, temizlik işçisi olarak çalışan başvuruçunun pozisyonu gereği işyerinde kısıtlı bir otorite ve temsil yeteneği olduğu için ifadelerinin diğer çalışanlar ve davalı olan eğitim kurumunun hizmet alıcıları üzerinde ciddi bir etkisi olamayacağı söylemiştir⁸⁷.

Anayasa Mahkemesi'ne göre de işçinin düşüncelerini hangi sıfatla açıkladığı, somut olayda ifade özgürlüğünün sınırlarının ihlalinin belirlenmesinde önem arz edebilir⁸⁸. Karara konu olayda, bir kamu kurumunda taşeron işçi olarak çalışan ve olay tarihinde aynı zamanda Kamu Taşeron Çalışanları Derneği'nin genel başkanı olan başvuruçunun, Facebook'ta yaptığı bir paylaşım yüzünden iş akdinin derhal ve haklı nedenle feshiyle karşı karşıya gelmiştir. Söz konusu paylaşım şu şekildedir: "Son günlerde taşeron işçi arkadaşlar üzerinde ciddi baskılar artmış, kendini yönetici zanneden bazıları işi gücü bırakıp, taşeron işçi ile uğraşmayı kendine görev edinmiştir. Ey insan müsveddeleri, yönetici bozuntuları, şunu asla unutmayınız ki, biz

87 Başvuruçusu Selma Melike, Seyhan Milli Eğitim Müdürlüğü'nde temizlik işçisi olarak çalışmaktadır. 2016'da sosyal medyada üçüncü kişiler tarafından paylaşılan bazı gönderileri beğendiği için işyerindeki barış ve huzur ortamını bozduğu gerekçesiyle iş akdine son verilmiştir. Beğenilen gönderiler, otoritelerin baskıcı olduğu iddia edilen uygulamalarına ilişkin politik eleştiriler yapan ve bu uygulamalara karşı direnmeyi teşvik eden, bir baro başkanının öldürülmesine tepki gösteren ifadeler içermektedir. AİHM, politik ifadeler ve kamuoyunu ilgilendiren konularda ifade özgürlüğünün geniş yorumlandığı da hatırlatarak; Selma Melike'nin özel hukuka tabi bir işçi olarak memurlara göre daha az yoğunlukta sadakat borcu altında olduğunu kaydetmiştir. Ayrıca beğeni butonuna basmanın sadece gönderiye duyulan sempatiyi gösterip gönderideki mesajı yaymak adına aktif bir çabayı içermediğini de belirterek bir gönderiyi beğenmiş olmanın işyerindeki çalışma barışını etkilemeyeceğini ortaya koymuş ve başvuruçunun ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine hükmetmiştir (ECHR (Dec.), Melike v. Turkey, 15.06.2021, Appl no: 35786/19, <https://hudoc.echr.coe.int> [E.T. 13.03.2022]).

88 AYM, 11.05.2022, Başvuru no: 2019/976, Başvuruçusu: K.E., Resmî Gazete Tarihi: 16.08.2022, Resmî Gazete No: 31925.

taşeron işçiler İslam dinine inanıp iman etmiş Müslümanlar (...). Rabbim sizleri de hidayete ulaştırın en kısa zamanda ve oturduğunuz o güzel makam koltuklarının da altınızdan kayıp gideceğini bilme ve taşeron işçinin de insan olduğunu anlama fikri versin, âmin."

İşçinin çalıştığı kurum yöneticileri başvuru-
cudan şikâyetçi olmuş, ceza yargılamasında sa-
nığın "insan müsveddeleri, yönetici bozuntuları..."
şeklindeki ifadelerinin kamu görevlilerine haka-
ret suçunu oluşturduğuna hükmedilmiş, kararın
kesinleşmesi üzerine işçinin iş akdi feshedilmiş-
tir. Anayasa Mahkemesi, başvuru-
cunun taşeron işçilere ilişkin meselelerdeki düşünce açıklama-
larının, taşeron işçi kimliğinin ötesinde, genel
başkanı olduğu sivil toplum kuruluşunun ilgi ala-
nına giren meseleleri de kapsadığını belirtmiştir.
Mahkeme, taşeron işçilere yönelik baskıları, bu
işçilerin haklarını savunan bir derneğin genel
başkanı olarak abartılı şekilde eleştiren başvuru-
cunun söz konusu ifadeleri hangi sıfatla açıkladı-
ğının ayırt edilmesinde hayati önem olduğunu
altını çizmiş ve olayda başvuru-
cunun ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine hükmetmiştir.

B. İşçinin Şikâyet Hakkı

1. İşçinin Resmi Makamlara Şikâyet Hakkı

İşçiler, çalıştıkları işyeriyle ilgili düşünceleri-
ni kamuya paylaşabilirler. Bu kapsamda yetkili
makamlara şikâyet yoluna başvurabilir, gösteri
düzenleyebilir veya düzenlenen gösterilere katı-
labilir, basına demeçler verebilir ve sosyal medya
üzerinden açıklamalarda bulunabilirler⁸⁹. İşçile-
rin ifade özgürlüğü kapsamı içinde kalan düşün-
ce açıklamalarından dolayı disiplin yaptırımıyla
karşı karşıya gelmeleri düşünülemez.

İşçiler, işyerinde karşılaştıkları uygunsuzlukla-
rı resmi makamlara şikâyet edebilirler. Anayasal
olarak herkes hak arama hürriyetine sahiptir. İş
Kanunu madde 18/III-c'ye göre, işçilerin mev-
zuattan veya sözleşmeden doğan haklarını ta-
kip veya yükümlülüklerini yerine getirmek için

işveren aleyhine idarî veya adlî makamlara baş-
vurmaları veya bu hususta başlatılmış süreçte
katılmaları, fesih için geçerli sebep oluşturmaz
ve yine Anayasa'nın 74. maddesi ve 3071 sayılı
Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanun'un
3. maddesine göre, Türk vatandaşları ve karşılıklı
esas gözetilmek üzere Türkiye'de ikamet eden
yabancılar kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek
ve şikâyetleri hakkında, Türkiye Büyük Millet
Meclisine ve yetkili makamlara yazı ile başvurma
hakkına sahiptirler.

İşçilerin resmi makamlara şikâyet etme hakkı-
nın sınırını İK madde 25/II-b oluşturur. Maddeye
göre, işçinin işveren hakkında şeref ve haysiyet
kırıcı asılsız ihbar ve isnatlarda bulunması haklı
fesih sebebidir. Ancak bu ihbar ve isnatların haklı
fesih sebebi olabilmesi için hem asılsız hem şe-
ref ve haysiyet kırıcı hem de ağır⁹⁰ olması gerekir.
Dolayısıyla, işçinin asılsız çıkan her şikâyeti fesih
sebebi olmayacaktır. Yargıtay'ın önüne gelen bir
olayda, radyoloji teknikeri olarak çalışan işçi, ça-
lıştığı hastanenin şua iznini kullandırmadığı, fazla
mesai ücretlerinin ödenmediği, ücretine zam ya-
pılmadığı, süt içmeleri gerektiği halde süt veril-
mediği, radyoloji teknikeri olduğu için kan tahlili
yapılması gerektiği halde yaptırılmadığı gibi ge-
rekçelerle İl Sağlık Müdürlüğüne şikâyet dilekçe-
si sunmuştur. Ancak Sağlık Bakanlığı tarafından
teftişe gelindiğinde iş yerinde herhangi bir usul-
süzlük tespit edilmemiştir. Yargıtay hükmünde,
şikâyet üzerine yapılan teftişte usulsüzlük bulun-
mamasının işyerinde usulsüzlük olmadığı anla-
mina gelmeyeceğini, davacının şikâyeti üzerine
denetimden önce bu usulsüzlüklerin giderilmiş
olabileceğini; her halükârda denetimin işyerin-
de olumsuzluklar yaratmayacağı, aksine yasaya
aykırı uygulamalar varsa bunların düzeltilmesine
yarayacağı, işçinin Anayasal hakkını kullandığını
belirtmiş ve işçinin işe iadesine karar vermiştir⁹¹.

2. İşçinin İhbar ve İfşa Hakkı

Whistleblowing, işçinin işyeri içindeki olum-
suzluk veya uygunsuzlukları işyeri içindeki yet-

90 Öktem Songu, s. 641.

91 Y9HD, 19.03.2015, 5047/11132, Lexpera [E.T. 13.03.2022].

89 Civan, s. 214.

kili organlara, resmi makamlara, basına veya diğer üçüncü kişilere açıklaması, ihbar etmesine verilen İngilizce addır⁹². Kelimenin Türkçede tam karşılığı bulunmasa da çalışmamızda Alp⁹³'in Türk hukuk öğretisine kattığı *ihbar ve ifşa hakkı* terimi kullanılacaktır.

İhbar ve ifşa hakkının iş hukuku açısından tartışmaya konu olmuş yönü, işçinin işyeriyle ilgili bilgileri, hatta sırları paylaşması durumunda sadakat borcunun ihlalinden bahsedilip bahsedilemeyeceğidir⁹⁴. Zira işçinin sadakat borcunun kapsamına giren yükümlerden birisi de işyerinde öğrendiği iş, işyeri ile ya da işverenle ilgili gizli kalması gereken bilgileri üçüncü şahıslara bildirmemektir⁹⁵. Bir diğer önemli sorun ise ihbarcının misillemeye karşı korunmasıdır; zira işçiler ihbarcı olduğu için eşitliğe aykırı muameleye maruz kalabilmekte, pozisyonu düşürülebilmekte veya işten çıkarılabilmektedir⁹⁶.

İhbarcıcıyı koruma sorununu çözmek adına ilk önemli adımlar Anglo-Sakson ülkelerinde atılmıştır⁹⁷. Kıta Avrupası açısından konuyla ilgili bir kilometre taşı olan Heinisch-Almanya⁹⁸ Kararı, ihbar ve ifşa hakkının belli koşullar dahilinde sınırlarının çizilmesini sağladığı için önemli bir gelişmedir. Bununla birlikte Avrupa Birliği'nin 2019/1937 sayılı Birlik Hukukuna Aykırılıkları İhbar Edenlerin Korunması Hakkında Yönerge gerek AİHM içtihatları ile kabul edilen ihbarcının korunması prensibini kurumsallaştırması gerekse içtihatlarla oluşturulan ötesinde koruma sağlayan yenilikler getirmesi bakımından mühimdir.

Türk iş hukuku mevzuatında ihbar ve ifşa hakkını doğrudan düzenleyen bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak ihbar ve ifşa hakkı ile ilişki kurulabilecek çeşitli hükümler bulmak mümkündür. Bunların başında gelen 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu madde 18/III, çalışanların iş

sağlığı ve güvenliği önlemlerinin yetersizliği konusunda ihbar hakkını güvence altına almıştır. Maddeye göre işçiler, işyerinde alınmayan iş sağlığı ve güvenliği önlemleri hakkında her zaman Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'na şikâyette bulunabilir⁹⁹. Ek olarak, işçinin mevzuat ve sözleşmeden doğan hak ve alacaklarıyla ilgili olarak Anayasa'nın 74. maddesinde pozitif temellerini bulan şikâyet hakkının İK madde 18/III-c'de ayrıca korunması, ihbarcıcıyı korumaya yönelik düzenlemeler arasında sayılabilir. Nitekim, işçinin menfaatlerinin doğrudan ihlal edildiği bir iş ilişkisinde, sadakat borcunun işçinin bu ihlali ifşa ve ihbar etmesini engelleyici bir fonksiyonu yoktur¹⁰⁰. Zira işverenin gözetme borcunu yerine getirmede olduğu yerde, işçinin kendi haklı menfaatlerini feda ederek düşünce açıklamalarına sansür uygulamak zorunda bırakılması, işçiyi çağdaş hukuk düzenindeki bir süje olmaktan çıkarıp adeta "köle" pozisyonuna indirgemek anlamına gelir¹⁰¹.

Bundan başka, işyerindeki uygunsuzluğun suç niteliğini taşıdığı hallerde, işçinin işverene bildirmeksizin ve işyeri şikâyet mekanizmalarına başvurmaksızın doğrudan ilgili makama suçu ihbar etmesi gerekebilir¹⁰². Zira işlenmekte olan veya işlenmiş olduğu halde neticelerinin sınırlandırılması hala mümkün olan bir suçun yetkili makamlara bildirilmemesi, Türk Ceza Kanunu madde 278'de yer alan suçu bildirmeme suçuna sebebiyet vermektedir. Suçu bildirmeme suçu, özgü bir suç olmayıp esasen faili herkes olabilir¹⁰³. Ancak işlenmekte olan veya işlenmiş olduğu halde neticelerinin sınırlandırılması hâlâ mümkün olan suçun faili veya suç ortağı ve tanıklıktan çekinebilecek kimseler suçu bildirmeme suçunun faili olamaz¹⁰⁴. Ayrıca, işlenmekte olan veya işlenmiş olduğu halde neticelerinin sınırlandırılması hâlâ mümkün olan suçun mağduru, suç başkalarının menfaatlerini de ihlal ediyor olmadıkça, bu su-

92 Alp, 2019/1937, s. 4.

93 Alp, İfade Özgürlüğü s. 391.

94 Öktem Songu, s. 643.

95 Aydın, s. 84.

96 Aydın, s. 87.

97 Alp, 2019/1937, s. 4.

98 ECHR (Dec.), Heinisch v. Germany, 21.07.2011, Appl no: 28274/08, <https://hudoc.echr.coe.int> [E.T. 17.03.2022].

99 Bu hakkın kullanımı hakkında geniş bilgi için bkz: Baycık, s. 124.

100 Alp, İfade Özgürlüğü, s. 406.

101 Alp, İfade Özgürlüğü, s. 413.

102 Civan, s. 224.

103 Kolcu, s. 73.

104 Erdem/Tezcan/Önok, s. 1401.

çun faili olamaz¹⁰⁵. Dolayısıyla işyerinde bir suç hakkında inandırıcı biçimde bilgi sahibi olan¹⁰⁶ işçinin kamuya karşı olan suçu ihbar etme yükümlülüğü karşısında işverene sadakat yükümlülüğünün yeri ve ağırlığı kalmamaktadır.

İşçilerin ihbar ve ifşa haklarının; işçilik haklarının sağlanmaması, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin eksik olması veya işyerindeki uygunsuzluğun suç oluşturması durumunda resmi makamlara yapılacak ihbar hakkı ile sınırlı olarak Türk hukukunda dayanak bulunduğu şüphe yoktur. Fakat işçinin bunlar dışında kalan hallerde ve resmi makamlar dışındaki kişilere, kurumlara veya kamuoyuna işyerindeki olumsuzlukları ihbar ve ifşa edebilmesi mümkün müdür?

AlHM'in Heinisch Kararı'nda, Alman geriatri hemşiresi Heinisch, çalıştığı huzurevindeki bakım personelinin aşırı iş yükü yüzünden yaşlılara gerekli hizmeti veremediği hakkında önce şirkete uyarılarda bulunmuş, şirket yönetim kurulu tarafından iddiaları kabul görmeyince yönetim kurulunu savcılığa şikâyet etmiş ancak savcılık kovuşturmayla yer olmadığına karar vermiştir. Başvurucu son çare olarak huzurevinde yaşananları medyaya yansıtmıştır. Bunun üzerine işveren, Heinisch'in işine derhal son vermiştir. AlHM başvurusunun ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar verip Almanya'yı tazminata çarptırmıştır.

AlHM bu kararda, 2008 yılında bir kamu görevlisinin ihbar ve ifşa hakkı ile ilgili davada¹⁰⁷

ortaya koyduğu esasların özel hukuk ilişkilerinde de geçerli olacağını ifade etmiştir.

Bu kriterlerden ilki, bilginin ifşa edilmesinde kamuoyunun yararının bulunup bulunmamasıdır¹⁰⁸. AlHM, ihbarcının Sözleşmenin 10. maddesindeki korumaya dahil edilmesini temellendirirken işçinin özerk bir birey olarak işyerinde gördüğü uygunsuzluğu ihbar ve ifşa etmeye yönelik ifade özgürlüğüne değil toplumun bilgiye erişmesindeki kamu yararına dayanmaktadır¹⁰⁹. Zira ifşa edilen bilginin kamuoyu tarafından bilinmesinde yarar bulunuyorsa halkın haber alma özgürlüğü de devreye girecek¹¹⁰; işçinin ifade özgürlüğü ve kamunun haber alma özgürlüğü karşısında işverenin menfaatleri daha az korunmaya değer olacaktır.

İkinci kriter, ihbar ve ifşa edilen bilginin doğruluğudur. Mahkeme'ye göre, ifade özgürlüğü bir takım görev ve yükümlülükleri beraberinde getirmektedir ve bir bilgiyi ifşa etmeye karar veren herkes öncelikle bilginin doğruluğunu ve güvenilirliğini, somut olaydaki şartların mümkün kıldığı kadarıyla doğrulamak zorundadır¹¹¹. AlHM, burada basın mensupları için oluşturduğu "kamunun bekçi köpeği" içtihadına¹¹² dayanmakta ve ihbarcılara bekçi köpeği benzeri bir statü biçmektedir¹¹³. Ancak ihbarcının yaydığı bilginin mutlak

105 Erdem/Tezcan/Önok, s. 1402.

106 Erdem/Tezcan/Önok, s. 1404.

107 Moldova Başsavcılığı'nın Basın Departmanının başındaki Iacob Guja, departmana gelen iki mektubu basına sızdırdığı gerekçesiyle işten çıkarılmasının ifade özgürlüğünü ihlal ettiği iddiasıyla AlHM'e başvurmuştur. İlk mektup, Parlamento Başkan Yardımcısı Vadim Mişin tarafından Başsavcı'ya gönderilip kendisinin polis zorbalığına ilişkin bir soruşturma ile *bizzat ilgilenmesini* istediği; diğeri ise bir bakan yardımcısının aynı olayla ilgili bir başsavcı yardımcısına yazdığı mektuplardı. Mektupların gazetede "*Vadim Mişin savcılarını tehdit etti*" başlıklı bir yazıya konu olmasının akabinde Guja'nın bu mektupları basına sızdırdığını itiraf etmesi üzerine işine son verilmiştir. AlHM, üst düzey politikacılar arasında ve Başsavcılıkta meydana gelen bir uygunsuzluğun bilinmesindeki kamu yararının altını çizerek başvurusunun ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine hükmetmiştir (ECHR (Dec.), Guja v. Moldova, 12.02.2008, Appl no: 14277/04,

<https://hudoc.echr.coe.int> [E.T. 17.03.2022]).

108 ECHR (Dec.), Heinisch v. Germany, 21.07.2011, Appl no: 28274/08, para. 55, <https://hudoc.echr.coe.int> [E.T. 31.03.2022].

109 Kagiros, s. 226.

110 Civan, s. 226.

111 ECHR (Dec.), Heinisch v. Germany, 21.07.2011, Appl no: 28274/08, para. 67, <https://hudoc.echr.coe.int> [E.T. 27.03.2022].

112 Bu içtihadla ilişkin ilk davada başvuru Lingsens, Avusturya Federal Şansölyesi'ni Nazi kökenli liderlerin ilişkili olduğu bir siyasi hareketle ilgili olmakla suçlamış; Şansölye'nin davranışını "ahlaka aykırı" ve "basit fırsatçılık" olarak nitelendirmiştir. Avusturya mahkemeleri, bu ifadelerin hakaret olduğuna hükmedip gazeteciyi idari para cezasına çarptırmıştır. AlHM, bir politikacının siyasi yönelimlerinin bilinmesindeki kamu yararının altını çizerek basın mensuplarına uygulanan sansürün, onların kamunun bekçi köpeği olarak bilgiyi yayma görevlerinin önüne geçeceğini belirtmiştir (ECHR (Dec.), Lingsens v. Austria, 08.07.1986, Appl no: 9815/82, <https://hudoc.echr.coe.int> [E.T. 31.03.2022]).

113 Kagiros, s. 227.

olarak gerçek olması aranmamakta, işçinin ihbarda bulunduğu tarihte bilginin gerçekliğine iyi niyetle inanması yeterli kabul edilmektedir¹¹⁴.

Üçüncü kriter, ihbarcının saikidir. İşçinin adalet duygusuyla, işverenin misilleme yapma ihtimalini göze alarak ve uygunsuzluğun ortaya çıkarılmasındaki kamu yararını gözeterek yaptığı ifşa ve ihbarların özel olarak korunması gerekir¹¹⁵. Ancak kin, husumet veya kişisel çıkar sağlama beklentisi ile yaptığı düşünce açıklamaları daha az korunmayı hak etmektedir¹¹⁶. İhbarcının saiki, daha çok ilk iki kriterin yerine getirilmediği olaylarda önem taşımaktadır¹¹⁷. İşçi zaten bilinmesinde kamu yararı olan ve doğruluğu onaylanmış bir bilgiyi ifşa etmişse iyi niyetle hareket etmiş olması, AIHS 10. maddesi kapsamında korunması konusunda ek bir kriter teşkil edecektir¹¹⁸. Nitekim Langner– Almanya Kararı'nda¹¹⁹; belediyenin iskân bürosunda çalışan başvuranın, belediye başkan yardımcısını hem bir personel toplantısı sırasında sözlü olarak hem de sonrasında hiyerarşik üstü konumundaki amirine karşı yazılı olarak, "adli hata" yapmakla suçlaması üzerine işine son verilmiştir. Feshin sonrasında belediye başkanı yardımcısının adli hata yapmadığı ve işlemlerinin hukuka uygun olduğu Alman Mahkemeleri önünde kanıtlanmıştır. Ayrıca başvuru, endişelerini belediye başkanına ya da kovuşturma makamına iletmektense, yaklaşık iki yıl sonra bir personel toplantısında dile getirmiştir. AIHM, Alman Federal İş Mahkemesi Kararına atıf yaparak, başvurunun saikinin bir hukuksuzluğu ortaya çıkarmak olmadığını, kendisinin alt biriminin kapatılma tarihinin yaklaşması sebebiyle belediye başkan yardımcısı hakkındaki kişisel hisleriyle hareket ettiğini belirtmiş ve somut olayda AIHS 10. maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir.

Dördüncü kriter olarak, işçinin önce şikayetini

şirket içinde çözmek için girişimde bulunup bulunmadığı değerlendirilmekte ancak işletme içinde güvenli ve etkin şikâyet mekanizmaları yoksa işçinin doğrudan işletme dışı ihbar yollarına başvurması anlayışla karşılanmaktadır¹²⁰.

Beşinci kriter, ihbarcıya uygulanan yaptırımın orantılılığıdır. AIHM, Heinisch Kararı'nda tazminatsız işten çıkarmanın "iş hukuku açısından olabilecek en ağır yaptırım"¹²¹ olduğunu kaydetmiştir. AIHM işçiye uygulanan yaptırımın ağırlığını değerlendirirken sadece başvurunun kişisel ve profesyonel menfaatlerini değil; böyle bir yaptırımın, bir uygunsuzluğu ihbar ve ifşa etmek isteyen diğer kişiler üzerindeki caydırıcı etkisini de göz önünde bulundurmaktadır¹²².

Bu noktada 2019/1937 sayılı Birlik Hukukuna Aykırılıkları İhbar Edenlerin Korunması Hakkında Yönerge ile getirilen yeniliklere de değinmek gerekmektedir. Yönergenin getirdiği en büyük yenilik, 50 ve daha fazla işçinin çalıştığı işyerlerinde şirket içi ifşa kanalları oluşturma yükümlülüğüdür¹²³. Böylece işyeri içinde, başvurunun kimliğinin gizli tutulacağı güvenli işletme içi mekanizmaların kurulması ve işlemesi bazı standartlara tabi tutulmuştur. Yönerge aynı zamanda devletlere de bağımsız ve özerk işletme dışı ifşa makamları kurma yükümlülüğü getirmektedir¹²⁴. Bununla birlikte, işçiler için işletme dışı resmi ifşa makamlarına ulaşmadan önce işletme içi ifşa kanallarına başvurma zorunluluğuna yer verilmiştir. Ancak yönerge resmi makamlara başvurmadan kamuoyuna ifşa etmeyi sadece istisnai olarak, örneğin halk sağlığı ya da çevrenin korunmasıyla ilgili acil durumlarda kabul etmektedir. Yönergenin getirdiği bir başka önemli yenilik ise işçinin saikinin inceleme konusu olmaktan çıkmasıdır¹²⁵. Yönergeye göre, işçinin hangi amaçla ihbar ve ifşada bulunduğu, onun misillemeye

114 Alp, 2019/1937, s. 9.

115 Alp, İfade Özgürlüğü, s. 402.

116 ECHR (Dec.), Guja v. Moldova, 12.02.2008, Appl no: 14277/04, para. 77, <https://hudoc.echr.coe.int> [E.T. 31.03.2022].

117 Kagiros, s. 234.

118 Kagiros, s. 234.

119 ECHR (Dec.), Langner v. Germany, 17.09.2015, Appl no: 14464/11, <https://hudoc.echr.coe.int> [E.T. 31.03.2022].

120 Civan, s. 234.

121 ECHR (Dec.), Heinisch v. Germany, 21.07.2011, Appl no: 28274/08, para. 91, <https://hudoc.echr.coe.int> [E.T. 31.03.2022].

122 Kagiros, s. 236.

123 Alp, 2019/1937, s. 19.

124 Alp, 2019/1937, s. 22.

125 Alp, 2019/1937, s. 33.

karşı korunması anlamında önem taşımamalıdır.

AIHM'in *whistleblowing* konulu yakın tarihli kararında¹²⁶, iç hastalıkları doktoru ve aynı zamanda çalıştığı hastanenin iç hastalıkları anabilim dalı başkan yardımcısı olan başvuru, Dr. H. isimli hiyerarşik üstünün dört hastasının morfinden öldüğünü tespit etmiş ve bu ölümlerin ötenazi olduğundan şüphelenmeye başlamıştır. Başvuru Dr. Gawlik hastane içi şikâyet sistemine başvurmadan savcılığa suç duyurusunda bulunmuştur. Ötenazi iddiasına ilişkin polis soruşturması medyanın ilgisini de oldukça çekmiştir. Hastane tarafından Gawlik'in işine son verilirken ötenazi yapma suçlamasıyla hakkında soruşturma başlatılan Dr. H. hakkında takipsizlik kararı çıkmıştır. Soruşturmada Gawlik'in iddialarının temelsiz olduğu açıklığa kavuşturulmuştur; delillerin ortaya koyduğu üzere, Gawlik, hasta dosyalarının sadece elektronik ortamdaki nüshalarını incelemiş, bunları fiziki dosyalarla karşılaştırmamıştır.

AIHM'e göre, doktorun kötüniyetle hareket etmediği açıktır. Kuşkusuz, bu mahiyette bir bilginin kamuoyu tarafından bilinmesinde yarar da bulunmaktadır. Ancak başvuru doktor olarak, elektronik nüshaların hastaların durumuyla ilgili resmin tamamını göstermediğini bilmesi gerekmektedir. Fiziki dosyalara baktığında kuşkularının temelsiz olduğunu derhal fark edeceği halde gereken doğrulamayı yapmadan hastaneyi ve meslektaşını ifşa etmesi, özellikle bilginin önemine ve kamuoyunda yarattığı etkiye bakılarak değerlendirildiğinde, haklı feshi orantılı bir yaptırım haline getirmektedir.

Strazburg Mahkemesi, başvuru doktorunun işletme içi şikâyet mekanizmasını harekete geçirmeden işletme dışı ihbar makamlarına ulaşmasına dayanarak karar vermemiş; ancak doktorun önce şüphelerini güvenli şekilde önce hastane içinde dile getirmesinin mümkün olup olmadığını tartışmıştır. Karara göre, başvuru doktorunun suçlama yönelttiği Dr. H., kendisinin hiyerarşik üstü konumundadır

ve hastane içinde anonim olarak şikâyet etme imkânı bulunmamaktadır; hastane yönetim kurulu-na başvurmak ise etkin bir alternatif gibi görünmemektedir. AIHM, tüm bu bulgulara bakarak, başvuru doktorunun öncelikle işletme içi şikâyet mekanizmalarını işletmeyişi haklı bulmuştur.

Bu olayın ele alınış biçiminden anlaşılacağı üzere, Birlik Hukukuna Aykırılıkları İhbar Edenlerin Korunması Hakkında Yönerge ile getirilen, öncelikle işletme için ifşa kanallarına başvuru zorunlu olmaktan çıkması ve ifşacının saikinin araştırılmaması gibi yeniliklerin AIHM'in somut olayları değerlendirme kriterlerinde şimdilik değişiklik yarattığı söylenemez.

Sonuç

Düşünce üreten bir varlık olan insanın fikir ve kanaatlerini dış dünyayla barışçıl yollardan paylaşması olarak tanımlayabileceğimiz ifade özgürlüğü, bireylerin ve toplumların gelişmesindeki önemli rolünden dolayı tüm demokratik toplum düzenlerinde korunmakta ve bireylerin sırf düşünce açıklamaları yüzünden cezalandırılması, kınanması, eşitliğe aykırı muamelelere maruz kalması engellenmektedir. Ancak her hak ve özgürlük kadar ifade özgürlüğünün de kendi doğasından, anayasadan ve yasalardan kaynaklanan sınırları olduğu gibi iş akdinin karşılıklı borç doğuran ve güven ilişkisine dayanan mahiyetinden kaynaklanan sınırları da bulunur.

İş hukukundan doğan sınırların başlıca gerekçesi, işçinin iş görme ve sadakat borcudur. Nitekim işçi, ifade özgürlüğünü çalışma saatleri içinde kullanırken iş görme edimini engelleyecek biçimde hareket etmemelidir. Daha önemlisi, işçinin sadakat borcu gereği işverene haksız şekilde zarar verebilecek olan düşünce açıklamalarından uzak durması gerekir. Ancak bu, işverenin menfaatleri karşısında işçinin ifade özgürlüğünün hiç korunmayacağı anlamına gelmez; sadece kendisinden objektif olarak beklenebilir şekilde ve işverenin gözetme borcunu yerine getirdiği ölçüde kısıtlanması anlamına gelir. Ayrıca işçinin işyerindeki çalışma barışını, huzuru, iş

¹²⁶ECHR (Dec.), *Gawlik v. Liechtenstein*, 16.02.2021, Appl no: 23922/19, <https://hudoc.echr.coe.int> [E.T. 16.03.2022].

akışını, diğer çalışanların moral ve motivasyonunu bozan nitelikteki düşünce açıklamaları, ifade özgürlüğü kapsamına girmez. İşverenin iş akdiyle işçinin ifade özgürlüğünü kısıtlayabilmesi, istisnai koşullarda ve işçinin önceden aydınlatılması ile mümkün olabilir. Son olarak, AIHM'e göre iş ilişkisinde işçinin ifade özgürlüğünün sınırları çizilirken; düşünce açıklamasının mahiyetini, işçinin saikini, işverenin söz konusu ifadeler yüzünden uğradığı zararı ve işçiye uygulanan yaptırımın işverenin uğradığı zarara oranla ağırlığını incelemek gerekmektedir.

İşçinin işyerini ve çalışma düzenini eleştirme hakkı vardır ancak işçinin eleştiri hakkı ve özgürlüğü, işyeriyle olan akdi ve kurumsal bağı dolaısıyla, üçüncü bir kişinin eleştiri hakkı ve özgürlüğünden daha dardır. Objektif gerçeklik ve payı olan, nesnel ve yapıcı üslupla yöneltilen, eleştiri konusuyla nedensellik bağı olan eleştiriler; şeref ve namusa dokunacak ifadeler içermediği müddetçe korunur.

İşçinin işyeri içindeki olumsuzluk ve uygunsuzlukları resmi makamlara, basına veya üçüncü kişilere şikâyet etme hakkı vardır. Fakat işçinin asılsız ve şeref ve haysiyet kırıcı nitelikteki ağır ithamları, İK madde 25'e göre derhal haklı nedenle fesih sebebidir. İşçinin sadakat yükümlülüğü gereği işyerindeki sorunları öncelikle işyeri içinde çözümlenmek adına harekete geçmesi beklenmektedir. AIHM'e göre, işyerinde güvenli ve anonim kalmayı sağlayan ihbar mekanizmaları olmaması veya bunların etkin kullanılmaması veya işçinin bu şekilde sonuç alamayacağından baştan bariz olması halinde doğrudan resmi makamlara, hatta basına ihbar yapılabilir. İşçinin ihbar ettiği bilginin ortaya çıkması işverenin şöhret ve menfaatleri ile çatışacağından; ifşa edilen bilginin doğru olması, en azından işçinin elinden gelen doğrulamayı yapmış ve iyi niyetle bilginin gerçekliğine inanmış olması gerekir. İhbarcının ne ölçüde korunması gerektiği belirlenirken ihbarcı olmaktadır saiki, bilginin kamuoyu tarafından bilinmesinde kamu yararı olup olmadığı ve işçiye uygulanan yaptırımın işverenin uğradığı zararla oranı göz önünde bulundurulmalıdır.

KAYNAKÇA

- Aktay, Nizamettin/Arıcı, Kadir/Senyen Kaplan, Tuncay: İş Hukuku, Ankara 2007.
- Alp, Mustafa: "Avrupa Birliği'nin 2019/1937 Sayılı Birlik Hukukuna Aykırılıkları Bildirenlerin Korunması (Whistleblowing) Yönergesi Işığında İşçinin Hukuka Aykırılıkları İfşa Etmesi", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 23, S: 1, 2021, 1-37 [Alp, 2019/1937].
- Alp, Mustafa: "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Heinisch/Almanya Kararı Işığında Whistleblowing (İşçinin İfşa ve İhbarı) ve İş İlişkisinde İfade Özgürlüğü", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 15, Özel S., 2014, 385-422 [Alp, İfade Özgürlüğü].
- Arıcı, Kadir: Türk İş Hukuku- I- Ferdi İş İlişkileri Hukuku, Ankara 2022.
- Alpagut, Gülsevil: "İşçinin Sadakat Borcu ve Türk Borçlar Kanunu ile Getirilen Düzenlemeler", Sicil İş Hukuku Dergisi, S: 25, 2012, 23-32.
- Astarlı, Muhittin: İş Hukukunda Çalışma Süreleri, Doktora Tezi, Ankara 2008.
- Aydın, Ufuk: "İş Hukuku Açısından İşçinin Bilgi Uçurması (Whistleblowing)", Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C: 2, S: 2, 2002, 79-100.
- Baycık, Gaye: "Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Haklarında Yeni Düzenlemeler", Ankara Barosu Dergisi, C: 71, S: 3, 2013, 103-170.
- Civan, Orhan Ersun: İşçinin Yan Yükümlülükleri, İstanbul 2021.
- Çelik, Nuri/Canıklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat/Özkaraca, Ercüment: İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2022.
- Demir, Fevzi/Demir, Gönenç: "İşçinin Sadakat Borcu ve Uygulaması", Kamu İş Dergisi, C: 11, S: 1, 2009, 1-37.
- Dönmezkuş, Dilara: Temel Hakların Yatay Etkisi ve İfade Özgürlüğü, İstanbul 2021.
- Dursun Ateş, Sevgi: İşverenin Yönetim Hakkı, Ankara 2019.
- Elbir, Nazlı: Kişiliğinin Korunması Bağlamında

- İşçiye Ait Kişisel Verilerin Korunması, Ankara 2020.
- Ercoskun Şenol, Kübra: "Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Özgürlüğü ve Bunun Genel Sınırı: TBK m. 27", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C: 74, S: 2, 2016, 709-738.
- Erdem, Mustafa Ruhan/Tezcan, Durmuş/Önok, Rifat Murat: Ceza Özel Hukuku, Ankara 2021.
- Erdoğan, Mustafa: "Demokratik Bir Toplumda İfade Özgürlüğü: Özgürlükçü Bir Perspektif", Liberal Düşünce Dergisi, S: 24, Güz 2001, 8-13.
- Ergül, Ozan: "Temel Hak ve Özgürlüklerin Yatay Etkisi Karşısında Çalışanı Ücretini Gizli Tutmakla Yükümlü Kılmanın Hukuksal Temelsizliği Üzerine", Prof. Dr. Erdal Onar'a Armağan Cilt I, Ankara 2013, 433-487.
- Ertürk, Şükran: İş İlişkisinde Temel Haklar, Ankara 2002.
- Gökpinar, Mahmut: "Bir Kavram Olarak İnsan Hakları ve Çeşitli Açılardan Sınıflandırılması", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S: 120, Eylül-Ekim 2015, 12-72.
- Gözler, Kemal: Anayasa Hukukunun Genel Esasları Ders Kitabı, Bursa 2016.
- Kagiaros, Dimitrios: "Reassessing The Framework for The Protection of Civil Servant Whistleblowers in The European Court of Human Rights", Netherlands Quarterly of Human Rights, C: 39, S: 3, 2021, 220-240.
- Kalabalık, Halil: İnsan Hakları Hukuku, Ankara 2017.
- Kar, Bektaş: "İşçinin İfade Özgürlüğü ve İş Sözleşmesine Yansımaları", Prof. Dr. Turhan Esener III. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, Ankara 2021, 173-184.
- Karan, Ulaş: İfade Özgürlüğü Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi: 2, Ankara, 2018.
- Kaya, Semih Batur: "Hukuk Devleti, Demokrasi ve Anayasacılık Ekseninde Anayasa Yargısı ve Yargısal Aktivizm", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 19, S: 3, 2015, 355-402.
- Kolcu, Selahattin: Suçu Bildirmeme Suçu, Ankara 2016.
- Okur, Zeki: "İş Hukukunda İşçinin Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü", Kamu İş Dergisi, C: 8, S: 4, 2006, 41-88.
- Öktem Songu, Sezgi: "Anayasal Bir Temel Hak Olarak İfade Özgürlüğünün İşçi Açısından İşyerindeki Yansımaları", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 15, 2013, 609-650.
- Özbey, Özcan: "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İfade Özgürlüğü Kısıtlamaları", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 62, S: 1, 2013, 93-146.
- Özbudun, Ergun: Türk Anayasa Hukuku, Ankara 2016.
- Perdecioğlu, İsmail Emrah: "İnsan Haklarının Yatay Etkisi ve Mülkiyet Hakkının Yatay Etkisinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında Görünümü", Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S: 43, 2020, 49-78.
- Sunay, Reyhan: "İnsan Haklarının Yatay Etkisi ve Devletin Sorumluluğu", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 23, S: 1, 2015.
- Sümer, Haluk Hadi: İş Hukuku, Ankara 2020.
- Süzek, Sarper: İş Hukuku, İstanbul 2019.
- Şahlanan, Fevzi: Toplu İş Hukuku, İstanbul 2020.
- Şirin, Tolga: Türkiye'de Anayasa Şikayeti (Bireysel Başvuru), İstanbul 2013.
- Uygun, Oktay: Devlet Teorisi, İstanbul 2017.
- Wragg, Paul: "Free Speech Rights at Work: Resolving the Differences between Practice and Liberal Principle", Industrial Law Journal, C: 44, S: 1, 2015, 1-28.
- Yıldız, Gaye Burcu: "İşçinin Sosyal Medya Paylaşımları Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshi Konusunda İki Farklı Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi", Sicil İş Hukuku Dergisi, S: 39, 2018, 105-112.

YAZI TESLİM KURALLARI

1. Dergide yayımlanması istenen yazılar MESS'in mess@mess.org.tr elektronik posta adresine gönderilmelidir.
2. Yazılar Microsoft Word (Microsoft Office 2003 ve üzeri versiyonlar) formatında (doc. veya docx dosya uzantılı), Kaynakça ile birlikte 15.000 kelimeyi geçmeyecek şekilde yazılmalı ve yazıların sayfa düzeni için aşağıdaki şekil şartlarına uyulmalıdır:
Kağıt boyutu: A4; Üst, alt, sağ ve sol boşlukları: 2,5 cm.; Yazı tipi: Times New Roman (Türkçe yazı dili seçilerek); Punto: 12; Satır arası: 1,5; Hizalama: İki yana yaslanmış; Dipnotlar: Sayfa altında ve Times New Roman yazı tipinde, 10 punto, 1 satır arası ve iki yana yaslanarak hizalanmış. Ayrıca, en fazla 150'şer kelimededen oluşacak ve araştırmanın kapsamı ve amacının belirtildiği, kullanılan yöntemin tanımlandığı ve ulaşılan sonuçların kısaca yer verildiği Türkçe ve İngilizce özet, en az üç Türkçe ve üç İngilizce anahtar sözcük ile birlikte, yazının Türkçe ve İngilizce yazılmış başlığı, yazar ismi, kurumu ve yazarların açık adresleri, ORCID bilgisi ile telefon numaraları ve e-posta adresinin bulunduğu üst kapak sayfası gönderilmelidir. Başlığının Türkçe ve İngilizce ayrıca yer aldığı yazının ilk sayfasında yazar ismi yer almamalıdır.
3. Kaynaklar yazının sonunda ayrı bir sayfada "Kaynakça" başlığı altında yazar soyadlarına göre alfabetik sıraya dizilmelidir.
4. Yararlanılan ve gönderme yapılan kaynaklar, aşağıda örnekleri sunulan APA (American Psychological Association) ölçütlerine göre yazılmalıdır.

Metin İçinde Kaynak Gösterimi

- Metin içindeki atıflar, yazarın adı cümle içinde geçiyorsa;
Oğuzman (1981, s. 125)
Yazarın adı cümle içinde geçmiyorsa;
(Oğuzman, 1981, s. 125) şeklinde yazılmalıdır.
- Metin içinde ikiden fazla yazarlı kitaplara atıfta bulunurken ilk seferinde bütün isimler kullanılmalı; aynı yayına daha sonra yapılan atıflarda sadece birinci isim yazılmalı, diğer yazarlar için "ve diğerleri" ibaresi kullanılmalı, a.g.e., a.g.m. gibi kısaltmalar kullanılmamalıdır.

Oğuzman ve diğerleri (1979)

Metin içinde yer alması uygun görülmeyen açıklamalar için sayfa altı dipnot yöntemi kullanılmalıdır. Bu not içinde yapılacak atıflarda da yukarıdaki yöntem uygulanmalıdır.

Kaynakçaların Düzenlenmesi

- Kaynakça listesinde bütün yazarların isimleri soyadına göre alfabetik yer almalıdır. Atıf yapılan kaynaklar birden fazlaysa, atıflar noktalı virgülle ayrılmalıdır. Bir yazarın birden çok çalışması kaynakçada yer alacaksa yayın tarihine göre eskiden yeniye doğru bir sıralama yapılmalıdır. Aynı yılda yapılan çalışmalar için a, b, c ibareleri kullanılmalıdır ve bunlar metin içinde yapılan atıflarda da aynı olmalıdır.

Oğuzman 1981, 125; Elbir, 1980, 101

- Kitaplar kaynakça listesinde aşağıdaki şekilde yer almalıdır:
Yazar soyadı, adının BAŞ HARFLERİ. (Yıl). Başlık. Baskı. Basıldığı Yer: Basımevi- nin İsmi

Oğuzman, M.K. (1981). Vak'a Metodu ile Hukuki Yönden İşçi-İşveren İlişkileri Olaylar-Kararlar. Genişletilmiş 3. Bası. İstanbul: Fakülteler Matbaası

- Yazılar kaynakça listesinde aşağıdaki şekilde yer almalıdır:
Yazar soyadı, adının BAŞ HARFLERİ. (Yıl). Yazının Başlığı. Derginin İsmi. Cilt Numarası, İlk ve Son Sayfa Numaraları

Oğuzman, M.K. (1989). Grup Toplu İş Sözleşmeleri Hakkında Yargıtayın Görüşünün Değerlendirilmesi. Sicil İş Hukuku Dergisi. 10, 5-12

- İnternette alınan belgeler kaynakça listesinde aşağıdaki şekilde yer almalıdır: Yazar soyadı, adının BAŞ HARFLERİ. (Yıl). Yazının Başlığı. Kaynağın İsmi. Sayfa Numaraları. (Erişim tarihi Gün/Ay/Yıl) [http://www. ile başlayan internet adresi](http://www.ile.başlayaninternetadresideerişildi)

Oğuzman, M.K. (1989). Grup Toplu İş Sözleşmeleri Hakkında Yargıtayın Görüşünün Değerlendirilmesi. Türk İş Mevzuatı Açısından Grup Toplu İş Sözleşmeleri. 5-25. 15 Ocak 2014 tarihinde <http://www.mess.org.tr/ti.asp?eid=1000&i-cid=0> adresinden erişildi.

ETİK KURALLAR

Dergi, Üniversitelerarası Kurul Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Yönergesi ve Yayın Etik Komitesi COPE Yönergesi kapsamında belirlenen etik ilke ve kurallar temelinde TÜBİTAK/ULAKBİM (TRDİZİN) Standartları esas alınarak yayımlanmaktadır. Üniversitelerarası Kurul Bilimsel Araştırma ve Yayın Etiği Yönergesinde ifade edilen bilimsel araştırma ve yayın etiğine aykırı eylemler aşağıda belirtilmiştir. Yazarların belirtilen araştırma ve yayın etiğine aykırı eylemlerde bulunmaması ve etik kurallara uyması beklenmektedir.

İntihal: Başkalarının özgün fikirlerini, metotlarını, verilerini veya eserlerini bilimsel kurallara uygun biçimde atıf yapmadan kısmen veya tamamen kendi eseri gibi göstermek

Sahtecilik: Bilimsel araştırmalarda gerçekte var olmayan veya tahrif edilmiş verileri kullanmak

Çarpıtma: Araştırma kayıtları veya elde edilen verileri tahrif etmek, araştırmada kullanılan cihaz veya materyalleri kullanılmış gibi göstermek, destek alınan kişi ve kuruluşların çıkarları doğrultusunda araştırma sonuçlarını tahrif etmek veya şekillendirmek

Tekrar yayım: Mükerrer yayınlarını akademik atama ve yükselmelerde ayrı yayınlar olarak sunmak

Dilimleme: Bir araştırmanın sonuçlarını, araştırmanın bütünlüğünü bozacak şekilde ve uygun olmayan biçimde parçalara ayırıp birden fazla sayıda yayımlayarak bu yayınları akademik atama ve yükselmelerde ayrı yayınlar olarak sunmak

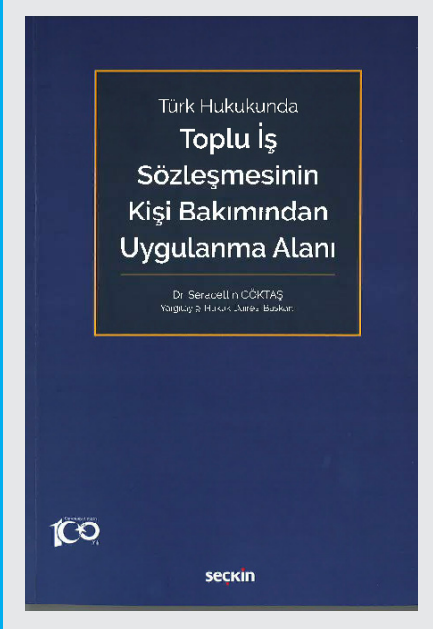
Haksız yazarlık: Aktif katkısı olmayan kişileri yazarlar arasına dâhil etmek veya olan kişileri dâhil etmemek, yazar sıralamasını gerekçesiz ve uygun olmayan bir biçimde değiştirmek, aktif katkısı olanların isimlerini sonraki baskılarda eserden çıkartmak, aktif katkısı olmadığı hâlde nüfuzunu kullanarak ismini yazarlar arasına dâhil ettirmek

Diğer etik ihlal türleri şunlardır:

- Destek alınarak yürütülen araştırmalar sonucu yapılan yayınlarda destek veren kişi, kurum veya kuruluşlar ile bunların katkılarını belirtmemek
- Henüz sunulmamış veya savunularak kabul edilmemiş tez veya çalışmaları, sahibinin izni olmadan kaynak olarak kullanmak
- Yayınlarında hasta haklarına riayet etmemek

- İnsanlarla ilgili biyomedikal arařtırmalarda veya diđer klinik arařtırmalarda ilgili mevzuat hűkűmlerine aykırı davranmak
- İncelemek űzere gűrevlendirildiđi bir eserde yer alan bilgileri eser sahibinin aēık izni olmaksızın yayımlanmadan űnce bařkalarıyla paylařmak
- Bilimsel araştırma iēin sağlanan veya ayrılan kaynakları, mekânları, imkânları ve cihazları amaē dışı kullanmak
- Bilimsel bir ēalıřma kapsamında yapılan anket ve tutum araştırmalarında katılımcıların aēık rızasını almadan ya da araştırma bir kurumda yapılacaksa ayrıca kurumun iznini almadan elde edilen verileri yayımlamak
- Arařtırma ve deneylerde; hayvanlara ve ekolojik dengeye zarar vermek, ēalıřmalara bařlamadan űnce alınması gereken izinleri yetkili birimlerden yazılı olarak almamak, mevzuatın veya Tűrkiye'nin taraf olduđu uluslararası sűzleřmelerin ilgili arařtırma ve deneylere dair hűkűmlerine aykırı ēalıřmalarda bulunmak
- Arařtırmacılar veya yetkililerce, yapılan bilimsel arařtırma ile ilgili olarak muhtemel zararlı uygulamalar konusunda ilgilileri bilgilendirme ve uyarma yűkűmlűlűđűne uymamak
- Bilimsel ēalıřmalarda, diđer kiři ve kurumlardan temin edilen veri ve bilgileri, izin verildiđi űlēűde ve řekilde kullanmamak, bu bilgilerin gizliliđine riayet etmemek ve korunmasını sađlamamak

Yeni Yayınlar



Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Başkanı Dr. Seracettin GÖKTAŞ tarafından kaleme alınan **“Türk Hukukunda Toplu İş Sözleşmesinin Kişi Bakımından Uygulanma Alanı”** adlı kitabın ilk baskısı Mart 2023 tarihinde yayımlanmıştır.

Türk hukukunda toplu iş sözleşmesi hakkı Anayasa ile güvence altına alınmıştır. İşçi ve işverenler karşılıklı olarak ekonomik ve sosyal durumlarını ve çalışma şartlarını toplu iş sözleşmesiyle düzenleyebilirler. Anayasa’da temel hak olarak kabul edilen toplu iş sözleşmesi hakkı için özel bir sınırlandırma nedeni öngörülmemiştir. Bununla birlikte, söz konusu hakkın Anayasa’nın 13. maddesinde belirtilen genel ilkeler çerçevesinde kanunla sınırlandırılması mümkündür.

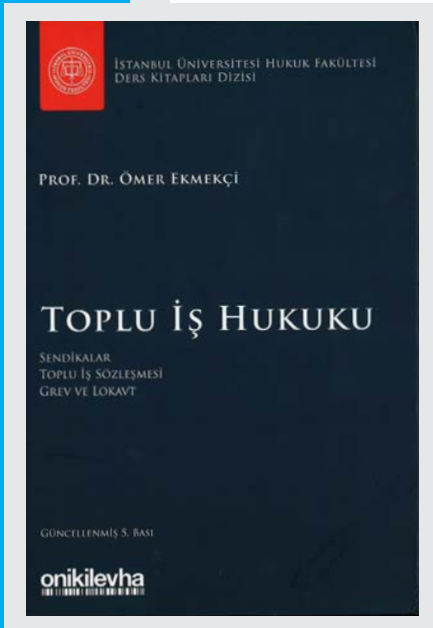
Anayasa’nın 53. maddesinde toplu iş sözleşmesinin nasıl yapılacağına kanunla düzenleneceği öngörülmüş olup bu kapsamda kabul edilen 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu, sadece sözleşmenin yapılmasına değil, uygulanma alanına ilişkin pek çok hükme de yer vermiştir. Toplu iş sözleşmesinin uygulama alanı yer, zaman ve kişi bakımından sınırlandırılmıştır. Kişi itibarıyla uygulama alanı, toplu iş sözleşmesi hakkının etkin bir şekilde kullanılıp kullanılmadığını belirlemek bakımından son derece önemlidir. Doçentlik tezi olarak kaleme alınan çalışmada toplu iş sözleşmesinin kişi itibarıyla uygulama alanı mevzuat, bilimsel görüşler ve yargı kararları çerçevesinde değerlendirilmiştir.

Prof. Dr. Ömer Ekmekçi tarafından kaleme alınan **“Toplu İş Hukuku”** adlı kitabın 5. Baskısı Mayıs 2023 tarihinde yayımlanmıştır.

Eser basıya girecek iken 6356 sayılı Kanun uyarınca çıkarılan beş yönetmelik, “Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Sürecine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik” adı altında birleştirilmiş ve görüşleri alınmak üzere sosyal taraflara gönderilmiştir. Her ne kadar eserde gerekli değişiklikler yapılmak üzere yeni yönetmeliğin yürürlüğe girmesi beklenilmişse de, söz konusu taslağın geri çekildiği bilgisi alınmış ve eser bu çerçevede hazırlanmıştır.

Kitabın yeni basısında da yeni yargı kararlarına yer verilmiştir. Söz konusu yargı kararlarının sadece künyesine atıf yapılmakla yetinilmemiş, okuyucuyu kararı aramak zahmetinden kurtarmak ve somut olayı anlaşılır kılmak amacıyla, kararın önemli kısımlarının metne alınmasına devam edilmiştir.

3 bölümden oluşan eserin birinci bölümünde Sendika Hukuku, ikinci bölümünde Toplu İş Hukuku, üçüncü bölümünde ise İş Mücadelesi Hukuku incelenmiştir.



Yeni Yayınlar

Prof. Dr. Saim OCAK ve **Öğretim Görevlisi Ramazan DEDE** tarafından kaleme alınan **“Kişisel Verileri Koruma Hukuku Mevzuatı”** adlı kitabın ilk baskısı Mart 2023 tarihinde yayımlanmıştır.

Anayasa’da düzenlenerek güvence altına alınan temel hak ve özgürlükler kapsamında ve özel hayatın gizliliği bağlamında kişisel verilerin korunması sağlanmaktadır. Konuyla ilgili olarak 07.04.2016 (29677) tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan 24.03.2016 tarih ve 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ile kişisel verilerin korunmasına ilişkin önemli gelişmeler yaşanmıştır. Kişisel veriler, 6698 sayılı Kanun’dan önce yürürlüğe giren ve halen uygulanmakta olan farklı konulara ilişkin diğer mevzuat hükümleriyle de korunmaktadır.

Kişisel veriler, hayatın olağan akışı içerisinde hukukun birçok alanını ilgilendirecek şekilde kullanılabilir. Bu yönüyle, kişisel verilerin korunmasına ilişkin hususlar birçok farklı mevzuat hükmünde düzenlenmekte ve bunların toplu olarak bir arada bulunması çoğu zaman mümkün olmamaktadır. Bu çerçevede eserle konuyla ilgili hükümler bir araya getirilmiş ve uygulamaya yardımcı olunması amaçlanmıştır. Eserde, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın konuyla ilgili hükümleri, konuyu düzenleyen kanunlar ve bazı kanunların ilgili hükümlerinin yanı sıra, tüzük, yönetmelik ve tebliğler yer almaktadır.

Doç. Dr. Murteza AYDEMİR tarafından kaleme alınan **“Yargıtay Kararları Işığında İşe İade Davasının Sonuçları”** adlı kitabın ilk baskısı Ocak 2023 tarihinde yayımlanmıştır.

Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO)’nün Hizmet İlişisine İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında 158 sayılı Sözleşmesi 1994 yılında ülkemiz tarafından onaylandıktan sonra, bu Sözleşmeye uyum sağlamaya yönelik 09.08.2022 tarihli 4773 sayılı Yasa kabul edilmiş, son olarak ise 22.05.2003 tarihli İş Kanunu ile iş güvencesine ilişkin hükümler geliştirilerek; Türk hukukundaki yerini almıştır. Böylece hukukumuzda işçinin feshe karşı korunmasında “iş güvencesi” sistemine geçilmiştir. Söz konusu Kanun’un yürürlüğe girmesinden sonra ise, iş mahkemelerinde “işe iade” davaları, diğer iş davalarının yanındaki yerini almıştır.

Beş bölümden oluşan eserde, daha çok işe iade davasının sonuçları üzerinde durulmuştur. Yapılan yargılama sonucunda işçi ve işvereni bekleyen sonuçlar ele alınmıştır. Çalışma, işe iade davasının sonucuna odaklanmış olup, işe iade davasının sonuçlarının neler olduğu, ne zaman ve nasıl elde edileceği hususları yer almaktadır. İş güvencesi alanının büyük ölçüde içtihat hukukuna da açık olması dolayısıyla, çalışmada Yargıtay kararlarına da geniş ölçüde yer verilmiştir.



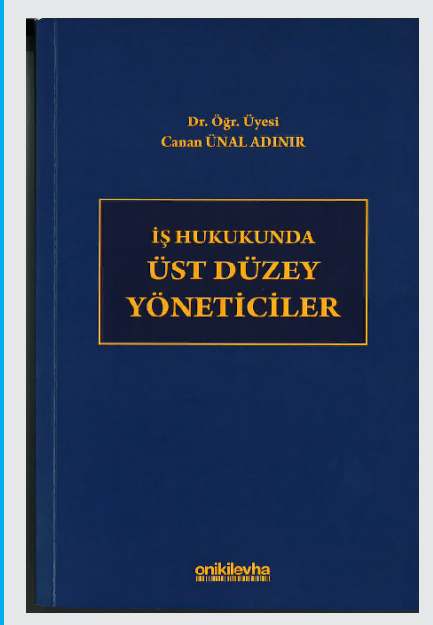
Yeni Yayınlar



Doç. Dr. Esra Yiğit tarafından kaleme alınan “**İş İlişkisinde Kişisel Verilerin Korunması**” adlı kitabın 2. baskısı Mayıs 2023 tarihinde yayımlanmıştır.

Eser, yazarın doçentlik başvurusunun temel eseri olan kitabın güncellenmiş ikinci baskısıdır. Birinci Baskısı Nisan 2022 yılında yayımlanan eserin, ikinci baskısında geri bildirimlerin etkisiyle sade ve örnekli anlatım sürdürülmeye, Kurul kararlarına yine sıkça yer vermeye ve Alman Hukuku literatüründen faydanılmaya özen gösterilmiştir.

Onbir bölümden oluşan eserde; Temel Kavramlar, Kişisel Verilerin İşlenmesinde Temel İlkeler, İş İlişkisinde Kişisel Verilerin Korunmasına Dair Mevzuat, İş Hukukuna Özgü Bazı Müesseselerin Veri Koruma Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, İşverenin Veri Hukukundan Doğan Yükümlülükleri, İşçinin Kişisel Verilerinin Açık Rıza ile İşlenmesi, İşçinin Kişisel Verilerinin Açık Rıza Gerekmesiz İşlenmesi ve İstisnai Haller, İş İlişkisinde Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşlenmesi, İşçinin Kişisel Verilerinin Açıklanması ve Aktarılması, İşçinin Kişisel Verilerinin Saklanması ve İmha Edilmesi ve İş İlişkisinde Kişisel Verilerin Hukuka Aykırı Olarak İşlenmesinin Sonuçları ele alınmaktadır.



Dr. Öğretim Üyesi Canan ÜNAL ADANIR tarafından kaleme alınan “**İş Hukukunda Üst Düzey Yöneticiler**” adlı kitabın ilk baskısı Mart 2023 tarihinde yayımlanmıştır.

Küreselleşmenin etkisiyle şirket organizasyon yapılarındaki değişiklikler, dünyada ve ülkemizde üst düzey yöneticilerin önemini artırmıştır. Hukukumuzda üst düzey yönetici kavramına ilişkin yasal bir tanım olmamasına rağmen uygulamada yaygın kullanılan bu kavram ile ne kastedildiğinin tespiti güçtür. İş hukuku açısından üst düzey yöneticilerin incelendiği söz konusu bu kitapta, işçi sıfatını haiz üst düzey yöneticiler mercek altına alınırken; üst düzey yöneticilerin iş yargısını en fazla meşgul eden talepleri değerlendirilmiştir. Eser; üç bölümden oluşmaktadır. Birinci Bölümde, Heterojen Bir Kategori Olarak Yöneticiler, İkinci Bölümde Çalışma Süreleri ve Fazla Saatlerle Çalışma Bakımından Üst Düzey Yöneticiler ve Üçüncü Bölümde ise Üst Düzey Yöneticilerin Hafta Tatili, Ulusal Bayram ve Genel Tatil Hakları ile Yıllık Ücretli İzin Hakları ele alınmaktadır.



MERKEZ

Ferko Signature, Büyükdere Cad. No: 175
Kat: 13-14 34394 Şişli/İSTANBUL
Tel: (212) 371 63 00 Faks: (212) 371 63 01
e-posta: mess@mess.org.tr

ANKARA BÖLGE TEMSİLCİLİĞİ

Beştepeler Mahallesi Nergis Sokak
Via Tower No: 7B/6 D: 10
06330 Yenimahalle/ANKARA
Tel: (312) 219 10 80 Faks: (312) 219 18 50
e-posta: ankara@mess.org.tr

BURSA BÖLGE TEMSİLCİLİĞİ

Odunluk Mahallesi Akpınar Caddesi
No: 21 R Plaza K: 7 D: 13
16110 Nilüfer/BURSA
Tel: (224) 236 38 62 Faks: (224) 236 98 94
e-posta: bursa@mess.org.tr

İZMİR BÖLGE TEMSİLCİLİĞİ

Akdeniz Mahallesi Şehit Fethi Bey Caddesi
Heris Tower No: 55/6 D: 61
35210 Konak/İZMİR
Tel: (232) 482 25 70 Faks: (232) 484 45 80
e-posta: izmir@mess.org.tr

sicil.mess.org.tr

ISSN 1306-6153