

T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

DOKTORA TEZİ

İŞ İLİŞKİSİNDE
İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

FATİH GÜLTEKİN

2502170527

TEZ DANIŞMANI

DOÇ. DR. ENDER GÜLVER

İSTANBUL-2023

ÖZ

İŞ İLİŞKİSİNDE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

FATİH GÜLTEKİN

Demokratik bir devlet düzeninin kurucu unsuru olan ifade özgürlüğü, en önde gelen insan haklarından biridir. Dolayısıyla ifade özgürlüğünün kullanılabilmesi için devletin yükümlülükleri bulunmaktadır. Bununla birlikte ifade özgürlüğü, mutlak haklar arasında yer almadığından, sınırsız bir biçimde kullanılamaz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi'nin ifade özgürlüğüne yönelik verdiği kararlar, ifade özgürlüğünün şekillenmesinde önemli bir yere sahiptir.

Temel hak ve özgürlükler özel hukuk ilişkilerinde de geçerlidir. Bu sebeple ifade özgürlüğü iş ilişkisinde de önem taşımaktadır. İş ilişkisinin başlangıcında iş başvurusunda bulunan bir adaya işverenin soru sorma hakkı ve adayın bu soruları hangi durumda doğru cevaplamakla yükümlü olduğu ifade özgürlüğü ile ilişkilidir. Bu süreçte sözleşme öncesi sorumluluk hükümleri uygulanır. İş ilişkisi kurulduğunda işçinin eleştiride bulunma ve bilgi uçurma hakkı, işyerinde siyasi söylem ve sendikal faaliyetlerde bulunulması, din ve vicdan özgürlüğünün iş ilişkisinde sürdürülmesi ifade özgürlüğünü ilgilendiren konulardır. İş sözleşmesinin devamında işçinin başta sadakat yükümlülüğü ile ifade özgürlüğü karşı karşıya gelebilmektedir. Bu sebeple işçinin işverenin menfaatlerine zarar vermeme yükümlülüğü ile ifade özgürlüğü arasında denge kurulması gereklidir. Bu çalışmada ifade özgürlüğü ile iş ilişkisi arasındaki bağlantı incelenmiş, tartışmalı konular üzerinde durularak eleştiri ve öneriler getirilmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: işçinin ifade özgürlüğü, eleştiri hakkı, bilgi uçurma, siyasi söylemler, din ve vicdan özgürlüğü, sözleşme öncesi sorumluluk, iş sözleşmesinin feshi

ABSTRACT

FREEDOM OF EXPRESSION IN LABOUR RELATIONSHIP

FATİH GULTEKIN

Freedom of expression, which is the founding element of a democratic state order, is one of the most prominent human rights. Therefore, the state has obligations to exercise freedom of expression. However, since freedom of expression is not among the absolute rights, it cannot be used unlimitedly. The decisions of the European Court of Human Rights and the Constitutional Court on freedom of expression have an important place in shaping freedom of expression.

Fundamental rights and freedoms are also valid in private law relations. For this reason, freedom of expression is also important in labour relations. The employer's right to ask questions to a candidate who applies for a job at the beginning of the employment relationship and in which case the candidate is obliged to answer these questions correctly is related to freedom of expression. In this process, pre-contractual liability provisions are applied. When a labour relationship is established, the employee's right to criticize and whistleblowing, engaging in political discourse and union activities in the workplace, maintaining the freedom of religion and conscience in the labour relationship are matters of freedom of expression. In the continuation of the employment contract, the employee's freedom of expression may conflict with the obligation of loyalty. For this reason, it is necessary to strike a balance between the obligation of the employee not to harm the interests of the employer and freedom of expression. In this study, the connection between freedom of expression and labour relationship has been examined, and criticisms and suggestions have been tried to be made by emphasizing controversial issues.

Keywords: employee's freedom of expression, right to criticism, whistleblowing, political statements, freedom of religion and conscience, pre-contractual liability, termination of employment contract

ÖNSÖZ

Bu çalışma, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı doktora programı kapsamında doktora tezi olarak hazırlanmıştır. Çalışma kapsamında iş hukukunun güncel sorunlarından biri olan ifade özgürlüğü iş ilişkisinin başlangıcı, devamı ve sonra erme sürecinde ele alınmıştır. Türkiye ve Almanya hukuk sistemleri incelenerek mukayeseli olarak literatür görüşleri ve yargı kararlarından yararlanılmıştır.

Doktora eğitimimin başından itibaren desteğini esirgemeyen, hukuk bilgisinden büyük ölçüde faydalanma fırsatı bulduğum, başından tamamlanmasına kadarki süreçte çalışmanın şekillenmesinde büyük emeği bulunan, her sorumu sabırla cevaplayan, çalışmayı titizlikle inceleyen ve yapıcı eleştirilerde bulunan başta değerli danışman hocam Sayın *Doç. Dr. Ender Gülver*'e teşekkür borçluyum. Kendisinden ders alabilme şansına eriştiğim ve bilgisinden faydalandığım, jürimde yer alan hocam Sayın *Prof. Dr. Gülsevil Alpagut*'a eğitim sürecimdeki büyük hoşgörü ve anlayışı için şükran borçluyum. Bursa Uludağ Üniversitesi'nde bulunduğum süreçte desteğini esirgemeyen, birlikte çalışma şansına sahip olduğum, tecrübesinden faydalandığım, jürimde yer alan Sayın *Prof. Dr. İlknur Kılış*'a teşekkür borçluyum. Tez jürimde yer alan, tezime görüş ve önerileri ile katkıda bulunan Sayın *Prof. Dr. İbrahim Subaşı* ve Sayın *Dr. Öğr. Üyesi Ayşe Köme Akpulat*'a da teşekkür ederim. Ayrıca severek çalıştığım konunun belirlenmesinde katkısı bulunan, kendisinden ders alabilme şansı bulduğum ve bilgisinden yararlandığım hocam Sayın *Prof. Dr. Ömer Ekmekçi*'ye ve tezim hakkında görüş ve öneri alabilme şansına sahip olduğum Sayın *Prof. Dr. Talat Canbolat*'a teşekkür ederim. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş Hukuku Anabilim Dalında bulunan diğer sayın hocalarım ve araştırma görevlilerine de çalışmam konusundaki destek ve yardımlarından dolayı müteşekkirim.

Kuşkusuz çalışma konunun belirlenmesi ve şekillenmesinde büyük emeği bulunan, 21.04.2022'de aramızdan ayrılan, sekiz sene birlikte çalışma şansına sahip olduğum değerli hocam Sayın *Prof. Dr. Pir Ali Kaya*'ya minnet borçluyum, ruhu şad

olsun. 2014 yılından bu yana akademik tecrübesinden faydalandığım, iş hukukuna bakış ufkumu genişleten sevgili hocama bu çalışmayı ithaf etmeyi bir borç bilirim.

Doktora eğitimimin bir yıllık sürecini Almanya’da bulunan Freiburg Albert-Ludwigs Üniversitesi İş Hukuku Enstitüsü’nde misafir araştırmacı olarak geçirdim. Bu süreçte nezaket ve desteğini esirgemeyen Sayın *Prof. Dr. Sebastian Krebber*’e çok teşekkür ederim.

Çalışmanın büyük kısmını oluşturan yurt dışında yapılan bilimsel araştırma, 2214-A Programı çerçevesinde *TÜBİTAK* tarafından sağlanan bursla desteklenmiştir. Bu sebeple sağladığı burs ve destek için *TÜBİTAK*’a teşekkürlerimi sunarım.

Sevgili annem *Müzeyyen Gültekin*, babam *Hüseyin Gültekin*, kardeşim *Dr. Harun Gültekin*’e tez sürecimdeki destekleri için minnettarım. Ayrıca bu süreçte desteğini esirgemeyen *Av. Fatma Ezgi Turgut*, *Doç. Dr. Zeynep Aca*, *Arş. Gör. Dr. İmge Hazal Yılmaz Tekin*, *Dr. Öğr. Üyesi Burak Faik Emirgil*, *Doç. Dr. Fatih Özdemir*, *Arş. Gör. Pelin Kurşat*, *Av. Dr. Cansu Dönmez* ve *Arş. Gör. Dr. Ömer Şengül*’e de teşekkür ederim.

Son olarak Almanya’da bulunan ikinci ailem saydığım, çalışmam ile ilgili fikir alışverişinde bulunma şansına eriştiğim *Victor Nieto Pombero*, *Maria Teresa Garcia Casas*, *Laura Diez Fidalgo*, *Diego Garcia Cano*, *Tamara Brunswig*, *Santiago Nahuel Fanego* ve *Desislav Koev*’e destekleri için teşekkür ederim.

Fatih GÜLTEKİN

Bursa, 2023

İÇİNDEKİLER

ÖZ.....	II
ABSTRACT.....	III
ÖNSÖZ.....	IV
KISALTMALAR LİSTESİ.....	XI
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

TEMEL İNSAN HAKKI OLARAK İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

1 İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN KAPSAMI VE KORUNMASINA YÖNELİK GETİRİLEN DÜZENLEMELER.....	5
1.1 İfade Özgürlüğünün Kapsam ve İşlevi.....	5
1.2 İfade Özgürlüğüne İlişkin Hukuki Düzenlemeler	9
1.2.1 Uluslararası Düzenlemeler	10
1.2.1.1 İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi.....	10
1.2.1.2 Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme.....	10
1.2.1.3 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi	11
1.2.2 Ulusal Düzenlemeler.....	13
1.2.3 Temel Hak ve Özgürlüklere İlişkin Uluslararası Sözleşmeler ile Ulusal Düzenlemelerin Çatışması	14
1.3 İfade Özgürlüğünün Korunmasına İlişkin Devletin Yükümlülüğü.....	16
1.3.1 Devletin Negatif Yükümlülüğü.....	18
1.3.2 Devletin Pozitif Yükümlülüğü	18
2 İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLANDIRILMASI.....	22
2.1 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi'nin İfade Özgürlüğünün Sınırlandırılmasına Yönelik Ölçütleri	25
2.1.1 Müdahalenin Varlığı	28
2.1.2 Sınırlamanın Kanunla Öngörülmüş Olması.....	30
2.1.3 Kısıtlamanın Meşru Bir Amacının Bulunması.....	33
2.1.4 Kısıtlamanın Demokratik Toplum Düzeninin Gereklerine Uygun Olması	35

2.1.4.1	Zorlayıcı Toplumsal İhtiyaç	37
2.1.4.2	Ölçülülük	38
2.2	İfade Özgürlüğünü Kötüye Kullanma Yasağı	40
3	TEMEL HAKLARIN YATAY ETKİSİ BAĞLAMINDA İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN İŞ HUKUKUNA ETKİSİ	42
3.1	Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Doğrudan Etkisi	46
3.2	Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Dolaylı Etkisi	49

İKİNCİ BÖLÜM

İŞVERENİN SORU SORMA HAKKI BAĞLAMINDA İŞ BAŞVURUSUNDA BULUNAN KİŞİNİN İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

1	İŞVERENİN SORU SORMA HAKKI VE SINIRLARI	49
1.1	Genel Olarak	52
1.2	Soru Sorma Hakkının Sınırları	55
1.2.1	Soru Sorma Hakkının Kişisel Verilerle İlişkisi	60
1.2.2	Soru Sorma Hakkının Ayrımcılık Yasağı ile İlişkisi	64
1.3	Sözleşme Öncesi Sorumluluk ve İş Başvurusunda Bulunan Kişinin Yükümlülükleri	68
1.3.1	İş Başvurusunda Bulunanın Yükümlülükleri	69
1.3.2	Sözleşme Öncesi Sorumluluğun İş Başvurusunda Bulunan Kişi Açısından Hukuki Sonuçları	70
1.3.2.1	Başvuranın Bağımsız ve Kabul Edilebilir Soruyu Açıklama Yükümlülüğünün Sonuçları	70
1.3.2.2	Kabul Edilemez Sorular İçin Hukuki Durum	72
2	İŞ BAŞVURUSUNDA BULUNAN ADAYIN MENFAATİNİ ETKİLEYEBİLECEK SORULAR	73
2.1	Kişinin Kimliğine Yönelik Sorular	73
2.1.1	Yaş	73
2.1.2	İrk, Etnik Köken ve Doğum Yeri	76
2.2	Sağlık Durumuna Yönelik Sorular	77
2.2.1	Hamilelik	78
2.2.2	Engellilik	81
2.2.3	HIV Enfeksiyonu	88

2.2.4	Alkol ve Uyuşturucu Bağımlılığı	93
2.3	Kişisel Uygunluk	94
2.3.1	Medeni Durum ve Cinsel Yönelim Hakkında Bilgi.....	94
2.3.2	Mali Durum	96
2.3.3	Sigara İçme Durumu	96
2.3.4	Alkol Tüketimi ve Uyuşturucu Kullanımı	97
2.3.5	Askerlik Hizmeti	98
2.3.6	Önceki Çalışılan İşteki Fesih Sebepleri	100
2.3.7	Önceki Ücret	101
2.3.8	Kişisel Koşullar	102
2.3.8.1	İdeolojik veya Politik Tutum.....	102
2.3.8.2	Sendika Üyeliği	104
2.3.8.3	Eğilimli İşyerleri.....	105

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İŞÇİNİN ELEŞTİRİDE BULUNMA VE BİLGİ UÇURMA HAKKI KAPSAMINDA İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

1	KONUYA YÖNELİK GENEL BAKIŞ	110
2	İŞÇİNİN ELEŞTİRİDE BULUNMA HAKKI BAĞLAMINDA İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ	114
2.1	Çalışma Barışı	118
2.2	Sosyal Medya	121
2.2.1	Sosyal Medya Paylaşımları	122
2.2.2	Sosyal Medyanın İş İlişkisine Etkisi	126
2.2.2.1	İşverenin Yönetim Hakkı Bağlamında İşyerinde Özel Amaçlı İnternet Kullanımı	126
2.2.2.2	Sosyal Medyanın Sadakat Borcu ile İlişkisi	130
2.2.2.3	Sosyal Medyada “Beğen” Butonunun İfadeye Etkisi.....	133
2.2.2.4	Sosyal Medya Profilinde İşverenin Belirtilmesi.....	136
2.2.2.5	Sosyal Medya Paylaşımlarının Silinmesi	137
2.2.2.6	Sosyal Medya Paylaşımlarında Sorumluluk.....	138

2.2.2.7	Sosyal Medya Kullanımının Kişisel Verilerle İlişkisi ve Delil Niteliği	139
2.2.2.8	Sosyal Medya Kullanımının Sonuçları.....	146
2.3.	İşçinin Yürütülen İşi Eleştirisi Bağlamında İfade Özgürlüğü	150
2.3.1	İşyerinin İtibarı ve Faaliyetlerine Yönelik Söylemler.....	151
2.3.2	Çalışma Koşulları ile İlgili Söylemler	156
2.3.3	İşverenin Bağımsızlık, Objektiflik ve Tarafsızlığına Şüphe Düşürecek Söylemler	161
2.3.4	İşverenin Rekabetçi Çıkarlarına Yönelik Söylemler.....	162
2.4	İşçinin İşverene ve İşverenin Aile Üyelerine, Çalışma Arkadaşlarına, Üçüncü Kişilere Yönelik Eleştirisi Bağlamında İfade Özgürlüğü	163
2.4.1	İşçinin Hakaret İçerikli Söylemleri	164
2.4.2	İşçinin Yabancı Düşmanlığına Yönelik Nefret İçerikli Söylemleri ...	174
2.4.3	İşçinin Tehdit İçerikli Söylemleri	183
2.4.4	İşçinin Cinsel Taciz İçerikli Söylemleri.....	184
3	İŞÇİNİN BİLGİ UÇURMA HAKKI BAĞLAMINDA İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ	189
3.1	Bilgi Uçurma (Whistleblowing) Kavramı	189
3.2	Bilgi Uçurma Kavramının İçeriği.....	193
3.2.1	İhbarda Bulunan Kişinin İşyerindeki Pozisyonu	193
3.2.2	İhbarın İçeriği.....	193
3.2.3	İhbar Alıcısının Durumu ve Medyada Bilgi Uçurmanın Basın ile İlişkisi	194
3.2.4	Bildirilen Davranışın Kime Ait Olduğu.....	196
3.2.5	Bilgi Uçurmanın İşlevi.....	196
3.3	Bilgi Uçurmaya İlişkin Yasal Düzenlemeler.....	197
3.4	İşçinin Sadakat Borcu Kapsamında İşverenin Ticari Menfaatinin Korunması	201
3.4.1	Ticari Sır Kavramı.....	201
3.4.2	İşçinin Sadakat Borcu Kapsamında İşverene Ait Bilgileri Gizli Tutma Yükümlülüğü	204
3.4.3	İş Sözleşmesi Kapsamında Gizlilik Yükümlülükleri	207
3.5	Yargının Çalışanın Bilgi Uçurmasına Yönelik Getirdiği Kriterler	209
3.5.1	Kişinin Üstünü ya da Yetkili Makamları Bilgilendirmesi	211

3.5.2	İfşa Edilen Bilgilere Yönelik Kamunun Çıkarı.....	215
3.5.3	İşçinin İfade Özgürlüğü ve Sadakat Borcu Dengesi	219
3.5.4	İhbarda Bulunan Kişinin Güttüğü Amaç ve İfşa Edilen Bilginin Gerçekliği.....	221
3.5.5	Feshin Meşru Amaçla Orantıllığı.....	225
3.6	İş İlişkisinde Bilgi Uçurmanın Hukuki Sonuçları	226

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

İŞÇİNİN SİYASAL, SENDİKAL ve DİNİ BAĞLAMDA İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

1	SİYASAL VE SENDİKAL FAALİYETLER BAĞLAMINDA İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ	229
1.1	Siyasal Faaliyetler Bağlamında İfade Özgürlüğü	229
1.1.1	İşçinin Siyasi Görüşlerini İfade Etmesi.....	229
1.1.2	İşverenin Siyasi Görüşlerini İfade Etmesi.....	240
1.2	Sendikal Faaliyetler Bağlamında İfade Özgürlüğü	243
1.3	İşçinin Üzerinde Taşıdığı Ambлемler Bağlamında İfade Özgürlüğü	248
1.3.1	Genel Olarak.....	248
1.3.2	Ambлем Taşınmasının Sınırları	250
1.3.3	İşçinin Siyasi İçerikli Ambлемler Taşınması	251
1.3.4	İşçinin Sendikal Ambлемler Taşınması	256
2	DİN VE VİCDAN HÜRRİYETİ BAĞLAMINDA İŞÇİNİN İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ	257
2.1	İşyerinde Dini Sembollerin Giyimi ve Kullanılması	259
2.1.1	İşverenin Yönetim Hakkı Bağlamında İşyerinde Dini Sembol Kullanımı	262
2.1.2	Kamu Kurumlarında Dini Sembol Kullanımı	269
2.1.3	Avrupa Adalet Divanı'nın İşyerinde Dini Sembol Kullanımına Yönelik Yaklaşımı	273
2.2	İbadetlerin Yerine Getirilmesi.....	278
2.3	İşyerinde Din Propagandasının Yapılması ve Dini Hassasiyetler.....	282
SONUÇ.....		285
KAYNAKÇA		291
ÖZGEÇMİŞ.....		339

KISALTMALAR LİSTESİ

ABAD	: Avrupa Birliği Adalet Divanı
a.g.e.	: adı geçen eser
AGG	: Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (Alman Genel Eşit Muamele Kanunu)
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AP	: Arbeitsrechtliche Praxis (Dergi)
ARP	: Arbeitsschutz in Recht und Praxis (Dergi)
ArbG	: Arbeitsgericht (İş Mahkemesi)
ArbRAktuell	: Arbeitsrecht Aktuell (Dergi)
ArbRB	: Arbeits-Rechtsberater (Dergi)
AÜEHFD	: Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
AY	: Anayasa
AYM	: Anayasa Mahkemesi
b.	: baskı
B. No.	: Başvuru Numarası
BAG	: Bundesarbeitsgericht (Alman Federal İş Mahkemesi)
BB	: Betriebs Berater (Dergi)
BDSG	: Bundesdatenschutzgesetz (Alman Federal Veri Koruma Kanunu)
BeckRS	: Beck-Rechtsprechung (Dergi)

BeschSchG	: Beschäftigtenschutzgesetz (Alman Çalışan Koruma Kanunu)
BetrVG	: Betriebsverfassungsgesetz (Alman İşyerleri Esas Örgüt Kanunu)
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu)
BGH	: Bundesgerichtshof (Alman Federal Yargıtayı)
bkz.	: bakınız
BK	: Basın Kanunu
BVerfG	: Bundesverfassungsgericht (Alman Federal Anayasa Mahkemesi)
BVerwG	: Bundesverwaltungsgericht (Alman Federal İdare Mahkemesi)
C.	: Cilt
CR	: Computer und Recht (Dergi)
Çev.	: Çeviren
DB	: Der Betrieb (Dergi)
DS-GVO	: Datenschutz-Grundverordnung (Alman Genel Veri Koruma Yönetmeliği)
DuD	: Datenschutz und Datensicherheit (Dergi)
E.	: Esas
Ed.	: Editör
EuR	: Zeitschrift Europarecht (Dergi)
EuZA	: Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht (Dergi)
EuZW	: Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (Dergi)
GeschGehG	: Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen (Alman

	Ticari Sırlar Kanunu)
GG	: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Federal Alman Anayasası)
GRUR	: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Dergi)
HD	: Hukuk Dairesi
ILO	: International Labour Organisation (Uluslararası Çalışma Örgütü)
İK	: İş Kanunu
İSGK	: İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu
Iss.	: Issue (Sayı)
İÜHF	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
JA	: Juristische Arbeitsblätter (Dergi)
JZ	: Juristen Zeitung (Dergi)
K.	: Karar
KVKK	: Kişisel Verilerin Korunması Kanunu
LAG	: Landesarbeitsgericht (Eyalet İş Mahkemesi)
Legal İSGHD	: Legal İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi
m.	: madde
MMR	: Zeitschrift für IT-Recht und Recht der Digitalisierung (Dergi)
NJOZ	: Neue Juristische Online Zeitschrift (Dergi)
NJW	: Neue Juristische Wochenschrift (Dergi)
MÜHF-HAD	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi

NVwZ	: Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (Dergi)
NZA	: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (Dergi)
NZA-RR	: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht Rechtsprechungs-Report (Dergi)
NZWist	: Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht (Dergi)
öAT	: Zeitschrift für das öffentliche Arbeits- und Tarifrecht (Dergi)
RdA	: Recht der Arbeit (Dergi)
RG	: Resmi Gazete
Rn.	: Randnummer (Kenar Numarası)
s.	: sayfa
S.	: Sayı
s.n.y.	: sayfa numarası yok
STİSK	: Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu
T.	: Tarih
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TİHEKK	: Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
UWG	: Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (Alman Haksız Rekabet Hukuku Kanunu)

v.	: versus (karşı)
V.	: Volume (Cilt)
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve diğerleri
VGH	: Verwaltungsgerichtshof (Yüksek İdare Mahkemesi)
vs.	: vesaire
Y.	: Yargıtay
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
ZD	: Zeitschrift für Datenschutz (Dergi)
ZEuS	: Zeitschrift für Europarechtliche Studien (Dergi)
ZfA	: Zeitschrift für Arbeitsrecht (Dergi)
ZIP	: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (Dergi)
ZRP	: Zeitschrift für Rechtspolitik (Dergi)

GİRİŞ

Konunun Önemi

Kişinin dış dünyasındaki muhataplarının düşüncelerini etkilemek, onlara kendini tanımlamak ve açıklamak için giriştiği her dışavurum ifade olarak isimlendirilir. Demokratik bir toplumda bireyin korkmadan ifade aracına başvurabilmesi ancak ifade özgürlüğü ile mümkündür. İnsan kişiliğinin bir parçası ve dışı vurumu olan ifade özgürlüğü, temel insan hakları arasında ilk sıralarda yer almaktadır. İnsan olmamızdan kaynaklı bu hak, kişiler arasında herhangi bir ayrıma gidilmeksizin herkes tarafından kullanılabilir. Gerek uluslararası gerekse de ulusal mevzuat düzenlemelerinde kendine yer bulan ifade özgürlüğü evrensel nitelik taşır.

İfade özgürlüğü dinamik bir yapıya sahiptir. Diğer bir ifadeyle geçmişte korunmaya değer görülmeyen ifadeler, günümüzde ifade özgürlüğünün korumasından faydalanmaktadır. Bununla birlikte ifade özgürlüğü mutlak haklar arasında yer almadığından sınırlandırılabilmesi mümkündür. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümlerini yorumlayan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatları ifade özgürlüğünün kapsam ve sınırlarının belirlenmesinde önemli bir yere sahiptir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yargı yetkisini kabul eden ülkeler mevzuatlarını şekillendirirken Mahkeme'nin vermiş olduğu ilke kararlardan büyük ölçüde etkilenmektedir.

Temel haklar arasında yer alan ifade özgürlüğü özel hukuk ilişkilerini de etkilemektedir. Bu özgürlük yalnız devlet ile vatandaş arasındaki ilişkilerde değil (dikey etki), işçi ile işveren arasındaki ilişkilerde (yatay etki) de önem taşımaktadır. Zamanının büyük bir kısmını işyerinde geçiren bir işçinin ifade özgürlüğünden mahrum bırakılması düşünülemez. İş ilişkisi, iş sözleşmesinin kurulmasından sona ermesine kadar olan süreçtir. Taraflar arasında henüz bir iş sözleşmesi kurulmasa da iş görüşmesine davet edilen iş başvurusunda bulunan aday ile işveren arasındaki etkileşimin de iş ilişkisi kapsamında değerlendirilmesi gereklidir. İş sözleşmesinin kurulmasından önceki süreçte, işverenin adaya soru sorma hakkı kapsamında adayın sorulara ne ölçüde doğru cevap vermekle yükümlü olduğu ifade özgürlüğünün konusuna girmektedir. Sözleşme ilişkisinin kurulmasından sonraki süreçte ise işçinin

işverenine karşı başta sadakat borcu olmak üzere birtakım borçları doğar. Sadakat borcu, işçinin işverenin menfaatlerine zarar veren her türlü davranıştan kaçınmasını gerektirdiğinden ifade özgürlüğü ile sadakat borcu birbiri ile çatışabilmektedir. İş ilişkisinde işçiler işverenine, işyerine, çalışma arkadaşlarına yönelik eleştiride bulunabilmekte veya işverenlerinin yasadışı, şüpheli, etik olmayan davranışlarını ihbar edebilmektedir. Günümüzde bu eylemler büyük ölçüde sosyal medya ile gerçekleştirilmektedir. Aynı zamanda siyasi ve sendikal faaliyetler, işçinin işyerindeki din ve vicdan özgürlüğü bağlamında taşıdığı dini semboller de iş ilişkisinden soyutlanamaz ve ifade özgürlüğü ile ilişkilidir. İşçinin bu kapsamda gerçekleştirdiği bahsi geçen eylemlerinin başta sadakat borcu olmak üzere işverenine olan borçları bağlamında değerlendirilmesi önem arz etmektedir.

Konunun Sınırlandırılması

Günlük hayatın neredeyse tamamında ifade aracına başvurulmasından dolayı, ifade özgürlüğü kavramı da çok geniş bir kapsama sahiptir ve hukuk, sosyoloji, felsefe, psikoloji, ilahiyat gibi birçok bilim alanını ilgilendirmektedir. Hukuk bilimi yönüyle anayasa hukuku açısından ilk olarak bilimsel çalışmalara konu edinilen ifade özgürlüğünün iş hukuku açısından incelenmesi görece yenidir. İş ilişkisinde ifade özgürlüğü ülkemiz literatüründe son yıllarda bilimsel çalışmalarda inceleme konusu yapılmaktadır.

Çalışmamızda ifade özgürlüğüne konunun öneminin kavranması için anayasal temel hak yönüyle kısaca değinilmiştir. İfade özgürlüğü, çalışma kapsamında iş hukuku boyutuyla ele alınmıştır. İş ilişkisi açısından iş sözleşmesinin başlangıcı, devamı ve sona ermesinde ifade özgürlüğünün kullanımı üzerinde durulmuştur. Ülkemizde iş ilişkisinde ifade özgürlüğüne yönelik yapılan çalışmalar genel olarak ifade özgürlüğünü bir boyutuyla (whistleblowing, işçinin eleştirisinin feshe etkisi, işyerinde siyasi söylemler vb.) ele almaktadır. Çalışmada ifade özgürlüğünün iş ilişkisine yansımalarının ne şekilde olduğu, bir bütün halinde ayrıntılı biçimde ele alınmaya çalışılmıştır. Özellikle belirtmek isteriz ki, Almanya'da 1950'li yıllardan bu yana iş hukuku kapsamında ele alınan ifade özgürlüğü yoğun bir şekilde

tartışıldığından, çalışmanın kapsam ve sınırlarının belirlenmesinde Alman literatürü ve mahkeme kararları büyük ölçüde etkili olmuştur.

Konunun Sunulması

İş İlişkisinde İfade Özgürlüğü başlıklı bu çalışma üç bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde ifade özgürlüğü kavramı ve bu özgürlüğün kapsamı açıklanmıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi'nin ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasına yönelik ölçütleri verdikleri kararlar doğrultusunda incelenmiştir. Bölümün son kısmında ise ifade özgürlüğünün özel hukuk ilişkilerine uygulanabilirliğine yer verilmiştir. Bu bağlamda ifade özgürlüğü ile iş hukuku arasındaki ilişki incelenmiştir.

İkinci bölümde işverenin soru sorma hakkı bağlamında iş başvurusunda bulunan adayın ifade özgürlüğü ele alınmıştır. İşverenin soru sorma hakkı ve sınırları, kişisel veriler ve ayrımcılık yasağı kapsamında incelenmiştir. Sözleşme öncesi sorumluluk bağlamında iş başvurusunda bulunan kişinin işverenine karşı yükümlülükleri üzerinde durulmuştur. Bölümün devamında ise iş başvurusunda bulunan kişiye işveren tarafından yöneltilebilecek sorular ayrıntılı olarak değerlendirilmiştir. Bu sorular; başvuranın kimliğine yönelik sorular, sağlık durumuna yönelik sorular, kişisel uygunluğuna yönelik sorular olmak üzere üç gruba ayrılmıştır. İş başvurusunda bulunan kişinin bu sorulara hangi düzeyde doğru cevap vermekle yükümlü olduğu tartışılmıştır.

Üçüncü bölümde işçinin eleştiride bulunma ve bilgi uçurma hakkı bağlamında ifade özgürlüğü üzerinde durulmuştur. Üç ana başlık altında incelenen bu bölümde ilk inceleme konusu, işyerinde ifade özgürlüğünün önemi üzerinedir. İkinci ana başlıkta ele alınan konu işyerinde işçinin eleştiride bulunma hakkı bağlamında ifade özgürlüğüdür. İşçinin yürütülen işi, çalışma koşullarını, işverenini ve ailesini, müşteriler gibi üçüncü kişileri eleştiri hakkı, sınırları ve bu hakkın fesih üzerindeki etkisi ele alınmıştır. Aynı zamanda günümüzde sosyal medyanın hayatın her alanını işgal etmesi sebebiyle sosyal medyanın iş ilişkisine etkisine değinilmiştir. Üçüncü ana başlık altında işçinin bilgi uçurma hakkı ve sınırları incelenmiştir. Bu kapsamda işverenin ticari menfaatinin korunmasına yönelik işçinin sadakat borcu ile ifade

özgürlüğü arasındaki çatışma, yargının bilgi uçurmaya yönelik ölçütleri çerçevesinde incelenmiştir.

Dördüncü bölümde ise işçinin siyasal, sendikal ve dini bağlamda ifade özgürlüğü ele alınmıştır. İlk ana başlık altında işçinin işyerinde siyasi söylemlerde bulunmasının işyerindeki çalışma düzenini ne ölçüde etkilediği ve bu söylemlerin ifade özgürlüğü ile ilişkisi, sendikal faaliyetlerin ifade özgürlüğü ile ilişkisi ve işyerinde amblem taşımanın sınırları tartışılmıştır. İkinci ana başlık altında din ve vicdan hürriyeti bağlamında işyerinde dini sembollerin kullanımı ve sınırları, ibadet hakkı ve din propagandasının yapılması ifade özgürlüğü çerçevesinde değerlendirilmiştir. Özellikle bu başlık kapsamında Avrupa Adalet Divanı'nın işyerinde dini sembol taşınmasına yönelik kararları ve Almanya'nın konuya ülkemize göre farklı olan bakış açısı ağırlıklı olarak ele alınmıştır. İkinci, üçüncü ve dördüncü bölüm kapsamında Alman literatürü, mevzuat düzenlemeleri ve mahkeme kararları çalışmamızın şekillenmesinde önemli rol oynamıştır. Bu sayede her iki ülkenin iş ilişkisinde ifade özgürlüğüne yönelik bakış açılarının değerlendirilmesi ve mukayese edilmesi mümkün olmuştur.

BİRİNCİ BÖLÜM

TEMEL İNSAN HAKKI OLARAK İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

1 İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN KAPSAMI VE KORUNMASINA YÖNELİK GETİRİLEN DÜZENLEMELER

1.1 İfade Özgürlüğünün Kapsam ve İşlevi

İnsanın dış dünyasında bulunan muhataplarının düşüncelerini etkilemek ve onlara kendisini tanımlamak ve açıklamak için giriştiği her türlü dışavurum ifade olarak nitelendirilir¹. İfade denilince ilk akla gelen kişinin kendini kelimeler vasıtasıyla açıklamasıdır. Kelimeleri duyduğumuz ya da okuduğumuzda karşımızdaki kişinin aklındaki düşüncelerin resmini görürüz. Fakat kelimeler de içinde belirsizlikler taşıyabilir. Dolayısıyla bu belirsizlikler üzerinde tartışıp, bilgi transferiyle uzlaşşı sağlarız. Bu da ancak ifade özgürlüğü ile mümkündür². Ayrıca insan, düşüncelerini dış ortama farklı şekillerle de yansıtabilir. Örneğin, el sallamak “güle güle” ya da “merhaba” anlamına gelebilir. Gözümüzü kırparak farklı duygularımızı ifade edebiliriz. Bunlar iletişim amacı ile yapılan hareketlerdir³. Bir siyasi düzeni eleştiri amacıyla bir bayrağın yakılması ya da bir inancı sembolize eden bir şapkanın giyilmesi iletişimsel özellik gösterdiğinden ifade olarak kabul edilebilir. Fakat eskiyen bir bayrağın yakılarak imha edilmesi ya da güneşten korunmak

¹ Halit Yılmaz, **İfade Özgürlüğü Sorunu Olarak Nefret Söylemi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s.29.

² Robert Trager, Donna L. Dickerson, **21. Yüzyıl’da İfade Hürriyeti**, Çev. A. Nuri Yurdusev, Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara, 2003, s.31-32.

³ Trager, Dickerson, a.g.e., s.21.

amacıyla şapka giyilmesi iletişimsel özellik taşımadığından ifade değildir⁴. Ayrıca kişinin sessiz kalarak belli konudaki düşüncelerini yansıtmamasını da ifade kavramı kapsamında değerlendirmek mümkündür⁵.

İfadenin farklı formları bulunur ve tümü semboliktir. Kelimeler, resim, heykeller, müzik, ses ve elektromanyetik dalgalar, bayraklar, hareketler insan düşüncesinin sembolüdür. Bazı semboller farklı fikirleri ifade eder ve toplum bunu bilir. Örneğin, kırmızı kurdele ceket yakalarında ya da diğer giysilerde AIDS ile savaşın ve dayanışmanın bir simgesi olarak görülür⁶.

Gerçek kişiler yanında tüzel kişiler de ifade özgürlüğünün öznesidir⁷. Bu özgürlük dil, din, ırk ya da etnik köken, cinsiyet, cinsel yönelim vb. ayrıma gidilmeksizin herkesin önceden kullanabileceği bir haktır⁸.

Anayasa Mahkemesi'ne göre ifade özgürlüğü siyasi, sanatsal, akademik veya ticari her türlü ifadeyi kapsamına almaktadır⁹. Açıklanan veya yayılan bir düşünce içeriğinin “değerli-değersiz” ya da “yararlı-yararsız” şeklinde ayrıştırılması subjektif unsurlar içerir. Bu kalıplarla hareket edilerek ifade özgürlüğünün belirlenmeye çalışılması halinde, bu özgürlüğün keyfi biçimde sınırlandırılması söz konusu olacaktır. Bir düşünce başkaları açısından “değersiz” ya da “yararsız” görülse de ifade özgürlüğü, bu düşüncelerin açıklanması ve yayılması özgürlüğünü de içerir¹⁰. Belirtmek gerekir ki ifade özgürlüğü, her türlü ifadeyi kapsamına alsın da her ifade

⁴ Yılmaz, a.g.e., (Nefret Söylemi), s.29.

⁵ Orhan Ersun Civan, **İşçinin Yan Yükümlülükleri**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2021, s.204; Adnan Küçük, **İfade Hürriyetinin Unsurları**, Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara, 2003, s.12; Evra Çetin, “Çalışanların Özel ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı, Düşünce ve İfade Özgürlükleri”, **İş Hukukunda Güncel Sorunlar-5**, Ed. Ali Güzel, Deniz Ugan Çatalkaya, Hande Heper, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s.116; Monica Macovei, **İfade Özgürlüğü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz (İnsan Hakları El Kitapları No:2)**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2005, s.17.

⁶ Sezgi Öktem Songu, “Anayasal Bir Temel Hak Olarak İfade Özgürlüğünün İşçi Açısından İşyerindeki Yansımaları”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.XV, Özel S., 2013, s.611.

⁷ AYM, Ali Gürbüz ve Hasan Bayar Kararı, B. No:2013/568, T.:24.06.2015, RG Tarih-Sayı: 13.08.2015-29444.

⁸ Pelin Başaran, Ulaş Karan, **Sanatsal İfade Özgürlüğü Kılavuzu**, A4 Ofset, İstanbul, 2016, s.13.

⁹ AYM, Bekir Coşkun Kararı, B. No:2014/12151, T.:04.06.2015, RG Tarih-Sayı: 01.07.2015-29403.

¹⁰ AYM, Ali Gürbüz ve Hasan Bayar Kararı, B. No:2013/568, T.:24.06.2015, RG Tarih-Sayı: 13.08.2015-29444; AYM, Tansel Çölaşan Kararı, B. No:2014/6128, T.:07.07.2015, RG Tarih-Sayı: 14.08.2015 – 29445.

eşit biçimde koruma görmez. Örneğin, siyasetçi ve kamu görevlilerine yönelik eleştiri içerikli ifadeler daha geniş kapsamda korunurken, vatandaşlar ve yargı organlarına yönelik eleştiriler daha az korunur. Dolayısıyla ifade özgürlüğü piramidinden söz edilmesi mümkündür¹¹.

İfadenin kaynağı düşünmedir. Bundan dolayı ifade özgürlüğü ile ilgili değerlendirmeler düşünce özgürlüğü ile başlar. İnsanı diğer yaşam formlarından farklı kılan soyut düşünce yetisi kişi olmanın temelidir. Düşüncelerimiz kısıtlandığında ifade hürriyetimiz de kısıtlanmış demektir¹². Bu iki özgürlük o kadar iç içedir ki birine dokunulması diğerini zedeler¹³. İnsanların kendilerini geliştirmek için farklı düşüncelere de erişebilmesi gerekir. Dolayısıyla düşüncenin serbest oluşumu, iletişim süreci içinde meydana gelir. Diğer bir deyişle düşüncenin oluşumu, düşünceleri serbest biçimde açıklama ve yayma özgürlüğü ile açıklanan düşüncelerden haberdar olmayı ve bilgi edinmeyi şart koşar. Düşüncenin oluşabilmesi için kişilerin belli bir çaba ve emek göstermeleri gereklidir. İyi bir eğitim alan, bilgi alışverişi ile düşünme kapasitesi artan bir kişi ile düşünce gücü yetersiz bir kişi doğal olarak aynı seviyede olamaz¹⁴.

Düşünceler bastırıldıkça gelişme ve olgunlaşma olmaz. Kişinin onurlu bir yaşam sürdürme, maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı elinden alınır. Gelişimimiz ve bağımsızlık kazanmamız düşünme ile sağlanıyorsa, düşüncelerin kendisi de korunmalıdır. Fakat her ne kadar düşüncelerimizi yayma hakkımız ifade özgürlüğü kapsamında koruma görse de bu düşünceleri kişilere zorla empoze etme bu korumanın istisnasını oluşturur¹⁵.

¹¹ Ulaş Karan, **İfade Özgürlüğü Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-2**, Avrupa Konseyi, Ankara, 2018, s.8.

¹² Trager, Dickerson, a.g.e., s.16.

¹³ Zeki Okur, “İş Hukukunda İşçinin Düşüncüyü Açıklama Özgürlüğü”, **Kamu-İş**, C.VIII, S.4, 2006, s.43; Dilek Baybora, “Yargı Kararları ile Sosyal Medyada Konuşmanın İş Sözleşmesine Etkisi”, **Legal İSGHD**, C.XIV, S.56, 2017, s.1710.

¹⁴ Küçük, a.g.e., s.15.

¹⁵ Zafer Gören, “Düşüncüyü Açıklama Özgürlüğü”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, S.24, 2013/2, s.32, 37; Trager, Dickerson, a.g.e., s.8, 19; Küçük, a.g.e., s.6.

İfade özgürlüğü en önde gelen insan haklarından biridir ve özgür demokratik bir devlet düzeninin kurucu unsurudur¹⁶. İnsanlar geliştirdiği ve benimsemiş olduğu düşüncelerini özgür bir biçimde kamusal alanda ifade edip yaymak istediğinden, bireysel ya da kolektif gelişimin temelini ifade özgürlüğü oluşturmaktadır. Entelektüel tartışmayı, demokrasinin hayati unsuru olan fikirlerin savaşını mümkün kılan sadece budur. Demokratik sistemin önemli bir parçası olan ifade özgürlüğünün bağımsız ve tarafsız bir biçimde korunması garanti edilmezse ne özgür bir ülkeden, ne de demokrasiden söz edilebilir¹⁷. Bir kişi haricinde bütün insanlar aynı düşüncede olsalar bile bu kişinin tüm insanları nasıl susturma hakkı yoksa diğer insanların da bu kişiyi susturma hakkı yoktur. Bir dönem toplumun tümünün yanlış saydığı bir kişiye ait ifade başka bir dönemde doğru kabul edilebilir ya da tam tersi doğru sayılan düşünce yanlış hatta saçma olarak kabul görebilir. Mill'in ifade ettiği üzere “Hiçbir kanıt gerektirmeyecek kadar açık ve net olarak bilinmelidir ki, bireyler kadar çağlar da yanılmaz değildir”. Dolayısıyla düşüncelerin susturulması günümüzdeki nesle olduğu kadar gelecek nesillere de yapılan bir haksızlıktır¹⁸. İfade özgürlüğü sayesinde ileri sürülen yeni fikirler aracılığıyla mevcut sistemin kusurları ortaya çıkarılmakta, yanlış uygulamaların önüne geçilebilmekte ve toplumsal gelişmeye katkı sağlanmaktadır. Farklı fikirlerin kamusal alanda tartışılması kişilere bu düşünceler arasında seçim yapma, yanlış düşünce ile doğruyu değiştirme imkanı sağlamaktadır. Eğer ileri sürülen düşünce yanlış ise doğrunun yanlışlıkla çarpışması sonucu gerçek daha açık ve net bir şekilde anlaşılacaktır ya da ileri sürülen farklı fikirlerin her birinde kısmen gerçeklik payının olduğu görülecektir. Bir düşünce tüm

¹⁶ Hakkın hürriyetin somutlaşmış bir şekli olduğu, hürriyetin kişinin kendi fiili ile gerçekleştiği, devlet ya da başkasının bir şey yapmaması gerektiği, hakkın gerçekleşmesi için ise devletin ya da diğer kişilerin bazı edimlerde bulunmasının gerekmesi sebebiyle “hürriyet (özgürlük)” ile “hak” kavramlarının farklı olduğu, fakat günlük kullanımda ve pozitif hukuk düzenlemelerinde bu kavramların birbirinin yerine kullanıldığına ilişkin görüş için bkz. Kemal Gözler, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, 26. b., Ekin Yayınevi, Bursa, 2021, s.110-111. Hak ve özgürlük bazen aynı anlamda kullanılsa da özgürlüğün daha geniş kapsamlı ve soyut, hakkın ise özgürlüğün özelleştirilmiş ve somutlaştırılmışı olarak anlaşılması gerekmektedir. Nuri Çelik, Nurşen Caniklioğlu, Talat Canbolat, Ercüment Özkaraca, **İş Hukuku Dersleri**, 35. b., Beta Yayıncılık, İstanbul, 2022, s.826; Fevzi Şahlanan, **Toplu İş Hukuku**, 1. b., On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s.19.

¹⁷ Ulrich Zachert, “Plaketten im Betrieb-Ausdruck Von Meinungsfreiheit oder Störung des Betriebsfriedens?”, **AuR**, 32, Oktober, 1984, s.289; Macovei, a.g.e., s.6.

¹⁸ John Stuart Mill, **Hürriyet Üstüne**, Çev. Mehmet Osman Dostel, Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara, 2003, s.56-57, 59.

yönleriyle, korkusuzca tartışılmazsa ne kadar doğru olursa olsun ona bir hakikatten ziyade dogma olarak inanılır¹⁹.

Kişilerin önyargıları serbest tartışma ve düşüncenin gelişim sürecini olumsuz etkilemektedir ve ifade özgürlüğü açısından en büyük tehlikedir. Bu kişiler kendi doğrularından başka doğruların olabileceğini ve her türlü farklılıkları reddettiklerinden dolayı değişime açık değildirler. Keskin sınırları bulunmaktadır²⁰. Fakat önyargısından arınmış, muhakeme gücü yüksek olan bir kişi, düşünce ve hareket tarzının eleştirilmesine açık bir yapıya sahiptir. Kendisine yöneltilen eleştirileri dinleyerek bundan mümkün olduğunca yararlanma ve yanlış olan şeyi kabullenme yetisine sahiptir²¹.

İfade özgürlüğünün işlevselliğinin sağlanabilmesi için hoşgörü anlayışı önemli bir yere sahiptir. Herkesin inanç ve düşüncelerinin bir değer taşıdığını kabul etme, karşımızdaki kişinin bireysel tercihlerine saygı gösterme, bireysel ilişkilerin yanında anayasal ve hukuki düzenlemelerin de temeli olmalıdır²².

1.2 İfade Özgürlüğüne İlişkin Hukuki Düzenlemeler

İfade özgürlüğüne yönelik hukuki düzenlemeler, onu hayata geçirme mücadelelerine kadar uzanmaktadır ve bu özgürlüğü meşrulaştırma ihtiyacıyla yapılan düzenlemeler zaman içinde şekillenmektedir²³. İnsan hakları ele alınırken sadece devletlerin iç hukukuna ilişkin düzenlemelere bakılmamalıdır. Devletler insan haklarının uluslararası kapsamda korunması için çeşitli sözleşmeler imzalamakta ve bunlara uyulmaması halinde sözleşmeye taraf devlet yaptırımlarla karşı karşıya kalmaktadır²⁴. Uluslararası ve ulusal birçok düzenlemede ifade özgürlüğüne

¹⁹ Vahit Bıçak, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında İfade Özgürlüğü”, **Liberal Düşünce**, S.24, 2001, s.55; Dominika Bychawska Siniarska, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında İfade Özgürlüğünün Korunması**, Çev. Tuğçe Duygu Köksal, Avrupa Konseyi, 2018, s.13; Mill, a.g.e., s.57, 82, 97; Küçük, a.g.e., s.47; Öktem Songu, a.g.e., (İfade Özgürlüğü), s.610.

²⁰ Küçük, a.g.e., s.35-36.

²¹ Mill, a.g.e., s.62.

²² Küçük, a.g.e., s.33.

²³ Thilo Ramm, “Grundrechte und Arbeitsrecht”, **JZ**, 46. Jahrg., Nr. 1, 1991, s.13.

²⁴ Özcan Özbey, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İfade Özgürlüğü Kısıtlamaları”, **TBB Dergisi**, S.106, 2013, s.43.

doğrudan ya da dolaylı olarak yer verilmiştir. İfade özgürlüğünü koruyucu düzenlemelerin başlıcalarının incelenmesi konu açısından önem taşımaktadır.

1.2.1 Uluslararası Düzenlemeler

1.2.1.1 İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi

İnsan haklarının uluslararası belgeler ile korunması amacıyla İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi 10.12.1948 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nda kabul edilmiştir. Beyannamenin en önemli özelliği insan haklarına küresel bir boyut kazandırması, kendinden sonra daha etkili koruma mekanizmalarına sahip sözleşmelere öncelik etmesidir²⁵.

İfade özgürlüğüne ilişkin düzenleme, Beyanname'nin 19. maddesinde yer almaktadır. Buna göre; *“Herkesin kanaat ve ifade özgürlüğüne hakkı vardır; bu hak, müdahale olmaksızın kanaat taşıma ve herhangi bir yoldan ve ülke sınırlarını gözetmeksizin bilgi ve fikirlere ulaşmaya çalışma, onları edinme ve yayma serbestliğini de kapsar”*.

1.2.1.2 Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme

İfade özgürlüğünün somut bir biçim alması açısından Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme önemli bir yere sahiptir. Sözleşme Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 16.12.1966 tarihinde kabul edilmiş, 23.03.1976 tarihinde yürürlüğe girmiştir²⁶.

İfade özgürlüğüne ilişkin düzenleme Sözleşme'nin 19. ve 20. maddelerinde yer almaktadır. Sözleşme'nin 19. maddesine göre; *“1. Herkes, kimsenin müdahalesi olmaksızın istediği düşünceye sahip olma hakkına sahiptir. 2. Herkes, düşüncelerini açıklama hakkına sahiptir; bu hak, herkesin, ülkesel sınırlara bağlı olmaksızın her çeşit bilgiyi ve fikri, sözlü, yazılı ya da basılı biçimde, sanat eserleri biçiminde ya da*

²⁵ Ahmet Bağçe, Abdullah Demir, “Uluslararası Belgelerde İfade Özgürlüğü”, **Uluslararası Sosyal Bilimler Dergisi**, C.I, S.2, 2017, s.20. Beyanname aynı tarihte (10.12.1948) Türkiye tarafından kabul edilerek 06.04.1949 tarihli Bakanlar Kurulu Kararı 27.05.1949 tarihinde, 7217 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmış ve Beyanname yürürlük kazanmıştır.

²⁶ Türkiye Sözleşmeyi 15.08.2000 tarihinde imzalamış, Sözleşme 18.06.2003 tarihinde 25142 sayılı Resmi Gazete’de yayımlamıştır. Sözleşme Türkiye için 23.12.2003 tarihinden itibaren hüküm doğurmaya başlamıştır.

kendi seçeceği herhangi bir başka biçimde araştırma, edinme ve iletme özgürlüğünü de içerir. 3. Bu maddenin 2. fıkrasında öngörülen hakların kullanılması, özel bazı görev ve sorumlulukları da beraberinde getirir. Dolayısıyla, bunlara bazı sınırlamalar da konulabilir; ancak, bu sınırlamaların yasalarda öngörülmüş olması ve; (a) Başkalarının haklarına ve şöhretine saygı bakımından ve; (b) Ulusal güvenliğin, kamu düzeninin ya da kamu sağlığı ve genel ahlakın korunması bakımlarından gerekli olması zorunlu olmalıdır”. Sözleşme’nin 20. maddesine göre; “1. Her türlü savaş propagandası yasalarla yasaklanır. 2. Ulusal, ırksal ya da dinsel nefretin ayrımcılık, düşmanlık ya da şiddete kışkırtma şeklini alacak biçimde savunulması yasalarla yasaklanır”.

1.2.1.3 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

İnsan haklarının ve temel özgürlüklerinin korunup geliştirilmesi amacıyla Avrupa Konseyi tarafından hazırlanan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 04.11.1950 tarihinde imzalanmıştır²⁷. Sözleşmeyi hazırlayanlar İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’ni temel alarak temel insan hak ve özgürlüklerini daha ileri götürmeyi amaçlamıştır. Sözleşme ile demokratik rejimlerin devam ettirilmesi için gerekli olan medeni ve siyasi haklar güvence altına alınmış, zaman içinde insan hakları listesi daha sonra yürürlüğe giren protokollerle genişletilmiştir²⁸.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, kendine özgü bir niteliğe sahip olduğundan dolayı klasik uluslararası sözleşmelerden ayrı bir yere sahiptir. Sözleşme devletlere yönelik emredici nitelikteki taahhütleri içermekle birlikte insan hakları ihlaline yönelik etkili ve ortak bir denetim sistemi öngörmektedir. Sözleşmenin objektif bir karaktere sahip oluşu, ona ulusal hukukta doğrudan uygulanabilirlik niteliği kazandırmıştır²⁹.

²⁷ Sözleşme Türkiye tarafından aynı tarihte (04.11.1950) imzalanmış, 19.03.1954 tarihinde 8662 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır. Onay belgeleri 18.05.1954 tarihinde Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği’ne tevdi edilmiş ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Türkiye bakımından bu tarihte yürürlük kazanmıştır.

²⁸ Bağçe, Demir, a.g.e., s.29.

²⁹ Hasan Tunç, “Milletlerarası Sözleşmelerin Türk İç Hukukuna Etkisi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Türkiye ile İlgili Örnek Karar İncelemesi”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, C.XVII, 2000, s.184-185.

Sözleşmenin birincil amacı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yerleşik içtihadı doğrultusunda geliştirdiği Sözleşme metninin yerel mahkemeler tarafından uygulanması ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne son çare olarak başvurulmasıdır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları Sözleşme metnini açıklar ve yorumlar. Sözleşme metni, uyulması gerekli hukuki statüye sahip bağlayıcı bir norm niteliği taşımaktadır. Dolayısıyla Sözleşmeyi imzalayan devletlere ait kamu makamları, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Sözleşme kapsamında oluşturduğu içtihadını bağlayıcı olarak değerlendirmekle yükümlüdür³⁰.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Avrupa Konseyi'nin çalışmaları temelinde bir evrim geçirmiştir. Diğer bir ifadeyle Sözleşme metni dinamik ve geliştirici bir şekilde yorumlanmaktadır. Bu durum Sözleşmeyi güncel koşulların altında yorumlanması zorunlu, yaşayan bir araç haline getirmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de Avrupa Konseyi'ne üye devletlerdeki hukuki gelişmeler sonucu yaygın olarak kabul gören standartlardan etkilenmektedir³¹.

İfade özgürlüğüne yönelik getirilen düzenleme AİHS m.10'da yer almaktadır. Maddenin ilk fıkrası ifade özgürlüğü kapsamında, fikir sahibi olma, bilgi ve fikir alma, bilgi ve fikir verme özgürlüklerini; ikinci fıkrası ise devletin ifade özgürlüğüne yönelik meşru müdahale koşullarını açıklar. AİHS m.10/I'e göre; *"Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırları gözetilmeksizin, kanaat özgürlüğünü ve haber ve görüş alma ve de verme özgürlüğünü de kapsar. Bu madde, Devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine tabi tutmalarına engel değildir"*.

Madde metni ifade özgürlüğünün geniş kapsamı karşısında oldukça kısadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ifade özgürlüğü ile ilgili içtihatlarını bu kısa düzenlemenin yorumlanarak farklı ifade şekillerine ve araçlarına uygulanmasını

³⁰ Bychawska Siniarska, a.g.e., s.12, 37; Macovei, a.g.e., s.5. Türkiye 28.01.1987 tarihinde Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'nun bireysel başvuruları inceleme yetkisini, 27.09.1989 tarihinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin zorunlu yargı yetkisini tanımıştır. (Çevrimiçi) <https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/tr/content/43-avrupa-insan-haklar-mahkemesi/>, e.t., 06.02.2021.

³¹ Bychawska Siniarska, a.g.e., s.12; Macovei, a.g.e., s.6.

sağlamıştır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde düzenlenen ifade özgürlüğünün kapsamı, lafzının ötesinde içtihat hukuku ile gelişmiştir³².

1.2.2 Ulusal Düzenlemeler

Anayasa'da düşünce ve kanaat özgürlüğü 25. maddede, düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü ise 26. maddede düzenlenmiştir³³.

AY m.25'e göre; *"Herkes, düşünce ve kanaat hürriyetine sahiptir. Her ne sebep ve amaçla olursa olsun kimse, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; düşünce kanaatleri sebebiyle kınanamaz ve suçlanamaz"*. Maddenin 2. fıkrasında, kişilerin düşüncelerini açıklamaya zorlanamaması da ifade özgürlüğü açısından koruma sağlamaktadır. İfade özgürlüğü, kişilerin düşüncelerini özgürce dile getirebilmesi ve düşüncelerini kendine saklaması açısından güvence sağlamaktadır. Bu düzenlemenin m.26'da yer alması daha isabetli olurdu³⁴.

AY m.26/I'e göre; *"Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet Resmî makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar. Bu fıkra hükmü, radyo, televizyon, sinema veya benzeri yollarla yapılan yayımların izin sistemine bağlanmasına engel değildir"*.

Kanuni düzenlemelerde ifade özgürlüğü ile ilişkili olarak Türk Medeni Kanunu'nda hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimsenin hakimden saldırıda bulunanlara karşı koruma isteyebileceği (TMK m.24) ve bu saldırılara karşı açabileceği davalar (TMK m.25) düzenlenmiştir. Benzer şekilde Türk Borçlar Kanunu'nda kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren kişinin bu

³² Karan, a.g.e., (İfade Özgürlüğü), s.3.

³³ Almanya Federal Cumhuriyeti Anayasası m.5, İsviçre Federal Anayasası m.16'da ifade özgürlüğü düzenlenmiştir. Düşünme özgürlüğü ile ilgili bir hüküm bulunmamaktadır. Literatürdeki bir görüşe göre; insan düşüncelerini beyinde koruduğu, dışa vurmadığı, kendine sakladığı sürece düşüncelerinden dolayı sorumlu tutulamaz. Düşünme olgusu doğal bir durumu yansıttığından dolayı bir özgürlük olarak yasal düzenlemelerde yer almasına gerek yoktur Gören, a.g.e., s.33. Diğer bir görüşe göre ise uluslararası metinlerde düşünceleri özgürce edinme ve ifade özgürlüklerine ek olarak kişilerin düşüncelerinden, görüşlerinden dolayı rahatsız edilmemeleri, bunları açıklamaya zorlanmamaları da düzenlenmiştir. Dolayısıyla kişilerin düşünce, inanç ve kanaatleri iç alemlerinde kalıp ifade şeklinde kamusal alana aktarılmasa bile yasal düzenlemelerle bu alan da güvenceye kavuşturulmalıdır. Küçük, a.g.e., s.38.

³⁴ Gören, a.g.e., s.33.

zararı gidermekle yükümlü olduğu (TBK m.49), kişilik hakkının zedelenmesinden zarar gören kişinin uğradığı manevi zararın karşılanmasını isteyebileceği (TBK m.58) düzenlenmiştir. Ayrıca Türk Ceza Kanunu m.125'te düzenlenen hakaret, m.132'de düzenlenen haberleşmenin gizliliğini ihlal, m.267'de düzenlenen iftira, m.330'da düzenlenen gizli kalması gereken bilgileri açıklama suç tipleri ifade özgürlüğü ile bağlantılıdır.

1.2.3 Temel Hak ve Özgürlüklere İlişkin Uluslararası Sözleşmeler ile Ulusal Düzenlemelerin Çatışması

AY m.90'ın son fıkrasına göre; *“Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. (Ek cümle: 7/5/2004-5170/7 md.) Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır”*³⁵.

2004 yılında AY m.90/son'a 07.05.2004 tarihli 5170 sayılı Kanun ile bir cümle eklenerek madde kapsamında değişiklik yapılmıştır³⁶. Yapılan değişiklikle temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalar normlar hiyerarşisinde kanunlardan

³⁵ Aybay, AY m.90'a 2004 yılında 07.05.2004 tarihli 5170 sayılı Kanun'la eklenen “temel hak ve özgürlüklere ilişkin” ile “esas alınır” deyimlerinin uygulamada duraksamalara, çelişkili ve tartışmalı durumlara yol açacağını ifade etmiştir. “Temel hak ve özgürlükler” deyiminin Anayasa'nın başka hükümlerinde kullanılmadığını, hangi tür antlaşmaların bu deyim kapsamına girdiğinin belirsizlik taşıdığını, “esas alınır” deyiminin ise gerekçede belirtilen “üstün tutulma” deyimini karşılamadığını, kanun uygulayıcısının ulusal yasa ile antlaşma arasında yürürlüğe giriş tarihinden bağımsız olarak yorum yoluyla “insan haklarından yana” olana öncelik vermesi gerektiğini belirtmiştir. Fakat Aybay'a göre doğrudan uygulanabilir nitelikte olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve ek protokolleriyle getirilen düzenlemelerin, taraf devletlerin bağlayıcılığı kabul ettiği Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin denetiminde işlemesi sebebiyle özel bir yeri bulunmaktadır. Rona Aybay, “Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri”, *TBB Dergisi*, S.70, 2007, s.199 vd..

³⁶ Değişiklik teklifine ilişkin Gözler uluslararası antlaşmaların kanunlardan üstün bir değere sahip olmasının ülkemizdeki Anayasa'nın üstünlüğü ve katılığı ilkelerine aykırı olduğunu, kabulü halinde ülkemiz hukuk sistemini tepetaklak edeceğini ve beraberinde birçok belirsizlik getireceğini belirtmiştir. Gözler'e göre, uluslararası antlaşmalar ile kanunlar meclisin adi çoğunluğu ile kabul edilirler ve arasında bir hiyerarşi yoktur. Uluslararası antlaşmalara kanun üstü bir anayasal değer tanınacaksa, bu antlaşmaların meclisin üçte iki nitelikli çoğunluğu ile kabul edilmesi gerekir. Ayrıca bir antlaşmanın temel hak ve özgürlükler ile ilgili olup olmadığına kimin karar vereceği de ayrı bir tartışma konusudur. Kemal Gözler, “Milletlerarası Andlaşmalara Kanun Üstü Bir Değer Tanınabilir mi? (Anayasa Değişikliği Teklifi Hakkında Bir Eleştiri)”, (Çevrimiçi) www.anayasa.gen.tr/madde90.htm, e.t., 23.04.2021.

üstün bir değere sahip olacaktır. Fakat bir üstünlükten bahsedebilmek için kanun ile temel hak ve özgürlükler ile ilgili uluslararası antlaşmanın aynı konuda farklı hükümler içermesi, diğer bir ifadeyle aralarında bir çatışma olması gerekmektedir. Çatışma bulunmayan konularda uluslararası antlaşmaların kanunlara karşı bir üstünlüğünden söz edilemez. Ayrıca temel hak ve özgürlüklerle ilgili olmayan diğer antlaşmaların da kanunlara karşı herhangi bir üstünlüğü bulunmamaktadır³⁷.

Anayasa Mahkemesi'ne göre kanunlar ile temel hak ve özgürlüklerle ilgili uluslararası sözleşmeler arasında bir uyumsuzluk bulunduğu takdirde uluslararası sözleşmelere öncelik tanınacaktır. Bu durumda başta yargı mercileri olmak üzere, birbiri ile çatışan temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir uluslararası sözleşme hükmü ile bir kanun hükmünü önlerindeki olaya uygulamak durumunda olan uygulayıcıların kanunu göz ardı ederek uluslararası sözleşmeyi uygulama yükümlülüğü bulunmaktadır³⁸. Temel hak ve özgürlüklerle ilgili uluslararası sözleşmeler ve bu sözleşmeler temelindeki Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları ile Türk hukukunda bir kanun, Anayasa Mahkemesi, Yargıtay, Danıştay gibi yüksek mahkeme kararı çatıştığında uluslararası hukuka öncelik verilerek uluslararası standartlar uygulanmalıdır³⁹. Anayasa Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarının yargı mercileri tarafından dikkate alınmadığı ve tartışılmadığı yargılamaların adil ve hakkaniyete uygun olmadığını belirtmiştir⁴⁰.

Belirtmek gerekir ki; temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir antlaşma ile Anayasa'nın çatışması halinde ise antlaşmaların Anayasa'ya üstünlüğünden AY m.90'a göre söz edilemez. Bu konuda belirsizliğin giderilmesi gereklidir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi gibi hukukumuzda doğrudan uygulama niteliği bulunan sözleşmelerin Anayasa ile birlikte yorumlanarak kişi hak ve hürriyetleri lehine olan

³⁷ Faruk Bilir, "Anayasanın 90. Maddesinde Yapılan Değişiklik Çerçevesinde Milletlerarası Andlaşmaların İç Hukuktaki Yeri", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.XIII, S.1, 2005, s.82-83.

³⁸ AYM, Sevim Akat Eşki Kararı, B. No:2013/2187, T.:19.12.2013, RG Tarih-Sayı: 07.01.2014-28875.

³⁹ Başaran, Karan, a.g.e., s.22.

⁴⁰ AYM, Adalet Mehtap Buluryer Kararı, B. No:2013/5447, T.:16.10.2014, RG Tarih-Sayı: 10.01.2015-29232.

düzenlemelerin esas alınması yerinde olacaktır⁴¹. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'na göre temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmaların Anayasa'ya aykırılığı iddia edilemeyeceği için bu antlaşmaların Anayasa ile birlikte yorumlanması gereklidir⁴².

Devletlere düşen yükümlülük, mevzuat ve içtihatlarını uluslararası norm ve içtihatlarla uyumlaştırmaktır. Örneğin, Anayasa Mahkemesi'nin temel insan haklarına ilişkin bir konu hakkındaki yorumu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ni ya da Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi'ni bağlamaz. Bu kuruluşlar kendi yorumlarını yapar ve yorum farklılığı olduğunda da uluslararası olanın yorumu, ulusal yetkili makamları ve yargı mercilerini bağlar. Uyumlaştırmaya gidilmediği takdirde taraf devletin uluslararası organlar tarafından mahkum edilmesinin önüne geçilemez⁴³.

1.3 İfade Özgürlüğünün Korunmasına İlişkin Devletin Yükümlülüğü

Devletlerin insan haklarının korunmasına yönelik yükümlülükleri bulunmaktadır. Devletin ifade özgürlüğünün korunmasına ilişkin yükümlülükleri, müdahale alanını sınırlayan ve hakların korunmasına yönelik anayasal düzenlemeler, uluslararası insan haklarına ilişkin sözleşmelerin kabulü ya da ifade özgürlüğü sisteminin gereği gibi işleyebilmesi için ek güvence olarak ortaya çıkan kurumsallaştırılması gereken kimi haklar olabilir⁴⁴.

Devletin ifade özgürlüğü dahil tüm insan hakları için geçerli olan yükümlülükleri; devlet organ ve görevlilerinin kişi haklarına bir ihlalde bulunmamasını gerektiren saygı gösterme yükümlülüğü, hak sahiplerini üçüncü kişilerin müdahalesine karşı korumasını ve özgürlüklere müdahalede bulunanları cezalandırmasını gerektiren koruma yükümlülüğü ve hakkın gerçekleştirilerek etkin

⁴¹ Bilir, a.g.e., s.105.

⁴² YHGK, E.2005/9-320, K.2005/355, T.:25.05.2005, (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, e.t., 22.04.2021.

⁴³ Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, 4. b., Beta Yayıncılık, İstanbul, 2003, s.756.

⁴⁴ Kemal Şahin, **Farklı Özgürlük Anlayışları Çerçevesinde İfade Özgürlüğünün Temellendirilmesi ve Sınırlandırılması**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2008 (yayımlanmamış doktora tezi), s.153.

kılınması amacıyla pozitif tedbirlerin alınmasını gerektiren uygulama yükümlülüğüdür⁴⁵. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ise bu yükümlülükleri negatif ve pozitif yükümlülükler olarak kabul etmiştir. Fakat Mahkeme, bu iki yükümlülük arasındaki sınırların kesin bir tanımlamaya uygun olmadığını vurgulamıştır⁴⁶. Mahkeme'nin önüne gelen bazı olaylarda devletin negatif ve pozitif yükümlülüklerinin çakıştığı, tartışmaya konu olduğu görülmektedir⁴⁷.

AY m.5'te de devletin temel amaç ve görevleri şu şekilde düzenlenmiştir. *“Devletin temel amaç ve görevleri, Türk milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır”*⁴⁸.

⁴⁵ Jean-François Akandji-Kombe, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yükümlülükler (İnsan Hakları El Kitapları No:7)**, Çev. Özgür Heval Çınar, Abdulcelil Kaya, 1.b., Avrupa Konseyi, 2008, s.5.

⁴⁶ AİHM, Gül v. İsviçre, B. No:23218/94, T.:19.02.1996, (Çevrimiçi) <http://hudoc.echr.coe.int/app, e.t., 24.04.2021>. Jellinek tarafından haklar negatif, pozitif ve aktif statü hakları olarak ayrılmıştır. Bu hakların korunmasına yönelik devlete düşen pozitif ve negatif yükümlülükler söz konusudur. Gemalmaz'a göre pozitif ve negatif haklar ayrımı, yapaylığına göz yumulduğu ölçüde söz konusu olabilir ve geçerliliğini yitirmiştir. Çünkü kamu otoritelerinin müdahale etmemesi nitelendirmesiyle belirlenmeye çalışılan negatif statü haklar listesi içindeki haklar da kurumsallaşabilmesi, hak sahiplerinin onlardan yararlanabilmesi için devletin müdahale ve katkısını gereksinirler. Gemalmaz, a.g.e., s.662. Anayasamızdaki temel hak ve hürriyetlerin düzenleniş şekli Jellinek'in kamu hakları tasnifine uygundur. Gözler, a.g.e., (Anayasa Hukuku), s.111.

⁴⁷ AİHM, Abdulaziz, Cebales ve Balkandali v. Birleşik Krallık, B. No:9474/81, T.:28.05.1985; AİHM, Keegan v. İrlanda, B. No:16969/90, T.:26.05.1994, (Çevrimiçi) <http://hudoc.echr.coe.int/app, e.t., 28.06.2021>.

⁴⁸ 1961 Anayasası Temel Hakların Niteliği ve Korunması başlıklı m.10/II'de *“Devlet, kişinin temel hak ve hürriyetlerini, fert huzuru, sosyal adalet ve hukuk devleti ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasî, iktisadî ve sosyal bütün engelleri kaldırır; insanın maddî ve mânevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlar.”* hükmünde 1982 Anayasasından farklı olarak “bütün” ve “hazırlar” ifadeleri yer almaktadır. 1982 Anayasasında “hazırlar” ifadesine karşılık “hazırlamaya çalışmaktır” ifadesi yer almış, “bütün” ifadesine ise metinde yer verilmemiştir. 1961 Anayasası'ndaki kararlı ve keskin ifadeler yerini çekingen ve yumuşak ifadelere bırakmıştır. Şahin, a.g.e., (İfade Özgürlüğünün Temellendirilmesi), s.145.

1.3.1 Devletin Negatif Yükümlülüğü

Devletin negatif yükümlülüğü, bireylerin haklarını kullanmasına ya da onlardan yararlanmasına devletin müdahale etmemesi, karışmaması, gölge etmemesidir⁴⁹. Diğer deyişle devletin hakların korunması için olumsuz tutum sergilemesidir. “Olumsuzluk” kavramı kötü, beğenilmeyen uygunsuz anlamında değil, hareketsiz kalma, karışmama, kaçınma anlamındadır⁵⁰. Örneğin bir kişinin ifade özgürlüğünü kullanmak istediği zaman devlete düşen görev, bu hakkın kullanımına müdahale etmemesidir. Ayrıca kişilerin görüşlerini bildirmeye mecbur bırakılmaması da devletin negatif yükümlülüğü kapsamındadır⁵¹. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bir davada kişinin sessiz kalmasına izin verilmemesini AIHS m.10’a aykırı bulmuştur⁵².

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasa’nın düşünce ve ifade özgürlüğüne ilişkin hükümleri de esas olarak devletin ne yapması ile ilgili değil, bireylerin haklarına müdahaleden kaçınma yükümlülüğü kapsamında ne yapmaması gerektiği ile ilgili düzenlemeleri içermektedir⁵³. Devletler vatandaşlarına herhangi bir konuda telkinde bulunmayı denememelidir. Devlet tarafından tek taraflı bilgilerin teşviki fikir sahibi olma özgürlüğü açısından ciddi bir engel oluşturabilir⁵⁴. Demokratik devlet, hukuki açıdan tüm ideolojilere hoşgörü, her birine aynı mesafede duran ve ideolojik, felsefi, siyasi her türlü dünya görüşü, her türlü dini inanç karşısında tarafsız nitelikte olmalıdır. Belli ideoloji ve anlayışlar benimsenir, muhalif görüşler ortadan kaldırılırsa demokrasinin çoğulculuk anlayışı zedelenir⁵⁵.

1.3.2 Devletin Pozitif Yükümlülüğü

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin metni bir bütün olarak incelendiğinde konu ve amacının, Sözleşme’deki özgürlüklere yönelik devletin müdahalelerine karşı

⁴⁹ Halil Kalabalık, **İnsan Hakları Hukuku**, 5. b., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s.55; Mesut Gülmez, **İnsan Hakları ve Demokrasi Eğitimi**, TODAİE, Ankara, 2001 s.18; Gemalmaz, a.g.e., s.662; Gözler, a.g.e., (Anayasa Hukuku), s.111.

⁵⁰ Mustafa Erdoğan, **Anayasal Demokrasi**, Siyasal Kitabevi, Ankara, 1996, s.150.

⁵¹ Bychawska Siniarska, a.g.e., s.15; Macovei, a.g.e., s.9.

⁵² AIHM, K. v. Avusturya, B. No:16002/90, T.:02.06.1993, (Çevrimiçi) <https://www.hudoc.echr.coe.int/>, e.t., 17.04.2021.

⁵³ J. G. Merrills, **The Development of International Law by the European Court of Human Rights**, Manchester University Press, Manchester, 1988, s.94.

⁵⁴ Bychawska Siniarska, a.g.e., s.15.

⁵⁵ Küçük, a.g.e., s.30-31.

bireyleri korumayı amaç edinen savunma haklarından oluştuğu görülmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi zamanla geliştirdiği içtihatlarında Sözleşme'deki hak ve özgürlüklerin sosyal taraflarının bulunduğu da işaret etmiştir. Böylece yargı organları önünde ileri sürülecek pozitif haklar genişletilmiş ve devletin hak ve özgürlüklerin korunması konusundaki pozitif yükümlülükleri artmıştır⁵⁶.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme ve diğer insan hakları sözleşmelerinde belirtilen hakların önem ve sonuçları açısından devletlerin pozitif yükümlülüklerinden nadiren açıkça bahsedilse de bu, taraf devletlerin hak ve özgürlükleri korunması ile ilgili pozitif yükümlülüklerinin olmadığı anlamına gelmez⁵⁷. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde açıkça pozitif yükümlülük oluşturmeyan hükümlerle ilgili olarak bile bazen devletlere belirli bir şekilde hareket etme yükümlülüğü getirmiştir⁵⁸. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde pozitif yükümlülükler açıkça ifade edilmemiş olsa da pozitif yükümlülüklerin geliştirilmesi açısından Sözleşmenin dili, tutarlı ve her parçasına anlam kazandıracak etkin bir yapıya sahiptir⁵⁹. Pozitif yükümlülüklerin ağırlıklı olarak geliştirilmesinin arkasındaki itici güç, değişen sosyal ve ahlaki varsayımlar sebebiyle Sözleşmenin dinamik yorumudur⁶⁰.

AİHS m.1'de sözleşmeye taraf olan devletlerin, yetki alanı içinde bulunan herkesin Sözleşmenin birinci bölümünde yer alan hak ve özgürlüklerden yararlanmalarını sağlayacakları düzenlenmiştir. Sözleşmenin etkin bir şekilde uygulanmasını sağlamak amacıyla devlete pozitif anlamda sorumluluk yükleyen m.1, AİHS m.10'da düzenlenen ifade özgürlüğüne de uygulanabilecektir⁶¹. Ayrıca AİHS m.13'te hak ve özgürlükleri ihlal edilen kişilerin ulusal bir merci önünde etkili bir hukuki yola başvurma hakkına sahip olması, devletin pozitif yükümlülüğünü

⁵⁶ Metin Yüksel, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Yaşamın ve Sağlığın Korunması ile İlgili Olarak Taraf Devletlere Yüklediği Pozitif Yükümlülükler", *Uluslararası İlişkiler*, C.VII, S.27, 2010, s.113.

⁵⁷ Alastair Mowbray, *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Hart Publishing, Oxford, 2004, s.2.

⁵⁸ Merrills, a.g.e., s.94.

⁵⁹ Merrills, a.g.e., s.89.

⁶⁰ Mowbray, a.g.e., s.5-6.

⁶¹ Akandji-Kombe, a.g.e., s.9.

güçlendirici bir etkiye sahiptir⁶². Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, devletin kişilerin adalet ihtiyacını sağlamakla yükümlü olduğunu, ancak kendisinin pozitif yükümlülüklerine ilişkin bir tanım getirmekle yükümlü olmadığını belirtmiştir⁶³. Yine Mahkeme'ye göre devletler pozitif yükümlülükleri kapsamında kişilerin haklarının güvencesini sağlamak için makul ve uygun tedbirler almalı, aktif eylemde bulunmalıdır⁶⁴. Devletlerin hakları nasıl koruyacakları konusunda büyük ölçüde takdir yetkileri bulunsada Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin vermiş olduğu kararlarda Mahkeme'nin devletin pozitif yükümlülüklerini giderek ayrıntılı olarak belirlediği görülmektedir⁶⁵.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarından yola çıkılarak pozitif yükümlülükleri kapsamında devlet, hakların korunmasına yönelik olumlu edimde bulunarak, edimlerini kamu hizmeti olarak yerine getirmelidir⁶⁶. Negatif yükümlülükleri pozitif yükümlülüklerden ayıran şey, pozitif yükümlülükler devletin hak ve özgürlüklerin kullanımının engellenmesine karşı etkin bir müdahalesini gerektirirken, negatif yükümlülükler müdahaleden kaçınmasını gerektirmektedir. Pozitif yükümlülükte hakların ihlali devletin eylemsizliğinden kaynaklanırken, negatif yükümlülükte ihlal eylemler vasıtasıyla bir hakkın kullanımının kısıtlanması ya da engellenmesi ile gerçekleşir⁶⁷.

Devlet her türlü bilgi ve fikri araştırma, edinme, içselleştirme kapsamında ifade özgürlüğünü korumakla yükümlüdür. İfade özgürlüğünün kullanımını engelleyen fiillere karşı kişilerin korumasını sağlamalıdır. İfade özgürlüğünün koruma kapsamına, başkalarına aktarılabilecek her tür düşünce ve görüş ile ilgili iletişim de girmektedir. Siyasi söylemler, kişilerin kendisi ya da kamuyunu ilgilendiren

⁶² Osman Doğru, "Devletin Sorumluluğu: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nde Pozitif Yükümlülükler", **Danıştay ve İdari Yargı Günü 139. Yıl 11 Mayıs 2007**, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, 2008, s.194.

⁶³ Kerstin Blau, "Neuere Entwicklungen in der Schutzpflichtdogmatik des EGMR am Beispiel des Falles "Vo/Frankreich"", **ZEuS**, Heft 3, 2005, s.400; Mowbray, a.g.e., s.2; AİHM, "Yaşam İçin Doktorlar" Platformu Davası v. Avusturya, B. No:10126/82, T.:21.06.1988, (Çevrimiçi) <http://hudoc.echr.coe.int/app, e.t., 29.04.2021>.

⁶⁴ AİHM, López Ostra v. İspanya, B. No:16798/90, T.:09.12.1994; AİHM, Gül v. İsviçre, B. No:23218/94, T.:19.02.1996 bkz. Hakim S.K. Martens'in karşı oy yazısı, (Çevrimiçi) <http://hudoc.echr.coe.int/app, e.t., 24.04.2021>.

⁶⁵ Doğru, a.g.e., s.208.

⁶⁶ Gülmez a.g.e., (Demokrasi Eğitimi), s.18; Gemalmaz, a.g.e., s.662; Blau, a.g.e., s.401.

⁶⁷ Akandji-Kombe, a.g.e., s.11.

meseler hakkındaki görüşleri, siyasi kampanyalar, insan hakları ile ilgili tartışmalar, habercilik faaliyeti, kültürel ya da sanatsal dışavurum, dinsel ifadeler, ticari amaçlı reklamcılık devletin koruması kapsamındadır⁶⁸. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre, işleyen bir demokrasinin ön koşullarından biri olan ifade özgürlüğünün korunması sadece devletin müdahale etmeme görevine bağlı değildir. Aynı zamanda devlet pozitif koruma önlemleri de almalıdır⁶⁹. Pozitif bir yükümlülüğün olup olmadığının belirlenmesinde, toplumun genel menfaatleri ile bireyin menfaatleri arasında kurulması gereken adil denge dikkate alınmalıdır⁷⁰. İfade özgürlüğü açısından Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi devletin pozitif yükümlülüklerinden açıkça söz etmemiş olsa da AİHS m.10/II'de başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla devlete ifade özgürlüğünü sınırlama yetkisi verilmiştir.

Çoğunluğun ya da büyük grupların paylaştıkları düşünceler şok edici, rahatsızlık verici nitelikte olsa da bu düşüncelere karşı devletin müdahale riski oldukça düşüktür. Bir kişi ya da küçük grupların paylaştığı düşüncelerin ifade özgürlüğü kapsamında korunmasına daha çok ihtiyaç vardır⁷¹. Devlet, toplumda hakim olan düşünce ve teamüllere karşı çıkan bireyleri korumalı, azınlıktaki bireylere bu görüş ve düşüncelerin zorla empoze ettirilmesine, çoğunluğun görüşüne uymayan herhangi bir kişiliğin gelişiminin engellenmesine, kişilerin toplumun genel kalıplarına uymaya zorlanmasına müdahil olmalıdır⁷².

Günümüzde fikir ve görüş alışverişi açısından geleneksel kitle iletişim araçlarına bağımlı durumda olmayan küresel bir ağ bulunmaktadır. Bu yeni araçların bağımsızlığını sağlamak ve kişilerin bu araçlara erişimini arttırmak da devletin görevleri arasındadır.

⁶⁸ Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme, İnsan Hakları Komitesi, Genel Görüş No:34, Madde 19, 12.09.2011, (CCPR/C/GC/34), http://ihop.org.tr/wp-content/uploads/2007/04/IHK-Genel_Yorum-No34.pdf, e.t., 21.10.2020.

⁶⁹ AİHM, X ve Y v. Hollanda, B. No: 8978/80, T.:26.03.1985, 30.04.2021; AİHM, Özgür Gündem v. Türkiye, B. No:23144/93, T.:16.03.2000, (Çevrimiçi) <http://hudoc.echr.coe.int/app>, e.t., 21.10.2020.

⁷⁰ Mowbray, a.g.e., s.194.

⁷¹ Bychawska Siniarska, a.g.e., s.85.

⁷² Mill, a.g.e., s.40.

Kişilerin düşünce ve inançlarını iç dünyalarında saklı tutma ve ifade etmeme özgürlükleri de bulunmaktadır. Buna konuşmama, konuşmaktan kaçınma ya da susma özgürlüğü denir. Kişilerin inanç ve kanaatlerini öğrenmek için gösterilen çabalar farklı muameleye tabi tutulmalarına sebep olabilir. Devletin nasıl farklı fikri taşıyan kişiler arasında ayırım yapılmasına izin vermeme gibi sorumluluğu varsa fikirlerini beyan etmektan kaçınan kişilerin negatif muamele görmelerine de engel olma sorumluluğu bulunmaktadır⁷³.

2 İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLANDIRILMASI

Doğduğumuzda ifadelerimiz özgürdür. Yaşımız ilerledikçe düşüncelerimize sansürler konulmaya başlanır. Bunlar toplum tarafından kabul edilen ahlak kuralları, gelenekler, normatif değerlerdir. Kişi olarak başkaları tarafından eleştirileceğimiz ya da dışlanacağımız endişesiyle en başta kendimize otosansür uygularız. Bir kişinin ya da azınlıkta kalan bir grubun da toplum tarafından sansürlenmesi mümkündür. Bir gruba ifade özgürlüğü tanınırken diğerleri susturulursa toplum azınlıkları dinlemez. Örneğin işyerinde cinsel tacize uğrayan kadınların işini kaybetme ya da terfi edememe korkusundan sesini çıkaramaması otosansürken, eşcinsellerin hakarete maruz kalmalarına karşı toplumun tepki göstermemesi toplumun sansürüdür⁷⁴.

İnsan hakları düşüncesi tüm kültürlerin mensuplarını insanlık onurunda birleştiren ortak bir değerdir. Dolayısıyla ifade özgürlüğünü belli bir kültürün zorunlu sonucu olarak düşünemeyiz⁷⁵. İnsan haklarının evrensel niteliğine karşın ülkelerin yönetim sistemlerindeki uygulamalar sebebiyle ifade özgürlüğü anlayışı da farklılık göstermektedir. Demokratik ülkelerde ifade özgürlüğü temel bir ilke olarak kabul edilmesine karşın, baskıcı ülkelerde bu özgürlük sınırlandırılmıştır. Baskıcı rejimlerde devletin bazı düşünce ve yaşam tarzlarını benimseyip farklı olanları dışlaması ve müdahalede bulunmasının sebebi, kişiyi rasyonel bir varlık olmasından ziyade yönlendirilmeye muhtaç, eksik biri olarak görmesidir. Farklı düşüncelerin varlığı ve yayılımı toplum düzeni için bir tehdit olarak algılanmaktadır⁷⁶. Bu ülkeler

⁷³ Küçük, a.g.e., s.41.

⁷⁴ Trager, Dickerson, a.g.e., s.166.

⁷⁵ Erdoğan, a.g.e., (Demokrasi), s.153.

⁷⁶ Özbey, a.g.e., s..43; Küçük, a.g.e., s.29.

ifade özgürlüğünü ve diğer özgürlükleri ülkelerinin iktisadi kalkınması yanında ikincil bir sorun olarak görür. Örneğin; tek parti yönetiminin bulunduğu sosyalist devlet yapısına sahip Küba’da özgürlük, vatandaşlar için en iyi olanı yapma hakkı ve ödevidir. Serbest düşünce bu amaca hizmet etmez. İran gibi İslami rejime sahip ülkelerde ise ifade özgürlüğü, dini hükümler vasıtasıyla kısıtlanmaktadır⁷⁷. Serbest düşünme ortamının olmadığı bu tür toplumlarda insanların düşünme ve tercihlerde bulunabilme yetisi de felce uğramaktadır⁷⁸. Siyasal, kültürel ve bilimsel alanlarda kamuoyunda hakim olan düşüncelerin eleştirilmesine ve sorgulanmasına izin vermeyen bir bakış açısı, ifade özgürlüğünün koruma kapsamının daralmasına yol açmaktadır⁷⁹. Buna karşın monarşinin, teokrasinin ya da baskı rejiminin olduğu ülkelerde bile bazı durumlarda ifade özgürlüğü kişilere kullanılabilir. Halkının görüş ve düşüncelerini, rahatsızlıklarını, beklentilerini önemseyen mutlak iktidar sahibi bir kral için ifade özgürlüğü önemli olabilir. Halkının esenliği için bir diktatör toplumun görüş ve düşüncelerinin aslını bilmek isteyebilir ya da toplumun kendisine yönelik tepkisinin büyümesinin önüne geçmek için eleştirilere katlanabilir⁸⁰.

Demokratik ülkelerde dahi her ifade, ifade özgürlüğü kapsamına girmez ve ifadenin korunması ülkeler arasında farklılık gösterir. Bu ülkelerde kanun koyucular, hakimler, savcılar, vatandaşlar hangi ifadenin korunması, hangisinin yaptırıma tabi tutulması gerektiği, ifade hürriyetinin diğer haklar karşısındaki konumu ve diğer haklara karşı nasıl dengelenebileceği sorunları ile karşı karşıya kalır. Bu sorunların çözümünde siyasi, dini ve kültürel değerlerin önemli rolü vardır⁸¹.

Bazen ülkeler ifade özgürlüğünü yönetim şekillerine tehdit olarak görürler. Buna en yakın örnek yakın tarihte demokrasiye kavuşan Arnavutluk’tur. Komünist rejime tekrar geri dönmek istemeyen Arnavutluk, komünizmi yasa dışı ilan ederek kanunlar

⁷⁷ Trager, Dickerson, a.g.e., s.3-4.

⁷⁸ Küçük, a.g.e., s.28.

⁷⁹ Ákos Domahidi, “Politische Symbole und Meinungsäußerungsfreiheit”, **EuR**, 2009, s.418.

⁸⁰ Kemal Şahin, “İfade Özgürlüğü ‘Hak’kını ve İktidar ‘Ben’ ile Demokrasi Arasındaki Çelişki”, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.XV, S.3-4, 2011, s.73.

⁸¹ Trager, Dickerson, a.g.e., s.15-16.

çıkarmış, yüzlerce Arnavut komünist fikirleri yaydıkları ve gösteri düzenledikleri gerekçesiyle tutuklanmıştır⁸².

Uzun bir demokrasi geçmişi olan Avrupa ülkeleri bile kültürlerinin yok olmasını engellemek için korku ile hareket edebilmektedir. Örneğin Fransa’da okullarda kültürel bütünlüğü sağlamak için dinsel sembollerin giyilmesi yasaklanmıştır. Fransız hükümeti “değişik türden insanlardan tek bir ulus, tek bir ülke ve tek bir cumhuriyet yaratmak” amacıyla olduklarını gerekçe olarak göstermiştir⁸³. Buna karşın kişinin din özgürlüğünü kullanması, ifade özgürlüğü vasıtasıyla mümkündür. Fransız hükümetinin ifade özgürlüğüne getirmiş olduğu sınırlamada kültürel değerler ve seküler kaygılar ağır basmaktadır.

Gerek demokratik sistemin hakim olduğu gerekse hakim olmadığı toplumlarda ifade özgürlüğüne karşı getirilen sınırlama zor kullanma vasıtasıyla gerçekleşir. Zor kullanmanın meşruiyeti hukuki düzenlemelerle devlet tarafından belirlenir. Toplumun kendi yargılarıyla hareket ederek ifade özgürlüğüne müdahalede bulunması meşru değildir.

Belirtmek gerekir ki ifade özgürlüğü ile dile getirilen değerlerin korunması ve kişilerin bir baskı altında olmadan konuşabilmesi amaçlanmış olsa da her ifade, ifade özgürlüğünün koruma kapsamı altında değildir. Üstün çıkarların söz konusu olduğu, birtakım yanlışların engellenmesi adına bazı sınırlamalara gidilebilir. Korumasız ifadenin tipik örneği yalancı şahitliktir. Mahkemelerde yalancı şahitlik yapılması yalnız bir bireyi değil toplumun tümünü tehdit eder. Adalet sistemine ve toplumsal barışa zarar verdiği için yasaklanır⁸⁴.

İfade özgürlüğünün öznesi herkes olsa da kişilerin statülerinden dolayı ifade özgürlüğüne sınırlama getirilebilir. Anayasa Mahkemesi “cezaevinde tutulmanın kaçınılmaz sonucu olarak suçun önlenmesi ve disiplin temini gibi cezaevinde güvenliğin sağlanmasına yönelik kabul edilebilir makul gerekliliklerin olması

⁸² Trager, Dickerson, a.g.e., s.88.

⁸³ Trager, Dickerson, a.g.e., s.87.

⁸⁴ Trager, Dickerson, a.g.e., s.148, 157.

durumunda”⁸⁵ tutukluların, “hükümette olan siyasetçilere ve güncel siyasi konulara ilişkin beyanları nedeniyle”⁸⁶ askerlerin ifade hürriyetinin kısıtlanabileceğine hükmetmiştir.

2.1 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi’nin İfade Özgürlüğünün Sınırlandırılmasına Yönelik Ölçütleri

İfade özgürlüğünün mutlak haklar arasında yer almaması dolayısıyla sınırlandırılabilmesi mümkündür. Sınırlama rejimi, temel hak ve özgürlüklere hangi durumlarda, ne zaman ve ne kadar sınırlamalar getirilebileceğini diğer bir deyişle sınırlamaların sınırlarını düzenlemektedir. Uluslararası ölçütlerle uyum içinde olması gereken bu sınırlama rejimi, devlet tarafından hakka getirilecek sınırlamaların keyfilikliğini engellemekte, sınırlamanın da sınırı çizildiğinden dolayı temel hak ve özgürlükler için güvence oluşturmaktadır⁸⁷. Böylece devletlere mümkün olduğunca az manevra alanı bırakılmaktadır⁸⁸. Dolayısıyla demokratik rejime sahip devletler, çoğulculuk ilkesine uygun takdir alanının sınırları içinde nesnel ölçü ve sebeplere dayanarak ifade özgürlüğüne sınırlama getirebilse de bu sınırlar belirlenirken uluslararası sözleşmelerle çizilen meşru sınırları aşmamalıdır⁸⁹.

İfade özgürlüğü açısından Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi en etkili sözleşmedir. AİHS m.10/II ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasında meşru sayılabilecek halleri düzenlemiştir. AİHS m.10’un amacı herkesin ifade özgürlüğünü korumak olduğundan dolayı 2. fıkrada öngörülen sınırlamaların katı bir şekilde yorumlanması gerekir. Diğer bir deyişle istisnai hallerde başvurulacak bu sınırlama ölçütleri, anlamının ötesine geçecek şekilde geniş biçimde yorumlanmamalıdır⁹⁰.

AİHS m.10/II’ye göre; “Görev ve sorumluluklar da yükleyen bu özgürlüklerin kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin,

⁸⁵ AYM, Hayrettin Öztekin Kararı, B. No:2013/4535, T.:09.03.2016, (Çevrimiçi) <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>, e.t., 29.04.2022.

⁸⁶ AYM, Engin Kabadaş Kararı, B. No:2014/18587, T.:06.07.2017, RG Tarih-Sayı: 19.09.2017-30185.

⁸⁷ Karan, a.g.e., (İfade Özgürlüğü), s.103.

⁸⁸ Domahidi, a.g.e., s.418.

⁸⁹ Özbey, a.g.e., s.46.

⁹⁰ AİHM, Sunday Times v. Birleşik Krallık, B. No:6538/74, T.:26.04.1979, (Çevrimiçi) <http://hudoc.echr.coe.int/app>, e.t., 25.02.2021.

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”. Madde hükmüne göre, ifade özgürlüğüne getirilecek sınırlamaların üç durumda mümkün olduğu görülmektedir. Bunlardan ilki sınırlamaların yasayla öngörülmüş olması, ikincisi belirli amaçlara yönelik olması, üçüncüsü demokratik toplum için gereklilik taşımasıdır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi söz konusu koşulların varlığını tespit ettiğinde, devletin ifade özgürlüğüne yönelik müdahalesini meşru sayacaktır. Mahkeme bu koşulları sırasıyla inceler. Eğer bu sınırlama nedenlerinin birinin meşru olmadığını tespit ederse, diğer şartları incelemeyerek müdahalenin meşru olmadığına ve ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar verir⁹¹.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin uygulamasına şekil veren Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihat hukuku, ifade özgürlüğünün sınırları ile ilgili esas alınacak temel prensiplerin hangi noktalarda yoğunlaştığı konusunda zengin bir kaynaktır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin ifade özgürlüğüne yönelik kararları incelendiğinde önemli ölçüde takdir yetkisini kullandığı görülmektedir. İfadenin konusu, yöneltildiği kişi ya da kurumlar, ifade sahibinin kimliği gibi unsurlar takdir alanını belirlemektedir. Devletler açısından takdir alanları ahlaki ve dini konularda geniş olabilirken, siyasi konularda azalabilmektedir⁹². Mahkeme kararları incelendiğinde ifadenin yöneltilen şahıs bakımından devletlerin sınırlama yetkisinin en geniş olduğu alanın yargı organına yönelik eleştiriler olduğu görülür. Bunun nedeni AİHS m.10/II’de geçen “*yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının güvence altına alınması*” ifadesidir. Yargı organına halkın güvenini sürdürebilmesi için yargıçların haksız ve gerçek dışı ithamlardan korunmaları gereklidir⁹³.

Devletin sınırlama yetkisi yargı organına yönelik eleştirilerde en fazlayken, bu yetkisi kişilere yönelik eleştiriler, kamu görevlilerine yönelik eleştiriler, siyasetçilere

⁹¹ Bychawska Siniarska, a.g.e., s.40.

⁹² Karan, a.g.e., (İfade Özgürlüğü), s.105.

⁹³ Karan, a.g.e., (İfade Özgürlüğü), s.105.

ve politikada sorumluluk üstlenen üst düzey bürokratlara yönelik eleştiriler, hükümete, yargısal işlev görmeyen diğer kamu kurumlarına yapılan eleştirilere doğru azalmaktadır⁹⁴.

AY m.13'te temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması düzenlenmiştir. Madde hükmüne göre, *“Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen 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”*. 2001 değişikliği ile genel sınırlama sebeplerine yer verilmesinden vazgeçilmiş, madde hükmü Anayasa'daki her temel hak ve özgürlük için nitelik ve özelliğine bakılmaksızın geçerli olmuştur. Bununla birlikte bazı temel hak ve özgürlükler için uygulanacak özel sınırlama nedenleri getirilmiştir⁹⁵.

Düşünce ve kanaat özgürlüğü AY m.25'te düzenlenmiştir. Madde hükmünde herhangi bir sınırlamaya yer verilmemiştir. Dolayısıyla kişilerin serbestçe düşünme ve kanaat sahibi olma özgürlüğü herhangi bir sınırlamaya tabi tutulamaz. Olağanüstü hallerde bile düşünce sınırlanamayacağından dolayı bu özgürlük sert çekirdekli haklar kategorisine alınmıştır⁹⁶. Düşünce ve kanaat özgürlüğünün tamamlayıcısı olan ifade özgürlüğünü düzenleyen AY m.26'da ise özel sınırlama sebeplerine yer verilmiştir⁹⁷. AY m.26/II'ye göre *“Bu hürriyetlerin kullanılması, millî güvenlik,*

⁹⁴ Karan, a.g.e., (İfade Özgürlüğü), s.105; Bychawska Siniarska, a.g.e., s.72.

⁹⁵ Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, 15. b., Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s.114.

⁹⁶ Bülent Tanör, Necmi Yüzbaşıoğlu, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, 18. b., Beta Yayıncılık, İstanbul, 2019, s.164, 184; Samet İldeş, **Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Temel Hak ve Özgürlüklerin Kötüye Kullanılması Yasağı**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2012 (yayımlanmamış yüksek lisans tezi), s.58.

⁹⁷ AY m.13'te 2001 değişikliği öncesinde düzenlenen genel sınırlama sebeplerinin AY m.26/II'ye aktarılması sonucu, 2001 değişikliği öncesindeki durum korunmaya çalışılmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. İldeş, a.g.e., s.58-59. 2001 değişikliğinden sonra olumlu bir adım atılarak özel sınırlama sistemine geçilmiştir. 2001 öncesi genel sınırlama kuralı niteliğindeki dokuz sınırlama nedeni Anayasa'da yer alan tüm özgürlüklere uygulanabilmekteydi. Değişiklikten sonra AY m.13; *“Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen 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.”* şeklinde düzenlenmiştir. Böylelikle özel sınırlama sebepleri Anayasa'da düzenlenen özgürlüklerin kendi düzenlendikleri maddede yer alan ve yalnızca ilişkin olduğu haklar için geçerli olmuştur. Hiç sınırlandırılmayacak olan özgürlükler ile sınırlandırılma derecesi yüksek olan özgürlüklerin genel sınırlama nedenleri altında değerlendirilmesi yerine, her özgürlük için ayrı,

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”. Anayasa’da düzenlenen sınırlama sebepleri Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin ölçütleri ile paralellik göstermektedir.

2.1.1 Müdahalenin Varlığı

İfade özgürlüğünün ihlali iddiası ile yapılan başvurularda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi öncelikle müdahalenin varlığını sorgulamaktadır. Yapılan müdahalenin caydırıcı bir etkiye sahip olup olmadığı Mahkeme tarafından değerlendirilmektedir⁹⁸. İfade özgürlüğüne yönelik müdahale çeşitleri çok geniş kapsamlıdır ve önceden belirlenmiş sınırları yoktur. Mahkeme her somut olayda ulusal makamlar tarafından gerçekleştirilen ifade özgürlüğüne yönelik müdahalelerin, özgürlüğün kullanılması üzerindeki kısıtlayıcı etkisine bakarak incelemede bulunur ve karar verir⁹⁹.

İfade özgürlüğüne yönelik müdahale sonucu mağdur olduğunu iddia eden kişinin söz konusu önlemden doğrudan etkilenmiş olması beklenmektedir¹⁰⁰. İfade özgürlüğüne devlet tarafından ya da devlet dışı aktörler tarafından müdahale edilebilmektedir. Bazen devlet ile devlet dışı aktörlerin birlikte yer aldığı bir müdahale de gerçekleşebilir. Örneğin, ifade özgürlüğünü kullanan bir kişiye karşı özel hukuk gerçek ya da tüzel kişilerin açılan tazminat davalarında, şikayete bağlı

kademeli ve farklılaşmış özel sınırlama nedenlerine yer verilmesi, daha avantajlıdır. Yusuf Şevki Hakyemez, “Temel Hak ve Özgürlüklerde Objektif Sınır Kavramı ve Düşünce Özgürlüğünün Objektif Sınırları”, **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, C.LVII, S.2, s.21-22. Ayrıca uluslararası insan haklarına ilişkin belgelerde de hakların nitelikleri/mahiyetleri gereği tüm hakları kuşatan genel sınırlama sebeplerinin bulunmamasının isabetliliği üzerine görüşler için bkz. Tanör, Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s.149; Gemalmaz, a.g.e., s.760; Özbudun, a.g.e., s.114. 2001 değişikliğiyle AY m.13’teki düzenlemenin getirdiği sorunlar ile ilgili ayrıntılı görüş için bkz. Serap Yazıcı, **Yeni Bir Anayasa Hazırlığı ve Türkiye Seçkincilikten Toplum Sözleşmesine**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2009, s.88-96.

⁹⁸ Karan, a.g.e., (İfade Özgürlüğü), s.108.

⁹⁹ Bychawska Siniarska, a.g.e., s.40.

¹⁰⁰ AYM, Fatih Taş Kararı, B. No:2013/1461, T.:12.11.2014, (Çevrimiçi) <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>, e.t., 29.04.2022.

suçlarda bir kişinin şikayeti üzerine savcılıklar tarafından açılan ceza davalarında özel hukuk gerçek ya da tüzel kişileri ile yargı organları dolaylı da olsa birlikte hareket etmekte ve bir müdahalenin ortaya çıkmasına sebep olabilmektedir¹⁰¹.

İfade özgürlüğünün bazı durumlarda Anayasa tarafından doğrudan sınırlanabilmesi yanında, ifade özgürlüğüne devlet tarafından yapılan müdahaleler yasama, yürütme veya yargı organı tarafından olabilir¹⁰². Yasama organı tarafından yapılan müdahale, ifade özgürlüğünün kullanılmasına engel olan yasal düzenlemelerin kabul edilmesi ya da kabul edilmiş yasal düzenlemelerin ifade özgürlüğü açısından sorun yarattığı bilinmesine rağmen ifade özgürlüğü yönünde değişikliklerin yapılmaması ile gerçekleşir. Yasal düzenlemelerin muğlaklık taşıması, kamu makamlarına geniş bir takdir yetkisi sağlamakta, ifade özgürlüğüne yönelik müdahalenin ortaya çıkmasına neden olabilmektedir¹⁰³.

Yürütme organı tarafından ifade özgürlüğüne yönelik müdahalede, idarenin yaptığı düzenleyici ya da kişilere yönelik ortaya koyduğu bireysel nitelik taşıyan işlemler söz konusudur. İdarenin bu müdahalesi yasal düzenlemelere açıkça aykırı davranması yoluyla ya da yasal düzenlemelerin ifade özgürlüğünü tam olarak koruma altına almaması veya muğlak olması sebebiyle idarenin keyfi davranmasını olanaklı kılması şeklinde ortaya çıkabilir¹⁰⁴.

Yargı organı tarafından ifade özgürlüğüne yönelik müdahaleler tazminat talepleri ya da ceza davaları yoluyla gerçekleşir. Ayrıca ceza yargısında davanın açılmış sayıldığı kovuşturma aşamasına geçilmeden gözaltına alma, tutuklama gibi alınan koruma tedbirleri ifade özgürlüğüne müdahale oluşturabilir. İfade özgürlüğünü kullanan kişiye ceza davası açılmayıp, sadece soruşturma açılrsa dahi bu durum ifade özgürlüğüne yönelik otosansür ve sansüre sebep olabilmektedir¹⁰⁵. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kişi hakkında cezai yaptırım uygulanmadığı, örneğin, cezasının ertelendiği ya da tecil edildiği durumda bile kişinin ceza tehdidi ile karşı karşıya kalmış olmasını ifade özgürlüğüne bir müdahale olarak kabul

¹⁰¹ Karan, a.g.e., (İfade Özgürlüğü), s.110.

¹⁰² Tanör, Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s.145.

¹⁰³ Karan, a.g.e., (İfade Özgürlüğü), s.110-111.

¹⁰⁴ Karan, a.g.e., (İfade Özgürlüğü), s.111.

¹⁰⁵ Karan, a.g.e., (İfade Özgürlüğü), s.112.

etmektedir¹⁰⁶. Anayasa Mahkemesi de başvuran ile ilgili bir mahkumiyet kararı olmamasına rağmen kovuşturmanın ertelenmesi, hükmün açıklanmasının geri bırakılması gibi kararları ifade özgürlüğüne müdahale olarak görmüştür. Mahkemeye göre kovuşturmanın ertelenmesi kararı verilmesine rağmen başvuranın 11 yıl süren kovuşturmadan doğrudan etkilenmesi sebebiyle ileride soruşturma ve kovuşturmayaya maruz kalma riski iddiası ifade özgürlüğüne müdahale olarak kabul edilmelidir¹⁰⁷.

Devlet dışı aktörlerin ifade özgürlüğüne yönelik müdahaleleri medya organları, sivil toplum örgütleri, topluluklar, bireyler vb. tarafından gerçekleştirilmektedir. Bu aktörlerin ifade özgürlüğüne yönelik müdahaleleri karşısında bireylerin korunması devletin temel yükümlülükleri arasındadır¹⁰⁸.

İfade özgürlüğüne devletin hangi makamının müdahalede bulunduğu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi için bir önem taşımamaktadır. Mahkeme'nin önüne gelen tüm davalarda başvuruya cevap veren taraf devlettir¹⁰⁹.

2.1.2 Sınırlamanın Kanunla Öngörülmesi Olması

Anayasaların hak ve özgürlükler açısından fonksiyonu bunların alanını belirlemektir. Hak ve özgürlüklerin somut hükümlerle kullanılır hale gelmesi de kanun koyucunun görevidir. Diğer bir ifadeyle hak ve özgürlükler ancak kanuni düzenlemeler yoluyla uygulama alanı bulabilir¹¹⁰. İfade özgürlüğüne yapılacak müdahalenin ulusal hukukta bir karşılığının olması gerekir. Kanunla belirlenmiş olan kısıtlamalar ulaşılabilir ve öngörülebilir olmalıdır. Şöyle ki; kişilerin kanunlarla ilgili bilgi sahibi olabilmesi ulaşılabilirlik ile ilgiliyken, davranışlarının sonuçlarını öngörerek davranışlarını düzenlemelerini sağlayacak ölçüde kuralların formüle edilmesi öngörülebilirlikle ilgilidir¹¹¹. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre de

¹⁰⁶ AİHM, Erdoğan ve İnce v. Türkiye, B. No:25067/94-25068/94, T.:08.07.1999, (Çevrimiçi) <http://hudoc.echr.coe.int/app, e.t., 12.12.2020>.

¹⁰⁷ AYM, Fatih Taş Kararı, B. No:2013/1461, T.:12.11.2014, (Çevrimiçi) <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/, e.t., 29.04.2020>. Benzer yönde bkz. AYM, Bekir Coşkun Kararı, B. No:2014/12151, T.:04.06.2015, RG Tarih-Sayı: 01.07.2015-29403; AYM, Hakan Yiğit Kararı, B. No:2015/3378, T.:05.07.2017, RG Tarih-Sayı: 28.09.2017-30194.

¹⁰⁸ Karan, a.g.e., (İfade Özgürlüğü), s.112.

¹⁰⁹ Bychawska Siniarska, a.g.e., s.40; Macovei, a.g.e., s.36.

¹¹⁰ Yazıcı, a.g.e., s.89.

¹¹¹ Bıçak, a.g.e., s.56.

AİHS m.10/II'ye uygun olarak bir “yasanın” yasa olarak nitelendirilebilmesi için vatandaşın davranışlarını ona göre düzenleyebileceği bir kesinlik içermesi, kişilerin gerekli durumlarda aydınlatıcı görüş alarak yasanın düzenlediği alanda bir eylem nedeniyle ortaya çıkacak sonuçları makul ölçüde öngörebilmesi gereklidir. Yasaların mutlak bir kesinlikle öngörülebilir olmaları gerekmemektedir. Açıklık arzu edilen bir şey olsa da aşırı bir katılığa da yol açabilir. Yasalar hukukta meydana gelen değişikliklere adapte olabilmelidir. Birçok yasada şartlar itibariyle muğlak ifadeler kullanılmakta, bu ifadelerin yorumunun ve kullanılmasının uygulamaya bağlı olduğu görülmektedir¹¹².

AY m.13'te ifade özgürlüğünün ancak kanunla sınırlanabileceği düzenlenmiştir. Anayasa Mahkemesi bir hakka müdahalede bulunulduğu durumda öncelikle müdahaleye yetki veren bir kanun hükmünün mevcut olup olmadığının tespit edilmesi gerektiği görüşündedir¹¹³. Buna karşılık Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin verdiği kararlarda yasa ile öngörülmüş olma ölçütü Türk hukukunda kanunilik ilkesine verilen anlamdan daha geniş kapsamlıdır. Sözleşme kapsamında yasa ifadesinin şekli anlamda değil, maddi anlamda anlaşılması gerekir. Parlamento tasarrufları ile birlikte yönetmelik, yerleşik içtihat gibi düzenleyici tasarruflar da yasa kapsamındadır. Mahkeme, kanunlar dışında idarenin genel düzenleyici işlemlerini, yerleşik yargısal içtihatları Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında sınırlama için yeterli görmekteyken, Anayasa Mahkemesi şekli anlamda bir kanun hükmünün varlığını aramaktadır¹¹⁴. AY m.7'ye göre; “*Yasama yapma yetkisi Türk milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisindir. Bu yetki devredilemez*”. AY m.87'ye göre; “*kanun koymak, değiştirmek ve kaldırmak*” TBMM'nin görev ve yetkisindedir. Dolayısıyla bir kanun hükmü olmadan yürütme ve idare bir hak ve özgürlüğü ilk elden düzenleyici bir işlemle sınırlandıramaz¹¹⁵.

¹¹² AİHM, Kayasu v. Türkiye, B. No:64119/00, T.:13.11.2008; AİHM, Sürek ve Özdemir v. Türkiye, B. No:26682/95, T.:08.07.1999; AİHM, Sunday Times v. Birleşik Krallık, B. No:6538/74, T.:26.04.1979, (Çevrimiçi) <http://hudoc.echr.coe.int/app, e.t., 25.02.2021>.

¹¹³ AYM, Tuğba Arslan Kararı, B. No:2014/256, T.:25.06.2014, RG Tarih-Sayı: 05.07.2014-29051.

¹¹⁴ Özbey, a.g.e., s.50; Karan, a.g.e., (İfade Özgürlüğü), s.122; AYM, Eğitim ve Bilim Emekçileri Sendikası (Eğitim Sen) ve Diğerleri Kararı, B. No:2014/920, T.:25.05.2017, (Çevrimiçi) <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/, e.t., 30.12.2022>.

¹¹⁵ AYM, Tuğba Arslan Kararı, B. No:2014/256, T.:25.06.2014, RG Tarih-Sayı: 05.07.2014-29051; AYM, Sevim Akat Eşki Kararı, B. No:2013/2187, T.:19.12.2013, RG Tarih-Sayı: 07.01.2014-28875.

Anayasa Mahkemesi'ne göre şeklen kanunun var olması ölçütü benimsense de kanun uygulayıcılarının keyfi davranışlarının önüne geçmek ve kişilerin hukuku bilmelerine yardımcı olmak için kanunların erişilebilir, öngörülebilir ve kesin niteliğe sahip olması gerekir¹¹⁶. Kanunlar uygulayıcılara ifade özgürlüğünün sınırsız bir şekilde kısıtlanmasına ilişkin takdir yetkisi vermekten ziyade, hangi durumlarda ifade özgürlüğüne kısıtlama getirilebileceği, hangi durumlarda getirilemeyeceği konusunda yol gösterici olmalıdır. Bir hukuk normunun öngörülebilir nitelik taşıması için kişinin davranışlarını bu norma göre düzenleyebileceği bir kesinliği olması ve bu normun kamuoyu tarafından bilinebilir nitelik taşıması gerekir. Yayımlanmamış normlar söz konusuysa ve eğer kişi bunların varlık ve içeriğinden haberdar değilse kanunilik şartının gerçekleşmiş olduğundan bahsedilemez¹¹⁷.

Kanunun öngörülebilirliği belirgin olmasına bağlıdır. Anayasa Mahkemesi'ne göre belirlilik ilkesi kanuni düzenlemelerin bireylere ve idareye herhangi bir duraksamaya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılabilir ve uygulanabilir olması ve kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi anlamına gelmektedir. Kanun metinlerinin kişilerin gerektiğinde hukuki yardım alarak hangi somut eylem ve olguya hangi hukuki yaptırım ve sonucun bağlandığını öngörebilecekleri şekilde düzenlenmesi gereklidir¹¹⁸.

Kanunların sınırlarının nerede başladığının ve nerede bittiğinin belirli olması gereklidir. Anayasa Mahkemesi'ne göre temel hak ve özgürlüklere ilişkin sınırlamaların nerede başlayıp nerede bittiği belirtilmezse, demokratik toplum düzeni gerekleri ile bağdaşmayan, amacı aşan, içerik takdirinin yönetime bırakıldığı sakıncalı sınırlamalar getirilmiş olur¹¹⁹.

¹¹⁶ AYM, Hüseyin Sürensoy Kararı, B. No:2013/749, T.:06.10.2015; RG Tarih-Sayı: 21.11.2015-29539; AYM, Sevim Akat Eşki Kararı, B. No:2013/2187, T.:19.12.2013, RG Tarih-Sayı: 07.01.2014-28875; AYM, Tuğba Arslan Kararı, B. No:2014/256, T.:25.06.2014, RG Tarih-Sayı: 05.07.2014-29051.

¹¹⁷ Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme, İnsan Hakları Komitesi, Genel Görüş No:34, Madde 19, 12.09.2011, (CCPR/C/GC/34), http://ihop.org.tr/wp-content/uploads/2007/04/IHK-Genel_Yorum-No34.pdf, e.t., 21.10.2020.

¹¹⁸ AYM, Youtube LLC Corporation Service Company ve Diğerleri Kararı, B. No:2014/4705, T.:29.05.2014, RG Tarih-Sayı: 06.06.2014-29022.

¹¹⁹ AYM, E.1987/16, K.1988/8, T.:19.04.1988, RG Tarih-Sayı: 23.08.1988-19908.

2.1.3 Kısıtlamanın Meşru Bir Amacının Bulunması

Devletler ifade özgürlüğüne ilişkin düzenlemelerde genellikle somut olarak tanımlaması neredeyse mümkün olmayan bazı sınırlama nedenleriyle ifade özgürlüğüne müdahalede bulunabilmektedir. Sınırlama nedenlerine rahatlıkla başvurulabilmesi, meşru amaç ölçütünün yeterli güvenceyi sağlamaması ile sonuçlanmaktadır¹²⁰.

AIHS m.10/II'de kısıtlamanın meşru amaçları sayılmıştır. Milli güvenliğin korunması, toprak bütünlüğünün korunması, kamu emniyetinin ve düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağliğin korunması, ahlakın korunması, başkalarının şöhret veya haklarının korunması, gizli olarak elde edilen bilgilerin ifşasına engel olunması, yargı erkinin yetki ve tarafsızlığının sağlanması şeklinde sınırlama nedenlerine yer verilmiştir. Bu sınırlama nedenleri sınırlı sayıda olup, genişletilmesi mümkün değildir¹²¹. Sayılan sebepler arasında en çok tartışmaya yol açan sınırlama sebebi “ahlakın korunması”dır. Söz konusu sınırlama sebebi ile ilgili Avrupa’da bir konsensüsün sağlanamamış olması, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ni bu konuda taraf devletlere daha fazla takdir alanı tanımaya yöneltmiştir. Fakat bu takdir alanı sınırsız olmayıp, Mahkeme’nin denetimi altındadır¹²². Bu denetim, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin yerel mahkemeyi ikame ettiği anlamına gelmemelidir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi yerel mahkemenin takdir yetkisini makul, dikkatli ve iyi niyetle kullanıp kullanmadığını tespit etmekle birlikte, yapılan müdahaleyi bir bütün olarak davanın ışığında inceleyerek yerel mahkemenin AIHS m.10’daki standartları uygulayıp uygulamadığını denetlemektedir.

AY m.26/II’de milli 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 belirlenmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret ve haklarının, özel ve aile

¹²⁰ Karan, a.g.e., (İfade Özgürlüğü), s.135.

¹²¹ Ancak AIHS m.10/I’de yayın izni açısından farklı meşru amaçların gündeme gelebileceği kabul edilmiştir. Karan, a.g.e., (İfade Özgürlüğü), s.135; Bychawska Siniarska, a.g.e., s.51.

¹²² Karan, a.g.e., (İfade Özgürlüğü), s.135.

hayatının ya da kanunun öngördüğü meslek, sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi şeklinde geniş kapsamlı on iki sınırlama sebebine yer verilmiştir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nden farklı olarak Anayasa'da belirtilen sınırlama sebepleri arasında genel ahlak ve genel sağlık sınırlama sebepleri yer almamaktadır. Anayasa Mahkemesi bu kavramları, kamu düzeni ve kamu yararı kavramları içinde görmüş ve madde metnindeki kavramların kapsamını genişletmiştir¹²³.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasında meşru amaçların haklılığını gösterme yükümlülüğü devlete aittir¹²⁴. Mahkeme her somut uyuşmazlıkta müdahalenin meşru amaca dayanıp dayanmadığını kendisi tespit etmektedir. Fakat Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvuru usulünde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde olduğu gibi bir "davalı" bulunmadığından dolayı meşru amacın varlığı Anayasa Mahkemesi tarafından re'sen araştırılmakta ve Mahkeme müdahalenin Anayasa'nın bir maddesindeki meşru amaçla gerçekleştirildiğinin kabul edilebileceğini belirtilerek incelemesini sürdürmektedir¹²⁵.

¹²³ AY m.26/III'te "*Haber ve düşünceleri yayma araçlarının kullanılmasına ilişkin düzenleyici hükümler, bunların yayımını engellemek kaydıyla, düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin sınırlanması sayılmaz.*" hükmüne yer verilmiştir. AİHS m.10 kapsamında da kamu makamlarının ifade özgürlüğünün kullanımını formalitelere, şartlara, yasaklara, yaptırımlara tabi tutarak ifade özgürlüğüne müdahale edebileceği düzenlenmiş olsa da bu müdahalenin m.10/II'deki güvence ölçütlerine uygun olması gereklidir. Fakat Anayasa düzenleyici hükümleri sınırlama sebebi olarak görmemektedir. Dolayısıyla düzenleyici işlemlerle ifade özgürlüğüne yönelik müdahalede bulunulması ihtimali büyük olduğundan dolayı Anayasa Mahkemesi'nin yaptığı denetimlerde bu fıkrayı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile uyumlu yorumlaması ve AY m.13'te düzenlenen temel hak ve hürriyetlerin yalnız kanunla sınırlanabilmesi hükmünü ihmal etmemesi oldukça önemlidir. Karan, a.g.e., (İfade Özgürlüğü), s.137-138.

¹²⁴ Bıçak, a.g.e., s.56.

¹²⁵ Karan, a.g.e., (İfade Özgürlüğü), s.143; AYM, Emin Aydın Kararı, B. No:2013/2602, T.:23.01.2014, RG Tarih-Sayı: 13.03.2014-28940.

2.1.4 Kısıtlamanın Demokratik Toplum Düzeninin Gereklerine Uygun Olması

Demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin önsözünde yer almakta, sınırlamanın kabul edilebilirliği açısından, Sözleşmenin genel yapısının önemli bir parçasını oluşturmaktadır¹²⁶.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre; AİHS m.10/II'deki "gerekli" kavramı, "toplumsal ihtiyaç baskısı"nın varlığını ifade eder. Sözleşmeyi kabul eden devletler böyle bir ihtiyacın var olup olmadığını değerlendirirken belirli bir takdir yetkisine sahiptir. Bu takdir yetkisi ulusal bağımsız bir mahkeme tarafından kullanılsa da hem yasanın, hem de yasanın uygulanmasına ilişkin karar Mahkeme'nin denetimine tabidir. Mahkeme, bir "kısıtlama"nın AİHS m.10'un güvence altına aldığı ifade özgürlüğü ile bağdaşıp bağdaşmadığı konusunda karar vermede yetkili son mercidir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin görevi denetimi yerine getirirken ulusal yargı mercilerinin yerini almak değildir. Bu görev, yargı mercilerinin takdir yetkilerini kullanarak verdikleri kararların Sözleşme'nin 10. maddesi açısından doğruluğunu denetlemektir. Mahkeme bu denetim yetkisini kullanırken, savunmacı devletin bu takdir yetkisini iyi niyetle, titizlikle ve makul bir biçimde kullanıp kullanmadığını araştırır. Ayrıca anlaşmazlık konusu olan müdahalenin "gözetilen meşru amaçla orantılı" olup olmadığını, bunu haklı çıkarmak için ulusal makamlar tarafından ortaya konan gerekçelerin "uygun ve yeterli" görünüp görünmediğini tespit etmek amacıyla müdahaleyi davanın bütününe bakarak değerlendirir. Mahkeme, ulusal makamların Sözleşme'nin 10. maddesi ile güvence altına alınan kuralları uyguladıklarına ve bu kuralları uygularken olayla ilgili olguların makul değerlendirmesine dayandıklarına ikna olmalıdır¹²⁷.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, "demokratik toplumda gerekli olma" kriterini, bu yönde duyulan ihtiyaca cevap vermek için başvuruyla ifade özgürlüğünü kullanan kişinin bu özgürlüğü arasında adil ve orantılı bir denge sağlayan bir sınırlamayla sağlanabilecek zorlayıcı toplumsal ihtiyaç olarak ifade

¹²⁶ Bıçak, a.g.e., s.56.

¹²⁷ AİHM, Kayasu v. Türkiye, B. No:64119/00, T.:13.11.2008, (Çevrimiçi) <http://hudoc.echr.coe.int/app>, e.t., 02.12.2020.

etmektedir. Orantılılık ve zorlayıcı toplumsal ihtiyaç ölçütleri her başvuruda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından sırayla değerlendirilmektedir¹²⁸.

Anayasa Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nden farklı olarak hakkın özüne dokunmama kriterine de başvurmaktadır. Temel hak ve özgürlüklerin özünün ne olduğunu ya da onun içeriğini, tüm hak ve özgürlükler açısından tanımlamak mümkün olmasa da genel olarak hakkın ya da özgürlüğün özü, onun vazgeçilmez unsuru, dokunulduğu durumda söz konusu özgürlüğü anlamsız kılacak asli çekirdeğidir¹²⁹. Anayasa Mahkemesi'ne göre, "Demokratik bir hukuk devletinde, temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunup tümüyle kullanılamaz hale getiren sınırlamalara yer verilemez. Anayasa'nın 13. maddesinde de temel hak ve özgürlüklerin özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'da öngörülen sebeplerle ve ancak kanunla sınırlanabileceği kabul edilmiştir. Anayasal açıdan dokunulamayacak öz, her temel hak ve özgürlük açısından farklılık gösterir. Bununla birlikte kanunla getirilen sınırlamanın hakkın özüne dokunmadığının kabulü için temel hakların kullanılmasını ciddi surette güçleştirip, amacına ulaşmasına engel olmaması ve etkisini ortadan kaldırıcı bir nitelik taşıması gerekir"¹³⁰. "Demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk, ölçülülük ve öze dokunmama kriterleri çerçevesinde yapılacak denetimde genel ya da soyut bir değerlendirme yerine, ifadenin türü, şekli, içeriği, açıklandığı zaman, sınırlama sebeplerinin niteliği gibi çeşitli unsurlara göre farklılaşan ayrıntılı bir değerlendirme yapılmasına ihtiyaç bulunmaktadır. Öze dokunmama ya da demokratik toplum gereklerine uygunluk kriterleri, öncelikle ifade hürriyeti üzerindeki sınırlamaların zorunlu ya da istisnai tedbir niteliğinde olmalarını, başvurulabilecek en son çare ya da alınabilecek en son önlem olarak kendilerini göstermelerini gerektirmektedir"¹³¹.

¹²⁸ Karan, a.g.e., (İfade Özgürlüğü), s.146-147.

¹²⁹ Özbudun, a.g.e., s.117.

¹³⁰ AYM, Mehmet Ali Aydın Kararı, B. No:2013/9343, T.:04.06.2015, RG Tarih-Sayı: 01.07.2015-29403. Hakkın özü kavramının temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında kullanılabilecek işlevsel bir kavram olmaması hakkındaki görüş için bkz. Gözler, a.g.e., (Anayasa Hukuku), s.130-131. Hakkın özü kavramının 1961 ve 1982 Anayasalarında farklılık göstermesine ilişkin görüş için bkz. Tanör, Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s.161.

¹³¹ AYM, Emin Aydın Kararı, B. No:2013/2602, T.:23.01.2014, RG Tarih-Sayı: 13.03.2014-28940.

Belirtmek gerekir ki Anayasa Mahkemesi, demokratik toplum düzeninde gereklilik ölçütü kapsamında değerlendirmede bulunurken, aşağıda görüleceği üzere vakaları zorlayıcı toplumsal ihtiyaç ve ölçülülük yönünden incelemektedir. Ayrıca son zamanlarda ifade özgürlüğüne karşı gerçekleştirilen müdahalenin gerekçesiz olup olmadığını da değerlendirmeye başlamıştır¹³². Mahkeme'ye göre, ifade özgürlüğüne gerekçesiz olarak ya da Anayasa Mahkemesi tarafından konulan kriterleri karşılamayan bir gerekçe ile yapılan müdahaleler AY m.26'yı ihlal eder¹³³. Anayasa Mahkemesi bu yaklaşımıyla mahkemelerin yalnız sınırlama rejimine aykırı olan gerekçelerin değil, aynı zamanda gerekçesiz müdahalelerin de ifade özgürlüğüne aykırılık oluşturduğunu kabul etmiştir¹³⁴.

2.1.4.1 Zorlayıcı Toplumsal İhtiyaç

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, demokratik toplum düzeninde gerekli olmayı, zorlayıcı acil sosyal ihtiyaç olarak yorumlamaktadır. Sınırlayıcı tedbir, zorlayıcı sosyal ihtiyacın karşılanması ya da başvurulacak son çare niteliğinde değilse, demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun bir tedbirden bahsedilemez¹³⁵. Müdahalenin demokratik toplumda gerekliliğinin kanıtlanması için acil bir sosyal ihtiyacın olduğuna mahkeme ikna olmalıdır¹³⁶. Sözleşmeye taraf devletler zorlayıcı toplumsal bir ihtiyacın var olup olmadığını değerlendirirken takdir yetkisine sahiptir. Ancak bu takdir alanı gerek yasa tarafından gerekse de bağımsız mahkemeler tarafından belirlense bile Mahkeme'nin denetimine tabidir¹³⁷.

Anayasa Mahkemesi de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi gibi demokratik toplum düzenindeki gerekli ifadesinin zorunlu toplumsal ihtiyaç kavramına işaret ettiği görüşündedir¹³⁸. Mahkeme'ye göre, demokratik toplum düzeninin gereklerinden olma; demokratik bir toplumda, bir sınırlamanın zorlayıcı bir

¹³² Karan, a.g.e., (İfade Özgürlüğü), s.150.

¹³³ AYM, Ali Kızık Kararı, B. No:2014/5552, T.:26.10.2017, RG Tarih-Sayı: 14.12.2017-30270.

¹³⁴ Karan, a.g.e., (İfade Özgürlüğü), s.150.

¹³⁵ AİHM, Axel Springer v. Almanya, B. No:39954/08, T.:07.02.2012, (Çevrimiçi) <http://hudoc.echr.coe.int/app, e.t., 29.01.2021>.

¹³⁶ AİHM, Observer and Guardian v. Birleşik Krallık, B. No:13585/88, T.:26.11.1991, (Çevrimiçi) <http://hudoc.echr.coe.int/app, e.t., 02.03.2021>.

¹³⁷ AİHM, Lingens v. Avusturya, B. No:9815/82, T.:08.07.1986, (Çevrimiçi) <http://www.ifadeozgurlugu.adalet.gov.tr/, e.t., 14.04.2020>.

¹³⁸ AYM, Özkan Kart Kararı, B. No:2013/1821, T.:05.11.2014, RG Tarih-Sayı: 30.01.2015-29252.

toplumsal ihtiyacın karşılanmasına yönelik olmasını ifade eder¹³⁹. İfade özgürlüğü üzerindeki sınırlamaların zorunlu ya da istisnai tedbir niteliği taşıması, başvurulacak son çare ya da alınabilecek son önlem olarak kendisini göstermesi gerekir¹⁴⁰.

Zorlayıcı toplumsal ihtiyaç kavramının mahkeme kararlarında gerekçeli ve açık olarak ifade edilmesi de gereklidir¹⁴¹. İfade özgürlüğüne yönelik sınırlamaların hangi zorlayıcı toplumsal ihtiyaçtan kaynaklandığı belirtilmez, demokratik toplum düzeninde bir meşru amacın korunması açısından getirilen sınırlama sebebi somut olaydan ve başvuru tedbirin gerekçesinden anlaşılmazsa ihlal kararı verilebilir¹⁴².

2.1.4.2 Ölçülülük

İfade özgürlüğüne yapılan müdahalenin zorunlu tedbir niteliğinde olup olmadığının tespitinde mahkemelerin ölçülülük ilkesine uymaları gereklidir¹⁴³. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ölçülülük ilkesi yer almasa da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ifade özgürlüğüne yapılan müdahalelerde ölçülülük ilkesini dikkate almaktadır.

AY m.13'te "*Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması*" başlığı altında ölçülülük ilkesi açık olarak belirtilmiştir. Anayasa Mahkemesi'ne göre ölçülülük ilkesi, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına yönelik başvurularda öncelikli olarak dikkate alınması gereken bir güvencedir. AY m.13'te demokratik toplum düzeninin gerekleri ve ölçülülük ilkesi iki ayrı kriter olarak düzenlenmiş olsa da bu iki kriter arasında sıkı bir ilişki bulunmaktadır¹⁴⁴. Ölçülülük, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırma amaçları ile araç arasındaki ilişkiyi yansıtmaktadır. Ölçülülük ilkesi sınırlamada başvuru aracın sınırlama amacını gerçekleştirmek için elverişli olması, araçla amacın ölçüsüz oran içinde bulunmamasıdır. Amaç, AY m.26/II'de

¹³⁹ AYM, Mehmet Ali Aydın Kararı, B. No:2013/9343, T.:04.06.2015, RG Tarih-Sayı: 01.07.2015-29403..

¹⁴⁰ AYM, Tuğrul Culfa Kararı, B. No:2013/2593, T.:11.03.2015, RG Tarih-Sayı: 16.06.2015-29388.

¹⁴¹ AYM, Kristal-İş Sendikası Kararı, B. No:2014/12166, T.:02.07.2015, RG Tarih-Sayı: 12.08.2015-29443.

¹⁴² Karan, a.g.e., (İfade Özgürlüğü), s.151; AYM, Erdem Gül ve Can Dündar Kararı, B. No:2015/18567, T.:25.02.2016, RG Tarih-Sayı: 10.03.2016-29649.

¹⁴³ Özbey, a.g.e., s.56.

¹⁴⁴ AYM, Bekir Coşkun Kararı, B. No:2014/12151, T.:04.06.2015, RG Tarih-Sayı: 01.07.2015-29403; AYM, Nilgün Halloran Kararı, B. No:2012/1184, T.:16.07.2014, RG Tarih-Sayı: 01.10.2014-29136.

sayılan ve devletlerin korunması için müdahale edebilecekleri (ulusal güvenlik, kamu düzeni, başkalarının hakları, ahlak vs.) değer ve menfaatlerin biri ya da fazlasıdır. Araç ise ifade etme hakkını kullanan kişiye karşı (mahkumiyet, para cezası, tedbir kararı vs.) başvurulmuş müdahalenin kendisidir¹⁴⁵. Ölçülülük denetimi, ulaşılmak istenen amaçtan yola çıkılarak bu amaca ulaşılması için seçilen yolun denetlenmesidir. Bundan dolayı düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğü alanında yapılan müdahalelerde hedeflenen amaca ulaşılabilmesi için seçilen müdahalenin elverişli, gerekli ve orantılı olup olmadığı değerlendirilmelidir¹⁴⁶. Karardan anlaşılacağı üzere ölçülülük ilkesi açısından yapılan incelemelerde elverişlilik, gereklilik ve orantılılık ele alınmaktadır.

Uygulanan yaptırımın ağırlığı mahkemenin dikkate aldığı durumlardan biridir. Somut duruma göre değişmekle birlikte ifade özgürlüğünün kullanımı sonucunda kişilere verilen adli para cezası, manevi tazminat ödemeye mahkumiyet, kişiyi ceza tehdidi altında bırakan hükmün açıklanmasının geri bırakılması, kovuşturmanın ertelenmesi ifade özgürlüğü açısından otosansürün oluşmasına sebep olabilir¹⁴⁷. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre mahkeme kişilere uygun gördüğü herhangi bir tazminat miktarının belirlenmesinde serbestiye sahip değildir. Kişilik haklarına saldırı sebebiyle verilen tazminat, mağdura verilen zarar ile orantılı olmalıdır¹⁴⁸. Anayasa Mahkemesi'ne göre "Kamusal tartışmalara katılan bireylerin hafif bile olsa yaptırıma maruz kalma endişesi taşımaları onlar üzerinde kesintiye uğraticı bir etki doğurur. Kişilerin böyle bir etki altında, ileride düşüncelerini açıklamaktan ve yaymaktan imtina etme riski bulunmaktadır"¹⁴⁹. Demokratik bir toplumda şiddet çağrısı ya da nefret söylemi gibi çoğulcu demokrasiyi ortadan

¹⁴⁵ Gaye Burcu Yıldız, "Türk İş Hukukunda Orantılılık İlkesi", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.XV, Özel S., 2013, s.684; Özbudun, a.g.e., s.116; Bychawska Siniarska, a.g.e., s.51; Macovei, a.g.e., s.44.

¹⁴⁶ AYM, Nilgün Halloran Kararı, B. No:2012/1184, T.:16.07.2014, RG Tarih-Sayı: 01.10.2014-29136.

¹⁴⁷ AİHM, Lingens v. Avusturya, B. No:9815/82, T.:08.07.1986, (Çevrimiçi) <http://www.ifadeozgurlugu.adalet.gov.tr/>, e.t., 14.04.2020; AYM, Emin Aydın Kararı, B. No:2013/2602, T.:23.01.2014, RG Tarih-Sayı: 13.03.2014-28940; AYM, Nilgün Halloran Kararı, B. No:2012/1184, T.:16.07.2014, RG Tarih-Sayı: 01.10.2014-29136.

¹⁴⁸ AİHM, Tolstoy Miloslavsky v. Birleşik Krallık, B. No:18139/91, T.:13.07.1995, (Çevrimiçi) <http://hudoc.echr.coe.int/app>, e.t., 24.03.2021.

¹⁴⁹ AYM, Tansel Çölaşan Kararı, B. No:2014/6128, T.:07.07.2015, RG Tarih-Sayı: 14.08.2015-29445.

kaldırmayı amaçlayan ifadeler söz konusu olmadıkça hürriyeti bağlayıcı cezaya hükmedilmesinden kaçınılması gerekir¹⁵⁰.

2.2 İfade Özgürlüğünü Kötüye Kullanma Yasağı

Hukuk hakkın kötüye kullanılmasını korumaz. Temel hakları kötüye kullanma yasağı, hak ve özgürlüklerin, devlet ya da kişiler tarafından ortadan kaldırılması amacına karşı ve bu sonucu doğuracak eylemlerden korunmaya yönelik ek bir güvencedir. Özgürlükleri yok etme özgürlüğünün meşru görülemeyeceği anlamına da gelen hakkın kötüye kullanılması yasağı, uluslararası metinler ya da anayasalarda özel olarak düzenlenmese bile hakkın doğasında mevcut olduğu varsayılan bir kuraldır¹⁵¹. Kötüye kullanım yasağının amacı belgelerle kurumsallaştırılmaya çalışılan hak ve özgürlük sistemini işler ve canlı tutmaktır¹⁵².

Hakkın kötüye kullanılması yasağı AİHS m.17 ve AY m.14'te düzenlenmiştir¹⁵³. AİHS m.17'ye göre; *“Bu Sözleşme’deki hiçbir hüküm, bir devlete, topluluğa veya kişiye, Sözleşme’de tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesi veya bunların Sözleşme’de öngörülmüş olandan daha geniş ölçüde sınırlandırılmalarını amaçlayan bir etkinliğe girişme ya da eylemde bulunma hakkı verdiği biçiminde yorumlanamaz”*.

Söz konusu düzenleme devletlerle birlikte kişilere de hitap etmektedir. Kişiler sahip olduğu hakları yasak amaçlar için kullanmamalı, devletler de yetkilerini kötüye kullanmaya vardıracak sınırlamalar yapmamalıdır. Madde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde yer alan hakları kısıtlamaktan ziyade sözleşme temelinde yer alan demokratik değerler sistemini daimi olarak güvence altına almayı amaçlamaktadır. Ayrıca Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin kurumsallaştırmak istediği hak güvencesini pekiştirmektedir. Bu madde hükmü ile sözleşmedeki değerleri yok etmeyi amaçlayan hak sahiplerinin kendilerini korumak için sözleşme hükümlerini kullanımının önüne geçilmiş olacak, ayrıca devletlerin sözleşmede düzenlenen

¹⁵⁰ AYM, Emin Aydın Kararı, B. No:2013/2602, T.:23.01.2014, RG Tarih-Sayı: 13.03.2014-28940.

¹⁵¹ Yazıcı, a.g.e., s.102.

¹⁵² Gemalmaz, a.g.e., s.743.

¹⁵³ Hakların kötüye kullanım yasağına ilişkin düzenlemeler için ayrıca bkz. İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi (m.30), Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme (m.5/I), Avrupa Parlamentosu Temel Haklar ve Özgürlükler Bildirisi (m.28).

hakların özüne müdahaleleri önlenmiş olacaktır¹⁵⁴. AİHS m.17’de yasaklanan haklar kötüye kullanıma müsait haklar olmalıdır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları incelendiğinde m.17’de düzenlenen hükmün daha çok ifade özgürlüğü ve siyasi parti kurma özgürlüğü üzerinde etkin olduğu görülmektedir¹⁵⁵.

AY m.14’ün, AİHS m.17 ile benzerlikler taşımakla birlikte daha geniş kapsamlı olduğu, iki madde arasında farklılıkların bulunduğu, maddedeki düzenlemelerin ifade özgürlüğünün norm alanını daraltan bir içeriğe sahip olduğu ileri sürülmüştür¹⁵⁶. AY m.14’e göre; “*Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbirisi, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve lâik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamaz.*

Anayasa hükümlerinden hiçbirisi, Devlete veya kişilere, Anayasayla tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamaz.

Bu hükümlere aykırı faaliyette bulunanlar hakkında uygulanacak müeyyideler, kanunla düzenlenir”.

Literatürde maddenin ilk iki fıkrası incelendiğinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde yer almayan “devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmanın” ifadelerinin ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasına izin verir nitelik taşıdığı, “eylemler” ifadesi yerine “faaliyetler” ifadesinin kullanılmasının belirsizlik yarattığı, “faaliyetler” ifadesinin ifade özgürlüğünün yazı, resim gibi yollarla açıklanmasını da kapsadığı şeklinde yorumlanması durumunda m.14’ün ifade özgürlüğünün

¹⁵⁴ Anne Weber, **Nefret Söylemi El Kitabı**, Avrupa Konseyi Yayınları, 2009, s.22; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin m.17’ye dayalı kararlarında hoşgörü paradoksu teorisi uygulanır. Buna göre, “Mutlak hoşgörü, hoşgörüsüzlüğü teşvik eden fikirlere hoşgörü duymaya neden olabilir ve bu durum hoşgörüyü yok edebilir.” Bychawska Siniarska, a.g.e., s.14; Gemalmaz, a.g.e., s.744; İldeş, a.g.e., s.77; Tanör, Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s.153.

¹⁵⁵ İldeş, a.g.e., s.77.

¹⁵⁶ Hakyemez, a.g.e., s.33; Gözler’e göre, hakkın kötüye kullanılması yasağının eşyanın tabiatından çıkan bir sonuç olması sebebiyle, Anayasa’da hükme bağlanmasına gerek yoktur. Gözler, a.g.e., (Anayasa Hukuku), s.122. Özbudun’a göre, hakkın kötüye kullanılmasına ilişkin açık hüküm getirilmesi temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmadıkları takdirde mutlak ve sınırsız olacağı yanılgısından kaynaklanmaktadır. Fakat hak ve özgürlüklerin kendi tabiatlarından kaynaklanan objektif sınırları bulunmaktadır. Özbudun, a.g.e., s.121.

sınırlanmasına yönelik bir başka hüküm haline gelebileceği ifade edilmiştir. Ayrıca madde hükmünün yargı organlarına yalnız bozucu ve ortadan kaldırıcı fiiller ile birlikte bozmayı ve ortadan kaldırmayı amaçladığı varsayılan fiillere de yaptırım uygulama konusunda geniş bir takdir yetkisi verdiği, AY m.14'te yer alan düzenlemenin soyut bir içeriğe olduğu, AY m.14'ün ifade özgürlüğü açısından, yargı ve idare tarafından doğrudan uygulanmasının oldukça güç olduğu, maddenin yasa koyucu tarafından yasa ile somutlaştırılması gerektiği belirtilmiştir¹⁵⁷.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından m.17, nefret söylemi, ırkçılık gibi ifadelerde nadir olarak bağımsız bir ölçü norm olarak kullanılmaktadır. Özellikle Nazi ideolojisini savunan fikirlerle ilgili Mahkeme vermiş olduğu kararların çoğunda m.17'yi gerekçe göstermiştir. Mahkeme'ye göre, hoşgörüsüzlüğü güçlendirecek fikirlere mutlak bir hoşgörü gösterilmesi, bu fikirlerin hoşgörüyü ortadan kaldırması ile sonuçlanabilir. Mahkeme AİHS m.17'yi doğrudan uygulamak yerine, Sözleşme kapsamındaki temel hakların yorumunda bu maddeye dolaylı olarak başvurmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yaklaşımını Anayasa Mahkemesi'nin de uygulaması için bir engel bulunmamaktadır¹⁵⁸.

3 TEMEL HAKLARIN YATAY ETKİSİ BAĞLAMINDA İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN İŞ HUKUKUNA ETKİSİ

18. yüzyıl sonlarında kapitalizm, başta İngiltere olmak üzere ekonomik yönden ileri olan Batı Avrupa ülkelerinde sanayinin gelişmesine yol açmıştır. Sanayinin gelişmesine paralel olarak çağdaş anlamda iş hukukunun doğuşu da işçi sayısının artması ve bu kesimi koruma ihtiyacının duyulması sonucu olmuştur¹⁵⁹.

Klasik liberalizmin hakim olduğu bir düşünce ortamı içinde doğan sanayi devrimi sürecinde, sözleşme özgürlüğü kapsamında devlet baskısından uzak, tamamen bireysel olarak ücret ve çalışma koşullarının belirlenmesinin istenmesi sonucu işçi ve işveren tarafı karşıt maddi menfaatlerle karşı karşıya kaldı. Ayrıca bu

¹⁵⁷ Karan, a.g.e., (İfade Özgürlüğü), s.161-162; Tanör, Yüzbaşıoğlu, a.g.e., s.154-155; Yazıcı, a.g.e., s.104.

¹⁵⁸ Karan, a.g.e., (İfade Özgürlüğü), s.163; Weber, a.g.e., s.23, 28; AİHM, Kühnen v. Almanya, B. No:12194/86, T.:12.05.1988, (Çevrimiçi) <http://hudoc.echr.coe.int/app>, e.t., 17.04.2021.

¹⁵⁹ Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, Özkaraca, a.g.e., s.5.

dönemde sendikalaşmaya da izin verilmemiştir. Her türlü maddi olanak ve üretim araçlarına sahip olan işverenin işçiye karşı iktisaden üstünlüğü, günlük geçimini sağlamak zorunda olan işçiye hemen iş bulmak ya da işini kaybetmemek için işverenin koşullarını kabul etmek ve isteklerini yerine getirmek zorunda bırakıyordu¹⁶⁰. Bu dönemdeki istihdam ilişkisi “şiddet içeren bir medeni hukuk ilişkisi” olarak nitelendirilmiştir. Liberal bakış açısı işçinin bir meta olarak çalışmasını öngörmekteydi. Diğer bir deyişle istihdam ilişkisi, kişinin temel hakları görmezden gelinerek iş görme ve ücret ile sınırlanmıştı. Dönemin zorlu çalışma koşullarında haftada altmış saat çalışan sanayi işçisi, bu ağır çalışma koşulları altında kişiliğini geliştirememiştir¹⁶¹.

Toplumdaki bu dengesizliklerin giderilmesi için 19. yüzyıl Batı Avrupası’nda iki yol izlenmiştir. Bunlardan ilki devletin pasif rolünü bırakarak kanun koyma ile çalışma hayatına müdahalede bulunması, diğeri ise çalışan ve çalıştıran kesimin kendi kendilerine yardım hareketi içinde birleşerek meslek örgütlerini (sendikalarını) kurmalarıdır¹⁶². İş hukuku açısından sendikalaşmanın işçilerin örgütlenme özgürlüğü kapsamında ifade özgürlüğünü kullandıkları ilk araç olduğu düşünülebilir. Zaman içinde uluslararası örgütler tarafından getirilen koruyucu düzenlemeler, iş hukukunda ifade özgürlüğünün gelişimi açısından önem taşımaktadır¹⁶³. “Kimin ekmeğini yersem, onun şarkısını söylerim” anlayışı ifade özgürlüğünün öneminin artmasıyla terkedilmeye başlanmıştır¹⁶⁴. Böylece iş hukuku tarihsel süreçte, işverenin işçinin tüm hayatı üzerinde etkili olduğu varsayılan mutlak otorite anlayışından, işçinin

¹⁶⁰ Sarper Süzek, **İş Hukuku**, 22. b., Beta Yayıncılık, İstanbul, 2022, s.9; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, Özkaraca, a.g.e., s.4.

¹⁶¹ Ramm, a.g.e., (Grundrechte), s.2.

¹⁶² Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, Özkaraca, a.g.e., s.5; Süzek, a.g.e., (İş Hukuku), s.9-10.

¹⁶³ İş hukuku her ulusun kendi içinde doğan ve gelişen bir hukuk dalı olsa da sosyal gelişmeler ülkeleri çok hızlı etkilemektedir. Başta evrensel niteliğe sahip olan insan haklarının başka ülkeler ile paralel bir gelişimi sağlanabildiği takdirde iş hukukunun gelişimi bir anlam taşımaktadır. Bu kapsamda 1919 yılından bu yana başta Milletler Cemiyeti’ne bağlı çalışan, 1946 yılında Birleşmiş Milletler’in ihtisas şubesi olarak faaliyetini sürdüren Uluslararası Çalışma Örgütü’nün uluslararası barış ve sosyal adaletin sağlanması için hazırlamış olduğu sözleşmelerin uluslararası mevzuatın oluşturulmasına, işçi haklarının korunmasına ve geliştirilmesine büyük katkıları bulunmaktadır; Turhan Esener, “Uluslararası İş Hukuku”, **Profesör Dr. H. C. Oğuzoğlu’na Armağan**, Ankara, 1972, s.607-609.

¹⁶⁴ Otto Rudolf Kissel, “Arbeitsrecht und Meinungsfreiheit”, **NZA**, 1988, s.146; Civan, a.g.e., s.206.

işyerinde de insan ve vatandaş olmasından kaynaklı birtakım haklarını kullanabileceği anlayışına evrilmiştir¹⁶⁵.

İfade özgürlüğü yalnız devlet ile kişi arasındaki vatandaşlık ilişkisinde değil, işçi ve işveren arasındaki iş ilişkisinde de önem taşımaktadır. Çalışanların zamanlarının önemli bir bölümünü işyerinde geçirmeleri sebebiyle işçilerin işyerinde ifade özgürlüğüne sahip olmaları gereklidir. İşçi ve işveren arasında her ne kadar bağımlı bir ilişki bulunsa da bu durum işçilerin temel hak ve özgürlüklere sahip olmadığı anlamına gelmez. İşyeri işçilerin ifade özgürlüğünü kullanabilecekleri bir alandır¹⁶⁶. Anayasa’da düzenlenen düşünce ve kanaat özgürlüğü ile düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün öznesi “herkes” olarak ifade edilmiştir. Bu sebeple herkes kavramı toplumda yaşayan tüm bireyleri, dolayısıyla işçi ve işverenleri de kapsamına almaktadır¹⁶⁷. İşçiler işyerinde düşünce ve ifade özgürlüğüne sahip olsalar da bu özgürlüğün işyerinde kullanılmasının kapsam ve sınırları iş ilişkisi çerçevesinde değerlendirilmelidir.

Ülke anayasalarında temel haklar, baskın güç olan devlete karşı yurttaşın saf savunma hakları olarak tasarlanmıştır¹⁶⁸. İfade özgürlüğü kapsamında da şimdiye kadar bireylerin sahip olduğu temel hakların devlete karşı korunması, kamu gücünü kullanan organların bireylerin haklarına müdahalesinin sınırları diğer bir deyişle temel hakların dikey etkisi ağırlıklı olarak ele alındı. Anayasa’da düzenlenen temel hakların bireyin devlet ile olan ilişkileri dışında özel hukuk kişilerinin birbirleri ile olan ilişkilerine ne ölçüde uygulanması (üçüncü taraf etkisi) gerektiğinin de ele alınması gereklidir. Temel hakların özel hukuk sistemi ile hiçbir ilişkisinin olmadığı varsayımı, sosyal açıdan dezavantajlı kişilerin yaşamları üzerinde önemli kısıtlamalara yol açacaktır. Bu nedenle günümüzde temel hakların, özel hukuk

¹⁶⁵ Hande Heper, “Düşünceyi Açıklama Hakkının Çalışma Yaşamındaki Görünümü: İşçinin İfade Özgürlüğü”, *Çalışma ve Toplum Dergisi*, 2022/3 S.74, s.1902.

¹⁶⁶ Okur, a.g.e., (Düşünce), s.41.

¹⁶⁷ Herkes kavramına yabancı işçi ve işverenlerin de dahil edilmesi gerekir. bkz. Okur, a.g.e., (Düşünce), s.44.

¹⁶⁸ Andreas Remmert, **Die Meinungsfreiheit im Arbeitsrecht der Vereinigten Staaten von Amerika und der Bundesrepublik Deutschland**, Inaugural-Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde einer Hohen Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln, 1990, s.5.

işlemlerini de etkileyen genel bir değerler düzenini temsil ettiği yaygın olarak kabul edilmektedir¹⁶⁹.

Ağırlıklı olarak özel hukuk kapsamında değerlendirilen işçi ve işveren ilişkileri açısından “Temel hakların ve özgürlüklerin özel hukuka etkisi nedir?” ya da “Özel hukuk açısından, bireysel sözleşme hukukuna sivil özgürlükleri, temel sosyal hakları veya Anayasa’yı dahil etmek gerekli midir?” sorusu akla gelmektedir¹⁷⁰.

İnsan hakları hukuku yalnız kişilerin devletle olan ilişkileriyle değil, aynı zamanda yatay olarak toplumdaki kişiler ya da gruplar arasında özel ilişkilerde meydana gelen hak ihlalleri ile de ilgilenmektedir¹⁷¹. Temel hakların yayılma etkisi veya temel hakların yatay etkisi, temel hak normlarının özel hukuk özneleri arasındaki hukuki ilişkilere uygulanması veya etkisi anlamına gelir¹⁷². Temel hak ve özgürlüklerin yatay etkisi, bir kişinin başka bir kişiye karşı özel hukuk ilişkisinde temel hak ve özgürlüklere dayanıp dayanamayacağı ya da hangi ölçüde dayanacağı ile ilgilenmektedir. Burada devlet birey ilişkisinden ziyade temel hakka sahip iki kişi karşı karşıyadır¹⁷³. Belirtmek gerekir ki, bazı özel hukuk işlemlerinde ve özellikle iş ilişkilerinde, bir sözleşme tarafının diğerine karşı sosyal üstünlüğe sahip olduğunun göz ardı edilmemesi gerekir¹⁷⁴. İş hukukunda ifade özgürlüğünün yatay etkisi kabul edildiği durumda, bazen bu özgürlüğün uyumsuzluk durumunda kişilik hakları ve ekonomik menfaatlerle çatıştığı görülmektedir¹⁷⁵.

¹⁶⁹ O. Gökhan Antalya, “Anayasal Temel Hakların İkincil Doğrudan Üçüncü -Taraf- Etkisi ve Anayasa Yargılamasında Hakimin Hukuku Uygulamasında Uyacağı On İki Metodolojik Temel İlke”, **MÜHF-HAD**, C.XXVIII, S.1, 2022, s.14; Michael Müller, “Whistleblowing - Ein Kündigungsgund?”, **NZA**, 2002, s.429; Remmert, a.g.e., s.6.

¹⁷⁰ Sibel Kılıçarslan İsfen, “Alman Hukuku Işığında, Fikir Beyan Etme ve Yayma Temel Hakkının Kişilik Haklarına Saldırıdan Dolayı Açılan Hukuk Davalarında Gözetilmesi”, **Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.I, S.1, 2001, s.194; Ramm, a.g.e., (Grundrechte), s.1.

¹⁷¹ Mehmet Akif Poroy, “Yatay İlişkilerde Pozitif Yükümlülük İnsan Haklarının Yatay İlişkilerde Geçerliliği”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C.LXXX, S.3, 2006, s.1006.

¹⁷² Hüseyin Özcan, “Drittwirkung Der Grundrechtein Der Türkei”, **AÜEHFD**, C.IX, S.3-4, 2005, s.181.

¹⁷³ Detlev W. Belling, Nurten İnce, “Türk Alman Hukukunda Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi”, **Legal Hukuk Dergisi**, C.XII, S.137, 2014, s.5.

¹⁷⁴ Remmert, a.g.e., s.6; Öktem Songu, a.g.e., (İfade Özgürlüğü), s.615.

¹⁷⁵ Dilara Dönmezkuş, **Temel Hakların Yatay Etkisi ve İfade Özgürlüğü**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s.226-227.

Alman iş hukuku içtihatları ve literatüründe ifade özgürlüğünün iş hukukuyla da ilgili olduğu uzun yıllardır kabul edilmektedir. Temel hakların özel hukuk ilişkileri üzerine etkisinin temelini Almanya'daki öğreti görüşleri ve yargı kararları oluşturmaktadır¹⁷⁶. Buna karşın Türk hukukunda temel hakların özel hukuk ilişkilerine etkisini irdeleyen mahkeme kararlarına rastlanmamaktadır. Az da olsa doktrinde görüşler ileri sürülmüştür¹⁷⁷. Kaneti'ye göre, Anayasa kurallarının özel hukuk alanına yansması dört şekilde gerçekleşir. Bunlardan birincisi özel hukuk kurallarının Anayasa'ya uygun bir şekilde yorumu, ikincisi Anayasa'ya aykırı olan özel hukuk kurallarının Anayasa Mahkemesi tarafından iptali, üçüncüsü Anayasa'da bulunan boşlukların Anayasa'ya uygun olarak doldurulması, dördüncüsü Anayasa kurallarının özel hukuk alanına doğrudan uygulanmasıdır¹⁷⁸. Söz konusu ayırım temel hakların özel hukuka doğrudan ya da dolaylı uygulanabilirliği tartışmasını beraberinde getirmektedir. Bu kapsamda iş ilişkisinde işçinin ifade özgürlüğünün özel hukuka olan etkisinin incelenmesi gereklidir.

3.1 Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Doğrudan Etkisi

Doğrudan etki teorisine göre, temel haklar özel hukuk ilişkilerinde kanunlara ve yorum gerektiren ara basamaklara dayanmadan direkt uygulama alanı bulmaktadır. Bu görüşün savunucuları, nasıl devlet organları temel haklara doğrudan bağlı ise özel hukuk kişilerinin her halde bu haklara bağlı olacağını ileri sürer¹⁷⁹. Doğrudan etki teorisinin hukuki sonucu, ayrı bir hukuki düzenlemeye ihtiyaç olmadan yasama, yürütme, yargı işlemlerine başvurmadan, Anayasa hükümlerinin başka bir hukuk kuralına dayanmadan doğrudan kişiler arasındaki ilişkilere uygulanmasıdır¹⁸⁰.

Bu görüş temel hakların yalnız devlet tarafından tehdit edilmeyeceğini, aynı zamanda özel kişiler, ekonomik gücü elinde bulunduran sendikalar, işveren birlikleri, ekonomik topluluklar gibi üçüncü kişiler tarafından da ihlal edilebileceğini ve

¹⁷⁶ Belling, İnce, a.g.e., s.6; Remmert, a.g.e., s.5.

¹⁷⁷ Özcan, a.g.e., s.181; Kılıçarslan İsfen, a.g.e., s.194.

¹⁷⁸ Selim Kaneti, "Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Anayasa'nın Özel Hukuk Alanındaki Etkileri", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C.LIII, S.1-4, 1990, s.200.

¹⁷⁹ Belling, İnce, a.g.e., s.7.

¹⁸⁰ Öktem Songu, a.g.e., (İfade Özgürlüğü), s.616.

bunlara karşı temel hakların korunması gerektiğini savunur¹⁸¹. İş hukuku açısından doğrudan etki görüşünün savunulmasındaki temel argüman, işverenin savunmasız işçiye karşı olan gücüdür. Anayasal devlet sosyal açıdan üstün olandan daha zayıf olanın korunmasını gerektirir¹⁸².

Alman hukukunun aksine Türk hukukunda ağırlıklı olarak temel hakların özel hukuk ilişkilerinde doğrudan etkisi savunulmaktadır. Temel hakların amacının kişileri devlete karşı korumak olsa da bu hakların ayrıca özel hukuk kişileri tarafından da ihlal edilebilmesi sebebiyle temel hakların özel hukuka doğrudan uygulanması gerektiği ileri sürülmektedir¹⁸³. Anayasa’da temel hakların özel hukuka doğrudan etkisini savunan görüş AY m.11, 12, 138 ve 177’ye dayanmaktadır¹⁸⁴.

AY m.11’e göre; “*Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır. Kanunlar Anayasaya aykırı olamaz.*”. AY m.11’de Anayasa’nın kişileri de bağladığının açıkça belirtilmesinden dolayı, temel hakların özel hukuk ilişkilerine doğrudan uygulanması hukukumuz açısından sorunlu değildir. Hukukumuzda doğrudan etki teorisini savunanların görüşüne göre, Anayasa kuralları herkes için bağlayıcı olup emredici niteliktedir ve mevzuattan üstündür. Dolayısıyla Anayasa’nın belli bir kural ya da kural niteliğindeki temel ilkesi ile sözü ve ruhuyla bağdaşmayan hiçbir hukuki işlem yapılamaz¹⁸⁵. Günümüzde hukukun her alanı Anayasa’ya uygun olmalıdır. Nasıl ki yasa koyucu Anayasa’ya aykırı bir kanun yapamıyor, kanun yapım aşamasında bireylerin anayasal temel haklarına bağlı kalıyorsa, özel hukuk kişileri de yaptıkları tüm hukuki işlemlerde temel haklara bağlı

¹⁸¹ Belling, İnce, a.g.e., s.7; Poroy, a.g.e., s.1008.

¹⁸² Rimmert, a.g.e., s. 6.

¹⁸³ K. Ahmet Sevimli, **İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2006, s.56; Muhittin Astarlı, “İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı”, **Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2015**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s.310; Özcan, a.g.e., s.186; Kaneti, a.g.e., s.199, 210; Heper, a.g.e., s.1905; Okur, a.g.e., (Düşünce), s.46.

¹⁸⁴ Özcan, a.g.e., s.186.

¹⁸⁵ Belling, İnce, a.g.e., s.40; Sevimli, a.g.e., (Özel Yaşam), s56. Anayasa’da düzenlenen temel hakların özel kişileri doğrudan bağlayıcı niteliğe sahip olduğunu savunmanın doğru olmadığı yönündeki görüş için bkz. Kılıçarslan İsfen, a.g.e., s.203.

kalmalıdır. Bir kişi hak ihlali iddiasında bulunurken kanuni düzenleme ile birlikte Anayasa'yı da referans olarak gösterebilir¹⁸⁶.

AY m.12'de temel hak ve hürriyetlerin kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını kapsadığı belirtilmiştir. Madde hükmü, temel hak taşıyıcısı bireylere temel hakların korunması ve başkalarının haklarına saygı gösterilmesi konusunda görev de yüklemiştir¹⁸⁷.

AY m.138'de hakimlerin Anayasa'ya, kanuna ve hukuka uygun davranarak vicdani kanaatlerine göre karar verecekleri düzenlenmiştir. AY m.138, m.11 ile birlikte değerlendirildiğinde, hakimler tarafından Anayasa kurallarının özel hukuk ilişkilerinde göz önüne alınarak doğrudan uygulanacağı, kişilerin de mahkeme önünde doğrudan temel haklara dayanarak haklarının ihlal edildiğini ileri sürebilecekleri açıktır¹⁸⁸.

AY m.177'ye göre, *“Anayasanın halkoylaması sonucu kabulünün ilanıyla birlikte yürürlüğe girecek hükümleri ve mevcut ve kurulacak kurum, kuruluş ve kurullar için yeniden kanun yapılması veya mevcut kanunlarda değişiklik yapılması gerekiyorsa bunlara ilişkin işlemler mevcut kanunların Anayasaya aykırı olmayan hükümleri veya doğrudan Anayasa hükümleri, Anayasanın 11 inci maddesi gereğince uygulanır”*.

Hukukumuzda anayasal ilkeler özel hukukun alt yapısını oluşturmakta, özel hukukun felsefesini belirleyip yön vermekte ve özel hukuk uyuşmazlıklarında doğrudan uygulanmaktadır. Anayasa'nın özel hukuk alanına etkinliğinin zorunlu sonucu olarak, Anayasa tarafından güvenceye bağlanan temel hak ve özgürlükler, özel hukuk düzenlemeleri ile somutlaşmakta ve uygulama gücü kazanmaktadır¹⁸⁹. Bu sebeple temel hakların özel hukuka doğrudan etkisi sorunu temel hakların yasa koyucu tarafından bir kanun ile somutlaştırılmamış olması halinde gündeme gelmektedir. Bu durum da çok istisnaidir¹⁹⁰. Örneğin, işçinin grev hakkı 1961

¹⁸⁶ Özcan, a.g.e., s.184.

¹⁸⁷ Belling, İnce, a.g.e., s.41; Özcan, a.g.e., s.186.

¹⁸⁸ Belling, İnce, a.g.e., s.41-42; Özcan, a.g.e., s. 185.

¹⁸⁹ Özcan, a.g.e., s.186; Kaneti, a.g.e., s.199.

¹⁹⁰ Kaneti, a.g.e., s.199, 210.

Anayasası'ndan önce düzenlenmiş bir hak değildi. İşveren greve katılan işçinin sözleşmesini haklı sebeplerle feshedebiliyordu. Fakat 1961 Anayasası'nda grev hakkı anayasal bir hak olarak düzenlendikten sonra grev hakkı ile ilgili yasal bir düzenleme yapılmamış olsa da temel hakların AY m.11 vd. uyarınca doğrudan uygulanması sebebiyle işverenin grev sebebiyle işçinin iş sözleşmesini fesih hakkı ortadan kalkmıştır¹⁹¹. Kanımızca özel hukuk kanunlarında düzenleme olmadığı varsayılsa bile Anayasa'nın özel hukuku ilgilendiren maddelerinin özel hukuk uyuşmazlıklarına doğrudan uygulanabileceğini söylemek mümkündür¹⁹². Örneğin, İK m.5'te eşit davranma ilkesi düzenlenmemiş olsaydı bile iş ilişkisinde AY m.10'nun doğrudan uygulanabileceğini söylemek mümkündür. Bir başka örnek vermek gerekirse ifade özgürlüğüne ilişkin İş Kanunu'nda doğrudan ve açık bir düzenleme bulunmasa da Anayasa'nın düşünce ve ifade özgürlüğüne ilişkin hükümlerinin (AY m.25, 26) iş ilişkisine doğrudan uygulanacağı kanaatindeyiz.

3.2 Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Dolaylı Etkisi

Dolaylı etkiyi savunan görüşe göre kamu hukuku ve özel hukuk ayrı hukuk sistemleridir. Bu sebeple temel hakların özel hukuka dolaylı etkisinden söz edilebilir. Çünkü özel hukuk, temel hakların düzenlendiği Anayasa karşısında bağımsız ve kendine özgü bir alandır. Bununla birlikte temel haklar, kişilerarası ilişkilerden tümüyle kopuk değildir. Dolayısıyla özel hukuk ilişkilerine (iş hukuku dahil) dolaylı olarak uygulanır¹⁹³. Temel haklar objektif bir değere sahiptir ve özel hukuk dalında da geçerlidir. Dolayısıyla özel hukuka ilişkin hiçbir düzenleme temel haklara ve temel hakların objektif değerlerine aykırı olamaz. Bu da ancak özel hukuk düzenlemelerindeki genel ve soyut kavramların temel hakların ışığında yorumlanması ve boşlukların doldurulması ile mümkün olacaktır¹⁹⁴. Bir kişinin hakkına başka birinin saldırısını önlemek ve ilişkileri dengelemek için özel hukukta birçok genel, yoruma açık ve koruyucu madde (ahlaka aykırılık, dürüstlük kuralı, haksız fiil vb.) bulunmaktadır. Bu maddeler vasıtasıyla temel haklar özel hukuk

¹⁹¹ Belling, İnce, a.g.e., s.43; Kaneti, a.g.e., s.210; Kılıçarslan İsfen, a.g.e., s.204.

¹⁹² Kaneti, a.g.e., s.210.

¹⁹³ Belling, İnce, a.g.e., s.10; Kılıçarslan İsfen, a.g.e., s.196.

¹⁹⁴ Belling, İnce, a.g.e., s.10; Kılıçarslan İsfen, a.g.e., s.197; Antalya, a.g.e., s.32.

ilişkilerine uygulanacaktır¹⁹⁵. Alman Federal Anayasa Mahkemesi temel hakların özel hukuka dolaylı etkisi olduğunu savunmaktadır. Mahkeme'ye göre, medeni hukukta temel hakların hukuki içeriği, özel hukuk hükümleri aracılığıyla dolaylı olarak gelişir. Temel hakların vatandaşlar arasındaki yasal ilişkiler üzerindeki etkisi, öncelikle medeni hukuktaki genel hükümler aracılığıyla gerçekleşir. Nesnel normlar olarak temel hakların hukuki içeriği, özel hukukta doğrudan bu hukuk alanına hakim olan düzenlemeler aracılığıyla ortaya çıkmaktadır¹⁹⁶.

Alman hukukunda temel hakların özel hukuk ilişkilerine doğrudan uygulanması mahkeme kararlarında ve doktrinde az taraftar bulmuş, geçmişte ve günümüzde dolaylı etki teorisi ağırlıklı kabul görmüştür¹⁹⁷. Her ne kadar devlet organları gibi özel hukuk kişilerinin de temel haklara doğrudan bağlı olması gerektiği ileri sürülmüşse de Federal Alman Anayasası m.1/III'te temel hakların sadece devlet ve kişi arasında uygulanacağı belirtilmiştir. Anayasa'da temel hakların özel hukuka doğrudan uygulanacağına ilişkin açık bir ifade olmadıkça temel hakların özel hukuka doğrudan uygulanabilirliği mümkün değildir¹⁹⁸. Kanun koyucu temel hakların özel hukuka uygulanmasına ilişkin özel hukukta ahlaka aykırılık, dürüstlük kuralı gibi genel düzenlemeler ile temel hakların özel hukuk ilişkilerine uygulanmasını amaçlamıştır. Bu maddelerin temel hakların özel hukuka sızma yerleri olduğu ifade edilmiştir¹⁹⁹. Ayrıca bu görüşe göre doğrudan etki teorisi kabul edilirse Anayasa tarafından güvence altında olan irade serbestisi ve sözleşme özgürlüğü önemli ölçüde sınırlandırılmış olacaktır. Hukuki ilişkiler karşılıklı rıza gerektirdiğinden, devletin kişilerarasındaki hukuki ilişkilere tek taraflı müdahalesi söz konusu değildir. Hukuki işlemler karşılıklı rıza gerektirir²⁰⁰.

Alman Federal İş Mahkemesi başlangıçta doğrudan etki teorisini kabul etmiş ve bu görüşünü uzun yıllar sürdürmüş, 1984'ten itibaren ise dolaylı etki teorisi yönünde

¹⁹⁵ Belling, İnce, a.g.e., s.10-11; Antalya, a.g.e., s.21; Öktem Songu, a.g.e., (İfade Özgürlüğü), s.620.

¹⁹⁶ BVerfG 15.01.1958 - 1 BvR 400/51, <https://beck-online.beck.de/>, e.t., 29.07.2022; BVerfG, 23.04.1986 - 2 BvR 487/80, NJW, 1987, s.827.

¹⁹⁷ Kissel, a.g.e., s.145; Antalya, a.g.e., s.18.

¹⁹⁸ Belling, İnce, a.g.e., s.27; Kılıçarslan İsfen, a.g.e., s.195, 206; Örneğin Alman AY m.9/III'te sendika kurma hakkına ilişkin düzenlemelerde doğrudan uygulanabilirlik söz konusudur.

¹⁹⁹ Belling, İnce, a.g.e., s.28; Dönmezkuş, a.g.e., s.206-207

²⁰⁰ Belling, İnce, a.g.e., s.30; Öktem Songu, a.g.e., (İfade Özgürlüğü), s.619; Kılıçarslan İsfen, a.g.e., s.197.

kararlar vermeye başlamıştır²⁰¹. Almanya’da kabul gören görüş uyarınca dolaylı etki teorisi, özel hukuk özneleri, yani iş sözleşmesinin tarafları arasındaki ilişkiler için de geçerlidir. İşverenler ve işçiler Anayasa ile doğrudan temel haklara bağlı değildir. İş ilişkisinde ifade özgürlüğünün sınırları yalnızca Anayasa’daki hükümlerle çizilemez²⁰².

Türk hukukunda azınlıkta kalan görüş dolaylı etki teorisini savunmaktadır²⁰³. Bu görüş, yasama ve yargı organlarının temel haklara doğrudan bağlı olduğunu ve Anayasa’ya aykırı kanun yapılamayacağını, Anayasa’ya aykırı yapılan kanunların da Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edileceğini ileri sürer. Anayasa Mahkemesi kararını vermeden önce iptali istenen maddelerin Anayasa’ya uygun bir şekilde yorumlanıp yorumlanmayacağını inceler. Anayasa’ya uygun yorum mümkünse Mahkeme maddeyi iptalden kaçınır. Anayasa’ya aykırı söz konusu hükmün Anayasa’ya uygun yorumu mümkün değilse, hüküm AY m.150 ve devamı maddelerindeki süreç izlenerek iptal edilir. Anayasa’ya uygun yorum yoluyla anayasal kural ve ilkeler özel hukuka da yansımakta ve özel hukuk kuralları Anayasa’ya uygun içerik kazanmaktadır²⁰⁴. Anayasa’nın üstünlüğünün sonucu olarak hakim kanun boşluklarını doldururken Anayasa’ya uygun hukuk yaratmak durumundadır. Kanunların Anayasa’ya uygunluğu Anayasa Mahkemesi tarafından denetlenebilirken, hakim tarafından kanun boşluklarının doldurulması Anayasa Mahkemesi’nin denetimi dışında kalmaktadır. Hakim tarafından özel hukuk alanındaki boşlukların doldurulmasının Anayasa’ya uygunluğunun denetimi Yargıtay, Bölge Adliye Mahkemeleri ve yerel mahkemeler tarafından gerçekleştirilir²⁰⁵.

²⁰¹ Belling, İnce, a.g.e., s.12, 25; Remmert, a.g.e. s.7.

²⁰² Bert Howald, “Meinungsfreiheit im Arbeitsverhältnis”, **ArbRAktuell**, 2013, s.195; Zachert, a.g.e., s.290.

²⁰³ Meral Sungurtekin Özkan, “Anayasanın Sosyal Hukuk Devleti İlkesi ve Medeni Yargılama Hukuku”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.XI, Özel S., 2009, s.553; Dönmezkuş, a.g.e., s.240.

²⁰⁴ Kaneti, a.g.e., s.200.

²⁰⁵ Kaneti, a.g.e., s.209; Sungurtekin, a.g.e., s554.

İKİNCİ BÖLÜM

İŞVERENİN SORU SORMA HAKKI BAĞLAMINDA İŞ BAŞVURUSUNDA BULUNAN KİŞİNİN İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

1 İŞVERENİN SORU SORMA HAKKI VE SINIRLARI

1.1 Genel Olarak

AY m.49/I'de çalışma hakkı, “*Çalışma, herkesin hakkı ve ödevidir.*”, çalışma ve sözleşme özgürlüğü m.48/I'de “*Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir.*” şeklinde düzenlenmiştir. Çalışma hakkı ve sözleşme özgürlüğüne anayasal bir ilke olarak yer verilmiş ve bunlar anayasal teminata bağlanmıştır. Anayasal açıdan teminat altına alınan borçlar hukuku alanındaki sözleşme özgürlüğü ilkesi (TBK m.19) iş hukukunda da geçerlidir¹. İşçi ve işverenin sözleşme özgürlüğü kapsamında sözleşme yapacağı tarafı seçme, yasal sınırlar içinde sözleşmenin konusu, içeriği, şeklini belirleme hakkı vardır². Sözleşme özgürlüğü de soru sorma hakkı ile yakın ilişki içindedir.

Bireysel alan, kişinin özel alanı olarak anlaşıldığından, soru sorma hakkına ilişkin temelin iş başvurusunda bulunan kişinin genel kişilik haklarında aranması gerektiği açıktır. İnsan onuruna saygı ve kişiliğin özgürce geliştirilmesi hakkı da genel kişilik hakkının parçası olan medeni haklardır. Çalışanın kişilik hakları, yalnız

¹ İbrahim Subaşı, “İş Hukukunda Özürlülerin Hukuki Durumu”, **Prof. Dr. Tankut Centel’e Armağan**, İstanbul Üniversitesi Yayını, 2011, s.478.

² M. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C.I, 18. b., Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020, s.85-86; Haluk, N. Nomer, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 18. b., Beta Yayıncılık, İstanbul, 2021, s.80; Okur, a.g.e., (Düşünce), s.51.

devletin yetkisiz müdahalelerine karşı değil, aynı zamanda işverenlerin yetkisiz müdahalelerine karşı da korunmalıdır³.

İki potansiyel sözleşme tarafı, sözleşmenin akdedilmesine karar verebilmek için mümkün olduğunca birbirini hakkında bilgi edinmek ister. Ayrıca sözleşme özgürlüğü kapsamında her iki taraf, sözleşmenin akdedilmesinin hangi koşullara bağlı olacağına kendi başına karar verebilir. Bu da prensipte sözleşme ilişkisine girmeden önce tarafların kendileri için gerekli olan tüm koşulları sözleşme tarafına sorabilmesi anlamına gelir⁴. Bununla birlikte soru sorma hakkı bağlamında açıklama yükümlülüğü her hukuki ilişkide farklılık gösterir. Açıklama yükümlülüğünü değerlendirmek için taraflar arasında var olan yasal ilişkiyi ve somut olayın koşullarını incelemek gerekir. Örneğin iş sözleşmesinde işçi ve işveren arasındaki kişisel ilişki sebebiyle taraflar arasındaki bilgi verme yükümlülüğü, satım veya kira sözleşmesine göre daha fazladır⁵. İş sözleşmesi niteliği gereği sürekli bir yükümlülüğe yol açar. Taraflar arasında sıkı ve yoğun bir kişisel ilişki kurulduğundan dolayı işçi tek bir edimi yerine getirerek borçtan kurtulmaz. İş ilişkisindeki sürekli yükümlülük gereği, işveren işçinin sözleşmeye uygun şekilde borcunu yerine getireceğine güvenerek iş ilişkisini kurar⁶. Bu nedenle işverenin sözleşmenin devamı süresince performans bekleyeceği sözleşme tarafının nitelik ve becerilerinin farkında olmak istemesi anlaşılabilir bir durumdur. Dolayısıyla işverenin sözleşme tarafını mümkün olduğu kadar önceden değerlendirebilmesi, kendisi ve işyeri ile ilgili olan durumları açıklığa kavuşturması önemlidir. Bu kapsamda, işverenin müstakbel sözleşme tarafı hakkında bilgi edinme hakkı vardır⁷.

³ Janet Hitzig, **Das Fragerecht des Arbeitgebers gegenüber Arbeitnehmern mit Sonderkündigungsschutz**, Verlag Dr. Kovac, Hamburg, 2008, s.96.

⁴ Philipp S. Fischinger, **Arbeitsrecht**, 2. Auflage, C.F. Müller, Heidelberg, 2021, Rn.118; Vahap Ünlü, “İş Başvurusu Sırasında İşçinin İşvereni Yanıltması”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S.14, 2009, s.278.

⁵ Wolfgang Däubler, “Erhebung von Arbeitnehmerdaten”, **CR**, 1994, s.103; M. Gökhan Türe, “İş Sözleşmesinin Kurulmasında İşçinin Hilesi”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S.46, 2021, s.230; Hitzig, a.g.e., s.13.

⁶ Gülsevil Alpagut, “İş Sözleşmesini Haklı Nedenle Fesheden Tarafın Tazminat Talep Hakkı”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2022/3, S.74, s.1737 (Tazminat).

⁷ Jacob Joussen, “BGB § 611a Arbeitsvertrag”, **BeckOK Arbeitsrecht**, 63. Auflage, C.H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, München, 2022, Rn.102; Ronald Pahlen, “Die Frage nach der Schwerbehinderteneigenschaft vor der Einstellung und Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG”, **RdA**, 2001, s.143; Christian Picker, “Der EuGH und der Auskunftsanspruch des abgelehnten Bewerbers – Meisterhaft!”,

Belirtmek gerekir ki iş ilişkisinin kurulmasından, yalnız iş başvurusunda bulunan kişinin ilk defa işe alınmasını değil, ayrıca işçinin süresi biten sözleşmesinin yenilenmesini de anlamak gerekir⁸.

İşveren, var olan boş pozisyonu işin gerektirdiği nitelik ve işçinin diğer çalışanlarla uyumu açısından optimal bir biçimde doldurma amacı taşır ve işe alım kararında büyük ölçüde serbesttir. Aynı zamanda girişimcilik özgürlüğü sebebiyle istediği kişiyle çalışma hakkına sahiptir. Fakat literatürde isabetli olarak işverenin mutlak seçim özgürlüğü reddedilmektedir. İş başvurusunda bulunan kişi, kendisine ayrımcılık yapıldığını ileri sürerse (İK m.5/I, TİHEKK m.6/I) işverene açıklama yükümlülüğü getirilecektir (İK m.5/VII). Buna rağmen işveren sözleşme yapmaya zorlanamaz⁹. İşverenin bu serbestisi belirli durumlarda anayasal, yasal veya toplu sözleşme gereklilikleriyle sınırlandırılmıştır. Sorunlu olan konu, işverenin işe alım kararının arkasındaki nedenlerin tam olarak belirlenememesidir. Örneğin, işveren bir kadını cinsiyeti nedeniyle işe almayı reddeder ve ret sebebini açıklamazsa ayrımcılık yasağı büyük ölçüde etkisiz kalacaktır¹⁰. Çünkü işveren, iş başvurusu reddedilen kişinin kendisine karşı ileride süreceği tazminat talebinde (İK m.5/VI, TİHEKK m.18/III) aleyhine kanıt kullanılmaması için “Hiçbir şeyin dışarı çıkmasına izin vermemek en güvenlisidir.” mottosuna uygun olarak iş başvurularının reddinde genellikle gerekçe göstermemektedir¹¹. İşverenlerin başvuru sürecini şeffaf bir şekilde tasarlamaları, seçim kararı için kriterler belirlemeleri ve başvuru sürecini

NZA, 2012, s.642; Jacob Joussen, “Das erweiterte Führungszeugnis im Arbeitsverhältnis”, NZA, 2012, s.776.

⁸ Okur, a.g.e., (Düşünce), s.50.

⁹ Martina Benecke, “§ 33 Faktische Bindung des Arbeitgebers durch Begrenzung seiner Informationsmöglichkeiten („Grenzen des Fragerechts)”, **Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 1: Individualarbeitsrecht I**, 5. Auflage, C.H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, München, 2021, Rn.2; Sarper Süzek, “İşverenin Eşit Davranma Borcu”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S.12, 2008, s.28; A. Can Tuncay, “Çalışma İlişkilerinde Irk ve Etnik Kökene Dayalı Ayrımcılık”, **Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan**, C.I, Ed. Süleyman Başterzi, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2011, s.764-765; Şükran Ertürk, İlke Gürsel, “İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi”, **Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan**, C.I, Ed. Süleyman Başterzi, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2011, s.438-439; Pir Ali Kaya, **Çalışma Hukukunda Eşitlik ve Ayrımcılık: Karşılaştırmalı Teorik Bir Bakış**, 4. b., Umuttepe Yayınları, Kocaeli, 2020, s.129; Süzek, a.g.e., (İş Hukuku), s.477; Öktem Songu, a.g.e., (İfade Özgürlüğü), s.634; Subaşı, a.g.e., s.478-479.

¹⁰ Benecke, a.g.e., § 33, Rn. 1.

¹¹ Picker, a.g.e., s. 641.

belgelerle yürütmeleri önerilse¹² de kendileri genel olarak bu doğrultuda hareket etmemektedir¹³.

Günümüzde işverenin soru sorma hakkı ile ilgili olarak bu hakkın ancak işverenin “sorularının yanıtlanmasına yönelik meşru, makul ve korunmaya değer bir ilgisi olduğu” ölçüde kabul edilebileceği şeklinde klasik ifadeler yer almaktadır¹⁴. Dolayısıyla işverenin soru sorma hakkının sınırlarının, iş başvurusunda bulunan kişinin hangi durumda soruları doğru olmayan bir şekilde yanıtlayabileceğinin ve hangi durumda doğru yanıt verme yükümlülüğü olduğunun belirlenmesi gereklidir¹⁵.

1.2 Soru Sorma Hakkının Sınırları

Kişisel haklar genellikle işverenin bilgi edinme hakkını sınırlar. Bu sınırı dürüstlük kuralı (TMK m.2) belirlemektedir. Sözleşme görüşmesi safhasında taraflar arasında hukuki bir ilişki kurulduğundan, görüşmeye katılan taraflar dürüstlük kuralına uymakla yükümlüdür¹⁶. Dolayısıyla bir işverenin başvuru sahibine aklına gelen her soruyu sorması doğal değildir. Dikkate alınması gereken sorular, amaçlanan istihdam ilişkisinin (özel) koşulları ve işveren için ortaya çıkması muhtemel riskler dikkate alınarak belirlenebilir. İşverene işe alım görüşmeleri sırasında soru sorma hakkı, ancak “iş ilişkisine ilişkin soruların yanıtlanmasında korunmaya değer meşru bir menfaati” olduğu ölçüde tanınır. İşverenin öyle bir meşru menfaati olmalıdır ki bu menfaat, işçinin kişilik haklarının korunması ve kişisel alanının dokunulmazlığının sağlanması için kişisel durumunun gizli tutulması menfaatini geri planda bırakması gerekir. Karşılıklı çıkarları tartan bu yaklaşımdan, soru sorma hakkının iki sınırı ortaya çıkar. İlk olarak, sorunun cevabı başvuranın işi yapabilme becerisini değerlendirmeye elverişli olmalıdır. Diğer yandan bu sorular orantısız bir mahremiyet ihlali içermemelidir. Bu kapsamda engellilik yargıyı en sık meşgul eden konudur¹⁷. İkinci olarak da bir sorunun cevabı, işverenin karar

¹² Picker, a.g.e., s.645.

¹³ Benecke, a.g.e., § 33, Rn. 2.

¹⁴ Hitzig, a.g.e., s.8.

¹⁵ Hitzig, a.g.e., s.9.

¹⁶ Oğuzman, Öz, a.g.e., s.81; Nomer, a.g.e., s.459.

¹⁷ Gregor Thüsing, “AGG § 11 Ausschreibung”, **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**, Band 1, 9. Auflage, C.H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, München, 2021, Rn.16; Gregor Thüsing, “BetrVG § 94 Personalfragebogen, Beurteilungsgrundsätze”,

sürecinde kanunla yasaklanmış bir farklılaşmaya hizmet etmemelidir. Bu durum iş başvurularında cinsiyet ayrımcılığı yasağı ve dolayısıyla hamilelik ile ilgili sorularda en çok karşımıza çıkar¹⁸.

Belirtmek gerekir ki soruların kabul edilebilirliğinin sınırı olan işverenin meşru ve makul menfaatinin belirlenmesi kolay değildir. Aynı zamanda iş başvurusunda, başvuranın soru sorma hakkının sınırlarına uyulup uyulmadığını kendiliğinden fark etmesi de zordur¹⁹.

İşverenin bilgi edinme hakkının nereye kadar gittiğinin belirlenmesi önemlidir. İşverenin, başvuranın ilan edilen pozisyona mesleki ve kişisel uygunluğunun güvenilir bir resmini elde etme menfaati, başvuranın kişisel haklarını koruma menfaati ile karşı karşıyadır. Dolayısıyla iş başvurusunda bulunan kişinin menfaati işverenin görev alanını etkilemektedir²⁰.

İş başvurusunda bulunanlar gelecekteki olası işverenleri hakkında bilgi edinme hakkına sahip olduğu gibi potansiyel sözleşme tarafı olan işverenler de sözleşme

Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung Kommentar, 17. Auflage, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 2022, Rn.13; Rüdiger Linck, "§ 26. Vertragsanbahnung und Fragerecht des Arbeitgebers", **Arbeitsrechts-Handbuch Systematische Darstellung und Nachschlagewerk für die Praxis**, 19. Auflage, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 2021, Rn.21; Ulrich Preis, Wolfgang Bender, "Recht und Zwang zur Lüge - Zwischen List, Tücke und Wohlwollen im Arbeitsleben", **NZA**, 2005, s.1321; Klaus-Stefan Hohenstatt, Katrin Stamer, Lars Hinrichs, "Background Checks von Bewerbern in Deutschland: Was ist erlaubt?", **NZA**, 2006, s.1066; Heinz Peter Moritz, "Fragerecht des Arbeitgebers sowie Auskunfts- und/oder Offenbarungspflicht des Arbeitnehmers bei der Anbahnung von Arbeitsverhältnissen?", **NZA**, 1987, s.331; Reinhard Künl, "Das Fragerecht des Arbeitgebers bei der Einstellung", **ArbRAktuell**, 2012, s.235; Manfred Reh binder, "İşverenin Hizmetine Girmek Üzere Başvuran Kişilerle İlgili Hukuki Sorunlar", Çev. Ömer Teoman, **İÜHF**, C.XLV, S.1-4, 1982, s.752; Sabahattin Yürekli, "İş Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk (Culpa in Contrahendo)", **İÜHF**, C.LXXII, S.2, 2014, s.551; Ali Nazım Sözer, "'-AB'nin İstihdama İlişkin 2000/78 EG Sayılı Çerçeve Yönergesi Işığında- Türk İş Hukukunda Din, Dünya Görüşü, Özürlülük, Yaşlılık ve Cinsel Eğilime İlişkin Düzenlemeler", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S.2, 2006, s.191; İlke Gürsel, "Kişisel Verilerin Korunması Hakkının İşçi ve İşveren İlişkisine Etkileri", **Legal İSGHD**, C.XIII, S.50, 2016, s.807; Emine Tuncay Kaplan, "İş Hukukunda Kişilik Haklarının Özellikle Bilgisayarda Toplanan Bilgilere Karşı Korunması", **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, C.LII, S.1, 1997, s.376; Emine Tuncay Kaplan, "Mukayeseli İş Hukukunda İşçinin Kişilik Haklarının Bilgisayarda Toplanan Bilgilere (Verilere) Karşı Korunması", **TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, C.IV, S.4, 1999, s.52; Esra Yiğit, **İş İlişkisinde Kişisel Verilerin Korunması**, 1. b., On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, s.82; Jousen, a.g.e., BGB § 611a, Rn. 107; Civan, a.g.e., s.278; Öktem Songu, a.g.e., (İfade Özgürlüğü), s.634; Okur, a.g.e., (Düşünce), s.52.

¹⁸ Gregor Thüsing, Thomas Lambrich, "Das Fragerecht des Arbeitgebers - aktuelle Probleme zu einem klassischen Thema", **BB**, 2002, s.1146.

¹⁹ Kerstin Strick, "Die Anfechtung von Arbeitsverträgen durch den Arbeitgeber", **NZA**, 2000, s.697.

²⁰ Moritz, a.g.e., s.330; Benecke, a.g.e., § 33, Rn. 26a; Jousen, a.g.e., BGB § 611a, Rn. 102.

imzalanmadan önce başvuranlarla ilgili bilgi edinmek isteyebilir. Çünkü bu bilgi olmadan işverenler, istihdam edeceği kişiyi yeterli ölçüde tanıyamayacaktır. Bilgi, doğru karar için bir ön koşuldur. Kural olarak, dezavantajlı durumuyla ilgili başvuranların herhangi bir açıklama yükümlülüğü bulunmasa da işverenin bilgiye yönelik meşru menfaati kabul edilirse başvuran kişi işveren tarafından sorulan soruları cevaplamakla yükümlüdür²¹. Bu yükümlülük, iş sözleşmesi müzakeresi aşamasında var olan özen yükümlülüğünün bir özelliğidir²². Bilgi eksikliği, sadece karar vericilerin kendileri için dezavantajlara yol açmakla kalmaz, aynı zamanda üçüncü şahıslara karşı adaletsizliğe de sebep olur. İşe alım sırasındaki müzakerelerin amacı, pozisyonları en uygun adaylarla doldurmaktır. İşverenin objektif bir seçim yapabilmesi ve başvuranları işle ilgili değerlendirebilmesi için gerekli verileri öğrenmesi sadece kendisinin değil, işe başvuran kişilerin de menfaatinedir. Dolayısıyla her durum için geçerli olmasa da daha fazla bilgi elde edilmesi, daha fazla adalet anlamına gelebilir²³.

Başvuru sahipleri arasındaki mesleki yeterlilik farklılıklarının araştırılarak en uygun adayın bulunması, başvuru sahibinin iş ilişkisinin başlangıcında ve öngörülebilir gelecekte görevini üstlenebilmesi için sahip olması gereken fiziksel ve sağlık durumunun belirlenmesi, girişimcilik hedefleri doğrultusunda yapılacak işe uygunluk ile ilgili adayın kişisel özelliklerinin değerlendirilmesi konusunda işverenin soru sormaya ilişkin menfaati bulunmaktadır. İşveren işe alım kararını başvuru belgelerine, başvuru sahibinden görüşme sırasında edindiği kişisel izlenimine ve başvuruda bulunan kişiye sorulan soruların cevaplarına göre verir²⁴.

²¹ Ingrid Schmidt, “GG Art. 2 [Allgemeine Handlungsfreiheit, Allgemeines Persönlichkeitsrecht]”, **Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht**, 22. Auflage, C.H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, München, 2022, Rn. 91; Gregor Thüsing, Gerrit Forst, “§ 7. Informationserhebung bei der Einstellung und beim beruflichen Aufstieg”, **Beschäftigtendatenschutz und Compliance**, 3. Auflage, C.H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, München, 2021, Rn. 1; Jousen, a.g.e., BGB § 611a, Rn. 103; Yürekli, a.g.e., s.551; Civan, a.g.e., s.278.

²² Christian Armbrüster, “BGB § 123 Anfechtbarkeit wegen Täuschung oder Drohung”, **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**, Band 1, 9. Auflage, C.H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, München 2021, Rn. 46.

²³ Benecke, a.g.e., § 33, Rn. 6.

²⁴ Gerlind Wisskirchen, Alexander Bissels, “Das Fragerecht des Arbeitgebers bei Einstellung unter Berücksichtigung des AGG”, **NZA**, 2007, s.169; Kübra Deniz Çelik, **Sosyal Medya Kullanımının İş Sözleşmesine Etkisi**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s.45; Benecke, a.g.e., § 33, Rn. 26a; Künzl, a.g.e., s.235; Türe, a.g.e., s.228; Sözer, a.g.e., s.191.

Soru yapılacak iş ile ne kadar az ilgiliyse ve işveren bu sorunun cevabını ne kadar çok araştırırsa sorunun kabul edilemez olarak sınıflandırılması o kadar olasıdır. İşveren işe alım sürecinde başvurana sorular sorduğunda, başvuranın bu soruları doğru yanıtlama yükümlülüğü, işverenin bu soruyu sormaya hakkı olup olmadığına bağlıdır. İşverenin sormasına izin verilmeyen ve sorulduğunda başvuranın doğru cevap vermek zorunda olmadığı konuların aynı zamanda sorudan bağımsız olarak başvuru sahibi tarafından kendiliğinden açıklanması da beklenemez²⁵. İşveren tarafından sorulmaması gereken bu sorular, bir istihdam ilişkisinin kurulmasına ilişkin karar için genellikle gerekli değildir²⁶. İş başvurusunda bulunan kişi özellikle ırk ya da etnik köken, din, dünya görüşü, engellilik, yaş ve cinsel kimlik ve yönelim hakkındaki sorulara cevap vermeyi reddetme hakkına sahiptir²⁷. Ancak bir iş ilişkisinin kurulmasından önce cevap vermeyi reddederek sessiz kalmanın sözleşmenin kurulmasına olumsuz etkileri olacağından baskın görüşe göre, kabul edilemez sorular yanlış cevaplanabilir. Alman literatürü ve içtihadında bu durum “yalan söyleme hakkı” olarak ifade edilmiştir²⁸. Nikisch’in ifadesiyle, “Çalışanın sözleşmeyi imzalarken açıklama görevi abartılmamalıdır. Bir çalışandan olumsuz koşulları kendi isteğiyle ortaya çıkarmasını beklemek, her işverenin hesaba katması gereken çalışma yaşamının tüm geleneklerine aykırı olacaktır”²⁹.

İşverene sınırsız soru sorma hakkı verilirse, başvuru sahibi çoğu zaman çözümsüz bir ikilemle karşı karşıya kalacaktır. Örneğin, işveren bir başvuru sahibine mevcut gebelik hakkında soru sorarsa, hamile olan bu kişiye her biri tatsız olan üç

²⁵ A. Eda Manav, “İş İlişkisinde İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.XIX, S.2, 2015, s.114; Recep Makas, “Türk Borçlar Kanunu ve İş Kanununa Göre İşçinin Özen Borcu ve Borca Aykırılığın Hukuki Sonuçları”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.XVI, S.4, 2012, s.153; Ulrich Preis, “BGB § 611a Arbeitsvertrag”, **Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht**, 22. Auflage, C.H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, München, 2022, Rn. 271; Joussen, a.g.e., BGB § 611a, Rn. 108-109; Fischinger, a.g.e., Rn. 120.

²⁶ Linck, a.g.e., § 26, Rn. 21.

²⁷ Ercan Uzun, “İşçinin İnternet ve Sosyal Medya Kullanım Sınırları Üzerine Bir Değerlendirme”, **İzmir Bakırçay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.I, S.1, 2020, s.133; Armbrüster, a.g.e., BGB § 123, Rn. 46; Yürekli, a.g.e., s.552.

²⁸ BAG, 22.09.1961 - 1 AZR 241/60, **NJW**, 1962, s.74; Arthur Nikisch, **Arbeitsrecht**, 2. Auflage, Mohr (Siebeck) Verlag, München, 1955, s.160; Thüsing, a.g.e., AGG § 11, Rn. 16; Joussen, a.g.e., BGB § 611a, Rn. 109; Preis, a.g.e., BGB § 611a, Rn. 271; Thüsing, Forst, a.g.e., § 7, Rn. 2; Däubler, a.g.e., s.104; Armbrüster, a.g.e., BGB § 123, Rn. 46; Preis, Bender, a.g.e., s.1321; Strick, a.g.e., s.697; Moritz, a.g.e., s.336; Wisskirchen, Bissels, a.g.e., s.170; Yürekli, a.g.e., s.552.

²⁹ Nikisch, a.g.e., s.160.

alternatiften yalnızca biri kalır. Doğru cevap vermesi durumunda işe alınmama riski yüksektir. Yoksa işveren bu gerçeği neden sormuş olabilir? Cevap vermeyi reddetmesi durumu, hamile olduğunu kabul ile eşdeğerdir. Dolayısıyla burada da işsiz kalma riski vardır. Yalan söyleyerek gerçek dışı bir şekilde hamileliğini inkar ettiği durumda, (belki) başlangıçta işe alınacak, ancak kuvvetle muhtemel işveren bir gün gerçeği öğrenirse hileli yanlış beyan gerekçesiyle akdedilen iş sözleşmesini feshedecektir³⁰.

Örnekten de anlaşılacağı üzere başvuru sahibinin kabul edilemez soruları yanıtlamayı reddetmesi durumunda işveren genellikle bundan olumsuz sonuçlar çıkarır. Bu sebeple soruları reddetme pratikte başvurana herhangi bir fayda sağlamaz. Bu nedenle başvuran, kişilik alanına haksız müdahale eden bu soruları yanıtlama konusunda kendini zorunlu hisseder³¹. Bu psikolojik baskıya rağmen başvuran bir sözleşmenin akdedilmesini engelleyebilecek veya işverenin işe alım kararını olumsuz yönde etkileyebilecek durumları belirtmek zorunda değildir³². Bununla birlikte iş başvurusunda bulunanların kişilik haklarını ve muhtemelen diğer temel haklarını ihlal eden kabul edilemez sorulara, “kabul edilebilir bir yalan” söylemeleri kendilerinde tedirginlik yaratmaktadır. Kabul edilebilir bir yalan da olsa bu durum başvuranları vicdan çatışmasına sokar ve oyunculuk yapmaya zorlar. Sonunda yalanla başlayan bir iş ilişkisi kurulur³³. Fakat başvuranın işe kabul edilebilmesi için başvuracağı daha uygun başka bir araç da yoktur. Var olduğunu söylemek de her şeyden önce gerçekçi değildir. Başvuran yalan söyleyebilir, hatta yalan söylemek zorundadır. Kabul edilemez sorulara karşı yalan söyleme hakkının, meşru müdafaa hakkının bir görünümü olduğunu söylemek yanlış olmaz. Kural ihlali yapan kişi, yalan söyleyen başvuran değil, başvuranın kendisini savunmak zorunda bırakarak yasadışı bir durum yaratan işverendir. Soruya dürüstçe cevap vermek neredeyse kaçınılmaz olarak işsizliğe yol açacağından, başvuranın saklayacak bir şeyi olduğu

³⁰ Fischinger, a.g.e., Rn. 118.

³¹ Däubler, a.g.e., s.104; Benecke, a.g.e., § 33, Rn. 156; Pahlen, a.g.e., s.144; Okur, a.g.e., (Düşünce), s.52; Civan, a.g.e., s.281.

³² Christian Ehrich, “Fragerecht des Arbeitgebers bei Einstellungen und Folgen der Falschbeantwortung”, **DB**, 2000, s.421; Jousen, a.g.e., BGB § 611a, Rn. 105; Fischinger, a.g.e., Rn. 119.

³³ Benecke, a.g.e., § 33, Rn. 158.

şüphesine yol açan basit bir sessizlik de işe alımı aynı derecede olası kılmaz. Başvuru sahipleri için öncelik, işe alınma konusundaki çıkarlarıdır. Çalışma hayatında hukuka aykırı davranışlara karşı başvuranlara, yalan söylemeyi bir savunma aracı olarak kullanma hakkının tanınması, aynı zamanda bu kişileri ahlaki kınanabilirlikten de kurtarmıştır³⁴. Dolayısıyla başvuran, kabul edilemez sorulara yanlış cevaplar da verebilir. “yalan söyleme hakkı”, kişiliği koruyucu bir işleve sahiptir. Kişinin ifşa etmek istemediği gerçekleri açıklamak zorunda bırakılması, özel hayatın gizliliğine orantısız bir müdahale oluşturacağından dolayı bu hak kullanılabilir. İş başvurusunda bulunan kişinin her ne kadar yalan söyleme kastı bulunsa da bu davranışı kanımızca hukuka aykırı değildir³⁵. Fakat belirttiğimiz üzere başvuru sahibinin görüşme sırasında kendisine yöneltilen sorunun kabul edilebilir olup olmadığını ve bu sonuca bağlı olarak yalan söyleyip söyleyemeyeceğini değerlendirmesi pratikte güçtür³⁶. Öte yandan işverenin cevaplanılmasını istediği her soruyu sormasına izin verilmemesi mevcut iş ilişkisinde de geçerlidir³⁷.

İşverenin bilgiye olan ilgisi ile başvuru sahibinin kendi kaderini tayin hakkının ve dolayısıyla hangi kişisel verilerini ifşa edeceğine karar verme yetkisini içeren genel kişilik hakkının tartılması önemlidir³⁸. Bu kapsamda soru sorma hakkının kişisel veriler ve ayrımcılık yasağı ile ilişkisinin incelenmesi gereklidir.

1.2.1 Soru Sorma Hakkının Kişisel Verilerle İlişkisi

Kişinin kendisi ile ilgili bilgileri kişilik hakkının görünüm biçimidir ve bu bilgiler özel hayatın gizliliği kapsamında girer³⁹. Kişisel veri, “kimliği belirli ya da belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi”yi (KVKK 3/I-d), veri işlenmesi ise “kişisel veriler üzerinde gerçekleştirilen her türlü işlemi” ifade eder. Kişisel veri kapsamına bir kişinin kimliği, etnik kökeni, sağlığı, fiziksel özellikleri, öğrenim ve istihdam durumu, kredi bilgileri, adli sicil kaydı ile ilgili bilgiler girebileceği gibi

³⁴ Preis, Bender, a.g.e., s.1322-1323.

³⁵ Burkhard Boemke, “Die Zulässigkeit der Frage nach Grundwehrdienst und Zivildienst”, **RdA**, 2008, s.129; Benecke, a.g.e., § 33, Rn. 159; Fischinger, a.g.e., Rn. 120; Türe, a.g.e., s.224.

³⁶ Wisskirchen, Bissels, a.g.e., s.170.

³⁷ Thorsten Tilch, Eva Vennewald, “Eigenständige Offenbarungspflichten im bestehenden Arbeitsverhältnis”, **NJW-Spezial**, 2012, s.50.

³⁸ Fischinger, a.g.e., Rn. 120.

³⁹ Süzek, a.g.e., (İş Hukuku), s.418.

kişinin bireysel ve aile yaşantısı, başkalarıyla gerçekleştirdiği haberleşme bilgileri de kişisel veri niteliği taşımaktadır. Diğer bir ifadeyle kişi ile ilişkilendirilebilecek her bilgi kişisel veri kapsamındadır. Söz konusu veriler kişinin özel hayatı ve iş hayatı hakkında önemli bilgiler sunmaktadır⁴⁰. İş ilişkisinde kişisel veri sahibinin öznesi işçi veya iş başvurusunda bulunan kişidir. Dolayısıyla iş ilişkisi kurulmadan önce iş başvurusu nedeniyle de kişisel veriler işlenmektedir. İşveren başvuranın kendisinden ya da üçüncü kişilerden bilgi toplayabilir. Bununla birlikte işverenler bir iş ilişkisinin kurulmasıyla bağlantılı olarak veri topladıkları sürece verilerin toplanması, işlenmesi ve kullanılması çalışanların veri koruması ile sınırlandırılmıştır. İşe alım kararında işveren büyük ölçüde serbest olsa da başvuranların verilerine erişim konusunda sınırsız bir hakka sahip değildir. Kişisel verilerin korunmasıyla amaçlanan, temel hakların verilerin hukuka aykırı şekilde işlenmesi suretiyle ihlal edilmesini önlemektir. Kişisel verilerin korunması hakkı, kişiye ait olan verilerin yaratacağı tehlikeler karşısında kişiyi korumayı hedefleyerek verilerinin nasıl kullanılacağı konusunda kişinin karar verme özgürlüğünü garanti etmektedir. Soru sorma hakkının sınırları, veri koruma düzenlemeleri ile tamamlanmaktadır⁴¹. Bu hak anayasal güvenceye sahiptir. AY m.20'ye göre, *“Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir”*.

⁴⁰ Özgür Oğuz, “Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nun Çalışma Hayatına Yansımaları”, **Legal İSGHD**, C.XV, S.60, 2018, s.1331-1332; Manav, a.g.e., s.97; Gürsel, a.g.e., s.764. Anayasa Mahkemesi’ne göre “Kişisel veri kavramı, belirli veya kimliği belirlenebilir olmak şartıyla, bir kişiye ilişkin bütün bilgileri ifade etmektedir. Kişisel verilerin korunması hakkı, kişinin insan onurunun korunmasının ve kişiliğini serbestçe geliştirebilmesi hakkının özel bir biçimi olarak, bireyin hak ve özgürlüklerini kişisel verilerin işlenmesi sırasında korumayı amaçlamaktadır. Ancak bu hak sınırsız olmayıp Anayasa’da güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerin korunması veya Anayasa’nın devlete bir görev olarak yüklediği millî güvenliğin, kamu düzeninin korunması ya da suç işlenmesinin önlenmesi gibi nedenlerle sınırlandırılabilir.”. AYM, E.2014/122, K.2015/123, T.30.12.2015, RG Tarih-Sayı: 01.03.2016-29640.

⁴¹ Linck, a.g.e., § 26, Rn. 12; Benecke, a.g.e., § 33, Rn. 15a; Preis, a.g.e., BGB § 611a, Rn. 271; Gürsel, a.g.e., s.765-766; Uzun, a.g.e., s.132.

Almanya’da kişisel veriler Alman Federal Veri Koruma Kanunu (BDSG) ve Alman Genel Veri Koruma Yönetmeliği’nde (DS-GVO) yasal ifadesini bulmuştur⁴². Çalışanların kişisel verileri, özellikle bir iş ilişkisinin kurulmasına karar verebilmek için veya iş ilişkisinin kurulmasından sonra gerekli olması halinde, iş ilişkisinin amaçları doğrultusunda işlenebilecektir (BDSG m.1/I). Alman Genel Veri Koruma Yönetmeliği özel kişisel veri kategorilerinden bahseder. Bunlar ırksal ve etnik köken, siyasi görüş, dini veya felsefi inanç, sendika üyeliği, bir kişinin cinsel yaşamı veya cinsel yönelimi, sağlık hakkındaki veriler ile genetik, biyometrik veriler olarak gruplandırılmıştır. Bu kişisel verilerin işlenebilmesine yönelik veri sahibinin açık bir rızası gereklidir (DS-GVO m.9). Alman Genel Veri Koruma Yönetmeliği’ne göre, kişisel verilerin toplanmasına ancak mevzuat ya da başka bir yasal düzenleme izin veriyorsa, emrediyorsa veya ilgili kişinin rızası varsa izin verilir (DS-GVO m.6/I) . Bir iş ilişkisi kurulması için gerekli olması halinde, bir çalışanın kişisel verileri iş ilişkisinin amaçları için işlenebilecektir (DS-GVO m.88/I-II, BDSG m.26/I). Alman Federal Veri Koruma Kanunu’na göre de kişisel verilerin işlenmesine ancak verilerin bir izin eylemiyle meşrulaştırıldığı müddetçe izin verilir (BDSG m.26/I). Kişinin verileri iş hukuku, sosyal güvenlik ve sosyal koruma kapsamındaki hakları kullandırmak veya yasal yükümlülükleri yerine getirmek için kullanılıyorsa, özel kategorilerdeki kişisel verilerin, veri sahibinin onayı alınarak istihdam amacıyla işlenmesine izin verilir (BDSG m.26/III). Söz konusu hükümler, istihdam ilişkisi kurulurken veri toplanması konusundaki yasal dayanaklardır.

Hukukumuzda iş ilişkisinde kişisel verilere ilişkin düzenlemelere bakacak olursak TBK m.419’a göre, *“İşveren, işçiye ait kişisel verileri, ancak işçinin işe yatkınlığıyla ilgili veya hizmet sözleşmesinin ifası için zorunlu olduğu ölçüde kullanabilir. Özel kanun hükümleri saklıdır”*. İş Kanunu’nda kişisel verilere ilişkin ayrıntılı düzenleme bulunmasa da İK m.75’e göre, *“İşveren çalıştırdığı her işçi için bir özlük dosyası düzenler. İşveren bu dosyada, işçinin kimlik bilgilerinin yanında, bu Kanun ve diğer kanunlar uyarınca düzenlemek zorunda olduğu her türlü belge ve kayıtları saklamak ve bunları istendiği zaman yetkili memur ve mercilere göstermek*

⁴² Söz konusu yasal düzenlemelere yönelik kapsamlı eleştiriler için bkz. Franz Josef Düwell, Stefan Brink, “Beschäftigtendatenschutz nach der Umsetzung der Datenschutz-Grundverordnung: Viele Änderungen und wenig Neues”, **NZA**, 2017, s.1082-1085.

zorundadır. İşveren, işçi hakkında edindiği bilgileri dürüstlük kuralları ve hukuka uygun olarak kullanmak ve gizli kalmasında işçinin haklı çıkarı bulunan bilgileri açıklamamakla yükümlüdür”. İSGK m.15/V’e göre, “Sağlık muayenesi yaptırılan çalışanın özel hayatı ve itibarının korunması açısından sağlık bilgileri gizli tutulur”. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin en kapsamlı düzenleme ise Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’dur⁴³. Kanun kapsamında kural olarak “Kişisel veriler ilgili kişinin açık rızası olmaksızın işlenemez.” (KVKK m.5/I). Açık rızadan kastedilen tereddüt oluşturmayacak açıklıkta ve yalnız o işlemle sınırlı olarak verilen onay beyanıdır. Kural olarak açık rızanın geçerliliği için beyanın yazılı yapılması şart olmasa da ispat kolaylığı açısından işverenler rızayı yazılı olarak almayı tercih etmektedir⁴⁴. Ayrıca KVKK m.6/I-II-III’e göre; “(1) Kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefî 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. (2) Özel nitelikli kişisel verilerin, ilgilinin açık rızası olmaksızın işlenmesi yasaktır. (3) Birinci fıkrada sayılan sağlık ve cinsel hayat dışındaki kişisel veriler, kanunlarda öngörülen hâllerde ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın işlenebilir. Sağlık ve cinsel hayata ilişkin kişisel veriler ise ancak kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbî teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetleri ile finansmanının planlanması ve yönetimi amacıyla, sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler veya yetkili kurum ve kuruluşlar tarafından ilgilinin açık rızası aranmaksızın işlenebilir”. Belirtmek gerekir ki iş başvurusunda bulunan kişiler, işe alınmama riski karşısında işverene karşı özellikle özel kişisel verilerini verme konusunda kendilerini baskı altında hissedebilir. Fakat şüphesiz başvuranın kişilik haklarından tamamen vazgeçmesine ya da hakkını başkasına devretmesine sebep olan veya bu hakkın kullanımını aşırı şekilde

⁴³ Literatürde bizim de katıldığımız görüşe göre kişisel verilere ilişkin TBK m.419’un iş ilişkisinde kişisel verilerin korunması açısından genel ve sınırlayıcı çerçeve çizdiği ve madde hükmüne göre yalnız “işe yatkınlık” ve “sözleşmenin ifası için zorunlu olma” durumlarında kişisel verilerin işlenebileceği, iş ilişkisinde kişisel verilerin işlenmesi faaliyetinin özel kanun olan Kişisel Verilerin Korunması Kanunu uyarınca gerçekleştirilmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Yiğit, a.g.e., (Kişisel Veri), s.30-31.

⁴⁴ Oğuz, a.g.e., (Kişisel Veri), s.1342; Gürsel, a.g.e., s.780; Yiğit, a.g.e., (Kişisel Veri), s.53.

sınırlayan nitelikteki rızalar geçersizdir. Başvuranın kişisel verilerinin işlenmesine yönelik rızası işverenin haklı menfaatleri ile bağdaştığı ölçüde meşrudur⁴⁵.

Soru sorma hakkına getirilen veri koruma engelinin temel dayanak noktası, her iki tarafın yasal menfaatlerinin çatışmasıdır. Başvuranın kişisel verilerini açıklama ve bu verilerin kullanımı konusunda karar verme menfaati ile işverenin işyeri için etkili bir aday seçme menfaati karşı karşıyadır. Bir yandan genel kişilik hakkının bir ifadesi olan çalışanın kendi kaderini tayin etme hakkına özen gösterilmesi gerekirken, diğer yandan işverenin girişimcilik hakkı dikkate alınmalıdır⁴⁶.

Kişisel verilerin işlenmesi iki aşamalı bir doğrulama gerektirir. İlk olarak, özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesi, belirli işleme amacı için “gerekli” olmalıdır. Sorumlu kişi tarafından izlenen amaca ulaşmak için daha hafif bir yol olmamalıdır. İkinci olarak, veri sahibinin meşru menfaatlerinin, işverenin işletmedeki menfaatlerinden daha ağır bastığını varsaymak için bir nedenin olup olmadığının kontrol edilmesi gerekir. Tarafların menfaat uyumunun sağlanması için çatışan temel hakları tartılmalıdır. Bunu yaparken, işverenin veri işleme konusundaki çıkarları ve işçinin kişilik hakları, mümkün olduğunca dikkate alınarak yumuşak bir denge sağlanmalıdır⁴⁷. Bu sebeple iş ilişkisinin kurulması için önemli olmayan bilginin toplanmasına gerek yoktur⁴⁸.

1.2.2 Soru Sorma Hakkının Ayrımcılık Yasağı ile İlişkisi

Ayrımcılık bir kişiye sahip olduğu kişisel özellik sebebiyle diğer kimselerden farklı davranılarak kişinin mağdur edilmesidir⁴⁹. Çalışma yaşamında ayrımcılığa ise kişinin eşit şartlarda iş yaşamına katılımına engel olunması ve iş ilişkisi içinde kurum veya kurum temsilcisi üzerinden ceza ve ödül sistemlerinin eşit şekilde uygulanmaması şeklinde tanım getirilebilir⁵⁰. Çalışma yaşamında ayrımcılık kavramı

⁴⁵ Gürsel, a.g.e., s.782.

⁴⁶ Thüsing, a.g.e., AGG § 11, Rn. 17.

⁴⁷ Thüsing, Forst, a.g.e., § 7, Rn. 8; Linck, a.g.e., § 26, Rn. 13; Düwell, Brink, a.g.e., s.1084; Manav, a.g.e., s.112.

⁴⁸ Hohenstatt, Stamer, Hinrichs, a.g.e., s.1068; Thüsing, a.g.e., AGG § 11, Rn. 17.

⁴⁹ Tuncay, a.g.e., s.725.

⁵⁰ Maviş Yıldırım, **Ayrımcılık Etnisite Çalışma Hayatı Sosyal Psikolojik Faktörlerin Araştırması**, Gazi Kitabevi, Ankara, 2021, s.23.

aynı zamanda gerçek anlamda hak ve fırsat eşitliğinin bulunmadığı bir durumu da barındırır⁵¹.

Almanya’da Alman Genel Eşit Muamele Kanunu (AGG) çalışanların ayrımcılığa karşı korunmasını amaçlamaktadır. Kanun’a göre, kişilere ırk veya etnik köken, cinsiyet, din veya inanç, engellilik, yaş veya cinsel kimliğe dayalı ayrımcılık yapılamaz (AGG m.1/VII)⁵². Kanun sadece ayrımcılık yasağını tanımlamakla kalmamakta, aynı zamanda ihlal durumunda ileri sürülebilecek tazminat taleplerini de düzenlemektedir⁵³. Veri koruma gereklilikleri, Alman Genel Eşit Muamele Kanunu ile tamamlanmaktadır. Kanun kapsamında eşit olmayan muamele haklı gösterilemezse, işveren bunun için kişisel verileri talep edemez. Çünkü veri işleme meşru bir amaca hizmet etmez ve orantılı değildir⁵⁴.

Mevzuatımızda AY m.10/I’e göre, *“Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir”*. Aynı şekilde İK m.5/I’e göre *“İş ilişkisinde dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz”*. AY m.10 ve İK m.5/I’de geçen *“ve benzeri”* sebeplerin kişi temel hak ve özgürlükleri çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir⁵⁵. Bununla birlikte İK m.5/III’te işverenin *“biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, ... iş sözleşmesinin yapılmasında ... cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem”* yapamayacağı düzenlenmiştir. İK m.5/son’da işe alımlarda ayrımcılık yapıldığında bir tazminat yaptırımının öngörülmemiş olması

⁵¹ Kaya, a.g.e., s.19.

⁵² Alman Veri Koruma Kanunu ile Alman Genel Eşit Muamele Kanunu birbiri ile örtüşmekte fakat aynı zamanda birbirinden ayrılmaktadır. Alman Genel Eşit Muamele Kanunu, siyasi görüşleri veya sendika üyeliğini “dünya görüşünün” bir parçası olarak kapsamaz. Sağlık verileri de yalnızca bir engellilikle ilgiliyse Alman Genel Eşit Muamele Kanunu kapsamındadır. Buna karşılık, Veri Koruma Kanunu cinsiyeti veya yaşı özel veri olarak nitelemez. Sonuç olarak, Alman Genel Eşit Muamele Kanunu kapsamında yasal olan bazı durumlar, Veri Koruma Kanunu kapsamında yasal değildir veya bunun tersi de geçerlidir. Gerekçelendirme standartları farklıdır. Thüsing, Forst, a.g.e., § 7, Rn. 13.

⁵³ Martina Ahrendt, “§ 36. Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz und Mobbing”, **Arbeitsrechts-Handbuch Systematische Darstellung und Nachschlagewerk für die Praxis**, 19. Auflage, C.H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, München, 2021, Rn.1.

⁵⁴ Thüsing, Forst, a.g.e., § 7, Rn. 8.

⁵⁵ Kübra Doğan Yenisey, “İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2006/4, S.11, s.65.

yasağın etkinliğini azalmaktadır⁵⁶. Doğan Yenisey'e göre, sözleşme öncesi sorumluluk (culpa in contrahendo sorumluluğu) kapsamında talep edilecek tazminat amaçlanan korumanın sağlanmasında yeterli değildir⁵⁷. Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu m.25/I'e 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"*. 5378 sayılı Özürlüler ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun m.14'te engellilerin işe alınması, çalışma koşullarının oluşturulması konusunda işverenlere eşitlik ilkesine ve ayrımcılık yasalarına uyma zorunluluğu getirilmiştir. Belirtmek gerekir ki cinsiyet, gebelik, engellilik veya sendikal nedenlerle işverenin ayırım yapma yasağını düzenleyen hükümler işverenin işe alımlarda ayırım yapabileceği kuralının istisnasını değil, tersine genel olarak var olan ayırım yapma yasağının farklı kanunlarda özel olarak düzenlenmiş hallerini oluşturur⁵⁸.

Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu m.3/I-II'ye göre de *"(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"*. Kanun'un istihdam ilişkisinde ayrımcılık yasağını düzenleyen m.6/I'e göre ise, *"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 çalışmak 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"*.

⁵⁶ Doğan Yenisey, a.g.e., (Eşitlik), s.68.

⁵⁷ Doğan Yenisey, a.g.e., (Eşitlik), s.77.

⁵⁸ Süzek, a.g.e., (Eşit Davranma), s.28; Kaya, a.g.e., s.130.

Kişinin niteliği, gerçekleştirilecek faaliyetin türü veya ifa şartları önemli ve kesin bir mesleki gereklilik teşkil ediyorsa farklı muameleye izin verilebilir⁵⁹. Ayrıca iş ile ilgili özelliklerin özgünlüğünün korunması için de farklı muamelede bulunulabilir. Örneğin, sadece kadın modasını göstermek için kadınların veya erkek modasını göstermek için erkeklerin işe alınması son derece makuldur⁶⁰.

Ayrımcılık yasağı, işverenin başvuru sahiplerinden bilgi talebinde bulunma hakkının kapsamını da doğrudan etkilemektedir. Ayrımcılık yasağına ilişkin mevzuat düzenlemeleri, hangi soruların açık bir şekilde yasaklanacağını içermez. Bu durum işvereni, soru yasakları hakkında dikkatlice düşünmeye sevk eder. Eğer soru, işe alımda yasaklanmış olan ayrımcılığı kolaylaştırma amacını taşıyorsa bu kabul edilemez⁶¹. Genel kural, ayrımın haklı görülemeyeceği durumlarda işverenin başvuru sahibinden her konuda bilgi isteyememesidir⁶².

Başvuru sahibi, ayrımcılığa uğradığını iddia ediyor ve ayrımcılığa işaret eden delilleri ortaya koyuyorsa işveren, ayrımcılığa karşı koruma hükümlerinin ihlal edilmediğini kanıtlamakla yükümlüdür. İş başvurusu reddedilen bir başvuru sahibi tazminat talebiyle şikayette bulunursa işveren, başvuru sahibinin neden reddedildiğini her zaman açıklayabilmelidir. İşveren işe alım kararı verirken serbestiye sahip olsa da kararı sübjektif nedenlere dayanıyorsa, ayrımcılığı reddetmek zor olacaktır. Bu nedenle işveren, işe alım kararını her zaman (en azından) objektif kriterlere dayandırmalı ve ispat amacıyla tüm başvuru sahiplerinin başvuru belgelerini saklamalıdır. Ayrıca başvurusu reddedilen başvuru sahiplerine sözlü bilgi vermekten kaçınılmalıdır. Bildirim iadeli taahhütlü posta ile teslim veya e-mail vasıtasıyla yapılabilir⁶³.

⁵⁹ Wisskirchen, a.g.e., s.1492.

⁶⁰ Thomas Kania, Sonja Merten, "Auswahl und Einstellung von Arbeitnehmern unter Geltung des AGG", **ZIP**, 2007, s.9.

⁶¹ Peter Hanau, "Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (arbeitsrechtlicher Teil) zwischen Bagatellisierung und Dramatisierung", **ZIP**, 2006, s.2192.

⁶² Thüsing, a.g.e., AGG § 11, Rn. 15.

⁶³ Wisskirchen, a.g.e., s.1495; Kania, Merten, a.g.e., s.15.

1.3 Sözleşme Öncesi Sorumluluk ve İş Başvurusunda Bulunan Kişinin Yükümlülükleri

Sözleşme taraflar arasında bir anda kurulan bir hukuki işlem değildir. Sözleşme kurulmadan önce taraflar sözleşmenin içeriği ve şartları, karşılıklı hak ve yükümlülükler hakkında görüşmede bulunur ve bilgi verirler. Dolayısıyla bir sözleşmenin yapılması için süreç gereklidir. Taraflar derhal bir sözleşme akdetmek yerine özgürce karar verebilme imkanını kullanmayı isterler⁶⁴.

Borçlar hukuku kapsamındaki herhangi bir sözleşmede olduğu gibi iş sözleşmesi akdedilmeden önce de birtakım yükümlülükler doğar. Genel davranış yükümlülüğü olarak adlandırılan bu yükümlülükler edim yükümlülüklerinden bağımsızdır. İş sözleşmesinin imzalanmasından önce başvuru sahipleri ve işverenler, sözleşme öncesi bir güven ilişkisine (başlangıç ilişkisi) girerler. İş sözleşmesi, özel bir sadakat ve güven ilişkisine dayandığından, işveren ve başvuranın sözleşme görüşmeleri sırasında müzakere tarafının yasal menfaatlerini zarardan koruma ve özen yükümlülüğüne ek olarak, karşılıklı bilgi verme, işbirliğinde bulunma, saygılı davranma yükümlülükleri vardır. Bu yükümlülüklerin temeli dürüstlük (TMK m.2) ve iyi niyet (TMK m.3) kuralına dayanır⁶⁵. Bu, hukuki ilişkiye dahil olanların, diğer tarafın mal varlığı ve kişiliğine yönelik meşru menfaatlerini dikkate almaları, güven ilişkisini zedelememeleri, karşı tarafın hataya düştüğünün fark edilmesi durumunda onu ikaz etmeleri gerektiği anlamına gelir⁶⁶.

Tarafların bu yükümlülüklerinin ortak özelliği, sözleşme tarafının herhangi bir eylemi olmaksızın diğer tarafça bilgilendirilmesidir⁶⁷. Bilgi verme yükümlülüğü iş

⁶⁴ Mustafa Arıkan, “Culpa in Contrahendo Sorumluluğu”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.XVII, S.1, 2009, s.69, 72; Yürekli, a.g.e., s.541.

⁶⁵ Stefan Kursawe, “Die Aufklärungspflicht des Arbeitgebers bei Abschluß von Arbeitsverträgen”, **NZA**, 1997, s.246; Yasemin Durak, “Güven Sorumluluğu ve Culpa in Contrahendo”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.XXV, S.1, 2017, s.242; Serkan Odaman, “İşçinin İşe Başvuru Esnasında İşvereni Yanıltması ve Hukuki Sonuçları”, **Tekstil İşveren Dergisi**, S.274, 2002, s.40; Linck, a.g.e., § 26, Rn. 1; Preis, a.g.e., BGB § 611a, Rn. 260; Kursawe, a.g.e., s.246; Armbrüster, a.g.e., BGB § 123, Rn. 44; Yürekli, a.g.e., s.548-549; Makas, a.g.e., s.153; Ünlü, a.g.e., s.278; Türe, a.g.e., s.230.

⁶⁶ Oğuzman, Öz, a.g.e., s.81; Hitzig, a.g.e., s.13; Yürekli, a.g.e., s.542; Durak, a.g.e., s.243; Arıkan, a.g.e., s.78.

⁶⁷ Klaus Hümmelich, “Aufklärungspflichten des Arbeitgebers im Anbahnungsverhältnis bei ungesicherter Beschäftigung des Arbeitnehmers”, **NZA**, 2002, s.1305; Uzun, a.g.e., s.132.

başvurusunda bulunan taraf için bağlayıcıyken işveren için hukuken geçerlidir. Dolayısıyla sözleşme öncesi sorumluluktan bahsedilebilmesi için taraflar arasında sözleşme görüşmelerinin başlamış olması gereklidir⁶⁸.

1.3.1 İş Başvurusunda Bulunanın Yükümlülükleri

İş başvurusunda bulunan kişinin açıklama yükümlülüğü, gelecekteki iş ilişkisinde işveren için önemli bilgileri ifade etmesi gerektiği anlamına gelir. Bu yükümlülük, sözleşmenin kurulmasına karar verebilme açısından işverenin bilgi edinme hakkının başvuranın kişilik haklarından daha fazla korunmaya ihtiyaç duyduğu ve işverenin kendi başına öğrenemeyeceği bilgileri içerir⁶⁹. Başvuranın iş sözleşmesinin akdedilmesine kadar olan süreçteki bağımsız açıklama yükümlülüğü, yalnız istisnai durumlarda geçerlidir. Kural olarak başvuranın sadece işveren tarafından talep edilmesi halinde, nitelikleri de dahil olmak üzere kendisi hakkında bilgi vermesi gerekir⁷⁰. Bununla birlikte başvuranın bağımsız açıklama yükümlülüğü, işveren tarafından ilgili bir sorgulama veya talep olmaksızın, belirli gerçekler veya koşullar hakkında işvereni dürüstlük kurallarına uygun şekilde bilgilendirme görevi olarak anlaşılır⁷¹. İşverenin durumu öğrenme konusundaki menfaati o kadar büyük olmalıdır ki, başvuran sadece ilgili sorulara doğru cevap vermekle kalmaz, aynı zamanda kendisi hakkındaki bilgileri sorulmadan açıklamak zorunda kalır⁷². Bu yükümlülük, iş başvurusunda bulunan kişinin iş sözleşmesinde öngörülen görevlerini yalnız geçici olarak değil, genel olarak veya uzun bir süre boyunca yerine getiremediği, bu sebeple iş ilişkisinin imkansız hale gelmesi veya en azından işveren tarafından artık beklenememesi durumunda ya da söz konusu gerçekler veya koşullar iş için belirleyici bir öneme sahipse kabul edilmelidir. Bu yükümlülük işveren ve başvuru sahibi arasındaki sözleşme öncesi güven ilişkisinden kaynaklanmaktadır⁷³.

⁶⁸ Linck, a.g.e., § 26, Rn. 1; Preis, a.g.e., BGB § 611a, Rn. 260; Yürekli, a.g.e., s.560.

⁶⁹ Hümmerich, a.g.e., s.1305; Türe, a.g.e., s.230; Ünlü, a.g.e., s.278.

⁷⁰ Benecke, a.g.e., § 33, Rn. 131; Moritz, a.g.e., s.331; Fischinger, a.g.e., Rn. 145.

⁷¹ Tilch, Vennewald, a.g.e., s.50; Preis, a.g.e., BGB § 611a, Rn. 266; Thüsing, Forst, a.g.e., § 7, Rn. 1; Sözer, a.g.e., s.190; Yürekli, a.g.e., s.566; Odaman, a.g.e., s.40.

⁷² Joussen, a.g.e., BGB § 611a, Rn. 111; Odaman, a.g.e., s.40.

⁷³ Moritz, a.g.e., s.333; Joussen, a.g.e., BGB § 611a, Rn. 105; Tilch, Vennewald, a.g.e., s.50.

Açıklama yükümlülüğü işverenin iyi niyetle gönüllü bilgi beklediği durumda da geçerlidir. Başvuran kişi işverenin iyi niyetle bildirmesini bekleyebileceği gerçekleri de belirtmelidir. Bunlar, sözleşmenin kurulduğu tarihte, bildiği kadarıyla kendisinin iş sözleşmesi kapsamında ifa yükümlülüğünü yerine getirmesini imkansız kılan veya öngörülen işe uygunluğunu önemli ölçüde bozan durumlardır⁷⁴.

1.3.2 Sözleşme Öncesi Sorumluluğun İş Başvurusunda Bulunan Kişi Açısından Hukuki Sonuçları

1.3.2.1 Başvuranın Bağımsız ve Kabul Edilebilir Soruyu Açıklama Yükümlülüğünün Sonuçları

Bir iş ilişkisi kurulmadan önce başvuranın açıklama yükümlülüğünün olabileceği iki durum vardır. İlk olarak sözleşme öncesi hukuki ilişki, çalışanın kendisine sorulmadan belirli gerçekleri belirtmesini zorunlu kılabilir. İkinci olarak, açıklama yükümlülüğü işverenden gelen bir sorudan kaynaklanabilir⁷⁵.

Sözleşme görüşmeleri aşamasında iş başvurusunda bulunan adayın, işverenin sorusundan bağımsız olarak bir açıklama yükümlülüğü varsa aday işverene bilgi vermekle yükümlüdür. Açıklama yükümlülüğü, işverenden gelen ilgili bir soruya değil, sözleşme ilişkisinin uygulanabilmesi için açıklanan gerçeğin nesnel önemine dayanmaktadır. Yükümlülüğün yerine getirilmesi doğru bilgiyi gerektirir⁷⁶.

Başvuru sahibinin bağımsız açıklama yükümlülüğü yoksa işveren bilgi ihtiyacını karşılamak için uygun soruları sorabilir. İşveren soru sorma hakkının sınırları kapsamında hareket ederse başvuranın sorulara doğru cevap verme yükümlülüğü bulunur⁷⁷. Fakat iş başvurusunda bulunan kişi, sözleşme öncesi müzakere aşamasında her konuda bilgi vermek zorunda değildir. Aynı zamanda işverene izin verilen bir soruyu yanıtlamayı da reddedebilir. Fakat eğer cevap verirse olumsuz hukuki sonuçlardan kaçınmak için verdiği bilgi doğru olmalıdır⁷⁸. Aldatma hukuka aykırı olduğundan, izin verilebilir bir soruya kusurlu şekilde yanlış cevap veren

⁷⁴ Preis, a.g.e., BGB § 611a , Rn. 288; Linck, a.g.e., § 26, Rn. 8; Fischinger, a.g.e., Rn. 146.

⁷⁵ Benecke, a.g.e., § 33, Rn. 139.

⁷⁶ Benecke, a.g.e., § 33, Rn. 140.

⁷⁷ Joussen, a.g.e., BGB § 611a, Rn. 107; Makas, a.g.e., s.154.

⁷⁸ Benecke, a.g.e., § 33, Rn. 141.

başvuran, sözleşme öncesi yükümlülüğünü ihlal etmiş olur⁷⁹. Başvuran mevcut açıklama yükümlülüğünü ihlal ederse veya kabul edilebilir bir soruyu yanlış cevaplarsa, her iki durumun da yasal sonuçları genellikle aynıdır. Bunlar iş sözleşmenin feshi (İK m.25/II-a) ve tazminattır⁸⁰.

TBK m.36/I'e göre ise *“Taraflardan biri, diğerinin aldatması sonucu bir sözleşme yapmışsa, yanılması esaslı olmasa bile sözleşmeyle bağlı değildir”*. Söz konusu hüküm kural olarak her türlü hukuki işlem açısından uygulanabilse de taraf hilesinin hüküm ve sonuçları İK m.25/II-a'da farklı şekilde ele alınmıştır. TBK m.36/I'de niteliğin önemi olmadan sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı veren hile, iş sözleşmesi söz konusu ise yalnız sözleşmenin esaslı unsurlarından biri üzerinde gerçekleşirse işverene haklı nedenle fesih hakkı verir⁸¹. İşveren İş Kanunu m.25/II-a *“iş sözleşmesi yapıldığı sırada bu sözleşmenin esaslı noktalarından biri için gerekli vasıflar veya şartlar kendisinde bulunmadığı halde bunların kendisinde bulunduğunu ileri sürerek, yahut gerçeğe uygun olmayan bilgiler veya sözler söyleyerek işçinin işvereni yanıltması”* gereği iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilir. Esaslı unsurlar sözleşmenin türüne, genel iş anlayışı ve koşullarına göre sözleşme taraflarının mutlaka üzerinde anlaşması gereken noktalardır. Bu unsurların neler olduğu her sözleşmede ayrı olarak ele alınarak ve somut olayın özellikleri göz önüne bulundurularak değerlendirilmelidir. Ancak aday sözleşmenin esaslı olmayan noktaları hakkında yanlış bilgi vermiş ve söz konusu yanıltma işyerinde olumsuzluklara yol açmışsa verilen yanlış bilgi, geçerli fesih nedeni olarak kabul edilir⁸².

⁷⁹ Joussen, a.g.e., BGB § 611a, Rn. 109; Arıkan, a.g.e., s.77.

⁸⁰ Benecke, a.g.e., § 33, Rn. 143; Fischinger, a.g.e., Rn. 148; Linck, a.g.e., § 26, Rn. 8; Wisskirchen, Bissels, a.g.e., s.169; Yürekli, a.g.e., s.569; Ünlü, a.g.e., s.279; Odaman, a.g.e., s.43; Türe, a.g.e., s.236 vd.. Sözleşme öncesi görüşmelerde taraflar arasında bir uyuşmazlık çıkması halinde görevli mahkeme asliye hukuk mahkemesidir. Y. 9. HD. E.2017/17897, K.2020/13824, T.28.10.2020. Mevcut hukuk açısından bu sonuç doğru olsa da olması gereken hukuk açısından özel bir yasal düzenleme ile sözleşme öncesi görüşmelerdeki kusurdan doğan davalarda iş mahkemesi görevli olması gereklidir. Mustafa Alp, *“İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi”*, **Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2019-2020**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, s.12-13.

⁸¹ Türe, a.g.e., s.222.

⁸² Süzek, a.g.e., (İş Hukuku), s.607, 695; Yürekli, a.g.e., s.574; Odaman, a.g.e., s.40.

Sözleşme müzakereleri bağlamında hileli yanlış beyana rağmen sözleşme sona erdirilmemiş olsa bile işveren tarafından sözleşmenin başlatılmasındaki kusur (culpa in contrahendo) sebebiyle tazminat talebinde bulunulabilir⁸³. Bu durumda uğranılan menfi zarar için tazminat ödenmesi gerekir⁸⁴. Başvuranın açıklama yükümlülüğünün ihlali, sadece ihmalden kaynaklansa dahi bu davranışı da tazminata sorumluluğuna yol açabilir. Örneğin, bildirim yükümlülüğünü göz ardı ederek, hastalık nedeniyle planlanan işin başlangıcında işe başlayamayacağını işverene bildirmeyen iş başvurusunda bulunan kişinin, işverenin pozisyonu başka bir şekilde doldurması için vermek zorunda olduğu iş ilanlarının masraflarını karşılaması gerekir. Bildirim yükümlülüklerini ihmal de olsa ihlal eden kişi, verdiği zarardan işverene karşı sorumludur⁸⁵.

1.3.2.2 Kabul Edilemez Sorular İçin Hukuki Durum

Başvuranın menfaatlerini koruması için koşullarını açıklaması gerekmiyorsa işverenin doğru cevaba yönelik korunmaya değer bir menfaatinden söz edilemez⁸⁶. Dolayısıyla hileli yanlış beyan ancak hukuka aykırı ise feshe sebep olur. Hukuka aykırılık işveren tarafından sorulan sorunun kabul edilebilirliğine veya kabul edilemezliğine bağlıdır⁸⁷.

İşverenin soruları kabul edilemez ise Alman hukuk içtihadında başvurana “yalan söyleme” hakkı verilir. Soruların doğru olmayan bir şekilde yanıtlanması, yaptırımlara yol açamaz ve hileli yanlış beyan nedeniyle iş sözleşmesinin feshini haklı çıkarmaz. Feshin haklı çıkabilmesi için aldatmanın hukuka aykırı olması gerekir⁸⁸. Alman Federal İş Mahkemesi’ne göre, kabul edilemez bir soruya yanlış cevap verilmesi, işe başvuranın sahtekarlığı olarak görülemez. Dolayısıyla kurulmuş olan herhangi bir iş ilişkisine yalan beyan gerekçesiyle itiraz edilemez. Bu nedenle

⁸³ Benecke, a.g.e., § 33, Rn. 149; Strick, a.g.e., s.698; Ertürk, Gürsel, a.g.e., s.440.

⁸⁴ BAG, 19.05.2006 - V ZR 264/05, **NJW**, 2006, s.3139; Benecke, a.g.e., § 33, Rn. 150; Preis, a.g.e., BGB § 611a, Rn. 267.

⁸⁵ BAG, 07.02.1964 - 1 AZR 251/63, **NJW**, 1964, s.1197.

⁸⁶ Benecke, a.g.e., § 33, Rn. 154.

⁸⁷ Armbrüster, a.g.e., BGB § 123, Rn. 19; Benecke, a.g.e., § 33, Rn. 155.

⁸⁸ Benecke, a.g.e., § 33, Rn. 25a; Joussen, a.g.e., BGB § 611a, Rn. 109; Fischinger, a.g.e., Rn. 148; Rehinder, a.g.e., s.758; Yürekli, a.g.e., s.570.

yalnız izin verilebilir bir soruya verilen yanlış cevap, aldatılan işverene iş sözleşmesini feshetme hakkı tanır⁸⁹.

2 İŞ BAŞVURUSUNDA BULUNAN ADAYIN MENFAATİNİ ETKİLEYEBİLECEK SORULAR

İş sözleşmesi görüşmelerinde iş başvurusunda bulunan adaya işveren tarafından yöneltilen sorulardan bazıları kişilik haklarına müdahale edebilir. Dolayısıyla bu soruların yanıtlanmaması ya da yanlış yanıtlanması konusunda başvuranın menfaati söz konusu olabilir. Bu bağlamda iş başvurusunda bulunan adayın menfaatini etkileyebilen ve her durumda yanıtlamakla yükümlü olmadığı bazı soru çeşitlerine yer verilmiştir.

2.1 Kişinin Kimliğine Yönelik Sorular

2.1.1 Yaş

Ülkemizde iş başvurularında yaş sebebine dayalı olarak red cevabı aldığını beyan eden kişi sayısı her ne kadar fazla olsa da iş sözleşmesinin kurulmasında yaş ayrımcılığına yönelik iddialar mahkeme önünde ileri sürülmemiş, bundan dolayı iş başvurularında yaş ayrımcılığına ilişkin yargı kararına rastlanmamıştır⁹⁰.

Literatürde ağırlıklı görüş, yaşa ilişkin sorunun kabul edilemez olduğu yönündedir⁹¹. Öte yandan, yaşın işçinin değerlendirilmesinde önemli bir husus olduğu yönünde görüş de bulunmaktadır. Bu görüşe göre, başvuranın kişiliği, mesleki ve bireysel gelişim aşamaları, ilgili yaş bağlamında değerlendirilemediği sürece işe uygunluğu anlamlı bir şekilde takdir edilemez⁹². Söz konusu görüşe katılmasak Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile ayrımcılık yasağına istisnalar öngörülmüş, hangi soruların hukuka uygun

⁸⁹ BAG, 22.09.1961 - 1 AZR 241/60, NJW, 1962, s.74; BAG, 20.05.1999 - 2 AZR 320/98, NZA, 1999, s.975; BAG, 19.05.1983 - 2 AZR 171/81, AP BGB § 123 Nr. 25; BAG, 07.06.1984 - 2 AZR 270/83, NZA, 1985, s.57; BAG, 21.02.1991 - 2 AZR 449/90, NZA, 1991, s.719; BAG, 05.10.1995 - 2 AZR 923/94, NZA, 1996, s.371; BAG, 06.02.2003 - 2 AZR 621/01, NZA, 2003, s.848.

⁹⁰ Canan Ünal, **İş Hukukunda Yaş Ayrımcılığı**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s.291.

⁹¹ Peter Schrader, "Gestaltungsmöglichkeiten des Arbeitgebers nach Inkrafttreten des AGG", DB, 2006, s.2571; Wisskirchen, a.g.e., s.1494; Wisskirchen, Bissels, a.g.e., s.172; Künzl, a.g.e., s.235; Ünal, a.g.e., s.298-299.

⁹² Kania, Merten, a.g.e., s.12; Hanau, a.g.e., s.2193; Fischinger, a.g.e., Rn. 130.

olduğuna ilişkin kanuni esaslara kavuşulmuştur⁹³. Kanun’da belirtildiği üzere, hizmetin gereklilikleri sebebiyle yaş sınırlarının belirlenmesi ve uygulanması, gerekli ve amaçla orantılı olması şartıyla işe alımlarda yaşa dayalı farklı muamele yapılabilir (TİHEKK m.7/I-c)⁹⁴.

Hukukumuzda asgari çalışma yaşı İş Kanunu’nda düzenlenmiş olup 15’tir (İK m.71/I). Bununla birlikte uygulamada kanuni esaslardan ayrılan toplu iş sözleşmesi hükümleri ve iş ilanlarında bulunan işe alım şartları (hafif işlerin görüldüğü işyerlerinde toplu iş sözleşmesinde 18 yaşından küçüklerin çalıştırılmasının yasak olması gibi) ile karşılaşılacaktır. Bunların geçerli olup olmadığı yaş ayrımcılığı yasağı kapsamında yapılan inceleme ile tespit edilebilir⁹⁵. Buna karşın kişiye 18 yaşından büyük olup olmadığına ilişkin soru, doldurulacak pozisyon reşit olma yaşını gerektiriyorsa izin verilir. Fakat “Yaşınız kaç?” şeklinde genel bir sorunun sorulması uygun değildir⁹⁶. Ayrıca işveren işe alım konusunda yaşa ilişkin azami veya asgari sınırlar koyuyor ve soru bu sınırlara ulaşıp ulaşılmadığını belirlemeyi hedefliyorsa, yaşa ilişkin soru sorabilir⁹⁷. Örneğin özellikle genç veya yaşlı insanlara hitap eden danışma merkezinde, belirli becerilere ve müşteri beklentilerine yönelik profesyonel bir ihtiyaç olması halinde belirli yaş grubu tercih edilebilir⁹⁸. Burada işverenin objektif, makul ve meşru amaca dayalı haklı bir menfaatinin olması gerekir⁹⁹.

İşverenin faaliyeti bir sunum gerektiriyorsa, sunum nedeniyle yalnızca görüşlerine göre belirli bir yaş grubuna ait olan adayları işe almasının hukuka uygun olup olmadığı sorusunun yanıtlanması gerekir. Örneğin, yaşlılar için malzeme satan bir mağaza özellikle kır saçlı adayları işe alabilir mi? Alman Genel Eşit Muamele Kanunu’na göre işverenler, yaşları nedeniyle çalışanları dezavantajlı duruma getiremez (AGG m.7/I). Kanun kapsamında iş başvurusunda bulunanlar da

⁹³ Ünal, a.g.e., 297.

⁹⁴ Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Dilek Kayaalp, “Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu ile Getirilen Ayrımcılık Yasağı İstisnalarının İş Hukukundaki Görünümü Üzerine Genel Bir Değerlendirme”, *Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.I, S.1, 2019, s.87.

⁹⁵ Ünal, a.g.e., s.303.

⁹⁶ Gregor Thüsing, “Der Fortschritt des Diskriminierungsschutzes im Europäischen Arbeitsrecht”, *ZfA*, 2001, s.409; Thüsing, a.g.e., AGG § 11, Rn. 19.

⁹⁷ Linck, a.g.e., § 26, Rn. 24; Schrader, a.g.e., s.2573.

⁹⁸ Benecke, a.g.e., AGG § 8, Rn. 47; Ünal, a.g.e., s.311-312.

⁹⁹ Wisskirchen, a.g.e., s.1493.

çalışan olarak kabul edilir (AGG m.6/I). Fakat gerçekleştirilecek faaliyetin türü veya gerçekleştirildiği koşullar, temel ve belirleyici bir mesleki gereklilik oluşturuyorsa amacın hukuka uygun olması ve gerekliliğin makul olması şartıyla ayrımcılığa izin verilir (AGG m.8/I). Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu kapsamında da istisnai haller dışında iş başvurusunda bulunan kişilere işe alımlarda yaş sebebiyle ayrımcılık yapılamaz (TİHEKK m.6). Buradan hareketle işverenin, iş başvurusunda bulunan kişinin şirketini yaşı nedeniyle yeterince temsil edemeyeceğine inanması halinde başvuranın dezavantajlı olup olmadığı sorusu ortaya çıkmaktadır¹⁰⁰. Bu tür durumlarda işveren belirli bir yaş grubuyla çalışmayı talep ederse ve başvuranlara yaşını sorarsa kanımızca bu, doğrudan bir dezavantaj oluşturur ve ayrımcılık içerir. Mankenlik ajansları gibi estetik gerekliliklerin ön planda olduğu sektörlerde önemli olan kişinin gerçek yaşından ziyade görüldüğü yaştır. Bu sektörlerde estetik sebepler dolayısıyla iş başvurusunun reddi ayrımcılık oluşturmaz. Fakat literatürde estetik nedenlerle sunum gerektiren işlerde yaşa dayalı farklı muamele yapılacağı ifade edilmiştir¹⁰¹. Bizim görüşümüz farklı muamelenin yaştan ziyade estetik görünüşe göre yapılabileceği yönündedir. Günümüzde kişilerin genel görünüşlerinden yaşlarını tahmin etmek her zaman mümkün olmayabilir. Bir kişi kişisel bakımına ve sağlığına önem veriyorsa gerçek yaşından çok daha genç görünebilir. Tersine durum da söz konusu olabilir. Dolayısıyla yürütülen işte estetik gereklilik, yaşa yönelik soruyu haklı çıkarmayacaktır. Burada dış görünüş göz önünde bulundurulmalıdır. Dolayısıyla estetik nedenlerle iş başvurusu reddedilen kişi, sözleşme öncesi sorumluluğa dayanarak herhangi bir talepte bulunma hakkına sahip değildir.

Emeklilik yaşının önceden öngörülebilir olduğu durumlarda işe alım için maksimum bir yaş belirlemenin haklı olabileceği ileri sürülmüştür. Bu gerekçe, işyerinde zaman alan eğitimin aynı zamanda ekonomik açıdan anlamlı olan minimum üretken çalışma süresi ile eşleşmesi gerektiği düşüncesine dayanmaktadır¹⁰². Fakat kanımızca işe alımlarda emeklilik yaşı gerekçesine dayalı üst sınırdan yaş belirlenmesi kabul edilemez. Emeklilik yaşı gelmiş bir kişinin emekli olmak istemesine yönelik düşünce bir varsayımdan ibarettir. Ayrıca yaşla

¹⁰⁰ Michael Duchstein, “Ästhetische Kriterien in der Personalauswahl”, NJW, 2013, s.3067.

¹⁰¹ Duchstein, a.g.e., s.3068.

¹⁰² Wisskirchen, a.g.e., s.1493.

birlikte performansın azaldığına dair genel yargının, işe alım kararında bir gerekçe olamayacağı yönünde görüş birliği vardır¹⁰³. Kişi emekliliğe hak kazandığı durumda da çalışmaya devam etmek isteyebilir. Ülkemiz şartları göz önüne alındığında emeklilikte yaşa takılan¹⁰⁴ çok sayıda kişi, çalışma istekliliğine rağmen yaş gerekçesi sebebiyle iş bulamamaktadır. Söz konusu durum kendileri için büyük bir dezavantaj yaratmaktadır. Kanımızca istihdam için azami yaş sınırına yalnız fiziksel dayanıklılığın işin önemli bir parçası olması durumunda izin verilebilir. Bununla birlikte bir işveren, işe alımı kabul edilemez bir üst sınıra bağlarsa yaş sorusu kabul edilemez bir dezavantaj niyetini ifade eder. Bu durumda yaşını yanlış bildiren kişinin iş sözleşmesinin yalan beyanda bulunması gerekçesine dayalı olarak feshedilemeyeceğini düşünüyoruz. Kanımızca başvuran, ilgili pozisyonu elde etmek istiyor fakat yaşının kendisi için dezavantaj oluşturduğunu düşünüyorsa yaşı ile ilgili yanlış beyanda bulunabilir. Fakat başvuranın yalan söyleme hakkı bağlamında yaşını yanlış söyleyerek işvereni aldatması da pek bir anlam ifade etmemektedir. Çünkü iş başvurusunda sunulması gereken belgeler, yaşla ilgili sonuçlara varılmasına izin vermektedir.

2.1.2 Irk, Etnik Köken ve Doğum Yeri

“Rak” terimi, bir kişinin yaşam boyu, kalıtsal dış görünüş özellikleri nedeniyle belirli bir insan grubuna ait olmasını tanımlar. “Etnik köken terimi” ise daha geniş olarak anlaşılmalıdır. Terim sosyal grupların, özellikle ortak bir kültürel ve geleneksel köken, dil, milliyet, din ve yaşam ortamı ile karakterize edildiğı düşüncesine dayanmaktadır¹⁰⁵.

¹⁰³ Thüsing, a.g.e., s.409.

¹⁰⁴ Ülkemizde 08.09.1999 öncesi dönemde sigortalılık süresi ve prim ödeme gün sayısını tamamlayan çalışanlar emekliliğe hak kazanıyordu. 08.09.1999 tarihli 23810 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 4447 sayılı Kanun ile 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu’na getirilen değışiklikle bu iki kriterin yanına kademeli olarak yaş şartı da eklenmiştir. Emeklilikte yaşa takılanlar sigorta başlangıç tarihi 09.09.1999’dan önce olanları ve emekli olabilmek için gerekli sigortalılık süresi ve prim ödeme gün sayısı şartını sağlamış olsa bile yaşı sebebiyle emekli olamayanları kapsamına alır.

¹⁰⁵ Ahrendt, a.g.e., § 36, Rn. 5-6; Tuncay, a.g.e., s.728. BAG, 23.11.2017 - 8 AZR 372/16, **NZA-RR**, 2018, s.287.

Kişiye iş başvurusunda ırkına, etnik kökenine, kendisinin veya akrabalarının doğum yerine ilişkin soru sorulması ayrımcılığa sebep olabilir¹⁰⁶. İş başvurularında etnik çatışmalar veya güvenlik kaygıları sebebiyle ırk ve etnik kökene yönelik soruların eşit olmayan muameleyi haklı çıkarıp çıkaramayacağı konusunda çok fazla tartışma vardır. İşyeri güvenliğinin ciddi bir şekilde bozulması ya da çalışanların yaşam ve uzuv tehlikesi söz konusu olduğunda işverenin işyerini ve çalışanlarını koruma görevi mesleki gerekliliklerden biridir. Bununla birlikte güvenlik endişeleri söz konusu olduğunda, başvuranın ya da çalışanın etnik kökeninden ziyade şahsında somut deliller bulunmalıdır. Örneğin işverenin başvuru sahibine etnik kökenini sorması ve aldığı cevap üzerine “Çinliler endüstriyel casusluk yapar.” düşüncesiyle bir iş başvurusunu reddetmesi kabul edilemez¹⁰⁷.

Etnik köken, örneğin bir Japon restoranında çalışacak bir kişinin Japon olma şartı veya Türk kökene sahip Almanlar için bir danışma merkezinde çalışacak kişinin Türk kökenli olma şartı gibi konularda da problem oluşturabilmektedir. Burada değerlendirmede bulunulurken etnik kökenden ziyade, başvuruda bulunan kişinin mesleki yeterlilik kapsamında işletmenin amacına uygun olup olmadığına, halkın istek ve ihtiyaçlarını karşılayıp karşılamadığına bakılmalıdır¹⁰⁸.

2.2 Sağlık Durumuna Yönelik Sorular

Kural olarak işveren, iş başvurusunda bulunanların sağlık durumunu öğrenme konusunda meşru bir menfaate sahiptir. Bir başvuru sahibinin sağlığı, başından itibaren işe uygun olmayabilir veya daha sonra çalışma yükümlülüğünün yerine getirilmesini imkansız kılabilir. Bununla birlikte bu veriler, kişinin mahremiyet alanına temas ettiğinden sağlık durumuna ilişkin sorular kişilik hakları ile çatışmaktadır¹⁰⁹. Sağlık durumu hakkındaki sorular, başvuranın özel nitelikli kişisel verileri ile ilgilidir ve kişilik hakkına tehdit oluşturabilir. Dolayısıyla bu soruların sorulmasına yalnız istisnai durumlarda izin verilir. İşverenin cevaplanmasına izin verilen herhangi bir sorudan daha fazla gerekçeye ihtiyacı vardır. İşverenin işyeri,

¹⁰⁶ Thüsing, a.g.e., AGG § 11, Rn. 19; Preis, a.g.e., BGB § 611a, Rn. 275.

¹⁰⁷ Benecke, a.g.e., AGG § 8, Rn. 29.

¹⁰⁸ Benecke, a.g.e., AGG § 8, Rn. 30; Wisskirchen, a.g.e., s.1493; Thüsing, a.g.e., s.400.

¹⁰⁹ Benecke, a.g.e., § 33, Rn. 37; Wisskirchen, Bissels, a.g.e., s.171.

diğer çalışanlar veya yürütülen iş konusunda sorunun yanıtlanmasında bir menfaati varsa diğer bir ifadeyle işverenin menfaati nesnel olarak güçlüyse çalışanın kişilik haklarının korunmasındaki menfaati ve özel alanının dokunulmazlığı ikinci sırada yer almalıdır. Bununla birlikte cevaplanması istenen sorunun, başvuru iş konusuna giren faaliyetle yeterli bir bağlantısının olup olmadığı her zaman sorulmalıdır. Buradan sağlık durumuna yönelik genel kapsamlı sorunun kabul edilemez olduğu sonucu çıkmaktadır. Bir soru ancak doldurulacak pozisyonla açıkça ilgiliyse kabul edilebilir¹¹⁰.

2.2.1 Hamilelik

İşveren tarafından sözleşme görüşmelerinde iş başvurusunda bulunan kişiye hamile olup olmadığı ya da hamileliği düşünüp düşünmediği şeklinde sorular sorulması uygulamada sıklıkla karşılaşılan bir durumdur. Bu soruların altında yatan neden, işverenlerin iş sözleşmesinin kurulmasından kısa bir süre sonra doğması muhtemel ekonomik külfetleri ya da çalışma şartlarında oluşabilecek değişiklikleri tahmin etmek istemesidir¹¹¹. Uzun bir süre boyunca hamileliğe ilişkin soru sorulması tartışmalı konuların başında gelmiştir. İçtihat başlangıçta hamileliğe ilişkin soruya cömertçe izin verirken, sonraki dönemlerde giderek daha dar sınırlar getirmiştir. Hamileliğe ilişkin soru, günümüzde cinsiyet nedeniyle ayrımcılık anlamına geldiğinden kabul edilmemektedir¹¹². Bu kapsamda son cinsel ilişki, son adet dönemi veya doğum kontrol haplarının kullanımı ile ilgili sorular da kesinlikle kabul

¹¹⁰ Martin Franzen, “BDSG § 26 Datenverarbeitung für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses”, **Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht**, 22.Auflage, C.H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, München, 2022, Rn. 17; Gaye Burcu Yıldız, “Türk İş Hukukunda Özürlülük ve Sağlık Durumuna Dayalı Ayrımcılık Yasağı”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S.10, 2008, s.83; Jousen, a.g.e., BGB § 611a, Rn. 124; Kaplan, a.g.e., (Kişilik Hakkı), s.378; Kaplan, a.g.e., (Mukayese), s.54; Odaman, a.g.e., s.41; Civan, a.g.e., s.294.

¹¹¹ İftar Cengiz, “Kadın İşçilerin Hamilelik ve Analık Durumlarının İş Sözleşmesine Etkisi”, **Kamu-İş**, C.X, S.4, 2009, s.27.

¹¹² Hellmut Wißmann, “EuGH: Neues zur Geschlechtsdiskriminierung”, **DB**, 1991, s.651; Ali Cengiz Köseoğlu, Ayça Kaya, “Türk İş Hukukunda Kadın İşçilerin Korunması”, **Legal İSGHD**, C.VIII, S.29, 2011, s.67; Thüsing, a.g.e., AGG § 11, Rn. 21; Thüsing, Lambrich, a.g.e., s.1148; Armbrüster, a.g.e., BGB § 123, Rn. 48; Künzl, a.g.e., s.237; Ehrich, a.g.e., s.425; Däubler, a.g.e., s.104; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, Özkaraca, a.g.e., s.620; Yürekli, a.g.e., s.551; Gürsel, a.g.e., s.811; Cengiz, a.g.e., s.28; Kaplan, a.g.e., (Kişilik Hakkı), s.379; Kaplan, a.g.e., (Mukayese), s.55; Civan, a.g.e., s.299. Sözleşme görüşmelerinde iş başvurusunda bulunan kadın adayın hamileliğini bilmesinde işverenin haklı çıkarı olduğu, işin niteliği açısından gerekli olmasa da işverenin hamile işçisine karşı yükümlülükleri sebebiyle başvuranın hamile olup olmadığı veya yakın zamanda hamile kalıp kalmayacağına ilişkin soru sorabileceğine yönelik karşı görüş için bkz. Odaman, a.g.e., s.42.

edilemez. İşveren ayrıca hamileliğe ilişkin bir belgenin sunulmasını talep edemez¹¹³. Ayrıca literatürde hamileliğin geçici bir olgu olması sebebiyle istihdam yasağı söz konusu olsa da hamileliğe yönelik soruların sorulmasına da izin verilemeyeceği isabetli olarak ileri sürülmüştür¹¹⁴. Bununla birlikte iş başvurusunda kadınların mı yoksa erkeklerin mi başvurduğuna yönelik bir ayırım artık mümkün değildir. Ancak başvuru sahibinin iş pozisyonunu almaya objektif olarak uygun olmaması, amaçlanan faaliyetin hiçbir şekilde yerine getirilememesi durumunda (örneğin bir manken veya dansçı) hamilelikle ilgili soruların sorulabileceği kabul edilmektedir¹¹⁵.

Almanya’da AGG m.3/I’de bir kadının, istihdama erişim koşulları, seçim kriterleri, mesleki ilerleme konusunda hamilelik veya analık nedeniyle daha az lehte muamele görmesi durumunda cinsiyete dayalı doğrudan ayrımcılığın söz konusu olduğu düzenlenmiştir. Ayrıca AGG m.7/I cinsiyete dayalı ayrımcılığı yasaklamaktadır. Sadece kadınlar hamile kalabileceğinden, hamilelik cinsiyete özgü bir farklılaşma kriteridir¹¹⁶. AGG m.6/I’e göre başvuru sahipleri de çalışan olarak kabul edildiğinden, bir iş ilişkisi kurulurken hamilelik nedeniyle ayrımcılık yasağına uyulmalıdır. Bu nedenle işveren, seçim kararını hamileliğe bağlı olarak vermemelidir. Bu, en etkili şekilde hamileliğe ilişkin bilgi edinme hakkının reddedilmesiyle garanti edilir¹¹⁷. Mevzuatımızda İK m.5/I’de iş ilişkisinde ayrımcılık yasaklanmışken, m.5/III’te, “... iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, ...” hamilelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapılamayacağı düzenlenmiştir. Ayrıca TİHEKK m.6/III’e göre; “İşveren veya işveren tarafından yetkilendirilmiş kişi, istihdam başvurusunu gebelik, annelik ve çocuk bakımı gerekçeleriyle reddedemez”.

¹¹³ Ehrich, a.g.e., s.425; Odaman, a.g.e., s.42.

¹¹⁴ Preis, Bender, a.g.e., s.1322.

¹¹⁵ Benecke, a.g.e., § 33, Rn. 68; Moritz, a.g.e., s.331; Tuncay, a.g.e., s.765; Gürsel, a.g.e., s.812; Köseoğlu, Kaya, a.g.e., s.67; Manav, a.g.e., s.117; Cengiz, a.g.e., s.28; Kaplan, a.g.e., (Kişilik Hakkı), s.379; Kaplan, a.g.e., (Mukayese), s.55; Odaman, a.g.e., s.42.

¹¹⁶ Ulrich Pallasch, “Diskriminierungsverbot wegen Schwangerschaft bei der Einstellung”, **NZA**, 2007, s.306; Stefan Kutsch, “Die Rechtsprechung des EuGH zur Gleichbehandlung von Mann und Frau”, **BB**, 1991, s.2152.

¹¹⁷ Pallasch, a.g.e., s.307.

Avrupa Adalet Divanı, anne adaylarını koruyan kuralların uygulanmasının uzun süreli istihdama erişim açısından dezavantaj yaratmaması gerektiğini belirtmiştir¹¹⁸. Alman Federal İş Mahkemesi hamileliğe ilişkin soruların sorulamamasına ilişkin gerekçesini, öncelikle hamileliğin işverene aşırı bir yük getirmeyen geçici doğasına dayandırmıştır. Mahkeme’ye göre bir ulusal mahkeme, izlediği hedefe ulaşmak için mümkün olduğu kadar ulusal hukukun yorumunu, ilgili topluluk hukuku direktiflerinin sözleri ve amacı ile uyumlu hale getirmelidir. Bu ilke, topluluk hukukunun ulusal hukuk üzerindeki önceliğinden kaynaklanmaktadır. Avrupa Adalet Divanı içtihat hukuku bu konuda özel bir önem taşımaktadır. Adalet Divanı içtihadı, bir kadının sürekli istihdamından önceki bir hamilelik durumuna ilişkin sorunun artık kabul edilemez olduğunu varsaymaktadır. Hamilelikle ilgili sorunun cevabı olumsuz olsa bile bu, “kötü niyetli aldatma” teşkil etmez¹¹⁹.

Belirsiz süreli olarak bir pozisyonun doldurulması söz konusu ise hamileliğin geçici olması sebebiyle hamileliğe ilişkin soru sorulmaması gerekir. Fakat kanımızca belirli süreli iş sözleşmesi gibi kısa süreli iş ilişkilerinde, işe alımlarda sözleşme ilişkisi henüz başlamamışken hamileliğe ilişkin soru sorulması farklı değerlendirilebilir. Doğum izni nedeniyle performansın kesintiye uğraması, istihdam ilişkisinin zaman boyutuyla ilişkilendirilmelidir. Örneğin 2 aylık bir belirli süreli iş sözleşmesi için iş başvurusunda bulunan, hamileliğinin son günlerinde olan bir kişi sözleşme başladıktan hemen sonra doğum yaparsa tüm sözleşme ilişkisi boyunca faaliyetten uzak kalacaktır. İş gücünün, belirli süreli işin “önemli bir bölümünde” kaybedilmesi durumu düşünüldüğünde işverenin menfaati zarar görecektir. Bununla birlikte bu “önemli bölüm” somut rakamlarla belirlenemez. İşverenin sözleşmenin tam olarak yerine getirilmesindeki menfaati, başvuranın kısa bir süre için bile olsa işgücü piyasasında bir yer edinme konusundaki olası menfaatine karşıdır. Bu çıkar çatışması, istihdam aksama süresinin yalnızca nicel bir değerlendirmesiyle tatmin edici bir şekilde çözülemez. İstihdamın türü (örneğin, geçici veya deneme süreli istihdam), iş gereksiniminin aciliyeti gibi niteliksel yönler de dikkate alınmalıdır. Ek olarak, belirli süreli sözleşmenin uzunluğu (örneğin üç yıl veya sadece üç ay) gibi

¹¹⁸ ABAD, 03.02.2000 - Rs. C-207/98, **EuZW**, 2000, s.209.

¹¹⁹ BAG, 06.02.2003 - 2 AZR 621/01, **NZA**, 2003, s.848.

niceliksel unsurlar kullanılmalıdır¹²⁰. Örneğin, hamile bir başvuru sahibi 5 aylık bir belirli süreli sözleşmenin tüm süresi boyunca çalışabiliyorsa fakat aynı zamanda iş ilişkisinin sona ermesinden sadece birkaç gün önce bir çalışma yasağı söz konusuysa, hamileliği istihdam için engel oluşturmamalıdır. Fakat belirtildiği üzere kısa süreli iş ilişkisinde hamilelere ilişkin istihdam yasakları ve diğer yasal koruma kurallarının müdahalesi, öngörülen çalışma süresi boyunca çalışmanın mümkün olmadığı veya neredeyse imkansız olduğu anlamına gelirse hamileliğe ilişkin soru sorulmasının mümkün olduğunu düşünmekteyiz¹²¹.

İş başvurusunda hamileliğe yönelik gerçek dışı beyanın kötü niyetli bir aldatma olmadığını düşünsek de “yalan söyleme” ya da “doğruyu söylememe” hakkının kötüye kullanılması yönünden bir istisnanın düşünülüp düşünülemeyeceği sorusu akla getirmektedir. Bir kişi çalışamayacağını bilmesine rağmen iş başvurusunda bulunursa çelişkili bir şekilde hareket eder. Aynı zamanda, hamile bir başvuru sahibinin ilgili pozisyonu almaktan ziyade yalnız ayni ve parasal fayda elde etmek (toplu iş sözleşmesi kapsamında doğum yapana sağlanan ayni ve maddi destekler, işverenin hamile çalışanlarına yaptırdığı özel sağlık sigortası vs.) amacıyla yaptığı başvuru hakkın kötüye kullanılması anlamına gelir¹²². Ancak bu durumların ispatı imkansız denecek derecede güçtür.

2.2.2 Engellilik

Sosyal hayatta özel olarak korunması gereken gruplar arasında kabul edilen engellilerin istihdam edilebilmesi oldukça önemlidir. Engellilerin çalışma hayatına aktif katılamaması kendilerinin ve ailelerinin ekonomik geleceğini tehdit etmekte, toplumsal barışın zedelenmesine neden olmaktadır¹²³. Engellilerin yaşadıkları sorunların toplumsal sorunlar olması ve herkesi ilgilendirmesi sebebiyle bu

¹²⁰ Pallasch, a.g.e., s.308.

¹²¹ Boemke, a.g.e., (Zivildienst), s.134; Karşı görüş için bkz. Jousen, a.g.e., BGB § 611a, Rn. 114.

¹²² Benecke, a.g.e., § 33, Rn. 79; Thüsing, a.g.e., BetrVG § 94, Rn. 14; Thüsing, Lambrich, a.g.e., s.1148; Yürekli, a.g.e., s.553.

¹²³ Ömer Ekmekçi, Ayşe Köme Akpulat, Ayşe Ledün Akdeniz, **İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku**, 2.b., On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, s.513; Ayşe Köme Akpulat, “İşverenin Engelli İşçi Çalıştırma Yükümlülüğü”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C.LXXVII, S.2, 2019, s.527.

sorunların çözümü için de tüm toplum kesiminin bilgilendirilmesi ve katılımın sağlanması gereklidir¹²⁴.

ILO'nun 159 No'lu Mesleki Rehabilitasyon ve İstihdam (Sakatlar) Sözleşmesi m.1'de engelli; *“uygun bir iş temini muhafazası ve işinde ilerlemesi hususundaki beklentileri, kabul edilmiş fiziksel veya zihinsel bir özür sonucu önemli ölçüde azalmış olan bir bireyi”* ifade etmektedir¹²⁵. 5378 sayılı Engelliler Hakkında Kanun m.3/I-c'de de engelli; *“Fiziksel, zihinsel, ruhsal ve duyuşsal yetilerinde çeşitli düzeyde kayıplarından dolayı topluma diğer bireyler ile birlikte eşit koşullarda tam ve etkin katılımını kısıtlayan tutum ve çevre koşullarından etkilenen birey”* olarak tanımlanmıştır.

Avrupa Adalet Divanı'na göre, bir kişinin iş kazası sonucu geçici olarak çalışamaz durumda olması, kendi başına o kişinin kapasitesinin sınırlandığının uzun süre kabul edileceği anlamına gelmez. Engellilik, özellikle fiziksel veya zihinsel bozukluklardan kaynaklanan ve ilgili kişinin çalışmaya katılımına engel teşkil eden uzun süreli sınırlamaları içerir. Uzun süreki sınırlamanın değerlendirilmesinde mahkeme, bilinen tüm nesnel faktörlere, özellikle ilgili kişinin sağlık durumuna ilişkin mevcut tıbbi ve bilimsel bilgi ve verilere dayanan belgelere dayanmalıdır¹²⁶.

Alman Genel Eşit Muamele Kanunu (AGG) m.1'de Kanun'un amacının ırk veya etnik köken, cinsiyet, din veya inanç, engellilik, yaş veya cinsel kimliğe dayalı ayrımcılığı önlemek veya ortadan kaldırmak olduğu belirtilmiştir. AGG m.8/I'de ise m.1'de belirtilen bir sebebe dayalı farklı muamele, bu sebebin gerçekleştirilecek faaliyetin doğası veya ifa koşulları nedeniyle önemli ve belirleyici bir mesleki gereklilik teşkil etmesi halinde, amacın meşru olması ve gerekliliğin makul olması koşuluyla izin verileceği düzenlenmiştir. Doğrudan ayrımcılık dezavantajlı grup üyeleri üzerinde kasıtlı olarak olumsuz etkiler yaratan kurumsal norm ve kültürün getirdiği rutin uygulamalardır. Bir kişinin engellilik nedeniyle başka bir kişinin deneyimleyeceği veya yaşayacağından daha az elverişli muamele görmesi doğrudan

¹²⁴ Subaşı, a.g.e., s.490.

¹²⁵ Sözleşme kapsamında üye devletlerin engelliler açısından bir istihdam politikası geliştirmesinin altı çizilmiş, bu politikanın engelli işçiler ile engelli olmayan işçiler arasında fırsat eşitliği ilkesine dayanması gerektiği belirtilmiştir. Subaşı, a.g.e., s.486; Köme Akpulat, a.g.e., s.531.

¹²⁶ ABAD, 01.12.2016 – C-395/15, **EuZW**, 2017, s.263-264.

ayrımcılık olarak kabul edilecektir. Dolaylı ayrımcılık ise dezavantajlı grup üyelerine zarar verme amacı taşımasa da getirilen kurallar ve yapılan düzenlemelerin bu grup üzerinde olumsuz etkilerinin görüldüğü uygulamalardır. Tarafsız düzenlemeler, kriterler veya prosedürler kişileri engellilik nedeniyle diğer kişilere kıyasla belirli bir dezavantaja sokuyorsa söz konusu düzenlemeler, kriterler veya prosedürler bir temele dayanmadıkça dolaylı ayrımcılık söz konusudur. Dolaylı ayrımcılığın söz konusu olmaması için meşru amaç nesnel olarak gerekçelendirilmeli ve bu amaca ulaşmak için araçlar uygun ve gerekli olmalıdır¹²⁷. AGG m.8/I, engelliliği ve dolayısıyla engellilikle ilgili soruları dikkate almak için iki sınır belirler. Birincisi, gerçekleştirilecek faaliyetin niteliğinden veya ifa şartlarından türetilen ve amacı meşru olan bir gereklilik olmalıdır. İkincisi, “önemli” ve “makul” kavramları, orantılılık ve her iki tarafla ilgili temel hakların dengelenmesine ilişkin gereklilikleri ifade eder. Mesleki gereksinimler, her ilgili işyeri için ayrı ayrı belirlenmelidir¹²⁸. Bu durumda yapılacak işten bağımsız olarak yalnız engellilik durumuna ilişkin soru sorulmamalıdır.

Mevzuatımızda TİHEKK m.3/II’e göre, engellilik temeline dayalı ayrımcılık yasaktır. Aynı zamanda ayrımcılık yasağını düzenleyen AY m.10/I ve İK m.5/I’de yer alan “ve benzeri” sebepler arasında engelliliğin de yer alması gereklidir¹²⁹. Engellilik durumuna ilişkin özel düzenleme getiren 5378 sayılı Özürlüler ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun m.14/I’e göre, *“İşe alımda; iş seçiminden, başvuru formları, seçim süreci, teknik değerlendirme, önerilen çalışma süreleri ve şartlarına kadar olan safhaların hiçbirinde özürlülerin aleyhine ayrımcı uygulamalarda bulunulamaz”*.

Literatür engelliliğe ilişkin soru sorulmasını büyük ölçüde kabul edilemez olarak değerlendirilmektedir¹³⁰. Literatüre göre bunun bir argümanı, hiç kimsenin özür ve

¹²⁷ Franz Josef Düwell, “Die Neuregelung des Verbots der Benachteiligung wegen Behinderung im AGG”, **BB**, 2006, s.1742; Günter Schaub, “Ist die Frage nach der Schwerbehinderung zulässig?”, **NZA**, 2003, s.300; Yıldırım, a.g.e., s.24.

¹²⁸ Benecke, a.g.e., § 33, Rn. 41; Hanau, a.g.e., s.2193.

¹²⁹ Doğan Yenisey, a.g.e., (Eşitlik), s.68.

¹³⁰ Jacob Jousen, “Schwerbehinderung, Fragerecht und positive Diskriminierung nach dem AGG”, **NZA**, 2007, s.174; Thomas Messingschlager, “„Sind Sie schwerbehindert?“ - Das Ende einer (un)beliebten Frage”, **NZA**, 2003, s.301; Steffen Krieger, Tanja Rudnik, “Vorsicht Falle! – Typische Fehler im Bewerbungsverfahren – Teil 2”, **ArbRAktuell**, 2017, s.452; Frank Bayreuther,

sakatlığından dolayı mağdur edilemeyeceğidir. Avrupa Adalet Divanı'nın hamileliğe ilişkin soruya yönelik mülahazaları, engelliliğe yönelik sorulara da uygulanabilir. Nasıl ki sadece kadınlara hamileliğe ilişkin soru soruluyor ve bu durum kadınlar için dezavantaj oluşturabiliyorsa, engelliliğe ilişkin soru da sadece engellileri etkilemektedir¹³¹. Engelli kişilere eşit olmayan muameleye yalnızca farklılaşma, cinsiyete dayalı eşit olmayan muameleyi de meşrulaştıran benzer ciddi düşüncelerle haklı çıkarılırsa izin verilebilir¹³².

Günümüzde engellilik ile ilgili sorular eşitliğe aykırı muamele olarak kabul edilir. Bu nedenle doldurulacak pozisyonun (fiziksel) gerekliliklerinden bağımsız olarak engelliliğe ilişkin soru sorulmasına izin verilmemelidir. Engellilikle ilgili kapsamlı bir soru haklı gösterilemez. Kural olarak, işe alım sürecinin bir parçası olarak fiziksel uygunluğa ilişkin sorular, görülecek iş için önemli olan nitelik özelliklerinin ötesine geçen bilgileri hedefliyorsa kabul edilemez. Fiziksel uygunluk gerçekleştirilecek faaliyetin türü veya gerçekleştirilme koşulları nedeniyle önemli ve belirleyici bir mesleki gerekliliği temsil ediyorsa, başvuru sürecinde engellilikle ilgili bir soru haklı görülebilir¹³³. İşveren bu durumda engellilikle ilgili bir soru sormaya karar verirse soyut sorulardan kaçınmaya özen göstermelidir. Sorulması gereken soru, başvuru sahibinin beklenen görevleri yerine getirmesini imkansız kılacak bir engeli veya ağır bir engelinin olup olmadığıdır. Bu durumda, “Beklenen görevleri yerine getirmenizi imkansız kılacak bir engeliniz var mı?” şeklinde soru sorulması uygundur. Vücuttaki herhangi bir engel, başvurayı dezavantajlı duruma getirmek için yeterli bir sebep oluşturmaz. Ayrıca işverenin işe başvuran kişilere yalnız “belirli” bir engeli olup olmadığı hakkında soru sorması da ayrımcılık oluşturur¹³⁴. Fakat işveren iş görüşmesinde başvurana belirli fiziksel gereksinimleri karşılama yeteneğine ilişkin uygun bir soruyu yöneltir, fakat engelli başvuru sahibi, işverenin

“Einstellungsuntersuchungen, Fragerecht und geplantes Beschäftigtendatenschutzgesetz”, **NZA**, 2010, s.679; Thüsing, Lambrich, a.g.e., s.1149; Wisskirchen, Bissels, a.g.e., s.169; Pahlen, a.g.e., s.143; Künzl, a.g.e., s.236; Schaub, a.g.e., s.300; Gürsel, a.g.e., s.811.

¹³¹ Benecke, a.g.e., § 33, Rn. 24.

¹³² Thüsing, a.g.e., AGG § 11, Rn. 25.

¹³³ Benecke, a.g.e., § 33, Rn. 40, 45; Thüsing, a.g.e., BetrVG § 94, Rn. 16; Fischinger, a.g.e., Rn. 138; Joussen, a.g.e., (Diskriminierung), s.177; Düwell, a.g.e., s.1743; Krieger, Rudnik, a.g.e., s.452; Schaub, a.g.e., s.300; Bayreuther, a.g.e., s.680; Civan, a.g.e., s.307; Yiğit, a.g.e., (Kişisel Veri), s.145.

¹³⁴ Thüsing, a.g.e., AGG § 11, Rn. 26, 29; Thüsing, a.g.e., BetrVG § 94, Rn. 16; Künzl, a.g.e., s.236; Ehrich, a.g.e., s.424.

sorduğu soruya kasıtlı olarak yanlış cevap verirse kurulan iş sözleşmesi hileli yanlış beyan nedeniyle sona erdirilebilir¹³⁵.

Kural olarak, engelliliğe ilişkin soru aynı zamanda girişimci bir konseptten de kaynaklanabilir. Ancak bu konsept şirketin başarısı için kanıtlanabilir bir şekilde belirleyici olmalıdır. Örneğin, müşterilerin sadece sağlıklı, güzel insanlarla iletişim kurmak istediği fikri meşru bir gerekçe olamaz¹³⁶.

İSGK m.4/I'de işverenin çalışanların işle ilgili sağlık ve güvenliğini sağlamakla yükümlü olduğu, İSGK m.10/I-ç'de risk değerlendirmesi yapılırken "*Genç, yaşlı, engelli, gebe veya emziren çalışanlar gibi özel politika gerektiren gruplar ile kadın çalışanların durumu*"nın dikkate alınacağı düzenlenmiştir. Bu yükümlülük engelli kişilere eşit davranma ilkesine uygun davranılmasına yönelik getirilen bir güvencedir. Bununla birlikte engellilik durumu işverene birtakım mali yük de getirebilir. İSGK m.4/IV'e göre "*İşveren, iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerinin maliyetini çalışanlara yansıtamaz*". İşveren, engellilerin istihdama erişimlerini sağlamak için özel olarak gerekli önlemleri almakla yükümlü olsa da uygun önlemleri alma yükümlülüğünün sınırı, işveren üzerindeki orantısız yüküdür. Bu yük, şirketin ekonomik durumu buna izin vermediğinde veya şirketin diğer çalışanları üzerinde makul olmayan yüklere yol açtığında ortaya çıkar. Orantısız olan yüksek maliyetler bir sınırı temsil eder. Buna rağmen mali yük gerekçesiyle engelliliğe ilişkin bir sorudan kaçınılması gerekir¹³⁷. Bu nedenle başvuru sürecinde, işverenler önlemlerin (örneğin engellilere uygun tuvaletler) eksikliğini gerekçe gösteremezler. Bununla birlikte işveren engelliliğe ilişkin soru soramaması sebebiyle engelini bilmediği bir kişiyi işe almışsa ve kişinin engeli makul tedbirlerin üzerinde önlem almasını gerektiriyorsa işvereni idari para cezası (İSGK m.26/I-a) yükümlü tutmak kanımızca hakkaniyete uygun değildir. İşverenin koruma yükümlülüğü ancak tedbirin işverene orantısız bir yük getirmediği ve başvuranın çalışabilecek durumda olduğu ölçüde mevcuttur. Orantılılık, şirketin büyüklüğüne, mali kaynaklarına ve

¹³⁵ Düwell, a.g.e., s.1742; Schaub, a.g.e., s.300.

¹³⁶ Duchstein, a.g.e., s.3066; Kania, Merten, a.g.e., s.9.

¹³⁷ İlknur Kılış, **İş Sağlığı ve Güvenliği**, 4. b., Dora Yayıncılık, Bursa, 2022, s.106; Wisskirchen, a.g.e., s.1492; Thüsing, a.g.e., AGG § 11, Rn. 26; Thüsing, Lambrich, a.g.e., s.1149; Kania, Merten, a.g.e., s.13; Doğan Yenisey, a.g.e., (Eşitlik), s.73.

kamu fonlarının mevcudiyetine veya diğer destek önlemlerine göre belirlenir. Önlem, mekansal tasarımlarla (örneğin rampalar), iş ekipmanlarının (kaldıraç cihazları, görsel yardımcılar) uyarlanmasıyla, çalışma saatlerinin ve görevlerin bölünmesiyle alınabilir¹³⁸. İşverenin engelini bilmediği bir kişiyi işe alması sebebiyle üzerinde orantısız bir yük oluşmuşsa iş sözleşmesinin geçerli sebeple feshedilebileceğini düşünüyoruz.

Engelli kişi işe uygun, ancak diğer engelli olmayan başvuru sahiplerinden nitelikçe düşükse ve engel işverenin karar verme sürecinde rol oynamamışsa tarafların menfaatlerinin tartılması gereklidir¹³⁹. Fakat işveren ölçülebilir değerlendirme kriterlerine dayanarak, engellilik dezavantajının işe alım kararının verilmesinde etkili olmadığını, üçüncü bir kişinin veya iş mahkemesinin anlayabileceği şekilde belgelemelidir¹⁴⁰.

Fiziksel çaba gerektiren ve başvuru sahibinin engeli nedeniyle gerektiği gibi yerine getiremeyeceği faaliyetler için işveren, engelli olmayan bir çalışan kullanabilir¹⁴¹. Uygulamada haklı mesleki gereklilikler öncelikle işverenin güvenlik çıkarlarını (havaalanındaki polis veya özel güvenlikte olduğu gibi), görülen işteki belirli bir fiziksel yapı ve işe uygunluk gerekliliklerini haklı çıkardığında ortaya çıkar. Örneğin, görme engelli hava trafik kontrolörleri genellikle gerekli mesleki niteliklerden yoksun olacaktır¹⁴².

İK m.30/T'e göre işverenlerin elli veya daha fazla işçi çalıştırdıkları özel sektör işyerlerinde yüzde üç engelli, kamu işyerlerinde ise yüzde dört engelli çalıştırmakla yükümlü olduğu düzenlenmiştir¹⁴³. İşveren yükümlülük kapsamında ya da yükümlülükten bağımsız pozitif ayrımcılık yaparak engelli kişileri işe almayı amaçlıyorsa engelliliğe ilişkin soru kabul edilebilir olmalıdır. Ancak bu noktada bir ikilem ortaya çıkabilir. İşveren engelli istihdamını ancak başvuranın engelli olup

¹³⁸ Kania, Merten, a.g.e., s.13.

¹³⁹ Benecke, a.g.e., § 33, Rn. 42; Benecke, a.g.e., AGG § 8, Rn. 45.

¹⁴⁰ Wisskirchen, a.g.e., s.1494.

¹⁴¹ Wisskirchen, a.g.e., s.1492.

¹⁴² Benecke, a.g.e., § 33, Rn. 42; Kania, Merten, a.g.e., s.10.

¹⁴³ Literatürde isabetli olarak işverenin engelli istihdam etmesinin bir “yük” olarak görülmemesi gerektiği, işveren tarafından uygun şartlar altında çalıştırılan engellilerin, engelli olmayan işçiler gibi işverenin ve tüm ülkenin yararına iş göreceği belirtilmiştir. Köme Akpulat, a.g.e., s.534.

olmadığını bilirse yerine getirebilir. İşverenler çalıştırmakla yükümlü olduğu engelli işçileri Türkiye İş Kurumu aracılığı ile sağlayabilir. Yurtiçi İşe Yerleştirme Hizmetleri Yönetmeliği m.3/I-e’de engelli, *“Doğuştan ya da sonradan herhangi bir nedenle bedensel, zihinsel, ruhsal, duyuşsal ve sosyal yeteneklerini çeşitli derecelerde kaybetmesi nedeniyle toplumsal yaşama uyum sağlama ve günlük gereksinimlerini karşılamada güçlükleri olan ve korunma, bakım, rehabilitasyon, danışmanlık ve destek hizmetlerine ihtiyaç duyan kişilerden tüm vücut fonksiyon kaybının en az yüzde kırk olduğu sağlık kurulu raporu ile belgelenenleri,”* ifade etmektedir. Engellilerin iş arayan olarak Türkiye İş Kurumu’na kaydolması ve Kurum hizmetlerinden yararlanması, bu oranı sağlık raporuyla belgelemesine bağlıdır¹⁴⁴. Dolayısıyla Kurum vasıtasıyla sağlanan engelli işgücünde işverenin engelliliğe ilişkin soru sormaya yönelik menfaatinden bahsedilemez. Buna karşın Kurum vasıtasıyla değil de dışarıdan iş başvurusunda bulunan engelli kişilerin engellilik durumu hakkında bilgi sahibi olmaması sebebiyle işveren, başvuranın engellilik durumuna ilişkin soru sorabilir¹⁴⁵. Ancak işveren başvuru sahibine engelliliği olumlu bir kriter olarak kullanma niyetini açıklayarak, kendisini bu hak konusunda bilgilendirmelidir. O zaman bile işverene güvenmeyen engelli başvuru sahibi, asılsız cevap verme hakkına sahiptir¹⁴⁶. Ayrıca işverenin bir başvuruyu değerlendirirken, engellilik veya ağır engellilik durumunun dikkate alınmasını isteyip istememe yetkisi başvuru sahibindedir. Başvuru sırasında engelliliğin açıklanması zorunluluğu yoktur. Ancak engelli bir kişi, başvuru sürecinde engelini açıklamak istiyorsa yaptığı her yeni başvuruda engellilik veya ağır engellilik statüsünü, işveren daha önceki bir başvuruda iletilen engelli veya ağır engelli olma özelliğinin hala var olup olmadığını bilemeyeceğinden, açık ve net bir şekilde belirtmelidir. “Araya serpiştirilmiş” veya göze çarpmayan bilgiler, ekli resmi belgelerdeki dolaylı referanslar, diğer başvuru

¹⁴⁴ Subaşı, a.g.e., s.496; Köme Akpulat, a.g.e., s.541.

¹⁴⁵ Jousen, a.g.e., (Diskriminierung), s.177; Düwell, a.g.e., s.1743; Pahlen, a.g.e., s.144; Gürsel, a.g.e., s.811; Civan, a.g.e., s.308.

¹⁴⁶ Düwell, a.g.e., s.1743; Thüsing, Lambrich, a.g.e., s.1149; Fischinger, a.g.e., Rn. 139; Messingschlager, a.g.e., s.304; Künzl, a.g.e., s.236. Başvuranın doğru cevap vermekle yükümlü olduğu yönündeki karşı görüş için bkz. Jousen, a.g.e., (Diskriminierung), s.178.

belgelerinde bulunan ağır engelli kimliğinin bir kopyası vb. bu açıdan yeterli değildir¹⁴⁷.

2.2.3 HIV Enfeksiyonu

Toplumda AIDS olarak tanımlanan klinik tablo, daha önce sadece hayvanlarda kontrol edilemeyen bulaşıcı hastalıklardan bilinen bir virüs enfeksiyonuna dayanmaktadır. Eşcinsel veya biseksüel erkekler, partner değiştiren kişiler ve hayat kadınları, iğne kullanan uyuşturucu bağımlıları gibi belirli risk gruplarıyla hastalığın sınırlandırılması, enfeksiyon riskinin bu risk gruplarıyla sınırlı olduğu şeklinde yanlış bir yargıya yol açmıştır. Kesin olan tek şey HIV virüsünün bulaşıcılığının sperm ve kanla bağlantılı olduğudur. Mevcut bilgi durumuna göre AIDS hava, besinler ya da sosyal temas yoluyla bulaşmaz¹⁴⁸. Tıbbi anlamda HIV virüsüne karşı kesin bir çözüm getirilememiş olsa da bu virüsle yaşayan insanların çalışma hayatında karşılaştıkları sorunların çözülmesi büyük önem taşımaktadır¹⁴⁹.

Bulaşıcı hastalıklarla ilgili sorulara diğer çalışanların korunması ve işyeri faaliyetlerinin sürdürülebilmesi için genellikle izin verilir. Ancak işverenin sorusu AIDS ile ilgiliyse, hastalık ve enfeksiyon arasında bir ayrım yapılmalıdır¹⁵⁰. HIV enfeksiyonunun tıbbi özelliği, genellikle çok uzun bir süre boyunca semptomsuz kalmasıdır. AIDS ise HIV enfeksiyonunun ilerlemesiyle hastalık belirtilerinin başladığı viral bir hastalıktır. HIV bağışıklık sistemine doğrudan zarar verdiğinden kişinin bağışıklık sistemini zayıflatarak normalde hastalık oluşturmeyen mikroplardan bile hastalanmasına sebep olur¹⁵¹. Enfeksiyondan ilk antikorların

¹⁴⁷ Thüsing, Forst, a.g.e., § 7, Rn. 19; Messingschlager, a.g.e., s.304; BAG, 18.09.2014 - 8 AZR 759/13, **AP**, AGG § 15 Nr. 20.

¹⁴⁸ Reinhard Richardi, "Arbeitsrechtliche Probleme bei Einstellung und Entlassung Aids-infizierter Arbeitnehmer", **NZA**, 1988, s.73; Şükran Ertürk, "İşçinin İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Hastalık ve Özellikle AIDS Hastalığı Sebebiyle Feshedilmesi ve Sonuçları", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.IV, S.2, 2002, s.7; Mıhrıcan Zorlu, Selda İldan Çalım, "İşyerinde Damgalama ve Ayrımcılık Faktörü Olarak HIV/AIDS", **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2012/4, S.35, s.183; Yıldız, a.g.e., (Özürlülük), s.85.

¹⁴⁹ Zorlu, Çalım, a.g.e., s.166.

¹⁵⁰ Joachim Heilmann, "AIDS und (Arbeits-)Recht", **BB**, 1989, s.1414; Peter Lichtenberg, Prosper Schücking, "Stand der arbeitsrechtlichen Diskussion zur HIV-Infektion und Aids-Erkrankung", **NZA**, 1990, s.44.

¹⁵¹ AIDS'in etken maddesi tüm vücut sıvılarında bulunur. Bulaşıcı olarak sınıflandırılacak bir virüs konsantrasyonu şimdiye kadar sadece kanda ve menide tespit edilmiştir. Bu bakımdan bulaşma riski çok sınırlıdır. Bir enfeksiyon için ön koşul AIDS patojeninin insanın kan sistemine girmesidir.

ortaya çıkmasına kadar geçen süre birkaç hafta olabileceği gibi aylar ve yıllar da olabilir. Akut AIDS hastalığının ortaya çıktığı noktaya kadar tıbbi anlamda hastalık yoktur. Yalnızca virüs bulaşması, sağlık durumunda bir bozulmaya yol açmadığından, faaliyetin kendisi ve sözleşmeye bağlı olarak borçlu olunan işe uygunluk etkilenmez. Mevcut tıbbi göre, işyerinde virüs taşıyıcısı bir kişinin kullanımı risksiz olarak kabul edilmekte ve enfeksiyon riskinde artışa neden olmamaktadır. Hastalığın semptomlarının ortaya çıkmadığı uzun bir gecikme süresi olduğu için enfeksiyon gerçeği, kişinin amaçlanan iş için uygun olmadığı anlamına gelmez. Mevcut bilimsel bilgilere dayanarak, akut AIDS hastalığının istihdam ilişkisi sırasında başlayıp başlamadığı ve ne zaman ortaya çıktığı kesin olarak belirlenememektedir. Dolayısıyla başvuruların HIV virüsü nedeniyle işe uygunlukları sorgulanmaz¹⁵². Ayrıca kişinin HIV virüsü taşıyıp taşımadığı ya da AIDS'ten muzdarip olup olmadığına ilişkin bilgiler, özel nitelikli sağlık verileriyle ilgilidir¹⁵³. Alman Federal İş Mahkemesi, semptomsuz bir HIV enfeksiyonunu engellilik olarak görmektedir. Kararın gerekçesinde yer alan “böyle bir enfeksiyondan kaynaklanan sosyal kaçınma davranışı ve buna dayalı damgalanma” ifadesi dikkat çekicidir¹⁵⁴. Söz konusu ifade, HIV ile enfekte olmuş kişinin özel korunma ihtiyacına işaret eder. Çünkü enfeksiyon durumu hakkındaki bilgiler damgalanmasına yol açabilir¹⁵⁵.

Enfeksiyon riski taşımayan faaliyetler için istihdam durumunda, işverenin soru sorma hakkı ve enfekte olmuş çalışanın buna karşılık gelen bilgi sağlama yükümlülüğü kabul edilemez ve başvurana soru sorulması doğrudan ayrımcılık oluşturur. Buna rağmen soru sorulursa işveren soru sorma hakkının sınırını aştığından, başvuran kişiye menfaatlerini koruması için kabul edilemez bir soruyu asılsız bir şekilde cevaplama yetkisi verilir. Diğer bir deyişle başvuranın yalan

Vücuttaki küçük yaralanmaların, enfekte kanla temas etmesi bulaşıcılık için yeterlidir. Alexander Klak, “AIDS und die Folgen für das Arbeitsrecht”, **BB**, 1987, s.1383; Ertürk, a.g.e., (AIDS), s.8; Zorlu, Çalım, a.g.e., s.167.

¹⁵² Ufuk Aydın, **İş Hukukunda İşçinin Kişilik Hakları**, T.C. Anadolu Üniversitesi Yayınları, Eskişehir, 2002, s.187; Klak, a.g.e., s.1382-1383; Richardi, a.g.e., s.75; Benecke, a.g.e., § 33, Rn. 53; Joussen, a.g.e., BGB § 611a, Rn. 126; Heilmann, a.g.e., s.1415; Richardi, a.g.e., s.73.

¹⁵³ Klak, a.g.e., s.1383.

¹⁵⁴ BAG, 19.12.2013 – 6 AZR 190/12, **NZA**, 2014, s.373.

¹⁵⁵ Preis, a.g.e., BGB § 611a, Rn. 274c.

söyleme hakkı bulunur¹⁵⁶. ILO'nun HIV/AIDS ve Çalışma Yaşamıyla İlgili ILO Uygulama ve Davranış Kuralları'na göre *“İş için başvuranlardan ya da çalışanlardan HIV la ilgili kişisel bilgi vermelerini istemenin herhangi bir gerekçesi olamaz. Ayrıca, çalışanların da bu tür bilgileri iş arkadaşlarına verme gibi bir yükümlülükleri olamaz. Bir işçinin HIV'la ilgili konularda kişisel verilerine erişim gizlilik kurallarıyla sınırlanmalı, ILO'nun 1997 tarihli çalışanlara ilişkin özel bilgilerin gizli tutulmasıyla ilgili kuralları'na uygunluk taşınmalıdır”* (m.4/7).

Belirtmek gerekir ki bu soru her zaman doğru bir şekilde yanıtlanamayabilir. Bunun altında yatan neden, nüfusun büyük çoğunluğunun herhangi bir HIV testi yaptırmaması sebebiyle virüs taşıyıcı olduğunu bilmemesi ve enfekte olmadıklarına dair kesin inançla “Hayır” yanıtını vermesidir. Aynı zamanda başvuranların şüpheleri bildirme zorunluluğu da yoktur. Bu durumlarda, hileli yanlış beyan nedeniyle iş ilişkisi haklı nedenle sona erdirilemez. Ayrıca başvuran, virüs taşıyıcısı olduğunu bilse ve soruyu yanlış yanıtlasa bile bir uyumsuzluk durumunda işveren, enfeksiyon hakkında başvuranın bilgi sahibi olduğunu kanıtlamayacaktır¹⁵⁷. Bu nedenle işveren etkisiz sorular sormak yerine, etkili koruyucu önlemler yoluyla diğer çalışanlara ve müşterilere karşı yükümlülüklerini yerine getirmelidir. Hijyen yönetmeliklerine kontrollü uyum ve eldiven, yüz koruyucu, dezenfektan vb. kullanımı ile işyerinde virüsün bulaşma riski pratik olarak ortadan kaldırılabilir. Dolayısıyla işyeri HIV bulaşmasına karşı gerekli koruma ile donatılmışsa işverenin HIV enfeksiyonu hakkında soru sormakta veya sorusuna doğru cevap verilmesinde korunmaya değer menfaati yoktur¹⁵⁸.

Hastalık ortaya çıkmadığı sürece, enfekte kişinin performansı pratikte etkilenmez¹⁵⁹. Akut bir durum söz konusu olmayıp sadece HIV enfeksiyonu varsa amaçlanan işyeri için uygunluk sadece istisnai olarak ortadan kalkacaktır. Belirli mesleki faaliyetin üçüncü şahıslar için bir enfeksiyon riski ile ilişkili olması durumunda, yani vücut sıvılarının bulaşma olasılığı varsa çalışanın söz konusu işi

¹⁵⁶ Lichtenberg, Schücking, a.g.e., s.44; Zorlu, Çalım, a.g.e., s.175; Gürsel, a.g.e., s.817.

¹⁵⁷ Klak, a.g.e., s.1384; Heilmann, a.g.e., s.1415.

¹⁵⁸ Lichtenberg, Schücking, a.g.e., s.41; Heilmann, a.g.e., s.1415.

¹⁵⁹ Ulrich Keller, “Die ärztliche Untersuchung des Arbeitnehmers im Rahmen des Arbeitsverhältnisses”, **NZA**, 1988, s.563; Lichtenberg, Schücking, a.g.e., s.44.

yürütmesi risk oluşturur. Çalışanın kendi kanının HIV antikoru taşıyıcılarının bulaşıcı vücut sıvılarıyla temas etme riskinin bulunduğu iş faaliyetlerinin önemli bölümü bu kapsamdadır. İşveren, çalışanlarının yaşamı ve sağlığını koruma yükümlülüğünü üstlenmektedir. Enfeksiyon riski durumunda işveren, çalıştırdığı işçileri HIV enfeksiyonundan korumakla yükümlüdür. Örneğin, mutfak ve kantinler ile işyerinin sağlık departmanı riskli alanlardır. Bu yerlerde açık kanamanın meydana gelebilmesi enfeksiyon riskini arttırmaktadır. Bu açıdan işverenin meşru bir menfaatinin olduğu söylenebilir¹⁶⁰.

İş başvurusunda bulunan bir kişinin ciddi şekilde hasta olması durumunda, geçmişte literatürde HIV enfeksiyonu ile ilgili soru sorulması kabul edilebilir olarak değerlendirilmiştir. Aynı zamanda yakın gelecekte AIDS'e bağlı hastalıklar bekleniyorsa başvuru sahibinin işvereni bilgilendirmesi gerektiği ifade edilmiştir. Bu durum, öngörülebilir gelecekte iş göremezliğin beklenmesiyle gerekçelendirilmiştir¹⁶¹. Günümüzde tedavi yöntemlerindeki hızlı artış göz önüne alındığında, iyileşmenin beklenemeyeceği ve bu nedenle çalışamama durumunun öngörülebilir olduğu argümanı inandırıcı değildir. Ayrıca kişi erken ve etkili şekilde tedavi edilirse HIV enfeksiyonu ölümcül bir hastalık olmaktan çıkıp, ömür boyu ilaç kullanımını gerektiren bir çeşit kronik hastalığa dönüşebilmektedir. Dolayısıyla HIV ve diğer hastalıklara ilişkin sorularda belirleyici faktör, fiziksel durumun işyerindeki görevlerin yerine getirilmesine izin verip vermediğidir. Dolayısıyla bu soruya yalnızca AIDS hastalığı uzun vadede veya periyodik aralıklarla ilan edilen pozisyon için çalışma yeteneğini önemli ölçüde bozacak veya ortadan kaldıracak kadar şiddetliyse izin verilebilir¹⁶².

HIV virüsünün tedavi yöntemlerinde ilerlemeler sonucu kişinin enfeksiyon riski taşımayan alanlarda çalışmasına engel bir durum olmadığını, virüsün performansı etkilemediğini buna karşın sosyal açıdan damgalanmasına sebep olduğunu belirtsek de yüksek mahkeme kararlarında dezavantajlı olan bu kesimin korunduğunu

¹⁶⁰ Klak, a.g.e., s.1384; Lichtenberg, Schücking, a.g.e., s.41-42, 44; Ehrich, a.g.e., s.423; Richardi, a.g.e., s.75; Ertürk, a.g.e., (AIDS), s.9; Aydın, a.g.e., (Kişilik Hakkı), s.188; Yıldız, a.g.e., (Özürlülük), s.84; Gürsel, a.g.e., s.817; Civan, a.g.e., s.154.

¹⁶¹ Richardi, a.g.e., s.74; Heilmann, a.g.e., s.1414.

¹⁶² Jousen, a.g.e., BGB § 611a, Rn. 126; Fischinger, a.g.e., Rn. 143; Civan, a.g.e., s.297-298; Zorlu, Çalım, a.g.e., s.168.

söylemek güçtür. Buna karşın Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelen karar dikkat çekicidir ve kanımızca ilke karar niteliğindedir. Karara konu olan olay her ne kadar iş sözleşmesinin devamı ile ilgili olsa da çalışma yaşamında HIV'e yönelik tutum açısından ele alınması önemlidir. Bir şirkette ekstrüzyon¹⁶³ operatörü olarak çalışan başvuran hakkında işe girişinden bir yıl sonra HIV (+) tanısı konmuştur. İşverenin çalışanın iş gücü kaybının değerlendirilmesi, maluliyet oranının, ağır, tehlikeli işlerde çalışmasına engel herhangi bir tıbbi ya da yasal durumu olup olmadığının bildirilmesi talep ettiği raporda başvuranın tedavisini düzenli olarak uyguladığı ve kontrollerine belirtilen tarihlerde geldiği, sağlık durumunun herhangi bir işte çalışmasına engel oluşturmadığı, herhangi bir maluliyetinin de bulunmadığı bilgisi yer almıştır. Başvuran HIV (+) olduğunun işveren tarafından öğrenilmesi üzerine işten uzaklaştırıldığı, ücretinin ödenmesine rağmen çalışmasına izin verilmediği gerekçesi ile işten ayrılmış ve iş mahkemesine İK m.5 uyarınca ayrımcılık tazminatı ve manevi tazminat ödenmesine hükmedilmesi yönünde dava açmış, ayrıca duruşmaların kapalı yapılmasını, kararda ad ve soyadının belirtilmemesi yönünde gizlilik kararı verilmesini mahkemeden talep etmiştir. Yerel mahkeme gizlilik ve manevi tazminat talebinin reddine, ayrımcılık tazminatının kısmen kabulüne karar vermiştir. Söz konusu kararın Yargıtay'a temyizi üzerine Yargıtay "davacının mevcut hastalığının bulaşıcı olduğu gözönüne alındığında bu hastalığın işçinin çalışmasına engel olmadığı keyfiyeti ile çalıştırılması halinde diğer işçiler için sakınca oluşturabileceği hususu birlikte değerlendirildiğinde, işverenin diğer çalışanlarını korumak saikiyle davrandığı anlaşılmaktadır. İşverenin bu eyleminin ayrımcılık olarak nitelendirilmesi yerinde olmayıp, hükmün bozulması gerekmiştir" gerekçesiyle ilk derece mahkemesinin verdiği ayrımcılığa dair hükmün bozulmasına karar vermiştir (Y. 9 HD, E.2011/28499, K.2013/24767, T.01.10.2013). Yargıtay'ın kararı bozması üzerine, yeniden inceleme yapan ilk derece mahkemesi, bozma kararına uyarak işverenin eyleminin ayrımcılık olarak nitelendirilemeyeceği gerekçesi ile ayrımcılık tazminatına dayalı talebin reddine karar vermiştir. Söz konusu karar tekrar temyiz edilmiş, ancak Yargıtay ilk derece mahkemesinin verdiği

¹⁶³ Ekstrüzyon, polimerik (plastik) malzemelerin eritilip belirli basınç altında sabit bir kalıptan dışarı çıkarılması şeklinde oluşan bir plastik işleme prosesidir, <https://cosmoplast.com.tr/blog/ekstruzyon-nedir>, e.t., 04.06.2023.

son kararı onamıştır (Y. 9 HD, E.2014/18211, K.2014/27974, T.24.09.2014). Bunun üzerine başvuran Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi olay üzerinde çok detaylı bir inceleme yapmış, örnek teşkil eder nitelikte bir karar vermiştir. Gizlilik hakkında Mahkeme, HIV enfeksiyonu rahatsızlığı olan kişilere karşı iş hayatında dışlanma, kınanma, damgalanma, ve ön yargıların iş hayatında mevcut olması durumunda bu rahatsızlığın kişiler üzerindeki etkilerinin çok daha yıkıcı olacağı dikkate alındığında başvurunun gizlilik talebini makul ve savunulabilir nitelikte bulmuştur. Ayrımcılık tazminatı talebinin reddi konusunda ise maddi ve manevi varlığın korunması (AY m.17/I) ve özel hayata saygı haklarının (AY m.20) ihlal edildiğine karar vermiştir. Mahkeme’ye göre, “Ayrıca Yargıtay ve İş Mahkemesinin kararlarında, işyerinde alternatif iş imkanlarının incelenmesi yükümlülüğü konusunda değerlendirme yapılmamış olması nedeniyle başvuru ile işveren arasında çatışan çıkarlar arasında adil bir denge kurulmadığı anlaşılmıştır. Sonuçta ilk olarak başvurunun haksız olarak işten ayrılmaya zorlandığı yönündeki esaslı iddiasının Derece Mahkemesi kararlarında hiç incelenmemiş olması, ikinci olarak iş yerinde alternatif iş imkanlarının incelenmesi yükümlülüğü konusunda değerlendirme yapılmaması nedenleriyle kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve özel hayata saygı hakları bakımından kamu makamlarının pozitif yükümlülüklerini yerine getirmedikleri kanaatine varılmıştır”¹⁶⁴.

2.2.4 Alkol ve Uyuşturucu Bağımlılığı

Alkol veya uyuşturucu kullanımına bağlı olarak fiziksel bağımlılık varsa bu, genel tıbbi görüşe göre bir hastalık olarak kabul edilir. Alman Federal İş Mahkemesi tarafından engelliliğin geniş kapsamlı tanımına dayanılarak uyuşturucu bağımlılığı da engellilik olarak kabul edilmiş ve ayrımcılıkla mücadele kapsamında değerlendirilmiştir¹⁶⁵.

İş başvurusunda engelliliğe ilişkin istisnai durumlarda soru sorulabileceğini belirtilmiştir. Alkol ve uyuşturucu bağımlılığı engellilik olarak kabul edildiği takdirde bu durum bağımlılığa ilişkin sorununun kabul edilebilirliğini etkiler. Alkol

¹⁶⁴ AYM, T.A.A Kararı, B. No:2014/19081, T.:01.02.2017, RG Tarih-Sayı: 10.03.2017-30003.

¹⁶⁵ BAG, 14.01.2004 - 10 AZR 188/03, **AP**, AVR Caritasverband Anlage 1 Nr. 3.

veya uyuşturucu bağımlılığının kişinin başvurduğu işe uygunluğunu ne kadar sınırlayabileceği önemlidir¹⁶⁶. Bağımlılığa ilişkin soru ancak başvuranın amaçlanan işte çalışabilme yeteneği, iş arkadaşlarının veya üçüncü şahısların korunması ile ilgiliyse soru sorulmasına izin verilir¹⁶⁷. Bağımlılık yapan maddelerin etkisi altındayken kişilerin sağlıklı düşünme ve hareket etme kabiliyeti sınırlandırıldığından dolayı iş sağlığı ve güvenliği tehlikeye düşebilmekte ve iş kazası riski artmaktadır¹⁶⁸. Özellikle sürücülük, makine operatörlüğü, pilotluk gibi güvenlik açısından hassas ve tehlikeli faaliyetler gerçekleştirilecekse başvurana bağımlılığa ilişkin soru sorulabilir¹⁶⁹. Böyle bir durumda başvuran, işveren tarafından sorulan soruyu doğru olmayan bir şekilde yanıtlarsa işveren, hileli yanlış beyan sebebiyle kurulan iş sözleşmesini sona erdirebilir¹⁷⁰.

2.3 Kişisel Uygunluk

Mesleki uygunluk ve sağlık durumuna ek olarak, iş ilişkisinin yürütülmesi için önemli olabilecek ve bu nedenle işverenin belirlenmesinde meşru menfaatinin olduğu bir dizi başka koşul da vardır. Bunlar kişisel uygunluk anahtar kelimesi altında özetlenebilir.

2.3.1 Medeni Durum ve Cinsel Yönelim Hakkında Bilgi

Ailevi ve kişisel koşullar, yaşam koşulları işverenin soru sorma hakkı kapsamında değildir. Bu, planlanan evlilikle ilgili soruların yanı sıra aile planlaması, evlilik dışı birliktelik ile ilgili sorular için de geçerlidir¹⁷¹. Özel hayatın planlanması, işverenin etki alanının dışındadır. Dolayısıyla bu konular hakkında soru sorulması özel hayata müdahale oluşturmaktadır. Örneğin bir işveren, evli bir başvuru sahibini

¹⁶⁶ Wisskirchen, Bissels, a.g.e., s.171.

¹⁶⁷ Christopher Liebscher, "Alkohol im Arbeitsverhältnis", *öAT*, 2017, s.250; Gürsel, a.g.e., s.816; Jousen, a.g.e., BGB § 611a, Rn. 124; Wisskirchen, Bissels, a.g.e., s.171.

¹⁶⁸ Ekmekçi, Köme Akpulat, Akdeniz, a.g.e., s.441.

¹⁶⁹ Wisskirchen, Bissels, a.g.e., s.171; Aydın, a.g.e., (Kişilik Hakkı), s.123.

¹⁷⁰ Liebscher, a.g.e., s.250.

¹⁷¹ Jousen, a.g.e., BGB § 611a, Rn. 123; Fischinger, a.g.e., Rn. 129; Künzl, a.g.e., s.236; Ehrich, a.g.e., s.426; Gürsel, a.g.e., s.808; Manav, a.g.e., s.115; Kaplan, a.g.e., (Kişilik Hakkı), s.378; Kaplan, a.g.e., (Mukayese), s.54; Odaman, a.g.e., s.41; Civan, a.g.e., s.284. Kişinin medeni durumuna ilişkin soru sorulabileceğine yönelik görüş için bkz. Rehbinden, a.g.e., s.753; Yürekli, a.g.e., s.551-552. Aynı görüş kişinin bir eğitim kurumunda çalışması durumunda kendisine metreslik ilişkisinin olup olmadığına yönelik soruların sorulabileceğini belirtmiştir. Kanımızca bu, kişinin özel yaşamına doğrudan müdahale oluşturmaktadır.

evli olmayan bir başvuru sahibine göre medeni ve aile durumu açısından daha az hareketli olduğunu düşündüğü için veya tam tersine, evli olmayan kişileri daha az güvenilir gördüğü için işe almayı reddetmişse değer yargısına yönelik bir tutum söz konusu olacaktır¹⁷². İşverenin bu tür düşüncelerinin işe alım kararı üzerindeki etkisini önlemek için sözleşmenin imzalanmasından önce medeni durum ve aile planlamasına ilişkin sorular, işverenin bu bilgilere erişimi konusunda istisnai olarak meşru bir menfaati olmadığı sürece kabul edilemez¹⁷³. İş sözleşmesi kurulduktan sonra operasyonel nedenlerle işten çıkarılma durumunda olası bir sosyal seçim¹⁷⁴ kriteri olarak medeni duruma ilişkin soruya izin verileceği yönünde literatür ve yargının görüşü olsa da¹⁷⁵ kanımızca yasal bir dayanağı bulunmayan sosyal seçim kriterinin benimsenmesi hukuki güven ve hukuki açıklık ilkeleriyle bağdaşmaz¹⁷⁶.

Mesleki gereksinimlere dayalı olarak cinsel yönelim nedeniyle eşit olmayan muamelenin haklı gösterilmesi pek olası değildir. Burada eşit olmayan muamele olsa olsa, örneğin eşcinseller için cinsel danışmanlık gibi belirli durumlarda haklı gösterilebilir. Ayrıca müşteri tercihleri işverenin sorusuna meşruiyet kazandırmaz. Örneğin, sıradan bir kitapçıdaki müşterilerin eşcinseller tarafından hizmet almak

¹⁷² Benecke, a.g.e., § 33, Rn.15; Boemke, a.g.e., (Zivildienst), s.132; Moritz, a.g.e., s.333.

¹⁷³ Benecke, a.g.e., § 33, Rn. 15; Linck, a.g.e., § 26, Rn. 28-29; Preis, a.g.e., BGB § 611a, Rn. 275; Boemke, a.g.e., (Zivildienst), s.132; Wisskirchen, Bissels, a.g.e., s.173.

¹⁷⁴ Alpagut'a göre sosyal seçim işletme gereklerinden kaynaklanan fesihlerde sosyal olarak zayıf olanın korunması amacıyla işverenin işten çıkarılacak işçileri belirli kriterler vasıtasıyla seçim yükümlülüğünü ifade eder. Gülsevil Alpagut, "İş Sözleşmesinin Feshinde Sosyal Seçim Yükümlülüğü Mevcut Mudur?", **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S.4, 2006, s.99.

¹⁷⁵ Linck, a.g.e., § 26, Rn. 29. Yargıtay'a göre işletmeyi veya işyerini etkileyen objektif nedenlerle ortaya çıkan işgücü fazlalığı sonucunda işçinin işyerinde çalışma olanağı ortadan kalkmış ise fesih için geçerli nedenin varlığından söz edilebilir. İşveren fesihe başvururken işyerinde aynı işi üstlenen işçiler karşılaştırılmalı, işçiler arasında verim, hastalık nedeniyle işe gelememe, iş borcunu yerine getirmede özen gösterme, kıdem, emekliliğe hak kazanma, evli ve çocuk sahibi veya genç olma gibi kriterlere göre oluşturulacak sıra göz önünde bulundurulmalıdır. Başka bir anlatımla sosyal seçimin hangi ölçütlere dayandığı saptanmalıdır. Y. 9. HD, E.2006/4878, K.2006/8253, T.03.04.2006, Alpagut, a.g.e., (Sosyal Seçim), s.97.

¹⁷⁶ Alpagut, a.g.e., (Sosyal Seçim), s.104. Buna karşın Güzel'e göre, iş güvencesi sisteminin benimsendiği yasal bir düzen içinde sosyal seçim ölçütleri konusunda açık yasal bir düzenleme koşulunu aramak isabetli bir çözüm değildir. Ali Güzel, "İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı", **Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2010**, Kamu-İş, 2012, s.227.

istememesinin bir önemi yoktur. Dolayısıyla iş başvurusunda kişilerin cinsel yönelimlerine yönelik sorular sorulamaz¹⁷⁷.

2.3.2 Mali Durum

İş başvurusunda bulunan kişinin mali durumuyla ilgili sorular, özel yaşamı ile ilgilidir. Bu nedenle yalnızca doldurulması gereken pozisyon özel bir güven gerektiriyorsa bu soruların sorulmasına izin verilir. Ancak özel bir güven gerektirmeyen düşük ve orta düzeydeki pozisyonlar söz konusuysa başvuranın mali durumu hakkında soru sorulması kabul edilmez. Aynı durum ücretlerin haczedilmesi sorusu için de geçerlidir. Çünkü bunlar genellikle işverenin menfaatini tehlikeye atmaz. Ücretleri hesaplarken ve öderken ortaya çıkan yüklerden kaçınmaya yönelik menfaat, tek başına ücret hacizlerine ilişkin soruyu haklı çıkaramaz¹⁷⁸. Fakat örneğin şirketin finansal çıkarlarıyla ilgili pozisyonlar doldurulurken işverenin başvuranın finansal durumu ile ilgili bilgileri edinmesinde menfaati olabilir. Kendi ekonomik koşullarını yeterince düzenleyemeyen biri, yönetici pozisyonuna uygunluk sağlayamayabilir. Aynı zamanda işverenin mali suç riskine karşı bu kişilere tam bir güven sağlaması gerekir¹⁷⁹.

2.3.3 Sigara İçme Durumu

Kural olarak başvuranın sigara içip içmediğine yönelik soru sorulması, kişinin özel yaşamı ile ilgili olduğundan dolayı yasaktır. İşveren bu soruyu ileride sigaraya bağlı hastalıklar nedeniyle işten ayrılmaları önlemek için sormak istese bile çalışanın mahremiyet hakkı önceliklidir¹⁸⁰. Bununla birlikte işverenin başvuranın sigara içip içmediğine yönelik bilgiyi edinmede haklı bir menfaati varsa işyerinde sigara

¹⁷⁷ Benecke, a.g.e., AGG § 8, Rn. 51-52; Kania, Merten, a.g.e., s.9; Aydın, a.g.e., (Kişilik Hakkı), s.243; Civan, a.g.e., s.285; Sözer, a.g.e., s.191; Çetin, a.g.e., s.103.

¹⁷⁸ Thüsing, a.g.e., BetrVG § 94, Rn. 28; Fischinger, a.g.e., Rn. 123; Wisskirchen, Bissels, a.g.e., s.174; Ehrlich, a.g.e., s.422. Karşı görüş için bkz. Moritz, a.g.e., s.333.

¹⁷⁹ Benecke, a.g.e., § 33, Rn. 128; Linck, a.g.e., § 26, Rn. 34, 44; Joussen, a.g.e., BGB § 611a, Rn. 135; Armbrüster, a.g.e., BGB § 123, Rn. 54; Künl, a.g.e., s.237; Yürekli, a.g.e., s.452; Civan, a.g.e., s.289; Gürsel, a.g.e., s.810; Kaplan, a.g.e., (Kişilik Hakkı), s.379; Kaplan, a.g.e., (Mukayese), s.55.

¹⁸⁰ Linck, a.g.e., § 26, Rn. 37; Joussen, a.g.e., BGB § 611a, Rn. 127; Künl, a.g.e., s.237; Manav, a.g.e., s.116.

içilmesine yönelik sorunun kabul edilmesi gerekir¹⁸¹. Örneğin sigara içilmesine ilişkin soru sorulması, tütün dumanına duyarlı ürünlerin (örneğin mikroçipler) imalatında haklı görülebilir ya da pozisyon, örneğin bir fitness eğitmeni veya profesyonel bir sporcu için fiziksel performans ve dayanıklılık açısından aşırı taleplerle ilişkiliyse bir istisna düşünülebilir¹⁸². Bu menfaat aynı zamanda işverenin işyerinin yangına duyarlılığı nedeniyle can, uzuv ve mal tehlikesini önlemeyi amaçlaması durumunda da geçerlidir¹⁸³. Yargıtay’a göre; “Her ne kadar sigara içtiği yerde o sırada yanıcı madde bulunmamakta ise de, işe girerken sigara içmediğini belirten ve işverenin bu konudaki talimatlarına uymayan davacının sözü edilen davranışı fesih için haklı neden ağırlığında değilse de, geçerli neden teşkil ettiği açıktır”¹⁸⁴.

Alman literatüründe sigara içme Alman Genel Eşit Muamele Kanunu kapsamında bağımlılık, hastalık veya engellilik olarak nitelendirilirse işverenin soru sorma hakkının sınırlandırılacağı ileri sürülmüştür¹⁸⁵. Almanya’da sigara bağımlılığının engellilik kapsamında sayılmasına ilişkin yüksek mahkeme tarafından karar verilme de güçlü nikotin bağımlılığı ile alkol ve uyuşturucu bağımlılığının, geniş engellilik kavramı kapsamına girebileceği ileri sürülmektedir¹⁸⁶.

2.3.4 Alkol Tüketimi ve Uyuşturucu Kullanımı

Boş zamanlarda alkol tüketimi, kişinin özel hayatının bir parçasıdır. Bu nedenle işverenden gelen alkol tüketimine ilişkin sorular, kabul edilemez ve kişilik hakkına bir müdahale teşkil eder¹⁸⁷. İşverenin ayrıca başvuranın boş zamanlarında başka

¹⁸¹ Zeki Okur, “İş Hukuku’nda İşçinin Sigara İçme Özgürlüğü ve Sınırları”, **Kamu-İş**, C.X, S.3, 2009, s.20.

¹⁸² Joussen, a.g.e., BGB § 611a, Rn. 127.

¹⁸³ Markus Stoffels, “BGB § 626 Fristlose Kündigung aus wichtigem Grund”, **BeckOK Arbeitsrecht**, 63. Auflage, C.H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, München, 2022, Rn. 118; Seda Arslan Durmuş, “İşçinin Özel Yaşamının İş İlişkisine Etkisi”, **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.XXV, S.42, 2020, s.155-156; Okur, a.g.e., (Sigara), s.23; Aydın, a.g.e., (Kişilik Hakkı), s.122; Civan, a.g.e., s.295. İşyerlerinde yürütülen hangi işlerde sigara içmenin yasak olduğuna ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Okur, a.g.e., (Sigara), s.14-19.

¹⁸⁴ Y. 9. HD, E.2006/4640, K.2006/7155, T.21.03.2006, (Çevrimiçi) <https://legalbank.net>, e.t., 14.09.2022.

¹⁸⁵ Wisskirchen, Bissels, a.g.e., s.172.

¹⁸⁶ Benecke, a.g.e., § 33, Rn. 85.

¹⁸⁷ Linck, a.g.e., § 26, Rn. 23.

uyuşturucu maddeleri tüketip tüketmediği sorusunda hiçbir meşru menfaati yoktur. Bu, alkol veya uyuşturucu tüketiminin istihdam ilişkisi üzerinde gözle görülür bir etkisi olmadığı sürece her durumda geçerlidir¹⁸⁸. Fakat istisnai durumlarda işverenin meşru menfaati söz konusu olabilir. Örneğin, bir camide din görevlisi olarak çalışacak bir kişiye sorulan ara sıra da olsa alkol, uyuşturucu kullanımına ilişkin soru makul karşılanmalıdır. Ayrıca başvuran işletmeyle özdeşleşecek ve kamuoyunda onu temsil edecek, halkla ve diğer organizasyonlarla temas halinde bulunacak bir pozisyona getirilecekse bu maddelerin kullanımı, özellikle bağımlılık durumu işverenin toplumdaki izlenimini zedeleyebilir¹⁸⁹.

Alkol veya uyuşturucunun tüketiminin işyerinde devam ettirilmesi riski de soru sormayı haklı çıkaramaz. Çünkü burada sorun, alkol veya uyuşturucu tüketimi hakkında soru sormanın hukuki olup olmadığıdır. Zaten alkollü içki kullanımının işyerinde gerçekleşmesi kural olarak yasak olduğundan, işçinin bu davranışı işten çıkarmayı haklı kılacaktır¹⁹⁰.

2.3.5 Askerlik Hizmeti

Temel askerlik hizmetine ilişkin sorunun kabul edilebilirliğine ilişkin olarak üç görüş vardır. İlk görüş, askerlik hizmetine ilişkin soruyu kabul edilebilir bulmaktadır. Buna göre yaklaşan askerlik hizmeti çalışanın iş ilişkisindeki mevcudiyetini etkilediğinden, temel askerlik hizmetine yönelik soruya başvuranın doğru bilgi vermesi gerekir¹⁹¹. İkinci görüşe göre, işverenin daha önce tamamlanmış veya gelecekte yapılacak olan askerlik hizmeti hakkında soru sormasına izin verilmemelidir. Böyle bir sorunun kabul edilemezliği, temelde yalnızca erkeklerin

¹⁸⁸ Benecke, a.g.e., § 33, Rn. 88; Linck, a.g.e., § 26, Rn. 23; Linck, a.g.e., § 53, Rn.12; Thüsing, a.g.e., BetrVG § 94, Rn. 19; Liebscher, a.g.e., s.250.

¹⁸⁹ K. Ahmet Sevimli, “İşyerinde İşe Başlamazdan Önceki Dönemde Uyuşturucu Kullanmış Olan ve Adı Uyuşturucu Operasyonuna Karışan İşçinin İş Sözleşmesinin Feshi”, **Legal Yargı Kararları ve İncelemeleri Dergisi**, C.II, S.6, 2007, s.418.

¹⁹⁰ Ömer Ekmekçi, Esra Yiğit, **Bireysel İş Hukuku**, 4. b., On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, s.754; Stoffels, a.g.e., BGB § 626, Rn. 98, 107a; Ekmekçi, Köme Akpulat, Akdeniz, a.g.e., s.442.

¹⁹¹ Wolf Hunold, “Die Frage des Arbeitgebers nach der Verfügbarkeit von Bewerbern”, **DB**, 2000, s.574; Schrader, a.g.e., s.2573; Rehbindler, a.g.e., s.753; Manav, a.g.e., s.113; Kaplan, a.g.e., (Kişilik Hakkı), s.378; Kaplan, a.g.e., (Mukayese), s.53; Ekmekçi, Yiğit, a.g.e., s.746; Yiğit, a.g.e., (Kişisel Veri), s.83; Çelik, a.g.e., (Sosyal Medya), s.70. Yargıtay’ın görüşü de bu yöndedir. Y. 9. HD, E.2021/6394, K.2021/10519, T.21.06.2021, (Çevrimiçi) <https://legalbank.net>, e.t., 23.12.2022.

temel askerlik hizmeti yapması gerektiği gerçeğine dayanmaktadır¹⁹². Kadınlara yönelik ayrımcılık nedeniyle kabul edilemez olan hamilelik sorusuna benzeyen tamamlanmış veya gelecekteki temel askerlik hizmetine yönelik soru, erkek başvuru sahiplerine yönelik ayrımcılık içermesi nedeniyle kabul edilemez¹⁹³. Üçüncü görüşe göre, işverenin geçmişte yapılan askerlik hizmeti hakkında soru sorma hakkı yoktur. Bununla birlikte işveren, meşru menfaatleri etkilendiği sürece, gelecekteki temel askerlik hizmeti hakkında soru sorabilmelidir¹⁹⁴.

Soru sorma hakkına ilişkin olarak, yalnızca iş ilişkisinin yürütülmesi için önemli olan durumların sorulabileceği kural olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla gerçekleştirilen temel askerlik hizmetine ilişkin soru kabul edilemez. Bu, genellikle kurulacak istihdam ilişkisiyle ilgisi olmayan bir durumdur. Devlet tarafından zorunlu kılınan temel askerlik hizmetinin tamamlanması, bu bağlamda özel bir öneme sahip değildir. Örneğin, yirmi beş yaşında bir kişi orta sınıf bir restorana aşçılık pozisyonu için başvuruyorsa bu kişinin beş yıl önce veya daha yakın zamanda askerlik hizmetinin bir parçası olarak mutfakta görev yapmış olması, bu iş için önemsizdir¹⁹⁵.

Tamamlanmamış temel askerlik hizmetine ilişkin soru sorulması, başvuranın işe uygunluğunun olumsuz yönde etkilenmesi sonucunu doğurur. İşverenin şirketin operasyonel amaçlarına ulaşmak için bir başvuru sahibini işe aldığı, iş sözleşmesi olan ancak askerlik hizmeti sebebiyle kanunen iş görmesi engellenen işçinin bu amaca katkıda bulunamayacağı, bu bağlamda, işverenin meşru menfaatinin var olduğu ileri sürülse¹⁹⁶ de bu görüşe katılmıyoruz. Temel askerlik hizmetini yerine getirme yükümlülüğü kişinin erkek olmasıyla bağlantılıdır. Ülkemizde zorunlu askerlik hizmeti mevcut olduğundan dolayı askerlik hizmetine ilişkin soru erkek adaylara cinsiyetleri nedeniyle ayrımcılık yapılmasına sebep olabilir. İşverenin, çalışanın uzun bir süre boyunca işyerindeki mevcudiyetini sağlama konusundaki menfaati, cinsiyete özgü dezavantajı haklı çıkarmaya uygun değildir. Bir başvuranın yaklaşan bir tarihteki temel askerlik hizmeti nedeniyle işsiz kalma olasılığı cinsiyete

¹⁹² Kutsch, a.g.e., s.2152; Civan, a.g.e., s.288.

¹⁹³ Kutsch, a.g.e., s.2152; Künl, a.g.e., s.238.

¹⁹⁴ Wißmann, a.g.e., s.651; Ehrich, a.g.e., s.425; Türe, a.g.e., s.231.

¹⁹⁵ Boemke, a.g.e., (Zivildienst), s.132; Preis, a.g.e., BGB § 611a , Rn. 273.

¹⁹⁶ Hunold, a.g.e., s.574; Schrader, a.g.e., s.2573.

özgü bir ayrımcılığı temsil eder¹⁹⁷. Görüşümüze göre geçici istihdam ilişkilerinde temel askerlik hizmeti, başvuranın taahhüt edilen hizmeti planlanan sözleşme süresinin önemli bir kısmı boyunca veya tamamında yerine getiremeyeceği anlamına gelebilir. Dolayısıyla işverenin askerlik durumunu bilmesine ilişkin menfaati vardır ve bu konuda soru sorabilir¹⁹⁸. Ancak nasıl belirsiz süreli iş sözleşmesinde hamileliğin geçici doğası sebebiyle soru sorma hakkına engel getiriliyorsa, aynı durum askerlik hizmeti için de geçerli olmalıdır. Çünkü askerlik hizmeti de geçicidir. Bu sebeple kanımızca, hamilelik sorusuna ilişkin aynı ilkeler askerlik hizmetine ilişkin sorulara da uygulanmalıdır. Dolayısıyla bu durumda dezavantaja uğramamak için başvuranın askerlik hizmetine ilişkin herhangi bir bilgi vermeme veya yalan söyleme hakkı vardır. Ayrıca ülkemizde 2019 tarihli Askeralma Kanunu m.9'a göre bedelli askerlik süreklilik kazanmıştır. Askerlik hizmetine yönelik soru geçerli olarak kabul edilirse henüz askerlik hizmetini yerine getirmeyen başvuru sahiplerine bedelli askerlikten yararlanıp yararlanmayacağına yönelik soru da yöneltilebilir. Bu durum da bedelli askerlikten yararlanmaya maddi gücü olan ile olmayan başvuru sahipleri arasında ayrımcılığa yol açar¹⁹⁹.

Belirtmek gerekir ki askerlik hizmetinin zorunlu olmadığı durumda askerlik hizmetine ilişkin sorular sorulabilir. Örneğin, Almanya'da zorunlu askerlik hizmetinin askıya alınmasından sonra işverenlerin askerlik hizmeti ya da alternatif hizmet hakkındaki sorularının pratikte bir önemi kalmamıştır²⁰⁰.

2.3.6 Önceki Çalışılan İşteki Fesih Sebepleri

İş başvurusunda bulunan kişinin önceki iş ilişkisindeki fesih sebepleri hakkında bilgi vermesinin gerekip gerekmediği konusunda farklı görüşler mevcuttur. Literatürün bir kısmı, davranışsal yükümlülüklerin ihlali veya mesleki beceri eksiklikleri feshi haklı çıkardığı ölçüde, yeni işverenin bu konuda bilgilendirilmesinin gerektiğini düşünmektedir. Fakat bu durum hakkında başvurudan açıklama yapmasını beklemek kendisini zor duruma düşürebilir.

¹⁹⁷ Boemke, a.g.e., (Zivildienst), s.132.

¹⁹⁸ Boemke, a.g.e., (Zivildienst), s.134; Pallasch, a.g.e., s.306.

¹⁹⁹ Civan, a.g.e., s.288.

²⁰⁰ Benecke, a.g.e., § 33, Rn. 89.

Sonuçta kişi bu şekilde kendini suçlamaya zorlanacak ve bu da özlük haklarının temelden ihlal edilmesini beraberinde getirecektir²⁰¹. Aynı zamanda işveren tarafından yapılan fesih haksız da olabilir. Örneğin, hırsızlık yapmadığı halde iftira sonucu işten çıkarılan kişinin, yeni iş başvurusunda bulunduğu işverene hırsızlık yapmadığını kanıtlamaya çalışması adil bir yaklaşım değildir. Alman Federal İş Mahkemesi'ne göre de bir kişi, özel yasal dayanaklar olmadıkça, olası fesih sebepleri hakkında mahkeme dışında beyanda bulunmak zorunda değildir²⁰².

Bununla birlikte yeni işverenin çalışanın önceki işvereni ile iş sözleşmesinin sona ermesinde etkisi olabilir. Ayrıca işveren fesih sebebini bildiği kişi ile iş ilişkisi kurabilir ve bu ilişkiyi sürdürebilir. Mevzuatımızda İK m.23 yeni işverenin sorumluluğunu düzenlemektedir. Madde hükmüne göre, süresi belirli olan veya olmayan sürekli iş sözleşmesi ile bir işverenin işine girmiş olan işçi, sözleşme süresinin bitmesinden önce yahut bildirim süresine uymaksızın işini bırakıp başka bir işverenin işine girerse sözleşmenin bu suretle feshinden ötürü kendisi ile birlikte yeni işveren de işçinin feshe yönelik davranışına, sebep olmuşsa, işçinin bu davranışını bilerek onu işe almışsa veya işçinin bu davranışını öğrendikten sonra dahi onu çalıştırmaya devam ederse sorumludur.

2.3.7 Önceki Ücret

Literatürde katıldığımız görüşe göre işverenin, iş başvurusunda bulunan kişinin önceki işinden aldığı ücretle ilgili soruları kabul edilemez. Böyle bir soruya verilen yanlış cevap, hileli yanlış beyan sebebiyle iş sözleşmesinin feshini haklı çıkarmaz. Çünkü kamu sektörü haricinde özel sektörde ücret, taraflar arasında serbestçe müzakere edilebilmektedir. Müstakbel işverenin önceki ücret hakkındaki bilgisi, başvuruda bulunanın müzakere pozisyonunu zayıflatabilir²⁰³. Ücrete ilişkin bilgi, başvuranın kişisel alanına aittir ve istisnai durumlarda açıklanabilir. Alman Federal İş Mahkemesi, eğer önceki işverenden alınan ücret, doldurulacak iş pozisyonu ile ilgili yeterliliğe ilişkin sonuç çıkarılmasına izin verirse ve aday önceden aldığı ücreti

²⁰¹ Benecke, a.g.e., § 33, Rn. 96.

²⁰² BAG, 07.09.1995 - 8 AZR 828/93, **NZA**, 1996, s.637.

²⁰³ Moritz, a.g.e., s.333; Thüsing, a.g.e., BetrVG § 94, Rn. 28; Manav, a.g.e., s.115; Civan, a.g.e., s.293. BAG, 19.05.1983 - 2 AZR 171/81, **AP BGB** § 123 Nr. 25.

başvurulan iş için asgari ücret olarak talep ederse işverenin meşru menfaatinin olduğu görüşündedir²⁰⁴.

Buna karşın karşı görüşe göre önceki ücretle ilgili sorular, ancak başvurulan iş pozisyonu ile ilgili olmadığı takdirde kabul edilemez. Fakat performansın ücretle bağlantısı sebebiyle ücret, her zaman performans kalitesinin ilgili bir göstergesidir. Önceki ücretin miktarına yönelik soruya kural olarak izin verilmelidir. Bu sorunun kabul edilemezliği istisnai durumlarda mümkün olmalıdır²⁰⁵.

2.3.8 Kişisel Koşullar

Kural olarak, işveren tarafından objektif olarak değerlendirildiğinde iş ilişkisini etkilemeyen kişisel durum ve davranışların öğrenilmesi meşru değildir. Bununla birlikte işe alım sürecinde, işverenler tarafından bu tür sorular sorulabilmektedir. İşveren, ya sübjektif değerlendirmesine dayanarak bunların istihdam ilişkisiyle ilgili olduğunu düşünmekte ya da işe alım kararında istihdam ilişkisiyle ilgili olmayan koşulları kasten hesaba katmaya çalışmaktadır. İşverenler özellikle iş başvurusunda bulunan kişinin ideolojik, politik veya sendikal tutumu ile ilgilenmektedir.

2.3.8.1 İdeolojik veya Politik Tutum

İş başvurusunda ideolojik veya politik yönelim ile ilgili sorular özel yaşama müdahale oluşturduğundan dolayı kabul edilemez. Çünkü bu soruların genellikle çalışanın iş sözleşmesiyle borçlu olduğu hizmetleri sunma yeteneği ve istekliliği üzerinde hiçbir etkisi yoktur²⁰⁶.

Din ve vicdan özgürlüğü Anayasa tarafından güvence altına alınmıştır. Özellikle işe alım kararı sürecinde ayrımcılık yasağı, bu temel hakkın garantisini de destekler. Sadece temel ve belirleyici bir mesleki gerekliliği temsil ettiği durumlarda dini

²⁰⁴ BAG, 19.05.1983 - 2 AZR 171/81, AP BGB § 123 Nr. 25.

²⁰⁵ Joussen, a.g.e., BGB § 611a, Rn. 121; Wisskirchen, Bissels, a.g.e., s.174; Kaplan, a.g.e., (Kişilik Hakkı), s.378; Kaplan, a.g.e., (Mukayese), s.54.

²⁰⁶ Thüsing, a.g.e., AGG § 11, Rn. 27; Thüsing, a.g.e., BetrVG § 94, Rn. 17; Moritz, a.g.e., s.332; Preis, a.g.e., BGB § 611a, Rn. 274; Schmidt, a.g.e., GG Art. 2, Rn. 92; Wisskirchen, Bissels, a.g.e., s.173; Franzen, a.g.e., BDSG § 26, Rn. 15; Künzl, a.g.e., s.237; Däubler, s.104; Aydın, a.g.e., (Kişilik Hakkı), s.140; Gürsel, a.g.e., s.815; Sözer, a.g.e., s.191; Manav, a.g.e., s.119; Kaplan, a.g.e., (Kişilik Hakkı), s.379; Kaplan, a.g.e., (Mukayese), s.55; Çetin, a.g.e., s.107; Odaman, a.g.e., s.42.

mensubiyete ilişkin sorulara izin verilebilir²⁰⁷. Dini gereklilikler nedeniyle eşit olmayan muamelenin haklı görüldüğü vakalar ile karşılaşılması nadirdir. Örneğin, yalnızca Müslüman olanların Mekke'ye girmesine izin verildiğinden aday pilota veya Yahudi inancına sahip olması gereken bir koşer restoranının şef adayına hangi dine mensup olduğuna ilişkin soru sorulabilir²⁰⁸. Ya da cumartesi günlerinin tatil olduğu bir işyerinde dindar Yahudi'ye "Acil bir durum olursa cumartesi günleri de müsait misiniz?" şeklindeki bir soru nesnel olarak haklıysa ve gerekçelendirilebilirse sorulabilir²⁰⁹.

Hamm Eyalet İş Mahkemesi kararında, çalışanın sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getirmesinin, yerine getirmekle yükümlü olduğu dini eylemlerle çatışabileceğini hesaba katmak zorunda olduğu ifadesine yer verilmiştir²¹⁰. Fakat başvuran, işe alındığında operasyonel süreçlerin kesintiye uğrayıp uğramayacağını ve bunlardan kaçınmak için makul organizasyonel önlemlerin alınıp alınamayacağını tahmin edemez²¹¹. Ayrıca iş görüşmelerinde başvuran tarafından sorulan işyerinde ibadetlerin uygulanabilmesine yönelik bir soru, kişinin inancını ifşa etmesini gerektirir. Dolayısıyla iş başvurusunda bulunan kişi görüşmeler sırasında sessiz kalabilir. Sözleşme sonrasında görülen işte bir aksama meydana gelmediği sürece işveren, çalışanın ibadetini yerine getirmesi için uygun koşulları sağlamalıdır. Buna karşın operasyonel gereklilikler ibadetin yerine getirilmesini engelliyorsa işveren molalar dışında, kısa süreli dahi olsa işin bırakılmasının mümkün olmadığı konusunda başvurunu bilgilendirmelidir. Fakat kendisinin ibadet hakkından vazgeçip vazgeçemeyeceğine yönelik soru sormamalıdır.

Dünya görüşüne, siyasi görüşlere sahip olma ve bunları ifade etme de Anayasa'da güvence altında alınan ifade özgürlüğü ile korunmaktadır. Bu güvence kapsamında, işverenin başvuranın siyasi görüşü ve faaliyetleri ile ilgili soru sorma

²⁰⁷ Thüsing, a.g.e., AGG § 11, Rn. 27; Fischinger, a.g.e., Rn. 131. Aydın, a.g.e., (Kişilik Hakkı), s.140.

²⁰⁸ Benecke, a.g.e., AGG § 8, Rn. 38; Thüsing, a.g.e., s.407.

²⁰⁹ Thüsing, a.g.e., AGG § 11, Rn. 27.

²¹⁰ LAG Hamm, 26. 2. 2002 - 5 Sa 1582/01, NZA, 2002, s.1090.

²¹¹ Adam, a.g.e., s.1377.

hakkı sınırlıdır. İşverenin işe alım kararını verirken siyasi görüş veya faaliyetleri dikkate almaması gerekir²¹².

2.3.8.2 Sendika Üyeliği

Bireylerin sendika kurma ve kurulmuş sendikalara üye olma hakkı olumlu sendika özgürlüğüyken, bir kişinin hiçbir sendikaya girmeme, sendikal faaliyetten uzak kalma, üye olduğu sendikadan ayrılma hakkı olumsuz sendika özgürlüğüdür²¹³. Söz konusu özgürlükler AY m.51/I ve STİSK m.17/III'te teminat altına alınmıştır. İş başvurularında sendika özgürlüğünün güvencesi ise STİSK m.25/I'de düzenlenmiştir. Madde hükmüne 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”*. Temel hakların korunması, işverenin ekonomik çıkarlarından önce gelir. Soru sorma hakkı, işverenin bu noktada sorusuna verilecek yanıtta makul ve meşru bir menfaati olduğu takdirde vardır. Sendikaya üye olmayı planlayan iş başvurusunda bulunan kişinin tabi olacağı toplu iş sözleşmesi, taraflar arasındaki sözleşme ilişkisi üzerinde doğrudan bir etkiye sahip olduğundan, işvereni de ilgilendirmektedir. Bununla birlikte literatürde oybirliğiyle kabul edilen görüşe göre işverenin iş başvurusunda bulunan kişiye sendikaya üyelikle ilgili soruları kabul edilemez²¹⁴.

Sendika üyeliği, işverenin sendika karşıtı bir tutumu ya da toplu iş sözleşmesinin bağlayıcı yapısı sebebiyle işverenin işe alım kararını olumsuz yönde etkileyebilmektedir. Bu durum iş başvurusunda bulunan kişinin sendika üyeliği nedeniyle ayrımcılığa uğramasına ve örgütlenme özgürlüğünün ihlaline yol

²¹² Benecke, a.g.e., § 33, Rn.12; Linck, a.g.e., § 26, Rn. 38; Hergenröder, a.g.e., KSchG § 1, Rn. 324; Yürekli, a.g.e., s.553; Civan, a.g.e., s.310.

²¹³ Ömer Ekmekçi, **Toplu İş Hukuku Dersleri**, 4. b., On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, s.33; Şahlanan, a.g.e., (Toplu İş Hukuku), s.22; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, Özkaraca, a.g.e., s.826.

²¹⁴ Manfred Löwisch, Volker Rieble, “TVG § 3 Tarifgebundenheit”, **Tarifvertragsgesetz**, 4. Auflage, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 2017, Rn. 340; Burkhard Boemke, “Fragerecht des Arbeitnehmers nach Mitgliedschaft im Arbeitgeberverband?”, **NZA**, 2004, s.143; Benecke, a.g.e., § 33, Rn. 98; Thüsing, a.g.e., AGG § 11, Rn. 32; Jousen, a.g.e., BGB § 611a, Rn. 122; Moritz, a.g.e., s.332; Schmidt, a.g.e., GG Art. 2, Rn. 92; Fischinger, a.g.e., Rn. 133; Franzen, a.g.e., BDSG § 26, Rn. 14; Ehrich, a.g.e., s.426; Süzek, a.g.e., (İş Hukuku), s.695; Yürekli, a.g.e., s.553; Kaplan, a.g.e., (Kişilik Hakkı), s.378; Kaplan, a.g.e., (Mukayese), s.54; Civan, a.g.e., s.310.

açabilir²¹⁵. Sendika üyeliğine ilişkin anayasal koruma, hiç kimsenin bir sendikaya üye olma veya olmama nedeniyle herhangi bir dezavantaja sahip olamayacağı anlamına gelmektedir. İşveren iş başvurusunda yine de sendika üyeliği hakkında soru sorarsa başvuran uygun gördüğü bir şekilde yanıt verebilir, yani gerçek dışı bir beyanda da bulunabilir²¹⁶.

2.3.8.3 Eğilimli İşyerleri

Eğilimli işyerlerinin ortak noktası, ya temel hakların korumasından yüksek düzeyde yararlanmaları ya da genel kamunun özel çıkarına olan belirli bir hedefi takibe hizmet etmeleridir²¹⁷. Bir kuruluş doğrudan ve ağırlıklı olarak siyasi, mezhepsel, hayırsever, eğitimsel, bilimsel veya sanatsal amaçlara hizmet ediyorsa bir eğilime sahiptir (BetrVG m.118/I). Eğilimli kuruluş ya da topluluklarda ticari menfaatlerin ön planda olmaması önemlidir. Aksi takdirde girişimci, korunan etik ve maddi olmayan hedeflere saygı duysa bile bir eğilimden bahsedilemez. Fakat ticari amaç ön planda değilse kar getirici faaliyetlerde bulunulabilir²¹⁸. Düsseldorf Eyalet İş Mahkemesi'ne göre, engelliler için işletilen bir atölye eğilime sahip bir işyeridir. Yaptığı faaliyet doğrudan ve ağırlıklı olarak hayır amacına hizmet eder. Engellilerle birlikte ağır işler için ek olarak vasıflı işçilerin istihdamı da hayırseverlik amacının gerçekleştirilmesi için gereklidir. Aksi halde verilen siparişler hiçbir şekilde yerine getirilemez²¹⁹.

İşveren, eğilimli kuruluş ve topluluklardan biri ise soru sorma hakkı için özel genişletilmiş kurallar geçerlidir. Basın kuruluşları, radyo ve televizyon istasyonları, dini kurumlar gibi belli bir eğilime sahip olan işyerlerinde çalışanın dini aidiyeti ve inançları veya dünya görüşü ile ilgili veriler, yapılacak işin niteliği veya çalışma koşulları nedeniyle önemli ve belirleyici mesleki gereklilikleri temsil ettiği ölçüde

²¹⁵ Melda Sur, **İş Hukuku Toplu İlişkiler**, 10. b., Turhan Kitabevi, Ankara, 2022, s.61; Linck, a.g.e., § 26, Rn. 32; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, Özkaraca, a.g.e., s.833; Şahlanan, a.g.e., (Toplu İş Hukuku), s.197; Kaya, a.g.e., s.118.

²¹⁶ Boemke, a.g.e., (Fragerecht), s.144; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, Özkaraca, a.g.e., s.277.

²¹⁷ Marc-Oliver Schulze, Jennifer Erber, "Beschränkung der betrieblichen Mitbestimmung im Tendenzbetrieb", **ArbRAktuell**, 2019, s.169.

²¹⁸ Schulze, Erber, a.g.e., s.169.

²¹⁹ LAG Düsseldorf, 29.08.2012 - 7 TaBV 4/12, **BeckRS**, 2012, s.72569.

toplanabilir²²⁰. Dolayısıyla burada gerçekleşen faaliyetin taşıdığı eğilim ve çalışan gruplarının özel konumu, işverenin soru sorma hakkı üzerinde etkilidir²²¹.

Belirli durumlarda eğilim sahibi işyerlerinde ayrımcılık özelliklerinden birine dayalı olarak farklılaşmaya izin verilir²²². Kiliseler, partiler, basın şirketleri gibi belli bir eğilime sahip kurumlar iş başvurusunda bulunanların, kendi eğilimlerine engel bir özelliğinin olup olmadığını açıklığa kavuşturmak için işe alımdan önce sorular sorabilir. İşverenin korunan eğilimi söz konusu olduğu sürece, başvuru sahiplerinden kendi eğilimlerine sadakat göstermesi talep edilebilir. Eğilime aykırı ifade ve faaliyetler, eğilimle ilgili görevlerin yerine getirilmesi konusunda uygunluk kaybına yol açar. Çalışanın faaliyetinin önemi arttıkça işverenin korunma ihtiyacı da artmaktadır. Dolayısıyla eğilimin korunması için işveren, manevi ve ideal amaçların gerçekleştirilmesinde biçimlendirici etkiye sahip olan çalışanların seçiminde özgürdür²²³. Bu sebeple eğilim sahibi bir işyerinde çalışacak kişiler için artan davranışsal gereksinimler söz konusudur. Çalışmalarıyla işyerinin entelektüel ve ideal hedeflerine katkıda bulunması gereken eğilim taşıyıcıları olarak adlandırılan çalışanların, işyerinin iç ve dış alanındaki eğilimini ihlal etmeme konusunda sözleşmeden doğan sadakat yükümlülüğü vardır²²⁴.

Kural olarak bir eğilim taşıyıcının dolduracağı pozisyon ne kadar yüksekse işverenin soru sorma hakkı da o derece geniş olur. Alman Federal İş Mahkemesi'ne göre ilgili eğilim kurumunun hükümleri ve amaçları, faaliyetleri için belirleyici ise çalışanlar eğilim taşıyıcılarıdır. Çalışanın, eğilimin gerçekleşmesini sağlayacak biçimlendirici bir etkiye sahip olması gerekir. Sadece eğilimin izlenmesine katılmak yeterli değildir. Sanatsal faaliyetlerde bulunmak, tek başına çalışanın işyerinin eğilimleri üzerinde biçimlendirici bir etkiye sahip olduğu anlamına gelmez. Bir tiyatronun kostüm bölümü şefi, genellikle kostüm tasarımcısının aksine bir eğilim

²²⁰ Linck, a.g.e., § 26, Rn. 42; Benecke, a.g.e., § 33, Rn. 101; Künzl, a.g.e., s.238; Civan, a.g.e., s.311.

²²¹ Linck, a.g.e., § 26, Rn. 42; Preis, a.g.e., BGB § 611a, Rn. 278; Schulze, Erber, a.g.e., s.171.

²²² Jacob Joussen, "§ 9 AGG und die europäischen Grenzen für das kirchliche Arbeitsrecht", **NZA**, 2008, s.675.

²²³ Benecke, a.g.e., § 33, Rn.12; Schulze, Erber, a.g.e., s.171.

²²⁴ Polzer, Powietzka, a.g.e., s.973.

belirleyici değildir²²⁵. Söz konusu karardan eğilim taşıyıcının, eğilimin gerçekleşmesi üzerinde içerikle ilgili önemli bir etkiye sahip olan bir çalışan olduğu anlaşılmaktadır. Buna göre, kuruluşun politikasını dahili olarak geliştirmeye ve haklı çıkarmaya yardımcı olmak, dışarıda onu temsil etmek eğilim taşıyıcılarının sözleşmeye dayalı görevlerinin karakteristiğidir. Siyasi partilerin tam zamanlı çalışanları, Katolik anaokullarındaki eğitimciler veya günlük bir gazetenin editörleri burada örnek olarak verilebilir. Kural olarak eğilim taşıyıcılığı, sadece entelektüel yetenekler gerektirmekle kalmaz, aynı zamanda eğilim sahiplerinin de kuruluşlarının bu eğilimini kendi ideolojik, politik ve sendikal inançlarıyla desteklemelerini gerektirir. Çalışanın tamamen önemsiz olmayan bir ölçüde eğilimle ilgili işler yapması gereklidir. Eğilimi gerçekleştirebilmek için işveren, entelektüel ve idealist amaçların gerçekleştirilmesinde biçimlendirici etkisi olan çalışanların seçiminde özgürdür. Buradan işyerinin eğilimlerine uygun soruların, istihdam ilişkisinin kurulmasına kadar olan süreçte de sorulabileceği sonucu çıkarılabilir. İşveren genel olarak izin verilen, tamamen faaliyetle ilgili sorulara ek olarak, eğilimin gerçekleşmesi için belirleyici olan soruları da sorabilir. Eğilimin biçimine bağlı olarak, örneğin din veya parti üyeliği hakkında sorular sorabilir²²⁶.

Buradan işveren sendikalarının gelecekteki çalışanlarına sosyal rakibi olan işçi sendikasına üye olup olmadıklarını sorabilecekleri sonucu çıkmaktadır. Bir işveren sendikası, çalışanlarından kendilerine dayanışma göstermelerini ve kendisiyle rekabet eden veya amaçlarına ters düşen örgütlere üye olmamalarını isteyebilir ve bu konuda soru sorabilir²²⁷. Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'na göre de *“Dernek, vakıf, sendika, siyasi parti ve meslek örgütlerinin, ilgili mevzuatlarında veya tüzüklerinde yer alan amaç, ilke ve değerler temelinde üye olacak kişilerde belli şart ve nitelik aramaları”* ayrımcılık oluşturmamaktadır (TİHEKK m.7/I-e). Benzer şekilde basın şirketlerinde, işveren basın özgürlüğü ve yayın eğiliminin belirlenmesinde kurumsallaşmış olan düşünce özgürlüğüne açıkça öncelik

²²⁵ BAG, 13. 2. 2007 - 1 ABR 14/06, **NZA**, 2007, s.1121. Alman Federal İş Mahkemesi bir başka kararında Alman Kızıl Haç'ına bağlı bir bölge birliğinin kurtarma ve nakliye hizmetinde tam zamanlı veya gönüllü olarak istihdam edilen sağlık görevlilerinin, bir eğilim taşıyıcısı olmadıklarını belirtmiştir. BAG, 23.06.2004-7 AZR 514/03, **NZA**, 2004, s.1289.

²²⁶ Schulze, Erber, a.g.e., s.170.

²²⁷ Benecke, a.g.e., § 33, Rn. 103; Ehrich, a.g.e., s.426; Kayaalp, a.g.e., s.99.

vermelidir. Ancak işyerindeki eğilimi yansıtan kurumsallaşmış olan düşüncenin çalışanın düşünce özgürlüğü ile doğrudan çelişmemesi gerekir²²⁸. Buna karşın siyasi eğilimleri olan kurumların (örneğin, basın şirketleri, işveren sendikaları) çalışanlarından kurumun siyasi yönelimiyle özdeşleşmelerini talep edemeyeceği, siyasi inançlar veya siyasi partilere üyelikle ilgili sorular soramayacağı literatürde ileri sürülmüştür²²⁹.

Başvuranın yasal biçimleri ne olursa olsun bir dini topluluğa atanan kurum ya da bir dini veya inancı birlikte geliştirmeyi görev edinen dernekler tarafından istihdam edilmesi durumunda, ilgili dini topluluğun ya da derneğin kendi imajını dikkate alarak, faaliyetin niteliğine ve yürütüldüğü koşullara dayalı olarak başvurana din veya dünya görüşü ile ilgili soru sorması temel, yasal ve haklı bir mesleki gerekliliktir²³⁰. Alman Anayasası m.137/III'e göre her dini topluluğun kendi işlerini, herkes için geçerli olan yasalar çerçevesinde bağımsız olarak düzenleyeceği ve yöneteceği, görevlilerini, devlet, belediye veya köylerin katılımı olmaksızın belirleyeceği düzenlenmiştir. Ayrıca Almanya'da Alman Genel Eşit Muamele Kanunu m.9 ile de eşit olmayan muameleye ilişkin yasaklara istisnalar getirilmiştir. Madde kapsamında belirli bir din veya inancın, kendi kaderini tayin hakkı veya faaliyet türü ile ilgili olarak ilgili dini topluluk veya derneğin kendi imajını dikkate alarak, haklı bir mesleki gerekliliği temsil etmesi halinde istihdamda kişilere farklı muamele yapabileceği düzenlenmiştir (AGG m.9/I). Söz konusu düzenlemeler kilisenin çalışanlarına kilise inancı ve ahlakının temel ilkelerine uymayı dayatma ve kiliseye ait olmaktan kaynaklanan temel yükümlülükleri ihlal etmemelerini talep etme yetkisini verir²³¹. Buradan kiliselerin ve kurumlarının yasal biçimlerine bakılmaksızın işlerinin düzenine ve yönetimine tek başına karar verme hakkına sahip oldukları, bu hakkın kendileri için çalışanların mesleki bir gereklilik olarak dinini dikkate almayı da içerdiği sonucu çıkar²³². Eğilimli işyeri kavramı mevzuatımızda henüz tanımlanmasa da TİHEKK m.7/I-d'ye göre, “...*Bir dine ait kurumda, din*

²²⁸ Kissel, a.g.e., s.147.

²²⁹ Wisskirchen, a.g.e., s.1493.

²³⁰ Thüsing, Forst, a.g.e., § 7, Rn. 21; Jousen, a.g.e., (Kirchliche), s.675.

²³¹ Kissel, a.g.e., s.147.

²³² Abbo Junker, “Gleichbehandlung und kirchliches Arbeitsrecht – Ein deutscher Sonderweg endet vor dem EuGH”, **NJW**, 2018, s.1850.

hizmeti veya o dine ilişkin eğitim ve öğretim vermek üzere sadece o dine mensup kişilerin istihdamı...” ayrımcılık oluşturmaz.

Almanya’da kilise görevlileri ve din adamları Alman Genel Eşit Muamele Kanunu kapsamında değildir. Fakat diğer çalışanlar için pozisyonlarının eğilim taşıyıcısı olup olmadığına göre işverenin soru sorma hakkı açısından istisna kapsamında tutulup tutulmayacağı tartışmalıdır²³³. Alman Federal İş Mahkemesi’ne göre, dini kurumlarda çalışanlara mezhebine bağlı olarak farklı muamele edilmesi hukuka ve orantılılık ilkesine uygundur. İşveren tarafından dayatılan mesleki gereklilik ile söz konusu faaliyet arasında doğrudan bir bağlantı vardır. Böyle bir bağlantı, bu faaliyetin doğasından veya uygulama koşullarından kaynaklanmaktadır²³⁴. Avrupa Adalet Divanı kararına göre, kilisenin veya dini kuruluşun amacı göz önüne alındığında din ile ilgili faaliyet veya bunların uygulama koşullarına uygunluk, yasal ve haklı bir mesleki gerekliliktir. Söz konusu gereklilik, ilgili kilisenin veya örgütün ahlak anlayışına göre yorumlanacaktır. Fakat mesleki gereklilikler üzerindeki belirleyicilik orantılılık ilkesine uygun olmalıdır²³⁵. Belirtmek gerekir ki faaliyetin türüne odaklanılarak, bir eğilime sahip işyerinde işverenin soru sorma hakkının genişletilmesi, gelecekteki faaliyetleri için belirli özelliklerin önemli olduğu başvuru sahipleri (trend taşıyıcıları) ile sınırlıdır²³⁶. Söz konusu karar kiliseler ile ilgili olsa da kararın içeriği, diğer dini kurumlar ve sendikalar gibi eğilim sahibi kuruluşlar açısından da önemlidir. Dini kurum işverenlerinin, bir adayın mesleki gerekliliklere uygun olup olmadığına dair argümanı ve belirlediği mesleki gereklilikler etkili bir adli incelemeye açık olmalıdır. İnceleme yapılırken dini faaliyet ile ilgili olan ve olmayan işler arasında ayırım yapılmalıdır. Örneğin teknik işler, bekçilik, temizlik işleri dini faaliyet kapsamından uzaktır. Bu tür pozisyonlarda çalışacak kişilerin, dini mensubiyet veya ideolojik görüşleri hakkındaki bir soruya izin verilmemelidir²³⁷.

²³³ Benecke, a.g.e., § 33, Rn. 104.

²³⁴ BAG, 31.01.2019 - 2 AZR 426/18, **NZA**, 2019, s.901.

²³⁵ Junker, a.g.e., s.1852; ABAD, 17.4.2018 – C-414/16, **NZA**, 2018, s.569.

²³⁶ Linck, a.g.e., § 26, Rn. 42.

²³⁷ Jousen, a.g.e., (Kirchliche), s.678; Junker, a.g.e., s.1852; Schulze, Erber, a.g.e., s.171; Wisskirchen, a.g.e., s.1492; Fischinger, a.g.e., Rn. 131; Gürsel, a.g.e., s.794; Kayaalp, a.g.e., s.97.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İŞÇİNİN ELEŞTİRİDE BULUNMA VE BİLGİ UÇURMA HAKKI KAPSAMINDA İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

1 KONUYA YÖNELİK GENEL BAKIŞ

Birçok insan için işyeri hayatının odak noktasıdır. Bu nedenle işyerleri sosyal konularla entelektüel tartışmaların yeridir¹. İşçilerin zamanlarının büyük bir kısmını işyerinde geçirmelerinden dolayı ifade özgürlüğünün korunması işyeri demokrasisi² için oldukça önemlidir. İnsan kişiliğinin temel iletişimsel biçimi ve özgür demokratik bir devlet düzeninin mutlak kurucu unsuru olan ifade özgürlüğü işyerinde de geçerlidir. Dolayısıyla Buchner’in ifadesiyle; “İfade özgürlüğü fabrika kapısında sona ermez. Ancak fabrika kapısından geçen herkes meclis salonuna girmediğini de bilir”. Çalışanların iddia ettiği ifade özgürlüğü ile işverenlerin ifade özgürlüğüne yönelik olumsuz tutumu arasındaki çatışma defalarca patlak vermiş ve onlarca yıldır içtihatın odak noktası olmuştur³.

Alman Federal Anayasa Mahkemesi işyerindeki ifade özgürlüğünün önemini, “İfade özgürlüğünün, tüm yurttaşların vazgeçilmez bir yaşam alanını işgal eden çalışma alanından uzak tutulmak istenmesi, bu temel hakkın önemi ile bağdaşmaz.”

¹ Preis, a.g.e., BGB § 611 a , Rn. 28.

² Literatürde işyeri demokrasisi kavramının çalışanların iş sürecine ve kolektif sürece nüfuz eden söz söyleme hakkı olarak özetlenebileceği ifade edilmiştir. Pınar Erkal Coşan, Asena Altın Gülova, “Örgütsel Demokrasi”, **Yönetim ve Ekonomi Dergisi**, C.XXI, S.2,2014, s.236; Bir diğer tanıma göre işyeri demokrasisi, çalışanın iş ortamında kendisini daha güçlü ve kapsamlı ifade etmesinin yollarını açmak anlamına gelmektedir. Mehmet Uçum, “İşyerinde Demokrasi Olur Mu?”, <http://www.mehmetucum.com/9-makaleler&newsID=297>, e.t., 16.02.2023.

³ Herbert Buchner, **Zur Meinungsfreiheit im Arbeitsrecht**, Herausgegeben von der Akademie für Erwachsenenbildung Köln im Haus der Begegnung, Jabachstr, Köln, 1981, s.1; Wilfried Berkowsky, “Die verhaltensbedingte Kündigung - Teil 2”, **NZA-RR**, 2021, s.60; Heper, a.g.e., s.1905.

şeklinde ifade etmiştir⁴. Dolayısıyla anayasal bir devlette her vatandaşın temel hakkı olan ifade özgürlüğü, işverenin toplumsal gücüne karşı hukuk sistemi tarafından korunmalıdır⁵. İşçinin iş sözleşmesi ile işverene bağımlı olarak iş görmeyi üstlenmesi ifade özgürlüğünden vazgeçtiği anlamına gelmez⁶. Ayrıca Alman İşyerleri Esas Örgüt Kanunu m.75/II'ye göre işveren, işyerinde istihdam edilen çalışanların kişiliklerinin özgürce gelişmesini korumalı ve teşvik etmelidir. Söz konusu hüküm işverenin ifade özgürlüğünü kullanan çalışana hukuka ve hakkaniyete göre muamele etme yükümlülüğünü, çalışanın kişiliğinin özgür gelişimini koruma ve teşvik etme yükümlülüğünü, sivil özgürlüklerine saygı gösterilmesi talebini içerir⁷. Almanya'da olduğu gibi ülkemiz iş hukuku sisteminde de "ifade özgürlüğü"nin açık olarak düzenlendiği bir hüküm yoktur. Alman İşyerleri Esas Örgüt Kanunu'ndakine benzer şekilde işverenin koruma ve gözetme borcunun düzenlendiği Türk Borçlar Kanunu'nda işverenin iş ilişkisinde işçinin kişiliğini korumak, saygı göstermek ve işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlamakla, özellikle işçilerin psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları ve bu tür tacizlere uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlü olduğu düzenlenmiştir (TBK m.417/I). Söz konusu hükümde ifade özgürlüğü açık olarak yer almasa da işverenin koruma borcu, işçinin çıkarlarının zedelenmesini önlemek için uygun bir çabayı göstermeyi ve tüm kişilik değerlerini korumayı da kapsadığından ifade özgürlüğünü kullanan işçinin işveren tarafından korunması gerektiği sonucu çıkarılabilir⁸. Ayrıca ifade özgürlüğünü kullanan işçiyi işveren, iş ilişkisinin devamı süresince ifadelerinden dolayı ayrımcılığa tabi tutamaz (AY m.10, TİİEKK m.3, İK m.5). Bununla birlikte ifade özgürlüğünü kullanan işçi genel olarak işverenin çıkarlarına hitap etmemektedir. İş ilişkisinde işçinin ifadeleri her ne kadar yapıcı

⁴ BVerfG v. 28.04.1976, AP Nr. 2 zu § 74 BetrVG 1972, bkz. Rudolf Buschmann, Herbert Grimberg, "Plaketten als Meinungsäußerung im Betrieb", **AuR**, 37, März 1989, s.66.

⁵ Alfred Söllner, "Wes Brot ich eß", des Lied ich sing"- Zur Freiheit der Meinungsäußerung im Arbeitsverhältnis, **Festschrift für Wilhelm Herschel zum 85. Geburtstag**, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1982, s.389.

⁶ Astarlı, a.g.e., s.311.

⁷ Ramm, a.g.e., (Grundrechte), s.4.

⁸ K. Ahmet Sevimli, "Türk Borçlar Kanunu m.417 ve İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Işığında Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması", **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2013/1, S.36, s.110-111; F. Burcu Savaş Kutsal, Şelen Kolan, "Paylaşmadan Önce Dikkat! İşçilerin İşyeri Dışında Sosyal Medya Kullanımları Üzerine Hukuki Bir Değerlendirme", **Legal İSGHD**, C.XVI, S.62, 2019, s.523; Ekmekçi, Yiğit, a.g.e., s.307.

olabilse de genel olarak bu ifadeler işverene ve çalışma arkadaşlarına yönelik eleştiri, meslek sırlarının açığa çıkarılması gibi görünüm şekillerine sahip olduğundan dolayı, işverenin işçiyi koruma borcuna karşı işçinin ifade özgürlüğü, menfaat çatışmasından dolayı birebir örtüşmez. Mevzuatımızdaki madde hükümlerinde ifade özgürlüğüne yönelik açık bir düzenleme yer almadığından, işçinin ifade özgürlüğünü kullanım hakkına yönelik somut bir düzenlemeye gidilmesi kanımızca oldukça önemlidir.

İşverenlerin ve çalışanların her birinin ifade özgürlüğü vardır ve görüşleri zaman zaman karşı karşıya gelmektedir. İfade özgürlüğünün iş ilişkisi için ne anlama gelebileceği dikkate alınmaksızın, bu özgürlük serbest mi olmalıdır? Yoksa istihdam ilişkisine veya operasyonel süreçlere dayanan bağımlılık ve menfaatleri dikkate alma görevleri vb. yükümlülükler dikkate alınmalı mıdır? Bu bize ifade özgürlüğünün anayasal statüsü göz önüne alındığında, iş ilişkisinde ifade özgürlüğünün kısıtlanıp kısıtlanamayacağı sorusunu yöneltmektedir⁹.

İş ilişkisinde ifade özgürlüğünün fiilen kullanımının kısıtlanmasının temel bir sorun olduğu konusunda görüş birliği bulunmaktadır¹⁰. İşçinin ifade özgürlüğü üzerindeki çeşitli kısıtlamalar, işverenin hiyerarşik üstünlüğü ve ekonomik ve sosyal gücüne dayalı fiili baskısından kaynaklanmaktadır. İşverenler bir işçi tarafından yapılan her açıklamayı kabul etmek zorunda değildir, ancak diğer taraftan işçiler de ifadeleri kısıtlanan, kanaat sahibi olmayan bir kişiye dönüşmemelidir. Hangi ifadeye izin verilip verilmeyeceği belirlenirken, öncelikle temel bir hak olarak ifade özgürlüğünün öneminin her iki tarafça kavranması gerekir¹¹.

İşçinin ifade özgürlüğünün karşılaştığı engeller sorununun yanında bir diğer önemli husus, işverenin de temel haklara sahip olması ve menfaatlerinin zedelenmemesinin gerekliliğidir¹². İstihdam ilişkisinin temel kuralları, ifade özgürlüğünü kısıtlayamaz. Ancak iş ilişkisinde ifade özgürlüğü de sınırsız olarak

⁹ Kissel, a.g.e., s.146.

¹⁰ Remmert, a.g.e., s.5.

¹¹ Howald, a.g.e., s.195; Zachert, a.g.e., s.289; Öktem Songu, a.g.e., (İfade Özgürlüğü), s.626.

¹² Remmert, a.g.e., s.7.

garanti edilmez¹³. İşverenler, işçilerin uygun görülmeyen beyanlarına fesih, uyarı vb. yollarla tepki vermek için önlemler alabilir¹⁴.

İfade özgürlüğü, iş hukukunda anayasal bir değere sahip olsa da iş sözleşmesiyle temelden çelişmemelidir. İşçinin ifade özgürlüğü, işverenin sadakat yükümlülüğünde sınırını bulur. Bir işçi, fikrini ifade ederken iş sözleşmesinin kendisine yüklediği sadakat borcunun sınırlarını aşıyorsa, ifade özgürlüğünü ileri süremez¹⁵. TBK m.396'ya göre, *“İşçi, yüklendiği işi özenle yapmak ve işverenin haklı menfaatinin korunmasında sadakatle davranmak zorundadır (m.396/I). İşçi, iş gördüğü sırada öğrendiği, özellikle üretim ve iş sırları gibi bilgileri, hizmet ilişkisinin devamı süresince kendi yararına kullanamaz veya başkalarına açıklayamaz. İşverenin haklı menfaatinin korunması için gerekli olduğu ölçüde işçi, hizmet ilişkisinin sona ermesinden sonra da sır saklamakla yükümlüdür (m.396/IV)”*. Sadakat, iş sözleşmesinden kaynaklanan, iş sözleşmesi ve işletmenin genel amacına ve aynı zamanda iş hedefinin gerçekleştirilmesine yönelik menfaate ilişkin tüm davranışlarda dikkate alınması gereken, dürüstlük kuralının sınırlarını belirlediği güven ilişkisinden doğan ikincil yükümlülük (yan yükümlülük) anlamına gelir. Bu borcun kapsamına öğrenilen sırları saklama, işverenin talimatlarına uyma gibi olumlu edimler yanında, işveren ile rekabetten kaçınma, işverene ve işyerine zarar veren davranışlardan kaçınma gibi olumsuz edimler girer. Bu ikincil yükümlülük, aynı zamanda ifade özgürlüğünün sınırını da içerir¹⁶. Alman Federal İş Mahkemesi'nin görüşüne göre, iş ilişkisinde ifade özgürlüğünün uygulanması, öncelikle işçiye işverenin yetkisini keyfi olarak kötüye kullanmasından korumayı amaçlar. Bununla birlikte makul bir bakış

¹³ Berkowsky, a.g.e., s.60.

¹⁴ Howald, a.g.e., s.195.

¹⁵ Zachert, a.g.e., s.290; Söllner, a.g.e., s.393; Çetin, a.g.e., s.123.

¹⁶ Gülsevil Alpagut, “İşçinin Sadakat Borcu ve Türk Borçlar Kanunu ile Getirilen Düzenlemeler”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S.25, 2012, s.23-24; Şükran Ertürk, “İş Arkadaşlarının Baskısı Sonucu İş Sözleşmesi Feshedilen İşçinin Talep Hakları ve Hukuki Dayanakları”, **Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce'ye Armağan**, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir, 2001, s.73; Tankut Centel, “Türk Borçlar Kanunu'nda İşçinin Borçları”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S.22, 2011, s.8; Fevzi Demir, Gönenç Demir, “İşçinin Sadakat Borcu ve Uygulaması”, **Kamu-İş**, C.XI, S.1, 2009, s.2; Hasan Kayırgan, “İş Hukukunda Sadakat Borcunun Genel Bir Değerlendirmesi”, **MÜHF-HAD**, C.XX, S.1, s.464; Vuslat Özyurt, “Sendikanın Boykot Çağırısına İlişkin Sosyal Medya İçeriğinin İşçi Tarafından Beğenilmesinin/Paylaşılmasının İş Sözleşmesine Etkisi: Yargıtay'ın Farklı Yaklaşımları Üzerinden İşçinin Sadakat Borcu ve İfade Özgürlüğü Bağlamında Bir Değerlendirme”, **Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.VI, S.1, 2021, s.458; Kissel, a.g.e., s.150; Aydın, a.g.e., (Kişilik Hakkı), s.57; Ekmekçi, Yiğit, a.g.e., s.396; Civan, a.g.e., s.17.

açısıyla bakıldığında işverenin haklı bir çıkarı varsa ifade özgürlüğünün kısıtlanması kabul edilmelidir¹⁷.

2 İŞÇİNİN ELEŞTİRİDE BULUNMA HAKKI BAĞLAMINDA İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

Eleştiri, “Bir insanın, bir eserin, bir konunun doğru ve yanlış yanlarını bulup göstermek amacıyla inceleme işi, tenkit” olarak tanımlanmıştır¹⁸. Eleştiride bulunma hakkı da kural olarak ifade özgürlüğü kapsamındadır. Yargıtay’a göre, eleştiride sarf edilen sözlerle eleştirilen olay ve olgular arasında uygun bir nedensellik bağı bulunmalıdır. Fikri bağlamından kopuk olan ve alakasız açıklamalar eleştiri kapsamında değerlendirilmeyebilir. Eleştirinin amacı doğru olmayan, istenilmeyen, rahatsız edici ve hoşla gitmeyen söz, tutum, davranış, uygulama ve sonuçları ortadan kaldırmaktır. Bundan dolayı belli ölçüde rahatsız edici, incitici veya düşündürücü nitelik taşırlar¹⁹.

İş ilişkisinde işçi ve işveren tarafının birbirlerinin doğru ve yanlışlarını bulup göstermesi için eleştiri hakları bulunmaktadır. İşçiler işvereni, işverenin aile üyelerini, çalışma arkadaşlarını ve müşteriler gibi üçüncü kişileri iş ilişkisi sürecinde eleştirebilmektedir. Bu eleştiriler gerçeği yansıttığı ve hakaret oluşturmadığı sürece sert ve ağır da olabilir. Benzer kişilik yapısına sahip olmayan bireylerin aynı ortamda bir arada bulunması sebebiyle farklı görüşlerin ortaya çıkması kaçınılmazdır. Fakat iş ilişkisinde işçinin yaptığı eleştiri sonucu, işyerinde çalışma barışının bozulduğu

¹⁷ BAG, 03.12.1954 - 1 AZR 150/54, NJW, 1955, s.606.

¹⁸ TDK Türkçe Sözlük; (Çevrimiçi) <https://sozluk.gov.tr/> e.t.26.01.2022.

¹⁹ Y. 22. HD, E.2016/16290, K.2016/17802, T.14.06.2016, (Çevrimiçi) <https://legalbank.net>, e.t., 13.08.2022.

gerekçesiyle sözleşmesi sonlandırılabilir²⁰. Yargıtay’a göre, “İşçinin eleştirisi sınırları içinde kalan söz ve davranışları işverene haklı fesih imkanı vermez”²¹.

Belirtmek gerekir ki kişilik hakkının mutlak karakteri göz önüne alındığında kural olarak kişilik değerlerine yapılan her saldırı hukuka aykırıdır (TMK m.24/II)²². Dolayısıyla işçinin temel görüş bildirme hakkı, özellikle işverenin anayasal olarak korunan hakları etkileniyorsa sınırsız değildir. İfade özgürlüğünün sınırını genel kişilik hakları belirler. İşçinin ifadeleri küfürlü eleştiri, hakaret ve insanın şeref ve onuruna yönelik saldırı şeklinde ise işverenin korunması işçinin ifade özgürlüğünden önce gelir²³. Şeref ve onur, kişinin insan olma sıfatı ile doğuştan sahip olduğu temel haktır ve hukuk düzeni tarafından korunur. İşverenlerin genel anlamda şeref ve onura sahip olmalarının yanında ait oldukları meslekten kaynaklanan mesleki şeref ve onurları da vardır ve ifade özgürlüğü bu haktan üstün değildir²⁴.

İş hukukunda işçinin eleştirisi hakkının sınırına ilişkin bir hüküm İş Kanunu m.25/II-b ve d’dir. Madde hükmüne 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”, “İşçinin işverene yahut onun ailesi üyelerinden birine yahut işverenin başka işçisine sataşması” durumunda sözleşmesi bildirimsiz feshedilir. “Aile üyeleri”nin içine işçi ya da işverenin eşi, çocukları, yakın akrabaları

²⁰ Alper Yılmaz, “İşçinin İşvereni Eleştirme Hakkı ve Sınırları”, (Çevrimiçi) <https://www.alomaliye.com/2011/07/15/iscinin-isvereni-elestirme-hakki-ve-sinirlari-alper-yilmaz-avukat/> e.t.,26.01.2022; Anja Scheid, Patrick Klinkhammer, “Kündigung wegen beleidigender Äußerungen des Arbeitnehmers in sozialen Netzwerken”, **ArbRAktuell**, 2013, s.8; Oliver Deeg, Claudia Scheuenpflug, “Die verhaltensbedingte Kündigung wegen Beleidigung”, **ArbRAktuell**, 2010, s.547; Paul Melot de Beauregard, Christian Gleich, “Social Media am Arbeitsplatz – Chancen und Risiken”, **DB**, 2012, s.2044; Gülnur Erdoğan, **İşyerinde İfade Özgürlüğü (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Temelinde)**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s.208; Buchner, a.g.e., s.19; Civan, a.g.e., s.205; Öktem Songu, a.g.e., (İfade Özgürlüğü), s.636; Heper, a.g.e., s.1907.

²¹ Y. 22. HD, E.2011/472, K.2011/1038, T.22.09.2011, (Çevrimiçi) <https://legalbank.net>, e.t., 28.07.2022. Benzer karar için bkz. LAG Rheinland-Pfalz, 25.08.2006 - 8 Sa 245/06, **BeckRS**, 2006, s.44709.

²² K. Ahmet Sevimli, “İşçinin Kişilik Değerlerine Saldırı Nedeniyle Manevi Tazminat (Karar İncelemesi)”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2010/1, S.24, s.298; Sevimli, a.g.e., (Kişiliğin Korunması), s.112.

²³ Michael Kort, “Kündigungsrechtliche Fragen bei Äußerungen des Arbeitnehmers im Internet”, **NZA**, 2012, s.1321.

²⁴ Okur, a.g.e., (Düşünce), s.58.

girmektedir. Söz konusu kavram dar yorumlanmamalıdır²⁵. Bu durumda ifade özgürlüğünden söz edilemez. Fakat işçinin yapmış olduğu eleştiri bildirimsiz feshe gerekçe oluşturacak ağırlıkta değilse işveren iş sözleşmesini, işçinin davranışlarına dayanan geçerli bir sebebe dayanarak bildirimli şekilde de sona erdirebilir.

Yargıtay'ın vermiş olduğu kararda, “İş Kanunu’nun 25’inci maddesinin II’ nci bendinin (d) fıkrasına göre, işçinin işverene veya ailesine karşı şeref ve namusuna dokunacak sözler söylemesi veya davranışlarda bulunması ya da işveren hakkında şeref ve haysiyet kırıcı asılsız ihbar ve isnatlarda bulunması veya işçinin işverene veya aile üyelerinden birine sataşması haklı fesih nedeni olarak sayılmıştır. Böyle durumlarda işçi, Anayasa’nın 25 ve 26’ncı maddesi ile güvence altına alınmış düşünceyi açıklama özgürlüğüne dayanamaz. Buna karşılık işçinin bu ağırlıkta olmayan işveren aleyhine sarf ettiği sözler çalışma düzenini bozacak nitelikte ise geçerli fesih nedeni sayılmalıdır. Sadece işverene karşı değil, işveren vekiline karşı yöneltilen ve haklı feshi gerektirecek ağırlıkta olmayan aleyhe sözler geçerli fesih nedeni sayılmalıdır. Bunun gibi, işçinin, işveren veya aile üyelerinden olmamakla birlikte, işverenin yakını olan veya işverenin yakın ilişkide bulunduğu veya başka bir işte ortağı olan kişilere hakaret ve sövgüde bulunması, bu kişilere asılsız bildirim ve isnatlar yapması özellikle işverenin şahsının önemli olduğu küçük işletmeler bakımından bu durum iş sözleşmesinin feshi için geçerli neden oluşturacaktır, işçinin, işverenin başka bir işçisine sataşması 25/II, d hükmü uyarınca haklı fesih nedeni sayılmıştır”²⁶. Literatürde sataşma, bir işçiden başka bir işçiye, işverene ya da onun aile üyelerinden birine yönelen ve yöneldiği kişinin kişilik haklarına saldırı niteliği taşıyan söz ve davranışlar olarak tanımlanmıştır. Sataşma söz ile olabileceği gibi fiili davranışla da gerçekleşebilir. Sataşma olarak kabul edilecek söz ve davranışların geniş olmasından dolayı, her somut olayın özelliğine göre değerlendirmeye gidilmelidir. Bununla birlikte sataşma eyleminin de bir sınırının bulunması gereklidir. Aksi takdirde işçi tarafından yapılan her eylem sataşma

²⁵ Sezgi Öktem Songu, “Bir Haklı Fesih Sebebi Olarak “Sataşma””, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S.39, 2018, s.124. TCK m.125/I’e göre de “Bir kimseye onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil veya olgu isnat eden veya sövmek suretiyle bir kimsenin onur, şeref ve saygınlığına saldıran kişi, üç aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır”.

²⁶ Y. 9. HD, E. 2008/36374, K. 2009/15159, T. 01.06.2009, (Çevrimiçi) <https://legalbank.net>, e.t., 06.09.2022.

kavramı içine sokulursa işverenin fesih hakkı gereğinden fazla genişleyebilir²⁷. Sataşma niteliğinde olmadığı sürece, diğer işçilerle devamlı ve gereksiz tartışmaya girmek, iş arkadaşları ile ciddi geçimsizlik göstermek geçerli fesih nedeni sayılmalıdır²⁸.

Belirtmek gerekir ki İK m.25/II-b bendinde işçinin işverenin ve aile üyelerinin şeref namusuna yönelik sözler sarf etmesinin haklı nedenle feshe sebep olacağı düzenlenmişse de bent kapsamında işçinin diğer bir işçinin şeref ve namusuna dokunacak sözler sarf etmesi düzenlenmemiştir. İşçinin diğer bir işçinin kendisi ya da aile üyelerinden birinin şeref ve namusuna dokunacak sözler sarf ettiği durumda İK m.25/II-d bendinde işçinin “işverenin başka işçisine sataşması” hükmünün uygulanması mevcut düzenleme açısından doğru olsa da kanımızca İK m.25/II-b bendine işveren ve aile üyelerinin yanında işverenin başka bir işçisi ibaresinin yer alması isabetli olurdu. Çünkü şeref ve namusa dokunacak söz ile sataşma kavramları terminolojik açıdan her durumda örtüşmeyebilir²⁹. Özellikle nefret söylemine varan ifadeler için “sataşma” kavramı yetersiz kalmakta, bu söylemler kişinin şeref ve onurunu ağır şekilde ihlal etmektedir³⁰.

İşçinin eleştiride bulunma hakkı değerlendirilirken çalışma barışı kavramına sıklıkla atıfta bulunmaktadır. Çalışma barışının muğlak bir kavram olması ve fesihlerde sıklıkla bu kavrama başvurulması sebebiyle bu konuya değinilmesinde fayda vardır. Aynı zamanda günümüzde internet teknolojisinin gelişimi sebebiyle işçiler eleştirilerini sosyal medya üzerinden de gerçekleştirmektedir. İşçiler günümüzde karşısındaki kişiye doğrudan doğruya ifadede bulunmak yerine sosyal

²⁷ Nurşen Caniklioğlu, Merve Akkaya, “Yargıtay Kararları Işığında İşyerinde Kavga Sebebiyle İş Sözleşmesinin İşverence Feshi”, **Festschrift für Otto Kaufmann Armağanı**, Ed. Alpay Hekimler, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2021, s.166-167; Hediye Ergin, “İşçinin İşyerinde Çalışan Diğer Bir İşçiye Sataşması Nedeniyle İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshi”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S.34, 2015, s.75; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, Özkaraca, a.g.e., s.622-623; Ertürk, a.g.e., (Baskı), s.60; Öktem Songu, a.g.e., (Sataşma), s.115. Yargıtay’a göre; “Sataşma niteliğindeki davranışlar tehdit ve hakaret içeren sözler söyleme, etkili eylem (darp) de bulunma gibi davranışlar olarak ortaya çıkar.” Y. 9. HD, E. 2016/3438, K. 2019/12303, T. 28.05.2019, (Çevrimiçi) <https://legalbank.net>, e.t., 06.09.2022.

²⁸ Y. 9. HD, E. 2008/36374, K. 2009/15159, T. 01.06.2009; Y. 9. HD, E. 2007/37481, K. 2008/12505, T. 26.05.2008, (Çevrimiçi) <https://legalbank.net>, e.t., 28.07.2022.

²⁹ Öktem Songu, a.g.e., (Sataşma), s.118-120.

³⁰ Nefret söylemi ile hakaret arasındaki ayrım hakkında bilgi için bkz. “2.4.2 İşçinin Nefret İçerikli Söylemleri”.

medya vasıtasıyla görüşlerini dile getirebilmektedir. Bu sebeple sosyal medyanın iş ilişkisine etkisinin de genel hatlarıyla incelenmesi önemlidir.

2.1 Çalışma Barışı

İş sözleşmesinin anlam ve amacı bakımından işçinin performansını operasyonel hedefleri yerine getirmek için kullanması, işverenin sorunsuz bir çalışma sürecine ve dolayısıyla işyerindeki huzura ilişkin menfaati açısından önemlidir. İşverenin varoluşsal ve rekabetçi çıkarları işçinin kamuoyuna açık fikir beyanlarından etkilense de burada söz konusu olan işçilerin işyerindeki huzuru ve çalışma sürecini bozan fikir açıklamalarıdır³¹.

AY m.26/II’de ifade özgürlüğünün madde hükmünde yer alan sebeplere dayalı olarak sınırlandırılabilceği düzenlenmiştir. Alman AY m.5/II’ye göre, ifade özgürlüğü genel kanun hükümleri ile sınırlandırılabilir. Genel kanunlar, bir görüşü olduğu gibi yasaklamayan ancak ifade özgürlüğünün kullanılmasından önce gelen bir topluluk değerini korumaya hizmet eden tüm kanunlardır³². Alman Federal Anayasa Mahkemesi içtihadına göre, temel hak üzerindeki kısıtlayıcı etkileri bakımından genel kanunlar, bu temel hakkın önemi ışığında görülmeli ve her durumda hakkın özel değeri korunacak şekilde yorumlanmalıdır³³. Alman Federal İş Mahkemesi’ne göre ifade özgürlüğünü düzenleyen Alman Anayasası m.5/II’de ifade edilen “genel kanunlar” istihdam ilişkisinin temel ilkelerini de içermektedir. Mahkeme’ye göre bu ilkeler, işçinin çalışma yükümlülüğünün yanı sıra işverenin çıkarlarını zedelememeyi, işyeri içindeki huzuru korumayı, asılsız ve karalayıcı iddialarda bulunmamayı ve iş faaliyetlerini aksatmamayı da kapsar. İşçilerin yapması ve yapmaması gerekenler, iş sözleşmeden doğan sadakatle davranma veya iyi niyete dayalı yan yükümlülüğünden kaynaklanmaktadır³⁴.

Nasıl ki iş akışındaki ve çalışma düzenindeki rahatsızlıklar ifade özgürlüğü ile haklı gösterilebiliyorsa; iş ilişkisinden kaynaklanan ve işyeri içindeki huzurun

³¹ Söllner, a.g.e., s.399.

³² Günther Wiese, “Internet und Meinungsfreiheit des Arbeitgebers, Arbeitnehmers und Betriebsrats”, **NZA**, 2012, s.4.

³³ BVerfG, 15.01.1958 - 1 BvR 400/51, **GRUR**, 1958, s.254.

³⁴ BAG, 28.09.1972 - 2 AZR 469/71, **AP BGB** § 134 Nr. 2.

bozulmasına yol açan davranışların yasaklanması, ifade özgürlüğünün genel olarak kabul edilebilir bir kısıtlamasını temsil etmektedir³⁵. Alman Federal İş Mahkemesi içtihat hukuku anlamında istihdam ilişkisinin en sorunlu konularından biri de işçinin görüşleri sebebiyle çalışma barışını bozmama görevidir. Burada sorun bir yandan çalışma barışı kavramından, diğer yandan ise çalışma barışının bozulmasının ne zaman meşru görülebileceği sorusundan kaynaklanmaktadır³⁶.

Alman Federal İş Mahkemesi'ne göre çalışma barışı, işyerindeki tüm çalışanları kapsayan bir yapıya, tüm çalışanlar arasındaki kurumsal dayanışma alanının varlığına ve işyeri sahibi dahil olmak üzere işyerinde çalışanların bir arada yaşamasını ve işbirliğini mümkün kılan, kolaylaştıran ve hatta katlanılabilir kılan tüm faktörlerin toplamına bağlıdır³⁷.

Alman iş mahkemesi kararlarında bir görüş beyanının çalışma barışını ne zaman etkilediği sorusu uzun zamandan beri tartışılmaktadır. Konuya ilişkin Alman Federal İş Mahkemesi'nin farklı yönde kararları mevcuttur. Alman Federal İş Mahkemesi'ne göre, çalışma barışının bozulmasına sebep olan düşünce açıklamalarının önüne geçilmesi için işyerinde çalışanlar arasında huzursuzluk hatta isyan çıkmasına gerek yoktur³⁸. Bir başka kararına göre, işveren ve çalışanlar için öngörülmeyen sonuçlarla çalışma barışı fiilen bozulana kadar işveren tarafından ifade özgürlüğünün kullanımına müdahale edilmesi beklenmemelidir. Müdahalenin gerçekleşebilmesi için çalışma barışına yönelik soyut bir tehdidin yanında somut tehdit de gereklidir³⁹. Bu dönemde literatürdeki görüşlere göre, çalışanın provokatif açıklamalarına meslektaşının bireysel olarak gücenmesi ve bu açıklamaları onaylamaması çalışma barışının bozulması için yeterlidir⁴⁰. Çalışma barışını işyerinde çalışanların davranışları yanında, çalışan kadar işyerinin bir parçası olan işverenin bir görüş ifadesini onaylamaması veya buna gücenmesi de tehlikeye atabilmektedir⁴¹.

³⁵ Kissel, a.g.e., s.151.

³⁶ Remmert, a.g.e., s.10.

³⁷ BAG, 09.12.1982 - 2 AZR 620/80, **AP** BGB § 626 Nr. 73.

³⁸ BAG, 09.12.1982 - 2 AZR 620/80, **AP** BGB § 626 Nr. 73.

³⁹ BAG, 13.03.1991 - 5 AZR 133/90, **AP** BGB § 611 Abmahnung Nr. 5.

⁴⁰ Remmert, a.g.e., s.11.

⁴¹ Gilbert Kempff, **Grundrechte im Arbeitsverhältnis**, Bund Verlag, Köln, 1988, s.64.

Alman Federal İş Mahkemesi bazı içtihatlarında çalışma barışını bozan beyanlara müdahale edilebilmesi için çalışma barışını bozacak somut tehditten ziyade işyerindeki huzurun somut olarak bozulmuş olması şartını aramıştır. İşyerindeki barışın somut bir şekilde tehlikeye atılması artık yeterli olmamalıdır. Çünkü soyut ve somut bir tehlikeyi ayırt etmek pek mümkün değildir⁴². Ancak Alman Federal İş Mahkemesi'nin çalışma barışı kavramını diğer çalışanların öznel duygularının, bir fikir ifadesinin izin verilebilirliği için yol gösterici ilke haline getirmesi eleştirilmektedir. Bu görüşe göre, işyeri içindeki huzurun bozulması diğer çalışanların, bir çalışanın tahammül edilebilir görüş ifadesine abartılı bir biçimde tepki vermesinden kaynaklanabilir. Zira aşırı duyarlı ya da aşırı tepki göstermeye meyilli çalışanlar, diğer bir çalışanın ifade ettiği görüşe gücenerek söz konusu çalışanı çalışma barışını bozan bir kişi haline getirebilirler. Nihayetinde bu, yalnızca fikir birliğine varılabilecek görüşlerin ifade edilebileceği anlamına gelir. Fakat bir ortamda herkesin aynı görüşte olmasını beklemek mümkün değildir⁴³.

Çalışma barışı kavramına ilişkin bir diğer eleştiri noktası da bir görüş ifadesinin kabul edilebilirliğine, ifadelerin kapsam ve sınırlarının belirlenmesine ve bunun sonucu çalışma barışının bozulup bozulmadığına dair tek taraflı olarak karar verme yetkisinin işverenin elinde olmasıdır. İşveren çalışanlarından birinin herhangi bir görüş beyanını beğenmediği takdirde çalışma barışını bozduğu gerekçesiyle bu kişiyi işten çıkarabilir. Ayrıca bu durum, iş ilişkisinde ifade özgürlüğünün geçerliliğini tamamen ortadan kaldırabilir⁴⁴.

Kanımızca her ne kadar çalışma barışı kavramı iş ilişkisi için önemli olsa da ifade özgürlüğünün sınırlandırılması sorununun üstesinden çalışma barışı argümanı ile gelinemez. Aksine, fesihlerde yalnız çalışma barışı argümanına başvurulması işyerinde gerçek olgusal sorunların gizlenmesine hizmet eder⁴⁵. Çalışma barışı kavramı son derece belirsizdir. Bir kişi için halihazırda önemli olan bir görüş ifadesi,

⁴² BAG, 17.03.1988 - 2 AZR 576/87, **NZA**, 1989, s.261.

⁴³ Hans-Wolf Thümmel, **Betriebsfrieden und Politplakette**, R.v. Decker & C. F. Müller, Heidelberg, 1985, s.26; Söllner, a.g.e., s.395; Kempff, a.g.e., s.64.

⁴⁴ Remmert, a.g.e., s.17; Kempff, a.g.e., s.60.

⁴⁵ Mustafa Alp, **Çalışanın İşvereni ve İş Arkadaşlarını İhbar Etmesi**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2013, s.106-107; Thümmel, a.g.e., s.2.

bir başkası için önemsiz veya görmezden gelinebilir olabilir⁴⁶. Bu kavramın, yasal bir boşlukta kullanılacak bir disiplin aracı olduğunu düşünüyoruz. Dolayısıyla ifade özgürlüğünün önemi nedeniyle ifade edilen görüşlere karşı kolaylıkla çalışma barışı argümanına başvurulmamalıdır⁴⁷.

2.2 Sosyal Medya

Günümüzde internet içerik, mekan ve zaman açısından neredeyse sınırsız olan iletişimi mümkün kılmaktadır. İnternet vasıtasıyla iletişim, zaman kaybı olmadan gerçekleştirilebildiğinden, iş ve özel hayattaki etkileşimleri hayal edilemeyecek şekilde kolaylaştırmaktadır. Bir bilgi ve iletişim ortamı olarak internet, çoğu işyerinde de vazgeçilmez hale gelmiştir. Bununla birlikte, birçok teknik yenilikte olduğu gibi internetin doğasında da yanlış kullanım tehlikesi vardır. Bu aynı zamanda işçi işveren ilişkisi açısından da özel bir önem taşımaktadır⁴⁸.

Sosyal medya günümüzde kişilerin bilgi, düşünce, duygularını günlük ve çalışma hayatında paylaştıkları, sosyal etkileşimin birleştiği çeşitli web sitelerinden oluşan en önemli iletişim aracıdır⁴⁹. İnternet vasıtasıyla sosyal medya günümüzde oldukça yoğun bir biçimde kullanılmaktadır ve uzun zamandır günlük hayatımızı fethetmiştir. Tek başına Facebook'un dünya çapında 2.91 milyardan fazla kullanıcısı⁵⁰ olması onu en sık kullanılan sosyal ağ haline getirmiştir. İnternet kullanıcıları artık tamamen pasif içerik tüketimiyle sınırlı değildir. Kullanıcılar Web

⁴⁶Frank Maschmann, "BetrVG § 74 Grundsätze für die Zusammenarbeit", **Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung Kommentar**, 17. Auflage, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 2022, Rn. 48; Söllner, a.g.e., s.395.

⁴⁷ Kempff'e göre "çalışma barışı" kavramı toplu iş hukuku bağlamında "güvenilir işbirliği" kavramına benzer bir anlama sahip olabilir. Fakat yapılan fesihlerde "çalışma barışı" kavramı art niyetli olarak çok fazla kullanıldığından, bireysel iş hukuku bağlamında bu terimin hukuk tarihinin çöplüğüne atılması hijyen açısından önemlidir. Kempff, a.g.e., s.67.

⁴⁸ Elmar Weißnicht, "Die Nutzung des Internet am Arbeitsplatz", **MMR**, 2003, s.448; Yusuf Yiğit, "İşyerinde İnternetin Özel Amaçlı Kullanımı Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshi", **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.XVIII, S.2, 2010, s.166; Esra Yiğit, **İşyerinde İnternet ve E-Posta Kullanımının İzlenmesi ve Gözetlenmesi**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2013 (yayımlanmamış yüksek lisans tezi), s.46; Baybora, a.g.e., s.1706; Savaş Kutsal, Kolan, a.g.e., s.492; Melot de Beauregard, Gleich, a.g.e., s.2044; Scheid, Klinkhammer, a.g.e., s.6; Wiese, a.g.e., s.1.

⁴⁹ Hakan Keser, "İş Sözleşmesinin Feshinde İşçinin Sosyal Medya Paylaşımlarının Geçerli veya Haklı Sebep Olarak Değerlendirilmesi", **Legal İSGHD**, C.XIX, S.74, 2022, s.522; Uzun, a.g.e., s.120.

⁵⁰ (Çevrimiçi) <https://www.websiterating.com/tr/research/facebook-statistics/#chapter-1>, e.t., 23.07.2022.

2.0⁵¹ olarak adlandırılan içeriğin şekillendirilmesine aktif olarak yardımcı olmaktadır⁵². Facebook, Twitter, web günlükleri ve diğer Web 2.0 uygulamaları, kullanıcıların internet içeriğini aktif olarak kendilerinin şekillendirmesine olanak tanır. Bu şekilde internet, kullanıcının bir tüketici rolünü değil, bir üretici rolünü üstlendiği “join-in network” haline gelmiştir⁵³. Bu nedenle sosyal medya kullanımının iş hukukunun odak noktası haline gelmesi şaşırtıcı değildir. Sosyal medyanın bir parçası olan işçiler de profillerinde iş yaşamlarına ilişkin paylaşımlarda bulunmaktadır. Paylaşımlar işçilerin, işvereniyle yaşadığı bir anlaşmazlıktan ya da işyeri ve çalışma arkadaşları ile ilgili görüşlerini bir sunum ve değerlendirme konusu yapmasına yönelik bağımlılığından kaynaklanabilir⁵⁴. Bu profillerde yapıcı ifadelerin yanı sıra, üçüncü tarafların haklarını ağır şekilde ihlal eden, örneğin işvereni “insan istismarcısı ve sömürücü”⁵⁵, müşterileri “serseriler”⁵⁶ veya iş arkadaşlarını “tembel domuz”⁵⁷ olarak tanımlayan gönderiler de yayınlanmıştır⁵⁸.

2.2.1 Sosyal Medya Paylaşımları

Kullanıcılar tarafından sosyal medya paylaşımları ağırlıklı olarak başta Facebook ve WhatsApp olmak üzere Twitter, YouTube, Instagram, Snapchat gibi sosyal medya kanalları üzerinden gerçekleştirilmektedir. Sosyal medyayı kullanıcılar arkadaşlarıyla görüşmek, ileti ve fotoğraflara bakmak, mesajlaşmak, gündemi takip etmek, eğlenmek ve boş zaman geçirmek amacıyla kullanmaktadır. Bununla birlikte tüm bu medya kanalları, kontrolsüz bilgi yayılımının potansiyel tehlikesini

⁵¹ Web 2.0, İnternet'in, özellikle World Wide Web'in (www) bir dizi etkileşimli ve işbirlikçi ögesi için kullanılan bir moda sözcüktür. Kullanıcı sadece içeriği tüketmekle kalmaz, aynı zamanda üreten bir tüketici olarak da içeriği kullanılabilir hale getirir. Terim, yazılım ürünlerinin sürüm numaralarına dayalı olarak, yeni bir web neslini varsayar ve onu önceki kullanım türlerinden ayırır. Bununla birlikte terimin kullanımı 2010'lu yıllardan itibaren sosyal medya kavramı lehine azalmıştır. (Çevrimiçi) https://de.wikipedia.org/wiki/Web_2.0, e.t., 15.07.2022.

⁵² Steffen Burr, “Kündigung wegen unternehmensschädlichen Facebook-Postings”, **NZA-Beilage**, 2015, s.114; Martin Lützel, Alexander Bissels, “Social Media-Leitfaden für Arbeitgeber: Rechte und Pflichten im Arbeitsverhältnis”, **ArbRAktuell**, 2011, s.499; Scheid, Klinkhammer, a.g.e., s.6; Uzun, a.g.e., s.120.

⁵³ Alexander Bissels, Martin Lützel, Gerlind Wisskirchen, “Facebook, Twitter & Co.: Das Web 2.0 als arbeitsrechtliches Problem”, **BB**, 2010, s.2433; Özyurt, a.g.e., s.441.

⁵⁴ Burkard Göpfert, Elena Wilke, “Facebook-Aktivitäten als Kündigungsgrund”, **ArbRAktuell**, 2011, s.159; Wiese, a.g.e., s.4.

⁵⁵ LAG Hamm, 10.10.2012 - 3 Sa 644/12, **BeckRS**, 2012, s.74357.

⁵⁶ VGH München, 29.02.2012 – 12 C 12.264, **NZA-RR**, 2012, s.302.

⁵⁷ Duisburg İş Mahkemesi, 26.09.2012 – 5 Ca 949/12, **NZA-RR**, 2013, s.18.

⁵⁸ Burr, a.g.e., s.114.

barındırır⁵⁹. Çünkü bir kullanıcının sosyal medyada yaptığı açıklamaların (muhtemelen dikkatlice düşünülmeden) kontrolsüz bir şekilde hızlı ve geniş bir alana yayılma riski vardır⁶⁰. Örneğin Twitter kullanım koşullarında “Twitter hizmetlerinde iletilenler, dünyanın her yerindeki kullanıcılar tarafından doğrudan görüntülenebilir.” ifadesi yer almaktadır⁶¹. Bu platformlarda bir gönderinin yayınlanmasının sorumluluğu işçinin üzerindedir. Bu nedenle yapılan paylaşımlarda işçilerin özen yükümlülüğü özellikle öne çıkmaktadır. Sosyal medya platformlarının teknik özelliklerinin farklılık taşıması ve kullanıcı kitlelerinin farklılık oluşturması nedeniyle bir feshin geçerliliği, çalışanın açıklamasını hangi “iletişim kanalına” ve hangi “kullanıcıya” yaptığına bağlı olarak değişebilir⁶².

Hedef kitle açısından sosyal ağlar arasında çok önemli farklılıklar vardır. İlgili gizlilik ayarları, (örneğin “arkadaşlar” veya doğrudan “kişiler”) gönderilerin görünürlüğünün kısıtlanmasına izin verir. Özellikle Facebook’ta muhatap grubunu ve dolayısıyla gönderinin etkinliğini sınırlamak için çeşitli bireysel seçenekler vardır⁶³. Facebook gibi bir sosyal medya platformunda, çalışan profil ayarlarından, profil ve etkinliklerini yalnızca “arkadaşları” tarafından değil, aynı zamanda “arkadaşlarının arkadaşları” veya “herkes” tarafından da görülebilecek şekilde seçebilir. Bu durumda çalışanın açıklamalarını geniş bir grup göreceğinden artık paylaşımlarının gizliliği üzerinde bir kontrolü yoktur. Profil hesabı sahibi, paylaşımlarının görünür olduğu kişilerin çoğunu tanımadığı için her halükarda paylaşımlarının gizliliğine güvenemez⁶⁴.

Kullanıcının profili kamuya açık değilse ve paylaşımları yalnızca “arkadaşlar” tarafından görülebiliyorsa çalışan, paylaşımlarının tanıdıklar arasındaki bir sohbet

⁵⁹ Michael Fuhrott, Sönke Oltmanns, “Social Media im Arbeitsverhältnis – Der schmale Grat zwischen Meinungsfreiheit und Pflichtverletzung”, **NZA**, 2016, s.785; Bissels, Lützel, Wisskirchen, a.g.e., s.2433; Baybora, a.g.e., s.1712. Sosyal medya araçları hakkında detaylı bilgi için bkz. Çelik, a.g.e., (Sosyal Medya), s.18-33.

⁶⁰ Scheid, Klinkhammer, a.g.e., s.6.

⁶¹ (Çevrimiçi) <https://twitter.com/en/privacy>, e.t., 15.07.2022.

⁶² Jobst-Hubertus Bauer, Jens Günther, “Kündigung wegen beleidigender Äußerungen auf Facebook”, **NZA**, 2013, s.67.

⁶³ Fuhrott, Oltmanns, a.g.e., s.786.

⁶⁴ Boris Dzida, Julia Förster, “Kündigung des Arbeitsverhältnisses aufgrund „politischer” Äußerungen in sozialen Netzwerken”, **BB**, 2017, s.760; Gaye Burcu Yıldız, “İşçinin Sosyal Medya Paylaşımları Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshi Konusunda İki Farklı Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S.39, 2018, s.111.

benzer şekilde gizli bir atmosfere büründüğünü ve ifadelerinin dışarıya taşınmayacağına güvendiğini iddia edebilir⁶⁵. Kullanıcının bu paylaşımları internetin genel olarak erişilebilir kısmında değil, sosyal ağların genellikle erişilmesi az ya da çok zor olan kısmında bulunur⁶⁶. Yani yapılan paylaşımlar belirli bir kesim tarafından görülebilir⁶⁷.

Belirtmek gerekir ki gizli bir görüşmeye ilişkin içtihatların ortaya koyduğu ilkelerin sosyal ağlardaki paylaşımlara uygulanıp uygulanamayacağı da tartışmalıdır. Basında çıkan haberlere göre her Facebook kullanıcısının ortalama 342 Facebook arkadaşı olduğu göz önünde bulundurulmalıdır. Bu nedenle sosyal ağ profilindeki bir açıklamanın kapsamı, özel çevrelerdeki gizli bir sohbetle karşılaştırılmaz. Gizlilik ancak sosyal ağdaki alıcı grubunun yeterince küçük olması, muhataplar arasında yakın bir ilişki olması ve beyanı yapan kişinin beyanın muhataplar çemberinden çıkmayacağına güvenebilmesi koşuluyla kabul edilebilir. Herhangi bir Facebook “arkadaşının” kendi başına gerekli yakın ilişkiyi sağlamadığı dikkate alınmalıdır⁶⁸. Bununla birlikte yalnızca sınırlı sayıda kişi tarafından görülebilen özel bir “sosyal medya sohbetinde” paylaşılan ifadeler de gizlilik kapsamında düşünülebilir⁶⁹.

Bazı sosyal medyalar ise özellikle fotoğraf veya video paylaşmak için kullanılmaktadır. Fotoğrafları ve videoları dağıtmanın özel bir yolu, Instagram veya Snapchat gibi fotoğraf paylaşım ağlarını kullanmak veya bunları YouTube’a yüklemektir. Bu medyaların özelliği, genellikle kullanıcılar arasında sözlü iletişimin olmamasıdır. Bunun yerine içerik tek taraflı olarak yayınlanır ancak içeriğin izleyici tarafından yorumlanma ve beğenilme olasılığı vardır. Yalnızca Instagram, fotoğrafları Twitter veya Facebook gibi diğer sosyal ağlarda da paylaşmayı mümkün kılar. Instagram ve Snapchat söz konusu olduğunda muhatap grubu daha kısıtlıdır.

⁶⁵ Özgür Oğuz, “Yargıtay Kararları Işığında İş Sözleşmesinin İşçinin Sosyal Medya Kullanımı Nedeniyle İşveren Tarafından Feshi”, **Legal İSGHD**, C.XIX, S.76, 2022, s.1185; Dzida, Förster, a.g.e., s.760.

⁶⁶ Kort, a.g.e., (Internet), s.1323.

⁶⁷ Dzida, a.g.e., s.241.

⁶⁸ Burr, a.g.e., s.115-116.

⁶⁹ Kort, a.g.e., (Internet), s.1321.

Çünkü orada sadece kayıtlı kullanıcılar aktif olabilir. Öte yandan, YouTube’da yayınlanan içeriklere herhangi bir internet kullanıcısı tarafından erişilebilir⁷⁰.

Bir işverenle iş ilişkisi içinde olan kullanıcılar, çalışma ortamıyla ilgili fotoğraf veya videoların izinsiz yayınlanmasının geniş kapsamlı yasal sonuçlara yol açabileceğinin yeterince farkında değildir⁷¹. Çalışan tarafından yüklenen fotoğraflar, şirket binasını, meslektaşlarını, işvereni şahsen veya işverenle iş ilişkisi olan kişileri tasvir ettiği için fotoğrafların sosyal ağlarda dağıtılması önemli sonuçlar doğurabilir. Bir yandan işveren, menfaatleri zedeleniyorsa çalışanın bu davranışını bir uyarı veya bildirimli, hatta bildirimsiz fesih için bir fırsat olarak kullanabilir. Öte yandan çalışan, hem işveren tarafından hem de yayın yoluyla hakları ihlal edilen üçüncü kişiler tarafından tazminat taleplerine maruz kalabilir⁷².

Sosyal medya ağlarında özel mesajlar, yani doğrudan elektronik mesajlar yazma olasılığı da vardır. Özel mesajlar temelde, (ağ ve gizlilik ayarlarına bağlı olarak) birbirleriyle arkadaş olan iki kullanıcı arasındaki özel ve gizli görüşmelerdir. İstisnai olarak bu iki kişilik oran, bir grup sohbeti söz konusu ise daha büyük bir katılımcı grubu lehine sapar. Bu özellikle WhatsApp’ta yaygındır, ancak diğer ağlarda da mümkündür. Her iki durumda da doğrudan konuşma, yalnızca grubun üyeleri arasında gerçekleşir⁷³.

Son olarak, bir web sitesinde veya kişinin kendi internet sayfasında yayınladığı bir blog çalışması genel olarak herkese açıktır ve bu bloglar metin, fotoğraf ve video gibi çeşitli olası içerikleri barındırır. Bir blogun amacı öncelikle ilgili blog yazarından gelen bilgileri ve kişisel ifadeleri paylaşmaktır. Birçok blogda zaman zaman iş ilişkisiyle ilgili ihtilaflara konu olan görüş ifadeleri yer almaktadır⁷⁴.

⁷⁰ Fuhlrott, Oltmanns, a.g.e., s.786.

⁷¹ Patrick Klinkhammer, Gabi Mülleians, “Veröffentlichen von Fotos in sozialen Netzwerken – ein Überblick über mögliche Rechtsfolgen”, **ArbRAktuell**, 2014, s.503.

⁷² Dzida, a.g.e., s.243; Klinkhammer, Mülleians, a.g.e., s.503; Melot de Beauregard, Gleich, a.g.e., s.2044.

⁷³ Fuhlrott, Oltmanns, a.g.e., s.786.

⁷⁴ Fuhlrott, Oltmanns, a.g.e., s.786.

2.2.2 Sosyal Medyanın İş İlişkisine Etkisi

Sosyal medyanın iş ilişkisine etkisi, işçi tarafından çalışma saatlerinde ya da dışında yapılan iş ilişkisini olumsuz etkileyen sosyal medya paylaşımlarıdır. Günümüzde sosyal medyada kullanıcı sayısının artmasıyla ifade, resim ve video sayılarında artış yaşanmıştır. İşçi sosyal medyada vakit geçirirken kendi özel hayatı, çalışma koşulları, işyeri, işvereni ya da iş arkadaşları ile ilgili paylaşımlarda bulunabilmektedir. Belirtmek gerekir ki çalışma saatleri dışındaki zamanda sosyal medya paylaşımlarında bulunulması özel yaşam hakkı kapsamındadır. Çalışan sosyal medyası vasıtasıyla özel yaşamına dair bilgileri üçüncü kişiler ile paylaşmakta, sosyal ilişkilerini geliştirmekte ve ifade özgürlüğünü kullanmaktadır. Fakat bu paylaşımların bazıları işçinin iş sözleşmesinden doğan sadakat borcunu ihlal edici nitelik taşımakta ve iş ilişkisini olumsuz yönde etkilemektedir. Paylaşımlar işveren tarafından bizzat veya başka bir çalışan tarafından öğrenildiğinde, paylaşımda bulunan işçi fesih ile karşı karşıya kalabilmektedir⁷⁵.

2.2.2.1 İşverenin Yönetim Hakkı Bağlamında İşyerinde Özel Amaçlı İnternet Kullanımı

Sosyal medyanın kullanımı internet vasıtasıyla gerçekleştiğinden dolayı işyerinde internetin özel amaçlı kullanımı hakkında da bilgi verilmesi gereklidir. İşyerinde potansiyel ve verimi arttırmak amacıyla işverenin internet sağlaması durumunda (ki günümüzde bütün işyerlerinde internet kullanılmaktadır) internet kullanımının doğru yönetilmemesi sebebiyle çalışanın veriminde düşüş gözlemlenmektedir. Bu durumda çalışan, kendisine sağlanan interneti iş ile ilgili olmayan özel amaçları için kullanabilmektedir. Özel amaçlı internet kullanımı, işçinin iş görme borcu dışındaki tüm internet kullanımları olarak isimlendirilebilir. Belirtmek gerekir ki günümüzde neredeyse herkesin kullandığı hatlarda internet

⁷⁵ Enver Özkalp, Ufuk Aydın, Seda Tekeli, “Sapkın Örgütsel Davranışlar ve Çalışma Yaşamında Yeni Bir Olgu: Sanal Kaytarma (Cyberloafing) ve İş İlişkilerine Etkileri”, **Çimento İşveren Dergisi**, C.XXVI, S.2, 2012, s.21; Keser, a.g.e., (Sosyal Medya), s.526; Savaş Kutsal, Kolan, a.g.e., s.495, 498, 522.

paketleri de olduğundan işçiler çalışma saatleri içinde sadece işveren tarafından sağlanan interneti değil, kendi internetini de kullanabilmektedir⁷⁶.

İşverenin vereceği talimatlarla işin yürütümünü ve işçilerin işyerindeki davranışlarını belirleme yetkisine yönetim hakkı denir⁷⁷. İşveren çalışma saatleri içinde yönetim hakkı kapsamında çalışanlarının davranışlarını düzenleyebilse de çalışanlar çalışma saatleri içinde bile interneti özel amaçları için sıkça kullanmaktadır. Çalışma saatleri içinde internetin özel kullanımına izin verilip verilmeyeceğine işverenin kendisi karar verir. İşverenin yönetim hakkının karşısı işçinin talimatlara uyma borcu olduğundan, işçi söz konusu talimatlara dürüstlük kuralı gereği uymalıdır⁷⁸. TBK m.399'a göre, *“İşveren, işin görülmesi ve işçilerin işyerindeki davranışlarıyla ilgili genel düzenlemeler yapabilir ve onlara özel talimat verebilir. İşçiler, bunlara dürüstlük kurallarının gerektirdiği ölçüde uymak zorundadırlar”*.

⁷⁶ Fevzi Şahlanan, “İşyerinde İşverence Sağlanan Bilgisayarı İşle İlgisi Olmayacak Şekilde Kullanma-Haklı Fesih (Karar İncelemesi)”, **Tekstil İşveren Dergisi (Hukuk Eki 68)**, S.383, 2012, s.3; Hakan Keser, “İşçi Davranışları Kapsamında İşçinin Talimatlara Aykırı Bilgisayar, İnternet ve Cep Telefonu Kullanımı Sebebi ile İş Sözleşmesinin İşverence Feshedilmesi”, **Legal İSGHD**, C.XVI, S.62, 2019, s.462; Erdem Özdemir, “İnternet ve İş Sözleşmesi: Yeni Teknolojilerin İş İlişkisine Etkileri Üzerine”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S.10, 2008, s.13; Sezgi Öktem Songu, “İşçilerin İşyerinde Özel Amaçlı İnternet ve E-Posta Kullanımına İşverenin Müdahalesi Üzerine Bir Değerlendirme”, **Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan**, C.I, Ed. Süleyman Başterzi, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2011, s.1060; Fuat Bayram, “İşverenin Fesih Hakkı Açısından İşçinin İşyerinde Özel Amaçlarla İnternet Kullanımı (Sanal Kaytarma - Cyberloafing)”, **MÜHF-HAD**, C.XX, S.1, 2014, s.165; Hayrunnisa Özdemir, “İşyerinde İşçilerin İzlenmesi ve İşçinin Kişilik Haklarının Korunması”, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.XIV, S.1-2, 2010, s.232; Zeki Okur, “İşyerinde İşçinin Bilgisayar ve İnternet’i Özel Amaçlı Kullanımının İş İlişkisine Etkisi”, **Kamu-İş**, C.VIII, S.2, 2005, s.51; Büşra Yaşar, “İş Sözleşmesinin İşçinin Özel Yaşamından Kaynaklanan Nedenlerle Feshi”, **Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.XXV, S.2, 2021, s.359; Atanur Karaahmetoğlu, “İşçinin Kişisel İnternet Kullanımının İş İlişkisi ve İşverenin Kişilik Haklarına Etkisi”, **İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.V, S.9, 2020, s.83; Seda Arslan Durmuş, “İşçinin Özel Yaşamının İş İlişkisine Etkisi”, **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.XXV, S.42, 2020, s.157; Keser, a.g.e., (Sosyal Medya), s.524; Yiğit, a.g.e., (İnternet), s.168; Uzun, a.g.e., s.137.

⁷⁷ Ertürk, a.g.e., (Baskı), s.72; Süzek, a.g.e., (İş Hukuku), s.85; Aydın, a.g.e., (Kişilik Hakkı), s.58; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, Özkaraca, a.g.e., s.262.

⁷⁸ Canan Erdoğan, “İşçilerin E-Posta Hesaplarının İşveren Tarafından İncelenmesi Hakkındaki 24.03.2016 Tarihli ve 2013/4825 Başvuru Numaralı Anayasa Mahkemesi Kararı Üzerine”, **Legal İSGHD**, C.XIV, S.55, 2017, s.1365; Melda Sur, “Çalışanın E-Postasına İşveren Tarafından Girilmesi”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S.44, 2020, s.58; Okur, a.g.e., (İnternet), s.52; Keser, a.g.e., (İşçi Davranışları), s.447; Özdemir, a.g.e., (İnternet), s.18; Yiğit, a.g.e., (İnternet), s.170; Uzun, a.g.e., s.136; Özkalp, Aydın, Tekeli, a.g.e., s.31; Yaşar, a.g.e., s.360; Çelik, a.g.e., (Sosyal Medya), s.91.

İşveren tarafından internetin özel kullanımına izin verilmesi açık irade beyanı ile olabileceği gibi örtülü olarak da mümkündür. Yargıtay’a göre işyerinde en az altı ay boyunca internetin özel amaçlı kullanımına işverenin fark etmesine rağmen ses çıkarmaması, örtülü izin olarak değerlendirilebilir⁷⁹. Bununla birlikte iş sözleşmesinde internetin özel amaçlı kullanılamayacağına dair açık bir hüküm konulmamışsa bu, örtülü izin anlamına gelmez. Özel kullanıma⁸⁰ izin verilmişse, işveren yönetim hakkına dayanarak herhangi bir zamanda kullanıma ara verdirme hakkına sahiptir. Ancak işveren tarafından sözleşmesel ya da yasal bir zorunluluk olmaksızın internetin özel amaçlı kullanımına ilişkin verilen izin, devamlı ve aynı koşullarla sağlanmış ve işyeri uygulaması haline gelmişse işveren tarafından tek taraflı olarak kaldırılamaz (İK m.22/I). Bununla birlikte çalışan verilen izni kötüye kullanarak, çalışma saatleri içinde uzun süreli sosyal medyada zaman geçirerek sözleşmeden doğan yükümlülüklerini ihlal edemez⁸¹. Dolayısıyla özen borcu gereği, çalışma süresince işçi, tüm dikkat ve motivasyonunu ifa etmekle yükümlü olduğu iş için kullanmalıdır. İnternetin özel amaçlı kullanımına izin verilmesi durumunda çalışan birkaç dakika dahi olsa çalışma görevini yerine getirmediği takdirde,

⁷⁹ Y. 9. HD, E.2007/27583, K.2008/5294, T.17.03.2008, (Çevrimiçi) <https://legalbank.net>, e.t., 06.09.2022.

⁸⁰ Bazı şirketler kendi sosyal medya hesaplarını (kurumsal bloglar) yürütür ve çalışanlarından orada üçüncü taraflara, özellikle müşterilere şirketteki yaşam ve markaları hakkında bir fikir veren gönderiler yayımlamalarını ister. Buradaki amaç, kişinin kendi şirketinin olumlu sunumu ve ilgili müşteri kazanımı ve reklamıdır. Ek olarak, sosyal ağlar genellikle işverenler tarafından yeni çalışanları işe almak ve ilgili sektörde ağ oluşturmak için kullanılır. Bu durumda iş için ve işveren tarafından belirlenen yönergeler çerçevesinde sosyal ağların kullanımı gereklidir. Bu durumda sosyal medyanın kullanılması resmidir ve çalışanın iş performansının bir parçasıdır. Alexander Eufinger, “Mitbestimmung des Betriebsrats bei der Nutzung sozialer Netzwerke”, **ArbRAktuell**, 2015, s.340; Aslı Çalışkan Yıldırım, Ömer Uğur, “İşveren Bakımından Fesih Sebebi Olarak İşçinin Sosyal Medya Kullanımları”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C.LXXX, S.4, 2022, s.1175; Bissels, Lützeler, Wisskirchen, a.g.e., s.2433; Okur, a.g.e., (İnternet), s.51, 57; Keser, a.g.e., (İşçi Davranışları), s.451; Yiğit, a.g.e., (İnternet), s.169, Yiğit, a.g.e., (İzlenme), s.55-56.

⁸¹ Stefan Ernst, “Social Networks und Arbeitnehmer-Datenschutz”, **NJOZ**, 2011, s.957; Stefan Kramer, “Kündigung wegen privater Internetnutzung”, **NZA**, 2006, s.195; Linck, Rüdiger, “§ 53. Allgemeine Nebenpflichten des Arbeitnehmers”, **Arbeitsrechts-Handbuch Systematische Darstellung und Nachschlagewerk für die Praxis**, 19. Auflage, C.H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, München, 2021, Rn.17; Sarper Süzek, “İşyeri Uygulamaları”, **TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, C.IV, S.2, 1997, s.151, 155; Sarper Süzek, “Yeni Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Genel İş Koşulları”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S.24, 2011, s.10; Lützeler, Bissels, a.g.e., s.500; Weißnicht, a.g.e., s.448; Bauer, Günther, a.g.e., s.72; Melot de Beauregard, Gleich, a.g.e., s.2045; Bissels, Lützeler, Wisskirchen, a.g.e., s.2434; Öktem Songu, a.g.e., (Özel Amaçlı Kullanım), s.1061; Keser, a.g.e., (İşçi Davranışları), s.464-465; Yiğit, a.g.e., (İnternet), s.177; Uzun, a.g.e., s.138; Çalışkan Yıldırım, Uğur, a.g.e., s.1177; Bayram, a.g.e., s.166, 168; Özdemir, a.g.e., (İzlenme), s.238; Yiğit, a.g.e., (İzlenme), s.50; Manav, a.g.e., s.125; Yiğit, a.g.e. (Kişisel Veri), s.103; Erdoğan, a.g.e., (İfade Özgürlüğü), s.237. LAG Rheinland-Pfalz, 24.01.2014 - 1 Sa 451/13, **BeckRS**, 2014, s.68070.

işverenin işçiyi fesih bildiriminde bulunmadan önce uyarması gerekecektir. Ancak sosyal medyanın aşırı kullanımında durum farklıdır. Münferit durumlarda ihbarsız feshe başvurulabilir. Burada dikkate alınması gereken ölçüt özel amaçlı internet kullanımının iş ilişkisi üzerinde olumsuz etki yapıp yapmadığıdır⁸². Alman Federal İş Mahkemesi'ne göre, internetin özel amaçlarla mesai saatleri içinde aşırı kullanımı, ciddi bir iş sözleşmesi ihlali olabilir ve işverene davranışla ilgili nedenlere dayalı olarak önceden uyarıda bulunmaksızın iş ilişkisini feshetme hakkı verebilir. İşveren, mesai saatleri içinde özel internet kullanımına izin vermiyorsa çalışan işyerindeki (birincil) görevini temelden ihlal etmiş olur. Sadakat yükümlülüğünün ihlali, çalışan interneti özel olarak kullanırken görevlerini zaman ve içerik açısından ne kadar ihmal ederse o kadar ciddi olur⁸³. Benzer şekilde Yargıtay'a göre işçinin çalışma saatleri içinde (daha önce yapılan uyarılara rağmen) kendi fotoğrafını çekip sosyal medyada paylaşması ve cep telefonu ile oyun oynaması haklı nedenle fesih ağırlığında olmasa da geçerli nedenle feshe gerekçe olabilir⁸⁴.

İşveren işyerinin bilgisayarlarından internetin özel amaçlı kullanımına ve dolayısıyla sosyal medyaya erişim yasağı koyuyorsa ve buna rağmen çalışan sosyal medyayı kullanıyorsa bu durum da fesih sebebi olabilir. Fakat bilgisayar ve internetin özel kullanımına ilişkin yasağın fesih sebebi olabilmesi için işveren tarafından işçilerin bilgisayar ve internet kullanımı hakkında bilgilendirilmesi ve kullanımın sınırlarının çizilmesi gereklidir⁸⁵. Bununla birlikte özel amaçlı kullanım dar kapsamlı olarak düşünülmeli, sınırlama ölçülü ve uygulanabilir olmalıdır. Yani işçinin kısa süreli ailesi ile mesajlaşması ya da bankacılık işlemlerini halletmesi, kaza sebebiyle haberleşme ihtiyacı gibi acil durumlar özel kullanım olarak

⁸² Göpfert, Wilke, a.g.e., s.159; Kramer, a.g.e., s.196; Melot de Beauregard, Gleich, a.g.e., s.2045; Bissels, Lützel, Wisskirchen, a.g.e., s.2433; Linck, a.g.e., § 53, Rn.17; Şahlanan, a.g.e., (Karar), s.3; Çalışkan Yıldırım, Uğur, a.g.e., s.1197; Bayram, a.g.e., s.166; Karaahmetoğlu, a.g.e., (İnternet), s.88.

⁸³ Ercüment Özkaraca, "İş Sözleşmesinin İş İçin Tahsis Edilen Bilgisayarın Özel Amaçla Kullanımı Nedeniyle Feshine Dair Alman Federal İş Mahkemesi Kararı", **MÜHF-HAD**, C.XIV, S.3, 2008, s.299 vd.; BAG, 31.05.2007 - 2 AZR 200/06, **NZA**, 2007, s.922; Benzer karar için bkz. BAG, 07.07.2005 - 2 AZR 581/04, **NZA**, 2006, s.98.

⁸⁴ Y. 9. HD, E.2017/25172, K.2020/18264, T.14.12.2020 (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, e.t., 23.08.2022.

⁸⁵ Göpfert, Wilke, a.g.e., s.159; Okur, a.g.e., (İnternet), s.53; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, Özkaraca, a.g.e., s.531; Keser, a.g.e., (İşçi Davranışları), s.463; Özdemir, a.g.e., (İnternet), s.19; Yiğit, a.g.e., (İnternet), s.194; Yiğit, a.g.e., (İzlenme), s.49, 53; Çalışkan Yıldırım, Uğur, a.g.e., s.1176; Karaahmetoğlu, a.g.e., (İnternet), s.85; Çelik, a.g.e., (Sosyal Medya), s.93-94.

değerlendirilmemelidir. Ayrıca işçi tarafından internetten yapılan araştırmada kullanılan bilgi sayfasından daha seri bir erişim sağlayan internet sayfasının kullanılması ya da istemeden bir sayfaya girilerek burada kısa zaman geçirilmesi de özel kullanım kapsamında görülmemelidir. Dolayısıyla işçinin interneti özel amaçlı kullanımı tespit edilirken kullanım niyeti önem taşımaktadır ve internet kullanımına yönelik katı bir sınırlama getirilmemelidir⁸⁶. Yargıtay'ın “Davacının mesai saatleri içerisinde bilgisayarı şahsi işleri için kullanması ve görevi gereği yaptığı işle ilgisi olmayan web ve sosyal paylaşım sitelerine girmesi “doğruluk” ve “bağlılığa” aykırı olmakla, işverenin güvenini kötüye kullanmak mahiyetindedir.” yönündeki görüşü Günümüz bilgi ve iletişim çağının koşulları içinde getirilen katı bir sınırlama kişinin dış dünya ile iletişimini tümüyle kesmek anlamına gelebilir⁸⁷.

Çalışma saatleri dışındaki zamanlarda ise işverenin çalışanların davranışlarını düzenlenmesine yönelik etkisi ortadan kalkar. İşveren, çalışanın iş dışında sosyal ağlarda aktif olmasını engelleyemez Bu nedenle işverenlerin, çalışanlarının sosyal medyadaki iletişimleri nedeniyle menfaatlerini tehlike altında hissetmeleri giderek daha yaygın hale gelmektedir⁸⁸. Bununla birlikte sadakat borcu işyeri dışında da devam etmektedir. Bu sebeple işverenin yapılan uygunsuz paylaşımlara müdahale edebilmesi söz konusu olabilir⁸⁹.

2.2.2.2 Sosyal Medyanın Sadakat Borcu ile İlişkisi

İş mahkemeleri son yıllarda sosyal medyada, özellikle de Facebook sosyal ağında paylaşılan ifadenin bir çalışanın işten çıkarılmasını ne ölçüde haklı kılabilceği sorusuyla karşı karşıya kalmıştır. Mahkemeler çalışanın ifade özgürlüğü ile işverenin kişisel ve ekonomik menfaati arasındaki ince çizgiyi bulmaya

⁸⁶ Michael Kort, “Soziale Netzwerke und Beschäftigtendatenschutz”, **DuD**, 2012, s.725; Ernst, a.g.e., s.957; Melot de Beauregard, Gleich, a.g.e., s.2045; Öktem Songu, a.g.e., (Özel Amaçlı Kullanım), s.1060; Okur, a.g.e., (İnternet), s.50, 54-55; Keser, a.g.e., (İşçi Davranışları), s.450, 465; Yiğit, a.g.e., (İzlenme), s.48; Erdoğan, a.g.e., (Karar), s.1366; Uzun, a.g.e., s.141; Çalışkan Yıldırım, Uğur, a.g.e., s.1175; Bayram, a.g.e., s.171; Yaşar, a.g.e., s.361; Karaahmetoğlu, a.g.e., (İnternet), s.88; Yiğit, a.g.e., (Kişisel Veri), s.98; Oğuz, a.g.e., (Sosyal Medya), s.1185.

⁸⁷ Y. 22. HD, E.2017/21400, K.2019/6668, T.26.03.2019. Ali Güzel, “İş Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı”, **Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2019-2020**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, s.324.

⁸⁸ Boris Dzida, “Social Media als Kündigungsgrund”, **ArbRB**, 2016, s.240.

⁸⁹ Süzek, a.g.e., (İş Hukuku), s.361; Uzun, a.g.e., s.144; Çelik, a.g.e., (Sosyal Medya), s.113-114.

çalışmaktadır⁹⁰. Bir çalışanın boş zamanlarında sosyal medyada yayınladığı görüş ifadelerinin ne zaman işle ilgili olabileceği ve işverenin çıkarlarını etkileyebileceği sorularının sadakat borcu kapsamında cevaplanması gereklidir⁹¹. Sadakat borcunun çok geniş bir kavram olmasından dolayı, sadakat borcuna aykırı bir davranışın olup olmadığının belirlenmesinde her somut olaya göre durum değerlendirmesi yapılmalıdır. Dolayısıyla bu borcun ihlali ile ilgili olarak belli ve kesin ölçütlerden ziyade iş hayatının gereklilikleri, çevrenin gelenekleri göz önüne alınmalı, karşılıklı güven ilişkisine dayanan iş ilişkisinde, davranışın işverenin güvenini ne ölçüde zedelediği araştırılmalıdır⁹².

Çalışanlar işyerinde meydana gelen sorunların kamuoyunun baskısı ile daha hızlı çözüme ulaşacağı düşüncesiyle işverene, işyerine ve çalışma arkadaşlarına yönelik eleştirilerini sosyal medya mecralarında paylaşabilmektedir⁹³. Çalışanın internette görüş bildirme ve operasyonel konularda yorum yapma hakkı vardır. Bununla birlikte iş ilişkisinden kaynaklanan ifade özgürlüğünün genel sınırları, internetteki beyanlar için de geçerlidir. Çalışan iş ilişkisi devam ettiği sürece internet üzerinden yaptığı beyanlarda sadakat borcuna uygun davranmalıdır. Çalışma saatleri dışında da sosyal medyanın kullanımı istihdam ilişkisini olumsuz yönde etkilememesi gerekir. Çalışan, iş ilişkisinden kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmeli, işverenin, diğer çalışanların ve üçüncü kişilerin çıkarlarını dikkate almalıdır⁹⁴. Örneğin çalışan işyerinde işverenin gerekli iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almadığını üstlerine bildirimde bulunmadan hemen internet ortamında yayınlarsa işverenin kamuoyu ve sorumlu makamlar nezdinde itibarı zedeleneyecektir. Aynı zamanda çalışanın sosyal ağlarda yaptığı bir açıklama, iş arkadaşlarının erişimine açıksa işyerindeki huzurun

⁹⁰ Burr, a.g.e., s.114.

⁹¹ Dzida, Förster, a.g.e., s.757.

⁹² Yıldız, a.g.e., (Sosyal Medya), s.109; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, Özkaraca, a.g.e., s.304; Keser, a.g.e., (Sosyal Medya), s.540; Bayram, a.g.e., s.172.

⁹³ Heper, a.g.e., s.1909.

⁹⁴ Wiese, a.g.e., s.4; Kort, a.g.e., (Internet), s.1322; Fuhlrott, Oltmanns, a.g.e., s.786; Bissels, Lützel, Wisskirchen, a.g.e., s.2434; Yıldız, a.g.e., (Sosyal Medya), s.110; Yiğit, a.g.e., (İnternet), s.170.

bozulmasına sebep olabilir. Bu paylaşımlar iş arkadaşlarının gücenmesine, işyerinde tartışma çıkmasına ve operasyonel işbirliğinin zarar görmesine yol açabilir⁹⁵.

Alman Federal İş Mahkemesi'nin yerleşik içtihatlarına göre bir çalışan, kural olarak özel hayatını şekillendirirken işverenin çıkarlarını dikkate almak ve davranışlarını buna göre düzenlemek zorunda değildir. Çünkü kişinin özel hayatını şekillendirmesi işverenin etki alanının dışındadır⁹⁶. Bir çalışan, işveren karşısında ifade özgürlüğünü ve mahremiyet hakkını kullanabilir ve kullanacaktır⁹⁷. Bununla birlikte çalışan mesai saatleri dışında işverenin meşru menfaatlerini dikkate alma yükümlülüğü ile bağlıdır⁹⁸. Bu nedenle çalışanın davranışı işverenin faaliyet alanını ve dolayısıyla çıkarlarını etkiliyorsa, özel faaliyetlerine ilişkin kısıtlamaları kabul etmesi gerekir. Çalışanın iş ilişkisiyle ilgili veya işyeri üzerinde olumsuz bir etkiye yol açan paylaşımı, davranışsal sebeplere dayalı bir işten çıkarmayı haklı gösterebilir⁹⁹.

İşçinin sadakat borcu kapsamında işverene doğru bilgi verme yükümlülüğü de bulunmaktadır. Hastalık nedeniyle (iddia edilen) iş göremezlik sırasında bile sosyal medyadaki faaliyetler işten çıkarılmaya neden olabilir¹⁰⁰. Örneğin işçi sunduğu sağlık raporuna karşın sosyal medya hesabından tatil fotoğrafları paylaşıyorsa kendisinin işvereni aldattığına yönelik şüphe ortaya çıkar. Bu gibi durumlarda doğruluk ve bağlılığa uymayan davranış sebebiyle güven ihlali neredeyse kaçınılmazdır¹⁰¹.

⁹⁵ Dzida, Förster, a.g.e., s.759. Savaş Kutsal, Kolan, a.g.e., s.506-507; Civan, a.g.e., s.216; Karaahmetoğlu, a.g.e., (İnternet), s.93.

⁹⁶ BAG, 23.06.1994 - 2 AZR 617/93, **NJW**, 1995, s.275.

⁹⁷ Lützel, Bissels, a.g.e., s.500.

⁹⁸ BAG, 10.04.2014 - 2 AZR 684/13, **NZA**, 2014, s.1197.

⁹⁹ Ekmekçi, Yiğit, a.g.e., s.397; Dzida, Förster, a.g.e., s.757.

¹⁰⁰ Göpfert, Wilke, a.g.e., s.159.

¹⁰¹ Nurşen Caniklioğlu, "İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı", **Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2017**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s.337-338; Göpfert, Wilke, a.g.e., s.160; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, Özkaraca, a.g.e., s.628; Yargıtay bir işçinin istirahat raporu aldığı süreçte Giresun'a giderek plaj kıyafetleri ile fotoğraf paylaşması sonucu iş sözleşmesinin feshinin haklı nedene dayandığını kabul etmiştir. Y. 9. HD, E.2018/5003, K.2021/159, T.11.01.2021, Ayrıca bkz. Y. 9. HD, E.2016/17532, K.2017/12196, T.06.07.2017; Y. 9. HD, E.2018/2306, K.2018/20864, T.19.11.2018, (Çevrimiçi) <https://legalbank.net>, e.t., 06.09.2022.

2.2.2.3 Sosyal Medyada “Beğen” Butonunun İfadeye Etkisi

Çalışanlar başkası tarafından yapılan paylaşımlardaki “Beğen” butonuna basarak bu paylaşımları destekleyebilmektedir. Bu paylaşımlar eleştiri sınırlarını aşan nitelik de taşıyabilir. Bir çalışan sosyal medyadaki karalayıcı bir beyanın altındaki “Beğen” butonunu tıklarsa, bu eylemin sadakat yükümlülüğünün ihlali olarak kabul edilip edilmeyeceği ve iş ilişkisinin feshedilmesini haklı gösterip gösteremeyeceği sorusu ortaya çıkmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi son dönemde vermiş olduğu bir kararda Facebook mesajındaki “Beğen” butonuna basması nedeniyle işine son verilen işçinin davranışını ifade özgürlüğü kapsamında görmüştür. Başvuran, Seyhan Milli Eğitim Müdürlüğü’nde sözleşmeli temizlik personeli olarak çalışmaktadır. Kendisi hakkında, üçüncü kişiler tarafından Facebook üzerinden yapılan paylaşımları beğenmesi sebebiyle disiplin soruşturması yapılmıştır. Söz konusu gönderilerde, yetkililer tarafından denetlenen kurumlardaki öğrencilerin istismar edildiğine ilişkin suçlamalar, tanınmış dini bir figür tarafından yapılan cinsiyetçi bir ifadeye karşı keskin bir tepki, baro başkanının öldürülmesi hakkında öfkeli ifadeler, siyasi liderlere karşı suçlama içeren iddialar ve siyasi partilere ilişkin beyanlar yer almaktadır. Başvuran birkaç ay sonra disiplin kurulu tarafından işyerinde yürürlükte olan toplu iş sözleşmesi hükümlerini ihlal eden davranışı olduğu gerekçesiyle işten çıkarılmıştır. Yerel mahkeme başvuranın beğenmiş olduğu Facebook paylaşımlarının ifade özgürlüğü kapsamında olmadığı ve paylaşım içeriklerinin işyerindeki huzur ve sükuneti bozabileceği gerekçesiyle başvuranın işe iade talebini reddederek, iş sözleşmesinin sona erdirilmesinin usul ve yasaya uygun olduğuna karar vermiştir. Başvuranın istinaf ve temyiz talebi reddedilmiş, Anayasa Mahkemesi de bireysel başvurunun dayanaktan yoksun olduğu gerekçesiyle başvuruyu kabul edilemez bulmuştur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne göre, sosyal medyada insanların içerikleri onayladığını ya da içeriklere ilgi duyduğunu göstermelerine imkan sağladığı gözüyle bakılabilen “Beğeniler”in kullanılması, çevrimiçi (online) ifade özgürlüğünün kullanılmasının yaygın ve popüler bir biçimidir. Fakat nefret söylemi ve şiddeti teşvik eden söylemler de dahil olmak üzere iftira ve diğer yasadışı ifade türleri, dünya çapında birkaç saniye içinde yayılabilir ve bazen çevrimiçinde sürekli

bir biçimde mevcut olarak kalabilir. Bununla birlikte, küçük bir okuyucu kitlesine çevrimiçi olarak yayınlanan bir ifadenin erişimi ve potansiyel etkisi, ana akım veya çok ziyaret edilen web sayfalarında yayınlanan bir ifade ile aynı olamaz. Bu nedenle, kapsamının ve kamusal erişiminin belirlenmesi için çevrimiçi bir paylaşımın potansiyel etkisinin değerlendirilmesi önemlidir. Bir içeriğin “Beğen”ilmesi eylemi, içeriğin sosyal medyada paylaşılması eylemi ile aynı ağırlığa sahip değildir. Çünkü “Beğen” butonuna tıklamak paylaşılan içerik ile ilgili yalnızca bir ilgiyi ifade eder ve bu içeriği yayma noktasında aktif bir arzu içermez. İlgili gönderiler sadece bir düzine “beğeni” ve az sayıda yorum almıştır. Çalışanın pozisyonunun doğası gereği başvuru, işyerinde sadece sınırlı bir nama ve temsilci statüsüne sahiptir ve kendisinin Facebook’taki faaliyetleri öğrenciler, ebeveynler, öğretmenler ve diğer çalışanlar üzerinde önemli bir etki oluşturmamaktadır. Ayrıca başvuran hiyerarşik üstlerine karşı özel bir güven ve sadakat bağı ile bağlı bir memur değil, iş hukukuna tabi bir işçidir. Dolayısıyla özel hukuk ilişkisinde çalışanların işverenine yükümlü olduğu sadakat, ihtiyat ve ketumiyet borcu, kamu personelininki kadar güçlü değildir. Sonuç olarak ulusal makamlar, başvuranın işyerinde olumsuz bir tepkiye neden olan ilgili “Beğeniler”in potansiyelini, içeriğini, gerçekleştirildiği mesleki ve sosyal bağlamı ve potansiyel etkisi ile kapsamını değerlendirmeye çalışmamıştır. Dolayısıyla somut olayda başvuruçunun işten çıkarılmasını haklı göstermek için sayılan nedenler, yerinde ve yeterli olarak kabul edilemez¹⁰².

Almanya’da Dessau-Roßlau İş Mahkemesi önüne gelen davada Sparkasse Bankası çalışanının eşi, Facebook profilinde banka yönetim kurulu üyeleri hakkında “Tasarruf bankası domuzları”, “bir noktada (...) bütün domuzların bir kasabın önünde duracağı” şeklinde beyanda bulunmuştur. Öte yandan, paylaşımına bankanın sembolü ile temsili bir balık resmi eklemiş ve “Balığımız baştan kokuyor” ifadesine yer vermiştir. Banka çalışanı kadın, eşinin yayınladığı rahatsız edici içeriği kendi profilinde yayınlamamış fakat kocasının profilindeki paylaşımı “Beğen” butonuna basarak onaylamıştır. Kadının “Beğeni”si ve eşinin paylaşımının her ikisi de çok

¹⁰² AİHM, Selma Melike v. Türkiye, B. No: 35786/19, T.:15.06.2021, (Çevrimiçi) <https://anayasagundemi.com/2021/07/08/ihamin-selma-melike-v-turkiye-kararinin-ozet-cevirisi-kamu-personeli-basvurucunun-bir-facebook-gonderisini-begenmesi-nedeniyle-isten-cikarilmasi-ifade-ozgurlugunun-ihlalidir/>, e.t., 23.07.2022.

sayıda Sparkasse Bankası çalışanı ve müşterisi tarafından görülmüştür. Bu olay nedeniyle, çalışanın sözleşmesi bildirimsiz feshedilmiştir. Mahkeme tarafından bildirimsiz fesih geçersiz sayılmıştır. Mahkeme'ye göre çalışan "Beğen" butonuna kendisinin değil, kocasının bastığına yönelik iddiasını kanıtlayamamıştır. Bununla birlikte bundan bağımsız olarak, bu olası bir kerelik sadakat ihlalinin, çalışanın 25 yıllık hizmeti göz önüne alındığında, bildirimsiz feshi haklı çıkarılabileceği şüphelidir. Facebook üzerinden yapılan açıklamaların kamusal alanda mı yoksa sözde özel alanda mı gerçekleştiğine bakılmaksızın her zaman yayınlanmasının ve dağıtılmasının beklenmesi gerektiği doğrudur ve çalışanın eşinin yaptığı açıklamalar ifade özgürlüğünün koruma alanına tabi değildir. Ancak daha fazla benzer sadakat ihlali olacağına ilişkin olumsuz bir tahmine dayanarak, iş ilişkisinin devamının işveren açısından makul olmaması şeklinde bir yorum yapılamaz. Özellikle, "Beğen" butonuna basmak genellikle fazla dikkate alınmadan kendiliğinden bir tepkiyi temsil etmektedir. Bu nedenle butona basmanın abartılmaması gerekir¹⁰³.

Literatürde bizim de katıldığımız ağırlıklı görüşe göre yorum yapmanın aksine "Beğen" butonuna basmak, yalnızca kullanıcının başka bir kullanıcının orijinal ifadesini beğendiğini ifade eder¹⁰⁴. Dolayısıyla "Beğen" butonunun anlamı ve fiili kullanımı, çalışanın orijinal ifadenin içeriğini kendisininmiş gibi benimsemek istediği sonucuna varmak için kullanılamaz. Üçüncü taraf, eylemi orijinal gönderinin devralınması olarak anlamamalıdır. Çalışan ifadeyi dikkate değer veya önemli

¹⁰³ Dessau-Roßlau İş Mahkemesi, 21.03.2012 - 1 Ca 148/11, **BeckRS**, 2012, s.69099. Benzer şekilde Yargıtay önüne gelen olayda bir mandıra ürünü markalarından olan bir işletmenin farklı şehirlerde aynı işkolundaki işyerlerinde örgütlenen sendika, bu işyerlerinde sendikalı işçilerin işten çıkarıldığı gerekçesi ile sendikal sebeple işten çıkarılan işçilerin geri alınmasına kadar şirket ürünlerinin tüketilmemesine yönelik boykot başlatmış ve bunu Facebook sayfasında paylaşmıştır. Söz konusu boykot çağrısını beğenen ya da kendi sayfasında paylaşan on işçinin iş sözleşmesi haklı nedene dayalı feshedilmiştir. Dava dosyalarından dokuzu Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin önüne gelmiş, Daire ürünlerin satın alınmamasına yönelik boykot çağrısını sadakat borcuna aykırı görmüştür (Y. 9. HD, E.2015/18602, K.2015/26060; E.2015/18603, K.2015/26061; E.2015/18604, K.2015/26062; E.2015/18605, K.2015/26063; E.2015/18610, K.2015/26068; E.2015/18612, K.2015/26070; E.2015/19276, K.2015/26071; E.2015/19277, K.2015/26072; E.2015/23519, K.2015/26073; T.17.09.2015 (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, e.t., 19.08.2022). Bir başka dosya ise Yargıtay 7. Hukuk Dairesinin önüne gelmiş, Daire ise işçilerin söz konusu davranışını demokratik bir eylem olarak görerek, sendikal faaliyet kapsamında değerlendirmiştir. (Y. 7. HD, E.2015/21300, K.2015/11053, T.04.06.2015 (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, e.t., 19.08.2022). Söz konusu eylemin sendikal faaliyet kapsamında değerlendirilmesine yönelik bizim de katıldığımız karar değerlendirmesi için bkz. Özyurt, a.g.e., s.465-469.

¹⁰⁴ Bauer, Günther, a.g.e., s.71; Fuhrlott, Oltmanns, a.g.e., s.787.

bulduğunu, beğendiğini veya basitçe onayladığını düşünüyorsa “Beğen” düğmesini tıklayabilir. Çalışanın sadece “Beğen” butonuna tıklayarak devam eden bir tartışmaya veya katkıya dikkat çekmek istemesi de mümkündür. Hiçbir koşulda butonun basit bir şekilde tıklanmasından çalışanın açıklamanın içeriğini doğru bulduğu sonucuna varılamaz. “Beğen” butonuna tıklamak genellikle spontane, üzerinde düşünülmemiş bir eylemdir. Ayrıca orijinal ifadenin yazarına duyulan sempati de (ifadenin içeriğine değil) genellikle çalışanı “Beğen” düğmesini tıklamaya ikna etmek için yeterlidir. Bu nedenle “Beğen” düğmesine tıklamak, yalnızca bir başkasının görüşüyle ilgili (bağımsız) bir fikir ifadesini temsil eder ve bu nedenle de ifade özgürlüğünün korumasına tabidir¹⁰⁵. Fakat “Beğen” butonuna tıklanması ile çalışan, gönderiyi daha da yaygınlaştırarak ve önemini artırarak üçüncü kişilerin yaptığı hak ihlallerini bazen derinleştirebilmektedir. Üçüncü tarafça yapılan paylaşım açıkça yasadışı bir ifade ise bu ifadenin çalışan tarafından beğenilmesi sadakat yükümlülüğünün ihlali anlamına da gelebilir¹⁰⁶.

2.2.2.4 Sosyal Medya Profilinde İşverenin Belirtilmesi

Sosyal medyanın her kullanıcısı önce orada kendi profilini oluşturur. Adı ve fotoğrafının yanı sıra ikamet yeri, ilgi alanları, ilişki durumu, eğitimi ve işvereni gibi diğer kişisel bilgiler de burada (başta Facebook) saklanabilir¹⁰⁷. Bazen bir sosyal ağ kullanıcısı profilinde işvereni hakkında bilgi verdiğinde, işverenin girişimcilik menfaatleri zedelenebilir. Bu sebeple çalışan, iş sözleşmesinin feshi riski ile karşı karşıya kalabilir¹⁰⁸. İstihdam ilişkisine atıfta bulunulması, yalnızca sosyal ağlarda çalışanın profilinde işverenin adının belirtilmesi yoluyla değil, aynı zamanda işverenin başka bir şekilde tanımlanabilir olması durumunda da ortaya çıkabilir¹⁰⁹.

¹⁰⁵ Burr, a.g.e., s.116; Özyurt, a.g.e., s.443; Çalışkan Yıldırım, Uğur, a.g.e., s.1203.

¹⁰⁶ Burr, a.g.e., s.116.

¹⁰⁷ Bauer, Günther, a.g.e., s.68; Dzida, a.g.e., s.241.

¹⁰⁸ Dzida, Förster, a.g.e., s.758.

¹⁰⁹ Dzida, Förster, a.g.e., s.758; Dzida, a.g.e., s.241.

Buna çalışan tarafından işveren hakkında net bir sonuca varılmasına izin veren, iş elbiseleri ya da üniforması içindeki fotoğraflarını yayınlanması örnek verilebilir¹¹⁰.

Kullanıcı, profilinde işverenin adını açıkça belirtmez fakat işvereni ile ilgili paylaşımda bulunursa işverenin kendisinin ne kadar kolay veya zor tanımlanabileceği önemlidir. Örneğin çalışan işverenin ismini, Facebook profilinde açıkça belirtmemiş olsa da çalışanın arkadaşları ve tanıdıkları, kimin tarafından istihdam edildiğini bilir. Bu bağlamda çalışanın paylaşımı, istihdam durumundan haberdar olan arkadaşlarına ve tanıdıklarına sözlü bir açıklama yapması ile eşdeğerdir. Fakat çalışan profilinde örneğin, ikamet ettiği yeri belirtir ve işini “yoğun bakım ünitesi” olarak girerse ikamet ettiği yerde ve daha geniş alanda sadece bir hastane varsa işvereni hakkında sonuç çıkarmak kolaydır¹¹¹. Berlin-Brandenburg Eyalet İş Mahkemesi, bir işçinin internet forumunda işverenin adını doğrudan ya da dolaylı olarak vermeden, çalıştığı şirkete yeni gelen tıbbi cihaz hakkında eleştiri yapmasını ve cihazı ilk defa kullanırken deneyimlerini paylaşmasını işverenin itibarını zedelemeye yönelik bir saldırı unsuru içermemesinden dolayı ifade özgürlüğü kapsamında görmüştür¹¹².

2.2.2.5 Sosyal Medya Paylaşımlarının Silinmesi

Çalışanların sosyal medya hesabı üzerinden uygunsuz paylaşım ve yorumlarda bulunmasının, iş ilişkisini olumsuz etkilediği konusunda şüphe yoktur. Bir çalışanın yaptığı paylaşım konusunda hata yaptığını kısa bir süre sonra fark etmesi durumunda, bu davranışının işten çıkarılma nedeni olup olamayacağının değerlendirilmesi önemlidir¹¹³. Sosyal ağlarda bir bildirimin silinmesi daha önce gerçekleşen bir borca aykırı davranışı ortadan kaldıramaz. Örneğin anlık mesajlaşma hizmeti sunan Snapchat’te kısa bir yayın yapılmış olması bile borca aykırı davranışın varsayımı için yeterlidir. Ancak bazen menfaat dengesi kapsamında silme işleminin

¹¹⁰ Jens Günther, “BGB § 626 Fristlose Kündigung aus wichtigem Grund”, **beck-online. GROSSKOMMENTAR**, C.H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, München, 2022, Rn. 453; Dzida, a.g.e., s.241.

¹¹¹ Bauer, Günther, a.g.e., s.72.

¹¹² LAG Berlin-Brandenburg, 18.08.2008 - 10 TaBV 885/08, **BeckRS**, 2009, s.55187.

¹¹³ Dzida, a.g.e., s.242.

çalışan lehine değerlendirilmesi gerekebilir¹¹⁴. Çalışan gönderisini hızla siler ve davranışından dolayı hemen özür dilerse, bu durum feshi haksız çıkarabilir. Öte yandan gönderilerin internet üzerinde hızlı bir şekilde yayılabileceğine dikkat edilmelidir. Silme işlemine rağmen, bir gönderi geniş bir alana yayılmış, işverenin itibarı ve menfaatleri ciddi şekilde zedelenmişse silme işlemine rağmen yapılan paylaşımlar feshe gerekçe olabilir¹¹⁵.

2.2.2.6 Sosyal Medya Paylaşımlarında Sorumluluk

Bir sosyal medya hesabının sahibi çalışan, sosyal medya hesabından bir gönderinin kendisi tarafından yayımlandığını inkar ederse kendisinin kullanıcı profili aracılığıyla üçüncü şahıslar tarafından yayınlanan ifadelerden ne ölçüde sorumlu olduğu sorusu ortaya çıkar. Çünkü çalışan ancak bir paylaşımı şahsen yayınlarsa veya yayından sorumlu tutulabilirse yan sözleşme yükümlülüklerinin ihlali söz konusu olabilir¹¹⁶. Alman Federal Yargıtayı'na göre bir kullanıcı hesabının sahibi, verilerini üçüncü kişilerin erişimine karşı korumakla yükümlüdür¹¹⁷. Bir sosyal medya hesabı genellikle yalnızca belirli bir kişiye tahsis edildiğinden, erişim verilerinin başkasına aktarımı yasaktır ve kullanıcı hesabına yetkisiz erişim cezalandırılır. Dolayısıyla bir hesaptan yayınlanan paylaşımın hesap sahibi tarafından yapıldığı varsayılır ve aleyhe kanıt olarak kullanılabilir¹¹⁸. Yargıtay'a göre, çalışan feshe konu paylaşımların kendisi tarafından yapılmadığını ileri sürüyorsa söz konusu paylaşımın kendisi tarafından yapıp yapılmadığının belirlenmesi için bilirkişi incelemesine gidilmeli¹¹⁹, paylaşımların davacıya ait olup olmadığı konusunda tüm deliller toplanıp, teknik inceleme yaptırılmalı¹²⁰, tanık beyanına başvurulmalıdır¹²¹. Çalışanın sosyal medya hesabında işveren hakkında hakaret içerikli açıklamaların beğenilmesi ancak çalışan tarafından bu beğenin kendisi tarafından yapılmadığının

¹¹⁴ Fuhlrott, Oltmanns, a.g.e., s.787; Bauer, Günther, a.g.e., s.71.

¹¹⁵ Dzida, a.g.e., s.242; Bauer, Günther, a.g.e., s.71.

¹¹⁶ Burr, a.g.e., s.116.

¹¹⁷ BGH, 11.03.2009 - I ZR 114/06, NJW, 2009, s.1960.

¹¹⁸ Burr, a.g.e., s.116.

¹¹⁹ Y. 22. HD, E.2017/41932, K.2017/23822, T.01.11.2017; Y. 22. HD, E.2018/9967, K.2018/20223, T.26.09.2018 (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, e.t., 19.08.2022.

¹²⁰ Y. 9. HD, E.2016/33467, K.2018/580, T.18.01.2018, (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, e.t., 19.08.2022.

¹²¹ Y. 22. HD, E.2014/19137, K.2014/23097, T.08.09.2014, (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, e.t., 19.08.2022.

itirazı üzerine Almanya Dessau-Roßlau İş Mahkemesi çalışandan, beğeniyi kendisinin değil de başkasının yaptığını kanıtlamasını istemiştir¹²². Fakat bu pratikte mümkün değildir. Ayrıca teknik bir inceleme yapılması ancak dava sürecinde mümkündür. Dolayısıyla bu sorunun çözümünde hesap sahibi, verilerinin başkaları tarafından ele geçirildiğini ve hesabından paylaşımda bulunduğunu ispat etmekle yükümlüdür. Çalışan somut olguları ileri sürerek ve kanıtlayarak, aksi yönde tam kanıt sunmalıdır. Bu tür durumlarda ispat yükü çalışanda da olsa sosyal medya hesabı bir başkası tarafından ele geçirildiğinde hesabın geri alınması uzun bir süreç gerektirmektedir. Dolayısıyla çalışan, hesabının başkası tarafından ele geçirildiğini öğrendiği andan itibaren zaman kaybetmeden savcılığa giderek suç duyurusunda bulunmalıdır. Hesabından uygunsuz bir paylaşım yapıldığında, kendisi paylaşımı yapmadığını kolaylıkla kanıtlayamasa da aleyhine olumsuz sonuçlarla karşı karşıya kalmamak için en azından suç duyurusunda bulunduğunu ispat edebilir.

2.2.2.7 Sosyal Medya Kullanımının Kişisel Verilerle İlişkisi ve Delil Niteliği

2.2.2.7.1 Kişisel Verilerle İlişkisi

Kişisel verilere ilişkin hukuki düzenlemeler, genel kişilik hakkının bir ifadesi olarak verilere yetkisiz erişimin korunmasına hizmet eder¹²³. Bu kapsamda veri koruma düzenlemelerinin ihlali, kişilik haklarını da ihlal eder¹²⁴. Bilgisayar ya da internet ortamında saklanan ırk ve etnik köken, sağlık durumu, siyasi faaliyet, cinsel yaşam gibi özel hayata ilişkin bilgiler kişisel verilerin kapsamında girdiğinden, işveren tarafından sosyal medyada yapılan araştırmalar veri korumanın meşruiyetini gündeme getirmektedir¹²⁵.

Kişisel verilerin korumasına ilişkin düzenlemeler AY m.20, TBK m.419, İK m.75 ve Kişisel Verileri Koruma Kanunu'nda yer almaktadır¹²⁶. Söz konusu koruyucu düzenlemeler karşısında, işveren tarafından işçilerin sosyal mediasındaki kişisel verilerine yönelik yapılan araştırmalar, gerekli ve orantılı olmalıdır. Yapılan

¹²² Dessau-Roßlau İş Mahkemesi, 21.03.2012 - 1 Ca 148/11, **BeckRS**, 2012, s.69099.

¹²³ Bauer, Günther, a.g.e., s.73.

¹²⁴ Göpfert, Wilke, a.g.e., s.159.

¹²⁵ Fuhlrott, Olmanns, a.g.e., s.787; Savaş Kutsal, Kolan, a.g.e., s.508; Gürsel, a.g.e., s.777.

¹²⁶ Mevzuat düzenlemesine yönelik ayrıntılı açıklama "1.2.1 Soru Sorma Hakkının Kişisel Verilerle İlişkisi" başlığı altında yapılmıştır.

paylaşımların kamuya açık olması ve işverenin soruşturmayı gerçek kimliğini ortaya koyarak yürütmesi durumunda işverenin sosyal ağlarda yaptığı araştırmanın özel yaşama müdahale oluşturduğu ileri sürülmüştür¹²⁷. Biz bu görüşe katılmıyoruz. Çalışan profil ayarlarını herkese açık olarak düzenlemişse, bu durumda çalışanın açıklamalarını bir grup insan göreceğinden artık paylaşımlarının gizliliği üzerinde bir kontrolü yoktur. Profil hesabı sahibi, paylaşımlarının görünür olduğu kişilerin çoğunu tanımadığı için her halükarda paylaşımlarının gizliliğine güvenemez¹²⁸. Bu durumda bir işverenin, çalışanın genel olarak erişilebilir, diğer bir deyişle “kamuya açık” beyanları hakkında iş sözleşmesinin ihlali veya çalışanın diğer yasadışı davranışlarına dair somut bir şüphe olmaksızın araştırma yapmasına çalışan tarafından izin verildiğini kabul etmek gerekir¹²⁹. Sadece bir internet araştırması yapmak ve arama sonuçlarını okumak da halihazırda veri toplama işlemidir. İşveren basit bir “Google araması”nın parçası olarak çalışanın kamuya açık verilerini toplayabilir. Ayrıca ilgili kişi, verileri internette veya profesyonel platformlarda kendisi yayınlamışsa, herhangi bir üstün çıkar iddiasında bulunamaz¹³⁰. Çalışan bir fesih ile karşı karşıya kaldığında, profilinin kamuya açık olması sebebiyle paylaşımlarının delil olarak kullanılamayacağını ileri süremez¹³¹. Bu, bir çalışanın başka birinin profilindeki bir gönderiye yorum yapması durumunda da geçerlidir. Çünkü kamuya açık yapılan yorumlarda çalışanın alıcı grubu üzerinde hiçbir kontrolü yoktur ve yorumlarının “gizliliği” söz konusu değildir¹³².

Ancak işverenin ilgili ağda yabancı bir kimlik altında korunan bilgilere erişimine izin verilip verilemeyeceği sorgulanabilir. Kural olarak çalışanlar sosyal ağları özel iletişim amacıyla kullanırlar ve beyanlarının dış dünyaya taşınmayacağına da güvenebilirler¹³³. Bununla birlikte işverenin deyim yerindeyse, “arkadaş” olarak sahte bir isimle çalışanın hesabına “sızabildiğini” de belirtmek gerekir¹³⁴. İşverenin, sahte kimlikle veya başka bir aldatma yoluyla bir sosyal ağa erişmesi halinde, elde

¹²⁷ Savaş Kutsal, Kolan, a.g.e., s.512.

¹²⁸ Dzida, Förster, a.g.e., s.760; Ernst, a.g.e., s.954; Fuhlrott, Oltmanns, a.g.e., s.787.

¹²⁹ Kort, a.g.e., (Netzwerke), s.722; Çelik, a.g.e., (Sosyal Medya), s.115.

¹³⁰ Ernst, a.g.e., s.954; Lützelers, Bissels, a.g.e., s.501; Bissels, Lützelers, Wisskirchen, a.g.e., s.2436.

¹³¹ Dzida, a.g.e., s.241.

¹³² LAG Baden-Württemberg, 22.6.2016 - 4 Sa 5/16, **MMR**, 2016, s.702.

¹³³ Ernst, a.g.e., s.955; Fuhlrott, Oltmanns, a.g.e., s.787.

¹³⁴ Dzida, a.g.e., s.241.

ettiği bilgiler kişisel verilerin korunması kapsamında yasaktır¹³⁵. Aynı durum, teknik bir “aksaklık” nedeniyle erişim kısıtlamasının basitçe iptal edilmesinde de geçerlidir¹³⁶. Ayrıca Facebook kullanıcı koşullarına göre, profiller yalnızca özel amaçlarla ve kendi gerçek adınızla oluşturulabilir. Örneğin, bir işveren denetim amacıyla sahte bir adla profil oluşturursa, Facebook hüküm ve koşullarını ihlal ediyor demektir¹³⁷. Dolayısıyla sosyal medya tarafından yapılan bir paylaşımın fesih sebebi olarak değerlendirilebilmesi için işveren tarafından, çalışanın sosyal medya hesabına gerçek kimlik saklanmadan arkadaşlık isteği gönderilmesinde olduğu gibi meşru yollarla erişilmesi gerekir¹³⁸.

2.2.2.7.2 Delil Niteliği

İş mahkemesi nezdindeki işe iade davaları sürecinde, işverenin kendisi ve işyerine zarar veren paylaşımlardan nasıl haberdar olduğu ve delil kullanma yasağının ne zaman uygulanacağı sorusu ortaya çıkmaktadır. Söz konusu veriler çalışanın temel haklarına aykırı olmayacak şekilde toplanmışsa bu verilerin delil olarak kullanılması büyük ölçüde sorunsuzdur. Bu süreçte işveren tarafından istismar yoluyla delil elde edilmiş ve ciddi kişilik hakları ihlali söz konusuysa dava sürecinde hukuka aykırı deliller kullanılamaz. Delil kullanımına ilişkin yasaklar temel hakların, özellikle genel kişilik hakkının korunmasının bir ifadesidir¹³⁹. Dolayısıyla menfaat dengesi göz önünde tutularak çalışanın meşru menfaati, işverenin meşru menfaatinden ağır basıyorsa verilerin toplanmasına izin verilmez¹⁴⁰. Anayasa m.38/VI’ya göre, “*Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez*”¹⁴¹. İş Mahkemeleri Kanunu’nda hukuka aykırı elde edilen delillere yönelik bir hüküm yer almamaktadır. Fakat Kanun’un 9. maddesine göre “*Bu Kanunda*

¹³⁵ Ernst, a.g.e., s.956; Kort, a.g.e., (Netzwerke), s.725; Kort, a.g.e., (Internet), s.1323; Fuhlrott, Oltmanns, a.g.e., s.787.

¹³⁶ Ernst, a.g.e., s.956; Kort, a.g.e., (Netzwerke), s.725; Kort, a.g.e., (Internet), s.1323.

¹³⁷ Dzida, a.g.e., s.241.

¹³⁸ Keser, a.g.e., (Sosyal Medya), s.537.

¹³⁹ Burr, a.g.e., s.116; Kort, a.g.e., (Internet), s.1324; Bauer, Günther, a.g.e., s.73; Göpfert, Wilke, a.g.e., s.161; Yiğit, a.g.e., (İzlenme), s.107; Çelik, a.g.e., (Sosyal Medya), s.116.

¹⁴⁰ Ernst, a.g.e., s.954.

¹⁴¹ Söz konusu hüküm her ne kadar “*Suç ve cezalara ilişkin esaslar*” başlığı altında düzenlense de AY m.176/II’de yer alan “*madde kenar başlıkları, sadece ilgili oldukları maddelerin konusunu ve maddeler arasındaki sıralama ve bağlantıyı gösterir. Bu başlıklar, Anayasa metninden sayılmaz.*” hükmü uyarınca AY m.38/VI’nın özel hukuk ilişkilerine de uygulanması gerekir. bkz. Çalışkan Yıldırım, Uğur, a.g.e., s.1191.

hüküm bulunmayan hâllerde 6100 sayılı Kanun hükümleri uygulanır". Bu bağlamda hukuka aykırı delillere ilişkin Hukuk Muhakemeleri Kanunu m.189/II'ye göre hukuka aykırı olarak elde edilmiş deliller mahkeme tarafından bir vakıanın ispatında dikkate alınmaz.

Özellikle de işverenin kendisi veya onun yetkilendirdiği bir kişi, aldatma veya zorlama ile fiilen korunan ifadelere erişim kazanırsa kişilik haklarının ihlali söz konusu olur. Sosyal medyada özellikle işverenin, korunan bilgilere erişim sağlamak için sahte bir kimlik ile "arkadaş" olarak çalışanın hesabına erişim sağlamaya çalıştığına bir ihlal ortaya çıkmaktadır¹⁴². Çalışan, işvereni bu şekilde "arkadaş" kılığında kabul ederse, kural olarak elde edilen verilerin delil kullanma yasağı kapsamında olduğu düşünülebilir¹⁴³. Fakat sahte hesabın kesin delil yasağı kapsamında kullanılamayacağı ileri sürülemez. Delil değerlendirmesinde çalışanın sadakat ihlalinin derecesi, işverenin "kanıt ihtiyacı", yasal ihlalin ciddiyeti göz önüne alınması gerekir¹⁴⁴. Literatürde çalışanın sosyal medyasındaki gizlilik ayarları yalnız belli bir çevrenin erişimine açılmışsa, meşru ve makul beklenti gereği işverenin yapılan paylaşımları sebep göstererek sözleşmeyi feshetmesinin özel hayata müdahale oluşturacağı, böyle bir durumda ise işçinin ifade özgürlüğüne, kişisel verilerinin korunmasına ve özel hayatına öncelik verileceği ileri sürülmüştür. Ayrıca hesap ayarlarının gizli tutulması durumunda paylaşılan bilgiler üçüncü kişiler veya işverene ulaştırılmışsa paylaşımlara makul ve meşru olarak ulaşıldığı sonucunun çıkarılamayacağı belirtilmiştir¹⁴⁵. Kanımızca söz konusu durumun ifade özgürlüğüne, özel hayata ve kişisel verilere müdahale oluşturduğu doğrudur. Sosyal medya paylaşımlarının kişisel verilerle ilişkisi başlığı altında da belirttiğimiz üzere işverenin çalışanlarının sosyal medya hesaplarına ancak meşru şekilde erişim sağlaması durumunda elde edilen veriler hukuka uygundur. Bununla birlikte söz konusu kuralın katı bir biçimde uygulanmaması gerektiğini düşünüyoruz. Kişinin sınırlı ve paylaşımlarının dışarı çıkmayacağına güveneceği arkadaş grubuna bir paylaşımda bulunması ve işverenin bu paylaşımları

¹⁴² Burr, a.g.e., s.116; Kort, a.g.e., (Internet), s.1324.

¹⁴³ Dzida, a.g.e., s.241; Çalışkan Yıldırım, Uğur, a.g.e., s.1191.

¹⁴⁴ Fuhlrott, Olmanns, a.g.e., s.789.

¹⁴⁵ Keser, a.g.e., (Sosyal Medya), s.537.

öğrenip fesih nedeni yapması temel haklara aykırılık oluşturur. Fakat sosyal medyada bazı kişilerin hesabı dış erişime kapalı olsa da bu hesaplarda binlerce kişiden oluşan bir arkadaş listesi yer almaktadır ve bu kadar geniş bir çevrenin hesap sahibi tarafından bizzat tanınması mümkün değildir. Çalışanın çok geniş bir çevreden oluşan arkadaş grubu varsa ve yapılan paylaşımlar yalnız bu geniş çevre tarafından görüntüleniyorsa paylaşımların fesih sebebi yapılmasının hukuka aykırılığından söz edemeyiz. İşveren veya görevlendirdiği bir kişi tarafından açılan sahte hesap vasıtasıyla elde edilen verilerin hukuka aykırılık taşıdığı şüphesiz olsa da çok geniş bir arkadaş listesine sahip olan çalışan “arkadaş” adı altında tanımadığı bir kişinin paylaşımlarını görmesine izin veriyorsa söz konusu hesabın sahte olması ya da tanımadığı bir kişinin gerçek hesabı olması arasında bir farkın olmadığını düşünüyoruz. Geniş bir arkadaş grubuna sahip sosyal medya kullanıcısı tanımadığı bir kişiyi “arkadaş” olarak kabul ediyor ve listesine ekliyorsa paylaşımlarının sorumluluğu kendisinin üzerindedir. Bununla birlikte geniş arkadaş grubundan ne kastedildiği de belirsizlik taşımaktadır. Kanımızca mahkeme paylaşımların içeriklerini de dikkate alarak her somut olaya göre değerlendirmede bulunmalıdır.

İşveren tarafından işyeri bilgisayarındaki sohbet ve iş e-posta hesaplarının taranması ve denetimi, her durumda delil kullanım yasağıyla sonuçlanmayabilir¹⁴⁶. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne göre işveren işçilerin işyerinde işletme faaliyetlerine ilişkin internet, e-posta ve sosyal medya kullanımlarını denetleyeceğine ilişkin bilgi verir ve açık rızalarını alırsa yapılan denetim hukuka uygundur¹⁴⁷. Bu kapsamda işveren denetime ilişkin işyerinde bulunan tüm işçileri ayrıntılı bir şekilde bilgilendirmeli, işçiler de hiçbir baskı altından olmadan, bilinçli ve belirsizlik içermeyecek derecede açık biçimde rıza vermelidir¹⁴⁸. Bununla birlikte işveren çalışanlarının özel hayatlarını bir kenarda bırakmamalı, çalışanların özel hayatlarına

¹⁴⁶ Fuhlrott, Oltmanns, a.g.e., s.788.

¹⁴⁷ AİHM, Bărbulescu v. Romanya, B. No: 61496/08, T.:05.09.2017, (Çevrimiçi) <http://hudoc.echr.coe.int/app, e.t., 31.08.2022>.

¹⁴⁸ Şahlanan, a.g.e., (Karar), s.4; Süzek, a.g.e., (Genel İş Koşulları), s.7; Sur, a.g.e., (E-Posta), s.61; Savaş Kutsal, Kolan, a.g.e., s.512; Öktem Songu, a.g.e., (Özel Amaçlı Kullanım), s.1075; Keser, a.g.e., (İşçi Davranışları), s.472-473; Özdemir, a.g.e. (İnternet), s.21; Yiğit, a.g.e., (İnternet), s.183; Erdoğan, a.g.e., (Karar), s.1372; Gürsel, a.g.e., s.780; Arslan Durmuş, a.g.e., s.159; Çelik, a.g.e., (Sosyal Medya), s.109; Oğuz, a.g.e., (Sosyal Medya), s.1193.

saygı gösterilmesine ilişkin beklentilerini de göz önünde bulundurmalıdır. İşçinin her ne kadar geçerli rızası olsa da söz konusu denetim yetkisi mutlak olmayıp, işyeri amaçlarının gerçekleşmesi amacıyla kullanılmalıdır¹⁴⁹. Konuya ilişkin Hamm Eyalet İş Mahkemesi'nin kararına göre işveren, çalışanlarının ara sıra elektronik kaynakların özel amaçlarla kullanmasına izin veriyor fakat çalışanlarına elektronik cihazlarda ve ağ üzerinde kişisel konuları ele alırlarken kendisi tarafından izlenebileceğini ve gerekirse görüntülenebileceğini belirtiyorsa işyerindeki bilgisayarda bulunan sohbet kayıtlarının elde edilmesi halinde delil kullanımına ilişkin bir yasak yoktur. Bir çalışan, internetin özel kullanımının kısıtlı olmasına karşın işverene karşı yasadışı faaliyetlerde bulunursa işverenin elektronik kaynakları kullanarak geride bırakılan izleri kendisi aleyhine bir davada delil olarak kullanmasını beklemelidir¹⁵⁰. Hukukumuzda geçmişte Yargıtay işverenin kendisine ait bilgisayar ve e-mail adresleri ile bu adreslere gelen e-postaları her zaman denetleme yetkisinin bulunduğu yönünde kararlar vermiştir¹⁵¹. Bununla birlikte mevzuatımızdaki gelişmeler ve kişisel verilerin korunması hakkında yapılan hukuki düzenlemelerin yürürlük kazanması, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları ile Avrupa hukukundaki gelişmeler sonucunda ülkemiz içtihadında da değişikliğe gidilmiştir¹⁵². Anayasa Mahkemesi'nin son dönemde verdiği karar dikkat çekicidir. Bir devlet hastanesinde bilgi işlem sorumlusu olarak görev yapan başvuranın işyeri bilgisayarını kullanarak WhatsApp üzerinden iş arkadaşlarıyla yaptığı yazışmaları, bilgisayarı açık bırakması sonucu sorumlu amir tarafından ele geçirilmiştir. Söz konusu yazışmalardan başvuranın çalışma arkadaşları ile birlikte şirket ve kurum yöneticilerine karşı hakarete bulunduğu ve örgütlü bir biçimde bilişim sistemini sekteye uğrattığı tespit edilmiş, iş sözleşmesi ahlak ve iyi niyet kurallarına aykırı davranışta bulunduğu gerekçesiyle feshedilmiştir. İstinaf mahkemesi tarafından,

¹⁴⁹ F. Burcu Savaş, "İş Hukukunda "Siber Gözetim"", **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2009/3, S.22, s.98-99; Ömer Ekmekçi, H. Burak Gemalmaz, Volkan Aslan, H. Hilal Yılmaz, **Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvurunun Temel Esasları ve İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Kararlar**, 1. b., On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, s.55-56; C. Gökhan Erbaş, "6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Kapsamında İşçinin Elektronik Ortamda Gözetlenmesi", **Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.VII, S.1, 2017, s.104; Şahlanan, a.g.e., (Karar), s.4; Gürsel, a.g.e., s.834; Yiğit, a.g.e., (İzlenme), s.71; Karaahmetoğlu, a.g.e., (İnternet), s.92.

¹⁵⁰ LAG Hamm, 10.07.2012 – 14 Sa 1711/10, **BeckRS**, 2012, s.71605.

¹⁵¹ Sur, a.g.e., (E-Posta), s.58; Y. 9. HD, E.2009/447, K.2010/37516, T.13.12.2010, (Çevrimiçi) <https://legalbank.net>, e.t., 28.08.2022.

¹⁵² Sur, a.g.e., (E-Posta), s.58.

yapılan feshin hukuka uygun olduğuna karar verilmiştir. Başvuran, özel hayatına ve haberleşme özgürlüğüne müdahalede bulunulduğu iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur. Mahkeme'ye göre, işyerinde sunulan iletişim araçlarının işverene ait olması sebebiyle işverenin iletişim araçları üzerinde mutlak ve sınırsız bir gözetleme ve denetleme hakkı yoktur. Bu kapsamda işverenin iletişim araçları ve içeriklerinin incelenmesinde haklı olduğuna yönelik gerekçeleri irdelenmelidir. Denetleme ve kişisel verilerin işlenmesi işveren tarafından şeffaf biçimde gerçekleştirilerek konu hakkında çalışanlar bilgilendirilmeli, müdahale ulaşılmak istenen amaç ile ilgili ve elverişli olmalı, aynı amaca daha hafif bir müdahale ile ulaşılmaması mümkün olmamalı, verilerin denetimi ulaşılmak istenen amaç ile sınırlı olmalı, çatışan menfaatler arasında adil bir dengelemeye gidilmelidir. Söz konusu olayda işveren çalışanları bilgilendirmediğinden çalışanlarda temel hak ve hürriyetlerine müdahalede bulunulmayacağına dair meşru bir beklenti oluşması makuldür. Mesajların hukuka uygun yöntemlerle elde edildiğine ilişkin işveren tarafından sağlıklı bir gerekçe getirilmediğinden çalışanın özel hayatına saygı hakkı ve haberleşme hürriyetinin ihlal edildiğinin kabulü gerekir¹⁵³. Yargıtay da işverenin her durumda işçinin e-posta adresini denetleyebileceğine ilişkin görüşünü sonraki yıllarda değiştirmiştir. Vermiş olduğu bir kararda işverenin işçisine haber vermeden bilgisayarına yüklediği bir takip programı vasıtasıyla kendisi hakkında yapılan beyan ve yorumları öğrenmesi üzerine çalışanın iş sözleşmesini haklı nedenle

¹⁵³ AYM, Samet Ayyıldız Kararı, B. No:2018/34548, T.:28.12.2021, RG Tarih-Sayı: 11.02.2022-31747. Söz konusu karara atıf yapan yakın tarihli Anayasa Mahkemesi'nin benzer yönde kararı için bkz. AYM, Fırat Gerçek Kararı, B. No:2019/25604, T.:21.09.2022, RG Tarih-Sayı: 15.11.2022-32014. İşverenin işyerinde kesin bir biçimde e-postaların kişisel amaçlarla kullanımını yasakladığı ve gerekli hallerde çalışanlarının e-postalarını izleyebileceği ya da kontrol edebileceğini belirtmesi durumunda, çalışanların kişisel görüşmelerinin korunmasına yönelik makul bir beklentisi olamayacağına ilişkin benzer yönde karar için bkz. AYM, Ömür Kara ve Onursal Özbek Kararı, B. No:2013/4825, T.:24.03.2016, RG Tarih-Sayı: 10.05.2016-29708. Söz konusu kararda e-posta, kullanılmasına yönelik kısıtlamalarda yalnız rıza alınmasının yeterli olmadığı aynı zamanda işverenin meşru bir çıkarının da olması gerektiğine, geçerli rıza olmadan yapılan denetlemenin hukuka uygunluk nedeni taşımadığına, hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin mahkeme tarafından dikkate alınmaması gerektiğine yönelik eleştiri için bkz. Erdoğan, a.g.e., (Karar), s. 1380; Savaş Kutsal, Kolan, a.g.e., s.502. Ayrıca bkz. AYM, E.Ü. Kararı, B. No:2016/13010, T.:17.09.2020, RG Tarih-Sayı: 14.10.2020-31274.

feshetmesini, delillerin hukuka aykırı şekilde elde edildiği gerekçesiyle haksız bulmuştur¹⁵⁴.

2.2.2.8 Sosyal Medya Kullanımının Sonuçları

Çalışanın ifade özgürlüğü izlenimi uyandıran sosyal medya davranışı, bazen bir sadakat borcu ihlali olarak değerlendirilebilir. Ciddi hakaretlerin, nefreti kışkırtmanın veya ticari menfaate zarar veren beyanların bildirimsiz fesih için önemli bir neden teşkil ettiğinin kabulü gerekir¹⁵⁵. Bununla birlikte işçinin sosyal medya paylaşımının içeriği sözleşme tarafları arasındaki güven temelini yok edici ağırlıkta değilse fakat bu davranış işin olağan işleyişini bozuyor ve işyerindeki uyumu olumsuz etkiliyorsa işverenden iş ilişkisini devam ettirmesi beklenemez. Bu durumda işverenin geçerli nedenle fesih hakkı (İK m.18/I) söz konusu olur¹⁵⁶. Bu nedenle sosyal ağlardan paylaşılan bir gönderinin iş ilişkisinin sona erdirilmesini haklı çıkarabilmesi için işverenin feshe yönelik menfaatinin çalışanın ifade özgürlüğüne yönelik menfaatinden daha ağır basması gerekir.

Sosyal medya paylaşımı sonucu yapılacak fesihlerde dikkate alınması gereken kriterler şu şekilde sıralanabilir¹⁵⁷:

Bildirimin alıcıları: Açıklamanın daha çok profesyonel iş ilişkisi bağlantılarının kurulduğu, kariyer yeteneklerinin geliştirildiği bir ağda (LinkedIn) yapılması borca aykırı davranışı pekiştirir. Çalışanın tartışmalı beyanı kendisinin yazması veya yalnızca bir başkasının beyanını paylaşması ya da beğenmesi feshin değerlendirilmesinde bir rol oynayabilir.

Çalışanın pozisyonu: Çalışanın bir yönetici olarak şirketteki konumu, üçüncü şahıslar için rol model olma işlevi açısından önemlidir. Çalışanın işyerindeki konumu ne kadar yüksekse, işverenin iş ilişkisine yönelik açıklamalarda talep edebileceği kısıtlama o kadar fazla olacaktır.

¹⁵⁴ Y. 22. HD, E.2017/21857, K.2019/9884, T.07.05.2019, (Çevrimiçi) <https://legalbank.net>, e.t., 28.08.2022.

¹⁵⁵ Fuhlrott, Oltmanns, a.g.e., s.789; Dzida, Förster, a.g.e., s.760.

¹⁵⁶ Baybora, a.g.e., s.1727.

¹⁵⁷ Fuhlrott, Oltmanns, a.g.e., s.789; Dzida, Förster, a.g.e., s.760.

İfadenin yoğunluğu: Çalışanın ifadelerinin sadece bir kerelik mi, yoksa devam eden eylemlerle altı çizilen bir dizi davranış mı olduğu dikkate alınmalıdır.

İfadenin sonuçları: Çalışma arkadaşlarının tepkileri, müşterilerden gelen tepkiler, işverene ve onun itibarına verilen zarar göz önünde bulundurulmalıdır. Ayrıca çalışanın ifadelerinin sonucu özür dilemesi, pişmanlık duyması, uyuşmazlığa konu olan ifadeleri sosyal medyadan kaldırması da fesih kapsamında değerlendirmelidir. Bununla birlikte çalışan tarafından önceki uyarıların sorgulanması, çalışanın anlama kabiliyeti gibi çıkarları dengelemenin olağan noktalarına da dikkat edilmelidir.

Anayasa Mahkemesi'ne göre işçi, işveren tarafından başkasıyla paylaşılmayan bilgilere sahip olduğunda sosyal medyada ifade özgürlüğünü kullanırken hassas davranmalıdır. Sadakat yükümlülüğü kapsamında işçinin ifade özgürlüğü ile işverenin şeref ve itibarının korunması hakkı arasında adil bir dengenin gözetilmesi gerekir. Böyle bir değerlendirmede bulunurken, dile getirilen düşünce açıklamalarının nerede, kim ile hangi şartlarda paylaşıldığı, işçinin amacı, iyi niyetli olup olmadığı, ifade özgürlüğünün sırf üçüncü kişilere zarar verme amacı taşıyıp taşımadığı, yürütülen kamusal tartışmanın önemi veya kullanılan sözlerin kamusal tartışmaya katkısının ağırlığı, kullanılan ifadeler ve bu ifadelerin hedef kişinin yaşamına etkileri gibi ölçütler dikkate alınmalıdır¹⁵⁸.

Çalışanın sosyal medya paylaşımları, örneğin müşteri ilişkilerinin kesilmesi veya beklenen siparişlerin yerine getirilmemesi nedeniyle zarara yol açarsa işveren tazminat talebinde bulunabilir ve talebini çalışanın sadakat yükümlülüğünün ihlaline dayandırabilir. Tazminatın belirlenmesinde çalışanın kusurluluk derecesi dikkate alınmalıdır¹⁵⁹. Belirtmek gerekir ki çalışanların ya da üçüncü kişilerin tazminat taleplerinden işveren de sorumlu tutulabilir. TBK m.66/I'e göre *“Adam çalıştıran, çalışanın, kendisine verilen işin yapılması sırasında başkalarına verdiği zararı gidermekle yükümlüdür”*. Örneğin bir çalışanın sosyal medya hesabından bir fotoğrafın yayınlanmasıyla diğer çalışanların haklarının ihlal edildiği durumlarda

¹⁵⁸ AYM, Gülbiz Alkan Kararı, B. No:2018/33476, T.:07.10.2021, RG Tarih-Sayı: 30.12.2020-31705.

¹⁵⁹ Ender Gülver, “Türk Borçlar Kanunu’nda İş Sözleşmesinin Derhal Feshi”, **Legal İSGHD**, C.VIII, S.31, 2011, s.1014; Fuhlrott, Oltmanns, a.g.e., s.790.

işveren, zarar gören işçiyi korumak ve yayınlanan fotoğrafın neden olduğu zararı önlemek veya ortadan kaldırmakla yükümlü olabilir. Sözleşmeden doğan bu koruma yükümlülüğünü yerine getirmezse işverenin kendisi zarardan sorumlu tutulabilir. Zararın tazmininden sonra işveren zarara neden olan işçiye rücu edebilir¹⁶⁰.

Belirtmek gerekir ki internette yayınlanan gönderiler, videolar veya resimler düzenli olarak görünür durumda kalır. Bu nedenle, görünürlük devam ederse ve sonuç olarak işveren veya üçüncü şahıslar zarar görürse, işverenin bu paylaşımların derhal kaldırılması konusunda bir menfaati olacaktır. TMK m.25/I'e göre, "*Davacı, hâkimden saldırı tehlikesinin önlenmesini, sürmekte olan saldırıya son verilmesini, sona ermiş olsa bile etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespitini isteyebilir*". Dolayısıyla işveren, ihtiyadi tedbir kararıyla sadakat borcuna aykırı davranan çalışanın söz konusu paylaşımlarının kaldırılmasını isteyebilir. Çalışan, sadakat borcuna aykırı şekilde yaptığı bir suçlayıcı ifadeyi veya yayınladığı belirli bir videoyu kaldırmakla yükümlü kılınabilir¹⁶¹. Ayrıca çalışanın sosyal medya paylaşımları nedeniyle kişilik değerlerine hukuka aykırı olarak yaptığı saldırı, arasında sözleşme ilişki bulunmayan çalışma arkadaşları, müşterilere vb. yönelik olabileceği gibi arasında sözleşme ilişkisi olan işverene yönelik de olabilir¹⁶². Bu paylaşımlar işverenin, işverenin aile üyelerinin, çalışma arkadaşlarının, müşterilerin kişilik haklarını zedeleyebilir. TBK m.58/I'e göre, "*Kişilik hakkının zedelenmesinden zarar gören, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat adı altında bir miktar para ödenmesini isteyebilir*". Bu durumda ciddi bir kişilik hakkı ihlali varsa ve ihlal başka bir şekilde giderilemiyorsa işçiden manevi tazminat talebinde de bulunulabilir (TBK m.58/I)¹⁶³.

Son olarak yapılan paylaşımlar suç oluşturuyorsa çalışan aleyhine suç duyurusunda bulunulabilir ve sözleşme bildirimsiz feshedilebilir. Örneğin çalışan YouTube platformu üzerinde bir şirket bilgisayarından çocuk pornografik video materyali dağıtırsa kamuoyunda işveren ile bu içerik arasında bir bağlantı kurulabilir.

¹⁶⁰ Klinkhammer, Müllejans, a.g.e., s.505.

¹⁶¹ Till Hoffmann-Remy, Ulrich Tödtmann, "Sicherung der Arbeitgeberrechte an Social Media-Kontakten", *NZA*, 2016, s.795; Fuhrott, Oltmanns, a.g.e., s.790; Klinkhammer, Müllejans, a.g.e., s.504; Sevimli, a.g.e., (Karar İncelemesi), s.299.

¹⁶² Sevimli, a.g.e., (Karar İncelemesi), s.298.

¹⁶³ Klinkhammer, Müllejans, a.g.e., s.505.

İşverenin bu duruma ses çıkarmaması, kendisinin bu paylaşımların yayılmasına göz yumduğunun varsayılmasına sebep olabilir. Böyle bir görünüm, bir şirketin kamu imajı için yıkıcıdır. Aynısı suç unsuru içeren hakaret, ırkçı ifadeler için de geçerlidir¹⁶⁴. Alman Federal İş Mahkemesi de işyeri bilgisayarından pornografik görüntüler indiren çalışanın işverenin itibarını zedelemesi nedeniyle sözleşmesinin bildirimsiz feshini haklı bulmuştur¹⁶⁵.

Kanımızca işverenin sosyal medya kullanımı konusunda çalışanlarını bilgilendirmesi (örneğin, şirkete zarar veren açıklamalardan kaçınmak, ticari sırların gizliliği), menfaatlerinin zarar görme riskini ve fesih durumlarını azaltacaktır. Sosyal medyanın çalışma saatleri dışında kullanımı bağlayıcı bir şekilde düzenlenemese bile işveren, sosyal ağları kullanan çalışanların bilinçli davranmasını sağlamak için aktif olarak çalışmalı ve bu nedenle onlara özel eylem önerileri sunmalıdır. Çalışanların bilinçlendirilmesiyle internet üzerinden yapılan işverene zarar veren davranışlar önceden önlenabilir. Çünkü çalışanlar çoğu zaman bazı açıklamaların sonuçlarının tam olarak farkında değildir. Yasal ve sözleşmesel yükümlülükleri konusunda bilgi sahibi olan çalışanların işverenin çıkarları doğrultusunda davranması daha olasıdır. Bu nedenle işveren tarafından sosyal medyanın sorumlu kullanımına yönelik “Sosyal Medya Yönergeleri”nin tanıtılması ve bir rehber oluşturulması tavsiye edilmektedir. Sosyal medya yönergeleri, çalışanları ve işverenleri iş hukuku kapsamındaki yasal risklerden korumaya hizmet eder¹⁶⁶. Rehber kapsamında sosyal medya kullanan çalışanlara işverenin bakış açısıyla ilgili yönlerin açık, kısa ve özlü bir sunumu yapılabilir. İşveren kurallara uymanın çalışanları korumaya hizmet ettiğini açıklayarak, işyerinde internetin özel kullanımına izin verilip verilmediğini, ne zaman ve ne ölçüde izin verildiğini, mesai saatleri içinde sosyal medya kullanımını ne ölçüde kabul etmek istediğini, çalışanların hukuki ve cezai sorumluluklarını açıkça belirtmelidir¹⁶⁷.

¹⁶⁴ Klinkhammer, Mülleijans, a.g.e., s.505; Göpfert, Wilke, a.g.e., s.160.

¹⁶⁵ BAG, 07.07.2005 - 2 AZR 581/04, **NZA**, 2006, s.98.

¹⁶⁶ Melot de Beauregard, Gleich, a.g.e., s.2046; Lützel, Bissels, a.g.e., s.500; Keser, a.g.e., (Sosyal Medya), s.558-559.

¹⁶⁷ Melot de Beauregard, Gleich, a.g.e., s.2047; Lützel, Bissels, a.g.e., s.502.

İş sözleşmesinde özel hükümler olmasa dahi çalışanın sadakat borcu kapsamında işyeri ve iş sırlarını koruma yükümlülüğü olsa da ayrıca yapılacak iş sözleşmelerine, toplu iş sözleşmelerine, işyeri iç yönetmeliklerine, personel yönetmeliklerine işyerinde sosyal medyanın izin verilen kullanım derecesinin çerçevesini belirleyen veya bunu yasaklayan bir “sosyal medya maddesi”nin eklenmesi tavsiye edilir¹⁶⁸.

2.3 İşçinin Yürütülen İş Eleştirisi Bağlamında İfade Özgürlüğü

İşçiler, çalışma yaşamı ve mesleki faaliyetin bir sonucu olarak tüm operasyonel konularda görüşlerini serbestçe ifade etme hakkına sahiptir. Bu sayede işyerinde var olan suistimallere ve bu suistimallerin sorumlularına yönelik eleştirilerini dile getirebilirler. İşçinin nesnel eleştirisi kural olarak ifade özgürlüğü kapsamındadır¹⁶⁹. Bununla birlikte işçi nesnel eleştirisini kamuya açık şekilde yapar ve işverenin ticari itibarına zarar verirse söz konusu eleştiri her durumda korunmaz. İfşa ihbar işçinin yasadışı davranışları, yolsuzlukları, genel olarak tehlike arz eden durumları açıklamasıdır¹⁷⁰. Buna karşın eleştiri işçinin iş ilişkisine yönelik tüm öznel ve nesnel görüşlerini içerir. Bu bağlamda ifşa ihbar hakkının, eleştiri hakkının sert bir görünüm biçimi olduğu söylenebilir. Dolayısıyla eleştiri hakkı ifşa ihbar hakkından daha geniş bir kapsama sahip olduğundan dolayı her eleştiri, ihbar ifşa olarak isimlendirilemez.

İşçi tarafından yapılan düşünce açıklamaları eleştiri boyutunda kalmalı, işverenin iktisadi varlığını ve girişimcilik hedeflerini yok etmeye yönelik olmamalıdır. Aksi halde söz konusu davranışlar işverenin iktisadi faaliyetine yönelik kişilik hakkına yapılan saldırı olarak değerlendirilebilir¹⁷¹. İstihdam ilişkisi bir

¹⁶⁸ Kramer, a.g.e., s.196; Fuhlrott, Oltmanns, a.g.e., s.791; Centel, a.g.e., s.9; Keser, a.g.e., (İşçi Davranışları), s.463; Öktem Songu, a.g.e., (Özel Amaçlı Kullanım), s.1069-1070; Yiğit, a.g.e., (İnternet), s.172-175; Çalışkan Yıldırım, Uğur, a.g.e., s.1174. Ayrıca şirkete ait sosyal medya hesabının bir çalışan tarafından yönetilmesi de mümkündür. Fesih durumunda çalışanın ve işverenin sosyal medya üzerinde sahip olduğu haklar konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Hoffmann-Remy, Tödtmann, a.g.e., s.797-799.

¹⁶⁹ Kissel, a.g.e., s.148; Fuhlrott, Oltmanns, a.g.e., s.787; Okur, a.g.e., (Düşünce), s.63; Yıldız, a.g.e., (Sosyal Medya), s.109; Keser, a.g.e., (Sosyal Medya), s.544; Kayırgan, a.g.e., s.465; Özyurt, a.g.e., s.461. Y. 9. HD, E. 2019/1405, K. 2019/14318, T. 26.06.2019; Y. 9. HD, E. 2019/3100, K. 2019/19483, T. 11.11.2019, (Çevrimiçi) <https://www.hukukturk.com/>, e.t., 19.08.2022.

¹⁷⁰ Gülsevil Alpagut, “İfşa-İhbar Hakkına İlişkin Avrupa Birliği Yönergesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları” **Festschrift für Otto Kaufmann Armağanı**, Ed. Alpay Hekimler, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2021, s.3.

¹⁷¹ Civan, a.g.e., s.207; Öktem Songu, a.g.e., (İfade Özgürlüğü), s.636; Çelik, a.g.e., (Sosyal Medya), s.45.

topluluk ilişkisidir. Bu nedenle bu topluluğu istikrarsızlaştırmakla tehdit eden görüş ifadeleri, doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlar olarak nitelendirilerek işverene haklı nedenle fesih imkanı tanıyabilir (İK m.25/II-e)¹⁷². Çalışanın işverenin menfaatlerine aykırı davranmama yükümlülüğü, iş ilişkisinin temel bir kuralı olarak kabul edilmektedir. Her şeyden önce işçi fikir beyanlarıyla işverenin yürüttüğü işin varlığını sorgulamamalı ve menfaatlerini zedelememelidir¹⁷³.

2.3.1 İşyerinin İtibarı ve Faaliyetlerine Yönelik Söylemler

İşveren tarafından sunulan mal ve hizmetin kalitesi ve kabul görmesi, işverenin toplumda zaman içinde prestij sağlamasına neden olur. İşverene toplum tarafından sağlanan bu kurumsal prestij, işletmesinin devamlılığı için hayati değere sahiptir. Bu devamlılık, işçi ve işverenin üzerine düşen sorumlulukları yerine getirmesiyle sağlanır. Bu kapsamda işçi tarafından yapılan görüş beyanı, işvereni veya şirketini yok etmeyi veya zarar vermeyi amaçladığı ölçüde, ifade özgürlüğü kapsamına girmez. Çünkü böyle bir ifade sözleşme yükümlülükleriyle sınırlandırılmıştır. Sadakat yükümlülüğü, çalışanın iftira niteliğinde açıklamalar yaparak işverenin itibarını alenen zedelememesini zorunlu kılar¹⁷⁴. Alman Federal İş Mahkemesi'nin önüne gelen bir olayda, Alman Komünist Partisi üyesi olan banka çalışanı, bankalar ve çalıştığı bankadaki işvereni hakkında saldırı içeren broşürler dağıtmış bunun sonucu kendisinin iş sözleşmesi sona erdirilmiştir. Mahkeme'ye göre iş ilişkisi, çalışanın davranışlarından dolayı doğrudan etkilenmektedir. İşçinin sadakat ve işverenin menfaatlerini koruma borcunu ihlal etmesi sebebiyle yapılan fesih Anayasa'da düzenlenen ifade özgürlüğünü ihlal etmemekte ve geçerli sayılmalıdır. Zira işçinin işverenin menfaatlerini zarara uğratmama ve sadakat yükümlülüğü, ifade özgürlüğünü sınırlayan iş ilişkisinin temel ilkeleri arasındadır¹⁷⁵. Bir çalışanın küçük düşürücü bir şekilde olmasa bile işverenin ticari ve sosyal itibarına zarar

¹⁷² Kempff, a.g.e., s.60; Okur, a.g.e., (Düşünce), s.63; Civan, a.g.e., s.207; Öktem Songu, a.g.e., (Sataşma), s.134.

¹⁷³ Remmert, a.g.e., s.9.

¹⁷⁴ Kissel, a.g.e., s.150; Bissels, Lützel, Wisskirchen, a.g.e., s.2435; Alpagut, a.g.e., (Sadakat), s.25; Uzun, a.g.e., s.127; Demir, Demir, a.g.e., s.24.

¹⁷⁵ BAG, 28.09.1972 - 2 AZR 469/71, **AP** BGB § 134 Nr. 2.

verme olasılığı olan görüşlerinin ifade edilmesi genellikle kabul edilemez olarak değerlendirilir¹⁷⁶.

Çalışanlar çalışma koşullarının iyileştirilmesi, çevrenin korunması ve hatta belirli büyüklükteki şirketlerin veya endüstrilerin kamulaştırılması şeklinde işverenlerini de etkileyecek genel nitelikli sosyo-politik görüşlerini gündeme getirebilir. Fakat çalışanın işyerinin varlığına yönelik hedefli bir saldırısı, işverenin çıkarlarını koruma görevinin ihlali olarak nitelendirilir ve dürüstlük kurallarına aykırılık oluşturur¹⁷⁷. Türk Medeni Kanunu m.2’de herkesin haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uygun davranmak zorunda olduğu, bu hakkın kötüye kullanılmasını hukuk düzeninin korumadığı düzenlenmiştir. İşçinin işverenin kendisine duyduğu güvene aykırı bir tutumda bulunarak işverenine kasıtlı saldırısı sadakat borcuna aykırılık oluşturmaktadır¹⁷⁸.

Alman Federal İş Mahkemesi’nin vermiş olduğu bir başka karar da bir Protestan cemaati hastanesindeki başhekimin bir makalesinde ve editöre yazdığı bir mektupta hastanede suistimaller olduğu yönündeki ifadelerine karşı görevden alınmasına ilişkindir. Başhekimin bu girişimlerinin temel amacı, hastaneye karşı mali taleplerde bulunmaktı. Ayrıca başhekim makalesinde kendisine bir köle gibi davranıldığını iddia etmiştir. Alman Federal İş Mahkemesi, hekimin haksız işten çıkarıldığı iddiasıyla açtığı davayı reddetmiştir. Mahkeme’ye göre, somut olayda kişinin özel çıkarları, işvereni hakkındaki basın açıklamalarını haklı çıkartmamaktadır. Davacının ileri sürdüğü görüşler gerçekleri tamamen yansıtmamakta, işverenin itibarını önemli ölçüde zedelemektedir. Kararın gerekçesinde Alman Federal İş Mahkemesi, ifade özgürlüğü ile işverenin menfaatleri arasındaki dengenin her zaman gözetilmesi gerektiğine vurgu yapmıştır¹⁷⁹.

¹⁷⁶ Kissel, a.g.e., s.150.

¹⁷⁷ Söllner, a.g.e., s.398.

¹⁷⁸ Thilo Ramm, “Entscheidungen mit Anmerkungen”, **AuR**, 21, Juli 1973, s.224; Benzer yönde görüş için bkz. Alpagut, a.g.e., (Sadakat), s.24; Savaş Kutsal, Kolan, a.g.e., s.508; Heper, a.g.e., s.1906.

¹⁷⁹ “Chefarztfall: Urteil des BAG vom 5.2.1981-2 AZR 883/78” Annemarie Berthold, **Whistleblowing in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts**, Peter Lang Verlag, Frankfurt, 2010, s.38. Mahkeme kararındaki söz konusu eleştiri aynı zamanda bilgi uçurma kapsamındadır.

Çalışanların iş görme borcu gereği işyerinin hedeflerine ulaşmak için işverene belirli bir derecede bağlılık göstermelerini zorunlu kılan görevleri vardır. İş ilişkisi, başarılı girişimcilik faaliyetinin gerekliliklerinin makul ölçüde dikkate alınmasını gerektirir. İşverenin girişimcilik hedefleri gereği, belirli bir performans göstermekle yükümlü olan bir çalışan, mesai saatleri içinde ya da dışında işverenin hedefleri hakkında olumsuz beyanlarda bulunamaz. Bu açıdan tutarlı davranış gereklidir. Örneğin, bir reaktör inşaat şirketi çalışanı, şirketi tarafından yürütülen bir nükleer santral inşasına karşı alenen protesto yapmamalıdır. Çalışan bu şirkette önemli bir pozisyonu temsil ediyor ve işin yürütümüne aktif olarak katkıda bulunuyorsa, şirketinin faaliyetleri hakkında görüş bildirmekten kaçınmalıdır. Bu, onun sözleşmeden doğan yükümlülüklerinin bir parçası olarak görülmelidir¹⁸⁰. Ya da kimyasal araştırmalar yapan bir doktorun, kısa vadede radyasyonun etkilerini hafifletecek bir ilacın geliştirilmesi çalışmasına katılmayı “söz konusu ilacın nükleer savaşı akla yatkın hale getirebileceği” gerekçesiyle reddetmesi iyi niyete dayanmaz¹⁸¹.

İşverenin imajının zarar görmesine ve kurumsal çıkarlarının zedelenmesine sebep olan kamuya yapılan açıklamalar sosyal medya vasıtasıyla da olabilir. Bu durumda çalışan iddiaları sebebiyle ifade özgürlüğünü ileri süremez¹⁸². Yargıtay sosyal medya uzmanı olarak çalışan davacının işe giriş esnasında imzaladığı iş sözleşmesi için sosyal medya hesabından işverenin adını vererek “bugün yaptığım iş sözleşmesinde 46 sayfa okudum ve imzaladım. Artık köle olmaya hazırım” şeklinde ifadeyi geçerli fesih sebebi saymıştır¹⁸³. Ayrıca çalışanın sosyal medyasında yayınladığı bir fotoğrafta işverenin veya bir müşterinin planlanmış projeleri veya diğer gizli müşteri verileriyle ilgili belgeler gösteriliyorsa çalışan muhtemelen bilmeden de olsa gizlilik yükümlülüğünü ihlal etmiş olur¹⁸⁴. Belirtmek gerekir ki burada işverenin bu tür içeriklerin yayınlanmasına nasıl tepki vereceğini belirlemek

¹⁸⁰ Buchner, a.g.e., s.19.

¹⁸¹ Kissel, a.g.e., s.151.

¹⁸² Hermann Reichold, “§ 54 Wettbewerbsverhalten”, **Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 1: Individualarbeitsrecht I**, 5. Auflage, C.H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, München, 2021, Rn. 40.

¹⁸³ Y. 9. HD, E.2017/27217, K.2018/13723, T.25.06.2018, (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, e.t., 23.08.2022.

¹⁸⁴ Klinkhammer, Müllejjans, a.g.e., s.505.

için bir menfaat dengesine gidilmelidir. Çoğu durumda çalışanların özel fotoğrafları, işyerinin faaliyetleriyle yeterli bağlantının olmaması nedeniyle şirketin çıkarlarını pek etkilemez. Bu nedenle işveren, bunların yayınlanmasına müsamaha göstermek zorundadır. Ancak fotoğraftaki kişi şirkette önemli bir konuma sahip veya özellikle müşterilerle ya da iş ortaklarıyla yakın teması olan bir çalışan ise farklı bir tablo ortaya çıkabilir. Örneğin, karnavalda sarhoş olan küresel bir şirketin satış müdürünün resimleri Facebook'ta görünüyorsa ve satış müdürü bu resimleri hesabına kendisi yüklediye münferit durumlarda kendisine bir uyarı verilebilir¹⁸⁵.

Belirtmek gerekir ki çalışanın yürüttüğü iş ile ilgili sosyal medyada paylaştığı fotoğraflar üçüncü kişilerin de haklarını ihlal edebilir¹⁸⁶. Berlin-Brandenburg Eyalet İş Mahkemesi'nin vermiş olduğu kararda çocuk yoğun bakım ünitesinde hemşire olarak çalışan bir kişi, doğumdan kısa bir süre sonra ölen bir bebeğin fotoğraflarını sosyal medyasında yayınlamıştır. Fotoğraflara “huzur içinde yat küçük melek” başlığını atmış ve “cesur küçük adamın” diğer çocuklar için koruyucu melek olarak hizmet edeceğini umduğunu ifade etmiştir. Bu durumda Mahkeme, bir hastanın izinsiz fotoğraflarının sosyal ağlarda yayınlanmasının bildirimsiz feshi haklı çıkarabileceğini kabul etmiş ancak bireysel davanın özel koşullarında bu tür bir davranışın bildirimli fesih veya sadece bir uyarıyı haklı gösterebileceğini ifade etmiştir. Mahkeme'ye göre, hemşire “fotoğrafların yayınlanmasıyla haksız bir amaç peşinde koşmamıştır”. Fotoğraflar hakkındaki yorumları, “hastayla açıkça duygusal bir bağ geliştirdiğini” göstermektedir. Yas tutarken, “önemsizleştirilmemesi gereken” bir borca aykırı davranış gerçekleştirmiştir¹⁸⁷. Söz konusu olayda çalışanın sosyal medyada göreve aykırı fotoğraf paylaşmasına ilişkin motivasyonu fesih açısından belirleyici olmuştur.

Klinkhammer ve Mülleijans'e göre sosyal medyada paylaşılan işyeri fotoğrafları hakkında çıkarların dengelenmesi bağlamında, şu hususların belirleyici öneme sahip olabileceği belirtilmiştir¹⁸⁸: Her şeyden önce, fotoğraflarda yalnızca binaların veya nesnelerin mi yoksa genel kişiliği ve telif hakkı yayından etkilenen kişilerin mi tasvir

¹⁸⁵ Göpfert, Wilke, a.g.e., s.160.

¹⁸⁶ Klinkhammer, Mülleijans, a.g.e., s.503.

¹⁸⁷ LAG Berlin-Brandenburg, 11.04.2014 – 17 Sa 2200/13, **NZA-RR**, 2014, s.468.

¹⁸⁸ Klinkhammer, Mülleijans, a.g.e., s.504.

edildiği belirleyici bir öneme sahiptir. Ayrıca bu yaralı kişilerin fotoğrafta (muhtemelen ek işaretler veya yorumlar yoluyla) tanımlanıp tanımlanamayacağı ve ne ölçüde belirlenebileceği de önemlidir. Daha sonra nesnel bir gözlemcinin fotoğraf ile işverenin işyeri arasında doğrudan veya en azından dolaylı bir bağlantı kurup kuramayacağı sorusu ortaya çıkar. Fotoğrafın iftira niteliğinde olması, itibara zarar vermesi veya başka bir kınanabilir öznel tutumu ifade etmesi her zaman bir etkiye sahip olacaktır. Münferit durumlarda, çalışanın özellikle hassas faaliyet alanlarında (sağlık, bankacılık) yayın yoluyla sözleşme yükümlülüklerini ihlal edip etmediğinin de sorulması gerekir. Ayrıca yüklenen fotoğrafa erişimi olan kişiler çemberinin ne kadar büyük olduğu da dikkate alınmalıdır.

Son olarak sosyal medyada yapılan sataşma veya hakaret içeriği taşımayan, iş ilişkisindeki güven ilişkisini temelden çökertecek ağırlıkta olmayan paylaşımların işyerinde olumsuzluğa sebep olması, işverenin ticari itibarını ya da işletme politikalarını olumsuz etkilemesi durumunda en ağır yaptırım seçeneği bildirimli feshtir. Yargıtay da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarıyla uyumlu biçimde, işçinin sosyal medyada yaptığı eleştiri içerikli paylaşımları kapsamında ifade özgürlüğünü, demokratik toplum düzeninin gerekliliği sınırlama ölçütüne uygun olarak geniş biçimde yorumlamaktadır¹⁸⁹. Yargıtay’ın önüne gelen davada, işyerinde büro elemanı olarak çalışan davacı işçi Facebook isimli sosyal medyasından “peki arkadaşlar devletin kestiği fazla mesaiyi cezalarını birçok banka çalışanlarına ödeyerek atlatırken bizim bankamız da bize ödeme şansı varken, devlete ödeyerek atlattığını biliyor muydunuz” ve “soranlara aldığı maaşı söylemekten utanan kaç kişiyiz? Bu yorumu beğenenlerden sayalım” şeklinde paylaşımda bulunmuş, ayrıca bir arkadaşının yapmış 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 sövmeye devam edicez deniyor” şeklindeki paylaşıma, “Dostum iddian tamamıyla doğruymuş www.....com.tr’ye girip hakkımızda bölümünden üst yönetim bölümü seçilince yöneticiler arasında ismi ve resmi mevcut

¹⁸⁹ Heper, a.g.e., s.1910; Savaş Kutsal, Kolan, a.g.e., s.541-542; Baybora, a.g.e., s.1727.

kendisini, inanmayanlar bakabilir” şeklinde yorumda bulunmuştur. Bunun üzerine iş sözleşmesi bildirimsiz şekilde sona erdirilmiştir. Yargıtay’a göre AİHS m.10 bağlamında ifade özgürlüğü, demokratik bir toplumun esaslı temellerinden birini ve her bir bireyin gelişimi için temel şartlardan birini oluşturmaktadır. İfade özgürlüğü sadece lehe olan ve zararsız görülen ya da ilgilenmeye değmez haber ve düşünceler için değil, ayrıca aleyhte olan çarpıcı ve rahatsız edici ifadeler için de söz konusudur. AİHS m.10 kapsamındaki istisnalar dar yorumlanmalı, ifade özgürlüğünü sınırlandırma ihtiyacı inandırıcı bir biçimde ortaya konulmalıdır. Somut olayda çalışanın feshe konu edilen internet yazışmaları, sosyal medyada belli bir grup içinde yapılmıştır. Bu paylaşımlar ağır nitelik taşısa da eleştirilerin ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gereklidir¹⁹⁰.

2.3.2 Çalışma Koşulları ile İlgili Söylemler

İş ilişkisinde işveren temel çalışma koşullarının sağlanması ve sürdürülmesi ile yükümlüdür. Bu kapsamda koruma ve gözetme borcu gereği işveren, işçiye insan onuruna yaraşır, fiziksel ve ruhsal sağlığını olumsuz etkilemeyen, ayrımcı muameleden uzak, iş ilişkisinden kaynaklı hakların tam ve zamanında ödendiği bir çalışma ortamı sağlamalıdır¹⁹¹. Bununla birlikte işveren bu yükümlülüğüne aykırı davrandığında işyerinde işçiler tarafından ağır çalışma koşulları sorgulanabilir ve eleştirilebilir. İşçiler konu hakkında işveren ve işveren vekilleri ile karşı karşıya kalıp tartışabilir. Bu sebeple işveren bu tür eleştirel ifadelerden rahatsız olsa veya işyerinde çalışma barışı zarar görse bile söz konusu durum işçinin ifade özgürlüğüne engel olmamalıdır¹⁹².

Bir işçi, çalıştığı işyeri hakkında eleştirel bir yorumda bulunuyorsa izin verilebilen ve makul olmayan eleştiri arasında bir ayrım yapılmalıdır¹⁹³. Alman Federal İş Mahkemesi vermiş olduğu bir kararda, işyerindeki çalışma koşullarının Nasyonal Sosyalizm veya bir toplama kampı ile karşılaştırılmasını iş sözleşmesinin

¹⁹⁰ Y. 22. HD, E.2016/16290, K.2016/17802, T.14.06.2016, (Çevrimiçi) <https://legalbank.net>, e.t., 13.08.2022.

¹⁹¹ Yıldız, a.g.e., (Sosyal Medya), s.110.

¹⁹² Buchner, a.g.e., s.20; Yıldız, a.g.e., (Sosyal Medya), s.110; Çalışkan Yıldırım, Uğur, a.g.e., s.1186; Uzun, a.g.e., s.127.

¹⁹³ Berkowsky, a.g.e., s.61.

haklı sebeple feshi için yeterli görmüştür. Mahkemeye göre bir işçi, işyerinin çalışma şartlarını ve prosedürlerini Nasyonal Sosyalist terör sistemiyle hatta toplama kamplarında işlenen suçlarla karşılaştırırsa bu gerçek kendi başına bildirimsiz fesih için önemli bir nedendir. Çalışma şartları ne kadar tartışmalı olursa olsun işvereni veya onun adına hareket edenleri, Nasyonal Sosyalizmin teşvik ettiği suçlarla ve bu suçları işleyenlerle karşılaştırmak muhataplara büyük bir hakarettir¹⁹⁴.

Aşağı Saksonya Eyalet Mahkemesi önüne gelen bir davada, bir otomobil fabrikasında işveren tarafından alkole mutlak bir yasak getirilmiştir. Bir iş toplantısında konuşmacı olan bir çalışan, bu yasağın kaldırılmasını talep etmiş ve bu talebini konuşmasının sonunda yanında getirdiği biradan bir yudum alarak pekiştirmiştir. Çalışan, iş yönetmeliği hükümlerine aykırı tahrik edici davranışlarda bulunması ve şirkette huzuru bozması nedeniyle uyarılmıştır. Ancak Mahkeme, Anayasa’da düzenlenen ifade özgürlüğünü dikkate alarak davranışı meşru görmüştür. Mahkeme’ye göre ifade özgürlüğü, aynı zamanda provokatif fikir açıklamalarını da kapsar. Dolayısıyla çalışan, iş toplantısında endişelerini dile getirmek için doğru prosedürü seçmiştir¹⁹⁵.

İşçi tarafından yapılan eleştirinin hedef kişi ya da kişilere doğrudan yapılması gereklidir. Ayrıca asılsız bir isnat söz konusu değilse iş sözleşmesi haklı nedenle feshedilemez¹⁹⁶. Yargıtay’a göre, İş Kanunu m.25/II-b uyarınca haklı nedenle fesih için işçinin doğrudan isnat ve ithamda bulunması gerekir. Çalışanın başkasının itham ve isnadını ya da bu yönde çıkan basın haberini paylaşmasının haklı neden olarak değerlendirilmesi ölçülülük ilkesine aykırılık oluşturur. Bir gazete tarafından işyerinden ayrılan işçiler ile ilgili işverenin aleyhine olan haberin işçi tarafından panoya asılması isnat ve itham olarak değerlendirilemez. Söz konusu haberde davalı işyerinde ocak ayından itibaren 40 işçinin işten çıkarıldığı ve çıkarılmaya devam edeceği, çıkarılan işçilere zorla ikale sözleşmeleri imzalatırıldığı, görüşme odalarına başlarında güvenlikle alındıkları, cep telefonlarının dahi yanlarına aldırılmadığı,

¹⁹⁴ BAG, 24.11.2005 - 2 AZR 584/04, **NZA**, 2006, s.650. Benzer karar için bkz. LAG Hessen, 14.09.2010 - 3 Sa 243/10, **BeckRS**, 2011, s.70780; LAG Schleswig-Holstein, 29.08.2006, Az.: 6 Sa 72/06, **BeckRS**, 2006, s.43907.

¹⁹⁵ “Urteil vom 13.03.1981, Der Betrieb, 1981, S.1985” Dipnot 54, Buchner, a.g.e., s.21.

¹⁹⁶ Öktem Songu, a.g.e., (Sataşma), s.133.

işçilerin ikale sözleşmelerini imzalamamaları halinde mahkemenin 2 yıl süreceği ve tazminatlarının ödenmeyeceği şeklinde tehdit edildikleri, işyerinde sendika istenmediği, pazar günleri zorunlu mesai yaptırıldığı şeklinde bilgiler yer almaktadır. Haberin doğruluğu davacı tarafından bilinmeyeceği gibi herkesin basın yoluyla haber alma ve bilgilenme hakkı vardır. İşveren aleyhine söylenen sözler ve eleştiriler işyerindeki uyum ve disiplini olumsuz yönde etkiliyor ve işverenin bu durum karşısında iş ilişkisini sürdürmesi makul ölçüde beklenemiyorsa işveren açısından geçerli fesih hakkı doğacaktır¹⁹⁷. Yargıtay'ın vermiş olduğu kararı isabetli buluyoruz. İşyerinde yaşanan bazı gelişmelerin basında da yer alması ve ses getirmesi sebebiyle çıkan haberlerin işyeri panosuna asılması asılsız bir isnat ve itham olarak kabul edilmemeli ve ifade özgürlüğü kapsamında korunmalıdır. Bununla birlikte işverenden izin alınmadan panoya asılan bir haberin işyeri düzeni ve iş disiplinine yönelik itaat borcuna aykırılık oluşturup oluşturmadığı konusunda ise işyerinde panoya haberlerin asılmasına yönelik prosedürel bir süreç varsa ve her isteyen panoya bir bilgi asamıyorsa söz konusu davranış uyarı gerektiren bir eylem olarak kabul edilmeli ve şartları oluşmuşsa geçerli fesih sebebi olmalıdır¹⁹⁸.

Yargıtay önüne gelen bir başka olayda işçinin işverenine gönderdiği e-postada işçi, çalışma koşullarını eleştirmiş ve bu eleştiri fesih gerekçesi yapılmıştır. E-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” ifadeleri kullanılmıştır. Mahkeme'ye göre söz konusu ifadeler ile işçi işverenini göz boyamak ve olan biteni görmemekle itham etse de bu ifadesiyle olmaması gereken bir maddi olguyu dramatize edip, rahatsızlığını dile getirmeyi ve işverenin bu olumsuz

¹⁹⁷ Y. 9. HD, E. 2017/6449, K. 2017/17377, T. 02.11.2017, (Çevrimiçi) <https://legalbank.net>, e.t., 11.08.2022.

¹⁹⁸ Caniklioğlu, a.g.e., s.316-317; Civan, a.g.e., s.213-214. Ekmekçi, Yiğit'e göre işçi işverenini eleştiri, işveren ile ilgili haberleri değerlendirme vb. haklara sahip olsa da işletmeler işçinin işverenine meydan okuma, işverenin otoritesine yönelik söz ve eylemlerde bulunma yeri değildir. İşveren hakkında çıkan haberlerin işçi tarafından işyeri panosuna asılması işveren hakkındaki haberin aktarılmasından ziyade belli bir amaca yönelik meydan okumadır. Bu sebeple Yargıtay'ın vermiş olduğu karar isabetli değildir. Ekmekçi, Yiğit, a.g.e., s.644.

duruma son vermesini amaçlamaktadır. İşçi tarafından ileri sürülen bu ifadeler eleştiri sınırı içinde kalmaktadır¹⁹⁹. Yine Yargıtay bir başka kararında İstanbul Atatürk Havalimanı Dış Hatlar Terminali'ndeki duty free bölümünde ürün temsilcisi pozisyonunda çalışan davacının kendilerine söz verilen prim ödemesinin yapılmaması üzerine, havaalanında meydana gelen patlamadan kısa bir süre sonra sosyal medyadan paylaştığı “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 öldürmüşsünüz. 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 bayramüstü bu bize reva mıdır. Bize bunları yaşatan, destek veren, imkan tanıyan her kim ise sizler bizim ve evlatlarımızın rızkıyla oynadınız. Dilerim Rabbim'den sizlerde bunları yaşamadan can veremezsiniz. Şu mübarek günde eğer ki toplu iğnenin ucu kadar hakkım geçtiyse bile asla ve asla helal etmiyorum.” şeklindeki gönderiyi isabetli olarak ifade özgürlüğü kapsamında görmüştür. Mahkeme'ye göre davacı, primlerin ödenmemesine yönelik hislerini, düşüncelerini ve eleştirilerini açıklamaktadır. Söz konusu paylaşım hakaret ve sataşma niteliği taşımamakta ve haklı nedenle feshe gerekçe oluşturacak ağırlıkta değildir. Davacının paylaşımı sebebiyle işverenin işletme menfaatlerinin zarar gördüğüne, çalışma düzeninin bozulduğuna ilişkin bir

¹⁹⁹ Y. 22. HD, E. 2015/8023, K. 2016/13598, T. 05.05.2016, (Çevrimiçi) <https://legalbank.net>, e.t., 13.08.2022.

delil sunulamamıştır. Dolayısıyla bu paylaşımlar işverene ne haklı ne de geçerli nedenle fesih imkanı verir²⁰⁰.

Bununla birlikte çalışma koşullarına yönelik asılsız iddialar sosyal medya platformlarından kamuya açıklanmışsa bu tür ifadeler genellikle kabul edilemez. Hamm Eyalet İş Mahkemesi bir çalışanın Youtube ve Facebook'ta yayınlanan bir videoda işverenin şirketinde “vasıflı işçi yoktu” şeklindeki doğru olmayan iddiasını fesih sebebi saymıştır²⁰¹. Bu olay Alman Federal İş Mahkemesi'nin önüne gelmiştir. Mahkeme'ye göre, bir çalışanın işvereni, üstleri veya meslektaşları hakkında kasıtlı olarak gerçek dışı iddialarda bulunması sadakat yükümlülüğünü ihlal eder. Bu tür davranışlar koşullara bağlı olarak bir bildirimsiz fesih nedeni oluşturabilir. Aynı durum, iş ortaklarının işverene olan güvenlerini yitirmesine neden olabilecek, bilinçli ve kasıtlı olarak işletmeye verilen zararlar için de geçerlidir. Planlanmış bir iş konseyi seçimiyle bağlantılı olsa bile bir çalışan, “çalışma koşulları hakkında” bilerek yanlış, işletmeye zarar veren olgusal iddialarda bulunamaz ve bunları yayamaz veya dijital medya aracılığıyla yayılmasını sağlayamaz. Ancak çalışma koşullarının fiili eleştirisi, çalışanın ifade özgürlüğü kapsamında olabilir. Sözcüklerin içeriği ve bağlamı, sınırların çizilmesi için önemlidir. İfade özgürlüğüne saygı gösterilmesi için mahkemeler, bir ifadeye nesnel olarak sahip olmadığı anlam yüklememelidir²⁰². Mahkeme bu kapsamda çalışanın beyanını bir görüş ifadesi olarak sınıflandırmıştır. Çünkü çalışanın beyanında “kendi görüşüme göre (...) şirkette kullanılan makineleri çalıştırırken yetersiz güvenlik garantisi verilmiştir.” ifadeleri yer almaktadır. Mahkeme ayrıca açıklamaların ilk kez sosyal medyada yayınlanmasıyla ilgili soruları da ele almıştır. Mahkeme'ye göre çalışanın videoyu internette kendisinin mi yayınladığı yoksa bunun (bilgisi dahilinde) bir üçüncü şahıs tarafından mı yapıldığı önemli değildir. Videonun yalnızca sınırlı bir alıcı grubu tarafından erişilebilir olmamasına rağmen, yayının mümkün olan en geniş kitleye dağıtım için tasarlanmadığı dikkate alınmalıdır. Video, sendika sorunlarıyla ilgili bir sayfada yayınlanmıştır. Dolayısıyla videonun yalnızca ilgili bir izleyici kitlesi

²⁰⁰ Y. 9. HD, E. 2019/1405, K. 2019/14318, T. 26.06.2019, (Çevrimiçi) <https://legalbank.net>, e.t., 13.08.2022. Benzer karar için bkz. Y. 9. HD, E.2018/5823, K.2019/2609, T.04.02.2019, (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, e.t., 23.08.2022.

²⁰¹ LAG Hamm, 15.03.2013 - 13 Sa 6/13, **BeckRS**, 2013, s.69037.

²⁰² BAG, 31.07.2014 – 2 AZR 505/13, **NZA**, 2015, s.245.

tarafından izleneceği varsayılabilir²⁰³. Mahkeme teorik olarak ulaşılabilir alıcı grubuna odaklanmaz, ancak kararda isabetli olarak alıcı grubunu yaşam deneyimine göre sınırlamış ve çalışanın ifadesinin, ifade özgürlüğü kapsamında olduğu sonucuna varmıştır²⁰⁴.

Sosyal medyadan herkese açık olarak yapılan çalışma koşullarını eleştiri de ifade özgürlüğü kapsamında görülebilir. Rheinland-Pfalz Eyalet İş Mahkemesi'nin vermiş olduğu kararda teknisyen olarak çalışan işçi herkesin erişimine açık olan sosyal mediasından yol yapım safhası ile ilgili videolar paylaşmış ve 12 saatlik vardiya süresinin “leş gibi” ve “çok uzun olduğu”nu belirtmiştir. Paylaştığı resimlerde iş kıyafetleri, araç gereçlerden işverenin kimliği tespit edilebilmektedir. İşvereni çalışanını uyararak kendisinden söz konusu paylaşımları silmesini istemiştir. Çalışan bir süre sonra paylaşımları silmiştir. Fakat işveren iş sözleşmesini ticari itibarının zarar gördüğü gerekçesiyle feshetmiştir. Mahkeme'ye göre paylaşımlar geç de olsa silinmiştir. İşçinin dikkat ve özen yükümlülüğüyle sır saklama yükümlülüğüne aykırı davranışı, sözleşmenin devamının beklenemeyeceği kadar ağır değildir. İşçinin işvereni ve çalışma koşullarını eleştiri hakkı bulunduğundan, işçinin iş sözleşmesinin devamındaki menfaati, işverenin sözleşmenin feshindeki menfaatten daha fazladır²⁰⁵.

2.3.3 İşverenin Bağımsızlık, Objektiflik ve Tarafsızlığına Şüphe Düşürecek Söylemler

İşçiler iş sözleşmesi kapsamında işverenin menfaatlerini koruma görevleri nedeniyle görüşlerini ifade ederken çalıştığı yerin tarafsız, nesnel ve bağımsız faaliyetleri hakkında kamuoyunda şüphe oluşturmamalıdır²⁰⁶. Örneğin bir nükleer santral teknik denetimi görevinde aktif olarak çalışan biri, nükleer santrallerin inşasına karşı kamuoyu önünde konuşursa kaçınılmaz olarak kamuoyunda, teknik izleme birlikleri nezdindeki nükleer santrallerin denetim ve gözetiminin gerektiği gibi yürütülmediği ve kamunun çıkarlarının gereği gibi gözetilmediği izlenimini

²⁰³ BAG, 31.07.2014 – 2 AZR 505/13, **NZA**, 2015, s.245.

²⁰⁴ Burr, a.g.e., s.115.

²⁰⁵ LAG Rheinland-Pfalz, 25.09.2019 – 7 Sa 39/19, **BeckRS**, 2019, s.39417.

²⁰⁶ Söllner, a.g.e., s.401.

verir. Bu durum nükleer tesislerin imalatçıları ve işletmecilerinin menfaatlerinin, genel halkın güvenlik menfaatlerinin önüne geçtiği izlenimi yaratır. Teknik kontrolde görevli bir uzman, nükleer enerjiyi büyük bir kötülük olarak görüyorsa bu görüşünü ancak halkın teknik kontrol birliklerinin tarafsızlığına ve bağımsızlığına olan güvenini yok etmeyecek veya sarsmayacak şekilde ifade edebilir²⁰⁷.

2.3.4 İşverenin Rekabetçi Çıkarlarına Yönelik Söylemler

İşverenin rekabetçi çıkarları, çalışanın ifade özgürlüğünün önünde bir engel olarak gösterilmektedir. Bu anlaşılabilir ve doğrudur. Çünkü rekabetin hakim olduğu bir piyasa ekonomisinde, bir şirketin rekabetçi çıkarları varoluşsal öneme sahiptir. TBK m.396/III'e göre, *“İşçi, hizmet ilişkisi devam ettiği sürece, sadakat borcuna aykırı olarak bir ücret karşılığında üçüncü kişiye hizmette bulunamaz ve özellikle kendi işvereni ile rekabete girilemez”*. Bir işçinin işverenin iş sırlarını koruması ve işvereniyle rekabet etmesine veya rakip bir işyerinde yarı zamanlı olarak çalışmasına izin verilmemesi rekabet yasağı kapsamındadır. Menfaatleri koruma görevi, çalışanın işverenin ürün veya hizmetlerini alenen küçük düşüren ifadelerden kaçınmasını da gerektirir. Aynı şekilde çalışanın rakip firmaların ürün ve hizmetlerinin reklamını yapmasını da yasaklar. Ancak söz konusu durum, yalnızca kişinin kendi işverenin rekabetçi çıkarlarını doğrudan etkileyen görüş ifadeleri için geçerlidir²⁰⁸. Örneğin alkol reklamcılığının yasaklanmasını savunan bira fabrikasında çalışan bir kişi, çalıştığı bira fabrikasındaki pozisyonuna atıfta bulunarak fikrini ifade etmedikçe işverenin çıkarını koruma görevini ihlal etmez. Aksi durumda ise işverenin rekabetçi çıkarları etkilenir. Diğer taraftan bir bira fabrikasının reklam uzmanı olarak çalışan bir kişinin, görevde olmadığı zamanlarda bira reklamına karşı alenen kampanya yürütmesine izin verilmemesi, sadakat yükümlülüğünden kaynaklanmaktadır. Olası bir vicdan çatışması ancak ilgili kişinin iş değiştirmesi ve farklı bir iş kolunda çalışması ile çözülebilir²⁰⁹. Burada kişinin kendi görüşüne getirilen sınır, aynı

²⁰⁷ Söllner, a.g.e., s.402.

²⁰⁸ Atanur Karaahmetoğlu, “İş Sırrı ve Ticari Sır Bağlamında Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin Rekabet Yasağına Aykırılıktan Doğan Sorumluluğu”, **Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi Prof. Dr. M. Fatih Uşan’a Dekanlıkta 10. Yıl Anısına Teşekkür Armağanı**, S.2, 2022, s.1307; Söllner, a.g.e., s.398; Kissel, a.g.e., s.150; Okur, a.g.e., (Düşünce), s.64; Civan, a.g.e., s.217; Kayırgan, a.g.e., s.468; Demir, a.g.e., s.20; Oğuz, a.g.e., (Sosyal Medya), s.1186.

²⁰⁹ Söllner, a.g.e., s.399.

zamanda bir başka görüşü de temsil etmesi gerektiği gerçeğinden kaynaklanmaktadır. Kişinin ifade özgürlüğünün bununla bağlantılı olarak kısıtlanması, sözleşmeye dayalı yükümlülükle meşrulaştırılır²¹⁰.

Belirtmek gerekir ki işçinin davranışının sadakat borcuna aykırılık oluşturması için işverenin rekabetçi çıkarlarının etkilenme tehlikesinin varlığı yeterlidir. Bu davranışın mutlaka bir zarar meydana getirmesi gerekmez²¹¹.

İşverenin rekabetçi çıkarlarını zedelememe yükümlülüğü, işçinin işverene karşı kendi reklamını yapmasını da yasaklar. Yargıtay önüne gelen olayda bir kulüpte spor eğitmeni olarak çalışan kişi, iş sözleşmesinde eski ve yeni kulüp üyelerine özel ders vermeyeceği taahhüdünde bulunmasına rağmen sosyal medyasında kulüp üyesine ders verir şekilde resim paylaşmıştır. Bunun üzerine işveren antrenörün iş sözleşmesini, kendisi ile haksız rekabet ettiği, doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlarda bulunduğu gerekçesiyle (İK m.25/II-e) sona erdirmiştir. Mahkeme'ye göre yapılan fesih haklı nedene dayanmasa da paylaşılan fotoğraf dikkate alındığında davacının davranışı güven ilişkisini zedelediğinden fesih geçerli nedene dayanabilir²¹².

2.4 İşçinin İşverene ve İşverenin Aile Üyelerine, Çalışma Arkadaşlarına, Üçüncü Kişilere Yönelik Eleştirisi Bağlamında İfade Özgürlüğü

Kişisel onur hakkı, ifade özgürlüğünden sonra yer almaz. İstihdam ilişkisiyle bağlantılı olarak görüş beyanı bir başkasının onurunu ihlal ettiği ölçüde, ifade

²¹⁰ Buchner, a.g.e., s.18.

²¹¹ Ekmekçi, Yiğit, a.g.e., s.398; Y. 22. HD, E. 2015/16581, K. 2017/16326, T. 06.07.2017, (Çevrimiçi) <https://legalbank.net>, e.t., 23.08.2022.

²¹² Y. 9. HD, E.2015/18350, K.2015/27822, T.07.10.2015, (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, e.t., 23.08.2022. Basketbol antrenörü olan bir işçinin rakip takımlarda antrenörlük yaptığı için işverence öğrenilmesi üzerine iş sözleşmesinin haklı nedenle feshine yönelik Y. 9. HD. E.2016/9786, K.2019/21370, T.02.12.2019 kararı için bkz. Alp, a.g.e., (Değerlendirme), s.76.

özgürlüğünü önemsizleştirir²¹³. Dolayısıyla bir işçi, iş ilişkisinde temasta bulunduğu kişilere karşı görüşünü ifade ederken sınırsız özgürlüğe sahip değildir²¹⁴.

Çalışanların eleştirinin sınırını aşması durumunda uygulamada işverenler sıkça fesih yoluna başvurmaktadır. Bununla birlikte feshin bir seçenek olup olmadığı değerlendirilirken, uyuşmazlığın (kısmen) işverenden kaynaklanıp kaynaklanmadığı, işyerinde ve sektörde alışılmışın ne olduğu, ifadenin ne kadar ciddi olduğu, üçüncü tarafların ifadeden haberdar olup olmadığı sorularının dikkate alınması önemlidir²¹⁵. Alman Federal İş Mahkemesi'ne göre çalışan tarafından yapılan eleştiri sebebine dayalı bir fesih için istihdam ilişkisinde somut bir bozulma olmalı ve iş ilişkisinin devamı için makul bir olasılık bulunmamalıdır²¹⁶.

2.4.1 İşçinin Hakaret İçerikli Söylemleri

Her çalışan, işverenin itibarını toplum nezdinde zedelememekle yükümlüdür. Küfürlü eleştiri ve hakaretler kural olarak ifade özgürlüğü bağlamında korunmaz²¹⁷. İşçinin hakaret etmesi, işvereniyle olan güven ilişkisinin bozulmasına ve güvene dayalı işbirliğinin artık mümkün olmamasına yol açar. İşverene ve çalışma arkadaşlarına yapılan önemli ölçüde karalayıcı ve ağır hakaretler fesih sebebi olabilir (İK m.25/II-b, d)²¹⁸. Alman Federal İş Mahkemesi'ne göre, işverene ve/veya onun temsilcilerine ve çalışma arkadaşlarına şekil ve içerik bakımından ilgili kişi için önemli bir hakaret anlamına gelen ağır söylemler, başlı başına bildirimsiz fesih için uygundur (BGB m.241/II). Aynı durum çalışanın meslektaşları hakkında kasten gerçek dışı beyanlarda bulunması, özellikle beyanların iftira teşkil etmesi halinde de geçerlidir²¹⁹. Çalışan açısından, küfürlü eleştiri veya gerçek dışı bir beyan olmaması şartıyla Anayasa'nın ifade özgürlüğüne ilişkin hükümleri dikkate alınmalıdır. Ancak

²¹³ Kissel, a.g.e., s.150.

²¹⁴ Burr, a.g.e., s.114.

²¹⁵ Kort, a.g.e., (Internet), s.1321.

²¹⁶ BAG, 12.01.2006 - 2 AZR 21/05, **NZA**, 2006, s.917.

²¹⁷ BAG, 24.06.2004 - 2 AZR 63/03, **NZA**, 2005, s.158; Y. 9. HD, E. 2007/37454, K. 2008/12655, T. 26.05.2008; Y. 9. HD, E. 2007/38663, K. 2008/13505, T. 02.06.2008, (Çevrimiçi) <https://www.hukukturk.com/>, e.t., 19.08.2022.

²¹⁸ Deeg, Scheuenpflug, a.g.e., s.547; Kort, a.g.e., (Internet), s.1321; Gülver, a.g.e., s.1006; Ergin, a.g.e., s.83.

²¹⁹ BAG, 27.09.2012 - 2 AZR 646/11, **BeckRS**, 2013, s.68175; BAG, 10.12.2009 - 2 AZR 534/08, **NZA**, 2010, s.698; BAG, 10.10.2002 - 2 AZR 418/01, **NZA**, 2003, s.1295.

iş ilişkisinde ifade özgürlüğünün sadakat yükümlülüğü ve kişisel onur hakkında sınırını bulduğu da unutulmamalıdır²²⁰.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önüne gelen bir davada bir şirkette teslimatçı olarak çalışan işçiler, bir sendika kurarak sendikanın yönetim kadrosunu oluşturmuşlardır. Yayımlamış oldukları sendika bülteninde şirketteki iki çalışanı insan kaynakları müdürüne cinsel lütufta bulunurken gösteren karikatür bulunmaktadır. Karikatürde gösterilen işçiler, başvuruların açtıkları bir davada şirket lehine tanıklık yaptıkları için karikatürün devamında yayımlanan makalede işbirlikçi olarak nitelendirilerek müdür ve işçilerin onurunu zedeleyen ifadeler yer verilmiştir. Bülten şirketteki işçilere dağıtılmış ve şirket binasındaki levhaya asılmıştır. Bunun üzerine işten çıkarılan çalışanlar hakkında yerel mahkeme kendilerinin insan onurunu zedeledikleri ve ifade özgürlüğünün sınırını aştıkları sonucuna varmıştır. Sendikal faaliyetleri sebebiyle işten çıkarıldıkları iddiasında bulunan başvurular hakkında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, başvuruyu AIHS m.11 yerine m.10 kapsamında başvuruların ifade özgürlüğüne saygı duyulup duyulmaması açısından değerlendirmiş, başvuruların sendikal faaliyetlerinden ziyade hakaret ve küfür içeren karikatür ve makaleleri kullanmasının iş ilişkisindeki iyi niyete aykırı olduğuna, saldırıların çalışma barışını bozucu etkisi nedeniyle işçilerin işten çıkarılmalarının orantısız bir müdahale sayılmayacağına, ifade özgürlüğünün ihlal edilmediğine karar vermiştir²²¹.

Çalışan, meslektaşlarını kişisel olarak saldırıya uğratan açıklamalar yaptıysa işverenin yürütülen işin sorunsuz şekilde ilerlemesine yönelik korunan menfaati ve iş gücünü koruma yükümlülüğü dikkate alınmalıdır. Bir işçinin diğer işçiye sataşması ya da saldırısı işveren tarafından görülüyor, biliniyor fakat engellenemiyorsa bu durum koruma ve gözetme borcuna aykırılık oluşturur²²². Hakarete dayalı fesih

²²⁰ Burr, a.g.e., s.114; Bauer, Günther, a.g.e., s.68. Literatürde Alpagut'a göre, hukuka aykırı bir davranış olan hakaretin sadakat borcu kapsamında değerlendirilmesi isabetli olmayıp, teknik hukuk açısından benimsenmemelidir. Kanuna aykırı bir davranış gerçekleştiğinde dürüstlük kuralından kaynaklanan sadakat borcuna başvurulması hukuk açısından doğru ve gerekli değildir. Alpagut, a.g.e., (Sadakat), s.24.

²²¹ AIHM, Palomo Sánchez ve diğerleri v. İspanya, B. No:28955/06, T.:12.09.2011, (Çevrimiçi) <http://hudoc.echr.coe.int/app>, e.t., 30.03.2021.

²²² Caniklioğlu, Akkaya, a.g.e., s.163; Dzida, Förster, a.g.e., s.760.

mahkemenin vereceği kararda rol oynaması gereken sadece çalışanın eylemlerinden kaynaklanan iç rahatsızlıklar değil, aynı zamanda beyanın işyeri dışında (örneğin basının verdiği tepki) meydana getirdiği sonuçlardır²²³. İşveren ve çalışma arkadaşları hakkında düzenli olarak yapılan hakaret, karalama ve iftira gibi olumsuz açıklamalar, çalışanın iş görme borcunu yerine getirmeyip işyeri düzenini bozması sebebiyle iş sözleşmesinin ihlali anlamına gelebilir ve çalışma sürecini olumsuz etkileyebilir²²⁴. İşveren, koruma ve gözetme borcu nedeniyle diğer çalışanları korumak için önlem almak zorunda kalabilir. Bu sebeple işveren tarafından sözleşmeye dayalı olarak uyarı, ücret kesme cezası ve gerekirse fesih yoluna başvurulabilir. Ancak işverenin böyle bir eylem yükümlülüğü, çalışanların ciddi zarar görme ihtimali söz konusuysa geçerlidir. Aksi takdirde, müdahale edip etmemek ya da müdahalesinin çalışma ortamı üzerindeki etkilerinden korkarak işleri kendi akışına bırakmak özgür girişimcilik kararına kalmıştır²²⁵. Ayrıca davranışın içeriği de subjektif değerlendirmeye göre hakaret oluşturabilir. Diğer bir deyişle bir kişi için kullanılan argo sözcük hakaret anlamı taşıırken diğeri için taşımayabilir. İşçi tarafından yapılan davranışın değerlendirilmesinde ilgili işyerinde veya branşta mutad olan görüşme, görgü, adabı muaşeret şekli, işçinin eğitim ve psişik durumu, konuşma ortamı, işveren tarafından provoke edilme durumu dikkate alınmalıdır²²⁶. Anayasa Mahkemesi önüne gelen davada bir kamu kurumunda alt işveren işçisi olarak çalışan başvuran, sosyal medya hesabından taşeron işçilerin gördüğü baskı ve yöneticileri konu alan paylaşımda bulunmuştur. Paylaşımında “Ey insan müsveddeleri, yönetici bozuntuları...” şeklinde ifadeler de yer almıştır. Bunun üzerine iş sözleşmesi ahlak ve iyi niyet kurallarına aykırılık gerekçesiyle feshedilmiş ve istinaf mahkemesince fesih hukuka uygun görülmüştür. Mahkeme’ye göre somut olaya ilişkin ifadeler, iş sözleşmesinin feshedilmesi gibi son derece ağır ve son çare olarak düşünülebilecek bir müdahaleye başvurmayı gerektirir nitelikte değildir. Fesih gerekçesi derece mahkemeleri tarafından da objektif ve ikna edici bir şekilde ortaya konmamıştır. Mahkemeler tarafından ileri sürülen gerekçeler başvuranın ifade özgürlüğüne yapılan

²²³ Fuhlrott, Oltmanns, a.g.e., s.785.

²²⁴ Kort, a.g.e., (Internet), s.1322.

²²⁵ Söllner, a.g.e., s.399.

²²⁶ Keser, a.g.e., (Sosyal Medya), s.545; Y. 9. HD, E. 2007/37454, K. 2008/12655, T. 26.05.2008, (Çevrimiçi) <https://legalbank.net>, e.t., 23.08.2022.

müdahale için ilgili ve yeterli olarak kabul edilemez²²⁷. Yine Anayasa Mahkemesi önüne gelen olayda bir firmada taşeron işçi olarak çalışan başvuran, BİMER’e yazdığı şikayet dilekçesinde “müfettiş geliyor yedirip içirip yolluyorlar bize baktıkları yok biz şikayet edersek tehdit ediyorlar, bizi tamamen amele yerine koyuyorlar” şeklinde beyanda bulunmuştur. Bunun üzerine iş sözleşmesi haklı nedenle feshedilmiş, Yargıtay yapılan feshi hukuka uygun bulmuştur. Anayasa Mahkemesi’ne göre Yargıtay söz konusu ifadelerin her ne kadar sataşma ve hakaret içerdiğini kabul etse de dilekçe bir bütün olarak değerlendirildiğinde başvuranın amacı kendisinin firmadaki durumu ve firmanın yaptıklarını dile getirerek ilgili kamu otoritelerinden yardım istemektir. Bu çerçevede söz gelimi bir düşünce açıklaması ifade edildiği bağlamdan koparıldığında “başkalarının şöhret ve haklarına” yönelik bir saldırı oluşturması, ifadeye yönelik müdahaleyi tek başına haklı çıkarmaz²²⁸.

Kelimelerin kullanımının toplum tarafından nasıl algılandığı da hakaretin belirlenmesi açısından önemlidir. Örneğin “yosma” kelimesinin sözlük anlamı²²⁹ her ne kadar şen, güzel kadın anlamına gelse de uzun yıllar içinde kelime günlük hayatta kadınlar için kötü anlam kapsamında kullanılmaktadır. Aynı şekilde “yavuz” kelimesi geçmişte kötü, fena anlamına gelirken²³⁰ günümüzde güçlü, çetin, gürbüz, güzel anlamında kullanılmaktadır. Dolayısıyla kelimelerin sözlük anlamından ziyade halkın geneli tarafından kelimeye yüklenen anlam hakaretin oluşmasında belirleyicidir. Yargıtay davacı işçinin beraber çalıştığı amirine “yavşak” ve “yalancı” demesini sataşma ve hakaret kapsamında değerlendirmiştir. Yargıtay’a göre yavşak kelimesinin her ne kadar sözlük anlamı (bit yavrusu) hakaret içermese de halk arasında bu tanımlamanın hakaret içerikli kullanıldığı açıktır²³¹.

²²⁷ AYM, Kadri Eroğul Kararı, B. No:2019/976, T.:11.05.2022, RG Tarih-Sayı: 16.08.2022-31925.

²²⁸ AYM, İlter Nur Kararı, B. No:2013/6829, T.:14.04.2016, RG Tarih-Sayı: 14.06.2016-29742. Söz konusu kararın işçinin temel hak ve özgürlüklerinin işyerinde korunmasında önemli bir gelişme olduğu yönündeki görüş ve karar değerlendirmesi için bkz. Kübra Doğan Yenisey, “İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı”, **Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2016**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s.498-502.

²²⁹ (Çevrimiçi) <https://sozluk.gov.tr/>, e.t., 11.08.2022.

²³⁰ (Çevrimiçi) <https://sozluk.gov.tr/>, e.t., 11.08.2022.

²³¹ Y. 9. HD, E. 2020/1848, K. 2020/7866, T. 15.09.2020, (Çevrimiçi) <https://legalbank.net>, e.t., 11.08.2022.

Çalışan tarafından hakaret içerikli beyanlarda bulunulması iş sözleşmesinin feshine gerekçe oluştursa da somut duruma uygun menfaat dengesi göz önünde bulundurularak değerlendirme yapılmalıdır. Mecklenburg-Vorpommern Eyalet İş Mahkemesi kararına göre, işyerinde bir çalışanın diğer kişilere hakaret etmemesi ve bu kişilerin nesnel olmayan bir biçimde ciddi bir saldırıya uğramaması koşuluyla kendi bakış açısını desteklemek için keskin görüş ifadelerinde bulunmasına izin verilebilir. Çalışanın yazılı şikayeti, işverene karşı kişisel olarak aşağılayıcı saldırılar nedeniyle sadakat yükümlülüğünün ihlali olarak sınıflandırılabilir ortaya çıkan iç gerilim, suistimalin boyutunun genel değerlendirmesinde dikkate alınmalıdır. Çünkü hem işveren hem de çalışan, gerilimin artmasına katkıda bulunduysa işçinin görevini kötüye kullanması, herhangi bir sebep göstermeksizin görevine aykırı bir şekilde işvereni hakkında aşağılayıcı bir şekilde şikayette bulunmasından daha az ağırlığa sahiptir²³². Yapılan hakaret beyanı işverenin, işveren vekilinin veya diğer çalışanların tahrikleri sonucu gerçekleşmişse yapılacak fesih haklı nedene değil, geçerli nedene dayanmalıdır²³³. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'na göre de işveren vekilinin haksız eylem ve tahriki sonucu tartışmada küfreden işçinin davranışı olumsuz olmakla birlikte çalışma düzen ve barışını bozucu, güven ilişkisini zedeleyici nitelik taşımasından dolayı sataşma niteliği taşımamaktadır ve yapılan fesih haklı nedene dayanamaz²³⁴.

İşçinin işverenin müşterileri veya iş ortakları hakkında hakaret içerikli açıklamaları da bireysel durumun koşullarına bağlı olarak feshi haklı gösterebilir²³⁵. Yargıtay davacı işçinin çalışma arkadaşlarının yanında sarf ettiği şirket ortaklarından biri ve onun eşi hakkında “kocasını parmağında oynatır”, “mal adam” şeklindeki ifadeleri onur kırıcı, şeref ve namusa dokunur nitelikte görerek, iş sözleşmesinin bildirimsiz feshini yerinde bulmuştur²³⁶. Schleswig-Holstein Eyalet İş Mahkemesi'ne göre bir çalışan, işvereni ile müşteri ilişkisi olan bir kişiyi “pislik” olarak

²³² LAG Mecklenburg-Vorpommern, 14.08.2012 – 5 Sa 171/11, **NZA-RR**, 2013, s.20.

²³³ Keser, a.g.e., (Sosyal Medya), s.544; Caniklioğlu, Akkaya, a.g.e., s.173; Ergin, a.g.e., s.81; Y. 9. HD, E. 2007/42735, K. 2008/17111, T. 23.06.2008, (Çevrimiçi) <https://www.hukukturk.com/>, e.t., 19.08.2022.

²³⁴ YHGK. E.2019/331, K.2019/633, T.30.05.2019, Güzel, a.g.e., s.319.

²³⁵ Kort, a.g.e., (Internet), s.1322; Öktem Songu, a.g.e., (Sataşma), s.138.

²³⁶ YHGK. E.2014/1701, K.2016/2126, T.14.12.2016, (Çevrimiçi) <https://legalbank.net>, e.t., 11.08.2022.

nitelendiriyor ve bu kişiye karşı düşüncesini dile getiriyorsa bu durum kendi başına bildirimde bulunmaksızın fesih sebebini haklı çıkarmak için uygundur. Ancak incelemede bulunurken (bireysel vakanın tüm koşulları dikkate alınarak), çalışanın kişiyi tanıyıp tanımadığı ve bu davranışının ilk kez olup olmadığı dikkate alınmalıdır. Bireysel durumlarda, çalışanın borca aykırı davranışına tepki olarak bir uyarı verilebilir²³⁷. Fakat çalışanın müşteriler veya iş ortakları hakkında, yalnızca işverenine veya amirine söylediği “pislik” gibi olumsuz ifadeler, üçüncü taraflara veya kamuoyuna yansımamışsa, kural olarak işten çıkarılma gerekçesi olarak sunulamaz²³⁸.

Belirtmek gerekir ki açıklamanın yapıldığı ya da karşılıklı iletişimin kurulduğu özel koşulların da dikkate alınması gereklidir. Sosyal medya üzerinden iş arkadaşları ve yakın ilişkide bulunan kişiler arasında yapılan görüşmelerde, içtihat ve literatür karalayıcı ifadelerin “gizli iletişimin” özel korumasına tabi olduğunu kabul etmektedir. Özel alanda gizli iletişim, kişiliğin bir ifadesidir ve temel haklar tarafından güvence altına alınmıştır. Bu durumda ağır hakaretlerde bile kural olarak dezavantajlı sonuçlar çıkarılamaz²³⁹. Anayasa Mahkemesi’ne yapılan başvuruda bankada müfettiş olarak görev yapan çalışanın kendi gibi müfettiş olan belli sayıda arkadaşının bulunduğu WhatsApp grubunda, genel müdürün odasının önünde bulunan boş kutuların fotoğrafını paylaşması sebebiyle iş sözleşmesi feshedilmiştir. Mahkeme’ye göre somut olayda gruptaki kişilerin aynı bankada çalıştığı, birbirleriyle belli bir güven ilişkisi içinde olmaları sebebiyle iletişim grubundaki ifadelere aşırı anlam yüklenmiştir ve çalışanın ifade özgürlüğü ihlal edilmiştir. Feshe konu olan paylaşımın üçüncü kişilerle paylaşılmaması, kurum dışına çıkarılmaması ve herhangi bir tehlikeli durumun ortaya çıkmaması sebebiyle söz konusu paylaşımın kurum dışına sızması halinde büyük zararlar doğacağı varsayımında bulunulması için daha fazla olgu ve değerlendirmeye ihtiyaç vardır²⁴⁰. Yargıtay önüne gelen başka bir davada, işçi kendisine ait ve paylaşımlarının yalnız “arkadaşları” tarafından görülebildiği sosyal medyasında işyeri dışında işverenin uygulamalarını eleştirmiş

²³⁷ LAG Schleswig-Holstein, 08.04.2010 - 4 Sa 474/09, **BeckRS**, 2010, s.70368.

²³⁸ Kort, a.g.e., (Internet), s.1322.

²³⁹ Burr, a.g.e., s.115; Kort, a.g.e., (Internet), s.1321; Bauer, Günther, a.g.e., s.68.

²⁴⁰ AYM, Volkan Çakır Kararı, B. No:2017/35488, T.:07.04.2021, (Çevrimiçi) <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>, e.t., 13.08.2022.

ve bu konuda uyarılması üzerine sözlerinin arkasında olduğunu belirtmiş, işyerinde kendisi dahil “adam gibi adam yok, herkes kaypak, yalaka, taklacı olmuş” şeklinde beyanlarda bulunmuştur. İşveren paylaşımın doğrudan tarafı değildir. Fakat bazı işçiler bu paylaşımlardan rahatsız olarak işverene şikayette bulunmuş fakat delil ibraz etmemiştir. Mahkeme söz konusu paylaşımlara sınırlı bir grup tarafından erişilmesi sebebiyle işçinin kendisi de dahil herkes hakkında genel olarak söylediği sözleri sataşma niteliğinde görmemiş, ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirmiştir²⁴¹. Alman Federal İş Mahkemesi’ne göre, hukuki değerlendirmede ilgili açıklamaların yapıldığı koşullar dikkate alınmalıdır. Yapılan beyanlar iş arkadaşları arasındaki gizli tartışmalarda olduysa iş ilişkisinin sona ermesini kolayca haklı çıkaramaz. Gizli beyanlar genel kişilik haklarının korumasına girer. Özel alanda gizli iletişim, kişiliğin bir ifadesidir ve temel haklar tarafından güvence altına alınmıştır. Bu durumda çalışan, beyanlarının dış dünyaya yayılmayacağına güvenebilir. Çalışan çalışma barışını bozacak veya işverenle güven ilişkisini zorlayacak herhangi bir durumu hesaba katmak zorunda değildir. Çalışanın işvereni hakkında sadece olumlu düşünmesi ve özel hayatında kendisini buna göre ifade etmesi gerekmez. İşvereni hakkında olumsuz yorum yapan çalışanın muhatabı daha sonra gizliliği kaldırırsa bu kendisinin zararına olamaz. Meslektaşlarla yapılan gizli bir tartışmanın içeriğinin ifşa edilmesinden kaynaklanan çalışma barışının bozulması, genellikle işverenin fesih bildirimini haklı çıkarmaz²⁴². Üstler ve meslektaşlar hakkında karalayıcı ve küçük düşürücü ifadeler sadece iş arkadaşları arasında sosyal medyada yapılan gizli görüşmelerde yer alıyorsa, iş sözleşmesinin bildirimsiz feshi haklı görülmeyebilir²⁴³. Örneğin, bir işyerinde iş arkadaşlarının mesai sonrası toplantıları ya da kurmuş oldukları WhatsApp grubundaki yazışmaları gizli olabilir. Gizlilik açısından belirleyici faktör, görüşlerini ifade eden işçinin makul bir değerlendirme ile dinleyicilerin sözlerini dışarıya iletmeyeceğini varsayabilmesidir²⁴⁴. Aynı zamanda çalışan sosyal medya üzerinde “arkadaşları” ile

²⁴¹ Y. 9. HD, E.2015/2635, K.2016/12272, T.23.05.2016, (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, e.t., 13.08.2022. Benzer yönde karar için bkz. Y. 9. HD, E.2016/14205, K.2017/9526, T.01.06.2017, bkz. Caniklioğlu, a.g.e., s.264-265.

²⁴² BAG, 10.12.2009 - 2 AZR 534/08, **NZA**, 2010, s.698; BAG, 12.01.2006 - 2 AZR 21/05, **NZA**, 2006, s.917; BAG, 30.11.1972 - 2 AZR 79/72, **AP** BGB § 626 Nr. 66.

²⁴³ BAG, 10.10.2002 - 2 AZR 418/01, **NZA**, 2003, s.1295.

²⁴⁴ Kort, a.g.e., (Internet), s.1322; Caniklioğlu, a.g.e., s.266; Çalışkan Yıldırım, Uğur, a.g.e., s.1185.

yaptığı özel yazışmalarda müşteriler hakkında olumsuz yorumda bulunursa bu da fesih gerekçesi olamaz. Münih Yüksek İdare Mahkemesi de yapılan açıklamaların halka açık ve halka açık olmayan alanlarda farklı değerlendirilmesi gerektiğinin altını çizmiştir. Mahkeme’ye göre çalışan, beyanlarının dış dünyaya yayılmayacağına güvenebilir. Mahkeme kararın devamında Alman Federal İş Mahkemesi’nin görüşünü tekrarlamıştır²⁴⁵.

Hamm Eyalet İş Mahkemesi’nin önüne gelen bir olayda da bir stajyer, Facebook profilinde herkesin görebileceği şekilde “işveren” anahtar kelimesi altında işvereni “insan istismarcısı ve sömürücüsü” olarak nitelendiren paylaşım yapmıştır. Mahkeme’ye göre Facebook profilinde “gizlilik”, herkes tarafından değil, sadece “arkadaşlar” tarafından görülebildiğinde ortaya çıkar. Öte yandan, profil herkese (yaklaşık 2.91 milyar Facebook kullanıcısından oluşan bir çevre) açık hale getirilirse gizlilik yoktur. Kullanıcı tarafından sarf edilen ifadenin çok sayıda insan tarafından erişilebilir olması sebebiyle yapılan bildirimsiz fesih hukuka uygundur²⁴⁶. Yargıtay önüne gelen davada, davacı işçinin Twitter hesabından hangi işyerinde çalıştığı açıkça anlaşılmaktadır. Çalışan isim vermemekle birlikte kim ya da kimler olduğu belirlenemeyen insan kaynakları personeline “... arkadaşlar patroncu bir İK personeli olacaksanız yapmayın o mesleği, çıldırtmayın insanı, bu kadar mı meraklısınız patron götü yalamaya” şeklinde hakaret ve sataşma niteliğinde birden fazla paylaşımında bulunmuştur. Paylaşımların işveren tarafından öğrenilmesi üzerine işçi savunmasında paylaşımlarını kabul etmiş fakat hesabını takip eden kişiler arasında iş arkadaşlarının bulunmadığını, kastettiği kişi ya da kişilerin çalışma arkadaşları olmadığını ifade etmiştir. Fakat paylaşımların içeriğinin çalışanın kendi işyeri ile ilgili olduğu tespit edilmiştir ve Mahkeme yapılan bildirimsiz feshi haklı bulmuştur²⁴⁷. Kanımızca da bir sosyal medya hesabından işverenin kimliği açık olarak anlaşıyor ve yapılan paylaşımlar eleştirinin sınırlarını aşarak iş ilişkisine

²⁴⁵ VGH München, 29.02.2012 – 12 C 12.264, **NZA-RR**, 2012, s.302.

²⁴⁶ LAG Hamm, 10.10.2012 - 3 Sa 644/12, **BeckRS**, 2012, s.74357. Benzer yönde karar için bkz. Hagen İş Mahkemesi, 16.05.2012 - 3 Ca 2597/11, **BeckRS**, 2012, s.71401.

²⁴⁷ Y. 9. HD, E. 2016/22368, K. 2017/14208, T. 26.09.2017, (Çevrimiçi) <https://legalbank.net>, e.t., 13.08.2022. Benzer yönde karar için bkz. Y. 9. HD, E.2016/2778, K.2017/422, T.23.01.2017; Y. 9. HD, E.2015/27643, K.2016/7929, T.31.03.2016 (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, e.t., 13.08.2022.

zarar veriyorsa çalışma arkadaşlarının takipçi olup olmamasının bir önemi yoktur. İşverenin ağır hakaret içerikli paylaşımları rastlantısal olarak öğrenmesi dahi feshe gerekçe oluşturabilir. İfadenin ağırlığına göre bildirimli ya da bildirimsiz fesih yoluna gidilebilir.

Duisburg İş Mahkemesi önüne gelen bir olayda da bir çalışan, geçirdiği ameliyattan sonra hastanede yatan hasta olarak tedavi edilmektedir. Bu süre zarfında, Facebook zaman tüneline kendisini ameliyattan önceki bir zamanda bir kafede meslektaşlarıyla birlikte gösteren bir fotoğraf yayınlamıştır. Gönderisini çalışma arkadaşları dahil 135 kişi görmüştür. Bu gönderisi çalışma arkadaşları tarafından, çalışamayacak durumda olmasına rağmen kafelerde oturduğu gerekçesiyle işverene bildirilmiştir. Çalışan daha sonra Facebook hesabından şu gönderiyi paylaşmıştır. “Bazı meslektaşların arkamdan konuşmaktan ve küfür etmekten başka yapacak bir şeyleri yok. Hiç arkadaşınız mı yok? Kötü seks mi yaptınız? Biri beyninize mi sıçtı? Üstlerine yalalaklık yapmak ve ukala gibi davranmaktan başka hobiniz yok mu? Tembel domuzlar! Beş yıldan fazla bir süredir sağlık raporu almadım ve şimdi menisküs yırtığım var, dedikodu yap seni balık! Canınız cehennemel!”. Mahkeme’ye göre, işverene veya çalışma arkadaşlarına, içerik ve biçim açısından ilgili kişiye ciddi bir hakarete yol açan ağır söylemler, önceden uyarı yapılmaksızın davranış sebebine dayalı bildirimsiz bir feshi haklı gösterebilir. Bu aynı zamanda paylaşım sadece Facebook arkadaşları ve arkadaşların arkadaşları tarafından görülebilse bile geçerlidir. Fakat Mahkeme bu ifadelerden kaynaklanan feshin bildirimsiz yapılmasını orantısız bulmuştur. Mahkeme’ye göre fesih nedeni bildirimsiz feshi gerektirecek kadar yoğun değildir. İşverenin çalışanına bir uyarıda bulunmadan doğrudan fesih yoluna gitmesi orantısızdır. Bu konuda Mahkeme için belirleyici faktör, çalışanın hakaret içeren ifadelerini sebepsiz yere değil, iş arkadaşlarının önceki davranışlarına duygusal bir tepki olarak vermesi ve meslektaşlarının ismini belirtmemesidir. Mahkeme’ye göre somut olaydaki hakaret içeren ifadeler, ifade özgürlüğünün koruyuculuğuna tabi olmasa da önceden uyarı yapılmaksızın görevden alınmayı haklı çıkarmaz²⁴⁸.

²⁴⁸ Duisburg İş Mahkemesi, 26.09.2012 - 5 Ca 949/12, **BeckRS**, 2012, s.74872.

Literatürde “gizliliğin” içeriğinin ve ne anlama geldiğinin belirsiz olduğu öne sürülmüştür. Bu görüşe göre sosyolojik yönden bireylerarası gizlilikte genel olarak kişiler, sosyal ilişkilerinde kendi içlerinde saklı tuttıkları düşüncelerin sınırlarını belirlerler. Grup içi paylaşımlarda kişiler, eşdeğerli olarak karşısındaki kişinin kendisine güven duyacağını ve onun da kendi sırlarını anlatacağını varsayar. Dolayısıyla kişilerarası iletişimde gizlilik (mahremiyet) önemlidir. Bununla birlikte birkaç iş arkadaşına karşı “güveni” olan bir çalışanın amirine veya başka bir meslektaşına kötü sözler söylemesinin gizliliğe uygun olup olmadığı konusunda şüphe duyulabilir. Bu nedenle özellikle gizlilik kisvesi altında ifade edilen bir hakaret genellikle düşünüldüğünden daha hızlı yayılır. Pek çok entrika, gizli bir açıklamayla başlamıştır. Aynı zamanda açıklamayı yapan çalışanın gizliliğe güvenilebilmesi için alıcının kendisine ne kadar yakın olması gerektiği ve konuşmada kaç katılımcıdan sonra gizlilikten söz edilemeyeceği belirsizdir²⁴⁹.

Kanımızca kullanıcının sosyal medya profilinde yaptığı paylaşımlarda olduğu gibi mesajlaşma grubunda geniş bir kitleye ilettiği paylaşımlarda da (gönderiler dış erişime kapalı olsa da) herhangi bir kontrolü yoktur. Burada “geniş” ifadesinin ne anlama geldiği gerçekten muğlaktır. Fakat paylaşıma 15-20 kişi bile erişse bunun “geniş” bir kullanıcı grubunu temsil ettiği görüşündeyiz. Bu durumda çalışan, bilgiyi bilinmeyen bir alıcı grubuna verdiğini varsaymalıdır. Mesaj grubundaki alıcı grubunun büyüklüğü ve paylaşımların hızlı yayılma olasılığı göz önüne alındığında, çalışanın beyanlarının paylaşılmayacağına güvenilebileceği bir “gizli görüşme”den söz edilemez. Bunun en yaygın örneği WhatsApp ve Facebook mesaj gruplarında yapılan paylaşımlarda görülebilir. Değerlendirmede bulunurken gruplarda kimlerin bulunabileceği de göz önünde bulundurulmalıdır. Örneğin 3 yakın arkadaşın oluşturduğu bir WhatsApp grubunda paylaşılan ifadeler gizlilik hükümlerine tabi olsa da geniş bir kesime hitap eden işçilerin sorunlarının dile getirildiği dış erişime kapalı bir Facebook mesaj grubunda paylaşılan hakaret içerikli ifadelerin dışarıya yayılmayacağına dair bir güven veya inançtan söz edilemez. Aksi takdirde yapılan her paylaşımın ardından kişi paylaşımlarının dışarıya sızmayacağı inancıyla hareket ettiğini bahane edebilir. Buna ek olarak bir çalışanın sosyal medya üzerinden

²⁴⁹ Bauer, Günther, a.g.e., s.68; Savaş Kutsal, Kolan, a.g.e., s.498.

(yazışmalar her ne kadar gizlilik hükümlerine tabi olsa da) “yakın ilişkisi” olmayan herhangi birine (çalışma arkadaşı da bu kapsamdadır) attığı mesajın dahi her durumda gizlilik hükümlerine tabi olmayabileceğini düşünmekteyiz. Bu son görüşümüze ilişkin Baden-Württemberg Eyalet İş Mahkemesi önüne gelen olayda çalışan, WhatsApp aracılığıyla çalışma arkadaşına attığı mesajda işletme müdürünün babasının hüküm giymiş bir tecavüzcü olduğuna ilişkin iftira niteliğinde ifade kullanmıştır. Çalışma arkadaşının bu mesajı işletme müdürüne göstermesi üzerine çalışanın iş sözleşmesi bildirimsiz feshedilmiş, Mahkeme de feshi onaylamıştır. Mahkeme’ye göre söylentinin WhatsApp aracılığıyla meslektaşına iletilmesi, “kendi başına” bildirimsiz bir feshi haklı çıkarmaya uygun bir nedendir²⁵⁰.

2.4.2 İşçinin Yabancı Düşmanlığına Yönelik Nefret İçerikli Söylemleri

İşyerinde birçok insanın bir arada bulunması sebebiyle bu mekanlar da aslında küçük bir topluma karşılık gelir. İşyerinde yaşananlar da birçok açıdan toplumun ruh halini yansıtmaktadır. Günümüzün en şiddetli toplumsal hassasiyetlerinden biri toplumsal barışı bozan nefret söylemleri ve nefrete dayalı fiziksel şiddettir. “Yabancı” veya basitçe “farklı” olarak kabul edilen insanlara yönelik şiddetli saldırıların yanı sıra, insanları dışlayan günlük deneyimler giderek daha fazla yaşanmaktadır. Maalesef bu düşmanca tutum işyerinde de kendini göstermektedir²⁵¹. Nefret söylemi çalışan tarafından işverenin kendisine ve aile üyelerine yöneltilebileceği gibi çalışma arkadaşları veya üçüncü kişilere de yönelik olabilir.

Hakaret ve nefret söyleminin ortak yönleri olsa da bu iki kavram aynı değildir ve aralarında ince bir çizgi vardır. Nefret söyleminin, nefret dolu güdülerini dışa vurmak

²⁵⁰ LAG Baden-Württemberg, 14.3.2019 – 17 Sa 52/18, **ZD**, 2019, s.469. Benzer şekilde Alpagut’a göre de bir işçinin işvereni hakkında “Benim işverenim hırsızdır” şeklinde mesaj atması sonucu işverenin bu paylaşımı bir şekilde öğrendiğinde iş sözleşmesini sürdürmesinin beklenip beklenemeyeceği, işçinin özel yaşamına müdahalede bulunulduğuna yönelik savunmada bulunup bulunamayacağı konusu uzun süre tartışılacaktır. Gülsevil Alpagut, “Genel Görüşme”, **Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2017**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s.384.

²⁵¹ Christoph Krummel, Wolf Dieter Küttner, “Antisemitismus und Ausländerfeindlichkeit im Betrieb”, **NZA**, 1996, s.74; Susanne Baer, “Recht gegen Fremdenfeindlichkeit und andere Ausgrenzungen Notwendigkeit und Grenzen eines Gesetzes gegen Diskriminierung”, **ZRP**, 2001, s.500.

için bilinçli ve kasıtlı yapılan ağır hakaret olarak anlaşılması gerekir²⁵². Bu tür ifadelerin kötü bir sözün aksine tartışmayı tetikleme olasılığı çok daha yüksektir²⁵³.

İşyerinde nefret söylemleri, herhangi bir kamu yararı veya mantıklı bir gerekçe olmaksızın çalışanları benzer koşullardaki kişilerden farklı ve eşit olmayan bir pozisyona soktuğundan dolayı ayrıştırıcı ve dışlayıcı niteliğe sahiptir. İşyerinde nefret söylemine dayanan davranışlar genellikle ırkçı veya aşırı sağcıların dışlayıcı ve dezavantajlı etkiye sahip eylemlerinden oluşur²⁵⁴. Kişinin nefret söyleminde bulunmasının altında yatan sebebin öteki olarak gördüğü gruba ait bir kişiye ruhsal veya fiziki zarar vererek o kişi üzerinden ait olduğu gruba gözdağı vermek olduğu görülmektedir. Bu söylemlerin çalışanların ifade özgürlüğü kapsamında korunduğunu söylemek mümkün değildir.

TCK m.122’de de nefret içerikli söylemler “*Nefret ve Ayrımcılık Suçu*” başlığı altında suç olarak düzenlenmiştir. Madde hükmüne göre, “*Dil, ırk, milliyet, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din veya mezhep farklılığından kaynaklanan nefret nedeniyle; ... c) Bir kişinin işe alınmasını, d) Bir kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasını, engelleyen kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır*”.

Kişinin etnik kökeni dolayısıyla ayrımcılığa uğramasının temelinde siyasal, toplumsal, ekonomik vb. gibi çeşitli sebepler yer almaktadır. Toplumun çoğunluk kesimini oluşturan hakim etnik gruplar içinde ayrımcılığın çeşitli görünümüleri bazen kitlesel çatışma ya da bireysel linç girişimi biçiminde ortaya çıkabilmektedir²⁵⁵. Çoğunluğu oluşturan kesim farklı etnik kökenden gelen kişileri yabancı, kendilerinden olmayan olarak algılayabilmektedir. Örneğin Almanya’da en büyük azınlığı Türk kökenli kişilerin oluşturması (bu kişilerin büyük bir bölümünün Alman vatandaşı olmasına rağmen) ve asimile olmayı reddetmesi toplumun bir kesiminde

²⁵² Krummel, Küttner, a.g.e., s.67; Lützel, Bissels, a.g.e., s.500.

²⁵³ Dzida, Förster, a.g.e., s.760.

²⁵⁴ Martin Henssler, “BGB § 626 Fristlose Kündigung aus wichtigem Grund”, **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**, Band 5, 8. Auflage, C.H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, München, 2020, Rn. 243; Baer, a.g.e., s.500.

²⁵⁵ Kuvvet Lordoğlu, Mustafa Aslan, “Türkiye İşgücü Piyasalarında Etnik Bir Ayrımcılık Var mıdır?”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2012/2, S.33, s.119-120.

hoşnutsuzluk yaratmış, bu kesim tarafından yabancı düşmanlığı körüklenmiştir. Yabancı düşmanlığının iş sektöründeki yansımaları etnik kimliğin dışlanarak zora dayalı farklı kimliğin benimsetilmesi şeklinde karşımıza çıkar²⁵⁶. Belirtmek gerekir ki (her zaman olmasa da) yabancı düşmanlığı, din düşmanlığını da kapsamaktadır. Söz konusu durum çok sayıda mahkeme kararına yansımış ve literatürde kendine yer bulmuştur.

İşyerindeki yabancı düşmanlığına yönelik nefret söylemlerinin ifade özgürlüğü kapsamında korunması mümkün olmasa da söz konusu durumun iş ilişkisine etkilerinin incelenmesi önemlidir.

Çalışanın yabancı düşmanı sloganlarını işyerinde yayması çalışma ortamındaki huzurunu bozar ve kendisiyle iş ilişkisinin sürdürülmesi beklenemez²⁵⁷. Alman Federal İş Mahkemesi, bir stajyerin Türk meslektaşının çalışma tezgahına “Çalışmak seni özgürleştirir - Türkiye güzel ülke” yazan bir tabela koymasının ve “Auschwitz geliyoruz” adlı bir şarkıyı söylemesinin işyerindeki çalışma düzenini olumsuz etkilediğini belirtmiştir²⁵⁸. Hamm Eyalet İş Mahkemesi sürekli yabancı düşmanı ifadeleri nedeniyle bildirimsiz işten çıkarılan çalışanın başvurusunu reddetmiştir. Mahkeme çalışanın “Türk kadınları asbest takmalı, çünkü nasılsa yakında hepsi yanacak”, “Yabancılar daha iyi ezilmeli, böylece onlar için daha az para verilsin”, Türk kadınlarına söylediği “kanaken²⁵⁹” gibi ifadeleri insan hayatına karşı affedilmez bir küçümseme olarak görmüştür. Mahkeme’ye göre insanların yakılmasını onaylayan ifadeler, üçüncü şahısların, işverenin ve şirketteki tüm çalışma arkadaşlarının kişisel onuruna bir tecavüz olduğu için hiçbir zaman ifade özgürlüğünün kapsamına girmez²⁶⁰. Baden-Württemberg Eyalet İş Mahkemesi işyeri tuvaletine Türkleri ve Yahudileri aşağılayan yazılar yazan işçinin iş sözleşmesinin

²⁵⁶ Lordoğlu, Aslan, a.g.e., s.120.

²⁵⁷ Henssler, a.g.e., BGB § 626, Rn. 243; Berlin İş Mahkemesi, 05.09.2006 - 96 Ca 23147/05, **BeckRS**, 2006, s.43814.

²⁵⁸ BAG, 01.07.1999 - 2 AZR 676/98, **AP BBiG** § 15 Nr. 11.

²⁵⁹ Kanake, Almanca konuşulan ülkelerde, Arapça, Türkçe, Arnavutça ve Farsça konuşulan ülkelerde kökleri olan insanlar için kullanılan Almanca bir kelimedir. Aşağılayıcı bir kelime olarak bir sınıfı belirtmek için kullanılır. Kanake, Almanya'daki Arap, Türk, Kürt ve diğer Orta Doğu etnik azınlıklarından insanlar tarafından yeniden sahiplenilmiş ve gurur duyulan bir kendini tanımlama terimi olarak kullanılmıştır. (Çevrimiçi) <https://tr.wikipedia.org/wiki/Kanake> e.t., 08.07.2022.

²⁶⁰ LAG Hamm, 11.11.1994 – 10 (19) Sa 100/94, **BB**, 1995, s. 678.

haklı nedenle feshini onamıştır. Mahkeme’ye göre ifadenin kanuna aykırılığı çalışan tarafından kolayca anlaşılabilirdiği ve işveren tarafından davranışın kabul edilmesinin açıkça imkansız olduğu ciddi bir sadakat ihlali durumunda çalışanın önceden uyarılması gerekli değildir²⁶¹. Buna karşın Thüringen Eyalet İş Mahkemesi vardiya amiri olarak çalışan işçinin herkesin erişimine açık olan sosyal medyasından Müslümanlara yönelik aşağılayıcı söylemleri sebebiyle iş sözleşmesinin bildirimsiz feshini orantısız bulmuştur. Mahkeme’ye göre bir çalışan özel hayatında işverenin çıkarlarını dikkate almak ve davranışlarını buna göre düzenlemek zorunda değildir. Davranış ve söylemler iş ilişkisi ile ilgili ve işverenin çıkarlarını etkiliyorsa fesih haklı sebebe dayanabilir. Söz konusu paylaşımın operasyonel süreçleri etkilediği tespit edilemediğinden haklı nedene dayalı fesih yerine bildirim süresi verilerek fesih işlemi yapılabilir²⁶².

Almanya’da yabancı düşmanlığı kendini Yahudi düşmanlığı biçiminde de göstermiştir. Geçmişte yaşanan acı tecrübelerle rağmen bu düşmanlık yıllar sonra bile işyerlerinde devam etmektedir.

Alman Federal İş Mahkemesi’nin önüne gelen bir olayda Amerikan vatandaşı olan ve Almanya’da bir lisede İngilizce öğretmeni olarak çalışan davacı, derste İngilizce bir şakayı anlatırken “Pizza ile Yahudi arasındaki fark nedir? Fırına pizza koyduğunuzda bağırmasın veya çığlık atmaz.” şeklinde ifadeler kullanmıştır. Öğretmen daha önce bu “şakayı” başka bir sınıftaki İngilizce dersinde öğrencilere anlatmış ancak okul yönetiminin bundan haberi olmamıştır. Bu durumun ortaya çıkması üzerine davacının iş sözleşmesi bildirimsiz feshedilmiştir. Mahkeme’ye göre bir öğretmen olan davacı “şaka” yaparak sözleşmeden doğan yükümlülüklerini kusurlu bir şekilde ihlal etmiştir. Yahudi soykırımının milyonlarca kurbanıyla insanlık dışı bir şekilde alay edildiğinden dolayı, söz konusu ifade son derece

²⁶¹ LAG Baden-Württemberg, 25.03.2009 - 2 Sa 94/08, **BeckRS**, 2009, s.61835. Ayrıca bkz. BAG, 24.09.2009 - 8 AZR 705/08, **AP AGG** § 3 Nr. 2; Benzer şekilde Düsseldorf Eyalet İş Mahkemesi, Türkler hakkında “Gaz odası istedim ama maalesef alamadım. Bir gaz odam olsaydı, hepsini oraya gönderirdim. Çünkü biliyorsunuz: Türkler gaz odasında ateşe verilmeli ve sonra kafaları kesilmelidir”, “Siz benim zencimsiniz, kullarınısınız”, “Yağ gözlüler”, “Türklerle evlenen Alman kadınlar sürtüktür” şeklindeki ifadeleri sarf eden işçinin sözleşmesinin bildirimsiz feshini uygun bulmuştur. LAG Düsseldorf, 10.12.2020 – 5 Sa 231/20, **NZA-RR**, 2021, s.298

²⁶² LAG Thüringen, 14.11.2018 – 6 Sa 204/18, **öAT**, 2019, s.193.

tatsızdır. Burada öğretmenin, kendisine emanet edilen öğrencilere gerekli öğrenme materyallerini vermesi yanında onları insan onuruna saygılı, insani bir dünya görüşü anlamında yetiştirmek konusunda da özel bir sorumluluğu olduğu dikkate alınmalıdır. Davacı söz konusu “şaka”yı ilk olarak başka bir sınıfta yapmış, öğrenci topluluğu içinde önemli bir tartışmaya yol açmış ve uzun bir süre sonra ortam sakinleşince, “küçük şakasını” tekrarlamaktan vazgeçmemiştir. Dolayısıyla öğretmenin ifadesinin güven ilişkisini onarılamaz şekilde tahrip etmesi ve sözleşmeye aykırılık oluşturması nedeniyle yapılan bildirimsiz fesih hukuka uygundur²⁶³.

Yahudi düşmanlığına yönelik olarak Köln Eyalet Mahkemesi’nin önüne gelen davada ise bir hastanede çalışan başhekim tedavi sırasında güçlü lekeli bir dezenfektanla bir hastanın dizine gamalı haç çizmiş ve ertesi gün bu hastaya “güzel tablosunu” sormuştur. En az iki vakada omuz ameliyatı geçirmiş hastalardan omuz eklem hareketliliğini kontrol etmek için Hitler selamı vermelerini istemiştir. Buna ek olarak, başhekim bir Noel partisinde birkaç meslektaşına “yeterli sayıda Yahudi’ye gaz verilmediğini” söylemekle suçlanmıştır. Mahkeme kararında, ilgili hastanın başhekimin davranışını hakaret veya küstahlık olarak değil şaka olarak algıladığının, buna “yürekten güldüğü”nün ve hastadan söz konusu durumu hastanenin itibarını zedeleyecek şekilde yaymasının beklenmeyeceğinin göz önünde bulundurulması gerektiği belirtilmişse de kararın devamında hastanenin tıbbi hizmetinin bütünlüğüne olan menfaatinin, başhekimin istihdam çıkarından daha ağır bastığı ifade edilmiştir. Mahkeme’ye göre çıkarların tartılması bağlamında, toplumun aşırı sağcı veya ırkçı yapılanmalara karşı artan duyarlılığı göz önünde bulundurulmalıdır. Kamuda çalışan bir kişinin söz konusu süreçlere hoşgörü gösterilmesini engelleyen bir rol model işlevi vardır ve dolayısıyla fesih hukuka uygundur²⁶⁴.

Hamburg İş Mahkemesi, profilinde bir Yahudi okulunun önünde bir kafatası ile üniformalı şekilde resim yayınlayan bir polis memurunun işten çıkarılmasına karar

²⁶³ BAG, 05.09.1991, 2 AZR 287/92, **BeckRS**, 1992, s.30742996.

²⁶⁴ LAG Köln, 17.12.1993 – 13 Sa 748/93, **BeckRS**, 1993, s. 31130176. Benzer şekilde Berlin-Brandenburg Eyalet İş Mahkemesi’ne göre Nazi dövmeleri taşımak, Anayasa’ya sadakat eksikliğini ve dolayısıyla öğretmen olarak uygunsuzluğu gösterir. Öğretmenler, benzer bir pozisyondaki memurlarla aynı veya en azından benzer gerekliliklere tabi olan çalışanlardır. LAG Berlin-Brandenburg, 11.05.2021 – 8 Sa 1655/20, **NZA-RR**, 2021, s.427.

vermiştir. Mahkeme'ye göre, işverenin kimliğinin net olarak tespit edilmesini sağlayan bilgilerin yayınlanması işverenin menfaatini etkilemiştir²⁶⁵. Benzer şekilde Mannheim İş Mahkemesi'nin önüne gelen bir davada çalışan, Facebook hesabından Auschwitz toplama kampının girişini gösteren bir resim ve "Polonya mültecileri kabul etmeye hazır" yazısını paylaşmıştır. Kullanıcı profilinden işverenin kim olduğunu anlaşılmaktadır. Bunun üzerine çalışanın iş sözleşmesi bildirimsiz feshedilmiştir. Mahkeme'ye göre bir çalışan, Facebook kullanıcı hesabında hangi işveren tarafından istihdam edildiğini belirtmişse ve hesabından ırkçı ve insanlık dışı içeriğe sahip beyanlarda bulunmuşsa söz konusu beyanların işverenin menfaatlerine zarar vermesi durumunda, işveren tarafından iş sözleşmesinin bildirimsiz feshi haklı görülebilir²⁶⁶.

Çalışanın davranışına dayalı olarak fesih nedeni, politik ifadenin ırkçı unsurlar içermesi ve dolayısıyla nefret söylemi oluşturmaya da olabilir²⁶⁷. Alman Federal İş Mahkemesi'nin vermiş olduğu karara göre, bir kamu hizmeti çalışanın yabancı düşmanı broşürlerin dağıtılmasından sorumlu olması, iş ilişkisinin bildirimsiz bir şekilde sonlandırılmasını haklı göstermeye başlı başına uygundur. Bu tür davranışlar, insan onurunu hiçe saydığından dolayı ifade özgürlüğü tarafından korunmaz. İşveren, cezai soruşturma veya cezai kovuşturmanın ilerlemesine bağlı olarak sözleşmeyi feshetme kararı verebilir²⁶⁸.

Schleswig-Holstein Eyalet İş Mahkemesi vermiş olduğu karara göre bir kamu hizmeti çalışanın yazılı basın açıklamasında 11 Eylül 2001 saldırısını uzun zamandır gecikmiş bir kurtuluş eylemi olarak nitelendirmesi, terör saldırılarını onayladığı anlamına gelmektedir. Bu tür ifadeler, mağdurların insanlık onuruna bir saldırı olarak görülmelidir ve temel ifade özgürlüğü kapsamında değildir. Bu nedenle işveren, ortaya çıkan güven kaybı nedeniyle önceden uyarıda bulunmaksızın iş ilişkisini sona erdirmeye hakkına sahiptir²⁶⁹. Buna karşılık Nürnberg Eyalet İş Mahkemesi, hastanede hemşire asistanı olan Lübnanlı bir çalışanın iş arkadaşlarıyla

²⁶⁵ Hamburg İş Mahkemesi, 18.09.2013 - 27 Ca 207/13, **BeckRS**, 2013, s.72370.

²⁶⁶ Mannheim İş Mahkemesi, 19.02.2016 - 6 Ca 190/15, **NZA-RR**, 2016, s.254.

²⁶⁷ Dzida, Förster, a.g.e., s.758.

²⁶⁸ BAG, 14.02.1996 - 2 AZR 274/95, **NZA**, 1996, s.873.

²⁶⁹ LAG Schleswig-Holstein, 06.08.2002 - 2 Sa 150/02, **NZA-RR**, 2004, s.351.

11 Eylül 2001 tarihli terör saldırısının televizyon görüntülerini izlerken “Saldırılar memnuniyetle karşılanmalı, böylece Amerikalılar kendi ülkelerinde savaşın nasıl olduğunu bilsinler.” ve “Bunun için çok az insan öldü.” ifadelerinin işten çıkarılma nedeni olarak uygun olmadığına karar vermiştir. Mahkeme’ye göre açıklamalar kamuoyuna duyurulsa bile bildirimsiz feshi haklı çıkarmaz. Bu ifadeler hastanedeki bir hemşirenin Amerikalı hastalara insanlık dışı bir şekilde olumsuz davranacağı sonucunun çıkarılması için yeterli değildir. Ayrıca bu ifadelerin büyük bir şehirde bulunan bir hastanede olumsuz bir imaj yaratacağına ve Amerikalı hastaların hastaneye karşı caydırılabileceğine dair iddia edilen tehlikeler başka koşullar eklenmeden çok soyut görünmektedir²⁷⁰.

Bazı işaret ve sembollerin kullanılması da nefret söylemi oluşturabilir. Anayasa’ya aykırı bir örgütün işaretinin kullanılması başlı başına bildirimsiz işten çıkarma için önemli bir neden teşkil edebilir²⁷¹. Berlin-Brandenburg Eyalet İş Mahkemesi’nin kararına göre, Adolf Hitler’in “Kavgam” kitabının orijinal baskısının kapağına bir gamalı haç koyan sorumlu kişinin iş ilişkisi herhangi bir uyarı yapılmadan sonlandırılabilir²⁷².

Doğrudan yabancı düşmanlığı bağlantısı olan bu tür vakalar dışında, işyerinde bazı söylemler yüzünden bir rahatsızlığın olup olmadığı ve bunun kime atfedileceğinin şüpheli olduğu durumlar da olabilir. Bu nedenle işyerinde nefret söylemine atfedilebilir bir sebebe dayalı huzurun bozulması ancak ifadeyi yapan kişiden bağımsız olarak birkaç çalışanın, ifadenin içeriği ve şekli açısından haklı olarak gücenmesi durumunda varsayılabilir. Bu söylemin etkileri iş akışında önemli aksamalara yol açmalıdır. Örneğin “Türk olmaktan gurur duyuyorum” yazılı broşür takmanın çalışma sürecinde aksamalara yol açacağı ileri sürülse de ifadeye tarafsız bakıldığında içeriği herhangi bir yabancı düşmanlığı eğilimi göstermediğinden, söz konusu kısıtlamanın çok ileri gittiğini düşünmekteyiz. Öte yandan, “yabancılar

²⁷⁰ LAG Nürnberg, 13.01.2004 - 6 Sa 128/03, **NZA-RR**, 2004, s.347.

²⁷¹ Günther, a.g.e., BGB § 626, Rn. 454.

²⁷² LAG Berlin-Brandenburg, 25.09.2017 - 10 Sa 899/17, **BeckRS**, 2017, s.126098.

dışarı” veya “Türkler için Türkiye” gibi yabancı düşmanlığı içerikli ifadeler, işyerindeki barışı bozabilir ve bu tür davranışlar fesih ile sonuçlanabilir²⁷³.

Nefret söylemi ifadeleri suç da oluşturabilir. Bu durumda, çalışanlar ceza hukukunu ihlal eden ifadeler için ifade özgürlüğünü ileri süremezler²⁷⁴. Alman Federal İş Mahkemesi’ne göre, bir çalışanın suç teşkil eden nefret söylemine yönelik faaliyetleri fesih için gerekçe oluşturabilir. İşveren, cezai soruşturma veya kovuşturmanın ilerlemesine bağlı olarak sözleşmeyi feshetme kararı verebilir. Münferit davalarda menfaatlerin kapsamlı bir şekilde tartılmasında dikkate alınması gereken koşullar, aynı zamanda çalışanın hukukta olası bir hatasını ve varsa kusurunun derecesini de içerir²⁷⁵. Fakat bir ifadenin nesnel olarak olası birkaç yorumu olduğunda, çalışan için daha az elverişli olan yorum otomatik olarak kabul edilemez²⁷⁶. Ceza gerektiren suçlar veya diğer ciddi borca aykırı davranış nedeniyle işten çıkarmalar söz konusu olduğunda, gerçek sebebe ve şüpheye dayalı işten çıkarmalar arasında bir ayırım yapılmalıdır. İşveren suç oluşturan bir davranış söz konusuysa bu ispatlandığında sözleşmeyi feshedebilir. Fakat şüphe feshi halinde fesih sebebi, suç şüphesi ile iş ilişkisinin devamı için gerekli olan güvenin yok edilmesine dayanır. Ortada suça yönelik herhangi bir ispat olmamasından dolayı şüphe feshi konusunda feshe yönelik daha katı şartlar getirilmelidir²⁷⁷.

Çalışanın biçim ve içerik bakımından ciddi bir hakaret oluşturan, işverene ve işveren vekiline yönelik nefret söylemleri içeren ağır hakaretleri (örneğin çalışanın işvereni “Nazi” olarak adlandırması) de sözleşme yükümlülüğünü ciddi şekilde ihlal eder. Bu söylemler bildirimsiz feshe sebep olabilir²⁷⁸.

Mahkeme kararları ve literatürün görüşü dikkate alındığında çalışan, işverene veya işveren vekillerine, iş arkadaşlarına karşı yabancı düşmanı veya antisemitik motivasyona dayalı bir suç işliyor veya nefret söylemine dayalı ağır hakarete

²⁷³ Ulrich Polzer, Arnim Powietzka, “Rechtsextremismus als Kündigungsgrund?”, *NZA*, 2000, s.972.

²⁷⁴ Polzer, Powietzka, a.g.e., s.971.

²⁷⁵ BAG, 14.02.1996 - 2 AZR 274/95, *NZA*, 1996, s.873.

²⁷⁶ Krummel, Küttner, a.g.e., s.75.

²⁷⁷ Polzer, Powietzka, a.g.e., s.971.

²⁷⁸ BAG, 24.06.2004 - 2 AZR 63/03, *NZA*, 2005, s.158.

bulunuyorsa söz konusu davranışı dolayısıyla fesih yoluna başvurulabilir²⁷⁹. Alman Federal İş Mahkemesi'ne göre, davranışla ilgili fesihler orantılılık ilkesi gereği, işverenin çalışana önceki bir uyarıyla davranışını düzeltme fırsatı vermiş olması halinde haklı çıkar. İstisnai durumlarda çalışanın sadakatsiz davranışı özellikle ciddiye ve çalışan yaptığı davranışı kolayca fark edebiliyorsa uyarı gerekli değildir²⁸⁰. Bu davranış, kişinin onurunun ihlali ile ilişkilendirildiğinden iş ilişkisinin bildirimsiz feshi için önemli bir neden teşkil edebilir. Ayrıca sadakat borcuna aykırılık, gelecekteki işbirliğini imkansız ve mantıksız kılan bir durum olarak sınıflandırılabilir uyarının gerekliliği ortadan kalkar²⁸¹. Aynı zamanda nefret söylemine maruz kalınması manevi tazminat yükümlülüğünü de doğurur²⁸².

Kanımızca işyerinde suç oluşturan aşırı sağcı veya yabancı düşmanı faaliyetlerde bulunulursa bir uyarı yapılmasına gerek yoktur. Çünkü işçi, kanunen cezalandırılan bir borca aykırı davranışı işverenin kabul edeceğini varsayamaz. Diğer durumlarda tüm koşullar, özellikle sadakat yükümlülüğü ihlalinin ağırlığı ve sonuçları tartıldıktan sonra, bir uyarının gerekli olup olmadığı belirlenmelidir²⁸³. Ayrıca çalışan yabancı düşmanı söylemleriyle işverenine kasten zarar veriyorsa, ifade özgürlüğüne dayandığını ileri süremez. Aynı durum işverenin müşteri ilişkilerinin etkilenmesi veya kamu itibarının zedelenmesi gibi görüş beyanının iş faaliyetlerinde

²⁷⁹ Krummel, Küttner, a.g.e., s.74.

²⁸⁰ BAG, 09.03.1995 - 2 AZR 644/94, **NZA**, 1996, s.875; BAG, 01.07.1999 - 2 AZR 676/98, **NZA**, 1999, s.1270.

²⁸¹ Krummel, Küttner, a.g.e., s.74.

²⁸² Anayasa Mahkemesi nefret söylemi niteliği taşıyan ifadeler söz konusu olduğunda, hakaret içerikli ifadeler açısından tazminat yolunun tüketilmesi zorunluğunu aramamaktadır. Olayın kendine özgü koşullarının da dikkate alınması koşuluyla, bireysel başvuru öncesinde hukuk yoluna gidilmeden sadece ceza muhakemesi yolunun tamamlanmış olması yeterli görülmektedir. Karan, (İfade Özgürlüğü), a.g.e., s.40. Mahkeme'ye göre "Anayasa Mahkemesinin bireysel başvurudaki yerleşik içtihadı uyarınca; bireylerin maddi ve manevi varlığına üçüncü kişilerin müdahalelerine karşı etkili mekanizmalar kurma çerçevesinde devletin pozitif yükümlülüğü, mutlaka cezai soruşturma ve kovuşturma yapılmasını gerekli kılmaz. Üçüncü kişilerin haksız müdahalelerine karşı bireyin korunması hukuk muhakemesi yoluyla da mümkündür. Nitekim üçüncü kişilerce şeref ve itibara yapılan müdahaleler için ülkemizde hem cezai hem de hukuki koruma öngörülmüştür. Hakaret ceza hukuku anlamında suç, özel hukuk anlamında ise haksız fiil olarak nitelendirilmekte ve tazminat davasına konu edilebilmektedir. Dolayısıyla bir bireyin, üçüncü kişilerce şeref ve itibarına müdahale edildiği iddiasıyla, hukuk davası yoluyla da bir giderim sağlanması mümkündür." AYM, Sinem Hun Kararı, B. No:2013/5356, T.:08.05.2014, RG Tarih-Sayı: 16.07.2014-29062; AYM, Fetullah Gülen Kararı, B. No:2014/12225, T.:14.07.2015, RG Tarih-Sayı: 06.10.2015-29494.

²⁸³ Polzer, Powietzka, a.g.e., s.972.

aksamalara yol açması halinde de geçerlidir²⁸⁴. Çalışanın bu eşiği aşan davranışı, işverenle olan güven ilişkisini geri dönülemez bir şekilde yok edebilir ve işverenin fesih bildiriminde bulunmasını haklı gösterebilir²⁸⁵.

2.4.3 İşçinin Tehdit İçerikli Söylemleri

İşçinin işverenine, çalışma arkadaşlarına ve üçüncü kişilere karşı şantaj ve tehdit içerikli ifadeleri iş sözleşmesinin feshi için gerekçe oluşturur. Yargıtay önüne gelen olayda bir banka çalışanı sosyal medya üzerinden tanıştığı kişiye kendi adına şans oyunu oynaması için para göndermiş, sonrasında parasını geri alamamış, dolandırılmıştır. Çalışan parasını geri almak için çalıştığı bankanın ismini kullanarak para gönderdiği kişiyi tehdit etmiştir. Bankanın bu durumu öğrenmesi üzerine çalışanın iş sözleşmesi bildirimli şekilde sona erdirilmiştir. Mahkeme'ye göre davacının işverenin ismi ile tehdit beyanında bulunarak menfaat temin etmeye çalışması bankanın ticari itibarını zedelediğinden dolayı yapılan fesih geçerlidir²⁸⁶.

Hamburg Eyalet İş Mahkemesi'ne göre bir yöneticinin (şube müdürü), maaşında gelir artışı meydana gelmedikçe bölgesindeki sigorta acentelerini yanlışlığa sürükleyeceğini beyan etmesi, işverene karşı haksız bir zorlamayı temsil etmesi sebebiyle yapılan bildirimsiz fesih geçerlidir²⁸⁷. Benzer şekilde işe iade davası sürecinde işçi ihtilaflı konularda kendi iddialarını kabul ettirmek için işvereni, mahkemede kendisi hakkında olumsuz sonuç doğuracak belgeleri sunacağı iddiasıyla tehdit ederse davanın koşullarına bağlı olarak işverenin meşru menfaatlerini dikkate alma yükümlülüğünü ihlal edebilir²⁸⁸. Alman Federal İş Mahkemesi'ne göre çalışanın işvereni ve/veya amirleri hakkında kasten gerçek dışı beyanlarda bulunması, özellikle beyanların iftira teşkil etmesi halinde feshe gerekçe oluşturur²⁸⁹. Bir uzlaşmanın sonucunu elde etmek için bir dilekçenin mahkemeye sunulmasına

²⁸⁴ Krummel, Küttner, a.g.e., s.75.

²⁸⁵ Krummel, Küttner, a.g.e., s.75.

²⁸⁶ Y. 7. HD, E.2015/40819, K.2016/5475, T.07.03.2016 (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, e.t., 23.08.2022.

²⁸⁷ LAG Hamburg, 07.09.2007 - 6 Sa 37/07, **NZA-RR**, 2008, s.577.

²⁸⁸ BAG, 08.05.2014 – 2 AZR 249/13, **NZA**, 2014, s.1258.

²⁸⁹ BAG, 27.09.2012 - 2 AZR 646/11, **BeckRS**, 2013, s.68175.

ilişkin işverene yapılan bildirim, dilekçede kasıtlı veya pervasızca yanlış iddialarda bulunulduysa kabul edilemez²⁹⁰.

2.4.4 İşçinin Cinsel Taciz İçerikli Söylemleri

İşyerinde cinsel taciz davranışına yönelik farkındalığın artması nedeniyle bir çalışanın başka bir çalışanı veya işverenini cinsel tacizle suçlaması durumuyla giderek daha fazla karşı karşıya kalınmaktadır. Bu tür durumlarla objektif ve sistematik bir şekilde ilgilenilmesi, hukuki sorunların önüne geçilebilmesi açısından önemlidir²⁹¹.

Alman Çalışan Koruma Kanunu'na göre işyerinde cinsel taciz, işyerinde çalışanların onurunu ihlal eden kasıtlı, cinsel olarak belirlenmiş her türlü davranıştır. Ceza hukuku kapsamında cezalandırılan cinsel eylem ve davranışlar ile diğer cinsel eylemler ve bunlara yönelik istekler, cinsel olarak belirlenmiş fiziksel temas, cinsel içerikli yorumlar ve pornografik tasvirlerin gösterimi cinsel taciz kapsamındadır (BeschSchG m.2/II). Alman Genel Eşit Muamele Kanunu açısından cinsel taciz, “istenmeyen, cinsel olarak belirlenmiş bir davranışın ilgili kişinin onurunu ihlal etme amacı veya etkisi olması” durumunda söz konusudur (AGG m.3/IV). Hukukumuzda Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu m.2/I-j’de taciz “*Psikolojik ve cinsel türleri de dâhil olmak üzere bu Kanunda sayılan temellerden birisine dayanılarak, insan onurunun çiğnenmesi amacını taşıyan veya böyle bir sonucu doğuran yıldırıcı, onur kırıcı, aşağılayıcı veya utandırıcı her türlü davranışı, ... ifade eder*” şeklinde tanımlanmıştır. Madde hükümlerinden de anlaşıldığı üzere cinsel taciz, fiziksel temas ve istenmeyen görüntülerin gösterilmesinin yanı sıra söz ile veya mesaj gönderilmesinde olduğu gibi yazı ile de gerçekleştirilebilir²⁹². Buna karşın İş Kanunu’nda cinsel tacize ilişkin herhangi bir tanım bulunmamaktadır.

²⁹⁰ Henssler, a.g.e., BGB § 626, Rn. 186.

²⁹¹ Jessica Blattner, “Abgrenzung zwischen sexueller Belästigung und Flirtereie am Arbeitsplatz”, **DB**, 2019, s.487; Steffen Krieger, Lisa Deckers, “#metoo – Was tun beim Vorwurf sexueller Belästigung am Arbeitsplatz?”, **NZA**, 2018, s.1161. “Me Too hareketi, çok çeşitli yerel ve uluslararası isimlerle ortaya çıkan cinsel taciz ve cinsel saldırıya karşı bir harekettir. Hareket, özellikle iş yerinde cinsel saldırı ve tacizin yaygın olduğunu gösterme çabasıyla, Ekim 2017’de sosyal medyada yayılmaya başladı.” (Çevrimiçi) https://tr.wikipedia.org/wiki/Me_Too_hareketi, e.t., 26.07.2022.

²⁹² Batı ülkelerinde cinsel tacize yönelik hukuki düzenlemeler ve literatür görüşü için bkz. Erdem Özdemir, “İşyerinde Cinsel Taciz”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2006/4, S.11, s.83 vd.; Selin Akın,

İletişim biçimlerinden olan sözlü, yazılı ve davranışsal ifadelerin açıkça ve anlaşılır biçimde cinsel taciz içerikli olması durumunda, ifade özgürlüğü kapsamında korunamayacağı şüphesiz olsa da daha muğlak bir ifadenin (iltifat vb.) cinsel taciz sayılıp sayılmayacağı ve bunun sınırının ne olduğu soruludur. Cinsel taciz algısı kişiden kişiye göre de değişebildiğinden, iddia edilen davranışlar kendi nitelikleri göz önünde bulundurularak her somut olayda kendi koşulları içinde değerlendirilmelidir²⁹³.

İşveren, çalışanlarının kişilik haklarını koruma yükümlülüğü nedeniyle cinsel tacize karşı tedbir almakla yükümlüdür. Türk Borçlar Kanunu'nda işverenin hizmet ilişkisinde işçilerin psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları ve bu tür tacizlere uğramış olanların daha fazla zarar görmemesi için gerekli önlemleri almakla yükümlü olduğu düzenlenmiştir (TBK m.417/I). Bu koruma yükümlülüğü ayrıca önleyici tedbirlerin alınmasını içerir²⁹⁴. İş Kanunu'nda işyerinde cinsel tacizin önlenmesi ve tacize uğrayan kişilerin korunmasına ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. İK m.25/II-c'de işçinin işverenin başka bir işçisine cinsel tacizde bulunması durumunda işverene bildirimlessiz fesih hakkı verilmiştir²⁹⁵. Orantılılık ilkesine göre bildirimlessiz fesih, cinsel tacizin kapsamı ve yoğunluğu işçinin kişilik haklarına yönelik menfaatini ihlal ediyorsa ve bu menfaat, tacizde bulunan kişinin iş ilişkisini sürdürme menfaatinden üstünse düşünülebilir²⁹⁶. İşveren değerlendirmede bulunurken "Cinsel taciz gerçekleşti mi?", "Cinsel tacize neden olan koşullar nelerdi?" ve "Olayın ciddiyeti nasıl sınıflandırılacak?" sorularını cevaplaması gerekir²⁹⁷. Taciz davranışını işveren nesnel gözlemcinin bakış açısıyla değerlendirmelidir. Burada kriter dezavantajlı kişinin öznel değerlendirmesi değil,

"Türk ve Alman İş Hukukunda Cinsel Taciz ve Hukuki Sonuçları", **Legal İSGHD**, C.XIX, S.73, 2022, s.199; Mustafa Kılıçoğlu, Elif Şahin Taşkın, "Çalışma Hayatında Şiddet ve Taciz", **Legal İSGHD**, C.XVI, S.64, 2019, s.1463; Aydın, a.g.e., (Kişilik Hakkı) s.,91.

²⁹³ Keser, a.g.e., (Sosyal Medya), s.547.

²⁹⁴ Ulrich Koch, "Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz", **Arbeitsrecht von A-Z**, 26. Auflage, dtv, München, 2022, "S" harfi; Blattner, a.g.e., s.491; Preis, a.g.e., BGB § 611a, Rn. 619; Krieger, Deckers, a.g.e., s.1162; Aydın, a.g.e., (Kişilik Hakkı), s.104.

²⁹⁵ Ayrıca İK m.24/II-d'ye göre, "İşçinin diğer bir işçi veya üçüncü kişiler tarafından işyerinde cinsel tacize uğraması ve bu durumu işverene bildirmesine rağmen gerekli önlemler alınmazsa" işçiye haklı nedenle fesih hakkı tanınmıştır.

²⁹⁶ Henssler, a.g.e., BGB § 626, Rn. 250.

²⁹⁷ Krieger, Deckers, a.g.e., s.1162.

nesnel bir değerlendirmedir. Bununla birlikte, cinsel olarak belirlenen davranışın arzu edilir olduğu şeklindeki hatalı varsayımdan kaçınılması gerekir²⁹⁸.

İş ilişkisinde cinsel tacizden bahsedilebilmesi için taciz davranışının istihdam ilişkisi ile yeterli bir bağlantı içinde olması gereklidir. Bu sebeple işverenin koruma ve gözetme borcu işyerinin sınırları ile sınırlandırılmaz. İş ile taciz arasında uygun illiyet bağı varsa işverenin mesai saatleri dışında da koruma borcu devam etmektedir²⁹⁹. Ayrıca davranışı gerçekleştiren kişinin cinsel tacize yönelik kastının olması ve bu davranışın, davranışa maruz kalan kişi tarafından istenmemesi, kişinin rahatsız olması ve onurunun zedelenmesi gereklidir³⁰⁰.

Cinsel tacizin çalışma saatleri içinde gerçekleşmesi durumunda iş ilişkisi ile gerekli bağlantı sorunsuz bir şekilde sağlanmaktadır. Çalışma saatleri dışında cinsel taciz, örneğin şirket yemeği, yılbaşı partisi veya iş gezileri gibi ortamlarda gerçekleşiyorsa taciz ile iş ilişkisi arasında bir bağlantı kurulabilir. Kural olarak çalışanlar arasında yapılan özel görüşmeler sonucu bir taciz davranışının ortaya çıkması durumunda iş ilişkisinde cinsel tacizden bahsedilemez ve işverenin sorumluluğuna gidilemez. Dolayısıyla işverenin işyeri dışında meydana gelen tüm tacizlere karşı işçiyi koruma yükümlülüğü yoktur. Koruma borcundan söz edilebilmesi için işverenin, işveren sıfatıyla tacize müdahale edebilecek konumda olması gerekir³⁰¹. Alman Federal İş Mahkemesi'ne göre, bir çalışanın başka bir çalışana işyerinde göğüslerinin güzel olduğunu söylemesi cinsel taciz teşkil eder³⁰². Bazı durumlarda örneğin, “Ama bugün yine harika görünüyorsun” veya “Bu sana çok yakışmış” gibi iltifatlarda cinsel tacizin söz konusu olup olmadığı tartışmalıdır³⁰³. Bu iki açıdan sorgulanabilir: Bir yandan, uygun tonlama ve dikkatli bir bakışla yapılan iltifatlar elbette, cinsel olarak belirlenen istenmeyen davranışları temsil edebilir ve ifade özgürlüğü kapsamında korunmaz. Bununla birlikte genel

²⁹⁸ Köhler, Koops, a.g.e., s.2809.

²⁹⁹ Michael Horcher, “AGG § 3 Begriffsbestimmungen”, **beck-online.GROSSKOMMENTAR**, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 2022, Rn.74; Ekmekçi, Yiğit, a.g.e., s.355-356; Kılıçoğlu, Şahin Taşkın, a.g.e., s.1465, 1467; Akın, a.g.e., s.200, 207.

³⁰⁰ Kılıçoğlu, Şahin Taşkın, a.g.e., s.1460; Akın, a.g.e., s.202.

³⁰¹ Matthias Köhler, Christian Koops, “Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz - Einmal grapschen erlaubt?”, **BB**, 2015, s.2808; Blattner, a.g.e., s.489; Sevimli, a.g.e., (Kişiliğin Korunması), s.121.

³⁰² BAG, 20.11.2014 – 2 AZR 651/13, **NZA**, 2015, s.294.

³⁰³ Köhler, Koops, a.g.e., s.2809; Blattner, a.g.e., s.488.

anlamda iltifatların nesnel olarak istenmeyen cinsel taciz davranışı olarak sınıflandırılıp sınıflandırılmayacağı ve ifade özgürlüğü kapsamında korunup korunamayacağı sorusu ortaya çıkar. Davranış nitelendirilirken bazı faktörler taciz algısını etkiler³⁰⁴. Dolayısıyla uygunsuz olarak nitelendirilen bir eylem cinsel taciz oluşturmayabilir³⁰⁵.

Yargıtay önüne gelen olayda hastanenin acil servisinde hemşire olarak çalışan bir hemşirenin sosyal medyasında paylaştığı bir resme aynı işyerinde özel güvenlik görevlisi olarak çalışan davacı “... çok sade ve güzelsin” şeklinde yorum yapmış, hemşirenin şikayeti üzerine kendisinin iş sözleşmesi ahlaka ve adaba aykırı davranışta bulunması sebebiyle İK m.25/II-c uyarınca bildirimsiz feshedilmiştir. Mahkeme’ye göre davacının hastanede çalışan hemşire ile sosyal medyada arkadaş olmamasına rağmen ortak arkadaşlarının olması nedeniyle resmini beğenmesi ve “... çok sade ve güzelsin” şeklindeki yorumu sözlü cinsel taciz boyutuna ulaşmasa da sataşma niteliğindedir. Söz konusu davranış işyerine yansımış ve iş akışını bozmuş olduğundan somut olayda haklı bir fesih nedeni olmasa da geçerli bir neden bulunmaktadır³⁰⁶. Kanımızca somut olayda güvenlik görevlisi davranışıyla sözleşme yükümlülüklerini ihlal etmiş ise de orantılılık ilkesi dikkate alınarak menfaat dengelemesine gidilmeliydi. Söz konusu davranış bir kere yapılmıştır. Bu eylemi sataşma olarak nitelendirmek de kolay değildir. Sözleşmenin geçerli nedene dayalı olsa dahi feshedilmesi yerine, işverenin çalışanını uyarması, söz konusu davranışın tekrarı halinde fesih yoluna başvurusu daha isabetli olurdu³⁰⁷. Buna karşın Yargıtay önüne gelen başka bir olayda bir çalışan sosyal medyasından aynı işyerinde çalıştığı işçiye farklı zamanlarda “Slm”, “kendimi tanıtmayı unuttum, kusura bakma az önce konuştuk seninle, danışma görevlisiyim ...’ta, çok cici ve tatlı birisin ve sıcak kanlısın, seni kardeşim gibi görüyorum ve arkadaş olmak isterim seninle, yanlış anlama senin yaşımda kızım var”, vb. şekilde mesajlar göndermiş ve şikayet üzerine çalışanın iş sözleşmesi İK m.25/II-c uyarınca bildirimsiz feshedilmiştir. Mahkeme’ye göre işyerinde bir işçinin aynı yerde çalıştığı, ancak tanımadığı diğer işçiye

³⁰⁴ Köhler, Koops, a.g.e., s.2809

³⁰⁵ Doğan Yenisey, a.g.e., (Değerlendirme), s.518.

³⁰⁶ Y. 7. HD, E.2015/43589, K.2016/6048, T.10.03.2016, (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, e.t., 23.08.2022.

³⁰⁷ Savaş Kutsal, Kolan, a.g.e., s.543; Doğan Yenisey, a.g.e., (Değerlendirme), s.517.

huzursuzluk verip, tacize varacak sözler söylemesi anlayışla karşılanamaz. Söz konusu mesajlar bütün olarak değerlendirildiğinde muhatabını taciz edici sataşma niteliği taşıdığından, fesih haklı nedene dayanmaktadır³⁰⁸. Söz konusu olayda çalışanın sessizliğine rağmen ısrarla gönderilen mesajlar vardır. Mesajlar tek başına değerlendirildiğinde sataşma niteliği taşımasa da yinelenen mesajlar dikkate alındığında ifadeler sataşma boyutuna ulaşmıştır. Menfaat dengesi göz önüne alındığında sözleşmenin feshi orantılılık ilkesine uygundur. Bununla birlikte bir ifadenin sataşma mı yoksa cinsel taciz mi olduğunun tespiti, kişilerarasındaki algı farklılığından dolayı zordur ve ayırım yapılmasında kesin kriterler belirlemek mümkün değildir. Durum tespiti her somut olayda kullanılan ifadeler ve dosya içeriğine göre yapılmalıdır³⁰⁹.

Alman Federal İş Mahkemesi'ne göre cinsel taciz yasağının ihlal edilmesi durumunda, işveren münferit durumlarda uyarı, nakil veya fesih gibi uygun, gerekli önlemleri almalıdır. İşverenin hangi tedbirlere başvuracağı, bireysel davanın özel koşullarına bağlıdır. Orantılılık açısından, işverenin ilerisi için dezavantajı ortadan kaldıran, yani taciz davranışının tekrarını engelleyeceği varsayılan önlemler uygundur³¹⁰. Rheinland-Pfalz Eyalet İş Mahkemesi'nin önüne gelen davada bir hastanede çalışan 60 yaşındaki evli anestezi uzmanı, aynı yerde çalışan 17 yaşındaki gence WhatsApp'tan defalarca mesaj göndererek çekici görünümüne atıfta bulunmuş fakat gencin 20 yaşında olduğunu ve kendisine karşı ilgi duymadığını belirtmesi üzerine kendisinden özür dilemiştir. Hastane, anestezi uzmanının sözleşmesini bildirimsiz feshetmiş fakat Mahkeme söz konusu feshin haksız olduğuna karar vermiştir. Mahkeme'ye göre, tek seferlik cinsel olarak belirlenmiş davranışlar bile cinsel taciz teşkil edebilir. Davacının davranışları sözleşme yükümlülüğünü ihlal etmiş olsa bile genel değerlendirme bağlamında orantılılık ilkesi dikkate alındığında,

³⁰⁸ Y. 9. HD, E.2015/20326, K.2015/28093, T.12.10.2015, (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, e.t., 23.08.2022.

³⁰⁹ Savaş Kutsal, Kolan, a.g.e., s.545-546. Yargıtay isabetli olarak işyerindeki işçinin çalışma arkadaşına "...Hayırlı sabahlar", "Kızıyorsan atmayayım", "...Tamam hakkını helal et bir an bastıracağım duygularıma yenildim...", "...yaptığım bu günahıtan dolayı tövbe edeceğim, bir an gaflete düştüm..." şeklindeki mesajlarını cinsel taciz olarak nitelendirmiştir. Y. 9. HD, E.2019/6572, K.2019/16671, T.25.09.2019, Alp, a.g.e., (Değerlendirme), s.93-94; Ekmekçi, Yiğit, a.g.e., s.352.

³¹⁰ BAG, 20.05.2021 – 2 AZR 596/20, **NZA**, 2021, s.1178; BAG, 20.11.2014 – 2 AZR 651/13, **NZA**, 2015, s.294.

davacının iş ilişkisinin devam etmesindeki menfaati üstündür. Orantılılık gereği, işverenin davacıyı öncelikli olarak uyarması gerekirdi. Davacı özür dilemiş, görevini kötüye kullandığını kabul etmiştir. Bu, uzun süreli, sorunsuz bir iş ilişkisinde tek seferlik bir olaydır ve ortada davranışın tekrarlanma riski olduğu varsayımını haklı çıkarabilecek hiçbir durum yoktur³¹¹.

3 İŞÇİNİN BİLGİ UÇURMA HAKKI BAĞLAMINDA İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

3.1 Bilgi Uçurma (Whistleblowing) Kavramı

İfade özgürlüğü yalnız bireyin kişisel menfaatini değil ayrıca kamuoyunun da menfaatini ilgilendirir. Bu sebeple ifade özgürlüğü tek başına kişi özgürlüğü olarak değerlendirilemez³¹². Günümüz ekonomisi ve toplumun artan karmaşıklığı göz önüne alındığında sağlık, güvenlik ve çevre tehditleri ve yasadışı entrikalar genellikle sadece işyeri içinden sağlanan bilgi ile ortaya çıkarılabilmektedir. Çalışanlar, suistimallerin tespit edilmesinde önemli bir kaynak haline gelmiştir³¹³. Bir işyerinde gerçekleşen hukuka aykırılıkların ortaya çıkarılmasının en basit ve etkili yolu işletme ya da kurumdaki hukuka aykırılıkları ilk öğrenen ve önemini değerlendirebilen işyeri içinden birinin ihbarıdır. Son yıllarda ihbarcılarının çalıştıkları şirketi şikayet etmelerine dikkat çekilmiş, bilgi uçurma konusu politik ve hukuki tartışmalarda öne çıkmıştır³¹⁴. Çalışanlar, işyerilerindeki gerçek veya iddia edilen yasa ihlallerini yetkililere bildirme konusunda bugün geçmişe kıyasla çok daha istekli görünmektedir. Bunun göstergesi, çalışanların işverenlerinin yasadışı eylemleri hakkında yetkililere veya medyaya bilgi verdiği vakaların sayısındaki artıştır. Kişisel

³¹¹ LAG Rheinland-Pfalz, 23.03.2018 – 1 Sa 507/17, **ArbRAktuell**, 2018, s.561.

³¹² Heper, a.g.e., s.1914.

³¹³ Volkswirt Andrei Király, “Der rechtliche Schutz von Whistleblowern Lehren aus US-amerikanischen Regelungen ”, **ZRP**, 2011, s.146; Muel Kaptein, “From Inaction to External Whistleblowing: The Influence of the Ethical Culture of Organizations on Employee Responses to Observed Wrongdoing”, **Journal of Business Ethics**, Iss.98, 2011, s.513; Ufuk Aydın, “İş Hukuku Açısından İşçinin Bilgi Uçurması (Whistleblowing)”, **Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, C.II, S.2, 2002, s.80 (Whistleblowing).

³¹⁴ Laura Schmitt, “Geheimnisschutz und Whistleblowing Aktuelle Rechtslage und Überlegungen zur Umsetzung in Deutschland”, **NZA-Beilage**, 2020, s.54; Alp, a.g.e., (İhbar), s.15.

yaşam planlamasındaki hareketlilik, esneklik ve işyerine bağlılık eksikliğinin artması, çalışma alanını da kapsayan bir toplumsal dönüşümün belirtileridir. Buna işveren ve çalışan arasında ömür boyu süren bir bağın çözülmesi veya gevşemesi eşlik etmektedir. Diğer bir deyişle, kişinin çalışma hayatı boyunca birkaç kez işveren değiştirmesi yakın zamana kadar normal kabul edilmezken, artık kariyer basamaklarını tırmanabilmek için gerekli görülmektedir³¹⁵.

Dışarıdan bir izleyicinin bakış açısına bağlı olarak bilgilerin deşifre edilmesi bir kesim tarafından ihanet olarak kabul edilerek eleştirilebilir. Fakat diğerleri tarafından sorumluluk duygusunun bir ifadesi olarak övülebilir ve kahramanlık olarak kabul edilebilir. Amerika Birleşik Devletleri'nde, çalışanların işyerine yönelik bilgileri ifşası yıllardır gündemin bir parçası olmuş ve tartışılmıştır. Bu duruma uygun olarak, bir Amerikan terimi olan whistleblowing hukukumuzda kullanıma girmiştir³¹⁶. Whistleblowing (bilgi uçurma) terimi, ıslık çalmak veya ihanet etmek olarak çevrilen İngilizce “to blow the whistle” fiilinden gelir³¹⁷. “Whistleblowing” teriminin dilimizde tam karşılığı olmasa da söz konusu kavramın açıklanmasına yönelik bazı tanımlar getirilmiştir. Belirtmek gerekir ki bu kavramın ispiyonculuk ile ilişkilendirilmesi doğru değildir. Çünkü ispiyonculukta kişinin taşıdığı güdü ne olursa olsun eylemi sadakatsiz bir davranışla bağlantı içindedir. Bu, ispiyoncunun ihbarcıdan farklılaştığı noktadır³¹⁸.

Özel bir şirkette veya devlet kurumunda şüpheli, yasadışı veya etik olmayan uygulamalara dikkat çekmek için gizli bilgilerin içeriden biri tarafından ifşa edilmesi yeni bir olgu olmasa da günümüzde bu tür davranışlar için yaygın olarak kullanılan “bilgi uçurma ya da ihbarcılık” terimi nispeten yenidir³¹⁹. Bilgi uçurma konusundaki

³¹⁵ Müller, a.g.e., s.424-425.

³¹⁶ Dana L. Gold, “Introduction: Speaking Up for Justice, Suffering Injustice: Whistleblower Protection and the Need for Reform”, *Seattle Journal for Social Justice*, V.XI, Iss.2, s.559; Müller, a.g.e., s.425.

³¹⁷ (Çevrimiçi) <https://www.linguee.com/english-german/translation/blow+the+whistle.html>, e.t., 30.03.2022. “Whistleblowing” kavramının Türkçe karşılığı olan “Bilgi uçurma” terimini dilimize Ufuk Aydın kazandırmıştır. bkz. Aydın, a.g.e., (Whistleblowing), s.81.

³¹⁸ Özlem Çakır, “Çalışma Yaşamında Şiddet ve Suç Olgularının Önlenmesinde Bilgi İfşasının Yeri”, *Çimento İşveren Dergisi*, C.XXIX, S.3, 2015, s.14; Müller, a.g.e., s.426.

³¹⁹ Armin Engländer, Till Zimmermann, “Whistleblowing als strafbarer Verrat von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen? Zur Bedeutung des juristisch-ökonomischen Vermögensbegriffs für den Schutz illegaler Geheimnisse bei § 17 UWG”, *NZWiSt*, 2012, s.328; Alpagut, a.g.e., (İfşa-İhbar), s.3.

disiplinler arası tartışma çok çeşitli olduğundan, onu tanımlamaya yönelik farklı yaklaşımlar vardır. Uluslararası Çalışma Örgütü (International Labour Organization-ILO) bilgi uçurmayı “işverenlerin yasadışı, düzensiz, tehlikeli veya etik olmayan davranışlarının çalışanlar veya eski çalışanlar tarafından bildirilmesi” olarak tanımlamıştır³²⁰. Literatürde de bilgi uçurmaya ilişkin tanımlar getirilmiştir. Bilgi uçurma çalışanların, iş arkadaşlarının veya işverenin yasa ihlallerini işyerindeki iç organlara, kamu makamlarına, basına ya da üçüncü taraflara şikayet veya ihbar yoluyla bildirmesidir³²¹. Bir başka tanıma göre bilgi uçurma, bağımlı çalışanların kendi şirketlerinde veya kurumlarındaki şikayetler veya suistimaller hakkında devlet kurumlarına, basına veya diğer üçüncü taraflara yaptığı kritik beyan, şikayet veya bildirimdir³²².

Kamuoyu tartışmasında bilgi uçuran terimi ister yasal ihlaller ister ahlaki usulsüzlükler nedeniyle olsun, suistimalleri ortaya çıkaran ve sonuç olarak korunmaya ihtiyacı olan kişiler için sıklıkla kullanılmaktadır. Bilgi uçuran, çalışma ortamında veya faaliyet alanında insanlara ve topluma, çevreye veya toplumsal barışa yönelik, önemli ölçüde tehlikelerle bağlantılı yasadışılık, israf, dolandırıcılık, kötü yönetim, yetkinin kötüye kullanılması, sağlık, güvenlik veya çevre için önemli tehlike oluşturan ciddi suistimalleri, yetkili makamları veya halkı bilgilendirerek ortaya çıkaran ve bu sayede bunlarla mücadelede katkıda bulunan kişidir³²³.

İşyerinde baskılara maruz kalmamak için ihbarcı kimliğini gizlemeye çalışabilir. Ancak bu durum, şikayetlerin araştırılmasını tehlikeye atabilir. Çünkü ihbar alıcısı, kimliği bilinmeyen bir muhbirden şüphelenir. Bu nedenle ihbarcılar genellikle

³²⁰ Iheb Chalouat, Carlos Carrión-Crespo, Margherita Licata, **Law and Practice on Protecting Whistle-blowers in The Public and Financial Services Sectors**, International Labour Organization, Geneva, 2019, s.6.

³²¹ Gerrit Forst, “Strafanzeige gegen den Arbeitgeber – Grund zur Kündigung des Arbeitsvertrags?”, **NJW**, 2011, s.3477; Mustafa Alp, “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.XXIII, S.1, 2021, s.4.

³²² Müller, a.g.e., s.426.

³²³ Shalene Edwards, **Die Rechtmäßigkeit von Whistleblowing in der Öffentlichkeit nach der EMRK und nach deutschem Recht, Die Gesetzeslage und Gesetzgebungsvorschläge**, Peter Lang Verlag, Frankfurt, 2017, s.7; Mustafa Alp, “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.XV, Özel S., 2013, s.388-389; Gold, a.g.e., s.556-557; Király, a.g.e., s.146; Çakır, a.g.e., s.14.

kendilerini muhatabına tanıtırlar fakat kimliklerinin gizli tutulmasını talep ederler³²⁴. Fakat hukuka aykırı bildirimlerde işveren, ihbarda bulunanın adının öğrenilmesini talep edebilir³²⁵.

Belirtmek gerekir ki literatürde ileri sürülenin aksine bilgi uçurmanın, çalışanı medeni cesarete sahip bir aktör haline getirdiği ve “içsel istifa düşüncesini” ortadan kaldırdığını söylemek oldukça zordur³²⁶. İhbarcıya kurum içinde zorbalık yapılması ve diğer dışlama tekniklerinin uygulanması olasıdır. Bu tehlikeler ihbarcının yetkinliğini ve dürüstlüğünü sorgulayabilen güçlü kurumlardan, şikayetlere saplanmış işverenlerden ve çalışanlardan gelebilir³²⁷. Ne yazık ki ihbarcıların özel şirketlerde veya devlet makamlarında dahili veya harici olarak yasadışı uygulamaları ve kurumsal görevin kötüye kullanılması konusundaki endişelerini dile getiren bildirimleri, işverenlerinin, işveren vekillerinin veya meslektaşlarının çıkarlarını ihlal ettiğinden ve örgütsel hiyerarşiye meydan okuma olarak algılandığından bu kişiler disiplin cezası, ayrımcılık ve genellikle de işten çıkarılma ile karşı karşıya kalmaktadır³²⁸.

İşçinin bilgi uçurma konusuna bazen aşırı derecede takılma tehlikesi, çoğu zaman zihinsel ve duygusal durumunu tehdit eder. Misilleme korkusu, çalışanların sessiz kalmasının önde gelen nedenlerinden biridir. Bu korku çalışanların tespit ettikleri sorunları çözmek için hiçbir şey yapılamayacağı inancıyla birleşmektedir. Dolayısıyla işyerinde aniden yoğun bir tartışmanın merkezinde olmak, haber verilmeksizin işten çıkarıldıktan sonra sosyal açıdan zayıf bir konuma düşme tehlikesi sebebiyle bilgi uçurma, çok az kişinin üstesinden gelebileceğini düşündüğü bir görev olmaya devam etmektedir³²⁹.

³²⁴ Király, a.g.e., s.147.

³²⁵ Bernd Wiebauer, “Whistleblowing im Arbeitsschutz”, **NZA**, 2015, s.24.

³²⁶ Dieter Deiseroth, Peter Derleder, “Whistleblower und Denunziatoren”, **ZRP**, 2008, s.250; Alp, a.g.e., (Heinisch), s.400.

³²⁷ Deiseroth, Derleder, a.g.e., s.250.

³²⁸ Müller, a.g.e., s.425; Király, a.g.e., s.146; Gold, a.g.e., s.558; Kaptein, a.g.e., s.514; Alp, a.g.e., (Heinisch), s.403; Alpagut, a.g.e., (İfşa-İhbar), s.3.

³²⁹ Deiseroth, Derleder, a.g.e., s.250; Gold, a.g.e., s.558; Alp, a.g.e., (İhbar), s.15; Alpagut, a.g.e., (İfşa-İhbar), s.11.

3.2 Bilgi Uçurma Kavramının İçeriği

3.2.1 İhbarda Bulunan Kişinin İşyerindeki Pozisyonu

İhbarın kim tarafından yapıldığının dikkate alınması gereklidir. Öncelikle yönetici konumunda veya raporlama yapan çalışan grubunda bulunanlar ve diğer çalışanlar arasında bir ayrım yapılabilir. Bu kişilerin işverenlerine karşı, diğer çalışanlardan çok daha fazla sadakat borcu vardır. İşyeri için potansiyel olarak zarar verici olarak görülebilecek bir açıklama, vasıfsız bir işçi tarafından yapılıyorsa daha az önem taşımaktadır³³⁰. Fakat bu her durumda geçerli değildir. İşyerinde çalışan vasıfsız nitelikteki bir işçi de bazen görev alanı ile ilgili olmayan gizli bilgileri öğrenebilir. Dolayısıyla işyerindeki pozisyon, bir çalışanın işverenini ihbarda bulunmasına engel değildir. Kamu yararı açısından ihbarda bulunmaya ilişkin vatandaşlık hakkı, mesleki pozisyonlara ve işveren ya da üçüncü şahıslar tarafından yapılan sosyal değerlendirmelere bakılmaksızın herkese aittir³³¹.

3.2.2 İhbarın İçeriği

İhbar kapsamına işyerine ilişkin her olumsuzluk dahil edilemez. İşyerindeki sosyal normlardaki herhangi bir sapmadan, yürütülen rutin işle ilgili herhangi bir eksikliğe kadar her şey dışarı taşınırsa bu durum ihbar hakkının kötüye kullanılmasını kolaylaştırır ve işverene olan sadakat borcunu tehlikeye sokar. Muhbirlik daha ciddi sistem ihlallerini ele almak zorundadır³³².

Yapılan ihbar suç teşkil eden bir davranış olabilir. İşvereni tarafından yapılan vergi kaçakçılığının farkına varan çalışanın, sorumlu vergi dairelerine durumu bildirmesi, şirketinin kimyasal atık yönetimi uygulamalarının çevre için güvenli olmadığını farkında olan bir kimya çalışanınin yönetimi uygulamalarını değiştirmeye ikna etmekte başarısız olduktan sonra savcıları göreve çağırması, sosyal güvenlik fonlarının hileli kullanımının yetkililere bildiriimi örnek olarak

³³⁰ Berkowsky, a.g.e., s.61; Alp, a.g.e., (İhbar), s.167, 171; Çalışkan Yıldırım, Uğur, a.g.e., s.1189.

³³¹ Michael Simonet, "Notwendigkeit eines Gesetzes zum Schutz von Whistleblowern?", **RdA**, 2013, s.237.

³³² Deiseroth, Derleder, a.g.e., s.250; Király, a.g.e., s.148.

gösterilebilir. Bununla birlikte yasadışı olmayan ancak yine de tehlikeli, ahlaki açıdan kınanabilir veya en azından eleştiriye açık olan davranış ve koşulların ihbarı da mümkündür³³³.

3.2.3 İhbar Alıcısının Durumu ve Medyada Bilgi Uçurmanın Basın ile İlişkisi

Bilgi uçurma esas olarak dışsal ve içsel olmak üzere iki karakteristik biçimde ortaya çıkar. İhbar alıcısı işyerinin içinde veya dışında olabilir. İhbarcının işyeri içindeki bir birime başvurmasına iç ihbar adı verilir. Burada çalışanın işyerinde şikayetine ilişkin muhatapları genellikle işyerindeki şikayet büroları, denetçiler, yönetim ya da denetim kurulları, çalışan temsilcileridir. Dış bilgi uçurma, ihbar konusu hukuksuz bir davranış, işyeri dışından durdurabilecek veya düzeltebilecek bir kurum ya da topluluğa bildirmek olarak tanımlanır. Dış muhatap olarak savcılık, medya, çıkar grupları veya halk (örneğin halka açık etkinliklerde yapılan açıklamalarda) dikkate alınabilir. Harici ihbar alıcıları arasında tebligat almaya yetkili olanlar (polis, savcılık, vergi dairesi vb.) ile diğer üçüncü kişiler (basın, dernekler vb.) şeklinde bir ayrım da yapılabilir³³⁴.

Medya vasıtasıyla bilgi uçurma konusuna özel olarak değinilmesinde fayda vardır. Bilgi uçurma sürecinde günlük ya da haftalık gazete veya dergilerden oluşan klasik basın, yerini giderek günümüzde çok fazla kullanılan ve klasik basılı medyadan daha geniş kitleye ulaşan dijital ağ platformlarına bırakmaktadır³³⁵. Bilgi uçurma platformları, kendilerine bilgi uçuranlar yani gerçek ihbarcılar tarafından iletilen şikayetler hakkında bilgi yayınlama görevini üstlenmiş web siteleridir. Sosyal medya tek bir şemaya sıkıştırılamayacağı gibi bilgi uçurma platformları için de tek bir şema belirlenemez. Ancak bu platformlar bir posta kutusu sistemine dayanırlar. Web sitesi ziyaretçisi, örneğin “Gönder” gibi bir düğmeye tıklayarak dosyaları

³³³ Müller, a.g.e., s.426; Aydın, a.g.e., (Whistleblowing), s.85; Alp, a.g.e., (Whistleblowing), s.4.

³³⁴ Manfred Herbert, Jörg-Dieter Oberrath, “Schweigen ist Gold? Rechtliche Vorgaben für den Umgang des Arbeitnehmers mit seiner Kenntnis über Rechtsverstöße im Betrieb”, **NZA**, 2005, s.194; Hermann Reichold, “§ 55 Arbeits- und Ordnungsverhalten”, **Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 1: Individualarbeitsrecht I**, 5. Auflage, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 2021, Rn. 20; Müller, a.g.e., s.426; Kaptein, a.g.e., s.515; Simonet, a.g.e., s.236; Gold, a.g.e., s.557; Alp, a.g.e., (Heinisch), s.390; Çakır, a.g.e., s.15.

³³⁵ Edwards, a.g.e., s.9.

anonim olarak yükleme seçeneğine sahiptir. Platform çalışanları orijinal belgeleri inceler ve hangilerinin web sitesinde ne ölçüde yayınlanacağını seçer. Bunlar daha sonra internete yüklenir ve belirsiz bir grup insanın kullanımına sunulur³³⁶. Facebook, Twitter, Youtube gibi sosyal medya ağları da genellikle çalışanlar tarafından iddia edilen şikayetlerin veya organizasyonel eksikliklerin ortaya çıkarılması gibi operasyonel konularda yorum yapmak için kullanılmaktadır³³⁷.

Bir kişi, çalışma ortamından veya faaliyet alanından edindiği gizli olan bilgilerin medya vasıtasıyla kamuya açık hale gelmesine izin verirse suistimalleri ortaya çıkarabilir. Bir muhbir olarak hareket eder ve elindeki bilgileri aktararak bir yayın sürecini başlatır³³⁸. Yasal ihlallerin medya veya internet yoluyla ifşa edilmesi, genel olarak gizlilik yükümlülüğünü ihlal eder. Çünkü hukuk ihlallerinin kamuya açıklanması, işverenin itibarına ciddi ve muhtemelen onarılamaz bir şekilde zarar verebilir. İlgili bilgilerin medyaya ifşası bir şirkete, savcılığa suç duyurusunda bulunulmasından daha yıkıcı etki doğurur. Dürüst bir muhbir, şirketin itibarını zedeleyerek varlığını ve piyasadaki konumunu tehlikeye atmadan çalıştığı işyerini suistimallerden uzak tutmalıdır. Dolayısıyla halka açılma, çalışanın ancak son çare olarak başvuracağı bir yol olmalıdır³³⁹. Buna karşın muhalif görüşe göre, cezai kovuşturma makamı, cezai olmayan suistimal için yanlış muhataptır. İhbarcıların sadece yasadışı faaliyetleri değil, aynı zamanda ilgili ülkenin hukuk sistemindeki cezalandırılmayan suistimalleri de ifşa edebilmesi için ihbarda medyaya son çare olarak başvurulması doğru değildir³⁴⁰. Kanımızca çalışanın medyaya başvurmadan işvereni adına yetkililere bildirimde bulunması gibi “daha yumuşak” yolları kullanması önerilse de yetkililerin tepki göstermemesi veya yetersiz tepki vermesi ve ciddi suistimallerin olması durumunda kamu erişimi için medyaya başvurması doğrudur.

³³⁶ Edwards, a.g.e., s.10, 16.

³³⁷ Fuhlrott, Oltmanns, a.g.e., s.787.

³³⁸ Edwards, a.g.e., s.18.

³³⁹ Schmitt, a.g.e., (Geheimnisschutz), s.50; Herbert, Oberrath, a.g.e., s.199; Simonet, a.g.e., s.236.

³⁴⁰ Joachim Trebeck, Lisa Schulte-Wissermann, “Die Geheimnisschutzrichtlinie und deren Anwendbarkeit Auswirkungen auf Compliance und Whistleblowing im deutschen Arbeitsrecht”, *NZA*, 2018, s.1179.

3.2.4 Bildirilen Davranışın Kime Ait Olduğu

İşverenin suistimalinin yanı sıra, işverenin farkında olup olmadığına veya bunu onaylayıp onaylamadığına bakılmaksızın meslektaşlar veya amirler tarafından yapılan suistimaller de bilgi uçurma kapsamındadır³⁴¹.

3.2.5 Bilgi Uçurmanın İşlevi

İç ihbar sürecinin düzeltici işlevi vardır. İşleyen bir sistem, şirketlerin iç sorunlarını daha erken tespit etmesini ve sonuç olarak, genellikle varlıklarını tehdit eden eylemlerin hasar oluşmadan ortadan kaldırmasını mümkün kılar. Özellikle meydana gelmesi pek öngörülemez olan mali suç riskleri, yönetim bilincinin her zaman mevcut bir parçası değildir. Yönetim suistimallerin ortadan kaldırılmasına yönelik bildirimlerin kendilerine dahili olarak iletilmesine genellikle bağlıdır. Bu sebeple dahili bilgi uçurma, işveren tarafından arzu edilen bir davranıştır³⁴². Dolayısıyla işverenlerin yanlış bir davranıştan şüphelenen veya bunu gözlemleyen çalışanların “öteki tarafa bakmalarını” veya “kafalarını kuma gömmeyi” istemesinden ziyade, çalışanlarının bildirimlerini dikkate alması çok önemlidir³⁴³. Bilgi uçurmanın düzeltici işlevi, telafisi güç mağduriyetlerin önüne geçilmesi için bir erken uyarı sistemini temsil etmektedir. Ayrıca olası tazminat taleplerini önlemek için olası hasar ve risklerden mümkün olduğunca erken haberdar olmak da işverenin çıkarıdır³⁴⁴. Özellikle insan hatasından kaynaklanan afetlere ilişkin araştırmalar, çalışanların uyarılarına erken uyulması durumunda kazaların önlenebileceğini ortaya koymuştur. Örneğin, 28 Ocak 1986’da yedi mürettebat üyesinin hepsinin hayatını kaybettiği “Challenger” projesinde yer alan bir NASA mühendisi, uzay mekiğinde ciddi güvenlik eksiklikleri olduğunu defalarca üstlerine belirtmiştir. 3 Haziran 1987’de 189 yolcunun ölümüne neden olan “Herald of Free Enterprise” feribot kazasıyla ilgili raporda, işçilerin baş kapıları açık halde seyreden gemiyle ilgili endişelerini dile getirdikleri ortaya çıkmıştır. Soruşturma komisyonu, bu hassas öneri

³⁴¹ Müller, a.g.e., s.427.

³⁴² Simonet, a.g.e., s.238; Aydın, a.g.e., (Whistleblowing), s.88; Erdoğan, a.g.e., (İfade Özgürlüğü), s.212.

³⁴³ Kaptein, a.g.e., s.513.

³⁴⁴ Deiseroth, Derleder, a.g.e., s.250.

hak ettiği biçimde değerlendirmeye alınmış olsaydı felaketin önlenebileceği sonucuna varmıştır³⁴⁵.

Dış ihbar sürecinin şeffaflık ve düzeltici olmak üzere iki ana işlevi vardır. Kamuoyunun bir şikayet hakkında gizli bilgilerin yayınlanması yoluyla bir kuruluşun iç işleyişinden haberdar edilmesi nedeniyle dış ihbarın şeffaflık işlevi vardır³⁴⁶. Demokratik yönetim biçimine sahip bir devlette şeffaflık oldukça önemlidir. Fakat özel sektörde her durumda şeffaf hareket ilkesinden söz edilemez. Aksine, şirketlerin sırlarına ilişkin gizliliğin hüküm sürdüğü ticari bir faaliyet alanından bahsedilebilir³⁴⁷. Ancak bir şirkette kamu menfaatinin etkileyen hukuka aykırı durumlar varsa şeffaflık aranır. Bu sayede ihbarcılar, suistimallere karşı dış ihbarı ilk savunma hattı olarak kullandıklarında, işverenlerinin devlete hesap vermesine sebep olur. Böylece hukuk sistemine uyumun sürdürülmesi ve istismardan etkilenen hukuki menfaatlerin korunması için işveren tarafından önlemler alınabilir³⁴⁸.

Dış ihbar süreci, iç ihbar sürecinde olduğu gibi içeriden bir kontrol mekanizmasını temsil ettiği için düzeltici bir işleve sahiptir. Bir kurumda hukuka aykırı davranışlar her zaman denetleyiciler tarafından tespit edilemez. Bu nedenle dış ihbarın sosyal bir etkisi ve dolayısıyla ihbarcı ile çalıştığı işyeri arasındaki ilişkinin ötesine geçen bir boyutu vardır³⁴⁹.

3.3 Bilgi Uçurmaya İlişkin Yasal Düzenlemeler

Türk hukukunda bilgi uçurmaya ilişkin doğrudan açık bir yasal düzenleme bulunmasa da uluslararası düzeyde gösterilebilecek en önemli düzenleme ILO'nun 02.06.1982 tarihinde kabul ettiği, 12.10.1994 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan 04.01.1995'te yürürlük kazanan 158 sayılı Hizmet İlişkisine Son Verilmesi Sözleşmesi'dir³⁵⁰. Sözleşme m.5-c'ye göre, "*İşvereni şikayet etmek veya işveren aleyhine mevzuata aykırılık iddiasıyla başlatılmış sürece katılım veya işveren*

³⁴⁵ Müller, a.g.e., s.425.

³⁴⁶ Edwards, a.g.e., s.14.

³⁴⁷ Ansgar Ohly, "Der Geheimnisschutz im deutschen Recht: heutiger Stand und Perspektiven", **GRUR**, 2014, s.2.

³⁴⁸ Gold, a.g.e., s.558; Aydın, a.g.e., (Whistleblowing), s.89.

³⁴⁹ Edwards, a.g.e., s.16; Alp, a.g.e., (Heinisch), s.401.

³⁵⁰ Aydın, a.g.e., (Whistleblowing), s.89.

aleyhine idari makamlar nezdinde müracaatta bulunmak, ...” iş ilişkisine son vermede geçerli bir neden teşkil etmez. Ayrıca Avrupa Konseyi tarafından 04.11.1999’da imzaya açılan, Türkiye tarafından 27.09.2001 tarihinde imzalanan 24.04.2003 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanan Yolsuzluğa Karşı Özel Hukuk Sözleşmesi m.9’da “Taraflar kendi iç hukuklarında, iyi niyetle ve makul şüpheler temelinde, yolsuzluk fiillerini sorumlu kişi ya da makamlara ihbar eden görevlilere karşı doğrulanmamış her türlü haksız yaptırımın uygulanmaması amacıyla uygun bir koruma sağlamayı öngörürler.” hükmü yer almaktadır.

AY m.36/I’de herkesin meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle hak arama özgürlüğüne sahip olduğu, m.74’te vatandaşların ve karşılıklılık esası gözetilmek kaydıyla Türkiye’de ikamet eden yabancıların kendileriyle veya kamu ile ilgili dilek ve şikayetleri hakkında, yetkili makamlara ve TBMM’ye yazı ile başvurma hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir. Aynı zamanda 3701 sayılı Dilekçe Hakkının Kullanılmasına Dair Kanun’da bu hakkın nasıl kullanılacağı düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemelerde yer alan temel haklar herkese tanındığı için bu hakların kullanımı iş ilişkisinde de geçerlidir³⁵¹. TCK m.278’de de işlenmekte olan veya işlenmiş olmakla birlikte, sebebiyet verdiği neticelerin sınırlandırılması halen mümkün bulunan bir suçu yetkili makamlara bildirmemenin cezalandırılacağı, İK m.18/III-c’de “Mevzuattan veya sözleşmeden doğan haklarını takip veya yükümlülüklerini yerine getirmek için işveren aleyhine idari veya adli makamlara başvurmak veya bu hususta başlatılmış sürece katılma”nın fesih için geçerli sebep olamayacağı düzenlenmiştir. İK m.5’te düzenlenen ayrımcılık yasağı bilgi uçuran işçiyi ayrımcı davranışa karşı koruyucu niteliktedir. Madde kapsamında bilgi uçurma davranışı sebebiyle ayrımcılık yapılamayacağı açık olarak düzenlenmese de birinci fıkrada yer alan “ve benzeri “ sebeplerin bilgi uçuran kişileri de kapsamı gerekir. İşçinin hukuka aykırı bilgi uçurması durumunda da İK m.25/II-b ve d hükümleri uygulanacaktır³⁵². İSGK m.18/III’te çalışanların veya çalışan temsilcilerinin iş sağlığı ve güvenliği için alınan tedbirlerin yetersiz olduğu durumda ya da teftiş sırasında yetkili makama başvurularından dolayı haklarının kısıtlanamayacağı,

³⁵¹ Öktem Songu, a.g.e., (İfade Özgürlüğü), s.639.

³⁵² Aydın, a.g.e., (Whistleblowing), s.95; Alpagut, a.g.e., (İfşa-İhbar), s.5.

m.8/II’de işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanının iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili eksiklik ve aksaklıkları, tedbir ve tavsiyeleri belirleyerek işverene bildirmesi, işveren tarafından gerekli tedbirlerin alınmaması halinde Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı’nın yetkili birimine, varsa yetkili sendika temsilcisine, yoksa çalışan temsilcisine bildirimde bulunması düzenlenmiştir. Bu düzenlemelerle tüm çalışanların iş sağlığı ve güvenliğine yönelik eksikliklerle ilgili ihbar hakkının korunduğu görülmektedir³⁵³. Ayrıca bilgi uçurmaya yönelik mahkeme kararları bulunmaktadır. İçtihat hukuku, çalışanlar için bir yasa kadar kolay erişilebilir değildir. Diğer yandan içtihat hukuku ayrıntılı bir düzenleme sunmaz. Yalnızca potansiyel bir ihbarcının bilgi uçurmasına ilişkin bireysel bir vaka değerlendirmesi sunar³⁵⁴. Kanımızca bilgi uçurma hakkını tanımlayan, bu hakkın kullanımına yönelik gerekli koşul ve kullanım araçlarını belirten, hukuka uygun davranan işçi için koruyucu mekanizmalar öngören ayrıntılı mevzuat düzenlemesine ihtiyaç vardır. Söz konusu düzenlemeler yeterli değildir³⁵⁵.

Buna karşın nüfusun finans piyasası sektöründeki iş adamlarına karşı artan güvensizliğine istinaden, Amerikan yasa koyucusu şeffaflığın koruması gerektiğini öngörerek, 2002 yılında Sarbanes-Oxley Kanunu ile ihbarcılarını korumaya yönelik düzenleme getirmiştir. Bu düzenleme, çalıştığı kurumu ifşa eden ve bunun sonucu mali kaynakları ve dolayısıyla geçim kaynakları etkilendiği için savunmasız olan çalışanı işverenin misillemesinden korumayı amaçlamaktadır³⁵⁶.

Almanya’da ise Alman Ticari Sırlar Kanunu’ndan önce ihbarcılarının korunması için Medeni Kanun m.612a’ya başvuruluyordu³⁵⁷. Madde hükmüne göre işveren, çalışanın haklarını meşru bir şekilde kullanmasından dolayı ayrımcılık yapamaz. 2019 yılında ilk kez ifşanın meşruiyetine ilişkin kapsamlı düzenleme, ticari sırların edinilmesi, kullanılması ve ifşa edilmesine ilişkin çok sayıda düzenlemeyi ortaya

³⁵³ Ekmekçi, Köme Akpulat, Akdeniz, a.g.e., s.4; Civan, a.g.e., s.222; Kılış, a.g.e., s.170.

³⁵⁴ Simonet, a.g.e., s.237.

³⁵⁵ Aydın, a.g.e., (Whistleblowing), s.96; Alpagut, a.g.e., (İfşa-İhbar), s.5; Heper, a.g.e., s.1919; Çakır, a.g.e., s.19; Erdoğan, a.g.e., (İfade Özgürlüğü), s.214.

³⁵⁶ Joel D., Hesch, “Whistleblower Rights and Protections: Critiquing Federal Whistleblower Laws and Recommending Filling in Missing Pieces to Form a Beautiful Patchwork Quilt”, **Liberty University Law Review**, V.6, Iss.1, 2011, s.98; Gold, a.g.e., s.562; Kaptein, a.g.e., 514.

³⁵⁷ Forst, a.g.e., s.3477.

koyan Alman Ticari Sırlar Kanunu'yla getirilmiştir. Düzenleme, ifade özgürlüğü gibi yasal olarak korunan diğer menfaatler lehine sırların korunmasını sınırlandırmaktadır³⁵⁸. Söz konusu düzenlemeye göre bir ticari sırrı elde etmek, kullanmak veya ifşa etmek, genel kamu çıkarını korumaya, yasadışı bir eylemi veya mesleki diğer suistimalleri ortaya çıkarmaya uygunsa meşrudur (GeschGehG m.5/II) ve yasak kapsamında değildir (GeschGehG m.4/I)³⁵⁹. Bildirilen şikayetlere örnek olarak, işveren tarafından iş sağlığı ve güvenliği düzenlemelerinin ihlali, çevre koruma düzenlemelerinin ihlali, ihracat yasaklarının (özellikle silahlar için) ihlali, sosyal güvenlik ve vergi kanunu (örneğin vergi kaçakçılığı) ihlalleri verilebilir³⁶⁰.

Avrupa Birliği üye ülkelerinde bilgi uçurana yönelik çok farklı koruma seviyeleri olması sebebiyle Birlik, ihbarcılarının korunması konusunu üstlenmiştir. Avrupa Birliği Komisyonu Nisan 2018'de, Avrupa Birliği düzeyinde ihbarcı korumasını güçlendirmek için tek tip asgari standartlar belirlenmesine yönelik taslağı onaya sunmuş, taslak 2019'da Avrupa Parlamentosu tarafından onaylanmıştır³⁶¹. Avrupa Birliği'nin 2019/1937 sayılı Birlik Hukukuna Aykırılıkları Bildirenlerin Korunması Yönergesi çalışanın işletme içinde veya işletme dışında suistimalleri bildirmesi için yasal çerçevenin oluşturulması ve bildirim yapan kişinin baskılara karşı korunması şeklinde iki temel amaç izlemekte ve ayrıntılı hükümler içermektedir³⁶². Yönerge kişiler açısından geniş bir uygulama alanına sahip olup, bir işletmeyle "işle ilişkili bağlantı" içerisinde bulunan herkesi kapsama almış, sadece çalışan veya işçiyle sınırlı tutmamıştır³⁶³. Söz konusu yönergeyi dikkate alarak Avrupa Birliği ülkelerinin iki yıl içinde mevzuatlarını yönerge kapsamında düzenlemesi hedeflenmiştir³⁶⁴. Ülkemizde bilgi uçurmaya yönelik bir mevzuat

³⁵⁸ Schmitt, a.g.e., (Geheimnisschutz), s.50, 53.

³⁵⁹ Alman Ticari Sırlar Kanunu bilgi uçurmanın ne zaman yasal olduğu ve dolayısıyla korunmaya değer olup olmadığı konusunda kesin bir sınırlama içermediği ve ihbarcılarını korumak için açık prosedürel düzenlemelerden kaçınıldığı gerekçesiyle eleştirilmektedir. bkz. Henssler, a.g.e., BGB § 626, Rn. 188.

³⁶⁰ Reichold, a.g.e., § 54, Rn. 40.

³⁶¹ Henssler, a.g.e., BGB § 626, Rn. 187. İfşa-ihbar hakkına yönelik AB'nin 2019/1937 sayılı Yönergesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Alpagut, a.g.e., (İfşa-İhbar), s.15 vd.; Alp, a.g.e., (Whistleblowing), s.10 vd..

³⁶² Alpagut, a.g.e., (İfşa-İhbar), s.8.

³⁶³ Alpagut, a.g.e., (İfşa-İhbar), s.15.

³⁶⁴ Alpagut, a.g.e., (İfşa-İhbar), s.9.

düzenlemesine ihtiyaç duyulması karşısında, söz konusu yönerge hükümlerinin dikkate alınarak yasal düzenlemeye gidilmesinin önemli olduğunu düşünmekteyiz.

3.4 İşçinin Sadakat Borcu Kapsamında İşverenin Ticari Menfaatinin Korunması

3.4.1 Ticari Sır Kavramı

Çalışan görüşlerini ifade ederken, işverenin kişisel alanını da kapsamına alan işyerindeki gizlilik alanına saygı göstermekle yükümlüdür. Asgari düzeyde gizliliğin korunması, her istihdam ilişkisinin temelini oluşturmaktadır. Söz konusu durum işyerinden ayrılan çalışanlar için de geçerlidir³⁶⁵. Fakat işverenin menfaatinin korunmaya değer olup olmadığı, bilgilerin ticari sır (stratejiler, fikirler, örnekler, patentler, vb.) veya işverenin hukuka aykırı faaliyetleri ile ilgili bilgiler olup olmadığına bağlı olarak değişebilmektedir³⁶⁶. İş sırları ve ticari sırların ekonomik verimliliği arttırması, bu sırların korunmasını gerekli kılar. Şirketler piyasada gelişebilmeleri için korunan bir gizlilik alanına ihtiyaç duyarlar. Sırların korunması rekabetin haksız bir şekilde kısıtlanması olmayıp, rekabetin işleyiş şartlarını garanti etmektedir³⁶⁷.

Uşan'ın tanımıyla iş sırrı, iş ve işyeri ile ilgili olan üçüncü kişilerce bilinmeyen, aleniyet kazanmamış, kamuya mal olmamış fakat işyerinde çalışan kişi ya da sınırlı sayıdaki kişiler tarafından bilinen, haklı menfaatinin bulunması sebebiyle işverenin başkalarının öğrenilmesini istemediği, kolayca öğrenilemeyen her türlü bilgidir³⁶⁸. Dolayısıyla iş sırrı kavramı, meslek sırrı ve ticari sır kavramına göre daha geniştir. Meslek sırrı çalışanın mesleğini icra ettiği sırada öğrendiği mahrem bilgilerken ticari sır, bir ticari faaliyetle ilgili, yalnızca dar sınırlı bir grup insan tarafından bilinen, açık olmayan ve meşru bir ekonomik çıkar nedeniyle işverenin iradesiyle gizli

³⁶⁵ Söllner, a.g.e., s.403; Burr, a.g.e., s.115.

³⁶⁶ Müller, a.g.e., s.427.

³⁶⁷ Ohly, a.g.e., s.3.

³⁶⁸ M. Fatih Uşan, "Eski İşçinin Sır Saklama Borcu (Karşılaştırmalı Bir İnceleme), **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S.1, 2006, s.53-54.

tutulması gereken gerçekler anlamına gelir. Ticari sır niteliği taşıyan bilgiler ekonomik değer taşıdığından işletmenin değerini arttırmaktadır³⁶⁹.

Almanya’da ticari sır kavramının 2019 yılında Alman Ticari Sırlar Kanunu’nda³⁷⁰ ilk kez hukuki tanımı yapılmıştır. Ticari sır; (a) genel olarak bilinmeyen, bileşenlerinin düzeni ve bileşimine bu tür bilgilerle ilgilenen çevredeki kişiler tarafından kolayca erişilemeyen ve bu nedenle ekonomik değeri olan, (b) içinde bulunulan koşullar altında hak sahibi tarafından makul gizlilik önlemlerine konu olan ve (c)³⁷¹ gizli tutulmasında meşru menfaatin olduğu bir kavramdır (GeschGehG m.2/I). Kanun’un gerekçesine göre, hangi tür gizlilik önlemlerinin somut olarak alınması gerektiği, ticari sırrın niteliğine ve kullanımının somut koşullarına bağlıdır. Gizlilik önlemleri alınırken, özellikle ticari sırrın değeri ve geliştirme maliyeti, bilginin doğası, şirket için önemi, şirketin büyüklüğü, şirketteki olağan gizlilik önlemleri, bilgilerin ifşadan etkilenme düzeyi ve niteliği, çalışanlar ve iş ortakları ile kararlaştırılan sözleşme düzenlemeleri dikkate alınmalıdır³⁷².

Hukukumuzda ticari sır, Banka Sırrı ve Müşteri Sırrı Hakkında Kanun Tasarısı³⁷³ m.2/a’da *“Ticarî sır: Bir ticarî işletme veya şirketin faaliyet alanı ile ilgili yalnızca belirli sayıdaki mensupları ve diğer görevlileri tarafından bilinen, elde edilebilen, özellikle rakipleri tarafından öğrenilmesi halinde zarar görme ihtimali bulunan ve üçüncü kişilere ve kamuya açıklanmaması gereken, işletme ve şirketin ekonomik hayattaki başarı ve verimliliği için büyük önemi bulunan; iç kuruluş yapısı ve organizasyonu, malî, iktisadî, kredi ve nakit durumu, araştırma ve geliştirme çalışmaları, faaliyet stratejisi, hammadde kaynakları, imalatının teknik özellikleri, fiyatlandırma politikaları, pazarlama taktikleri ve masrafları, pazar payları, toptancı*

³⁶⁹ Laura Schmitt, “Whistleblowing revisited – Anpassungs- und Regelungsbedarf im deutschen Recht Zugleich ein Beitrag zu den arbeitsrechtlichen Auswirkungen der Geheimnisschutzrichtlinie”, **RdA**, 2017, s.369; Herbert, Oberrath, a.g.e., s.195; Demir, Demir, a.g.e., s.24; Uşan, a.g.e., s.53; Karaahmetoğlu, a.g.e., (Ticari Sır), s.1301.

³⁷⁰ Almanya’da Alman Ticari Sırlar Kanunu, gizli bilgi birikiminin ve gizli ticari bilgilerin (ticari sırların) yasadışı edinim, kullanım ve ifşaya karşı korunmasına ilişkin 8 Haziran 2016 tarihli 2016/943/EU sayılı Direktifin uygulanmasıyla 26 Nisan 2019’da yürürlüğe girmiştir.

³⁷¹ Meşru (ekonomik) menfaat kavramı Alman Federal İş Mahkemesi’nin vermiş olduğu kararların geleneksel formülünün bir parçası olsa da yasal anlamda ilk kez “ifşa etmeme konusunda meşru bir menfaatin bulunması” ifadesi Kanun’da yerini almıştır. Ulrich Preis, Stephan Seiwert, “Geheimnisschutz im Arbeitsrecht nach dem Geschäftsgeheimnisgesetz”, **RdA**, 2019, s.353.

³⁷² Preis, a.g.e., BGB § 611a, Rn. 712; Preis, Seiwert, a.g.e., s.352.

³⁷³ <http://kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamalari/Tbmmkms/Tbmmkom/ticarisir.pdf>, e.t., 02.10.2022.

ve perakendeci müşteri potansiyeli ve ağırları, izne tâbi veya tâbi olmayan sözleşme bağlantılarına ilişkin veya bu gibi bilgi ve belgeleri,” ifade etmektedir. Ayrıca 04.06.2021 tarih 31501 sayılı Sır Niteliğindeki Bilgilerin Paylaşılması Hakkında Yönetmelik m.4/I’de “Sıfat ve görevleri dolayısıyla bankalara veya müşterilerine ait sırları öğrenenler, söz konusu sırları bu konuda kanunen açıkça yetkili kılınan mercilerden başkasına açıklayamazlar. Bu yükümlülük görevden ayrıldıktan sonra da devam eder.” düzenlemesi yapılmıştır.

Ticari sır kavramı, gizli tutulmasında meşru bir menfaat ve beklentinin olduğu teknolojik bilgileri de kapsayacak nitelikte olmalıdır³⁷⁴. Teknik bilgi bir hizmet buluşuna ne kadar benzerse, belgelerde ne kadar fazla yer alır ve bir çalışanın olağan becerilerinden ne kadar ayırt edilebilirse ticari sır olarak kabul edilmesi o kadar olasıdır. Örneğin bir makinenin tarifi veya özel tasarımı genellikle bir çalışanın işyerinden ayrıldıktan sonra kullanamayacağı bir ticari sır olarak kabul edilmelidir. Ticari sır niteliği taşıyan bu bilgiler emek isteyen yoğun çabalar sonucu elde edildiğinden, bu bilgilerin korunması önemlidir³⁷⁵.

Ticari sırrın açıklanması, kişinin kendi rekabetçi konumunu kötüleştirmeye veya bir rakibin durumunu iyileştirmeye elverişli olmalıdır³⁷⁶. Mannheim Yüksek İdare Mahkemesi’ne göre ticari sır, yalnızca çok sınırlı bir grup insan tarafından bilinmesi ve bir ticari faaliyetle ilgili gerçeklerin, meşru bir ekonomik çıkar nedeniyle işverenin iradesiyle gizli tutulması durumunda söz konusudur. Dolayısıyla bu insan grubunun, sırrın ticari faaliyetle ilişkisinin farkında olması önemlidir³⁷⁷.

Belirtmek gerekir ki işletme sahibinin de sır saklama iradesi olmalıdır ve bu irade beyan edilmeli veya en azından bilinebilir olmalıdır. Bunun gizli tutulan gerçeğin niteliğinden kaynaklanması yeterlidir. Bu nedenle şirkette, içinde bulunan tüm kişiler için açık olmayan böyle bir iradenin olduğu varsayılmalıdır. Gizliliği korumak için genel veya varsayımsal bir istek yeterlidir. Fakat münferit durumlarda, sır sahibi, bu bilgilerin hangi kişilere emanet edilebileceğini belirlemelidir. Bu

³⁷⁴ Preis, Seiwerth, a.g.e., s.353.

³⁷⁵ Ohly, a.g.e., s.10; Karaahmetoğlu, a.g.e., (Ticari Sır), s.1302.

³⁷⁶ Ansgar Ohly, “UWG § 17 Verrat von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen”, **Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb**, 7. Auflage, C.H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, München, 2016, Rn.12.

³⁷⁷ VGH Mannheim, 03.03.1982 - 9 S 2509/81, **NJW**, 1983, s.134.

kapsamda sırrın sahibi, bilgiyi korumak için uygun teknik ve organizasyonel önlemleri almalıdır. Bir bilgi sınıflandırmasında, işletmedeki hangi bilgilerin gizlilik kapsamında tutulması gerektiği belirlenmelidir. Hukuki güvenlik nedeniyle özellikle önemli ya da daha yüksek düzeyde sınıflandırılmış bilgiler açıkça “gizli” olarak tanımlanmalıdır. İlgili tüm personel ticari sırrın korunmasına yönelik uygun şekilde eğitilmelidir. Yeterli bir bilgi koruma sistemine sahip olmayan işveren, ticari sırrının ihlal edildiğine ilişkin bir iddiayı ileri süremez. Sır sahipleri iddialarını haklı çıkarmak için uygun gizlilik önlemlerini aldıklarını ihlal sürecinde kanıtlamak zorundadır³⁷⁸.

İşletme sahibinin gizlilik konusunda meşru bir ekonomik çıkarı olması gerektiğinden, haklı bir menfaati yoksa keyfi olarak her şeyin gizliliğini talep etme hakkı yoktur. Diğer bir deyişle, ticari değer gizlilik statüsünden kaynaklanmıyorsa gizlilikte ekonomik çıkar olamaz. Ekonomik menfaat kriteri, keyfilikten kaçınmak için orantılılık ilkesine göre çıkarları tartmaya hizmet eder³⁷⁹.

3.4.2 İşçinin Sadakat Borcu Kapsamında İşverene Ait Bilgileri Gizli Tutma Yükümlülüğü

İfade özgürlüğünün izin verilen bir kısıtlaması, sözleşmeden doğan sadakat borcundan kaynaklı gizliliğe ilişkin yükümlülüklerden de kaynaklanabilir³⁸⁰. Sadakat, güvenilirliğe dayalı olarak bir kişinin karşısındakine dışsal ve içsel tutumu anlamına gelir. İnanç, böyle bir tutuma güvenmek demektir. Bir sözleşme ilişkisinde işçi işverene karşı güvenilirlik ve kanaat ile karakterize edilen bir tavır almalı, işveren de işçinin aynı tavrı sergileyeceğine güvenmelidir³⁸¹.

İş ilişkisinde sadakat yükümlülüğü, işçinin işverenin haklı menfaatlerine zarar vermeyecek şekilde davranmasını gerektiren bir yan yükümlülüktür (TBK m.396/I). Çalışanlar işverenin çıkarlarını ve işverenine bağlılığı göz önünde bulundurarak üretim ve meslek sırlarını gizli tutmakla yükümlüdür. Söz konusu yükümlülük iş

³⁷⁸ Schulte-Wissermann, a.g.e., s.1177; Schmitt, a.g.e., (Whistleblowing), s.369; Kayırgan, a.g.e., s.467.

³⁷⁹ Preis, Seiwert, a.g.e., s.352; Ohly, a.g.e., UWG § 17 Rn. 12.

³⁸⁰ Kissel, a.g.e., s.152.

³⁸¹ Müller, a.g.e., s.436.

ilişkisinden sonra da devam eder (TBK m.396/IV)³⁸². Haklı menfaat, meşru ya da hukuka uygun menfaattir. İşverenin haklı bir menfaati yoksa işçinin sadakat borcundan bahsedilemez³⁸³.

Alman Medeni Kanunu'nda sözleşme ilişkisinin içeriğine göre her bir tarafın karşısındakinin hak ve menfaatlerini dikkate almakla yükümlü olduğu düzenlenmiştir (BGB m.241/II). Fakat Alman Ticari Sırlar Yasası'nın metninde, ticari sırların korunmasının taraflar arasında başka bir anlaşma olmasa bile iş sözleşmesi kapsamında (ikincil) bir yükümlülük olduğu açıkça belirtilmese de GeschGehG m.4/II'nin gerekçesinde ticari sırlara erişim yetkisinin genellikle çalışanların elinde olduğu, bir ticari sırrı kullanırken veya ifşa ederken çalışanların sözleşmeden doğan yükümlülükleri ihlal edebileceği, iş ilişkisinde gizlilik ve sadakatin, çalışanın sözleşmeden doğan temel yükümlülüklerinden olduğu belirtilmiştir. Gerekçeden taraflar arasında anlaşma olmasa da ticari sırların korunmasının iş sözleşmesi kapsamında ikincil yükümlülük olduğu anlaşılmaktadır³⁸⁴.

Sadakat borcu işçinin sözleşme hedeflerine ulaşılmasını tehlikeye atabilecek veya engelleyebilecek herhangi bir şey yapmaktan kaçınmasını içerir. Dolayısıyla bu yükümlülük, çalışanın fiili çalışma görevi dışındaki diğer görevleri (ikincil görevler) için genel bir terim olarak görünmektedir. Bu ikincil yükümlülüğü ihlal eden bir çalışan, iş sözleşmesinin gerekliliklerini hukuka uygun bir şekilde yerine getiremez³⁸⁵. Alman Federal Yargıtayı'na göre çalışan, şirketin kararlarını oluştururken ve uygularken bağlı olduğu veya genel olarak herhangi bir işbirliği için vazgeçilmez olan bir gizlilik ortamına duyulan ihtiyacı dikkate almalıdır³⁸⁶.

İşçinin sadakat yükümlülüğü, işverenin ticari çıkarlarını dikkate alarak iş sırlarını gizli tutma ve koruma yükümlülüğünü de içerir. Gizlilik yükümlülüğü, çalışanın operasyonel faaliyetleriyle bağlantılı olarak öğrendiği ve gizliliği işverenin

³⁸² Alpagut, a.g.e., (Sadakat), s.25.

³⁸³ Ekmekçi, Yiğit, a.g.e., s.396; Alp, a.g.e., (İhbar), s.121;

³⁸⁴ Preis, Seiwerth, a.g.e., s.356; Lützel, Bissels, a.g.e., s.500; Alpagut, a.g.e., (Sadakat), s.28.

³⁸⁵ Müller, a.g.e., s.429; Király, a.g.e., s.146; Aydın, a.g.e., (Whistleblowing), s.83; Alp, a.g.e., (Heinisch), s.403.

³⁸⁶ BGH, 20.01.1981 - VI ZR 162/79, NJW, 1981, s.1089.

çıkartına olan gerçekleri veya süreçleri aıklamamasını ve susmasını zorunlu kılar³⁸⁷. Fakat herkes tarafından bilinen olay ve usuller işverence sır olarak nitelendirilse bile sır kapsamında sayılmaz³⁸⁸. İşçinin sadakat borcu kapsamında susma yükümlülüğü söz konusu olduğu durumlarda ifade özgürlüğü arka planda kalır. Bu yan yükümlülük ifade özgürlüğünün sınırını oluşturur. Aksi halde İş Kanunu m.25/II-b “işçinin ... işveren hakkında şeref ve haysiyet kırıcı asılsız ihbar ve isnadlarda bulunması” ve m.25/II-e “İşçinin, işverenin güvenini kötüye kullanmak, hırsızlık yapmak, işverenin meslek sırlarını ortaya atmak gibi doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlarda bulunması” hükümleri uyarınca işçi haklı nedenle fesih veya sadakatsizlik düzeyine varmayan, yetersiz bir bağlılık düzeyinde kalan, iş ilişkisindeki güveni tamamen ökertmeyen ancak sarsan ifadeler ve davranışlara dayalı geçerli fesih ile karşı karşıya kalabilir³⁸⁹.

Belirtmek gerekir ki bir çalışanın şirket ve iş sırlarını bir sosyal medya platformunda yayınlaması da işveren için çok büyük zarar potansiyeli barındırmaktadır. İnternet ortamında yayılan ifadelerin bulunmasının kolay olması, hızlı yayılma olanakları ve dünya çapında sıklıkla erişilebilir olması nedeniyle şirket sırlarının rakiplere ulaşmasından endişe duyan işveren için büyük bir risk bulunmaktadır. İşverenin ticari sırlarının açıklanması bir eleştiri sonucu da gerçekleşebilir. Fakat söz konusu durum bir eleştirden ziyade işverenin gizlilik alanına saldırı olarak kabul edilir. Ayrıca çoğu durumda bu ifşalar çalışanın kasıtlı bir eyleminden kaynaklanmaz. Özellikle Facebook’taki veya uzman forumlarındaki teknik tartışmalarda, şirket içi bilgilerin (ihmkar) açığa çıkma riski yüksektir ve işveren için bununla bağlantılı tehlikeler ciddidir³⁹⁰. Dolayısıyla çalışanın operasyonel süreçler hakkında gizliliği koruması ve üçüncü şahıslarla işverenin itibarına zarar verecek iletişimden kaçınması gerekir. Bu özen yükümlülüğü,

³⁸⁷ Schmitt, a.g.e., (Whistleblowing), s.366; Herbert, Oberrath, a.g.e., s.195; Oğuz, a.g.e., (Sosyal Medya), s.1187.

³⁸⁸ Aydın, a.g.e., (Whistleblowing), s.84; Alpagut, a.g.e., (Sadakat), s.28.; Uşan, a.g.e., s.54.

³⁸⁹ Okur, a.g.e., (Düşünce), s.62; Alp, a.g.e., (Heinisch), s.405; Öktem Songu, a.g.e., (Sataşma), s.140.

³⁹⁰ Burr, a.g.e., s.115; Bissels, Lützel, Wisskirchen, a.g.e., s.2435; Öktem Songu, a.g.e., (İfade Özgürlüğü), s.636.

çalışanın şirketteki konumu ile ilgili olarak öğrendiği ve gizliliği işverenin menfaatine olan tüm süreç ve olguları kapsar³⁹¹.

Çalışanın işyerindeki konumuyla bağlantılı olarak öğrendiği ve gizliliği işverenin çıkarına olan tüm süreçler ve gerçekleri gizli tutma yükümlülüğü yalnızca gizli bilgilerin ifşasını değil, aynı zamanda yetkisiz edinilmesini de yasaklar³⁹². Edinme, sır sahibinin izni olmaksızın yetkisiz erişim, izinsiz el koyma veya izinsiz kopyalama yoluyla gerçekleştirilmişse hukuka aykırı sayılır³⁹³. TCK m.239/I'e göre de *“Sıfat veya görevi, meslek veya sanatı gereği vakıf olduğu ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgeleri yetkisiz kişilere veren veya ifşa eden kişi, şikayet üzerine, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır”*. Alman Federal İş Mahkemesi kararına göre bir çalışan işverenin rızası olmadan, işverene ait şirket belgelerini veya verileri iş amaçları dışında çoğaltamaz. Bu şartın hukuka aykırı ve kusurlu bir şekilde ihlalinin iş ilişkisinin sona erdirilmesi için bir neden oluşturup oluşturmadığı, özellikle çalışanın motivasyonuna ve işveren için olası olumsuz sonuçlara bağlıdır³⁹⁴. Kanımızca çalışan, işverenin gizlilik alanına hukuka aykırı bir şekilde girerek elde ettiği bilgiyi kamuya aktarırsa ve bu bilgi suç oluşturuyorsa işveren bilginin hukuka aykırı elde edildiğini ileri sürerek cezai takipten kurtulamaz. İşçinin sadakat borcu gereği her ne kadar işverenin menfaatlerini koruma yükümlülüğü bulunsa da ifade özgürlüğü açısından yalnız kendi yararı için değil, demokratik toplum düzeninin menfaati için de ifşa ihbar hakkının varlığı kabul edilmelidir. Bu hakkın sadakat borcu ile kullanılamaz hale getirilerek özüne dokunulmaması gereklidir³⁹⁵.

3.4.3 İş Sözleşmesi Kapsamında Gizlilik Yükümlülükleri

Çalışanın özel bir anlaşma olmasa bile ticari sırları ifşa etmeme konusunda sadakat borcu gereği ikincil bir yükümlülüğü vardır³⁹⁶. Dolayısıyla iş sözleşmesinde çalışanın iş sırlarını ifşa etmemesini öngören maddeler, genel gizlilik

³⁹¹ Müller, a.g.e., s.429.

³⁹² Reichold, a.g.e., § 54, Rn. 38.

³⁹³ Schmitt, a.g.e., (Whistleblowing), s.370.

³⁹⁴ BAG, 08.05.2014 – 2 AZR 249/13, **NZA**, 2014, s.1258.

³⁹⁵ Alp, a.g.e., (Heinisch), s.414; Kayırgan, a.g.e., s.466.

³⁹⁶ Preis, Seiwerth, a.g.e., s.355; Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, Özkaraca, a.g.e., s.308.

yükümlülüğünün ötesine geçmemekte, açıklayıcı nitelik taşımaktadır³⁹⁷. Ancak gizlilik yükümlülüğü, iş sözleşmeleri ile genişletilebilmektedir. Sözleşme kapsamına iş sözleşmesinin sona erdiği süreçte öğrenilen tüm ticari veya operasyonel gerçeklerin gizliliğinin taahhüt edildiği, işverene karşı rekabeti kısıtlayan hükümler konulabilir³⁹⁸. İşveren ticari sırlarının korunmasını iş sözleşmesinden ayrı olarak düzenlenen sözleşme sonrası geçerli olan bir rekabet yasağı sözleşmesi yoluyla da sağlayabilir. Rekabet yasağı sözleşmesi işçi ile işveren arasında yapılan anlaşma ile sözleşmenin sona ermesinden sonra belli sınırlar içinde (TBK m.445) işçinin işvereni ile rekabete girmesini yasaklayan sözleşmedir (TBK m.444). Rekabet yasağı sözleşmesi yapılabilecek kişiler, işverenin müşteri çevresini, sırlarını, işleri hakkındaki bilgileri başka bir işyerinde kullanarak zarar verme ihtimali olan kişilerdir. Rekabet yasağı ihlali için işçinin mutlaka işverene somut bir zarar vermiş olma şartı aranmaz. Zarar tehlikesi yaratacak bir faaliyette bulunulması da yasağın ihlali anlamına gelir³⁹⁹. İşçinin rekabet yasağı sözleşmesine aykırı davranışı sonucu işveren zararının giderilmesini isteyebilir (TBK m.446)⁴⁰⁰.

Bununla birlikte ticari sırların korunmasına yönelik kişilik hakkını sınırlandıran kapsamlı bir anlaşma sözleşme tarafını makul olmayan bir şekilde dezavantajlı hale getiriyorsa geçersizdir. Türk Medeni Kanunu'nda da kimsenin özgürlüklerinden vazgeçemeyeceği veya onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlayamayacağı düzenlenmiştir (TMK m.23/II). Bir gizlilik yükümlülüğünün etkinliği için ön koşul, yalnızca belirli gerçeklerin ifşa edilmemesine ilişkin meşru bir ticari menfaattir⁴⁰¹. Tüm ticari işlemlerin ayırım gözetmeksizin gizliliğe tabi olduğu sözleşme hükümleri geçersizdir⁴⁰². Çalışanın gizlilik yükümlülüğü, mesleki özgürlüğünün makul olmayan bir biçimde kısıtlanmasına yol açmamalıdır⁴⁰³. Alman Federal İş Mahkemesi'nin içtihadına göre ticari sırlar, çalışanın özellikle mesleki bilgisinin ve dürüstçe edindiği bilgilerin kullanımının makul olmayan biçimde kısıtlanmaması şartıyla prensip

³⁹⁷ Preis, Seiwerth, a.g.e., s.356; Preis, a.g.e., BGB § 611a, Rn. 715.

³⁹⁸ Reichold, a.g.e., § 54, Rn. 39.

³⁹⁹ Ekmekçi, Yiğit, a.g.e., s.402.

⁴⁰⁰ Preis, a.g.e., BGB § 611a, Rn. 716; Demir, Demir, a.g.e., s.22; Karaahmetoğlu, a.g.e., (Ticari Sır), s.1308; BAG, 15.12.1987 - 3 AZR 474/86, **NZA**, 1988, s.502.

⁴⁰¹ Reichold, a.g.e., § 54, Rn. 39; Preis, a.g.e., BGB § 611a, Rn. 715; Okur, a.g.e., (Düşünce), s.49.

⁴⁰² Trebeck, Schulte-Wissermann, a.g.e., s.1177; Öktem Songu, a.g.e., (İfade Özgürlüğü), s.633.

⁴⁰³ Preis, a.g.e., BGB § 611a, Rn. 716.

olarak iş ilişkisinin sona ermesinin ötesinde devam eden ikincil bir görev olarak korunmak zorundadır⁴⁰⁴. Dolayısıyla hukuka uygun olarak elde edilen bilgilere ilişkin olarak çalışanın iş ilişkisinin sona ermesinden sonra kısıtlama olmaksızın ve süresiz olarak gizliliği zorunlu kılan hükümler, makul olmayan bir dezavantaj teşkil eder ve etkisizdir (TBK m.445/I)⁴⁰⁵. Örneğin, taraflar arasında yapılan rekabet yasağı sözleşmesinde, iş sözleşmesi sona erdikten sonra çalışanın istihdam süresi boyunca edindiği deneyim bilgisinin sır kapsamına gireceğine ilişkin hüküm geçersizdir⁴⁰⁶. Küçük bir işletme en yetenekli ustasını kaybederse, işletmenin hayatta kalması tehlikeye girebilir. Ancak bu durum ustanın yeteneklerini rakip bir şirkette kullanamayacağı anlamına gelmez⁴⁰⁷. Alman Federal Yargıtayı vermiş olduğu bir kararda daha açık bir biçimde, iş ilişkisi sona eren çalışanın, özel bir anlaşma olmaksızın iş ve iş sırları konusunda iş hukuku kapsamında gizlilik yükümlülüğü altında olduğunu, fakat edindiği mesleki deneyim bilgisinin kullanılmasına izin verilmesi gerektiğini belirtmiştir⁴⁰⁸. Dolayısıyla eski işverenin şirket sırlarının korunmasındaki menfaati ile eski çalışanın mesleki gelişim menfaatinin dengelenmesi gereklidir⁴⁰⁹.

3.5 Yargının Çalışanın Bilgi Uçurmasına Yönelik Getirdiği Kriterler

Hukuk literatüründe ve içtihatla tartışmanın odak noktası, bilgi uçurmanın doğurduğu hukuki sonuçlardır⁴¹⁰. Bilgi uçurma sürecinde birincil soru, bilgi uçurmanın sözleşme yükümlülüklerini ihlal edip etmediğidir. İş sözleşmesi kapsamındaki sadakat yükümlülüğünün ihlali burada dikkate alınmaktadır⁴¹¹. Aynı zamanda çalışanın işverenin hukuka aykırı davranışlarını öğrenmesi durumunda ihbarda bulunma hakkının belirli kısıtlamalara tabi olup olmadığı önem taşımaktadır. Çalışan önce işyeri içinde bir çare bulmaya mı çalışmalı, yoksa sorumlu dış kurumlarla (savcılıklar, ticaret müfettişlikleri vb.) doğrudan iletişime mi geçmeli?

⁴⁰⁴ BAG, 15.06.1993 - 9 AZR 558/91, **NZA**, 1994, s.502.

⁴⁰⁵ LAG Köln, 02.12.2019 - 2 SaGa 20/19, **BeckRS**, 2019, s.44850.

⁴⁰⁶ Trebeck, Schulte-Wissermann, a.g.e., s.1177; Alpagut, a.g.e., (Sadakat), s.29; Uşan, a.g.e., s.54; Kayırgan, a.g.e., s.471; Karaahmetoğlu, a.g.e., (Ticari Sır), s.1310.

⁴⁰⁷ Ohly, a.g.e., s.10.

⁴⁰⁸ BGH, 03.05.2001 - I ZR 153/99, **GRUR**, 2002, s.91.

⁴⁰⁹ Ohly, a.g.e., s.10.

⁴¹⁰ Edwards, a.g.e., s.2.

⁴¹¹ Müller, a.g.e., s.427.

Söz konusu durum bir yandan işçinin sadakat yükümlülüğü diğer yandan işçinin bilgi uçurma hakkı (veya yükümlülüğü) arasında çözümlenmesi zor bir çelişki yaratmaktadır⁴¹².

AİHS m.10’da korunan ifade özgürlüğü iş ilişkisinde de geçerlidir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi düzeyinde ihbarcılarının korunması, öncelikle ihbarcılığın ifade özgürlüğünün koruma alanına dahil edilmesiyle gerçekleşir⁴¹³. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ihbar faaliyeti söz konusu olduğunda belli prensiplerden hareket etmektedir⁴¹⁴. Mahkeme başvuranın bilgileri ihbar ederken başka yolunun olup olmadığı incelenmektedir. Mahkeme’ye göre, işyerinde çalışan kişinin ilk olarak üstüne ya da işyerinde bulunan yetkili makama bilgilendirmede bulunması gerekir. Kamuoyuna ihbarda bulunma yoluna başka şekilde hareket etmenin mümkün olmadığı durumlarda son çare olarak başvurulmalıdır⁴¹⁵. İkinci olarak Mahkeme, ihbar edilen bilgilerdeki kamu çıkarını göz önünde bulundurur. Bazı bilgiler için kamuoyu yararı, kanunun dayattığı gizlilik yükümlülüğünden büyük olabilmektedir⁴¹⁶. Üçüncü olarak ihbar edilen bilgilerin gerçekliği araştırılır. Bilgileri ihbar eden kişi koşulların izin verdiği ölçüde özenli davranmalı, bilgilerin kesin ve güvenli olduğu inancıyla hareket etmelidir⁴¹⁷. Dördüncü olarak ihbarın çalışılan işyerine verdiği zarar ile kamunun bu ihbardan sağlayacağı faydanın önemi tespit edilir⁴¹⁸. Beşinci olarak ihbarda bulunan kişinin korumadan yararlanıp yararlanmaması açısından güttüğü amaç tespit edilir. Kişisel nefret sebebiyle veya şahsi bir kazanç gibi kişisel çıkarlar için gerçekleştirilen fiiller korumadan yararlanmaz. Kişinin iyi niyetine, bilginin gerçek olduğu yönündeki kanaatine ve

⁴¹² Müller, a.g.e., s.427.

⁴¹³ Daniel Ulber, “Whistleblowing und der EGMR”, **NZA**, 2011, 962; Schmitt, a.g.e., (Whistleblowing), s.366.

⁴¹⁴ AİHM, Guja v. Moldova, B. No:14277/04, T.:12.02.2008, (Çevrimiçi) <http://hudoc.echr.coe.int/app, e.t., 30.03.2021>.

⁴¹⁵ AİHM, Haseldine v. Birleşik Krallık, B. No:18957/91, T.:13.05.1992, (Çevrimiçi) https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_10_ENG.pdf, e.t., 30.03.2021.

⁴¹⁶ AİHM, Fressoz ve Roire v. Fransa, B. No:29183/95, T.:21.01.1999, (Çevrimiçi) <http://hudoc.echr.coe.int/app, e.t., 30.03.2021>.

⁴¹⁷ AİHM, Morissens v. Belçika, B. No:11389/85, T.:03.05.1988, (Çevrimiçi) <http://hudoc.echr.coe.int/app, e.t., 30.03.2021>.

⁴¹⁸ AİHM, Stoll v. İsviçre, B. No:69698/01, T.:10.12.2007, (Çevrimiçi) <http://hudoc.echr.coe.int/app, e.t., 30.03.2021>.

ihbar için ölçülü araçlar kullanıp kullanmadığına bakılır. Son olarak Mahkeme müdahalenin hedeflenen meşru amaçla orantılılığını değerlendirir⁴¹⁹.

3.5.1 Kişinin Üstünü ya da Yetkili Makamları Bilgilendirmesi

AIHM ve literatürün görüşü sadakat yükümlülüğü gereği, dış denetim makamına başvurunun mutlaka ilk “savunma önlemi” olmaması gerektiği yönündedir. Bu nedenle ihbara konu olan problemin çözümü için en doğru başlangıç noktası, işverenin işyerinde ihbar edilmeye değer olaylardan haberdar olup olmadığı sorusudur. Hiçbir işveren, özellikle de söz konusu ihlalleri kendileri henüz bilmiyorsa çalışanlarının kendisini yetkililere ihbar etmesinden hoşlanmaz. İşveren çalışanlarından, menfaatlerini dikkate almalarını ve ihbar yoluna başvurulmadan önce işyeri içinde gerçeklerin açıklığa kavuşturulması için bir iç girişimde bulunmalarını bekleyebilir. İşverenin yaptırımlardan kaçınmak için işyerindeki şikayetleri giderme konusunda meşru bir menfaati vardır. Özellikle iş sağlığı ve güvenliği mevzuatının ihlali ile ilgili olarak, çalışanın ihlali işyerindeki iç denetim mekanizmasına bildirmesi gerektiği savunulmaktadır. İSGK m.8/II'ye göre işyeri hekimleri ve iş güvenliği uzmanlarının iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili eksiklik ve aksaklıkları, tedbir ve tavsiyeleri işverene yazılı olarak bildirmekle yükümlü olduğu, m.13/I'e göre ciddi ve yakın tehlike ile karşı karşıya kalan çalışanların kurula, kurulun bulunmadığı işyerlerinde ise işverene başvurarak durumun tespit edilmesini ve gerekli tedbirlerin alınmasına karar verilmesini talep edebileceği düzenlenmiştir. Bu nedenle çalışanlar, durum düzeltilene kadar iş sağlığı ve güvenliğine aykırı koşullarda çalışmayı reddedebilecekleri için bir iç şikayet prosedürünün izlenerek işverene durumu düzeltme fırsatının verilmesi genellikle makuldür. Bir çalışanın işyerinde durumu düzeltmeye çalışmadan işverenini devlet makamlarına bildirmesi sadakat yükümlülüğünün ihlaline sebep olabilir⁴²⁰. Örneğin teknik bir uzman,

⁴¹⁹ AIHM, Haseldine v. Birleşik Krallık, B. No:18957/91, T.:13.05.1992, (Çevrimiçi) https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_10_ENG.pdf, e.t., 30.03.2021.

⁴²⁰ Alpagut, a.g.e., (İfşa-İhbar), s.11; Wiebauer, a.g.e., s.22-23; Buchner, a.g.e., s.20; Müller, a.g.e., s.434; Kissel, a.g.e., s.150; Aydın, a.g.e., (Whistleblowing), s.86; Alp, a.g.e., (Whistleblowing), s.7; Alpagut, a.g.e., (Sadakat), s.25; Savaş Kutsal, Kolan, a.g.e., s.515; Ekmekçi, Köme Akpulat, Akdeniz, a.g.e., s.417, 419, 439; Kılış, a.g.e., s.168. BAG, 07.12.2006 - 2 AZR 400/05, NZA, 2007, s.502. AIHM, Guja v. Moldova, B. No:14277/04, T.:12.02.2008, (Çevrimiçi) <http://hudoc.echr.coe.int/app>, e.t., 30.03.2021.

endişelerini işverene duyuramazsa ciddi durumlarda denetim makamını eninde sonunda bilgilendirebilecektir. Fakat vaktinden önce kamuya açılırsa işverenin menfaatlerini koruma yükümlülüğünü ihlal etmiş olur⁴²¹. Çalışanlar kurum içindeki aksaklıkların düzeltilmesine ilişkin bildirimleri, dezavantaja uğrayacakları endişesini taşımadan yapmalıdır⁴²². Dolayısıyla öncelikle problemi düzeltmenin yolu işyeri içinde aranmalı, bunun ümitsiz görüldüğü istisnai durumlarda halka veya devlet yetkililerine gidilmelidir⁴²³. Alman Federal Yargıtayı'na göre kamuoyunu etkileyen ve iç girişimlerle etkin ve başarılı bir şekilde önlenemeyen ciddi iç suistimallerin ortaya çıktığı durumlarda, ifade özgürlüğü lehine karar verilmelidir⁴²⁴.

Pratikte ihbarcı işyeri içi ihbar ile büyük bir mesleki risk olsa da dış ihbarla karşılaştırıldığında, işyeri içindeki yetkililere bildirimde bulunmak, hem şirket hem de ihbarcı için avantajlar sunar. İşverenin kamu itibarı zarar görmez ve çalışan daha az misilleme korkusu yaşar⁴²⁵. İşyerindeki hukuka aykırı durumların sona erdirilmesi, işçilerin işverene ortak çalıştıkları takdirde başarılabilir. İşçinin işverene ihtiyacı vardır. Çünkü işyerinde sadece işveren, mevcut şikayetlere karşı harekete geçmek için gerekli hak ve yetkiye sahiptir. Aynı zamanda işverenin işçilerinin tavsiyelerine de ihtiyacı vardır. Çünkü çalışanlar çok çeşitli iş süreçlerine dahil olduklarından, işverenin gözünü ve kulağını oluştururlar⁴²⁶.

İşverenin çalışanın şikayetlerini bürokratik olmayan bir incelemeye tabi tuttuğu, şikayetlerin örtbas edilmediği ve işçinin zorbalığa maruz kalmayacağına güveneceği bir iç raporlama sistemi kurması durumunda, çalışanın şikayetini iç kontrol mekanizmasına yapması ve burada çözüm arayışına girmesi en doğru olandır⁴²⁷. Yaptırım gerektirmeyen bir dahili raporlama seçeneğinin oluşturulması, kararsız ihbarcıları veya halihazırda harici ihbara meyilli olanları dahili sistemi kullanmaya ikna etme fırsatı da sunar. İşleyen bir dahili sistem aynı zamanda ihbarcı için

⁴²¹ Söllner, a.g.e., s.403.

⁴²² Müller, a.g.e., s.434.

⁴²³ AİHM, Heinisch v. Almanya, B. No:28274/08, T.:21.07.2011, (Çevrimiçi) <http://hudoc.echr.coe.int/app, e.t., 25.02.2022>.

⁴²⁴ BGH, 20.01.1981 - VI ZR 162/79, **NJW**, 1981, s.1089.

⁴²⁵ Trebeck, Schulte-Wissermann, a.g.e., s.1179.

⁴²⁶ Simonet, a.g.e., s.237.

⁴²⁷ Deiseroth, Derleder, a.g.e., s.251; Alp, a.g.e., (İhbar), s.190; Civan, a.g.e., s.233.

avantajlar da sağlar. Dürüst bir ihbarcının amacı işyerindeki kötü gidişatın önüne geçmektir. Etkili bir iç kontrol mekanizmasının işyerinde kurulması sonucu çalışan dış ihbara gerek duymayacağından, işverenin misilleme tehlikesine maruz kalmaz⁴²⁸.

Bununla birlikte çalışanın hangi durumda işyeri içinde çözüm arayışına girmesi gerektiğinin, hangi durumda işyeri içinde çözüm arayışının makul olmadığı kesin olarak belirlenmesi mümkün değildir. Kural olarak işveren, işyerinde kendisi tarafından bilinmeyen şikayetlerin kendisine bildirilmesini bekleyebilir. Buna karşın başlangıçta dış yetkilileri dahil etmekten kaçınan bir çalışan, karşılığında talebinin derhal ele alınmasını bekleyebilir. Bu sürenin nasıl ölçüleceği, rapor edilen ihlalden kaynaklanan tehlikeye bağlıdır. Ani sağlık tehlikesi gibi acil müdahale gerektirebilen durumların dışında daha az tehlikeli durumlarda, işveren gerçekleri araştırabilir ve şikayetin meşruiyetini dikkatlice inceleyebilir. Ancak işveren tarafından vaat edilen çözümlerin uygulanmadığı, işverenin başka bir işçinin benzer şikayetine yanıt vermediği ve işçilerin taleplerini dikkate almadığı, çalışanlara veya çevreye karşı kasıtlı suçlar işlediği, işveren tarafından iş sağlığı ve güvenliği ihlallerinin bilindiği veya kendisinin ağır ihmali nedeniyle bilinmediği veya çalışanın bakış açısından bakıldığında bu ihlallerin, işveren tarafından bilinmesi gerektiğinin varsayıldığı durumlarda işyerinde düzeltici önlemlerin alınmasını beklemenin mantıksızlığı nedeniyle işçiye harici ihbarda bulunma imkanı verilmiştir ve çalışanın artık işverenin menfaatlerini koruma yükümlülüğü yoktur⁴²⁹. Dolayısıyla işverenin çıkarlarını koruma görevine rağmen çalışan, istisnasız her durumda işyeri içinde bir çare aramak zorunda değildir ve bu durum sadakat borcuna aykırılık oluşturmaz⁴³⁰.

İşverenin veya kanuni temsilcisinin değil de işçilerin başında bulunan amir konumundaki bir çalışanın görevlerini ihlal etmesi veya suç teşkil eden bir davranışta bulunması durumunda, işçiden durumu dış kaynaklara bildirmeden önce işverene haber vermesini beklemek daha doğru görünmektedir⁴³¹.

⁴²⁸ Simonet, a.g.e., s.238.

⁴²⁹ Müller, a.g.e., s.435; Wiebauer, a.g.e., s.23; Reichold, a.g.e., § 54, Rn. 41; Ulber, a.g.e., s.963; Simonet, a.g.e., s.237; Aydın, a.g.e., (Whistleblowing), s.86; Alp, a.g.e., (İhbar), s.188; Alpagut, a.g.e., (İfşa-İhbar), s.10.

⁴³⁰ Henssler, a.g.e., BGB § 626, Rn. 185.

⁴³¹ BAG, 03.07.2003 - 2 AZR 235/02, **NZA**, 2004, s.427.

Çalışanın gizlilik yükümlülüğü kural olarak mahkemede temsile yetkili avukatlar ve sendikalar da dahil olmak üzere herkese karşı mevcuttur. Fakat iş sözleşmesi ilişkisinin hassas yapısı göz önüne alındığında, çalışanların dış makamlara ihbarda bulunmadan önce yürürlükteki hukuki düzenlemeler ve ihbarın olası sonuçları hakkında hukuki tavsiye almalarının herhangi bir zararı olmayacaktır⁴³². Alman Federal İş Mahkemesi'ne göre, çalışanın kendi haklarını savunması için sırrın açıklanması gerekiyorsa, yasal temsilcilere karşı gizlilik yükümlülüğü yoktur⁴³³. Bu durumda işçi, avukatını bilgilendirebilir⁴³⁴ veya işveren aleyhine tazminat talebinde bulunmak için mahkemeden gizlilik yükümlülüğünün kaldırılmasını⁴³⁵ talep edebilir. Bu bakımdan, çalışanın bir avukat veya davayı yürüten sendikaya danışabilmesi için resmi olarak mahkeme kanalıyla gizlilik yükümlülüğünden muaf tutulması mümkün olabilir. Ancak kanımızca avukata danışılması konusunda mahkemeden gizlilik yükümlülüğünün kaldırılması talebi gerekli değildir. Çünkü nasıl savcılığa doğrudan bir ihbarda bulunulabiliyorsa çalışanın gizlilik yükümlülüğüne tabi olan avukatına mahkeme kararı olmadan bir açıklama yapabilmesi mümkün olmalıdır⁴³⁶. Avukatlık Kanunu m.36'da avukatın sır saklama yükümlülüğü özel olarak da düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemenin getirilmesindeki amaç avukat ile müvekkili arasındaki özel nitelikli güven ilişkisinin korunması ve avukata karşı müvekkilin tam bir güven sağlamasıdır. Ayrıca Meslek Kuralları m.37'de avukatın "*davasını almadığı kimselerin başvurması nedeni ile öğrendiği bilgilerin*" de sır sayılacağı düzenlenmiştir. Aksi yönde bir davranış meslek kurallarının ağır ihlali anlamına gelebilir⁴³⁷.

Sendikanın, sendika görevlilerinin öğrendiği işyerinin iç işleyişine ilişkin aksaklıkları görevli makama bildirmesi genellikle engellenemez⁴³⁸. Ayrıca hiç kimse

⁴³² Simonet, a.g.e., s.239.

⁴³³ BAG, 25.08.1966 - 5 AZR 525/65, **NJW**, 1967, s.125.

⁴³⁴ BAG, 25.08.1966 - 5 AZR 525/65, **NJW**, 1967, s.125.

⁴³⁵ BAG, 13.02.1969 - 5 AZR 199/68, **AP** BGB § 611 Schweigepflicht Nr. 3. Alman Ticari Sırlar Yasası m.3/II'ye göre de, bir ticari sır, "kanunlarca izin verildiği takdirde, bir tüzük uyarınca veya hukuki bir işlemle elde edilebilir, kullanılabilir veya açıklanabilir".

⁴³⁶ Preis, Seiwert, a.g.e., s.357.

⁴³⁷ Alp, a.g.e., (İhbar), s.134-135.

⁴³⁸ Ayrıca işçi sendikaları tüm üyelerinin ortak menfaatine yönelik çalışma hayatından, mevzuattan, örf ve adetten doğan uyuşmazlıklarda işçileri temsilen dava açabilir. Bunun için üyelerinin veya ilgililerin başvurusu gerekmez (STİSK m.26/II) Ekmekçi, a.g.e., s.239-240.

işçiyi, sendikasına danışma hakkından mahrum edemez. Fakat şikayet sendika tarafından denetim makamına iletilirse, işverenin asıl şikayetçinin kimliğini öğrenmesi halinde çalışan zor durumda kalabilir. Bu sebeple bir çalışan sendikasına başvurur ve sendika şikayetin haklı olduğunu düşünürse, mümkün olduğu ölçüde işverenle bir çözüm bulmaya çalışmalıdır. Böyle bir durumda işverene mağduriyeti giderme fırsatı verilmelidir. Ayrıca sendikanın kendisi zamanından önce ihbarcı haline gelir ve yetkili makama şikayette bulunursa, işverenin ticari menfaati zedelenebilir⁴³⁹. Baden-Württemberg Eyalet Mahkemesi'nin vermiş olduğu tartışmalı bir kararda, çelik sacları birbirine kaynak yaparken burnundaki, boğazındaki ve gözlerindeki mukoz zarlarının tahriş olduğunu fark eden işçi, fabrika mühendisiyle temasa geçerek dumanların sağlığına zararlı olup olmadığını sormuş, maske veya benzeri bir şey ile çalışmayı önermiştir. Birkaç hafta boyunca uyarısı dikkate alınmayınca halk sağlığı departmanına kaynak yapmaktan korktuğunu belirtmiş, sağlık risklerini sormuştur. Çalışan daha sonra kendi sendikasını bilgilendirmiş, sendika da işçinin teşvikiyle işvereni iş müfettişliğine ihbar etmiştir. İşveren, ihbarın çalışanın sendika ziyaretinden sonra yapıldığını öğrendikten sonra, işçisini bildirimde bulunmaksızın işten çıkarmıştır. Mahkeme işverenin işçinin sağlığını koruma görevini yeterince yerine getirmediğini, işçinin sağlığının zarar görmesinden korkmasının makul olduğunu belirtmiştir. Devamında ise iş müfettişine başvurulmasını düşmanca olmasa da hoş olmayan bir hareket olarak nitelemiştir. Mahkeme'ye göre işçi resmi yardıma ihtiyaç duymadan işvereni bilgilendirerek önlem alınabilirdi. İş müfettişliği tarafından teftişin işçiye sağladığı avantaj, işveren için ortaya çıkan dezavantajlarla karşılaştırıldığında orantısız derecede küçüktür. İşverenin koruma borcunu ihlal etmesi, işçinin sadakat borcunu ihlal edebileceği anlamına gelmez⁴⁴⁰.

3.5.2 İfşa Edilen Bilgilere Yönelik Kamunun Çıkarı

Bir çalışanın halkı etkileyen ciddi suistimalleri ortaya çıkarmak için işyeri içindeki bilgileri ifşa edip edemeyeceği, “kamuoyuna kaçış” sloganıyla da bilinen bir meseledir. Kamunun hukuki çıkarlarına yönelik bir tehdit varsa (örneğin, çevre

⁴³⁹ Wiebauer, a.g.e., s.25.

⁴⁴⁰ Müller, a.g.e., 432-433.

suçları vb.), çalışanın hiçbir şey yapmaması sebebiyle ahlaki sorunlar yaşamamak adına suçu bildirmede menfaati olabilir. Bu kapsamda bir çalışanın iç suistimalleri kamuoyunun dikkatine sunma özgürlüğünün ele alınması gerekir⁴⁴¹. Çalışanların işverene ait herhangi bir bilgiyi ifşa etmemeleri gerektiği ancak bazı durumlarda kamunun bilgiye olan menfaatinin işverenin gizliliğe olan menfaatinden daha ağır basabileceği konusunda bir mutabakat vardır⁴⁴². Diğer bir ifadeyle ifşa edilen bilgilerin makro anlamdaki değerine karşı, sadakat yükümlülüğü gibi mikro anlamdaki değer feda edilebilir⁴⁴³.

İşverenin hukuka aykırı uygulamalarının açıklanması, diğer işçilerle paylaşılması, kamuoyuna duyurulması ya da resmi makamlara şikayet edilmesi kamu menfaati açısından birer ifade özgürlüğü konusudur⁴⁴⁴. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre, bir çalışanın işverenin yasadışı uygulamaları nedeniyle suç duyurusunda bulunması AİHS m.10'un koruyucu kapsamına girmektedir. İşçinin işvereni ihbarı nedeniyle görevden almanın AİHS m.10 kapsamındaki ifade özgürlüğünü ihlal edip etmediği sorusuna ilişkin olarak, kamunun bilgi edinme menfaati de dikkate alınmalıdır. Dolayısıyla her şeyden önce, çalışanın ifade özgürlüğünün kısıtlanmaması konusunda meşru bir menfaati vardır⁴⁴⁵. Fakat işverenin ihbara konu davranışı, üçüncü şahısların hukuki menfaatleri için somut bir tehlikeye yol açmıyorsa iç denetim mekanizmalarının tüketilmesi en doğrusudur⁴⁴⁶.

Rekabet ihlallerinin, cezai suçların vb. diğer olumsuzlukların gizliliği, işverenin meşru menfaati kapsamına alınamaz ve bunların bilinmesinde kamunun menfaati vardır⁴⁴⁷. Literatür, işverenin rekabet hukuku ihlallerinin, cezai suçlarının, diğer yasadışı faaliyetlerinin ve sözleşme ihlallerinin gizli tutulması konusunda hiçbir meşru menfaatinin olmadığı görüşündedir. İşverenin salt ekonomik çıkarı, sırların

⁴⁴¹ Söllner, a.g.e., s.403; Müller, a.g.e., s.427.

⁴⁴² Ohly, a.g.e., s.6; Alpagut, a.g.e., (İfşa-İhbar), s.10.

⁴⁴³ Aydın, a.g.e., (Whistleblowing), s.85.

⁴⁴⁴ AYM, İlter Nur Kararı, B. No:2013/6829, T.:14.04.2016, RG Tarih-Sayı: 14.06.2016-29742.

⁴⁴⁵ AİHM, Heinisch v. Almanya, B. No:28274/08, T.:21.07.2011, (Çevrimiçi) <http://hudoc.echr.coe.int/app, e.t., 25.02.2022>.

⁴⁴⁶ Alpagut, a.g.e., (İfşa-İhbar), s.18-19; Müller, a.g.e., s.436.

⁴⁴⁷ Preis, a.g.e., BGB § 611a, Rn. 713.

etkin bir şekilde korunmasını haklı çıkarmak için yeterli değildir⁴⁴⁸. Baden-Württemberg Eyalet Mahkemesi'nin vermiş olduğu bir kararda bir mağaza zinciri çalışanı, kasap bölümündeki eski kıymanın taze kıyma ile karıştırıldığını ve taze etin üretim tarihiyle birlikte satışa sunulduğunu eyalet kontrol hizmeti birimine bildirmiştir. Bunun üzerine çalışanın iş sözleşmesi sonlandırılmıştır. Mahkeme, işverene yönelik yasadışı bir şikayetin kural olarak işten çıkarılma nedeni oluşturmaya uygun olduğunu belirtmiştir. Fakat Mahkeme'ye göre somut olayda çalışanın yapmış olduğu ihbar, nüfusun yaşamını ve sağlığını korumaya hizmet ettiği için özel bir kamu yararı taşımaktadır. İşverenin eyalet kontrol hizmeti birimi nezdinde itibarının olası bozulma ihtimali, kamu menfaati karşısında önemsiz görünmektedir⁴⁴⁹.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önüne gelen bir olayda bir devlet televizyonu çalışanı olan gazetecinin, sunucusu ve editörü olduğu bir kültür programının bazı bölümleri üstlerinden biri tarafından sansürlenmiştir. Başvuran gazeteci farklı yollarla televizyon şirketi yönetim kuruluna, televizyon programı ve haberlerde sansüre son verilmesi için çağrıda bulunmuş, ardından televizyon şirketinde uygulanan sansürün belgesi niteliği taşıyan bir kitap yayımlamış, bunun üzerine iş sözleşmesi gizlilik ilkesini ihlal ettiği, sadakat yükümlülüğüne aykırı davrandığı gerekçesiyle derhal feshedilmiştir. Yerel mahkeme, söz konusu olayı çalışanın ifade özgürlüğü açısından değerlendirmemiş, gazetecinin kitabı yayımlamasını işverenin zarar görmesi için yeterli saymış ve kendisinin sözleşmesel yükümlülüklerini ihlal ettiğine karar vermiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi davayı çalışanın mesleki görev ve sorumlulukları, işverenine karşı görev ve sorumlulukları ile kamu yararı kapsamında ifade özgürlüğünün kullanılması yönüyle incelemiştir. Mahkeme menfaat dengesini göz önünde bulundurarak ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin demokratik toplumda gerekli olmadığı sonucuna varmış, demokratik bir toplumda

⁴⁴⁸ Preis, Seiwert, a.g.e., s.355.

⁴⁴⁹ LAG Baden-Württemberg, 03.02.1987 - 7 (13) Sa 95/86, **NZA**, 1987, s.756.

kamuya bilgi sızdırmanın önemine vurgu yapmış, çalışanın işinde derhal son verilmesini AİHS m.10'un ihlali olarak görmüştür⁴⁵⁰.

Çalışan, işverenin hukuka aykırı davranışları sebebiyle kişisel olarak risk altındaysa, bilgi uçurma kendisini korumaya hizmet eder⁴⁵¹. İdari, cezai suçlar ve hatta hukuka aykırı davranışlarda işçi hiçbir koşulda işverenin suç ortağı olmaya mecbur tutulamaz. Bu, nesnel olarak kanuna aykırılık olmasa dahi geçerlidir⁴⁵². Dolayısıyla bir çalışanın hukuka aykırılıkları sözleşmeye dayalı veya yasal olarak bildirimle yükümlü olması, aksi takdirde kendini kovuşturma riskine maruz bırakması ya da suçların doğrudan kendisine karşı yönlendirilmesi durumunda yapılan ihbar sadakat yükümlülüğünün ihlaline sebep olmaz ve iş sözleşmesinin sona erdirilmesi haksız fesih sayılır⁴⁵³.

İşçinin sadakat yükümlülüğünü, cezai takibatlara katılma hakkı esnetebilir. İşveren işçiden yasadışı ve ceza gerektiren eylemlere yardım ve yataklık yapmasını talep ederse çalışanın suç duyurusunda bulunması, kamu menfaati açısından oldukça önemlidir. Çalışan her zaman suç duyurusunda bulunma hakkına sahiptir. Zira suç durumunda işverenin korunmaya değer bir menfaatinden söz edilemez. Ceza yargılamasına katılma bir yandan vatandaşlık görevi olarak görülebileceği gibi diğer yandan bir hak olarak da yorumlanabilir⁴⁵⁴. AİHM hukuka aykırılık iddiasının, çalışılan kurumun kamu nezdindeki güvenine ağır ağır bastığını ifade etmiştir⁴⁵⁵.

Alman Federal Anayasa Mahkemesi de cezai takibatlarda medeni hakların kullanılması nedeniyle işten çıkarmalar söz konusu olduğunda, bilgilerin ifşa edilmesi konusunda kamu yararına özel önem vermektedir. Mahkeme'ye göre tanıklık, bir vatandaşın genel yükümlülüğüdür. Bu yükümlülüğü yerine getiren

⁴⁵⁰ AİHM, Matúz v. Macaristan, B. No:7357/10, T.:21.10.2014, (Çevrimiçi) <http://hudoc.echr.coe.int/app>, e.t., 01.04.2021.

⁴⁵¹ Müller, a.g.e., s.427.

⁴⁵² Reinhard Vossen, "BGB § 626 Fristlose Kündigung aus wichtigem Grund", **Kündigungsrecht Großkommentar zum gesamten Recht der Beendigung von Arbeitsverhältnissen**, 6. Auflage, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 2021, Rn. 191.

⁴⁵³ Schmitt, (Whistleblowing), a.g.e., s.366; Forst, a.g.e., s.3481.

⁴⁵⁴ Vossen, a.g.e., BGB § 626, Rn.191; Henssler, a.g.e., BGB § 626, Rn. 184; Müller, a.g.e., s.430; Forst, a.g.e., s.3481; Alp, a.g.e., (İhbar), s.154.

⁴⁵⁵ Alpagut, a.g.e., (İfşa-İhbar), s.10. AİHM, Guja v. Moldova, B. No:14277/04, T.:12.02.2008, (Çevrimiçi) <http://hudoc.echr.coe.int/app>, e.t., 30.03.2021.

kişinin medeni hukuk açısından dezavantajlı duruma düşmesi anayasal devlet ile bağdaşmaz. Vatandaşlık görevlerinin, iş sözleşmesine ilişkin yükümlülüklerle göre önceliği söz konusudur. Ceza davalarında medeni hakların kullanılması (bilerek doğru olmayan veya dikkatsizce yanlış beyanlar yapılmadıkça), iş ilişkisinin derhal sona ermesi için bir gerekçe oluşturmaz. Çalışanın savcılık soruşturması kapsamında işvereni aleyhine ifade vermesi ve belgeleri savcılığa teslim etmesi halinde, bu davranış ihbarsız işten çıkarmayı haklı göstermeye uygun değildir⁴⁵⁶. Kanımızca da tanıklık bir yükümlülük olduğu kadar aynı zamanda haktır. İşçi tarafından bu hakkın kullanılması işyerinin düzenini olumsuz yönde etkilemez. Dolayısıyla resmi merciler önünde tanıklık yapılması işverene fesih veya disiplin cezası hakkı vermez⁴⁵⁷.

3.5.3 İşçinin İfade Özgürlüğü ve Sadakat Borcu Dengesi

Çalışanın ifade özgürlüğünün korunması iş ilişkisinde temel haklarının korunması kapsamında ele alınmaktadır. Bu bağlamda hakkın kullanılmasında temel esasların tespiti, hakkın kullanım sınırlarının belirlenmesi, çalışan ve işverenin menfaatlerinin dengelenmesi amaçlanır⁴⁵⁸. Çalışan tarafından işyerine ait bilginin aktarılmasının yasal olarak kabul edilebilirliğinin başlangıç noktasını, çalışanın ifade özgürlüğünün bir iş sözleşmesinin imzalanmasıyla kısıtlanıp kısıtlanamayacağı veya ne ölçüde kısıtlanabileceği sorusu oluşturur. Çalışanın sadakat yükümlülüğü, korunmaya değer temel haklarda sınırını bulur⁴⁵⁹. Temel hakların hukuka uygun bir şekilde kullanılması, sözleşmeden doğan yan yükümlülüklerin ihlali anlamına gelmez. İşverenin hukuka aykırı davranışının bir tehlikeye yol açmaması için ihbar yoluna başvuran çalışanın iş sözleşmesi risk altına gireceğinden, bu kişi güçlü bir şekilde ifade özgürlüğünün güvencesinden yararlanmalıdır. İfade özgürlüğünün

⁴⁵⁶ BVerfG (2. Kammer des Ersten Senats): Zeugenaussage gegen Arbeitgeber kein Kündigungsgrund, **NZA**, 2001, s.888.

⁴⁵⁷ Sarper Süzek, “İş Hukukunda Disiplin Cezaları”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2011/1, S.28, s.11; Demir, Demir, a.g.e., s.24.

⁴⁵⁸ Alpagut, a.g.e., (İfşa-İhbar), s.3.

⁴⁵⁹ Herbert, Oberrath, a.g.e., s.194. Yargıtay önüne gelen olayda bir bankada çalışan davacının iş sözleşmesi ulusal bir yayın yapan gazetede köşe yazısı yazdığı için disiplin yönetmeliğine aykırı davrandığı gerekçesiyle haklı nedenle feshedilmiştir. Mahkeme, işçinin gazetede yazı yazma faaliyetini ifade özgürlüğü kapsamında görerek yazıların içeriğinin bankanın faaliyet alanı ile ilgili olmadığı ve işyerinde olumsuzluklara yol açtığının tespit edilememesi sebebiyle yapılan feshi geçersiz saymıştır. Y. 9. HD, E. 2015/16269, K. 2015/23894, T. 02.07.2015. Söz konusu faaliyetin sadakat borcuna aykırılık oluşturmadığı yönündeki görüş için bkz. Astarlı, a.g.e., s.312.

anayasal güvencesi, çalışanın kendi fikrini ifade etmesinin veya suç duyurusunda bulunmasının engellenmemesi için sözleşmeden doğan (yan) yükümlülüklerinin değerlendirilmesi konusunda standartların belirlemesidir⁴⁶⁰.

Çalışanın sadakat yükümlülüğü, sözleşme taraflarının çatışan çıkarlarını dikkate alan Anayasa'ya uygun bir yorum gerektirir⁴⁶¹. İşçinin ifade özgürlüğüne karşı işverenin tehdit edilen ve zarar görmesi muhtemel olan bir imajı bulunmaktadır. İhbardan etkilenen şirketler, ticari sırlarının ifşa edilmesi durumunda ekonomik kayıplar, rekabet dezavantajları ve imajlarının zedelenmesi tehlikesi ile karşı karşıya kalmaktadır. Bu açıdan bilgi uçurma her zaman farklı çıkarlar arasındaki bir gerilim alanında gerçekleşir⁴⁶². Hukuka uygun bir yorum, işverenin işyeri sırlarının korunmasına yönelik menfaati ile ihbarcının görüş ifadesindeki menfaati arasında bir denge kurulmasını gerektirir. Çalışanın ifade özgürlüğü ile bu özgürlüğün kısıtlanmasını haklı kılan menfaatler arasında bir dengeleme yapılmalıdır⁴⁶³. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre de AİHS m.10 uyarınca işçilerin ifade özgürlüğü ile işverenin ekonomik çıkarları orantılılık ilkesine uygun olarak dengelenmelidir⁴⁶⁴. Menfaat dengesine gidilirken, işverene önceden bildirimde bulunulması, suçlamanın gerçeğe uygun gerekçesi, cezai kovuşturmadaki kamu yararı ve işveren için sonuçlar dikkate alınmaktadır⁴⁶⁵.

“Sadakat” ancak bir eşdeğerle eşleştirilirse talep edilebilir. Diğer bir deyişle işçinin sadakat yükümlülüğü işverenin davranışına bağlıdır. Dolayısıyla bu yükümlülük, işverenin hukuka aykırı davranışının çalışanın meşru menfaatlerine zarar verdiği ölçüde azalabilir. Aşırı durumlarda örneğin, cezalandırılabilir bir suç olabilecek iş sağlığı ve güvenliği yükümlülüklerinin işveren tarafından bilerek ihlali durumunda, çalışanın düşünceli olma görevi sıfıra indirilebilir⁴⁶⁶.

⁴⁶⁰ Alpagut, a.g.e., (İfşa-İhbar), s.4; Müller, a.g.e., s.436; Schmitt, a.g.e., (Geheimnisschutz), s.50.

⁴⁶¹ Reichold, a.g.e., § 54, Rn. 40.

⁴⁶² Alp, a.g.e., (Heinisch), s.401; Schmitt, a.g.e., (Whistleblowing), s.365.

⁴⁶³ Herbert, Oberrath, a.g.e., s.195; Schmitt, a.g.e., (Geheimnisschutz), s.53; Söllner, a.g.e., s.396.

⁴⁶⁴ AİHM, Heinisch v. Almanya, B. No:28274/08, T.:21.07.2011, (Çevrimiçi) <http://hudoc.echr.coe.int/app>, e.t., 25.02.2022.

⁴⁶⁵ Forst, a.g.e., s.3479.

⁴⁶⁶ Aydın, a.g.e., (Whistleblowing), s.88; Müller, a.g.e., s.435.

İşverenin hukuka aykırı davranışı işçinin korunan menfaatlerini etkilemiyor ancak özellikle kamu menfaatini etkiliyorsa, işçinin bu davranışı ihbar etmesinin sözleşmeden doğan sadakat yükümlülüğünü ne ölçüde ihlal ettiği sorusu ortaya çıkar⁴⁶⁷. İşveren iş sözleşmesi kapsamında herhangi bir koruma yükümlülüğünü ihlal etmese de çalışan, kendisini toplumun bir parçası olarak da hissedebilir. Bu durumda da işçinin sadakat yükümlülüğünün derecesi azalabilir⁴⁶⁸. Çalışanın ifade özgürlüğü ile işverenin korunmaya değer ve işçinin görüş ifadesiyle ihlal edilebilecek hukuki menfaatten hangisine öncelik tanınacağı ile ilgili Alman Federal Anayasa Mahkemesi içtihadına göre, kamuoyu tartışması bağlamında bir görüş ifade edilirse, ifade özgürlüğü lehine bir karine vardır (in dubio pro libertate); ancak kamuyu ilgilendirmeyen özel bir uyuşmazlık konusunda yapılan beyanlarda böyle bir karine uygulanmaz⁴⁶⁹.

3.5.4 İhbarda Bulunan Kişinin Güttüğü Amaç ve İfşa Edilen Bilginin Gerçekliği

İşçinin bilgilerin ifşasına ilişkin güttüğü amaç değerlendirilirken, açıklama motivasyonu, alternatif eylem seçenekleri, bildirimin işverenin veya işveren vekilinin davranışına orantılı bir tepki olup olmadığı, açıklamalarının doğruluğuna yönelik iyi niyetle hareket edip etmediği dikkate alınmaktadır⁴⁷⁰. Muhbir, yasaların veya diğer düzenlemelerin ihlallerini, ciddi kötü yönetim ve kamu israfı vakalarını, görev suistimallerini, kamu güvenliği veya sağlığı için somut tehditleri ortaya çıkardığına makul bir şekilde inanmalıdır⁴⁷¹. Bildirimin “erken”, “düşüncesiz” veya “aceleci” şekilde yapılması kusurluluk derecesini etkilemektedir⁴⁷². Dolayısıyla çalışan hata yapma riskine karşı ihbarda bulunmadan önce ihbar konusunun haklı olup olmadığını, söz konusu suçlamaların gerçekte ne kadar somut olduğunu, iş sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülüklerin kendisini ne ölçüde engelleyebileceğini dikkatli bir şekilde kontrol etmekle yükümlüdür. Harici ihbar

⁴⁶⁷ Henssler, a.g.e., BGB § 626, Rn. 183.

⁴⁶⁸ Alp, a.g.e., (Heinisch), s.403.

⁴⁶⁹ Howald, a.g.e., s.197; Alp, a.g.e., (İhbar), s.146.

⁴⁷⁰ Alpagut, a.g.e., (İfşa-İhbar), s.10; Ulber, a.g.e., s.963. AİHM, Guja v. Moldova, B. No:14277/04, T.:12.02.2008, (Çevrimiçi) <http://hudoc.echr.coe.int/app>, e.t., 30.03.2021.

⁴⁷¹ Király, a.g.e., s.147; Alp, a.g.e., (İhbar), s.157.

⁴⁷² Müller, a.g.e., 435.

sonucu yapılan bildirim ve değerlendirmeler kolayca geri alınamayacağından, işçi işverenin ticari sırlarının ifşasına sebep olarak işyerinin itibarına büyük zarar verebilir⁴⁷³.

İşçi hukuk sisteminin izin verdiği ve teşvik ettiği yasal işlemleri, dışarıdan etkili bir suç duyurusu ile yapabilir. Fakat kendisinin bilerek ve isteyerek işverene zarar vermeyi amaçlayan, yanlış ve yanıltıcı bilgiler içeren mesnetsiz iddiaları korunmaz⁴⁷⁴. Alman Federal İş Mahkemesi bir çalışanın, işverenle olan ilişkisinin bozulması sebebiyle bir vergi soruşturmasını tetikleyen iddialarını vergi dairesine bildirmesi durumunda yapılan bildirimsiz işten çıkarmanın haklı olduğuna karar vermiştir⁴⁷⁵. Kanımızca eğer yapılan bildirim işverenin hukuka aykırı bir davranışından kaynaklanıyorsa, işçinin hangi saikle hareket ettiği ikinci planda kalmalıdır. İşçinin intikam amacıyla davranmış olması bile hukuka aykırılığı ortadan kaldırmaz.

İhbar hakkı kullanılırken işçi işverene zarar verme veya kendisine menfaat sağlama kastı taşımamalı, iyi niyetle hareket etmelidir⁴⁷⁶. İşçi tarafından kasıtlı olarak işveren hakkında taciz edici, karalayıcı beyanlarda bulunulması ifade özgürlüğü ile ilişkilendirilemez. Kasıtlı olarak yanlış veya ağır ihmal yoluyla yapılan bir bildirim, sadakat yükümlülüğünün de ihlaline de sebep olmaktadır⁴⁷⁷. Gerçekleri çarpıtan iddialar, doğru bir gerçeğin belirtildiği ancak temel bağlantıların atlanması nedeniyle artık doğru bir genel ifadenin sağlanmadığı bir iddia şeklinde ele alınmalıdır. Ayrıca gerçek olaylarla gerekçelendirilemeyen küçük düşürücü değer yargıları da ifade özgürlüğü kapsamında değildir⁴⁷⁸. Bir çalışanın işverenini kamuya açık bir şekilde haksız eleştirisi özen yükümlülüğünün ihhalidir⁴⁷⁹. Aşağı Saksonya

⁴⁷³ Forst, a.g.e., s.3481; Simonet, a.g.e., s.239.

⁴⁷⁴ Alpagut, a.g.e., (İfşa-İhbar), s.10; Herbert, Oberrath, a.g.e., s.198; Schmitt, a.g.e., (Geheimnisschutz), s.55; Forst, a.g.e., s.3479; Reichold, a.g.e., § 55, Rn. 16; Simonet, a.g.e., s.237; Öktem Songu, a.g.e., (İfade Özgürlüğü), s.639; Öktem Songu, a.g.e., (Sataşma), s.141. AİHM, Guja v. Moldova, B. No:14277/04, T.:12.02.2008, (Çevrimiçi) <http://hudoc.echr.coe.int/app>, e.t., 30.03.2021.

⁴⁷⁵ BAG, 04.07.1991 – 2 AZR 80/9, **BeckRS**, 1991, s. 30738133.

⁴⁷⁶ Alpagut, a.g.e., (İfşa-İhbar), s.20; Alp, a.g.e., (İhbar), s.176; Heper, a.g.e., s.1915.

⁴⁷⁷ Müller, a.g.e., s.435; Öktem Songu, a.g.e., (İfade Özgürlüğü), s.641; Aydın, a.g.e., (Whistleblowing), s.86; Alpagut, a.g.e., (İfşa-İhbar), s.10; Alp, a.g.e., (Whistleblowing), s.9; Okur, a.g.e., (Düşünce), s.64.

⁴⁷⁸ Buchner, a.g.e., s.20.

⁴⁷⁹ Buchner, a.g.e., s.20.

Eyalet Mahkemesi'ne göre bir çalışanın işverenine karşı haksız iddialarda bulunmak için basına başvurması, işverene işçiyi ihbarsız işten çıkarma hakkı verebilir. Sadece çalışanın ifade özgürlüğü değil, aynı zamanda işverenin girişimcilik özgürlüğü de anayasal olarak korunmaktadır. Bunun bir sonucu olarak, işverenin şirketin hedeflerini destekleyen ve onu zarardan koruyan çalışanlarla çalışma konusunda yasal olarak korunan bir menfaati vardır⁴⁸⁰.

İddiada bulunan kişinin davranışının orantılı olması gereklidir. Orantılılık ilkesine aykırı davranış, çalışanın ciddi şekilde onaylanmaması ve kınanması gereken saiklerle (intikam, zarar verme kastı) hareket ettiği durumlarda görülmektedir⁴⁸¹. Kolluk kuvvetlerine ya da halka yapılan şikayet, işverenin veya işveren vekillerinden birinin davranışına orantısız bir tepki olarak kendini gösteriyorsa, bildirilen suistimalin kanıtı ve cezai sorumluluğu ne olursa olsun, fesih nedeni olabilir⁴⁸².

Belirtmek gerekir ki ihbarın içeriğinin mutlak şekilde doğru olmasının beklenmesi bu hakkın kullanım alanını büyük ölçüde daraltır. Şikayetin gerekçesi, bildirim hakkı için ikincil bir rol oynar. İşveren örneğin iddia edilen tehlikenin mevcut olmaması nedeniyle çalışanın endişesini nesnel ve haklı olarak reddederse, çalışan yine de bağlayıcı bir açıklama getirmek için yetkililere başvurabilir. Endişelerin daha sonra nesnel olarak temelsiz olduğu ortaya çıkarsa, çalışan şikayetini gerçek kanıtlara dayandırdığı sürece bu zararsızdır. Şikayetçinin öznel görüşü bu nedenle temelde belirleyicidir. Yanlış bilgilere dayanarak iyi niyetle hareket eden ihbarcılar, yeterli olgusal kanıt olduğu ve bilgileri ellerinden geldiğince doğruladıkları sürece korunmalıdır. Bu sebeple işvereni ihbar sebebiyle işverene açılan ceza davasının sonucu, feshe ilişkin belirleyici bir etkiye sahip değildir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Heinisch davasında, iyi niyetle bir suç duyurusunda bulunma hakkını kullanan bir çalışanın, iddiasının yanlış çıkması veya sonraki işlemlerde açıklığa kavuşturulamaması durumunda herhangi bir dezavantaja maruz kalmaması gerektiğini belirtmiştir. Ancak işçi işverenine bir şikayette bulunmuş ve yetkin, tarafsız bir gözlemcinin bakış açısından işverenin şikayete

⁴⁸⁰ LAG Niedersachsen, 12.03.2010 - 10 Sa 675/09, **BeckRS**, 2010, s.69783.

⁴⁸¹ Preis, a.g.e., BGB § 611a, Rn. 718; Alp, a.g.e., (Whistleblowing), s.9; Civan, a.g.e., s.230.

⁴⁸² Simonet, a.g.e., s.237; Preis, a.g.e., BGB § 611a, Rn. 718; BAG, 27.09.2012 - 2 AZR 646/11, **BeckRS**, 2013, s.68175; BAG, **NZA**, 03.07.2003 - 2 AZR 235/02, 2004, s.427.

verdiği yanıt şüpheye yer bırakmıyorsa, yetkili makama yapılan ihbar sadakat borcu yükümlülüğünü ihlal edebilir. Dolayısıyla dikkatli davranılması gereklidir⁴⁸³. Gawlik davasında da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre, çalışanın ifşada bulunurken iyi niyetli şekilde bilginin doğru olduğuna, ifşanın kamu yararını ilgilendirdiğine ve başka, daha gizli yolların bulunmadığına inanarak hareket ettiğinin tespit edilmesi önemlidir. İfade özgürlüğü beraberinde görev ve sorumluluklar getirmektedir. İşverenin itibarına saldırı söz konusu olmaması için bilgiyi ifşa etmeyi seçen herhangi bir kişinin, koşulların izin verdiği ölçüde, bilginin gerçek ve güvenilir olduğunu dikkatlice doğrulaması gerekir⁴⁸⁴. Bu bağlamda, Alman Federal Anayasa Mahkemesi de ifade özgürlüğü kapsamında ileri sürülen olgusal beyanların korunması gerektiğini belirtmiştir⁴⁸⁵. Fakat olgusal iddialar, değer yargılarıyla ilişkilendirildiklerinde korunmaya değer olarak kabul edilmezler. Bir işveren, sendika karşıtlığıyla veya yolsuzluk ve dolandırıcılıkla pekala suçlanabilir. Ancak böyle bir genel değerlendirmeyi destekleyen ilgili gerçeğe dayalı olguların olması gereklidir⁴⁸⁶. Çalışanın istemeden de olsa yetkili makamlara yanlış bilgi vermesine ilişkin Alman Federal Anayasa Mahkemesi'ne göre, kendisine yüklenen vatandaşlık görevlerini yerine getiren fakat bilmeden veya dikkatsizce yanlış bilgi veren bir kimsenin medeni hukuk açısından dezavantajlara uğraması hukuk devleti ile bağdaşmaz⁴⁸⁷. Yargıtay'a göre, "Hak arama özgürlüğü olarak tanımlanan ihbar ve şikayet hakkının kaynağı Anayasadır. Elbette bu hak da, her temel hak ve özgürlük gibi kötüye kullanılamaz. Kötüye kullanım değer yargısı alt başlıklarından olan hukuka aykırılık ölçütünün olaya uygulanması ile belirlenir. Eldeki kanıt ya da en azından emareye dayanan ihbar ve şikayet hukuka aykırı olamaz. Bu konuda hiçbir tartışma yoktur. Aksinin düşünülmesi suç mağduru olan kişilerin failin suçluluğunun

⁴⁸³ Wiebauer, a.g.e., s.23; ; Schmitt, a.g.e., (Geheimnisschutz), s.54; Simonet, a.g.e., s.237; Aydın, a.g.e., (Whistleblowing), s.86; Alpagut, a.g.e., (İfşa-İhbar), s.10; Alp, a.g.e., (Whistleblowing), s.9; Civan, a.g.e., s.228; Heper, a.g.e., s.1915; AİHM, Heinisch v. Almanya, B. No:28274/08, T.:21.07.2011, (Çevrimiçi) <http://hudoc.echr.coe.int/app, e.t., 25.02.2022>; Benzer şekilde bkz. AİHM, Guja v. Moldova, B. No:14277/04, T.:12.02.2008, (Çevrimiçi) <http://hudoc.echr.coe.int/app, e.t., 30.03.2021>.

⁴⁸⁴ AİHM, Gawlik v. Lihtenştayn, B. No:23922/19, T.:16.02.2021, (Çevrimiçi) <http://hudoc.echr.coe.int/app, e.t., 14.08.2022>.

⁴⁸⁵ BVerfG, 22.06.1982 - 1 BvR 1376/79, NJW, 1983, s.1415.

⁴⁸⁶ Buchner, a.g.e., s.20.

⁴⁸⁷ BVerfG (2. Kammer des Ersten Senats): Zeugenaussage gegen Arbeitgeber kein Kündigungsgrund, Beschluß vom 02.07.2001 - 1 BvR 2049/00, NZA, 2001, s.888.

kanıtlanamaması durumunda kendisinin sorumlu tutulacağı endişesi ile hak arama cesaretine engel olur. Bu duruma ise hukuk düzeni izin vermez. Tartışma emare yönündedir. Emare, onun gösterdiği amaca yönelik şikâyet, hukuka uygun davranış olduğu için şikâyet edeni sorumluluktan kurtarır. İşaret ettiği konu dışında kalmış olan ithamlar ise hukuka aykırı olur. Şikâyetçinin, o bölüm için hakkını kötüye kullandığı kabul edilir”⁴⁸⁸.

Hukuka aykırılığı hiçbir hukuk sistemi korumaz. Kanımızca eğer çalışanın hukuka aykırılık iddiası doğru ise bu aykırılık ister suç oluştursun ister oluşturmasın işverenin menfaati ile kamuoyunun menfaati arasında hangi menfaatinin üstün olduğuna ilişkin bir değerlendirme yapılmamalıdır⁴⁸⁹.

3.5.5 Feshin Meşru Amaçla Orantılılığı

İşçinin işverene yönelik ihbarı sebebiyle iş sözleşmesinin sona erdirilmesi, diğer çalışanlar açısından caydırıcı bir etkiye sahiptir⁴⁹⁰. İhbar sebebiyle taraflar arasında anlaşmazlık meydana gelmişse ve çatışmayı sona erdirecekse çalışanın yaptığı işin veya işyerinin değiştirilmesi, fesih bildiriminde bulunmadan önce genellikle makul, daha hafif bir yol olarak kabul edilebilir. Elbette yapılan bu transfer, izin verilen bir görüş beyanının ardından bir yaptırım olarak kötüye kullanılmamalıdır. Aksi takdirde tedbir olarak kabul edilemez. Ancak ihbar sebebiyle önemli derecede bir sözleşme ihlali meydana geldiyse veya işyeri içindeki huzur önemli ölçüde bozulduysa iş ilişkisinin sürdürülmesi artık makul değildir⁴⁹¹.

Alman Federal İş Mahkemesi işten çıkarmaya ilişkin vermiş olduğu kararlarda tarafların menfaatlerini dengeleme yoluna gitmiştir⁴⁹². Mahkeme’ye göre, işçinin işvereni haksız ihbarı sadakat yükümlülüğünü önemli bir biçimde ihlal eder. Bununla birlikte Mahkeme işverenin en azından bildirim süresinin sona ermesine kadar işçinin çalışmaya devam etmesinin makul olup olmadığını incelerken, işverenin iş ilişkisinin derhal sona ermesine yönelik menfaatinin, işçinin iş ilişkisinin

⁴⁸⁸ Y. 9. HD, E. 2009/14467, K. 2011/15642, T. 26.05.2011, (Çevrimiçi) <https://legalbank.net>, e.t., 28.07.2022.

⁴⁸⁹ Heper, a.g.e., s.1917.

⁴⁹⁰ Ulber, a.g.e., s.963.

⁴⁹¹ Howald, a.g.e., s.197.

⁴⁹² BAG, 03.07.2003 - 2 AZR 235/02, NZA, 2004, s.427.

sürdürülmesine ilişkin menfaatine karşı tartılması gerektiği görüşündedir. Her bir davanın koşulları orantılılık ilkesine uygun olarak değerlendirilmelidir⁴⁹³. Bu dengenin gözetilmesinde, işverenin çalışma sürecindeki (işyerindeki barışın korunması) veya mülkiyet hakkının korunmasındaki menfaati (hırsızlık, işyerine zarar verilmesi vb.), işverenin işçisini koruma yükümlülüğü, istihdam ilişkisinin uzunluğu temelinde inşa edilmiş güven ilişkisi⁴⁹⁴, tarafların kusurluluk derecesi⁴⁹⁵, işverenin neden olduğu iç çatışmalar⁴⁹⁶, işverene verilen duygusal tepkiler, mobbing vb. durumlar dikkate alınmalıdır⁴⁹⁷.

3.6 İş İlişkisinde Bilgi Uçurmanın Hukuki Sonuçları

İşçinin ihbar sebebiyle işveren tarafından bildirimsiz olarak işten çıkarılması tipik bir olgudur. İş sözleşmesi sona erdirilen işçi haksız işten çıkarmaya karşı işe iade davası açabilir. Mahkeme öncelikle çalışanın davranışının fesih için “önemli bir sebep” teşkil edecek nitelikte olup olmadığı kontrol eder. Bunu, yukarıda açıklandığı üzere çıkarların tartılması ve analizi izler⁴⁹⁸. Çalışanın sözleşmeden doğan yan yükümlülüklerini hukuka aykırı ve kusurlu bir şekilde ihlal etmesi söz konusu olabilir. Sadakat yükümlülüğünün bireysel vaka koşullarının bağlı olduğu dinamik bir karaktere sahip olması sebebiyle, belirli bir durumda işçinin sadakat yükümlülüğü için hangi şartların aranacağı, işçiye düşen özen yükümlülüğünün münferit durumlarda nasıl değerlendirileceği cevaplanması zor sorulardır. Sadakat borcunun içeriğini belirleyen unsurların belirlenmesinde tarafların önceki davranışları, ihbarın gerekçesi, ihbar davranışı sebebiyle tehlikeye atılabilecek hukuki menfaatlerin niteliği dikkate alınmaktadır⁴⁹⁹.

⁴⁹³ Howald, a.g.e., s.196; BAG, 27.09.2012 - 2 AZR 646/11, **AP**, BGB § 626 Nr. 240.

⁴⁹⁴ Alman Federal İş Mahkemesi’ne göre; “İstihdam ilişkisi uzun yıllardır bozulmadan devam ediyorsa, sözleşme tarafları arasında bunun sonucunda güçlenen güven ilişkisinin, ilk kez bir güven ve hayal kırıklığı ile tamamen ve geri dönülmez bir şekilde bozulup bozulmayacağının mutlaka incelenmesi gerekir. Burada nesnel bir standart çok önemlidir.” BAG, **NZA**, 10.06.2010 - 2 AZR 541/09, 2010, s.1227.

⁴⁹⁵ Alman Federal İş Mahkemesi’ne göre; menfaatlerin kapsamlı bir şekilde tartılmasında dikkate alınması gereken koşullar, aynı zamanda, çalışanın hukuki anlamda olası bir hatasını ve varsa kusurunun derecesini de içerir. BAG, 14.02.1996 - 2 AZR 274/95, **NZA**, 1996, s.873.

⁴⁹⁶ LAG Mecklenburg-Vorpommern, 14.08.2012 – 5 Sa 171/11, **NZA-RR**, 2013, s.20.

⁴⁹⁷ Howald, a.g.e., s.196.

⁴⁹⁸ Müller, a.g.e., s.431.

⁴⁹⁹ Müller, a.g.e., s.431.

Çalışanın hukuka uygun olarak işverenini ihbar etmesi durumunda, işveren ihbarda bulunan çalışanına karşı ayrımcılık yaparak kötü pozisyonlarda iş ve keyfi disiplin cezaları veremez. Üstler ve çalışanlar tarafından yapılan hakaret, yıldırma, taciz ve diğer gayri resmi misillemeler işverenin koruma borcuna aykırılık oluşturur. Dolayısıyla işveren, koruyucu tedbirler almakla yükümlüdür. Aynı zamanda çalışanın iş sözleşmesinin ihbar sebebiyle sona erdirilmesi haksız fesih sayılır⁵⁰⁰.

Kanunlara ve iş sözleşmesine aykırı olarak yapılan gizlilik yükümlülüğünün kusurlu ihlalleri tazminat taleplerini tetikleyebilir⁵⁰¹. İşçinin sadakat borcuna aykırı olarak sır saklama yükümlülüğünü kasıtlı ihlal etmesi, ancak işçinin şüphe olmaksızın işverene zarar verme niyetiyle hareket etmesi halinde kabul edilebilir. İşçinin gizlilik yükümlülüğünü ihlal etmesi sonucu işveren, sözleşmeye aykırılık hükümlerine göre tazminat talebinde bulunabilir. İşverenin işçiye karşı tüm hak talepleri için işçinin kusuru gereklidir⁵⁰². Fakat belirtmek gerekir ki işveren tarafından yapılan tazminat talebinin tam bir adalet sağlayacağını söylemek zordur. İşyerinde çalışan bir ihbarcının mali gücü de göz önünde bulundurulduğunda, bu kişinin hukuka aykırı bir beyanından dolayı şirketin uğradığı zararı tazmin etmesi mümkün değildir⁵⁰³.

Sadakat yükümlülüğünün ihlali, işçinin davranışlarından kaynaklı bildirimli feshe sebep olabilirken⁵⁰⁴ bazı durumlarda ise bu ihlal, güven ilişkisinin büyük ve onarılamaz bir şekilde bozulmasına sebep olduğu için işçinin iş sözleşmesi bildirimsiz şekilde sona erdirilebilir⁵⁰⁵.

Ayrıca işveren saldırı tehlikesinin önlenmesini, sürmekte olan saldırıya son verilmesini, sona ermiş olsa bile etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespitini isteyebilir (TMK m.25/I). Alman Ticari Sırlar Kanunu'na göre de ticari sır

⁵⁰⁰ Király, a.g.e., s.146.

⁵⁰¹ Schmitt, a.g.e., (Whistleblowing), s.365; Alpogut, a.g.e., (Tazminat), s.1742.

⁵⁰² Reichold, a.g.e., § 54, Rn. 46; Preis, a.g.e., BGB § 611a, Rn. 717; Gülver, a.g.e., s.1017; Herbert, Oberrath, a.g.e., s.199; Alpogut, a.g.e., (Tazminat), s.1742.

⁵⁰³ Simonet, a.g.e., 239.

⁵⁰⁴ Preis, a.g.e., BGB § 611a, Rn. 717.

⁵⁰⁵ Herbert, Oberrath, a.g.e., s.199.

sahibi, sırrı ihlal edene karşı ihlalin sona erdirilmesine yönelik dava ve ihlalin tekrarlanma riski varsa ihtiyati tedbir davası açabilir (GeschGehG m.6).



DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

İŞÇİNİN SİYASAL, SENDİKAL ve DİNİ BAĞLAMDA İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

1 SİYASAL VE SENDİKAL FAALİYETLER BAĞLAMINDA İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

1.1 Siyasal Faaliyetler Bağlamında İfade Özgürlüğü

Toplumun gitgide daha fazla artan bir bölünme sürecinde olduğu görüşü uzun süredir tartışılmaktadır ve temelsiz de değildir. Yıllardır belirli konuların nüfusu nasıl iki karşıt kampa böldüğü gözlemlenmiştir. Cinsiyet, göç, ekonomi, sağlık gibi bu tür hassas konularda toplumun ağırlıklı görüşü siyah ya da beyazdır. Tartışma kültüründe gri tonlarının olmaması, kaçınılmaz olarak nüfusun bir kısmının siyasi görüşünü ifade ederken daha dikkatli olması gerektiği izleniminin edinilmesine yol açmaktadır. Çalışma ortamında siyasi konular da ele alındığından çalışanların ve işverenlerin belirli siyasi konularda görüşlerini özgürce ifade etmelerine ve hatta siyasi olarak aktif olmalarına izin verilip verilemeyeceği sorusu ortaya çıkmaktadır¹.

1.1.1 İşçinin Siyasi Görüşlerini İfade Etmesi

İşyerinde dar anlamda siyaset, bir siyasi partinin propagandasını yaparak siyasi partiye oy istemek ya da bir başka siyasi partiyi eleştirmek olarak tanımlanabilirken; geniş anlamda siyaset, dünya ve ülkenin genel siyasi durumunu, sosyal düzenin

¹ Tim Richter, “Politische Agitation im Betrieb”, **ArbRAktuell**, 2021, s.619.

oluşumunu etkileyen olaylar ile ilgili çalışanların düşüncelerini açıklaması olarak tanımlanabilir².

Siyasi görüş kişiliğin bir parçası olarak düşünüldüğünde, zamanının büyük bir kısmını işyerinde geçiren işçinin işyerinde nötr birine dönüşmesi beklenemez. Siyasi düşünceyi özgürce ifade etme hakkı, istihdam ilişkisinde de geçerlidir. İşyeri, işveren tarafından siyasetten arınmış bir bölge olarak ilan edilemez. İş performansının zarar görmemesi koşuluyla siyasi meselelerle ilgili konuşmalar ve tartışmalar işyerinde de geçerli olmalıdır. Kural olarak politik ya da ideolojik tutum istihdam ilişkisini etkilemez. Siyasi bir kanaate sahip olmak veya bir parti üyeliği ile ilgili belgelerin dağıtılması ifade özgürlüğü kapsamındadır ve bu durum iş sözleşmesindeki sadakat yükümlülüğünün ihlali anlamına gelmez. Fakat ifade özgürlüğü, başkaları tarafından dinlenilme hakkını güvence altına almaz³.

İK m.5/T'de iş ilişkisinde siyasal düşünce sebebiyle ayrımcılık yapılamayacağı, m.18/III-d'de siyasi görüş sebebine dayalı feshin geçerli neden sayılmayacağı düzenlenmiştir. Ayrıca TİHEKK m.3/II'ye de göre siyasi görüş temeline dayalı ayrımcılık yasaktır. Dolayısıyla işçilerin siyasi görüşlerini ifade ederken iş sözleşmesinin sürekliliğinin olumsuz etkileneceğine dair bir endişeye kapılmaması ve otosansüre başvurmamasının garanti edilmesi önemlidir⁴. Alman İşyerleri Esas Örgüt Kanunu m.74 siyasi faaliyet yasağını düzenlemektedir. Alman literatüründeki hakim görüşe göre, m.74/II'nin muhatapları işverenler ve çalışma konseyidir. Bu sebeple işçinin ifade özgürlüğünün kısıtlanması madde hükmünden türetilemez⁵. Buradan işçilerin işyerinde siyasi faaliyet yürütebileceği sonucu çıkmaktadır. Alman Anayasası m.5'te düzenlenen ifade özgürlüğünün önemi göz önüne alındığında,

² Gerrit Forst, "BetrVG § 118 Geltung für Tendenzbetriebe und Religionsgemeinschaften" **Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung Kommentar**, 17. Auflage, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 2022, Rn. 63; Buchner, a.g.e., s.16. Çalışan tarafından nefret içerikli ve işverenin menfaatlerine zarar veren söylemler de siyasi içerik taşıyabilir. bkz. "İşçinin Eleştiride Bulunma Hakkı Bağlamında İfade Özgürlüğü".

³ Curt Wolfgang Hergenröder, "KSchG § 1 Sozial ungerechtfertigte Kündigungen", **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**, Band 5, 8. Auflage, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 2020, Rn. 324; Günther, a.g.e., BGB § 626, Rn. 452; Buchner, a.g.e., s.22; Reichold, a.g.e., § 55, Rn. 17; Heper, a.g.e., s.1920.

⁴ Savaş Kutsal, Kolan, a.g.e., s.506; Çetin, a.g.e., s.118.

⁵ Söllner, a.g.e., s.400; Richter, a.g.e., s.619.

çalışan bir kişinin işyerinde hem siyasi hem de parti-politik faaliyetlerde bulunmasına izin verilmelidir⁶.

İşyerleri siyasi görüşlerin sınırsızca ifade edilebildiği bir alan olmasa da çalışanlar işyerlerinde özel hayatlarında olduğu gibi takdir etmedikleri siyasi görüşlerden bazen kaçınmayabilmektedir. Bu sebeple siyasi görüş açıklamalarının işyerinde gerilimlere ve anlaşmazlıklara yol açtığı da deneyimlenmiştir. İşyerinde provokatif siyasi faaliyetlerden kaçınılması çalışma barışının sağlanması açısından önemlidir. Provokatif faaliyetlerin yürütümü sadece işverenle değil çalışanlar arasında da anlaşmazlıklara yol açmaktadır⁷. Fakat işyerinde çalışanlar tarafından provokatif içerik taşımayan siyasi görüşlerin ifade edilmesinin başkalarını memnun etmemesi sebebiyle engellenmesi, ifade özgürlüğüne haksız müdahale oluşturmaktadır⁸. İşyerine afiş asılmasına, broşür dağıtımına, işçiler tarafından takılan rozetlerin engellenmesine yönelik işveren tarafından takınılan tavırlar siyasi faaliyetlerin engellenmesine yöneliktir. Yargıtay işyerinde bir işçinin başka bir işçiye bir siyasi partinin üye giriş beyannamesini doldurtması ve imzalatması sebebiyle iş sözleşmesinin sona erdirilmesini bu davranışın genel bir propaganda amacı taşıması, işyerinde olumsuzluğa yol açmaması, fesih ile davranış arasında orantısızlık bulunması sebebiyle haksız bulmuş, söz konusu davranışın bildirimli ya da bildirimsiz feshe gerekçe olmayacağını belirtmiştir⁹.

Bununla birlikte işçi, işverenin çıkarlarını dikkate almakla yükümlüdür. İşçi siyasi görüşlerini ifade ederken işyerinde çalışma barışını bozan, iş akışını ve iş görme edimini olumsuz yönde etkileyen açıklamalardan kaçınmalıdır¹⁰. Alman Federal İş Mahkemesi, her çalışanın sözleşmeye dayalı olarak iş sözleşmesini gerektiği gibi yerine getirmekle yükümlü olduğunu vurgulamaktadır. Bu, aynı zamanda davranışlarıyla işyeri içindeki çalışma sürecini ve barışını tehlikeye atmama ve bozmama yükümlülüğünü de içermelidir. Mahkeme'ye göre kamu görevlisi

⁶ Hergenröder, a.g.e., KSchG § 1, Rn. 324; Civan, a.g.e., s.268.

⁷ Kempff, a.g.e., s.61; Linck, a.g.e., § 53, Rn.16; Caniklioğlu, a.g.e., s.263.

⁸ Kissel, a.g.e., s.151.

⁹ Y. 9. HD, E.2014/19264, K.2014/34062, T.13.11.2014, (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, e.t., 14.08.2022.

¹⁰ Civan, a.g.e., s.269; Heper, a.g.e., s.1921; Çetin, a.g.e., s.119.

olmayan bir çalışan, politik olarak aktif olabilir. Bu, hem genel siyasi faaliyetler hem de parti-politik faaliyetler için geçerlidir. Fakat çalışanın işyerindeki huzurun ve iş akışının somut olarak bozulmasına neden olacak şekilde provokatif siyasi faaliyetlerden kaçınması gereklidir. Bu yükümlülüğün ihlali, iş ilişkisinin zarar görmesine yol açar ve orantılılık ilkesine uyulması halinde bildirimsiz fesih için de önemli bir neden oluşturabilir¹¹. Aynı durum bir çalışanın mesai saatleri içinde siyasi bir gösteriye katılması suretiyle yapması gerektiği işi çalışma arkadaşlarının üzerine yıkarak operasyonel süreçlerde aksaklık meydana getirmesinde de geçerlidir¹².

Çalışanın siyasi yönelimi kendi başına iş ilişkisinin sona ermesi için geçerli bir sebep değildir¹³. Bir siyasi partiye üye olmak ya da basit bir siyasi faaliyet, operasyonel süreçte belirli bir aksama karinesini haklı çıkarmaz¹⁴. Fakat çalışan siyasi görüşleri nedeniyle sözleşme kapsamında yükümlü olduğu iş görme borcunu reddedemez¹⁵. Örneğin bir restoranda verilecek olan bir siyasi parti grubunun toplantı yemeği ile ilgili olarak işyerinde garson olarak çalışan işçi, amirine söz konusu siyasi partiden nefret ettiğini ve bu sebeple hizmet etmeyeceğini söyleyemez. Birincil görevi iş görme olan bu çalışan, siyasi görüş gerekçesiyle işin ifasını reddedemez. Söz konusu durum işyerinde düzenli bir işbirliğini, işyeri disiplinini imkansız hale getirerek işveren ve işveren vekillerinin konumunu baltalar.

Davranışla ilgili ve kişisel nedenlerle ilgili fesih arasında ayrım yapılması gereklidir. Davranışla ilgili bir fesih, iş ilişkisi kapsamındaki davranışların ancak bir sözleşme ihlaline sebep olması durumunda haklı gösterilebilir. Bununla birlikte iş ilişkisi dışındaki diğer davranışlar, çalışanın bulunduğu pozisyondaki olduğu işe uygun olmadığı sonucunu haklı gösterebilir. Böylece kişisel nedenlere dayalı bir işten çıkarma söz konusu olabilir. İşçi iş ilişkisi dışında da karşılıklı güveni sarsabilecek herhangi bir şey yapmaktan kaçınmakla yükümlüdür¹⁶. Mannheim İş Mahkemesi, davacının Facebook profilinde yayınladığı yapmış olduğu bir

¹¹ BAG, 09.12.1982 - 2 AZR 620/80, **AP** BGB § 626 Nr. 73; BAG, 12.05.2011 - 2 AZR 479/09, **AP** BGB § 123 Nr. 69; BAG, 01.06.2017 – 6 AZR 720/15, **NZA**, 2017, s.1332.

¹² LAG Schleswig-Holstein, 18.01.1995 - 3 Sa 568/94, **AP**, BGB § 611 Abmahnung Nr. 17.

¹³ LAG Düsseldorf, 23.01.2019 – 7 Sa 370/18, **NZA-RR**, 2019, s.310.

¹⁴ Vossen, a.g.e., BGB § 626, Rn. 252; Reichold, a.g.e., § 55, Rn. 18.

¹⁵ Kissel, a.g.e., s.151; Okur, a.g.e., (Düşünce), s.55.

¹⁶ Polzer, Powietzka, a.g.e., s.973.

görüşmeye ait bir dizi resim ve ifadeyi değerlendirmiştir. Mahkeme'ye göre davacının bir meslektaşına yaptığı açıklama temelde görev dışı bir davranış olsa da onun aşırı sağcı tutumu işten çıkarılma nedeni olarak görülebilir¹⁷. Fakat sadece aşırı sağ görüşlü bir partiye üyelik, iş ilişkisiyle hiçbir bağlantı olmadığı için bir fesih nedeni oluşturmaz. Fesih için sözleşmeye dayalı olarak gerekli güveni sarsabilecek bir bağlantının olması gerekir¹⁸.

İşyerinde tartışmalara yol açsa bile siyasi bir fikrin ifade edilmesi temelde ifade özgürlüğü kapsamındadır. Ancak bu tür bir görüş beyanı, diğer çalışanların çalışma davranışlarını etkiliyor, taciz ediyor ve kapsamlı bir tartışmaya yol açıyorsa ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmez¹⁹. İşçinin siyasi ajitasyon amacıyla dinlenme aralarını makul olmayan bir şekilde uzatması ve diğer çalışanların iş yükümlülüklerini yerine getirmelerini zorlaştıran veya imkansızlaştıran, dikkatini dağıtan görüş açıklamaları buna örnek verilebilir²⁰. Dolayısıyla işçinin iş ilişkisinden doğan sadakat borcunun bir parçası olarak siyasi görüşlerini ifade ederken, en azından aşırı görüş belirtmesi söz konusu olduğunda, belirli sınırlar içinde hareket etmesi gerekir. Ayrıca bir çalışanın aşırı siyasi görüşlerini ifade etmesi, işverenin itibarını zedeleyebilir²¹. Bununla birlikte işçi siyasi açıklamalarını eleştiri sınırları içinde dile getiriyor fakat çalışma arkadaşlarından makul olmayan tepkiler alıyorsa bu durumda işverenin yaptırımını açıklamayı yapan kişiye değil, bu tepkiyi gösteren kişilere yönelik olmalıdır²².

Çalışma saatleri dışında çalışanlar serbest bir biçimde siyasi faaliyetlere katılabilir. Fakat işçilerin siyasi söylemlerinin ya da üzerlerinde taşıdıkları kıyafet ya da amblemlerin işveren hakkında yanlış izlenim yaratmaması gerekir²³. Siyasi faaliyet işyerinde olumsuzluklara yol açıyor, işçinin pozisyonu sebebiyle işverenin itibarını olumsuz etkiliyor ve bu durum somut olarak ispatlanabiliyorsa işçinin iş

¹⁷ Mannheim İş Mahkemesi, 19.05.2015 - 7 Ca 254/14, **BeckRS**, 2015, s.68510.

¹⁸ Polzer, Powietzka, a.g.e., s.973.

¹⁹ Kissel, a.g.e., s.151.

²⁰ Reichold, a.g.e., § 55, Rn. 18.

²¹ Dzida, Förster, a.g.e., s.758; Gelsenkirchen İş Mahkemesi, 24.11.2015 - 5 Ca 1444/15, **BeckRS**, 2016, s.67556.

²² Heper, a.g.e., s.1921.

²³ Günther, a.g.e., BGB § 626, Rn. 453.

sözleşmesi feshedilebilir²⁴. Ayrıca siyasi faaliyet müşterileri ve tedarikçileri kışkırtmamalı veya onlara işverenin görüşle özdeşleştiğine dair yanlış bir izlenim vermemelidir²⁵. Yargıtay'a göre işçinin davranışı işyerinde olumsuzluklara yol açıyorsa geçerli bir fesih sebebi olabilir. İşçinin sosyal açıdan olumsuz bir davranışı, toplumsal ve etik yönden onaylanmayacak bir tutumu, işyerinde üretim ve iş ilişkisi sürecine herhangi bir olumsuz etki oluşturmuyorsa geçerli sebep sayılmaz²⁶. Nürnberg Eyalet İş Mahkemesi vermiş olduğu kararda çalışanın aşırı sağcı bir mitingde resmi kimlik kartını görünür bir şekilde takmasını fesih için yeterli görmüştür. Mahkeme'ye göre çalışan mitingde hizmet kimlik kartını görünür bir şekilde takarak, işvereni bu grubun görüş ve sloganlarıyla ilişkilendirmiş ve sadakat borcunu ihlal etmiştir²⁷.

Belirtmek gerekir ki işyerinde siyasi bir eylem ya da açıklamanın, işgücündeki kesintileri tetikleme olasılığını arttıracak ve çalışma barışını bozacağına yönelik endişe siyasi faaliyetlerin engellenmesi açısından yeterli değildir. Çünkü soyut ve somut tehlike arasındaki ayrım çok belirsizdir ve pratikte bu ayrımın yapılması mümkün değildir. Bu nedenle işten çıkarılma ancak iş ilişkisinin ciddi bir şekilde bozulması, çalışanın siyasi faaliyetinin işyerindeki çalışanlarla veya işverenle olan güven ilişkisine ciddi zarar vermesi durumunda kabul edilebilir²⁸. Ayrıca hangi ifadelerin tolere edilebileceği veya feshe sebep oluşturabileceği konusunda net bir sınır yoktur. Bu gibi durumlarda ifadeye eşlik eden koşullar özellikle önemli olacaktır²⁹.

Açıklanan sebeplerle siyasi faaliyetler açısından karşılıklı menfaatler tartılmalı ve çalışanın ifade özgürlüğüne gereken öncelik verilmelidir. Fakat çalışma saatleri içinde diğer çalışanların ve işverenin işyerinde kendi istekleri dışında sürekli siyasi ajitasyon veya provokasyona maruz kalmamaları gerektiği de dikkate alınmalıdır³⁰.

²⁴ Heper, a.g.e., s.1921.

²⁵ Vossen, a.g.e., BGB § 626, Rn. 254; Reichold, a.g.e., § 55, Rn. 18.

²⁶ Y. 22. HD, E.2018/9967, K.2018/20223, T.26.09.2018, (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, e.t., 14.08.2022.

²⁷ LAG Nürnberg, 11.08.2017 - 6 Sa 76/17, **BeckRS**, 2017, s.125518.

²⁸ Vossen, a.g.e., BGB § 626, Rn. 248; Günther, a.g.e., BGB § 626, Rn. 454.

²⁹ Günther, a.g.e., BGB § 626, Rn. 456.

³⁰ Vossen, a.g.e., BGB § 626, Rn. 249.

Örneğin, bir çalışanın çalışma arkadaşlarının siyasi inançlarına sürekli saldırarak onları rahatsız etmesi ve böylece işyerinde kayda değer bir huzursuzluğa neden olması, bildirimsiz feshe gerekçe oluşturabilir³¹.

Yargıtay işçi tarafından yapılan siyasi açıklamaların feshe konu olması için paylaşımlarda hakaret ve tehdit içerikli ifadenin olup olmamasına göre ayırım yapmaktadır³². Söz konusu ayırımın isabetli olmadığına dair literatür görüşüne katılıyoruz. Heper'in ifadesiyle hakaret içerikli beyan işverene veya çalışma arkadaşlarına yapılmıyor, çalışma barışını bozmuyor ve işverenin itibarını zedelemiyorsa feshe gerekçe oluşturmamalıdır. Bu beyan bir suç oluştursa, işçiye ceza davası açılmış ve işçi ceza almış olsa bile tek başına feshi etkilemez. Çünkü İş Kanunu m.25/IV'te kişinin gözetli ve tutukluluk durumunda devamsızlığının ihbar süresini aşması halinde haklı feshe imkan vereceği düzenlenmiş fakat işlediği suçtan dolayı ceza alması fesih nedeni olarak düzenlenmemiştir. Fakat uygulamada kamu kurumlarında çalışan işçiler hakkında disiplin yönetmelikleri uygulanmakta ve cumhurbaşkanına hakaret ettiği iddia edilen işçilerin (hatta ceza yargılaması sonuçlanmadan) işverenin kamu kurumu olması ve bu davranışlarının işyerinde olumsuzluklara yol açtığı nedeniyle sözleşmeleri haklı nedenle sona erdirilmektedir ve Yargıtay işe iade taleplerini reddetmektedir³³. Bununla birlikte Caniklioğlu'nun belirttiği üzere hakaret içerikli paylaşımlar her ne kadar ifade özgürlüğü kapsamında koruma görmese ve işçinin özel yaşam alanının içinde kalsa da bunlar işyerinde olumsuzluklara yol açmaya başlamış ya da işverenin işçiye olan güvenini zedelemişse artık bu söz ve davranışların sadece işçinin özel yaşamına ilişkin olduğu söylenemez ve iş sözleşmesi geçerli nedenle feshedilebilir³⁴. Buna karşın işçinin işyerinde, yedi günden fazla hapisle cezalandırılan ve cezası ertelenmeyen bir suç işlemesi durumunda iş sözleşmesi haklı nedenle feshedilebilir (İK m.25/II-f). Diğer bir ifadeyle işyerinde bulunduğu sırada işçi hakaret içerikli beyanını işverene veya

³¹ BAG, 06.02.1969 - 2 AZR 241/63, **AP**, BGB § 626 Nr. 58.

³² Heper, a.g.e., s.1922.

³³ Heper, a.g.e., s.1922. Benzer görüş için bkz. Civan, a.g.e., s.273. Yargıtay'ın söz konusu kararları için bkz. Y. 9. HD, E.2018/8296, K.2018/18690, T.18.10.2018; Y. 9. HD, E.2018/10551, K.2019/9177, T.18.04.2019; Y. 9. HD, E.2016/31552, K.2017/19088, T.27.11.2017 (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, e.t., 14.08.2022.

³⁴ Caniklioğlu, a.g.e., s.263.

çalışma arkadaşlarına yapmamış olsa da söz konusu davranış yedi günden fazla hapisle cezalandırılan ve cezası ertelenmeyen bir suç oluşturuyor ise kendisinin iş sözleşmesi haklı nedenle sona erdirilebilir.

Çalışan Anayasa'ya aykırı illegal bir parti veya kuruluşa üyeyse ya da aktif destek oluyorsa, çalışanın işyerinde bu parti ya da kuruluşun propagandasını yapması fesih için gerekçe oluşturabilir³⁵. Alman Federal İş Mahkemesi'ne göre iş ilişkisinde siyasi görüş nedeniyle ayrımcılık yasağı, bir çalışanın Anayasa'ya aykırı amaçları olan bir örgüte üyeliği ve bu örgüte aktif bağlılığı nedeniyle işten çıkarılması durumunda geçerli değildir³⁶. Yine sonraki kararına göre çalışma saatleri dışında Alman Nasyonal Demokratik Parti'nin faaliyetlerine katılan kamu işçisi, iş sözleşmesinin feshedilmesi riskini üstlenmelidir³⁷. Yargıtay da sosyal medyasından ülkenin bölünmez bütünlüğüne aykırı nitelikte, ülkedeki PKK terörünü, şiddeti, teröristleri destekleyici ifadeler paylaşan çalışanın sözleşmesinin geçerli nedene dayanılarak feshedilebileceğine karar vermiştir³⁸.

Bununla birlikte ülkemizde son yıllarda toplumu derinden etkileyen Gezi Parkı eylemleri, FETÖ darbe girişimi gibi olaylar hakkında işçilerin bazı söylemlerde ya da sosyal medya paylaşımlarında bulunması iş ilişkilerini etkilemiş, birçok kişinin iş sözleşmesi feshedilmiştir. Yargıtay'ın bu yönde farklı kararları mevcuttur. Yargıtay bir tesis işletmesinde amir yardımcısı olarak çalışan kişinin sosyal medya paylaşımında “Sabah işe geldiğimde uykusuz bir ben olduğumu gördüm çok acı korkak medya yayınladığın saçma programlarla herkesi uyuttun geziparkı” şeklinde ifadede bulunarak Gezi Parkı eylemine destek vermesi sebebiyle iş sözleşmesinin sona erdirilmesini, bu paylaşımında suç unsuru teşkil eden bir hususun tespit edilememesi, davacı işçinin illegal yapılarla irtibat ve iltisak halinde olduğu şüphesini ortaya çıkaran hususların işverence ispat edilememesi sebebiyle haksız bulmuştur³⁹. FETÖ darbe girişimi öncesi ve sonrasında sosyal medyasında eleştiri

³⁵ Vossen, a.g.e., BGB § 626, Rn. 248.

³⁶ BAG, 12.03.1986 - 7 AZR 20/83, **NJW**, 1987, s.1100.

³⁷ BAG, 06.09.2012 – 2 AZR 372/11, **NZA-RR**, 2013, s.441.

³⁸ Y. 9. HD, E.2019/8231, K.2020/532, T.16.01.2020 (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, e.t., 23.08.2022.

³⁹ Y. 9. HD, E.2018/4077, K.2018/19515, T.05.11.2018 (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, e.t., 14.08.2022.

içerikli bazı paylaşımlarda bulunan çalışanın iş sözleşmesinin sona erdirilmesi konusunda Yargıtay, sosyal medya paylaşımlarında hakaret, tehdit içerikli bir ifade olmaması, kişinin eleştiri kapsamında kendi düşüncelerini açıklaması ve kendisi hakkında herhangi bir terör soruşturmasının bulunmaması gerekçesiyle yapılan feshin Anayasa m.25 ve İş Kanunu m.18/III-d’ye aykırılık oluşturduğunu ve haksız olduğunu belirtmiştir⁴⁰. Buna karşın bir bankada özel güvenlik görevlisi olarak çalışan kişi FETÖ darbe girişimi sırasında ve sonrasında, sosyal medya hesabından “... sürekli camilerden sela okuyorlar Anamur’da, demek ki Anamur o kadar akli başında memleketmiş ki kimse sokağa dökülüp provoke olmamış ki selalar bu saatte bile devam ediyor, Anamur bu tiyatroyu yemedi :)), “ bu fotoğraftaki askere vuran o.... çocukları da aynı şekilde idam edilsin.” yazmış, farklı sosyal medya hesaplarından paylaşılan “6 ayda 700 şehit için El-Fatiha bile demeyen minareler bugün sokağa çıkın diye sela okudu. Tarih bunu da yazacak Allah belanızı versin.”, “..Gezi’de insanların spreylere boyası ve deniz gözlüğü vardı, haftalarca baş edemediler, silahı, jeti, tankı olan askeri 2 saatte hallettiler, yersen!” gönderileri kendi sosyal medyasında paylaşmış, iş sözleşmesi İK m. 25/II-h uyarınca işçinin yapmakla ödevli bulunduğu görevleri kendisine hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesi gerekçesine dayanılarak haklı nedenle feshedilmiştir. Yargıtay söz konusu paylaşımları 15 Temmuz darbe girişimini açıkça destekler ve vatandaşın direncini küçümser nitelikte hakaret içerikli bulmuş, yapılan feshin hukuka uygun olduğuna karar vermiştir⁴¹.

Kanımızca söz konusu ifadelerin hakaret içeriği taşıdığından şüphe yoktur. Bu ifadeler ceza yargısına da konu olabilir ve kişi cezalandırılabilir. Fakat İş Kanunu’nda haklı fesih nedenleri sınırlı sayıda düzenlenmiştir⁴². İşverenin İş Kanunu

⁴⁰ Y. 9. HD, E.2018/3181, K.2018/14806, T.05.07.2018 (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, e.t., 14.08.2022. Benzer yönde bkz. Y. 9. HD, E.2018/8267, K.2018/17466, T.04.10.2018 (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, e.t., 14.08.2022.

⁴¹ Y. 9. HD, E.2019/3541, K.2019/20865, T.25.11.2019 (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, e.t., 14.08.2022. Benzer yönde bkz. Y. 9. HD, E.2019/1908, K.2019/6632, T.25.03.2019 (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, e.t., 14.08.2022

⁴² Ayrıca haklı nedenle feshin düzenlendiği TBK m.435’e göre, “Taraflardan her biri, haklı sebeplerle sözleşmeyi derhâl feshedebilir. Sözleşmeyi fesheden taraf, fesih sebebini yazılı olarak bildirmek zorundadır. Sözleşmeyi fesheden taraftan, dürüstlük kurallarına göre hizmet ilişkisini sürdürmesi beklenemeyen bütün durum ve koşullar, haklı sebep sayılır.”. Literatürde TBK kapsamında haklı nedenin değerlendirilmesinde hakimın takdir yetkisinin ön planda olduğu, İK m.24

m.25/II-h'yi feshe gerekçe göstermesi ve Yargıtay'ın feshi haklı görmesi isabetsizdir. “İşçinin yapmakla ödevli bulunduğu görevler”den işçinin iş görme borcu kapsamında yerine getirmekle yükümlü olduğu edimleri anlamaktayız. Bu “görev” kavramı biraz daha geniş yorumlanırsa işçinin işverene olan sadakat, itaat, rekabet etmeme borcu kapsamında işverenin ve işyerinin çıkarlarını olumsuz etkileyen davranışlardan kaçınma yükümlülüğü anlaşılmaktadır. Dolayısıyla söz konusu davranışlar iş ilişkisi ile ilgilidir. Kişinin iş ilişkisi ile ilgili olmayan, ne işverene ne de çalışma arkadaşlarına yönelik olan kendi görüş ve düşüncelerini sosyal medyasından ifade etmesi veya bunlar hakkında paylaşımlarda bulunması ifade özgürlüğü kapsamındadır ve kendi özel yaşamı ile ilgilidir. Daha önce belirtildiği üzere kişinin işyeri içindeki pozisyonu sebebiyle ileri sürülen ifadelerin etki düzeyi arasında paralellik bulunmaktadır. Fakat somut olayda paylaşımda bulunan kişi bir güvenlik görevlisidir ve paylaşımlarının etki oranı bir genel müdüre oranla düşüktür. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin son dönemde vermiş olduğu karar da bu yöndedir⁴³. Kişinin siyasilere ilişkin görüş ve düşüncelerinin iş ilişkisini olumsuz etkilediğini ileri sürmek zorlama olacaktır. Zira olumsuz eleştiri mahiyetinde paylaşılan her gönderiden kişinin terör, darbe destekçisi olduğu sonucunun çıkarılması demokratik hukuk devleti ile bağdaşmaz. Bu konu hakkında oldukça hassas davranılması gereklidir. Dolayısıyla işçinin söz konusu davranışlarının İK m.25'te düzenlenen sınırlı sayıdaki fesih sebeplerinden hiçbirine uygun düşmediği kanaatindeyiz⁴⁴.

Çalışmamız iş hukuku kapsamında işçilerin ifade özgürlüğünü ele almaktadır. Fakat memurların çalıştıkları kurumlarda siyasi görüşlerini ifade edebilmesi konusuna kısaca da olsa değinilmesinde fayda vardır. Memurlar tüm davranışlarıyla anayasal açıdan demokratik devlet düzenine bağlı olmalıdır⁴⁵. Devlet Memurları

ve 25'te haklı nedenle fesih sebepleri sınırlı şekilde somutlaştırılarak düzenlendiğinden dolayı hakimın takdir yetkisinin de sınırlandırıldığı, fakat bu durumun hakimın TMK m.2 kapsamında değerlendirme yapmasına engel olmayacağı ileri sürülmüştür. Alpagut, a.g.e., (Tazminat), s.1741.

⁴³ AİHM, Selma Melike v. Türkiye, B. No: 35786/19, T.:15.06.2021, (Çevrimiçi) <https://anayasagundemi.com/2021/07/08/ihamin-selma-melike-v-turkiye-kararinin-ozet-cevirisi-kamu-personeli-basvurucunun-bir-facebook-gonderisini-begenmesi-nedeniyle-isten-cikarilmasi-ifade-ozgurlugunun-ihlalidir/>, e.t., 23.07.2022.

⁴⁴ Benzer görüş için bkz. Heper, a.g.e., s.1923-1924.

⁴⁵ Günther, a.g.e., BGB § 626, Rn. 455.

Kanunu m.4/I-A’da memur; “*Mevcut kuruluş biçimine bakılmaksızın, Devlet ve diğer kamu tüzel kişiliklerince genel idare esaslarına göre yürütülen asli ve sürekli kamu hizmetlerini ifa ile görevlendirilenler, bu Kanunun uygulanmasında memur sayılır. Yukarıdaki tanımlananlar dışındaki kurumlarda genel politika tespiti, araştırma, planlama, programlama, yönetim ve denetim gibi işlerde görevli ve yetkili olanlar da memur sayılır*”. Alman Kamu Hizmeti Yasası (BeamStG) m.33’e göre, memurlar bir partiye değil, bütün halka hizmet eder. Görevlerini tarafsız ve adil bir şekilde ve kamu yararı için yerine getirmelidirler. Memurlar, tüm davranışlarıyla anayasal, özgürlükçü demokratik temel düzene bağlı kalmalı ve onun korunmasını savunmalıdır. Ayrıca memurlar, siyasal faaliyetlerinde, topluma karşı konumlarından ve görevlerinin yükümlülüklerini dikkate almalarından kaynaklanan ölçülülük ve kısıtlamayı korumak zorundadır. Devlet Memurları Kanunu m.7/I’e göre de “*Devlet memurları siyasi partiye üye olamazlar, herhangi bir siyasi parti, kişi veya zümrenin yararını veya zararını hedef tutan bir davranışta bulunamazlar; görevlerini yerine getirirlerken dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep gibi ayırım yapamazlar; hiçbir şekilde siyasi ve ideolojik amaçlı beyanda ve eylemde bulunamazlar ve bu eylemlere katılamazlar*”.

Belirtmek gerekir ki memurlar da temel hak korumasından yararlanmaktadır. Bu kişiler her ne kadar “devlet içinde” bulunsun ve bu nedenle devlete karşı özel görevlerle yükümlü olsa da aynı zamanda temel haklarını devlete karşı savunabilecek bir vatandaşdır⁴⁶. Anayasa Mahkemesi’ne göre devlet memurlarının da birey olduğu, siyasi görüşe sahip olma, ülke sorunlarıyla ilgilenme, tercih yapma haklarının bulunduğu, ifade özgürlüğüne sahip olduğu göz ardı edilmemelidir⁴⁷. Bununla birlikte memurun işvereni ile kamu hizmeti ve sadakat ilişkisi vardır (memur ilişkisi). Sonuç olarak, devlet için vazgeçilmez ve destekleyici kamu hizmetinin güvencesi ile memurun bireysel özgürlük hakları ile çelişebilmektedir. Devlet memurları için temel ifade özgürlüğü, görev alanıyla bağdaştırılarak ölçüde garanti edilir. Öte yandan, ifade özgürlüğü ancak kamu görevlisinin kamu karşısındaki konumu ve

⁴⁶ Thorsten Masuch, “Vom Maß der Freiheit – Der Beamte zwischen Meinungsfreiheit und Mäßigungsgebot”, *NVwZ*, 2021, s. 521.

⁴⁷ AYM, Zeynep Özbay Başarı Kararı, B. No:2018/17029, T.:16.06.2022, RG Tarih-Sayı: 17.08.2022-31926; AYM, Hasan Güngör Kararı, B. No:2013/6152, T.:24.02.2016, RG Tarih-Sayı: 01.04.2016-29671.

görevinin göz önünde bulundurulması nedeniyle gerekli olduğu ölçüde sınırlandırılabilir⁴⁸. Memurun Anayasa'ya ve kanunlara sadakatle bağlı kalma, tarafsızlık ve devlete bağlılık yükümlülüğü, çalıştığı kurumda siyasi faaliyeti ile görevini ihlal etmemesini, hizmetin işleyişini ve çalışma barışını bozmamasını gerektirir⁴⁹.

Memurlar görev başındayken siyasi faaliyetlerde bulunmaktan kaçınmalıdır. Kamu görevlisinin bir siyasi partiyi desteklemek için görevi başında reklam yapması, meslektaşlarına parti broşürleri dağıtması vb. siyasi faaliyetler kabul edilemez⁵⁰. Fakat hizmetin kesintiye uğramaması şartıyla, hizmet sırasında bir memur mevcut siyasi olaylar hakkındaki görüşünü meslektaşları ile özel görüşmelerinde ifade edebilir ve onları savunabilir⁵¹. Bu, bir memurun görevdeki meslektaşlarıyla özel görüşmelerde cumhurbaşkanını, hükümeti veya bakanlar gibi anayasal organların siyasi davranışlarını veya hükümeti destekleyen parlamento gruplarının politikalarını da eleştirebileceği anlamına gelir. Ancak her memur, işverenin yasal olarak belirlenmiş organlarına saygı göstermeli ve talimatlarını yerine getirmelidir⁵². Sosyal medya paylaşımları açısından ise bir memurun herhangi bir kişi veya kuruluşu doğrudan hedef almayan, hakaret içeriği taşımayan duygu ve düşüncelerini paylaşabilmesi gerektiğini düşünüyoruz. Siyasi faaliyet yasağının çok katı bir biçimde uygulanması memurları politik alandan uzak tutmakta ve iş güvencesini tehdit etmektedir⁵³.

1.1.2 İşverenin Siyasi Görüşlerini İfade Etmesi

İşverenin siyasi faaliyeti, siyasi partilerle birlikte aynı zamanda herhangi bir siyasi gruba da yönelik olabilir⁵⁴. Alman İşyerleri Esas Örgüt Kanunu (BetrVG) m.74/II'te işverenin işyerinin çalışma barışını bozan faaliyetlerden kaçınması gerektiği düzenlenmiştir. Madde devamında işverenin siyasi faaliyetlerden kaçınması

⁴⁸ Masuch, a.g.e., s.521.

⁴⁹ Oğuzhan Erdoğan, Çiğdem Pank Yıldırım, "Devlet Memurlarının Siyasi Faaliyette Bulunma Yasağı", **Ombudsman Akademik Dergisi**, S.12, 2020, s.108.

⁵⁰ Erdoğan, Pank Yıldırım, a.g.e., s.114-118; Masuch, a.g.e., s.522; Polzer, Powietzka, a.g.e., s.972.

⁵¹ BVerfG, 18.02.1970 - 2 BvR 531/68, **NJW**, 1970, s.1268.

⁵² BVerwG, 31.08.2017 - 2 A 6/15, **NVwZ**, 2018, s.1144.

⁵³ Erdoğan, Pank Yıldırım, a.g.e., s.122.

⁵⁴ Kissel, a.g.e., s.147.

gerektiği açık olarak belirtilmiştir. Siyasi faaliyet terimi geniş yorumlanmalıdır. Ancak bu yasak işyerini veya çalışanları doğrudan etkileyen toplu pazarlık, sosyo-politik, çevresel ve ekonomik nitelikteki konuların ele alınmasını etkilemez⁵⁵. Alman Federal Anayasa Mahkemesi, BetrVG m.74'teki düzenlemenin öncelikle çalışma barışının sağlanmasına, kesintisiz bir iş akışına ve işyeri ortaklarının tarafsızlığının korunmasına hizmet etmesi sebebiyle söz konusu hükmü itiraz edilemez olarak değerlendirmiştir⁵⁶. Dolayısıyla işverenin siyasi faaliyet yasağı, kendisinin temel ifade özgürlüğünü ihlal etmemektedir. Mevzuatımızda işverenin işyerinde siyasi faaliyetlerden kaçınmasına yönelik açık bir düzenleme olmasa da tarafsızlığın sağlanması adına Alman İşyerleri Esas Örgüt Kanunu (BetrVG m.74) düzenlemesi mevzuatımız için örnek teşkil edici niteliktedir.

İşverenin siyasi faaliyetlerden uzak durması için çalışma barışının bozulmuş olup olmaması önemli değildir⁵⁷. Çalışma barışının soyut olarak tehlikeye girebilmesi riskinin varsayımı dahi işverenin siyasi faaliyetlerden kaçınması için yeterlidir⁵⁸. İşverenin parti-politik faaliyetlerinin her zaman işyerindeki barışa yönelik bir risk oluşturduğu varsayılmaktadır. Çünkü deneyimler göstermiştir ki işverenin bir siyasi partinin yanında veya karşısında durması işgücü içindeki tartışma ve anlaşmazlıkların kışkırtılmasına neden olmaktadır⁵⁹. Alman Federal İş Mahkemesi seçim kampanyası sırasında işverenin, desteklediği partinin önde gelen bir adayını fabrikasına davet etmesini ve bu kişinin fabrika çalışanlarına konuşma yapmasını yasadışı partizan bir faaliyet olarak nitelemiştir⁶⁰.

İşverenlerin işyerinde herhangi bir siyasi faaliyetten kaçınması aynı zamanda çalışanların siyasi faaliyetleri veya tutumları nedeniyle farklı muamele görmemesini sağlamaları gerektiği anlamına gelir. İşverene getirilen siyasi faaliyete ilişkin mutlak yasak ile işyeri içinde huzurun korunması ve siyasi tarafsızlığın sağlanması amaçlanmıştır (BetrVG m.75/I)⁶¹. Siyasi faaliyet biçimleri çok farklı olabilir. Bu

⁵⁵ Richter, a.g.e., s.619.

⁵⁶ BVerfG, 28.04.1976 - 1 BvR 71/73, NJW, 1976, s.1627.

⁵⁷ Söllner, a.g.e., s.394.

⁵⁸ Maschmann, a.g.e., BetrVG § 74, Rn. 46; Reichold, a.g.e., § 55, Rn. 19; Kissel, a.g.e., s.148.

⁵⁹ Maschmann, a.g.e., BetrVG § 74, Rn. 62.

⁶⁰ BAG, 13.09.1977 - 1 ABR 67/75, AP, BetrVG 1972 § 42 Nr. 1.

⁶¹ Maschmann, a.g.e., BetrVG § 74, Rn. 59; Kissel, a.g.e., s.147.

kapsamda işveren tarafından işyerinde siyasi gazete veya siyasi parti içerikli broşür dağıtılması, afiş asılması, siyasi kararlar için imza toplanması, anket düzenlenmesi, siyasi amaçlı parasal bağış kampanyasının yapılması, konuşmacı çağırılması yasaktır. Aynı zamanda işveren işçiler arasındaki siyasi tartışmalara karışamaz⁶². Fakat işverenin çalışanlarını yaklaşan bir siyasi seçime veya referanduma katılmaya çağırması tarafsızlık ilkesini ihlal etmez⁶³.

İşveren, işyerinde siyasi faaliyet yasağını ihlal ederse işyerinde temsil edilen bir sendika ya da çalışan, iş mahkemesinde işverene karşı dava açarak şikayet edilen davranışın durdurulmasını talep edebilir⁶⁴.

Alman İşyerleri Esas Örgüt Kanunu m.118'e göre işyerinin doğası siyasi faaliyetleri kapsıyorsa, siyasi faaliyetin işle özel bir bağlantısı varsa eğilim sahibi olan işyerleri için siyasi faaliyet yasağı söz konusu değildir. Doğrudan ve ağırlıklı olarak siyasi amaçlara hizmet eden siyasi parti kuruluşları, parti ofislerini ve genel merkez tarafından desteklenen gençlik örgütlerini, parti gazetelerini, enformasyon bürolarını içerir⁶⁵. Fakat siyasi eğilim taşıyan işyerlerinden sadece siyasi partiler anlaşılmamalıdır. Aynı zamanda ekonomik ve sosyo-politik faaliyet gösteren kuruluş ve dernekler de bu kapsamdadır⁶⁶. Buna işveren pozisyonu taşıyan sendikalar, basın kuruluşları örnek verilebilir. Bu işyerlerinde çalışan kişiler, işletmenin eğilimini bilerek iş sözleşmesiyle çalışmayı üstlendikleri için kendi görüşleri, çalıştığı yerin eğilimine aykırı olsa bile işverenin eğilimine uygun davranmalıdır. Kişinin kendi düşünce özgürlüğünü ileri sürerek çalışma yükümlülüğünden vazgeçmesi, sadakat borcuna aykırılık oluşturduğu sebebiyle kabul edilemez⁶⁷. Çalışan işyerinin eğilimine aykırı siyasi görüşler ifade ederse ve bu durum işyerinin gidişatını olumsuz etkilerse işten çıkarılma nedeni olabilir⁶⁸. Örneğin liberal bir günlük gazetenin editörünün aşırı

⁶² Maschmann, a.g.e., BetrVG § 74, Rn. 65; Kissel, a.g.e., s.148.

⁶³ BAG, 17.03.2010 - 7 ABR 95/08, **AP**, BetrVG 1972 § 74 Nr. 12.

⁶⁴ Maschmann, a.g.e., BetrVG § 74, Rn. 74.

⁶⁵ Forst, a.g.e., BetrVG § 118, Rn. 64.

⁶⁶ Forst, a.g.e., BetrVG § 118, Rn. 63.

⁶⁷ Stoffels, a.g.e., BGB § 626, Rn. 117; Richter, a.g.e., s.621; Kissel, a.g.e., s.152.

⁶⁸ Hergenröder, a.g.e., KSchG § 1, Rn. 324. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi'ne göre, işçinin ileri sürdüğü ifadenin işyerinde işin görülmesini ne yönden olumsuz etkilediğinin, davranışın hangi sözleşme yükümlülüğünü ihlal ettiğinin, işverenin hangi menfaatlerinin zarar gördüğünün belirlenmesi gereklidir. Gazetenin, işçinin yalnız genel yayın politikasına aykırı davranışlarda bulunması sebebine

sağcı partilere veya örgütlere bağlılığı nedeniyle görevden alınması haklı görülebilir⁶⁹. Bir başka örnek, siyasi bir partinin çıkardığı bir dergide köşe yazısı yazan bir kişinin muhalif partiyi öven ifadeler kullanması kötü performans, uygunsuz iş performansı olarak nitelendirilebilir. Her ne kadar basın özgürlüğü öncelikli bir öneme sahip olsa da söz konusu derginin eğilimine, misyon ve vizyonuna ters düşen yayınların dergide yer alması ifade özgürlüğü ile ilişkilendirilemez.

Literatürde ihale şirketlerinde genellikle siyasi hedefler de gözetildiğinden, bu işyerlerinin de siyaset yasağı kapsamında olmayacakları ileri sürülmüşse⁷⁰ de söz konusu görüşe katılmıyoruz. Kanımıza göre söz konusu şirketler eğilim sahibi kuruluşlar değildir. İhalelerde hükümete siyasi yakınlıktan ziyade, şeffaf ortamda ihale konusu iş için en uygun teklifi veren şirketin işi alması yasal olandır. Dolayısıyla sırf işi alabilmek için hükümet lehine siyasi faaliyette bulunulması etik değildir.

1.2 Sendikal Faaliyetler Bağlamında İfade Özgürlüğü

Sendika özgürlüğü, örgütlenme özgürlüğü ve ifade özgürlüğünün özel bir biçimidir ve temel haklar arasındadır⁷¹. Sendika özgürlüğünün sahibi yalnız sendika (kolektif örgütlenme özgürlüğü) değil, aynı zamanda sendikanın üyeleridir (bireysel örgütlenme özgürlüğü)⁷².

Sendika özgürlüğü Anayasa tarafından güvence altına alınmıştır. AY m.51/I'e göre, “Çalışanlar ve işverenler, üyelerinin çalışma ilişkilerinde, ekonomik ve sosyal hak ve menfaatlerini korumak ve geliştirmek için önceden izin almaksızın sendikalar ve üst kuruluşlar kurma, bunlara serbestçe üye olma ve üyelikten serbestçe çekilme haklarına sahiptir. Hiç kimse bir sendikaya üye olmaya ya da üyelikten ayrılmaya zorlanamaz.” düzenlemesi mevcuttur. Ayrıca Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi

dayalı iş sözleşmesini feshi yeterli değildir. AYM, İdil Alakuş Dere Kararı, B. No:2019/38252, T.:11.01.2023, RG Tarih-Sayı: 07.03.2023-32125.

⁶⁹ Astarlı, a.g.e., s.315; Polzer, Powietzka, a.g.e., s.974.

⁷⁰ Richter, a.g.e., s.621.

⁷¹ Claudia, Schubert, “EMRK Art. 11 Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit”, **Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht**, 4. Auflage, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 2022, Rn. 1.

⁷² Remmert, a.g.e., s.26.

Kanunu sendikal örgütlenmeye ilişkin kapsamlı hükümler içermektedir. Almanya’da, sendika özgürlüğü Federal Alman Anayasası m.9/III’te koruma altına alınmıştır. Madde hükmüne göre, “*Çalışma koşullarını ve ekonomik koşulları korumak ve geliştirmek için sendika kurma hakkı herkes ve bütün meslekler için güvence altındadır. Bu hakkı sınırlamayı veya ona engel olmayı amaç edinen anlaşmalar batıldır ve bunlara yönelik önlem ve işlemler hukuka aykırıdır*”. Ayrıca Alman İşyerleri Esas Örgüt Kanunu m.74/III’te “*Bu kanun kapsamında görev alan çalışanların sendikaları için çalışmaları işyeri içinde dahi kısıtlanmaz.*” düzenlemesi mevcuttur.

Sendikalar çalışma saatleri dışında veya işverenin rızası ile çalışma saatleri içinde sendikal faaliyetlerde bulunabilirler (STİSK m.25/III). Sendika üyesinin sendikanın faaliyetlerine katılma hakkı da olumlu sendika özgürlüğünün bir gereğidir⁷³. Anayasal devlet düzeni sendikaların sadece oluşumlarını ve mevcudiyetlerini güvence altına almakla kalmaz, aynı zamanda varlıklarını sürdürmek ve güvence altına almak için gerekli olan faaliyetleri de korur. Diğer bir deyişle bu koruma sendikalar ve üyelerinin korunması için çekirdek bir alan yaratır⁷⁴. Fakat çekirdek alan yalnızca sendikaların varlığını sürdürmek ve güvence altına almak için vazgeçilmez olarak görülmesi gereken faaliyetleri içerir. Bunun ötesine geçen herhangi bir faaliyet artık güvence altına alınmaz⁷⁵. Bu sınırlar kapsamındaki faaliyetlerin belirlenmesi için sendikaların yetkilerini tanımlamak mahkemelerin değil yasama organının görevidir⁷⁶.

Sendikalar varlığını sürdürmek ve güvence altına almak için yeni üyeler kazanmayı, üyelerini ve üyesi olmayan işçileri görevleri, hedefleri ve faaliyetleri hakkında bilgilendirmeyi isterler. Bilgilendirme, propaganda ve reklam faaliyetleri, sendikanın var olmak ve faaliyette bulunmak için gerekli ön koşullarıdır. Bilgilendirme, üyeleri bir arada tutar ve diğer çalışanların sendikanın hedefleri, faaliyetleri ve başarıları hakkında farkındalığını arttırır. Propaganda, sendikalara üyelerinin çalışma ve ekonomik koşullarını koruma görevlerini daha iyi ve kapsamlı

⁷³ Ekmekçi, a.g.e., s.138; Şahlanan, a.g.e., (Toplu İş Hukuku), s.22.

⁷⁴ Remmert, a.g.e., s.27.

⁷⁵ Kissel, a.g.e., s.148.

⁷⁶ BAG, 26.01.1982 - 1 AZR 610/80, NJW 1982, s.2890.

bir şekilde yerine getirmeleri için özel bir fırsat verir⁷⁷. Fakat bu faaliyetler işçilerin görüşlerini ifade etmek, sendika üyeliğini ve faaliyetini teşvik etmek için gerçekleştirilse de sendika reklamcılığı psikolojik zorlamaya dönüşmemelidir.

İfade özgürlüğü ile sendika özgürlüğü, iş sözleşmesinin tarafları arasındaki ilişkileri doğrudan etkilediğinden bu iki özgürlük arasında yakın bağlantı ve örtüşme vardır. Örneğin sendika afişleri, çalışanları ikna etmek ve yeni üyelerin kazanılmasına hizmet ettiği için sendika özgürlüğünün bir ifadesidir. Söz konusu afişler siyasi içerikli^{78, 79} olsa bile ifade özgürlüğü ve sendikal faaliyet kapsamında değerlendirilir. Her iki temel hak birbirini dışlamaz, ancak kümülatif olarak bir sıralama ilişkisi içinde kullanılabilir. Bu nedenle kısıtlamalara yalnızca temel hakkın kendisinde yer alan özel koşullar altında izin verilebilir. Başka bir deyişle, sorulması gereken soru örneğin, siyasi bir afişin hangi yasal norm temelinde haklı gösterilebileceği değil, hangi yasal norm temelinde istisnai olarak yasaklanabileceğidir⁸⁰. İşverenin sendika afişlerinin asılması durumunda işyeri üzerindeki tasarruf yetkisinin bir kısmını kaybettiği tartışmasızdır. Fakat işverenin mülkiyet hakkına dayanarak sendikaların afiş, rozet, broşür gibi araçlarla bilgilendirme, reklam ve propaganda yapmasını yasaklamaması gerekir⁸¹. Fakat Alman Federal İş Mahkemesi'nin vermiş olduğu karara göre bir hastane, hizmet amaçları için kurulmuş posta dağıtım sistemi aracılığıyla hastane personeline sendikal tanıtım içerikli bilgilendirici yayınların dağıtılmasını yasaklayabilir. Böyle bir yasak sendikal faaliyet hakkını ihlal etmez⁸².

Sendika, propagandasının herhangi bir suç veya saldırgan içerik içermediği sürece, propaganda yapma biçimini ve temsil ettiği hedefleri seçmekte özgürdür. Bu kapsamda sendika üyesi çalışan her birey, işyerinde afiş asma, broşür hazırlama ve

⁷⁷ Buschmann-Grimberg, a.g.e., s.74; Kissel, a.g.e., s.148.

⁷⁸ BetrVG m.74/II'deki kısıtlamalar sendikalar için geçerli değildir. Bu nedenle, örneğin bir sendika işyerinde genel siyasi seçime katılma çağrısı yapabilir. Richter, a.g.e., s.621.

⁷⁹ Literatürde bizim de katıldığımız Ekmekçi'nin görüşüne göre, STİSK'te siyasi faaliyetlere ilişkin açık bir yasak olmaması kuruluşların "siyasi parti gibi" faaliyette bulunabileceği anlamına gelmez. Ekmekçi, a.g.e., s.254.

⁸⁰ Buschmann-Grimberg, a.g.e., s.67; Kissel, a.g.e., s.152; Ekmekçi, Gemalmaz, Aslan, Yılmaz, a.g.e., s.58-59.

⁸¹ Buschmann-Grimberg, a.g.e., s.73.

⁸² BAG, 23.09.1986 - 1 AZR 597/85, **NZA**, 1987, s.164.

dağıtma, rozet takma hakkına sahiptir. Bu nedenle işveren, sendika üyeleri için geçerli olan bireysel faydaların (örneğin yasal koruma) propagandasının yapılmasına müsamaha göstermelidir⁸³. Alman Federal İş Mahkemesi'nin görüşüne göre çalışma hayatının işyerinde gerçekleşmesi ve burada toplu sözleşme kapsamında hizmetlerin sunulması nedeniyle çekirdek alan, sendika üyeleri tarafından çalışma saatleri dışında ve molalarda şirket içinde belirli sendikal içerikli reklam ve bilgilendirme materyallerinin dağıtılmasını içerir. İşveren Alman Anayasası m.9/III gereği sendikaların yetkilerini kullanmasına izin vermelidir⁸⁴. Fakat Mahkeme'ye göre çalışma saatleri içinde sendika reklamlarının ve bilgi materyallerinin dağıtımı, iş akışını bozup bozmadığına bakılmaksızın sendikal faaliyet alanının bir parçası değildir⁸⁵. Yargıtay önüne gelen benzer nitelikli bir olayda da davacı mesai saati içinde görevi ile uygun olmayan davranışlarda bulunduğu, telefonla çok konuştuğu gerekçe gösterilerek ve tüm işçilik hakları ödenerek işten çıkarılmıştır. Davacı feshin sendikaya üye olduğu ve başka kişileri sendikaya üye yapmak için tanıtıcı faaliyetlerde bulunduğu için yapıldığını iddia ederek işe iadesini istemiştir. Mahkeme kararında feshin sendikal nedene dayalı olarak yapılıp yapılmadığının tespiti için araştırmaya gidilmesi, delillerin dosyayla birlikte yeniden değerlendirilmesi gerektiği, gerekli araştırma ve inceleme yapılmadan eksik inceleme ile feshin sendikal nedene dayanamayacağı belirtilmiştir⁸⁶. Mahkeme kararından yapılan feshin sendikal nedene dayanıp dayanmadığının tespiti belirsiz olsa da sendika üyesi bir işçinin mesai saatleri içinde sendikanın tanıtımının sendikal faaliyet alanının bir parçası olmadığını düşünüyoruz. Yargıtay bir başka kararında isabetli olarak bir işçinin sendika üyeliği konusunda işyerindeki arkadaşları ile toplantı gerçekleştirmesini sendikal faaliyet kapsamında görmüş ve iş sözleşmesinin feshini sendikal neden olarak kabul etmiştir⁸⁷.

⁸³ Buschmann-Grimberg, a.g.e., s.75; Sur, a.g.e., (Toplu İlişkiler), s.59.

⁸⁴ BAG, 14.02.1967 - 1 AZR 494/65, AP GG Art. 9 Nr. 10..

⁸⁵ BAG, 26.01.1982 - 1 AZR 610/80, NJW 1982, s.2890.

⁸⁶ Y. 9. HD, E.2018/8245, K.2019/6654, T.25.03.2019, Fatma Burcu Savaş Kutsal, "Toplu İş İlişkileri", **Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2019-2020**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, s.435.

⁸⁷ Y. 9. HD, E.2015/31887, K.2016/12708, T.30.05.2016, Haluk Hadi Sümer, "Toplu İş İlişkileri", **Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2016**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s.605.

Toplu iş sözleşmesi sendika özgürlüğünün bir parçasıdır ve sendika için üyelerinin çıkarlarını desteklemek ve korumak adına tek değilse bile başlıca yoldur⁸⁸. Afiş asma, broşür dağıtma gibi sendikal faaliyetler dışında toplu iş sözleşmesi görüşmeleri sayesinde de sendikalar çalışanlar adına ekonomik ve sosyal konularda, çalışma şartları hakkında işverene rahatsızlık ve taleplerini beyan etme fırsatı bulurlar (AY m.53/I). Çalışanların tek başına ifade etmekte güçlük çektiği durumlar sendika sayesinde somut ifadeye dönüşür.

Aynı zamanda işçiler toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında, sözleşme konusuna giren hükümlerle ilgili topluca işi bırakarak grev yoluna da başvurabilir⁸⁹. Bu hakkın kullanılması işverene fesih ya da disiplin cezası verme hakkı vermez⁹⁰. Anayasa m.54 kapsamında korunan bu temel hak, ifade özgürlüğü ve gösteri hakkının bir görünümüdür⁹¹. İşçi grev aracılığıyla iş ilişkisinden doğan menfaatlerini koruma ve kendini ifade etme şansına sahip olmaktadır⁹².

Bununla birlikte işçinin düşüncesini ifade etmek istemesi veya kanaatini ileri sürmesi için herhangi bir zamanda çalışmayı reddetmesinin veya işi durdurmasının yasal bir grev olarak kabul edilip edilemeyeceği sorusu ortaya çıkmaktadır. Grev hakkı sınırsız değildir. ILO Uzmanlar Komitesi ile Örgütlenme Özgürlüğü Komitesi grev hakkının mutlak bir hak olmadığını, bu hakkın kanun ile getirilen meşru sınırlamalar kapsamında kullanılabileceğini ifade etmektedir⁹³. STİSK m.58/II'ye göre de “*Toplu iş sözleşmesinin yapılması sırasında uyuşmazlık çıkması hâlinde, işçilerin ekonomik ve sosyal durumları ile çalışma şartlarını korumak veya geliştirmek amacıyla, bu Kanun hükümlerine uygun olarak yapılan greve kanuni grev denir*”. Grev, toplu pazarlık özerkliği temelinde kabul edilebilir olarak değerlendirilmelidir. Buradan kanuni grevin yalnızca bir toplu iş sözleşmesinin

⁸⁸ AİHM, Demir ve Baykara v. Türkiye B. No: 34503/97, T.:12.11.2008, (Çevrimiçi) <http://hudoc.echr.coe.int/app, e.t., 18.06.2022>.

⁸⁹ Ekmekçi, a.g.e., s.517, 523.

⁹⁰ Söllner, a.g.e., s.405; Süzek, a.g.e., (Disiplin Cezası), s.11; Çetin, a.g.e., s.121.

⁹¹ Anayasa Mahkemesi'ne göre toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı da ifade özgürlüğünün özel bir biçimidir. AYM, Ali Rıza Özer ve Diğerleri Kararı, B. No:2013/3924, T.:06.01.2015, RG Tarih-Sayı: 13.05.2015-29354.

⁹² Schubert, a.g.e., EMRK Art. 11, Rn. 20; Sur, a.g.e., (Toplu İlişkiler), s.433.

⁹³ Gülsevil Alpogut, “Toplu Eylem Hakkı ve Sınırları - Yargıtay'ın Konuya İlişkin Bir Kararının Düşündürdükleri”, **Prof. Dr. Fevzi Şahlanan'a Armağan - C.II, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C.LXXIV, Özel S., 2016, s.856.

akdedilmesiyle ilgili olabileceği sonucu çıkar. Bu, grev yoluyla talebin toplu sözleşme ile karşılanabilmesi ve işverene yönelik olması anlamına gelir⁹⁴. Ancak grev için gerekli olan bu önkoşullar işverene yönelik olmayan, devlet organlarının (yasa koyucular, idare, yargı) belirli davranışlarına yönelik bir grev anlamına gelen sözde siyasi grevde mevcut değildir. Bu nedenle siyasi grevin meşruiyeti ön koşulların eksikliğinden dolayı sorgulanabilir. Ayrıca çalışma ve ekonomik koşulları şekillendirme amacına da yönelik olabilen sempati grevi de bu bağlamda değerlendirilmelidir⁹⁵. Alman Federal İş Mahkemesi'ne göre bir sendikanın başka bir sendika adına, toplu iş sözleşmesi görüşmelerinde ortaya anlaşmazlık çıktığı durumda sempati grevi yapması hukuka aykırıdır⁹⁶.

1.3 İşçinin Üzerinde Taşıdığı Amblesmler Bağlamında İfade Özgürlüğü

1.3.1 Genel Olarak

İşverenin işyerinin mülkiyetine sahip olması (işyerine sahip değilse üretim araçlarına sahip olması) sebebiyle mülk sahibinin işyerinde çalışanlar üzerinde ne ölçüde hakimiyetinin olduğu sorusu akla gelmektedir. Mülkiyet, sahip olunan şey üzerinde fiili güç ile de karakterize edilir. Fakat eşyalar üzerindeki mutlak aynı hakka sahip olunması, çalışanlar üzerinde eşdeğer bir hak tanınacağı anlamına gelmemektedir. Böyle bir durum istihdam ilişkisine yabancısıdır⁹⁷. İşverenin “kendi” işyerindeki insanların davranışlarını özgürce belirlemesi işyerinde söz sahibi olma hakkına uygun değildir. Çünkü o zaman yönetim hakkının içeriği ve sınırları ile ilgili tüm düşünceler baştan gereksiz olacaktır. İşverene mülkiyet hakkına dayanılarak çalışanların işyerindeki davranışlarını özgürce belirleme fırsatı verilirse, işçilere bir

⁹⁴ Kissel, a.g.e., s.153.Ekmekçi'nin mevcut mevzuat düzenlemeleriyle hak grevinin veya toplu eylemlerin yapılamayacağı yönündeki katıldığımız görüşü için bkz. 673-684. Benzer yönde görüş için bkz. Şahlanan, (Toplu İş Hukuku), s.540; Buna karşın Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemeleri son dönemlerde toplu eylemin bir hak olduğu yönünde kararlar vermektedir. Toplu eylemin sınırsız olmasa da bir hak olduğu, toplu eylemin amacının işçilerin ekonomik ve sosyal durumlarını iyileştirebilme adına ifade özgürlüğü çerçevesinde bir ses verme olduğu yönündeki görüş ve karar değerlendirmeleri için bkz. Zeki Okur, “Toplu İş İlişkileri Açısından Yargıtay’ın 2018 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, **Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2018**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s.371-382.

⁹⁵ Kissel, a.g.e., s.154; Demir, Demir, a.g.e., s.28. Toplu eylem hakkı ve sınırlarına yönelik ayrıntılı bilgi için bkz. Alpagut, a.g.e., (Toplu Eylem), s.863 vd.

⁹⁶ BAG, 05.03.1985 - 1 AZR 468/83, NJW 1985, s.2545.

⁹⁷ Buschmann-Grimberg, a.g.e., s.73.

ceza infaz kurumundaki mahkumlardan daha az bir koruma sağlanır⁹⁸. Ayrıca söz konusu durum 18-19. yüzyıllardaki “evdeki efendi” anlayışının sonucu işverenin işçiye tahakkümünü doğurur⁹⁹. Dolayısıyla mülkiyet hakkı ile ifade özgürlüğü konusunda çatışan menfaatler tartıldıktan sonra ifade özgürlüğünün korunması öncelikli olarak tercih edilmelidir¹⁰⁰.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasa’nın ifade özgürlüğüne ilişkin hükümleri, iletişim açısından yalnız sözlü fikir ifadesini değil, aynı zamanda posterler, resimler, amblemler gibi sözlü olmayan iletişim biçimlerini de korur¹⁰¹. Genel olarak belirli görüş ve fikirleri iletmeye hizmet eden tüm davranış biçimleri ifade özgürlüğü açısından bir araç olarak kabul edilmektedir. İşçilerin amblem taşıması da ifade araçlarından biridir¹⁰². Takılan amblemle belli bir grup ya da statü aidiyeti vurgulanabilir¹⁰³. İşçiler tarafından sendikal ya da siyasi içeriğe sahip olan ya da olmayan, eleştirel nitelik taşımayan film yıldızı, futbolcu resmi ya da bir markanın ambleminin taşınması gibi durumlarla işyerinde karşılaşılabilir. Kişilerin ünlü birinin resmini ya da bir markayı görünür biçimde taşıması, kendini bu kişi ya da marka ile özdeşleştirmesinden kaynaklanabilir. Bir üreticinin reklam amblemlerinin, ifade özgürlüğü açısından bu korumayı hak edip etmediğinden şüphe duyulabilir. Bu konuda literatür, fikir beyanı iletişim amacına ek olarak ticari amaçlar gibi başka amaçlara hizmet etse bile temel hakların korunmasının sona ermediğine dair geniş bir yorumu desteklemektedir¹⁰⁴. Örneğin bir futbol takımı taraftarının, tuttuğu takımın forması ile işe gelmesine diğer çalışanların hoşgörü göstermemesine karşı işverenin huzuru sağlamak adına takım amblemli eşyaların giyimini yasaklaması ifade özgürlüğüne müdahale oluşturur. Dolayısıyla işverenlerin yasaklanan şeyde herhangi

⁹⁸ Buschmann-Grimberg, a.g.e., s.73.

⁹⁹ Ramm, a.g.e., (Grundrechte), s.2.

¹⁰⁰ Kissel, a.g.e., s.150.

¹⁰¹ Mehmet Nusret Bedük, “İşçinin Kılık Kıyafetinin İş İlişkisine Etkisi”, **Legal İSGHD**, C.XVI, S.64, 2019, s.1387; Domahidi, a.g.e., s.417;

¹⁰² Domahidi, a.g.e., s.417.

¹⁰³ Bedük, a.g.e., s.1387.

¹⁰⁴ Buschmann-Grimberg, a.g.e., s.71.

bir menfaatleri yoksa yasakta da hukuken korunan bir menfaatin bulunmadığı kabul edilebilir¹⁰⁵.

Çalışanlar kendi görünümelerini ve dolayısıyla kıyafetlerini, tasarladıkları rozetleri, çıkartmaları ve diğer nesneleri kendileri belirleyebilir. Fakat üzerinde amblem bulunan giysilerin giyilmesinin ya da giysilere rozet takılmasının çalışma arkadaşları arasında tartışmalara ya da işverenin çıkarlarına aykırı bir durum yaratmaya müsait olabileceği de göz ardı edilmemelidir¹⁰⁶. Örneğin X markasının satış mağazasında çalışan bir işçinin, rakip Y markasının amblemini taşıyan bir kıyafeti giymesi, provokatif bir davranış olarak değerlendirilebilir.

1.3.2 Amblem Taşınmasının Sınırları

Çalışan kendi kıyafetlerini giyiyorsa, prensipte başkalarının haklarına tecavüz etmeden kıyafetine istediğini takabilir. Ayrıca amblem takma hakkı konusunda resmi giysinin mülkiyeti sadece görünüşte önemlidir. İşveren, işçisine koruyucu giysi veya iş giysisi sağlıyorsa giysinin sahibidir, ancak giysinin kullanım hakkı işçiye aittir¹⁰⁷. Fakat Alman Federal İş Mahkemesi işverenin barete kalıcı olarak çıkartma yapıştırılmasını yasaklamasını hukuka uygun görmüştür. Karara göre işverenin mülkü kullanılarak propaganda yapılacaksa bu, mülkiyet hakkına zarar vermeyen araçlarla olmalıdır. İşveren çalışanlarına iş için verdiği koruyucu kaskların sahibi olması sebebiyle çalışanların kasklara çıkartmalar yapıştırmalarına izin vermek zorunda değildir. Dolayısıyla çıkartmaların kaldırılmasını talep edebilir. Fakat iğne ve/veya rozetler tekrar kolayca çıkarılabiliyorsa işverenin giysiler üzerindeki mülkiyet hakkı zarar görmemektedir. Koruyucu giysilerin amacı, çalışanın kendi özel giysilerini veya vücut bütünlüğünü korumaktır. Bu koruyucu işlev genellikle rozetler tarafından bozulmaz. Dolayısıyla işverenin giysiler üzerine rozet takılmasına tolerans göstermesi beklenmelidir¹⁰⁸.

İşyerinde rozet takmanın kabul edilebilirliği ile ilgili olarak, müşterilerle ilgilenen çalışanlarla müşterilerle ilgilenmeyen çalışanlar arasında bir ayrım

¹⁰⁵ Buschmann-Grimberg, a.g.e., s.72.

¹⁰⁶ Buschmann-Grimberg, a.g.e., s.71.

¹⁰⁷ Buschmann-Grimberg, a.g.e., s.73.

¹⁰⁸ BAG, 23.02.1979 - 1 AZR 172/78, **AP** GG Art. 9 Nr. 30.

yapılması gerektiği ileri sürülmüştür¹⁰⁹. Berlin İş Mahkemesi'nin kararına göre, müşterilerin rozetlerden veya içeriklerinden rahatsızlık duyma veya ürünü satın alma davranışlarının etkilenmesi ihtimali söz konusu olursa işverenin takılan rozetlere müdahalede bulunabilme hakkı vardır. İşverenin rozetlerin müşteri trafiğini aksatabileceğini iddia etmesi, işyerinde söz konusu yasağı haklı kılmak için yeterlidir¹¹⁰. Fakat işverenin zarar görmesinden ziyade zarar görebilme ihtimali işverenlerin her zaman amblem taşınmasına karşı çıkabilmesi sonucunu doğurur. Müşteri trafiği olan ve olmayan işyerleri arasındaki ayrım, ne fiilen ne de yasal olarak mümkün değildir. Müşteriler düzenli veya düzensiz aralıklarla işyerini ziyaret eder. Böyle bir ayrımın yapılmaya çalışılması, daha çok kişisel değer yargılarının yasal bir çerçeveye yerleştirilmesine yol açar. Ayrıca müşteriler çalışanlarının üzerinde taşıdığı işyerini öven reklam amacını taşıyan kıyafet ve amblemlerden de rahatsız olabilir¹¹¹.

Kanımızca işverenin çalışanlarının amblem taşımalarını yasaklamasının yasal bir dayanağı yoktur. Ancak amblem taşımının da sınırları vardır. Yazı veya resim kullanılarak hakaret içerikli görüş ifadesini yansıtan rozetlerin takılması kabul edilemez. Öte yandan, güvenlik riski oluşturmaması halinde yaka kartlarının ya da rozetlerin takılması yasaklanmalıdır. Örneğin, rozet iş yerinde bir kaza riski oluşturuyorsa güvenlik sebebiyle rozet takılmasına müdahale edilebilir. Aynı şekilde, bu amblemlerin taşınması işçinin yükümlü olduğu işi yerine getirmesini engelliyorsa yasak geçerli olmalıdır. Örneğin, işin mikropsuz, hijyenik veya tozsuz ortamda yapılması durumunda taşınan rozetin plastik taban malzemesi üretim sonucunu tehlikeye atabilir. İfade edildiği üzere amblem taşınmasının yasak olduğu hallerde, ters bir davranışın sergilenmesi fesih için gerekçe oluşturabilir¹¹².

1.3.3 İşçinin Siyasi İçerikli Amblemler Taşınması

Rozet takmak, sadece bir siyasi görüşün ifade edilmesinin ötesinde, öncelikli olarak arzu edilen siyasi hedefin ve bu hedefi takip eden grubun bir reklamı ya da

¹⁰⁹ Kissel, a.g.e., s.152.

¹¹⁰ LAG Berlin, 30.12.87 - 13 Sa 116/87 S. 18, Buschmann-Grimberg, a.g.e., s.75.

¹¹¹ Buschmann-Grimberg, a.g.e., s.76.

¹¹² Buschmann-Grimberg, a.g.e., s.76.

tanıtımı olarak karşımıza çıkmaktadır. Benzer rozetlerin kullanılması benimsenen siyasi görüşün, aynı siyasi amaç için çabalayan birçok kişi tarafından paylaşıldığı ve bu görüşün aynı şekilde desteklendiği izlenimini vermektedir¹¹³. “Genel siyasi rozetler”in kapsamına, sosyal olarak tartışılan konular girmektedir. “Nükleer enerji-hayır Teşekkürler!”, “Hayvan testlerini durdurun!”, “Greenpeace-Balinaları kurtar!” gibi ifadeleri içeren bu rozetleri işyerinde takmak ifade özgürlüğü kapsamında korunmaktadır. Çünkü söz konusu ifadeler ne işverene, ne diğer çalışanlara, ne de işyerinde yetkili olan bir sendikaya yöneliktir. Düşüncelerini barışçıl bir şekilde rozetlerle ifade eden işçilerin temel haklarının kısıtlanmaması gerektiği açıktır¹¹⁴. Fakat işyerinde giysilere siyasi slogan rozetlerinin takılması her zaman hoş karşılanmamıştır. Bundan dolayı, iş mahkemelerinin bu faaliyetin genel olarak caiz olup olmadığına ilişkin karar vermesi kaçınılmaz olmuştur. Aynı zamanda bu konu literatürde de ele alınmıştır.

Sadece özel alanda değil, aynı zamanda kamusal alanda ve işyerinde de kişilerin kendi fikrini ifade etme eğiliminin artmasına paralel olarak, çeşitli şekil ve renklerde bulunan rozetler fikir taşıyıcılığı açısından giderek popüler hale gelmektedir. Çalışma saatlerinde bu tür rozetlerin takılmasına izin verilmesi ifade özgürlüğü açısından önem taşımaktadır¹¹⁵. Almanya’da rozet taşınmasına yönelik iş mahkemesinin önüne gelen ilk vaka, siyasi çalkantılı 1960’lı yılların sonunda olmuştur. Berlin İş Mahkemesi, işyerinde bulunan çalışanın Springer Gazetesi’nin kamulaştırılmasına¹¹⁶ yönelik taktığı rozetin işyerindeki barışı ciddi şekilde tehlikeye attığını ve bu nedenle kabul edilemez olduğuna yönelik karar vermiştir. Mahkeme’ye göre işverenin nasıl politik açıdan tarafsız davranması gerekiyorsa, aynı şekilde işçinin de politik olarak tarafsız davranması beklenmelidir¹¹⁷.

Alman Federal İş Mahkemesi’nin önüne gelen ve üzerinde çok tartışılan bir dava da şansölye adayı Franz Josef Strauß’a karşı olan işyerindeki çalışan tarafından

¹¹³ Zachert, a.g.e., s.291.

¹¹⁴ Buschmann-Grimberg, a.g.e., s.76.

¹¹⁵ Remmert, a.g.e., s.12.

¹¹⁶ (Çevrimiçi) <https://www.welt.de/debatte/kommentare/article232620287/75-Jahre-WELT-Warum-Springer-enteignet-werden-muss.html> e.t. 16.01.2022.

¹¹⁷ Remmert, a.g.e., s.12.

tulumuna 12-15 cm büyüklüğünde ve göze çarpan bir rozetin takılmasına ilişkindir. Rozet, o zamanki başbakan adayı Strauß'un üzerine çarpı atılmış bir karikatürünü ve üzerinde "Strauß - hayır teşekkürler" yazısını gösteriyordu. Çalışana rozeti takmasının yasak olduğu ve defalarca çıkarması gerektiği söylenmesi üzerine, çalışan bunun yasak olduğunun nerede yazıldığını sorarak rozeti çıkarmayı reddetmiş, bunun üzerine işçinin iş sözleşmesi bildirimsiz feshedilmiştir. Çalışan sonraki günlerde megafonla işvereni protesto etmiş ve fabrika kapısının önüne afişler asmıştır. Yerel iş mahkemesinin görüşü, tek başına rozet takmanın bildirimsiz feshe sebep olmayacağı, fakat işçiye yapılan uyarılara rağmen rozeti çıkarmayıp işyerindeki barışı kendisinin değil de kendisini uyaran kişinin bozduğu şeklindeki itirazının kabul edilemez olduğu yönündeydi. Mahkeme söz konusu olayı işçinin suistimali şeklinde değerlendirmiş ve sözleşmenin feshini yasal bulmuştur. Eyalet mahkemesi de işçinin davranışını provokatif siyasi faaliyet olarak görerek yerel mahkemenin kararını onamış, düşünce açıklamalarının kısıtlanması için zararın meydana gelmeden sadece tehlikenin varlığını yeterli görmüştür. İstinaf mahkemesi kararına katılmayan muhalif görüşün gerekçesine göre ise kabul edilemez kışkırtıcı davranışlardan, bir çalışanın işverene veya çalışma arkadaşlarına siyasi fikirlerini kendi istekleri dışında zorla empoze ederek zulmetmesi durumunda söz edilebilir. Dolayısıyla ihbarsız işten çıkarma orantısızdır. Alman Federal İş Mahkemesi'nin önüne gelen olayda Mahkeme, istinaf mahkemesinin kararını onamış, feshi geçerli bulmuştur. Mahkeme'ye göre, çalışma saatleri içinde politik bir görüşün kasıtlı olarak meydan okuyucu bir şekilde ifade edildiği işyerinde göze çarpan bir rozetin takılması, işyerindeki barışı veya gidişatı bozabilir ya da çalışma yükümlülüğünün yerine getirilmesini engelleyebilir. Bir rozetin sunumu, boyutu ve içeriği, işyerinde siyasi bir rozet takmaya izin verilmesi için belirleyici bir öneme sahiptir. İşyerinde siyasi tartışmalar kabul edilemez değildir, ancak çalışanın fikir özgürlüğünün istihdam ilişkisinin temel kurallarıyla sınırlı olduğu varsayılmalıdır. Çalışanlar işyerindeki diğer çalışanların taciz edilmiş hissetmelerine neden olan, işyeri içindeki barışın veya iş akışının bozulmasına sebep olan kışkırtıcı parti-politik faaliyetlerde bulunmaktan kaçınmalıdır. Şansölye adayının tartışmalı rozet yoluyla adaylığının reddedilmesi "beceriksiz" partizan siyasi ajitasyondur. Renk ve tasarım olarak dikkat çeken, siyasi muhalefeti vurgulayan, siyasi rakibi karalayan ve hor gören rozet, farklı düşünen

çalışanlar tarafından göz ardı edilemediği için provokatif bir etki yaratmış, diğer çalışanlar işyerinde siyasi ajitasyonla baş başa bırakılmıştır. Bunu yaparken davacı sözleşmeden doğan yükümlülüklerini ihlal etmiş ve işyerindeki barışı bozmuştur. Bu davranış, bir çalışanın meslektaşlarına ve işverene siyasi fikirleriyle onların iradesine karşı zulmetmek için sürekli sözlü çabasına eşdeğerdir¹¹⁸.

Özetlenen karar literatürde dar anlamda taraftar bulsa da Anayasa’da düzenlenen ifade özgürlüğünün anlamı ve amacı ile bağdaşmadığı gerekçesiyle yoğun bir biçimde eleştirilmiştir ve karar ile ilgili çok sayıda çalışma yapılmıştır¹¹⁹. Kararı savunan görüşe göre, Anayasa’da düzenlenen ifade özgürlüğü aktif olarak her zaman işyerinde uygulanamaz. Herkesin başkalarının düşüncelerinin baskısı altında kalmama, kendi istekleri dışındaki görüşlerle uğraşmak zorunda olmama hakkı vardır¹²⁰. Bir çalışan işyerine siyasi içerikli bir rozetle gelirse yalnız fikrini ifade etmekle kalmaz, aynı zamanda kaçınılmaz olarak diğer çalışanları da etkiler. İşyerinde bu tür rozetleri takmak her zaman kışkırtıcı bir etkiye sahiptir. Çünkü farklı düşünen çalışanlar, rozet takan kişinin yaydığı etkinin farkında olup olmadığına bakılmaksızın, zorunlu olarak hatta belki de sürekli olarak rozetin görüntüsüne maruz kalmaktadır. Ayrıca birçok kişinin aynı rozeti takması rozeti takmayanlara karşı bir baskı oluşturur ve bu kişiler kara koyun rolüne girer. Bu rozetlerden birinin siyasi bir saikle takılması, çalışma barışına yönelik bir tehdidi temsil eder. Bu sebeple çalışma barışında somut bir bozulma olmadan önce işverenin üretim çıkarlarını korumak için müdahalede bulunması kabul edilmelidir¹²¹.

Mahkemenin vermiş olduğu karara karşı olan görüşe göre, öncelikle bildirimsiz fesih için çalışma barışının somut bir biçimde tehlikeye girmesi şartından ziyade, iş ilişkisinin somut bir şekilde bozulması şartı aranmalıdır¹²². İfade özgürlüğünün sınırları, özgür bir demokratik devlette temel hakkın değer yaratan öneminin tanınması temelinde yorumlanmalı ve belirlenmelidir. İşverenin herhangi bir

¹¹⁸ BAG, 09.12.1982 - 2 AZR 620/80, **AP** BGB § 626 Nr. 73

¹¹⁹ Thümmel, a.g.e., s.26; Kempff, a.g.e., s.64-65.

¹²⁰ Buchner, a.g.e., s.22.

¹²¹ Stoffels, a.g.e., BGB § 626, Rn. 117; Söllner, a.g.e., s.400; Buchner, a.g.e., s.24; Kissel, a.g.e., s.152; Günther, a.g.e., BGB § 626, Rn. 454.

¹²² Thümmel, a.g.e., s.13; Polzer, Powietzka, a.g.e., s.972.

anlaşılabilir menfaati hiçbir şekilde çalışanın ifade özgürlüğünün kısıtlanmasını haklı gösteremez¹²³. Bunun yerine işverenin menfaati, çalışanın her durumda görüşünü ifade etme menfaatine karşı tartılmalıdır¹²⁴. Alman Federal İş Mahkemesi'nin tek taraflı olarak yalnızca işverenin çıkarlarını dikkate alan bir yaklaşımı, istihdam ilişkisinde temel hakların geçerliliği yoluyla çalışanı sosyal olarak daha güçlü işverene karşı korumak için gösterilen tüm çabaları engellemektedir¹²⁵. Çalışma barışının bozulmasına sebep olan, rozet takan veya sesli bir açıklama yapan kişi değil, muhalif görüşlere tolerans göstermeyen iş arkadaşlarıdır¹²⁶. Özellikle rozet vakalarıyla ilgili olarak, rozet takmanın diğer ifade şekillerine göre işyerindeki barışı bozucu etkiye daha az sahip olduğu ileri sürülmektedir¹²⁷. Kişinin kendi görüşünü yansıtan görsel bir reklam, akustik bir reklamdan çok daha az müdahalecidir¹²⁸. Herhangi bir iş arkadaşı, görsel bir ifadeden sadece uzağa bakarak kaçınabilir. Bu nedenlerle işyeri içinde rozet takmak özel durumlar dışında genel olarak caiz kabul edilmelidir¹²⁹. Ayrıca mahkemenin vermiş olduğu karar, ifadenin söz, yazı, resim ile dışa vurulabileceğinin düzenlendiği Alman Anayasası m.5'ten de destek bulamamakta¹³⁰, Alman hukukunda da işyerinde rozet takmaya ilişkin bir yasaklama normunun bulunmaması, rozet takmayı çalışana hesaplanamaz bir risk olarak gösteren içtihat hukukuyla çarpıcı bir biçimde tezat oluşturmaktadır¹³¹.

Alman Federal İş Mahkemesi sonradan içtihat değişikliğine gitmiş, müdahalede bulunulabilmesi için çalışma barışının somut olarak bozulmuş olması şartını aramıştır. Mahkeme sonraki kararlarında karşılıklı çıkarları tartmanın gerekliliğini kabul ederek bu yönde kararlar vermiştir¹³².

¹²³ Thümmel, a.g.e., s.31-32.

¹²⁴ Zachert, a.g.e., s.289.

¹²⁵ Ramm, a.g.e., (Entscheidungen), s.218; Kempff, a.g.e., s.57.

¹²⁶ Kempff, a.g.e., s.63.

¹²⁷ Thümmel, a.g.e., s.42.

¹²⁸ Thümmel, a.g.e., s.48.

¹²⁹ Thümmel, a.g.e., s.43.

¹³⁰ Kempff, a.g.e., s.63.

¹³¹ Buschmann-Grimberg, a.g.e., s.65.

¹³² BAG, 17.03.1988 - 2 AZR 576/87, **NZA**, 1989, s.261; Remmert, a.g.e., s.15.

1.3.4 İşçinin Sendikal Ambлемler Taşıması

Sendikal içerikli ifade biçimlerinin kullanımı, sendikanın kolektif karakterini yansıtmaktadır. Sendikal içerikli rozetler, hem ifade özgürlüğü hem de sendika özgürlüğü aracılığıyla temel hakların ikili imtiyazlarından yararlanır. Burada ifade özgürlüğünün kullanılması ile örgütlenme özgürlüğünün kullanılması örtüşmektedir¹³³. Bir çalışanın sendikası tarafından temsil edilen görüşünü bir rozet ile ifade etmesi, ifade özgürlüğünden doğan hakların kısıtlanmasına yol açmaz¹³⁴.

İleri sürülen görüşün, farklı fikirde olan işverenlerden veya söz konusu sendikadan farklı bir sendika ile kendini özdeşleştiren diğer çalışanlardan olumsuz tepki alma olasılığı da bulunmaktadır. Fakat yasal olarak izin verilebilen, kabul edilebilir görüş ifadelerine herkesçe hoşgörü gösterilmelidir¹³⁵.

Sendikal rozetlerle işyeri politikaları örneğin, kapanmalara, işyerinden çıkarılmalara karşı mücadelelerde görünür hale gelebilmektedir. Ayrıca barış ve silahsızlanma, çevre kirliliği ve işsizlikle mücadele içerikli rozetler de sendika üyelerince işyerinde taşınabilmektedir. Sendikalar rozetleri sempati ve propagandanın sembolü olarak görmektedir. Böylelikle rozet takan kişiyi kendi kuruluşuyla tanımlamakta, işyerindeki kurumsal varlığını belgelemektedirler. Muhataplar iş arkadaşları, işin yürütümünde iletişim sürecine dahil olan herkes ile birlikte işverenlerdir. Bu iletişim esas olarak çalışma saatleri içinde işyerinde gerçekleşmektedir. Çalışanlar pozisyonunu işyerinde bulunanlara rozet vasıtasıyla sessiz ama görsel olarak ifade edebilmektedir. Bu rozetler ifade edilebilirlik açısından sözlü iletişimin yerini alamasa da bazen büyük oranda farkındalık yaratabilir. Örneğin çalışma saatinin 35 saate düşürülmesi konusunda sendikanın işverene olan talebi ile ilgili işçilerin “Haftalık çalışma süresinin 35 saate düşürülmesinden yanayım ve benden sorumlu X sendikasının ilgili talebiyle özdeşleşiyorum.” şeklindeki rozeti taşımaları, işyerinde alışlagelmiş sözlü bir ifadenin görsel çevirisini içermektedir. Bu sayede bir görüşün yalnızca biçimi

¹³³ Buschmann-Grimberg, a.g.e., s.74.

¹³⁴ Zachert, a.g.e., s.289, 291.

¹³⁵ Buschmann-Grimberg, a.g.e., s.72.

değiştirilir, içeriği değil. Diğer deyişle rozetler sözlü bir ifadenin donmuş şeklidir¹³⁶. İşyeri ile ilgili meseleler iş arkadaşları arasında konuşulduğunda kelimeler esnek kullanılabilir ya da konuşmalar gizli tutulabilir. Fakat rozet takan kişi görüşlerini ifade etme hakkına sahip olduğuna inandığı için kasıtlı olarak gizliliğin korunmasından vazgeçebilmeyi göze alabilmektedir¹³⁷.

2 DİN VE VİCDAN HÜRRİYETİ BAĞLAMINDA İŞÇİNİN İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

Din, insan yaşamının gerekliliklerini de içeren, dünyanın ve insan varlığının kapsamlı bir yorumu olarak anlaşılmalıdır¹³⁸. Gerek uluslararası gerekse de ulusal düzenlemelerle din ve vicdan özgürlüğü garanti altına alınmıştır. Bu özgürlük Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m.9'da "*Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahiptir.*" ve Anayasa m.24'te "*Herkes, vicdan, dini inanç ve kanaat hürriyetine sahiptir.*" şeklinde düzenlenmiştir.

Bir çalışanın sırf inancından dolayı işten çıkarılmaması veya meslektaşlarına göre ayrımcılığa uğramaması konusunda artık tartışma bulunmamaktadır. Bugün hakim görüşe göre böyle bir işten çıkarma veya kınama yasadışıdır. İşveren çalışanlarının "ahlak koruyucusu" değildir. Bu sebeple onların yaşam biçimlerine ilişkin herhangi bir düzenleme yapamaz. Bir istisna yalnızca eğilim sahibi olan kuruluşlar için geçerlidir. Örneğin bir kilise veya dini kuruluşun eğilim taşıyıcısı çalışanları başka bir dine geçtiğinde, çalışanın işine son verilebilir. Aksi takdirde işveren, dini bir misyonla ilgili olan hedeflerini güvenilir bir şekilde temsil edemez¹³⁹. Bununla birlikte bir eğilime sahip işyerinde bir misyon hedefine yönelik faaliyette bulunmayan kişilerin, işverenin eğilimine aykırı davranışları fesih sebebi yapılamaz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre bir Katolik Kilisesinde org

¹³⁶ Buschmann-Grimberg, a.g.e., s.72.

¹³⁷ Buschmann-Grimberg, a.g.e., s.72.

¹³⁸ Azim Semizoğlu, "„Nicht ohne mein Kopftuch!“, JA, 2021, s.582.

¹³⁹ Roman F. Adam, "Religionsfreiheit im Arbeitsrecht", NZA, 2003, s.1375; Gabriele Kucsko-Stadlmayer, "Religiöse Symbole am Arbeitsplatz", RdA, 2019, s.200; Christian Walter, Kathrin Tremml, "Die neue Rechtsprechung des EuGH zur Bedeutung der Religionsfreiheit in privaten Arbeitsverhältnissen", NZA, 2021, s.1457; Baer, a.g.e., s.503; Yiğit, a.g.e., (Kişisel Veri), s.133. Eğilimli şirketler hakkında detaylı bilgi için bkz. "Eğilimli (Trend) İşyerleri".

çalan bir kişinin zina suçunu işlemesi feshe gerekçe olamaz¹⁴⁰. Ayrıca eğilim sahibi olan bir dini kuruluş, iş başvurusunda bulunan kişinin farklı bir dine mensup olduğunu biliyor ve sonradan bunu fesih gerekçesi yapıyorsa fesih geçerli olmaz¹⁴¹. Ludwigshafen İş Mahkemesi'nin vermiş olduğu karara göre bir kilise işvereni, iş başvurusunda bulunan kişinin bir Hristiyan kilisesine mensup olmadığını, Müslüman olduğunu bilerek bir iş ilişkisi kurarsa, sonradan çalışanın kiliseye üye olmadığı, "kişisel eksiklik" sebebine dayanarak iş ilişkisini sonlandıramaz¹⁴².

Almanya'da işyerinde din özgürlüğü kapsamındaki davalar Hristiyan olmayan yabancı uyrukluların özellikle de çoğunluğu İslam dinine bağlı Türk azınlıktaki vatandaşların işyerinde ibadet etme veya Hac vazifesini yerine getirme taleplerinin reddedilmesine dayanmaktadır. Buna ek olarak, Müslüman bir kadının başörtüsü veya bir cemaat mensubunun sakalı ve sarığı gibi dinden etkilenmiş fiziksel görünüm sebebiyle fesih davaları Alman mahkemelerinin önüne gelmektedir¹⁴³. Hukuki anlaşmazlıklarda genellikle operasyonel gereklilikler ve işverenin yönetim hakkı ile çalışanlar tarafından ileri sürülen dini bağlantılı haklar arasında bir çatışma görülmektedir¹⁴⁴.

İfade özgürlüğünün görünüm biçimi olan din ve vicdan özgürlüğü sebebiyle çalışanlar ayrımcılığa uğrayabilmektedir. Ayrımcılık yasağı işverenin çalışanın dini nedenlerle dezavantajlı duruma düşmesini veya bir din nedeniyle ayrıcalıklı muamele görmesini engellemektedir. Mevzuatımızda İK m.5/I'de iş ilişkisinde din sebebiyle ayrımcılık yapılamayacağı, TİHEKK m.3/II'de din temeline dayalı ayrımcılığın yasak olduğu düzenlenmiştir¹⁴⁵. Rheinland-Pfalz Eyalet İş Mahkemesi'nin önüne gelen davada Müslüman bir Türk kadın, işyerinde yabancıların farklı çalışma koşulları altında çalıştığını işverenine bildirmiş ve bu konu hakkında kendisinden bilgi istemiştir. İşveren bu isteği reddetmiştir. Mahkeme'ye göre mevcut iş

¹⁴⁰ AIHM, Schüth v. Almanya, B. No:1620/03, T.:23.09.2010, (Çevrimiçi) <http://hudoc.echr.coe.int/app, e.t., 28.08.2022>

¹⁴¹ Wolfgang Bock, "Der Islam in der aktuellen Entscheidungspraxis der Arbeitsgerichte", **NZA**, 2011, s.1204.

¹⁴² Ludwigshafen İş Mahkemesi, 26.05.2010 - 3 Ca 2807/09, **BeckRS**, 2011, s.67924.

¹⁴³ Adam, a.g.e., s.1375.

¹⁴⁴ Bock, a.g.e., s.1201.

¹⁴⁵ Walter Berka, "Das islamische Kopftuch: Antidiskriminierung und Religionsfreiheit in den Rechtssachen Achbita und Bougnaoui", **EuZA**, 2017, s.472; Bock, a.g.e., s.1204.

ilişkisinde işverenin, çalışanın daha az lehte muamele görme sebepleri hakkında talep ettiği bilgileri vermemesi, en azından işçi tarafından iddia edilen ayrımcılığın varlığının varsayılmasına yol açabilir¹⁴⁶. İşyerinde din ve vicdan özgürlüğü aynı zamanda işverenin koruma ve gözetme borcu kapsamındadır. TBK m.417/I'e göre işveren *"işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzen"* sağlamalıdır. Dürüstlük ilkelerine uygun düzen sağlanması yükümlülüğü genel olarak din, inanç, ideoloji, giyim tarzı, vb. ayırım gözetilmeden tüm işçilerin bulundukları işyerinde kendini huzurlu hissedebileceği bir ortam yaratılması olarak açıklanabilir¹⁴⁷.

İnanç özgürlüğü kapsamında dini ibadetler, bir mola sırasında gerçekleştirildiklerinde operasyonel faaliyetlerde kolayca çözülemeyecek aksaklıkların ortaya çıkmasına sebep oluyorsa, bu durum işverenin çıkarlarıyla çelişebilir¹⁴⁸. Bununla birlikte çalışanın kendi inancının reklamını yaparak işyerindeki meslektaşlarını etkilemek istemesi işyerinde problem yaratabilmektedir¹⁴⁹. Son olarak dini semboller ve giyim tarzı, sakal bırakma gibi dış görünüş özellikleri, bazen işyerinde ihtilafların çıkmasına sebebiyet vermektedir¹⁵⁰. İnanç özgürlüğü bağlamında işyerlerinde yaşanan söz konusu durumların değerlendirilmesi gereklidir.

2.1 İşyerinde Dini Sembollerin Giyimi ve Kullanılması

Bir dinin sembollerini giymek (başörtüsü, haç vb.) ya da kullanmak (sakal vb.), onu ikrar etmek demektir. Bu bağlılık ayrılmaz bir şekilde kişilik ve insan onuru ile bağlantılıdır. Bu nedenle dini semboller, cinsiyet veya engellilik gibi vücutla ilgili özelliklerden daha az korunmaya değer değildir. Dini semboller din özgürlüğünün bir parçası olan açık itiraftır. Bu sembollerin giyilmesine ya da kullanılmasına ilişkin bir kısıtlamanın haklı olup olmayacağı ve hangi gerekçelerle haklı gösterilebileceği sorusu her zaman ortaya çıkmaktadır¹⁵¹. Bununla birlikte din özgürlüğünün koruyucu

¹⁴⁶ LAG Rheinland-Pfalz, 25.03.2011 - 9 Sa 678/10, **BeckRS**, 2011, s.72883.

¹⁴⁷ Ekmekçi, Yiğit, a.g.e., s.307-308.

¹⁴⁸ Adam, a.g.e., s.1376.

¹⁴⁹ Adam, a.g.e., s.1376.

¹⁵⁰ Adam, a.g.e., s.1376.

¹⁵¹ Jens M. Schubert, "Religiöse Symbole und Kleidungsstücke am Arbeitsplatz", **NJW**, 2017, s.2582; Antje von Ungern-Sternberg, "§ 21 Religionsverfassungsrecht", **Handbuch des Verfassungsrechts**, 1. Auflage, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 2021, Rn. 54.

alanının, dini inançların görünür işaretlerinin giyilmesini içerip içermediği tartışması ülkemizde görece sona ermiş olsa da Avrupa’da halen yoğun bir biçimde tartışılmaya devam etmektedir¹⁵². Dini sembollerin taşınmasının temel hakları ihlal edip etmediği ve kamu sektörü ve özel sektör işverenlerinin işyerinde de hoşgörü ve çeşitlilik uygulamalarına zorlanıp zorlanamayacağı konusunda halen çok farklı görüşler mevcuttur ve bu konuda Alman literatürü ve içtihatları (Avrupa Adalet Divanı dahil) farklılık göstermektedir¹⁵³. Dolayısıyla söz konusu başlık altında işyerinde dini sembol kullanımına ilişkin ülkemizdeki tutuma yer verilecek olsa da ağırlıklı olarak Almanya’da işyerinde dini sembollere bakış açısı incelenecektir. Bunun sebebi ülkemizde dini sembol kullanımına yönelik tartışmanın büyük oranda sona ermiş olmasıdır.

Her şeyden önce, dini sembollerin nasıl yorumlandığı çok önemlidir. Almanya’da işyerlerinde Hristiyan kültürüne ait (haç) semboller, Yahudilik inancına ait kipa veya Sih inancına ait sarığa benzeyen türban büyük ölçüde kabul edilirken, İslami semboller ve özellikle kadın giyim sembolleri büyük tartışmalara yol açmaktadır. Başörtüsü, burka, peçe, çarşaf vb. giyilmesi kadınlara yapılan zulmün delili, hiç istenilmeyen bir dinin işareti, kültürel kimliğe yönelik bir tehdit ya da sadece can sıkıcı olarak görülmektedir. Öte yandan Fransa’da Müslüman giyim biçimleri genellikle siyasi bir program veya bütünleşmeyi reddetme olarak yorumlanmaktadır. Diğer dini sembollere hoşgörü gösterilirken ya da kayıtsız kalınırken Avrupa toplumlarını kutuplaştıran ve yargılarını meşgul eden şeyin bir kadının saçına bağlanan bir bez olduğunu söylemek yanlış olmaz. Avrupa’da İslam inancına mensup istihdam edilenlerin sayısının artması nedeniyle, işyerinde din özgürlüğünün nasıl işleyeceğine dair sorular içtihatlarda giderek daha sık sorulmaktadır¹⁵⁴.

¹⁵² Hans-Joachim Bauschke, “Religion und Arbeitsrecht – Die (neue) Entscheidung des EuGH zum Verbot sichtbarer Zeichen am Arbeitsplatz”, **öAT**, 2022, s.74; Christian Hoppe, Greta Groffy, “„Solange IV“? Religiöse Symbole am Arbeitsplatz im Spiegel der deutschen Rechtsprechung und des EuGH”, **ArbRAktuell**, 2019, s.211; Semizoğlu, a.g.e., s.582.

¹⁵³ Kucsko-Stadlmayer, a.g.e., s.197.

¹⁵⁴ Stephan Sura, “Der zerbrochne Trug: Voraussetzungen und Grenzen für Verbote religiöser Zeichen und Kleidung am Arbeitsplatz”, **EuZW**, 2022, s.66; Erkan Duymaz, “Dini Sembol ve Kıyafet Sınırlamalarında İki Farklı Yaklaşım: İnsan Hakları Komitesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Devletlerin Uluslararası Yükümlülükleri Bakımından Tahlili”, **Ankara Üniversitesi**

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre temel haklara yönelik sınırlamaların yasal bir temele ve meşru bir amaca ihtiyacı vardır. Ayrıca bu amacın gerçekleştirilmesi, demokratik bir toplumda gerekli ve orantılı olmalıdır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hukukuna (AİHS m.9) göre işyerinde dini sembollerin giyilmesinin sınırlandırılmasına ilişkin düzenlemeler her şeyden önce kişinin dış dünyaya dinini açıklama özgürlüğünün ihlalidir¹⁵⁵. Mahkeme önüne gelen bir davada British Airways'ın check-in masasında çalışan Nadia Eweida boynuna görünür şekilde küçük gümüş haç takmış fakat havayolunun kıyafet yönetmeliğinin, müşterilere tutarlı bir havayolu imajı sağlamak için mücevherlerin üniformanın altına gizlemesini gerektiği gerekçe gösterilerek kendisinin iş sözleşmesi feshedilmiştir. Mahkeme üniformanın amacının, şirketin belirli bir imajını temsil etmesi sebebiyle meşru olduğunu, fakat demokratik bir toplumun çoğulculuğu ve çeşitliliği tolere etmek zorunda olduğunu, dini sembollerin taşınmasının başkalarının çıkarlarını etkilemediğini belirtmiştir¹⁵⁶. Fakat Mahkeme hastalarla temas halindeyken yaralanma ve enfeksiyon riskini azaltmak için haç kolyesi takılmasının yasak olduğu gerekçesiyle iş sözleşmesi feshedilen, bir devlet hastanesinin geriatri koğuşunda hemşire olan Shirley Chaplin'in, Nadia Eweida ile aynı dosyada görülen davasında farklı yönde karar vermiştir. Mahkeme'ye göre çatışan çıkarlar tartıldığında, bir hastanenin sağlık ve güvenliği koruma amacı meşrudur. Haçın yanında diğer dini takıların ve sallanan başörtüsünün giyiminin yasaklanmasına ilişkin müdahale orantısız değildir¹⁵⁷.

Hukuk Fakültesi Dergisi, C.LXIV, S.4, 2015, s.1116; Michael Ernst-Pörksen, "Alman Federal Anayasa Mahkemesi "Başörtüsü Davası"nı Karara Bağlıyor", Çev. Didem Özalpat, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.XV, S.3-4, 2011, s.294; Berka, a.g.e., s.465; Kucsko-Stadlmayer, a.g.e., s.197; Schubert, a.g.e., s.2582; Ungern-Sternberg, a.g.e., § 21, Rn. 55.

¹⁵⁵ AİHM, Leyla Şahin v. Türkiye, B. No:44774/98, T.:29.06.2004, (Çevrimiçi) <http://hudoc.echr.coe.int/app, e.t., 18.06.2022>. Fakat söz konusu davada Mahkeme, İmam-Hatip okullarında öğrencilerin; üniversitelerde de personelin başörtüsüyle derslere girmeleri yasağının, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne aykırı olmadığına karar vermiştir. Mahkeme'ye göre, bir inancın ya da dinin dışı vurulması konusunda Avrupa genelinde bir görüş birliği bulunmadığından dini sembol kullanımına ilişkin düzenlemeler ülkeden ülkeye değişiklik gösterebilir. Duymaz, a.g.e., s.1131.

¹⁵⁶ AİHM, Eweida ve Diğerleri v. Birleşik Krallık B. No: 48420/10, 59842/10, 51671/10 ve 36516/10, T.:15.01.2013, (Çevrimiçi) <http://hudoc.echr.coe.int/app, e.t., 18.06.2022>.

¹⁵⁷ AİHM, Eweida ve Diğerleri v. Birleşik Krallık B. No: 48420/10, 59842/10, 51671/10 ve 36516/10, T.:15.01.2013, (Çevrimiçi) <http://hudoc.echr.coe.int/app, e.t., 18.06.2022>.

2.1.1 İşverenin Yönetim Hakkı Bağlamında İşyerinde Dini Sembol Kullanımı

İş sözleşmesi kurulurken sonradan ortaya çıkan ihtiyaçlar nedeniyle başlangıçta tarafların yükümlü olduğu tüm edimlerin belirlenmesi mümkün olmamakta ve bu boş alan işverenin yönetim hakkı kapsamında vereceği emir ve talimatlar ile doldurulmaktadır (TBK m.399)¹⁵⁸. İşyerinde işin ne zaman, nerede, nasıl şekilde yapılacağına yönelik talimatlar işin yürütümüne ilişkinken, işçinin işyerindeki davranışlarına yönelik talimatlar ise işyerinde belli bir düzenin sağlanmasına ilişkindir¹⁵⁹. Özellikle kurumsal firmalarda “Davranış Kuralları”, “Etik Kodlar”, “İş Kıyafet Yönetmelikleri” adı altında işveren tarafından getirilen talimatnameler ile işçinin işverenin kurumsal imajına zarar verecek tutum ve davranışlardan kaçınacağına, dış görünüş açısından belli kurallara uyacağına ilişkin düzenlemeler getirilmektedir¹⁶⁰. İşverenin işçinin dış görünümü ile giyimine yönelik düzenleme yapma ve talimat verme yetkisi belirlenirken ölçülülük ilkesi gereği haklı ve meşru amaçlar ile işletmenin ve işin gerekleri göz önünde bulundurulmalıdır. İşçiler de bu düzenlemelere dürüstlük kurallarının gerektirdiği ölçüde itaat borcu kapsamında uymak zorundadır¹⁶¹. İşverenin iş ilişkisinde gerekli olmadığı halde hukuka, genel ahlaka, kişinin inanç ve değerlerine, kişisel durumlarına aykırı veya bu inanç ve değerler ile örtüşmeyen dayatmaları yönetim hakkının sınırlarını aşar ve kişilik haklarına aykırılık oluşturur¹⁶².

¹⁵⁸ Dilek Dulay Yangın, “İşyerinde Dini Sembollerin Kullanımı (Karar İncelemesi)”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2019/3, S.62, s.2055; Bedük, a.g.e., s.1375.

¹⁵⁹ Süzek, a.g.e., (İş Hukuku), s.86; Arslan Durmuş, a.g.e., s.145; Ertürk, a.g.e., (Baskı), s.72.

¹⁶⁰ Bedük, a.g.e., s.1382; Dulay Yangın, a.g.e., s.2057; Çalışkan Yıldırım, Uğur, a.g.e., s.1178.

¹⁶¹ Aydın, a.g.e., (Kişilik Hakkı), s.111; Dulay Yangın, a.g.e., s.2058; Yıldız, a.g.e., (Orantılılık), s.687. Yargıtay’a göre; “Davalı işverenin aynı zamanda sosyal bir ortam olan işyerindeki, iş sağlığı ve güvenliğinin zorunlu gerekleri dışında, işyerindeki kılık kıyafeti, çalışanların görünüş şekillerini, giyim kuşamlarını düzenleyici nitelikte kurallar koyma ve bu kuralları denetleme yetkisinin, işverenin işyerini “yönetim hakkı”nın bir parçası olduğu kuşkusuzdur. Ancak; işveren bu yetkisini düzenleyip kullanırken, çalışanlarının motivasyonunu, iş verimliliğini düşürmeyecek ve olumsuz etkilemeyecek şekilde samimi davranma ve çalışanların kişilik haklarına, dini ve vicdani kanaatlerine tecavüz etmeme ve keyfi davranış ve uygulama dayatmama yükümlülüğü altında bulunmaktadır.” Y. 7. HD, E.2013/19270, K.2013/22249, T.16.12.2013, (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, e.t., 22.08.2022.

¹⁶² Çelik, Caniklioğlu, Canbolat, Özkaraca, a.g.e., s.262; Bedük, a.g.e., s.1374, 1377; Centel, a.g.e., s.9; Keser, a.g.e., (İşçi Davranışları), s.449; Baybora, a.g.e., s.1725; Arslan Durmuş, a.g.e., s.146.

İşveren yönetim hakkı çerçevesinde, çalışanlarından en azından müşterilerle temas halindeyken bakımlı bir görünüm talep etme yetkisine sahiptir. Ayrıca çalışanın işini yaparken ne giydiği sorusu işin içeriğinin bir parçasıdır ve işverenin talimatlarına açıktır. Bu sebeple çalışanların işyeri çıkarlarıyla özdeşleşmesini teşvik ediyorsa işveren tek tip iş elbisesi sipariş edebilir. İşyerlerinin tek tip bir pazar mevcudiyeti için belirli bir giyim kodunu uygulamak veya müşterilerinin fiili veya varsayılan beklentilerini karşılamak isteyebilirler. Dolayısıyla işverenin meşru menfaatlerine yönelik belirli hizmet üniformalarının (fast food zincirlerinde uygun önlük, havayollarında çalışanların kıyafetleri vb.) giyilmesi konusunda bir menfaati varsa iş sözleşmesi yükümlülüğü gereği çalışan bu hizmet kıyafetlerini giymeyi reddedemez. Bu uygulamaların müşterilere karşı ve şirketin hedefleri üzerinde olumlu bir etkisi vardır. Sözleşmeden doğan üniforma giyme yükümlülüğünü yerine getirmeyi ısrarla reddetmek, fesih için önemli bir neden olarak görülebilir¹⁶³. Dini kıyafetlerin üniforma kıyafetleriyle çelişmesi durumunda yasaklanıp yasaklanamayacağı veya tek tip elbise söz konusu değilse dini kıyafete hangi koşullar altında izin verilmesinin mümkün olduğunun belirlenmesi gereklidir. Çünkü kural olarak kişinin inancını gizlemesi gerekmez. Mutlak bir yasak inanç özgürlüğüne müdahale etmektedir¹⁶⁴. Söz konusu duruma ilişkin Yargıtay'ın önüne gelen olayda işe başladığında başı açık olan işçi, üzerinde çalıştığı şirkete ait markanın yazıldığı işyeri kıyafeti olan tişörtü giymektedir. Sonrasında işçi dini inancı gereği kapamış, işyeri kıyafeti olan tişörtü giymeyi reddetmiş, bunun üzerine kendisine uyarılar yapılmış, tutanaklar tutulmuştur. İşveren tarafından kendisine işyeri kıyafeti olan tişörtün altına uzun kollu kıyafet giyebileceği belirtilmesine rağmen çalışan bu öneriyi de reddetmiştir. Yargıtay'a göre, işyerinde çalışan tüm personel tek tip kıyafet giyerken, davacı işçinin bu teklifi reddetmesi müşterilere davacının çalışan mı yoksa müşteri mi olduğuna yönelik karmaşa yaratacak, ayrıca davacının bu hareketi çalışma barışı ve çalışanlar arasında uyumsuzluğa neden olacaktır. Davacının işyeri uygulaması haline gelen tişörtü giyme zorunluluğunu

¹⁶³ Volker Stück, Rachel Zapp "Arbeits(schutz)kleidung: Arbeits- und compliancerechtliche Aspekte", **ARP**, 2022, s.84; Markus Sprenger, "Anforderungen an Verbote des islamischen Kopftuchs und anderer Formen des offenen religiös-weltanschaulichen Bekenntnisses am Arbeitsplatz", **EuZA**, 2017, s.356; Günther, a.g.e., BGB § 626, Rn. 336; Adam, a.g.e., s.1378; Berka, a.g.e., s.470; Bedük, a.g.e., s.1383; Arslan Durmuş, a.g.e., s.153.

¹⁶⁴ Adam, a.g.e., s.1379.

reddetmesinden dolayı yapılan fesih geçerli nedene dayanmaktadır¹⁶⁵. Belirttiğimiz üzere işverenin müşterilerle temas halinde olan çalışanlarının ayırt edilmelerini sağlamak ve işletmesinin reklamını yapmak amacıyla işyerinde tek tip kıyafet uygulaması getirmesi mümkündür. Somut olayda işveren çalışana tişörtün altına uzun kollu giysi de giyebileceği önerisini sunmuş fakat işçi tişörtü giymemekte direnmiştir. Literatürde ileri sürülen, feshin son çare olması ilkesi gereği işverenin işçisinin müşteri teması olmayan birimlerde istihdam imkanını araştırması gerektiği, vücuda yapışan dar likralı kıyafet giyimini zorunlu tutmanın inanç özgürlüğüne müdahale oluşturacağı görüşüne katılmakla birlikte¹⁶⁶ söz konusu somut olay hakkında bazı tereddütlerimiz de söz konusudur. İşverenin yönetim hakkı sınırları içinde çalışma düzeninin tesisine hizmet eden makul derecedeki kıyafet düzenlemeleri kişilik haklarını ihlal etmez. İşverenin kılık kıyafet düzenine yönelik talimatlarına uyulması itaat borcunun bir gereği olsa da eğer kılık kıyafet sözleşmenin esaslı unsuru olarak belirlenmişse iş görme borcu kapsamında değerlendirilmelidir¹⁶⁷. Sevimli'nin ifade ettiği gibi (iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili olmayan) tek tip elbise giyilmesine yönelik istemlerin her somut olayda ayrı değerlendirilmesi gereklidir. Bu istem elbise küçük düşürücü veya işçiyi ergonomik açıdan rahatsız edici nitelikte değilse özel yaşam hakkına ağır bir müdahale oluşturmaz. Müşterilerle temas halinde bulunan çalışanların ayırt edilmesi açısından da bu bir zorunluluktur¹⁶⁸. Kanımızca söz konusu olayda işçinin uzun kollu kıyafetin üzerine dahi tişört giymeyi reddetmesi dini kaygılarla ilişkilendirilemez. Söz konusu fesih yapılan uyarılara rağmen işçinin iyi niyete aykırı, geçimsiz davranışından kaynaklanmaktadır. Herkesin tek tip kıyafet giydiği bir işyerinde ki biz bunun iş görme borcunun kapsamında olduğunu düşünmekteyiz, işverenin çalışanın dini hassasiyetlerini göz önünde bulundurarak kendisine kolaylık sağlamasına rağmen zorluk çıkaran bir çalışan profili işyeri düzenini olumsuz etkilemektedir. Ayrıca işçinin makul olmayan isteği işverenin yönetim hakkını zedelemektedir. İyi niyete aykırı davranış sergileyen bir işçi profili karşısında işverenin son çare ilkesini

¹⁶⁵ Y. 9. HD, E.2016/5475, K.2017/2968, T.02.03.2017, (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, e.t., 22.08.2022.

¹⁶⁶ Caniklioğlu, a.g.e., s.260; Dulay Yangın, a.g.e., s.2063-2064.

¹⁶⁷ Bedük, a.g.e., s.1374, 1376.

¹⁶⁸ Sevimli, a.g.e., (Özel Yaşam), s.276.

uygulamasının beklenemeyeceğini düşünüyoruz. İşçinin söz konusu davranışı haklı nedenle feshe gerekçe oluşturmaya da geçerli nedenle feshe kanımızca gerekçe oluşturabilir ve somut olayda Yargıtay'ın görüşü isabetlidir.

Başörtüsünden başka sakal da dini sembol olarak kullanılmaktadır. Bununla birlikte bazı sektörlerde görsellik önemlidir. Dolayısıyla bu durum da çalışma koşullarını ve düzenini doğrudan etkiler. Bu kapsamda örneğin bir bankada müşteri temsilcisi olarak çalışan bir kişiden işvereni, işyerinin imajı ve kurumsal yapısı gereği her gün sakal tıraşı olmasını isteyebilir. Aksi yönde bir davranış haklı nedenle feshe gerekçe oluşturmaya da geçerli nedenle fesih sebebi olabilir¹⁶⁹. İşyerinde sakal bırakılması konusunda Yargıtay'ın önüne gelen olayda davacı bir İslami katılım bankasında arge bilgi teknolojileri bölümünde proje yöneticisi olarak çalışmaktadır. Dava dosyasında davacı, bankanın katılım bankası olması sebebiyle İslami yaşayış tarzına müsaade edildiğini ve dini vecibelerini yerine getirebilmesinden dolayı bu bankada çalıştığını, sakal bırakmaya yönelik işyerinde herhangi bir yönetmelik olmadığını beyan etmiştir. Fakat iş sözleşmesinde “işçi, işyerinde çalışma mevzuatı ve işveren tarafından çıkarılmış ve çıkarılacak yönetmelik, genelge, sirküler talimat vb. gibi düzenlemelere uymayı kabul ve taahhüt eder” şeklinde düzenleme mevcuttur. Çalışan bir süre sakal bırakmış, ardından kendisinin savunması alınmış iç düzenleme ve talimatlara uyması kendisinden istenmiş, kendisine telkinlerde bulunulmuş ve bir daha savunması alınmıştır. Çalışan danışma kurulundaki bazı çalışanların da sakal bıraktığını ve kendisinin de sakal bırakmaya devam edeceğini belirtmiş, bunun üzerine iş sözleşmesi geçerli nedenle feshedilmiştir. Yargıtay'a göre iş sözleşmesinde açık olarak sakal bırakılmayacağına ilişkin düzenleme bulunmaması da davacının davranışı iş ilişkisini olumsuz etkilemekte ve iş ilişkisinin sürdürülmesi işveren açısından önemli ve makul ölçüler içinde beklenemeyeceğinden yapılan fesih geçerli nedene dayanmaktadır¹⁷⁰. Söz konusu karara konu olan olayda çalışan, müşterilerle temas halinde olmayan arge bölümünde çalışmaktadır. Çalışılan

¹⁶⁹ Bedük, a.g.e., s.1377-1378; Arslan Durmuş, a.g.e., s.154.

¹⁷⁰ Y. 9. HD, E.2016/32606, K.2017/21996, T.21.12.2017, (Çevrimiçi) <https://karararama.yargitay.gov.tr/>. Benzer yönde Yargıtay'ın bir kararına göre, “Ayrıca işverenin işyerinde çalışma düzen ve disiplinini sağlamaya yönelik kararlar alması yönetim hakkının gereğidir. Davalının yayınladığı talimatname ile işyerinde uyulması gereken kılık kıyafet kuralları ile sakal boyunun düzenlenmesi kişilik haklarına saldırı olarak değerlendirilemez.”, Y. 7. HD, E.2014/18048, K.2015/12110, T.15.06.2015, (Çevrimiçi) <https://legalbank.net>, e.t., 21.08.2022.

bankanın bir katılım bankası olması sebebiyle kurumsal imajının zarar görmesi de söz konusu değildir. Ayrıca diğer çalışanlar sakal bırakırken davacı çalışana sakalını kesmesi için baskı yapılması eşitlik ilkesine de aykırılık oluşturmaktadır. İşverenin gerçek ve belirleyici bir objektif mesleki sebebi mevcut değildir. Dolayısıyla işverenin yönetim hakkı karşısında ifade özgürlüğünün bir görünümü olan inanç özgürlüğüne üstünlük tanınması gerektiğini düşünüyoruz¹⁷¹. İşverenin değişmesi sebebiyle işyerinde sakal bırakılmasına yasak getirilmesi konusunda ise Yargıtay önüne gelen olayda geçmişten beri sakallı olarak çalıştığı işyerinin (tersanenin) Milli Savunma Bakanlığı'na devredilmesi üzerine, bu haliyle işyerine sokulmayıp iş sözleşmesi bildirimsiz şekilde feshedilen işçi ihbar ve kıdem tazminatı istemiyle dava açmıştır. Yargıtay toplu iş sözleşmesinde iş disiplini ve cezaları arasında “sakallı olarak işyerine gelmek” olgusuna yer verilmemesi ve söz konusu durumun haklı nedenle fesihte sayılan haller arasında yer almaması nedeniyle yapılan feshi geçersiz saymıştır. Buna karşın görüşüne Narmanlıoğlu'na göre işçinin sakalını kesmemesinin İş Kanunu'nda sayılan haklı nedenler arasında yer almaması yeterli bir gerekçe değildir. Söz konusu durum ve benzeri hal olarak düşünülenilir. Ayrıca çalışılan işyerinin özellikleri sakal konusunda belirleyici olabilir¹⁷². Kanımızca işverenin değişmesi özellikle askeri bir kurumun yeni işveren olması durumunda işyerinin özelliği gereği işveren yönetim hakkı bağlamında işçinin sakalına müdahalede bulunabilir.

Almanya'da bir mağazada İslami başörtüsü takan pazarlamacının doğu kültürüne aşina olmayan müşterileri olumsuz etkilediği gerekçesiyle işten çıkarılmasına ilişkin davada, Alman Federal İş Mahkemesi'ne göre işveren, temel haklarla korunan girişimcilik özgürlüğünü göz önünde bulundursa bile işyerinde alışlagelmiş bir giyim standardına uyulmasını talep edemez ve çalışandan başörtüsü olmadan çalışmasını isteyemez. İşverenin hem talimat verme hakkını kullanırken hem de sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getirirken, çalışanın dini nedenlerle işyerinde başörtüsü takma isteğini dikkate alması gerekir. İşveren

¹⁷¹ Caniklioğlu, a.g.e., s.259; Dulay Yangın, a.g.e., s.2069; Civan, a.g.e., s.177.

¹⁷² Y. 9 HD, 2000/18594-1750, T.06.02.2000, Ünal Narmanlıoğlu, “Ferdî İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı”, **Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2000**, Kamu-İş, Ankara, 2002, s.67.

Anayasa tarafından korunan girişimcilik özgürlüğünün, bir çalışanın başörtüsü takmasından (örneğin operasyonel aksaklıklar veya ekonomik kayıplar) etkilenip etkilenmediğini ve ne ölçüde etkilendiğini özellikle belirtmelidir. Başörtüsü giyme yasağından doğrudan etkilenen çalışanın temel hakkı, işverenin salt varsayımına dayanmamalıdır¹⁷³. Olumsuz etkilerin işveren tarafından ispatının çok zor olduğu yönünde görüş¹⁷⁴ bulunsa da kanımızca sorunlu olan konunun ispat olduğunu söylemek doğru değildir. İşverenin başörtüsü sebebiyle işlerinin kötü gittiğinin ispatı son derece zordur ve katılıyoruz. Fakat söz konusu durum ispat edilse bile sorunlu olan konu, inanç özgürlüğünü kullanan birini günah keçisi ilan ederek istihdam hayatının dışına itilmesine neden olan işverenin kendisi ve toplumun önyargılarıdır. Başörtüsü çalışanın çalışma süresi içinde çıkarabileceği bir materyal değil, kişiliğinin önemli bir parçasıdır¹⁷⁵. Dolayısıyla sorunun çözümü ilk önce başörtüsüne yönelik rahatsızlık sergileyenlerin önyargılarını yenmesiyle mümkün olacaktır. Müşteri isteklerinin tek başına din veya inanç nedeniyle eşit olmayan muameleyi haklı kılmaya yeterli olmadığı açıktır. İşveren işçiyi işe alırken, iş ilişkisini yürütürken veya işçiyi işten çıkarırken müşterilerinin veya diğer üçüncü şahısların isteklerini gerekçe gösteremez ve yönetim hakkını işçinin aleyhine ölçsüz biçimde kullanamaz¹⁷⁶.

İş güvenliği veya hijyen nedenleri ile işyerinde kişisel koruyucu ekipman zorunluluğu olabilir (İSGK m.4/I-a). Koruyucu iş kıyafetleri güvenlikle ilgilidir. Bu kıyafetleri sağlamak işverenin, kullanmak da işçinin yükümlülüğüdür (İSGK m.19/I). Bu giysiler olası kazaların sonuçlarını hafifletmek, zararlı maddelere maruz kalmayı önlemek veya hijyen standartlarını sağlamak için tasarlanmıştır. Örneğin kimya endüstrisinde asit, elektrik ve ateşten korunma, ormancılık işlerinde mekanik araçlardan korunma ya da hastane ve gıda işletmelerinde mikroplardan korunma için işveren koruyucu kıyafet giyilmesini zorunlu tutabilir¹⁷⁷. İş sağlığı ve güvenliği

¹⁷³ BAG, 10.10.2002 - 2 AZR 472/01, NJW, 2003, s.1685. Karar hakkındaki karşı görüş için bkz. Sevimli, a.g.e., (Özel Yaşam), s.279.

¹⁷⁴ Adam, a.g.e., s.1379.

¹⁷⁵ Semizoğlu, a.g.e., s.579.

¹⁷⁶ Sprenger, a.g.e., s.360; Ungern-Sternberg, a.g.e., § 21, Rn. 61; Süzek, a.g.e., (İş Hukuku), s.89; Dulay Yangın, a.g.e., s.2064.

¹⁷⁷ Stück, Zapp, a.g.e., s.84; Bedük, a.g.e., s.1374, 1380; Aydın, a.g.e., (Kişilik Hakkı), s.112; Arslan Durmuş, a.g.e., s.152.

açısından dini kıyafet ve semboller bazı işyerleri için yasal düzenlemeleri ihlal etmesi (hijyen) veya teknik zorluklara yol açması (tozsuz üretim) durumunda yasaklanabilir. Bu kapsamdaki işyerlerinde örneğin çalışana bone yerine başörtüsüyle çalışma imkanının verilip verilmeyeceği konusunda, bone yalnızca saçın dökülmesini önleyip, hijyen sağlama amacıyla kullanılıyorsa, başörtüsü giyilmesine izin verilebilir. Ancak bonenin bile steril olmasının gerektiği laboratuvar vb. gibi işyerleri için aynı sonuca ulaşılamaz¹⁷⁸.

Bu yasak, çalışanın iş için gerekli hareketleri yapmasını engelleyen ve iş güvenliğini tehlikeye düşüren veya gerekli olan iletişimi kısıtlayan burka veya bir peçe takmayı da içerebilir¹⁷⁹. Örneğin (sarık şeklinde) türban takmanın dini bir gereklilik olduğunu düşünen ve bu nedenle işyerinde baret giymeyi reddeden Sih inancına sahip bir kişi, uyarılara rağmen baretsiz şekilde işini sürdürmekte ısrar ederse, görevden alınmaya karşı kendini başarılı bir şekilde savunamaz ve iş ilişkisi sona erdirilebilir¹⁸⁰. Ekstrüder gibi dönen makinelerde çalışan işçinin başörtüsünün boynuna dolanma veya boğulma riski varsa iş güvenliği nedeniyle veya bir risk değerlendirmesinden sonra başörtüsünün yasaklaması mümkün olabilir¹⁸¹. Başörtüsü takmak her durumda iş güvenliğini tehlikeye düşürmemektedir. Yargıtay’a göre, işçinin işyerinde başörtülü olarak çalışması konusunda iş sağlığı ve güvenliği açısından sakıncanın bulunup bulunmadığının tespiti gereklidir¹⁸².

Fakat aşırı durumlarda, dini motifli giysiler iş süreçlerini kesintiye uğratabilir. Hem işveren hem de diğer çalışanlar, kendilerini güvence altına almak konusunda anlaşılabilir bir çıkara sahiptir. Buna işyerinde peçe takılması yasağı örnek verilebilir. Bu yasağın Müslüman inancına sahip kadın çalışanları işyerinde peçe takma fırsatından mahrum bıraktığı, kendilerini dezavantajlı hale getirdiği şeklinde tartışmalar olsa da bir kişinin kimliğinin belirlenmesi çalışma ortamı için büyük

¹⁷⁸ Caniklioğlu, a.g.e., s.258; Sevimli, a.g.e., (Özel Yaşam), s.275; Dulay Yangın, a.g.e., s.2060.

¹⁷⁹ Martina Benecke, “AGG § 8 Zulässige unterschiedliche Behandlung wegen beruflicher Anforderungen”, **Großkommentar AGG**, C.H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, München, 2022, Rn. 40; Günther, a.g.e., BGB § 626, Rn. 336.1; Berka, a.g.e., s.480.

¹⁸⁰ Adam, a.g.e., s.1379; Sprenger, a.g.e., s.360.

¹⁸¹ Sprenger, a.g.e., s.362; Stück, Zapp, a.g.e., s.89; Aydın, a.g.e., (Kişilik Hakkı), s.142.

¹⁸² Y. 9. HD, E.2015/14396, K.2015/22303, T.18.06.2015, (Çevrimiçi) <https://legalbank.net>, e.t., 22.08.2022.

öneme sahiptir¹⁸³. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tam örtünmeye karşı olan 2010-1192 sayılı Fransız Kanunu’nu ele almıştır. Bu yasak Fransa’da tüm kamusal alanda ve dolayısıyla çalışma hayatında geçerlidir. Mahkeme düzenlemeyi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile uyumlu bulmuştur. Gerekçesini, Sözleşme’ye taraf bir devletin toplumsal bir arada yaşama ve kişilerarası etkileşim için açık yüzün önemini vurgulamaya yetkili olduğu gerçeğine dayandırmıştır¹⁸⁴. Dini nedenlerle başörtüsü takan Müslüman kadınların dışlanma ve artık kendi dini kimliklerini yaşayamama riskiyle karşı karşıya kaldığı doğrudur. Bununla birlikte yüzü tamamen kapatan peçe yasağı, dini motifli bir giyim tarzı için her fırsatı ortadan kaldırmamakta fakat yüzün örtülmesini etkilemektedir. Sonuç olarak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin bu mülahazaları, iş hukuku kapsamında tüm yüzü kapatan örtünme yasaklarına uygulanabilir ve kanımızca da uygulanmalıdır¹⁸⁵. Kişilerarası karşılaşmalardan uzak bir çalışma gerçekleştirildikçe, kişisel olarak yüzü kapatma ihtiyacı da azalmaktadır. Fakat işyerinde çalışma yürütülüyorsa kişilerarası etkileşim insanlar arasındaki işbirliği için oldukça önemlidir. Bu nedenle, iş hukuku kapsamındaki tüm yüzü örten peçe yasaklarının, meşru bir amaca uygun olduğunu söyleyebiliriz. Fakat başörtüsü kişinin kimliğini gizlemesine yol açmadığı için başörtüsü ile peçenin aynı kapsamda değerlendirilmemesi gerekir.

2.1.2 Kamu Kurumlarında Dini Sembol Kullanımı

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kamu kurumlarında dini sembollerin taşınmasına yönelik kararlarında ise sert bir tutum sergilemiştir. Paris şehri tarafından işletilen bir hastanenin psikiyatri bölümünde sözleşmeli sosyal hizmet uzmanı olarak çalışan Ebrahimian’dan, başörtüsünün bazı hastaları çok rahatsız ettiği ve tedaviyi reddettiği sebebiyle başörtüsünü çıkarması istenmiş, kendisinin bunu reddetmesi üzerine sözleşmesi feshedilmiştir. Mahkeme, Fransız mahkemesinin başvuran hakkındaki “devletin laikliğine aykırı olarak anayasal ilkeleri ve kamu hizmetinin tarafsızlığını ihlal ettiği”ne yönelik gerekçesini orantılı bulmuştur.

¹⁸³ Sprenger, a.g.e., s.363.

¹⁸⁴ AİHM, S.A.S. v. Fransa, B. No: 43835/11, T.:01.07.2014, (Çevrimiçi) <http://hudoc.echr.coe.int/app, e.t., 19.06.2022>.

¹⁸⁵ Sprenger, a.g.e., s.364.

Ebrahiminan'ın başörtüsünü çıkarmayı reddetmesinin hukuka ve başkalarının dini haklarına aykırı olduğunu, tarafsızlık ve eşitlik ilkesinin hastaların dini inançlarına saygı gösterilmesini sağladığını belirtmiştir. Mahkeme'ye göre, Ebrahiminan'ın dinini açıklama özgürlüğünü kullanmasına yönelik müdahale, demokratik bir toplumda gereklidir¹⁸⁶. Öncelikle devlet ve din ilişkisinin devletlerarasında büyük farklılıklar gösterdiğini ve dinin toplumdaki öneminin farklı değerlendirildiğini baştan belirtmek gerekir. Tarihsel ve kültürel nedenlerle burada bir konsensüs yoktur. Devletlerin toplumsal değerlendirmeleri ve hukuki-politik konumları farklı olduğu gibi ulusal mahkemelerin bulduğu cevaplar da farklılık göstermektedir¹⁸⁷. Örneğin Türkiye dini sembollerin taşınması konusunda esnek bir tutum sergilerken, Almanya Türkiye'ye göre daha katı fakat Fransa'ya göre daha yumuşak bir tavır sergilemektedir¹⁸⁸. Dolayısıyla ülkelerin tutumları mahkeme kararları ve literatürü de etkilemektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından görülen davaların ortak noktası, din özgürlüğünün kısıtlanmasını haklı kılan şeyin nihai olarak devletin kamu güvenliğini, dini tarafsızlığı koruma veya devlette veya devletle ilgili kurumlarda dini barışı garanti etme yükümlülükleri olduğu gerçeğidir. Fakat temel hak sahibinin inancının açık ifadesinden vazgeçmesini beklemenin ne kamu güvenliğine ne de toplumsal barışa faydası vardır¹⁸⁹. Kanımıza göre Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi özellikle kamuda çalışanların dini sembol taşımalarına yasak getirilmesine yönelik olarak çok katı bir tutum sergilemekte ve devletlere geniş bir takdir marjı tanımaktadır. Mahkeme başörtüsüne yönelik çoğu müdahalede kamu güvenliği nedenini ileri sürmüştür. Kamusal alanda dini sembollerin veya dini çağrışımlar içeren kıyafetlerin giyilmesini yasaklayan devlet kısıtlamaları, özel hayat üzerinde özellikle güçlü bir etkiye sahiptir ve bu nedenle din özgürlüğüne özellikle ciddi bir

¹⁸⁶ AİHM, Ebrahimian v. Fransa B. No: 64846/11, T.:26.11.2015; Kamu hizmetinde dini kıyafetlerin yasaklanabileceğine ilişkin benzer görüş için bkz. AİHM, Hamidović v. Bosna Hersek B. No: 64846/11, T.:26.11.2015, (Çevrimiçi) <http://hudoc.echr.coe.int/app>, e.t., 18.06.2022. Söz konusu kararda mahkeme salonuna tanıklık için gelen Hamidović'in başörtüsü sebebiyle mahkeme salonundan atılmasına ilişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi işyerinde, özellikle kamu hizmetinde dini sembollerin takılmasına yasak getirilebileceğini belirtmiştir. Mahkeme'ye göre kamu görevlileri dini açıdan tarafsız olmaları gereken özel görevlere tabidir. İşyeri dışında dini kıyafet giymek serbesttir. Mahkeme salonundan kişinin başörtüsü sebebiyle çıkarılması hukuka aykırıdır.

¹⁸⁷ Kucsko-Stadlmayer, a.g.e., s.198; Berka, a.g.e., s.466.

¹⁸⁸ Ungern-Sternberg, a.g.e., § 21, Rn. 57.

¹⁸⁹ Berka, a.g.e., s.470.

şekilde müdahale eder¹⁹⁰. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne taraf tüm üyeler ülkeler üzerinde emsal teşkil etmektedir. Dolayısıyla Mahkeme'nin ifade özgürlüğünün bir biçimi olan başörtüsüne yönelik sert tutumu, Avrupa ülkelerinde dini inancını yaşamak isteyen çok sayıda Müslüman kadının istihdam hayatından dışlanmasına sebep olacaktır. Ebrahimiyan-Fransa kararında hastaların başörtüsünden rahatsız olmalarının ve başörtülü birisi tarafından tedavi görmeyi reddetmelerinin fesih sebebi olarak görülebilmesini Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin onaylaması kanımızca isabetsiz olmuştur.

Alman literatürüne göre kamu işverenlerinin, dini ve ideolojik konularda tarafsız olmaları gerektiğinden dolayı eşit muamele konusunda vatandaşlara ve halka karşı özel bir görevi vardır. Bu amaca ulaşılması için kamuda ilke olarak, farklı dinlerin veya inançların görünür işaretleri ve jestleri arasında hiçbir ayırım yapılmaması gerektiğini varsayar¹⁹¹. Okullar, üniversiteler, hastaneler gibi kamu sektöründe dini sembol taşınmasına ilişkin getirilen yasağın hoşgörüsüzlüğe dayanmadığı, aksine demokratik değerleri destekleyebileceği, aynı zamanda tüm dinleri eşit olarak etkilemesinin de doğal olduğu belirtilmiştir¹⁹².

Almanya'da özel sektör için işveren çıkarlarının ve hatta müşteri beklentilerinin temel din özgürlüğünün ardından ikinci sırada yer aldığı genel olarak kabul edilmektedir. Alman Federal Anayasa Mahkemesi (sadece) Müslüman başörtüsünü, Müslüman dini mensubu bir kişinin dini göstergesi ve dolayısıyla dini bir inancın itirafı olarak yorumlamıştır. Fakat kamu sektöründe çalışanların görevlerini yerine getirirken dini açıdan tarafsız olmak zorunda olmaları gerektiği için dini kıyafetlerin taşınmasına sınırlama getirilebileceği görüşündedir¹⁹³. Mahkeme'ye göre devletin eğitim kurumlarındaki tarafsızlık yükümlülüğü gereği başörtülü bir öğretmenin din özgürlüğünün arka planda kalması ancak ebeveynin çocuk yetiştirme hakkı ve öğrencilerin olumsuz dini özgürlükleri gibi karşıt hukuki menfaatlerin somut olarak

¹⁹⁰ Berka, a.g.e., s.468-469.

¹⁹¹ Sprenger, a.g.e., s.362.

¹⁹² Kucsko-Stadlmayer, a.g.e., s.199.

¹⁹³ BVerfG, 30.07.2003 - 1 BvR 792/03, **NZA**, 2003, s.959. Alman Federal Anayasa Mahkemesi'ne göre hukuk stajyerine getirilen başörtüsü yasağı Anayasa'ya uygundur. Karar için bkz. BVerfG, 14.01.2020 – 2 BvR 1333/17, **NJW**, 2020, s.1049.

tehlikeye girdiği durumda söz konusu olabilir¹⁹⁴. Alman Federal Anayasa Mahkemesi, bir devlet okulunda görev yapan öğretmenlerin başörtülerini ya da saçlarını örtmek için yün berelerini çıkarmayı reddettikleri davaya konu olan olayda kamuya açık okullardaki öğretmenlerin başörtüsü takmalarının yasaklanamayacağını vurgulamaktadır. Fakat kararın devamında okul barışına ve devlet tarafsızlığına karşı somut bir tehdit veya rahatsızlık varsa yasak, tüm inanç ve dünya görüşlerine eşit derecede uygulanmalıdır. Böyle bir yasaklama inanç özgürlüğü temel hakkını ihlal etmez¹⁹⁵. Karardan Mahkeme'nin tutumunun, izleyicilerin başörtüsüne atfettiği belirli bir anlam nedeniyle dini bir sembolün kullanılmasının yasaklanabileceği, fakat böyle bir dış yorumunun, din özgürlüğünün korunmasını uygulanamaz hale getirmemesi gerektiği yönünde olduğu anlaşılmaktadır¹⁹⁶.

Okullarda başörtüsü takılmasına ilişkin Alman Federal İş Mahkemesi'nin vermiş olduğu karar da derste başörtüsü takmak isteyen bir öğretmenin kişisel dosyasındaki ihtarın kaldırılması talebine ilişkindir. Davacı öğretmen anaokulundaki çocuklara ana dilleri olan Türkçeyi öğretmektedir. Derslere sadece Müslüman öğrenciler katılmaktadır. Davacı iş başvurusunda, başörtüsü taktığını gösteren bir fotoğraf sunmuştur. Takip eden dönemde görevlerini hep başörtüsü ile yürütmüştür. Fakat kendisine başörtüsünü çıkarmasına yönelik uyarı yapılmıştır. Alman Federal İş Mahkemesi'ne göre, dini nedenlerle başörtüsü takmak inanç özgürlüğü kapsamına girse de ebeveynlerin çocuklarını dini ve ideolojik bir bakış açısıyla yetiştirmeme hakkı ile anaokulu çocuklarının olumsuz din özgürlüğü önceliklidir¹⁹⁷. Yine Mahkeme bir başka kararında okulda dini ifadelerin yasaklanmasına atıfta bulunarak, okulda görev yapan Müslüman bir sosyal hizmet uzmanına, saç çizgisini ve kulaklarını tamamen kapatan bir şapka takması nedeniyle verilen uyarının, hukuka uygunluğunu teyit ederek böyle bir yasakta haksız ayrımcılık olmadığını ifade etmiştir¹⁹⁸.

¹⁹⁴ BVerfG, 24.09.2003 - 2 BvR 1436/02, **NJW**, 2003, s.3111.

¹⁹⁵ BVerfG, 27.01.2015 - 1 BvR 471/10, 1 BvR 1181/10, **BeckRS**, 2015, s.42522.

¹⁹⁶ Ungern-Sternberg, a.g.e., § 21, Rn. 56.

¹⁹⁷ BAG, 20.08.2009 - 2 AZR 499/08- 2 AZR 55/09, **NZA**, 2010, s.227.

¹⁹⁸ BAG, 10.12.2009 - 2 AZR 55/09, **NZA-RR**, 2010, s.383. Benzer karar için bkz. Düsseldorf İş Mahkemesi, 29.06.2007 - 12 Ca 175/07, **BeckRS**, 2007, s.47913.

Berlin-Brandenburg Eyalet İş Mahkemesi kararına göre, okullarda başörtüsünü genel olarak yasaklayan bir eyalet anayasası hükmü için çıkarılan tarafsızlık şartı, dar bir şekilde yorumlanmalıdır. Davacı Alman Genel Eşit Muamele Kanunu m.15/II uyarınca tazminat alma hakkına sahiptir. Böyle bir yasak, ancak devlet okullarının dinsel tarafsızlığına veya okul barışına karşı yeterince somut bir tehdit varsa etkili olacaktır. Her bir vakanın özelliklerine göre dikkatli bir değerlendirme yapılması gerekir¹⁹⁹.

2.1.3 Avrupa Adalet Divanı'nın İşyerinde Dini Sembol Kullanımına Yönelik Yaklaşımı

Avrupa Adalet Divanı'nın önüne gelen bir olayda, davacı Bayan Samira Achbita 2003 yılında bir hizmet şirketi olan Belçika şirketi G4S Secure Solutions NV (G4S)'de resepsiyon hizmetleri bölümünde, resepsiyonist olarak çalışmaya başlamıştır. Çalışanların işyerinde politik, felsefi veya dini inançlarının görünür işaretlerini giymelerine izin verilmemesi, o zamanlar G4S'de yazılı olmayan bir şirket politikasıdır. Nisan 2006'da davacı, İslami başörtüsünü takacağını duyurmuş, tarafsızlık kuralına değinen şirket ise başörtüsüne müsamaha gösterilmeyeceğini söylemiştir. İşyerine başörtüsüyle gelen çalışan, bunun üzerine işten çıkarılmıştır. Achbita davasını Adalet Divanı'na sevk eden mahkemenin sorusu yasaklanmış doğrudan ayrımcılık kavramına yöneliktir. Sorulan soru, özel bir şirketin işyerinde iç kural olarak herhangi bir siyasi, felsefi veya dini işaretin taşınmasına yönelik getirdiği yasaktan kaynaklanan İslami başörtüsü takma yasağının, 2000/78/EC sayılı Direktif m.2/2-a anlamında doğrudan ayrımcılık oluşturup oluşturmadığıdır. Mahkeme'ye göre, söz konusu iç kural, ayırım gözetmeksizin tüm siyasi, felsefi veya dini inanç ifadeleriyle ilgili olduğundan, bu kurala göre tüm çalışanların eşit muamele gördüğü varsayılabilir. Bu nedenle bu tür bir iç kuralın, doğrudan dine veya inanca dayalı eşit olmayan muameleyi haklı çıkarmadığı sonucuna varılmalıdır. Doğrudan ayrımcılığın hariç tutulması iki bileşene bağlı görünmektedir. Bir "iç kural"ın olması ve bu kuralın dini veya ideolojik inançlarla ilgili olarak "genel

¹⁹⁹ Berlin tarafsızlık Yasası m.2'ye göre Berlin Eyaleti, bir devlet okulunun veya belirli bir bölgedeki tüm devlet okullarının öğrencilere karşı ideolojik-dini tarafsızlığını tehlikeye atması veya bozması durumunda öğretmenlerin dini içerikli giysileri giymesini yasaklayabilir. LAG Berlin-Brandenburg, 09.02.2017 – 14 Sa 1038/16, **NZA-RR**, 2017, s.378.

olarak, farklılaşmamış ve tarafsız” formüle edilmesi gerekir. Bir işveren, din veya inanç konularında çalışanlara karşı katı bir tarafsızlık sergiliyorsa, bu din veya inanç temelinde bir işle bağlantılı sembollerin teşhir edilmesi veya giyim eşyalarının giyilmesine ilişkin bir yasak anlamına gelse bile doğrudan ayrımcılık teşkil etmez. Bu koşullar altında, başörtüsü takma hakkı veya dini veya ideolojik inançların diğer sembol ve tezahürleri, olsa olsa dolaylı ayrımcılık olarak kabul edilebilir. Fakat yasak meşru bir amaca hizmet ediyorsa ve bu amaç uygun ve gerekli araçlarla takip ediliyorsa, bu tür bir ayrımcılık haklı görülebilir. Bu koşullar altında dolaylı ayrımcılık yoktur. Aynı zamanda yasağın tutarlı ve sistematik bir şekilde uygulanması ve müşterilerle temas eden çalışanlarla sınırlı olması halinde yasak dolaylı ayrımcılık oluşmaz. Fakat işverenin müşterileriyle ilgili siyasi, felsefi ve dini tarafsızlık politikası izlemesi gibi meşru bir amaç nesnel olarak gerekçelendirilmedikçe, belirli bir din veya inanca mensup kişilere getirilen yasaklama bu kesimi dezavantajlı duruma düşürür²⁰⁰.

Yine Adalet Divanı’nın önüne Fransa’dan gelen bir başka davada Micropole SA. isimli şirkette yazılım tasarımcısı olarak çalışan Asma Bougnaoui’dan işvereni müşteri talebini gerekçe göstererek başörtüsünü çıkarmasını istemiştir. Bougnaoui başörtüsünü çıkarmayı reddetmiş ve bunun üzerine işten çıkarılmıştır. Bougnaoui davasını Adalet Divanı’na sevk eden mahkeme, müşteri talebi sebebiyle bir işverenin hizmetlerini İslami başörtüsü takan bir kadın işçi tarafından yerine getirilmesini istememe iradesinin, 2000/78/EC sayılı direktif m.4/I anlamında temel ve belirleyici bir mesleki gereklilik oluşturup oluşturmadığının belirlenmesini istemiştir. Bu sorunun önemi, müşteri talebinin “temel ve belirleyici bir mesleki gereklilik” olarak nitelendirilebilmesi halinde, din nedeniyle eşit olmayan muamelenin kabul edilemez bir ayrımcılık olmadığı gerçeğinde yatmaktadır²⁰¹. Mahkeme’ye göre bir çalışan, örneğin işten çıkarılma, daha az çekici bir işe atanma ya da başka herhangi bir şekilde, dini nedenlerle belirli kıyafetlerin giyilmesi veya belirli bir dini sembolün kullanılması nedeniyle dezavantajlı durumdaysa, eşit olmayan muamele söz konusudur. Farklı gerekçelendirme olasılıkları nedeniyle, bunun doğrudan ayrımcılık

²⁰⁰ ABAD, 14.03.2017 – C-157/15, **NJW**, 2017, s.1087.

²⁰¹ Berka, a.g.e., s.474.

mı yoksa yalnızca dolaylı ayrımcılık mı olduğu tartışmalıdır. Dezavantaj doğrudan veya dolaylı olarak dinin özelliğiyle bağlantılıysa, ayrımcılık doğrudandır. Görünüşe göre tarafsız hükümler, belirli bir dinin üyelerini haksız yere dezavantajlı hale getirdiğinde ayrımcılık dolaylıdır. Bireysel bir emirle bir çalışanın başörtüsü takmasının yasaklanması doğrudan mı yoksa dolaylı bir ayrımcılık mıdır? Bir işveren tarafından ilgili yasağı getiren talimatların verilmesi gibi bireysel davranışlar söz konusu olduğunda, ayrımcılığın İslami başörtüsünden mi yoksa müşteri için uygun olmayan giysilerden mi kaynaklandığı olgusal bir sorudur. Başörtüsü yasağı tarafsız bir direktife dayanıyorsa dolaylı ayrımcılık, ancak yasak yalnızca müşterinin isteklerine uymak içinse doğrudan ayrımcılık söz konusudur. Bir işverenin, başörtüsünden rahatsız olan bir müşterinin isteklerini yerine getirme konusundaki istekliliği, “sübjektif değerlendirmelere” dayanmaktadır ve bu anlamda yasak, gerçek ve belirleyici bir mesleki gereklilik olarak kabul edilemez²⁰².

Aynı dosyada görülen her iki davada Adalet Divanı, kişinin dini inancını toplum içinde yaşamasını içeren geniş bir din kavramı kullanarak, başörtüsü takmanın da din özgürlüğünün koruma kapsamının bir parçası olduğunu belirtmiştir²⁰³. Fakat Achbita kararında Mahkeme başörtüsü yasağının belirli koşullarda mümkün olabileceğini ifade etmektedir. Bir işveren genel bir kural biçiminde, çalışanların felsefi politik ve dini sembollerinin öznel müşteri isteklerine göre olumsuz yanıt verdiği durumlarda bu sembollerin giyilmesini yasaklayabilir. Bu kapsamda Mahkeme işverenin bir müşterinin talebine uyma ve İslami başörtüsü takan bir çalışanı artık çalıştırmama endişesinin nesnel olarak haklı gösterilebileceğini düşünmektedir. Literatürdeki görüşe göre, doğrudan yasak yerine daha hafif yolların aranması daha makuldur. Çalışanın müşteri ile teması yoksa (iç kural) başörtüsü yasağı aşırı olur²⁰⁴. Kanımızca kişinin içinde yaşadığı kişisel inançlarına dokunan bir insan hakkının kullanılması söz konusu olduğunda, dini inancın tezahürlerini tamamen özel alana veya işçileri iş

²⁰² ABAD, 14.03.2017 – C-188/15, **NJW**, 2017, s.1089.

²⁰³ Schubert, a.g.e., s.2584.

²⁰⁴ Hoppe, Groffy, a.g.e., s.212; Schubert, a.g.e., s.2585.

değiştirmeye sevk etmek ikna edici olmaz. Diğer bir deyişle başörtüsü takıyor diye bir çalışanın müşterilerle temastan uzak bir yerde izole edilmesi çözüm değildir²⁰⁵.

Adalet Divanı'nın işverenin tarafsız olmak istiyorsa işyerinde dini sembollerin yasaklanmasının haklı görülebileceğine yönelik yukarıda bahsi geçen kararı Almanya'da işyerindeki dini inançlar hakkındaki tartışmayı alevlendirmiştir. Almanya'dan gelen iki yeni dava konusuna dayanarak, Adalet Divanı yakın zamanda içtihadını teyit etme fırsatı buldu ve bunu çok detaylı bir şekilde belirtti²⁰⁶. Hamburg İş Mahkemesi ve Alman Federal İş Mahkemesi tarafından yapılan başvuruların her ikisi de, bir çalışanın doğum izninden döndüğü ve o andan itibaren başörtüsü ile çalışmak istediği benzer bir duruma dayanmaktadır. İki işveren de başörtüsü yasağını, çalışanların işyerinde siyasi, ideolojik veya dini nitelikte görünür işaretler takmalarını yasaklayan şirket düzenlemelerine dayandırmıştır.

Adalet Divanı'nın başörtüsü yasağına ilişkin önüne gelen son iki davanın²⁰⁷ ilki ülke çapında faaliyet gösteren ve tüm kurumlarında görünür siyasi, ideolojik ve dini işaretlerin hizmet talimatında giyilmesinin yasaklandığı bir anaokulunda çalışan kişinin başörtüsü yasağı ile ilgilidir. Çalışan Hamburg İş Mahkemesi'ne başörtüsü takmasını yasaklayan ihtar karşı dava açmıştır. İşveren gerekçesinde başka bir çalışanın görünür bir haç takmasını başarıyla yasakladığını ve bu yasağın başörtüsünü de kapsamı gerektiğini belirtmiştir. İş Mahkemesi, davayı Avrupa Adalet Divanı'na sunmuş ve başörtüsü yasağına yönelik işverenden gelen tek taraflı bir talimatın din nedeniyle doğrudan ayrımcılık teşkil edip etmediğini sorarak, yasak kapsamında 2000/78 sayılı Avrupa Birliği Direktifi²⁰⁸ hükümlerinin ihlal edilip edilmediğinin kontrol edilmesini istemiştir. Ayrıca Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin vermiş olduğu kararda yasak için somut bir tehlikenin olmasının gerektiği kriteri ile içtihat hukukunun olası bir ihtilaf sorunu da ele alınmıştır²⁰⁹.

²⁰⁵ Berka, a.g.e., s.471.

²⁰⁶ Sura, a.g.e., s.66.

²⁰⁷ ABAD, 15.07.2021 – C-804/18, C-341/19, **BeckRS**, 2021, s.18431.

²⁰⁸ 2000/78 sayılı Avrupa Birliği Direktifi (Eşit Muamele Çerçeve Direktifi), din veya inanç sebepleri de dahil olmak üzere istihdam ilişkilerinde her türlü ayrımcılığı yasaklayan düzenlemeler içermektedir.

²⁰⁹ Bauschke, a.g.e., s.75.

İkinci dava İslami başörtüsünü taktıktan sonra işvereni tarafından dini, siyasi veya ideolojik inanç işaretleri olmaksızın işyerinde bulunma talimatı verilen bir eczanede satış danışmanı ve kasiyer olarak çalışanın başörtüsü yasağı ile ilgilidir. Alman Federal İş Mahkemesi yasak yoluyla dolaylı ayrımcılığın, yalnızca görünür her işareti etkilemesi durumunda mı, yoksa yalnızca göze çarpan, büyük işaretlerin takılmasıyla mı haklı gösterilebileceğini sormuştur.

Adalet Divanı her iki davayı birleştirmiş ve değerlendirmiştir. Mahkemenin vermiş olduğu karar önceki kararları ile paralellik taşısa da yasak için somut bir tehlikenin var olması gerektiğine yönelik ilk kez değerlendirmede bulunmuştur. Söz konusu kararla işverenlerin işyerinde dini sembollere yönelik yasak getirebilme hakkı daha katı kriterlere göre kontrol edilerek zorlaştırılmıştır²¹⁰. Bu kararla Adalet Divanı, 2017 yılındaki Achbita ve Bougnaoui davalarındaki kararlara kıyasla istihdam ilişkilerinde din özgürlüğü konusundaki içtihadını daha da belirginleştirmiş ve kısmen yeniden düzenlemiştir. Din özgürlüğü girişimcilik özgürlüğüne kıyasla daha ağırlık kazanmıştır²¹¹.

Mahkeme'ye göre dini ve diğer işaretleri takma yasağı, en azından belirli bir din ile ilgili tüm görünür işaretlere atıfta bulunduğundan, doğrudan ayrımcılık teşkil etmez. Aksine bu tür bir ayrımcılık, dolaylı ayrımcılığı temsil edebilir. Yasağın meşru görülebilmesi için altında yatan tarafsızlık, işverenin gerçek bir ihtiyacına karşılık gelmelidir. Ayrıca yasağın tutarlı ve sistematik bir şekilde takip edilmesi gerekir. Son olarak yasak olası dezavantajlar açısından gereklilik ölçüsünde uygulanmalı, sınırlı kalmalıdır. Tarafsızlık arayışı, işverenin gerçek ve kanıtlanmış bir ihtiyacına dayanmalıdır. Bu kapsamda işverenin faaliyetinin doğası göz önüne alındığında olumsuz sonuçlarla karşılaşılması için müşterilerin hakları ve meşru beklentileri de dikkate alınabilir. Yasak konusunda bir tutarlılık sağlanabilmesi için yalnızca göze çarpan büyük ölçekli semboller değil, her görünür işaret yasak kapsamında olmalıdır. Ayrıca yasaklama için olumsuz sonuçların fiili kapsamı ve ciddiyeti önemlidir. İşverenin sosyal gerilimlerden ve çatışmalardan (örneğin çalışanlar arasında) kaçınma konusundaki çıkarı meşru bir amaç oluşturabilir. Her iki

²¹⁰ Bauschke, a.g.e., s.76.

²¹¹ Walter, Tremml, a.g.e., s.1453.

tarafın menfaatlerini de dikkate almak ulusal mahkemenin görevidir. İşveren sadece meşru amacı kanıtlamakla kalmamalı, aynı zamanda bu amaca zarar verilmesi konusunda yeterince somut bir risk olduğunu da kanıtlamalıdır. Üye devletler ve mahkemeleri, Avrupa Birliği düzenlemelerine kıyasla ilgili özgürlüklerin (temel haklar) korunması için daha elverişli ulusal özellikleri ve düzenlemeleri dikkate alma konusunda bir serbestiye sahiptir²¹².

Yukarıda değinilen mahkeme kararlarının isabetli yönleri olsa da kendi içinde çelişkiler barındırdığı çok açıktır. Görünen politik ve sendikal içerikli amblemlerin işyerinde serbestçe taşınması literatürün neredeyse tamamı tarafından savunulurken, başörtüsünün görünüşünün insanları rahatsız edebileceği ve yasaklanabileceği mahkeme kararlarına yansımış ve Alman literatürü tarafından da desteklenmiştir. İnsan hakları konusunda yol kat etmesi gereken ülkemiz açısından durum değerlendirilecek olursa işyerinde dini sembollerin taşınması konusunda ülkemizin tutumunun Avrupa'ya göre çok daha ilerde olduğunu söyleyebiliriz. Bunda uzun yıllar kamu kurumlarında istihdamı engellenen, üniversitelere ve diğer kurumlara girişi yasaklanan kesimin yürüttüğü hak mücadelesinin çok büyük etkisi olmuştur. Önce üniversite öğrencileri, ardından milletvekilleri ve kamu sektöründe çalışan kesim, son olarak ortaöğretim öğrencileri için uygulanan başörtüsü yasağı kaldırılmıştır²¹³.

2.2 İbadetlerin Yerine Getirilmesi

Dinin özelliği sadece dini bir topluluğa ait olmak değil, aynı zamanda bir dinin davranışsal gerekliliklerini kabul etmektir. Din özgürlüğü bir dini, bireysel olarak veya başkalarıyla birlikte kamuya açık ve aynı inancı paylaşanların çemberinde uygulama özgürlüğünü de içerir²¹⁴.

İşverenin “Müslüman bir çalışanın işyerinde ibadet etmesine izin veriliyor mu?”, “Yahudi çalışanın genellikle Cumartesi günleri (Sebt) çalışmasına izin verilmiyor mu?” şeklinde çalışanların dini geleneklerine cevap vermek zorunda olup olmadığı

²¹² ABAD, 15.07.2021 – C-804/18, C-341/19, **BeckRS**, 2021, s.18431.

²¹³ Duymaz, a.g.e., s.1115.

²¹⁴ Ahrendt, a.g.e., § 36, Rn. 9.

sorusu önemlidir. Literatüde bu sorunun cevabının muhtemelen olumsuz olarak cevaplanabileceği ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre din nedeniyle ayrımcılığın yasaklanması sadece çalışanların dinlerinden dolayı yaşayabilecekleri dezavantajları ortadan kaldırmayı veya önlemeyi amaçlamaktadır. Ayrımcılık yasağı işverenlerin çalışanlarına dinleri nedeniyle avantaj sağlamasını şart koşturamaz. Dolayısıyla işveren çalışanlarına dinlerini özgürce icra edebilmesini her durumda garanti edemez. Bu bağlamda işveren, operasyonel çıkarlarıyla çelişmediği sürece çalışanların dini çıkarlarını dikkate almakla yükümlüdür²¹⁵.

Dini ibadetler de iş akışını etkileyebilmektedir. Kısa süreli de olsa işçinin işinin başında olmaması iş akış sürecinin aksamasına sebep olabilir. Dolayısıyla bu istek hukuka aykırı olmaması kaydıyla sadece makul takdir çerçevesinde reddedilebilir. Fakat belirtmek gerekir ki yapılan iş, çalışma süreleri içinde ibadeti mümkün kılıyorsa işveren yönetim hakkı çerçevesinde çalışanlarının sırayla ibadetlerini yerine getirmesine izin verebilir²¹⁶. Hamm Eyalet İş Mahkemesi'nin vermiş olduğu karara göre bir çalışan, inanç özgürlüğü kapsamındaki temel haklarından feragat edemez. Fakat iş sözleşmesinin akdedilmesiyle sözleşmeden doğan yükümlülüklerinin uygun şekilde yerine getirilmesinin inancına yönelik yükümlülükleriyle çatışabileceğini hesaba katmak zorundadır. Bir işveren, operasyonel aksamalara neden olursa çalışma saatleri içinde Müslüman çalışan tarafından istenen namaz molalarını kabul etmek zorunda değildir²¹⁷. Aynı Mahkeme'nin vermiş olduğu bir diğer karara göre inanan çalışan, inanç özgürlüğü temel hakkından dolayı işyeri menfaatlerini göz önünde bulundurarak, işinden kısa süreli namaz kılmak için ayrılma hakkına sahiptir. Fakat ibadetin yerine getirilmesi performansla engel olabilir. Dolayısıyla işverenin korunan menfaatleri nedeniyle çalışan, amirine danışmadan işten ayrılamaz. İslam'ın farz namazları, sadece güneşin konumuna bağlı bir zaman diliminde kılınmalıdır. Çalışan yöneticisine danışmadan iş kesintisinin tam zamanını, ibadet vakti çerçevesi içinde kendisi belirleme hakkına sahip değildir²¹⁸.

²¹⁵ Gerlind Wisskirchen, "Der Umgang mit dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz - Ein "Kochrezept" für Arbeitgeber", **DB**, 2006, s.1495; Berka, a.g.e., s.473.

²¹⁶ Benecke, a.g.e., AGG § 8, Rn. 41; Sözer, a.g.e., s.192.

²¹⁷ LAG Hamm, 18.01.2002 - 5 Sa 1782/01, **NZA**, 2002, s.675.

²¹⁸ LAG Hamm, 26.02.2002 - 5 Sa 1582/01, **NZA**, 2002, s.1090.

Belirtmek gerekir ki çalışanın namaz kılması sonucu çalıştığı saatlerde azalma meydana geliyorsa, bu durum ücretinin kesilmesine veya kaybedilen zamanın günlük olarak telafi edilmesinin gerekmesine neden olabilir. İlgili kişi bu nedenle işyerinde günün sonunu meslektaşlarından daha uzun süre beklemek zorunda kalabilir. İşyerinde daha uzun süre kalınması fazla mesai olarak değerlendirilmemelidir. Aynı zamanda bu durum yasadışı eşit olmayan muameleyi temsil etmez. Çünkü böyle bir muamele dini bağlılık nedeniyle değil, iş kaybı nedeniyle ortaya çıkar²¹⁹.

İslam dininde hac vazifesi de bir ibadet şeklidir. Çalışanlar iş ilişkisinin devamında bu vazifesini yerine getirmek isteyebilir. Bununla birlikte işverenin menfaatinin ne ölçüde etkilendiğinin de değerlendirilmesi gereklidir. Yargıtay’a konu olan bir olayda özel bir okulda öğretmen olarak çalışan davacı hacca gitmek istemiş, buna karşın kendisine işveren tarafından izin verilmemiştir. Davacı bunun üzerine rapor almış ve hac görevini yerine getirmiştir. Bunun üzerine işveren iş sözleşmesini davacının devamsızlığından dolayı savunma vermemesi gerekçesiyle feshetmiştir. Mahkeme, hac ibadetinin belli bir zaman diliminde yerine getirilmesi, Suudi Arabistan’ın ülkelere kontenjan uygulaması ve bu istekte bulunanların uzun yıllar beklemesi sebebiyle işverenin işçiyi gözetme borcu gereği hac ibadetine izin vermesi gerektiğini belirtmiş ve feshin haklı nedene dayanmadığına hükmetmiştir²²⁰.

Çalışanın hac ibadetini yerine getirmek istemesine ilişkin Köln İş Mahkemesi’nin önüne gelen davada ise bedensel ve zihinsel engellilerin öğrenim gördüğü okulda servis şoförü olan davacı Noel tatili başlamadan önce planlanan bir hac sebebiyle izin talep etmek için okul idaresine başvurmuştur. İdare yalnız okul tatillerinde izin verilebileceği bilgisini kendisine iletmiştir. Talebinin iki kez reddedilmesi üzerine davacı hac nedeniyle okul servisi görevini yerine getiremeyeceğini okul idaresine bildirmiş ve hac yolculuğuna çıkmıştır. Bunun üzerine işveren çalışanın sözleşmesini bildirimsiz feshetmiştir. Mahkeme’ye göre davacı kendini bir inanç ve vicdan çatışması içinde bulmuştur. İzin başvurusu talebi

²¹⁹ Adam, a.g.e., s.1377.

²²⁰ Y. 9. HD, E.2014/664, K.2014/4313, T.12.02.2014. Gülsevil Alpagut, “İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi”, **Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2014**, 2. b., On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s.51-52.

çalışanın lehine dikkate alınmalıdır. Bu sebeple fesih geçersizdir²²¹. Mahkeme kararının gerekçesinde menfaat dengesinin göz önünde bulundurmaması, karşılıklı yasal yükümlülüklerin ayrıntılı olarak belirtilmemesi sebebiyle söz konusu karar Alman literatüründe eleştirilmiştir²²².

Hukukmuz açısından Alpagut’a göre, bağımlılık ilişkisi içeren bir sözleşme olarak “iş ilişkisinde belirlenen çerçeve dahilinde” işçi iş görme borcu ile kişiliğinin geliştirilmesi hakkından vazgeçmiş sayılır. İşçinin sözleşmeyi yerine getirebilmesi için gerekli olan sınırlamalar, işverenin özel karşı çıkarlarında ifadesini bulur ve bu çıkarlar gözetim yükümlülüğünü ve kişiliğin korunmasını sınırlar. Bu sebeple sözleşmenin yerine getirilmesi ile ilgili olarak müdahaleler yasaya ve ahlaka aykırı olmadıkça işçinin bunu hesaba katması ve kabul etmesi gereklidir²²³. Kanımızca hac ibadeti inanç özgürlüğü kapsamındadır. Bu bağlamda işveren koruma ve gözetme borcu gereği hac ibadetine izin vermelidir. Ancak Yargıtay’a konu olayda işçinin sahte rapor almasının sözleşme ilişkisindeki güven ilişkisini temelden sarstığını düşünüyoruz²²⁴. Bununla birlikte iş ilişkisinde işverenin işin yürütümüne yönelik menfaatinin de göz önünde bulundurulması önemlidir. İşçinin işyerinde bulunmaması işin yürütümünü olumsuz etkileyebilir ve işveren işçinin işyerinde bulunmaması sebebiyle başka birini geçici olarak istihdam etmekte güçlük yaşayabilir. Dolayısıyla inanç özgürlüğüne herkesin eşit biçimde sahip olduğu kuşkusuz olsa da gerçekleştirilen işin türüne ve işçinin işyerindeki pozisyonuna göre her somut olayda hac ibadetine izin verilebilirliğin farklı değerlendirilmesi gerektiğini düşünüyoruz. Hac ibadetine izin açısından bir alternatif çalışanın yıllık izin kullanımına yönlendirilmesidir. İşveren çalışanların tatillerini planlarken bu tür etkinliklerin takvim zamanını dikkate alabilir. Aynı durum ülkemizde yaşayan Hristiyan bir çalışanın dini tatilleri için de geçerlidir.

²²¹ Köln İş Mahkemesi, 12.08.2008 - 17 Ca 51/08, **BeckRS**, 2010, s.73919.

²²² Bock, a.g.e., s.1204.

²²³ Alpagut, a.g.e., (Değerlendirme), s.55.

²²⁴ Alpagut, a.g.e., (Değerlendirme), s.56.

2.3 İşyerinde Din Propagandasının Yapılması ve Dini Hassasiyetler

Mesai saatleri içinde belirli bir dini topluluğa ait olan çalışanın meslektaşlarını sözlü olarak veya yayınlar dağıtarak kazanmaya çalışması veya belirli bir dini topluluğa yönelik propaganda yapması durumunda yapılan bu tür bir faaliyet iş akışını olumsuz etkiler ve bu davranışın bir meşruiyeti olmaz²²⁵.

Literatürdeki bir görüşe göre bu faaliyetlerin molalarda, işe başlamadan önce veya işten sonra sürdürülmesi çalışanın sözleşme yükümlülüğünün ihlali olarak değerlendirilemez. Mesai saatleri dışında dini bir inancın ifadesi, inancının reklamını yapmak ve başkalarını kazanmaya çalışmakla bağlantılı olsa bile sözleşmeden doğan yükümlülüklerinin ihlalini oluşturmaz. Bu, anayasal olarak garanti altına alınan dini inanç özgürlüğünün, ifade özgürlüğünün özel bir biçimi olarak kullanılmasıyla ilgilidir²²⁶. Ancak işyerinde şiddet veya tehdit içeren din propagandası işveren tarafından kabul edilmek zorunda değildir. Çünkü bu tür uygulamalar operasyonel süreçleri tehlikeye atar²²⁷.

Başka bir görüşe göre diğer çalışanların çalışma durumunu gözle görülür şekilde dezavantajlı bir şekilde değiştiren bir dini yayma girişimleri söz konusuysa dini veya ideolojik işaretler veya jestler yasaklanabilir. Bu sınıra kadar, diğer inançlara mensup çalışanlara karşı hoşgörü gösterilmesi gerekir. Özel olarak algılanan taciz davranışı koruma görmez²²⁸.

Kanımızca çalışanlar arasında anlaşmazlık riski ihtimali ileri sürülerek müdahalede bulunulması ifade özgürlüğüne aykırıdır. Müdahaleye ancak propagandanın operasyonel sürece somut olarak zarar vermesi durumunda başvurulmalıdır. Dolayısıyla bir yasağın söz konusu olabilmesi için diğer çalışanlar tarafından istenmeyen davranışın kendileri üzerinde gözdağı verme, düşmanlık, aşağılama, hakaret gibi olumsuz etkileri olmalıdır²²⁹. Buna bir çalışanın diğer çalışanların inandıkları din konusunda kendilerini uyarması ya da başı kapalı bir

²²⁵ Adam, a.g.e., s.1378.

²²⁶ Adam, a.g.e., s.1378.

²²⁷ Adam, a.g.e., s.1378.

²²⁸ Sprenger, a.g.e., s.363.

²²⁹ Sprenger, a.g.e., s.363.

çalışanın diğer kadın çalışanları türban takmaları gerektiği konusunda defalarca ısrar etmesi örnek olarak verilebilir.

Belirtmek gerekir ki işyerinde her ne kadar dini propaganda yapılması mümkün görülse de eğilim sahibi bir işyeri söz konusuysa bu hakkın kısıtlanabileceğini düşünmekteyiz. Her ne kadar gerçek dışı olsa da söz konusu duruma “Zaytung” isimli espri içerikli internet sitesindeki haber örnek gösterilebilir. Haberde ülkemizde cuma hutbesinde ateist olduğunu itiraf eden imamı Diyanet İşleri Başkanlığı jet hızıyla istifaya davet etmiş, imam ise işine profesyonel olarak yaklaştığını belirterek “Ben inanırım, inanmam ayrı konu ancak işimi en iyi şekilde, layığı ile icra ederim” sözleriyle istifa etmesini gerektiren bir durumun olmadığını kaydetmiştir²³⁰. Söz konusu örnek abartılı ve gerçek dışı olsa da kanımızca dini bir kurumda (kilise, cami vb.) çalışan kişi mesleği ile bağdaşmayan açıklamalar yaparsa söz konusu davranışı kurumun temel değerlerine ters düştüğünden dolayı ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilemez. Dolayısıyla çalışan açıklamalarıyla işverenin eğilimi etkileyecek şekilde çelişmemelidir.

İşverenden dini hassasiyetlere karşı örgütsel tedbirlerin istenip istenemeyeceği ve ne ölçüde istenebileceği, özellikle gereklilik ve uygunluk açısından bir değerlendirme sorunudur. İşçinin üstlendiği iş ile dini görüşü çatışıyor olabilir. Alman Federal İş Mahkemesi’ne göre, işveren işçiye vicdan çatışmasına neden olacak herhangi bir iş veremez. İşverenin sözleşmeye bağlı iş performansını belirleme hakkının içeriği ve sınırları, işveren ve çalışanın karşılıklı menfaatlerinin tartılmasıyla belirlenir. Burada özellikle çalışanın iş ilişkisine girerken bir vicdan çatışmasını hesaba katmasının gerekip gerekmediği, işverenin iş performansında operasyonel nedenlerle ısrar etmesinin gerekip gerekmediği, çalışana başka bir iş verilip verilemeyeceği ve gelecekte çok sayıda başka vicdan çatışmasının beklenip beklenmeyeceği dikkate alınmalıdır²³¹. Örneğin Müslüman bir kişi Kuran’ın sarhoş edici içecekleri yasakladığını kabul eder. Fakat nadir de olsa az sayıda Müslüman bira veya şarap şişelerini taşıma gibi temas durumunu reddedebilmektedir²³². Alman

²³⁰ (Çevrimiçi) <https://www.zaytung.com/haberdetay.asp?newsid=198217>, e.t., 02.07.2022.

²³¹ BAG, 20.12.1984 - 2 AZR 436/83, NZA, 1986, s.21.

²³² Bock, a.g.e., s.1203.

Federal İş Mahkemesi çalışanın alkol şişelerine temasta bulunmayı reddetmesini dini yaşama özgürlüğüne yönelik meşru bir talep olarak görmektedir. Bununla birlikte Mahkeme'ye göre işveren, alkollü içki istiflemeyi ve ayırmayı reddeden bir Müslüman çalışanı şirketin başka bir bölümünde çalışma imkanı yoksa işten çıkarabilir. Bu durum işveren açısından işi yeniden yapılandırma yükümlülüğü doğurmaz. Başka bir istihdam fırsatının olmadığı, işveren tarafından çalışana açıklanmalıdır²³³. Aynı kural bir doktorun vicdanını, temel dini ve etik değerlerini öne sürerek bir kürtaja yasal olarak izin verilmiş olsa bile kürtaja katılmayı reddetmesi durumunda da geçerli olacaktır²³⁴. Kanımızca yapılacak iş önceden belliyse işçinin inanç çatışması yaşamaması için sözleşme görüşmelerinde bu durumu işverene bildirmesi gereklidir. Aksi takdirde kendisinin dini hassasiyetleri sebebiyle yapmakla yükümlü olduğu işi reddetmesi işverene fesih imkanı verir²³⁵.

²³³ BAG, 24.02.2011 – 2 AZR 636/09, **NZA**, 2011, s.1087.

²³⁴ Kissel, a.g.e., s.151.

²³⁵ Aydın, a.g.e., (Kişilik Hakkı), s.141; Sözer, a.g.e., s.195.

SONUÇ

İnsan düşüncesinin bir ürünü olan ifadenin etkili bir biçimde kullanımı ancak ifade özgürlüğü ile mümkündür. Hakikate ancak farklı fikirlerin baskı altında olmadan korkusuzca tartışılması sonucu ulaşılabilir. Demokratik bir sistemin ayrılmaz parçası olan ifade özgürlüğünün bağımsız ve tarafsızca korunması garanti edilmezse özgür bir ülkeden söz edilemez. İfade özgürlüğünün korunması devletlerin mevzuat düzenlemelerine bu özgürlüğü koruyucu hükümler getirmesi ve kabul ettikleri uluslararası sözleşmeleri iç hukuka uyarlamasıyla sağlanır. Bunun yanında devletler kabul edilen düzenlemelerin uygulanması için aktif rol üstlenmelidir.

Hukuk sistemimizde düşünce ve ifade özgürlüğü Anayasa m.25 ve 26’da güvence altına alınmıştır. Bunun yanı sıra kanun düzenlemeleri ile doğrudan ya da dolaylı olarak ifade özgürlüğünü koruyucu hükümlere yer verilmiştir. Uluslararası sözleşmeler arasında tarafı olduğumuz Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ifade özgürlüğünün koruyuculuğu açısından en etkili sözleşmedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Sözleşme bağlamında karar vererek Sözleşme hükümlerini yaşanan zamanın koşullarına uyarlaması bunda en büyük etkidir. Temel hak ve özgürlükler arasında yer alan ifade özgürlüğüne ilişkin kanunlar ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi arasında bir uyumsuzluk durumunda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne öncelik verilecektir. Bununla birlikte Anayasa ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi arasında bir çatışma durumunda Sözleşme hükümlerinin Anayasa’ya üstünlüğünden söz edilemeyeceğinden, Sözleşme Anayasa ile birlikte yorumlanarak temel hak ve özgürlüklerin lehine olan düzenlemelerin esas alınması gereklidir¹.

İfade özgürlüğü ile dile getirilen değerlerin korunması ve kişilerin baskı altında kalmadan konuşabilmesi amaçlanmış olsa da her ifadenin koruma göreceğinden söz edilemez. Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne getirilen meşru sınırlama ölçütleri, ifade özgürlüğünü kullanacak kişinin hareket alanını belirler². Buna karşın devletler de çoğulculuk ilkesine uygun, takdir alanının sınırları içerisinde, nesnel

¹ bkz. “1.3.3 Temel Hak ve Özgürlüklere İlişkin Uluslararası Sözleşmeler ile Ulusal Düzenlemelerin Çatışması”.

² bkz. “2.1 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi’nin İfade Özgürlüğünün Sınırlandırılmasına Yönelik Ölçütleri”.

ölçü ve sebeplere dayanarak ifade özgürlüğüne sınırlamalar getirmeli ve belirlenen meşru sınırları aşmamalıdır.

İfade özgürlüğü özel hukuk ilişkilerinde de geçerlidir. İşçi ve işveren arasında her ne kadar bağımlılık ilişkisi olsa da bu durum, işçinin ifade özgürlüğüne sahip olmadığı anlamına gelmez. İş ilişkisinde ifade özgürlüğünün yatay etkisi bir işçinin işverene karşı, iş ilişkisinde ifade özgürlüğünün kullanım hakkı ve sınırları ile ilgilidir. Kanunlara ve yorum gerektiren ara basamaklara dayanmadan Anayasa tarafından güvence altına alınan ifade özgürlüğünün iş ilişkilerine doğrudan uygulanacağını düşünüyoruz.

İş sözleşmesinin kurulması aşamasında iş başvurusunda bulunan aday ile işveren arasındaki görüşmeler iş ilişkisi kapsamında değerlendirilir. İşveren işe alım kararı verebilmek için aday hakkında mümkün olduğunca bilgi edinmek ister. İşverenin soru sorma hakkı, iş başvurusunda bulunan kişinin sorulan soruları açıklama yükümlülüğünde karşılığını bulur. İşverene soru sorma hakkı yalnız iş ilişkisine yönelik soruların yanıtlanmasında korunmaya değer meşru bir menfaati olduğu ölçüde tanınmalıdır. İşverenin yanıtlanmasında korunmaya değer menfaati olmadığı müddetçe başvuru sahibinden soruları doğru yanıtlamasını beklemek kendisinin kişilik haklarına müdahale oluşturur. Dolayısıyla başvuru sahibinin ifade özgürlüğü bağlamında yalan söyleme hakkı vardır. İşveren soru sorma hakkını kullanırken başvuranın kişisel verilerine orantısız müdahalede bulunmamalı, işe alım kararı verirken ayrımcılık yasağına uygun davranmalıdır.

İş başvurusunda bulunan kişiye yöneltilecek sorular³ ile ilgili değerlendirmede bulunulacak olursa; kişinin kimliğine yönelik sorulardan yaş konusunda, estetik sunum gerektiren işlerde ve işverenin iş ile ilgili üst yaş sınırını belirlemek istemesi durumunda yaşa yönelik soru sorulabileceği görüşünü desteklemiyoruz. Aynı zamanda ırk, etnik köken, doğum yerine ilişkin sorular da kabul edilemez.

İşveren, iş başvurusunda bulunan kişilerin sağlık durumunu bilme konusunda meşru bir menfaate sahiptir. Günümüzde hamileliğe ilişkin sorunun kabul

³ bkz. “2 İş Başvurusunda Bulunan Adayın Menfaatini Etkileyebilecek Sorular”.

edilebilirliği, karşı görüşlere rağmen neredeyse literatürün tamamı tarafından kabul edilemez olarak değerlendirilmektedir. Fakat hamilelik amaçlanan işin yerine getirilmesini imkansız hale getirirse hamileliğe ilişkin sorunun kabul edilmesi gerekir. Hamileliğe benzer şekilde engelliliğe ilişkin soru ayrımcılık olarak kabul edildiğinden, işverene soru sorma hakkı ancak gerçekleştirilecek faaliyetin türü veya gerçekleştirilme koşulları önemli ve belirleyici bir mesleki gerekliliği temsil ediyorsa tanınır. Tıp teknolojisindeki ilerlemeler sebebiyle geçmişte ileri sürülen görüşlerin aksine işverenin başvuru adayının HIV durumunu öğrenme konusundaki menfaati, görülen iş enfeksiyon riski taşımıyorsa yoktur. Alkol ve uyuşturucu bağımlılığına yönelik soru ancak başvuranın amaçlanan işte çalışabilme yeteneği, iş arkadaşlarının veya üçüncü şahısların korunması ile ilgiliyse sorulabilir.

İşverenin başvuranın medeni durum ve cinsel yönelime, askerlik hizmetine, önceki istihdam edilen işyerindeki fesih sebeplerine ilişkin sorularının kabul edilemeyeceği görüşündeyiz. Bununla birlikte mali durumu, sigara içme durumu, alkol tüketimi ve uyuşturucu kullanımı konusunda işveren haklı menfaati ölçüsünde soru sorabilir. Buna karşın kişinin ideolojik ve politik tutumuna, sendika üyeliğine yönelik sorular ise başvurulanan işyeri eğilim sahibi değilse kabul edilemez.

İşçinin zamanının büyük bir kısmını işyerinde geçirmesinden dolayı işvereni ve iş arkadaşlarıyla iletişimsel ilişkide bulunması kaçınılmazdır. Dolayısıyla ifade özgürlüğünün iş ilişkisinin devamında korunması işyeri demokrasisi açısından oldukça önemlidir. İfade özgürlüğü iş ilişkisinde anayasal bir değer taşısa da işçinin sözleşmesel yükümlülükleriyle temelden çelişmemelidir. Bir işçi iş sözleşmesinin kendisine yüklediği sadakat borcunun sınırlarını aşıyorsa ifade özgürlüğünü ileri süremez.

İşçiler iş ilişkisinde operasyonel konular ve işyerindeki kişisel ilişkileri hakkında eleştiride bulunabilmektedir. Günümüzde eleştiriler büyük ölçüde sosyal medya üzerinden gerçekleştirilmektedir. Sosyal medya paylaşımları hesap sahibi olan işçinin sadakat sorumluluğunu gerektirir. İş ilişkisi hakkında paylaşımda bulunan işçi sınırlı bir çevreye paylaşımda bulunursa, yani paylaşımlarının görünürlüğü “arkadaşlar” ya da sınırlı bir çevre için söz konusuysa işverenin bu paylaşımlara

yetkisiz erişerek bunları fesih gerekçesi yapması, işçinin kişisel verilerine müdahale oluşturduğundan hukuka aykırıdır. Bununla birlikte bazı kullanıcılar sosyal medya hesabında kendilerinin bile tanımadığı çok geniş bir “arkadaş” listesine sahiptir. Paylaşımlarının üzerinde gizlilik kontrolünün olmadığı, geniş bir arkadaş listesine sahip işçinin hesabına işverenin sahte hesap ile arkadaş olması durumunda, yapılan paylaşımların feshe gerekçe olabileceğini düşünüyoruz. Aynı durum sosyal medya üzerindeki mesajlaşma grupları için de geçerlidir. Sosyal medya kullanıcıları yaptıkları paylaşımlar yanında “Beğen” butonunu da kullanabilmektedir. İşverenler menfaatlerine aykırı yapılan paylaşımların çalışanları tarafından beğenilmesini fesih gerekçesi yapabilmektedir. “Beğen” butonunun anlamı ve fiili kullanımının, çalışanın orijinal ifadenin içeriğini kendisininmiş gibi benimsemek istediği sonucuna varılması için kullanılamayacağını düşünüyoruz⁴.

İşçiler tüm operasyonel konularda görüş bildirebilme hakkının sonucu olarak işyerinin faaliyetlerine, çalışma koşullarına, işverenin tarafsızlığına ve rekabetçi çıkarlarına yönelik eleştirilerde bulunabilmektedir. Yapılan eleştiri gerçeği yansıttığı sürece sert ve ağır da olabilir. Eleştiride bulunma hakkı kural olarak ifade özgürlüğü kapsamında olsa da işverenin iktisadi varlığını ve girişimcilik hedeflerini yok etmeye yönelik olan, işyerini istikrarsızlaştıran söylemler ifade özgürlüğü kapsamında koruma görmez ve davranışın ağırlığına bağlı olarak işverene geçerli ya da haklı nedenle fesih imkanı verir. İş ilişkisi sürecinde işçiler aynı zamanda işverenine, işverenin aile üyelerine, çalışma arkadaşlarına, müşteriler gibi üçüncü kişilere yönelik de eleştiride bulunabilmektedir. Bu eleştiriler kişisel onur hakkını ihlal ettiği ölçüde ifade özgürlüğünün korumasından yararlanmaz. Dolayısıyla hakaret içerikli söylemler koruma görmez. Bununla birlikte bir eleştirinin ne zaman hakaret boyutuna ulaştığı her somut olaya göre farklılık gösterir. Hakaret içeriği taşıyan bir beyan içeriğinin işveren tarafından meşru olmayan yollardan öğrenilmesi ve kişinin gizlilik alanına orantısız müdahale edilmesi fesih değerlendirmesinde önem taşır. Ayrıca tehdit içerikli söylemler ve nefret söylemleri ifade özgürlüğünün korumasından yararlanmaz. İş ilişkisinde cinsel taciz söylemlerinin de ifade özgürlüğünün korumasından yararlanamayacağı şüphesiz olsa da cinsel taciz

⁴ bkz. “2.2.1 Sosyal Medya Paylaşımları”.

algısının kişiden kişiye farklılık göstermesinden dolayı, cinsel taciz gerekçesine dayanılarak yapılan fesihlerde değerlendirmede bulunulurken yapılan davranışın cinsel içerikli olması, sürekliliği, iş ilişkisiyle ilgili olması, tacizde bulunan kişinin kastı, davranışın verdiği rahatsızlık dikkate alınmalıdır.

Çalışanların işyerindeki yasa ihlalleri, şikayetler ve suistimaller hakkında devlet kurumlarına, basına veya üçüncü taraflara yaptıkları beyan bilgi uçurma olarak adlandırılmaktadır. Bilgi uçurmanın şeffaflık ve düzeltici işlevi olsa da işçinin ihbar ve ifşası sonucu bazen işverenin ticari menfaati zarar görmekte ve bu davranış sadakat borcuna aykırılık oluşturmaktadır. İşçinin sadakat yükümlülüğü, işverenin ticari menfaatlerini dikkate alarak iş sırlarını koruma yükümlülüğünü de kapsar. Buna karşın bazı durumlarda kamunun bilgi edinmedeki menfaati, sadakat borcunun önüne geçebilir ve işçi tarafından yapılan beyanlar ifade özgürlüğü kapsamında koruma görebilir. Bilgi uçurma sebebiyle yapılan fesihlerde değerlendirmede bulunulurken işçinin işyeri içinde çözüm arayışına gitmesinin gerekliliği, ifşa edilen bilgilere yönelik kamunun menfaati, işçinin sadakat yükümlülüğüne karşı ifade özgürlüğü dengesi, güdülen amaç ve bilginin gerçekliği, yapılan feshin orantınlılığı göz önünde bulundurulmalıdır⁵. Hukukumuzda bilgi uçurmaya yönelik doğrudan açık bir yasal düzenlemeye yer verilmemesinin önemli bir eksiklik olduğunu düşünüyoruz. Avrupa Birliği'nin 2019/1937 sayılı Birlik Hukukuna Aykırılıkları Bildirenlerin Korunması Yönergesi'nin bilgi uçurmaya yönelik ayrıntılı hükümler içermesi sebebiyle söz konusu Yönerge ülkemizde yapılması gereken mevzuat düzenlemesi için örnek teşkil etmektedir.

İşyerleri işçilerin siyasi söylemleri bağlamında ifade özgürlüklerini kullanabilecekleri alandır. Siyasi görüş, kişiliğin bir parçası olması sebebiyle işçinin işyerindeki davranışlarını da etkilediğinden işyerleri siyasetten arındırılmış bir alan olarak kabul edilemez. Bununla birlikte yasa dışı olan veya provokatif nitelik taşıyan söylemler çalışma düzenini olumsuz etkilemekte işyerinde tartışmalara yol açmaktadır. Dolayısıyla bu tür açıklamalardan kaçınılması çalışma barışı açısından önem taşır. Buna karşın işyerinde yasa dışı olmayan veya provokatif içerik taşımayan

⁵ bkz. “3.5 Yargının Çalışanın Bilgi Uçurmasına Yönelik Getirdiği Kriterler”.

siyasi görüşlerin başkalarını memnun etmemesi sebebiyle engellenmesi ifade özgürlüğüne haksız müdahale oluşturur. Siyasi ifadeler açısından işçinin ifade özgürlüğüne öncelik verilmesi gerektiğini düşünüyoruz. Anayasa tarafından güvence altına alınan sendika özgürlüğü de ifade özgürlüğü ile birbirini tamamlamaktadır. Sendikal faaliyetler toplu iş hukuku anlamında ifade özgürlüğünün görünüm şeklidir. Dolayısıyla sendikalar varlığını sürdürmek ve üyelerinin menfaatlerini korumak için bilgilendirme, propaganda ve tanıtım faaliyetlerinde bulunabilir. Belirtmek gerekir ki bir amblemin taşınması bazen sözlü ifadeye göre daha büyük etki doğurur. Yasadışı ve provokatif bir içerik taşımadıkları sürece işyerinde siyasi veya sendikal içerikli amblemlerin taşınmasına işveren tarafından müdahale edilmemelidir.

Son olarak Anayasa tarafından güvence altına alınan din ve vicdan özgürlüğünün kullanılmak istenmesinin iş ilişkisini olumsuz etkilediği deneyimlenmiştir. Bu konuda yaşanan en büyük problem işçinin üzerinde taşıdığı dini semboller ile ilgilidir. Dini sembollerin kullanılması da kişilerin dini açıdan kendilerini ifade biçimini oluşturur. Ülkemiz açısından değerlendirmede bulunulacak olursa geçmişte katı bir biçimde uygulanan başörtüsü yasağı kadınların kamuda istihdamının önünde en büyük engeldi. Nihayet başörtüsü yasağının kaldırılmasıyla başörtülü kadın çalışanların önündeki bu engel ortadan kalkmıştır. Dolayısıyla ülkemizde artık başörtüsünün kadınların istihdamını engellediğine yönelik tartışmaların sona ermesi gerektiğini ve gereksiz olduğunu düşünüyoruz. Sakalın bırakılması konusunda ise gerçek ve belirleyici bir objektif gereklilik söz konusuysa işverenin yönetim hakkı kapsamında sakala yönelik kısıtlama getirebileceğini düşünüyoruz. Bununla birlikte Avrupa’da dini sembollerin taşınması konusunda mahkeme kararları ve literatür tarafından görüş birliğine varılmış değildir. Söz konusu tartışmaların başını başörtüsü çekmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Avrupa Adalet Divanı’nın bile çelişkili kararları mevcuttur. İşçinin işyerinde ibadetlerini yerine getirebilmesi konusunda iş akışını olumsuz yönde etkilemedikçe işveren tarafından ibadete izin verilmesi gerektiği düşüncesini taşıyoruz. İşyerinde din propagandası konusunda ise yapılan propagandanın gözdağı verme, düşmanlık, aşağılama, hakaret gibi olumsuz etkileri yoksa mesai saatleri dışında yapılabileceği ve ifade özgürlüğü kapsamında korunacağı kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

- Adam, Roman F.: “Religionsfreiheit im Arbeitsrecht”, **NZA**, 2003, s.1375-1380.
- Ahrendt, Martina: “§ 36. Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz und Mobbing”, **Arbeitsrechts-Handbuch Systematische Darstellung und Nachschlagewerk für die Praxis**, 19. Auflage, C.H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, München, 2021.
- Akandji-Kombe, Jean-François: **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yükümlülükler (İnsan Hakları El Kitapları No:7)**, çev. Özgür Heval Çinar, Abdulcelil Kaya, 1.b., Avrupa Konseyi, 2008.
- Akın, Selin: “Türk ve Alman İş Hukukunda Cinsel Taciz ve Hukuki Sonuçları”, **Legal İSGHD**, C.XIX, S.73, 2022, s.195-225.
- Alp, Mustafa: “İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi”, **Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2019-2020**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, s.11-146. (Değerlendirme)
- 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.XXIII, S.1, 2021, s.1-37. (Whistleblowing)

Alp, Mustafa:

Çalışanın İşvereni ve İş Arkadaşlarını İhbar Etmesi, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2013. (İhbar)

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.XV, Özel S., 2013, s.385-422. (Heinisch)

Alpagut, Gülsevil:

“İş Sözleşmesini Haklı Nedenle Fesheden Tarafın Tazminat Talep Hakkı”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2022/3, S.74, s.1733-1768. (Tazminat)

Alpagut, Gülsevil:

“İfşa-İhbar Hakkına İlişkin Avrupa Birliği Yönergesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları” **Festschrift für Otto Kaufmann Armağanı**, Ed. Alpay Hekimler, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2021, s.3-24. (İfşa-İhbar)

Alpagut, Gülsevil:

“Genel Görüşme”, **Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2017**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s.369-396.

Alpagut, Gülsevil:

“Toplu Eylem Hakkı ve Sınırları - Yargıtay’ın

Konuya İlişkin Bir Kararının Düşündürdükleri”,
Prof. Dr. Fevzi Şahlanan’a Armağan - C.II,
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Mecmuası, C.LXXIV, Özel S., 2016, s.855-879
(Toplu Eylem).

Alpagut, Gülsevil:

“İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin
Düzenlenmesi”, **Yargıtay’ın İş Hukuku ve**
Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının
Değerlendirilmesi 2014, 2. b., On İki Levha
Yayıncılık, İstanbul, 2017, s.7-95.
(Değerlendirme)

Alpagut, Gülsevil:

“İşçinin Sadakat Borcu ve Türk Borçlar Kanunu
ile Getirilen Düzenlemeler”, **Sicil İş Hukuku**
Dergisi, S.25, 2012, s.23-32. (Sadakat)

Alpagut, Gülsevil:

“İş Sözleşmesinin Feshinde Sosyal Seçim
Yükümlülüğü Mevcut Mudur?”, **Sicil İş**
Hukuku Dergisi, S.4, 2006, s.95-105. (Sosyal
Seçim)

Antalya, O. Gökhan:

“Anayasal Temel Hakların İkincil Doğrudan
Üçüncü -Taraf- Etkisi ve Anayasa
Yargılamasında Hakimin Hukuku
Uygulamasında Uyacağı On İki Metodolojik
Temel İlke”, **MÜHF-HAD, C.XXVIII, S.1,**
2022, s.1-47.

Arıkan, Mustafa:

“Culpa in Contrahendo Sorumluluğu”, **Selçuk**
Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XVII,

S.1, 2009, s.69-89.

Armbrüster, Christian:

“BGB § 123 Anfechtbarkeit wegen Täuschung oder Drohung”, **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**, Band 1, 9. Auflage, C.H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, München 2021.

Arslan Durmuş, Seda:

“İşçinin Özel Yaşamının İş İlişkisine Etkisi”, **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.XXV, S.42, 2020, s.135-168.

Astarlı, Muhittin:

“İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı”, **Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2015**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s.211-383.

Aybay, Rona:

“Uluslararası Antlaşmaların Türk Hukukundaki Yeri”, **TBB Dergisi**, S.70, 2007, s.187-213.

Aydın, Ufuk:

İş Hukukunda İşçinin Kişilik Hakları, T.C. Anadolu Üniversitesi Yayınları, Eskişehir, 2002. (Kişilik Hakkı)

Aydın, Ufuk:

“İş Hukuku Açısından İşçinin Bilgi Uçurması (Whistleblowing)”, **Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, C.II, S.2, 2002, s.79-100. (Whistleblowing)

Baer, Susanne:

“Recht gegen Fremdenfeindlichkeit und andere

- Ausgrenzungen Notwendigkeit und Grenzen eines Gesetzes gegen Diskriminierung”, **ZRP**, 2001, s.500-504.
- Bağçe, Ahmet, Demir, Abdullah: “Uluslararası Belgelerde İfade Özgürlüğü”, **Uluslararası Sosyal Bilimler Dergisi**, C.I, S.2, 2017, s.18-48.
- Başaran, Pelin, Karan, Ulaş: **Sanatsal İfade Özgürlüğü Kılavuzu**, A4 Ofset, İstanbul, 2016.
- Bauer, Jobst-Hubertus, Günther, Jens: “Kündigung wegen beleidigender Äußerungen auf Facebook”, **NZA**, 2013, s.67-73.
- Bauschke, Hans-Joachim: “Religion und Arbeitsrecht – Die (neue) Entscheidung des EuGH zum Verbot sichtbarer Zeichen am Arbeitsplatz”, **öAT**, 2022, s.74-76.
- Baybora, Dilek: “Yargı Kararları ile Sosyal Medyada Konuşmanın İş Sözleşmesine Etkisi”, **Legal İSGHD**, C.XIV, S.56, 2017, s.1705-1740.
- Bayram, Fuat: “İşverenin Fesih Hakkı Açısından İşçinin İşyerinde Özel Amaçlarla İnternet Kullanımı (Sanal Kaytarma - Cyberloafing)”, **MÜHF-HAD**, C.XX, S.1, 2014, s.163-176.
- Bayreuther, Frank: “Einstellungsuntersuchungen, Fragerecht und geplantes Beschäftigtendatenschutzgesetz”, **NZA**, 2010, s.679-683.

- Bedük, Mehmet Nusret: “İşçinin Kılık Kıyafetinin İş İlişkisine Etkisi”, **Legal İSGHD**, C.XVI, S.64, 2019, s.1369-1410.
- Belling, Detlev W., İnce, Nurten: “Türk Alman Hukukunda Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi”, **Legal Hukuk Dergisi**, C.XII, S.137, 2014, s.3-58.
- Benecke, Martina: “AGG § 8 Zulässige unterschiedliche Behandlung wegen beruflicher Anforderungen”, **Großkommentar AGG**, C.H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, München, 2022.
- Benecke, Martina: “§ 33 Faktische Bindung des Arbeitgebers durch Begrenzung seiner Informationsmöglichkeiten („Grenzen des Fragerechts”)”, **Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 1: Individualarbeitsrecht I**, 5. Auflage, C.H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, München, 2021.
- Berka, Walter: “Das islamische Kopftuch: Antidiskriminierung und Religionsfreiheit in den Rechtssachen Achbita und Bougnaoui”, **EuZA**, 2017, s.465-484.
- Berkowsky, Wilfried: “Die verhaltensbedingte Kündigung - Teil 2”, **NZA-RR**, 2021, s.57-76.
- Berthold, Annemarie: **Whistleblowing in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts**, Peter Lang Verlag, Frankfurt, 2010.

- Bıçak, Vahit: “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında İfade Özgürlüğü”, **Liberal Düşünce**, S.24, 2001, s.55-77.
- Bilir, Faruk: “Anayasanın 90. Maddesinde Yapılan Değişiklik Çerçevesinde Milletlerarası Andlaşmaların İç Hukuktaki Yeri”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.XIII, S.1, 2005, s.77-107.
- Bissels, Alexander, Lützeler, Martin, Wisskirchen, Gerlind: “Facebook, Twitter & Co.: Das Web 2.0 als arbeitsrechtliches Problem”, **BB**, 2010, s.2433-2439.
- Blattner, Jessica: “Abgrenzung zwischen sexueller Belästigung und Flirterei am Arbeitsplatz”, **DB**, 2019, s.487-492.
- Blau, Kerstin: “Neuere Entwicklungen in der Schutzpflichtdogmatik des EGMR am Beispiel des Falles “Vo/Frankreich””, **ZEuS**, Heft 3, 2005, s.397-440.
- Bock, Wolfgang: “Der Islam in der aktuellen Entscheidungspraxis der Arbeitsgerichte”, **NZA**, 2011, s.1201-1204.
- Boemke, Burkhard: “Die Zulässigkeit der Frage nach Grundwehrdienst und Zivildienst”, **RdA**, 2008, s.129-134. (Zivildienst)

- Boemke, Burkhard: “Fragerecht des Arbeitnehmers nach Mitgliedschaft im Arbeitgeberverband?”, **NZA**, 2004, s.142-145. (Fragerecht)
- Buchner, Herbert: **Zur Meinungsfreiheit im Arbeitsrecht**, Herausgegeben von der Akademie für Erwachsenenbildung Köln im Haus der Begegnung, Jabachstr, Köln, 1981.
- Burr, Steffen: “Kündigung wegen unternehmensschädlichen Facebook-Postings”, **NZA-Beilage**, 2015, s.114-117.
- Buschmann, Rudolf, Grimberg, Herbert: “Plaketten als Meinungsäußerung im Betrieb”, **AuR**, 37, März 1989, s.65-77.
- Bychawska Siniarska, Dominika: **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında İfade Özgürlüğünün Korunması**, Çev. Tuğçe Duygu Köksal, Avrupa Konseyi, 2018.
- Caniklioğlu, Nurşen, Akkaya, Merve: “Yargıtay Kararları Işığında İşyerinde Kavga Sebebiyle İş Sözleşmesinin İşverence Feshi”, **Festschrift für Otto Kaufmann Armağanı**, Ed. Alpay Hekimler, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2021, s.163-204.
- Caniklioğlu, Nurşen: “İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı”, **Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2017**, On İki Levha

Yayıncılık, İstanbul, 2019, s.185-368.

Cengiz, İştar: “Kadın İşçilerin Hamilelik ve Analık Durumlarının İş Sözleşmesine Etkisi”, **Kamu-İş**, C.X, S.4, 2009, s.21-53.

Centel, Tankut: “Türk Borçlar Kanunu’nda İşçinin Borçları”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S.22, 2011, s.5-11.

Chalouat, Iheb, Carrión-Crespo, Carlos, Licata, Margherita: **Law and Practice on Protecting Whistle-blowers in The Public and Financial Services Sectors**, International Labour Organization, Geneva, 2019.

Civan, Orhan Ersun: **İşçinin Yan Yükümlölükleri**, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2021.

Çakır, Özlem: “Çalışma Yaşamında Şiddet ve Suç Olgularının Önlenmesinde Bilgi İşşasının Yeri”, **Çimento İşveren Dergisi**, C.XXIX, S.3, 2015, s.8-23.

Çalışkan Yıldırım, Aslı, Uğur, Ömer: “İşveren Bakımından Fesih Sebebi Olarak İşçinin Sosyal Medya Kullanımları”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Faköltesi Mecmuası**, C.LXXX, S.4, 2022, s.1169-1222.

Çelik, Nuri, Caniklioğlu, Nurşen, Canbolat, Talat, Özkaraca, Ercüment: **İş Hukuku Dersleri**, 35. b., Beta Yayıncılık, İstanbul, 2022.

Çelik, Kübra Deniz: **Sosyal Medya Kullanımının İş Sözleşmesine**

Etkisi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.
(Sosyal Medya)

Çetin, Evra: “Çalışanların Özel ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı, Düşünce ve İfade Özgürlükleri”, **İş Hukukunda Güncel Sorunlar-5**, Ed. Ali Güzel, Deniz Ugan Çatalkaya, Hande Heper, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015, s.75-136.

Däubler, Wolfgang: “Erhebung von Arbeitnehmerdaten”, **CR**, 1994, s.101-110.

Deeg, Oliver, Scheuenpflug, Claudia: “Die verhaltensbedingte Kündigung wegen Beleidigung”, **ArbRAktuell**, 2010, s.547-551.

Deiseroth, Dieter, Derleder, Peter: “Whistleblower und Denunziatoren”, **ZRP**, 2008, s.248-251.

Demir, Fevzi, Demir, Gönenç: “İşçinin Sadakat Borcu ve Uygulaması”, **Kamu-İş**, C.XI, S.1, 2009, s.1-37.

Doğan Yenisey, Kübra: “İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı”, **Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2016**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s.387-561.
(Değerlendirme)

Doğan Yenisey, Kübra: “İş Kanununda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2006/4, S.11, s.63-81. (Eşitlik)

- Doğru, Osman: “Devletin Sorumluluğu: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nde Pozitif Yükümlölükler”, **Danıştay ve İdari Yargı Günü 139. Yıl 11 Mayıs 2007**, Danıştay Tasnif ve Yayın Bürosu Yayınları, 2008, s.193-210.
- Domahidi, Ákos: “Politische Symbole und Meinungsäußerungsfreiheit”, **EuR**, 2009, s.410-422.
- Dönmezkuş, Dilara: **Temel Hakların Yatay Etkisi ve İfade Özgürlüğü**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- Duchstein, Michael: “Ästhetische Kriterien in der Personalauswahl”, **NJW**, 2013, s.3066-3068.
- Dulay Yangın, Dilek: “İşyerinde Dini Sembollerin Kullanımı (Karar İncelemesi)”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2019/3, S.62, s.2049-2071.
- Durak, Yasemin: “Güven Sorumluluğu ve Culpa in Contrahendo”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Dergisi**, C.XXV, S.1, 2017, s.239-288.
- Duymaz, Erkan: “Dini Sembol ve Kıyafet Sınırlamalarında İki Farklı Yaklaşım: İnsan Hakları Komitesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının Devletlerin Uluslararası Yükümlölükleri Bakımından Tahlili”, **Ankara Üniversitesi**

Hukuk Fakültesi Dergisi, C.LXIV, S.4, 2015, s.1113-1160.

Düwell, Franz Josef, Brink, Stefan:

“Beschäftigtendatenschutz nach der Umsetzung der Datenschutz-Grundverordnung: Viele Änderungen und wenig Neues”, **NZA**, 2017, s.1081-1085.

Düwell, Franz Josef:

“Die Neuregelung des Verbots der Benachteiligung wegen Behinderung im AGG”, **BB**, 2006, s.1741-1745.

Dzida, Boris, Förster, Julia:

“Kündigung des Arbeitsverhältnisses aufgrund „politischer“ Äußerungen in sozialen Netzwerken”, **BB**, 2017, s.757-761.

Dzida, Boris:

“Social Media als Kündigungsgrund”, **ArbRB**, 2016, s.240-243.

Edwards, Shalene:

Die Rechtmäßigkeit von Whistleblowing in der Öffentlichkeit nach der EMRK und nach deutschem Recht, Die Gesetzeslage und Gesetzgebungsvorschläge, Peter Lang Verlag, Frankfurt, 2017.

Ehrich, Christian:

“Fragerecht des Arbeitgebers bei Einstellungen und Folgen der Falschbeantwortung”, **DB**, 2000, s.421-427.

Ekmekçi, Ömer, Yiğit, Esra:

Bireysel İş Hukuku, 4. b., On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022.

- Ekmekçi, Ömer: **Toplu İş Hukuku Dersleri**, 4. b., On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022.
- Ekmekçi, Ömer, Gemalmaz, H. **Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvurunun Temel Esasları ve İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Kararlar**, 1. b., On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022.
- Ekmekçi, Ömer, Köme Akpulat, Ayşe, Akdeniz, Ayşe Ledün: **İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku**, 2. b., On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022.
- Engländer, Armin, Zimmermann Till: “Whistleblowing als strafbarer Verrat von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen? Zur Bedeutung des juristisch-ökonomischen Vermögensbegriffs für den Schutz illegaler Geheimnisse bei § 17 UWG”, **NZWiSt**, 2012, s.328-333.
- Erbaş, C. Gökhan: “6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Kapsamında İşçinin Elektronik Ortamda Gözetlenmesi”, **Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.VII, S.1, 2017, s.97-108.
- Erdoğan, Gülnur: **İşyerinde İfade Özgürlüğü (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Temelinde)**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017. (İfade Özgürlüğü)
- Erdoğan, Oğuzhan, Pank Yıldırım, Çiğdem: “Devlet Memurlarının Siyasi Faaliyette Bulunma Yasağı”, **Ombudsman Akademik Dergisi**, S.12, 2020, s.103-127.

- Erdoğan, Canan: “İşçilerin E-Posta Hesaplarının İşveren Tarafından İncelenmesi Hakkındaki 24.03.2016 Tarihli ve 2013/4825 Başvuru Numaralı Anayasa Mahkemesi Kararı Üzerine”, **Legal İSGHD**, C.XIV, S.55, 2017, s.1351-1386. (Karar)
- Erdoğan, Mustafa: **Anayasal Demokrasi**, Siyasal Kitabevi, Ankara, 1996. (Demokrasi)
- Ergin, Hediye: “İşçinin İşyerinde Çalışan Diğer Bir İşçiye Sataşması Nedeniyle İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Feshi”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S.34, 2015, s.71-88.
- Erkal Coşan, Pınar, Altın Gülova, Asena: “Örgütsel Demokrasi”, **Yönetim ve Ekonomi Dergisi**, C.XXI, S.2,2014, s.231-248.
- Ernst, Stefan: “Social Networks und Arbeitnehmer-Datenschutz”, **NJOZ**, 2011, s.953-958.
- Ernst-Pörksen, Michael: “Alman Federal Anayasa Mahkemesi “Başörtüsü Davası”nı Karara Bağlıyor”, Çev. Didem Özalpat, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.XV, S.3-4, 2011, s.291-296.
- Ertürk, Şükran, Gürsel, İlke: “İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi”, **Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan**, C.I, Ed. Süleyman Başterzi, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2011, s.425-458.

- Ertürk, Şükran: “İşçinin İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Hastalık ve Özellikle AIDS Hastalığı Sebebiyle Feshedilmesi ve Sonuçları”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.IV, S.2, 2002, s.1-26. (AIDS)
- Ertürk, Şükran: “İş Arkadaşlarının Baskısı Sonucu İş Sözleşmesi Feshedilen İşçinin Talep Hakları ve Hukuki Dayanakları”, **Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce’ye Armağan**, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, İzmir, 2001, s.59-79. (Baskı)
- Esener, Turhan: “Uluslararası İş Hukuku”, **Profesör Dr. H. C. Oğuzoğlu’na Armağan**, Ankara, 1972, s.607-620.
- Eufinger, Alexander: “Mitbestimmung des Betriebsrats bei der Nutzung sozialer Netzwerke”, **ArbRAktuell**, 2015, s.340-343.
- Fischinger, Philipp S.: **Arbeitsrecht**, 2. Auflage, C.F. Müller, Heidelberg, 2021.
- Forst, Gerrit: “BetrVG § 118 Geltung für Tendenzbetriebe und Religionsgemeinschaften”, **Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung Kommentar**, 17. Auflage, C.H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, München, 2022.
- Forst, Gerrit: “Strafanzeige gegen den Arbeitgeber – Grund

zur Kündigung des Arbeitsvertrags?", **NJW**, 2011, s.3477-3482.

Franzen, Martin: "BDSG § 26 Datenverarbeitung für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses", **Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht**, 22.Auflage, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 2022.

Fuhlrott, Michael, Oltmanns, Sönke: "Social Media im Arbeitsverhältnis – Der schmale Grat zwischen Meinungsfreiheit und Pflichtverletzung", **NZA**, 2016, s.785-791.

Gemalmaz, Mehmet Semih: **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, 4. b., Beta Yayıncılık, İstanbul, 2003.

Gold, Dana L.: "Introduction: Speaking Up for Justice, Suffering Injustice: Whistleblower Protection and the Need for Reform", **Seattle Journal for Social Justice**, V.XI, Iss.2, s.555-572.

Göpfert, Burkard, Wilke, Elena: "Facebook-Aktivitäten als Kündigungsgrund", **ArbRAktuell**, 2011, s.159-161.

Gören, Zafer: "Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü", **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, S.24, 2013/2, s.31-60.

Gözler, Kemal: **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, 26. b., Ekin Yayınevi, Bursa, 2021. (Anayasa Hukuku)

Gözler, Kemal: “Milletlerarası Andlaşmalara Kanun Üstü Bir Değer Tanınabilir mi? (Anayasa Değişikliği Teklifi Hakkında Bir Eleştiri)”, www.anayasa.gen.tr/madde90.htm., 23.04.2021.

Gülmez, Mesut: **İnsan Hakları ve Demokrasi Eğitimi**, TODAİE, Ankara, 2001. (Demokrasi Eğitimi)

Gülver, Ender: “Türk Borçlar Kanunu’nda İş Sözleşmesinin Derhal Feshi”, **Legal İSGHD**, C.VIII, S.31, 2011, s.999-1030.

Günther, Jens: “BGB § 626 Fristlose Kündigung aus wichtigem Grund”, **beck-online.GROSSKOMMENTAR**, C.H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, München, 2022.

Gürsel, İlke: “Kişisel Verilerin Korunması Hakkının İşçi ve İşveren İlişisine Etkileri”, **Legal İSGHD**, C.XIII, S.50, 2016, s.763-848.

Güzel, Ali: “İş Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı”, **Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2019-2020**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, s.189-369.

Güzel, Ali: “İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı”, **Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal**

Güvenlik Hukuku Kararlarının
Değerlendirilmesi 2010, Kamu-İş, 2012, s.133-284.

Hakyemez, Yusuf Şevki:

“Temel Hak ve Özgürlüklerde Objektif Sınır Kavramı ve Düşünce Özgürlüğünün Objektif Sınırları”, **Ankara Üniversitesi SBF Dergisi**, C.LVII, S.2, s.17-40.

Hanau, Peter:

“Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (arbeitsrechtlicher Teil) zwischen Bagatellisierung und Dramatisierung”, **ZIP**, 2006, s.2189-2201.

Heilmann, Joachim:

“AIDS und (Arbeits-)Recht”, **BB**, 1989, s.1413-1419.

Henssler, Martin:

“BGB § 626 Fristlose Kündigung aus wichtigem Grund”, **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**, Band 5, 8. Auflage, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 2020.

Heper, Hande:

“Düşünceyi Açıklama Hakkının Çalışma Yaşamındaki Görünümü: İşçinin İfade Özgürlüğü”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2022/3 S.74, s.1901-1934.

Herbert, Manfred, Oberrath, Jörg-Dieter:

“Schweigen ist Gold? Rechtliche Vorgaben für den Umgang des Arbeitnehmers mit seiner

Kenntnis über Rechtsverstöße im Betrieb”,
NZA, 2005, s.193-199.

Hergenröder, Curt Wolfgang: “KSchG § 1 Sozial ungerechtfertigte Kündigungen”, **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**, Band 5, 8. Auflage, C.H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, München, 2020.

Hesch, Joel D.: “Whistleblower Rights and Protections: Critiquing Federal Whistleblower Laws and Recommending Filling in Missing Pieces to Form a Beautiful Patchwork Quilt”, **Liberty University Law Review**, V.6, Iss.1, 2011, s.51-107.

Hitzig, Janet: **Das Fragerecht des Arbeitgebers gegenüber Arbeitnehmern mit Sonderkündigungsschutz**, Verlag Dr. Kovac, Hamburg, 2008.

Hoffmann-Remy, Till, Tödtmann, Ulrich: “Sicherung der Arbeitgeberrechte an Social Media-Kontakten”, **NZA**, 2016, s.792-799.

Hohenstatt, Klaus-Stefan, Stamer, Katrin, Hinrichs, Lars: “Background Checks von Bewerbern in Deutschland: Was ist erlaubt?”, **NZA**, 2006, s.1065-1070.

Hoppe, Christian, Groffy, Greta: “„Solange IV“? Religiöse Symbole am Arbeitsplatz im Spiegel der deutschen Rechtsprechung und des EuGH”, **ArbRAktuell**, 2019, s.211-214.

- Horcher, Michael: “AGG § 3 Begriffsbestimmungen”, **beck-online.GROSSKOMMENTAR**, C.H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, München, 2022.
- Howald, Bert: “Meinungsfreiheit im Arbeitsverhältnis”, **ArbRAktuell**, 2013, s.195-198.
- Hunold, Wolf: “Die Frage des Arbeitgebers nach der Verfügbarkeit von Bewerbern”, **DB**, 2000, s.573-574.
- Hümmerich, Klaus: “Aufklärungspflichten des Arbeitgebers im Anbahnungsverhältnis bei ungesicherter Beschäftigung des Arbeitnehmers”, **NZA**, 2002, s.1305-1310.
- İldeş, Samet: **Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Temel Hak ve Özgürlüklerin Kötüye Kullanılması Yasağı**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2012 (yayımlanmamış yüksek lisans tezi).
- Joussen, Jacob: “BGB § 611a Arbeitsvertrag”, **BeckOK Arbeitsrecht**, 63. Auflage, C.H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, München, 2022.
- Joussen, Jacob: “Das erweiterte Führungszeugnis im Arbeitsverhältnis”, **NZA**, 2012, s.776-780.

(Führungszeugnis)

- Joussen, Jacob: “§ 9 AGG und die europäischen Grenzen für das kirchliche Arbeitsrecht”, **NZA**, 2008, s.675-679. (Kirchliche)
- Joussen, Jacob: “Schwerbehinderung, Fragerecht und positive Diskriminierung nach dem AGG”, **NZA**, 2007, s.174-178. (Diskriminierung)
- Junker, Abbo: “Gleichbehandlung und kirchliches Arbeitsrecht – Ein deutscher Sonderweg endet vor dem EuGH”, **NJW**, 2018, s.1850-1853.
- Kalabalık, Halil: **İnsan Hakları Hukuku**, 5. b., Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.
- Kaneti, Selim: “Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Anayasa’nın Özel Hukuk Alanındaki Etkileri”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C.LIII, S.1-4, 1990, s.199-211.
- Kania, Thomas, Merten, Sonja: “Auswahl und Einstellung von Arbeitnehmern unter Geltung des AGG”, **ZIP**, 2007, s.8-15.
- Kaplan, Emine Tuncay: “Mukayeseli İş Hukukunda İşçinin Kişilik Haklarının Bilgisayarda Toplanan Bilgilere (Verilere) Karşı Korunması”, **TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, C.IV, S.4, 1999, s.51-64. (Mukayese)

- Kaplan, Emine Tuncay: “İş Hukukunda Kişilik Haklarının Özellikle Bilgisayarda Toplanan Bilgilere Karşı Korunması”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, C.LII, S.1, 1997, s.367-386. (Kişilik Hakkı)
- Kaptein, Muel: “From Inaction to External Whistleblowing: The Influence of the Ethical Culture of Organizations on Employee Responses to Observed Wrongdoing”, **Journal of Business Ethics**, Iss.98, 2011, s.513-530.
- Karaahmetoğlu, Atanur: “İş Sırrı ve Ticari Sır Bağlamında Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin Rekabet Yasağına Aykırılıktan Doğan Sorumluluğu”, **Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi Prof. Dr. M. Fatih Uşan’a Dekanlıkta 10. Yıl Anısına Teşekkür Armağanı**, S.2, 2022, s.1293-1334. (Ticari Sır)
- Karaahmetoğlu, Atanur: “İşçinin Kişisel İnternet Kullanımının İş İlişkisi ve İşverenin Kişilik Haklarına Etkisi”, **İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.V, S.9, 2020, s.79-106. (İnternet)
- Karan, Ulaş: **İfade Özgürlüğü Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-2**, Avrupa Konseyi, Ankara, 2018. (İfade Özgürlüğü)
- Kaya, Pir Ali: **Çalışma Hukukunda Eşitlik ve Ayrımcılık: Karşılaştırmalı Teorik Bir Bakış**, 4. b.,

Umuttepe Yayınları, Kocaeli, 2020.

Kayaalp, Dilek:

“Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu ile Getirilen Ayrımcılık Yasağı İstisnalarının İş Hukukundaki Görünümü Üzerine Genel Bir Değerlendirme”, **Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.I, S.1, 2019, s.67-107.

Kayırgan, Hasan:

“İş Hukukunda Sadakat Borcunun Genel Bir Değerlendirmesi”, **MÜHF-HAD**, C.XX, S.1, s.459-478.

Keller, Ulrich:

“Die ärztliche Untersuchung des Arbeitnehmers im Rahmen des Arbeitsverhältnisses”, **NZA**, 1988, s.561-568.

Kempff, Gilbert:

Grundrechte im Arbeitsverhältnis, Bund Verlag, Köln, 1988.

Keser, Hakan:

“İş Sözleşmesinin Feshinde İşçinin Sosyal Medya Paylaşımlarının Geçerli veya Haklı Sebep Olarak Değerlendirilmesi”, **Legal İSGHD**, C.XIX, S.74, 2022, s.519-562. (Sosyal Medya)

Keser, Hakan:

“İşçi Davranışları Kapsamında İşçinin Talimatlara Aykırı Bilgisayar, İnternet ve Cep Telefonu Kullanımı Sebebi ile İş Sözleşmesinin İşverence Feshedilmesi”, **Legal İSGHD**, C.XVI, S.62, 2019, s.445-490. (İşçi Davranışları)

- Kılıçarslan İsfen, Sibel: “Alman Hukuku Işığında, Fikir Beyan Etme ve Yayma Temel Hakkının Kişilik Haklarına Saldırıdan Dolayı Açılan Hukuk Davalarında Gözetilmesi”, **Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.I, S.1, 2001, s.193-208.
- Kılıçoğlu, Mustafa, Şahin Taşkın, Elif: “Çalışma Hayatında Şiddet ve Taciz”, **Legal İSGHD**, C.XVI, S.64, 2019, s.1449-1490.
- Kılıkış, İlknur: **İş Sağlığı ve Güvenliği**, 4. b., Dora Yayıncılık, Bursa, 2022.
- Király, Volkswirt Andrei: “Der rechtliche Schutz von Whistleblowern Lehren aus US-amerikanischen Regelungen ”, **ZRP**, 2011, s.146-149.
- Kissel, Otto Rudolf: “Arbeitsrecht und Meinungsfreiheit”, **NZA**, 1988, s.145-154.
- Klak, Alexander: “AIDS und die Folgen für das Arbeitsrecht”, **BB**, 1987, s.1382-1387.
- Klinkhammer, Patrick, Müllejans, Gabi: “Veröffentlichen von Fotos in sozialen Netzwerken – ein Überblick über mögliche Rechtsfolgen”, **ArbRAktuell**, 2014, s.503-506.
- Koch, Ulrich: “Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz”, **Arbeitsrecht von A-Z**, 26. Auflage, dtv, München, 2022.

- Kort, Michael: “Kündigungsrechtliche Fragen bei Äußerungen des Arbeitnehmers im Internet”, **NZA**, 2012, s.1321-1326. (Internet)
- Kort, Michael: “Soziale Netzwerke und Beschäftigtendatenschutz”, **DuD**, 2012, s.725. (Netzwerke)
- Köhler, Matthias, Koops, Christian: “Sexuelle Belästigung am Arbeitsplatz - Einmal grapschen erlaubt?”, **BB**, 2015, s.2807-2812.
- Köme Akpulat, Ayşe: “İşverenin Engelli İşçi Çalıştırma Yükümlülüğü”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C.LXXVII, S.2, 2019, s.523-553.
- Köseoğlu, Ali Cengiz, Kaya, Ayça: “Türk İş Hukukunda Kadın İşçilerin Korunması”, **Legal İSGHD**, C.VIII, S.29, 2011, s.45-80.
- Kramer, Stefan: “Kündigung wegen privater Internetnutzung”, **NZA**, 2006, s.194-197.
- Krieger, Steffen, Deckers, Lisa: “#metoo – Was tun beim Vorwurf sexueller Belästigung am Arbeitsplatz?”, **NZA**, 2018, s.1161-1166.
- Krieger, Steffen, Rudnik, Tanja: “Vorsicht Falle! – Typische Fehler im Bewerbungsverfahren – Teil 2”, **ArbRAktuell**, 2017, s.451-452.

- Krummel, Christoph, Küttner, Wolfdieter: “Antisemitismus und Ausländerfeindlichkeit im Betrieb”, **NZA**, 1996, s.67-76.
- Kursawe, Stefan: “Die Aufklärungspflicht des Arbeitgebers bei Abschluß von Arbeitsverträgen”, **NZA**, 1997, s.245-249.
- Kucsko-Stadlmayer, Gabriele: “Religiöse Symbole am Arbeitsplatz”, **RdA**, 2019, s.197-200.
- Kutsch, Stefan: “Die Rechtsprechung des EuGH zur Gleichbehandlung von Mann und Frau”, **BB**, 1991, s.2149-2152.
- Küçük, Adnan: **İfade Hürriyetinin Unsurları**, Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara, 2003.
- Künzl, Reinhard: “Das Fragerecht des Arbeitgebers bei der Einstellung”, **ArbRAktuell**, 2012, s.235-239.
- Lichtenberg, Peter, Schücking, Prosper: “Stand der arbeitsrechtlichen Diskussion zur HIV-Infektion und Aids-Erkrankung”, **NZA**, 1990, s.41-47.
- Liebscher, Christopher: “Alkohol im Arbeitsverhältnis”, **öAT**, 2017, s.249-252.
- Linck, Rüdiger: “§ 26. Vertragsanbahnung und Fragerecht des Arbeitgebers”, **Arbeitsrechts-Handbuch Systematische Darstellung und**

Nachschlagewerk für die Praxis, 19. Auflage, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 2021.

Linck, Rüdiger:

“§ 53. Allgemeine Nebenpflichten des Arbeitnehmers”, **Arbeitsrechts-Handbuch Systematische Darstellung und Nachschlagewerk für die Praxis**, 19. Auflage, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 2021.

Lordoğlu, Kuvvet, Aslan, Mustafa:

“Türkiye İşgücü Piyasalarında Etnik Bir Ayrımcılık Var Mıdır?”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2012/2, S.33, s.117-145.

Löwisch, Manfred, Rieble, Volker:

“TVG § 3 Tarifgebundenheit”, **Tarifvertragsgesetz**, 4. Auflage, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 2017.

Lützeler, Martin, Bissels, Alexander:

“Social Media-Leitfaden für Arbeitgeber: Rechte und Pflichten im Arbeitsverhältnis”, **ArbRAktuell**, 2011, s.499-502.

Macovei, Monica:

İfade Özgürlüğü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz (İnsan Hakları El Kitapları No:2), Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2005.

Makas, Recep:

“Türk Borçlar Kanunu ve İş Kanununa Göre

- İşçinin Özen Borcu ve Borca Aykırılığın Hukuki Sonuçları”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.XVI, S.4, 2012, s.149-180.
- Manav, A. Eda: “İş İlişkisinde İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.XIX, S.2, 2015, s.95-136.
- Maschmann, Frank: “BetrVG § 74 Grundsätze für die Zusammenarbeit”, **Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung Kommentar**, 17. Auflage, C.H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, München, 2022.
- Masuch, Thorsten: “Vom Maß der Freiheit – Der Beamte zwischen Meinungsfreiheit und Mäßigungsgebot”, **NVwZ**, 2021, s.520-525.
- Melot de Beauregard, Paul, Gleich, Christian: “Social Media am Arbeitsplatz – Chancen und Risiken”, **DB**, 2012, s.2044-2048.
- Merrills, J. G.: **The Development of International Law by the European Court of Human Rights**, Manchester University Press, Manchester, 1988.
- Messingschlager, Thomas: “„Sind Sie schwerbehindert?“ - Das Ende einer (un)beliebten Frage”, **NZA**, 2003, s.301-305.
- Mill, John Stuart: **Hürriyet Üstüne**, Çev. Mehmet Osman Dostel, Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara, 2003.

- Moritz, Heinz Peter: “Fragerecht des Arbeitgebers sowie Auskunfts- und/oder Offenbarungspflicht des Arbeitnehmers bei der Anbahnung von Arbeitsverhältnissen?”, **NZA**, 1987, s.329-336.
- Mowbray, Alastair: **The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights**, Hart Publishing, Oxford, 2004.
- Müller, Michael: “Whistleblowing - Ein Kündigungsgrund?”, **NZA**, 2002, s.424-437.
- Nikisch, Arthur: **Arbeitsrecht**, 2. Auflage, Mohr (Siebeck) Verlag, München, 1955.
- Narmanlıoğlu, Ünal: “Ferdi İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı”, **Yargıtayın İş Hukukuna İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi 2000**, Kamu-İş, Ankara, 2002, s.29-89.
- Nomer, Haluk, N.: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 18. b., Beta Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- Odaman, Serkan: “İşçinin İşe Başvuru Esnasında İşvereni Yanıltması ve Hukuki Sonuçları”, **Tekstil İşveren Dergisi**, S.274, 2002, s.40-43.
- Oğuz, Özgür: “Yargıtay Kararları Işığında İş Sözleşmesinin İşçinin Sosyal Medya Kullanımı Nedeniyle İşveren Tarafından Feshi”, **Legal İSGHD**,

C.XIX, S.76, 2022, s.1177-1204. (Sosyal Medya)

Oğuz, Özgür:

“Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nun Çalışma Hayatına Yansımaları”, **Legal İSGHD**, C.XV, S.60, 2018, s.1329-1350. (Kişisel Veri)

Oğuzman, M. Kemal, Öz, M. Turgut:

Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I, 18. b., Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020.

Ohly, Ansgar:

“UWG § 17 Verrat von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen”, **Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb**, 7. Auflage, C.H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, München, 2016.

Ohly, Ansgar:

“Der Geheimnisschutz im deutschen Recht: heutiger Stand und Perspektiven”, **GRUR**, 2014, s.1-11.

Okur, Zeki:

“Toplu İş İlişkileri Açısından Yargıtay’ın 2018 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi”, **Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2018**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s.245-382.

Okur, Zeki:

“İş Hukuku’nda İşçinin Sigara İçme Özgürlüğü ve Sınırları”, **Kamu-İş**, C.X, S.3, 2009, s.1-32. (Sigara)

- Okur, Zeki: “İş Hukukunda İşçinin Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü”, **Kamu-İş**, C.VIII, S.4, 2006, s.41-88. (Düşünce)
- Okur, Zeki: “İşyerinde İşçinin Bilgisayar ve İnternet’i Özel Amaçlı Kullanımının İş İlişkisine Etkisi”, **Kamu-İş**, C.VIII, S.2, 2005, s.47-75. (İnternet)
- Öktem Songu, Sezgi: “Bir Haklı Fesih Sebebi Olarak “Sataşma””, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S.39, 2018, s.113-145. (Sataşma)
- Öktem Songu, Sezgi: “Anayasal Bir Temel Hak Olarak İfade Özgürlüğünün İşçi Açısından İşyerindeki Yansımaları”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.XV, Özel S., 2013, s.609-650. (İfade Özgürlüğü)
- Öktem Songu, Sezgi: “İşçilerin İşyerinde Özel Amaçlı İnternet ve E-Posta Kullanımına İşverenin Müdahalesi Üzerine Bir Değerlendirme”, **Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan**, C.I, Ed. Süleyman Başterzi, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2011, s.1057-1098. (Özel Amaçlı Kullanım)
- Özbey, Özcan: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında İfade Özgürlüğü Kısıtlamaları”, **TBB Dergisi**, S.106, 2013, s.41-92.
- Özbudun, Ergun: **Türk Anayasa Hukuku**, 15. b., Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2014.

- Özcan, Hüseyin: “Drittwirkung Der Grundrechten Der Türkei”, **AÜEHFD**, C.IX, S.3-4, 2005, s.181-200.
- Özdemir, Hayrunnisa: “İşyerinde İşçilerin İzlenmesi ve İşçinin Kişilik Haklarının Korunması”, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.XIV, S.1-2, 2010, s.231-270. (İzlenme)
- Özdemir, Erdem: “İnternet ve İş Sözleşmesi: Yeni Teknolojilerin İş İlişkisine Etkileri Üzerine”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S.10, 2008, s.13-24. (İnternet)
- Özdemir, Erdem: “İşyerinde Cinsel Taciz”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2006/4, S.11, s.83-96. (Taciz)
- Özkalp, Enver, Aydın, Ufuk, Tekeli, Seda: “Sapkın Örgütsel Davranışlar ve Çalışma Yaşamında Yeni Bir Olgu: Sanal Kaytarma (Cyberloafing) ve İş İlişkilerine Etkileri”, **Çimento İşveren Dergisi**, C.XXVI, S.2, 2012, s.18-33.
- Özkaraca, Ercüment: “İş Sözleşmesinin İş İçin Tahsis Edilen Bilgisayarın Özel Amaçla Kullanımı Nedeniyle Feshine Dair Alman Federal İş Mahkemesi Kararı”, **MÜHF-HAD**, C.XIV, S.3, 2008, s.299-307.
- Özyurt, Vuslat: “Sendikanın Boykot Çağrısına İlişkin Sosyal Medya İçeriğinin İşçi Tarafından Beğenilmesinin/Paylaşılmasının İş Sözleşmesine

Etkisi: Yargıtay'ın Farklı Yaklaşımları
Üzerinden İşçinin Sadakat Borcu ve İfade
Özgürlüğü Bağlamında Bir Değerlendirme”,
**Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dergisi**, C.VI, S.1, 2021, s.425-473.

Pahlen, Ronald: “Die Frage nach der
Schwerbehinderteneigenschaft vor der
Einstellung und Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG”, **RdA**,
2001, s.143-150.

Pallasch, Ulrich: “Diskriminierungsverbot wegen
Schwangerschaft bei der Einstellung”, **NZA**,
2007, s.306-310.

Picker, Christian: “Der EuGH und der Auskunftsanspruch des
abgelehnten Bewerbers – Meisterhaft!”, **NZA**,
2012, s.641-646.

Polzer, Ulrich, Powietzka, Arnim: “Rechtsextremismus als Kündigungsgrund?”,
NZA, 2000, s.970-977.

Poroy, Mehmet Akif: “Yatay İlişkilerde Pozitif Yükümlülük İnsan
Haklarının Yatay İlişkilerde Geçerliliği”,
İstanbul Barosu Dergisi, C.LXXX, S.3, 2006,
s.1005-1011.

Preis, Ulrich: “BGB § 611a Arbeitsvertrag”, **Erfurter
Kommentar zum Arbeitsrecht**, 22.Auflage,
C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung,

München, 2022.

Preis, Ulrich, Seiwerth, Stephan: “Geheimnisschutz im Arbeitsrecht nach dem Geschäftsgeheimnisgesetz”, **RdA**, 2019, s.351-360.

Preis, Ulrich, Bender, Wolfgang: “Recht und Zwang zur Lüge - Zwischen List, Tücke und Wohlwollen im Arbeitsleben”, **NZA**, 2005, s.1321-1328.

Ramm, Thilo: “Grundrechte und Arbeitsrecht”, **JZ**, 46. Jahrg., Nr. 1, 1991, s.1-16. (Grundrechte)

Ramm, Thilo: “Entscheidungen mit Anmerkungen”, **AuR**, 21, Juli 1973, s.218-224. (Entscheidungen)

Rehbinder, Manfred: “İşverenin Hizmetine Girmek Üzere Başvuran Kişilerle İlgili Hukuki Sorunlar”, Çev. Ömer Teoman, **İÜHFM**, C.XLV, S.1-4, 1982, s.745-759.

Remmert, Andreas: **Die Meinungsfreiheit im Arbeitsrecht der Vereinigten Staaten von Amerika und der Bundesrepublik Deutschland**, Inaugural-Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde einer Hohen Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln, 1990.

Reichold, Hermann: “§ 54 Wettbewerbsverhalten”, **Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 1: Individualarbeitsrecht I**, 5. Auflage, C.H.

Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 2021.

Reichold, Hermann: “§ 55 Arbeits- und Ordnungsverhalten”, **Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 1: Individualarbeitsrecht I**, 5. Auflage, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 2021.

Richardi, Reinhard: “Arbeitsrechtliche Probleme bei Einstellung und Entlassung Aids-infizierter Arbeitnehmer”, **NZA**, 1988, s.73-79.

Richter, Tim: “Politische Agitation im Betrieb”, **ArbRAktuell**, 2021, s.619-621.

Savaş Kutsal, F. Burcu, Kolan, Şelen: “Paylaşmadan Önce Dikkat! İşçilerin İşyeri Dışında Sosyal Medya Kullanımları Üzerine Hukuki Bir Değerlendirme”, **Legal İSGHD**, C.XVI, S.62, 2019, s.491-562.

Savaş Kutsal, Fatma Burcu: “Toplu İş İlişkileri”, **Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2019-2020**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, s.405-509

Savaş, F. Burcu: “İş Hukukunda “Siber Gözetim””, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2009/3, S.22, s.97-131.

Schaub, Günter: “Ist die Frage nach der Schwerbehinderung zulässig?”, **NZA**, 2003, s.299-301.

Scheid, Anja, Klinkhammer,
Patrick:

“Kündigung wegen beleidigender Äußerungen
des Arbeitnehmers in sozialen Netzwerken”,
ArbRAktuell, 2013, s.6-9.

Schmidt, Ingrid:

“GG Art. 2 [Allgemeine Handlungsfreiheit,
Allgemeines Persönlichkeitsrecht]”, **Erfurter
Kommentar zum Arbeitsrecht**, 22. Auflage,
C.H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung,
München, 2022.

Schmitt, Laura:

“Geheimnisschutz und Whistleblowing Aktuelle
Rechtslage und Überlegungen zur Umsetzung in
Deutschland”, **NZA-Beilage**, 2020, s.50-57.
(Geheimnisschutz)

Schmitt, Laura:

“Whistleblowing revisited – Anpassungs- und
Regelungsbedarf im deutschen Recht Zugleich
ein Beitrag zu den arbeitsrechtlichen
Auswirkungen der Geheimnisschutzrichtlinie”,
RdA, 2017, 365-373. (Whistleblowing)

Schrader, Peter:

“Gestaltungsmöglichkeiten des Arbeitgebers
nach Inkrafttreten des AGG”, **DB**, 2006, s.2571-
2580.

Schubert, Claudia:

“EMRK Art. 11 Versammlungs- und
Vereinigungsfreiheit”, **Kommentar zum
europäischen Arbeitsrecht**, 4. Auflage, C.H.
Beck’sche Verlagsbuchhandlung, München,
2022.

- Schubert, Jens M.: “Religiöse Symbole und Kleidungsstücke am Arbeitsplatz”, **NJW**, 2017, s.2582-2588.
- Schulze, Marc-Oliver, Erber, Jennifer: “Beschränkung der betrieblichen Mitbestimmung im Tendenzbetrieb”, **ArbRAktuell**, 2019, s.169-172.
- Semizoğlu, Azim: “„Nicht ohne mein Kopftuch!“, **JA**, 2021, s.579-586.
- Sevimli, K. Ahmet: “Türk Borçlar Kanunu m.417 ve İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Işığında Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2013/1, S.36, s.107-147. (Kişiliğin Korunması)
- Sevimli, K. Ahmet: “İşyerinde İşe Başlamazdan Önceki Dönemde Uyuşturucu Kullanmış Olan ve Adı Uyuşturucu Operasyonuna Karışan İşçinin İş Sözleşmesinin Feshi”, **Legal Yargı Kararları ve İncelemeleri Dergisi**, C.II, S.6, 2007, s.401-420.
- Sevimli, K. Ahmet: “İşçinin Kişilik Değerlerine Saldırı Nedeniyle Manevi Tazminat (Karar İncelemesi)”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2010/1, S.24, s.295-308. (Karar İncelemesi)
- Sevimli, K. Ahmet: **İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2006 (doktora tezi). (Özel

Yaşam)

- Simonet, Michael: “Notwendigkeit eines Gesetzes zum Schutz von Whistleblowern?”, **RdA**, 2013, s.236-240.
- Söllner, Alfred: “Wes Brot ich eß’, des Lied ich sing”- Zur Freiheit der Meinungsäußerung im Arbeitsverhältnis, **Festschrift für Wilhelm Herschel zum 85. Geburtstag**, C.H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, München, 1982, s.389-407.
- Sözer, Ali Nazım: “”-AB’nin İstihdama İlişkin 2000/78 EG Sayılı Çerçeve Yönergesi Işığında- Türk İş Hukukunda Din, Dünya Görüşü, Özürlülük, Yaşlılık ve Cinsel Eğilime İlişkin Düzenlemeler”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S.2, 2006, s.184-208.
- Sprenger, Markus: “Anforderungen an Verbote des islamischen Kopftuchs und anderer Formen des offenen religiös-weltanschaulichen Bekenntnisses am Arbeitsplatz”, **EuZA**, 2017, s.352-369.
- Stoffels, Markus: “BGB § 626 Fristlose Kündigung aus wichtigem Grund”, **BeckOK Arbeitsrecht**, 63. Auflage, C.H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, München, 2022.
- Strick, Kerstin: “Die Anfechtung von Arbeitsverträgen durch den Arbeitgeber”, **NZA**, 2000, s.695-700.

- Stück, Volker, Zapp, Rachel: “Arbeits(schutz)kleidung: Arbeits- und compliancerechtliche Aspekte”, **ARP**, 2022, s.84-89.
- Subaşı, İbrahim: “İş Hukukunda Özürlülerin Hukuki Durumu”, **Prof. Dr. Tankut Centel’e Armağan**, İstanbul Üniversitesi Yayını, 2011, s.477-540.
- Sungurtekin Özkan, Meral: “Anayasanın Sosyal Hukuk Devleti İlkesi ve Medeni Yargılama Hukuku”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.XI, Özel S., 2009, s.553-574.
- Sur, Melda: **İş Hukuku Toplu İlişkiler**, 10. b., Turhan Kitabevi, Ankara, 2022. (Toplu İlişkiler)
- Sur, Melda: “Çalışanın E-Postasına İşveren Tarafından Girilmesi”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S.44, 2020, s.57-68. (E-Posta)
- Sura, Stephan: “Der zerbrochne Trug: Voraussetzungen und Grenzen für Verbote religiöser Zeichen und Kleidung am Arbeitsplatz”, **EuZW**, 2022, s.65-69.
- Sümer, Haluk Hadi: “Toplu İş İlişkileri”, **Yargıtay’ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi 2016**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s.585-719.
- Süzek, Sarper: **İş Hukuku**, 22. b., Beta Yayıncılık, İstanbul,

2022. (İş Hukuku)

Süzek, Sarper:

“Yeni Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Genel İş Koşulları”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S.24, 2011, s.5-12. (Genel İş Koşulları)

Süzek, Sarper:

“İş Hukukunda Disiplin Cezaları”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2011/1, S.28, s.9-17. (Disiplin Cezası)

Süzek, Sarper:

“İşverenin Eşit Davranma Borcu”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S.12, 2008, s.24-38. (Eşit Davranma)

Süzek, Sarper:

“İşyeri Uygulamaları”, **TÜHİS İş Hukuku ve İktisat Dergisi**, C.IV, S.2, 1997, s.151-155.

Şahin, Kemal:

“İfade Özgürlüğü “Hak”kı ve İktidar “Ben” ile Demokrasi Arasındaki Çelişki”, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.XV, S.3-4, 2011, s.69-81. (İfade Özgürlüğü)

Şahin, Kemal:

Farklı Özgürlük Anlayışları Çerçevesinde İfade Özgürlüğünün Temellendirilmesi ve Sınırlandırılması, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2008 (yayımlanmamış doktora tezi). (İfade Özgürlüğünün Temellendirilmesi)

Şahlanan, Fevzi:

Toplu İş Hukuku, 1. b., On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020. (Toplu İş Hukuku)

- Şahlanan, Fevzi: “İşyerinde İşverence Sağlanan Bilgisayarı İşle İlgisi Olmayacak Şekilde Kullanma-Haklı Fesih (Karar İncelemesi)”, **Tekstil İşveren Dergisi (Hukuk Eki 68)**, S.383, 2012, s.2-4. (Karar)
- Tanör, Bülent, Yüzbaşıoğlu, Necmi: **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, 18. b., Beta Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- Thümmel, Hans-Wolf: **Betriebsfrieden und Politplakette**, R.v. Decker & C. F. Müller, Heidelberg, 1985.
- Thüsing, Gregor: “BetrVG § 94 Personalfragebogen, Beurteilungsgrundsätze”, **Betriebsverfassungsgesetz mit Wahlordnung Kommentar**, 17. Auflage, C.H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, München, 2022.
- Thüsing, Gregor: “AGG § 11 Ausschreibung”, **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch**, Band 1, 9. Auflage, C.H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, München, 2021.
- Thüsing, Gregor, Forst, Gerrit: “§ 7. Informationserhebung bei der Einstellung und beim beruflichen Aufstieg”, **Beschäftigtendatenschutz und Compliance**, 3. Auflage, C.H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, München, 2021.
- Thüsing, Gregor, Lambrich, Thomas: “Das Fragerecht des Arbeitgebers - aktuelle Probleme zu einem klassischen Thema”, **BB**,

2002, s.1146-1153.

Thüsing, Gregor:

“Der Fortschritt des Diskriminierungsschutzes im Europäischen Arbeitsrecht”, **ZfA**, 2001, s.397-418.

Tilch, Thorsten, Vennewald, Eva:

“Eigenständige Offenbarungspflichten im bestehenden Arbeitsverhältnis”, **NJW-Spezial**, 2012, s.50-51.

Trager, Robert, Dickerson, Donna L.:

21. Yüzyıl’da İfade Hürriyeti, Çev. A. Nuri Yurdusev, Liberal Düşünce Topluluğu, Ankara, 2003.

Trebeck, Joachim, Schulte-Wissermann, Lisa:

“Die Geheimnisschutzrichtlinie und deren Anwendbarkeit Auswirkungen auf Compliance und Whistleblowing im deutschen Arbeitsrecht”, **NZA**, 2018, s.1175-1180.

Tuncay, A. Can:

“Çalışma İlişkilerinde Irk ve Etnik Kökene Dayalı Ayrımcılık”, **Prof. Dr. Sarper Süzek’e Armağan**, C.I, Ed. Süleyman Başterzi, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2011, s.725-770.

Tunç, Hasan:

“Milletlerarası Sözleşmelerin Türk İç Hukukuna Etkisi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Türkiye ile İlgili Örnek Karar İncelemesi”, **Anayasa Yargısı Dergisi**, C.XVII, 2000, s.174-193.

Türe, M. Gökhan:

“İş Sözleşmesinin Kurulmasında İşçinin Hilesi”,

Sicil İş Hukuku Dergisi, S.46, 2021, s.221-244.

Uçum, Mehmet: “İşyerinde Demokrasi Olur Mu?”, <http://www.mehmetucum.com/9-makaleler&newsID=297>, e.t., 16.02.2023.

Ulber, Daniel: “Whistleblowing und der EGMR”, **NZA**, 2011, s.962-964.

Ungern-Sternberg, Antje von: “§ 21 Religionsverfassungsrecht”, **Handbuch des Verfassungsrechts**, 1. Auflage, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 2021.

Uşan, M. Fatih: “Eski İşçinin Sır Saklama Borcu (Karşılaştırmalı Bir İnceleme)”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S.1, 2006, s.53-70.

Uzun, Ercan: “İşçinin İnternet ve Sosyal Medya Kullanım Sınırları Üzerine Bir Değerlendirme”, **İzmir Bakırçay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.I, S.1, 2020, s.117-156.

Ünal, Canan: **İş Hukukunda Yaş Ayrımcılığı**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.

Ünlü, Vahap: “İş Başvurusu Sırasında İşçinin İşvereni Yanıltması”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S.14, 2009, s.276-283.

Vossen, Reinhard: “BGB § 626 Fristlose Kündigung aus wichtigem

Grund”, **Kündigungsrecht Großkommentar zum gesamten Recht der Beendigung von Arbeitsverhältnissen**, 6. Auflage, C.H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, München, 2021.

Walter, Christian, Tremml,
Kathrin:

“Die neue Rechtsprechung des EuGH zur Bedeutung der Religionsfreiheit in privaten Arbeitsverhältnissen”, **NZA**, 2021, s.1453-1457.

Weber, Anne:

Nefret Söylemi El Kitabı, Avrupa Konseyi Yayınları, 2009.

Weißnicht, Elmar:

“Die Nutzung des Internet am Arbeitsplatz”, **MMR**, 2003, s.448-453.

Wiebauer, Bernd:

“Whistleblowing im Arbeitsschutz”, **NZA**, 2015, s.22-27.

Wiese, Günther:

“Internet und Meinungsfreiheit des Arbeitgebers, Arbeitnehmers und Betriebsrats”, **NZA**, 2012, s.1-8.

Wisskirchen, Gerlind, Bissels,
Alexander:

“Das Fragerecht des Arbeitgebers bei Einstellung unter Berücksichtigung des AGG”, **NZA**, 2007, s.169-174.

Wisskirchen, Gerlind:

“Der Umgang mit dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz - Ein "Kochrezept" für Arbeitgeber”, **DB**, 2006, s.1491-1499.

- Wißmann, Hellmut: “EuGH: Neues zur Geschlechtsdiskriminierung”, **DB**, 1991, s.650-653.
- Yaşar, Büşra: “İş Sözleşmesinin İşçinin Özel Yaşamından Kaynaklanan Nedenlerle Feshi”, **Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.XXV, S.2, 2021, s.335-373.
- Yazıcı, Serap: **Yeni Bir Anayasa Hazırlığı ve Türkiye Seçkincilikten Toplum Sözleşmesine**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2009.
- Yıldırım, Maviş: **Ayrımcılık Etnisite Çalışma Hayatı Sosyal Psikolojik Faktörlerin Araştırması**, Gazi Kitabevi, Ankara, 2021.
- 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. (Sosyal Medya)
- Yıldız, Gaye Burcu: “Türk İş Hukukunda Orantılılık İlkesi”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.XV, Özel S., 2013, s.681-707. (Orantılılık)
- Yıldız, Gaye Burcu: “Türk İş Hukukunda Özürlülük ve Sağlık Durumuna Dayalı Ayrımcılık Yasağı”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S.10, 2008, s.80-87. (Özürlülük)

- Yılmaz, Alper: “İşçinin İşvereni Eleştirme Hakkı ve Sınırları”, [https://www.alomaliye.com/2011/07/15/iscinin-isvereni-elestirme-hakki-ve-sinirlari-alper-yilmaz-avukat/](https://www.alomaliye.com/2011/07/15/iscinin-isvereni-elestirme-hakki-ve-sinirlari-alper-yilmaz-avukat/e.t.,26.01.2022) e.t.,26.01.2022.
- Yılmaz, Halit: **İfade Özgürlüğü Sorunu Olarak Nefret Söylemi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015. (Nefret Söylemi)
- Yiğit, Esra: **İş İlişkisinde Kişisel Verilerin Korunması**, 1. b., On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022. (Kişisel Veri)
- Yiğit, Esra: **İşyerinde İnternet ve E-Posta Kullanımının İzlenmesi ve Gözetlenmesi**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2013 (yayımlanmamış yüksek lisans tezi). (İzlenme)
- Yiğit, Yusuf: “İşyerinde İnternetin Özel Amaçlı Kullanımı Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshi”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.XVIII, S.2, 2010, s.161-214. (İnternet)
- Yüksel, Metin: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Yaşamın ve Sağlığın Korunması ile İlgili Olarak Taraf Devletlere Yükllediği Pozitif Yükümlülükler”, **Uluslararası İlişkiler**, C.VII, S.27, 2010, s.111-132.

- Yürekli, Sabahattin: “İş Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk (Culpa in Contrahendo)”, **İÜHFİM**, C.LXXII, S.2, 2014, s.541-580.
- Zachert, Ulrich: “Plaketten im Betrieb-Ausdruck Von Meinungsfreiheit oder Störung des Betriebsfriedens?”, **AuR**, 32, Oktober, 1984, s.289-297.
- Zorlu, Mıhrıcan, Çalım, Selda İldan: “İşyerinde Damgalama ve Ayrımcılık Faktörü Olarak HIV/AIDS”, **Çalışma ve Toplum Dergisi**, 2012/4, S.35, s.165-187.

Çevrimiçi Kaynaklar

- <https://www.anayasa.gen.tr/>
- <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/>
- <https://karararama.yargitay.gov.tr/>
- <http://www.ifadeozgurlugu.adalet.gov.tr/>
- <http://kgm.adalet.gov.tr/>
- <https://hudoc.echr.coe.int/>
- <https://legalbank.net>
- <https://www.hukukturk.com/>
- <https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/>
- <http://ihop.org.tr/>
- <https://www.alomaliye.com/>

<https://sozluk.gov.tr/>

<https://anayasagundemi.com/>

<https://www.wikipedia.org/>

<https://twitter.com/>

<https://www.websiterating.com/tr/>

<https://www.linguee.com/>

<https://www.welt.de/>

<https://cosmoplast.com.tr/>

<https://www.zaytung.com/>

ÖZGEÇMİŞ

2008 yılında Tekirdağ Anadolu Öğretmen Lisesi'nden mezun oldum. Aynı yıl Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde lisans öğrenimime başladım. 2012 yılında mezun oldum. 2012 yılında Anadolu Üniversitesi İktisat Fakültesi Maliye Bölümü lisans öğrenimime başladım. 2016 yılında mezun oldum. 2014 yılında Bursa Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Anabilim Dalı'nda yüksek lisans programına kabul edildim. Aynı yıl Bursa Uludağ Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Çalışma Ekonomisi ve Endüstri İlişkileri Bölümü İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı'nda araştırma görevlisi olarak göreve başladım. “5521 Sayılı İş Mahkemeleri Kanunu ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Bağlamında İş Yargısı” konulu yüksek lisans tezim 2017 yılında jüri tarafından oy birliği ile kabul edildi. Aynı yıl İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı'nda doktora eğitimine başladım. Kasım 2021-Kasım 2022 arasında bir yıl süreyle Freiburg Albert-Ludwigs Üniversitesi İş Hukuku Enstitüsü'nde misafir araştırmacı olarak bulundum. Doktora tez konum üzerinde araştırmalar yaptım. İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı'nda halen araştırma görevlisi olarak görevime devam etmekteyim.