



İNSANA YAKIŞIR İŞ SERİSİ

I. CİLT

EDİTÖRLER

Prof. Dr. Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu

Dr. Öğr. Üyesi Gülnihal Ahter Yakacak

Arş. Gör. Abdülmecit Güldağı



ULUSLARARASI İNSAN VE
İŞİN BAĞLARI ÇALIŞTAYI
VE ARAŞTIRMA MERKEZİ

8 İNSANA YAKIŞIR İŞ
VE EKONOMİK BÜYÜME



İnsana Yakışır İş Serisi

1. Cilt

İnsana Yakışır İş Serisi - 1. Cilt

Editörler
Prof. Dr. Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu
Dr. Öğr. Üyesi Gülnihal Ahter Yakacak
Arş. Gör. Abdülmecit Güldağı

e-ISBN 978-625-6055-81-0
1. Baskı 2025 / İstanbul

İHÜ Yayınları 128
İbn Haldun Üniversitesi
Uluslararası Hukuk ve
İnsan Hakları Uygulama ve
Araştırma Merkezi 1

Genel Yayın Yönetmeni Savaş C. Tali
Yayın Yönetmeni Ayşenur Alper
Tasarım İHÜ Yayınları
Kapak Uygulama İHÜ Yayınları
Mizanpaj Uygulama Muhammed Muttaki Topcu

Baskı&Cilt METEKSAN
Sertifika No: 46519

İbn Haldun Üniversitesi Uluslararası Hukuk ve İnsan Hakları Uygulama ve Araştırma Merkezi :
insana yakışır iş serisi / editörler Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu, Gülnihal Ahter Yakacak,
Abdülmecit Güldağı. -- Birinci basım. -- İstanbul : İbn Haldun Üniversitesi Yayınları, 2025.
296 s. ; 25 sm. -- (İHÜ Yayınları ; 128.)

Bibliyografya ve dizin

e-ISBN 9786256055810.

1. İnsan hakları_İşçi hakları. 2. Çalışma hakları_Uluslararası standartlar. 3. Çalışma hakkı_
Uluslararası hukuk.

K 3247

323

© Bu eserin tüm yayın hakları, İbn Haldun Üniversitesine aittir. Eleştirel makale ve dergilerde yapılacak kısa alıntılar dışında,
bu kitabın tamamı veya bir kısmı, yayıncının izni olmadan yayınlanamaz.

İnsana Yakışır İş Serisi

1. Cilt

Editörler

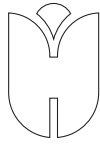
Prof. Dr. Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu
İbn Haldun Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı

Dr. Öğr. Üyesi Gülnihal Ahter Yakacak
İbn Haldun Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Anayasa Hukuku Anabilim Dalı

Arş. Gör. Abdülmecit Güldağı
İbn Haldun Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı

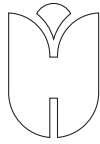


İBN HALDUN
ÜNİVERSİTESİ YAYINLARI



İçindekiler

Önsöz	7
Giriş: İnsana Yakışır İş Kavramına Genel Bir Bakış Prof. Dr. Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu - Dr. Öğr. Üyesi Gülnihal Ahter Yakacak	9
İnsana Yakışır İşin Bir Gereği Olarak İşçinin Ulaşılabilir Olmama Hakkı Prof. Dr. F. Burcu Savaş Kutsal	33
İşe Alımda Algoritmik Ayrımcılık Prof. Dr. Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu	81
Ücret Eşitliği Doç. Dr. Seracettin Gökteş	109
Sözleşmenin Feshinde Eşitlik Doç. Dr. Eda Manav Özdemir	129
İnsana Yakışır İşin Bir Gereği Olarak İşçinin İfade Özgürlüğünün Korunması Dr. Öğr. Üyesi Aybüke Karaca Yağcı	157
Türk Sosyal Sigortalar Sisteminde Yaşlılık Aylığının Genel Esasları Doç. Dr. Orhan Ersun Civan	185
İşçinin Unutulma Hakkı Prof. Dr. İştah Urhanoglu	211
İş İlişkilerinde Yaş Ayrımcılığı Yasağının İhlali Doç. Dr. Canan Ünal Adınır	243
Gemi Çalışanlarının Çalışma ve Dinlenme Süreleri: İş sağlığı ve Güvenliği Perspektifinden MLC ve Deniz İş Kanunu Çerçevesinde İnsana Yakışır Çalışma Koşulları Doç. Dr. Esra Başkan	273



Önsöz

İbn Haldun Üniversitesi Uluslararası Hukuk ve İnsan Hakları Uygulama ve Araştırma Merkezi'nin ilk yayınıımız olan bu eser, anayasa hukuku, insan hakları hukuku ve iş hukuku disiplinlerinin kesişim noktasında yer alan “İnsana Yakışır İş” kavramını odağına almıştır. Birleşmiş Milletler'in 2030 Sürdürülebilir Kalkınma Programı içinde yer alan Sekizinci Sürdürülebilir Kalkınma Hedefi (SKH 8), “Toplumun tüm kesimleri için kapsayıcı ve sürdürülebilir ekonomik büyümeyi, üretken istihdamı ve insana yakışır iş olanaklarını teşvik etmek” olup, insana yakışır iş kavramı bu hukuk disiplinleri ile yakın ilişkilidir.

Bu çalışma, akademik iş birliğinin güzel bir örneğidir ve “İnsana Yakışır İş” kavramını farklı yönleriyle ele almak amacıyla bir yıl boyunca gerçekleştirilen çevrim içi seminer serisinin metne dönüştürülmesi ile ortaya çıkmıştır. Sözü geçen sekiz seminerden oluşan seri, konuşmacı ve moderatör olmak üzere on iki kıymetli akademisyenin katkısı ile ortaya çıkmıştır. Bu seminerlerden ikincisi TİHEK iş birliği ile gerçekleştirilmiştir. Bu süreçte sunulan her bir sunum metni transkripte edilerek konuşmacıların kontrolüne sunulmuştur. Metinlerin büyük bir kısmı da sunum sahipleri tarafından genişletilerek yayına hazırlanmıştır. Böylece “İnsana Yakışır İş” kavramının hukuki açıdan farklı yönleri ile ele alındığı öncü nitelikte bir çalışmaya dönüşmüştür. Katkılarından dolayı kıymetli konuşmacılarımız ve moderatörlerimiz Prof. Dr. Muharrem Kılıç, Doç. Dr. Seracettin Göktaş, Doç. Dr. Eda Manav Özdemir, Prof. Dr. F. Burcu Savaş Kutsal, Prof. Dr. İştar Urhanoğlu, Doç. Dr. Orhan Ersun Civan, Doç. Dr. Canan Ünal Adınır,

Doç. Dr. Esra Baskan ve Dr. Öğr. Üyesi AybÜke Karaca Yağcı'ya ayrı ayrı teŖekkür etmeyi bir borç biliriz. Bu vesile ile belirtelim ki, insana yakıŖır iş kavramını farklı boyutlarıyla derinlemesine ele almak ve böylelikle sürdürülebilir kalkınma hedeflerine katkıda bulunmak amacıyla hayata geçirdiğımız seminer serimizi yeni konu başlıkları ile sürdürmeyi ve yayına dönüŖtürmeyi planmaktayız.

Tüm akademik çalışmalarımızda olduğı gibi bu çalışmada da desteğini eksik etmeyen Rektörümüz Prof. Dr. Atilla Arkan'a müteŖekkirimiz. Bu çalışmanın ortaya çıkması küçük bir ekibin özverili çalışması ile mümkün olabilmİŖtir. Seminerlerin organizasyonu, teknik altyapının sağlanması ve katılımcıların etkin bir şekilde bilgilendirilmesi ile eserin yayına hazırlanma sürecindeki titiz çalışmaları için Ar. Gör. Abdülmecit Güldağı'na ve İHÜ Yüksek Lisans öğrencilerinden Ayşenur Purde'ye konuşma metinlerinin transkripte edilmesi sürecindeki desteklerinden ötürü teŖekkür ederiz. Son olarak yayın sürecindeki destekleri için İHÜ Yayınları Müdürü Savaş Tali ve ekibine teŖekkür eder, çalışmanın, bu alana ilgi duyan akademisyen ve uygulamacılara katkı sağlamasını dileriz.

Prof. Dr. Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu &
Dr. Öğr. Üyesi Gülnihal Ahter Yakacak

Giriş

İnsana Yakışır İş Kavramına Genel Bir Bakış

Prof. Dr. Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu*

Dr. Öğr. Üyesi Gülnihal Ahter Yakacak**

1. İnsana Yakışır İş: Tanımı ve Temel Unsurları

1.1. Genel Olarak

“İnsana yakışır iş (*decent work*)” kavramı, ekonomik, sosyal, psikolojik, etik boyutları içeren ve hukuk alanına yansımaları olan geniş kapsamlı bir kavramdır¹. Birleşmiş Milletler (BM) 2030 Sürdürülebilir

* İbn Haldun Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk Bölüm Başkanı, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

** İbn Haldun Üniversitesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, Uluslararası Hukuk ve İnsan Hakları Merkezi Müdürü.

1 İngilizcesi “decent work” olan kavram, Türkçeye bazı çalışmalarda “düzgün iş”, “uygun iş”, “insan onuruna yakışır iş”, “saygın iş” ifadesi ile çevrilmiştir. Çalışmamızda ise “insana yakışır iş” terimi tercih edilmiştir. Ayrıca bkz. Serap Palaz, “Düzgün İş (Decent Work) Kavramı ve Ölçümü: Türkiye ve OECD Ülkelerinin Bir Karşılaştırması”, *Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi*, sy 50 (13 Ekim 2010): 479-505.; Demet Tüzünkan, “Düzgün İşin 4 Temel Hedefi Açısından Uluslararası İş Gücü Göçünün Değerlendirilmesi”, *Uluslararası İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi* 1, sy 1 (03 Haziran 2015): 1-15.; Süheyla Erikli, “Genç Yoksulluğunun Temel Belirleyicileri: Eğitim ve Düzgün İş”, *Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi* 18, sy 1 (01 Haziran 2016): 283-302.; Zeynep Aca ve Emrah Akdamar, “İnsana Yakışır İşin Yaşam Doyumu, Çalışma İradesi Ve İşin Anlamı Üzerindeki Etkisi”, *Dicle Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi* 13, sy 25 (30 Mayıs 2023): 217, <https://doi.org/10.53092/duibfd.1222446>.

Kalkınma Programı'nda yer alan sürdürülebilir kalkınma hedeflerinden Sekizinci Sürdürülebilir Kalkınma Hedefi'nin (SDG 8/SKH 8) de odak noktasını teşkil etmektedir. Bu hedef, "Herkes için kapsayıcı ve sürdürülebilir ekonomik büyümeyi, istihdamı ve insana yakışır işi teşvik etmek"tir. İnsana yakışır iş insan onuruna saygılı, eşitlikçi, adil ve güvenli çalışma koşullarını kapsayan bir üst kavramdır².

Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) tarafından ilk kez ortaya atılmış olan insana yakışır iş kavramı ekonomik kalkınmanın yanı sıra sosyal adaletin sağlanması açısından kritik bir öneme sahiptir. Kökeni ILO'nun 1999 yılında yayımladığı "İnsana Yakışır İş Programı (*Decent Work Agenda*)"³ başlıklı belgeye dayanmaktadır⁴. ILO Genel Direktörü Juan Somavia, ILO'nun 87. Uluslararası Çalışma Konferansı'nda bu kavramı "*kadınlar ve erkekler için özgürlük, eşitlik, güvenlik ve insanların onuruna yakışan üretken iş olanaklarına erişimini*

- 2 Tània Ferraro vd., "Historical landmarks of decent work", *European Journal of Applied Business and Management* 2, sy 1 (2016): 87.
- 3 International Labour Organization (1999). *Decent Work: Report of the Director-General at 87th Session of International Labour Conference*, June. Geneva: International Labour Office. Uluslararası Çalışma Konferansında sunulan Raporun metnine ulaşmak için bkz. <https://webapps.ilo.org/public/english/standards/reim/ilc/ilc87/rep-i.htm>
- 4 "İnsana yakışır iş" kavramı, Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) tarafından 1999 yılında ortaya atılmış olsa da, gelişmesine ve günümüze ulaşmasına birçok önemli belge öncülük etmiştir. ILO'nun kuruluşundan (1919) Philadelphia Bildirgesi'ne (1944), İnsan Hakları Evrensel Beyanname'sinden (1948) ILO Temel İlkeler ve Çalışma Hakları Bildirgesi'ne (1998) kadar birçok uluslararası belge, temel çalışma haklarını ele alarak bireylerin özgürlük, haysiyet, ekonomik güvenlik ve eşit fırsatlar çerçevesinde maddi ve manevi refahını vurgulamıştır. Aslında, bu belgelerin tümü, 1999 yılında yayımlanan raporun hazırlanmasına zemin oluşturmuştur. Ferraro vd., "Historical landmarks of decent work", 80-82. Özellikle 1998 tarihli Temel İlkeler ve Çalışma Hakları Bildirgesi'nde işsizler ve göçmen işçiler de dahil olmak üzere özel ihtiyaçları olan grupları da kapsayarak evrensel temel hakları ve ilkeleri vurgulamıştır. Bu bildirgede, örgütlenme özgürlüğü ve toplu sözleşme hakkı, zorla veya zorunlu çalıştırmanın ortadan kaldırılması, çocuk işçiliğinin sona erdirilmesi ve iş ile meslekte ayrımcılığın ortadan kaldırılması temel prensipler olarak benimsenmiştir. Jorma Rantanen, Franklin Muchiri, ve Suvi Lehtinen, "Decent Work, ILO's Response to the Globalization of Working Life: Basic Concepts and Global Implementation with Special Reference to Occupational Health", *International Journal of Environmental Research and Public Health* 17, sy 10 (Mayıs 2020): 2, <https://doi.org/10.3390/ijerph17103351>.

sağlamak” şeklinde tanımlamıştır⁵. Her ne kadar kavram ILO tarafından ortaya atılmış olsa da, insana yakışır iş kavramı, Birleşmiş Milletler Sürdürülebilir Kalkınma Hedefleri’nden SKH 8 (SDG 8) kapsamında, ekonomik büyümeyi ve insana yakışır işi merkeze alan küresel kalkınma politikasının temel yapı taşlarından biri haline gelmiştir⁶. Zira istihdamın bireylerin yaşam kalitesine ve topluma entegrasyonuna olan önemli katkısını vurgularken, sürdürülebilir kalkınmaya da önemli ölçüde katkı sağlamaktadır⁷.

1.2. Tanım

İnsana yakışır iş, daha önce de ifade ettiğimiz üzere çok boyutlu bir kavramdır. Genel hatları ile insan onuruna yakışır çalışma koşullarında, iş sağlığı ve güvenliği açısından uygun koşullarda, sosyal güvenlik bakımından koruma altında ve sendikayla temsil edilebilme imkânı olan, zorla çalıştırma ile çocuk işçiliğinin olmadığı, yapılan işin karşılığında hak edilen ücretin alınabildiği, temel haklara sahip istihdam olanağını ifade etmektedir⁸. Ayrıca temel hak ve ilkelerin

- 5 Somavia’ya göre bu kavram, İnsana Yakışır İş, sadece bir iş bulmakla ilgili değildir. Üreten olan ve adil bir gelir, işyerinde güvenlik ve aileler için sosyal koruma sağlayan iş fırsatlarını içerir. Sosyal uyumun kökünde yer alır - İnsana Yakışır İş eksikliğinin olduğu yerde yoksulluk, eşitsizlik, toplumsal gerilim veya açıkça toplumsal çatışma da vardır. İnsanları esaret veya yoksulluk içine hapseden ya da onları tehlikelere, ayrımcılığa veya güvensizliğe maruz bırakan işler, bireylerin veya parçası oldukları ekonomilerin ilerlemesine ve potansiyellerini gerçekleştirmesine izin vermez. <https://www.ilo.org/resource/article/responding-globalization-decent-work-agenda> Ferraro vd., “Historical landmarks of decent work”, 82. ; Rantanen, Muchiri, ve Lehtinen, “Decent Work, ILO’s Response to the Globalization of Working Life”, 3. ; Lucy Brill, “What Is Decent Work? A Review of the Literature”, içinde *Decent Work: Opportunities and Challenges*, ed. Fiona Christie vd. (Bingley, UK: Emerald Publishing Limited, 2021), 12.
- 6 Ayrıntılı bilgi için bkz. <https://www.kureselamaclar.org/amaclar/insana-yakisir-is-ve-ekonomik-buyume/>
- 7 Alisha Ralph ve Akarsh Arora, “Mapping the Literature on Decent Work: A Bibliometric Analysis of Sustainable Development Goal 8”, *Sustainable Development* 32, sy 4 (2024): 3937, <https://doi.org/10.1002/sd.2879>; Richard Anker vd., “Measuring Decent Work with Statistical Indicators”, *International Labour Review* 142, sy 2 (2003): 147, <https://doi.org/10.1111/j.1564-913X.2003.tb00257.x>.
- 8 Palaz, “Düzyük İş (Decent Work) Kavramı ve Ölçümü: Türkiye ve OECD Ülkelerinin Bir Karşılaştırması”, 481.

gerçekleşmesinde üç taraflı uzlaşma hedeflenmekte olup, sosyal tarafların ve hükümetlerin uyumu içinde gerçekleştirilmesi amaçlanmaktadır. Bu yönleri nedeniyle istihdam, sosyal güvenlik, çalışma yaşamındaki temel haklar ve sosyal diyalog boyutu olmak üzere dört boyutta ele alınması mümkündür.

İnsana yakışır iş kavramı, sosyal adalet teorisi ve uluslararası insan hakları normlarına dayanmaktadır. Ekonomik kalkınmanın ve sosyal eşitliğin birlikte ilerlemesi gerektiği inancına dayanır; bu bakış açısı, yalnızca gayri safi yurt içi hasılanın değil, insan refahının da kalkınmanın ölçütü olması gerektiğini savunan ekonomistler ve düşünürler tarafından şekillendirilmiştir⁹. ILO'nun insana yakışır iş vizyonu, emeğin bir meta olmadığı ve çalışan herkesin devredilemez haklara sahip olduğu ilkesine dayanmaktadır. Bu anlayış, insan yetenekleri ve ihtiyaçları teorileriyle uyumlu olup, insan onuruna ve bireyin özne olma durumuna uygun koşullarda çalışma fırsatının temel bir hak olduğunu vurgulamaktadır.

İnsana yakışır iş kavramının temel değerleri olan özgürlük, eşitlik, güvenlik ve insan onuru, aynı zamanda ILO'nun temel prensiplerini ve misyonunu yansıtmaktadır. Çok kısa bu değerlerden bahsetmek gerekirse, *özgürlük*, çalışanların özgürce iş seçebilmesi, örgütlenme özgürlüğüne sahip olması ve zorla çalıştırmaya maruz kalmaması; *eşitlik*, iş hayatında ayrımcılığın olmaması, eşit fırsatlara sahip olunması ve adil muamele görülmesi; *güvenlik*, çalışma ortamının güvenli ve sağlıklı olması, sosyal güvenlik haklarının sağlanması ve iş güvencesinin olması; *insan onuru*, çalışanların saygı görmesi,

9 Richard Anker vd., "Measuring Decent Work with Statistical Indicators", *International Labour Review* 142 (2003): 149.; Zeynep Aca ve Emrah Akdamar, "Türkiye'de İnsana Yakışır İş: Bağlam, Kavramsallaştırma ve Değerlendirme: Bir Alan Araştırması", *Yönetim ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi* 20, sy 1 (22 Mart 2022): 274, <https://doi.org/10.11611/yead.1037757>.; Sefa Kaya, "İnsana Yakışır İş Açığı: Çalışan Yoksulluğu Açısından Bir Değerlendirme", *Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi*, sy 79 (31 Aralık 2020): 60, <https://doi.org/10.26650/jspc.2020.79.0046>.

insan onuruna yakışır koşullarda çalışması ve kişisel gelişimlerini destekleyen bir çalışma ortamına sahip olması demektir¹⁰.

Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, insana yakışır iş sürdürülebilirlik boyutunda içeren bir kavramdır. Sürdürülebilirlik, insana yakışır işin uzun vadeli başarısını güvence altına alarak çevresel, sosyal ve ekonomik boyutunu içerir. Gelecek nesillerin ihtiyaçlarını tehlikeye atmadan bugünün ihtiyaçlarını karşılamayı amaçlar. İnsana yakışır işin teşvik edilmesi sürdürülebilir kalkınmanın sosyal boyutunu desteklerken, çevresel ve ekonomik sürdürülebilirliğe de katkı sağlar¹¹.

1.3. Temel Hedefler ve Unsurlar

Son derece rekabetçi bir dünyada insana yakışır işin ve sürdürülebilir verimliliğin sağlanabilmesi amacıyla, ILO'nun 1999 yılında tanımladığı “insana yakışır iş” kavramının temel unsurlarına, kurumun çeşitli belgelerinde yer verilmiştir¹². Bu kapsamda “İnsana yakışır iş” kavramı temelde dört unsuru¹³ içermektedir:

1. **İstihdam:** İnsana yakışır iş kavramının ilk temel unsuru olan istihdam “çalışma hakkı” ile ilişkilidir. Bu bakımdan işsizlikle mücadele ve istihdam olanağına sahip olma önemlidir. Ancak belirtelim ki

10 Ferraro vd., “Historical landmarks of decent work”, 87.

11 B. Rombouts ve N. Zekić, “Decent and Sustainable Work for the Future? The ILO Future of Work Centenary Initiative, the UN 2030 Agenda for Sustainable Development, and the Evolution of the Meaning of Work”, *International Employment & Labor Law eJournal*, 05 Ocak 2020, 344.

12 Açıklamalar için bkz. *Decent work indicators: Guidelines for producers and users of statistical and legal framework indicators. ILO Manual, second version. Geneva* https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@integration/documents/publication/wcms_229374.pdf; International Labour Organization . ILO Declaration on Social Justice for a Fair Globalization. International Labour Office; Geneva, Switzerland: 2008. [(accessed on 30 July 2019)]. Available online: <https://www.ilo.org/resource/other/ilo-declaration-social-justice-fair-globalization>

13 Bu kavramların ayrıntılı açıklaması için bkz. Davuthan Günaydın, “İnsana Yakışır İş: Türkiye Açısından Bir Değerlendirme”, *The Journal of Academic Social Science Studies* 7, sy 37 (29 Ağustos 2024): 124-30, <https://doi.org/10.9761/JASSS3023>.

insana yakışır iş, sadece iş sahibi olmayı değil, aynı zamanda üretken, adil ücretlendirme ile güvenceli istihdamı ifade eder. Ayrıca eşitlik ilkesinin temini de önemlidir.

2. **Sosyal Koruma:** Sosyal koruma mekanizmalarının kapsam ve etkinliğinin herkes için artırılmasını ifade etmektedir. Bu açıdan sosyal güvenliğin kapsam ve yeterliliğinin değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu hedefin ölçülmesinde, devletlerin kamu harcamaları içinde sosyal güvenlik harcamalarına ayırdıkları pay, sosyal güvenlik kapsamındaki nüfus oranı, kapsama alınan sosyal güvenlik riskleri ile sosyal güvenlik yardımları ve hizmetlerinin kalite ve yeterlilikleri dikkate alınmaktadır.

3. **Temel Haklara Saygı:** İnsana yakışır iş, çalışma yaşamındaki temel haklara saygıyı içerir. Sendika kurma özgürlüğü, toplu pazarlık hakkı, ayrımcılığa uğramama ve zorla çalıştırılmanın önlenmesi bu haklar arasındadır. Çocuk işçiliğinin önlenmesi de bu bağlamda değerlendirilebilir.

4. **Sosyal Diyalog ve Katılım:** İşyerindeki karar alma süreçlerine çalışanların katılımını, sendikaların güçlendirilmesini ve işverenler, çalışanlar ve hükümetler arasındaki diyalogun teşvik edilmesini içerir¹⁴.

Özetle, bu dört unsur, insana yakışır iş hedefine yönelik politikaların uygulanmasını sağlayan kavramsal bir çerçeve sunmaktadır. Örneğin, işyerinde temel haklar, zorla çalıştırma ve ayrımcılıktan arınmış bir çalışma ortamını ifade ederken; sosyal koruma, işsizlik sigortası ve emeklilik gibi sosyal güvenlik mekanizmalarını kapsamaktadır. İstihdam yaratma, yeterli iş ve sürdürülebilir geçim kaynaklarının sağlanmasına vurgu yaparken; sosyal diyalog ise işçilerin ve işverenlerin sendikalar ve diğer katılım mekanizmaları aracılığıyla karar süreçlerine dahil edilmesini içermektedir¹⁵.

14 Walter Leal Filho vd., *Decent Work and Economic Growth* (Cham, 2020), 215.

15 Brill, "What Is Decent Work? A Review of the Literature", 12.

Kısacası, insana yakıŖır iŖ; üretken olan ve adil bir gelir sağla-
yan, güvenli çalıŖma koŖulları ve aileler için sosyal koruma sunan,
kiŖisel geliŖim ve toplumsal entegrasyon için fırsatlar yaratan, ifade
özgürlüğü ile örgütlenme ve katılım haklarını güvence altına alan,
herkes için fırsat eŖitlięi ve adil muameleyi sağlayan bir kavram ola-
rak tanımlanmaktadır.

2. ILO'nun İnsana YakıŖır İŖe İliŖkin Faaliyetleri ve BirleŖmiŖ Milletler Sürdürülebilir Kalkınma Hedefleri

ILO 1999'da insana yakıŖır iŖi temel hedef olarak kabul ettikten
sonra, kavramı daha kesin bir Ŗekilde tanımlamak ve üye ülkelerinde
insana yakıŖır iŖi en iyi nasıl baŖarılacaęını araŖtırmak için bir dizi fa-
aliyeti baŖlatmıŖtır. Bu doğrultuda, 2000'li yılların baŖından itibaren
ILO, özellikle geliŖmekte olan ülkelerde insana yakıŖır iŖin yaygınlaŖ-
tırılması için önemli kaynaklar ayırmıŖtır. BirleŖmiŖ Milletler Kalkın-
ma Programı ile yakın iŖ birliği içinde, çeŖitli ülkelerde 3 ila 5 yıllık
“İnsana YakıŖır İŖ Ülke Programları” oluŖturulmuŖtur. Bu programlar,
ülkelerde insana yakıŖır iŖin geliŖtirilmesine yönelik olarak ILO ön-
cülüğünde uygulamaya konulmuŖtur¹⁶.

Aynı tarihlerde BirleŖmiŖ Milletler'deki geliŖmelere baktığımızda,
2000 yılında kabul edilen *BM Küresel İlkeler SözleŖmesi*, iŖ dünyasını in-
san hakları, çalıŖma standartları, çevre koruma ve yolsuzlukla mücadele
gibi konularda BM'nin hedefleriyle uyumlu hale getirmeyi amaçla-
mıŖtır. Aynı yıl kabul edilen *BM Binyıl Kalkınma Hedefleri* ise dolaylı
olarak iŖ kalitesinin ve çalıŖma koŖullarının iyileŖtirilmesini hedeflemiŖ,
ancak doğrudan “insana yakıŖır iŖ” ifadesine yer vermemiŖtir.¹⁷

2008'de ILO'nun “Adil Bir KüreselleŖme İçin Sosyal Ada-
let Bildirgesi” kapsamında, insana yakıŖır iŖ kavramının detayları

16 Brill, “What Is Decent Work? A Review of the Literature”, 14.

17 Ferraro vd., “Historical landmarks of decent work”, 84.

belirlenmiştir.¹⁸ Daha önce de belirtildiği üzere, ILO insana yakışır işi dört stratejik hedef aracılığıyla somutlaştırmış ve açıklamıştır. Bu dört stratejik hedefin oluşturduğu temel çerçeve, tam ve üretken istihdam ile insana yakışır işin ILO'nun temel misyonunun merkezinde yer aldığını bu bildirmede açıkça vurgulanmaktadır¹⁹.

BM, 2015 yılında, refaha, barışa ve ortaklığa yönelik yüzlerce hedef ve eylem içeren 17 Sürdürülebilir Kalkınma Hedefini kapsayan *Sürdürülebilir Kalkınma için 2030 Programı* adlı küresel stratejiyi başlatmıştır²⁰. Bu hedefler ekonomi, çevre ve toplumu bütünleştirmeyi amaçlamaktadır²¹. İnsana yakışır iş kavramının evrensel olarak kabul görmesi ve yaygınlaşması, Birleşmiş Milletler Sürdürülebilir Kalkınma Hedefleri ile sağlanmıştır²². Sürdürülebilir Kalkınma Hedefleri, özellikle yoksulluğun ortadan kaldırılmasına ilişkin SKH 1, sağlık alanındaki SKH 3 ve kapsayıcı ve sürdürülebilir ekonomik

18 International Labour Organization. ILO Declaration on Social Justice for a Fair Globalization. International Labour Office; Geneva, Switzerland: 2008. Uluslararası Çalışma Konferansında sunulan Raporun metnine ulaşmak için bkz. <https://www.ilo.org/resource/ilo-declaration-social-justice-fair-globalization-0> İnsana yakışır işe ilişkin ilk kapsamlı çalışma, Filipinler ve Ukrayna'da başlatılmıştır. Bu ülkelerde, kıt kaynakların en etkili şekilde kullanılması için çalışma hayatının geliştirilmesine yönelik diğer ILO ve BM programlarıyla ulusal düzeyde iyi bir koordinasyon sağlanması amaçlanmıştır. 2000-2019 yılları arasında ILO 121 ülkede İnsana Yakışır İş Ülke Programı başlatmıştır. Bu ülkelerden 53'ü, bireysel veya bölgesel analizler kapsamında dış değerlendirmeye tabi tutulmuş ve başarılı bir şekilde yönlendirilip belgelenecek etkili bir biçimde uygulandığı kabul edilmiştir. Rantanen, Muchiri, ve Lehtinen, "Decent Work, ILO's Response to the Globalization of Working Life", 5.

19 Rantanen, Muchiri, ve Lehtinen, "Decent Work, ILO's Response to the Globalization of Working Life", 4.

20 Rantanen, Muchiri, ve Lehtinen, "Decent Work, ILO's Response to the Globalization of Working Life", 4.

21 Ralph ve Arora, "Mapping the Literature on Decent Work", 3937.

22 ILO'nun 1998 tarihinde kabul edilen (2022 yılında da değiştirilen) Çalışma Hayatında Temel İlkeler ve Çalışma Hakları Bildirgesi, çocuk işçiliğinin yasaklanması, zorla çalıştırmanın önlenmesi, ayrımcılığın ortadan kaldırılması ve örgütlenme özgürlüğü olmak üzere dört temel alan belirlemiştir. Bu standartlar, sürdürülebilir kalkınmanın temel unsurlarından biri olarak kabul edilmekte ve Sürdürülebilir Kalkınma Hedefleri'nin sosyal boyutunu güçlendirmektedir. Rombouts ve Zekić, "Decent and Sustainable Work for the Future?", 336. Ayrıntılı bilgi için bkz. <https://webapps.ilo.org/public/english/standards/relm/ilc/ilc86/com-dtxt.htm>

büyümenin, tam ve üretken istihdamın ve herkes için insana yakışır işlerin teşvikine yönelik SKH 8 olmak üzere, çalışanların sağlığı ve güvenliğiyle ilgili çeşitli hedefler, amaçlar ve eylemler içermektedir²³. Ayrıca, ILO, 13 farklı SKH göstergesinin koruyucusu olarak atanmıştır²⁴. Birleşmiş Milletlerin belirlediği 17 sürdürülebilir kalkınma hedefinden biri olan “İnsana Yakışır İş ve Ekonomik Büyüme” (SKH 8), kapsayıcı, sürdürülebilir ekonomik büyümeyi destekleyerek tüm bireylerin insana yakışır iş olanaklarına erişmesini teşvik etmeyi amaçlamaktadır²⁵. Bu hedef, çalışma hukukunun temel normlarını ve ilkelelerini yansıtır. Örneğin, zorla çalıştırmanın ve çocuk işçiliğinin ortadan kaldırılması, ayrımcılığın önlenmesi ve örgütlenme özgürlüğü gibi konular önemli bir parçasını oluşturur²⁶.

SKH 8, istihdamı desteklemenin ve herkes için insana yakışır işi güvence altına almanın yanı sıra, kapsayıcı ve sürdürülebilir ekonomik büyümenin teşvik edilmesi gerekliliğini vurgulamaktadır²⁷. Bu hedef doğrultusunda, çalışma özgürlüğü ve işyerinde ayrımcılığın önlenmesi önemlidir. Ayrıca sendika kurma ve toplu pazarlık hakkı, iş güvenliği ve sağlığı ile adil ücret gibi konular da hedefin kapsamındadır. Zorla çalıştırma, modern kölelik ve çocuk işçiliği gibi uygulamaların ortadan kaldırılmasını hedefleyerek bireylerin özgürce ve güvenli koşullarda çalışabilmesini amaçlamaktadır. Ayrıca, işe alım, ücretlendirme ve terfi süreçlerinde eşit fırsatların sağlanmasını,

23 Maria Allen, “Decent Work: Gender and Equal Opportunity Policies and Outcomes”, içinde *Decent Work: Opportunities and Challenges*, ed. Fiona Christie vd. (Bingley, UK: Emerald Publishing Limited, 2021), 67.

24 International Labour Organization Decent Work Indicators in the SDGs. Global Indicator Framework. ILO Department of Statistics and the ILO Regional Office for Asia and the Pacific 2016. https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/@asia/@ro-bangkok/documents/presentation/wcms_493329.pdf

25 Brill, “What Is Decent Work? A Review of the Literature”, 12.; Rombouts ve Zekić, “Decent and Sustainable Work for the Future?”, 319.

26 Rombouts ve Zekić, “Decent and Sustainable Work for the Future?”, 329.

27 Ying-Jung Yeh ve I-Ying Wang, “Exploring the Development Trajectory of Decent Work Literature: An Empowerment Perspective”, *Technological Forecasting and Social Change* 201 (Nisan 2024): 1, <https://doi.org/10.1016/j.techfore.2024.123230>.

çalışanların sendikal haklarını koruyarak daha iyi çalışma koşulları için müzakere edebilmelerini ve güvenli bir iş ortamında fiziksel ve ruhsal sağlıklarının korunmasını desteklemektedir. Adil ücret politikalarıyla yoksulluğun azaltılmasını ve gelir eşitsizliğinin giderilmesini amaçlayan bu yaklaşım, ekonomik kalkınmanın yalnızca büyüme ile değil, aynı zamanda iş kalitesi, sosyal adalet ve çevresel sürdürülebilirlik ile birlikte değerlendirilmesini zorunlu kılmaktadır²⁸.

ILO bu amaçların uygulanmasını kolaylaştırmak için 2015 yılında bir kılavuz yayımlamıştır²⁹. Bu kılavuz, ILO bileşenlerine ve diğer ulusal paydaşlara, her ülkede insana yakışır iş ile ilgili ilerleme ve mevcut duruma ilişkin tutarlı veriler ve analizler sağlamaktadır. Ayrıca, ülkenin karşı karşıya olduğu temel insana yakışır iş zorluklarını da ele alır³⁰.

2.1. İnsana Yakışır İş Kavramının Bugünü ve Geleceği

İnsana yakışır iş kavramı, günümüzde ekonomik kalkınma ve sosyal adaletin sağlanmasında temel bir unsur olarak görülmektedir. Ancak bu hedefe ulaşılması, teknoloji, dijital dönüşüm ve yeni çalışma biçimlerinin yarattığı zorluklarla karşı karşıya kalmaktadır. Bu bağlamda, küresel ölçekte yapılacak politika düzenlemeleri ve sosyal koruma mekanizmalarının güçlendirilmesi kritik öneme sahiptir. Teknolojik dönüşümün yarattığı dijital bölünme de insana yakışır iş kavramının uygulanmasını zorlaştırmaktadır. Dijitalleşmenin hız kazandığı ekonomilerde, teknolojiye erişimi sınırlı olan kesimlerin daha fazla işsizlik ve güvencesiz çalışma koşullarına maruz kalması söz konusu olabilmektedir.

28 Ralph ve Arora, "Mapping the Literature on Decent Work", 3927-52.

29 International Labour Organization. Decent Work Country Diagnostics. Technical Guidelines to Drafting Diagnostic Report. International Labour Office; Geneva, Switzerland: 2015. https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/@ed_mas/@program/documents/genericdocument/wcms_561044.pdf

30 Rantanen, Muchiri, ve Lehtinen, "Decent Work, ILO's Response to the Globalization of Working Life", 6.

COVID-19 sonrası dönemde, gig işler, güvencesiz istihdam ve olumsuz çalışma koşullarına yönelik eğilimler devam etmektedir. Pandeminin, dijital ekonomiye ve çevrimiçi tüketime yönelik yönelimleri hızlandırdığı dikkate alındığında, makinelerin ve otomatik süreçlerin emeğin yerini alma sürecinin de ivme kazandığını öngörmek mümkündür. Nitekim, COVID-19 ve sosyal mesafeye dayalı tüketim gereklilikleri doğrultusunda iş modellerinin dönüşmesi, yüz yüze yürütülen işlerin giderek azalmasına yol açmaktadır³¹. Pandemi sonrası dönemde uzaktan çalışma modeli de insana yakışır iş kavramının uygulanması açısından yeni zorlukları ortaya çıkarmıştır. Evden çalışma modelinin yaygınlaşması, çalışanların çalışma saatleri, özel hayatın sınırları ve iş sağlığı gibi konularda yeni sorunlarla karşılaşmasına neden olmaktadır. Pandemiyle birlikte ortaya çıkan bu sorunlar, çalışma koşullarının iyileştirilmesi, sosyal koruma mekanizmalarının güçlendirilmesi ve çalışanların haklarının korunması gibi konularda daha fazla çaba gösterilmesi gerektiğini göstermiştir³². Pandemi, gig ekonomisi ve güvencesiz işlerdeki eğilimleri hızlandırarak çalışanların daha olumsuz çalışma koşullarına maruz kalmasına neden olmuştur. Makine ve teknolojinin emek yerine ikame edilmesiyle yüz yüze iş rollerinin azalması, istihdamda güvencesizliği artırmıştır. Ayrıca, pandemi birçok sektörde ekonomik belirsizliğe ve iş kayıplarına yol açarak insanların

31 Mills, S., Whittle, R., & Brown, G. (2021). The implications of a crisis-driven societal shift to online consumption. In P. McCann & T. Vorley (Eds.), *Productivity and the pandemic: Challenges and insights from covid-19* (pp. 88–103).

32 Fiona Christie vd., ed., *Decent Work: Opportunities and Challenges* (Bingley, UK: Emerald Publishing Limited, 2021), 3. Bozkurt Gümrükçüoğlu, Yeliz; COVID-19 Pandemi Döneminde Home-Office Uygulamasına İlişkin Türk Ve Alman Hukuku'nda Mukayeseli Bir Değerlendirme, Koronavirüs Döneminde Güncel Hukuki Meseleler Sempozyumu: Bildiri Tam Metin Kitabı (29 - 30 Mayıs 2020), İbn Haldun Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2020. ; Tuncay, A. Can; Pandemi Gölgesinde Evden Çalışma, Legal İSGHD, C. 18, S. 69, 2021 ; Bozkurt Gümrükçüoğlu, Yeliz/Savaş Kutsal, F. Burcu, "Uzaktan Çalışma", Zorlayıcı Sebeplerin İş İlişkisine Etkisi, Saim Ocak (Ed.), Ankara, Adalet, 2023, s. 51-78

geçim kaynaklarını kaybetmesine ve sosyal koruma eksikliklerinin daha da derinleşmesine neden olmuştur³³.

Günümüzde küreselleşme, teknolojik dönüşüm ve dijitalleşme, insana yakışır iş kavramına yönelik yeni tartışmaları beraberinde getirmiştir. Özellikle yapay zekâ, otomasyon ve gig ekonomi, iş güvencesini ve sosyal koruma mekanizmalarını ciddi biçimde tehdit etmektedir. Dijital teknolojiler, küçük ölçekli görevler, proje bazlı çalışma ve geçici istihdam ile şekillenen yeni iş modellerini mümkün kılar. Rutin görevlerin otomasyonu, çalışanları daha üst düzey bilişsel faaliyetlere yönlendirerek iş kalitesini artırabilirken, proje bazlı ve geçici işler genellikle iş güvencesi eksikliği, stres ve tükenmişliğe yol açabilir³⁴.

Gig ekonomisi çalışanların hakları ve sosyal güvencesi açısından önemli sorunları gündeme taşımıştır³⁵. Bu çalışanlar, genellikle istikrarsız çalışma koşulları, düşük ücret ve yetersiz sosyal koruma ile karşı karşıya kalmaktadır. Gig ekonomisi ile iç içe geçen dijital ekonomi rekabeti yoğunlaştırarak uzun vadeli istihdam ilişkilerinde azalmaya neden olabilir. Özellikle platform tabanlı işlerde (örneğin, yemek dağıtımı) çalışanlar, düşük ve öngörülemeyen ücretler, gelir dalgalanmaları ve yetersiz sosyal haklar gibi ekonomik risklerle karşı karşıya kalabilir³⁶.

Dijitalleşme ile birlikte “insana yakışır iş” kavramı, çalışanların özerklik ve esneklik taleplerini ön plana çıkarmış, istedikleri zaman ve yerde çalışma özgürlüğünü önemli hale getirmiştir. Rutin işlerin

33 Kevin Albertson, Christina Purcell, ve Richard Whittle, “The History and Future of Work”, içinde *Decent Work: Opportunities and Challenges*, ed. Fiona Christie vd. (Bingley, UK: Emerald Publishing Limited, 2021), 34.

34 Susanti Saragih, Jann Hidajat Tjakraatmadja, ve Andika Putra Pratama, “Decent work in a digital age: a comprehensive review of research and theory”, *Cogent Business & Management* 11, sy 1 (31 Aralık 2024): 8, <https://doi.org/10.1080/23311975.2024.2371552>.

35 Saragih, Hidajat Tjakraatmadja, ve Putra Pratama, 1.

36 Saragih, Hidajat Tjakraatmadja, ve Putra Pratama, 10.

otomasyonu, çalışanların daha anlamlı ve amaç odaklı işlere yönelmesine olanak tanırken, ekonomik güvensizlik karşısında adil ücret ve sosyal hakların önemi giderek artmıştır. Dijital teknolojilerin iş ve yaşam arasındaki sınırları belirsizleştirilmesi, iş-yaşam dengesini korumanın gerekliliğini vurgularken, iyi bir işin aynı zamanda çalışanların psikolojik iyi oluşunu desteklemesi gerektiği anlaşılmıştır. Pozitif iş ilişkileri, aidiyet duygusu ve öz belirleme fırsatları, çalışanların motivasyonunu ve iş tatminini artırırken, yönetim uygulamalarının da bu süreci destekleyecek uygun çalışma koşulları ve iş tasarımları sunması gerekmektedir³⁷.

Sonuç

Küresel toplumun sürdürülebilir bir geleceğe ilerleyebilmesi için, çalışma hayatının her alanında insana yakışır iş koşullarının tesis edilmesi ve yaygınlaştırılması, tüm paydaşların ortak çabasını gerektirmektedir. Geleceğin dünyasında, ekonomik büyümenin sürdürülebilirliği ancak insana yakışır iş kavramının başarılı biçimde uygulanmasıyla mümkün olacaktır.

İnsana yakışır iş kavramı, ekonomik büyümenin ve toplumsal refahın sürdürülebilir şekilde sağlanmasında kritik bir role sahiptir. Adil ücretlendirme, güvenli çalışma koşulları, sosyal koruma ve örgütlenme özgürlüğü gibi temel unsurları içeren bu kavram, bireylerin ekonomik ve sosyal yaşamda eşit fırsatlara sahip olmalarını hedefler. ILO tarafından geliştirilen insana yakışır iş gündemi, sürdürülebilir kalkınma hedefleriyle de uyumlu olup, modern iş dünyasında insan hakları odaklı politikaların oluşturulmasını teşvik etmektedir. Dijitalleşme ve yeni çalışma biçimleri, bu kavramın uygulanmasını zorlaştırırsa da iş güvencesinin artırılması, işçi haklarının korunması ve sosyal diyalog mekanizmalarının güçlendirilmesi, insana yakışır işin gelecekte de korunmasını sağlayacaktır.

37 Saragih, Hidajat Tjakraatmadja, ve Putra Pratama, 7.

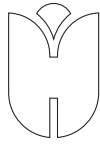
Günümüzde küreselleşme, teknolojik dönüşüm ve esnek çalışma modellerinin yaygınlaşması, insana yakışır işin uygulanabilirliğini yeni zorluklarla karşı karşıya bırakmaktadır. Özellikle gig ekonomisi, otomasyon ve yapay zekâ gibi gelişmeler, iş güvencesini tehdit etmekte ve çalışanların sosyal haklara erişimini zorlaştırmaktadır. Ancak, bu dönüşüm sürecinde devletler, işverenler ve sendikalar arasındaki iş birliğinin artırılması ve insan odaklı politikaların benimsenmesi, insana yakışır işin korunmasını sağlayacaktır. Dijital çağda dahi çalışanların haklarını güvence altına alan, insana yakışır iş prensiplerini temel alan bir iş gücü piyasası yaratmak hem bireysel hem de toplumsal refahın artırılmasına önemli katkılar sunacaktır.

Kaynakça

- Aca, Zeynep, ve Emrah Akdamar. “İnsana Yakışır İşin Yaşam Doyumu, Çalışma İradesi Ve İşin Anlamı Üzerindeki Etkisi”. *Dicle Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi* 13, sy 25 (30 Mayıs 2023): 216-46. <https://doi.org/10.53092/duibfd.1222446>.
- . “Türkiye’de İnsana Yakışır İş: Bağlam, Kavramsallaştırma ve Değerlendirme: Bir Alan Araştırması”. *Yönetim ve Ekonomi Araştırmaları Dergisi* 20, sy 1 (22 Mart 2022): 271-91. <https://doi.org/10.11611/yead.1037757>.
- Albertson, Kevin, Christina Purcell, ve Richard Whittle. “The History and Future of Work”. İçinde *Decent Work: Opportunities and Challenges*, editör Fiona Christie, Marilena Antoniadou, Kevin Albertson, ve Mark Crowder. Bingley, UK: Emerald Publishing Limited, 2021.
- Allen, Maria. “Decent Work: Gender and Equal Opportunity Policies and Outcomes”. içinde *Decent Work: Opportunities and Challenges*, editör Fiona Christie, Marilena Antoniadou, Kevin Albertson, ve Mark Crowder. Bingley, UK: Emerald Publishing Limited, 2021.
- Anker, Richard, Igor Chernyshev, Philippe Egger, Farhad Mehran, ve Joseph A. Ritter. “Measuring Decent Work with Statistical Indicators”. *International Labour Review* 142, sy 2 (2003): 147-78. <https://doi.org/10.1111/j.1564-913X.2003.tb00257.x>.
- Brill, Lucy. “What Is Decent Work? A Review of the Literature”. İçinde *Decent Work: Opportunities and Challenges*, editör Fiona Christie, Marilena Antoniadou, Kevin Albertson, ve Mark Crowder. Bingley, UK: Emerald Publishing Limited, 2021.
- Bozkurt Gümrükçüoğlu, Yeliz; COVID-19 Pandemi Döneminde Home-Office Uygulamasına İlişkin Türk Ve Alman Hukuku’nda Mukayeseli Bir Değerlendirme, Koronavirüs Döneminde Güncel Hukuki Meseleler Sempozyumu: Bildiri Tam Metin Kitabı (29 - 30 Mayıs 2020), İbn Haldun Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2020. ; Tuncay, A. Can; Pandemi Gölgesinde Evden Çalışma, *Legal İSGHD*, C. 18, S. 69, 2021 ; Bozkurt Gümrükçüoğlu, Yeliz/Savaş Kutsal, F. Burcu, “Uzaktan Çalışma”, *Zorlayıcı Sebeplerin İş İlişkisine Etkisi*, Saim Ocak (Ed.), Ankara, Adalet, 2023, s. 51-78
- Bozkurt Gümrükçüoğlu, Yeliz/Savaş Kutsal, F. Burcu, “Uzaktan Çalışma”, *Zorlayıcı Sebeplerin İş İlişkisine Etkisi*, Saim Ocak (Ed.), Ankara, Adalet, 2023, s. 51-78

- Christie, Fiona, Marilena Antoniadou, Kevin Albertson, ve Mark Crowder, ed. *Decent Work: Opportunities and Challenges*. Bingley, UK: Emerald Publishing Limited, 2021.
- Erikli, Süheyla. “Genç Yoksulluğunun Temel Belirleyicileri: Eğitim ve Düzgün İş”. *Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi* 18, sy 1 (01 Haziran 2016): 283-302.
- Ferraro, Tânia, Nuno Rebelo Dos Santos, Leonor Pais, ve Lisete Mónico. “Historical landmarks of decent work”. *European Journal of Applied Business and Management* 2, sy 1 (2016).
- Filho, Walter Leal, Anabela Marisa Azul, Luciana Brandli, ve Amanda Lange Salvia. *Decent Work and Economic Growth*. Cham, 2020.
- Günaydın, Davuthan. “İnsana Yakışır İş: Türkiye Açısından Bir Değerlendirme”. *The Journal of Academic Social Science Studies* 7, sy 37 (29 Ağustos 2024): 123-48. <https://doi.org/10.9761/JASSS3023>.
- ILO (1999). *Decent Work: Report of the Director-General at 87th Session of International Labour Conference*, June. Geneva: International Labour Office. Uluslararası Çalışma Konferansında sunulan Raporun metnine ulaşmak için bkz. <https://webapps.ilo.org/public/english/standards/relm/ilc/ilc87/rep-i.htm>
- ILO Decent work indicators: Guidelines for producers and users of statistical and legal framework indicators. ILO Manual, second version. Geneva https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@integration/documents/publication/wcms_229374.pdf
- ILO Decent Work Country Diagnostics. Technical Guidelines to Drafting Diagnostic Report. International Labour Office; Geneva, Switzerland: 2015. https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/@ed_mas/@program/documents/genericdocument/wcms_561044.pdf
- ILO Declaration on Social Justice for a Fair Globalization. International Labour Office; Geneva, Switzerland: 2008. <https://www.ilo.org/resource/ilo-declaration-social-justice-fair-globalization-0>
- Kaya, Sefa. “İnsana Yakışır İş Açığı: Çalışan Yoksulluğu Açısından Bir Değerlendirme”. *Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi*, sy 79 (31 Aralık 2020): 55-106. <https://doi.org/10.26650/jspc.2020.79.0046>.

- Palaz, Serap. “Düzgün İş (Decent Work) Kavramı ve Ölçümü: Türkiye ve Oecd Ülkelerinin Bir Karşılaştırması”. *Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi*, sy 50 (13 Ekim 2010): 479-505.
- Rai, Shirin M., Benjamin D. Brown, ve Kanchana N. Ruwanpura. “SDG 8: Decent work and economic growth – A gendered analysis”. *World Development* 113 (01 Ocak 2019): 368-80. <https://doi.org/10.1016/j.worlddev.2018.09.006>.
- Ralph, Alisha, ve Akarsh Arora. “Mapping the Literature on Decent Work: A Bibliometric Analysis of Sustainable Development Goal 8”. *Sustainable Development* 32, sy 4 (2024): 3937-52. <https://doi.org/10.1002/sd.2879>.
- Rantanen, Jorma, Franklin Muchiri, ve Suvi Lehtinen. “Decent Work, ILO’s Response to the Globalization of Working Life: Basic Concepts and Global Implementation with Special Reference to Occupational Health”. *International Journal of Environmental Research and Public Health* 17, sy 10 (Mayıs 2020): 3351. <https://doi.org/10.3390/ijerph17103351>.
- Rombouts, B., ve N. Zekić. “Decent and Sustainable Work for the Future? The ILO Future of Work Centenary Initiative, the UN 2030 Agenda for Sustainable Development, and the Evolution of the Meaning of Work”. *International Employment & Labor Law eJournal*, 05 Ocak 2020.
- Saragih, Susanti, Jann Hidajat Tjakraatmadja, ve Andika Putra Pratama. “Decent work in a digital age: a comprehensive review of research and theory”. *Cogent Business & Management* 11, sy 1 (31 Aralık 2024): 2371552. <https://doi.org/10.1080/23311975.2024.2371552>.
- Tuncay, A. Can; Pandemi Gölgesinde Evden Çalışma, *Legal İSGHD*, C. 18, S. 69, 2021.
- Tüzüncan, Demet. “Düzgün İşin 4 Temel Hedefi Açısından Uluslararası İş Gücü Göçünün Değerlendirilmesi”. *Uluslararası İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi* 1, sy 1 (03 Haziran 2015): 1-15.
- Yeh, Ying-Jung, ve I-Ying Wang. “Exploring the Development Trajectory of Decent Work Literature: An Empowerment Perspective”. *Technological Forecasting and Social Change* 201 (Nisan 2024): 123230. <https://doi.org/10.1016/j.techfore.2024.123230>.



İNSANA YAKIŞIR İŞ SERİSİ I:

İnsana Yakışır İşin Bir Gereği Olarak İşçinin Ulaşılabilir Olmama Hakkı

4 Temmuz 2024

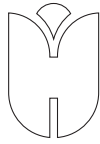
Moderatör: Prof. Dr. Yeliz Bozkurt Gümrukçüoğlu

*İbn Haldun Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı*

Konuşmacı: Prof. Dr. F. Burcu Savaş Kutsal

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





Açılış

Dr. Öğr. Üyesi Gülnihal Ahter Yakacak:

İbn Haldun Üniversitesi Uluslararası Hukuk ve İnsan Hakları Uygulama ve Araştırma Merkezi tarafından gerçekleştirilen, “İnsana Yakışır İş” temalı serimizin ilki olan “*İnsana Yakışır İşin Bir Gereği: İşçinin Ulaşılabilir Olmama Hakkı*” başlıklı webinarımıza katılım sağlayan tüm dinleyicilerimizi, kıymetli konuklarımız Prof. Dr. F. Burcu Savaş Kutsal’ı ve Prof. Dr. Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu’nu saygıyla selamlıyorum.

İnsana yakışır iş; adil, kapsayıcı ve sürdürülebilir kalkınma için önemli bir role sahiptir. Bu kapsamda çalışma hayatına ilişkin temel haklar, istihdam, sosyal güvenlik bağlamında önemli fırsatlar sağlar. Uluslararası Hukuk ve İnsan Hakları Merkezi olarak bu bilinç ile İnsana Yakışır İş Serisi kapsamında bu hususları incelemeyi arzulamaktayız.

Webinar serimizin ilk konuğu olmayı kabul eden Prof. Dr. F. Burcu Savaş Kutsal Hocama ve moderatörlüğünü yapmayı kabul eden Prof. Dr. Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu Hocama çok teşekkür ederim. Sözü İbn Haldun Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi Prof. Dr. Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu’na bırakıyorum. Buyurun Hocam.

Prof. Dr. Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu:

Teşekkür ederim. Uluslararası Çalışma Örgütü tarafından geliştirilmiş bir kavram olan “insana yakışır iş” genel anlamıyla çalışanların sağlıklı, güvenli, saygın ve adil koşullarda çalışabilecekleri, yeterli gelir elde edebilecekleri ve mesleki gelişim imkânlarına sahip

olabilecekleri bir iŖ anlamına gelmektedir. alıŖan hakları, sosyal koruma, iŖ sağlığı ve güvenliği, cinsiyet eŖitliėi, sosyal diyalog gibi çok çeŖitli unsurları içermektedir.

Hem iŖçilerin refahını hem de toplumsal adalet ve sürdürülebilir ekonomiyi desteklemeyi amaçlayan bu kavram özellikle uzaktan çalıŖma, platform alıŖması gibi yeni çalıŖma biçimlerinin ortaya çıkmasıyla birlikte iŖi hakları ve sosyal koruma mekanizmalarının nasıl düzenlenmesi gerektiği konusunda yeni tartıŖmalar yaratmaktadır.

Bu önemli seriyi baŖlatan İbn Haldun Üniversitesi Uluslararası Hukuk ve İnsan Hakları Merkezi Müdürümüz Dr. Gülnihal Ahter Yakacak'a bizi bu güzel toplantıda buluŖturduėu için ben de teŖekkür ederim. İŖ hukuku ve insan hakları hukukunun keŖiŖim noktalarından birini tema olarak belirleyen serinin bu ve sonraki toplantılarının da herkese yararlı olmasını dilerim.

Değerli konuğum, Prof. Dr. F. Burcu SavaŖ Kutsal'ın bugün gerekleŖtireceėi sunum da güncel ve oldukça önemli bir çalıŖan hakkına iliŖkindir. Teknolojik geliŖmelerin bu kadar hızla geliŖtiėi çağımızda üzerinde belki de en çok dŖnlmesi gereken çalıŖan haklarından biri, ulaŖılabilir olmama hakkıdır.

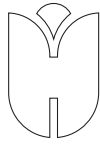
Kıymetli Hocamın vaktini almamak amacıyla, sözü ona teslim etmeden önce kendisini kısaca takdim etmek isterim. Sayın SavaŖ Kutsal; lisans, yüksek lisans ve doktora eğitimlerini Galatasaray niversitesi bünyesinde tamamlamıŖtır. Özel hukuk alanında doktora derecesini kazanan SavaŖ Kutsal Hocamız, “İŖyerinde Manevi Taciz”, “İŖ SzleŖmesinin İŖveren Tarafından Haklı Nedenle Feshi”, “Toplu İŖ Hukuku”, “İŖ Kanunları”, “Türk Sosyal Sigortalar Hukukunun Temel İlkelere”, “İŖ Hukukunda Uzman Arabuluculuk”, “İŖçinin UlaŖılabilir Olma Hakkı, Güncel alıŖma KoŖulları ve KarŖılaŖtırmalı Hukuk İŖiėinde Türk İŖ Hukuku İçin Tespit ve öneriler” isimli kitapların yazarıdır. Kendisinin çok sayıda yayımlanmıŖ makalesi, alıŖtay, panel, sempozyum,

seminer ve konferanslarda sunmuş olduğu çok sayıda tebliği bulunmaktadır. Bunların bir kısmı basılı olarak da yayımlanmış durumdadır. Hâlihazırda Bahçeşehir Üniversitesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Başkanlığı görevini de yürütmektedir. Ayrıca belirtmek isterim ki, yaptığı çalışmalarla iş hukuku ve sosyal güvenlik hukukuna çok önemli katkılar sağlayan kıymetli Hocam, aynı zamanda harika bir çalışma partneridir. Kendisiyle birlikte yayımladığımız çok sayıda ortak yayınumuz bulunmaktadır. Her bir çalışmada disiplinine, çalışkanlığına, yardımseverliğine ayrı ayrı hayran olduğum için onunla birlikte olmak benim için ayrı bir gurur vesilesi. Şimdi sözü kıymetli Hocama bırakıyorum. Buyurunuz, Sayın Hocam.

Prof. Dr. F. Burcu Savaş Kutsal:

Kıymetli Yeliz Hocam, ilk önce Gülnihal Hocama teşekkür edecektim ama bağlamayı öyle bir yaptın ki sonunda gerçekten beni çok duygulandırdın. Bir araya geldiğimizde zaten birbirimize iltifatlarımız oluyor ama bunlar gerçekten içten gelen sözler. Yine de sırayı bozmayayım.

Sayın Gülnihal Ahter Yakacak Hocama ilk önce teşekkürlerimi sunmak istiyorum. Nazik daveti ve aslında böyle bir seriyi düşünüp bana da söz hakkı sağladığı için öncelikle teşekkür ediyorum. Tabii ki serinin birinci sırasında yer almak benim için ayrı bir mutluluk ve gurur kaynağı oldu. Sonrasında da kıymetli meslektaşım, arkadaşım, dostum, çalışma arkadaşım Prof. Dr. Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu Hocama moderatör olarak yer aldığı ve bu güzel açılış konuşmasında aslında birbirimize olan karşılıklı duygularımızı ifade ettiği için teşekkür ediyorum. Sözü daha uzatmadan işçinin ulaşılabilir olmama hakkı konusunda birtakım açıklamalarda bulunmak istiyorum.



İnsana Yakışır İşin Bir Gereği Olarak İşçinin Ulaşılabilir Olmama Hakkı

Prof. Dr. F. Burcu Savaş Kutsal*

İngilizce “*right to disconnect*”, Fransızca “*droit à la déconnexion*” deniyor. Dolayısıyla, kavramın genel geçer bir şekilde ifade edildiğini görüyoruz, ama Türk Hukuku açısından öğretilerde **terim** birliğinin olduğunu söylemek mümkün deęil¹. Bununla beraber, ikili bir tercih söz konusu: Bir görüş “*ulaşılabilir olmama*” ve işçi için “*ulaşılabilir olmama hakkı*” şeklinde, nağizane benim de tercih ettiğim ifadeyi kullanıyor. Diğer görüş ise kavramı, “ulaşılamama” ve işçi için “ulaşılamama hakkı” olarak ifade ediyor. Bunun doğrusu-yanlışı yok. Biręok yazar tarafından tercih edilen iki ayrı ifade söz konusu ve psikolojik tacizde (“*mobbing*”) olduğu gibi tercihin zamanla bir yönde şekilleneceğine inanıyorum. Fakat kavramı “*right to disconnect*” olarak ifade edebileceğimizi pek düşünmüyorum. Mutlaka Türkęe bir karşılık benimsenecektir. Türkęe açısından öznesiyle birlikte “işçinin ulaşılabilir olmama hakkı” şeklinde ifade ettiğimizde daha doğru geliyor. Benim nağizane görüşüm bu yönde.

Kavramı boyutları itibariyle ele aldığımızda, **zamansal ve içeriksel olmak üzere çifte boyutlu** olduğunu görüyoruz². şöyle ki,

* Bahęeşehir Üniversitesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı

1 Ayrıntılı bilgi için bkz. F. Burcu Savaş Kutsal, İşçinin Ulaşılabilir Olmama Hakkı, Ankara 2024, s. 19-23.

2 Ayrıntılı bilgi için bkz. Savaş Kutsal, s. 23-27.

Zamansal olarak ele alındığında; çalışma gün ve saatleri dışında kalan gün ve saatlerde işlevinin mevcudiyeti ilk aklımıza gelen. İşçi ne zaman çalışmalı? Ne zaman iş görme borcunun varlığı söz konusu? Cevap çok net ve basit: Çalışma gün ve saatleri dâhilinde. Dolayısıyla, *işçiye çalışma gün ve saatleri dışında ulaşılamaması gerekiyor*. Bununla birlikte, gerek yabancı ülkelerde, örneğin Fransa'da bağitlanan toplu iş sözleşmelerinde gerekse öğretilde şöyle bir kabul de var: pekâlâ işçi, çalışma gün ve saatleri dâhilinde de ulaşılabilir olmayabilir ya da olmamalıdır. Kısaca, hakkın zamansal açıdan bu yönünü de savunan bir görüş ve uygulama mevcut. Tabii ki iş sözleşmeleriyle, iş yönetmeliklerle, toplu iş sözleşmeleriyle, işyeri uygulamaları ya da işçilerin kendi kişisel kanaatleri gereği ve fakat özen ile sadakat borçlarına aykırılık teşkil etmeyecek şekilde çalışma saatleri içerisinde, belli aralıklarla ulaşılabilir olmamak mümkün. Ancak bu, ulaşılabilir olmama hakkının kapsamını genişlettiği gibi hukuki olmaktan ziyade bir çalışma kültürü ya da yeni bir yaşam anlayışı meselesi kanaatimce. Kaldı ki, bizim için şu anda elzem olan, ilk etapta hayata geçirmemiz gereken -ki o boyutuyla bile zor-; çalışma gün ve saatleri dışında kalan zaman diliminde ulaşılabilir olmamayı sağlamak.

İçeriksel olarak ele alındığında ise, işçinin çalışma gün ve saatleri dışında nasıl ulaşılabilir olmayacağını belirlemek gerekiyor. Öncelikle, dinlenme hakkının kullanılmasının kesintiye uğramasına yol açacak şekilde telefon, e-posta, WhatsApp mesajı, sms vb. herhangi bir araç vasıtasıyla iletişime geçilmemesini ya da bu yönde birtakım müdahalelerde bulunmaması, aslında *teknik anlamda ulaşılabilir olmamayı* ifade ediyor. Bu, aslında hakkın en kolay sağlanabilecek boyutu. Bir de *zihinsel olarak ulaşılabilir olmama* var. İçeriksel boyutunda kavramı bu yönüyle de ele almak ve görmek gerekiyor. Siz pekâlâ teknik anlamda bağlantıyı kesebilirsiniz ama işçinin zihnindeki bağlantıyı kesemediğiniz sürece “ne yapacağım?” sorgusunu veya işe ilişkin plan ve endişeyi bitiremediğiniz sürece ulaşılabilir olmamak

gerçekten sağlanmamış olacak ve bu hak amacına, hedefine varmamış olacak. Dolayısıyla, teknik anlamda ulaşılabilir olmamak aslında elde edilmesi çok daha zor olan zihinsel anlamdaki ulaşılabilir olmanın ön şartını teşkil ediyor. Siz ne zamanki hem teknik hem de zihinsel olarak bağlantı kesme imkânını çalışanınıza sunarsınız, işte o zaman tam anlamıyla ve layığıyla işçi ulaşılabilir olmamış olur ya da ulaşılabilir olmama hakkını kullanıyor olur.

Hakkın tanımını yapmak ise çok zor. Herkesçe kabul edilmiş, genel geçer bir tanım yok. Kanaatimce şu şekilde bir tanım yapılabilir: Ulaşılabilir olmama hakkı; “*çalışanların iş görme borçlarına ifayla yükümlü olmadıkları dönemde, işle ve işyeriyle her türlü iletişimi herhangi bir olumsuz muameleye veya misillemeye maruz kalma kaygıları bulunmaksızın kesme hakkı*”dır³.

Tanımda yer verdiğimiz “olumsuz muamele” ile “misillemeye maruz kalmama” ifadelerinin altının çizilmesi lazım. Zira işçi, ulaşılabilir olmama hakkını kullandığında bir misilleme veya ayrımcılık teşkil eden davranışa maruz kalıyorsa ya da böyle bir risk, tehdit varsa bu hak aslında ona tanınmamış ya da bu hakkını kullanamıyor demektir. Dolayısıyla, zihinsel bağlantının kesilmesi ancak bu tarz risklere karşı güvence sağlanmasıyla mümkün olabilecektir.

Olgunun ortaya çıkışında 1970’li yıllardan beri meydana gelen *ekonomik, teknolojik ve sosyal gelişmelerin* önem arz ettiği söylenebilir⁴. Bilgi ve iletişim teknolojilerindeki gelişimin, hızlı veri aktarımının, bilgiyi her an ve her yerde ulaşılabilir kılması, erişilebilme imkânı sağlaması beraberinde esnekliği getirmiş ve çalışmayı dört duvar arasından çıkararak her saatte ve her yerde mümkün kılmıştır. İlk bakışta çok büyük bir rahatlık, çok büyük bir esneklik sağlayan, çalışanların lehine gözükken bir durum söz konusu olmuş. Ama beraberinde belki farkına varmadığımız ya da çok önemli addetmediğimiz bir riski de

3 Farklı tanım örnekleri için bkz. Savaş Kutsal, s. 27-30.

4 Ayrıntılı bilgi için bkz. Savaş Kutsal, s. 34-49.

gündeme getirmiŖtir: alıŖanların sürekli eriŖebilir konumda olmaları riski. Böylelikle, alıŖanların her zaman müsait olduklarının, her zaman eriŖebilir olduklarının, her zaman iŖ görebilir durumda olduklarının beklenildiği ya da kabul edildiği bir çalıŖma hayatı oluŖmuŖtur. Dahası her yerde ve her zaman alıŖabilme serbestisi zamanla her yerde ve her zaman alıŖılması Ŗeklinde bir beklentiye dnŖmŖtir. Tam da bu dnŖme denk gelen bir baŖka olay süreci daha da hızlandırmıŖ ve de karmaŖıklaŖtırmıŖtır: *COVID-19 Pandemisi*. Çünkü bu döneme kadar genel ifadesiyle “uzaktan çalıŖma” çok deneyimlenen, bilinen ve dünya genelinde çok tercih edilen bir çalıŖma türü değildi. Yayımlanan istatistiksel veriler de zaten bunu ortaya koyuyor. Ama COVID-19 Pandemisiyle birlikte ister istemez aslında mecburi olarak ve kitlesel bir Ŗekilde uzaktan alıŖmaya geiŖ gündeme geldi. Bunun avantajları olduğu gibi dezavantajları da oldu. Bu kapsamda, o zamana kadar iŖ yaŖamı-özel yaŖam arasındaki sınırın silikleŖtiđini, bulanıklaŖtıđını görürken pandemi dönemiyle birlikte uzaktan alıŖmanın da yoğun bir Ŗekilde hayatımıza girmesinin ardından iŖ yaŖamı-özel yaŖam entegrasyonu söz konusu oldu. Bunlar birbirinin içine girdi, aralarındaki sınır kalktı.

Bu nedenledir ki, son dönemin en popüler, en güncel konulardan birini daha iyi bir iŖ-yaŖam dengesi oluŖturabilmek adına gösterilen çabaların bir ürünü olarak nitelendirebileceğimiz “alıŖan dostu iŖ koŖulları” teŖkil ediyor. Nitekim konu sosyal medyada, basındaki haberlerde önemli bir yer tutuyor. Dünyadaki ve Ŗirketler nezdindeki trend yaŖamın bu iki yönünün arasındaki dengeyi mümkün merteye sağlayabilmek ve çalıŖanların da memnuniyetini, mutluluğunu, nihayetinde sadakatini arttırabilmek yönünde. Bu kapsamda, çalıŖma gün veya saatleri ülkelerde azaltılıyor veya haftada dört gün alıŖmaya geçiliyor ya da bu yönde pilot uygulamalar baŖlatılıyor⁵.

5 Bu yöndeki haberler için bkz. “Haftada 4 gün mesai hangi ülkelerde uygulanıyor? Artıları ve eksileri neler?”, (<https://www.haberturk.com/haftada-4-gun-calisma-karari-hangi-ulkelerde-uygulaniyor-3534484>); “Bir lke daha 4 gün çalıŖma uy-

Diğer yandan, şirketler arasında “işveren marka” rekabeti daha da kızışmış durumda. Son dönemde şirketlerin kendi kurumsal web sitelerinden toplanan bilgilerle düzenlenen haberlerden birkaç örnek vermek isterim⁶:

- **Takeda Türkiye:** Yıl boyunca her cuma yarım gün çalışma, yaz döneminde her ay iki hafta boyunca uzaktan çalışma ve çocuklarla birlikte ofise gelebilme imkânı sunuyor.
- **Flormar Türkiye:** Haziran-Temmuz-Ağustos aylarında cuma günleri işten erken çıkış, üç hafta uzaktan çalışma imkânı sunuyor.
- **Nestlé Türkiye:** Haziran-Temmuz-Ağustos aylarında cuma günleri işten erken-saat 14.00’te çıkış, Temmuz-Ağustos aylarında uzaktan çalışma imkânı, yıl boyunca her cuma günü istenilen yerden çalışabilme imkânı sunuyor.

Bu kapsamda yaygınlaşan bir başka uygulama, babalık izni. Globalde de Türkiye’deki şirketlerde de -İş Kanunu ek madde 2 hükmünde öngörülen beş günlük sürenin aksine- çalışanlara tanınan ciddi süreler söz konusu. Örneğin, Barilla Grup’ta 12 hafta, Eczacıbaşı Topluluğunda 3 hafta, L’Oréal Türkiye’de 6 hafta, Novartis Türkiye’de 14 hafta⁷.

gulasına geçti: Türkiye’de mesai saatleri ve günleri değişecek mi?”, (<https://anlatilaninotesi.com.tr/20240201/bir-ulke-daha-4-gun-calisma-uygulamasina-gecti-turkiye-mesai-saatleri-ve-gunleri-degisecek-mi-1080257290.html>); “Yeni Bir Çalışma Modeli: Haftada 4 Gün Çalışma Sisteminin Avantajları ve Dezavantajları”, (<https://www.eliteworldhotels.com.tr/blog/bd/yeni-bir-calisma-modeli-haftada-4-gun-calisma-sisteminin-avantajlari-ve-dezavantajlari>); “Haftada 4 gün iş 3 gün ev’ yayılıyor”, (<https://www.dunya.com/dunya/haftada-4-gun-is-3-gun-ev-yayiliyor-haberi-705369>). Ülkemizde bu çalışma düzenine geçen ilk Türk şirketi hakkındaki haber için bkz. “Haftada 4 Gün Çalışma Düzenine Geçen İlk Türk Şirketi Olan Aksa Akrilik, Kısa Çalışma Haftasının Sonuçlarını Paylaştı”, (<https://www.tomorrow.com.tr/haftada-4-gun-calisma-duzenine-gecen-ilk-turk-sirketi-olan-aksa-akrilik-kisa-calisma-haftasinin-sonuclarini-paylasti-2/>).

6 Ayrıca bkz. (<https://tr.linkedin.com/company/thebrandplanet>).

7 Ayrıca bkz. (<https://tr.linkedin.com/company/thebrandplanet>).

Ülkelerin çalışma koşullarının iş-yaşam dengesini sağlamada ne kadar başarılı olduğunu belirleyebilmek için de çeşitli araştırmalar yapılıyor. Bu kapsamda, *Remote* tarafından yapılan ve Mart 2023 tarihinde toplanan verilerin analiz edildiği bir araştırmada; dokuz temel faktör değerlendirilmiş ve dünya genelinde en yüksek gayri safi yurt içi hasılaya sahip altmış ülke arasında iş-yaşam dengesi açısından ilk üçte sırasıyla Yeni Zelanda, İspanya ve Fransa'nın yer aldığı, son sıralarda ise Malezya ve Nijerya'nın bulunduğu tespit edilmiş bulunmaktadır⁸.

Sonuç olarak, giderek dijitalleşen çalışma yaşamının işçilerin gerek fiziksel gerek ruhsal sağlık ve refahlarının korunması gerekse psikolojik risklerden korunmaları açısından yaşamsal öneme sahip ulaşılabilir olmama kavramı ve hakkını gündeme getirdiğini söyleyebiliriz. Biraz önce de bahsettiğim üzere, işverenler de zaten çalışanlarını kaybetmemek adına çeşitli yollara başvuruyor, çeşitli imkânlar sunuyorlar. Bu kapsamda, ulaşılabilir olmama hakkı da gün geçtikçe ülke mevzuatlarında, şirket politika ve uygulamalarında yerini alıyor.

Ulaşılabilir olmama hakkı dünya genelinde her ülkede yasal bir düzenlemeye sahip mi? Hayır⁹. Hakka ilişkin yasal düzenleme öngören ilk ülke, öncü ülke Fransa (1 Ocak 2017 tarihinde yürürlüğe giren 2016-1088 sayılı *Loi relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels*, kısaca “El Khomri Kanunu”). Birçok ülke de Fransa'yı takip etmiş ve hakkı yasal düzenlemeye kavuşturmuş bulunmaktadır. Tespit edebildiğim kadarıyla bugüne kadar İspanya, İtalya, Belçika, Portekiz, Meksika, Kolombiya, Peru, Şili, Arjantin, Brezilya, Slovenya, Slovak Cumhuriyeti,

8 Bkz. “Malaysia Ranked 2nd Worst Country For Work-Life Balance Among 60 Nations”, (<https://thesun.my/home-news/malaysia-ranked-second-worst-country-for-work-life-balance-out-of-60-countries-FH12623420>).

9 Ülkeler düzeyinde benimsenen farklı yaklaşımlar ile yabancı ülke tercih ve düzenlemeleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Savaş Kutsal, s. 49-51, 72-86.

Lüksemburg, Yunanistan, Kazakistan ulaşılabilir olmama hakkına mevzuatında açıkça yer veren ülkeler¹⁰.

Bu itibarla ulaşılabilir olmama hakkı ilgili olduğu haklardan bağımsız, ayrı bir hak olarak değerlendirilmekte, bu kapsamda insan hakkı olarak görülmekte ve temel bir hak olduğu öğretide ifade edilmektedir. Gerek Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) gerek Birleşmiş Milletler (BM) gerekse Avrupa Birliği (AB) çalışma yaşamında temel hakları geniş kapsamlı ele aldığından, “insana yakışır iş” gereği ulaşılabilir olmama hakkının her ne şekilde olursa olsun çalışanlara tanınması ve uygulamaya konulması gerektiği görüşünün hâkim olduğunu da söylemek mümkün. Konuyu biraz daha açmamız gerekirse¹¹,

ILO, 1999 yılından bu yana insana değer veren koşullara sahip işi ifade eden “insana yakışır iş”i (“*decent work*”) evrensel bir hedef olarak belirlemiş bulunmaktadır. Bu fikir, 1999-2012 yılları arasında genel müdürlük yapan *Juan Somavia*’nın öncü fikri olup 1999 yılında 87. Uluslararası Çalışma Konferansında sunduğu raporda gündeme gelmiştir. Ne yazık ki, o günden bu güne konu özelinde bir sözleşme hazırlanamamış olsa da örneğin, 2008 yılından beri 7 Ekim “Dünya İnsana Yakışır İş Günü” olarak anılmakta; Çalışma Yaşamında Temel İlkeler ve Haklar Bildirgesinde (1998), ilgili Sözleşmelerin ilgili ülke tarafından onaylanmamış olduğu durumlarda bile hayata geçirilmesi gerekecek kadar temel olduğunun vurgulandığı ilkelere güvenli ve sağlıklı çalışma ortamı 5. İlke olarak 11 Haziran 2022 tarihinde eklenmiş; İşin Geleceği Yüzüncü Yıl Bildirgesi’nde (2019) “güvenli ve sağlıklı çalışma koşullarının insana yakışır iş için temel olduğu” belirtilmiş bulunmaktadır. ILO’nun Emek ve Dayanışma Günü vesilesiyle 1 Mayıs 2024 tarihinde yinelediği sloganı ise “işçilik hakları insan hakları” (“*labor rights are human rights*”) şeklindedir.

10 Webinar tarihinden sonra Avustralya ve İngiltere de hakkı açıkça düzenlemeye kavuşturarak bu ülkeler arasında yerini almış bulunmaktadır. Bkz. (<https://tr.linkedin.com/company/thebrandplanet>).

11 Ayrıntılı bilgi için bkz. Savaş Kutsal, s. 31-34, 59-71.

2015 yılında yapılan BM Genel Kurulunda kabul edilen ve 2030 yılına kadar eriŖilmesi hedeflenen toplamda 17 Sürdürülebilir Kalkınma Amaçları'ndan biri de "İnsana YakıŖır İŖ ve Ekonomik Büyüme" (Sürdürülebilir Kalkınma Amacı 8) olarak belirlenmiŖ bulunmaktadır.

AB Temel Haklar Ŗartı'nın m. 31 hükmü adil çalıŖma koŖullarına sahip olma hakkına iliŖkindir. 23 Ocak 2023 tarihli AB Resmî Gazetesinde yayımlanan Dijital On Yıl İçin Dijital Hak ve İlkeler Avrupa Deklarasyonu'nun "adil ve hakkaniyetli çalıŖma koŖulları"na iliŖkin bölümünde ulaŖılabilir olmama hakkından açıkça bahsedilmiŖ ve herkesin dijital ortamda iŖ-yaŖam dengesi için bağlantıyı kesebilmesini ve güvencelerden yararlanabilmesini sağlamak taahhüt edilmiŖtir. Avrupa Sosyal Haklar Sütununun 9. İlkesi "İŖ-YaŖam Dengesi"ne, 10. İlkesi "Sağlıklı, Güvenli ve İyi Adapte EdilmiŖ ÇalıŖma Ortamı ve Veri Koruması"na iliŖkindir. Hatta ulaŖılabilir olmama hakkının dijital çağda yeni çalıŖma biçimlerinin ayrılmaz bir parçası olan temel bir hak ve AB düzeyinde önemli bir sosyal politika aracı olarak görölmesi gerektiği görüŖündeki AB Parlamentosu 21 Ocak 2021 tarihinde konuya iliŖkin yönerge taslağını havi 2019/2181(INL) sayılı kararı almıŖtır. İlerleyen zamanda bu yönerge taslağı ne olacak, yönerge halini alacak mı, almayacak mı, ne zaman alacak, bu Ŗekliyle mi alacak, ne gibi deėiŖiklikler olacak ya da baŖka bir yönergenin içerisinde mi bu hakka yer verilecek vs. bilinmez ama yine de AB'nin konu özelinde birtakım çalıŖmalar içerisinde olduğunu belirtmek gerekli ve önemlidir.

Ülkemiz açısından ise, ulaŖılabilir olmama hakkı Türk Hukukunda pozitif düzenlemeye kavuŖturulmuŖ bir hak değil. Mevzuatımızda böyle bir hakka ismen yer verilmemiŖ olsa da iŖçilerin ulaŖılabilir olmama hakkına sahip olmadıkları söylenemez. Öğretide de ifade edildiği üzere,¹² baŖta Anayasa olmak üzere mevzuatımızda açıkça yer

12 Bu görüŖte bkz. Sevil Doğan, "DijitalleŖmenin ÇalıŖma YaŖamına Etkisi: İŖçinin UlaŖılamama Hakkı", İŖ Hukukunda Yeni YaklaŖımlar IV, İstanbul 2021, s. 128; Yiğitcan Çankaya, "Pandemi Döneminde Tele ÇalıŖmanın İŖçinin UlaŖılabilir Olmama Hakkına Etkisi", Pandeminin İŖ ve Sosyal Güvenlik Hukukuna Etkileri İŖ Hukukunda Yeni

bulmuş birçok hakla yakın ilişkisi gereği işçiler ulaşılabilir olmamayı pekâlâ talep edebilirler, bu haklarını gerektiği durumlarda ifade edebilirler ve “hayır benimle iletişime geçmeyeceksiniz” ya da “kabul etmiyorum” diyerek iletişim taleplerini teşebbüste bırakıp iletişim kurmayabilirler. Zira her zaman bağlantıda olduğunuz, her zaman erişilebilir olduğunuz, her zaman iş görmeye hazır bir şekilde bulunduğunuz dönemde dinlendiğinizi ve özel hayatınızın olduğunu söylemek ne kadar mümkün? Hiç mümkün değil. Bu nedenle, Anayasada düzenlenen özel yaşama saygı hakkı, dinlenme hakkı, kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı, sağlık hakkı, yaşam hakkı aslında ulaşılabilir olmama hakkıyla oldukça yakından ilişkili haklar. Bunun gibi İş Kanunu’nun çalışma süreleri, fazla saatlerle çalışma ve dinlenme sürelerine ilişkin hükümleri, iş sağlığı ve güvenliği ile kişilik haklarının korunmasına yönelik düzenlemeler vasıtası ile bu hak dolaylı da olsa aslında işçilere tanınmış durumda. Belirttiğimiz düzenlemeler aslında ulaşılabilir olmama hakkının anayasal ve yasal temellerini teşkil eden düzenlemeler. Sonuç itibarıyla, ortaya çıkan fiili durum ile mevzuatın uyumlaştırılması sadece özel düzenleme öngörülmesi suretiyle değil, yorum yolu ile de gerçekleştirilebildiğinden, hâlihazırda işçilerin çalışma gün ve saatleri dışında ulaşılabilir olmamayı işverenlerinden talep etme hakkına sahip olduklarını söylemek mümkün¹³.

Peki uygulama açısından, iş hayatı dinamikleri bakımından konuyu ele aldığımızda, gerçeklerle örtüşen ve işçilerin gerçekten bu yöndeki ihtiyaçlarını karşılayan bir ifadede mi bulunuyoruz? Hayır.

Yaklaşımlar V, İstanbul 2022, s. 223; Serenay Kara, Uzaktan Çalışmada İş Sağlığı ve Güvenliğinin Hukuki Boyutu, Ankara 2022, s. 69; Merve Kutlu/Ali Uçar, “Tarafların Hak ve Borçları Kapsamında Koronavirüs Pandemisinde Uzaktan Çalışma”, İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar V, İstanbul 2022, s. 295; Canan Erdoğan, “Ulaşılammama Hakkı”, Zorlayıcı Sebeplerin İş İlişkisine Etkisi, Ankara 2023, s. 98.

- 13 Aynı görüşte bkz. Deniz Ugan Çatalkaya, “Pandemi (Covid-19) Sürecinde Evden Çalışma: İşçinin İş Yaşamı- Özel Yaşam Dengesi Sosyal Temastan Uzak ancak Sürekli Ulaşılabilir Olma Çelişkisi Üzerine Düşünceler”, Pandeminin İş ve Sosyal Güvenlik Hukukuna Etkileri İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar V, İstanbul 2022, s. 162.

Neden?¹⁴Çünkü çalışma ve dinlenme sürelerine ilişkin mevcut düzenlemelerin tam anlamıyla uygulamaya geçemediğini görüyoruz. Günlük, haftalık azami çalışma sürelerinin sıklıkla aşıldığını, dinlenme sürelerinin kesintiye uğratıldığını ya da daha az süreler tanındığını, kısaca yasak çalışmanın çalışma hayatının olağanı olduğunu gözlemliyoruz. Bu gibi uygulamaların caydırıcı yaptırımlar yerine âdetâ “parasını öderim, karşılığı neyse veririm” şeklinde yaptırımlara bağlanmış olması da maalesef bunların iş hayatının yerleşik uygulamalarına dönüştürmüş durumda.

Bu hususlar verilere de yansımış. Örneğin, *Eurostat*’ın yakın zamanda yayımladığı istatistiklere göre, 2023 verilerine göre AB’de çalışan kişilerin yüzde 7.1’i asıl işlerinde uzun saatler, yani haftada 49 saat veya daha fazla çalışıyor. Uzun çalışma saatleri, AB ülkeleri arasında en yüksek uzun çalışma saatine sahip işçi payı yüzde 11.6 ile Yunanistan’da görülürken Türkiye yüzde 27.2 ile ilk sırada yer almış¹⁵. *Informal Economy*’nin yayımladığı bir araştırmaya göre ise Türkiye, Avrupa ve Merkez Asya bölgesindeki “modern köle gibi çalışan” ülkeler listesinde 1. Sırada yer almış¹⁶.

Dolayısıyla biz daha bu haklara ilişkin düzenlemeleri layığıyla uygulamaya geçirememişken adlandırılması çok yeni olan ve aslında bilinmeyen bir hakkın yasal temelini teşkil ettiklerini söylemek ne kadar doğru? Bir başka ifadeyle, mevcut düzenlemeler temel hedeflerini hayata geçirememişken, ulaşılabilir olmamayı nasıl hayata geçirecekler? Bu nedenle Türk Hukuku açısından da ayrı bir düzenleme gerektiğini düşünüyoruz. Görüşümüzün ikinci bir gerekçesi daha var

14 Ayrıntılı bilgi için bkz. Savaş Kutsal, s. 87-99.

15 Bkz. “Türkiye’deki uzun saatler çalışanların oranı AB ortalamasını katladı”, (<https://www.haberturk.com/turkiye-de-uzun-saatler-calisanlarin-orani-ab-yi-geride-birakti-3685272-ekonomi>).

16 Bkz. Ekonomi Hattı, (<https://www.instagram.com/ekonomihatti/p/C5rL4hMIOvI/>).

ama hukuki değil sosyal bir gerçek: Z kuşağının çalışma hayatındaki yerinin giderek artması. Şöyle ki¹⁷,

2023 verilerine göre %3 oranında iş yaşamında olan Z kuşağının 2025 yılına kadar küresel iş gücünün yaklaşık %30'unu oluşturması öngörülüyor ama Z kuşağının hayata ve çalışma hayatına bakış açısı şu anda çalışma hayatında bulunan bebek patlaması, X ve Y kuşaklarından farklı. Z kuşağı; bireysel ihtiyaçlarının farkında olarak daha az çalışmayı tercih eden, işlerinde daha fazla esneklik arzusu içinde olan ve kariyerlerini yeniden yapılandırmak için daha geniş bireysel alan beklentisi taşıyan bir kuşak. Dolayısıyla, Z kuşağının istihdamdaki yerinin artmasının ulaşılabilir olmama hakkının gündeme gelmesine ya da hakka ilişkin taleplerin artmasına neden olacağı kanısındayım. Sonuç olarak, hakkın mevzuatta açıkça yer almasını hızlandıracak âdeta bir katalizör işlevi göreceğini söyleyebiliriz.

Ancak şu anki aşamada 12 Haziran 2024 tarihli bir gazete haberinde¹⁸ de belirtildiği üzere, çalışma hayatı kurallarını sarsan Z kuşağının beklentileri karşılayamadığı, bu kuşakla bir türlü bağ kuramadığı ve çalışma hayatının mevcut kurallarına adapte olamadığı için; iş dünyasında yükselen trend işe sadakat ve yüksek iş ahlakları nedeniyle 50 yaş üzeri çalışanların tercih edilmesi yönünde. Belirtilen yaş grubundaki kişilerin tecrübe ve bilgi birikimi de şirketler için vazgeçilmez hale gelmelerini sağlıyor. Ayrıca bu yaş grubundaki çalışanların genç kuşaklara mentorluk yapabilme yetenekleri de işverenler için büyük bir avantaj sağlıyor. Şirketlerin istihdam politikalarındaki trend, TÜİK ve OECD'nin istatistiksel verilerine de yansımaya başlamış durumda. Şu an için bir direnme var, çalışma hayatının dinamikleri bozulmasın diye bir mücadele olacak elbet ama öngörüm;

17 Ayrıntılı bilgi için bkz. Savaş Kutsal, s. 99-102.

18 Bkz. "Z kuşağı beklentileri karşılamadı! İş dünyasında yeni trend başladı: Artık 50 yaş ve üzeri..." (<https://www.sabah.com.tr/galeri/ekonomi/z-kusagi-beklentileri-karsilamadi-is-dunyasin-da-yeni-trend-basladi>).

belirttiğim nedenlerden dolayı ulaşılabilir olmama hakkı er ya da geç ülkemiz mevzuatında da yerini alacağı yönündedir.

Nasıl bir düzenlemenin öngörüleceği ise önem arz eden bir diğer husus. Zira kâğıt üzerinde kalacak bir düzenleme öngörmek hiçbir tarafa fayda sağlamayacağından **hakkın özüne uygun bir düzenlemenin öngörülmesi gerekiyor**. Hakkı sadece kâğıt üzerinde tanımakla, bahşetmekle yetinmeyecek, etkin bir uygulamaya sahip kılacak bir düzenleme olması gerekiyor. Nerede olur, ne şekilde olur, hangi başlıkta olur? Bu gibi soruların cevapları kanun yapma tekniği ile ilgili ve kanun koyucunun takdiri gereği belirlenecek hususlara ilişkin olmakla beraber,

Ulaşılabilir olmama hakkı açıkça tanımlanmalıdır. Tanımda dikkat edilmesi gereken husus ise¹⁹, kavramın sadece işçi hakkı olarak ele alınmaması, tek yönüyle ifade edilmemesi gerektiğidir. Zira bir yandan işçi için hak, bu hakkını talep eder ama diğer yandan da işveren açısından gözetme borcu gereği aslında bu hakkı kullanabilir kılma yükümlülüğü var. Yani işverenler de işçilerin ulaşılabilir olma haklarına saygı gösterecek, başkalarının da saygı göstermesi için uygun çalışma ortamını sağlayacak, hakkın ihlalini gündeme getirecek risklere karşı da gerekli tedbirleri alacak. Belirtilen iki yönü de gözetenilerek tanım yapılmalı ve hüküm altına alınmalı.

Peki işverenler ne yapmalılar? Öncelikle, işçilerini bilgilendirecekler. Nihayetinde iş sağlığı ve güvenliğine temas eden bir hak söz konusu. 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nda da proaktif bir yaklaşım mevcut. Olmadan önce müdahale etmek en doğrusu, olduktan sonra telafi etmek değil. Burada da aynı mantıkla ilerlemek gerekiyor. Bu kapsamda, önce günümüzün en büyük sorunlarından biri olan “hiper bağlantı” riskleri ve nedenlerine ilişkin değerlendirme yapılmalı, sonrasında yöneticiler başta olmak üzere tüm çalışanlar bu

19 Ayrıntılı bilgi için bkz. Savaş Kutsal, s. 121-123.

değerlendirmeler hakkında bilgilendirmelidirler. Ayrıca ulaşılabilir olmamanın ne demek olduğu, neyi gerektirdiği, hangi durumlarda ulaşılabilir olunması gerektiği gibi hususlarda da bilgilendirme yapılmalı, giderek bilinç kazandırılmalı. Bu noktada eğitimler de önemli işleve sahipler. Çünkü aslında eğitimler sayesinde çalışanlar her ne kademedede olursa olsunlar ulaşılabilir olmama hakkına sahip olduklarını ve aslında bu hakka sadece kendilerinin değil hangi konumda olursa olsun -ekip arkadaşı, astı, üstü fark etmeksizin- karşılarındaki kişinin de sahip olduğunu öğreneceklerdir. Hem kendi haklarına saygı duyulmasına hem de başkalarının hakkına saygı duymayı öğrenecekler ve ona göre davranacaklar. Böylelikle, bilinç artacak, farkındalık oluşacaktır.

Her ne kadar ülkelerin tercihleri, işyerlerinde uygulanan yöntemler farklılık gösterse de hakkın hayat bulunmasında değişmeyen bir gerçek var: bilinç ve farkındalık. İlk önce çalışma hayatını bu anlamda bilinçlendirmek, farkındalık yaratmak, eğitmek gerekiyor. Bu eğitimler de sözde eğitim olmamalı, gerçekten temel eğitimler sağlanmalı ve sonrasında çalışanların gördükleri işin niteliğine ve konumlarına göre eğitimler farklılaştırılmalıdır.

Eğitimler verildikten sonra ne olacak? Eğitimlerde öğrenilenlerin, yani teorinin pratiğe geçip geçmediği denetlenmelidir. Bu eğitimlere uyuluyor mu? Alınan tedbirlere uyuluyor mu? Gerektiğinde, talimatlar verilmeli, uyarılarda bulunulmalıdır. Hâlâ uyulmadığı takdirde ise yaptırım uygulanmalıdır. Böylelikle, işçilerin diğer çalışanların ulaşılabilir olmama hakkına saygı göstermeleri sağlanabilecek, aykırı davranışları ise itaat ve sadakat borçlarına aykırılık teşkil edeceğinden yaptırım uygulanabilecektir.

Hakkın tanımı yapılırken göz önünde bulundurulması gereken hususları bu şekilde açıkladıktan sonra hak sahipliğinin kimlere bahsedileceğinin tespiti gerekiyor. İş hukukçusu olarak işçilerden bahsediyoruz, işçiler arasında bir ayırım yapacak mıyız? Konumu gereği veya iş sözleşmesinin türü itibariyle ya da işyerinde çalışan toplam

işçi sayısına göre bir farklılık söz konusu olmalı mı? Hakkı açıkça düzenlemiş, mevzuatında yer vermiş ülke düzenlemeleri incelendiğinde farklı tercihler karşımıza çıkıyor. Örneğin, sadece uzaktan çalışan işçilere bu hakkı tanıyanlar var, işyerinde çalışan toplam işçi sayısına göre hakkın mevcudiyetini belirleyenler var ama öğretide baskın görüş “genellik ilkesi”nin kabul edilmesi gerektiği yönünde. Bizce de işçinin iş sözleşmesinin türünün, ünvanının, konumunun, çalışma tipinin ya da işyerinde çalışan toplam işçi sayısının hak sahipliğini belirleyici bir rol oynamaması gerekiyor²⁰.

Herkesin teknolojiden faydalanması, etkilenmesi aynı oranda olmasa da günümüzde teknolojinin varlığının esas, yokluğunun ise istisna olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır²¹. Zira tüm işçilerin hatta tüm bağımlı çalışanların konumları ne olursa olsun, akıllı telefonları ve elektronik posta hesaplarının olduğunu, mesajlaşma uygulamalarını kullandıklarını gözlemliyoruz. Dolayısıyla, ister istemez çalışma gün ve saatleri dışında işle ilgili olarak iletişime geçilebilecek, dinlenme haklarının kesintiye uğramasına yol açılacak konumdadılar. Bu nedenle, işçiler açısından ayırım yapılmaması gerektiği ve **hakkın tüm işçilere tanınması** gerektiği görüşündeyim. Buradaki risk oranı tabii ki değişkenlik gösterebilir. Ama hak sahipliği hususunda bir fark yaratmamalı. Hele ki, işyerinde çalışan toplam işçi sayısı belirleyici kriter olarak tercih edilmemeli.

Şu kadar ki, ulaşılabilir olmama hakkı da mutlak bir hak değil. Bu hakkın da her durum ve koşulda mevcut olduğu söylenemez. Pekâlâ işçilerin ulaşılabilir haklarını ileri süremeyecekleri, işveren ve işyeri menfaatlerinin daha üstün tutulduğu durumlar gündeme gelebilir²². Bu gibi durumlarda, örneğin acil durumlarda, önemli durumlarda

20 Savaş Kutsal, s. 114.

21 Serenay Kara/Alp Limoncuoğlu/Zeynep Şişli, “Dijitalleşen Çalışma Hayatında İşçinin Ulaşılabilirlik Hakkı”, Dijital Çağda Hukuk, Ankara 2023, s. 359.

22 Ayrıntılı bilgi için bkz. Savaş Kutsal, s. 117-121.

-nasıl adlandırılırsa adlandırılırsın- işveren ya da yetkili kişi işçiyle iletişime geçebilir ve o anda o işi yapmasını, o ihtiyacı karşılama-
sını talep edebilir. İşçi ise “ulaşılabilir olmama hakkım var, bu hakkımı kullanıyorum, bana ulaşamazsın” diyemez, dememelidir. Bu, özellikle esnek çalışmanın ve bilgi iletişim teknolojilerinin günümüzde geldiği nokta itibarıyla kaçınılmaz. Ancak bir hususu da gözden kaçırmamak lazım. Sadece ekonomik kaygılar veya sadece işyeri ve işveren menfaatleri işçilerin ulaşılabilir olmama haklarını ileri sürülemeyecekleri durumlar olarak değerlendirilemez. Gerçekten haklı durumlar söz konusu olmalı. Dolayısıyla, sosyal olanla ekonomik olan arasında denge sağlanmalı.

Bu denge nasıl sağlanacak? İşçinin sadakat borcu ve dürüstlük kuralı ışığında tabii ki. Salt ekonomik nitelikli bir durumun, işyeri ve işveren açısından arz ettiği önem tartışmasız olsa da hakkın ileri sürülemeyeceği bir durum olarak kabul edilmesi mümkün değil. Öngörülecek düzenlemede buna da açıkça yer verilmesi şart. Nitekim ülke mevzuatlarında hangi durum ve koşullarda işçiyle iletişime geçilebileceği, ulaşılabilir olmama hakkının ileri sürülemeyeceği farklı adlarla da olsa belirtilmiş bulunmaktadır. Bu noktada işverene esneklik de sağlamak lazım. Ne açıdan? İşçiyle illa yazılı iletişime geçmesi beklenmemeli, bir e-postayla ya da mesajla veya arayarak da iletişim kurması mümkün kılınmalıdır. Şu kadar ki, neden, niçin ve ne yapması için kendisiyle iletişime geçildiği o anda işçiye bildirilmeli ve işçi bilgilendirilmelidir. Böyle bir durumda işçi sadakat borcunun gereğini yerine getirmekle yükümlü olacak ve çalışmak durumunda kalacaktır. Bu çalışmasının maddi karşılığı elbet olacaktır. Ancak işçinin hak kazanacağı ücretin miktarı fazla saatlerle çalışmasının karşılığında elde edeceği miktardan daha yüksek olmalıdır. Zira niteliği itibarıyla ulaşılabilir olmama hakkını kesen ya da hakka müdahale teşkil eden bir çalışma gerçekleştirilmiş olacağından, karşılığının bu şekilde hesap edilmesi hakkın öngörülme nedeni ve varlık amacı gereği uygun ve adil olacaktır.

Düzenlemede ayrıca **güvence ve yaptırım da öngörülmalıdır**²³. En başta önem arz eden husus; denetim. İş hukuku kurallarının etkinliğini sağlayan güçlü bir iş denetimi örgütü olduğu ulaşılabılır olmama hakkı açısından da geçerlidir. En azından hakka ilişkin yasal düzenlemenin yürürlüğe girdiği ilk yıllarda düzenli olarak işyerlerinin denetimi uygun olacaktır. Bu denetim devletin yanı sıra sosyal ortaklar tarafından da gerçekleştirilebilir. Bu hususta çeşitli yöntemler tercih edilebilir. Malumunuz olduğu üzere, ülkemizin en büyük eksiklerinden, önemli sorunlarından biri de denetim. Mevzuatımızda işverenlere getirilen birçok yükümlülük var, ama denetim eksikliği, etkin denetimin yokluğu, bu yükümlülüklerin hayata geçirilememesine ve kâğıt üzerinde kalmasına neden oluyor. Kreş açma yükümlülüğünde olduğu gibi. O kadar az denetim söz konusu oluyor ki, denetimlere denk gelip yakalanana kadar zaten bunlar hayata geçmiyor. İşverenler böyle bir tercihte bulunabiliyor. İşte burada aslında ulaşılabılır olmama hakkının da gerçekten var olmasının sağlanması genel anlamda denetim eksikliğini giderilmesini de sağlayabilir. Tabii hakkı ihlal edilen ya da ihlale tanıklık eden işçiler de şikâyetle bulunabilmeliler, tanıklık yapabilmeliler. Bu da ancak misillemeye karşı bir güvence öngörülmesi ile mümkün olabilecektir. Konunun bir de yaptırım boyutu var. Bir yaptırımın da öngörülmesi lazım.

Öngörülecek yaptırım nasıl bir yaptırım olmalı? Öncelikle, mağdur açısından tatmin edici bir yaptırım olmalı. Hakkı ihlal eden -ister işveren olsun ister başka bir çalışan ya da müşteri olsun fark etmez- bakımından ise hem etkili hem de caydırıcı bir yaptırım olmalı. Bunlara dikkat etmek gerekiyor. Öğretide, tazminat ödenmesi, ihlalin süreklilik arz etmesi halinde ayrıca idari para cezasının gündeme gelmesi şeklinde bir yaptırım örneği verilmiş. Ülkemiz gerçekleri açısından idari yaptırımların yasaya aykırı uygulamaların önüne geçmesi ya da bunların önlenmesi noktasında yetersiz kaldığını görüyoruz.

23 Ayrıntılı bilgi için bkz. Savaş Kutsal, s. 124-126.

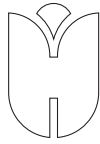
Dolayısıyla, en azından temel olarak idari yaptırımdan ya da sadece idari yaptırımdan ziyade, öncelikle mağdurun gerçekten mağduriyetini giderici, diğer yandan da caydırıcı bir hukuki yaptırımın öngörülmesi gerektiğini düşünüyorum. Bu bağlamda, örneğin alt sınırı belirtilmiş, tabanı ortaya konmuş bir tazminat olabilir. Şu kadar ki, kaderinin sendikal tazminat gibi olmaması da lazım. Bu hususa da dikkat etmek gerekiyor. Zira tabandan uzaklaşılması, mahkemelerin daha yüksek tutarlarda tazminatlara hükmetmesi de bazen zor olabiliyor. Bunların hep ülke gerçekleri göz önünde bulundurularak belirlenmesi gerekli. İdari yaptırım ise tazminatın yanında ayrıca yer alabilir. İhlalin tekrarı ihtimali de dikkate alınmalı. Bu ihtimal dâhilinde örneğin yaptırım miktarının arttırılması öngörülebilir.

Son olarak değinilmesi gereken husus ise, **ispat** hususudur²⁴. Zira yaptırımın uygulama alanı bulabilmesi için öngörülmüş olması gerekli ise de yeterli olmamakta, ihlalin ortaya konması da gerekmektedir. Kanaatimce, ispat yüküne ilişkin de özel bir düzenlemenin getirilmesi uygun olacaktır. En azından işçiye düşen ispat yükü kolaylaştırılmalı, tam ispat aranmamalı ve işçinin ulaşılabilir olmama hakkının gerçekten ihlal edildiğini ortaya tam olarak koyamamakla birlikte bu yönde bir kuvvetli emare oluşturan olguları ortaya koyması yeterli bulunmalıdır. Dolayısıyla, işverenin müdahalesinin hukuka uygunluğunu, yani ortada gerçekten istisnai bir durumun mevcut olduğunu tam olarak ispat etmesi öngörülmelidir. Böylelikle de aslında koruma mekanizmasında etkinlik ve güvence sağlanmış olacaktır.

Kısaca belirttiğimiz hususların nazara alınarak hazırlanarak yürürlüğe konan bir düzenleme, yargının da desteğiyle işçileri gerçek anlamda ulaşılabilir olmama hakkına sahip kılacak ve uğranılan hak ihlallerini de büyük oranda sona erdirecektir diye düşünüyorum.

Sabrınız ve ilginiz için teşekkür ederim.

24 Ayrıntılı bilgi için bkz. Savaş Kutsal, s. 126-127.



Soru ve Cevaplar

Prof. Dr. Yeliz Bozkurt Gmrkoğlu:

TeŖekkür ederim, Sayın Hocam. Oldukça kapsamlı ve aydınlatıcı bir sunum yaptınız. Güncel geliŖmelerden de haberler verdiniz. Ama konunun kendisi ve lkemizde uygulanabilirliği noktası aslında pek çok soru iŖareti de doğuruyor. Tabii, ben bu arada belirtmiŖ olayım: Zaten kıymetli hocamın profesörlük takdim tezi olarak konuya iliŖkin kitabı yayımlandı. İlgililer, kitaptan daha kapsamlı bilgiye eriŖebilecekler. Ancak ben yine de hocamı bulmuŖken bazı yorumlarda bulunup birkaç soru yöneltmek istiyorum.

Youtube üzerinden de gelen sorularımız da var hocam, öncelikle müsaade ederseniz ben kendi sorularımı sormak ve bazı değerlendirmelerde bulunmak istiyorum.

alıŖan memnuniyeti ve bağlılığı araŖtırmaları gün geçtikçe oldukça yođunlaŖıyor. Nitelikli bir personel bulmak ve onu kısa sürede kaybetmemek aslında ekonomik de bir değer kaybı olduğu için iŖverenlerin oldukça önemsemeye baŖladıkları konulardan biri oldu. Tabii bu memnuniyeti temin etmek ve insan onuruna yakıŖır çalıŖma koŖulları sağlamak adına da ulaŖılabilir olmama hakkı sizlerin de belirttiğiniz gibi öncelikli haklardan.

Bu hakkın varlığının açıkça kabul edilebilmesi noktasında ben de sizin değerlendirmelerinize tamamen katılıyorum Hocam. Evet mevzuatımızda çokça hüküm var ama zaten bunların uygulanabilirliği ile ya da uygulamada ne kadar uygulamaya sirayet ettiği ile ilgili çeŖitli sorunlarımız var. Klasik alıŖma süreleri bakımından bile hala önemli sorunlarımız var.

ILO'nun da ifade ettiği tartıŖmasız “çalıŖan hakları, insan hakkıdır”. Malum iŖ hukuku ve sosyal güvenlik hukukunun karma hukuk niteliği aslında insan hakları hukukuyla da bizi çok yakından iliŖkilendiriyor. Ancak uygulamada maalesef daha çok özel hukuk ve maddi hukuk kısmıyla biliniyoruz. Bu serideki en önemli amaçlarımızdan biri de buydu. İlk konuŖmacımız olmanız ve buna da değinmeniz vesilesiyle ayrıca teŖekkür ederim. Toplumsal bakıŖ açısı, özellikle eski nesiller bakımından—belki bizler de dahil olmak üzere—iŖyerini “ekmek kapısı” iŖvereni de “ekmek veren kiŖi” olarak gören, sadakat bağının çok kuvvetli bir anlayıŖla Ŗekillendiđi ve istihdam sağlama fonksiyonunu öne çıkaran bir yapıya sahip. Bu bakıŖ açısı belki de ulaŖılabilir olmamak gibi haklar bakımından farkındalığın yerleŖmesinin güç olduğu bir yön taŖıyor. Z kuŖađından bahsettiniz, bakalım nasıl farklı bir bakıŖ açısı getirecekler. Ben de gerçekten merak ediyorum. Sizin çalıŖmanızda da vardı. Paul Lafargue'ın bahsettiği, Ŗu an belki ütopik olan tembellik hakkı anlayıŖı. O topik zlem acaba yavaŖ yavaŖ ülkemize de yansır mı? Zira buradaki tembellik hakkı aslında yaratıcı boŖluk, kendini gerçekteŖtirme, ruhsal ve bedensel bütünlüğü koruma hakkı olarak nitelenmektedir. Örneğin, haftada dört günlük çalıŖma süreleri ya da esnek ama güvenceli iŖ modelleri yaklaŖımı ülkemize de yakın dönemde yansır mı? Farklı ülkelerdeki düzenlemelerle ilgili hazırlık bildiğimiz kadarıyla Ŗu an lkemizde yok. Bazı ülkelerde ise artık yasal olarak açaıkça ulaŖılabilir olmama hakkı ve benzer hakların düzenlendiğinden bahsettiniz. O yüzden sanki yakın zamanda belki de bir ütopik zlem olarak kalmaz diye dŖnyorum.

ÇalıŖma sürelerinin sınırlandırılmasında geçmiŖte en büyük etkenlerden biri de iŖveren bakıŖ açısı ile sınırlamanın iŖverenlere de yararları olmuŖtu. Evet, çalıŖanların hak mücadelelerinin elbette ki etkileri var, ancak Fordist sistemin bakıŖ açısı da aslında çalıŖanın en verimli olduğu saatler üzerinden ödeme yapılması ve bu Ŗekilde gerekli faydanın sağlanabilmesi üzerine kuruluydu. Günümüzde ise

bu yeni haklar giderek daha fazla gündeme geliyor ve bazı işverenler de bunları destekliyor. Çalışmanın süresi değil de niteliğinin dikkate alınması kişisel tatminin iş verimine yansımaları bu bakımdan bir etken olabilir mi diye fikir yürütüyorum.

Prof. Dr. F. Burcu Savaş Kutsal:

Yeni haklar kimi işverenlerce desteklenirken kimileri bunlara sıcak bakmıyor. Mesela bu günlerde gündeme gelen haklar arasında doğum günü izni de var. İşveren olarak eşimle konuşuyorum, çoğunlukla olumlu yaklaşmıyor.

Bu hep aklıma şunu getiriyor. Öncelikle Prof. Dr. Müjdat Şakar Hocamıza buradan saygılarımı sunuyorum. Hocamız, İş Hukuku Uygulaması kitabında ünite sonlarında okuma parçalarına da yer vermiştir. Bunlardan biri de mazeret izni konusunda tatlı bir serzenişin yer aldığı “*Bir Gün İzin!*” başlıklıdır. Bir yandan da aklım ona gidiyor. Aslında sağlanan haklar bir türlü yeterli olmuyor, hep daha fazlası talep ediliyor. Örneğin, çocuklarının okullarının ilk gününde veya karne gününde çalışanlarına izin veren işyerleri de var. Düşünce aslında mantıklı. Biz akademisyenler dersimiz yoksa ve idari amirimizin onayını almak kaydıyla, biraz gecikmeli olarak fakülteye gitmek suretiyle bunu yapabiliyoruz. Dersimiz olduğunda biz de gidemiyoruz. Ama her çalışanın böyle bir imkânının olması çok zor. Kadın olmanın gerektirdiği birtakım özel durumlara ilişkin izinler -menstrüasyon izni- işyerlerinde uygulanmaya başlandı²⁵. Bunun gibi bitmek bilmeyen birçok imkân sunulabilir, çalışan tarafında zaten talep var. Ama nereye kadar? İşyerlerinin üretim yapması, işverenlerin kazanç sağlaması gerekiyor ki üretim, ekonomik büyüme, kalkınma vb. olabilsin. Herhalde yavaş yavaş ve işverenlerin kendi ekonomik büyüklüklerine göre sağlayabildikleri kadarıyla yeni haklar hayat bulacaklar. Bu

25 Türkiye’de bu izni uygulayan ilk şirket 2020 yılında Hindistan merkezli Zomato olmuştur. Bkz. (<https://cinsiyetesitligipolitikalari.org/regl-izni-politikalari-uzerine-dusunmek/>).

noktada tartışmasız olan; iki tarafın menfaatlerinin de göz önünde bulundurulması gerekliliğidir.

Prof. Dr. Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu:

Evet Hocam. Aslında aklımdakileri de cevaplamış oldunuz. Çünkü ben de sizi dinlerken evet böyle ulaşılabilir olmama hakkını bir temel hak olarak kabul etmeliyiz dedim. Diğer yandan yeni nesil hakların işverene etkilerini nasıl dengeleyeceğimiz sorusu aklıma takılmıştı.

Pandemi sonrası özellikle işverenlerin bakış açısı değişti. Daha ulaşılabilir olduğumuz algısı herkese de yerleşti. Her an, her dakika ulaşılabiliriz ve Henry Ford'un tam yanlış hatırlamıyorsam şöyle bir sözü vardı: *"Çalışmak yaşadıklarımızdan çok daha fazlasıdır, o bize yaşamın kendisini verir."* Bu anlayış biraz işveren cephesinde yerleşirken diğer cephede de biraz tembellik hakkımız da olmalı gibi bir anlayış var. İş yaşam dengesinin kurulması günümüzün en önemli sorunlarından; bunu nasıl sağlayacağız ve iş hukukunun doğasında yer alan hassas dengeyi nasıl gözeteceğiz?

Şimdi size daha formal sorularıma geçecek olursam Hocam, git-tikçe daha fazla ülkenin mevzuatında ulaşılabilir olmama hakkına yer verildiğini söylediniz. *Ülkelerin anılan bu hak karşısındaki yaklaşım ve tercihlerinin genel olarak böyle olduğu söylenebilir mi? Size göre oran nedir? Ya da bunu seçen ülkeler bakımından mı değerlendirme-niz var mı? Farklı yaklaşımlar olabilir mi?*

Prof. Dr. F. Burcu Savaş Kutsal:

Gün geçtikçe ulaşılabilir olmama hakkının yasal tanınırlığı artıyor ve daha fazla ülke mevzuatında anılan hakka yer veriliyor olsa da ülkelerin kavram karşısında benimsediği yaklaşımlar farklılık gösteriyor. Bunlar *Eurofound* tarafından "düzenleyici olmayan yaklaşım",

“özendirici ve koruyucu yaklaşım”, “özendirici yaklaşım” ve “genel düzenleyici yaklaşım” şeklinde sınıflandırılmış bulunmaktadır²⁶.

Özendirici ve koruyucu yaklaşım; Fransa ile başlayan yaklaşımdır. Bu yaklaşımı benimseyen ülkeler ulaşılabilir olmama hakkını pozitif düzenlemeye kavuşturuyorlar. Buna karşılık, düzenleyici olmayan yaklaşımı benimseyen ülkeler çeşitli nedenlerle mevzuatlarında ulaşılabilir olmama hakkına ilişkin özel bir düzenlemeye yer vermiyorlar. Bu kapsamda, akıllara gelen ilk örnek Almanya. Bu ülkede ulaşılabilir olmama hakkı hiç yok değil, toplu iş sözleşmeleriyle hayat bulmuş durumda. Bu ülkedeki çalışma kültürü “sıkı çalış, sıkı oyna” (“*work hard, play hard*”) şeklinde. Böyle olunca da sendikalar toplu iş sözleşmeleriyle, toplu pazarlık yoluyla bu yöndeki ihtiyacı layığıyla gideriyorlar. Bu grupta ayrıca Malta ve Romanya da örnek verilebilir. Özendirici yaklaşımda ise esnek çalışma, uzaktan çalışma modelleri desteklenmekte ve bunlara ilişkin düzenlemelere mevzuatta yer verilmekte, fakat söz konusu çalışma modellerinin potansiyel faydaları ile iş-yaşam dengesi arasında doğrudan bir bağlantı kurmakla yetinilmektedir. Herhangi bir olumsuz sonuçla özel olarak ilgilenilmediğinden, ulaşılabilir olmama hakkı pozitif düzenlemeye konu edilmemektedir. Nitekim Çekya ve Polonya’yı bu yaklaşımı benimseyen ülkelere örnek gösterilebiliriz.

Konusu açılmışken belirtelim ki, uzaktan çalışmanın hep dile getirilen avantajlarının yanı sıra birtakım dezavantajları da var. Bazı hususlarda ise çelişkili etkileriyle karşılaşılıyor. Zira gündeme getirdiği etkiler işe, çalışma şekline, çalışanın bireysel özelliklerine ve kurum kültürüne göre farklılık gösterebildiği gibi hem olumlu hem de olumsuz etkiler aynı bireyler tarafından da ifade edilebiliyor. Bu bağlamda, iş-yaşam dengesi desteklenebildiği gibi zayıflayabiliyor da. Benzer

26 Ayrıntılı bilgi için bkz. Savaş Kutsal, s. 49-51.

bir etkileŖimin çalıŖanların bireysel performansları açısından da söz konusu olduğunu belirtmek isterim²⁷.

Son olarak genel düzenleyici yaklaŖımı benimseyen ülkelerde uzaktan alıŖmaya iliŖkin genel düzenlemeler mevcut olmakla beraber bu çalıŖma türü ile iŖ-yaŖam dengesi arasında doğrudan bir bağlantı kurulmamıŖ. Ülkemiz ile birlikte Estonya ve Macaristan'ı bu grupta yer alan ülkelere örnek verebiliriz.

Düzenlemenin ngrlmesi kadar öngörüldüğü zaman da önemli. Uygun zaman beklenmeli. Zira toplum, istihdam hayatı hazır olmadığında yeniliği benimsemiyor ve uygulamada kolaylıklar yerine sıkıntılarla karŖılaŖılıyor. Bu, yargının da yükünü arttırıyor. Acele etmemek lazım ama düzenlemenin de beklendiğine değer nitelikte olması lazım. Örneğin, bizde uzaktan alıŖmanın düzenlenmesi ba-yağı bir zaman aldı biliyorsunuz. YaklaŖık beŖ yıllık uzun bir bekleyiŖ sonunda, aslında pandemiyle birlikte Uzaktan alıŖma Yönetmeliği ıktı. Ama Yönetmelik maalesef genel anlamda beklentileri ve ihtiyaçları karŖılayamadı.

UlaŖılabilir olmama hakkı açısından uygun zamanı beklerken de boŖ durmamak ve hakkı tanıtmak lazım. Burada sendikalara da önemli görev dŖtėn, konuya yeterince eğilmeleri gerektiğini söylemeliyim.

UlaŖılabilir olmama hakkının yaŖama geçirilme aŖamasında ülke tercihlerinden bağımsız olarak iŖyerlerinde de farklı yöntemler benimseniyor. Yani, hakkın uygulaması açısından tüm iŖyerleri açısından tek bir yöntem mevcut değil, zaten tüm iŖyerleri açısından aynı yöntemin benimsenmesi de mümkün değil. Zira her iŖyerinin ihtiyaç ve özellikleri farklılık arz ettiğinden bir iŖyerinde benimsenen yöntemin bir diğerine uygun dŖmeme ihtimali oldukça yüksek. Bu nedenle olması gereken; ulaŖılabilir olmama hakkının kurum

27 Ayrıntılı bilgi için bkz. SavaŖ Kutsal, s. 36-39.

kültürüne uyarlanması ve her ikisinin birbirini desteklemesi. Ancak, niteliği gereği hakkın sadece işyerlerinin özelliklerine göre şekillenmediği, çalışanların kişisel durum ve tercihlerinin de belirleyici olduğu dikkatlerden kaçmamalı. Bu nedenle, hangi yöntem benimsenirse benimsenirse çalışanların bilinçlenmeleri, eğitilmeleri ve farkındalıklarının sağlanması gereklilik arz ediyor. Bunu sağlayacak olanlar; gözetme borcu gereği işveren ile sendikalar. Bu kapsamda sendikaların 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu m. 26 hükmü uyarınca serbest kılınan faaliyetleri kapsamında yer alan seminerlerle, yayınlarla, süreli yayınlarla, haberlerle vb. hakkı hem tanıır hem de doğru bilinir kılmaları mümkündür.

Ama sadece bilmek de yeterli değil. Doğru bilmek, doğru uygulamak lazım. Ben doğru bileyim ki doğru uygulanmasını da sağlayayım, doğru dile getireyim. Maalesef bizde şöyle bir şey de var. Bir konu popüler oldu mu herkes o konuyu bildiğini iddia ediyor. Dilinden de düşürmüyor. Kiminle tanışsam “Bana mobbing uygulanıyor Hocam” diyor. Her yerde mobbing... Mobbingin ne olduğunu biliyor muyuz da mobbing uygulanıyor diye iddia ediyoruz? İş ortamında da işin layığıyla yürütülmesi gerekli. Dolayısıyla, işyerlerinde birtakım eleştirilerin yapılması, birtakım talimatların verilmesi tabii ki hukuki sınırlar çerçevesinde gayet doğal. Bunlarda alınganlık yapmamak gerekiyor. Yani sınırları aşmamak gerektiği gibi profesyonel davranmak da gerekiyor. Her şey mobbing olmadığı gibi ulaşılabilir olmama hakkını da doğru bilmemiz gerekiyor. Bunun mutlak bir hak olmadığını da aslında bilmemiz gerekiyor. Biz bu hakka sahibiz, karşıımızdakiler de bu hakka sahip. Bunu da bilmemiz gerekiyor.

Bizim fakültede şöyle bir sistem var mesela: Çalışma gün ve saatleri haricinde e-posta göndereceğimiz zaman *pop-up* çıkıyor ve “isterseniz bu e-postayı, yarın mesai saati itibariyle tercih ettiğiniz başka bir saatte gönderebilirsiniz” uyarısında bulunuyor. E-postanın ne zaman okunduğu önem arz etmediğinde benden çıkmış olsun diyorum

ve gönderiyorum. Saat çok geç olmuşsa, evet öyle yapalım diyorum. Ne olur ne olmaz, belki açıktır bildirim sesi, rahatsızlık vermeyeyim diyorum. Bu, yumuşak (*soft*) yöntem. Tabii bunun için bilinç gerekli. Sert/katı (*hard*) yöntemler ise daha rahat. Zira iletişim kesildiği an itibarıyla e-posta gönderilemiyor, sunucu kapandığı için e-posta ya ulaşmıyor ya da siliniyor. Hangi yöntem daha iyi? Birini diğerine üstün tutmak mümkün değil. Aslında hangisi işe yarıyorsa, o daha iyi. Ülkemiz açısından karma bir yaklaşımın benimsenmesi, bir yandan zorunlu bağlantı kesme yöntemlerinin tercih edilmesi diğer yandan bireysel düzlemde farkındalığın ve bilincin, kurumsal düzlemde ise işyeri kültürünün oluşabilmesi için eğitim faaliyetlerine ağırlık verilmesi uygun ve isabetli olacaktır.

Prof. Dr. Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu:

Çok teşekkür ederim Hocam. Belirttiğiniz hususlarda, ben de sizinle hemfikirim. Bu konuda farkındalık yaratmak gerçekten çok önemli. Biz de üniversitemizde farkındalık eğitimleri başlattık. Önce çalışanlarımızla, sonra idari yöneticilerimizle gerçekleştirdik. Tam da ifade ettiğiniz gibi, bu kavram çok yanlış kullanılıyor. Hatta “işe alım safhasında mobbing olabilir mi?” gibi sorular dahi sorulabiliyor. Tabii, biliyorsunuz ki bunda basın da etkisi var. İş hukuku alanındaki haberler dikkat çekici oluyor ama bu haberleri yaparken ne kadar hukuki ne kadar doğru olduğu kısmıyla pek ilgilenilmiyor. Üstelik doğru olmayan haberler genellikle daha fazla ilgi çekiyor.

Engelleme iyi bir fikir olabilir, Hocam. Ancak yönetici farkındalık eğitimlerinde özellikle belirtiyoruz; belirli saatlerden sonra yazışmaların olmaması gerektiğini vurguluyoruz. Yöneticiler için bunu sağlamak mümkün oluyor, ancak bazen çalışanlar—buna da yorumunuzu almak istiyorum—çalıştıklarını göstermek adına, aslında mesai saatleri içinde yapılabilecek yazışmaları daha geç saatlerde ilettiliyorlar. “Bakın, bu saatte çalışıyorum” mesajını vermek istiyorlar. Belki bu da bizim toplumsal bakış açımızla ilgili. Deprem gibi

felaketlerde tüm kadroya hızlıca ulaşabilmek ve IT departmanına bağımlı olmamak için sistemin tamamen engellenmemesi gerektiğini düşünüyorum. Ancak, sizin belirttiğiniz uyarı yöntemi daha etkin bir çözüm olabilir.

Prof. Dr. F. Burcu Savaş Kutsal:

İtiraf edeyim, bugüne kadar uyarı yöntemini yok saydım. Çünkü e-posta ile sms bir değil kanımca. Cep telefonuna sms gelince ister istemez fark ediliyor, içeriği kimi zaman gözükme bile kimin gönderdiği gözüküyor. O an hemen zihinsel bağlantı kuruluyor. Acaba ne yazdı, ne oldu, ne bitti? vb. sorular sıralanıyor. Artık ulaşılabilir olmama, bağlantıyı kesme zedelenmiş hatta bitmiş oluyor. Kişi içeriğini görmese bile, ona bir müdahalede bulunulmamış gibi gözükse de aslında müdahalede bulunulmuş oluyor. Belki cep telefonu açısından iş telefonu-özel telefon ayrımı yapılabilir. İş telefonunun kapatılması, oradan ulaşılmasını gibi bir çözüm yaratılabilir. Bunun gibi çalışma gün ve saatleri dışında işyerine bağlanması engellenebilir.

Sizin de dediğiniz gibi bir de kendini gösterme gayesi var. Ama şunu da göz ardı etmemek gerekiyor: son dönemde sonuç bazlı performans değerlendirmesi önem arz ettiği için hızlı olmak aslında yüksek performansla ilişkilendiriliyor. Bir de ideal çalışan algısı hafife alınmamalı. İdeal çalışan kim? Her an ulaşılabilen, her istenileni hemen yerine getiren, 7-24 çalışmaya hazır olduğu gibi 7-24 kendisine verilen işi de layığıyla yerine getiren çalışan olarak tasvir edildiğinde ister istemez işçiler de böyle davranmak zorunda kalıyorlar. Bir de ulaşılabilir olmama hakkını kullanıp aleyhine bir sonuçla karşılaştığında işçi ne yapacak? Hakkını gereği gibi kullanamayacak. Aslında böyle bir beklenti olmamalı. Performans değerlendirilirken de çalışma gün ve saatleri içerisindeki performans dikkate alınmalı. Aksi takdirde hakkın kullanılmaz kılınması riski de gündeme gelecektir.

Prof. Dr. Yeliz Bozkurt Gmrkoğlu:

Haklısınız, Hocam. Bir de subjektif bazı değerlendirmeler olabildiği için—hatırlarsınız, pandemi döneminde meŖhur olmuŖtu—online toplantılara katılıp, konuŖmayacaksan bile mikrofona bir kez tıkla ki yneticin seni görsün’ anlayıŖı yaygınlaŖmıŖtı. Çünkü anketler gösteriyordu ki, gerçekten gözden irak olan, gönülden de irak oluyor. İlerleme ve kademe atlama bakımından bu durum, çalıŖanların geride kalmasına neden olabiliyor. Özellikle de, uzaktan alıŖmanın handikaplarından biri de bu aslında.

Toplumsal bakıŖ açısı gerçekten çok önemli. Pandeminin baŖında uzaktan alıŖmaya iliŖkin araŖtırma yaparken, hep AB kaynaklarına bakıp sosyal izolasyonu en büyük handikalardan biri olarak grmŖtm. Ancak sonra fark ettik ki, mühendislerimiz kafelerde bir araya gelip sosyal ortamlarını kurarak oldukça verimli alıŖabiliyorlar. lke dinamikleri, söylediğiniz gibi, düzenleme yapmak açısından çok önemli bir faktör ve burada sendikalara daha fazla rol yüklenmeli. Bu kadar hızlı geliŖen bir alanda en doğru bilgiyi aslında sosyal taraflar bilir.

Peki, sendikalar bu süreçte nasıl roller üstlenebilir? lkemizde bu konuda örnek bir uygulama var mı? Sendikaların gerekleŖtirdiđi alıŖmalar veya toplu iŖ szleŖmelerinde bu konulara yer verildiğine dair bir örnekle karŖılaŖtırdınız mı?

Prof. Dr. F. Burcu SavaŖ Kutsal:

Sendikalar, iŖyerlerinde bilinçlenme ve farkındalık sağlanması, gerekli kültür deęiŖiminin mümkün olduğunca gerekleŖtirilebilmesi için aktif rol üstlenebilirler. Nitekim bağıtladıkları toplu iŖ szleŖmelerinde hakka yer verebilirler, düzenleyecekleri mesleki amaçlı kurs, eğitim, konferans ve seminerler, yapacakları yayın faaliyetleri vb. faaliyetler vasıtasıyla farkındalık ve bilincin oluŖumuna katkıda bulunabilirler. İŖ hukukunun özel kaynaklarından toplu iŖ szleŖmelerinde

bu hakkı öngörebilirler. Nitekim ülkemizde bu yönde öncü adım BA-SİSEN tarafından atılarak Yapı Kredisi Bankası A.Ş. ile bağtlanan ve 1 Nisan 2021-31 Mart 2023 tarihleri arasında geçerli olan XIX. dönem toplu iş sözleşmesinin çalışma ilkelerini düzenleyen 17. maddesinde ulaşılabilir olmama hakkının açıkça yer alması sağlanmıştır²⁸. Sendika başkanının o dönem yaptığı açıklamalarda ulaşılabilir olmama hakkını uygulamayı toplu pazarlık yoluyla düzenlemek şeklindeki hedeflerini örgütlü buldukları diğer işletmelerde bağtlayacakları toplu iş sözleşmelerinde de gerçekleştireceklerini açıkça ifade ettiğini de görüyoruz²⁹. Bu öncü adımın diğer sendikalar açısından da rol modeli teşkil etmesi gerektiği gibi sadece toplu iş sözleşmeleriyle de sınırlı kalınmamalı, diğer serbest faaliyetler vasıtasıyla işçilerin eğitimlerine katkıda bulunulmalıdır.

28 Belirtilen madde düzenlemesi “İşin veya işyerinin gereklilikleri, hizmet ve işin devamlılığı, işin aciliyeti ve/veya fazla çalışmaya ilişkin yasal ve sözleşmesel düzenlemeler saklı kalmak kaydıyla, sendika üyelerinin belirlenen çalışma saatleri dışında bağlantıya geçme hakkını kullanarak telefon görüşmeleri yapma, e-postaları veya mesajları yanıtlama yükümlülüğü bulunmamaktadır” şeklindedir. Bkz. (https://www.basisen.org.tr/uploads/toplusozlesmeler/YAPI%20VE%20KREDI%C4%B0%20BANKASI%2019.%20D%C3%96NEM%20TOPLU%20%C4%B0%C5%9E%20S%C3%96ZLE%C5%9EMES%C4%B0_1427705050_20220309081724.pdf). Ayrıca belirtmelidir ki, aynı düzenlemeye XX. dönem toplu iş sözleşmesinin 17. maddesinde yer verilmiştir.

29 Söz konusu mesaj kısmen şu şekildedir: “...tüm dünyada gerek uluslararası sendikal hareket gerekse ulusal düzeyde (özellikle de Avrupa ülkelerinde) sendikalar; bir taraftan devletin yasal düzenlemelerle konuyu ele alması için çalışırken, diğer yandan uzaktan/evden çalışanların çalışma koşullarının toplu iş sözleşmeleriyle düzenlemesi ve uzaktan/evden çalışanların haklarını korumanın yollarını aramaya başlamışlardır. Evden çalışmanın yaygın olarak uygulandığı sektörlerin yer aldığı banka-finans ve sigorta işkolunda örgütlü bir sendika olan BASİSEN olarak bizler de ülkemizde ilk kez ve dünyada da henüz örneği çok azken konuyu toplu pazarlıklarımızda gündeme getirdik. Bu çerçevede ilk olarak toplu pazarlık sürecinde Yapı Kredi Bankası A.Ş. ile müzakerelerimizde uzaktan/evden çalışmayı ele alarak konunun toplu iş sözleşmesinde düzenlenmesini sağladık. Ayrıca yine aynı Banka Yönetimi ile birlikte bir de protokol oluşturduk. İnşallah gerek uzaktan çalışmanın getirdiği sorunları çözmeyi ve gerekse bağlantıya geçme (kesme) hakkını uygulamayı toplu pazarlık yoluyla düzenlemek hedefimizi önümüzdeki dönem yapacağımız diğer örgütlü bulunduğumuz işletmelerin toplu iş sözleşmelerinde gerçekleştireceğiz”. Mesajın tamamı için bkz. “Bağlantı Kesme Hakkının YKB Toplu İş Sözleşmesine Girmesini Sağladık”, (<https://www.basisen.org.tr/baskanin-mesaji-10355>).

Bir başka rol olarak ise müzakere rolü üstlenebilirler. Daha önce de belirttiğim üzere, tüm işyerleri açısından aynı yöntemin belirlenmesi mümkün değil, hak işyeri kültürü ve örgütlenme yapısına uyarlanmalı ki uygulanabilsin. Dolayısıyla, işyerlerinin kendi ihtiyaçlarına göre konuyu ele almalarına ve kendi iç politikalarını oluşturmalarına cevaz verilmeli. Böylelikle, işverenler kendi endüstriyel ihtiyaçlarına hizmet eden düzenlemeler geliştirmeye teşvik edilmiş olacaktırlar. Ancak öz düzenlemenin işçilerin lehine gözükmeyle beraber aslında esaslı bir koruma sağlamayan kuralların oluşturulması riskini de taşıdığı dikkatlerden kaçmamalıdır. Bu nedenle, Fransa ve İspanya'da olduğu gibi işverenlerin sosyal taraflarla yapacakları müzakereler sonucunda bir iç politika oluşturmaları öngörülmelidir. Ancak bu, sendikalaşmanın yoğun olduğu, toplu pazarlık kapsamının yüksek olduğu ülkelerde uygulanabilecek bir yöntemdir. Oysaki Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı 2024 Ocak ayı istatistikleri uyarınca ülkemizde işçilerin sendikalaşma oranı %15.22³⁰ gibi oldukça düşük düzeyde olduğundan bu rolün Türkiye açısından uygulanabilirliği henüz bulunmamaktadır³¹.

Yine daha önce belirttiğim üzere, ulaşılabilir olmama hakkının şekillenmesinde çalışanların kişisel durum ve tercihleri de belirleyici olduğundan, işçilerin yönetime katılması sağlanabilir. Ancak ülkemizde çalışanların işletme düzeyinde yönetime katılmalarını sağlayan genel bir düzenleme ve yönetime katılma modeli hâlâ mevcut değil. Bu nedenle, ülkemiz gerçekleri karşısında sosyal tarafların sadece farkındalık yaratmadan ibaret tek bir rolünden söz edebiliyoruz³².

30 Buna karşılık, 2024 yılı Temmuz ayı istatistiklerinde belirtilen oran daha da düşmüş ve %14.80 olarak belirlenmiştir (RG. 24.7.2024, S. 32611).

31 Ayrıntılı bilgi için bkz. Savaş Kutsal, s. 107-108.

32 Savaş Kutsal, s. 108-110.

Prof. Dr. Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu:

Evet Hocam, teşekkür ederim. Aslında bunu ayrıca bir soru olarak da size sormak istiyordum. Sendikalar denetimde de rol alabilir, ancak yetkili sendikanın temsilcisinin bulunduğu işyeri sayısı oldukça az. Bu noktada bir öneriniz var mı?

Siz de daha önce, işçilerin yönetime daha fazla katılımını sağlayacak bir modelin faydalı olabileceğini söylemişsiniz. Örneğin, işçi temsilciliği gibi bir mekanizma düşünülebilir. Pandemi döneminde de sizinle yaptığımız ortak çalışmalarda bunu tartışmıştık. Almanya’da kararların çok hızlı alınabilmesi ve işverenlerin büyük zorluklar yaşamaması, işçi temsilciliği mekanizmasının yerleşmiş olmasından kaynaklanıyordu. İşçi temsilciliğinin onayıyla hızla uzaktan çalışmaya geçildi, hangi hakların tanınacağı belirlendi, kimlerin işyerine gelip kimlerin gelmeyeceği kararlaştırıldı, yıllık izinlerin kullanılarak kullanılmayacağı gibi konular düzenlendi. İşçi temsilciliğinin sürece dâhil edilmesi, işveren açısından da bir güvenlik mekanizması oluşturuyor. Başlangıçta bu sisteme çok sıcak bakılmasa da zamanla faydaları daha net görülebiliyor.

Danışmanlık verdiğimiz bir işveren, Uluslararası Sendikalar Birliği’nin baskısı nedeniyle işyerinde mutlaka bir işçi temsilciliği mekanizması oluşturulmasını talep etmişti. Açıkçası, işveren ilk etapta bu fikre hiç sıcak bakmadı. Ancak kişisel deneyimime dayanarak söyleyebilirim ki, yapılan toplantılar sonucunda gelinen noktada işverenin bu mekanizmayı oldukça benimsediğini gördük.

İşçi temsilciliği sayesinde işyerindeki küçük şikayetler—örneğin yemeklerin fazla tuzlu olması gibi konular—çalışanlar tarafından doğrudan çözülebilir hale geldi. Bu da çalışma barışının gerçekten sağlanmasını sağladı. Ancak şunu da belirtmek gerekir ki, başlangıçta işveren bu sürece isteyerek değil, daha çok zorunluluktan dolayı dâhil olmuştu.

Prof. Dr. F. Burcu Savaş Kutsal:

Bazen de zorunluluk olması gerekiyor. Şimdi *Youtube* sorusunu okudum. *Volkswagen* örneğinde olduğu gibi katı (sert) yöntem uygulandığı zaman edilgen konuma geçiyorsunuz ve ulaşılabilir olunmama hakkı (*right to be disconnected*) gibi işçinin herhangi bir dahlinin, yetkisinin veya kararının bulunmadığı bir hak söz konusu oluyor. Yani hak kişiye kendisine rağmen verilmiş oluyor. İsteyen bu yöntemi de tabii ki *by pass* edebilir. Pekâlâ kendi çıktılarını alır, çalışır, kendi özel bilgisayarına aktarır, oradan çalışır. Aslında hiçbir yöntem dört dörtlük olmadığı gibi biri diğerinden üstün de değil.

Toplum gerçeği, işyeri örgütlenme yapısı ve kültürü vb. hususları göz önünde bulundurarak yöntemleri belirlemek lazım. Ama bazen de bazı gereklilikler, bazı mecburiyetler ayağımızı sürerek ilerlediğimiz yolda bizi itiyor, bize ivme kazandırıyor. Ondan sonra iyi ki olmuş diyebiliyoruz. Bunu da unutmamak lazım.

Prof. Dr. Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu:

Siz bu soruya zaten yanıt verdiniz, ancak YouTube'daki izleyicilerinizin **sorular** bölümünü okumamış olabileceğini düşünerek, onların adına ben de soruyu tekrar dile getirmek istiyorum:

“Volkswagen, 2011 yılında çalışanların akşam 6 ile sabah 7 arasında e-posta göndermesini durdurmayı öngören bir politika uygulamaya çalışmıştı, yanlış hatırlamıyorsam. Almanya’da birçok şirket için örnek alınabilecek bir düzenlemeydi. Böyle bir uygulama, işçiler açısından olumlu olarak değerlendirilebilir mi? Yoksa iradeleri dışında olması sorun yaratır mı?”

Burada, müsaade ederseniz, ben de şu soruyu yöneltmek istiyorum: *Böyle bir düzenleme işveren açısından da bir güvenlik mekanizması olabilir mi?* Son zamanlarda hibrit çalışma modellerinin yaygınlaşmasıyla birlikte şu soru sıkça karşımıza çıkıyor: *“Mesaiden sonra evde bilgisayar başında geçirdiğim süre, işverene gönderdiğim raporlar*

veya belgeler fazla mesai kapsamında değerlendirilir mi?” Bu noktada işverenler, çalışanların ulaşılabilir olmama hakkını koruyarak fazla çalışmayı önlemek adına ne gibi önlemler alabilir? İşverenlere yönelik bir öneriniz var mı? Sizce bu tür uygulamalar onlar için yararlı olabilir mi? Belki pop-up uyarıları ile hatırlatmalar yapılabilir ya da sistemde tamamen teknik bir engelleme uygulanabilir. Alternatif olarak, yöneticinin onayıyla sisteme giriş izni verilerek yalnızca zorunlu durumlarda çalışmaya izin verilebilir. Sizce işyerlerinde uygulanabilecek başka hangi yöntemler etkili olabilir?

Prof. Dr. F. Burcu Savaş Kutsal:

Ana bilgisayar sunucularının kapatılması ya da şirket internet erişiminin durdurulması olabilir. Bu yöntemde e-posta alışverişi keşilebiliyor. Çalışma saatleri dışında kimi zaman e-postalar birikiyor, sabah mesai başladığında hepsi bir anda ulaşıyor. Bazen ise e-postalar siliniyor. Ya da iş görmek için kullanılan şifreler bloke edilebiliyor.

Pandemi döneminde hatırlarsanız, ilk başta bu Zoom toplantıları çok popülerdi. Sonra ne oldu? “Zoom yorgunluğu” ortaya çıktı. Bunun üzerine birçok işyeri, haftanın bir gününü Zoom toplantısız gün olarak ilan etti³³. Bunu bir reklam hareketi olarak kullananlar da oldu.

Çalışma saati içerisinde bile ufak ayarlamalar yapılabilir. Örneğin, çevrim içi toplantılara günlük kota getirilebilir, sadece çalışma saatleri içerisinde olması öngörülebilir. Çalışanlar her e-postayı karbon kopyalayabilir (cc'lemeyebilir), sadece ilgili kişilere gönderebilirler. Yoğun bilgiye gereksiz maruz kalınmasına da engel olmak lazım. Zira sadece ulaşılabilir olmama hakkıyla ilgili değil, gün içerisinde oluşabilen yoğunluk da bir nebze hafifletilmeli. Aslında nörolojik olarak insan beyninde de sıkıntı yaratan bir durum. Yapılan araştırmaların sayısal verileri çarpıcı nitelikte. Örneğin, *Radicati*

33 Bu yönde bkz. (<https://www.diken.com.tr/zoom-toplantisiz-carsamba-politikasini-da-sonlandirdi/>); (<https://www.inbusiness.com.tr/sectorler/teknoloji/2022/09/22/enoctadan-pandemi-sonrasi-da-calisanlarina-tam-destek>).

Group tarafından gerçekleştirilen araştırmanın bulgularına göre, bir çalışan günde yaklaşık 125 (95 alınan, 30 gönderilen) e-posta alışverişinde bulunuyor³⁴. Gelen e-postalara cevap verme ve bunun süresi ile ilgili olarak yapılan araştırmalarda ise, bazı çalışanların işle ilgili e-postaları tuvaletteyken bile okuduklarını itiraf edecek kadar güçlü bir bağlantıda kalma dürtüsü hissettikleri, çalışanların %70'inin e-postaları aldıktan sonra altı saniye, %85'inin ise iki dakika içinde okumak üzere uygulamayı açtığı tespit edilmiş³⁵. Çalışanların kendileri de bunlara dikkat etmeli, işverenlerin vereceği eğitimlerde de bu hususlara temas edilmeli.

İşverenin de yöneticinin de bilinçli hareket etmesi lazım. Kaldı ki, yöneticiler astları için rol modeli de oluşturabildikleri gibi ulaşılabilir olmama hakkına ilişkin işyeri politikalarının uygulanmasında kilit rol de oynamaktadırlar. Bu nedenle, aslında eğitimlerde yönetici kadrosunda yer alanlara öncelik tanınması gerektiği bile söylenebilir. Böylelikle, saat dilimi farklılıklarına dikkat edilmesi, toplantıların tüm katılımcılar açısından sadece iş günlerinde ve çalışma saatlerinde planlanması, gerekmediği sürece çalışma gün ve saatleri dışında işle ilgili iletişime geçilmemesi daha kolay sağlanabilecek, hatta işyeri genelinde ulaşılabilir olmama ile ilgili proaktif bir yaklaşım benimsenmiş olacaktır. Sonuç olarak, teknoloji ne kadar gelişmiş olursa olsun işletmelerin sahip olduğu en önemli kaynağın insan olduğu gerçeği değişmediğinden, işverenlerin yine insana yatırım yapmaları gerekiyor.

Toplumsal hayatın gerektirdiği bazı kurallara bugünlerde pek uyulmuyor. Herkeste bir tahammülsüzlük var. Aslında eski

34 Fabienne Kéfer, "The Right to Disconnect: a Response to One of the Challenges Raised by the Digital Transition? European and Belgian Perspectives", Work in the Digital Era – Legal Challenges, XIII European Regional Congress of the International Society for Labour and Social Security Law, 5-7 May 2021, s. 435.

35 Eurofound, Working conditions Right to disconnect: Exploring company practices, 2021, s. 7, (<https://www.eurofound.europa.eu/en/publications/2021/right-disconnect-exploring-company-practices>).

değerlerimizi de unutmamak gerekiyor. Eski diyorum maalesef, ama aslında hoşgörü, tolerans, özen, dikkat, hassasiyet, karşılıklı fedakârlık, anlayış gibi mevcudiyeti tartışmasız değerler bunlar. Bir zamanlar iş hayatı bu değerlerle ilerliyordu. İşveren bir nevi baba gibi görülüyordu. Kurumsallaşma ile birlikte bunlar da sona eriyor. Ama insan bağıını koparmak gerçekten olayı çok mekanikleştiriyor. Tam bir verim elde edemezsiniz kanımca. Çalışan memnuniyeti dediğimiz şey önemli, evet. Ama parayla satın alamadığımız şeyler de var. Biraz Y kuşağı gerçekleri de olabilir bunlar, bilemiyorum.

Prof. Dr. Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu:

Evet, teşekkür ederim Hocam. Aslında son dönemde sadece iş yaşam dengesi açısından değil, genel olarak özel yaşam açısından da çok popüler olan konulardan bahsettiniz. “Çalınan dikkat”, hepimiz için önemli bir sorun haline geldi. Bu konuda dikkat yönetimi konusunda farkındalık kazanmasını hedefleyen kitapların okunması, e-posta ve sosyal medya kullanımının sınırlandırılması, “dopamin detoksu” gibi uygulamalar önerilmekte. İşyerlerinde de benzer yaklaşımlar uygulanabilir mi?

Prof. Dr. F. Burcu Savaş Kutsal:

Google’da örneğin çalışanlar için bilinçli farkındalık (*mindfulness*) eğitmenleri var. Başka imkânlar da sağlanabiliyor. Bazı işyerlerinde spor salonları mevcut. Çalışanlar işle bağlantılarını kesebilmek ve stres atabilmek için çıkabiliyorlar, yürüyüş yapabiliyorlar, spor yapabiliyorlar.

Bir görüşün de insanın tek bir hayatının olduğu, iş hayatıyla özel hayatın bıçakla keser gibi ayrılamayacağı yönünde olduğunu belirtmek isterim. Bu görüş, iş-yaşam dengesini yapay buluyor ve birinin diğerini etkilemesinin kaçınılmaz olduğunu, insanın hayatını neyle ve nasıl doldurulacağını kendisinin belirleyeceğini savunuyor.

Prof. Dr. Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu:

Hocamın vaktini çok aldım ama aklıma bir soru daha geldi. Pazartesi sendromu herkesin bildiği klasik bir durumdur; pazartesi günleri topluca e-postalar birikir. Yapılan araştırmalar, pazartesi günleri çalışanlarda kalp krizi riskinin bile daha yüksek olduğunu gösteriyor. *Bu durum, iş sağlığı ve güvenliği açısından bir risk teşkil edebilir mi? İşveren olarak çalışanların uyku düzenini de göz önünde bulundurmalı mıyım?* Bu konuyu da değerlendirmek gerekir mi diye düşündüm.

Prof. Dr. F. Burcu Savaş Kutsal:

Fransız öğretisinde verilen çok çarpıcı örnekler var. Bir tanesi şu şekilde: tamam e-postalar gelmesin, ulaşılabilir olunmasın. Bir hafta izne gidip geldikten sonra bir bakılıyor, e-posta hesabında 3.138 tane okunmayı bekleyen e-posta var³⁶. Bu korku ve endişeden dolayı katı yöntemi tercih etmeyen çalışanlar mevcut. Aslında o işçi yerine başkasıyla iletişime geçiliyor olmalı. Yani yetkinin de bir şekilde çalışanın yokluğunda başkalarına verilmesi gerekli. Sadece yokluklarında yaşanan gelişmeleri özetleyen e-posta gönderilmesi gerekli ve yeterli olmalıdır.

Mesela pazartesi sendromunu şiddetlendirmemek adına pazar günleri e-postalarımı bakmayı ve cevap yazmayı tercih edebiliyorum. Ya da en azından gelen e-postalara göz atıp programımı ayarlayabiliyorum. Kendimden verdiğim örnekte olduğu gibi, çalışanın serbest iradesine dayanan bu tarz davranışlar bakımından herhangi bir sorundan bahsetmek mümkün değil. Bununla beraber, iş hukukunun doğuşu ve gelişmesinin temelinde işçinin ekonomik ve hukuki/kişisel bağımlılığı gereği iş ilişkilerinde sözleşmeler hukukunun temel ilkelerinden “ tarafların eşitliği” ve “irade serbestisi”nden söz

36 Jean-Emmanuel Ray, “Grande accélération et droit à la déconnexion”, Droit Social, 2016, s. 912.

etmenin mümkün olmaması ve zayıf konumda olan işçinin korunması ihtiyacının yer aldığı unutulmamalı. Her ne kadar işveren karşısında eskisi kadar zayıf konumda bulunmasa ve müzakere gücü az olmasa da günümüz iş hukuku mekanizmalarının iş ilişkisinin taraflarını eşit konuma getirdiğini, işçinin iradesini tam olarak koruduğunu söylemek hâlâ mümkün değil. Bu nedenle, işçinin iradesini çok iyi değerlendirmek lazım. Bu nedenle, işçinin rızası ile hakka müdahale hiçbir şekilde mümkün kılınmamalıdır.

Prof. Dr. Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu:

Kendi çalışma anlayışım açısından, e-postaların birdenbire yığılmasındansa bana kademeli olarak ulaşmasını ve istediğim anda kontrol edebilmeyi tercih ederim. Ancak, işverenin beni arayarak doğrudan müdahale etmesini önlemek de önemli. Öte yandan, işyeri iletişimi konusunda çalışanlara tercih hakkı tanınmalı. Örneğin, tüm e-postaların aynı anda gelmesi yerine alternatif bir sistem sunulabilir. Çalışanların aranması veya toplantıya çağırılması gibi konularda ise kesin bir ulaşılama kuralı getirilebilir. Ancak, belki de sizin de benim de benimsediğimiz bir yöntem olarak, iletişimi tamamen kesmek yerine daha esnek bir model geliştirilebilir.

Bir de şunu sormak istiyorum Hocam: Hak sahipliği açısından bir sınırlama söz konusu olabilir mi? Örneğin, üst düzey yöneticiler fazla mesai konusunda farklı bir değerlendirmeye tabi tutulduğu gibi, bu konuda da farklı bir düzenlemeye tabi olabilir mi? Ne dersiniz?

Prof. Dr. F. Burcu Savaş Kutsal:

Hak sahipliğinden bahsederken genellik ilkesinin benimsenmesi gerektiğini, dolayısıyla ulaşılabilir olmama hakkının tüm işyerleri ve tüm bağımlı çalışanlar açısından öngörülmesi gereken bir hak olduğunu ifade ettim. Fakat, üst düzey yöneticiler açısından farklı yönde kabul ve uygulamalar da mevcut³⁷.

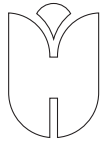
37 Ayrıntılı bilgi için bkz. Savaş Kutsal, s. 115-117.

Yabancı öğretilerde bir görüş, üst düzey yöneticilerin ihtiyaç duyulduğunda ulaşılabilir olmaları gerektiğini, bu nedenle ulaşılabilir olmama haklarından bahsedilemeyeceğini savunuyor, hatta Avrupa genelinde işletme düzeyinde oluşturulan iç politikalar bu kişileri hakkın kapsamı dışında tutuyor. Fakat belirtilen görüş ve uygulamanın ülkemiz açısından isabetli olduğunu söylemek kanımca doğru değil. Çünkü, Yargıtay'ın istikrar kazanmış, yerleşik bir görüşü var: üst düzey yönetici olarak nitelendirdiği kimi işçiler fazla çalışma yapsalar bile bunu fazla çalışma olarak nitelendirmiyor ve karşılığında ücret talep edemeyeceklerine karar veriyor. Herhangi bir yasal dayanak olmadan ulaşılabilir olmama hakkı açısından da aynı şey söylenebilir mi?

AB'de ve yabancı öğretilerde neden böyle bir görüş var ya da bazı ülkelerde neden böyle uygulamalarla karşılaşılıyor? 2003/88 sayılı Çalışma Sürelerinin Belli Yönlerinin Düzenlenmesine İlişkin AB Yönergesi m. 17 hükmünde, görülen işin belirli özellikleri nedeniyle çalışma süresinin ölçülmediği ve/veya önceden belirlenmediği ya da işçilerin kendileri tarafından belirlenebildiği durumlarda ve özellikle yönetici işçiler veya özerk karar alma yetkisine sahip diğer kişiler söz konusu olduğunda Yönergenin sınırlı sayıda belirtilen maddelerinden üye devletler tarafından istisna kılınabilecekleri öngörülmüş durumda. Yeter ki, bu nitelikteki düzenlemeler iş sağlığı ve güvenliği ilkelerine uygun olsun. Üye devletlerin ayrık düzenlemeler getirebilecekleri maddeler ise 3, 4, 5, 6, 8 ve 16. maddeler olup bunlar sırasıyla “günlük dinlenme”, “ara dinlenmeler”, “hafta tatili”, “haftalık çalışma süresi”, “gece çalışması” ve “referans dönemler”e ilişkin düzenlemeler. Yönergede fazla çalışma ayrı bir maddede düzenlenmemiş olmakla beraber 6. maddede haftalık azami çalışma süresinin içinde fazla çalışma süresinin de bulunduğu açıkça belirtilmiş. Dolayısıyla, üst düzey yöneticiler üye devletler tarafından bu hükümden istisna tutulduklarında otomatik olarak fazla çalışmaya ilişkin

sınırdan da muaf oluyorlar. Buna karşılık, Yönergede yıllık ücretli izin hakkı bakımından herhangi bir sapmaya imkân tanınmamış. Daha açık ifadeyle, “yıllık izin” kenar başlıklı 7. madde, Yönergenin 17. maddesinde üst düzey yöneticiler için sapma yapılabilecek maddeler arasında sayılmamış. Dolayısıyla, her işçiye olduğu gibi üst düzey yöneticilere de ulusal mevzuat ve/veya uygulama tarafından belirlenen izne hak kazanma ve bu iznin verilmesine ilişkin koşullara uygun olarak, en az dört haftalık ücretli yıllık izin hakkının sağlanması gerekiyor.

Belirtilen şekilde ayrı ve açık düzenlemeler ihtiva etmeyen hukukumuz açısından, üst düzey yöneticilerin dinlenme haklarının da diğer işçilerden farklı değerlendirilmesi gerektiğini söylemek ve ulaşılabilir olmama haklarının olmadığını savunmak; konumları, görev ve yetkileri gereği 7/24/365 çalışma kültüründen en çok etkilenen bu kişileri hem dinlenme hem de özel yaşama saygı haklarından yoksun kılma riskini de beraberinde getiriyor. Hatta üst düzey yönetici konumu gereği kişinin iş sözleşmesinin tarafı olması ile birlikte özel yaşamından feragat ettiği gibi bir sonuç bile ortaya çıkabiliyor ki, bunun bugün konuştuğumuz çalışma hayatının gerçekleri ve daha da önemlisi insan hakları ile bağdaşan yönünün olmadığı tartışmasızdır.



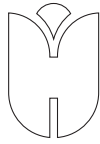
Kapanış

Prof. Dr. Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu:

Bütün soruları yanıtladınız, kıymetli Hocam. Size çok teşekkür ediyorum. Kaleminizden, kitaplarınızdan okumak zaten büyük bir zevkti, ancak merak ettiğim konuları bizzat sizin ağzınızdan dinlemek de benim için ayrı bir kıymet taşıyor. İzleyicilerimiz açısından da konunun yeterince açıklığa kavuştuğunu düşünüyorum. Eğer hâlâ açıklığa kavuşmayan noktalar varsa, Hocamızın yayınlarına başvurabileceklerini de hatırlatmak isterim.

Ayrıca, bizim davetimizi kabul ettiğiniz için de tekrar teşekkür ederim. Umarım moderatörlük görevimi layıkıyla yerine getirebilmişimdir. Eğer sürç-i lisan ettiysem, sizden ve izleyicilerimizden özür dilerim.

Son olarak, UHAM Müdürümüz Dr. Gülnihal Ahter Yakacak Hocamıza tekrar teşekkür ederek yayınımızı burada sonlandırıyor ve herkese iyi günler diliyorum.



İNSANA YAKIŞIR İŞ SERİSİ II:

İşe Alımda Algoritmik Ayrımcılık

23 Temmuz 2024

Moderatör: Prof. Dr. Muharrem Kılıç

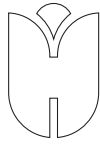
Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Başkanı

Konuşmacı: Prof. Dr. Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu

İbn Haldun Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İş ve Sosyal Güvenlik Anabilim Dalı





Açılış

Dr. Öğr. Üyesi. Gülnihal Ahter Yakacak:

İbn Haldun Üniversitesi Uluslararası Hukuk ve İnsan Hakları Merkezi tarafından düzenlenen “İnsana Yakışır İş” temalı etkinlik serimizin ilk programı, “İnsana Yakışır İş’in Bir Gereği Olarak İşçinin Ulaşılabilir Olmama Hakkı” başlığıyla gerçekleştirilmiştir. Bu değerli etkinlik, Bahçeşehir Üniversitesi’nden Prof. Dr. Burcu Savaş Kutsal’ın katkılarıyla başarılı bir şekilde yürütülmüştür.

Bugün ikincisini gerçekleştireceğimiz webinardaki konuklarımız, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Başkanı Prof. Dr. Muharrem Kılıç ve serimizin meydana gelmesine büyük katkıları olan Sayın Hocamız Prof. Dr. Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu’dur. Hocalarımıza verdikleri destekten ötürü çok teşekkür ederiz. Ben sözü Sayın Başkanım Prof. Dr. Muharrem Kılıç’a bırakmak istiyorum. Buyurun Hocam.

Prof. Dr. Muharrem Kılıç:

Sevgili Hocam, öncelikle nazik davetiniz için içtenlikle teşekkür ederim. Bu önemli ve anlamlı konuyu gündeme taşıyarak böyle bir imkân sağladığınız için sizleri yürekten tebrik ve takdir eder, katkılarınız ve misafirperverliğiniz için en derin teşekkürlerimi sunarım. İbn Haldun Üniversitesi ile olan iş birliğimiz çerçevesinde Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu olarak ortak çalışmalara ve faaliyetlere imza atıyor olmanın da gururunu taşıyorum.

Sevgili Gülnihal Hocam ve çok kıymetli Yeliz Hocam ile geçen ay yapmış olduğumuz temaslar doğrultusunda, iş birliğimizi daha da artırma ve ortak faaliyetlere imza atma noktasında görüş birliğine

vardığımızı, müzakere ettiğimizi bu vesileyle ifade edeyim. Gerçekten çok önemli bir konu ve bir anlamda çalıştaylar ya da webinarlar serisini başlatmışsınız, kutluyorum.

Ayrımcılık meselesi sadece işyerinde ya da istihdamda algoritmik ayrımcılıkla sınırlı değildir. Genel anlamda Türk ulusal hukuku ve mevzuatı çerçevesinde baktığımız zaman ayrımcılık konusunun en spesifik biçimde belli bir müeyyideye bağlandığını, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu'nun gerek teşkilat yasası gerek bir insan hakları ve eşitlik yasası olarak 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nun düzenlendiğini ifade edebilirim.

6701 sayılı Kanun'da, yasa koyucu tarafından on beş adet temel baz alınmış ve çerçevesi çizilmiştir. Bu çerçevede Kurumumuz, bir eşitlik kurumu sıfatıyla ayrımcılıkla mücadele noktasında başvurular almaktadır. Bireysel başvuru hakkı, gerek tüzel kişiler gerek gerçek kişiler açısından bir hak ihlali söz konusu olduğunda devreye girmektedir. Literatürde bu durum, insan haklarının yatay etkisi olarak kavramsallaştırılmaktadır. Diğer bir anlatımla, bir gerçek kişinin başka bir gerçek kişiye karşı da hak ihlali gerçekleştirebileceği fikrine dayanmaktadır. Bu noktada Kurumumuz; cinsiyetle başlamak üzere medeni hale ve engellilik durumuna varıncaya kadar belirlenmiş temeller çerçevesinde hak ihlali başvuruları almaktadır ve bu alanda yaptırım yetkimiz de söz konusudur. Yeniden değerlendirme oranına göre Kurulumuz tarafından 2024 yılında ayrımcılık yasağının ihlali tespit edilmesi halinde, 141.934 Türk lirası tutarında idari para cezası yaptırımını da uygulanmaktadır.¹

Sevgili Hocama az sonra söz vereceğim. Yeliz Hocam serinin ikinci toplantısında sunumlarını gerçekleştirecekler, sonrasında soru

1 27/11/2024 tarihli ve 32735 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği (Sıra No:574) ile yeniden değerlendirme oranı 2024 yılı için %43,93 olarak tespit ve ilan edilmiştir. Bu kapsamda, ayrımcılık yasağının ihlali halinde Kurulumuz 1/1/2025 tarihi itibarıyla 13.588 Türk lirasından 204.285 Türk lirasına kadar idari para cezası uygulama yetkisine haizdir.

cevap alacağız. Özellikle dijitalleşmenin giderek yaygınlaşması ve küresel ağların toplumsal dokunun neredeyse her hücreğine nüfuz etmesiyle birlikte, dünya artık yalnızca bir köy metaforuyla açıklanamayacak bir hâle gelmiştir. Dijitalleşme, yoğun bir etkileşim ortamı ve karmaşık bir ağ yapısı oluşturarak bireyler arasındaki bağlantıları daha da güçlendirmiştir. Bu “ağ toplumu” içinde, herkesin her şeyle ve her kişiyle sürekli bir irtibat hâlinde olduğunu söylemek mümkündür. Bu bağlamda, dijitalleşmenin sunduğu olumlu ve faydalı kazanımları da vurgulamak gerekir. Bu anlamda dijitalleşme hem sosyo-ekonomik hem kültürel hem de ekonomik açıdan önemli fırsatlar sunarak ciddi kazanımlar vadetmektedir.

Öte yandan dijitalleşmenin bazı yönlerden, özellikle eşitlik hukukunun ve toplumsal sosyal adaletin gerekli kıldığı düzen ve ilkeler açısından birtakım yıpratıcı, ihlal edici durumları da ortaya çıkardığını rahatlıkla söyleyebiliriz. Bunlardan bir tanesi de ayrımcılık meselesidir. Özellikle yapay zekâ uygulamaları ve algoritmalar üzerinden bireylerin istihdam süreçlerinde maruz kaldığı ayrımcılıklar bu çerçevede değerlendirilebilir. Eşitlik ilkesine aykırı olan bu durumlar; cinsiyet, ırk gibi temellere dayanarak ortaya çıkabilmektedir. Ben birkaç makalemde de buna değinmişim. Mesela Amerika Birleşik Devletleri’nde dava konusu da olan bir olayda; küresel bir firmanın istihdamda bir yapay zekâ, bir algoritmik yazılım üzerinden istihdam politikasını icra etmesi, bir dönem için ne yazık ki o ülkedeki siyahilerin ve kadınların ayrımcılığa uğradığını gösteren bir tabloyla bizleri karşı karşıya bırakmıştır. Dava konusu olunca ilgili küresel firmanın bu noktada geri adım attığını görüyoruz ama tabii ki bu giderek daha da yaygınlaşacaktır. Dünya; insan faktörünün devre dışı kaldığı, daha çok yapay zekâ uygulamalarının ve dijital imkanların devreye girdiği bir döneme doğru evriliyor ve çok hızlı bir biçimde geliyor. Bu açıdan bu riskler gerçekten yüksek risklerdir.

Biz de Kurum olarak istihdam noktasında, özellikle cinsiyet temelli ayrımcılıklara iliŖkin vermiŖ olduğumuz kararlarımız söz konusudur. Belki soru-cevap kısmında bu konuya daha ayrıntılı değinme fırsatı bulurum. Ŗimdi sevgili Yeliz Hocamdan konuya iliŖkin sunumunu dinleyeceğiz. YaklaŖık bir saat içerisinde tamamlamayı planladığımız bu oturumda, sunumun ardından değerli katılımcılarımızın sorularını alarak yanıtlamaya alıŖacađız. Sevgili Hocam, söz sizde. Buyurun lütfen.

Prof. Dr. Yeliz Bozkurt Gmrukoğlu:

Sayın BaŖkanım, kıymetli katılımcılar, değerli UHAM Müdürümüz, hepinizi öncelikle saygıyla selamlıyorum. “İnsana YakıŖır İŖ” serisinin ikincisinde iŖe alımda algoritmik ayrımcılığı konuŖuyoruz. Bu toplantı Türkiye İnsan Hakları ve EŖitlik Kurumu’nun iŖ birliğiyi gerekleŖtiriliyor. Bu nedenle bizim için oldukça önemli. Kıymetli BaŖkanım nezdinde tüm kurum alıŖanlarına ve kendilerine tekrar teŖekkür ediyorum. Kendisinin moderatörlüğünde konuyu ele almak benim için çok keyifli, çok büyük bir Ŗans. Ama diğer yandan da bir heyecan sebebi oldu. Zira kendisinin hem akademik alıŖmaları var konuya iliŖkin, hem de BaŖkanımın kurumdaki misyonu nedeniyle belki de konuyu en iyi bilenlerden birisi. Ben umarım hata yapmadan konuyu ele alabilirim.

İşe Alımda Algoritmik Ayrımcılık

Prof. Dr. Yeliz Bozkurt Gümrukçüoğlu*

Algoritmalar ayrımcı olabilir mi?² Aslında uzunca bir zamandır biz bu soru üzerine düşünüyörüz. Hatta özellikle de Filistin’le ilgili mesele sonrasında konu daha çok gündeme gelmeye başladı. Ben her ne kadar iş hukuku boyutunda konuyu ele alacaksam da özellikle sosyal medyada uygulanan algoritmalar belirli seçimler üzerinden işliyor ve aslında bireylerin görüşlerini, fikirlerini bir nevi yönlendiriyor diyebiliriz. Hepimiz, bir dijitalleşme panoptikonunun içerisinde yaşıyoruz. Gerek kişisel görüşlerimiz gerek fikirlerimiz gerek ise kimliğimizle çok fazla göz önündeyiz. Yapılan araştırmalar gösteriyor ki, pek çok ülkede algoritmaların ayrımcı olabilmesine ilişkin aslında tereddütler var. Fakat özellikle insan kaynakları alanında Türkiye’de yapılan çalışmalar, algoritmalara karşı duyulan güvenin nispeten daha yüksek olduğunu göstermekte ki, algoritmalara sanki biz biraz daha fazla güveniyoruz. Bireyin devre dışı bırakılması, sanki daha tarafsız, daha doğru ve daha önyargısız bir seçimmiş gibi algılanabiliyor. Oysa

* İbn Haldun Üniversitesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, Özel Hukuk Bölüm Başkanı.

2 Algoritmik ayrımcılık konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Yeliz Bozkurt Gümrukçüoğlu ve Gülnihal Ahter Yakacak, “Yapay Zekânın İşe Alım Süreçlerinde Kullanımı ve Algoritmik Ayrımcılık”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 72, S.4, 2023, s. 1701 – 1757; Murat Engin ve Başak Ozan Özparlak, “İşe Girişte Yapay Zekâ ve Ayrımcılık”, içinde *Hukuk Perspektifinden Yapay Zeka*, ed. Erdem Büyüksağış, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul, 2022; Gülsevil Alpagut Ve Aybüke Karaca Yağcı, “İşyerinde Yapay Zekâ Uygulaması ve Ayrımcılık”, *Sicil İş Hukuku Dergisi*, C.2, S. 49, 2023, s. 11-44.

durum böyle değil. Makineler, teknoloji ve algoritmalar doğası gereği önyargısız değildir, çünkü hepsinin arkasında insan etkisi vardır.

Konunun anlaşılabilmesi için öncelikle bazı kavramlara açıklık getirmekte yarar olduğunu düşünüyorum. Algoritmik önyargı ile algoritmik ayrımcılığı birbirinden ayıracak olursak, algoritmik önyargı aslında sistemin doğal bir parçasıdır.³ Bazen bu önyargılar istatistiksel temellere dayanır ve algoritmanın işleyebilmesi için gerekli olabilir. Örneğin, portakal ile armut arasında ayırım yapması gereken bir makine, belirli bir noktadan sonra yuvarlak ve turuncu nesnelere otomatik olarak portakal olarak etiketlemeye başlar. Bu tür bir önyargı, sistemin işleyişinin bir sonucudur. Ancak, eğer bu önyargı toplumsal ayrımcılık temelleriyle ilişkilendirilebilecek bir hâl alırsa, bu noktada algoritmik ayrımcılığa dönüşebilir.

İstatistiksel önyargı, genellikle algoritmik ayrımcılığın olası nedenlerinden biri olarak karşımıza çıkar. Bu önyargı, tahmini bir parametre ile gerçek değerler arasındaki farkı hesaplamak için kullanılan algoritmanın doğru ölçüm yapamamasından kaynaklanır. Örneğin, kişi başına düşen gayri safi yurt içi hasılanın ölçümünde, gelir dağılımındaki eşitsizliklerin hesaba katılmaması veya kadın ya da erkek olmanın algoritmada bir önyargı unsuru olarak öne çıkması bu duruma örnek olarak gösterilebilir. Ancak, bu tür durumların her biri doğrudan ayrımcılık olarak değerlendirilmez.⁴ Mesela ne olabilir? Bir müzik listesi, bir çalma listesi oluştururken kadın ya da erkek olduğumuzu dikkate alabilir algoritma. Ama burada bir ayrımcılıktan bahsedebilir miyiz? Bahsedemeyiz.

Ayrımcılık dediğimiz hallerdeyse fark nedir? Kanaatimce, aslında algoritmik ayrımcılık yeni bir ayrımcılık biçimi değil. Sadece

3 Bozkurt Gümrükçüoğlu ve Yakacak, s. 1719; Xiaomeng Wang, Yishi Zhang ve Ruilin Zhu, "A Brief Review on Algorithmic Fairness", *Management System Engineering*, C.1, S.1, Kasım 2022.

4 Bozkurt Gümrükçüoğlu ve Yakacak, s. 1719.

dijitalleşmenin ortaya koyduğu bir yöntem, bir tür diyebiliriz veya mevcut önyargıları, ayrımcılığı daha da kuvvetli bir şekilde, daha sistemli bir şekilde görmemize neden olan bir durum diyebiliriz. Çünkü zaten algoritmik ayrımcılıkta da aslında ayrımcılık temellerine dayalı ön yargılarla bağlantılı farklı işlemler söz konusu. Ama ne olması gerekiyor bizim buna ayrımcılık diyebilmemiz için? Ayrımcı sonuçlara yol açan kararlar alınmasında algoritmik ön yargının etkili olması gerekiyor. Bu noktada neler olabilir? Özellikle profil oluşturma uygulamaları ayrımcılığa yol açabilir. Çünkü bu sistemler o kadar etkin çalışıyor ki, bazı durumlarda işe alımla ilgili örneklerde olduğu gibi belirli kalıpları otomatik olarak oluşturabiliyorlar. Aslında bu konuyu işe alım süreçlerinde ele almayı düşünmüştüm, ancak burada da zikredilebilir. Örneğin, sosyal medya verilerimizi kazıyarak hangi şarkıcıları dinlediğimizi analiz edebiliyor ve hatta bunu, ne kadar entelektüel olup olmadığımızı sınıflandırmak için kullanabiliyor. Ancak, bu gibi değerlendirmeler mevcut hukuk sisteminde korunan ayrımcılık temelleri içinde yer alıyor mu? Hayır, almıyor. Örneğin, bir algoritmanın belirli bir şarkıcıyı dinleyen bir kişiyi yeterince entelektüel bulmaması gibi bir durum söz konusu olabilir. Ancak burada hukuken korunan bir ayrımcılık temeli var mı? Ya da bu durum doğrudan ayrımcılık temelleriyle ilişkili mi? Bu ayrı bir tartışma konusudur. Burada esas soru şu olmalıdır: Ayrımcılık kavramını bu kadar genişletmeli miyiz? Ya da böyle bir değerlendirme gerçekten ayrımcılık olarak kabul edilmeli mi? Örneğin, çevrim içi oyun oynayan kişileri belirli bir kategoriye sokmak da benzer bir durum oluşturabilir.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, algoritmik ayrımcılığın çok farklı sebepleri olabilir. Bilinçli ya da bilinçsiz bir şekilde ortaya çıkabilir. Bilinçli olarak önyargılı bir algoritma tasarlamak, örneğin bir işverenin işe alım ilanını yalnızca kadınların, yalnızca erkeklerin ya da daha spesifik olarak yalnızca 25-35 yaş arasındaki bekar kadınların görmesini

istemek, bilinçli olduğu anlamına gelir.⁵ Bu durumda, bilinçli bir Ŗekilde önyargılı bir algoritma tasarlandığından söz edebiliriz. Ancak, bilinçli tasarlanmanın dıŖında, algoritmaları geliŖtirenler de sonuçta insandır ve kendi önyargıları farkında olmadan da sisteme yansiyabilir. Bu durumda bilinçsiz bir önyargı söz konusu olur.⁶ BaŖkanımın verdiği örnekte olduğu gibi, algoritmalar bazen bilinçsiz olarak da ayrımcılığa yol açaabilir. Örneğin, algoritmayı tasarlayan kiŖi sürekli olarak üst düzey yöneticilerin veya baŖarılı çalıŖanların beyaz ve erkek olduğu örneklerle karŖılaŖtıysa, kendisine tanıtılan görseller hep bu doğrultuda Ŗekillendiyse, farkında olmadan bilinçsiz bir algoritmik ayrımcılık ortaya çıkabilir. Bu durumda algoritma, diğer grupları yeterince temsil etmeyen ya da yanlış kategorize eden sonuçlar üretebilir.

Bunun nedenleri baŖka neler olabilir? Çok çeŖitli nedenleri olabilir. Bir yandan algoritmik sistemlerin çalıŖabilmesi için çok büyük miktarda veriye ihtiyaç duyuluyor ve Ŗirketler de bu verileri elde etmek amacıyla ciddi yatırımlar yapıyor. Ancak Ŗirketler her zaman yüksek kalitede, güncel ve doğru veriler kullanmak yerine, bazen kalitesiz ya da güncel olmayan verilere de baŖvurabiliyor. Bu durum, algoritmik önyargı ve ayrımcılığın ortaya çıkmasına yol açaabilir. Öte yandan, kalitesiz ya da güncel olmayan verilerin kullanımı, bilinçsiz bir algoritmik ayrımcılık sebebi haline gelebilir. Bu noktada, programları kullanan iŖverenlerin de bir sorumluluğu olup olmadığı da değerlendirilmelidir. KiŖisel kanaatim bu yazılımları kullanan, bunlara talimat veren ya da verdiği talimatın dıŖında, ayrımcılık teŖkil eden durumları yeterince denetlemeden uygulamaya devam eden iŖveren açaısından hukuki bir sorumluluk alanının doğabileceği

5 Janneke Gerards, ve Frederik Zuiderveen Borgesius "Protected Grounds and the System of Non-Discrimination Law in the Context of Algorithmic Decision-Making and Artificial Intelligence". *Colorado Technology Law Journal*, C. 20, Kasım 2022, s. 1-66; Alman Hukuku'nda AGG § 3/II ye göre bunun dolaylı ayrımcılık teŖkil edeceği kabul edilmektedir. Anne Lauscher ve Sarah Legner, "Künstliche Intelligenz und Diskriminierung", *ZfDR*, no. 4, 2022, s. 375.

6 Bozkurt Gümrükçüoğlu ve Yakacak, S. 1721; Güzel, Ugan Çatalkaya ve Heper, s. 55.

yönündedir. Tamamen bilinçsiz olduğu ve algoritmanın tasarımındaki kontrolden haberdar olmadığı için birini sorumsuz olarak nitelendiremeyiz. İşverenin özen yükümlülüğü ve denetim sorumluluğu çerçevesinde sorumluluğu gündeme gelecektir. Avrupa Birliği'nin Yapay Zekâ Yasası'na ilişkin gelişmeler de bu durumu açıkça ortaya koyuyor.⁷

Ayrımcılık türlerine baktığımızda, detayına fazla girmeyeceğim ancak doğrudan, dolaylı veya çoklu ayrımcılık gibi farklı türlerle karşılaşabiliriz.⁸

Peki, bunun iş hukuku ile ilişkisi nedir? Neden iş hukuku bağlamında bu konuyu tartışmaya başladık? Algoritmik ayrımcılık nasıl değerlendirilmelidir?

Algoritmik yönetim, özellikle pandemi sonrasında ve yeni çalışma biçimleriyle—uzaktan çalışma, platform çalışması gibi modellerle—hayatımıza girdi ve oldukça etkili bir şekilde uygulanmaya başladı.

Algoritmik yönetimi iş ilişkisi bağlamında, işe alımda, ücretlendirmede, görev dağılımında, çalışanların denetim ve izlenmesinde, performans süreçlerinde ve iş ilişkisini sona erdirmeye kararlarının alınmasında da aktif olarak görüyoruz. Aslında bir nevi şunu söyleyebiliriz: İşveren, yönetim yetkisini algoritmalara devretmiş gibi görünüyor ve süreci bu sistemler üzerinden yürütüyor.

Bu durumun en yaygın olduğu alanların başında insan kaynakları uygulamaları geliyor.⁹ Özellikle İK departmanlarının en sık kullandığı alanlardan biri de işe alım süreçleri. Hatta insan kaynakları uzmanları, “Yapay zekâ bizim için yeni bir dönem, yeni bir çığır açtı.

7 Yasa'nın tam metni için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2024/1689/oj>

8 Bozkurt Gümrükçüoğlu ve Yakacak, s. 1719.

9 Ayrıntılı bilgi için bkz. Wael Abdulrahman Albassam, “The Power of Artificial Intelligence in Recruitment: An Analytical Review of Current AI-Based Recruitment Strategies”, *International Journal of Professional Business Review*, C. 8, S. 6, Haziran 2023, s. 5.

Bunu adeta yeni bir yüzyıl olarak değerlendiriyoruz.” diyerek, yapay zekânın kullanımının ne kadar yaygınlaştığını vurguluyor.

İnsan kaynakları açısından algoritmik yöntemler ve yapay zekâ, işe alım süreçlerinde çeşitli aşamalarda kullanılabilir. Bir iş ilanının hazırlanması ve yayınlanmasında bu teknolojilerden yararlanılabilir. Ayrıca, pasif adayların profillenmesi ve sürece dahil edilmesi aşamalarında da etkin bir şekilde kullanılabilir. İnsan kaynakları kapsamında sosyal medya taramaları, adayların sıralanması ve elenmesi süreçlerinde, bilgi ve beceri değerlendirmelerinde, kişilik testlerinde ve mülakat aşamalarında yapay zekâ önemli bir rol oynayabilir. Pasif adayların sürece dahil edilmesi, doğrudan iş aradığını belirtmeyen, özgeçmişini yayınlamayan veya “iş arıyorum” demeyen kişilerin sosyal medya verilerinin toplanarak profillenmesi ve bu profillerin şirketlerin veri tabanlarına eklenmesi anlamına gelmektedir. Sosyal medya taramaları kapsamında, bireylerin sosyal ağlarındaki arkadaşları, mesleki çevreleri, yaptığı paylaşımlar, siyasi görüşleri, beğendiği içerikler, seyahat ve eğlence tercihleri gibi veriler, herhangi bir sınırlama getirilmediği takdirde toplanabilir ve kullanılabilir.

Mülakat süreçlerinde de yapay zekâ aktif olarak kullanılmaktadır. Günümüzde yapay zekâ, adayları o kadar detaylı bir şekilde değerlendirebilmektedir ki, geçmişte yalnızca kişinin fiziksel görünümü, cinsiyeti, yaş gibi açık önyargılara dayalı ayrımcılık tartışılırken, artık bunun çok daha ötesine geçme ihtimali bulunmaktadır. Çünkü yapay zekâ, mülakat sırasında yüz ifadeleri, jestler, ses tonu ve verilen yanıtlar gibi birçok unsuru analiz edebilmektedir.¹⁰ Örneğin, bir algoritma, sözcük seçimleri, dil kullanımı, ses tonu, ifade biçimi vb. pek çok unsuru bir arada analiz ederek adayın belirli bir etnik kökenden olup olmadığını tespit edebilir. Ayrımcılık bu halde daha gizli ve görünmez bir hal alabilmektedir.

10 Bozkurt Gümrükçüoğlu ve Yakacak, s. 1711.

Sıralama ve eleme süreçlerinde de yapay zekâdan yararlanılabilmektedir. Toplanan verileri analiz ederek adayları otomatik olarak puanlandırıyor ve en uygun adayları listeleyebiliyor. Benzer şekilde, beceri ve kişilik testleri de bu süreçte kullanılabilir. Ancak, bu testler aracılığıyla adayın normalde bilmediğimiz ve bilmememiz gereken, ayrımcılığa yol açabilecek özel nitelikli verilerine de erişim sağlanabilir. Zira bireyin psikolojik durumu, duygusal eğilimi, sağlık verileri dolaylı yollarla elde edilebilmektedir. Bir yandan kişisel verilerin korunması hukuku bağlamında ihlal ortaya çıkarken diğer yandan da dolaylı ayrımcılık riski bu çıkarımların yorumlanması durumunda söz konusu olabilmektedir.

Algoritmik ayrımcılık ve bunun etkileri sıkça iş ilanları aşamasında gündeme gelmiştir. Örneğin, Danimarka İnsan Hakları Enstitüsü, Facebook platformunda yapılan bir tespit, yalnızca erkeklere yönelik seçici iş ilanlarının yayınlanabildiğini ve şirketlerin bunu yapabildiğini ortaya koymuştur. Seçilen ilanlar arasında yalnızca 25-35 yaş aralığındaki erkeklerin hedeflendiği görülmüştür. Facebook, bu konuda en kötü geçmişe sahip şirketlerden biri olarak öne çıkmaktadır.¹¹ Bu duruma ilişkin birçok örnek mevcuttur ve özellikle Amerika’da gündeme gelen olaylar dikkat çekmektedir. Örneğin, iş ilanlarının yalnızca erkeklere gösterilmesi nedeniyle kadınların bu ilanlara erişememesi gibi ayrımcı uygulamalar yaşanmıştır. Ancak Facebook, bu noktada bir adım daha öteye geçerek şirketlerin taleplerinin de ötesinde hizmetler sunmuştur. Şirketlere, ilan hedeflemelerinde belirli grupları hariç tutma seçenekleri sunarak “bekar baba”, “bekar anne”, “futbolcu anne”, “çalışan anne”, “kötü anne”, “güçlü bekar anne” ve “gururlu bekar anne” gibi kategoriler üzerinden ayırım yapma imkânı tanımıştır. Sonuç olarak, bu uygulamalara karşı yapılan yasal başvurular, bir anlaşmayla sonuçlanmıştır. Bu durum, ortada bir ihlal

11 Maya C. Jackson, “Artificial Intelligence & Algorithmic Bias: The Issues With Technology Reflecting History & Humans,” *Journal of Business & Technology Law*, C. 16, S.2, Ağustos 2021, s. 310; Güzel, Ugan Çatalakaya ve Heper, s. 70.

olduğunu gösterse de, dava yargı sürecine taşınmadan uzlaşmayla sonuçlandırıldığı için bağlayıcı bir mahkeme kararı bulunmamaktadır.

İlan aşamasında cinsiyetle ilgili algoritmik süreçler incelendiğinde, Facebook üzerinden yapılan kullanımlarda, belirli bir işverenin bilinçli tercihi olmaksızın da cinsiyet ayrımcılığına rastlandığını görüyoruz. Örneğin, kereste endüstrisindeki iş ilanlarının %90'ı erkeklerle, kasiyer ilanlarının ise %85'i kadınlara gösterilmiştir. Burada bilinçli bir ayrımcılıktan ziyade, bilinçsiz bir algoritmik ayrımcılık söz konusudur. Bu durum özellikle tasarım sürecinden kaynaklanmakta, daha çok yapay zekânın “kara kutu problemi” olarak adlandırılan sorunu ile ilişkilendirilmektedir.¹² Ayrıca, Facebook'un iş ilanlarında yaşa dayalı mikro hedefleme kullandığı da tespit edilmiştir. Bu konuda Amerika'da hukuki başvurular yapılmış ve pek çok şirket bu sürece dahil olmuştur. Amazon gibi büyük şirketlerin de içinde yer aldığı bu davalar, yine anlaşmayla sonuçlanmıştır.¹³

Cinsiyete dayalı eleme süreçlerine baktığımızda, özellikle önyargılı verilerin kullanımı veya geçmiş verilerin referans alınması bu duruma neden olabilir. Örneğin, Amazon'un iddiasına göre böyle bir amacı olmasa da, bunu kesin olarak bilmemiz mümkün değildir. Şirket, işe alım algoritmasını geliştirirken kendi geçmiş verilerini kullanmıştır. Ancak bu veriler, geçmişte yazılım alanında daha çok erkek çalışan istihdam edildiğini gösterdiği için, yeni oluşturulan işe alım algoritmasının da kadın adayları otomatik olarak elediği tespit edilmiştir. Bunun fark edilmesi üzerine Amazon, bu algoritmayı kullanmaktan vazgeçmiştir.

Bizim mevzuatımızda bunu önlemeye yönelik tedbirler var mı?

Hepimizin bildiği gibi, Anayasa'nın 10. maddesi, İş Kanunu'nun 5. maddesi, Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 25.

12 Lauscher ve Legner, s. 375.

13 Ayrıntılı bilgi için bkz. <https://www.reuters.com/article/us-amazon-com-jobs-automation-insight-idUSKCN1MK08G>.

maddesi, Engelliler Hakkında Kanun'un 14. maddesi ve Türk Ceza Kanunu'nda ayrımcılıkla ilgili düzenlemeler bulunmaktadır. Ancak açık konuşmak gerekirse, Başkanımın da belirttiği gibi, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu kabul edilene kadar bu hükümlerin uygulamada pek karşılık bulduğunu görmedik. Evet, yasal düzenlemeler mevcuttu ancak uygulanırlığının sınırlı olduğunu ve yargı kararlarına yeterince yansımadığını söyleyebiliriz. Hâlâ da, en azından benim tespit edebildiğim kadarıyla, İş Kanunu'nun 5. maddesine dayanarak açılmış tazminat talepli bir dava bulunmamaktadır.

Bunların yanı sıra, ülkemizin de taraf olduğu 111 No'lu Ayrımcılık (İş ve Meslek) Sözleşmesi bulunmaktadır. Bu sözleşmede "ayrım" terimi açıkça tanımlanmış olup, düzenlemeleri ulusal mevzuatımızla da uyumludur. Şimdi kısaca İş Kanunu'nun 5. maddesinden bahsedeceğim; diğer düzenlemelere ise yalnızca sorular gelirse değineceğim. İş Kanunu'nun 5. maddesi, ayrımcılığı önlemeye yönelik bir düzenleme getirmektedir. Ancak bu düzenleme, işe alım süreci açısından yalnızca cinsiyet ve gebelik nedeniyle ayrımcılığa özel hükümler içermektedir¹⁴. Anayasa'nın 10. maddesi tüm ayrımcılık türlerini kapsarken, İş Kanunu'nun 5. maddesi işe alım süreciyle ilgili yalnızca cinsiyet ve gebelik ayrımcılığına yer vermektedir. Bu durum,

14 Sözü geçen hükme göre, "İş ilişkisinde dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayrım yapılamaz. İşveren, esaslı sebepler olmadıkça tam süreli çalışan işçi karşısında kısmi süreli çalışan işçiye, belirsiz süreli çalışan işçi karşısında belirli süreli çalışan işçiye farklı işlem yapamaz. İşveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet veya gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz. Aynı veya eşit değerde bir iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük ücret kararlaştırılamaz. İşçinin cinsiyeti nedeniyle özel koruyucu hükümlerin uygulanması, daha düşük bir ücretin uygulanmasını haklı kılmaz. İş ilişkisinde veya sona ermesinde yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davranıldığında işçi, dört aya kadar ücreti tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep edebilir. 2821 sayılı Sendikalar Kanununun 31 inci maddesi hükümleri saklıdır. 20nci madde hükümleri saklı kalmak üzere işverenin yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davrandığını işçi ispat etmeyle yükümlüdür. Ancak, işçi bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispat etmeyle yükümlü olur".

hükümün uygulanma alanını daraltmakta ve ayrımcılık yasağını sadece bu iki durumla sınırlı hale getirmektedir. Eğer işe alım sürecinde cinsiyet veya gebelik nedeniyle bir ayrımcılık söz konusuysa, İş Kanunu'nun 99. maddesi kapsamında idari para cezası uygulanması da mümkündür.

Nedir bunun yaptırımı? Cinsiyet ve gebelikle ilgili ayrımcılık varsa dört aya kadar ücreti tutarında, ayrımcılık tazminatı adı altında aday işçi kabul edilmediği iş için işverenden talep edebilir. Ancak düzenlemeye bakıldığında tazminat yaptırımının iş ilişkisinde ve sona ermesinde ayrımcılığa özgülenmiş olduğu görülmektedir. İşe alım aşamasında ayrımcılığa tazminat uygulanacağına ilişkin açık bir düzenlemeye ise yer verilmemiştir. Kanaatimizce bu halde de tazminat yaptırımı açıkça düzenlenmelidir. Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu, İş Kanunu'ndan farklı olarak işe alım sürecinde de ayrımcılığı açıkça düzenlemektedir. Ayrıca, bu tür ayrımcılığa karşı işverenlere, bir yıllık ücret tutarında önemli bir tazminat yükümlülüğü getirmektedir. Henüz kişi işe alınmamış olduğundan tazminata esas ücretin nasıl belirleneceği tartışma konusu olabilmektedir. Kanaatimizce emsal ücret esas alınarak tazminata esas ücret tespit edilebilir. Eğer iş ilanında açıkça belirlenmiş bir ücret varsa bu ücret esas alınabilir. Engelliler Hakkında Kanun'da da ayrımcılıkla ilgili düzenlemeler bulunmaktadır.

Peki, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nda neler düzenlenmiştir? Bu kanun kapsamında belirli ayrımcılık temelleri sayılmış olup, özellikle 6. maddesi istihdam ve serbest meslek alanını doğrudan ilgilendirmektedir. Bu maddede, işe başvuran kişilere ayrımcılık yapılamayacağı açıkça belirtilmiştir. Böylece, İş Kanunu'nda doğrudan yer almayan bu açık düzenleme sayesinde, ayrımcılık yasağı daha işlevsel hale gelmiştir. Ayrıca, iş ilanlarında da ayrımcılık yapılmaması gerektiği kanunda açıkça vurgulanmıştır.

Başkanımın da belirttiği gibi, bu konuda kurum kararları da bulunmaktadır. İş hukuku açısından önemli bir diğer nokta ise, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nun, 4857 sayılı İş Kanunu kapsamına giren veya girmeyen her türlü iş ve iş görme sözleşmesini kapsıyor olmasıdır. Oysa İş Kanunu'nun 5. maddesi, yalnızca İş Kanunu kapsamındaki iş ilişkileriyle sınırlı bir düzenleme getirmekteydi. Bu sayede, diğer kanunlar kapsamında çalışan kişilerin de ayrımcılık yasağından yararlanabileceği bir hüküm getirilmiş olmaktadır.

Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nun bu hükmü algoritmik ayrımcılık bakımından da elbette ki uygulanabilir bir hüküm. Sayın Başkanımın da belirttiği gibi, hükmün kurgulanışında belirlenebilir bir mağdurun varlığı aranmadığından, oldukça geniş bir uygulama alanına sahiptir. Bu nedenle, kanaatimce iş ilanı aşamasından itibaren, kişi ister işe başvursun ister başvurmasın, doğrudan ayrımcılığa maruz kalsın ya da kalmayın, herkesin bu yasal yönteme başvurması mümkündür.

Konuşmama hazırlanırken, işe alım ilanlarında nelerle karşılaşabileceğimizi ve bunların algoritmik ayrımcılığa nasıl yansıdığını düşünüp, Türkiye'deki ünlü internet sitelerinden birini inceledim. Merak edip hala hangi ilanların yayımlandığını görmek istedim ve burada paylaştığım örnekleri o internet sitesinden aldım. Ayrımcılık teşkil edebilecek çok sayıda örnek tespit ettim. Örneğin, bir ilanda açıkça “erkek” ifadesi kullanılmamış, ancak “tercihen askerlik görevini tamamlamış” ifadesine yer verilmiş. Bu ifade, yalnızca erkeklerin başvurabileceğini dolaylı olarak belirtiyor. Eğer gerçekten yalnızca erkek adaylar için bir kriter olsaydı, “erkek adaylar için tercihen askerlik görevini tamamlamış” şeklinde belirtilmesi gerekirdi. Ancak bunun yerine, sadece “askerlik hizmetini tamamlamış” ifadesi kullanılmış, bu da dolaylı bir cinsiyet ayrımcılığına işaret ediyor. Başka bir ilanda, “fizik ve diksiyonu düzgün” ifadesi yer alıyor. Bu ifade, özellikle engelli adaylar açısından ayrımcılık teşkil edebilecek bir kriter

oluşturuyor. Bir başka örnekte, organize sanayi bölgesinde bulunan bir lojistik depo için “bay danışma görevlisi” aranıyor. Oysa, danışma görevlilerinin genellikle kadın olması yönünde bir algı yaygınken, burada doğrudan erkek adaylara yönelik bir tercih belirtilmiş. Bunun yanı sıra, garson alımı için verilen bir ilanda, kıyafetle ilgili bir şart eklenmiş: “Sinek kaydı tıraş olma zorunluluğu vardır.” Bu ifade, dolaylı olarak yalnızca erkek adayların başvurabileceğini açıkça gösteriyor. Bir diğer ilanda ise, kafe, bilardo ve masa tenisi konseptindeki bir işletme için 25-40 yaş arası kadın personel arandığı belirtilmiş. Bu, yaşa dayalı ayrımcılığın açık bir örneği olarak karşımıza çıkıyor. Ancak ilanlara baktığımda, 40 yaş üzerindeki bireylerin iş bulma imkanlarının oldukça sınırlı olduğunu fark ettim. Bu da iş ilanlarında yaş sınırlamasının ne kadar yaygın bir sorun olduğunu gözler önüne seriyor. Bir diğer örnekte, kasiyer ve satış elemanı ilanında “güler yüzlü, genç, dinamik” gibi ifadeler kullanılmış. Her ne kadar doğrudan bir yaş sınırı belirtilmese de “genç ve dinamik” vurgusu, belirli bir yaşın üzerindeki adayların bu ilana başvurmaktan kaçınmasına neden olabilecek bir ayrımcılık unsuru taşıyor. Bir başka örnekte, kapitone ve nakış imalatında çalışacak “genç ve dinamik” bay ve bayan takım arkadaşları arandığı belirtilmiş. Görüyoruz ki, “genç ve dinamik” ifadesi iş ilanlarında oldukça sık kullanılan bir tanım hâline gelmiş. Ayrıca, ilanda “18-35 yaş arası bayan çalışma arkadaşları” ifadesine yer verilmiş, bu da yaş ve cinsiyet temelli bir ayrımcılık örneği olarak karşımıza çıkıyor. Bu örnekler gösteriyor ki, algoritmalar tarafından gizlenmesine gerek olmaksızın ilanlarda ayrımcılık teşkil eden ifadelerle karşılaşmak mümkün. Algoritmaların beslendiği verilere bu ve benzer örnekler yansıtıldığında algoritmik ayrımcılık halini alabilecektir.

Algoritmik ayrımcılığın temelinde, hatalı verilerin yer aldığı söyledik. Sistem, zaten mevcut verilerden beslenmektedir. Bu durumu gözlemlemek için Google’da “sekreter” kelimesini arattım ve görsellere baktım. Hâlâ aktif olan bir iş ilanıya da karşılaştım. İlanı

baktığımda, “çay servisi yapabilecek bayan eleman” ifadesinin yer aldığı gördüm. Bu durum, sekreterlik pozisyonunun yalnızca belirli bir cinsiyetle ilişkilendirildiğini gösteriyor. Eğer bu veriyi bir algoritmaya yüklersek, büyük ihtimalle “sekreter” kelimesiyle ilgili herhangi bir analiz yapıldığında “bayan/kadın eleman” ifadesine bile gerek kalmadan, sistem doğrudan belirli bir cinsiyeti seçecektir. Böylece bu ayrımcılığı fark etmek ve engellemek daha da zorlaşacaktır. Benzer bir durum mühendislik alanındaki ilanlarda da görülmektedir. Örneğin, bir ilanda “Makine mühendisliğinden mezun bay makine mühendisi aranıyor” ifadesi yer almaktadır. Oysa ülkemizde birçok kadın makine mühendisi bulunmaktadır. Ancak, arama motorlarında “mühendis” kelimesi aratıldığında, sonuçlarda çoğunlukla erkek mühendisler gösterilmektedir. Benzer şekilde, “yazılımcı” kelimesini arattığımızda -Amazon ve Facebook gibi şirketler bu konuda meşhur olsalar da- genel olarak yazılım alanı neredeyse tamamen erkek mesleği gibi algılanmaktadır. “Yazılımcı” kelimesiyle arama yaptığımda, ilk fotoğrafta bir kadın görseliyle karşılaştım. İlk anda algoritmada bir değişiklik yapıp yapılmadığını düşündüm. Ancak, aramaya devam ettikçe listelenen tüm görsellerin erkeklere ait olduğunu fark ettim. Bu da algoritmaların mevcut önyargıları nasıl pekiştirdiğini açıkça ortaya koymaktadır.

Algoritmik ayrımcılıkla mücadele için neler yapılabilir?

Teknik olarak alınabilecek tedbirler bulunmaktadır ve yasal düzenlemelerin geliştirilmesi de gerekmektedir. Başkanımın da belirttiği gibi, ayrımcılığa karşı idari yaptırımlar da uygulanmaktadır. Ancak karşılaştırmalı hukuka baktığımızda, örneğin Alman hukukunda, yalnızca idari tedbirlerle sınırlı kalınmadığını görmekteyiz. İdari tedbirlerin ötesine geçilmesi, bireylerin daha fazla yargıya başvurmalarını teşvik eden bir unsurdur. Örneğin, Almanya’da bir işe alım ilanı doğrudan mağduriyet yaratmasa bile, bireyler bu ilan nedeniyle tazminat talebiyle yargıya başvurabilmektedir. Amerika’daki

anlaŖmalardan ise, bu tür Ŗirketlerden ciddi miktarlarda tazminat ödemek zorunda kaldığını ve yaptırım uygulandığını anlıyoruz. Belki mevcut durum bu çerçevede ele alınarak gündeme taŖınabilir ve benzer düzenlemeler tartıŖılabilir. İŖe alımda ayrımcılığın genel olarak idari yaptırımla sınırlı kalması kanaatimce ülkemiz açısından bir eksiklik teŖkil etmektedir.

Algoritmik ayrımcılık özelinde konuya yaklaŖıldıđında, alanda henüz yeterli düzenleme bulunmadığı bilinmektedir. Yapay zekanın hukuk alanındaki etkileri pek çok ülkenin gündemini meŖgul etse de yasal çerçevenin çizilebilmesi zaman alacak gibi görünüyor. Avrupa Birliği Yapay Zekâ Yasası'nda istihdama iliŖkin algoritmaların kullanımını yüksek riskli sistemler kategorisinde değerlendirmektedir. Özellikle iŖe alım, iŖ iliŖkilerinin koŖullarının belirlenmesi ve adayların seçilmesi gibi konularda bu sistemlerin dikkatle ele alınması gerektiğini hem giriŖ bölümünde vurgulamakta hem de madde 6'da yüksek riskli sistemler açısından bunu açıkça ifade etmektedir. Hedeflenen ilanların yayınlanması, iŖ baŖvurularının analizi, filtrelenmesi, adayların değerlendirilmesi ve iŖe alım süreçlerinde kullanılan yapay zekâ sistemlerini yüksek riskli olarak nitelendirmektedir. Ancak bu tür sistemler tamamen yasaklanmamaktadır. Yalnızca duygu analizi gibi bazı uygulamalar için tam bir yasak öngörülmektedir. Yüksek riskli sistemlerin kullanımına ise belirli koŖullar dâhilinde izin verilmektedir. Bu düzenlemenin nc niteliği dikkate alındığında ve ülkemizin üyelik süreci göz önünde bulundurulduğunda örnek teŖkil edebileceği söylenbilir.

Bu noktada, eğer BaŖkanım da uygun görürse, teknik çözümler bağlamında daha açıklanabilir yapay zekâ sistemlerine olan ihtiyacı soru gelirse ele alabiliriz. Sremi aŖmamak adına sözlerime burada son veriyorum. Dinlediğiniz için çok teŖekkür ediyorum.

Soru-Cevaplar

Prof. Dr. Muharrem Kılıç:

Sevgili Yeliz Hocama yürekten teşekkür ederim. Gerçekten çok istifade ettiğim ve umarım izleyicilerimizin de istifade ettiği, çok keyifli, görsel malzemesi ve teorik çerçevesiyle çok yararlı bir sunum dinlemiş olduk. Aslında bu konunun gündeme gelmesi görece yenidir. Özellikle hukuki boyutu veya eşitlik ve ayrımcılık yasağı hukuku açısından konu Türkiye’de akademik çevrelerde ve sektörel alanlarda bir süredir uygulanmaktadır. Ancak, bu alanlardaki hukuki ve etik sorunların ele alınması ve tartışılması konusunda sınırlı sayıda akademisyenin ilgisinin olduğunu görmekteyiz. Bu noktada, Yeliz Hocam gibi kıymetli akademisyenlerin katkıları büyük önem taşımaktadır. Hocamız, benim de takip edebildiğim kadarıyla, bu çalışmalara önemli kavramsal ayrımlarla katkıda bulunmuş ve benim de büyük ölçüde istifade ettiğim değerli çalışmalar ortaya koymuştur.

Algoritmik ayrımcılığın genel ve kategorik anlamda neyi ifade ettiğini biliyoruz. Ancak, bu ayrımcılığın alt kırılımlarında nasıl tezahür edebileceği konusu daha detaylı incelenmelidir. İş ilanlarından profillemeye, mülakat süreçlerine kadar pek çok somut örnek, bu ayrımcılığın farklı alanlardaki etkilerini gözler önüne sermektedir. Hocamız da bu bağlamda önemli ayrımlara değinmiş olup, bu analizlerden büyük ölçüde istifade ettiğimizi söyleyebiliriz.

Özellikle iş ilanlarında karşılaşılan ayrımcılıklar konusunda Hocamızın da vurguladığı noktalar oldukça kıymetlidir. Bu noktada, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu olarak başvuru üzerine veya re’sen inceleme yetkimiz çerçevesinde vermiş olduğumuz bazı

kararlar bulunmaktadır. Özellikle cinsiyet temelli ayrımcılık içeren iş ilanlarına yönelik ihlal kararlarımız mevcuttur. Örneğin, sadece kadınların ya da sadece erkeklerin istihdam edileceğine dair ilanlar, Kurumumuz tarafından ayrımcılık yasağı kapsamında değerlendirilmiş ve ihlal olarak tespit edilmiştir.¹⁵ Yeliz Hocamın bulup çıkardığı o örnekler de bizim için birer “ihbar” niteliği taşımakta olup takip etmemiz gerekmektedir. Onun dışında, mesela bir devlet üniversitesine vermiş olduğumuz bir ihlal kararı vardır. Söz konusu olayda koruma ve güvenlik görevlisi pozisyonuna ilişkin ilanda sadece erkek adayların başvurabileceğine ilişkin bir cinsiyet temelli ayrımcılık ve kısıtlayıcılık durumu söz konusuydu. O açıdan Kurumumuz tarafından söz konusu olay hakkında ihlal kararı verilerek idari para cezası yaptırımı da uygulanmıştır.¹⁶

Hocam çok güzel ifade etti, Türk ulusal hukuk düzleminde mevzuat açısından bütünlüklü bir biçimde bakıldığında hem spesifik olarak İş Kanunu’nda hem de Türk Ceza Kanunu başta olmak üzere temel kanunlarda düzenlemeler vardır. 6701 sayılı Kanun, icrai yetkinin uygulanması açısından dikkate değer bir düzenlemeye sahiptir. Mukayeseli hukuk açısından baktığımızda, bu tür bir uygulamanın, yani para cezası gibi yaptırımların öngörülmesinin dünya genelinde oldukça sınırlı örneklerinin olduğunu görüyoruz. Bu yetkinin, ilgili Kanun kapsamında Kurumumuza da tanındığını ve Kurumumuzun bu konuda yetkilendirildiğini açıkça gözlemliyoruz. Bu doğrultuda, mevzuat altyapısı itibarıyla ayrımcılığın önlenmesine yönelik bir güvence mekanizması bulunmaktadır. İş Kanunu’nun 5. maddesinde, Hocamızın da ifade ettiği üzere, cinsiyet ve gebelik gibi durumlar yer almaktadır. 6701 sayılı Kanun’da ise cinsiyet, medeni

15 Örneğin İstanbul 1 Nolu Barosu Başkanlığının internet sayfasındaki “Bilgi Havuzu” portalında yer alan “kadın avukat/stajyer avukat, erkek avukat/stajyer avukat” arandığı şeklindeki ilanların cinsiyet temelinde ayrımcılık oluşturduğu iddiasına ilişkin başvuru hakkında ihlal kararı verilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz., TİHEK, B. No: 2022/1160, K. No: 2023/201, 23/2/2023.

16 Ayrıntılı bilgi için bkz., TİHEK, B. No: 2022/874, K. No: 2022/941, 29/12/2022.

hal, ırk, renk, dil, din, engellilik, servet ve yaş gibi ayrımcılık temelinde değerlendirilen kriterler bulunmaktadır. Hocamız da yaş örneklerine özellikle değinmiştir.

Bu tür ayrımcılıklar, aslında kültürel kodlarımızla birlikte nesilden nesile aktarılan olgulardır. Örneğin, iş ilanlarında sıklıkla karşılaştığımız “genç ve dinamik” gibi ifadeler, belirli profillemelere dayanmaktadır. Aynı şekilde, kadın mesleği ve erkek mesleği ayrımının yanı sıra yapay zekânın ürettiği görsel malzemeler de bu algıyı pekiştirmekte ve zihinsel yapıyı yönlendirmektedir. Bu durum, toplumsal kabullerimizle yüzleşmeyi zorunlu kılmaktadır. Cinsiyet algısı ve ayrımcılık bağlamında, mesleklerin belirli cinsiyetlere, gruplara ya da yaş dilimlerine ait olduğu yönündeki toplumsal kabuller sorgulanmalıdır. Aslında, bu tartışmalar çok daha önce yapılmalıydı ancak bu konuları yeni ele alıyor olmamız bile önemli bir gelişmedir. Bu açıdan bakıldığında, Hocamızın yaptığı kavramsal ayrımlar gerçekten ufuk açıcudur.

Bu sistemleri üreten zihin yapısı, sonuçta belirli kültürel kodlar ve önyargılarla şekillendirilmiş bir yapıdır. Nihayetinde yazılımı geliştiren kişi de kendi zihin dünyasına içkin kabulleri, öngörülerini ve önyargılarıyla hareket etmektedir. Bu nedenle, söz konusu önyargıların yapay zekâyâ ve yazılımlara yansımaları son derece doğal bir durumdur. Bu açıdan bakıldığında, mesele yalnızca teknik bir konu olmanın ötesine geçmekte ve toplumsal düzeyde kolektif etik ilkeler çerçevesinde bir yüzleşmeyi zorunlu kılmaktadır. Yazılımı geliştiren mühendislerin ve yazılımcıların zihin dünyalarının da sorgulanması ve bu çerçevede ele alınması gerekmektedir. Bu süreç yalnızca yazılımın değil, aynı zamanda onu üreten insanın düşünsel altyapısının da masaya yatırılmasını zorunlu kılmaktadır.

Önyargı kavramı noktasında Hocam yine güzel bir çerçeve çizdi. Gadamer’in hermeneutiğinin temel parametrelerinden bir tanesi de insanın dünyayla olan temasında mutlak surette önyargının var

olduğunu ifade etmesidir; yani burada ön yargı aslında bir etiketleme, klişe ya da belli şeylere izafe etme, şablonlaştırma değil, bizim dünyaya bakış biçimimizdir. Hangi kültürel çevreden, hangi sosyal çevreden, hangi entelektüel çevreden geliyorsak onları tevarüs ettiğimiz bir bakış açısıyla dünyaya, insana, çevreye ve hayvana bakıyoruz. Bütün bakış açımızı total anlamda bu tayin ediyor. Bu gerçekliği de dikkate alırsak insanın yalın olarak “ön-yargısız” biçimde bir durumu, bir sosyalliği, bir sosyalleşme bağlamını değerlendirmesi mümkün değildir. Bu gerçeklikten hareket edersek, bunu doğru ve esas parametre olarak kabul edersek, bu yazılımı gerçekleştirecek olan her bireyin mutlaka bir sistem, düşünsel sistematik yapısı ve ön yargılarla örülü bir zihin dünyası söz konusudur. Buna ilişkin de gerçekten hem felsefi tartışmanın hem etik tartışmanın hem de bunun sonuçlarını ve sorunlarını da ortaya koyacak ve çözmeyi amaçlayacak olan hukuki tartışmanın yapılması gerekiyor. Bu yönüyle gerçekten çok ufuk açıcı oldu. Hem Merkezimizin Müdürü sayın Gülnihal Hocamız, hem de kıymetli sunumlar için Yeliz Hocama tekrar teşekkür ediyorum. Katılımcılarımızın soruları varsa, memnuniyetle alabiliriz.

Soru: İlanın belirli kimselere gösterilmemesi TİHEK tarafından yaptırım konusu olabilir mi?

Soru: Türkiye özelinde işe alım ilanlarında karşılaşılan uygulamaya yaptırım konu olmuş örnekler mevcut mu?

Prof. Dr. Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu:

Belki siz de açıklarsanız ama zaten konuşmanızda söylemişsiniz Başkanım. Ben de aslında sizin örnekleriniz üzerinden ilerlemiştim. TİHEK tarafından verilmiş işe alım ilanlarına ilişkin kararlar var. Yanlış hatırlamıyorsam 2018’de kararlardan bir tanesinde “*bayan CV’ler dikkate alınacaktır*” şeklinde bir ibare var, yine böyle bir malum internet sitelerinden biri diyeyim, adını zikretmeyeyim, “*muhasbe ve finans personeli alımı için sadece bayan adayların CV’leri dikkate*

alınacak” denilmişti, *“erkek adaylar ve türbanlı adayların CV’leri dikkate alınmayacak”* denilmişti. Başkanımız zikrettiği gibi burada kurum re’sen bir inceleme yaparak bir ihlal kararı vermişti. Yine 2023 yılında İçişleri Bakanlığı’nın verdiği bir ilanda yaşla ilgili bir karar verilmişti. Bunlar gösteriyor ki, Türkiye’de artık uygulaması var. Hala nispeten az görüyoruz, ben de iş hukuku anlatırken de özellikle avukatlarla yaptığımız eğitimlerde ve sohbetlerde hep zikrediyorum, bakan böyle de bir yol var diye. Yöntemin biraz yeni olmasıyla da alakalı ama giderek artan bir oranda başvuru var. Zaten bunun öncesinde bu alanda çok da bir uygulama ve yaptırım görmüyorduk diyebilirim.

Peki bu işe alım ilanlarının hiç gösterilmemesi acaba yaptırım konusu olabilir mi? Onu Başkanım daha iyi değerlendirir ama şunu söyleyebilirim. Yani ilanda açıkça o kelimelerin zikredilmesiyle, ilanın belirli kimselere gösterilmeyerek ve yine TİHEK 3. maddede sayılan, ayrımcılık temellerine dayanan bir ilan göstermeme durumu varsa, mesela algoritmayı kullanarak belirli bir dini inanişaya mensuplara göstermiyorsak ilanı ya da belirli bir cinsiyete hiç göstermiyorsak ben yine kullanılabilir bir uygulama olabilir diye düşünüyorum. Tabi bunu Başkanım daha iyi açıklayacaktır. Ne dersiniz başkanım?

Prof. Dr. Muharrem Kılıç:

Evet Hocam, çok teşekkür ediyorum. Gerçekten burada ilan ile bir bilginin duyurulmasını, kamusallaşmasını kastediyoruz; bir bilginin toplumsal, kamusal düzleme çıkmasını ifade ediyoruz. Bu da tabii ki herhangi bir kısıt, herhangi bir ayırım olmaksızın bütün toplumun fertlerine, bütün yurttaşlara yönelik yapılmasını icap ediyor. Az önce sevgili Hocamın da vermiş olduğu Facebook örneklerinden de bunu görüyoruz. Uzlaşmayla sonuçlanmış ama burada bu dijital manipülasyon ifadesini kullanabiliriz ya da bilgi karartma, yönlendirme, birçok şey söylenebilir.

Tabii ki ihsas-1 reyde bulunmak istemiyorum, Kurul takdir edecektir. Ancak malumunuz Hocamın da söylediği gibi eŖitlik ve ayrımcılıkla mücadele hukuku, görece yeni bir alan. O açıdan kanun koyucunun amacı da burada daraltıcı bir yorumsama yaparak değil, özellikle hak ve özgürlükler ve bunların korunmasının, ihlal durumlarında daha geniŖletici ve amaçsal yorumlarının yapılmasının beklendiğini, mağdur merkezli bir koruma refleksinin ya da mekanizmasının iŖletilmesi gerektiğini dŖnyorum.

Soru: KiŖisel Verilerin Korunması Kanunu bağlamında değerlendirildiğinde mevcut düzenleme veri gizliliğini sağlamak açısından yeterli mi?

Prof. Dr. Yeliz Bozkurt Gmrkoğlu:

KiŖisel Verilerin Korunması Kanunu incelendiğinde, ayrımcılıkla ilgili hususların özel nitelikli veriler kapsamında koruma altına alındığı grlmektedir. Ancak, bu korumanın tamamen yeterli olup olmadığı veya algoritmik sistemlerin kiŖisel verilerin korunması mevzuatıyla ne kadar uyumlu olduğu sorusuna yanıt vermek gerekirse, mevcut düzenlemelerin bu alanda bazı eksiklikler taŖıdıđı söylenebilir. Kurumun alıŖmalarında ve açıklanan tüm planlarda, AB Tüzüğü'ne uyum sağlama konusunda bir yol haritası bulunduğu grlmektedir. Bu erevede, GDPR'deki düzenlemelere daha uyumlu bir sistemin ilerleyen süreçte oluŖturulması beklenmektedir. Özellikle istihdama iliŖkin özel nitelikli veriler konusunda küçük bir reform yapılmıŖtır. Ancak, bu düzenlemenin tam bir koruma sağlayıp sağlamadığı sorusuna gelirse, algoritmik sistemler açısından yeterli olmadığı söylenebilir.

Bunu neden söylüyorum? Evet, kiŖisel verileri koruyoruz ve hatta oldukça sıkı bir Ŗekilde koruma altına alıyoruz. Öyle ki, bazen bu durum eleŖtirilere de konu oluyor. Özellikle eŖitlik ilkesi çerçevesinde verilerin fazlasıyla korunduğu, iŖverenlerin ise neredeyse hiç veri alamayacağı yönünde tartıŖmalar yaŖanıyor. Ancak,

özellikle otomatik veri işleme, profillemeye ve bu verilerle ilgili karar alma süreçleri söz konusu olduğunda, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nda yalnızca itiraz hakkına ilişkin tek bir düzenleme bulunmaktadır. Oysa GDPR'nin 22. maddesi, bu konuda çok daha kapsamlı bir düzenleme getirmektedir. Benzer şekilde, AB'nin Yapay Zekâ Yasasında da bu alanda çok daha ayrıntılı hükümler yer almaktadır. Bu nedenle, bu düzenlemelere daha yakından bakmak faydalı olabilir. Özellikle profillemenin günümüzde açık bir şekilde tanımlanması gerektiğini düşünüyorum.

Artık dijital bir panoptikon içinde yaşıyoruz; sosyal medya platformları aracılığıyla hemen her verimiz toplanabiliyor. Eskiden, bir filmi paylaştığımızda o filmi sevdiğinizi anlayabiliyordum. Ancak artık böyle bir paylaşım bile gerek kalmıyor. Örneğin, YouTube gibi bir platformda bir filmi ya da videoyu izlediğinizde, hangi dakikaya kadar izlediğinize bağlı olarak, şiddet eğiliminiz olup olmadığına dair tahminler bile yapılabilir. Bu nedenle, bu alan oldukça kapsamlı ve sürekli gelişen bir yapıya sahip. Mevcut düzenlemelerin güncellenmesinin faydalı olabileceğini düşünüyorum.

Şunu da belirtmek isterim ki, insan olduğu sürece önyargılar da var olacaktır. Bu konuyu bir yapay zekâ mühendisine sorduğumda, ilginç bir bakış açısıyla karşılaştım. Kendisine, “Peki, neden algoritmalar böyle çalışıyor? Örneğin, Facebook neden kereste endüstrisi ilanlarını kadınlara göstermiyor?” diye sordum. Mühendis, olaya teknik bir perspektiften bakarak şu açıklamayı yaptı: “Hedefe ulaşma yolunda algoritma harika bir tercih yapmış, çok etkili bir yöntem bulmuş. Zaten böyle olması gerekiyor.” Çünkü ona göre, bu sektörde ağırlıklı olarak erkekler çalıştığı için algoritma “doğal” olarak bu tercihi yapıyordu. Bu noktada, farkındalık yaratmaya yönelik bilinçlendirme faaliyetlerinin artırılması gerektiğini düşünüyorum. Çünkü muhtemelen işverenler de bu durumu bilinçli bir ayrımcılık olarak görmüyor.

Benzer bir örneği, arabuluculuk eğitimi sırasında avukatlarla yaptığımız bir sohbette vermiştim. Eskiden baroların ilanlarında “kadın olmak” ve “prezantabl olmak” gibi kriterler sıklıkla yer alırdı. Ancak artık bu tür ilanların verilmediğini görmek sevindirici bir gelişme. Buna rağmen, bir sohbet sırasında bir meslektaşımız şöyle dedi: “Biz böyle bir ilan vermek istedik, ancak veremedik.” Neden böyle bir ilan vermek istediklerini sorduğumda, şu yanıtı aldım: “Çünkü büromuzda birçok erkek arkadaşımız var ve gelen kişinin bu durumdan rahatsız olabileceğini düşündük.”

Bu örnek, işverenlerin ve toplumun bakış açısının değişmesi gerektiğini gösteriyor. Yasal düzenlemeler önemli olsa da, tek başına yeterli değildir. Farklı bilinçlendirme çalışmaları ve eğitimler yapılmadan, bu tür ayrımcı yaklaşımların tamamen ortadan kalkması zor görünüyor. Bu nedenle, farkındalık yaratmaya yönelik çalışmaların artırılması gerektiğini düşünüyorum.

Prof. Dr. Muharrem Kılıç:

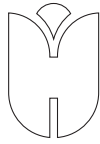
Hocam, bahsettiğiniz noktada, aslında bir tür niyet okuma ya da başkası adına üstenci bir bakış açısıyla düşünme durumu söz konusu. Örneğin, “Zaten kadınlar gelmez, kadınlar tercih etmez” gibi varsayımlar yapılıyor. Oysa günümüzde istihdam; tüm sektörel alanlarda son derece akışkan, değişken ve dinamik bir yapıya sahiptir. Kadınlar, özellikle ağır iş sektörleri başta olmak üzere her alanda yer almaktadır.

Örneğin, bir devlet üniversitesinin savunmasında, “Koruma ve güvenlik görevlisi gibi bir işte kadınlar çalışmak istemez” şeklinde bir gerekçe sunulmuştu. Ancak, bu pozisyona başvuran bir kadın, şu ifadeleri dile getirmişti: “Neden benim adıma böyle bir varsayımda bulunuyorsunuz? Ben çalışmak istiyorum ve bu işi yapmama engel olacak hiçbir durum söz konusu değil.” Bu noktada, sektörel hedefler veya istihdamın hedef kitlesi belirli bir yoğunluğa (örneğin %99 gibi) dayanıyor olabilir. Elbette mevcut durum bazı sektörlerde belli

bir cinsiyetin yoğun şekilde istihdam edilmesine yol açabilir. Amazon örneğinde olduğu gibi, belirli bir birimde çalışanların büyük çoğunluğu belli bir cinsiyetten olabilir. Ancak, bunun önünü tamamen kapatacak nitelikte bir iş ilanının yayımlanması doğru değildir. Kurumlar, ilan süreçlerini şeffaf bir şekilde yürütmeli ve tüm kitlelere hitap eden duyurular yapmalıdır. Sonrasında ise insan kaynakları politikaları doğrultusunda personel alımını gerçekleştirebilirler. Bu süreç, dediğiniz gibi zaman alacaktır. Yeniden alışmamız ve bu farkındalıklarla bakış açımızı güncellememiz gerekecektir. Sevgili Hocam, teşekkür ediyorum. Gülnihal Hocama sözü bırakmak istiyorum.

Dr. Öğr. Üyesi. Gülnihal Ahter Yakacak:

Biz de sizlere çok teşekkür ediyoruz hem Yeliz Hocamın değerli sunumundan hem de sizin katılımınız ve desteklerinizden büyük istifade ettik. Görünen o ki şu anda başka bir soru bulunmuyor. Eğer sizin için de uygunsa, programı burada sonlandırabiliriz. Dinleyicilerimize de katılımları ve soruları için teşekkürlerimi sunuyorum. Herkese iyi günler diliyorum.



İNSANA YAKIŞIR İŞ SERİSİ III:

Çalışma Hayatında Eşitlik: Ücret Eşitliği ve Sözleşmenin Feshinde Eşitlik

20 Eylül 2024

Moderatör: Prof. Dr. Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu

*İbn Haldun Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı*

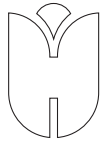
Konuşmacılar: Doç. Dr. Seracettin Göktaş

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Başkanı

Doç. Dr. Eda Manav Özdemir

*Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanlığı Hukuk
ve Mevzuat Genel Müdürlüğü Uluslararası
Tahkim ve Alternatif Çözümler Daire Başkanı*





Açılış

Prof. Dr. Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu:

Sayın Başkanlarım, kıymetli izleyiciler, hepinizi saygıyla selamlıyorum. İbn Haldun Üniversitesi Uluslararası Hukuk ve İnsan Hakları Merkezi tarafından organize edilen “İnsana Yakışır İş” serisinin üçüncü toplantısına hepiniz hoş geldiniz.

Bugün konu başlığımız “Çalışma Hayatında Eşitlik”. Bu kapsamda ücret eşitliği ve sözleşmenin feshinde eşitlik başlıklarını konuşacağız. Sayın konuşmacılarımız iş hukuku ile ilgilenen herkesin tanıdığı konuşmacılar. Bu sebeple konuşmacıların vaktini de çok almamak adına sözü hemen tebliğ sahiplerine bırakacağım.

İlk konuşmacımız Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Başkanı Doç. Dr. Sayın Seracettin Göktaş. Hoş geldiniz Sayın Başkanım. Başkanımız bize ücret eşitliğinden bahsedecek. Kendisinin konuşması bittikten sonra Doç. Dr. Eda Manav Özdemir’i dinleyeceğiz. Başkanımın konuşması bittikten sonra eğer izleyicilerimizden sorular gelirse kendilerine sorularımızı yönelteceğiz.

Buyurunuz Sayın Başkanım, söz sizde.

Doç. Dr. Seracettin Göktaş:

Kıymetli Hocam çok teşekkür ederim. Ben de tüm izleyicileri saygıyla selamlıyorum. İbn Haldun Üniversitesi Uluslararası Hukuk ve İnsan Hakları Uygulama ve Araştırma Merkezi’nin tüm yetkililerini bu güzel program için kutluyorum. Bana da sunum yapma imkânı verildiği için teşekkür ediyorum. Gayretleriniz nedeniyle size de teşekkür ediyorum. Sunumumda ücret eşitliği konusunun teorik

yönüne biraz değindikten sonra Yargıtay'ın ilgili içtihatlarından söz edeceğim. Bana ayrılan süre içerisinde umarım sunumumu başarılı bir şekilde yapmış olurum.

Ücret Eşitliği

Doç. Dr. Seracettin Gökteş*

Sunum planım şu şekilde; öncelikle eşitlik ilkesinin genel tanımından başlayacağım. Akabinde eşitlik ilkesinin ve bu kapsamda ayrımcılık yasağının ulusal ve uluslararası kaynaklarından kısaca bahsedeceğim. İşverenin eşit davranma borcu, eşit davranma borcu ve ayrımcılık yasağı ayırımına da değindikten sonra konuya ilişkin Yargıtay içtihatları ile sunumumu bitirmeye çalışacağım.

Eşitlik ilkesi temelini insan onurundan almaktadır. Tüm insanlar özgür ve eşit olarak doğar. Tüm bireyler aynı haklara sahiptir ve aynı düzeyde saygıyı hak eder. Toplumda yaşayan herkesin eşit muamele görme hakkı vardır. Bu hak aynı zamanda kanunların, politikaların ve uygulamaların ayrımcı olmamasını ve keyfi davranmamasını da gerektirir. Eşitlik ilkesi birçok ulusal ve uluslararası kaynakta düzenlenmiştir. Anayasa Mahkemesi'ne göre eşitlik ilkesi; “*aynı hukuksal durumda olan kişilerin aynı kurallara bağlı tutulması, değişik hukuksal durumda olanlar ise değişik kurallara bağlı tutulmasıdır*”. Yine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre kıyaslanan iki durum arasında eşitlik yoksa farklı davranılabilir. Ancak bu durumda yapılan tasarrufun amacı ve sonucu arasındaki ilişki kullanılan araçlarla gerçekleştirilmek istenen hedef arasındaki orantılılık önem arz eder. Başka bir anlatımla, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, var olan eşitsizlik

* Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Başkanı

nedeniyle farklı, fakat amaçla ilişkili ve orantılı muamele yapılmasının ayrımcılık sayılamayacağını kabul etmektedir.

Ayrımcılık yapmama, eşitlik ilkesinin ayrılmaz bir parçasıdır. Cinsiyet, ırk, renk, dil, din, inanç, mezhep, felsefi ve siyasi görüş, etnik köken, servet, doğum, medeni hal, sağlık durumu, engellilik ve yaş gibi etkenler nedeniyle kişilerin ayrımcı muameleye maruz kalmamasını sağlayan bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Ulusal mevzuata baktığımızda Anayasa'nın 10. Maddesi, 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu, 5378 sayılı Engelliler Hakkında Kanun, 4851 sayılı Kanun'un 5, 12 ve 13. maddelerinde ve 6356 sayılı Kanun'un 25. maddesinde eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağına ilişkin düzenlemelere yer verildiğini görüyoruz.

Uluslararası düzenlemelerde de İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Avrupa Sosyal Şartı, Avrupa Ekonomi Topluluğu Antlaşması, Uluslararası Çalışma Örgütü'nün sözleşme ve tavsiye kararlarında da ayrımcılık yasağı ile ilgili çeşitli düzenlemelere yer verildiğini görüyoruz.

Anayasamızın 10. maddesinin birinci fıkrasına göre *“herkes dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetmeksizin kanun önünde eşittir”*. Maddeye göre kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet bu eşitliğinin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Anayasa'nın 11. maddesine göre Anayasa hükümleri kişileri de bağlayan temel hukuk kuralları olduklarından, eşitlik ilkesi tüm hukuk dalları açısından ve dolayısıyla iş ilişkilerinde de geçerli bir genel ilke olarak kabul edilmektedir.

6071 sayılı Kanun'un eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı ile başlayan 3. Maddesinde de yine ayrımcılıkla ilgili ayrıntılı bir düzenleme olduğunu görüyoruz. Kanun'un birinci fıkrasında; *“herkes hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerinin yarılanmada eşittir”* dedikten sonra bu kanun kapsamında cinsiyet, ırk, renk, dil, din, inanç, mezhep, felsefi

inanç ve siyasi görüş, etnik köken, servet, doğum, medeni hal, sağlık durumu, engellilik ve yaş temeline dayalı ayrımcılığın yasak olduğu ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir.

5378 sayılı Engelliler Hakkında Kanun'da da engellilerin temel hak ve özgürlüklerden faydalanmasını teşvik ve temin ederek ve doğuştan sahip oldukları onura saygıyı güçlendirmek ve toplumsal hayatta diğer bireylerle eşit koşullarda tam ve etkin katılımlarının sağlanması amacıyla engellilere ilişkin önleyici tedbirlerin alınması için gerekli düzenlemelerin yapıldığını görüyoruz.

4857 sayılı Kanun'un "Eşit davranma ilkesi" başlığını taşıyan 5. maddesi, Anayasa'nın 10. maddesine paralel bir düzenlemedir. Maddeye göre iş ilişkisinde dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç ve mezhep ve benzeri sebeplere dair ayırım yapılamaz. İşveren esaslı sebepler olmadıkça tam süreli çalışan işçi karşısında kısmi süreli çalışan işçiye, belirsiz süreli çalışan işçi karşısında belirli süreli çalışan işçiye farklı işlem yapamaz. İşveren biyolojik ve işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça işçiye iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulamasında ve sona ermesinde cinsiyet ve gebelik nedeniyle doğrudan ya da dolaylı farklı işlem yapamaz. Aynı veya eşit değerde bir iş için cinsiyet nedeniyle daha düşük ücret kararlaştırılmaz. Nihayet maddenin altıncı fıkrasında iş ilişkisinde veya iş ilişkisinin sona ermesinde yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davranıldığında işçinin dört aya kadar ücret tutarındaki uygun bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını da isteyebileceği düzenlenmiştir.

İş Kanunu'nun 5. maddesinin başlığı ile metni arasında bir uyumsuzluk olduğu haklı olarak dile getirilmektedir. Ancak gerekçesinde işverenin işe alımdan başlayarak çalışma koşulları yönünden eşit davranma yükümlülüğünden ve eşit davranma borcunun en önemli dayanağının Anayasanın 10. maddesi olduğundan söz ediliyor. Bu nedenle 5. maddenin yalnızca eşitlik ilkesinin olumsuz

yönünü kapsayan ayrımcılık yasağına karşı güvence sağladığının düşünülmemesi gerektiği kabul edilmektedir. Öyleyse maddeyi salt ayrımcılık yasağına indirgemek mümkün değildir. Maddenin eşitlik ilkesiyle ayrımcılık yasağını bir bütün olarak düzenlediği yönündeki görüşe katıldığımı belirtmek isterim.

4857 sayılı İş Kanunu'nun 12. maddesinde de; *“Belirli süreli sözleşmeyle çalıştırılan işçi, ayrımı haklı kılan bir neden olmadıkça salt iş sözleşmesinin süreli olmasından dolayı belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılan emsal işçiye göre farklı işlemeye tabi tutulamaz.”* ve yine devam ediyor madde, *“belirli süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçiye belirli bir zaman ölçütü alınarak ödenecek ücret ve paraya ilişkin bölünebilir menfaatler işçinin çalıştığı süreye orantılı olarak verilir”* ifadesine yer verildikten sonra bu konuda emsal işçiden hareket edilmesi gerektiği belirtilmektedir. 4857 sayılı İş Kanun'un 13. maddesinde de kısmi süreli ve tam süreli iş sözleşmesiyle çalışanlar arasında bir ayırım yapılmaması yönünde düzenleme yer almaktadır.

Ayrımcılık yasağı ile ilgili önemli bir düzenleme de Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 25. maddesinde yer almaktadır. Maddeye göre işveren bir sendikaya üye olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler veya ayrı sendikalara üye olan işçiler arasında çalışma şartları veya çalıştırmaya son verilmesi bakımından herhangi bir ayırım yapamaz. Ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardım konularında toplu iş sözleşmesi hükümleri saklıdır.

İş hukukunda eşitlik ilkesi, işverene işçilerine karşı eşit davranma borcu yüklemektedir. Ancak eşit davranma ilkesi mutlak değildir. Yani eşit davranma ilkesi tüm işçilerin hiçbir farklılık gözetilmeden aynı duruma getirilmesi anlamına gelmez. Eşit davranma ilkesi gerçekten eşit durumdaki işçilerin farklı işleme tabii tutulmasını önlemeyi amaçlar. Bu nedenle, eşitlikten söz ederken, bir grubun kendi içinde benzerlikleri doğrultusunda sınıflandırılması ve bu sınıflandırmanın tutarlılığının sağlanması önemlidir. Aynı zamanda, bu

grubun dışında kalanlardan ayrılmasını sağlayan ölçütler de dikkate alınmalıdır. Dolayısıyla sınıflandırmanın nasıl yapıldığı burada son derece önemlidir.

Eşitlik ilkesinin alt kavramları olan işverenin eşit davranma borcu ile ayrımcılık yasağı birbirleriyle oldukça sıkı bağlantılıdır. Bununla birlikte söz konusu iki kavram aynı anlama gelmez. Eşitliğe aykırı her işlem mutlaka ayırım yasaklarının ihlali anlamına gelmeyebilir. Başka bir anlatımla her eşitsizlik ayrımcılık oluşturmayabilir. Burada tabii eşit davranma borcuyla ayrımcılık yasağı aslında pek çok yönden farklılaşmaktadır. Bunlar arasında bir defa hukuki nitelik itibarıyla bir farklılık var. Her şeyden önce ayrımcılık yasaklarında kişinin hukuken korunan bazı nitelik veya kişisel değerlerine dayalı bir ayrımcılık yapılıp yapılmadığı dikkate alınır. Dolayısıyla ayrımcılıkta bir hukuka aykırılık söz konusudur. Bu nitelik ve kişisel değerler insanın değiştirilmesi mümkün olmayan ya da değiştirilmesi istenilmeyecek nitelikleri ve varlıklarıdır. Yargıtay'a göre salt davacının ücretine zam yapılması ya da e-postasına cevap verilmemesi ayrımcılık yasağının ihlali olarak değerlendirilemez. Bir kararda bu husus şu şekilde ifade edilmiştir: *“salt davacının ücretine zam yapılmamış olması ya da mailine cevap verilmemesi gibi sebeplerin ayrımcılık yasağının ihlali olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. (Örneğin, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 12.11.2018 tarih 2015/26907 esas ve 2018/20333 karar sayılı ilamı; Yargıtay (Kapatılan)22. Hukuk Dairesi'nin 03.07.2019 tarih 2017/23268 esas ve 2019/14998 karar sayılı ilamı)”* (Y9HD, 14.01.2021, 2018/7135-2021/920). Bir başka kararda ise aylık normal ücret, fazla çalışma ücreti ve yıllık izin ücretinin ödenmemesinde ve ücretlere zam yapılmasında eşitlik ilkesine aykırı davranılmasının ayrımcılık tazminatına hak kazandırmayacağına karar verilmiştir (Y9HD, 11.01.2021, 2017/17933-2021/184).

Yargıtay'a göre İş Kanunu'nun 5.maddesinde belirtilen ayrımcılık nedenleri sınırlı değildir. Bir kararda bu husus şu şekilde ifade

edilmiştir “Mutlak ayırım yasakları olarak nitelenebilecek hâller 5 inci maddenin ilk fıkrasında sayılmıştır. İlgili hükümde dil, ırk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep gibi sebeplere dayalı ayırım yasağı öngörülmektedir. Belirtilen bu hususların tamamının mutlak ayırım yasağı kapsamında ele alınması gerekir. Fıkarda sayılan hâller sınırlı olmayıp bu hâllere benzer nedenlerle de işveren ayırım yasağını ihlal edemez. İşçinin işyerinde olumsuzluklara yol açmayan cinsel tercihi, siyasi sebepler ve dünya görüşü gibi sebepler benzeri sebepler kapsamında değerlendirilebilir” (Y9HD, 14.03.2024, 2024/560-2024/4813).

Dar anlamda eşit davranma borcuna aykırılık ise hakkın kötüye kullanılması niteliği taşır. İşverenin dar anlamda eşit davranma borcunun temelinde Türk Medeni Kanunu’nun 2. maddesinde düzenlenen dürüstlük kuralı yer almaktadır. İşverenin eşit davranma borcu işverenin eylem ve işlemlerinin işçiler arasında eşitsizlik oluşturacak bir hukuki sonuç doğurmamasını gerektirir. Burada da hukuki sonuç önemlidir. Yani eşit davranma borcunda hukuki sonuca bakılarak değerlendirme yapılmaktadır. Oysa ayrımcılık yasağında kişisel nitelik ve değerler esas alınarak değerlendirme yapılmaktadır.

Bir diğer farklı yön, iş ilişkisi kurulurken veya diğer aşamalarında işverenin, işçinin hukuken korunan nitelik ve kişisel bağlılıklarından birine dayanarak ayırım yapamayacağı kabul etmektedir. Yani ayrımcılık yasağı sadece sözleşme kurulduktan ve sonrası için değil sözleşmenin kurulduğu aşamada da geçerli olan bir ilkedir. Buna karşı işverenin iş ilişkisinin kurulması sırasında eşit davranma borcunun varlığı tartışmalıdır. Baskın görüş işe alma aşamasında işverenin eşit davranma borcunun bulunmadığı yönündedir.

İşverenin eşit davranma borcu karşılaştırma yapılmasını gerektirir. Eşit davranma borcu söz konusu olduğunda bu borcun gerçekten yerine getirilip getirilmediği ileri sürüldüğünde bir kıyaslama yapılması şarttır. Ancak ayrımcılık yasağında tek bir işçi de olsa ihlal söz konusu olabilir. Ancak ayrımcılık yasağının karşılaştırmayı ya da

kıyası tamamen reddettiğini söylemek mümkün değildir. Bazı durumlarda ayrımcılık yasağında da bir karşılaştırma yapmak gerekebilir. Karşılaştırma yapılırken aynı işyeri, aynı zaman dilimi, kolektif bir uygulama var olup olmadığı ve karşılaştırılabilecek en az iki işçiden oluşan bir grubun olması gerektiği kabul edilmektedir.

İş Kanunu'nun 5. maddesinde ayrımcılık tazminatı, iş ilişkisinde veya sona ermesinde madde hükümlere aykırı davranıldığında işçinin dört aya kadar ücreti tutarında bir ayrımcılık tazminatı ödenmesi şeklinde düzenlenmiştir. Öğretide işverenin dar anlamda eşit davranma borcuna aykırılığı halinde de söz konusu olan kanun boşluğunun yargıç tarafından doldurulması suretiyle iş ilişkisinin kurulmasında da maddede öngörülen tazminatın talep edilebileceği görüşü ileriye sürülmüştür.

Yargıtay'a göre İş Kanunu'nun 5.maddesi, ayrımcılık tazminatını sadece ayrımcılık yasağı ihlali için düzenlemiştir. İşverenin dar anlamda eşit davranma borcunu ihlal ettiği durumlarda ayrımcılık tazminatına karar verilemez. Ayrımcılık tazminatı hükümleri mutlak emredicidir. Aksine sözleşme hükümleri geçersizdir. Bu husus Yargıtay kararında şu şekilde ifade edilmiştir: “İşverenin eşit davranma borcuna aykırı davranmasının yaptırımı Kanun'un 5 inci maddesinin altıncı fıkrasında düzenlenmiştir. Anılan hükme göre işçinin dört aya kadar ücreti tutarında bir tazminattan başka yoksun bırakıldığı haklarını da talep imkânı bulunmaktadır. Söz konusu fıkra metni emredici nitelikte olduğundan, anılan hükme aykırı olan sözleşme hükümleri geçersizdir. Geçersizlik nedeniyle ortaya çıkan kural boşluğu eşit davranma ilkesinin gereklerine uygun olarak doldurulmalıdır” (Y9HD, 14.03.2024, 2024/560- 2024/4813).

Yargıtay, iş ilişkisinin kurulmasında eşit davranma borcunun varlığını kabul etmemektedir. Yüksek Mahkemeye göre “Esas itibarı ile işveren, henüz işe alınmamış kişilere veya iş sözleşmesi sona ermiş işçilerine karşı da eşit davranmakla yükümlü değildir. Bu nedenle 5'inci madde

iş ilişkisi kurulduktan sonra uygulanabilecek bir yaptırımdır” (Y9HD, 07.10.2013, 2011/33127-2013/25090); “İşverenin işçileri arasında eşit işlem yapma borcundan söz edebilmek için hiç şüphesiz işverenle arasında iş ilişkisi kurulmuş olan işçilerin varlığı gerekmektedir.” (Y9.HD, 24.06.2013, 2011/9220-2013/19242); “İşverence işe almada eşit davranma borcu, 4857 sayılı İş Kanunu’nun 5. maddesinin 3. fıkrasında, cinsiyet veya gebelik nedeniyle ayırım yapmamayı ifade eder” (Y9HD., 17.03.2009, 2008/32183 -2009/7045).

Yargıtay işverenin eşit davranma borcunun aynı durumda bulunanlar bakımından geçerli olduğunu kabul etmektedir. Yüksek Mahkeme’nin verdiği bir kararda “Davacının iş mevzuatına tabi olarak çalıştığı ve operasyon uzmanı olarak görevini yürüttüğü anlaşıldığından, söz konusu operasyon uzmanı kadrosunun müdür yardımcılığı kadrosuna eşit olup olmadığı, ücretinde fark bulunup bulunmadığı araştırılarak eşit işe eşit ücret ilkesine göz önüne alınarak operasyon uzmanı kadrosu için öngörülen ücret ve eklerinin ödenmesi gerektiği dikkate alınarak karar verilmesi gerekir” denilmiştir (Y22HD, 29.04.2015, 2014/3208-2015/15630). Aynı görüşten hareketle uzmanlık alanları farklı olanlar arasında farklı ücret uygulamasının eşit davranma borcuna aykırı olmadığına karar verilmiştir. Anılan kararda şu ifadelere yer verilmiştir: “aynı sıfat veya unvan ile görev yapılırsa dahi, uzmanlık alanlarına göre işçiler arasında fark oluşturacak şekilde maaş düzenlemesi yapılması eşit işe eşit ücret ilkesine aykırılık oluşturmaz” (Y22HD. 24.04.2013, 2012/21804-2013/8534).

Yargıtay’a göre eşit davranma borcu, aynı işyerinde birden çok çalışan için aynı dönemde yapılan kolektif uygulamalar bakımından geçerlidir. Bu husus bir kararda şu şekilde ifade edilmiştir: “Eşit davranma ilkesi tüm hukuk alanında geçerli olup iş hukuku bakımından bu ilke, işverene işyerinde çalışan işçiler arasında haklı ve objektif bir neden olmadıkça farklı davranmama borcu yüklemektedir. Böylece işverenin yönetim hakkı sınırlandırılmış durumdadır. Bununla birlikte eşit

davranma borcu tüm işçilerin hiçbir farklılık gözetilmeksizin aynı duruma getirilmesini gerektirmeyip eşit durumdaki işçilerin farklı işleme tâbi tutulmasını önlemeyi amaç edinmiştir. Eşit davranma ilkesinin uygulanabilmesi için aynı işyerinin işçileri olma, işyerinde topluluk bulunması, kolektif uygulamanın varlığı, zamanda birlik ve iş sözleşmesiyle çalışmak koşullarının gerçekleşmesi gerekmektedir” (Y9HD, 14.03.2024, 2024/560-2024/4813).

Yargıtay’a göre eşit ücret için işyerinde aynı dönemde çalışanların ve aldıkları ücretin tespit edilmesi, fark varsa nesnel nedenlerinin saptanması gerekir. Bu konuda verilen bir kararda şu gerekçeye yer verilmiştir: *“Mahkemece davacının ücretinin diğer vardiya amirlerinden az olup eşit işe eşit ücret verilmediğinden işçinin feshinin haklı olduğu gerekçesi ile kıdem tazminatına hükmedilmiş ise de yapılan araştırma yeterli değildir. ... Mahkemece yapılacak iş; davacı ile aynı dönemde çalışan diğer vardiya amirlerinin kim olduğu, bu kişilerin iddia edilen dönemde ne kadar ücret aldıkları hususları araştırılıp, ücret farkı var ise bunun nesnel nedenlerinin olup olmadığı saptamak ve sonucuna göre hüküm kurmaktır.” (Y9HD, 03.02.2012, 2009/43256-2012/3034).*

Yargıtay’a göre aynı nitelikte olsa bile yeni işe alınan işçinin kararlaştırılan ücret, daha yüksek olabilir: *“davalı işverenin aynı nitelikte olsa bile yeni işe aldığı işçi için kararlaştırılan ücretin daha yüksek olması eşit işlem borcuna aykırı olmadığından, işverenin bu işlemde farklı davranması sözleşme serbestisi kapsamında kaldığından, davacının fark alacaklarının ve eşit davranma borcuna aykırılık tazminatı istemlerinin reddi gerekir” (Y9HD, 14.12.2020, 2016/34297- 2020/18304).*

Yargıtay dar anlamda eşit davranma borcunun mutlak olmadığını kabul etmektedir. Yüksek Mahkeme’ye göre, farklı davranmayı haklı kılan bir neden varsa, işverenin eşit davranma borcunun ihlalden söz edilemez. Konuya ilişkin 2019 yılında verilen bir kararda şu ifadelere yer verilmiştir: *“İşverenin eşit davranma borcuna aykırı davranmasının yaptırımı maddenin 6. fıkrasında belirtilmiştir. Ancak bu*

yaptırım, her eşit işlem borcuna aykırılık için öngörülmemiştir. Bu yaptırımın olması için madde de mutlak olarak belirtilen ayrımcılık nedenlerinin ihlali gerekir. Kısaca dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep gibi sebeplere dayalı ayırım veya tam süreli-kısmi süreli işçi ile belirli süreli-belirsiz süreli işçi arasında farklı işlem yapılması gerekir. Dosya içeriğine göre, davacı günlük yevmiye ücretinin düşürülmesinden kaynaklanan fark ücret ile buna bağlı eşit işlem yapma borcuna aykırılık tazminatını istemiştir. Davacıya yapılan bu uygulamanın sebebi, davalı işyerinde uygulanan toplu iş sözleşmesinin tarafını oluşturan sendikaya sonradan üye olmasıdır. Davacıya yürürlükteki toplu iş sözleşmesinden sonra sendikaya üye olan diğer işçilerden farklı bir uygulama yapılmamıştır. Davacının tazminat talebinin reddi yerine yazılı gerekçeyle kabulü hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.” (Y9HD, 13.05.2019, 2016/3906-2019/10613). Aynı yönde 2024 yılında verilen bir kararda da benzer gerekçeye yer verilmiştir: “4857 sayılı Kanun sistematığında eşit davranma borcu, işverenin genel anlamda borçları arasında yerini almıştır. Buna karşın “Eşitlik davranma ilkesi” başlığını taşıyan 5 inci maddede, her durumda mutlak bir eşit davranma borcu düzenlenmiş değildir. Belli bazı durumlarda işverenin eşit davranma borcunun varlığından söz edilmiştir. İşverence, nesnel nedenlerin varlığı hâlinde işçiler arasında farklı uygulamaya gidilmesi eşit işlem borcuna aykırılık oluşturmaz” (Y9HD, 14.03.2024, 2024/560-2024/4813).

Yargıtay, İş Kanunu'nun 5.maddesinde belirtilen ayrımcılık nedenleri söz konusu değilse aynı maddede yer alan ayrımcılık tazminatının talep edilemeyeceğine karar vermiştir. Yüksek Mahkeme'ye göre ayrımcılık yasağı ihlal edilmemişse yalnızca dar anlamda eşit davranma borcunun ihlali nedeniyle ayrımcılık tazminatına hükmedilemez. Aksi yönde karar veren mahkeme kararı şu gerekçe ile bozulmuştur: “Somut uyuşmazlıkta, davacı vekili davacının mesai arkadaşlarının yılda dört kez ikramiye verilirken davacıya verilmemesi, davacı ile aynı işi yapanlara davranıldığı gibi davranmamaları sebebiyle işverenin İş

Kanun'unda düzenlenen eşit davranma borcuna aykırı davranıldığı iddiasıyla eşit davranmama tazminatı talep etmiştir. Mahkemece, davalının ikramiye ödemesinin şirket uhdesinde bulunan takdire göre bazı personele yapıldığını bildirmiş olup yapılan incelemede davacının iş sözleşmesinde ikramiye hususunda düzenleme bulunması, Çalışma Müfettişlerince yapılan incelemede davacının ikramiye alacağına olduğunun tespit edilmesi ve Yargıtay'ın yerleşik kararları gereği genel bir nitelik taşıyan ikramiye ödemesi uygulamasından işyerinde çalışan tüm işçilerin yararlandırılması gerektiği, işveren tarafından yapılan ayrımı haklı kılan geçerli nedenler olmadığı sürece ikramiye uygulaması yönünden işverenin eşit davranma borcuna uygun davranması gerekeceği gözetilerek takdiren iki aylık ücret karşılığı tazminata hükmedilmiş ise de, yukarıdaki açıklamalar dikkate alındığında, davacının dayandığı sebebin İş Kanununun 5 inci maddesinin ilk fıkrasında açıklanan dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep gibi sebeplere dayalı ayırım yasağına uymadığından davacının eşit davranmama tazminatı talebinin reddi gerekirken kabulü hatalıdır” (Y9HD, 17.10.2018, 2015/29956-2018/18539; Aynı yöndeki kararlar için bkz. Y9HD, 24.03.2020, 2019/8022-2020/4414; Y9HD, 25.02.2020, 2017/28065-2020/2946; Y9HD, 05.02.2020, 2017/15337-2020/1522; Y9HD, 22.01.2019, 186/1842; Y9HD, 17.01.2019, 2017/9036 -2019/1503). Yargıtay'ın bu görüşten farklı sonuca vardığı bir kararı da vardır. Karara konu olayda işyerinde aynı işi yapan diğer çalışanlarla kıyasla davacıya daha düşük ücret ödenmesi, eşit davranma borcuna aykırı bulunarak ayrımcılık tazminatına hükmedilmesi gerektiği belirtilmiştir (Y9HD, 05.10.2020, 2017/16279- 2020/10415). Yargıtay'ın önceki içtihatları ve daha sonra verdiği kararlar dikkate alındığında bu karar Yargıtay'ın yerleşik görüşünü yansıtmamaktadır.

Yargıtay, eşit değerde iş için eşit ücret ödenmesi ilkesinden hareketle, işçinin vekâleten geçici olarak gördüğü işin ücretini isteyemeyeceğine karar vermiştir. Görevlendirme geçici nitelik taşıyorsa

filen yapılan işin ücreti ödenmelidir. Bir kararda şu ifadelere yer verilmiştir: *“Davacının İş Mevzuatına tabi olarak çalıştığı ve filen müdürlük görevini yürüttüğü anlaşıldığından, davalı işverenin davacının yaptığı görevin vekâleten olması ve salt eğitim durumunu dikkate alarak eşit işe eşit ücret ilkesine aykırı olarak davacının konumuna uygun ücreti ödemekten kaçınması doğru değildir. ... Davacıya vekâleten atandığı ve geçici durumu kalmayan idari işler müdürlüğü kadrosu için öngörülen ücret ve eklerinin ödenmesi gerekir”* (Y9HD, 16.09.2013, 2011/19687-2013/22527; Aynı yönde karar için bkz. Y9HD, 24.11.2014, 2013/4106-2014/35058).

Yargıtay bir kararında sözleşmede asıl işe ilave olarak vekâleten yürütülen işten dolayı ücret ödenmesine yönelik düzenleme bulunmadığı, ayrıca personel yönetmeliğinde vekâleten yürütülen göreve ait ücretin ancak bu göreve asaleten atama yapılması halinde talep edilebileceğine ilişkin hüküm bulunduğu gerekçesiyle fark ücret talebi reddedilmiştir (Y9HD, 15.09.2014, 2012/24680-2014/26528).

Eşit işe eşit ücret ilkesi ile ilgili her kararda 100 sayılı ILO sözleşmesinin hukuki dayanak gösterilmesi doğru değildir. Çünkü 100 sayılı Sözleşme, eşit değerde iş için kadın ve erkekler arasında ayırım yapılmamasını düzenlemektedir. Dolayısıyla cinsiyete dayalı bir ayırım söz konusu değilse kararda 100 sayılı Sözleşme’ye yer verilmesi gerekir. Yargıtay bu hususu bir kararında şu şekilde ifade etmiştir: *“100 nolu ILO Sözleşmesi ile eşit işe eşit ücret verilmesi gerekmekte ise de bu Sözleşme, eşit değerde iş için erkek ve kadın işçiler arasında cinsiyet ayrımına dayalı ücret eşitsizliği ile ilgili olup, somut olayda bu yönde bir uyumsuzluk söz konusu değildir. Diğer yandan, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu’nun 25. maddesinin ikinci fıkrasına göre sendikaya üye olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler veya ayrı sendikalara üye olan işçiler arasında ayırım yapılmamasına ilişkin kural ücret, ikramiye ve paraya ilişkin sosyal yardım konularında geçerli değildir. Somut olayda dayanışma aidatı ödemeyen ve sendikaya üye*

olmayan davacı işçi toplu iş sözleşmesinden doğan haklardan yararlanamaz” (Y9HD, 09.02.2022, 2022/390-2022/1506). Anılan karara göre toplu iş sözleşmesine taraf sendikanın üyesi olmayan ve dayanışma aidatı da ödemeyen işçi toplu iş sözleşmesinden yararlanamaz. Bu nedenle eşit davranma borcunun ihlalinden söz edilemez. Yüksek Mahkeme başka bir kararında ücret farklılığının toplu iş sözleşmesinden yararlanmadan kaynaklanması halinde eşit davranma borcunun ihlal edildiğinden bahsedilemeyeceğini belirtmiştir. Kararda şu gerekçeye yer verilmiştir: “dosya içeriğine göre sendika üyesi olmadıkları hâlde toplu iş sözleşmesinden yararlandırıldıkları ve davalı işveren bu nedenle eşit işlem borcuna aykırı davrandığı iddiasıyla davacı tarafından isimleri bildirilen işçilerin, dayanışma aidatı ödemek suretiyle toplu iş sözleşmesinden yararlanma yönünde talepte buldukları anlaşılacakla davacı ile aynı konumda kabul edilemeyecekleri ve dolayısıyla davalının eşitler arasında farklı uygulama yaparak eşit işlem borcuna aykırı davrandığından söz edilemeyeceğinden, ...” (Y9HD, 01.11.2022, 2022/10402 -2022/13981). Aynı konuda bir kararda “100 nolu ILO Sözleşmesi ile eşit işe eşit ücret verilmesi gerekmekte ise de dayanışma aidatı ödemeyen ve sendikaya üye olmayan işçinin aynı haklardan yararlanması sendika hakkının amacına aykırıdır” denilmiştir (Y9HD, 24.12.2020, 2020/3793-2020/19944).

Asıl işveren işçisiyle alt işverenin işçisi arasında ücret farklılığının bulunması halinde eşit davranma borcunun ihlalinden söz edilemez. Yargıtay’a göre, alt işveren işçisinin asıl işverenin aynı işi yapan işçisi aynı ücreti talep edebilmesi için asıl işveren-alt işveren ilişkisinin geçersiz ya da muvazaaya dayanması gerekir. Bu husus bir kararda şu şekilde ifade edilmiştir: “davacı dava dilekçesinde eşit işe eşit ücret ilkesinin ihlal edildiğini, davacının 2013 Ağustos ayına kadar geçici işçi statüsünde maaşlarının belirlenerek çalıştırıldığını ileri sürerek fark ücret talebinde bulunmuş, mahkemece emsal işçi olarak kabul edilen ... göre davacının fark ücret alacağı belirlenmiştir. Ancak davacının ücret farkı

alacağının hüküm altına alınması için asıl iŖveren ile alt iŖveren arasındaki iliŖkinin muvazaalı olması gerekir. Somut olayda bu yönde açık bir talep olmadığı gibi asıl iŖveren ile alt iŖveren arasındaki iliŖkinin muvazaalı olduğu da ispat edilememiŖtir. Bu nedenle davacının fark ücret taleplerinin de reddi gerekirken yazılı Ŗekilde karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiŖtir” (Y22HD, 29.06.2020, 2017/45576-2020/8047).

Yargıtay iŖverenin eŖit davranma borcu kapsamında eŖit değerde iŖ için eŖit ücret ilkesinin uygulanmasında geniŖ anlamda  creti esas almaktadır. BaŖka bir anlatımla, eŖitlik ilkesinin uygulanmasını temel ücretle sınırlı tutmamaktadır. Buna göre, örneğin, prim, ikramiye ve harcırah gibi parasal hakların ödenmesinde de iŖverenin eŖit davranma borcu söz konusudur. Bir kararda bu husus Ŗu Ŗekilde a ıklanmıŖtır: “Maddenin dördüncü ve beŖinci fıkralarında, iŖverence ücret ödeme borcunun ifası sırasında cinsiyet sebebiyle ayırım yapılamayacağından söz edilmektedir. Burada sözü edilen ücretin genel anlamda ücret olduğu ve ücretin dıŖında kalan ikramiye, prim vb.  demleri de kapsadığı açıktır.” (Y9HD, 14.03.2024, 2024/560-2024/4813. Aynı yönde kararlar için bkz. Y9HD. 24.11.2020, 2016/32146-2020/16654; Y9HD, 09.11.2022, 2022/11374- 2022/14598).

EŖit davranma borcu aynı iŖverenin iŖ ileri arasında geçerlidir. BaŖka bir iŖverenin iŖ isi ile karŖılaŖtırma yapılamaz. Yargıtay’ın konuya iliŖkin verdiği bir kararda Ŗ yle denilmektedir: “alt iŖveren Ŗirketin, eŖit davranma borcu kendi iŖ ileri arasında geçerlidir. Hukuka uygun olarak kurulan hizmet alım s zleŖmesi çerçevesinde çalıŖan alt iŖveren Ŗirketin iŖ ileri ile asıl iŖveren konumundaki davalı kurumun iŖ ileri ile arasında eŖit davranma borcuna aykırılıktan söz edilemeyeceğinden bu konudaki alacak talebinin kabulü de hatalı olmuŖtur” denilmektedir (Y9HD, 01.07.2021, 2021/6703 E- 2021/11352). Yargıtay baŖka bir kararında ise Ŗu ifadelere yer vermiŖtir: “davalı Ŗirketten ayrı, bağımsız iŖveren olan dava dıŖı Ŗirketin (birleŖme ile davalı konumuna geçen... A.Ŗ.) kendi iŖ ilerine yaptığı eğitim yardımı miktarından yararlanması

mümkün değildir. Çünkü her iki şirket ayrı bir tüzelkişilik ve bağımsız diğer bir işverendir. Aynı işveren olması söz konusu olmadığından eşit davranma borcunun ihlalinin söz dilemez” (Y9HD, 23.03.2021, 2021/2786-2021/6672).

Yargıtay bir kararında kıdemleri aynı olan ve aynı işte çalıştırılan işçiler arasında eşit davranma borcuna aykırılığın işçiye haklı nedenle fesih hakkı verdiğini belirtmiştir. Kararda şu ifadelere yer verilmiştir: “davacının aynı kıdem ve aynı işte çalışan işçi ile aynı ücretle çalıştırılmaması suretiyle eşit işlem borcunun ihlal edilmesi 4857 sayılı Yasa’nın 24/II-e maddesi uyarınca işçiye haklı fesih yetkisi verir” (Y9HD, 05.10.2020, 2017/16279- 2020/10415).

İş Kanunu’nun 5.maddesi ayrımcılığı ispat yükü işçinin üzerindedir. Bununla birlikte işçi bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispat etmekle yükümlü olur. Yargıtay da bu konuda maddeye uygun uygulama yapmaktadır. Konuya ilişkin bir kararda şu ifadelere yer verilmiştir: “Eşit davranma borcuna aykırılığı ispat yükü işçide olmakla birlikte, anılan maddenin son fıkrasında yer alan düzenlemeye göre işçi ihlalin varlığını güçlü biçimde gösteren bir delil ileri sürdüğünde aksi işveren tarafından ispatlanmalıdır. Somut uyuşmazlıkta, 2013 yılı itibariyle performansa dayalı ücret artışı sistemine geçen davalı işyerinde davacı işçinin ücretine 2014 yılında zam yapılması ve 2015 yılında %3,11 oranında zam yapılmasının 4857 sayılı İş Kanunu’nun 5. maddesinde belirtilen ayrımcılık kapsamında değerlendirilemeyeceği, dosyada yer alan bilgi ve belgelerden işyerinde çalışan diğer engelli personele normal zammın yapıldığı anlaşıldığından davacının salt engelli olmasından kaynaklı bir ayrımcılığın da olmadığı anlaşıldığından, davacının eşit davranma borcuna aykırılık (ayrımcılık) tazminatı talebinin reddine karar verilmesi gerekirken kabulü hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir” (Y9HD, 16.09.2020, 2016/33995-2020/8116). Aynı yönde başka bir kararda da şu gerekçe yer almaktadır: “Dosya

kapsamındaki deliller, dinlenen tanıkların anlatımı dikkate alındığında davacı iŖçinin doğum iznine ayrıldığı, doğum izni sonrası davacıya eski iŖi yerine baŖka bir iŖ teklif edildiği, bu iŖin davacının uzmanlık alanının dıŖında olduğu davacı tarafından ispat edilmiŖtir. Davacı, 4857 sayılı Kanun'un 5 inci maddesinin son fıkrası uyarınca bir ihlalin varlığı ihtimalini g¼c¼l¼ biçimde g¼steren bir durumu ortaya koymuŖtur. Bu durumda, b¼yle bir ihlalin mevcut olmadığını ispat y¼k¼ üzerinde olan iŖverenin davacının doğum ¼ncesindeki konumunun ve g¼revinin doğum sonrasında hangi sebeplerle deęiŖtirildięini, davacıya farklı muamele yapılmasını gerektiren nedenleri somut olgularla ortaya koyamadığı anlaŖılmaktadır. H¼l b¼yle olunca İlk Derece Mahkemesince ayrımcılık tazminatı talebinin kabul¼ gerekirken yazılı gerekçe ile reddi hatalı olup bozmayı gerektirmiŖtir" (Y9HD, 07.05.2024, 2024/3413-2024/7893).

İŖverenin ücret bakımından dar anlamda eŖit davranma borcunu ihlal edip etmediğinin ispatında iŖverenin kayıtları ¼nemlidir. İŖçi iddiasını ispatlamak için iŖyeri kayıtlarına dayanmıŖsa iŖveren kayıtları sunmakla y¼k¼ml¼d¼r. Yargıtay'a g¼re mahkemece HMK madde 220 uyarınca yapılan ihtarla rağmen, iŖverenin emsal nitelikteki iŖçiye ait ücret bilgilerini sunmaması halinde uyuŖmazlık dosya kapsamına g¼re ¼z¼lmelidir. Konuya iliŖkin bir kararda Ŗu gerekçe yer almaktadır: "İlk Derece Mahkemesince prim uygulamasına iliŖkin davacıya ¼alıŖma s¼resi boyunca ¼denen primlere iliŖkin miktar ve t¼r bilgilerini ayrıca davaya esas olacak 2017 ve 2018 yılları davacı ile emsal nitelikteki personele iliŖkin aylık ücretleri, g¼rev tanımları ve ¼denen prim miktarlarını g¼steren belge ve bilgileri bildirmesi i¼in davalıya 2 haftalık KESİN s¼re verildiği, bu s¼re i¼erisinde sunulmadığı takdirde dosyanın mevcut haliyle değerlendirilmesine karar verilmiŖ olup, a¼ıkça Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 220 maddesi sonu¼larını hatırlatan ihtarın yapılmadığı anlaŖıldıęından, iŖverene Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 220 nci maddesi gereğince kesin s¼re verilmeli, kesin s¼re i¼inde 2017 ve 2018 yıllarında davacı ile emsal nitelikteki Genel M¼d¼r Yardımcılarına

yapılan ödemelere ilişkin kayıtların ibrazı halinde bilirkişilerce gerekli inceleme yapılarak oluşacak sonuca göre, aksi halde Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 220 nci maddedeki usul gözetilerek duruma göre davacının mali işler genel müdür yardımcısı olarak çalıştığından mali işlere dair verileri bildiğinden davacı tarafın beyanı kabul edilerek uyuşmazlık çözüme kavuşturulmalıdır”(Y9HD, 20.04.2022, 2022/3716-2022/4936).

Yargıtay'a göre aynı veya benzer işi yapan, kıdemi ve eğitim durumu aynı olan işçinin toplu iş sözleşmesinden yararlanıp yararlanmadığı da belirlendikten sonra emsal işçi niteliği değerlendirilmelidir. Bir kararda şu ifadelere yer verilmiştir: “Mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporundaki hesaplamalarda davacı taraf beyanı doğrultusunda L.D. isimli işçinin ücretinin emsal olarak alındığı belirtilmişse de bu işçinin kim olduğu, toplu iş sözleşmesinden yararlanıp yararlanmadığı, kıdem süresi, eğitim durumu, davacıyla aynı işi yapıp yapmadığı ve en nihayetinde davacının emsali olup olmadığı denetlenememektedir. Anılan sebeplerle Mahkemece, davalı işyerinde davacıyla benzer veya aynı işi yapan, aynı kıdeme sahip ve fakat toplu iş sözleşmesinden yararlanan birebir emsal işçinin bulunup bulunmadığı araştırılmalı; varsa ücret bordrolarının gönderilmesi istenmelidir.” (Y9HD, 12.05.2022, 2022/4932-2022/5892).

Ayrımcılık tazminatı, eşit davranma borcuna aykırılıkta değil, ayrımcılık yasağının ihlalinde söz konusu olur. Yargıtay bir kararında bu konudaki görüşünü şu şekilde açıklamıştır: “davacı işçi, fazla çalışma ücreti gibi haklarını araması sebebiyle istifasını sağlamak üzere işverence kendisine farklı muamele yapıldığını... ileri sürerek İş Kanunu'nun 5. maddesinde öngörülen tazminatın hüküm altına alınmasını istemiştir. ... Dava dilekçesinde davalı işverenin davacıya farklı muamelede bulunmasının sebebi, fazla çalışma ücreti gibi haklarını araması sebebiyle davacıyı istifaya zorlamak olarak açıklanmıştır. Yerleşik hale gelen içtihatlar uyarınca; 4857 sayılı İş Kanunu'nun 5. maddesinde düzenlenen ayrımcılık tazminatı koşullarının oluşması için öncelikle işverence

yapılan farklı muamelenin ırk, dil, siyasi düşünce, inanç gibi sebeplere dayalı olması gerekmekte olup madde dar yorumlanmalıdır. Dolayısıyla, salt davacının istifasını sağlamak üzere ücretine zam yapılmamış olması ya da iş bilgisayarının eve götürülmesine izin verilmemesi gibi sebeplerin ayrımcılık yasağının ihlali olarak değerlendirilmesi mümkün değildir” (Y9HD, 17.09.2020, 2016/22105-2020/8242). Benzer yönde olan başka bir kararda ise şu ifadelere yer verilmiştir: “Dairemiz yerleşik uygulamasına göre işverenin her eşit işlem borcuna aykırılık hali için tazminat yaptırımı öngörülmemiş, bu yaptırımın olması için maddede mutlak olarak belirtilen ayrımcılık nedenlerinden (örneğin dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce v.b.) birinin gerçekleşmesi şartı aranmıştır. Davalı işveren tarafından davacının harcırah, kira, ücret, yemek yardımının eksik yapılmamasının nedeni olarak davacının dil, ırk, cinsiyet ya da siyasal düşüncesinden dolayı yapılmış ayrımcılığı ortaya koyan bir saptamanın bulunmadığı anlaşıldığından davacının ayrımcılık tazminatı talebinin reddi yerine yazılı gerekçeyle kabulü hatalı olup ...” (Y9HD, 26.01.2021, 2020/4817-2021/2405).

Kararların tamamını sunmak adına süremi biraz aştım. Beni dinlediğiniz için teşekkür ederim. Tüm dinleyicileri tekrar saygı ile selamlayarak sözlerime son veriyorum.

Kaynakça

- Aykaç, Hande Bahar, Fesih Hakkının Eşit Davranma Borcu ile Sınırlanması, İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar II, İstanbul 2016.
- Çelik, Nuri/Caniklioğlu, Nurşen/Canbolat, Talat/Özkaraca, Ercüment, İş Hukuku Dersleri, 35. Baskı, İstanbul 2022.
- Doğan Yenisey, Kübra, “İş Kanunu’nda Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, Çalışma ve Toplum, 11, 2006/4.
- Karan, Ulaş, Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi, Anayasa Yargısı Dergisi, S.32, 2015.
- Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, İş Hukuku, 7.Baskı, Ankara 2022.
- Sur, Melda, “İş İlişkisinde Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, Sicil, S.37, 2017.
- Süzek, Sarper/Başterzi, Süleyman, İş Hukuku, 24.Baskı, İstanbul 2024.
- Süzek, Süzek, “İşverenin Eşit Davranma Borcu”, Sicil, Aralık 2008.
- Tuncay, A. Can, İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, İstanbul 1982.
- Ugan Çatalkaya, Deniz, İş Hukukunda Eşitlik İlkesinin İki Bileşeni: İşverenin Dar Anlamda Eşit Davranma Borcu ve Ayrımcılık Yasağı, Çalışma ve Toplum, 202/12.
- Ulucan, Devrim, Eşitlik İlkesi ve Pozitif Ayrımcılık, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 15, Özel S., 2013, s. 369-383 (Basım Yılı: 2014).
- Yıldız, Gaye Burcu, “İş Sözleşmesinin Feshinde Eşit İşlem Yapma Borcu ve Ayrımcılık Yasağı”, Prof. Dr. Ali Güzel’e Armağan, C.I, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 2010.
- Yıldız, Gaye Burcu, İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, Ankara 2008.

Prof. Dr. Yeliz Bozkurt Gmrkoğlu:

Biz teŖekkür ederiz Sayın BaŖkanım.

Malumunuz olduğu üzere kadın ve erkek arasındaki ücret sorununa çözüm üretmek ve farkındalık yaratmak amacıyla Uluslararası alıŖma rgt, BirleŖmiŖ Milletler Toplumsal Cinsiyet EŖitliđi ve Kadının Güçlendirilmesi Birimi, Ekonomik ve Kalkınma İŖbirliđi rgt'nün ve sosyal tarafların katılımıyla oluŖturulan Uluslararası EŖit cret Koalisyonu (Equal Pay International Coalition- EPIC), 18 Eylül gününü Uluslararası EŖit cret Günü olarak belirlemiŖti.

Biz de hemen bunun akabinde, bir iki gün sarkmayla da olsa, sayenizde bu konuyu ele alabildik. Bu nedenle Kıymetli BaŖkanıma Ŗkranlarımı sunuyorum. Ayrıca tüm yoğunluğuna rağmen akademik etkinliklere her zaman vaktini ayırdığı, bizim de teklifimizi kabul ettiği için kendisine mteŖekkirim. Yargıtay'ın güncel kararlarını ve grŖlerini paylaŖması sunumu teorik kısımla birlikte uygulama açısından da oldukça zenginleŖtirdi. Ben de kendi adıma çok istifade ettim. Tekrar teŖekkrler Sayın BaŖkanım.

Cumhurbaşkanlığı İdari İŖler BaŖkanlıđı, Hukuk ve Mevzuat Genel Müdürlüğü, Uluslararası Tahkim ve Alternatif zmler Daire BaŖkanı ve İŖ Hukuku Doçenti olan Sayın Doç. Dr. Eda Manav zdemir BaŖkanımın sunumu var. Kendisi bize szleŖmenin feshinde eŖitlik ilkesinden bahsedecek. Buyurunuz Eda BaŖkanım.

Doç. Dr. Eda Manav zdemir:

Öncelikle çok teŖekkür ediyorum Yeliz Hocam. Seracettin BaŖkanıma da bu ayrıntılı sunumu için çok teŖekkür ediyorum. Her zamanki gibi dinlemek çok keyifliydi. Ben de öncelikli olarak İbn Haldun Üniversitesi Uluslararası Hukuk ve İnsan Hakları Uygulama ve AraŖtırma Merkezi'ne bu vesileyle Gülnihal Hocama ve sizlere ve tüm yetkililere teŖekkrlerimi sunarak baŖlamak istiyorum ve Seracettin BaŖkanımın kaldığı yerden devam etmek istiyorum.

Sözleşmenin Feshinde Eşitlik

Doç. Dr. Eda Manav Özdemir*

Eşit davranma borcu, ayrımcılık yasağı ve bu kavramların birbirleriyle bağlantısı hususlarını detaylı bir şekilde anlatıldı. Şimdi ben de iş sözleşmesinin sona ermesinde –fesihte- ayrımcılık ve eşit davranma ilkesinden, borcundan bahsedeceğim. Bu çerçevede mevzuat bağlamında baktığımız zaman hem İş Kanunu'nun 5'inci maddesinde hem 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nda hem de 6701 sayılı Kanun'da buna ilişkin düzenlemeler söz konusu ve bu çerçevede iş sözleşmesinin sona ermesinde de eşit davranma ilkesinden bahsediliyor. Yine 5'inci madde iş ilişkisinde veya sona ermesinde, 5'inci maddede düzenlenen hükümlere aykırı davranıldığında diye devam ediyor. 6356 sayılı Kanun'da işveren bir sendikaya üye olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler veya ayrı sendikalara üye olan işçiler arasında çalışma şartları veya çalıştırmaya son verilmesi bakımından herhangi bir ayırım yapamaz deniliyor. Yine 6701 sayılı Kanun'da da işe alım şartları, çalışma ve çalışmanın sona ermesi süreçleri dâhil olmak üzere işle ilgili süreçlerin hiçbirinde ayrımcılık yapılamayacağı düzenleniyor. Bu çerçevede hem Yargıtay kararlarına hem öğreti bağlamında baktığımız zaman eşit davranma borcunun fesihte uygulanması oldukça tartışmalı. Yargıtay'ın da bu hususta pek çok kararı var.

* Cumhurbaşkanlığı İdari İşler Başkanlığı Hukuk ve Mevzuat Genel Müdürlüğü Uluslararası Tahkim ve Alternatif Çözümler Daire Başkanı

Ayrımcılık yasağı bağlamında baktığımız zaman, işverenin iş sözleşmesinin feshinde ayrımcılık yasağına aykırı davranmaması gerektiği öğretilerinde genel olarak kabul gören bir yaklaşımdır. Fesihle ayrımcılık ya da eşit davranma ilkesinin ihlali denildiği zaman, mesela bir kavgaya birden fazla işçinin karışması halinde bu işçilerin tümünün sözleşmesi mi feshedilecek? Eğer kavgaya karışan tüm işçilerin sözleşmesi feshedilmediyse bunlardan sadece birinin sözleşmesi feshedildiyse bu durumda eşit davranma borcunun ihlali söz konusu mu değil mi? Bu noktada farklı görüşler söz konusudur.

Örneğin, işverenin işyerinde kavga eden iki işçiden birini salt milliyetinden dolayı ya da farklı bir dine mensup olması sebebiyle ya da cinsiyeti nedeniyle işten çıkarması halinde ayrımcılık yasağına aykırılık söz konusudur. Ancak mutlak ayrımcılık yasağı oluşturmayan bir şekilde eğer eşit davranma borcunun ihlali söz konusuysa bu durumda bunun fesihle uygulaması nasıl olacak? Öğretilerde oldukça farklı görüşler söz konusudur. Bir görüşe göre, iş sözleşmesinin işçiden kaynaklanan geçerli nedenle feshinde olduğu gibi, çok sayıda işçinin işletme gerekleriyle işten çıkarılmasında da işçinin kişisel durumları, yetenekleri ve farklılıklarının dikkate alınması gerekiyor. Bir başka görüşe göre ise iş sözleşmesinin feshinde eşit davranma borcundan söz edilemez. Fesih hakkının kötüye kullanılması durumları dışında işveren aynı durumdaki işçilerden istediği işçiyi işten çıkartabilir, istediğini de devam ettirebilir. Yine bir başka görüşe göre, iş sözleşmesinin feshinde de ayrımcılık yasağı söz konusu olduğu gibi eşit davranma borcunun ihlalinden de söz edilemeyecektir. Bir diğer görüşe göre, sözleşme özgürlüğu uyarınca işverenin fesih hakkını kullanmasında işçinin kişisel özellikleri önemli yere sahiptir. Dolayısıyla iş sözleşmesinin feshinde işverenin takdir hakkı söz konusudur. Aynı olaya aynı işçiler karışmış olsa dahi işveren işçinin liyakatini, kıdemi ve benzer hususları dikkate alabilir.

Yine birden fazla işçinin katıldığı bir eylem söz konusu ise keyfi ve kötü niyetli olmamak koşuluyla işveren iş sözleşmesinin feshinde belirli kriterler belirleyebilir ve bu kriterler çerçevesinde dilediği işçiyi işten çıkartabilir veya sözleşmesini feshedebilir. Bu noktada bazı yazarlar da kesin olarak eşit davranma borcunun iş sözleşmesinin feshinde de söz konusu olduğunu belirtmekte olup buna göre eşit davranma ilkesinin temelinde Anayasa yatmakta olup bu ilkenin fesihte uygulanmaması da söz konusu olamaz. İş sözleşmesi feshedilecek işçilerin seçiminde de işverenin hakkaniyetli davranması ve eşit davranma borcuna uygun hareket etmesi gerekmektedir.

Bir başka görüşe göre de iş sözleşmesinin feshinde de eşit davranma borcu vardır, ancak dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasal düşünce, inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yasağında olduğu gibi bu gibi sebepler tabii ki eşit davranma borcu bağlamında fesihte de geçerli olan ilkeler olarak kabul ediliyor.

Diğer bir görüşe göre ise iş sözleşmesinin feshinde eşitlik ilkesinin kabul edilmesi ve eşit davranma borcunun varlığından söz edilmesi gerekir. İş sözleşmesindeki işçinin çalışma hakkı ile işverenin sözleşme özgürlüğü bağlamında da denge, bu ilke çerçevesinde kabul edilebilir.

Yargıtay'ın konuya ilişkin farklı kararları mevcuttur. Örneğin, eski tarihli bir kararında norm kadro uygulaması uyarınca geçici işçilerin öncelikle işten çıkarılması gerekirken bunların yerine daha düşük ücretli işçilere iş yaptırmak amacıyla sadece kadın işçilerin çıkarıldığı bir durumda zaten mutlak ayrımcılık yasağı da söz konusudur denmektedir. Burada eşit davranma borcuna aykırı bir davranış mevcuttur. Yine bir başka olayda, işçilerin üretimi durdurmak amacıyla topluca yaptıkları kanun dışı grev niteliğindeki eylemle ilgili olarak, eyleme katılanlardan bir kısmının iş sözleşmelerinin feshedilmesi, eşit davranma borcunu aykırılık nedeniyle feshin geçersizliği sonucunu doğurmaz denmektedir. Buna karşılık bir başka olayda, kavgaya

karışan işçilerin hepsinin işten çıkartılması gerektiği, aksi takdirde eşit davranma borcunun ihlal edilmiş olacağına yönelik kararları da söz konusudur. Bu kararlara da daha sonra yine değineceğim. Ama başkanımın da dediği gibi Yargıtay eşit davranma borcunun ihlali nedeniyle ayrımcılık tazminatına karar vermiyor. Daha çok eşit davranma borcunun ihlali sebebiyle feshin haklı, haksız, geçerli, olup olmadığı hususlarını değerlendiriyor.

Ben de bu çerçevede konuyu ikiye ayırarak süreli fesih hakkının kullanılması bağlamında haklı sebeple fesih hakkının kullanılmasında eşit davranma borcu ve süreli fesih hakkı bağlamında da iş güvencesi kapsamında olan işçiler bakımından ve iş güvencesi kapsamında olmayan işçiler bakımından bir değerlendirme yapacağım.

Bildiğimiz üzere İş Kanunu'nun 18'inci maddesi iş güvencesi kapsamında olan işçiler bakımından belirsiz süreli iş sözleşmesinin feshinde işçinin davranışlarından, yeterliliğinden, işletmenin, işyerinin işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir sebebe dayanma zorunluluğundan bahsetmektedir. İş Kanunu'nun 18'inci maddesinin üçüncü fıkrasında da sendika üyeliği, çalışma saatleri dışında veya işverenin rızasıyla çalışma saatleri içinde sendikal faaliyetlerde bulunma, ırk, renk, cinsiyet, medeni hal, aile yükümlülükleri, hamilelik, doğum, din, siyasi görüş ve benzeri nedenlerle iş sözleşmesinin feshedilmesi hallerinde, bu sebeplerin iş sözleşmesinin feshi için geçerli neden oluşturmayacağından bahsediyor. Yani İş Kanunu 5. maddenin birinci fıkrasında belirtilen hususlara burada da yer verilmiş durumdadır.

Eğer işçinin yetersizliğinden veya davranışlarından kaynaklanan bir fesih söz konusuysa, işveren aynı durumda olan işçiler açısından bir ayırım gözetmemeli ve eşit davranma borcuna da uygun davranmalıdır. İşçinin iş sözleşmesi, işletmenin, işyerinin ya da işin gereklerinden kaynaklanan sebeplerle feshediliyorsa, bu durumda bunun uygulanmasına ilişkin farklı sorunlar ortaya çıkabilmektedir. Bir

işletme gereği söz konusuysa, bu durumda bu işletme gereği çerçevesinde hangi işçinin işten çıkartılması, bu seçimin ne şekilde yapılması gerektiği belirlenmelidir. Bildiğimiz üzere Alman hukukunda bu çerçevede sosyal seçim kriteri diye bir kavram vardır. İşveren sosyal seçim kriterleri çerçevesinde değerlendirme yapmaktadır. Bu sosyal seçim kriteri 2006'lı yıllarda Türk hukuku açısından da tartışıldı. Öğretide bazı görüşler sosyal seçim kriterinin ülkemizde de uygulanabileceğine yönelik görüşlerde, değerlendirmelerde bulundu. Bazı görüşler çerçevesinde ise işletme gereklerinden kaynaklanan fesihlerde sosyal olarak zayıf olanın korunması amacıyla işverenin işten çıkarılacak işçileri belirli kriterler vasıtasıyla seçim yükünü ifade eden bu sosyal seçim kriterlerinin tam olarak bizim hukuk sistemimizde uygulanamayacağı değerlendirildi.

Yargıtay ilk etapta kararlarını sosyal seçim kriterleri ile aldı. Daha sonra bu sosyal seçim kriteri yerine -bazı eleştiriler üzerine de belki- objektif seçim kriteri olarak bir değerlendirme getirdi. Ancak yine öğretide, bu sosyal seçim kriterine uymadan yapılan bir fesihte bunun yaptırımının ne olacağının açıkça düzenlenmemiş olması ve bizim mevzuatımızda sosyal seçim kriteri gibi bir değerlendirmeye ilişkin bir düzenleme de olmaması sebebiyle bu kavramın aslında tam oturmadığı değerlendirildi söz konusu oldu. Sosyal seçimin hangi ölçütlere dayandığının saptanması da çok kolay değildir. Bu nedenle artık hukukumuzda böyle bir kavram Yargıtay kararlarında da söz konusu olmamaktadır. Yargıtay bir dönem sosyal seçim kriterleriyle birlikte objektif kriterleri ve feshin son çare olma ilkesini değerlendirdi ancak daha sonra vermiş olduğu kararlarda buna ilişkin bir sıralamaya rastlanmamaktadır.

İşletmenin, işyerinin ve işin gereği sebebiyle yapılacak fesihler ile ilgili olarak işverenin çıkarılacak işçilerin seçimine ilişkin olarak toplu iş sözleşmelerine hüküm konulabilir. Bu bağlamda işverenin takdir hakkı sınırlanabilir. Toplu iş sözleşmelerinin çoğunda da toplu

işçi çıkarma halinde işverenin önce kendi isteğiyle ayrılmak isteyenlere, sonra emeklilik yaşına gelmiş olanlara öncelik verdiğini sonra da işyerine son giren ilk çıkar kuralına uyduğunu değerlendiriyor. Yargıtay kararlarında da emeklilik yaşına gelmiş olanlara ya da belli bir yaşa gelmiş olanlara öncelik verilebiliyor.

Yargıtay eşit işlem yapma borcuna aykırılık halinde feshin geçersiz sayıldığına ilişkin değerlendirme yapıyor. Mesela bir olayda dosya içerisindeki bilgi ve belgelere göre işyerinde bordro imzaladığı için iş sözleşmesi feshedilen bir işçiye destek vermek ve onun işe geri alınmasını sağlamak için davacının da aralarında olduğu bir kısım çalışanın çay molasını takiben üretimi durdurdukları tespit ediliyor. Davalı işveren de söz konusu olay sonrasında eylemeye katılan kişilerden 12 tanesinin iş sözleşmesini diğer işçileri toplu olarak iş bırakmaya yönlendirdikleri sebebiyle feshediyor. Burada sonuç itibarıyla deniliyor ki işverenin eşit davranma borcuna aykırı davranması sonucu somut olayda davacı işçi işsiz kalmıştır. Bu nedenle yapılan fesih geçerli nedene dayalı olduğundan söz edilemez ve bir kısım işçiler çalışmaya devam ettiği halde diğer işçilerin iş sözleşmesi feshedildiği için, sözleşmesi feshedilen işçiler bakımından bu durumun işverenin eşit davranma borcuna aykırılık eylemini gerçekleştirdiğinden söz etmimize sebep olur.

İş güvencesi kapsamında olmayan işçiler bakımından baktığımız zaman 17'nci madde çerçevesinde işçilerin iş sözleşmeleri süreli fesihle feshediliyor ve bu fesih nedenini bildirmekte işverenin geçerli sebep göstermesi gerekmiyor. Burada da işverenin sınırı fesih hakkını dürüstlük kurallarına uygun olarak kullanmasıdır. Bunun yaptırımını fesih hakkının kötüye kullanılması durumunda kötü niyet tazminatı öngörülmüştür ve iş güvencesi kapsamında olmayan işçiler bakımından işverenin eşit davranma borcu açısından kanunda herhangi bir ayırım söz konusu değildir. Dolayısıyla iş güvencesi kapsamında olan işçiler bakımından olduğu gibi iş güvencesi kapsamında

olmayan işçiler açısından da, yani tüm işçiler açısından işverenin eşit davranma borcu söz konusudur. Bunun yaptırım bağlamında ayrımcılık tazminatıyla birlikte kötü niyet tazminatının bir arada uygulanıp uygulanmayacağı hususu tartışmalıdır. Bunu yaptırım kısmında birazdan detaylı olarak anlatacağım.

Haklı sebeple fesih hakkının kullanılması bakımından eşit davranma borcu nasıl olacak? Bu noktada da aslında öğretide çok fazla tartışma söz konusudur. Bir görüşe göre, kural olarak eğer haklı sebep oluşturan bir eylem gerçekleştiyse işveren o işçilerin iş sözleşmesini feshedip feshetmemek konusunda serbestliğe sahiptir. İş sözleşmesini feshedebileceği işçileri seçerken bu seçimini haklı gösterebilecek bir sebep de sunabiliyorsa artık eşit davranma borcuna aykırılık söz konusu olmayacaktır. Aksi yöndeki görüşe göre, haklı sebeple fesih durumunda artık eşit davranma borcundan söz edemeyiz. İşverenin haklı nedenle iş sözleşmesini feshedebilmesi birçok faktöre bağlı olabilir. Bu nedenle de kişisel durumlar karşısında farklılıklar da söz konusu olabilir. Öncesinde de söylediğim gibi işçinin kıdemi bağlamında, liyakati bağlamında, o işçinin yapmış olduğu iş, bulunduğu konum itibarıyla, bu çerçevede haklı sebeple fesih te eşit davranma borcundan söz edilemeyeceğini değerlendiren bir görüş de söz konusudur.

Örnek olarak mesela üç işçi devamsızlık yapıyor. Devamsızlık sebebiyle bu üç işçiden sadece birinin iş sözleşmesi feshediliyor ve öteki iki işçi çalıştırılmaya devam ediliyor. Tartışmalar bu hususlarda daha çok ortaya çıkıyor. Bu durumda yine öğretide bir görüş diyor ki, bu durumda eğer iki işçi işveren tarafından çalıştırılmaya devam etmen isteniyorsa sözleşme özgürlüğü çerçevesinde işveren onları çalıştırmaya devam edebilir. Kural olarak serbesttir. İsterse bu çıkardığı işçiyi daha sonra geri işe de alabilir. Yine iş sözleşmesi özgürlüğü çerçevesinde bunu yapabilme hakkına sahiptir. Burada yeter ki işveren

kötü niyetli olmasın. Ama o sebep eğer haklı sebep oluşturuyorsa o işçiyi çıkartmasının önünde bir engel söz konusu değildir.

Eski tarihli bir karara baktığımız zaman taraflar arasındaki uyumsuzluk, işverenin eşit davranma borcuna aykırı davranıp davranmadığı ve bunun sonuçları üzerinde toplanıyor. Davacının da aralarında bulunduğu bir kısım işçiler yasal olmayan bir ücret artışı talebinde bulunuyorlar ve bunun üstüne de işçiler topluca çalışmama eylemine katılıyor. Davacı işverenin anılan eylem sebebiyle feshi haklı bir sebebe dayanıyor. Aynı eyleme katılan işçilerden bir kısmının daha sonra yeniden işe alınması işverenin eşit davranma borcuna aykırı davranmadığı anlamına gelmez. İşverence işe almada eşit davranma borcu dediğimiz zaman İş Kanunu'nun 5. maddesinin birinci fıkrasındaki temel mutlak ayrımcılık yasağının ihlal edilmemesi önemlidir. Cinsiyet nedeniyle ayrımcılık, dili nedeniyle, dini nedeniyle, gebeliği nedeniyle ayrımcılık yapmadığı sürece bu işçinin sözleşmesinin feshedilmesi o işçi bakımından haklı feshi oluşturuyor. Diğer işçilerin sözleşmesinin feshedilmemiş olması bağlamında bir sıkıntı söz konusu değil. Öğretide bu karar, iş sözleşmesinin haklı nedenle feshinde de bu eşit işlem yapma borcunun uygulanması gerektiğini düşünen bir yazar tarafından eleştirilmektedir. Deniliyor ki bu olayda bazı işçiler işten çıkartılıyor ancak daha sonra işten çıkartılan bazı işçiler de geri alınıyor. Bu durumda artık haklı sebeple feshin bir anlamı kalmıyor çünkü o işçi işe geri alınıyor. Ancak ben burada işverenin iş sözleşmesi yapma özgürlüğü çerçevesinde çıkartmış olduğu işçiyi geri alabilme özgürlüğü de olmalı şeklinde düşünüyorum.

Bu çerçevede Yargıtay'ın pek çok kararı var. Özellikle bu kararlar hep kavga sebebiyle işten çıkarılan işçilere ilişkin. Bir başka kararında, kavga sebebiyle yapılan fesihlerde Yargıtay iş sözleşmesinin feshinin haklı sebebe dayanıp dayanmadığını değerlendirirken işverenin eşit davranma borcuna riayet edip etmediğini dikkate almaktadır. Kavga sebebine dayanan haklı nedenle fesihlerde eşit davranma

borcuna uyulmamış olması feshi haksız hale getirmektedir. Mesela bir Yargıtay kararında böyle söyleniyor. Buna ilişkin olarak kavga sebebiyle iş sözleşmesinin feshinde eşit davranma borcunun olduğu ve buna uyulmamış olmasının eşit davranma borcunu ihlal ettiğine ilişkin pek çok kararı da söz konusudur.

Bir başka kararda da yine kavga sebebiyle yapılan bir feshin ve feshin eşit davranma borcuna aykırılığı, borcunun ihlali ve bu çerçevede de haklılığı inceleniyor. Kavganın diğer tarafı olan işçinin iş sözleşmesinin feshedilip feshedilmediğinin araştırılması ve bunun sonucuna göre karar verilmesi gerektiği yönünde bir değerlendirme yapmaktadır.

Aynı olayla ilgili olarak verdiği başka bir kararda da diyor ki davalı işveren eyleme katılan tüm işçiler arasında davacı işçinin eyleme katılarak üretimi aksatan, aksatmaları konusunda çalışanları tehdit eden ve eylemleri yönlendiren konumunda olduğunu yönteminde kanıtlayamamıştır. Bu itibarla toplu eylem nedenine dayalı olarak işverence yapılan feshin haklılığından söz edilmesi mümkün değildir. Ancak işverenin eşit davranma borcuna aykırı davranması geçerli nedeni ortadan kaldırmamaktadır. Sendikal neden ve geçerli neden yönlerinden gerekli araştırmanın yapılması gerekmektedir.

Diğer bir olayda, somut durumu dikkate alarak sadece bir işçinin sözleşmesinin feshi eşitliğe aykırı bulunmamıştır. Somut olayda işçiler arasında çıkan tartışmada işçilerden biri eyleme dönüşen hareketlerde bulunmuş ancak diğer işçi buna eylemsel olarak herhangi bir karşılık vermemiştir. Yargıtay, işverenin sadece eylemsel hareketlerde bulunan işçinin iş sözleşmesini feshini ve diğer işçinin iş sözleşmesini feshetmemesini eşitlik ilkesine aykırı bulmamış, feshin haklı nedene dayandığına karar vermiştir.

Yine bir başka olayda işverenin organize ettiği bir ödül yemeği söz konusu. İşçilerden bir kısmı içecek almak için tekeli bayiiine

gittikleri sırada birisi satış direktörü olan işçiye omuzuyla çarpıyor. Küfürleşme söz konusu oluyor. Olay fiziksel müdahaleye dönüşüyor. İşçilerin devreye girmesiyle kavga eden işçiler ayrılıyor. İşveren kavgaya giren işçilere omuz atma olayıyla ilgili olarak bunların özür dilemelerini, hatalarını kabul etmelerini ve olaydan çıkarılacak derisi işyerinde yapılacak toplantılarda anlatmalarını ve bu noktada da iş birliği yapmalarını içeren bir mutabakat metni sunuyor ve bu mutabakat metnini işçilere imzalatmak istiyor. Daha sonra bunu kabul etmeyen işçinin sözleşmesini de feshediyor. Yargıtay, somut olayda işverenin farklı işleminin objektif nedene dayandığını kabul ile feshin keyfi olmadığına ve bu anlamda da eşit davranma borcuna aykırılık teşkil etmediğine karar vermiştir.

Fesihte eşit işlem yapma borcuna ilişkin kararların bir kısmını gördük, daha pek çok karar var ve bu kararların bir kısmında eşit davranma borcu olduğu değerlendirilirken bazılarında da bu borcun olmadığı değerlendiriliyor.

Kanaatimce mutlak ayırım yasaklarının olduğu noktada, evet haklı sebeple fesihte de eşit davranma borcu söz konusudur. Ama yine bir kavgaya karışma olayında, kavgaya karışan ve olay sonrasında kusuru daha az olan, daha çok kıdemi olan işçi işten çıkartılıyor. Bu noktada da mutlak ayırım yasaklarını içeren bir durum söz konusu olmasa dahi burada yine dürüstlük kuralı devreye girmeli ve kusur oranı belki dikkate alınmalı ve sözleşmenin feshi konusunda işveren keyfi ve kötü niyetli olmamalı, dürüstlük kuralı çerçevesinde hareket etmelidir.

Hatta öğretilerde bir görüş diyor ki, haklı sebeple fesihte o iş ilişkisinin artık dayanılmaz hale gelmesinden söz ediyoruz. Dolayısıyla eğer birden çok kişi aynı eyleme iştirak etmişse ve aslında hepsinin eylemi de aynıysa, eğer bir işçi bakımından o işçinin sözleşmesinin feshinde haklı sebep olarak değerlendiriyorsak, diğer işçinin de bu noktada işten çıkartılmış olması gerekiyor ki o iş ilişkisinin devamı

çekilmez hale getirilmiş olarak yorumlayalım ve iş sözleşmesinin feshi için haklı sebepten feshedebilelim şeklinde bir değerlendirme söz konusudur.

Yargıtay'ın bir başka kararında, davacının davalı şirketin işyerinde satış destek sorumlusu olarak çalıştığı ve raporlu olmasına rağmen rapor ibrazı edilmediği ve savunma istemine cevap verilmediği gerekçesiyle iş sözleşmesinin feshedildiği iddia ediliyor. Dosya içeriğine göre de bu işçi hamile bir işçi, hamileliği sebebiyle rapor alıyor ve dördüz bekliyor. Hamilelik riski olan davacı tedavi görüyor. Rapor aldığı ve dördüzlerden birini de bu riskli hamilelik sırasında kaybettiği anlaşılıyor. Dinlenen davacı tanığının hamileliğini bildirmesi üzerine dışlandığını, işinin başka bir işçiye verildiğini, tedavi sürecinde de işverenin sorunlar çıkardığını, rapor gerektiren bir durum yokken rapor alması nedeniyle itham edildiğini beyan ediyor. Bu ithamın davacının raporlarının sahteliği nedeniyle doktorlar hakkında suç duyurusu yapılması ve takipsizlik verilmesiyle sabit olduğu anlaşılmakta, davacı hamileliği nedeniyle ayrıma tâbi tutulmuştur. Davanın ayrımcılık nedeniyle eşit işlem borcuna aykırılık tazminatından sorumlu tutulması ve fesih sebebi davacının maruz kaldığı durum nedeniyle bu tazminatın üst sınırdan belirlenmesi de yerinde olmuştur.

Haklı sebeple fesih -kavga dışındaki olaylar- bağlamında başka birkaç tane örnek vermek istiyorum. Bir başka Yargıtay kararında davalı, davacının amirine sinkaflı küfretmesi nedeniyle iş sözleşmesine son verildiğini iddia ediyor. Taraflar arasında iş sözleşmesinin haklı sebeple feshedilip feshedilmediği ve iş sözleşmesinin feshinde işverenin eşit davranma borcuna uygun davranıp davranmadığı olayda tartışma konusudur. Davacının iş sözleşmesinin amirine hakaret ettiği gerekçesiyle davalı işveren tarafından İş Kanununun 25'inci maddesinin ikinci fıkrasına göre haklı sebeple feshedildiği anlaşılmaktadır. Fesihden önce işveren tarafından davacıdan olay hakkında savunması istenmiş olup, davacı savunmasında işle ilgili talimat

veren amirine sinkafı küfrettiğini belirttiği görülmektedir. Davacı söz konusu savunmasında amirinin de kendisine hakaret içerikli bir söz ya da davranışta bulunduğundan söz etmemiştir. Dinlenen davacı tanığının, olay hakkındaki tarafların birbirlerine karşılıklı hakaret ettiklerine ilişkin bilgisi duyuma dayalıdır. Bu olgular birlikte değerlendirildiğinde, mahkemece davalı işverenin, fesihle işverenin eşit davranma borcuna aykırı hareket ettiği gerekçesiyle feshin haksız olduğu sonucuna varılmışsa da davacı ile sataştığı amirinin eylemleri arasında herhangi bir benzerlik bulunmadığı gibi, olaya amirinin haksız bir şekilde sebebiyet verdiği ve karşılıklı hakaret ettikleri de kanıtlanmış değildir. Bu çerçevede de kıdem ve ihbar tazminatının reddine karar verilmiştir.

Bir başka olayda davacının, iş sözleşmesinin haksız olarak feshedildiğini ve işverenin bu fesihle eşitlik ilkesini ihlal ettiğini ileri sürerek ayrımcılık tazminatı talep ettiği görülmüyor. Davalı vekil de davacının görev tanımına uymayan hareketlerde bulunduğunu, amiri pozisyondaki kişiyi darp ettiğini ileri sürüyor ve söz konusu olayda işlem yapılmasını gerektirecek bir durumun olmadığını ve aynı işlem uygulamanın da mümkün olmadığını savunarak davanın reddinin gerektiğini ileri sürüyor. Yargıtay, somut uyuşmazlıkta davacı ile amiri arasındaki olay nedeniyle iş sözleşmesi feshedilmesine rağmen, olayın tarafı olan amirinin -yani amir de işçi konumunda- iş sözleşmesinin feshedilmediğinden dolayı eşit eyleme eşit işlem borcu yerine getirilmediği gerekçesiyle kıdem ve ihbar tazminatına hükmedilmişse de yine olayın tarafı olan işçinin iş sözleşmesinin feshedilmeyip davacı işçinin iş sözleşmesinin feshedilmesi İş Kanunu'nun 5'inci maddesinde belirtilen ayrımcılık kapsamında değerlendirilemeyeceğinden davacının bu talebinin reddine karar verilmesi gerekmektedir, şeklinde bir değerlendirme yapmıştır.

Genel olarak örnekler bu şekilde. Haklı sebeple fesihle özellikle çok fazla karar söz konusu, öğretide de çok fazla tartışma söz

konusu. Şimdi ayrımcılık yapılması halinde eşit davranma borcuna aykırılık halinde bunun yaptırımları neler? Yaptırımdan Başkanım da bahsetti zaten. İş Kanunu'nun 5'inci maddesinde ayrımcılık tazminatı düzenleniyor. Bunun dışında 6356 sayılı Kanun'un ilgili hükümleri saklıdır deniliyor. 6701 sayılı Kanun'da da buna ilişkin idari yaptırımlar getirilmiş durumda.

Burada ayrımcılık tazminatı ve ayrımcılık tazminatının diğer tazminatlarla ilişkisi tartışma konusu olan bir husus, bunları gündeme getirmek istiyorum. Ayrımcılık tazminatının sendikal tazminatla ilişkisi, ayrımcılık tazminatının öncesinde de bahsettiğim iş güvencesi kapsamında olmayan işçiler bakımından kötü niyet tazminatıyla ilişkisi ve ayrımcılık tazminatının iş güvencesi kapsamında olanlar bakımından da iş güvencesi tazminatıyla ilişkisi incelenmelidir.

Ayrımcılık tazminatı ve sendikal tazminat dediğimiz zaman, aslında İş Kanunu'nun 5'inci maddesi açık olduğu için ve burada da 6356 sayılı Kanun'a da atıf söz konusu olduğundan, 6356 sayılı Kanun'daki sendikal tazminat hükmünün saklı olması nedeniyle, artık hem ayrımcılık tazminatının hem de sendikal tazminatının ödenmesi söz konusu değildir. Sendikal tazminatın, İş Kanunu'nun 5'inci maddesinde düzenlenen ayrımcılık tazminatının özel bir şekli olduğu ifade ediliyor. Bu öğretide de bu şekilde kabul ediliyor. Kanaatimce de burada artık İş Kanunu'nda sendikal feshe ilişkin özel bir düzenleme yapıldığı ve -6356 sayılı Kanun'a atıf yapıldığı için- sendikal ayrımcılık nedeniyle ayrıca İş Kanunu'nun 5'inci maddesindeki ayrımcılık tazminatı talep edilemiyor. En az bir yıllık ücret tutarında olmak üzere bir tazminat yaptırımı söz konusudur. Yargıtay'ın da bu noktada görüşü bu şekildedir. Eğer sendikal sebeple bir fesih söz konusuysa, işverenin yapmış olduğu ayrımcılıktan ötürü hem sendikal tazminat hem ayrımcılık tazminatına hükmedilmesi mümkün değildir.

Ayrımcılık tazminatı ve kötü niyet tazminatı ilişkisine baktığımız zaman, bu noktada yine hem öğretide farklı görüşler söz konusu hem

de Yargıtay'ın bir görüşü var. Öğreti görüşlerine baktığımız zaman bir görüşe göre, ayrımcılık tazminatı ile kötü niyet tazminatı ilişkisinde eğer ayrımcılık suretiyle yapılan fesih aynı zamanda kötü niyetli bir fesih ise burada hem ayrımcılık hem kötü niyet tazminatına bir arada hükmedilebilmesi mümkündür. Ayrımcılık tazminatı işverenin ayrımcı davranışına ilişkin olarak bir yaptırımken kötü niyetli fesih halinde de hukuki yaptırım kötü niyet tazminatıdır. Diğer bir görüşe göre, kötü niyet tazminatıyla ayrımcılık tazminatına birlikte talep edilebilmesi olanaklı değildir. Çünkü kanunda her iki tazminatın talep edilebilmesi için bunun açık bir şekilde düzenlenmesi gerekmekte ve kötü niyet olarak da değerlendirilen davranışlar aynı zamanda ayrımcılık da oluşturan davranışlardır. Bu nedenle aynı nitelikteki bir davranış için iki ayrı tazminat talep edilemez. İş güvencesi tazminatıyla birlikte ayrımcılık tazminatının bu şekilde bir arada kabul edilmesi mümkün değil, şeklinde bir görüş söz konusu.

Kanaatimce ikisi de bir arada talep edilebilir. Çünkü kanunun ikisinin bir arada talep edilmemesi yönünde bir lafzı zaten yok ama eğer kanunda öyle bir amaç olsaydı, bu durumda buna ilişkin sendikal tazminatta olduğu gibi bir düzenleme söz konusu olurdu. Ancak burada hem ayrımcılık söz konusu hem kötü niyetle fesih söz konusu ve normal şartlarda ikisinin ayrı ayrı yaptırımları var ve bu iki yaptırımın bir arada değerlendirilmesinde bir hukuka aykırılık olmadığını düşünüyorum. Ancak Yargıtay'ın hem Hukuk Genel Kurulu kararlarında hem daire kararlarında bu somut olay dâhilinde eğer iki durum söz konusuysa bu durumda ikisine bir arada hükmedilemeyeceğine net olarak karar veriyor ve iki tazminata da hak kazanıldığı takdirde -Yargıtay içtihatları çerçevesinde- lehe olan daha yüksek tazminatın uygulanabileceği kabul ediliyor.

Burada dediğim gibi çok farklı görüşler söz konusu. Bunun kabul edilemeyeceğini düşünen görüşlerden birine göre, Yargıtay'ın içtihatlarındaki gibi daha yüksek olan tazminata hükmedilmesi değil,

işçinin seçimlik hakkı olmalı, işçi hangisini istiyorsa onu seçebilir, seçimlik hakka sahiptir.

Diğer bir görüşe göre de eşitlik ilkesine aykırı olarak feshetmesi zaten açıkça kötü niyetli bir fesih olduğundan, bu kötü niyetli fesih içerisinde değerlendirilir. -gerçi bunu bugün sabahleyin bir Seracettin Başkanıyla da tartıştık- eşit davranma borcu İş Kanunu 5'inci maddesinden önce tabii ki kötü niyetli fesih bağlamında değerlendiriliyordu ve kötü niyetli fesih yaptırımını uygulanıyordu, bu ayrımcı olduğunu düşündüğümüz davranışlara yaptırım olarak. Ancak şu anda ikisi de düzenlendiği için kanaatimizce ayrı ayrı talep edilmesinde bir sakınca yoktur. Bu görüş bana daha isabetli, daha yerinde geliyor. Bu sebeple her iki tazminata da hükmedilebileceğini düşünüyorum.

Aynı şekilde, aynı çerçevede ayrımcılık tazminatı ve iş güvencesi tazminatının da bir arada değerlendirilebileceğini düşünüyorum. Bu tazminatların birlikte hükmedilip hükmedilemeyeceği konusunda farklı görüşler söz konusudur. Yine öncesinde kötü niyet tazminatında söylediğim gibi işverenin aynı davranışına birden fazla yaptırım uygulaması mümkün değil. Bu yüzden her iki tazminata birlikte hükmedilemeyeceği yönünde bir görüş söz konusudur. Yine Yargıtay da vermiş olduğu kararlarda buna yönelik bir değerlendirme yapıyor. İş güvencesi tazminatında feshin geçersizliğinin yargı kararıyla tespit edilmesi söz konusu ve işverenin işçiyi işe başlatmamasının yaptırımını olarak iş güvencesi tazminatı öngörülmüşken, ayrımcılık tazminatı, iş ilişkisinde veya iş sözleşmesinin feshinde İş Kanunu 5'inci maddesinde yer alan ayırım yasaklarına uyulmamasının yaptırımınıdır. Burada iki farklı tazminat söz konusu ama bunlar iç içe geçtiyse bu durumda iki ayrı tazminata hükmedilemez deniliyor. Ama kötü niyette dediğim gibi Kanun'un böyle bir amacı olsaydı bunu düzenleyeceğini düşünüyorum. Kanunda açık engel söz konusu olmadığı için ikisinin ayrı ayrı düzenlenebileceğini düşünüyorum.

Hem İŖ Kanunu'nun 5'inci maddesinde hem de 18'inci madde de sayılan sebepler doğrultusunda eŖit iŖlem ilkesine aykırı bir Ŗekilde yapılan fesih geçersiz bir fesih olarak kabul ediliyor ve böyle bir durumda iŖi geçersiz fesih nedeniyle iŖe iade davası açabiliyor. Bunun neticesinde iŖ güvencesi tazminatı talep edebiliyor. Mesela ayrımcılık oluŖturmayan bir sebeple iŖçinin szleŖmesi geçersiz bir Ŗekilde feshedilirse, bu durumda talep edebileceği tazminat iŖ güvencesi tazminatıdır. Ancak siyahi bir iŖi ya da dini nedeniyle iŖten çıkarılan bir iŖi dŖndğmzde bu durumda ırkı nedeniyle iŖten çıkarılan bir iŖi -baŖka herhangi bir sebep olmadan- sadece bu sebeple iŖten çıkarılan bir iŖi aslında hem burada bir ayrımcılık yasağının ihlali söz konusu hem de o szleŖmenin feshi için bir geçerli neden yok. Burada hem iŖ güvencesi tazminatının koŖullarını gerektiren hem de ayrımcılık yasağı sebebiyle ayrımcılık tazminatını gerektiren bir durum söz konusudur. Eğer diğer grŖ kabul edersek bu durumda aslında ayrımcılığa da maruz kalmıŖ olan bir iŖi bakımından ayrımcılık tazminatının ödenmesi söz konusu olmayacak ama bu noktada belki Seracettin BaŖkanımın farklı grŖleri, değerlendirmeleri söz konusu olabilir.

Bu Ŗekildeki yaptırımların dıŖında da yine İŖ Kanunu'nun 5'inci maddesi iŖ iliŖkisinde veya sona ermesinde bu düzenlemelere aykırı davranıldığında, ayrımcılık tazminatından baŖka iŖçinin yoksun bırakıldığı haklarını talep edebileceğine düzenliyor. Yine maddi manevi tazminat talep edilebiliyor. Yaptırımlar bağlamında yine İŖ Kanunu'nun 99'uncu maddesinde idari para cezası yaptırımı söz konusudur. Türk Ceza Kanunu'nun 122'nci maddesinde ayrımcılık cezai bir yaptırımla da dzenlenmiŖtir. Yine Türkiye İnsan Hakları EŖitlik Kurumu Kanunu'nda da idari bir yaptırım öngörülüyor.

İspat konusuna yine baŖkanım da değindi ama İŖ Kanunu'nun 5'inci maddesi çerçevesinde iŖveren bu hükümlere aykırı davrandığını iŖi ispat etmekle yükümlüdür. Ancak iŖi ihlalin varlığı

ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda bu durumda işveren ispat edecek. Eğer ayrımcılık sendikal nedene dayanıyorsa, iş sözleşmesinin sendikal nedene feshedildiği iddiasıyla açılacak davada da fesih nedeninin ispat yükümü işverene aittir. Feshin işverenin ileri sürdüğü nedene dayanmadığını iddia eden işçi de feshin sendikal nedene dayandığını ispatla yükümlüdür. İspat yükü, 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nda da benzer şekilde düzenlenmiş olup, kuruma yapılan başvurularda başvuranın iddiasının gerçekliğine ilişkin kuvvetli emarelerin ve karine oluşturan olguların varlığını ortaya koyması halinde karşı tarafın ayrımcılık yasağını ve eşit muamele ilkesini ihlal etmediğini ispat etmesi gerekir.

Ben açıkçası Yargıtay kararlarıyla birlikte Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu'nun da acaba sözleşmenin feshi bağlamında ayrımcılığa ilişkin bir kararı var mı diye baktım. Sadece kararlar sayfasında açık web sayfasından bir karar bulabildim. Ancak o kararda da ihlalin olmadığı değerlendirilmiş. Benim şimdilik söyleyeceklerim bu kadar. Ama tartışabiliriz. Soru olursa da onları cevaplandırabilirim. Çok teşekkür ediyorum.

Kaynakça

- Baskan Esra, İŖ Sözleşmesinin Sendikal Nedenle Feshi, Ankara 2013.
- Baysal, UlaŖ, “İŖverenin EŖit Davranma Borcu ve İŖ Sözleşmesinin Feshinde Uygulanması”, Legal İHSGHD, S. 25, 2010, 59-99.
- Çelik Nuri/Caniklioğlu NurŖen/Canbolat Talat, İŖ Hukuku Dersleri, İstanbul 2024.
- Deveci Zeynep Sümeýra, İŖ Hukukunda İŖverenin EŖit Davranma Borcu ve Özellikle İŖ Sözleşmesinin Feshi Açısından Önemi, İzmir Barosu Dergisi, Mayıs 2020.
- Doğan Yenisey, Kübra, “İŖverenin Sözleşmenin Feshinde EŖit Davranma Borcuna İliŖkin İki Yargıtay Kararının Düşündürdükleri”, Sicil, S.2, 2006, 60-65.
- Ekmekçi Ömer/Yiğit Esra, Bireysel İŖ Hukuku, İstanbul 2024.
- Mollamahmutoğlu Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, UlaŖ, İŖ Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2019.
- Senyen Kaplan, Emine Tuncay, “İŖ Hukukunda EŖitlik İlkesi ve Cinsiyet Ayrımcılığı”, TBB Dergisi, 2017, özel sayı, 225-268.
- Süzek Sarper, İŖ Hukuku, İstanbul 2024.
- Ŗener Battal, İŖ Sözleşmesinin Feshinde İŖverenin EŖit Davranma Borcu, İzmir 2011, YayımlanmamıŖ Yüksek Lisans Tezi.
- Ugan Çatalkaya Deniz, İŖ Hukukunda EŖitlik İlkesinin İki BileŖeni: İŖverenin Dar Anlamda EŖit Davranma Borcu ve Ayrım Yasağı. ÇalıŖma ve Toplum, 2(69), 2021, 859-898.
- Yıldız Gaye Burcu, İŖverenin EŖit İŖlem Yapma Borcu, Ankara 2008.

Soru ve Cevaplar

Prof. Dr. Yeliz Bozkurt Gmrkoğlu:

Biz de çok teŖekkür ediyoruz Eda BaŖkanım.

Kıymetli BaŖkanımız, fakültemizin danıŖma kurulunda da yer almakta ve her etkinlikte bizlere büyük destek vermektedir. Bugün de konuyu oldukça kapsamlı bir Ŗekilde ele alarak güncel yargı kararlarına yer verdiği değerli bir sunum gerekleŖtirdi. Sunumundan büyük fayda sağladık.

Ancak, Eda BaŖkanım bazı bölümlerde yargı kararlarına iliŖkin atıflarda bulundu. Bu nedenle, baŖka sorulara geçmeden önce Seracettin BaŖkanıma da sormak isterim: Sayın BaŖkanım, bu konularla ilgili herhangi bir grŖ paylaŖmak, ekleme yapmak veya yorum yapmak ister misiniz?

Doç. Dr. Seracettin GktaŖ:

Çok teŖekkür ediyorum Yeliz Hocam. Eda Hocayı tebrik ediyorum. Gerçekten çok kapsamlı ve güzel bir sunum yaptı. Keyifle dinledim. Konuya iliŖkin bir iki hususta grŖm ifade etmek isterim. 1475 sayılı İŖ Kanunu döneminde iŖçinin ayrımcılık nedenlerden dolayı iŖ szleŖmesinin feshi, kötüniyetli fesih olarak değerlendirilmek suretiyle kötüniyet tazminatına hkmedilirdi. 4857 sayılı İŖ Kanunu'nun 17. maddesi ise, sadece iŖ güvencesi kapsamında olmayan iŖçilerin doğrudan kötüniyet tazminatı isteyebilecekleri Ŗeklinde bir düzenleme getirdi. İŖ güvencesi kapsamındaki iŖçilerin iŖ szleŖmeleri kötüniyetli olarak feshedilirse ne olacak? Elbette mevcut düzenlemeler karŖısında iŖveren bu davranıŖı yaptırımsız kalmamalıdır. Nitekim Yargıtay kararlarında böyle bir durumda iŖ güvencesi

tazminatı miktarının arttırılması gerektiği belirtilmektedir. Ayrımcılık yasağı ihlal edilerek iş sözleşmesi feshedilmişse işçi hem kötüniet tazminatını hem de ayrımcılık tazminatını isteyebilir mi? Yargıtay'ın uygulamasına göre her iki tazminat birlikte istenemez. İşçinin bu tazminatlardan birini tercih etmesi gerekir.

Böyle bir uygulama ile bir çelişkinin ortaya çıktığını söylemek mümkündür. Çünkü iş ilişkisinin devamı sırasında yapılan ayrımcılık nedeniyle işçi ayrımcılık tazminatını talep edebiliyor. Buna karşılık, aynı sebeple iş sözleşmesi feshedilen işçi işe iade edildiğinde ayrımcılık tazminatı alamamaktadır. Ayrımcılık tazminatının iş güvencesinin sonuçlarından bağımsız düşünülmesi gerekir.

Prof. Dr. Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu:

Teşekkür ederiz, Sayın Başkanım.

Bir izleyicimizden gelen bir sorumuz var. Aslında doğrudan konuyla bağlantılı değil, ancak dilerse başkanlarımız bu soruya yanıt verebilir.

Soru şu şekilde: *“Uzaktan çalışanların ücret, ulaşım ve öğle yemeği gibi yan haklardan yararlandırılmaması, işverenin eşit davranma borcu çerçevesinde hukuki bir sorumluluk doğurur mu? Ayrıca, uzaktan çalışanlarla işyerinde fiziken çalışanlara yönelik izleme ve gözetleme uygulamaları arasındaki farklılıklar, eşit işlem ilkesine aykırılık teşkil eder mi?”*

Doç. Dr. Seracettin Göktaş:

Eşit davranma borcunun varlığı için aynı işyerinde birden fazla işçiye kolektif bir uygulamanın söz konusu olması gerekir. Eşitlik ilkesi aynı durumda olanlar için geçerlidir. İşyerinde tüm işçiler için yol yardımı uygulaması yoksa bir sorun yoktur. Yol yardımının işyerinde çalışanlara yapılmasına rağmen, uzaktan çalışanlara yapılmaması halinde eşit davranma borcu bakımından konunun tartışılması gerekir. Kanımca sosyal yardım kapsamında yapılan yol yardımı açısından uzaktan çalışanla işyerinde çalışan aynı durumda değildir. Bu

nedenle işverenin uzaktan çalışana yol yardımını yapmaması eşit davranma borcunun ihlali olarak değerlendirilmemesi gerektiğini düşünüyorum. Uzaktan çalışanlar arasında yol yardımı bakımından bir ayırım yapılması ise eşit davranma borcunun ihlalidir. Burada önemli olan işverenin karşılaştırma yapılabilecek aynı durumdaki diğer bir işçisinin mevcut olup olmadığıdır.

Prof. Dr. Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu:

Evet, Başkanım, bu konu özellikle COVID dönemi sırasında oldukça tartışılan meselelerden biriydi. Ancak, baştan itibaren uzaktan çalışma sözleşmesi yapılıyorsa, sizinle tamamen hemfikirim. Bununla birlikte, istisnai durumlarda, işyerinde çalışan birinin uzaktan çalışmaya geçirilmesi söz konusu olduğunda, ek bir tartışma alanı doğabileceğini düşünüyorum.

Bir izleyicimizden daha soru geldi. Sanırım Eda Başkanımıza yöneltilmiş bir soru: *“Ayrımcılık yasağına aykırı olarak iş sözleşmesinin feshedilmesi durumunda, bu fesih Türk Borçlar Kanunu’nun 438. maddesinin 3. fıkrası çerçevesinde değerlendirilebilir mi?”*

Bu soru Eda Başkanımın konusuyla ilgili olmakla birlikte, Seracettin Başkanım da dilerse elbette yanıt verebilir.

Doç. Dr. Seracettin Gökteş:

Yargıtay, Türk Borçlar Kanunu’nun 438. madde üçüncü fıkrasındaki haksız fesih tazminatını fesihle birlikte kişilik haklarının ihlali anlamına gelecek bir durum ortaya çıkmışsa istenebileceğini kabul etmektedir. Ayrımcılık tazminatı ile haksız fesih tazminatı birlikte istenebilir mi? Yargıtay’ın bu yönde bir kararı yoktur. İlk bakışta ikisi birlikte istenebilir gibi geliyor bana. Ancak burada aynı eylemle aynı kişilik değerlerine saldırı söz konusudur. Bu nedenle iki tazminatın birlikte istenebileceğini söylemenin zor olduğunu da belirtmeliyim. Türk Borçlar Kanunu’nun haksız fesih tazminatına ilişkin hükmünün

İş Kanunu'na tabi iş ilişkilerinde uygulanıp uygulanamayacağına ilişkin tartışma ile birlikte cevaplandırılması gereken bir sorudur.

Doç. Dr. Eda Manav Özdemir:

Ben de başkanım pek çok karara baktım. Ben de kişisel olarak aynı şeyi söyleyecektim. Aynı şeyi düşünüyorum. Ama bu bağlamda değerlendirme yapan bir görüşe öğretilde de rastlamadım. Araştırdığım kadarıyla Yargıtay kararlarında da bu konu değerlendirilmemiş.

Prof. Dr. Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu:

Bir izleyici sorumuz daha gelmiş. *“Ücretle eşitlik ilkesinin uygulanması bakımında iş sözleşmelerinde yer alan işçinin ücretini diğer işçilerle paylaşamayacağına ilişkin hükümleri nasıl yorumlamak gerekir?”*

Doç. Dr. Seracettin Göktaş:

Ücret gizliliği işçinin ispat yükünü oldukça zorlaştıran bir durumdur. Yargıtay bir kararında ücretin gizliliğine ilişkin kuralı ihlal eden bir işçinin işten çıkarılmasını haksız bulmuştur. Kararda eşitlik ilkesinin gizlilikten önce geldiği belirtilmişti. Eşit davranma borcunun ihlalini ispat bakımından sorunun İş Kanunu'nun 5.maddesinin son fıkrası ve HMK madde 220 çerçevesinde de ele alınması gerekir. Acaba işveren ücretin gizliliğini ileri sürerek emsal işçinin ücretini mahkemeye sunmuyorum diyebilir mi? Kanaatimce böyle bir durumda emsal işçinin ücreti, davacı işçi bakımından en önemli delildir. Bu delil işverenin kayıtları arasındadır ve işverenin uhdesindedir. İşçi bu delille dayanmışsa işveren bu delili sunmak zorundadır. Böyle bir durumda HMK madde 220 hükmünün uygulanması söz konusu olabilir. Bununla birlikte salt ücret gizliliği kural olarak eşit davranma borcunun ihlali anlamına gelmez. Çünkü bu uygulama tüm işçiler için yapılmaktadır. Az önce belirttiğim gibi eşit davranma borcunun ihlal edilip edilmediğinin ispatı açısından önemli bir sorun söz konusudur.

Kapanış

Prof. Dr. Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu:

Sayın Başkanlarım, vakit ayırdığınız, katkı sağladığınız için çok teşekkür ediyoruz. Kıymetli sunumlarınız ile serimize gerçekten çok önemli katkılar sağladınız. Her iki sunumda teori ve uygulamada konuya ışık tutmuş oldu. Yargıtay'ın konuya yaklaşımı çok kapsamlı bir şekilde ele alındı. Ayrıca, değerli konuşmacılarımıza iletilen teşekkürleri de memnuniyetle paylaşmak isterim.

Bugün verdikleri emekler ve katkıları için her iki konuşmacıma da içtenlikle teşekkür ediyorum. Ayrıca, bu seriyi organize eden UHAM Müdürümüz Sayın Dr. Öğr. Üyesi Gülnihal Ahter Yakacak'a da teşekkürlerimi sunuyorum. Bunun yanı sıra, etkinliğimize verdiği destekten dolayı Arş. Gör. Abdülmecit Güldağı'na da teşekkür ederim.

Başkanlarımızın eklemek istediği herhangi bir husus var mıdır? Etkinliğimize son vermeden önce söz almak isteyen varsa dinlemekten memnuniyet duyarız.

Doç. Dr. Seracettin Göктаş:

Kıymetli Hocam bu imkânı sunduğunuz ve moderatörlüğünüz için çok teşekkür ediyorum. Ayrıca Dr. Öğr. Üyesi Gülnihal Ahter Hanım'a ve Abdülmecit Bey'e emekleri için teşekkür ediyorum. Eda Hocaya da sunumundan dolayı teşekkür ediyorum. Size ve tüm izleyicilere iyi günler diliyorum.

Doç. Dr. Eda Manav Özdemir:

Ben de çok teşekkür ediyorum. Çok keyifli bir program oldu diye düşünüyorum. En başta Yeliz Hocam size, Gülnihal Hocam'a,

Abdülmecit Hocam'a ve tüm yetkililere çok teŖekkrler. Katılımcılara da bizleri dinledikleri için teŖekkür ediyorum. Ayrımcılık yasağı, eŖit davranma, eŖitlik konuları benim oldukça ilgilendiğim konular. Yeliz Hocam Seracettin BaŖkanıma da danıŖıp böyle bir programı birlikte yapmayı teklif ettiği zaman çok mutlu oldum. Yeliz Hocamın moderatörlüğünde Seracettin BaŖkanımınla birlikte aynı oturumda olmak çok keyifli oldu. Böyle bir programı baŖlattıđımız için de teŖekkrler. Çok güzel bir seri olacak. Ben ilk iki serideki konuŖmacaları da dinlemiŖtim. Oldukça kapsamlı, güzel değerlendirmeler yapıldı. İnŖallah bundan sonrası da böyle güzel bir Ŗekilde gelir. Programın baŖında da konuŖtuk, inŖallah basılı hale de gelir ve bu Ŗekilde tüm katılımcılar söz konusu metinleri okuma olanağı bulabilirler. Çok sağ olun, emeklerinize sağlık.

Prof. Dr. Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu

Çok teŖekkür ederiz. İzleyicilerimize saygılarımızla oturma son verebiliriz.

İNSANA YAKIŞIR İŞ SERİSİ IV:

İnsana Yakışır İşin Bir Gereği Olarak İşçinin İfade Özgürlüğünün Korunması

24 Ekim 2024

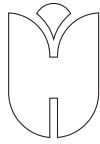
Moderatör: Dr. Öğr. Üyesi Gülnihal Ahter Yakacak

*İbn Haldun Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Anayasa Hukuku Anabilim Dalı*

Konuşmacı: Dr. Öğr. Üyesi Aybüke Karaca Yağcı

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





Açılış

Dr. Öğr. Üyesi Gülnihal Ahter Yakacak:

Değerli dinleyiciler, bugün Uluslararası Hukuk ve İnsan Hakları Merkezi (UHAM) tarafından gerçekleştirdiğimiz İnsana Yakışır İş Serisi'nin dördüncüsünde işçi hakları bağlamında büyük önem taşıyan ve demokrasinin temellerinden biri olan ifade özgürlüğü üzerine konuşma yapmak üzere bir araya geldik. İfade özgürlüğü sadece bireysel bir hak olarak değil, aynı zamanda işyerinde kolektif hakların savunulması ve geliştirilmesi açısından da kritik bir öneme sahip. Çalışanların ifade özgürlüğünü kullanabilmesi, işyerinde adaletin, eşitliğin, insan onurunun korunması açısından da oldukça önem arz ediyor. Ancak bu hakkının sınırlarının uygulanmadaki zorlukların farkındayız, işte bu nedenle de bugün bu konuda bir değerlendirme yapmak üzere bir araya geldik.

Bu anlamlı etkinlikte değerli konuşmacımız Dr. Öğr. Üyesi Aybüke Karaca Yağcı'yı ağırlayacağız, hoş geldiniz Hocam.

Dr. Öğr. Üyesi Aybüke Karaca Yağcı:

Hoş bulduk, çok teşekkürler Gülnihal Hocam.

Dr. Öğr. Üyesi Gülnihal Ahter Yakacak:

Aybüke Hocam Marmara Üniversitesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi olarak çalışmakta. Kendisi doktoraasını İstanbul Üniversitesinde Bireysel İş Hukukunda Şirketler Topuluğu Hukuku teziyle tamamladı. Bugün bize ifade özgürlüğünün çalışma hayatındaki yeri üzerine çok değerli bilgiler sunacak. Bizimle birlikte olduğu için teşekkür ediyorum. Hocam sözü size bırakıyorum.

Dr. Öğr. Üyesi Aybüke Karaca Yağcı:

TeŖekkür ederim tekrar Gülnihal Hocam ben de öncelikle İbn Haldun Üniversitesi'ne bu güzel programı düzenlediğı için teŖekkür etmek istiyorum. Emeğı geçen herkese de ayrıca teŖekkür ediyorum. Evet, bugün insana yaraŖır işin gereğı olarak işçinin ifade özgürlüğü- nün korunmasından bahsedeceğız. Müsaadenizle öncelikle ben slay- tı da yansıtmak istiyorum bir yandan. Tamamdır herhalde.

İnsana Yakışır İşin Bir Gereği Olarak İşçinin İfade Özgürlüğünün Korunması

Dr. Öğr. Üyesi Aybüke Karaca Yağcı*

İlk olarak hepimizin bildiği gibi ifade özgürlüğü aslında demokratik toplumların vazgeçilmez bir unsuru, temel taş olarak ifade ettiğimiz bir kavram. Peki bu ifade özgürlüğü öğretide ya da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde ya da Federal İş Mahkemesi kararlarında ya da bizim Anayasamızda nasıl bir ifadeyle karşımıza çıkıyor?

Aslında ifade özgürlüğü, kişilerin serbestçe düşünce ve haberlere ulaşabilmesi, fikir edinebilmesi, hatta edindiği fikir ve kanaatlerden ötürü kınanmaması, serbestçe aktarabilmesi ve savunabilmesi olarak tanımlanıyor. Düşünceyle ifade özgürlüğünün korunması arasındaki bağlantıyı ifade edecek olursak da şöyle; aslında düşünce hepimizin bildiği gibi kişinin iç dünyasıyla alakalıdır. Ne zaman bu korunmaya ihtiyaç duyulur? Aslında bunu özgürce açıklaması ve başkalarıyla bu düşünce ve fikirlerini paylaşmasıyla korunmanın da gerekliliği ortaya çıkmış olur.

İşçinin ifade özgürlüğü üzerinden devam edecek olursak, ifade özgürlüğü tabii ki işçi işveren ilişkilerini de kapsayacaktır. Çünkü ne der kişinin temel haklarından biri olarak kabul ettiğimiz ifade özgürlüğü, salt işçinin işverene bağımlı olarak iş görme edimin yerine getirilmesi dolayısıyla işyerinde dışlayamayacaktır. Aksine ülkemizdeki çalışma saatlerinin uzunluğunu, sosyal medyanın günlük hayattaki

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

kullanım süresini ya da işyeri kavramıyla ilgili olarak şunu söylemek gerekir, dijitalleşmeyle birlikte işyeri kavramının klasik İş Kanunu madde 2'deki işyeri tanımından bağımsızlaşarak esnekleştiğini de dikkate aldığımızda, ifade özgürlüğünü iş ilişkisini ve işleri kapsamasını gayet olağan kabul etmek gerekecektir.

Peki bu işçinin ifade özgürlüğü sınırsız mıdır? Tabii ki hayır. İşçinin ifade özgürlüğünün sınırsız olduğunu kabul etmek doğru olmayacaktır. Nedir işçinin ifade özgürlüğünün sınırı? Aslında bu öğretilerde Türk Borçlar Kanunu'nun 396. maddedeki işçinin sadakat borcuyla da ifade edilebilir. Nedir? İşverenin haklı menfaatinin korunmasında işçiye yüklenen bir sadakat borcu vardır. Nedir işte bu; sadakat borcu kapsamında işverenin ve işletmenin haklı menfaatlerini korumak, işverene ekonomik, ticari, mesleki açıdan zarar verecek davranışlardan kaçınma yükümlülüğü yükler TBK 396. Böyle bir durumda da peki biz neyi görüyoruz? Aslında çatışma olarak, yargı kararlarında da esasında burada çıkıyor, işçinin ifade özgürlüğü ile sadakat borcunun karşı karşıya geldiğini ve burada işverenin işletmenin haklı menfaati mi ağır basacak, yoksa işçinin ifade özgürlüğü mü ağır basacak; Burada bir çatışmayı görmüş oluyoruz iş hukukunda.

Öğretilerde peki işçinin ifade özgürlüğünün sınırlandırılması noktasında dikkate alınması gereken kriterler nasıl sınırlanmıştır? Haklı menfaatin korunması için gerekli ve yeterli bir sınırın olması gerektiğinden bahsediyoruz. Bir diğer ifadeyle sınırlamanın aşırı olmaması gerekir. Orantılı olması gerekir hatta.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi yine Federal İş Mahkemesi, Anayasa Mahkemesi'nde, kısacası hepsinde gördüğümüz bir kriter var. O da şudur ki, *işçinin kullandığı ifadelerin hangi bağlamda söylendiği*. Yani biz burada esasında şuna bakın diyoruz, işçinin amacı nedir, işçi bu ifadeleri kullanmakla neyi amaçlıyor? Bunu mutlaka dikkate almak gerekir diyoruz. Açıklamanın yöneltildiği kitlenin genişliği, bu da önemli bir kriterdir. Hatta Federal Mahkeme'nin

birçok kararında gördüğümüz işçinin kıdemiyle beraber dikkate aldığı bir diğer kriter daha var. *Daha önce aynı ya da benzer davranışlarda bulunup bulunmadığına da dikkat etmek gerekir diyor* Federal İş Mahkemesi. İşçinin söz konusu ifadeyi neden kullandığını, örneğin ifadenin salt kendisine bir sonuç bağlamak yerine işveren tarafından, örneğin işçiyi tahrik edecek bir davranış var mı öncesinde ya da işyerinde örneğin yine iş sağlığı güvenliği önlemlerinin alınmaması gibi bir sorunu var mı, bunu da tespit edin diyoruz biz bu ifade özgürlüğünün sınırlanmasından önce.

Peki Avrupa Anayasa Mahkemesi'nin kriterlerinin de benzer olduğunu söyledim ama yine bir yüksek mahkemenin önceki bir kararından almış olduğum kriterler nelerdir? Bunu da slaytta görüyorsunuz. Şöyle ifade ediyor Anayasa Mahkemesi, ifade özgürlüğüyle ilgili değerlendirmelerde, dile getirilen düşüncelerin nerede, kimlerle ve hangi şartlar altında paylaşıldığını, başvurucunun amacını ve iyi niyetli olup olmadığını, ifade özgürlüğünün yalnızca üçüncü kişilere zarar verme kastıyla kullanılıp kullanılmadığını, yürütülen kamusal tartışmanın önemini, kullanılan ifadeleri ve bunların hedef alınan kişinin yaşamına etkilerini dikkate almak gerektiğini belirtmektedir. Alman Hukukuna baktığımızda ifade özgürlüğünün sınırlanması olarak aslında yine Alman Medeni Kanunu'nun 241/2'deki hüküm karşımıza çıkıyor. Bu hüküm şu şekilde düzenlenmiştir: "Borç ilişkisi taraflara diğer tarafın haklarını, hukuki menfaatlerini dikkate almasını gerekli kılar" şeklinde bir düzenleme. Yani aslında bunu işçi işveren ilişkilerine uyguladığımızda işçinin yine işverenin ve işletmenin haklı menfaatini koruması gerektiğini sonucuna varabiliriz ve işçinin ifade özgürlüğünün özetle çalışma barışını, huzurunu bozmamasını, işçinin ifadeleri nedeniyle şirketin amacına hareket etmemesine bağlı olarak sınırlandırıldığını kabul ediyoruz.

Ama burada üzerinde durmak istediğim bir diğer husus var, Alman içtihatlarında gördüğümüz aslında bu değer yargısı ve olgusal

iddia ayrımı. Aslında biz bunu Türk Hukukunda da bu ayrımı görüyoruz ama biz bunu bu Ŗekilde adlandırmıyoruz. Ancak Almanlar, Alman yargısı böyle bir ayrıma yer vermiŖ. Peki bu değer yargısı olgusal iddia ayrımı iŖ hukukunda çok karŖımıza çıkan bir ayrım mı? Hayır aslında bu Almanya’da ceza hukuku açısından ceza kararlarında gördüğümüz bir ayrımdır. Ama söz konusu ifade özgürlüğü olduğu zaman Alman mahkemeleri yine biz bunu iŖi iŖveren uyuŖmazlıklarında da kabul ediyoruz diyor.

Nedir bu değer yargısı? Değer yargıları, Alman öğretisine göre, doğruluğu nesnel olarak teyit edilemeyen ifadelerdir. Bu Ŗekilde tanımlamak mümkündür. Söz konusu bu ifadeler, ifade sahibi ile ifade arasındaki kiŖisel iliŖkiye bir diğer ifadeyle fikir, kanaat, inanç unsuru olarak karakterize edilir. Olgusal iddia ise, gerçek durum ile olgu arasındaki bir objektif iliŖkiyi ifade eder ve olgusal iddialar mahkemeler tarafından delil araçları olarak da kullanılabilir, ispatlanabilir. Peki Alman hukukunda diyoruz ki değer yargıları zaten ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilir. Olgusal iddialar ise ancak gerçek dıŖı olgusal iddialar varsa biz bunun yine ifade özgürlüğü kapsamında sayılması gerektiğini söylüyoruz. Hatta birçok kararda gerçekler ile değer yargılarının somut olayda bir arada bulunabildiğini ve eğer ki bir olgusal iddia kanaat oluŖturmaya sebebiyet veriyorsa o zaman yine bunun da ifade özgürlüğü kapsamında kabul etmemiz gerekir diyoruz. Ne zaman bir olgusal iddia ifade özgürlüğünün dıŖında olur, iŖte bu kasıtlı olarak ya da kanıtlanmış gerçek dıŖı bir olgusal iddia varsa o zaman ifade özgürlüğü kapsamında değildir diyoruz. Slaytta da yansıttığımız gibi bir iŖçinin internet bloğunda iŖverenin genel müdürüyle iliŖkisi olduğuna iliŖkin gerçeğe aykırı iddiası ifade özgürlüğü kapsamında değildir demiŖtir, Alman mahkemesi.

Buna ilişkin yine hem Eyalet İş Mahkemesi'nin vermiş olduğu bir karar¹ var, aslında bu karar da değer yargısına atıf yaptığı için bu kararı aldım. Karara konu olayı şöyle bir özetleyecek olursak, işçi işyerinde işçi temsilcisi olarak çalışmakta ve işveren ile sendikalı işçilerin katıldığı bir toplantıda Birleşik Hizmetler Sendikası işçinin video röportajını kaydedip bunu sosyal medyada YouTube'da ve Facebook'ta yayınlamıştır. Röportajda işçi asıl sorununun özetle işyerinde kalifiye işgücünün bulunmamasını, işte makinelerdeki sorunların olduğunu, aslında eğitim gerektiren işlerde bilgi ve beceriye sahip olmayan işçilerin istihdam edildiğini, aslında işyerinde çilingir, elektrikçi gibi teknisyen gibi vasıflı işçiler varken bunların uygun eğitimlerine uygun işler yapmadığını vurgulamıştır. Ama daha sonra tabii ki işveren işçinin iş sözleşmesinin haklı nedenle bu videodan sonra feshetmiş. Eyalet İş Mahkemesi az önce belirttiğim gerekçelerle diyor ki, işçinin sözü edilen ifadelerinin salt izole ederek, salt ifadenin kendisine sonuç bağlamak doğru değildir. Burada işçi temsilcisi olarak çalışan işçinin neyi amaçladığına bakmak gerekir, diyor. Federal İş Mahkemesi'ne gittiği zaman yine burada işçinin beyanın tamamının dikkate alınması gerektiğine dikkat çekmiş, ifadenin işçi temsilciliğinin önemini belirtmek için yapıldığı ve iş güvenliği alanında işyerinde görmüş olduğu eksikliklere dikkat çekme amacının varlığı söz konusudur diyor².

Sonuç olarak bütün anlamsal ilişkiye bakıldığında, ifade özgürlüğünün korunmasına giren bir değer yargısı söz konusudur demiştir Federal İş Mahkemesi de bu anlamda. Federal İş Mahkemesi'nin yine ifade özgürlüğüne ilişkin olarak yorumlarında şunu da görüyoruz, yine alternatif yorum olasılıklarını da göz önünde bulundurması gerektiğini söylüyor. Bir ifadenin objektif anlamı tespit ederken

1 LAG Hamm (13. Kammer), Urteil vom 15.03.2013 - 13 Sa 6/13, BeckRS 2013, 69037.

2 BAG, Urt. v. 31.7.2014 - 2 AZR 505/13 (LAG Hamm, Urt. v. 15.3.2013 - 13 Sa 6/13.

aslında tek bir anlama değil, yorum olasılıklarını diğer yorumlara da başvurmaya açık olmanın gerektiğini söylüyor³.

Yine buna ilişkin bir örnek verecek olursak, Federal Mahkemeye⁴ göre işçi işyerindeki ilişkileri anlatırken Godfather (Baba) filmiyle bu ilişkileri kıyaslıyor ve bu kıyastan diğer o alternatif yorum olasılıklarına dahil etmediğimizde, hariç tuttuğumuzda şu sonucu çıkarabiliriz: işyerinde mafya benzeri bir yapı vardır, bu sonuca ulaşabiliriz ama işçi daha önce o işyerindeki entrikaları eleştirmişse, bu durumda Baba filmine benzetmesi işçinin şirket içindeki entrika yapılarına dikkat çekmek istediği şeklinde yorumlanabilir diyor. Bu da alternatif bir yorum şekli olarak karşımıza çıkıyor.

İfade özgürlüğüne ilişkin olarak, en çok bizim ülkemizde karşımıza çıkan ifade özgürlüğünün böyle sınındığı noktalar, işinin işveren veya iş arkadaşları aleyhine aşağılayıcı hakaret içeren ifadeler kullanması hususu oluyor. Bunu görmüş oluyoruz aslında gerek Alman içtihatlarında gerekse Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında ya da Türk hukukunda Anayasa Mahkemesi kararlarında. Şunu görüyoruz: işçinin işvereni ya da işyerindeki bir diğer işçiye karşı ya da işyerindeki koşulları objektif bir şekilde eleştirmek için abartılı polemik yaratacak ifadeler kullanmasının temelde ifade özgürlüğünü kapsamında olduğunu söylüyoruz. Ne zaman ki bu ifade özgürlüğünün geri plana atılmasını gerektirir, amirine ya da iş arkadaşlarına ağır hakaretler içeren ifadeler kullanıyorsa şerefe namusuna bu yönde hakaret içerecek ifadeler varsa o zaman ifade özgürlüğü geri planda kalacaktır diyoruz. Alman Federal İş Mahkemesi'ne göre de hakaret ve aşağılayıcı ifadeler ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmez; sebep ve bağlamı da dikkate almak gerekir, diyor⁵. Polemik ve abartılı eleştirinin

3 BAG, Urteil vom 24. 11. 2005 - 2 AZR 584/04.

4 BAG, Urt. v. 5.12.2019 – 2 AZR 240/19.

5 BVerfG 30.5.2018 – 1 BvR 1149/17, AP BGB § 626 Nr. 273 Rn. 7; BVerfG 26.6.1990 – 1 BvR 1165/89, NJW 1991, 95, 96.

ötesinde artık konu tartışmaya değil de kişiye yöneldiyse, kişiye yönelik bir iftirayı, karalamayı artık ön planda tutuyorsa bu bir hakarettir diyor ve buradan Federal Mahkemenin kararlarında gördüğümüz şu kısım var: işçinin başkalarının duygu ve düşüncelerini dikkate alma yükümlülüğü vardır. Eğer ki bu hakaretle, bu ifadelerle başkalarının duygu ve düşüncelerini dikkate ama yükümlülüğünü ihlal ediyorsa, o zaman işveren işçinin iş sözleşmesini tabii ki haklı nedenle feshedebilecektir diyoruz. Hatta burada şuna da vurgu yapıyor: ağır hakaret içeren ifadeler çok uzun süreli bir iş ilişkisi olsa bile ve bu tek bir seferlik bir hakaret olsa bile yine fesih sebebi olacaktır, diyor.

Bir de Alman hukukunda şekli biçimsel hakaret olarak adlandırılacak bir hakaret türünden de bahsedebiliriz. Aslında burada şekli biçimsel hakareti şu şekilde nitelendiriyorlar: Bağlamdan bağımsız olarak toplum tarafından onaylanmayan, tabulaştırılan bir terminoloji varsa ve işçi bunu kullandıysa biz buna şekli ve biçimsel hakaret demek gerekir diyor Almanlar. Peki yine slaytta gördüğümüz bu Eyalet İş Mahkemesinin bir kararında⁶, işçinin işveren vekiline sözlü olarak “şerefsiz” şeklinde bir hakareti söz konusu. Ve işveren vekili işyerine geldiği günden beri işlerin daha kötüye gittiğini söylemiş bu işçi. Eyalet İş Mahkemesi bunun haklı bir fesih sebebi olarak kabul edilemeyeceğini karar vermiştir. Federal Mahkeme de şunu söylüyor: burada mahkeme kararında işçinin kıdemine dikkat çekmiş, öncelikle bir defaya mahsus bir hareketi olduğunu söylemiş, hatta bununla beraber genel müdür konumundaki işveren vekilinin öncesinde işçiyi bu konuda tahrik ettiği sonucuna varıyoruz. İşveren vekilinin işçiye, iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerini ihlal ettiğini, işçinin işverenden haksız menfaatler elde etmeye çalıştığını ima ettiğini, dolayısıyla da aslında işveren vekili konumundaki kişi tarafından işçinin tahrik edildiğine, Federal Mahkeme dikkat çekmiş burada. Dolayısıyla uyarı yaptırımının daha uygun olduğunu da söylemiş Federal

6 LAG Schleswig-Holstein, Urteil vom 20.05.2010 - 1 Sa 505 d/09.

Mahkemesi. Şuna da dikkat çekiyor kararda: işçinin ifadelerinden bir uyarı yapılması halinde gelecekte bu tür ifadeleri tekrar kullanma eğiliminde olacağı sonucu da çıkarılamaz diyor. Eğer ki çok uzun süren bir iş ilişkisi varsa işinin aynı eylemi bir daha yapmayacağı sonucuna ulaşabiliriz ki olayda da 14 yıldan fazla çalışan bir işçi söz konusudur şeklinde bir değerlendirme yapmış.

Burada özetle Federal İş Mahkemesinin kararlarında kriterler nedir dersek, aslında hakaretin objektif ciddiyetine ek olarak özellikle iş verenin, şirketin üslubuna bakmak gerekir diyor. Kısırtıcı davranış var mı? İşçinin hakarete maruz kalandan özür dilemesi gibi bir somut olay varsa bunları da değerlendirmek gerekir diyor.

Gelelim Türk hukuku bakımından önemli gördüğüm bir diğer karar, Anayasa Mahkemesi'nin Sonay Tezcan ve Kardelen Yoğungan başvurusu⁷. Sunumumda bu kararı özellikle yer vermek istedim çünkü kadın işçiler bakımından önemli olduğunu düşündüğüm bir karar. Burada başvuru olarak 2 kadın çalışan söz konusu. Anayasa Mahkemesi özetle sendika hakkı ışığında ifade özgürlüğünün ihlal edilip edilmediğini değerlendirmiş. Başvurucular amir pozisyonundakiler de dahil olmak üzere bazı erkek işçilerin iktidarlarını kullanarak kadın işçilere tacize yönelik eylem ve davranışlarını şikayet etmek, bunlara ilişkin kadın işçiler arasında bir birlik oluşturmak amacıyla kadın işçilerin dolaplarına bir bildiri bırakıyorlar ve bu bildiriyle beraber aynı zamanda bildirin içeriğine baktığımızda; işyerindeki ağır sömürü ve çalışma koşullarından kötü ve sağlıksız yemekler gibi iş sağlığına ve güvenliğine aykırılıklardan da bildiride bahsediyorlar. Son olarak bildirin sonuç kısmına da alt kısmına da “KKS Komitesi” ibaresi ekliyorlar. Şimdi bildiri çok uzun bir bildiri. O yüzden önemli gördüğüm noktalarını ifade etmekle yetineceğim. Bildiri “*Arkadaşlar!*” şeklinde başlıyor: “*Durmadan çalışıyoruz. Elimizde avucumuza*

7 Anayasa Mahkemesi, T. 2.5.2023, B. 2018/24097 (Sonay Tezcan ve Kardelen Yoğungan Başvurusu).

hiçbir şey yok. Ürettiklerimize el koyanlar zevki sefa içinde yaşıyorlar. Biz yoksullaşıyoruz. Yillardır bu fabrikaya hizmet veren işçiler olarak düşük ücret alıyoruz. Kesintiler ücretlerimizden yapılıyor. Ve hasta hasta çalıştırılıyor. Yeterli havalandırma imkanları söz konusu değil. Toz içinde çalışıyoruz. Solunum yolu hastalıklarına yakalananlar var. Aynı zamanda kadın ve erkek işçilerin eşit ücret alamaması söz konusu.” Formen üretim müdürünün kadın işçilere yaptığı tacizlerden bahsediyorlar. Bu bildiriye son olarak da bu işveren ya da işveren vekillerine yalalaklık yapan işyerindeki diğer işçileri itham ediyorlar: *“Yalalaklık yapacağım, yaranacağım diyen arkadaşlarımız var.”* Bunları *“ajan”* nitelendirilmesi yapılıyor vesaire. Daha sonra bildirinin devamında bu işyerindeki diğer işçilere *“namusunu, şerefini satma, sınıfını bil ya da gölge etme”* gibi bir ifadeyle yaklaşıyorlar. Son olarak da *“kreş imkanlarının olmadığını, sağlıklı hijyenik nitelikli bir kreş istiyoruz. Hakaretler duyuyoruz. Bildirinin sonunda da birleşerek hareket edelim ancak mücadele ederek kazanabiliriz”* diyor 2 başvurucu. Bununla birlikte ertesi gün yine fabrikadaki iş sağlığı güvenliği eğitimleri kapsamında ergonomi egzersizleri yaptırılmaktayken başvuruculardan biri üretim mühendisinin yaka mikrofonunu alıyor ve buna benzer bildirinin içeriğine benzer bir konuşma yapıyor. Diğer başvurucu da konuşma yapan işçinin yanına geliyor. Daha sonra tabii ki işverence tutanak altına alınıyor, iş sözleşmeleri haklı neden fesediliyor.

Şimdi burada ilk derece mahkemeleri ve BAM kararından kısaca bahsedeceğim. İlk Derece Mahkemeleri burada bir sataşma olmadığı, burada işçilerin esasında haklarını korumak amacıyla böyle bir bildiri yayınlandı ve işyerinde olumsuzluğa da sebebiyet verilmediği gerekçesiyle her 2 başvurucunun da işe iadesine karar veriyor. BAM ise burada *“yalalaklık, ajan”* ifadeleri kapsamında bir değerlendirme yaparak burada işyerinde uyuşmazlıklar vardır vesaire deyip işe iade davalarının reddine karar veriyor.

Anayasa Mahkemesi peki nasıl bir değerlendirme yapıyor: “başvurucuların sendika hakkı ışığında ifade özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna varmak gerekir” diyor Anayasa Mahkemesi. İlk olarak eleştirisi mahkemenin “arkadaşlarını satan ajanlar” ifadesi. İşvereni değil, somut bir hedef belirtilmeden anonim bir şekilde kendisi de işçi olmasına rağmen işveren yanında pozisyon alan, kendi çıkarlarına uğruna diğer işçilerin aleyhine çalışan işçileri eleştirme amacı taşımaktadır diyor. Zaten asıl enteresan olan ve kararda ilk kez dikkatimi çeken: bu sendikalaşma hareketlerinin genel söylemleri içinde yer alan retorik bir ifade olarak bunu Anayasa Mahkemesi adlandırmış olması.

Ayrıca burada üretim müdürünün kadın işçileri taciz ettiğine ilişkin bir itham var diyor, işverenden beklenen aslında bu ithamın doğru olup olmadığını araştırmaktır. Burada isnadın doğru olması halinde, zaten diğer işçilere bir sataşma olarak adlandırılma mümkün olmayacaktır. Ama işveren tarafından bu isnada ilişkin bir makul araştırma bile yapılmamış. Yeterli bir gerekçe konmamıştır diyor Anayasa Mahkemesi. Özellikle kadınların haklarını aramalarını noktasında yaşadığı zorluklara da dikkat çekmiş ve ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiş Anayasa Mahkemesi. Bu kararı değerlendirecek olursak, karara ilişkin değerlendirmelerime geçmeden önce şunu söylemek isterim; tabii ki ülkemizde çalışma koşulları her zaman her yerde iyi durumda olmuyor. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi’nin belirttiği gerekçeler kanaatimizce isabetlidir diyoruz. Neden böyle söylüyoruz? Aslında hepimizin bildiği gibi işverenin iş sözleşmesinden doğan borçları vardır. Bu borçlarından bir tanesi de nedir: işçiyi koruma ve gözetme borcudur. Bu borç iş sözleşmesinin kendiliğinden doğar. Ayrıca TBK 417’de de işçinin kişiliğinin korunması başlığı altında da düzenlenmiştir. Bu borcun kapsamının neler girmektedir? Bu borcun kapsamını esasında kişiliğini koruma borcu girdiği gibi, işyerinde iş sağlığı güvenliği önlemlerinin alınması, işçilerin cinsel ve psikolojik tacize uğramamasını da işveren sağlamakla yükümlüdür

diyoruz. Dolayısıyla burada iki kadın işçinin işyerinde iş sağlığı güvenliği hususunda eksiklere dikkat çekmek, cinsel tacize karşı kadın işçilerin birlikte hareket etmesini, örgütlenmesini sağlama amacı vardır diyoruz. Ve şuna da dikkat çekmek gerekir; bence işyerinde diğer kadın işçilerin dolaplarına bildiri bırakılması eylemi tam olarak ifade özgürlüğünün kapsamındadır. Neden? Çünkü burada kararda şunu göremiyoruz, bildiri dağıtılması, işyerinde çalışma ve barışı bozacak şekilde nasıl yapılmış? Buna ilişkin bir gerekçe göremedik. Çünkü burada dolaplara bırakılmış olan bir bildiri var ve kadın çalışanların dolaplarına yapılmış olan bir bildiri var. Dolayısıyla burada işyerinde çalışma barışını ve huzurunu bozacak bir durum yaşanmamış. Hatta burada bildiri işverenin itibarını etkileyecek bir şekilde üçüncü kişilerle de paylaşılmamış. Dolayısıyla burada özetle gerek slaytların başında gördüğümüz işverene zarar vermek kastının olduğumu zaten söylemek pek mümkün olmayacağı kanaatindeyim.

Ayrıca kararda üretim müdürünce kadın işçilerinin cinsel tacize uğradığına ilişkin bir iddia var. İşverenin tabi ki bu iddianın gerçekliği üstünde bir araştırma yapma yükümlülüğü var. Yine buna yapıldığına ilişkin Anayasa Mahkemesi'nin de kararında belirttiği bir araştırmanın yapıldığı sonucuna varamıyoruz ne yazık ki.

Başvurucu işçilerin “ajan ve yalakalık yapanlar” ifadelerine işyerinde belli bir işçiye karşı kullanmadığı ve bunların yine genel söylemler olduğunu söylüyoruz. Doğrudan bir işverenin bir diğer işçisine karşı yapılmış, bir kişilik hakkını zedeleyecek bir ifade yoktur. Ayrıca burada Alman Federal İş Mahkemesi kararlarında belirtildiği üzere sadece “ajan ve yalakalık yapanlar” ifadesinin kendisine odaklanılmamalı. Somut olay, anlamsal bütünlük içerisinde değerlendirilerek buna göre bir sonuca varılmalıdır. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi kararını yerinde buluyoruz şeklinde bir sonuca ulaştık.

Gelelim yine Mehmet Ekizler başvurusu var. Bu da 2024 yılında yayınlanan bir karar⁸. Bunda da aslında işyerinde işçi iş güvenliği uzmanı olarak çalışıyor ve işyerinde bir iş kazası meydana gelmiş. İş kazası sonucunda da işçilerden bir tanesi vefat etmiş. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin de dikkat çektiği bir husus var: iş güvenliği uzmanı olarak çalışan işçi, kaza öncesinde işyerinde iş sağlığı güvenliğine ilişkin birtakım eksiklerin bulunduğunu işverene bildirmiş ve kaza bu bildirim sonrasında meydana gelmiş. Kaza sonrasında başvurucunun işyerine müfettiş gönderilmiş ve müfettiş raporunda başvurucu ile beraber bir usta başı sorumlu tutulmuş, bu iş kazasında ve başvurucunun iddiasına göre rapor hazırlanmadan önce de bilgisine başvurulmamış. Başvurucu rapora bir itiraz dilekçesi yazmış, bunun üzerine yeniden bir müfettiş görevlendirilmiş, ikinci bir rapor hazırlanmış. Başvurucunun bilgisine de başvurulmuş bu ikinci rapor hazırlanırken ve başvurucu işçiye bir kusur atfedilmemiş, ancak işveren başvurucunun ilk rapora ilişkin yazmış olduğu itiraz dilekçesinde yer alan “yandaşlık, tetikçi ciddiyetsiz, yalancı, iftiracı” şeklinde ifadelerle dayanarak iş sözleşmesini haklı nedenle feshetmiş, başvurucu işe iade davası açmış. İlk derece mahkemesi “ağır eleştiri ve kaba söz” olarak nitelendirmiş. Hatta burada asıl işverenin işçinin iş sözleşmesinin feshinin alt işverenden talep etmediğini, dolayısıyla son çare ilkesine de uymadığına vurgu yaparak işe iadesine karar vermiş.

Bölge Adliye Mahkemesi ise “*çalışma barışı bozuldu, çalışma düzeninin bozulduğu ortadadır.*” diyerek feshin geçerli olduğu sonucuna varmış. Anayasa Mahkemesi ise dilekçenin bütünlüğünü dikkate aldığı anda burada gördüğümüz husus Alman içtihatlarında da gördüğümüz anlamsal bütünlük olarak anlamak gerekir bunu, eleştiri amacının bulunduğu dikkat çekmiştir. Burada ayrıca Anayasa Mahkemesi, dilekçede ifade ettiği ifadelerden yola çıkarak, başvurucunun amacının kendisinin almış ya da almadığı önlemleri

8 AYM, 2022/58456, Mehmet Ekizler Başvurusu.

belirterek sorumluluktan kurtarma amacı vardır ve itibarın sarsacak ve kamuya açık bir şekilde de paylaşmadığını belirterek, sınırlı bir kesim tarafından öğrenilmiştir diyerek işçinin ifade özgürlüğüne hükmetmiştir. İfade özgürlüğünün ihlal edildiğini söylemiştir. Ben Mehmet Ekizler başvurusu olarak Anayasa Mahkemesi'nin kararına katılıyorum. Çünkü burada yandaşlık, tetikçi, ciddiyetsiz, yalancı, iftiracı gibi ifadeler aslında işverenin kendisine ve işverenin bir diğer işçisine de yapılmış ya da söylenmiş eylemler ya da sözler değil. Müfettiş tarafından yazılan rapora binaen söylenmiş bir ifadeler bunlar. Dolayısıyla bu fesih sebebi olamayacağı gibi aynı zamanda işyerinde ne gibi olumsuzluklara sebebiyet verdiğini, çalışma barışını ne gibi bozduğuna ilişkin hususlara da yine işveren olarak açıklaması gerekirdi. Bunları gerekçelendirmesi gerekirdi. Dolayısıyla bunları yine kararda göremediğimiz için ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini söylemek mümkündür.

Yine Anayasa Mahkemesi'nin 2024 tarihli başka bir kararı var. Serap Aslan Acet başvurusu⁹. Bu da aslında oldukça tartışmalı bir karar. Burada belirtmek isterim Anayasa Mahkemesi içerisinde karşı oy yazısı bulunan bir karardır Serap Aslan Acet başvurusu. Özetleyecek olursak: başvuruçunun elektronik posta içeriği şu şekilde *“merhabalar bana verilen zam oranını zarf içinde insan kaynaklarına iade ediyorum. Bu oranı kim ya da kimler belirlediyse aralarında paylaşınlar, bilgilerinize.”* Daha sonra Anayasa Mahkemesi, işçinin maaş zammını düşük bulduğu, bu durumdan duyduğu rahatsızlığı ilgililerin dikkatine sunmaya çalıştığı sonucuna varıyor. İşveren veya vekillerinin, burada ilk derece mahkemesi kararı hakaret onur ve saygınlığına zarar verecek şekilde. Bakın dikkat, burada Anayasa Mahkemesi kararına iş hukuku, işçi, işveren uyumsuzlukları açısından ilk defa gördüğümüz bir ifade var; Örtülü hakaret ifadesini görüyoruz bu kararda. Örtülü hakarete bulunduğu belirlenmiş, iş akdinin haklı sebeple feshedildiğini

9 Aym Serap Aslan Acet Başvurusu, 2. B., B. 2020/38733 T. 2.5.2024.

kabul etmiŖ. Kıdem ve ihbar tazminatını reddettiğini söylüyor Anayasa Mahkemesi sonra baŖvuru yapılıyor. Anayasa Mahkemesi'ne gidiyor bu ilk derece mahkemesinin kararı. BAM'da bunu onuyor.

Anayasa Mahkemesi oy çokluğu ile vermiŖ olduğu bir kararda Ŗunu söylüyor: *“baŖvurucunun elektronik postada kullandığı eleŖtirel üslubun iŖyeri disiplinini, düzenini, çalıŖma barıŖının nasıl olumsuz etkilediğine dair bir değerlendirme söz konusu değerdir.”*. Yine ihtilafa konu içeriğin niteliği, kullanıldığı bağlama ve muhtemel etkilerini kapsamlı bir Ŗekilde incelemediği sonucuna varıyoruz. rtl hakaret olarak e-posta göndermesi, iŖveren vekillerine ve diğer iŖilere örtülü hakaret olarak kabul edebilmemiz için bu salt bu postayı göndermesi yeterli değerdir diyor.

Bu kararda Anayasa Mahkemesi'ne karŖı oy olduğunu sylemiŖtim. KarŖı oy yazısındaki bir ye de: bu e-mail'in hem iŖveren hem de iŖilere gönderildiği nazara alındığında, iŖiler nezdinde iŖveren veya vekillerinin küçük dŖrldđ, iŖverenin Ŗerefi itibarının zedelen-diği dolayısıyla haklı fesihin gerekleŖtiđini, haklı fesih sebebinin bulunduğu gerekleriyle karara katılmamıŖtır.

Öncelikle burada örtülü hakaret biraz yine ceza hukuku boyutu olan bir kavram, ama araŖtırdıđımda *“doğrudan değer de yapılan paylaŖımlarla kimi kastettiğiniz ortaya çıkıyorsa bu bir örtülü hakarettir”* olarak bir sonuca vardım.

Ŗimdi burada aslında baŖvurucu *“bana verilen zam oranı zarfıinde insan kaynaklarına iade ediyorum. Bu oranı kim ya da kimler belirlediyse aralarında paylaŖsınlar.”* bu beyanını bunu salt iŖverenin insan kaynakları departmanına atmamıŖ. Bunu aynı zamanda iŖverenle birlikte iŖyerindeki tüm iŖilere gndermiŖ. Burada baŖvurucunun, Anayasa Mahkemesi'nin kararlarında da AİHM'in kararlarında da Federal İŖ Mahkemesi'nin kararlarında da gördüğümüz, iyi niyetli olup olmadığı, iŖçinin burada kastının gerçekten dŖk zam oranının

yükseltilmesi mi yoksa işverenin itibarını zedelemek mi olduğu konusunda çok açıklık bulunmamaktadır. Bunu sadece işverene ya da işverenin İK departmanına ya da kim belirliyorsa kısma gönderseydi, burada işçinin gerçekten kötü niyetli hareket etmediğini, bu ifadeyi söylemekteki amacının işçinin zam oranlarını eleştirmek ve zam oranlarının yükseltilmesi olduğunu söyleyebilirdik. Ama burada salt işçinin işyerindeki diğer işçileri de ekleyerek bu e-maili atması sanki burada iyi niyetli bir bakış açısının olmadığı sonucuna bizi yaklaştırabilir. Ama aynı zamanda şunu da söylemek gerekir, bunun bir fesih sebebi olabilmesi için Alman Federal Mahkemesi'nin bir kararında şunu görmüştüm, işverenin yönetim hakkına zarar veren bir ifadeyse bu, işverenin işçiler üzerindeki işyerindeki yönetim hakkını zedeleyecekse bunun o zaman çalışma barışını bozabileceğini de söyleyebiliriz Somut olaya göre değerlendirme yaparak, dediği bir karar var. Dolayısıyla burada eğer ki bu gerçekten işverenin işyerindeki otoritesini, yönetim hakkını zedeleyecek bir şekilde yerine getirilmişse, ki burada elimizdeki tek olan şey işçinin diğer işverenleri de kapsayacak şekilde bu maili atması, o zaman bunun yine bir haklı fesih demiyorum ama geçerli fesih sebebi olabileceğini düşünürüz. Ya da burada başvuru işçiden şöyle bir eylem gelseydi, evet bu maili attım ama sonrasında benim amacım şuydu, şuydu, şu şekilde ücret zamlarının artırılması gibi, kastım yoktu; bunun karşılığında Alman içtihadında gördüğümüz o pişmanlığı da bir kriter olarak ele alıyorduk. Orada buna ilişkin bir ifadeyi ya da hareketi görmüş olsaydık, o zaman yine bunun bir fesih sebebi mi değil mi noktasında değerlendirebilirdik diye söylemekte fayda var.

Şimdi gelelim işçinin işyerinde yabancı düşmanı ve ırkçı ifadeler kullanmasına. Özellikle ben buna sonda yer verdim. Şunu belirtmek isterim, bizim ülkemizde çok yabancı düşmanı ya da ırkçı ifadeleri kararlarda görmüyoruz ama ülkemizdeki göçmen işçi sayısındaki

artıŖı da dikkate aldığımızda bu tarz sorunların iŖ iliŖkisinde ortaya çıkmasının da mümkün olduğunu söyleyebiliriz.

Alman içtihatlarına bunu çok görüyoruz. Berlin İŖ Mahkemesi'nin vermiŖ olduğu bir karar var. Yine Düsseldorf Eyalet İŖ Mahkemesi'nin vermiŖ olduğu bir karar var¹⁰. Düsseldorf Eyalet İŖ Mahkemesi'nin kararına yer verecek olursam Ŗyle; Alman uyruklu bir iŖi Türk iŖileri de kastederek Ŗunu söylüyor bir yılbaŖı hediye sohbetinde: *“bir gaz odası diledim ama maalesef alamadım, eğer bir gaz odam olsaydı hepsini oraya gönderirdim çünkü bilirsiniz Türkleri ateŖe gaz odasına atmanız ve sonra kafalarını kesmeniz gerekir.”* Ŗeklinde cevap veriyor diyaloga.

Yargılama esnasında tanıkların, iŖçinin Türk iŖilere birden fazla kez *“yağlı göz, zenci”* Ŗeklinde ifadeler de kullandığını belirtmiŖ. Dolayısıyla mahkeme bu ifadelerin kabul edilemez hakaret olarak, Türklerin atılacağı gaz odası ifadesinin ise insanlık dıŖı ifade olarak ifade olarak nitelendiriliyor. Mahkeme, iŖçinin ifadelerinin iŖ arkadaŖlarını insanlık dıŖı ve değersiz bir konuma indirgediğini belirterek, bu tür ağır sözler karŖısında iŖverenden önceden uyarı yapmasının beklenmeyeceğini ifade etmiŖtir.

Burada dikkat etmenizi istediğim ve dikkatinizi çekmek istediğim bir husus var. Bu arada Düsseldorf Eyalet İŖ Mahkemesi bunu haklı bir fesih sebebi olarak kabul etmedi. Burada yine geçerli bir fesih sebebi olarak kabul ettiğini söylemek gerekir.

Federal Anayasa Mahkemesi'nin bir kararı var. İŖçinin, koyu tenli bir iŖ arkadaŖına maymun hareketi yapmasının etnik kökene dayalı ayrımcılık içerdiğini belirterek, bunun Alman hukukunda ağır ve biçimsel hakaret kapsamında değerlendirildiğini ifade etmiŖtim. İŖte bu maymun hareketinin toplum tarafından kabul edilemeyecek bir hakaret olduğu nitelendirilerek bunu Ŗekli olarak kabul ediliyor¹¹.

10 ArbG Berlin, Beschl. v. 5.5.2021 – 55 BV 2053/21; LAG Düsseldorf, Urt. v. 10.12.2020 – 5 Sa 231/20.

11 BVerfG (3. Kammer des Ersten Senats), Beschl. v. 2.11.2020 – 1 BvR 2727/19.

Gelelim işçinin işyerinde siyasi görüşlerini ifade etmesi. Hepimiz biliyoruz siyasi iletişim aynı zamanda işyeri dışında olduğu gibi işyeri içine de taşınabilmekte, yine çalışma saatleri uzun, işçiler siyasi sohbetler de yapabilmekteler, tartışmalar da yapabilmektedir. Burada sempati duyduğu siyasi partiye ya da başka bir siyasi partinin aleyhine de eleştirilerde bulunabilir, beğenmeyebilir. Burada özellikle Alman hukukunda bu tarz şeylerde diğer işçilerin duygu ve düşüncelerini dikkate alma yükümlülüğü ihlal ediliyor mu, edilmiyor mu? Aslında bizde de sadakat borcu ihlal ediliyor mu, edilmiyor mu buna bakmak gerekiyor.

Almanya’da gördüğümüz kararları şöyle özetleyecek olursam, çok fazla karar var ama toparlayacak olursam bu başlığı: biz mahkeme kararlarında daha çok işçinin çalışma saatleri içerisinde siyasi partilere ilişkin takmış olduğu rozetler üzerinden tartışmaları görüyoruz. Burada tek bir karar var ama beraber değerlendirdiğimizde Federal İş Mahkemesi’nin kararını¹²: işçinin çalışma saatleri içerisinde 12-15 santim büyüklüğünde bir partiye ilişkin rozeti takması söz konusu. Ancak aynı zamanda siyasi görüşünü kasıtlı ve kışkırtıcı bir şekilde ifade ettiği, hatta işverenin bunun üzerine daha hafif yaptırım olarak işçiyi uyardığı ama rozeti çıkarmasını talep ettiği ya da işyerini terk etmesini istediği ama işçinin bunun üzerine eylemlerine devam ettiğine vurgu yapmış Mahkeme. Rozetin büyüklüğü ile beraber rengi ve tasarımına da dikkat çekiyor burada mahkeme. Hatta işçinin şöyle bir ifadesi var: işveren beni işyerinden bu rozet yüzünden çıkardı. *“Arkadaşlarım, işyerine giriyorsunuz, demokratik alanı terk ediyorsunuz, işveren krizi büyütüyor, bu yüzden işsiziz”* gibi posterler asıyordu. Megafonla birkaç işçiyi de yanına alarak kışkırtıcı söylemlerde bulunuyordu. Bu davranışların üzerine mahkeme haklı nedenle feshi onamıştır.

12 BAG, Urteil vom 09.12.1982 - 2 AZR 620/80.

Burada Yargıtay kararına, Türk hukukuna bakacak olursak aslında burada Yargıtay'ın kamu iŖyeri mi yoksa özel sektörde bir iŖyeri mi, buna iliŖkin ayrımlarının da olduğunu söylüyoruz. Yargıtaya konu olmuŖ bir olayda, 22. Hukuk Dairesi iŖçinin diğer iŖyerindeki diğer iŖçilere parti mitinglerine gitmeleri konusunda telkinlerde bulunduğu, buna iliŖkin üzerlerinde güvenlik amiri olarak çalıŖan iŖçinin yerel seçimler öncesi hem de görev saatleri içerisinde buna da dikkat ekmiŖ. 22. Hukuk Dairesi siyasi dŖnce ve eylemlerini empoze etmeye alıŖtıėı, dolayısıyla bunun bir haklı feshi sebebi olduğunu sylemiŖtir¹³.

İŖçinin iŖyeri dıŖındaki beyanlarına gelecek olursak, bu da aslında iŖçinin iŖyeri dıŖındaki beyanlarının iŖvereni olumsuz etkiliyorsa ve iŖle bağlantısı olması halinde sadakat borcunu ihlal edildiğini söylüyoruz. Ancak burada Alman içtihadında olan bir kriterin bizde de uygulanması gerektiği kanaatindeyim. Bu da iŖçinin söylemlerinin iŖvereniyle iliŖkilendirilebileceėini ve bağlantı kurulabileceğini öngörebiliyor mu, ngremiyor mu iŖi? Bunu da dikkate almanın gerektiği kanaatindeyim. AŖaėı Saksonya Eyalet İŖ Mahkemesi de bu kritere yer vermiŖtir kararında¹⁴.

Karara konu olayda iŖi dünyaca ünlü bir otomotiv Ŗirketinde makine montajcısı olarak alıŖıyor. Mayorkadaki bir diskoda insanlarla birlikte Alman savaŖ bayrağı açıyor vesaire. Sonra, AŖaėı Saksonya Eyalet İŖ Mahkemesi bu sözü edilen olayda, medyada bazen bazı medya kuruluŖları, iŖverenden de bahsediyor ve medya organlarıncı haber konusu oluyor, iŖverenin de ismi geçiyor. Özetle, AŖaėı Saksonya İŖ Mahkemesi, iŖçinin iŖvereni üçüncü kiŖilere karŖı temsil etmediğine dikkat çekiyor. Buraya hemen bir parantez açmak istiyorum: aslında Alman içtihatlarında ve ğretide Ŗunu görüyoruz, bu tarz iŖçilerin iŖyeri dıŖındaki eylemlerinin ya da sözlerinin aslında iŖvereni

13 Y. 22. HD., T. 24.1.2017, E. 2017/542 K. 2017/973.

14 LAG Niedersachsen, Urteil vom 21.3.2019 – 13 Sa 371/18.

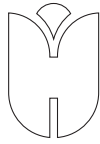
üst düzeyde temsil eden işçiler bakımından söz konusu olduğunu söyleyebiliriz. Eğer ki vasıfsız bir işçiye, bu işçinin medyada etki alanı daha dar olacaktır şeklinde bir bakış açısı var. Ama işçinin bir temsil yetkisi varsa, o zaman temsil yetkisi olan bir işçinin daha dikkatli davranması gerektiğini ve bunun işverenle bağlantılandırabileceğini öngörebilmesi gerektiği yönünde kararlar ve görüşler var. Burada da yine aynı ifadenin geçtiğini söyleyebiliriz. Ancak burada karar da işvereniyle bağlantıyı kendisinin kurmadığını ve işverenin medya tarafından tespit edildiğini de söylüyor. Öngörülebilir olmadığından ihlal edilmiş diyor.

Bence işçi doğrudan medyayla bir bağlantı kurmamış olabilir, ancak uluslararası bir firmada çalışan birinin, bu bağlantının işveren tarafından kurulabileceğini öngörmemesi pek makul değildir. Eğilimli işletmeler bakımından, bunlarda da eğilim taşıyıcısı işçilerin daha dikkatli olması gerektiğini söylüyoruz.

Yine Berlin Mahkemesinde de İsrail'e ilişkin son olarak bu karardan da bahsedip sunumumu bitireceğim¹⁵. Yeni bir karardır dolayısıyla önemli olduğunu düşünüyorum. Berlin Eyalet İş Mahkemesinde de: Alman işçinin paylaşımlarında İsrail ordusunun Filistin'e yapmış olduğu durumlarla ilgili bir paylaşımı var. Bunun üzerine işçinin iş sözleşmesi haklı nedenle feshediliyor. Hatta Eyalet İş Mahkemesi işverenin iş sözleşmesinin sadakat yükümlülüğüne uymaması ve hüküm gereğince işçinin iş sözleşmesinin feshinde haklı olduğunu söylüyor ve burayı bir uluslararası kamu kuruluşu olarak, bağlı olan bu basın yayın kuruluşunu eğilimli işletme olarak kabul ediyor. Uluslararası kamu hukukuna tabidir diyor. İfadelerine dikkat etmesi gerekirdi diyor. Dolayısıyla haklı fesih sebebi vardır şeklinde, İsrail aleyhine söylenen ifadeleri haklı fesih olarak kabul etmiştir.

Sunumumu burada sona erdireceğim Hocam. Çok teşekkür ediyorum.

15 LAG Berlin-Brandenburg Urt. v. 4.4.2024 – 5 Sa 894/23.



Soru ve Cevaplar

Dr. Öğr. Üyesi Gülnihal Ahter Yakacak:

Sayın Hocam, biz çok teşekkür ederiz bu değerli sunumunuz için. Hem Yerel Mahkemenin hem Türk ve Alman Anayasa Mahkemelerinin, AİHM içtihatlarının çerçevesinde çok geniş bir sunum dinledik. İfade özgürlüğü tüm anayasalarda, AİHS’de düzenlenen önemli bir özgürlük. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin ifade özgürlüğüyle işçinin ifade özgürlüğü konularındaki verdiği kararlar arasında da temel bazı farklılıklar var. Buna ilişkin de siz de zaten ayrıntılı bir sunum yaptınız bize çok teşekkür ediyoruz.

Hocam bir soru var ama bu genel bir soru sanıyorum, “İşçinin diyor sosyal medyada işverenine hakaret içermeyecek şekilde eleştirmesi, ifade özgürlüğü kapsamında mıdır? Bu durum haklı nedenle derhal fesih nedeni oluşturur mu?” Aslında bazı kararların da bulunduğu açıklamaya çalıştınız ama bir şey söylemek ister misiniz?

Dr. Öğr. Üyesi Aybüke Karaca Yağcı:

Şöyle cevaplayayım, Hocam aslında Yargıtay içtihatlarına baktığımızda sosyal medya sunumunda vardı zaten ama konu çok geniş olduğu için yer veremedim, kısa geçmek durumunda kaldım. Aslında Yargıtay’ın içtihatlarına baktığımızda sosyal medya anlamındaki kararlarını daha geniş yorumladığını söylemek yanlış olmayacak. Yani ne demek istiyorum? Aslında sosyal medyadaki paylaşımlar açısından eğer ki hakaret niteliğinde olmayacaksa, ağır eleştiri ve kaba sözün daha geniş yorumlanabileceği söylüyor Yargıtay. Dolayısıyla burada şeref ve haysiyet kırıcı bir söz konusu değilse ve ağır eleştiri olarak kabul edebiliyorsak tabii ki bu bir haklı fesih sebebi olarak

kabul edemeyeceğimiz bir paylaşımdır. Somut olaya göre değerlendirme yapmak gerekir.

Dr. Öğr. Üyesi Gülnihal Ahter Yakacak:

Evet, özellikle sosyal medyada çok yayıldığında ve çok paylaşım aldığı anda galiba daha dikkat çekici oluyor. Bunda da işyerinin ya da şirket diyelim bunun itibarının çok ciddi zedelenmesi bu ifadeden kaynaklı buna ilişkin bir değerlendirmeleri var mı?

Dr. Öğr. Üyesi Aybüke Karaca Yağcı:

Aslında burada eğilimli işletme eğer ki mesela dünyaca ünlü bir şirkete, uluslararası düzeyde Türkiye’yi temsil eden bir şirket söz konusuysa, özel sektör olabilir ama tanınan, bilinen bir şirkete ve burada üst düzey bir işçinin ya da üst düzey olmasa bile bir işçinin paylaşımı sosyal medyada trend topik oluyorsa ya da işte bu işverenle bağlantı kuruluyorsa, daha doğrusu o Alman içtihadında gördüğümüz; işvereniyle bağlantı kurulabileceğini işçi de öngörüyorsa ve ön-görebiliyorsa ve bu bağlantı da kuruluyorsa o zaman bir fesih sebebi olarak karşımıza çıkar. Ama burada bile kullanılan ifadeleri ayrıca değerlendirmek kaydıyla haklı fesih ya da geçerli fesih olabileceğini düşünüyorum. Tabii somut olaya göre değerlendirme yapmamız gerektiğini de parantez içinde tutuyorum. Onu ayrıca belirtmek isterim.

Dr. Öğr. Üyesi Gülnihal Ahter Yakacak:

Yanlış hatırlamıyorsam zaten Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de tüm değerlendirmeleri yaparken her somut olayda her ifadeyi tek tek değerlendirerek bir sonuca varıyor.

Dr. Öğr. Üyesi Aybüke Karaca Yağcı:

Evet, anlamsal bütünlük kapsamında diyoruz esasında.

Kapanış

Dr. Öğr. Üyesi Gülnihal Ahter Yakacak:

Evet çok teşekkür ediyoruz Hocam, gerçekten çok güzel bir sunumdu. İşçinin ifade özgürlüğü konusunu neredeyse tüm yönleriyle ele alma fırsatı bulduk sayenizde. Söylemek istediğiniz bir şey var mı Hocam ben programı kapatmadan önce?

Dr. Öğr. Üyesi Aybüke Karaca Yağcı:

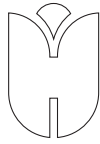
Çok teşekkürler. Dediğim gibi İbn Haldun Üniversitesi'ne, düzenleyen herkese, emeği geçen herkese ayrıca teşekkür ediyorum. Görüşmek üzere saygılarımı sunuyorum dinleyicilere de.

Dr. Öğr. Üyesi Gülnihal Ahter Yakacak:

Çok sağ olun Hocam. Değerli konuşmacımıza ve dinleyicilerimize, bu programa katkı sağlayanlara çok teşekkür ediyorum. Katılımınız ve katkılarınız için tekrar teşekkür ederim Hocam. Bir sonraki etkinliğimizde görüşmek üzere, hepinize iyi günler diliyorum.

Dr. Öğr. Üyesi Aybüke Karaca Yağcı:

İyi günler, görüşmek üzere.



İNSANA YAKIŞIR İŞ SERİSİ V:

**Türk Sosyal Sigortalar Sisteminde
Yaşlılık Aylığının Genel Esasları**

5 Kasım 2024

Moderatör: Prof. Dr. Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu

İbn Haldun Üniversitesi Hukuk Fakültesi

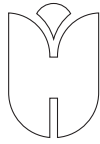
İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı

Konuşmacı: Doç. Dr. Orhan Ersun Civan

TOBB Ekonomi ve Teknoloji Hukuk Fakültesi

İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı





Açılış

Prof. Dr. Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu:

Sayın meslektaşlarım ve kıymetli izleyiciler, bugün İnsana Yakışır İş Serisi'nin beşincisinde "Türk Sosyal Sigortalar Sisteminde Yaşlılık Aylığının Genel Esasları" başlıklı webinarımızda sizlerle birlikte olmaktan büyük memnuniyet duyuyorum. Hepiniz hoş geldiniz.

Sosyal güvenlik bireylerin yaşam kalitesini arttıran, toplumun sosyal refahını güvence altına alan önemli bir sistem. İnsana yakışır iş kavramı bakımından da ILO tarafından belirlenen dört temel hedeften birini teşkil etmekte. Bu sistemin en kritik parçalarından biri de elbette ki yaşlılık aylığı. Yaşlılık aylığı, çalışma hayatını tamamlamış bireyler bakımından maddi bir güvence sağlamak ve onların toplum içerisinde bağımsız ve onurlu bir yaşam sürdürebilmelerinin koşullarından bir tanesini oluşturmaktadır. Ancak yaşlılık aylığının sağlanma şartları ve hesaplanması uygulanmasında karşılaşılan zorluklar bu konunun daha derinlemesine incelenmesini gerektiriyor. Konu bu yönüyle sıkça tartışmalara da yansımaktadır. Ülkemizde hatta sık sık gündeme gelen hususlardan bir tanesi. Bugünkü toplantımızda bu önemli konuyu kapsamlı bir şekilde ele almak için bir araya geldik ve konuğumuz TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi'nden Doç. Dr. Orhan Ersun Civan. Yaşlılık aylığının temel esaslarını kendisi bize aktaracak. Kendisi sosyal güvenlik hukuku alanında derin bir bilgi birikimine sahip. Yaşlılık aylığının hukuki boyutlarını ve uygulamadaki hesaplarını bizlere sunacak. Katılımınız ve katkılarınız için çok teşekkür ediyorum Ersun Hocam. Sizi ağırlamak ve dinlemek her zaman çok büyük bir zevk. Hemen sözü bırakmadan önce çok kısa şunu hatırlatacağım izleyicilerimize. Webinarımızın son kısmında da değerli

katılımcılarımızın katkıları ve sorularını alacağız. Konuyu böylece tüm yönleriyle ele almayı hedefliyoruz ve onların katkılarıyla daha geniş bir tartışma ortamına kavuşacağını düşünüyüyoruz. Eğer olursa sorular ben size dilermeniz sunumunuzdan sonra aktaracağım. Ŗimdi herkese verimli bir oturum diliyorum ve sözü Sayın Hocama bırakıyorum. Buyurun Hocam.

Türk Sosyal Sigortalar Sisteminde Yaşlılık Aylığının Genel Esasları

Doç. Dr. Orhan Ersun Civan*

Sayın Hocam teşekkür ediyorum. Aynı şekilde ben de sizi dinlemekten büyük bir zevk alıyorum. Şimdi Hocam ben izninizle bir slayt hazırlamıştım. Onu da bir paylaşmak istiyorum.

Dediğiniz gibi aslında Hocam sosyal güvenlik hukuku gerçekten çok önemli bir hukuk dalı. Çünkü geleceğe güvenle bakmamızı da sağlamaktadır. Bu bağlamda her bir sosyal risk için oluşturulan sigorta kolu önem taşıyor ama belki de en önemlilerinden birisi kaçınılmaz bir sosyal risk olan yaşlılık sigortası. Çünkü eninde sonunda hepimiz yaşlanacağız ve yaşlılık aylığı talebi söz konusu olacaktır. Ancak yasal düzenlemelere baktığımızda oldukça karışık bir sistemle karşılaşıyoruz. Bu yüzden sunumumu öncelikle dönemler açısından yaşlılık aylığına hak kazanma koşullarıyla başlamak istiyorum. Akabinde en son yeni çalışma biçimleri bakımından neler yapılabilir onunla ilgili de bazı çözüm önerilerini dile getireceğim. Tabii ki sayın katılımcılarımız eğer sorularıyla katkıda bulunurlarsa çok sevinirim. Çünkü her bir sunum aynı zamanda karşılıklı öğrenme imkânı da sağlıyor.

* TOBB Ekonomi ve Teknoloji Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

A) Dönemler İtibariyle YaŖlılık Aylığına Hak Kazanma KoŖulları

Ŗimdi bu bağlamda öncelikle Ŗunu vurgulamak istiyorum. Bizim sistemimiz esas olarak üç döneme ayrılmaktadır¹. Birinci dönemimiz, ilk defa sigortalılığı 08.09.1999 ve öncesinde baŖlayanlardır. İkinici dönem, 09.09.1999 ile 30.04.2008 arasında ilk defa sigortalı olanlar ve son dönemimiz -içinde bulunduğumuz dönem- 5510 sayılı Kanun dönemi, diğer bir deyiŖle 1 Mayıs 2008'den sonra ilk defa sigortalı olanlar.

1999 ncesi sigortalı olanlar halen gündemimizde, hatta çok yeni bir yasa deđiŖikliđimiz de mevcut. Öncelikle burada Ŗunu zet olarak belirtmek istiyorum, aslında kanun önceleri yaŖ koŖulu ngrmŖ olup, 2 tane temel seçenek içermektedir. Bunlardan ilki, kadınlarda 50 yaŖ, erkeklerde 55 yaŖın ve ayrıca en az 5.000 prim ödeme gün sayısının tamamlanmasıdır. Tabii bir de kısmi yaŖlılık aylığı alma imkânı var. Burada da yaŖ koŖulu n grlmŖ ama 15 yıl sigortalılık ve 3.600 prim ödeme gün sayısını tamamladığınız durumda da kısmi yaŖlılık aylığı alma imkânı devreye girmektedir.

Aslında bu vesileyle Ŗunu da hatırlatmak istiyorum, burada iŖ hukukuyla da bağlantı kurabiliriz. 15 yıl sigortalılık ve 3.600 günü biz kıdem tazminatına hak kazanma koŖulu olarak da biliyoruz². Dolayısıyla onun da temel dayanağı 506 sayılı Kanun'daki bu düzenlemedir. Yalnız daha sonradan 506 sayılı Kanun'da bir deđiŖiklik

1 Dönemlere göre yaŖlılık aylığına hak kazanma koŖulları hakkında detaylı bilgi için bkz.; Güzel, Ali-Okur, Ali Rıza-Caniklioğlu, NurŖen: Sosyal Güvenlik Hukuku, 20. Bası, İstanbul 2024, 548-565. Tuncay, A. Can-Ekmekçi, Ömer-Glver, Ender: Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri, 22. Bası, İstanbul 2023, 476-498. Szer, Ali Nazım: Türk Sosyal Sigortalar Hukuku, 4. Baskı, İstanbul 2019, 377-406.

2 YaŖlılık aylığına veya yaŖ koŖulu dıŖında diğer koŖulları sağlamayla iliŖkili olarak kıdem tazminatına hak kazanma konusunda bkz.; Süzek, Sarper-BaŖterzi, Süleyman: İŖ Hukuku, 24. Baskı, İstanbul 2024, 792-794, 798-901. elik, Nuri-Caniklioğlu, NurŖen-Canbolat, Talat-zkaraca, Ercüment: İŖ Hukuku Dersleri, 36. Baskı, İstanbul 2023, 711-715. Ekmekçi, Ömer-Yiğit, Esra: Bireysel İŖ Hukuku, 6. Baskı, İstanbul 2024, 873-878.

yapılmıştı ve yaş koşulu aranmaksızın da yaşlılık aylığına hak kazanılabilecek bir olanak sunulmuştu. Söz konusu seçenekte kadınlar da 20 yıl sigortalık süresi, erkeklerde 25 yıl sigortalık süresi ve 5.000 prim ödeme gün sayısını sağlanmasıyla da yaşlılık aylığına hak kazanabiliyordu. Bu ne demek? Kadınlar için 38 yaşında, erkekler için ise 43 yaşında yaşlılık aylığı alınabilmesi anlamına gelmektedir. Diğer bir deyişle 18 yaşında ilk defa sigortalı olduysanız çok erken yaşlarda yaşlılık aylığına hak kazanılabilmekteydi. Ancak bu seçenek Sosyal Güvenlik Kurumunun aktüeryal dengesini olumsuz yönde etkilediğinden 1999 yılında kanunda değişikliğe gidildi ve kademeli geçiş getirildi ki, bunu da sizlerle hem kadın sigortalılar hem erkek sigortalılar için slaytlarımda paylaştım. Şimdi tabii kademeli geçişle birlikte hem yaş koşulu arttırıldı, ilk defa sigortalı olduğunuz tarihe göre hem de prim ödeme gün sayısı yükseltildi. Ne zamana kadar? Geçtiğimiz yıl Mart 2023'e kadar. Mart 2023'te kabul edilen bir yasayla birlikte yaş koşulu tekrar kaldırıldı. Ama kimler için 8.9.1999 ve öncesinde ilk defa sigortalı olanlar bakımından. Yalnız burada şunu vurgulamak istiyorum, kaldırılan yaş koşulu, kademeli geçişteki prim ödeme gün sayıları aynen korunmaya devam etti. Bu düzenleme emeklilikte yaşa takılanlar olarak bilinmektedir. Burada özellikle söz konusu düzenlemenin yansıması üzerinde durulmalıdır. Sosyal güvenlik kurumunun resmi istatistiklerine³ baktığımızda pasif sigortalı sayımız, yani malullük aylığı, ölüm aylığı ve yaşlılık aylığı alan kişi sayısı 2022 yılında 13.900.000'dir. Bunların ise 9.000.499 yaşlılık aylığı almaktaymış. Emeklilikte yaşa takılanlarla ilgili yasal düzenleme kabul edilince pasif sigortalı sayısı 2.000.000 kişi artış gösteriyor. Bir yıllık süre içerisinde ve bu artış şu an yine devam etmektedir. Tabii bunun bize yol açmış olduğu olumsuz bir sonuç var aslında o da şu; yaşlılık aylığı açısından bu sistemin sürdürülebilirliği bakımından kullandığımız temel bir veri var. Aktif

3 Sosyal Güvenlik Kurumunun istatistikleri için bkz.; <https://www.sgk.gov.tr/Istatistik/Aylik/42919466-593f-4600-937d-1f95c9e252e6>

pasif oranı? Bu oran ne demek? Normalde yaşlılık aylığı sisteminin devam edebilmesi için en az 4 aktif çalışanın bir tane yaşlılık aylığı alan kişiye bakması hedeflenmektedir. Bizim daha önceden 1999 yılında yapmış olduğumuz yasa değişikliğiyle birlikte bu oran ikiye bire yükselmişti. Ancak emeklilikte yaşa takılanlarla birlikte tekrar 2.000.000 kişinin birden yaşlılık aylığı alması sonucunda aktif pasif oranı ilk etapta 1.66'ya, Ağustos 2024 verilerine göre ki -bu sunumu hazırlarken en son tekrar kontrol ettiğimde Ağustos verileri yayınlanmıştı- 1,59'a gerilemiş olduğunu görüyoruz. Bu itibarla aktüeryal dengeyle ilgili olumsuz bir gidişatın bulunduğu söylenebilir.

Ayrıca prim gelirlerinin yaşlılık aylığı ve sağlık harcamalarını karşılama oranlarıyla da ilgili versiyonu yine kurum verilerinden incelenebilir. Bu açıdan baktığımızda da şu an için henüz yaşlılık aylığına yönelik giderler, prim gelirlerini geçmedi. Aynı şekilde sağlık giderleri de geçmemiş durumdadır. Burada 2023 yılına baktığımızda genel olarak prim gelirlerinin yaşlılık aylığı ve sağlık harcamalarını karşılama oranı %76 oranına denk gelmektedir. Haziran 2024'te %69'a gerilemiştir. Ağustos 2024'te ise %76'ya tekrar çıkmıştır. Burada bir iniş çıkış olduğunu görüyoruz. Bu temelde ücret gelirlerinin artması ve prim gelirlerinin de artmasıyla ilk etapta ilişkilendiriliyor. Ancak enflasyonun düşmesi ve daha dengeli bir hale gelmesi sonucunda burada prim gelirlerinin yaşlılık aylığını karşılama oranlarında düşüş eğilimini sürdüreceği beklenebilir. Bu neye yol açıyor? Bizim yeni kaynaklar oluşturma ihtiyacı duymamıza sebebiyet vermektedir. Yeni kaynakları nasıl oluşturabiliriz? Basında son dönemde bunlarla ilgili çeşitli önerilerle karşılaşılıyor. Mesela, yaşlılık aylığı alıp çalışmakta olanlar için ilave genel sağlık sigortası primi alalım ya da sosyal güvenlik destek primini sadece işçi olarak çalışanlardan değil bağımsız çalışanlardan da alalım gibi çeşitli önerilerle karşılaşabiliyoruz.

Yaşlılık aylığına hak kazanma ile ilgili değindiğimiz ilk dönemi bırakacak olursak, ikinci döneme geçmek istiyorum. Hak kazanma

koşulları olarak ikinci dönemimiz 9.9.1999 ile 30 Nisan 2008 arasında sigortalılığı başlayanlardır. Burada da tabii yine üç tane temel sigortalılık statümüzle karşılaşırız. İşçi olarak çalışanlar, bağımsız çalışanlar ve kamu görevlisi olarak çalışanlar. İşçilerden hareketle şunu özetle belirtebiliriz, artık bu dönemde yaş koşulumuz var. Yaş koşulu olmayan bir seçenek kalmadı. O da nedir? Kadınlarda 58 yaş, erkeklerde 60 yaş ve işçilerde de 7.000 prim ödeme gün sayısını arıyoruz. Tabii burada şöyle bir mağduriyeti dile getirilmekte fayda vardır. Bir gün sonra işe girişi başlayanlar, diğer bir deyişle örneğin 09.09.1999'da sigortalı olanlar, bir gün önce işe girenlere kıyasla 17 yıl daha beklemek zorundadır. Bir gün önce işe girişimiz olsaydı, kadınlarda 38, erkeklerde 43 yaşında emekli olunabilecekti. Bir gün sonra işe girildiğinde kadınlarda 58, erkeklerde 60 yaşında emekli olunabilecektir. Bu nedenle şöyle talepler var, kademeli geçiş gelsin. Ancak az önce istatistikleri paylaştım. Aktüeryal denge üzerinde erken emekliliğin olumsuz etkileri olmaktadır. Sistemin sürdürülebilirliğini engellemektedir. Bu nedenle burada kanaatimce kademeli geçişin getirilmemesi gerekmektedir.

Son olarak üçüncü dönemi sizlerle birlikte paylaşmak istiyorum: 5510 sayılı Kanun dönemi. Burada da yaş koşulumuz tabii ki var. Prim ödeme gün sayısı işçiler de 7.200 güne çıkartıldı. Bağımsız çalışan ve kamu görevlilerinde zaten 9000 gündü ve korundu. Yalnız yaş koşulumuz kademeli olarak artacak. Kadınlarda 58, erkeklerde 60 olan bu yaş sınırı 2036 yılından itibaren 2 yılda bir yaş arttırılacak. 2048 yılına gelmiş olduğumuzda hem erkeklerde hem de kadınlarda 65 yaşında eşitlenmesi planlanıyor. Ancak yine bu konuda belki son dönemde basındaki gelişmeleri takip ettiyseniz bir çalışma olduğu söylenmekte ve emeklilik yaşınının 72 yaşına çıkartılmasının gündemde olduğunu ifade edilmektedir. Bu durum sadece ülkemiz özelinde değil aslında yabancı ülkelerde de söz konusudur. Zira insanların ortalama yaşam süresi artmaktadır.

B) 5510 Sayılı Kanun'da Kolaylaştırılmış Emeklilik İmkanları

Değnilmesi gereken diğler bir konu ise kolaylaştırılmış emeklilik seçenekleridir. Zira yaş koşulunun yükseltilmesi, prim ödeme gün sayısını arttırılması nedeniyle ağır koşullar var olup, ihtiyacı olan kişilerin gözetilmesi gerekmektedir. Bunlardan ilki engellilik durumuyla alakalı ve burada çeşitli ihtimaller var. Örneğin, sigortalının ilk defa çalışmaya başladığı tarihte en az %60 ve daha fazla iş göremezliği varsa veya iş göremezlik derecesi %40 ilâ %59 arasında ise farklı sigortalılık süreleri ve prim ödeme gün sayısı ile yaşlılık aylığına hak kazanmak olanaklı olmaktadır (5510 sayılı kanun md.28/3-4). Ancak burada şu hususu işaret etmek istiyorum, 2021 yılında kabul edilen Maluliyet ve Çalışma Gücü Kaybı Tespiti İşlemleri Yönetmeliği sonucu engellilik nedeniyle bu imkândan yararlanmak zorlaştırıldı. Mesela, diyelim ki kişilerin birden fazla hastalığı var. Eskiden “Balthazard Formülü” dediğimiz bir formülü uyguluyorduk ve ortalamasını esas alıp sizin engellilik oranınız yükselebiliyordu. Diyelim ki, kişinin hem şeker hastalığı var, hem psikolojik bir rahatsızlığı var. Bu durumda %60 veya %40 oranlarını yakalaması çok daha kolay oluyordu. Ancak çeşitli kötüye kullanımlar nedeniyle, yeni yönetmelikle bu imkân kaldırılmıştır (Yönetmelik md.5/4, md.6/2). İlgili hükümlerde, kişilerde birden fazla hastalık mevcut ise en ağır sekel bulgunun dikkate alınacağı düzenlendi. Ancak bu kanaatimce olumsuz bir durumdur. Bu imkanlardan yararlanmayı güçleştiriyor. Gerçekten kötüye kullanımlar olabilir. Bu gibi durumlarda kötüye kullananlara ciddi yaptırımlar uygulanması gerekir ama iyi niyetli kişileri de bu imkanlardan mahrum bırakmak, ne kadar doğru? Kanaatimce olması gereken kötüye kullanan kişilerin açısından ağır yaptırımların getirilmesidir.

Kolaylaştırılmış emeklilik seçeneklerinin diğler bir grubu ise maden işyerlerinde çalışan, erken yaşlanan sigortalılar ve en önemlilerinden biri sürekli bakıma muhtaç derecede ağır engelli çocuğu

bulunan kadın sigortalılar açısından getirilen hukuki olanaklardır (5510 sayılı kanun md.28/5-7). Son durum, diğer bir deyişle sürekli bakıma muhtaç derece ağır engelli çocuğu bulunan kadın sigortalılar ile ilgili olanı kanaatimce oldukça isabetli bir düzenlemedir. Söz konusu düzenlemenin getirmiş olduğu imkân şu; sürekli bakıma muhtaç derecede ağır engelli çocuğu olan kadın sigortalının prim ödeme gün sayısının dörtte biri toplam prim ödeme gün sayısını ekleniyor, eklenen süre kadar da yaş hadlerinden indirim gidiliyor. Ancak buradaki çekince şudur; sadece kadın sigortalılara sağlanmış olması isabetli değil. Diyelim ki bu nitelikteki çocuğu bulunan kadın sigortalı vefat etti. Baba bakıyor o zaman neden erkek sigortalıyı burada yararlandırmıyoruz? Yani buradaki düzenlemenin kapsamının genişletilmesi gerektiğini de düşündüğümü ve çeşitli ihtimallerin de dahil edilmesinin gerekli olduğunu belirtmek isterim.

C) Prim Ödeme Gün Sayısının Tamamlanmasına Olanak Sağlayan Hukuki Kurumlar

Yapılan açıklamalardan şu sonuca ulaşıyoruz, yaşlılık aylığına hak kazanabilmemiz için prim ödeme gün sayısı büyük bir önem taşıyor. Bu çerçevede prim ödeme gün sayısını tamamlarken bazı çeşitli imkanlar da getirilmiştir. Bunlardan birisi fiili hizmet süresi zammı (5510 sayılı kanun md.40). Fiili hizmet süresi zammını şu şekilde özetleyebiliriz, ağır ve yıpratıcı işlerde çalışıyorsanız ki, bunların hangi işler olduğunu kanun koyucu kendisi belirlemiştir, o zaman her çalıştığınız 360 günlük zaman dilimi için size ilave 60 gün, 90 gün ya da 180 gün eklenebiliyor. Ancak bunların eklenme sınırları, ne kadarının yaştan indirilebileceği, yaştan indirim imkanından yararlanabilmek için ilgili sektörde asgari çalışma süresi farklı bir şekilde düzenlenmiştir. Hatta halen kanunda söz konusu hususlarla ilgili yoruma ihtiyaç duyulan alanlar da vardır. Örneğin yer altında çalışan işçiler için yaştan indirim oranı eklenen prim ödeme gün sayısının tamamı

mı olacaktır, yoksa yarısı mı olacaktır? Sistem çok karmaşık. Kendi adıma şunu da belirtebilirim, ne zaman ben bu konuyu derste anlatacak olursam gerçekten güçlük çekiyorum öğrencilerimize aktarırken. Bu yüzden fiili hizmet süresi zammının yorumuna açık olmayacak şekilde ve daha kolay bir biçimde sadeleştirilmesi ihtiyacı duyulduğunu belirtmek isterim.

Diğer bir imkân da hizmet borçlanması olarak karşımıza çıkıyor. Burada da iki tür hizmet borçlanmamız var. Birisi yurt içi hizmet borçlanması (5510 sayılı kanun md.41), diğeri yurt dışı borçlanmadır (3201 sayılı kanun md.1 vd.). Yurt içi hizmet borçlanmasında en çok kullanılanlar; doğum borçlanması, askerlik borçlanması, biz hukukçular için avukatlık stajında geçen sürelerin borçlanmasıdır. Mevcut uygulamamız gereğince doğum borçlanması yapabilmesi için kadın sigortalıların doğum yapmadan önce çalışma hayatına girmiş olması zorunludur⁴. Yani ilk defa sigortalılığın başladığı tarihten sonraki doğumlar borçlanılabilir. Önce doğum yapılmış ve sonradan çalışmaya başlanmışsa, o zaman çalışmaya başlanılan süreden önceki doğumlar borçlanılamaz. Burada kıyaslama yapmak adına bir de yurt dışı borçlanmayı size kısaca aktarmak istiyorum. Yurt dışı borçlanmada çeşitli süreler öngörülmüştür. Yurt dışındaki çalışma sürelerimizi ya da belli bir sınır dahilinde işsizlik sürelerini borçlanabiliyoruz. Ayrıca yurt dışında 18 yaşından sonra ev kadını olarak geçirilen tüm süreler de borçlanılabiliyor. Burada evli olmanıza da gerek yok. Hiçbir çalışmamızın bulunmasına da ihtiyaç yoktur. Dolayısıyla ev kadını konumundaki kadın sigortalılar yurt dışında geçirdiği süreleri borçlanabiliyorken, yurt içindeki kadınlar için doğum borçlanmasında mutlaka sigortalı olmasını aramak hakkaniyete aykırılık oluşturmaktadır. Bu nedenle kanaatimce yurt içi hizmet borçlanmasında doğum borçlanmasında kolaylaştırmaya gitmek isabetli olacaktır.

4 Bu yöndeki çeşitli Yargıtay kararları için bkz.; Y10HD, 25.02.2010, 8312/2516, YHGK, 06.05.2015, 21-2124/1321, YHGK, 18.05.2011, 10-311/322, www.kazanci.com.

D) Yaşlılık Aylığının Hesabı ve Miktarı

Üzerinde durulması gereken diğer bir konuda yaşlılık aylığının hesabıyla ilgilidir. Çünkü özellikle son dönemde çeşitli haberlerle karşılaşmaktayız. Aslında yaşlılık aylığını hesaplanması oldukça basit. Ortalama aylık kazançlarımızı buluyoruz. Aylık bağlama oranıyla çarpıyoruz ancak aylık bağlama oranı 5510 sayılı kanun döneminde %2 olarak ön görülmüştür. Aylık bağlama oranının düşük olması, önceki dönemlere göre daha olumsuz bir düzenleme niteliğini taşımaktadır. Dolayısıyla 5510 sayılı kanun döneminde aylık bağlama oranını yükseltebilmemiz için çalışma hayatında daha fazla bulunmamız gerekmektedir. Kanaatimce burada şöyle bir teşvik olabilir; insanlar zorunlu prim ödeme gün sayısını tamamladıktan sonra prim ödemekten kaçınmaya çalışıyorlar. Halbuki bizim sistem içerisinde tutmamız lazım. Dolayısıyla zorunlu prim ödeme gün sayısından sonra aylık bağlama oranı belki teşvik anlamında arttırılabilir. 7200 günden sonra sistemde kalanlara %2 buçuk ya da %3 seçeneklerinin getirilmesi düşünülebilir.

Burada diğer bir sorumuz da şu, ortalama aylık kazancı nasıl bulacağız? İşte burada da kazançlarımızı güncelliyoruz. Diyelim ki benim ilk sigortalığım 2005 yılında başladı. Aylık talep ettiğim tarih 2040 yılı. 2005 yılındaki çalışmalarım, 2040 yılına kıyasla çok düşük kaldı. Enflasyon nedeniyle dönemler içerisinde artış oldu. O zaman ne yapmamız lazım? 2005 yılındaki çalışmalarını günümüze taşımamız gerekiyor. Nasıl? Güncelleme kat sayısı dediğimiz bir kat sayıyla günümüze taşıyoruz. Güncelleme kat sayısı 5510 sayılı kanun döneminde şu şekilde düzenlendi; gayri safi yurtiçi hasıla gelişme hızının %30'u dikkate alınacaktır (5510 sayılı kanun md.3/29). Ancak 5510 sayılı kanundan önce bu yüzde otuzluk oran %100'dü. Yani gelişme hızının tamamını güncelleme kat sayısına yansıtıyorduk. Ancak 5510 sayılı kanun döneminde gayri safi yurtiçi hasıla gelişme

hızının %30'unun dikkate alınmıŖ olması otomatik olarak aylık miktarını aŖađıya çekmiŖtir.

Bir de çok rastladığımız bir tartıŖma, içinde bulunduğumuz dönem için 2024 yılında yaŖlılık aylığı için talepte bulunanların, 2025 yılının ilk gününde yaŖlılık aylığı için talepte bulunanlara göre %30 daha fazla aylık alacağı hususudur. Burada temel nedenlerden birisi güncelleme kat sayısı ile ilişkilidir. Bunu Ŗu Ŗekilde açıklayabiliriz; eğer içinde bulunduğunuz yıl yaŖlılık aylığı artış oranı, gelişme hızı ve güncelleme kat sayısından daha yüksek ise o zaman içinde bulunduğunuz yıl yaŖlılık aylığı talep ederseniz aylık miktarı yüksek olmaktadır ama tam tersi bir durum olursa yani aylık artış oranları güncelleme kat sayısından düşük olur ise takip eden yıl yaŖlılık aylığına talepte bulunursanız daha yüksek bir miktara denk gelmektedir. Bu yeni bir durum değil. Hep yaŖanılmaktadır. Ancak enflasyondaki artışın fazla dalgalanmıŖ olması nedeniyle bu dönem fark olarak büyük bir oranla karşılaşıyoruz. Bu sorunu çözmek adına % 30'luk oranın az önce değindiğim üzere %100 olarak düzenlenmesi bir çözüm imkânı sunabilecektir.

Burada bir de aylık miktarlarını size özet olarak biraz yansıtmak istedim. Sosyal güvenlik kurumunun verilerinden hareketle, işçiler açısından en düşük yaŖlılık aylığı içinde bulunduğumuz dönemde 13.600-TL, en yüksek 26.127-TL, bağımsız çalışanlar için en düşük 12.200-TL, en yüksek 28.000-TL olarak çıkıyor ki, hem işçiler hem de bağımsız çalışanlarda rakamların aŖađı yukarı birbirine yakın olduğunu söyleyebilmemiz mümkündür. Kamu görevlilerine baktığımızda daha farklı bir tablo ile karşılaşıyoruz; en düşük 16.900-TL, en yüksek 70.000-TL'lik aylık miktarlarıyla karşılaşılabiliyoruz. Kamu görevlileri açısından deyim yerindeyse bu ayrıcalıklı durum, 5510 sayılı kanunun henüz kamu görevlilerine uygulanmamasından kaynaklanmaktadır. Çünkü 01.05.2008'den önce ilk defa sigortalı olan kamu görevlileri için hala bütün hükümleri ile 5434 sayılı emekli sandığı

kanuni hükümleri uygulanmaya devam ediyor (5510 sayılı kanun geçici md.4/4). Ancak burada şu çekince mi dile getirmek istiyorum; ilk defa 5510 sayılı kanuna tabi olan kamu görevlilerinde daha olumsuz bir tabloyla karşılaşacağız. Zira kamu görevlilerinin çoğu ödeme kalemi prime esas kazanca tabi değil. Yani son almış oldukları ücretin tamamı primi esas kazanca yansıtılmıyor. Diyelim ki, gerçek kazançları 60.000-TL ama haklarında bildirilen primi esas kazanç 30.000-TL olabilmektedir. Bu ne demek? İleride ilk defa 5510 sayılı kanuna tabi olan kamu görevlileri açısından çok daha düşük aylık miktarlarıyla karşılaşacağız. Belki az önce paylaştığım işçi ve bağımsız çalışan emeklilerinden daha olumsuz bir tablo söz konusu olabilecektir. Dolayısıyla şimdiden buna yönelik de önlemlerin alınması isabetli olacaktır.

E) Atipik İstihdam Biçimleri Kapsamında Çalışanlar Açısından Yaşlılık Aylığı Sisteminde Dikkate Alınabilecek Çözüm Önerileri

Atipik istihdam biçimleri giderek yaygınlaşıyor. Bu açıdan, kısmi süreli iş sözleşmesi, belirli süreli iş sözleşmesi, geçici iş ilişkisi, uzaktan çalışma önemli atipik istihdam biçimleri olarak karşımıza çıkmaktadır. Bununla birlikte özellikle iş hukuku camiasında en çok tartışılan konulardan birisi, son dönemde dijital platform tabanlı iş ilişkileri, yani uygulamalar üzerinden çalışan kişilerin hukuki statüsü ve sosyal haklarıdır⁵. Örneğin, yabancı ülkelerde de karşılaştığımız Uber taksi şoförlerinin konumu, bu bağlamda yargı kararlarına da yansdığından en çok ele alınan ve incelenen konulardan biri haline gelmiştir. Bu gibi durumlarda biz bu kişileri işçi sayacaksak,

5 Bu konuda daha fazla bilgi için bkz.; Baycık, Gaye-Civan, Orhan Ersun-Tolu Yılmaz, Hazal-Bosna, Berrin: Platform Çalışanlarını Yasal Güvenceye Kavuşturmak: Sorunlar ve Çözüm Önerileri, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2021/1, 742 vd. Yayvak Namlı, İrem: Dijital Çalışmada İşçinin Korunması: Çalışma Süreleri ile İş Sağlığı ve Güvenliği, İstanbul 2024, 64 vd. Tolu Yılmaz, Hazal: Dijital Platform Çalışanlarının Hukuki Statüsü, İstanbul 2023, 97 vd. Günbattı, Naime N.: Konum Tabanlı Dijital Platform Çalışanlarının Temel Hakları, Ankara 2023, 48 vd. Küçük, Doğukan: Türk İş Hukuku Bakımından Platform Çalışanları, Ankara 2023, 131 vd.

sosyal güvenlik sistemine nasıl dahil edeceğiz sorusuyla karŖılaŖıyo-
ruz. Bizim mevcut sosyal güvenlik sistemimiz tam süreli klasik a-
lıŖma biçimi dŖnerek organize edilmiŖtir. Bu nedenle atipik istih-
dam biçimlerini bir Ŗekilde uydurmamız ve sisteme dahil etmemiz
gerekmektedir. Mesela kısmi süreli çalıŖanlar için de halen tam gün
alıŖma üzerinden sigortalılıklarını kurguluyoruz ve ay içerisinde
belki 8 gün, 10 gün bildirimde bulunduğu bir sistemden hareket
ediyoruz. Ancak dijital platform tabanlı iŖ iliŖkisinde iŖi saydığımız
takdirde belki kiŖiler uygulamalar üzerinden günde bir saat alıŖı-
yorlar. Bu web tabanlı çalıŖma da olabilir. Her zaman konum taban-
lı çalıŖma olmak zorunda değil. Dolayısıyla kanaatimce burada saat-
lik bildirim sisteminin getirilmesi öncelikle dŖnlebilir. İkinci bir
ihtimal de primleri tahsil etmek için kaynağında kesinti sisteminin
getirilmesidir. alıŖan kiŖinin veya uygulamayı yöneten Ŗirketin he-
sabına yatırıldığı anda, banka tarafından otomatik olarak saatlik esas
zerinden prim kesilerek Sosyal Güvenlik Kurumu'na ilgili mebla-
ėın aktarılması dŖnlebilir.

Konu aslında çok daha detaylı ele alınabilecek olup, Ŗimdilik su-
numumu burada sonlandırıyorum. Dinlediğiniz ve ilginiz için sizle-
re çok teŖekkür ederim. Katılımcılarımızın da bir katkısı olursa çok
memnun olurum.

Soru ve Cevaplar

Prof. Dr. Yeliz Bozkurt Gmrkoğlu:

TeŖekkür ediyorum. Değerli Hocam güncel istatistik verilerle oldukça kapsamlı bir Ŗekilde konuyu ele aldınız. Sizin de ifade ettiğiniz üzere hepimiz için kaçınılmaz bir risk söz konusu ve karŖımızda da ciddi handikaplar var. Benim aslında msaadeniz olursa yönelmek istediğim birkaç soru olacak. Daha doğrusu grŖnz almak istediğim, grŖlerinizi amanızda yarar olduğunu dŖndđm bazı hususlar var.

Hocam, yaŖlılık aylığının miktarını belirleyen unsurlardan birinin aktif-pasif oranı olduğunu söylediniz. Aktardıklarınızdan anladığım kadarıyla, bugüne kadar yapılan deđiŖiklikler aktüeryal dengeyi daha da zorlaŖtırmıŖ veya aylık hesaplamalarını dŖrc yönde etki de bulunmuŖtur.

Sizce mevcut gidiŖat devam ederse, sistemin ödeyeceği yaŖlılık aylıkları üzerinde nasıl bir etkisi olur? Bu sistemin aynı Ŗekilde ilerleyeceğini mi dŖnyorsunuz, yoksa yeni bir deđiŖiklik gündeme gelir mi? YaŖlılık aylığına hak kazanma yaŖı örneğin 72'ye çıkabilir mi? Bu soruyu yalnızca fikrinizi merak ettiğim için soruyorum; elbette bu, kanun koyucunun takdirine bağlı bir konudur.

Doç. Dr. Orhan Ersun Civan:

Hocam çok teŖekkür ediyorum. Dediğiniz gibi Ŗimdi 2023 yılında yapmıŖ olduğumuz yasa deđiŖikliđi ile birlikte aslında dengeleri deđiŖtirdik. Tam toparlanmaya baŖlayan bir sistem vardı. Bu itibarla 72 yaŖ söz konusu bile değildi. Yasa deđiŖikliđinden önce hiç dile getirilmiyordu. Ancak Ŗimdi mecburen tekrar sistemi toparlayabilmek

adına çeşitli öneriler getiriliyor. Bu önerilerden birisi mecburen yaşın arttırılması olabilecektir. Bir de aktif pasif oranının düşmüş olması nedeniyle de aslında emekli aylıklarına, yaşlılık aylıklarına istediğimiz kadar artışı uygulayamıyoruz. Çünkü çok sayıda kişi sistemde var. Elimizde topladığımız belli bir gelir var. Bunu da paylaştırmamız lazım. Bütçeye çok fazla yük olmaması adına artış oranlarını sınırlamanız gerekiyor. Bu nedenle tabii ki insanların beklentisi çok çalıştık, erken emeklilik bizim hakkımız yönünde ama bir yandan da bu onların aslında hak ettiği emekli aylığına kavuşamamasına da yol açmış olabiliyor. Dolayısıyla kanaatimce bence burada hiçbir ödün vermeden en azından anlattığım ikinci ve üçüncü dönem açısından tam anlamıyla sistemi devreye sokabilmek ve yaş koşulunu uygulamak olduğunu düşünüyorum. Ancak yasa koyucu nasıl takdir eder, onu da öngöremiyoruz.

Prof. Dr. Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu

Çok teşekkür ederim sayın Hocam, aslında kısmen görüşünüzü açıklamış oldunuz. Ama ben yine sormak istiyorum, Hocam sosyal devletin en önemli görünümünden bir tanesi, açlık riskine karşı gerekli güvenceyi sağlamaktır. Biz primli sistemi benimsemiş bir ülkeyiz. Bir yandan hem prim ödüyoruz hem de kamunun kısmen de olsa destekleri söz konusu oluyor. Ama çoğunlukla sistemi primli çalışanlar finanse ediyorlar. Bu durum karşısında siz dediniz ki, bir günle yaş koşulunda çok büyük değişiklikler oluyor. Sigortalılar 17 yıl kadar daha fazla beklemek zorunda kalabiliyor. *Bu fark sizce Anayasaya uygun mu, ya da aktüeryal dengeyi korumak adına bir çalışan grubuna sadece bunu yüklememiz uygun mu?*

Doç. Dr. Orhan Ersun Civan

Hocam öncelikle belirtiyim ki, ben de yaşlılık aylığına hak kazanma açısından ikinci dönemdeyim. Diğer bir deyişle 09.09.1999 ile 30.04.2008 arasında sigortalı olanlardayım. Kademeli geçiş gibi,

bir düzenleme yapılırsa ben de bunun içinde olmuş olacağım. Mevcut haliyle kesinlikle savunulabilecek bir durum olduğunu da düşünmüyorum. Yani bir günle yaşlılık aylığına hak kazanma dönemi 17 yıl atabiliyor. Bu nedenle gerçekten orada bir kademelendirme ihtiyacı olduğunu öngördüğümü belirtiyim. Ama bunu yaparsak ilerleyen nesillere daha büyük bir yük bırakacağız. Yani bunu da istemiyorum. Bu nedenle kanaatimce olması gereken Mart 2023'teki yasa değişikliğinin yapılmamasıydı. Daha önceki kademeli geçiş sürecinin, kişileri mağdur etmeyen bir şekilde düzenlenmiş olduğunu düşünüyorum. Dolayısıyla her ne kadar içinde bulunsam da, yaşlılık aylığına hak kazanmada ikinci dönem bakımından kademeli geçişin gerçekleştirilmemesini umut ettiğimi ve mevcut sistemin katı bir şekilde uygulanması gerektiğini düşündüğümü belirtiyim.

Prof. Dr. Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu

Teşekkür ederim Hocam aslında benzer görüşleri ifade etmiştik ama bu düzenlemenin en nihayetinde yürürlüğe girmesi söz konusu oldu. Hocam sunumunuzda dikkatimi çeken hususlardan bir tanesi de, sürekli bakıma muhtaç çocuğu olan kadınlara sağlanan imkânın, aslında babalara da sağlanması gerektiğidir. Bu konuda sizce Anayasa Mahkemesine herhangi bir başvuru yapılmış mıdır bilmiyorum. Başvurulursa ne olur? Fikrinizi almak istedim. Burada eşitlik ilkesine aykırılık söz konusu mudur?

Doç. Dr. Orhan Ersun Civan

Hocam, gerçekten söylediğiniz gibi ben de herhangi bir bireysel başvuru kararına rastlamadım. Ama başvurulması ve eşitlik ilkesinin ihlal edildiği iddiasının ileri sürülmesinin mümkün olduğunu düşünüyorum. Özellikle annenin hayatını kaybettiği ve sürekli bakıma muhtaç derece çocuğa babanın bakmış olduğu bir ihtimalde babanın yararlandırılmaması, hakkaniyete aykırı bir durum da doğurmuş olacaktır. Bu nedenle ilk dereceye mahkemelerinde ya da yüksek

mahkemede, Yargıtay düzeyinde bir sonuca ulaşılamasa bile bireysel başvuru sonucu işletilirse Anayasa Mahkemesi'nden bir sonuç alınacağını düşünüyorum. Aslında mahkemeler bu konuyla ilgili somut norm denetimine de gidebilir. Böyle bir durumda kanundaki “kadın” ibaresini silmek bir çözüm olacak mıdır? O zamanda her iki ebeveynin de eş zamanlı yararlanması ihtimal devreye girebilir. Bu nedenle Anayasa Mahkemesi söz konusu ibareyi iptal etse bile, yeni bir düzenleme yapılması için süre tanıyabilir. Kanaatimce ilgili hukuki olanağın seçenekli bir şekilde kaleme alınması daha isabetli olacaktır.

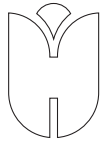
Prof. Dr. Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu

Çok teşekkür ederim Hocam. Bir sorum daha var. Sizi bulmuşken aklıma takılan konuyla ilgili ne varsa hepsini sormak istedim. *Yaşlılık aylığı sisteminin geleceği ile ilgili ne düşünüyorsunuz? Onu merak ettim. Çünkü siz de söylediniz aslında, tele çalışma, GİG ekonomisi, bağımsız çalışanların giderek artması, güvencesizliğin giderek artmasıyla karşı karşıyayız. Değişen de bir nüfus yapısı var. En nihayetinde sizin beklentiniz nedir?*

Doç. Dr. Orhan Ersun Civan

Sosyal güvenlik sistemine mümkün olduğu kadar çalışanları dahil etmemiz ve primlerin tahsilini kolaylaştıracak yöntem kurgulamamız isabetli olacaktır. Aslında insanların en büyük çekincelerinden birisi de mutlaka bir mali müşavirden yardım almak zorunda olup olmadıklarıdır? Dolayısıyla öncelikle sistemin basitleştirilmesi gerektiğini düşünüyorum. Mesela ev hizmetlerinde çalışanlar için bunun yapılmış olduğunu görüyoruz. Banka üzerinden bile kolay bir şekilde prim tahsili gerçekleştirilebiliyor. Öncelikle burada bir sadeleştirilmeye gidilmesi lazım. Aynı zamanda bir de yaşlılık aylığı hesabı sisteminde de değişikliğe gidilebilir. Aylık hesabı konusunda yeni formüllerin geliştirilmesi, hakkaniyete uygun bir yaşlılık aylığı almamızı da sağlayabilecektir. Bunlarla ilgili farklı çözüm önerileri de mevcut.

Yabancı ülkelerde kıyaslayarak mesela Alman sistemini öneren çeşitli önerilerle de karşılaşyoruz. Orada puan toplama esasının var olduğunu söyleyebiliriz. Ne kadar çok puan toplamış olursanız da o kadar yüksek yaşlılık aylığı alabiliyorsunuz. Tabii burada çok yüksek yaşlılık aylığı alınmasını da engellememiz lazım ki sosyal güvenlik kurumunun ağır yüklerle karşılaşmasını engellemek adına. Bunun için de Alman sisteminde bir de üst sınır getirilmiştir. Yani özetle şunu vurgulamak istiyorum, sadece kendi içimizde bir çözüm arayışına girmektense, dünyadaki farklı örnekleri kendi sistemimize uygun bir şekilde de uyarlamamız yerinde olacaktır. Atipik istihdam biçimlerini de burada kesinlikle gözden kaçırmamamız lazım. Çünkü gerçekten küreselleşmenin, teknolojik gelişmelerin etkisiyle çalışma biçimleri değişiyor. Uzaktan çalışmada mesela çok sayıda soru işareti var. Örneğin uzaktan çalışanları nasıl bildireceğiz? Belki işvereni yabancı ülkede ya da çalışan yabancı ülkede, onlarla ilgili bildirimleri nasıl yapacağız? Yabancı ülkedeki bir işverene, kişi ülkemiz sınırları içerisinde hizmet sunuluyorsa, yabancı ülkede mi sigortalı gösterilmeli? Dolayısıyla bunların da her birinin özel olarak düzenlenmesinin gerekli olduğunu düşünüyorum. Tabii çeşitli çözüm önerilerini konuşabiliriz. Özellikle uzaktan çalışma bağlamında belki kişilerin kendileri adına bildirimde bulunması, primlerini ödeme imkânı öngörülebilir ama bunların hepsinin ayrı bir tartışma ve çalışma konusu olduğunu da belirtiyim. Bu vesileyle ifade etmem gerekir ki, genellikle atipik çalışmada hep kısmi süreli çalışmayı düzenlemiştiz. Diğer çalışma biçimleri ne yazık ki eksik kalmış durumdadır.



Kapanış

Prof. Dr. Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu

Çok teşekkür ediyorum Sayın Hocam, sorularıyla çok yordum. Size bu güzel sunum için ve ricamızı kabul ettiğiniz için tekrar teşekkür ediyorum. Sizin de ifade ettiğiniz üzere konu oldukça önemli. Hepimiz için önemli bir riski çok kapsamlı bir şekilde ele aldınız ve aslında pek çoğumuzun konu hakkında aklımıza takılan soru işaretlerini sunumunuzda yanıtladınız. Kapanış öncesinde eklemek istediğiniz herhangi bir husus var mıdır, Kıymetli Hocam?

Doç. Dr. Orhan Ersun Civan

Öncelikle davetiniz için ben çok teşekkür ediyorum. Bir faydamız olduysa ne mutlu. Yaşlılık sigortası aktardığımız üzere hepimizi ilgilendiren bir konu ve tabii ki konuya sadece aktüeryal denge bakış açısıyla yaklaşmak doğru değil. Çünkü bir insan hakkı olarak aynı zamanda sosyal güvenlik hakkından da yararlanmış oluyoruz. Her ne kadar yasal düzenlemeleri aktarırken size ilk etapta aktüeryal dengeyi yansıtmışsam da, yanlış anlaşılması adına bunu vurgulamak istiyorum. Burada mutlaka bir denge kuracak şekilde sistem kurgulamamız gerekiyor. Bunu da göz ardı etmememiz gerektiğini bir kez daha bu vesileyle ifade edeyim.

Prof. Dr. Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu

Çok teşekkürler Hocam. Kapanış öncesinde bu toplantının organizasyonu ve insan haklarıyla iş hukukunun kesiştiği bir alanda insana yakışır iş kavramını ele aldıkları için UHAM'a ve değerli merkez

müdü rü Dr. Öğr. Üyesi Gülnihal Ahter Yakacak'a ve değerli kürsü arkadaşım, teknik destek sağlayan Arş. Gör. Abdülmecid Güldağı'na teşekkür ediyorum ve izleyicilerimize iyi günler diliyorum.

İNSANA YAKIŞIR İŞ SERİSİ VI:

İşçinin Unutulma Hakkı

21 Kasım 2024

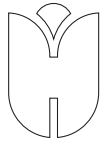
Moderatör: Prof. Dr. Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu

*İbn Haldun Üniversitesi Hukuk Fakültesi
İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı*

Konuşmacı: Prof. Dr. İştâr Urhanoglu

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





Açılış

Dr. Öğr. Üyesi Gülnihal Ahter Yakacak*

Değerli katılımcılar, İbn Haldun Üniversitesi Uluslararası Hukuk ve İnsan Hakları Uygulama ve Araştırma Merkezi tarafından düzenlenen İnsana Yakışır İş Serisi'nin altıncı etkinliğine hepiniz hoş geldiniz. Bugün burada önemli bir konuyu, çalışanların unutulma hakkını tartışmak için bir araya gelmiş bulunuyoruz. Etkinliğimizin moderatörlüğünü İbn Haldun Üniversitesi Hukuk Fakültesi Özel Hukuk Bölümü Başkanı ve İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi, aynı zamanda merkezimizin de danışma kurulunda yer alan Prof. Dr. Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu Hocamız yapacak. Bu serimizi de Hocamızın öncülüğünde hazırlamaktayız. Desteğiniz için çok teşekkür ederim Hocam. Konuşmacı olarak ise konuştuğumuz Prof. Dr. İştâar Urhanoglu. Hocamız Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim üyesi olarak çalışmakta. Kendisinin bu alanda çok sayıda ulusal ve uluslararası çalışması da mevcut. Davetimizi kırmayıp geldiği için kendisine çok teşekkür ederiz. Unutulma hakkı, 2014 tarihli Avrupa Birliği Adalet Divanı kararından beri hem yargı kararlarında hem de literatürde oldukça sık tartışılmaktadır. Bugün de Sayın Hocamız çalışanların unutulma hakkı konusunda bizlere çok değerli bilgiler verecek. Çok uzatmadan konuklarımıza ve dinleyicilerimize hoş geldiniz demek istiyorum. Sözü de Prof. Dr. Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu Hocama bırakıyorum. Buyurun Hocam.

* İbn Haldun Üniversitesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi Uluslararası Hukuk ve İnsan Hakları Merkezi Müdürü

Prof. Dr. Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu*

Çok teşekkür ederim Sayın Merkez Müdürü, Değerli Hocam ve bizleri YouTube üzerinden izleyen kıymetli meslektaşlarım. Öncelikle hepinizi saygıyla selamlıyorum. Değerli Merkez Müdürünün de belirttiği gibi bugün İnsana Yakışır İş Serisi'nin altuncusunu gerçekleştiriyoruz. Belirteyim ki bu kıymetli seride gerçekleştirilen toplantılar aynı zamanda kitap haline de getiriliyor. Bugün çağımızın en önemli hukuki ve etik meselelerinden biri olan işçinin unutulma hakkını tartışmak üzere bir araya geldik. Konu bildiğiniz üzere dijitalleşmenin hız kazandığı günümüzde birey hakları ile iş hukuku arasındaki dengenin yeniden ele alınmasını gerektiren hayati bir öneme sahip. Unutulma hakkı, bireyin kişisel verilerinin korunması ve gerektiğinde dijital dünyadan silinebilmesi hakkını ifade eden bir kavram. Ama işçi-işveren ilişkilerin çerçevesinde değerlendirilmesi oldukça yeni ve tartışmaya açık bir alan. Bugün bu etkinlikte bu hakkın hukuki boyutlarını ve uygulanabilirliğini İş Hukuku perspektifinden ele alacağız. İfade edeyim ki benim için de oldukça ilgi çekici bir alan. Bu etkinliği hazırlayan İbn Haldun Üniversitesi Uluslararası Hukuk ve İnsan Hakları Uygulama ve Araştırma Merkezi'ne ve Değerli Müdürüne teşekkür ediyorum. Etkinliğimizin iş hukukuna yeni bir anlayış geliştirme ve geleceğe ışık tutma yolunda da önemli bir adım olmasını diliyorum. Bugün bu alandaki değerli birikimlerini bizimle paylaşacak olan konuğumuz Hacettepe Üniversitesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Ana Bilim Dalı Başkanı Sayın Prof. Dr. İftar Urhanoglu. Kendisine şimdiden çok teşekkür ediyorum. Hocamı ağırlamak benim için çok kıymetli. Kendisi unutulma hakkının iş hukuku bağlamında nasıl şekillendirildiğini ulusal ve uluslararası çerçevede bizlere aktaracak. Belirteyim ki Kıymetli Hocamın bu alanda yayınlanmış bir eseri de var. Benim de ilk dikkatimi çeken eserlerden birisiydi.

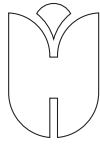
* İbn Haldun Üniversitesi Özel Hukuk Bölüm Başkanı, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

Kendisi bu alanda çok öncü. Sözü değerli Hocama bırakmadan önce kendisini kısaca takdim etmek istiyorum. Elbette kendisi iş hukuku camiasında çok tanıyor. Ama insan hakları ve iş hukukunun keşişiminde yer alan bir toplantıda olduğumuz için yine de kısaca takdim etmek istiyorum. Ayrıca siz değerli izleyicilerimize sunuma başlamadan önce şunu hatırlatmak istiyorum. Eğer sorularınız olursa YouTube üzerinden bize yönlendirebilirsiniz. Ben de Hocamın sunumu bittikten sonra tartışmalar kısmında Kıymetli Hocama yönlendiririm.

Kıymetli Hocam iş ve sosyal güvenlik hukuku alanında uzmanlaşmış, ulusal ve uluslararası pek çok akademik etkinlikte konuşmacı, düzenleme komitesi üyesi, düzenleyici olan Hocamızın çok sayıda kitap, makale ve kongre tebliğleri bulunmaktadır. Hocam hukuk lisansını Gazi Üniversitesi'nde tamamlamış, yüksek lisans ve doktora çalışmalarını da İş Hukuku alanında gerçekleştirmiştir. Akademik kariyerinde Fransa'daki prestijli kurumlarda misafir araştırmacı olarak bulunmuştur. Avrupa Birliği işçi koruma düzenlemeleri ve ulusal iş hukuku bağlamında çok sayıda çalışmaya imza atmıştır. İşçi hakları, toplumsal cinsiyet, veri koruma, iş hukukunda dijitalleşme gibi konularda da öncü çalışmaları var. Şimdi sözü Kıymetli Hocama bırakıyorum. Çok teşekkür ediyorum Hocam. Buyurunuz.

Prof. Dr. İştah Urhanoglu:

Yeliz Hocam teşekkür ederim. Öncelikle güzel sözleriniz için teşekkür ederim. Ayrıca böyle önemli bir serinin bir parçası olmaktan da çok mutluluk ve gurur duyuyorum. Davetiniz için de teşekkür ederim. Yine Merkez Müdürümüze de aynı şekilde. Bugün bir sunum var. Onu paylaşmak isterim.



İşçinin Unutulma Hakkı

Prof. Dr. İştar Urhanoglu*

Herkese merhaba öncelikle. Bugün sizlere işçinin unutulma hakkından bahsedeceğim, işçinin unutulma hakkı üzerine konuşacağız. Ana konuya geçmeden önce konumuza giriş mahiyetinde bazı genel hususlara değinmek istiyorum.

Kişisel veri, belirli veya belirlenebilir nitelikteki gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi olarak tanımlanmaktadır. Bu kapsamda, kişisel veriden bahsedebilmek için verinin ilk olarak *bir kişiye ilişkin olması*, ikinci olarak bu *kişinin belirli ya da belirlenebilir olması* gerekir. Üçüncü bir unsur olarak ise *ilgili kişi ile veri arasında bir bağlantı* bulunmalıdır. İş hukuku bakımından kişisel verinin özellikle bir tanımlı yapılmış değilse de buradan hareketle, işçiye ilişkin olan ya da onunla ilişkilendirilebilecek her çeşit bilginin, iş hukuku bakımından işçinin kişisel verisi olduğu kabul edilebilecektir. Bilginin bir işçi ile ilişkilendirilebilir olması ise, bir ya da daha fazla belge veya dosyadaki verilerin bir araya getirilmesinden hareketle işçinin kimliğinin tespit edilebilmesini ifade etmektedir.

Bu durumda bir kişinin kimliğine, fiziksel özelliklerine sağlığına, etnik kökenine, öğrenim ve iş durumuna, bireysel ve aile yaşantısına ilişkin bilgiler, kişisel düşünce ve inanç, siyasi ve sendikal faaliyetleri ve mahkûmiyet durumu gibi bilgileri kişisel veri olarak kabul edilmektedir. Bunlara ek olarak, işçinin özgeçmişi, parmak izi, görüntü

* Hacettepe Üniversitesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Başkanı

ve ses kaydı, işe başvuru formu, ücret bordrosu, performans değerlendirmeleri, şifreleri, sağlık muayenesi bilgileri gibi çok çeşitli verilerin kişisel veri olarak kabul edilebileceğini söylemek mümkündür. Tanımda da kullanılan “her türlü bilgi” ifadesinden de anlaşıldığı üzere bu verilerin kapsamı oldukça geniş tutulmuştur. Teknolojik gelişmeler karşısında kişisel verinin kapsamına girebilecek unsurların her geçen gün genişleyebileceği de açıktır.

Özel nitelikli kişisel veriler ise Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (KVKK) m. 6 uyarınca kişinin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik ve genetik verilerinden oluşan verilerdir. Bu veriler sınırlı sayıda düzenlenmiş olup kıyas yoluyla genişletilemez. Bu veriler, diğerlerinden farklı olarak kişinin ayrımcılığa uğramasına yol açabilecek hassasiyete sahiptirler.

Kişisel veriler, günümüzde gerek kamu gerekse de özel sektörde yaygın şekilde işlenmekte; kaydedilmekte, transfer edilmekte ve paylaşılmaktadır. Özellikle, iş ilişkisinde işverenin işçiden kendisine ilişkin talep ettiği bilgilerin çoğu işçiye ait birer kişisel veri niteliğindedir.

Kişisel verilerin işlenmesi KVKK m. 3’te “*Kişisel verilerin tamamen veya kısmen otomatik olan ya da herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yollarla elde edilmesi, kaydedilmesi, depolanması, muhafaza edilmesi, değiştirilmesi, yeniden düzenlenmesi, açıklanması, aktarılması, devralınması, elde edilebilir hâle getirilmesi, sınıflandırılması ya da kullanılmasının engellenmesi gibi veriler üzerinde gerçekleştirilen her türlü işlem*” olarak tanımlanmıştır. Bu tanıma göre, işveren tarafından işçiye ilişkin her türlü bilginin öğrenilmesi, bunların saklanması, aktarılması vb. bütün işlemler kişisel verilerin işlenmesi niteliğinde olacaktır.

Aynı hükme göre ilgili kişi, *kişisel verisi işlenen gerçek kişi* olarak tanımlanmıştır. İş ilişkisinde ilgili kişi işçidir. Yine aynı maddede veri sorumlusu, *kişisel verilerin işleme amaçlarını ve vasıtalarını belirleyen, veri kayıt sisteminin kurulmasından ve yönetilmesinden sorumlu olan gerçek veya tüzel kişi*, olarak ifade edilmiştir. Bu açıdan iş ilişkisinde veri sorumlusunun işveren olduğu açıktır. İşverenin gerçek kişi veya kamu ya da özel hukuk tüzel kişisi olması, bu sıfatı kazanması bakımından bir fark yaratmaz.

İş sözleşmesini diğer iş görme edimini içeren sözleşmelerden ayıran temel unsur bağımlılık unsurudur. İşçi, işverene hukuki ve ekonomik bir bağımlılık içerisinde ve onun karşısında daha zayıf bir konumda bulunmaktadır. Bu durum, işçiyi kişisel verilerinin güvenliği noktasında da temel haklarının ihlali tehlikesi ile karşı karşıya bırakmakta ve işveren karşısında korunmasını gerektirmektedir. İş ilişkisinde işçinin birçok verisi işverenin erişimine ve müdahalesine açıktır. İş sözleşmesinin kurulmasından sona ermesine kadar işçinin kişisel verileri ya kendisi tarafından açıklanmakta ya da işveren tarafından talep edilmektedir. İşçinin seçiminde, eğitiminde, terfi ettirilmesinde, iş sağlığı ve güvenliği sağlanmasında, müşteriyle olan iletişiminin kontrol edilmesinde ve benzeri amaçlarla işçilere ait kişisel veriler işlenmektedir. Günümüzde internet kullanımının iş ilişkilerinde de yaygınlaşmasıyla işçiyi bu alanda koruma ihtiyacının gideerek arttığını söylemek yanlış olmayacaktır.

İş Kanunu'nda işçilerin kişisel verilerinin korunmasına ilişkin olarak m. 75'te bulunan düzenlemeye 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 zorundadır. İşveren, işçi hakkında edindiği bilgileri dürüstlük kuralları ve hukuka uygun olarak*

kullanmak ve gizli kalmasında işçinin haklı çıkarı bulunan bilgileri açıklamamakla yükümlüdür.”

İşverenin, işçinin özlük dosyasında yer alan bilgileri açıklamama ve gizli tutma yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu da işverenin sır saklama yükümlülüğü altında değerlendirilebilecektir. İşverenin bu kapsamda işçinin kişisel verilerini koruması gerekir.

Buna ek olarak işverenin işçiyi koruma ve gözetme borcu bulunmaktadır. Bu borç kapsamında işverenin işçiyi kişisel ve ekonomik tüm tehlikelere karşı gözetmesi gerekir. İşverenin gözetme borcuna ilişkin düzenlemeler İş Kanunu, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu gibi çeşitli kanunlarda düzenlenmiştir. TBK m. 417 kapsamında *“İşveren, hizmet ilişkisinde işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek ve işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlamakla”* yükümlüdür. Ayrıca TBK m. 419 uyarınca *“İşveren, işçiye ait kişisel verileri, ancak işçinin işe yatkınlığıyla ilgili veya hizmet sözleşmesinin ifası için zorunlu olduğu ölçüde kullanabilir.”*

İşçinin kişisel verilerinin korunmasında TBK m. 419 ve İŞK. m. 75 temel dayanak teşkil etmektedir. Ayrıca bu koruma, işçinin kişilik hakkının bir parçası olarak işverenin gözetim ve koruma borcunun da kapsamında kabul edilebilecektir. Bu iki kanun maddesi ile kişisel verilerin işlenmesinde geçerli olan hukuka uygunluk nedenlerinin iş hukukundaki yansımaları da görülebilmektedir. TBK m. 419 işçinin kişisel verilerinin işlenmesini amaç unsuru ile sınırlamakta olup, bu amaca bağlılık ilkesinin karşılığını oluşturmaktadır. İŞK. m. 75 ile ise işçinin kişisel verilerinin işlenmesinde *“dürüstlük kurallarına ve hukuka uygun olma”* ve verilerin *“gizli kalmasında işçinin haklı çıkarı”* sınırları getirilmiştir.

İş hukukunda kişisel veri kavramı, işçinin özlük dosyasında veya bilgisayar ortamında kaydedilip saklanan, işçinin mesleki ve özel hayatını içeren, doğrudan veya dolaylı olarak işçiyi ilgilendiren tüm

bilgi, işaret veya notlar olarak tanımlanmaktadır. İşçiye ait kimlik bilgileri, adresi, mesleği, medeni durumu, doğum tarihi, tabiiyeti, mahkûmiyet durumu, siyasi ya da sendikal faaliyetleri, sağlık ve hastalık durumu, e-posta yazışmaları, dini, ırkı, etnik kökeni, cinsel eğilimi gibi bilgilerin tamamı işçinin korunması gereken kişisel verilerini oluşturmaktadır. Günümüzde çoğu işyeri ve işverenin artık sosyal medya hesapları ve internet siteleri bulunmaktadır. Bu sayfalarda çalışanların özgeçmişleri, fotoğrafları, eğitim bilgileri, iletişim bilgileri, geçmişleri, ilgi alanları ve benzeri bilgiler yer almaktadır. Yine benzer şekilde, işyerinde gerçekleştirilen seminerler, toplantı ve konferanslar gibi toplu etkinliklerde veya işçinin kişisel olarak çekilen fotoğrafları da buralarda yer alabilmektedir. Bu tür içeriklere bir avukatlık bürosunun internet sitesi veya sosyal medya hesabında rastlandığı gibi, üniversitelerin internet sayfalarında da rastlanabilmektedir. Bu içeriklerin de işçi açısından kişisel veri olarak kabul edilmesi gerekir. Bu gibi örneklerde, işçinin kişisel verileri sadece işveren tarafından depolanmamakta, aynı zamanda üçüncü kişilerle de paylaşılmaktadır.

İlerleyen bölümlerde detaylıca değinileceği üzere, işçinin kişisel verilerinin silinmesini talep etme hakkı bulunmaktadır. Bunlar gibi kamuya açık şekilde paylaşılan ya da kamuya açık olmaması gerekirken birlikte herkesçe ulaşılabilir hale gelen kişisel verileri bakımından da işçinin dijital platformlarda unutulma hakkının varlığından söz edebilmek gerekir. Zira işçinin işyerinden kötü şekilde ayrılmış olması nedeniyle internette bu işyeriyle ilişkilendirilmek istememesi veya eski işiyle kişisel hayatının ya da yeni işinin çatışması gibi menfaat çatışmaları nedeniyle verilerinin silinmesini talep edebilmelidir. Bu hakkın ne ölçüde kullanılabilir olduğu ise somut olaya göre değerlendirilmelidir.

Unutulma hakkı ve kişisel verilerin gerektiği ölçüde ve gerekli sürelerle depolanması hususları da esasen kişisel verilerin korunması hakkının temel noktasını oluşturmaktadır. Ancak bireylerin kişisel

verilerini sildirme hakkı her zaman beyaz bir sayfa açma ve yaşamını gemiŖinden bağımsız ve özgürce sürdürebilmesi açısından yeterli olamamaktadır. Her çeŖit verinin kayıt altına alındığı ve kolayca üçüncü kişiler arasında yayılabildiğı bir ortamda, bireyin verilerinin üçüncü kişilerin gözetiminden kurtulması noktasında unutulma hakkı gibi bir hakka olan ihtiyaç kendini göstermektedir. Unutulma hakkı, kişiye yaşamında “yeni bir başlangıç” yapma olanağı sağlamakta ve hayatının önceki aşamalarında yaptığı hatalar gibi kendisine ilişkin erişilebilir veriler nedeniyle engellenme tehlikesi yaŖayan sosyal ve ekonomik yaşamını tekrar Ŗekillendirme imkânı tanıyan, oldukça faydalı olarak nitelendirilebilecek bir haktır.

Zira herhangi bir kişinin, gemiŖte yaŖadığı iradi veya irade dıŖı olumsuz olayların ya da deėiŖtirdiğı fikir ve/veya yaşam tarzının sonuza dek dijital hafızada yer tutması ve isteyen herkesçe öğrenilebilmesi, kuŖkusuz ki kişilik hakkını, örneğin kişinin özel hayatını, Ŗeref ve haysiyetini, sosyal ve ekonomik özgürlüğünü, iktisadi varlığını ve geleceğini önemli ölçüde etkileyecektir. Örneğin eğitimini yeni tamamlamıŖ ve iş arayan bir gencin gemiŖte sosyal medyada alkollü Ŗekilde paylaŖtığı bir fotoğraf nedeniyle iş görüşmesinde işveren tarafından işe kabul edilmemesi veya benzer Ŗekilde bir öğretmenin paylaŖtığı fotoğraf nedeniyle okul yönetimince işine son verilmesi bu duruma verilebilecek örneklerdendir. Unutulma hakkı bu noktada kişiye kendi maddi ve manevi varlığını geliştirme ve hayatına yön verebilme imkânı tanıyan bir hak olarak karŖımıza çıkar.

Genel olarak kabul gören yaklaŖıma göre unutulma hakkı, kişinin kendisine ait verilerin dijital ortamdan kaldırılmasını talep edebilme hakkı olarak tanımlanmaktadır. Öğretide yapılan tanımlara bakıldığında, unutulma hakkının genellikle internet ve dijital mecralar kapsamında incelendiğı görölmektedir. Bu hak her ne kadar internet çağının bilgiye erişimi çok kolay ve hızlı hale getirmesi nedeniyle ortaya atılmıŖ ve günümüzde giderek daha fazla tartıŖmada kendine yer

bulmuşsa da unutulma hakkının özellikleri ve insan haklarıyla olan yakın ilişkisi düşünüldüğünde, sadece dijital mecralarla sınırlanması oldukça kısıtlayıcı olacaktır. Kişisel verilerinin kontrolsüzce yayılması, kişinin temel hak ve özgürlüklerini (örneğin insanca yaşama hakkı, insan onuru, kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı) doğrudan etkilemektedir. Kişinin unutulma hakkındaki menfaati, geçmişte yaşadığı bir olay ya da gösterdiği bir davranış gibi geçmişe ilişkin kişisel bilgilerini kapsayan içeriklerin, daha üstün bir menfaatin bulunmaması halinde diğer kişilerce sürekli erişilebilir olmasının önüne geçmektir. Bu kapsamda unutulma hakkı kişinin maddi ve manevi bütünlüğünün korunması ve kişiliğini özgürce geliştirebilmesi haklarına da ilişkindir. Dolayısıyla bu hak, kişilik hakkının bir görünümü olarak karşımıza çıkmaktadır. Sonuç olarak, kişilere ilişkin olarak kamunun kolayca ulaşabileceği yerde tutulan yazılı, görsel ve işitsel medyada yer alan kişisel verileri üzerinde de unutulma hakkının bulunduğunu kabul etmek daha uygun olacaktır.

Bu kapsamda unutulma hakkı, kişinin geçmişte hukuka uygun şekilde yayılmış ve doğru olan kişisel verilerinin zaman içerisinde erişimden kaldırılmasını ya da gündeme getirilmemesini talep etme hakkı olarak da tanımlanabilecektir. Hakkın kapsamına ise, özellikle geçmişe ilişkin ve üçüncü kişilerin hakimiyetinde bulunan, kişisel veriler girmektedir. Burada kişisel veri, önceden de değinildiği üzere, belirli yahut belirlenebilir bir kişiye ait her türlü bilgiyi ifade etmektedir.

Tanımlardan anlaşıldığı üzere, hakkın bilgi ve zaman olmak üzere iki unsuru bulunmaktadır. Hakkın konusunu oluşturan bilgi, başlangıçta doğru olan ve yayılmasında sakınca bulunmayan bir bilgidir. Zaman unsuru ise, bilginin zamanla güncelliğini veya toplumsal ilgiyi kaybetmesi gibi, bilginin değişikliğe uğramasını ifade etmektedir.

Unutulma hakkı uluslararası literatürde unutulma hakkı genel olarak, “*right to oblivion*”, “*right to be forgotten*”, “*das Recht auf Vergessenwerden*” tabirleriyle kendine yer bulmaktadır. Ancak unutulma

hakkının neye tekabül ettiği noktasında literatürde ve yargı kararlarında bir belirsizlik olduğu görülmektedir. “Silme hakkı” (*right to erasure*), “unutma hakkı” (*right to oblivion*) veya “dizinden çıkarma hakkı” (*right to delisting*) gibi değişik kavramların da bazen birbirleri yerine bazense kavramın içerisindeki yaklaşım farklılıklarını vurgulamak için kullanılmaktadır. Bunlara ek olarak “referanstan çıkarma hakkı” (*right to de-referencing*) veya “bilinmezlik hakkı” (*right to obscurity*) gibi kavramlar da bulunmaktadır.

Zira AB Genel Veri Koruma Tüzüğü’nün konuya ilişkin düzenleme getiren 17. maddesinde, “sildirme hakkı” başlığının yanında “unutulma hakkı”na parantez içinde yer verilmiş olması da bu iki kavramın birbirini karşılayıp karşılamadığı sorusunu akla getirmektedir. İlerleyen bölümlerde daha detaylı ele alınacak olan ABAD’ın *Google Spain* kararında da “*kişilerin bilgilerine ilişkin bağlantıların arama sonuç listesinden kaldırılması/çıkartılması gerektiği*” yönünde hüküm kurulmuş; ayrıca ABAD, bir sonraki kararında “referanstan çıkarma hakkı” kavramını kullanmıştır.

Görülmektedir ki, unutulma hakkının tek bir yönü bulunmaması ve bu hak açıklanırken çeşitli terimler kullanılabilir. Bu kavramların her birinin unutulma hakkının bir görünümünü oluşturduğu ve unutulma hakkının bu kavramlar üzerinde bir çatı oluşturduğunu söylemek mümkündür. Çalışmanın kapsamı açısından ise özellikle “silinme hakkı” ile unutulma hakkı arasında bağlantı kurulacaktır.

Kişilerin kişisel verileri üzerindeki hakimiyetinin sağlanması ilkesinden hareketle, kişisel verilerin korunmasına ilişkin düzenlemelerin çoğunda kişisel verilerin silinmesine yönelik düzenlemeler de yer almaktadır. Türk hukukunda KVKK m. 7 ve GDPR m. 17 bu yönde düzenlemelerdir. KVKK m. 7 uyarınca “*Bu Kanun ve ilgili diğer kanun hükümlerine uygun olarak işlenmiş olmasına rağmen, işlenmesini gerektiren sebeplerin ortadan kalkması hâlinde kişisel veriler resen veya ilgili kişinin talebi üzerine veri sorumlusu tarafından silinir, yok*

edilir veya anonim hâle getirilir.” GDPR m. 17’ye göre ise belirli şartların gerçekleşmesi halinde kişi, gecikmeksizin kişisel verilerinin silinmesini talep etme hakkına sahiptir. Aynı maddenin başlığının hem silinme hem unutulma hakkını içeriyor olması da bu hakların birbiriyle ilişkisini gösterir niteliktedir. Bu yönüyle unutulma hakkının “silinme hakkı” olarak adlandırıldığı da görülmektedir. Unutulma hakkının gündeme getirilmesinde önem arz eden Viviane Reding’in 2012 tarihli konuşmasında unutulma hakkı, kişisel verileri sildirme hakkı ile paralel tanımlanarak, meşru bir sebebin olmadığı durumlarda işlenmiş verilerin ortadan kaldırılması olarak nitelendirilmiştir.

Öğretide de unutulma hakkını silinme hakkı ile paralel tanımlayan görüşler bulunmaktadır. Bunlardan birine göre unutulma hakkı, kullanım amacı artık ortadan kalkmış, zaman içinde yeterliliğini yitirmiş ya da saklanması daha sakıncalı olan verilerin silinmesidir. Diğer bir görüşe göre de kişiler verileri üzerinde sahip oldukları kontrol gereği üçüncü kişilerden verilerinin silinmesini talep edebilmekte, bu kapsamda unutulma hakkı sildirme hakkının üst kavramını oluşturmaktadır.

Sonuç olarak, unutulma hakkı yalnızca sildirme hakkına indirgenemeyecek olsa da bu kavram onun bir uzantısını oluşturmaktadır. Bu nedenle işçinin dijital veya basılı/görsel/işitsel ortamlarda yer alan her çeşit kişisel verisinin silinmesi, anonim hale getirilmesi, yok edilmesi gibi taleplerinin hepsinin unutulma hakkı kapsamında değerlendirilebileceği kanaatindeyiz.

Son olarak değinilmesi gereken diğer bir husus ise unutulma hakkının özünde diğer temel bazı haklarla çatışıyor oluşudur. Bu çatışma en fazla bilgi edinme hakkı, ifade özgürlüğü ve basın özgürlüğü kapsamında meydana gelebilir niteliktedir. Dolayısıyla hakkın değerlendirilmesi yapılırken “orantılılık” ilkesinin gözetilmesi gerekmektedir.

KiŖinin kendi verileri hakkında karar verebilmesi (*enformasyonel self-determinasyon*) konusunu tartıŖan ve kiŖisel verilerin korunması hususunda temel alınan bir karar olarak Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin 15 Aralık 1983 tarihinde verdiği "Nüfus Sayımı Kararı" bu alanda bir mihenk taŖı olmuŖtur. Bu kararın verildiği dönemde henüz kiŖisel verilerin korunmasıyla ilgili özel düzenlemeler bulunmamaktaydı. Bu nedenle kararda hakkın, özel hayatın gizliliğinin korunması ile insan onuru ve kiŖiliđin serbestçe geliŖtirilmesi haklarına dayandırıldığı görölmektedir. Unutulma hakkı bakımından önem taŖıyan husus ise bu karar ile "bilgilerin geleceğini belirleme hakkı"nın (*Informationelle Selbst-bestimmung*) tanımlanmıŖ olmasıdır.

2010 yılında Fransa'da unutulma hakkına (*droit à l'oubli*) dair ilk yasal düzenleme çalıŖmaları gerçekteŖmiŖtir. Uluslararası alanda ise, ilk metninde unutulma hakkına iliŖkin düzenleme yer almayan 95/46/EC sayılı Direktif'te deđiŖiklik yapılmasını öngören 25 Ocak 2012 tarihli deđiŖiklik teklifinde "right to be forgotten and erasure" (unutulma ve silinme hakkı) baŖlıklı bir madde ile unutulma hakkı düzenlenmiŖti. Ancak bu deđiŖiklik teklifi yürürlüğe girmeden önce Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın 2014 yılında verdiği karar ile unutulma hakkı hukuki zemine kavuŖmuŖtur.

Unutulma hakkı, ilk kez AB nezdinde tartıŖılmıŖ ve düzenlemelere konu olmuŖtur. İlk kez 2012 yılında Avrupa Komisyonu üyesi Viviane Reading'in açıklamalarıyla gündeme gelen unutulma hakkı, 2014 yılında Avrupa Birliği Adalet Divanı tarafından verilen bir karara konu olmuŖ ve Genel Veri Koruma Tüzüğu'nün 17. maddesi ile düzenlemeye kavuŖarak 2018'de yürürlüğe girmiŖtir.

Türk hukukunda unutulma hakkına iliŖkin açık bir düzenleme henüz bulunmamaktadır. ABAD'ın Google İŖpanya kararında da KiŖisel Verilerin İŖlenmesi ve Bu Tür Verilerin Serbest DolaŖımına Dair Bireylerin Korunması Direktifi'nin kiŖisel verilerin dolaŖımı paylaŖımı ve kiŖilerin kendi verileri üzerindeki hakimiyetini düzenleyen

maddelerine atıfta bulunuş; AB üye devletlerini veri sorumluları olarak kabul etmiştir. Bu kapsamda, coğrafi olarak değerlendirilecek olursa bu karar Türkiye için herhangi bir bağlayıcılık teşkil etmemektedir. Bununla birlikte henüz sınırları net çizilmemiş ve tartışmalı olan bu kavramın hukukumuz açısından benimsenmesinde bu gibi karar ve düzenlemelerin de göz önünde bulundurulması gerekmektedir.

Kişisel verilerin korunması, unutulma ve silinme hakkı gibi haklar açısından en temel ve çatı düzenlemeler Anayasa'nın "maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkı" başlıklı 17. maddesi ile "özel hayatın gizliliği" ve "kişisel verilerin korunmasını isteme" hakkını düzenleyen 20. maddesidir. Bu madde kapsamında kişiye kişisel verilerinin "silinmesini talep edebilme" hakkı da tanınmıştır.

Unutulma hakkına ilişkin mevzuatımızda açık bir düzenleme olmasa da kavram, yargı içtihatlarıyla hukukumuzda dahil olmuştur. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 2014/4-56 E., 2015/1679 K., 17.06.2015 tarihli kararı unutulma hakkına yönelik hukukumuzdaki ilk karar olmuştur. Somut olayda, davacı cinsel saldırı suçunun mağdurudur ve olay hakkında yargılama sonuçlandıktan sonra karar metni mağdur ve sanığın ismi gizlenmeden bir kitapta yayınlanmıştır. Yargıtay, davacının rızası dışında bir kitapta geçen ismi kişisel veri olarak değerlendirmiş ve üstün bir kamu yararını ortaya koyan özel sebepler bulunmadığına göre bilimsel esere alınan kararda kişisel veriler açık bir şekilde yer almaması gerektiğine hükmetmiştir. Bu kapsamda ayrıca kararda; unutulma hakkı her ne kadar dijital veriler için düzenlenmişse de hakkın özellikleri ve bu hakkın insan haklarıyla arasındaki ilişkisi dikkate alındığında; yalnızca dijital ortamdaki veriler için değil, kamunun kolayca ulaşabileceği yerde tutulan kişisel verilere yönelik olarak da kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir.

Bir başka önemli karar ise 3 Mart 2016 tarihli AYM'nin bireysel başvuru kapsamında verdiği N.B.B Kararıdır. Bu kararda AYM, ABAD kararını doğrudan unutulma hakkıyla ilişkilendirmiştir.

Mahkeme kararında, bir haberin uzun süredir kolayca ulaŖılabılır olması nedeniyle kiŖinin Ŗeref ve itibarını zedeleyen bir hâle dnŖmesi durumunda; unutulma hakkının amacının, internetin yaygınlaŖması ve sağladığı imkânlar nedeniyle ifade ve basın özgürlükleri ile kiŖilerin manevi varlığının geliŖtirilmesi hakkı arasında gerekli hassas dengeyi kurulmasını sağlamak olduğuna hkmedilmiŖtir. Ayrıca unutulma hakkının uygulanmasında; haberlerin silinmesi, anonim hale getirilmesi veya haber içeriklerinin bir kısmına eriŖim engeli getirilmesi gibi çeŖitli yöntemler ileri srlmŖtir.

Unutulma hakkı, KiŖisel Verileri Koruma Kurumu kararlarına da konu olmaktadır.

İŖiye iliŖkin verilerin iŖlenmesine iŖe alım aŖamasında da devam edilmektedir. Bu aŖamada iŖi adayı kendiliğinden ve de sorulan sorular üzerine kendisine iliŖkin çeŖitli verileri; örneğin eğitim, gemiŖ çalıŖma hayatı ve iletiŖim bilgileri, iŖverenle paylaŖmakta ve bu veriler iŖverence iŖlenmektedir. İleride daha detaylıca ele alınacağı üzere, iŖi adayının iŖe alınmaması halinde bu verilerin derhal silinmesi gerekecektir. İŖçinin sonraki istihdam olanakları için bir “havuz” sisteminde tutulmasında menfaati olsa bile bunun hukuka uygun olması için açık rızaya gereksinim bulunmaktadır.

İŖçinin iŖe alınmasıyla beraber, artık çalıŖma süresi içerisinde verilerinin iŖlenmesi aŖamasına geçilmektedir. Bu aŖamada iŖiye ait, çalıŖma saatleri, günleri, parmak izi, kamera kayıtları vb. kapsamı oldukça geniŖletilebilecek ölçüde veri iŖverence kayıt altına alınmaktadır. İŖiye ait bazı verilerin, fotoğraf ve zgemiŖ gibi, iŖverene ait dijital ortamlarda üçüncü kiŖilerle paylaŖılıyor olması ya da iŖiye bir e-posta tahsis edilmiŖ olması gibi durumlarda da yine kiŖisel veriler ve unutulma hakkının değerlendirilmesinin yapılması gerekir. İŖ iliŖkisi devam ederken de verilerin iŖlenmesini gerektiren sebeplerin ortadan kalkması halinde verilerin silinmesi talep edilebilmelidir.

İş ilişkisinin sona ermesiyle birlikte ise hangi verilerin ne zaman yok edilmesi gerektiği sorusu akla gelecektir. Bu kapsamda iş görüşmeleri, iş sözleşmesinin devamı ve sona ermesi halinde verilerin durumu bir sonraki bölümde detaylı şekilde mevzuat kapsamında açıklanmıştır. Ayrıca unutulma hakkının bir görünümü olan silinme hakkı da bu kapsamda değerlendirilerek ve unutulma hakkının yalnızca dijital ortama indirgenemeyeceği kabulü ile hareket edilmiştir.

İşçinin unutulma hakkına ilişkin yargı kararlarına ise henüz rastlanmamıştır. Bu kapsamda ileride ortaya çıkabilecek uyumsuzlukların giderilebilmesi açısından işçinin kişisel verilerinin korunması kapsamında hem dijital hem de dijital olmayan mecralarda işçiye ait verilerin ne kadar süre ile saklanabileceğinin ve ne durumlarda işçi tarafından silinmesinin talep edilebileceği yönünde düzenlemeler getirilmesi faydalı olacaktır. Zira işçi, iş ilişkisi içerisindeki konumu gereğince kişisel verilerinin güvenliği bakımından da özellikle korunmalıdır.

İşçinin KVKK m. 7 ile öngörölmüş koşullar çerçevesinde kişisel verilerinin silinmesini ya da yok edilmesini isteme hakkı bulunmaktadır. Söz konusu şartlar ise genel olarak verilerin işlenmesini gerektiren sebeplerin ortadan kalkmasına ilişkindir. Kanun ile hem veri sorumlusuna kendiliğinden harekete geçme sorumluluğu yüklenmekte hem de ilgili kişinin talebi üzerine silinme işlemine olanak tanınmaktadır.

Öncelikle, Kişisel Verilerin Silinmesi, Yok Edilmesi ve Anonim Hale Getirilmesi Hakkında Yönetmelik'e bakıldığında bazı veri sorumlularının kişisel verileri saklamak ve zamanı geldiğinde imha etmek üzere bir politika oluşturmakla yükümlü tutuldukları görölmektedir. Bu kapsama dahil olan işverenlerin de bir imha politikası oluşturması ve aynı zamanda bu politikayı hayata geçirmesi gerekecektir.

İş ilişkisinde, bu ilişkinin yapısı gereği işçiye ait birçok kişisel veri işveren tarafından işlenmekte ve saklanmaktadır. Kişisel verilerin işlenmesi ve saklanmasıdaki temel ilkelerden birini KVKK m. 4/2

uyarınca “İlgili mevzuatta öngörölen veya işlendikleri amaç için gerekli olan süre kadar muhafaza edilme” teşkil eder. Mevzuatta öngörölen düzenlemeler haricinde “işlendikleri amaç için gerekli olan süre” unsuru ön plana çıkmakta ve bu kavramın somut duruma ve iş ilişkisinin aşamalarına göre önem arz etmektedir.

İş görüşmesinin ardından kendisiyle iş ilişkisi kurulmayan işçi adayının verilerinin kural olarak işveren tarafından silinmesi, yok edilmesi veya anonim hale getirilmesi gerekir. Başvuru süresinden sonra herhangi bir iş ilişkisinin kurulmaması halinde işçi adayının verilerinin saklanması yalnızca başvuru sürecinden kaynaklanan hukuki taleplerin zamanaşımı süresi için mümkündür. İşçinin verilerinin daha uzun süre saklanabilmesi için kural olarak başvuru sahibinin rızası gerekir.

İş ilişkisinin kurulması halinde, verilerin işlenmesinde artık “iş ilişkisinin devamı süresince gerekli olma” ölçütü esas alınmalıdır. Bu durumda işçiye ait başvuru sürecinde toplanan verilerin hangilerinin istihdam ilişkisinde gerekli olduğu tespit edilmeli ve istihdam ilişkisine ilişkin amaçlara ulaşmak için gerekli olmayan veriler derhal silinmelidir. İş sözleşmesi ile çalışmaya başlayan işçi, bu kapsamda işlenecek olan veriler hakkında detaylı bir şekilde bilgilendirilmelidir.

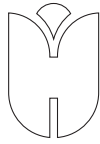
İş sözleşmesinin sona ermesi halinde de verilerin saklanma amacının ortadan kalktığı veriler açısından imha gecikmeksizin gerçekleştirilmelidir. Ancak bazı verilerin saklanmasında işverenin bu süreler içerisinde işçiden gelebilecek olan talepler sebebiyle menfaati vardır. Bu nedenle işverenin her silme talebini karşılama zorunluluğu bulunmamaktadır. Burada kullanılabilir bir ölçüt olarak ise zamanaşımı süreleri ileri sürölmektedir. Bununla birlikte çeşitli verilerin farklı zamanaşımına tabi olması, özellikle de bu verilerin bir arada saklandığı durumlarda, karışıklıklara yol açabilecek niteliktedir. Bu nedenle işçinin iş sözleşmesinin sona ermesinden itibaren başlayacak

bir zamanaşımı süresinin veri imha politikası veya sözleşme ile belirlenmesi belirsizliği ortadan kaldıracaktır.

Son olarak, kişisel veriler her zaman veriyi toplayan kişinin elinde kalmamakta ve özellikle de internet ortamında yayılabilmekte, üçüncü kişilerin erişimine açık hale gelebilmektedir. Buna ilişkin olarak Kanun, işçiye yalnızca veri sorumlusuna karşı ileri sürebileceği kişisel verilerin ortadan kaldırılmasını talep hakkının yanı sıra, bu talebin üçüncü kişilere de bildirilmesini isteme imkânı tanımıştır. Talebin üçüncü kişilere iletilmesi ise özellikle internette yayılan veriler bakımından her zaman yeterli olmayabilecektir.

Sonuç olarak, işçinin gerek işveren tarafından fiziksel ya da dijital ortamda muhafaza edilen gerekse internette yer alan kişisel verilerinin silinmesini talep etme hakkı vardır. İşçinin kişisel verileri üzerindeki hakimiyetinin kabul edilmesi, geçmişinde yer alan olaylar sebebi ile ekonomik geleceğinin sarsılmasının engellenmesi açısından önem taşımaktadır. İşçinin bu açıdan geleceğini serbestçe şekillendirebilmesi ve temiz bir sayfa açabilmesi adına iş ilişkilerinde de unutulma hakkının kullanılabilmesi önem arz etmektedir. Bu konuya ilişkin iş hukuku açısından özel bir düzenleme mevzuatta yer almamakla birlikte, durumun işçinin korunması kapsamında hassasiyet ile değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu kapsamda özellikle işverene veri saklama ve silme konusunda belirli yükümlülükler getirilmesi uygun olacaktır. Bu şekilde işçinin verilerinin gereğinden uzun sürelerle saklanması ya da işçinin rızası dışında yayılmasının önüne geçilebilecektir.

Çok teşekkür ederim. Umarım sizleri sıkımsamışumdır.



Soru ve Cevaplar

Prof. Dr. Yeliz Bozkurt Gmrkoğlu:

Çok teŖekkür ediyorum Kıymetli Hocam. Bu kapsamlı sunum için teŖekkür ediyorum size. Konuyu uluslararası düzenlemeler, uygulamaya yansımaları ve güncel yargı kararları ile birlikte oldukça teknik bir konu olmasına karŖın çok açık bir dille ve süreyi çok verimli kullanarak değerlendirdiniz. Bizler için sizi dinlemek çok keyifli oldu. Ancak bu akıcı ve kapsamlı tebliğ Hocamı birazcık yormamıza yol açtı. Eminim tüm izleyicilerimiz için de çok yararlı olmuŖtur. Ben de çok faydalandım.

Hocamın da belirttiği gibi, kiŖisel verilere iliŖkin mevzuatımız, iŖi-iŖveren iliŖkisi özelinde bazı konularda yetersiz kalmaktadır. GDPR'a uyum sürecinde, bu eksikliklerin giderilmesi mümkün olabilir. Ancak, değerli hocamın nerileri, bu bakımdan da oldukça kıymetlidir.

Öte yandan, hocamın değindiği bazı hususlar, Avrupa Birliği Yapay Zekâ Yasası'nda ele alınmıŖ olsa da, lkemizde bu konulara iliŖkin henüz bir düzenleme bulunmamaktadır. Teknik düzenlemelerin yetersizliği karŖısında, hocam hem güncel bilgiler paylaŖarak hem de öneriler sunarak konuyu kapsamlı bir Ŗekilde ele almıŖtır.

DijitalleŖme dinamik bir alan olan iŖ hukukunu ciddi ölçüde etkiliyor ve her geçen gün bizler de yeni soru ve sorunlarla karŖılaŖıyoruz. Hocam çok kapsamlı bir Ŗekilde ele aldı ama konunun önemi ve teknik detayları elbette bazı sorular doğmasına yol açtı. Kıymetli izleyicilerimizden de Hocama yöneltilen bazı sorular olmuŖ. Değerli

Hocamın müsaadeleri olursa izleyicilerimizden gelen soruları kendisine yönlendirmek istiyorum.

İlk soru, sosyal güvenlik çıkış kodlarıyla ilgili. *Bu kodların, işçinin masumiyet karinesi ve lekelenmeme hakkı bağlamında nasıl değerlendirilmesi gerektiği, işçilerin—daha doğrusu işçi adaylarının—gelecekteki istihdam olanaklarına olası etkileri ve hukuki güvenlik açısından ne tür düzenlemelere ihtiyaç duyulduğu sorulmuş. Ayrıca, unutulma hakkı çerçevesinde bu konudaki değerlendirmeleriniz nelerdir?* Buyurunuz, hocam.

Prof. Dr. İştâr Urhanoglu:

Çok teşekkür ederim. Öncelikle sorunuz güzel bir soru. Uygulamada da zaman zaman bizim de karşılaştığımız bazen tartışmalara da yol açabilen bir konu. Şunu söyleyebiliriz aslında biraz da geniş olarak ele almak istiyorum.

İşçi ve işveren tarafları arasında iş sözleşmesinin yasal düzenlemelere uygun olarak yapılması ve buna uygun olarak yine sonlandırılması tarafların hak ve yükümlülüklerinin tespiti açısından çok önemli. Bunun yanı sıra çalışma barışının tesis edilmesi açısından da çok önemli. Çalışma hayatında işçi ve işveren arasındaki ilişkinin temeli olan iş sözleşmesinin kurulması kadar sona ermesi de olağan. Ve iş sözleşmesinin sona ermesine ilişkin sürecin yasal düzenlemelere ve işletmesel prosedürlere de uygun olarak yürütülmesi gerekiyor. Bunlara uygun olarak yürütülmemesi işçi ve işveren açısından bazı istenmeyen sonuçların ortaya çıkmasına neden olabiliyor. İşten çıkarma sürecindeki en önemli husus ise işten çıkış nedeninin tespiti ve buna uygun fiili durumu gösteren SGK işten çıkış kodunun seçilmesidir. Bu aslında çok önemli bir durum. Önemsemese de uygulama açısından ve işçinin geleceği açısından oldukça önemli. Yani burada şunu özellikle belirtmek istiyorum. İşçinin işten çıkış nedenini gösterecek işten çıkış kodunun seçimi aslında basit bir formaliteden

ibaret değildir. Hem işçi hem de işveren açısından çok önemli sonuçları olan bir işlem. İşçinin çalışma süresine bağlı kıdem tazminatı, ihbar tazminatı haklarını hak kazanıp kazanamayacağı ile işsizlik ödeneği alıp alamayacağı, işçinin sözleşmenin feshi sonrasında takip edeceği yol gibi hususlar doğrudan aslında işten çıkış koduyla, işten ayrılış koduyla ilgili iş sözleşmesinin fesih nedenine uygun fiili durumu gösteren bir kod olması gerekmektedir. Yani iş sözleşmesinin feshi nedenine uygun fiili durumu gösteren bir işten çıkış kodunun seçilmesi ya da hatalı kod seçimi -hata ya da kasten de yapılmış olabilir tabii ki uygulamada- işçi işveren arasındaki hukuki uyumsuzluklara neden olabileceği gibi tarafların bir takım tabii ki mağduriyetlerini de beraberinde getiriyor. Sosyal Güvenlik Kurumu 2021 yılında -yanlış hatırlamıyorsam- bir genelge yayınladı ve bu genelgeyle işçinin ahlak ve iyi niyet kurallarına aykırı davranışı nedeniyle iş sözleşmesinin feshedildiğini göstermek amacıyla kullanılan kod yirmi dokuzu yürürlükten kaldırdı. Bunun yerine 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25. Maddesinin 2.fıkrasına paralel şekilde iş sözleşmesinin işveren tarafından haklı nedenle feshedildiğini göstermek üzere 41 numaralı bir kod getirdi ve bu 41 numaralı kodun altında da 9 ayrı kod oluşturarak yeniden düzenledi. Yeni belirlenen işten ayrılış kodları olumlu bir gelişme olmakla birlikte -tabii ki bunu olumlu karşılıyoruz- ama hırsızlık, cinsel taciz, hakaret, mala zarar verme, yalan söyleme, sataşma, kavgaya, uyuşturucu madde ve alkol kullanma gibi fesih nedenlerini gösteren ayrılış konularının masumiyet karinesi ve lekelenmeme hakkına aykırılığı söz konusudur. Tabii ki yani mevcut düzenlemenin şu an içinde yeterli olmadığını söyleyebiliriz. Tabii ki işçinin dava açıp bunları değiştirtmesi de mümkün ama gördüğümüz gibi her yapılan işlem ayrı bir dava, ayrı bir süreç bir de her zamanda işçi lehine sonuçlanacak gibi bir durumda söz konusu değil.

Prof. Dr. Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu:

Çok teşekkür ediyorum Değerli Hocam. Sizin de ifade ettiğiniz gibi bazı hallerde maalesef işçiye karşı bir tehdit halini alabilen bu kodların seçimi iş ilişkisinin sona ermesi kısmında çok çok önemli hususlardan birisidir. Belirttiğiniz üzere ben de bir değişikliğe ihtiyacımız olduğunu düşünüyorum. Bir diğer sorumuz, “*Hocam işverenin işçi verilerini saklama yükümlülüğü ile işçinin unutulma hakkına ilişkin talepleri arasındaki hukuki çatışmalar sizce nasıl çözülmelidir?*” diye sorulmuş.

Prof. Dr. İştah Urhanoglu:

İşverenin işçi verilerini saklama yükümlülüğü ve unutulma hakkı açısından işçiyle işveren arasındaki bu tarz çatışmaları anlaşma/uzlaşma yoluyla çözebilecek bir durumda değiliz. Ama aslında -sunumda da özet geçtiğimiz için çok detayına giremedik ama- tabii ki işverenin saklama yükümlülüğü bir süreye bağlı. Yani unutulma hakkı dediğimizde -biz de aslında bu sunumdan önce kendi ana bilim dalımızda, asistan arkadaşlarımızla konuşurken şunu düşündük- hep olumsuz durumları düşünüyoruz. Ama bazen olumlu durumlar da söz konusu olabilir. Mesela işçinin olumlu performansı, aldığı ödüller vs. gibi. Aslında bunlar da silinebiliyor işveren tarafından. Ve bu da işçiyi olumsuz etkileyebiliyor. Aslında başarılarını silmiş oluyor işçinin. Ya da işçim çok iyi bir pozisyonda rakip bir firmada çalışmaya başlıyor. Tabii bunun rekabet boyutunu vesaire değerlendirmiyorum ama geçmişte benzer bir firmada bu işi yaptığının bilinmesini istemiyor. Aslında olumsuz bir durum yok. Orada başarılarından bahsediliyor ama internette bunun da yer almasını istemeyebilir. Yani aslında bu unutulma hakkı ya da verilerin silinmesi, yok edilmesi, anonimleştirilmesi oldukça karmaşık bir konu ve bunun sadece genel düzenlemelerle, işçinin korunması ilkesiyle, Anayasa’da yer alan ilkelerle ya da Türk Borçlar Kanunu’nda yer alan ilkelerle çok da çözülebileceğini ben şu an için düşünmüyorum. Mutlaka özel düzenlemelerden öte

özel bir mevzuat oluşturulması gerektiğini açıkça düşünüyorum. Burada tabii ki sorumuza bir daha şöyle bakacak olursak, saklama yükümlülüğüyle ilgili mevcut durumu söyleyecek olursak burada işveren neye bakacak? Burada hukuki bir yarar olup olmadığına bakacak. Kendisi açısından ya da işçi açısından bu verilerin silinmesinde. Zaman aşımı süreleri tabii ki çok önemli. İşçi daha sonra evet verileri silinmesini istiyor olabilir ama sonrasında işçi bazı hak taleplerinde bulunabilir işverene karşı. Bu da dediğim gibi somut olayda az önce belirttiğimiz olan ilkelere bakılarak bu hukuki çatışmalar çözülecek. Ama yeterli mi mevcut düzenlemeler? Yeterli değil. Ayrı bir mevzuatın getirilmesi şart.

Prof. Dr. Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu:

Çok teşekkür ediyorum Hocam. Aslında böyle mevzuat getirilmesi dediğinizde hem bir yandan size katılıyorum, öbür yandan aklıma şu düşünce geliyor. Her şeyi mevzuatla düzenleyebilir miyiz ki? Gelişmeler çok hızlı bu dijital alanda ama şunu da diyemiyorum tabii ki ülkemiz özelinde, size çok hak veriyorum. Hani böyle sosyal taraflar bir araya gelseler, toplu sözleşmelerle, çerçeve sözleşmelerle düzenlense demek istiyorum ama onun da mümkün olmadığını düşündüğümüzde dediğiniz gibi yine bir mevzuat ihtiyacı ortaya çıkıyor. Çok haklısınız.

Prof. Dr. İştah Urhanoglu:

Keşke barışçıl anlamda çözebilsek bunları, uzlaşma anlayışıyla ama olmazsa mutlaka bir yasal düzenleme gerekecektir.

Prof. Dr. Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu:

Evet, Hocam. Bir diğer sorumuz da dijitalleşme süreçleriyle yakından ilişkili. Şöyle sorulmuş: İşe alım süreçlerinde işverenlerin, işçi adaylarının geçmiş sosyal medya paylaşımlarını incelemesi, unutulma hakkı kapsamında ne derece uygundur? Hem biraz nefes almanız adına şunu da belirtmek isterim, hocam. Bu konuyla ilgili bir çalışma

yaparken ben de araştırmıştım. Türkiye’de sosyal medya paylaşımlarının işe alım süreçlerinde incelenmesi oldukça yaygın, ancak çoğumuz bunun farkında değiliz. Neredeyse hepimizin sosyal medya paylaşımları bir şekilde değerlendirmeye tabi tutuluyor. Özellikle işçi adayları açısından bu durum son derece önemli. Bu uygulamayı unutulma hakkı bağlamında nasıl değerlendirirsiniz, Değerli Hocam?

Prof. Dr. İştar Urhanoglu:

Yani evet, aslında şöyle tabii bir şey var. Biz burada işçinin çalışma süresi boyunca mecburen işverene verdiği bilgiler, vermek zorunda olduğu bilgiler açısından değerlendiriyoruz. Ama özellikle bu sosyal medya dediğimizde aslında en çok etkileyen Facebook, LinkedIn, Twitter, Instagram, TikTok. Burada aslında işçi kendi isteğiyle bir paylaşımda bulunuyor. Burada daha farklı bir durum var. Yani diğer tarafta mecburen işverene, yani kanun gereği, mevzuat gereği işverene vermek zorunda olduğu bilgiler var. Ama diğer tarafta kendi isteğiyle yaptığı paylaşımlar var. Bunlar günlük hayatına ilişkin paylaşımlar olabiliyor, sosyal hayatına ilişkin olabiliyor, aile hayatına ilişkin, iş hayatına ilişkin, siyasi görüşlerine ilişkin olabiliyor. Aslında bu gelişen teknolojiyle birlikte insan kaynakları uygulamalarında çok büyük değişimler yaşanıyor. Bu biraz da insan kaynaklarının konusu gibi geliyor bana işe alım süreçleri söz konusu olduğunda. Geleneksel yöntemler de terk ediliyor. Az önce sizin de söylediğiniz gibi. Yani şirketler neye bakıyor burada? Daha az maliyetle daha çok bilgi edinme yoluna gidebiliyorlar. Ya da daha az maliyetle daha kısa sürede daha çok personel istihdam etme yoluna gidebiliyorlar. Potansiyel adaylara sosyal medya üzerinden ulaşma ya da sosyal medya geçmişlerini inceleme gibi bir durum söz konusu olabiliyor. Tabii ki bunun kolaylaştırıcı durumları olduğu gibi sorumluda galiba şeydi değil mi yani olumsuz etkisi aslında burada paylaşılıyordu.

Prof. Dr. Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu:

Hocam anladığım kadarıyla şunu sormak istemiş unutulma hakkı bağlamında değerlendirdiğimizde aslında işveren bunu yapabilir mi? Yapması hukuka uygun mu?

Prof. Dr. İştah Urhanoglu:

Sosyal medya paylaşımlarına bakıp işe alımda ayrımcılık kapsamında belki Hocam değerlendirebiliriz. Yani işveren kendi dünya görüşüne uygun bir işçiyle çalışmak istiyor olabilir. -Tabii bunu haklı bulmuyorum.- ve bakıyor, bu işçinin işte Twitter paylaşımlarına bakıyor, Instagram paylaşımlarına bakıyor ve aslında iki işçinin niteliği de aynı ama diyor ki ben neden onu değil de, onu tercih ettin? İşte Instagram paylaşımlarına baktım, onun paylaşımları hoşuma gitmedi. O yüzden diğer adayı tercih ettim. Yani burada işe alımda ayrımcılık anlamında değerlendirme olabilir. Ben bunun yani unutulma hakkı kapsamında bilmiyorum siz ne düşünüyorsunuz ama çok bir bağlantısını kuramıyorum. Ama tabii ki şöyle bir şey var. Yani işçi sosyal medyasını bir şekilde biliyorsunuz Google'ın da böyle bir hizmeti var. Yani hesabınızı kapatabiliyorsunuz. Bilgilerinizi silebiliyorsunuz. Ama bu bilgiler silindikten sonra işveren yine de bir şekilde bunlara ulaşıyorsa o ayrı bir mesele. Ama şimdi burada zaten işçi bir işverene bağlı değil. Yani serbest olarak paylaşım yaptığı bir platform. Mesela ben kendi adıma düşünüyorum benim sosyal medyama bakıldığında olumlu bir izlenim yaratabilir işveren açısından. Ama şimdi olumsuz bir izlenim yaratacaksa o zaman kişinin bunu kapatması lazım. Yani işveren burada ne yapabilir? Hani unutulma hakkı kapsamında çok bir bağlantı ben kuramıyorum sosyal medya, kendi iradesiyle yaptığı paylaşımlar. Sosyal ağlarda bireysel bir profil oluşturuyoruz, diğer bağlantılarla etkileşimde bulunuyoruz, işte tanıdığımız bağlantıları görüntülüyoruz. İş yaşamında özellikle LinkedIn'de bağlantılarımız hakkında bilgiler ediniyoruz. Onların faaliyetlerini inceliyoruz. Milyonlarca belki de on milyonlarca internet kullanıcısı bunları

görüyor ve kişi bunu kendi iradesiyle yapıyor. Ama tabii ki mahremiyet konusu da var. Ama burada şöyle bir şey var, yapay zekânın da etkisiyle, siz de bunu inceliyorsunuz Hocam, yani kullanırken dahi değil mi, bir siteye giriyoruz, sonra o konuyla ilgili bize onlarca, yüzlerce e-posta ve reklam geliyor. Mesela bir örnek var, onu vermek istiyorum. Şimdi aklıma geldi. Mesela Facebook'ta kişiler ten rengine ya da ırkına göre farklı reklamlar gördüğü ortaya çıkmış. Yine Google'da kişi profiline göre farklı sunuşlar sunuldu ki bunu biz de yaşıyoruz. Ya da Twitter'ın bir uygulaması olarak, yapay zekâ sohbet robotu uygulamaya geçtikten 16 saat sonra ırkçı ve cinsiyetçi söylemler de bulunmuş ve kapatılmış, sonlandırılmak zorunda kalmış. Tabii ki hak ihlalleri olabiliyor. Ama yine de burada şunu söyleyebilirim. Sosyal medyanın, insan kaynakları tarafından işçi seçim sürecini desteklemek amacıyla kullanıldığını, sosyal medya üzerinden bu görüntülemelerin potansiyel işverenlerin adayla yaptığı görüşmeden ya da adayın iş başvuru formunda elde edemeyeceği türde hatta bu şirketler için hazine değerinde diyebileceğimiz bilgileri aslında şirkete temin etmiş oluyor. Aslında adayları elemek amacıyla kullanılıyor. Sanırım soru da bu kapsamda geliyor. Evet, günümüzde daha çok adayları elemek amacıyla kullanılıyor ama daha fazla işe alımı destekler mahiyette olduğunu da gösteriyor araştırmalar. Yani örgütler için işe alım maliyetlerini minimumda tutmak önemli olduğu için doğru adayın ilk seferde işe alınması onlar için azami önem taşımaktadır. Bu nedenle de geleneksel metotlara göre fırsat sunduğunu görüyoruz. Ben bunun kişinin kendi iradi bir davranışı olduğu için unutulma hakkıyla çok fazla bağlantısı olduğunu düşünmüyorum. Ama diğer açılardan tabii ki işe alımda ayrımcılık vesaire o açılardan değerlendirilebilir. O da sosyal medyanın işe alımda ayrımcılığa etkisi gibi ayrı bir sunum konusu olabilir.

Prof. Dr. Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu:

Hocam çok teşekkür ederim. Söylediğiniz gibi çok kapsamlı bakılması gereken bir soru. Soruyu görünce ben de sadece unutulma hakkı kapsamında cevaplanabilecek bir soru değil diye düşünüdüm. Çok fazla boyut var. Sizin de ifade ettiğiniz gibi bir tarafı ayrımcılık riski ile diğer tarafı ise kişisel verilerle ilgili. Hocam, ben de unutulma hakkı ile doğrudan bir bağlantı kuramadım. Ancak, kişisel verilerin korunması açısından bazı noktalara dikkat edilmesi gerektiğini düşünüyorum. Sizin de belirttiğiniz gibi, burada önemli olan hususlardan biri, söz konusu bilginin kişinin kendisi tarafından alenileştirilip alenileştirilmediğidir. Çünkü, örneğin, ben sizin bugün gerçekleştirdiğimiz etkinlikteki bir fotoğrafınızı izinsiz olarak paylaşabilirim veya bu paylaşım başka birinden gelebilir. Bu durumda, bilgiyi kimin alenileştirdiği önemli bir kriter olarak dikkate alınmalıdır. Bunun yanı sıra, alenileştirme amacı da göz önünde bulundurulmalıdır. Örneğin, LinkedIn'i profesyonel amaçlarla kullanıyoruz ve burada paylaşılan bilgilerin iş hayatında değerlendirilmesi olağan bir durum. Ancak, Instagram gibi daha kişisel amaçlarla kullanılan platformlar için aynı durum geçerli olmayabilir. Bu nedenle, sosyal medya paylaşımlarının iş alım süreçlerinde kullanılıp kullanılmaması konusunda, bu paylaşımların amacının da dikkate alınması gerektiğini düşünüyorum. Siz de belirttiğiniz gibi, yapay zekânın devreye girmesiyle birlikte bu süreçler daha karmaşık hale geldi. Hatta, yapay zekâ sadece paylaşımlarımızı değil, YouTube'da neler dinlediğimizi, neleri izlediğimizi, hangi zevklere sahip olduğumuzu da analiz edebiliyor. Bu durum, bireylerin farkında olmadan profillenmesine ve özel yaşamlarının analiz edilmesine yol açabiliyor. Hatta yapay zekâ, bazen bireyleri eşlerinden, dostlarından ve arkadaşlarından bile daha iyi tanıyabiliyor. Örneğin, bir algoritma, kişinin müzik tercihine dayanarak onu yeterince elit bulmadığı sonucuna varıyordu. Ancak, bu sistemlerin doğru adayı tespit edip etmediğini nasıl değerlendireceğiz? Görünen

o ki, bu tür uygulamaların tamamen kısıtlanması da mümkün değil. Avrupa Birliği Yapay Zekâ Yasası, bu tür işlemleri “profilleme” olarak tanımlıyor ve belirli sınırlar getiriyor. Ancak, Avrupa Birliği’nin yapay zekâ teknolojisini üretmemesi nedeniyle, bu alandaki gelişmelerin büyük ölçüde ABD ve Çin tarafından yönlendirildiği görülüyor. Dolayısıyla, bu süreçten tamamen kaçınmak pek mümkün görünmüyor. Tam da sizin belirttiğiniz gibi, hepimizin bu konuda daha dikkatli olması gereken bir dönemdeyiz.

Prof. Dr. İştar Urhanoglu:

Belki de aslında bu güzel bir soru. Bize de baya konu üzerine konuşma imkânı tanıdı. Aslında bu sosyal medya yani işe girişten öncesini değil de ayrıca değerlendirilebilir. Ben çok güzel bir konu olduğunu düşünüyorum. İşe alımda sosyal medyanın etkisini zaten değerlendireceğim. Bu sosyal medya paylaşımlarının mahremiyet ve işten çıkarma kapsamında yani işe alımda değil de işten çıkarmadaki önemi daha çok tartışılıyor. İnsanların özellikle işçilerin, çalışanların böyle herhangi bir mahremiyet kaygısı taşımadan sosyal medya üzerinde paylaşım yaptığını ve sonrasında da işverenler tarafından işten çıkarıldığını görüyoruz. Yani aslında bu işe alımdan çok işten çıkarmada işverenler açısından bir değerlendirme kriterine dönüşmüş durumda ama ilerleyen zamanlarda tabii ki işe alımda da daha da etkili olacak diye düşünüyorum.

Prof. Dr. Yeliz Bozkurt Gümrükçüoglu:

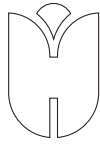
Hocam, Tüm sorularımızı cevapladınız. Çok teşekkür ediyorum. Sadece benim çok kısacık bir sorum olacak. Daha doğrusu soru da değil, eklemek istediğiniz var mı bağlamında şunu sormak istiyorum Hocam. Dijitalleşme gittikçe hızlanıyor. Sizce bu unutulma hakkının geleceği nasıl şekillenecek ya da geleceği nasıl şekillendirecek? Böyle kısacık birkaç cümleyle bizlere önerileriniz olursa, son eklemek istediğiniz hususları ifade ederseniz çok seviniriz.

Prof. Dr. İştar Urhanoglu:

Unutulma hakkının ben önümüzdeki dönemlerde daha da çok hayatımızda yer edineceğini düşünüyorum. Sadece çalışanlar açısından değil, hepimiz açısından yani tüm internet, dijital platform ve sosyal medya kullanıcıları açısından unutulma hakkının çok önemli bir yerde olduğunu ve bunun öneminin de giderek artacağını hem ulusal hem de uluslararası alanda düşünüyorum. Dediğim gibi, unutulma hakkı bizi daha uzunca bir süre meşgul edecek. Daha da genişleyerek, dallanıp budaklanarak yani insan hakları boyutu, özel hayat boyutu, kişisel yaşam, kişilik hakkı boyutu, çalışan boyutu sadece hatta iş hukuku değil, diğer hukuk disiplinleri açısından da genişleyerek, önem arz ederek büyüyeceğini düşünüyorum.

Prof. Dr. Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu:

Çok teşekkür ediyorum. Bu geleceği parlak alan hakkında bizi çokça kapsamlı bir şekilde bilgilendirmiş oldunuz. Katılım ve katkılarınız için tekrar tekrar teşekkür ediyorum ve sizi ağırlamanın hem akademik hem de kişisel olarak çok zevkli olduğunu ifade etmek istiyorum. Bu vesileyle Merkez Müdürümüz Dr. Öğr. Üyesi Gülnihal Ahter Yakacak ve sevgili kürsü arkadaşım Arş. Gör. Abdülmecit Güldağı'na organizasyondaki emekleri için müteşekkire olduğunu ifade ederek tüm izleyicilerimize saygılarımı sunuyorum ve bir sonraki etkinlikte yeniden buluşmak dileğiyle. Hoşça kalın diyorum.



İNSANA YAKIŞIR İŞ SERİSİ VII:

İş İlişkilerinde Yaş Ayrımcılığı Yasağının İhlali

5 Aralık 2024

Moderatör: Dr. Öğr. Üyesi Gülnihal Ahter Yakacak

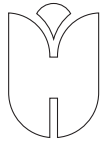
İbn Haldun Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Anayasa Hukuku Anabilim Dalı

Konuşmacı: Doç. Dr. Canan Ünal Adınır

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı



Açılış

Dr. Gülnihal Ahter Yakacak:

Değerli katılımcılar, hepiniz hoş geldiniz. Bugün sizlerle insana yakışır iş serisi kapsamında düzenlediğimiz, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Anabilim Dalı Öğretim üyesi Doç. Dr. Canan Ünal Adınır'ın değerli katkılarıyla gerçekleştireceğimiz “İş İlişkilerinde Yaş Ayrımcılığının İhlali” konulu webinar da bir araya gelmekten büyük mutluluk duyuyorum. “İnsana Yakışır İş” serisi, çalışma hayatındaki insan hakları ihlallerine dikkat çekmek, bu alanda farkındalık yaratmak ve çözüm önerilerini tartışmak amacıyla başlattığımız bir etkinlik serisidir. İnsan onuruna yakışır bir iş, yalnızca adil ücret ve çalışma koşullarını değil, aynı zamanda saygıya dayalı bir ortamda hiçbir ayrımcılığa maruz kalmadan çalışmayı da içermektedir. Bugün iş ilişkilerinde yaş ayrımcılığı gibi hassas ve önemli bir konuyu ele alacağız. Yaş ayrımcılığı bireylerin çalışma hayatındaki haklarına erişimini engelleyen ciddi bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu ihlal hem genç çalışanların deneyimsizlik gerekçesiyle hem de ileriki yaştaki bireylerin emekliye yakın oldukları düşünülecek karşılaştıkları ön yargıları da göstermektedir. Değerli konuşmacımız Doç. Dr. Canan Ünal Adınır bizlere yaş ayrımcılığının iş ilişkilerinde ne şekilde ortaya çıktığını hukuki boyutları ile ele alarak bu konuya dair önemli bilgiler sunacak.

İzninizle ben Hocamdan kısaca bahsetmek istiyorum. Doç. Dr. Canan Ünal Adınır, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuk Anabilim dalında öğretim üyesi olarak çalışmaktadır. Lisans eğitimini Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde, Yüksek Lisans Eğitimini ise Galatasaray Üniversitesi'nde ve doktora

alıŖmalarını da bugün üzerine konuŖacađımız “İŖ Hukukunda YaŖ Ayrımcılığı” konulu teziyle Marmara niversitesi’nde tamamlamıŖtır. Akademik kariyerine ise 2009’dan beri Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde devam etmektedir. Hocamızın alanda iŖ hukuku, sosyal güvenlik hukuku ve insan haklarına iliŖkin de alıŖmaları var. eŖitli makaleleri ve kitap bölümleri bulunmaktadır. Sözü daha fazla uzatmadan sözü kendisine bırakmak istiyorum. Hepimiz için verimli etkinlik olmasını dilerim.

Doç. Dr. Canan nal Adınır:*

Çok teŖekkür ederim, Gülnihal Hocam. Ben de sizlerin daveti için teŖekkür ederim ve bu vesileyle de hem İbn Haldun niversitesi’ne hem de Prof. Dr. Yeliz Bozkurt Gm rkoğlu Hocama nazik daveti ve sizlerle bir arada olma Ŗerifine nail olmamı sağladığı için ayrıca teŖekkür ederim.

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İŖ ve Sosyal Güvenlik Hukuku Ana Bilim Dalı ğretim yesi

İş İlişkilerinde Yaş Ayrımcılığı Yasağının İhlali

Doç. Dr. Canan Ünal Adınır*

Sizin de belirttiğiniz gibi iş ilişkilerinde yaş ayrımcılığı benim doktora tez konum. Bugün onun üzerine konuşacağız ve umuyorum ki keyifli bir oturum olacak. Sunumumda iş ilişkilerinde yaş ayrımcılığı yasağı, bu yasağın sonuçları ve ihlali üzerine konuşmak istiyorum. Bu çerçevede öncelikle yaş ayrımcılığı nedir ve ülkemizde yaş ayrımcılığıyla karşılaşılıyor mu sorularını yanıtlayacağım. Esasında yaş ayrımcılığı yasağı, anayasal ve hatta insan hakları sözleşmeleriyle düzenlenen, aslında temel hak niteliğinde bir yasaktır. Bu yasağın mevzuatımızda ve hukuk sistemimizdeki yerini izah etmeye çalışacağım. Bunu yaparken de aslında yaş ayrımcılığı yasağına dünyadaki bakıştan da bahsetmek istiyorum. Karşılaştırmalı hukukta yaş ayrımcılığı yasağına son derece önemli bir yeri var. Ona dikkatinizi çekmek isteyeceğim. Sonrasında da işveren tarafından ne zaman bir genç yahut yaşlı işçiye/işçi adayına olumsuz bir işlem yapıldığında bu yasak ihlal edilmiş olur, bunu mevzuatımızdaki temelleri ile beraber açıklayıp sonuçlarından da bahsederek sunumumu tamamlayacağım.

I. Yaş Ayrımcılığı Yasağına Genel Bakış

Ayrımcılık temeli olarak yaş, diğer ayrımcılık temellerinden farklıdır. Zira yaş, süreç ile ilgilidir. Oysa ırk, cinsiyet, cinsel yönelim, din veya dünya görüşü gibi diğer ayrımcılık temelleri, statiktir; kadın,

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi

erkek olmayacaktır; *“beyaz, siyahi olmayacaktır; ancak herkes büyüyecektir.”* Tüm canlıların, organizmaların yaŖlanması, bugün genç olduğu için ayrımcılığa maruz kalmayabilecek bir kiŖinin de yaŖlandığında ayrımcılıkla karŖılaŖma ihtimali olduğu anlamına gelmektedir.

YaŖ ayrımcılığının iki yönü vardır. Ayrımcı işlem ve etkiler, bir taraftan gençlere yönelebilecekken diğeri taraftan ise yaŖlılara yönelir. Bu yüzden de yaŖ ayrımcılığının aslında sosyal bir risk olduğunu ve herkes için bir potansiyel risk olduğunu söyleyebiliriz.

Öte yandan yaŖ ile kastedilen kronolojik yaŖ olup yaŖ, Türk Dil Kurumu tarafından *“doğuştan beri geçen ve yıl birimi ile ölçülen zaman”* olarak tanımlanmaktadır. Oysa yaŖlanma kiŖiden kiŖiye farklı seyrederken aynı yaŖta farklı kiŖilerin zihinsel yeterlilik, fiziki sağlık, dayanıklılık, üretkenlikleri farklıdır. Dolayısıyla da yaŖ, kabullenmeye dayalı olup görecedir.

YaŖ ayrımcılığın mağdurları sadece çok gençler ve çok yaŖlılar da değildir. Aslında yaŖ ayrımcılığı yasağı bakımından genel olarak yaŖlı ya da genç tanımı da yapılamaz. 32 yaŖındaki bir kiŖi, bir örnekte yaŖlı olduğu için işe alınmazken baŖka bir örnekte ise genç olduğu için terfi ettirilmeyebilir. YaŖ ayrımcılığının varlığı için emsal işçiye/iŖçi aday, “daha genç” ya da “daha yaŖlı” olandır. Dolayısıyla da 32 yaŖındaki bir kiŖi, 20’li yaŖındaki emsali tercih edildiği için işe alınmazsa, “daha yaŖlı” olduğu için yaŖ ayrımcılığı ortaya çıkabilirken terfi edilecek pozisyon için 40’lı yaŖlarda işçilerin tercih edilmesi halinde ise “daha genç” olduğu için yaŖ ayrımcılığı ile karŖılaŖabilir.

YaŖ ayrımcılığı yasağı hem doğrudan ayrımcılığı yani emsal işçiye göre daha genç olduğu için bir kiŖinin terfi alamamasını, daha yaŖlı olduğu için düşük ücretle çalıştırılmasını yasaklamakta hem de dolaylı ayrımcılık yani doğrudan bir davranış olmasa, olumsuz bir işlem uygulanmasa da veya görünüşte tarafsız bir işlem ya da düzenleme bulunsa da bir yaŖ grubu için daha olumsuz bir etkiyi

yasaklamaktadır. Gerçekten de sadece olumsuz bir işlemin varlığı ile ayrımcılık ortaya çıkmaz. Örneğin görünüşte tarafsız bir uygulamaya rağmen bazı kişiler daha olumsuz etkilenebilir. Mesela işveren işyerinde çalışma saatlerini değiştirdiğinde daha genç olan, ebeveynlik yükü nedeniyle, işten ayrılmak mecburiyetinde kalmaları gibi bir sonuç doğduğunda dolaylı ayrımcılıktan bahsedilebilir.

Doğrudan ve dolaylı ayrımcılık terimleri, iş mevzuatında yeni yer edinmiştir. 2003 yılında yürürlüğe giren İş Kanunu'nun m. 5 hükmünde sadece cinsiyet temeline dayalı olarak zikredilen bu terimler, 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu'nun (TİHEKK) 2016 yılının Nisan ayında yürürlüğe girmesiyle tanımlanmış ve sadece cinsiyet ayrımcılığı değil yaş ayrımcılığı da dahil diğer ayrımcılık yasakları için de kanun gereği kullanılır olmuştur. Hukukumuzda ayrımcılık yasakları bakımından önemli bir dönüm noktası olan TİHEKK, ayrımcılığın hem dolaylı ayrımcılığı hem de doğrudan ayrımcılığı kapsadığını ifade etmiştir¹. Hatta TİHEKK'de varsayımsal ayrımcılık da yasaklanmakta ve tanımlanmaktadır: “Gerçekle örtüşmemesine rağmen ‘daha genç’ ya da ‘daha yaşlı’ olduğu sanılarak hukuken tanınmış hak ve hürriyetlerden yararlanma bakımından ayrımcı muameleleri maruz kalması”, varsayımsal ayrımcılıktır. Örneğin işçi adayının 30 yaşından küçük olduğu sanılarak işe alınmaması varsayımsal ayrımcılık oluşturmaktadır.

Hukukumuzda yaş ayrımcılığı yasağına gereken önem verilmemektedir. Ne yargı ne de öğretide ilgi yeterli düzeydedir. Yargı kararlarında da birçok konu doğru zemini olan yaş ayrımcılığı yasağı kapsamında tartışılmamaktadır. Oysaki, yaş ayrımcılığı aslında birçok alanda karşımıza çıkabiliyor. Eğer bir uygulamayı yaşa dayalı yapıyorsak, daha yaşlı olduğu için işte iş sözleşmesini feshediyorsak

1 TİHEKK'e göre ayrımcılık türleri, “ayrı tutma”, “ayrımcılık talimatı”, “çoklu ayrımcılık”, “doğrudan ayrımcılık” “dolaylı ayrımcılık”, “işyerinde yıldırma”, “makul düzenleme yapmama”, “taciz”, “varsayılan temele dayalı ayrımcılık” ve “mağdurlaştırma”dır (m. 5).

yahut emekli olduğu için tazminatı dŖk dyorsak, emekli olduğu için iŖten çıkarmada bu kiŖiyi tercih ediyorsak yaŖ ayırmcılığı yasağının ihlal edilip edilmediğinin tartıŖılması gerekir. Kıdem de yaŖ ayırmcılığı yasağına iŖaret eden bir olgudur. Her ne kadar kıdem doğrudan bir yaŖ bağlantısı sağlamasa da kıdemli iŖiler çoğu zaman daha yaŖlı iŖiler olduklarından kıdeme dayalı uygulamalar, tarafsız görünse de dolaylı ayırmcılığın ortaya çıkmasına sebep olabilmektedir. Dolayısıyla “yaŖ”, “emeklilik” ve “kıdem” nedeniyle olumsuz iŖlemler yahut bunlarla bağlantılı olarak ortaya çıkan olumsuz etkiler, yaŖ ayırmcılığı yasağı kapsamında incelenmelidir.

YaŖ ayırmcılığı yasağına akademik ve yargısal ilginin azlığı yanında konuya iliŖkin toplumsal bilinç de yetersizdir. Oysaki istatistikler lkemizde yaŖ ayırmcılığı ile az karŖılaŖılmadıĐını gözler önüne sermektedir. Mesela Avrupa lkeleri dâhil ülke ortalamalarına bakıldığında, yaŖ ayırmcılığıyla diğer ayırmcılıklara nazaran daha çok karŖılaŖıldıĐı grlmektedir. Öte yandan lkemizde Avrupa lkelerine nazaran yaŖ ayırmcılığı daha yoğundur. Gerçekten, Eurofound’un bir çalıŖma anketinin sonuçlarına göre Avrupa lkelerine nazaran yaŖ ayırmcılığı, Türkiye ve Hırvatistan’ı beraber kategorize edildiği grupta çok daha fazladır. Bu sonuçlarda yaŖ ayırmcılığı ülke ortalaması %3 olarak raporlanırken 15 ile 29 yaŖ arasındaki kadınlarda bu oran %5’i aŖmıyor iken Türkiye ve Hırvatistan ortalamasına baktığımızda 15 ila 29 yaŖındaki kadınlardan bakımdan yaŖ ayırmcılığı %7 oranındadır. İstatistikler, lkemiz açısından yaŖ ayırmcılığının Avrupa lkelerine kıyasen daha önemsiz bir sorun olmadığını, aksine daha yaygın bir sorun oluŖturduĐunu göstermektedir. Eurofound’un baŖka bir alıŖmasında “*iŖyerinde yaŖ dağılımının, eŖitliĐinin artırılmasına yönelik gereken yapılıyor mu?*” Ŗeklindeki anket sorusuna Avrupa Birliği lkelerinde ortalama %55 oranında “evet” yanıtı verilirken sorunun en az oranda olumlu yanıtlandığı lke, Türkiye’dir. Gerçekten

de ülkemizde işyerlerinde böyle bir önceliğin ne yazık ki yok denecek kadar az olduğunu söyleyebiliriz.

II. Dünyada Yaş Ayrımcılığı Yasağına Bakış ve Mangold Kararının Etkisi

Dünyada yaş ayrımcılığı yasağı, karşılaştırmalı hukukun en gözde konulardan biridir. Yaş ayrımcılığı yasağının istihdam politikalarıyla ve sosyal güvenlik harcamalarıyla doğrudan bağlantısı, bu ilginin asıl nedenidir.

Yaş ayrımcılığı yasağı denince hukuki literatürde bahsedilmesi gereken bir karar, Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın 2005 yılında Almanya aleyhine verdiği *Mangold* kararıdır². Alman İş Kanunu'nda, belirli süreli iş sözleşmesi yapılması için 52 yaşından büyükler bakımından istisna getirilmiş; objektif koşul aranmaksızın belirli süreli iş sözleşmesinin yapılabilmesine izin verilmiştir. Divan, bu kanun hükmünü yaş ayrımcılığı yasağının ihlali olarak değerlendirirken dikkat çekmek istediğimiz konu aslında sadece bu sonuç değildir. Divan tarafından bu sonuca ulaşmak için radikal bir yol izlenmiştir; yaş ayrımcılığını yasaklayan 2000/78 sayılı İş ve Meslekte Eşit İşlem Direktifi, 2000 yılında yürürlüğe girmesine rağmen ülkelere iktibas için tanıdığı süre dolmadan Almanya aleyhine bu karar verilmiştir. Kararın gerekçesi, çok ilginç ve dikkat çekicidir. Kararın gerekçesinde, yaş ayrımcılığı yasağına ilişkin iktibas süresini dolmasına rağmen yaş ayrımcılığı yasağının sadece direktifte düzenlenmemiş olması; birlik hukukunun genel ilkelerinden biri olması, çeşitli uluslararası enstrümanlar ve devletlerde yaygın Anayasa geleneklerinde yaş ayrımcılığının yasaklanmış olması nedeniyle ihlal kararının verildiği vurgulanmıştır.

2 ABAD, Mangold v. Rüdiger Helm (C-144/04), 22.11.2005.

Mangold kararı, Avrupa hukukunda “Kopernik Devrimi” olarak nitelendirilmiŖtir³. Gerçekten orijinal bir karar olan *Mangold* kararı, Avrupa’da yaŖ ayırimcılığının keŖfedilmesi ve ele alınmasında önemli bir yere sahiptir. Bu yüzden de 2005 yılı, yaŖ ayırimcılığı yasağı bakımından milat olarak nitelendirilebilir. Avrupa ülkelerinin 2005 yılından itibaren kanun deęiŖiklikleri yaptığını görüyoruz. Hemen ertesine Almanya’da Genel EŖit İŖlem Yasası (AGG) yürürlüğe giriyor. Kanun’dan sadece bir yıl sonra -karardan da iki yıl sonra- istihdam yaŖamında radikal deęiŖiklikler gözlemleniyor. Bu yıllardaki gazetelerde, iŖyerlerinde 50 yaŖ üstündeki iŖçilerin unutulduğu, 50 yaŖ üstü tek bir iŖçi bile olmadığı, ancak bu iŖyerlerinin Genel EŖit İŖlem Yasası’nın yürürlüğe girmesi ile beraber yaŖlı iŖçileri yeniden keŖfettiğine ilişkin haberlere yer veriliyor. Aynı yıllara ilişkin istatistikler de yaŖ ayırimcılığının yargı kararlarındaki yerinin güçlendiğini gösteriyor. Baden-Württemberg Eyaleti’nde sadece 2007 yılında yani kanundan bir yıl sonra açılan ayırimcılık davalarından %36’sını yani üç davadan birini yaŖ ayırimcılık iddiasıyla açılan davalar oluşturuyor. Görüldüğü üzere, Alman hukukunda mevzuat deęiŖikliği iŖyerlerinde ve yargıda da hızlı bir dönüşüm ve ilgiye neden olmuŖtur.

2016 yılında yürürlüğe giren ve 8,5 yaŖını dolduran TİHEKK ile Alman Genel EŖit İŖlem Yasası’na aslında benzer düzenlemeler getirilmesine rağmen hukukumuzda halen yaŖ ayırimcılığı yasağına gereken ilgi gösterilmediğine dikkat çekilmelidir.

III. Hukukumuzda YaŖ Ayırimcılığı Yasağı

Ayırimcılık yasağının mutlak bir yasak değildir. Belirli haklı gerekçelerle eğer bu iŖlemler yapılıyor yahut bu etkiler ortaya çıkıyorsa ayırimcılık yasağının ihlali söz konusu olmayabilir. Zira, yaŖ temelinde her olumsuz iŖlem, her olumsuz etki ayırimcılık değildir. Aslında

3 ThüŖing, Gregor: “Europarechtlicher Gleichbehandlungsgrundsatz als Bindung des Arbeitgebers?”, *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2005, 2149.

ayırıcılığı, olumsuz işlemin/etkinin bir alt kümesi olarak düşünebiliriz. Eğer olumsuz işleme ya da etkiyi haklı kılabilirsek ayrımcılık ortaya çıkmaz. Ama eğer haklı kılamiyorsak o zaman ayrımcılık söz konusudur. Örneğin bir iş ilanına iki başvuru yapılmış ve daha genç olan alınmış ise daha yaşlı adaya yönelik olumsuz işlem vardır. Başka bir örnekte daha yaşlı olan müdür, terfi ettirilmiş ise genç olana olumsuz işlem uygulanmıştır. Ancak bu örnekler, her zaman yaş ayrımcılığı yasağının ihlali olarak değerlendirilemez. İşe alınan daha genç aday, eğitim ve tecrübe olarak pozisyon için daha uygun ise; terfi ettirilen müdür, daha nitelikli ise ayrımcılık olmayacaktır. Özetle, her olumsuz işlem ayrımcılık değildir; ancak haklı kılınamayan olumsuz işlemler ayrımcılık oluşturabilir.

Olumsuz işlemin ne zaman haklı kılınacağı ise soyut ve yoruma açık bir konu değildir. Ayrımcılık yasağı son derece teknik bir yasak. Bu yasağın var olup olmadığını, ihlal edip edilmediğini tespit etmekte zorundayız. Çünkü ayrımcılık yasağının temel hak niteliği, Anayasa m. 13 hükmü gereği bu hakkın kanun ile sınırlandırılmasını zorunlu kılmaktadır. İş Kanunu m. 5 hükmünün sınırlı lafzı yanında TİHEKK m. 7 hükmünde, ayrımcılık temelinde olumsuz işlemleri haklı kılan nedenler sayılmış olup bu nedenler, ayrımcılık yasağını sınırlandıran kanuni düzenlemelerdir. TİHEKK m. 7 hükmü ne zaman yaş ayrımcılığı vardır ne zaman yoktur sorularının yanıtlanmasında dikkate alınan düzenlemeleri içermektedir.

Avrupa Birliği 2000/78 sayılı Eşit İşlem Direktifi esas olarak yapılan bir kanun olan TİHEKK, iyi bir çeviri olmasa da Direktif ile benzer bir lafza sahiptir. Yine Avrupa Birliği düzenlemesine paralel oluşturulan Alman AGG ile de çok benzer düzenlemeler içermektedir. Ancak Türk kanun koyucu, olumsuz işlemleri haklı kılan nedenleri Direktif'e ve AGG'ye göre daha sınırlı bir kapsamda düzenlemiştir. Bunun sonucunda da hukukumuzda, yaş ayrımcılığına ilişkin korumanın yani yaş ayrımcılığı yasağının kapsamı Avrupa Birliği hukukuna nazaran daha

geniŖ olarak belirlemiŖtir. Kanun koyucunun bu dzenleme tarzının, bilinçli iradesine mi dayandığının tartiŖılması kanaatimizce anlamsızdır; çünkü kanun ifadeleri son derece açık ve haklı kılma nedenleri Direktif'e nazaran çok daha dardır. Dolayısıyla hukukumuzda mevzuat açısından yaŖ ayırmıcılığına karŖı koruma Birlik hukukuna kıyasla geniŖtir; ama buna rağmen ne yazık ki uygulamada yaŖ ayırmıcılığı ya-sağına iliŖkin kararlarla karŖılaŖılmamaktadır.

Mevzuatımızdan bahsetmeden önce bir tecrübemi aktarmak istiyorum. YaŖ ayırmıcılığı konusundaki doktora tezim için araŖtırma yapmak amacıyla 2015 yılında Almanya'da bulunduğum sırada Prof. Dr. Sebastian Krebber'in lisans dersini takip ettim. Her hafta derste konu döndü dolaŖtı, yaŖ ayırmıcılığına geldi. Bu, bana yapılan bir jest değildi, yanlıŖ anlaŖılmasın. Avrupa hukukunda yaŖ ayırmıcılığı son derece önemli bir yere sahip olduğunun göstergesiydi. Bizde ise lisans derslerinde sınırlı bir sürede ayırmıcılık yasağı anlatılırken yaŖ ayırmıcılığı yasağından bazı hocalarımız bahsetmiyor bile.

Oysaki bizim durumumuz, ölkemizde demografik yapının hızlı Ŗekilde deđiŖmesi ve yaŖlı nüfus artıŖının oluŖturduđu risk nedeniyle Avrupa ölkelerine kıyasla daha vahim. Ölkemizde emeklilik yaŖı, Avrupa ölkelerine nazaran çok erken. Bu kiŖilerin ise istihdam piyasasında kalmaya ihtiyacı var; emekli aylıklarının da düşük kalması nedeniyle iŖten ayrılmaları halinde geçim derdi artacak. Bu kiŖilerin iŖyerlerinde yaŖ ayırmıcılığı ile karŖılaŖma riskleri ise çok yüksek.

IV. YaŖ Temelinde Olumsuz İŖlemi/ Etkiyi Haklı Kılan Nedenler

YaŖ ayırmıcılığını yasaklayan TİHEKK'nin en önemli maddesinin 7. madde olduğunu düşünüyorum. Bu maddenin temel hakkın sınırlandırılması niteliğinde olması, dar yorumlanmasını gerektirmektedir. Dolayısıyla da yaŖ temelinde olumsuz bir iŖlemin, haklı kılınıp kılmayacağını belirlerken maddede yer alan üç bent, geniŖ

yorumlanmamak kaydıyla, uygulanabilecektir. Bunlardan ilki olan (a) bendi, sadece yaş için değil, tüm ayrımcılık temelleri bakımından yani cinsiyet, ırk, din vs. uygulama alanı bulacak bir hükümdür. Söz konusu bende göre “*İstihdam ve serbest meslek alanlarında, zorunlu mesleki gerekliliklerin varlığı halinde amaca uygun ve orantılı olan farklı muamele*” ayrımcılık oluşturmaz. Hüküm, olumsuz işlem, zorunlu mesleki gerekliliğe dayanıyorsa işlem ayrımcı değildir. Yaş ayrımcılığı bakımından özel haklı kılınma sebebi ise (c) bendinde düzenlenmiştir. Bu hükme göre, “*İşe kabul ve istihdam sürecinde, hizmetin zorunlulukları nedeniyle yaş sınırlarının belirlenmesi ve uygulanması, gereklilik ve amaçla orantılı olması şartıyla yaşa dayalı farklı muamele*” ayrımcılık oluşturmaz. Buna göre, yaş sınırları, hizmetin zorunlulukları nedeniyle belirlendiği ve uygulandığı takdirde kabul ediliyor. Son olarak, eşitsizliği ortadan kaldırmaya yönelik farklı işlemler yani pozitif ayrımcılık olarak da nitelendirilebilecek işlemler, amaca uygun ve orantılı ise (f) bendi gereği yaş ayrımcılığı oluşturmayacaktır.

V. Mesleki Gereklilik Nedeniyle Yaş Ayrımcılığı Oluşturmayan İşlemler

İlk haklı kılma nedeni olan zorunlu mesleki gerekliliği, işin yapılması için olmazsa olmaz gereklilikler olarak düşünmemek gerekir. Zira, bir yaş yahut bir cinsiyet, bir ırk, hiçbir işin yapılması için olmazsa olmaz olarak değerlendirilemez. Mevzuat düzenleme olan 2000/78 sayılı Eşit İşlem Direktifi’nde daha doğru bir ifadeyle, “*önemli ve belirleyici mesleki gereklilik*”ten bahsedilmektedir. İşin yapılması bakımından yaş (yahut diğer ayrımcılık temelleri), işin özünü oluşturuyorsa zorunlu mesleki gereklilik nedeniyle olumsuz işlem haklı kılınabilir; yani ayrımcılık oluşturmayabilir.

Bu hükme ilişkin Anayasa Mahkemesi’nin kararından bahsetmek istiyorum. Bu kanun yürürlüğe girdiğinde iptal talebiyle Anayasa

Mahkemesi'ne gitti. Ancak Anayasa Mahkemesi iptal etmedi. Kararda, mesleki gerekliliğe ilişkin de bir tanım yaptı: “bir mesleki faaliyet için özel yetenek, fiziksel nitelikler, belirli okullardan mezun olmak, bazı belge ve bilgilere sahip bulunmak gibi farklı muameleyi haklı kılan gereklilikler”, mesleki gerekliliktir⁴.

Mesleki gereklilik oluşturan farklı işlemlerin çok sınırlı olduğunun altını çizelim. Varsayımlara dayalı bir kabul bu anlamda mesleki gereklilik oluşturmaz. Örneğin gençler teknolojiyle daha çok ilgilidir şeklindeki bir yaklaşım, daha yaşlı işçilerin iş sözleşmesinin feshinin haklı kılınması için yeterli değildir. Karşılaştırmalı hukuktan örneklerle nelerin mesleki gereklilik oluşturup oluşturamayacağına bakacak olursak örneğin Divan, itfaiye eri olarak çalışmak için belirli yaşın altında olma koşulunu, mesleki gereklilik nedeniyle hukuka uygun bulmuştur⁵. Zira, itfaiye eri olarak çalışmak ciddi bir fiziki performansı gerektirir. Bu da belirli bir yaşın üstünde yapılamayacağı kabulünü içermektedir. Havayolu taşımacılığında uluslararası düzenlemeyle öngörülen 65 yaş sınırlaması varken 60 yaştan büyüklerin çalışamayacağına ilişkin toplu iş sözleşmesi hükmünü ise geçersiz kabul etmiş ve bu düzenlemenin mesleki gereklilik ile haklı kılamayacağını ve yaş ayırmacılığı oluşturduğunu tespit etmiştir⁶. Belirli yaş gruplarına danışmanlık hizmeti verilmesinde ise, danışman olarak çalışacak işçiler bakımından yaş, mesleki gereklilik oluşturabilir ve belirli yaş sınırlarına uymayan adayların işe alınmamı yaş ayırmacılığı oluşturmayabilir. Örneğin gençlere danışmanlık veriliyorsa danışmanın da genç olması; yaşlılara danışmanlık veriliyorsa danışmanlığın daha ileri yaştaki tarafından yapılması beklenebilir. Ama iş ilanlarında gördüğümüz “Genç çalışma arkadaşı arıyoruz.” şeklindeki ifadelerin genel olarak yaş ayırmacılığına neden olabileceğini de

4 AYM E. 2016/132, K. 2017/154, 15.11.2017.

5 ABAD, Colin Wolf v. Stadt Frankfurt am Main (C-229/08), 12.01.2010.

6 ABAD, Reinhard Prigge and Others v. Deutsche Lufthansa AG (C-447/09), 13.09.2011.

unutmayalım. Neden genç? Her iş için yaş, mesleki gereklilik oluşturmaz. Sadece işverenin beklentisinin genç ve dinamik işçiler olması da olumsuz işlemi haklı kılmaz. Bu şekilde bir beklenti 35 yaşında birinin, 40 yaşında birinin, 55 yaşında birinin işe alınmaması için tek başına yeterli bir gerekçe değildir. Aksine, ayrımcılık yapıldığının ispatı bakımından aslında sırf bu ilanlar bile kullanılabilir.

Şunu da belirtelim, bazen müşteri beklentileri de bu yaklaşımı şekillendirebiliyor. Müşterilerin daha genç satış elemanlarını beklemesi, daha genç tezgâhtarlardan hizmet almak istemesi, daha ileri yaştakilerin işe alınmaması için yeterli bir gerekçe midir? Hayır, eğer müşteri beklentisinin kendisi zaten ayrımcıysa buna dayalı olarak mesleki gereklilik de söz konusu olamaz, bu yüzden uygulanan olumsuz işlem de yaş ayrımcılığı oluşturur. Örneğin tüm yaş gruplarının satış hedefi olan bir işletme düşünelim. Bu işletmede sadece genç tezgâhtarları çalıştırılması, ileri yaştakilerin iş sözleşmesinin bu yüzden feshi, yaş ayrımcılığıdır. Başka bir örnekte genç giyim modasına yönelik üretim ve satış politikası benimsemiş bir işyerinde de sadece genç tezgâhtarların çalıştırılması ayrımcılık oluşturabilir. Bu yüzden ileri yaştakilerin işe alınmaması yahut iş sözleşmelerinin feshi mesleki gereklilik ile haklı kılınmaz; tezgâhtarlık işini yapmak için -kıyafetin satışını sağlamak için- genç olmak zorunlu değildir. Tezgâhtarlık işinin özünü, yaş mı oluşturuyor? Hayır. Ancak belirtelim ki, sadece gençlik giyim modasına ilişkin üretim ve satışın yapıldığı bir işyerinde manken olarak çalışacakların genç olmasını beklemek mümkündür. Burada mankenlik işiyle genç giyim ürününün teşhirinin yapılması için olması bu işin özünde genç olmanın gerekliliğine neden olmaktadır. Bu yüzden de işverenin yaşlı manken çalıştırmamasının yaş ayrımcılığı oluşturduğunu söyleyemeyeceğiz.

VI. Hizmetin Zorunlulukları Nedeniyle YaŖ Ayırmıcılığı OluŖturmayan YaŖ Sınırları

YaŖ temelinde farklı iŖlemler haklı kılan ikinci neden, TİHEKK m. 7/1, (c) bendinde dñzenlenmiŖtir. Sñz konusu dñzenleme uyarınca yaŖ sınırları, ÷lçñlñlñk ilkesine uygun olmak kaydıyla iŖe kabul ve istihdam sñrecinde hizmetin zorunlulukları nedeniyle belirlenebilir ve uygulanabilir.

Öncelikle belirtelim ki, çıplak varsayımlar, öznel yargılar, yaŖ sınırlarının belirlenmesi ve uygulanmasına dayanak oluŖturamaz. Örneğin “*YaŖlılar, teknolojiden anlamaz.*” bakıŖ açısıyla 35 yaŖın üstündekilerin iŖe alınmaması, yaŖ ayrırmıcılığıdır.

İŖveren her bireysel yararı da korunmaz. Sadece maliyeti dñŖürmek yahut rekabet gücünü artırmak için yaŖ sınırları uygulanamaz. Örneğin ÷lkemizde uzun süreli kıdeme sahip iŖçilerin kıdem tazminatının yüksek olacağından hareketle sñzleŖmeyle yaŖ sınırı belirlenemez.

TİHEKK m. 7/1, (c) hükmünde yer alan yaŖ sınırı, asgari yaŖ sınırı olabileceği gibi azami yaŖ sınırı da olabilir. Kanun, “hizmetin zorunlulukları nedeniyle” yaŖ sınırlarından bahsediyor. Dolayısıyla her yaŖ sınırı değil; ancak hizmetin zorunlulukları sonucunda belirlenen ve uygulanan yaŖ sınırları, yaŖ ayrırmıcılığı açısından haklı kılınabilir. Hizmetin zorunlulukları ile kastedilen net olmamakla birlikte mehaz dñzenleme olan Avrupa Birliği Direktifi ve bu bağlamda Divan kararlarından ÷ğrendiklerimiz, kanun hükmünün yorumlanması açısından da yol göstericidir. Bu konuda birçok karar bulunmaktadır.

Öncesinde de belirttiğimiz üzere, TİHEKK m. 7/1, (c) hükmü, mehaz dñzenleme olan 2000/78 sayılı EŖit İŖlem Direktifi m. 6 hükmünden⁷ çok daha dar bir uygulamaya sahiptir. Zira, kanun ko-

7 EŖit İŖlem Direktifi m. 6 hükmüne göre üye devletler ulusal hukuklarında, nesnel ve uygun olarak istihdam politikası ve sosyal politika alanlarında meŖru bir amaca ulaŖ-

yucumuz Direktif hükmüne nazaran sınırlı bir lafızla yaş sınırlarından ibaret olarak haklı kılma nedeni düzenlemeyi tercih etmiştir. Bu bağlamda, yaş sınırının yaş ayrımcılığına neden olmayacağına örnek olarak ortalama bir müşteri ilişkisinin kurulmasının uzun sürdüğü işyerlerinde emeklilik yaşı gelmiş çok ileri yaştaki birinin işe alınmaması ve yaş sınırı uygulanması verilebilir. İş için öncesinde eğitim alması gerekiyor ve eğitim de maliyetli ve uzun süreli ise eğitim bittikten sonra yakın zamanda emekliliğe hak kazanacak kişiler için yaş sınırı uygulanabilir. Alman hukukunda yaş sınırı belirlenirken en azından çalıştığı ya da aldığı eğitimin üç katı süreyle çalışabilir olmasını aranıyor. Bizde de benzer bir koşulla yaş sınırı kabul edilebilir; ancak hukukumuzda emeklilik yaşının düşük olması da dikkate alınmalıdır.

VII. Pozitif Ayrımcılık Nedeniyle Yaş Ayrımcılığı Oluşturmayan Haller

TİHEKK m. 7/1, (f) bendinde ayrımcılık oluşturmayan hallerden biri, olumsuz işlemin eşitsizliği ortadan kaldırmak için yapılması koşuluna bağlanmıştır. Burada benim aklıma gelen, hatta doktora tezimde de verdiğim örneği sizinle paylaşmak istiyorum. İşçilerin izinsiz ve mazeretsiz ardı ardına iki iş günü devamsızlık yapması İş Kanunu gereği haklı nedenle fesih hallerinden biridir. 50 yaşın üstündeki işçiler için haklı nedeni daraltarak örneğin iki gün devamsızlık halinde haklı fesin kullanılmayacağına, bunun yerine fesih yerine ücret

mak için yaşa dayalı olarak farklı uygulama yapılmasının ayrımcılık yaratmayacağına dair düzenleme yapabilirler. Bunun için söz konusu amaca ulaşmak için kullanılan araçların uygun ve gerekli olması koşulu öngörülmüştür (f. I, 1. alt paragraf). Direktif, bu özellikleri taşıyan farklı işlemleri örnekleyici şekilde saymıştır. Buna göre gençler, yaşlı işçiler ve bakım yükümlülükleri olan çalışanların mesleki bütünleşmelerinin ya da korunmalarının sağlanması için işe veya mesleki eğitime erişim ile ücret ve fesih de dahil iş ve meslek konularında özel şartlar öngörülebilir (m. 6/I, 2. alt paragraf, a); işe erişim ya da iş ilişkisine bağlı olan bazı hakların elde edilmesi ile ilgili olarak yaş, mesleki tecrübe ya da kıdem süresine ilişkin asgari şart konulabilir (m. 6/I, 2. alt paragraf, b); belirli bir işyerinin özel mesleki eğitim gereklilikleri nedeniyle ya da emeklilikten önce makul bir çalışma süresinin gerekliliği nedeniyle işe alımda azami yaş sınırı belirlenebilir (m. 6/I, 2. alt paragraf, c).

kesme cezası verilebileceğine ilişkin bir düzenleme toplu iş sözleşmesine konulabilir. Bu düzenleme, yaş ayrımcılığı yasağına aykırılık oluşturmaz.

VIII. Yaş Ayrımcılığının Sonuçları

Yaş ayrımcılığı yasanın ihlali söz konusu olursa, başka bir ifadeyle olumsuz davranış ya da olumsuz etki mevcut ve bu, kanunda sayılan nedenlerle haklı kılınamıyor ise, çeşitli yaptırımlar söz konusu olabilir.

En başta ayrımcılığa uğrayan işçi tarafından ayrımcılık tazminatı talep edilebilir. İş Kanunu m. 5 hükmünde düzenlenen bu tazminat türü için kanun üst sınır belirlemiştir. Dört aylık üst sınırın çok düşük olduğunu söylemek gerekir. Bu miktardaki tazminat caydırıcı olmayıp Sosyal Haklar Avrupa Komitesi de 2016 Türkiye sonuç raporunda, Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı ile öngörülen çalışanların özgürce edindiği bir işle yaşamını sağlama hakkına aykırı olduğunu ortaya koymuştur. Sadece Komite değil, benzer bir sonuca Avrupa Birliği Adalet Divanı da birçok kararında ulaşmıştır. Örneğin 1993 yılında verdiği *Marshall* kararında tazminat miktarının tavanla sınırlandırılmasının Eşit İşlem Direktifi'ne, yani Avrupa Birliği hukukuna aykırı olduğu sonucuna ulaşmıştır.

Ayrımcılık tazminatı konusunda Türk iş hukuku doktrinde tartışılan hususların başında ise işe alımda ayrımcılık yapılırsa bu tazminat hükmedilip hükmedilmeyeceği gelmektedir. Genel kabul gören görüş, işe alımda ayrımcılığın yasaklanmasına rağmen kanunda ayrımcılık tazminatını düzenlerken “iş ilişkisinde veya sona ermesinde” ifadesinin kullanılmasından hareketle sadece iş ilişkisi kurulduktan sonra ayrımcılık tazminatına hükmedilebileceğini savunmaktadır. Farklı kanaattelim; iş ilişkisinin kurulmasında da bu yaptırımın uygulanması gerektiğini düşünüyorum. Hatta şöyle söyleyebilirim, iş ilişkisinin kurulması için belki 4 aylık tazminat yeterli olabilir.

Örneğin aday işe, yaşlı olduğu için alınmadı, bu kişilere ayrımcılık tazminatı dört aya kadar verilebilir. Ancak iş ilişkisinin devamında ve sona ermesine aslında bu tazminatın çok daha yüksek olması kanun değişikliğiyle bu anlamda bu üst sınırın belki alt sınır olarak öngörülmesi ile mümkün olabilir. Özetle, kanaatim, ayrımcılık tazminatı iş ilişkisinin kurulmasında da hükmedilmesi gereken bir tazminat olduğu yönündedir. Tabii o zaman ücreti nasıl belirleyeceğiz gibi bir soru akıllara gelebilir; onda da emsal ücreti esas alabiliriz.

Mevzuatımızda ayrımcılığa uğrayan işçi için idari para cezaları da öngörülmüştür. İş Kanunu'nda düşük bir ceza karşımıza çıkıyor; işçilere eşit davranma ilkesine aykırı davranılması halinde 5. maddede düzenlenen her işçi için 1500 liradan daha düşük bir rakam olup caydırıcılığından herhalde bahsedemeyeceğiz.

TİHEKK, başka bir idari yol da getirmiştir; iş ilişkileri bakımından da ilave bir başvuru mekanizması ortaya çıkmıştır. Kurumun karar organı olan kurul, resen inceleme ya da başvuru sonucunda idari para cezası verebiliyor. Burada 2024 yılı için en az 9.441 TL, en yüksek ise 141.934 TL olmak üzere geniş bir aralık öngörülmüş olup bu takdir aralığı çok fazla olduğu eleştiriye açıktır. Neye nasıl hükmedileceğinin belirlenmesi, burada hele ki idari para cezasından bahsettiğimizde bu kadar geniş aralıkların olmaması gerektiğini düşünüyorum.

Dikkat çekmek istediğim bir husus; TİHEKK'nin Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun kardeşi olarak nitelendirebileceğimiz. Kanun numaralarına bakım: 6701, 6698; peşi sıra çıkarılan iki kanundan bahsediyoruz. İki kanun da Avrupa Birliği'ne uyum amacını taşıyor. İkisi de direktif çevirisi şeklinde kaleme alınmış. İkisi de bir kurum oluşturulması ve bu anlamda kurulların karar vermesi gibi bir düzenleme getiriyor. Ama KVKK'de idari para cezalarının son derece yüksek olması, hem Kanun'a bakışı farklılaştırdı, ilgiyi artırdı hem de toplumsal dönüşüme neden oldu. Sayılan benzerliklere rağmen TİHEKK ise, ne yazık ki gerekli tesiri yaratamamış bir kanun olmuştur.

Son olarak; Türkiye İnsan Hakları EŖitlik Kurumu'na yaŖ ayırmacılığı iddiası ile yapılan baŖvurulardan ve bu baŖvurular üzerine kurul tarafından alınan kararlardan kısaca bahsedelim:

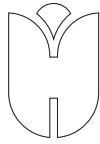
Kurul, yaŖ ayırmacılığı konusunda 8 tane baŖvuruda kabul edilmezlik kararı vermiŖtir. Bu kararların ortak noktası, zaten kanuni düzenlemeler mevcut olması nedeniyle inceleme yapılmamıŖ olmasıdır. Sonuç, doğru; ancak Ŗunu unutmamamız gerekir ki yaŖ ayırmacılığı anayasal bir yasaktır. Dolayısıyla bir kanun eğer Anayasa'ya aykırıysa yani Anayasa'daki bir temel ilkeye aykırıysa bunun Anayasa Mahkemesi baŖvurusu ihtimali de mevcuttur. Örneğin kamu görevliliği için iŖe giriŖte yaŖ sınırları, kanunla getirilmiŖ olabilir ama anayasal bir yasak olduğundan yaŖ ayırmacılığı yasağının ihlalinin oluŖturuyorsa bu kanunların deđiŖtirilmesi, uygulanmaması gerekir.

Kurul, 11 baŖvuruda ihlal yapılmadığı gibi bir sonucu ulaŖırken sadece 3 baŖvuruda ihlal kararı vermiŖtir. Kararlara genel olarak baktığımızda, eğer kamu varsa kamu görevleri bakımından ihlal yapmadığı gibi bir sonuca ulaŖtıđını görüyoruz. Sadece üç baŖvuruda ihlal kararı verilirken bunlardan ikisi szleŖmeli personele iliŖkin yaŖ sınırlamaları hakkındadır. Sonuncusunda ise burs baŖvurusu söz konusudur; ama burada bir mevzuat deđiŖikliđi olmuŖ o karmaŖa kararda vurgulanmıŖtır. Özetle, Kurul'a baŖvuruların giderek artması sevindirici olsa da konunun halen gerekli düzlemlerde tartıŖılmadıđını görüyoruz.

Dikkatinizi çekmek istediğim, olumsuz bir durum daha var. Kurulun kararlarına baktığımızda Anayasa Mahkemesi'nin de-min bahsettiğim kararını yanlıŖ aksettirildiğini görüyoruz. Anayasa Mahkemesi'nin izah ettiğim ve 2017'de verdiği kararında, TİHEKK m. 7/1, (a) bendinde yer alan "zorunlu mesleki gereklilik" tanımını veriliyor. Ancak karara baktığımızda bunu baŖka bir bende (c bendi) dayalı olarak yaptığını görüyoruz. Ne yazık ki kurum, kendi kanunu doğru anlatamıyor.

Son Söz

Ben sunumumu Mark Twain'den bir sözle bitirmek istiyorum: *“Yaş, bir zihin meselesidir. Eğer bunun üzerinde durmazsan önemi de kalmaz.”* Çünkü yaş, hele ki bizim kullandığımız hali olan “kronolojik yaş”ın etkileri aslında kişiden kişiye değişir. Örneğin iki kişi kırk yaşında olabilir, ama bambaşka fiziki özelliklere sahip olabilir. Hatta örnekleri biraz somutlaştırayım. Ajda Pekkan 78 yaşında. Şenol Üşümezsoy profesör, depresyon profesörü 80 küsur yaşında ama akranlarına kıyasladığımızda hatta kendimize kıyasladığımızda bile fiziksel ya da zihinsel yeteneklerinin geride olmadığı açık. Dolayısıyla, sadece yaşa dayalı olarak olumsuz işlem uygulamaktan, yaşa dayalı olarak kabullerden, varsayımlardan hukuki anlamda da toplumsal anlamda da uzak durmamız gerekiyor. Bizim de işyerlerimizde hem yaşlı işçileri hem de genç işçileri tekrar keşfetmemizin bence zamanı geldi de geçiyor. Çok teşekkür ediyorum ilginiz için.



Soru ve Cevaplar

Dr. Öğr. Üyesi Gülnihal Ahter Yakacak:

Sayın Hocam, çok teşekkür ediyorum. Açık söylemek gerekirse, bu sunum benim için de oldukça faydalı oldu. Ben de ayrımcılık konusuyla ilgilenmeye çalışıyorum. Ancak, sadece yaş ayrımcılığı açısından değil, genel olarak ayrımcılıkla ilgili paylaştığımız bilgiler ve verdiğiniz örnekler gerçekten çok aydınlatıcıydı.

Son sözlerinize istinaden, özellikle terfi ve iş süreçlerinde de yaş ayrımcılığının görülebileceğini belirttiniz. Sunumunuzda da ifade ettiğiniz gibi, iş ilanlarında—daha iş ilişkisi kurulmadan—yaş ayrımcılığına maruz kalınabiliyor. Bunun tartışmalı bir konu olduğunu ve kendi görüşünüzü de paylaştığınızı söylediniz. Peki, TİHEK dışında başvurulabilecek başka bir yol var mı? Açıkçası, 140 bin liralık maksimum üst sınırın işverenler için çok büyük bir caydırıcılık sağlamayacağını düşünüyorum. Elbette, yanlış düşünüyor olabilirim. Ayrıca, idari para cezasının varlığı da uygulayıcılar açısından TİHEK'in yeterince bilinmemesi veya etkili bir yol olarak görülmemesi nedeniyle tam anlamıyla caydırıcı olmayabilir.

Sizce TİHEK kararlarının toplumsal dönüşüm dışında somut bir etkisi olur mu veya olacak mı? Ben de Kurumu, Kanunu ve süreci oldukça önemsiyorum. Bu konuda kişisel görüşünüzü de merak ediyorum.

Doç. Dr. Canan Ünal Adınır:

Teşekkür ederim Hocam. Evet, bence de benzer düşünüyoruz. Burada yaptırımlar yetersiz. O yüzden de aslında kanun değişikliğinin bir an önce yapılması önemli. Bakın evet Avrupa Birliği

üyesi değiliz. Bu anlamda Avrupa Birliği direktifleri bizim açımızdan bağlayıcı değil ama bunlar dayanak düzenlemeler, o yüzden önemli. Yani kanunlarda açıkça biz bu direktife dayalı olarak bu kanunu yaptık, hazırladık deniyor. Ama bunun haricinde bir de dikkate almamız gereken husus; ülke yaŖlanıyor. Toplumsal bir dönüşüm mevcut. Aslında biraz sunumu da kısaltma amacıyla bunlardan bahsetmedim. Sosyolojik bir dönüşüm de mevcut. Türkiye, eskiden yaŖlılarla beraber yaşama çok daha yaygındı. Sizin çocuğunuza da yaŖlılar bakıyordu, birlikte yaŖadığı yaŖlısı bakıyordu, siz de yaŖlının ihtiyacını karŖılıyordunuz. Ama Ŗu an öyle bir durum da mevcut değil. Dolayısıyla da aslında her alanda hem gençlere yönelik hem yaŖlılara yönelik yaŖ ayrımcılığının ortadan kaldırılması daha da önem taşıyor. Bu yüzden yaptırımların kanuni düzenlemelerle deęiŖtirilmesi bence çok önemli.

İŖ ilanları aŖamasında yaŖ ayrımcılığına maruz kalınması halinde benim görüşüm -azınlık görüşü de olsak- ayrımcılık tazminatına başvuru yapılabileceği yönünde, Ayrımcılık tazminatı yani İŖ Kanunu madde 5 hükmünün uygulama bulması mümkün. Türkiye İnsan Hakları EŖlik Kurumu Kanunu bu anlamda önemli; iŖ ilanları da dahil olmak üzere gibi bir ifade de var. Bu, isabetli bir düzenleme; iŖ ilişkisi kurulmadığı aŖamada yaŖ ayrımcılığı halinde Kuruma başvuru bakımından tartışma yok, demek oluyor.

Dr. Öğr. Üyesi Gülnihal Ahter Yakacak:

Bu nedenle, TİHEKK dıŖında da başka bir hukuki yol bulunabilir mi diye sormak istedim. TİHEKK'i bir baŖlangıç olarak görmek mümkün, çünkü kanun da kurum da henüz yeni sayılır ve zamanla daha da geliŖeceęini düşünebiliriz. Ayrıca, kanunla getirilen bir düzenlemenin Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilebileceğinden bahsettiniz. Elbette, bir kanunun iptali uzun bir süreçtir, ancak Ŗunu da belirtmek gerekir ki, kendisine uygulandığını düşünen bir kiŖi için mahkeme süreci de gereklidir. Burada bireysel başvurudan

değil, kanunda bir aykırılık olduğunu düşünen ve bu hükmün kendisine uygulandığını savunan bir kişinin, somut norm denetimi yoluyla iptal isteminde bulunabileceğinden bahsediyorum. En azından böyle bir hukuki imkân mevcut.

Siz de bunu dile getirmiştiniz. Çok teşekkür ediyorum.

Doç. Dr. Canan Ünal Adınır:

Şunu da tabii atlamayalım. Ben sadece doğrudan yaptırımlardan bahsettim. Ayrımcılıkla bağlantılı başka tazminat türleri, yaptırımlar da talep edilebilir. Mesela işveren ayrımcılıkla iş sözleşmesini feshettiyse bu haksız fesih. Haksız feshin sonuçları, işe iade davası açılması hatta haksız fesih tazminatı da karşımıza çıkabilir. Ama tabii ki asıl yaptırımı olan ayrımcılık tazminatı düzenlenmişken bu yaptırımın daha doğru bir şekilde kaleme alınması ve uygulanması, çok önemli.

Dr. Öğr. Üyesi Gülnihal Ahter Yakacak:

Teşekkür ederiz. Şöyle bir soru vardı Hocam: “Özellikle teknoloji sebebiyle yaş ayrımcılığının olmaması gerektiğini belirtmişsiniz. Bu da teknolojiye uyum sağlama zorluğu yaşlılar içerisinde bir ayrımcılık gerekçesi olabilir mi? Bu bir teknoloji şirketi olsa ve bunun için bir yaş sebebiyle ayırım yapılabilir mi? Bu haklı bir sebep olabilir mi?”

Doç. Dr. Canan Ünal Adınır:

Çok iyi anladım Hocam. Güzel de bir soru. Uyumda ya da adaptasyon da bir varsayım, yani daha yavaş uyum sağlayacağı ya da yapamayacağını düşüncesiyle iş sözleşmesinin feshi ayrımcılık. Bunun bence bir haklı kılma nedeni de yok. Ama tabii ki bir işletmesel gereklilik, işkolu değişti, ya da yapılan iş değişti, işyerinin bölümleri değişti ve daha çok teknoloji kullanılmaya başlandı. Bu teknolojiyi gerçekten adapte olamıyorsa eğer işçimiz gerekli adaptasyonu sağlayamadı ve diğer işçilere kıyasla daha yaşlı. İş sözleşmesi feshedilebilir, ama

bizde fesihte bir de son çare ilkesi var malumunuz. Öncesinde eğitim verilmesi ve bu teknolojik adaptasyonun sağlanması için de gerekenlerin yapılması gerekiyor ya da hatta mahkemeler başka iş sunmayı da söyleyecekler, yani daha az teknolojiyle. Ama burada altını çizmek istediğimiz husus varsayımlar. Yani o kör varsayımlarla, stereotiplerle hareket edilmemesi gerektiği.

Dr. Öğr. Üyesi Gülnihal Ahter Yakacak:

Evet, Hocam çok teşekkür ediyorum. Hocam sunumunuz için çok teşekkür ediyorum. Yani eklemek istediğiniz başka bir şey var mı onu sormak isterim. Bir de aslında siz önerilerinizi de ifade ettiniz zaten. *Türk hukuku açısından kısaca ifade edecek olsanız en önemli gördüğünüz hususlar nedir çözüm açısından en azından?*

Doç. Dr. Canan Ünal Adınır:

Aslında şöyle, iyi bir mevzuata sahip olduğunuzu düşünüyorum. Çok da teşekkür ederim. Toparlama imkânı verdiğiniz için Hocam. Kanuni düzenleme yeterli. Ama biliyorsunuz Hocam sosyal haklar, temel haklar da sadece kanun yeterli değildir. Bir de uygulama ayağı vardır. Uygulama ayağımız zayıf. Bu kanunu ne yazık ki işte Türkiye'nin İnsan Hakları Eşitlik Kurumu Kurulu'nun verdiği kararda bile Anayasa Mahkemesi'nden yanlış bir aktarma mevcut. Yani bu Kanun'u en iyi izah edecek kurumdan, kuruldan bahsediyoruz. Dolayısıyla aslında biz bunun uygulama açığını kapatmamız lazım. Bunun için de ben başvuruları önemsiyorum. Kurumun önüne aslında dosyaların gitmesi lazım. Bu anlamda da farkındalığın artması lazım. Yani biz biraz bunu kanıksadık. Bir arkadaşımız, hatta bir yönetici, üst düzey yönetici bir arkadaşıyla yıllar önce konuştuğumuzda çok güzel bir değerlendirme yapmıştı: *"Bizim işyerinde şu yaşta olanlar çalışamaz diye bir düzenleme yok; ama 50 yaşın üstünde çalışan da yok."* demişti. Ne yazık ki birçok işyeri için geçerli bir tespit. Ama bu durum, kanıksanıyor, normal de karşılanıyor. Oysa normal

karşılanmaması lazım. 50 yaşın üstüne çıkmak tek başına bir iş sözleşmesinin feshi sebebi değildir.

Yaş ayrımcılığı, Avrupa'da konuşuluyor, tartışılıyor. Amerika'da bu konu tartışılıyor. Asgari emeklilik yaşları 65 orada. 72 olan ülkeler var. Bizde zaten 65 hedefi vardı ama şu an EYT'lilerle beraber çok çok düştü bu sınırlar. Eskiden evet böyle bir sorun yoktu, ama emeklilik aylıkları yüksekti. İnsanlar bu anlamda geçimini sağlayabiliyorlardı. Ancak şu an koşullar değişti, emekli aylıkları düşük kaldı; emekli geçimini sağlamak için istihdam piyasasında kalmak zorunda. Buna ilişkin sosyal politikaları belirleyecek olan müessese yaş ayrımcılığı. Bunun da hukuki temelleri mevcut. Yaş ayrımcılığı yasağını, kullanmamız gerekiyor kısaca Hocam.

Dr. Öğr. Üyesi Gülnihal Ahter Yakacak:

Çok teşekkür ediyorum Hocam. Başından sonuna söylenebilecek her şeyi söylediniz. Kaynağını tamamen Anayasa'nın birçok maddesinden alıyor. Sadece madde 10 değil, 12, 48, çalışma hayatı, sosyal güvenlik hakkı, ayrımcılık yasağı, 90. madde zaten uluslararası sözleşmeler. Yani birçok maddeye dayanıyor. Verdiğiniz bütün örnekler, bilgiler için çok teşekkür ediyorum davetinizi kabul ettiğiniz için de.

Bugün burada, iş ilişkileri ve yaş ayrımcılığı gibi son derece önemli bir konuyu ele alarak farkındalık yaratmayı amaçladık. Öncelikle, bilgi ve deneyimlerini paylaşarak bizlere katkı sunan Sayın Doç. Dr. Canan Ünal Adınar'a gönülden teşekkür ediyorum. Hocamız, yaş ayrımcılığının yalnızca bireylerin çalışma hayatını değil, aynı zamanda toplumsal dönüşümü de derinden etkilediğini vurguladı. Bu durum, toplumsal eşitlik ve adalet anlayışına zarar veren önemli bir insan hakkı ihlalidir. Ayrıca, bu etkinliğe katılarak katkı sunduğunuz için hepimize teşekkür ediyorum. Toplantının organizasyonunda büyük emeği olan Prof. Dr. Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu'na ve teknik

destek konusunda serinin baŖından beri desteğini esirgemeyen Abdülmecit Güldağı'na iten teŖekkrlerimi sunuyorum.

Bir sonraki toplantıda grŖmek dileğiyle, hepinize iyi günler diliyorum.

İNSANA YAKIŞIR İŞ SERİSİ VIII:

Gemi Çalışanlarının Çalışma ve Dinlenme Süreleri İş Sağlığı ve Güvenliği Perspektifinden MLC ve Deniz İş Kanunu Çerçevesinde İnsana Yakışır Çalışma Koşulları

26 Aralık 2024

Moderatör: Prof. Dr. Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu

İbn Haldun Üniversitesi Hukuk Fakültesi

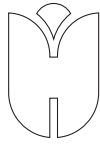
İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı

Konuşmacı: Doç. Dr. Esra Başkan

Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı





Açılış

Prof. Dr. Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu:*

Değerli Hocam, saygıdeğer meslektaşlarım ve kıymetli izleyicilerimiz, hepimizi sevgi ve saygıyla selamlıyorum. Bugün İnsana Yakışır İş Serisi'nin sekizinci webinarını gemi çalışanlarının çalışma ve dinlenme süreleri başlığı altında gerçekleştireceğiz. Bu önemli etkinlikle sizlerle bir araya gelmekten her zamanki gibi büyük mutluluk duyuyorum ve etkinliği düzenleyen İbn Haldun Üniversitesi Uluslararası Hukuk ve İnsan Hakları Uygulama ve Araştırma Merkezi'ne bu vesileyle teşekkürlerimi sunmak istiyorum. Zira bugün sekizincisini düzenlediğimiz ve sürdürülebilirlik bağlamında da oldukça yararlı olduğunu düşündüğüm bu serinin ne kadar önemli olduğunu gün geçtikçe daha iyi anlıyoruz. Her geçen gün yeni konu başlıklarıyla konunun ilişkisi ortaya çıkıyor ve değerli konuşmacımız Esra Hocamın da etkisiyle aslında bizim daha önce düşünmediğimiz fakat oldukça önemli ve güncel bir konuyla karşınızdayız. Bu etkinliklerin akademik çalışmanın yanı sıra aynı zamanda bir farkındalık yaratma platformu olmasını ve uygulamaya da etki etmesini temenni ediyorum.

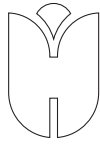
Bildiğiniz üzere denizcilik sektörü, küresel ticaretin bir nevi bel kemiği ve dünya ekonomisinin işlerliğinin sağlanmasında oldukça kritik bir alan. Ancak aynı zamanda insani ve hukuki açıdan da oldukça önemli. Zira gemi çalışanlarının çalışma ve dinlenme sürelerinin düzenlenmesi, onların insan onuruna yakışır çalışma koşullarına erişimi açısından vazgeçilmez. Denizcilik alanında çalışanların hem fiziksel hem de psikolojik sağlıklarını korumaya yönelik politikalar

* İbn Haldun Üniversitesi Özel Hukuk Bölüm Başkanı, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

geliştirilmesi bu açıdan çok önemli. Uluslararası Çalışma Örgütü ve Denizcilik Çalışma Sözleşmesi de çalışanların insan onuruna yakışır çalışma koşullarına erişimini temel bir hak olarak görmektedir. Çalışma ve dinlenme sürelerinin düzenlenmesi de bu temel hakkın hayata geçirilmesinde oldukça kritik araçlardan bir tanesi. Zira bu çalışma sürelerinin sınırlandırılmaması çok çeşitli risklere ve hak ihlallerine yol açabiliyor. Gemi çalışanlarının sürekli değişen deniz koşullarında, uzun çalışma süreleriyle ve ağır koşullar altında aşırı yorgunlukla çalışmaları bir yandan kendi sağlıkları -fiziksel ve ruhsal açıdan- diğer yandan da kendi sağlıklarının ötesinde gemideki yolcuların yahut taşınan eşyaların güvenliğini etkileyen bir unsur olarak karşımıza çıkıyor. Bu bakımdan konu sürdürülebilirlik açısından oldukça önem arz etmektedir.

Bugünkü etkinliğimizde biz bu önemli konuyu kıymetli konuşmacımız Sayın Doç. Dr. Esra Başkan Hocam ile ele alacağız. Değerli Hocam bu alanda uzmanlaşmış, çok nadir isimlerden bir tanesi. Kendisine şimdiden katkılarından dolayı teşekkür ediyorum. Hocama sözü vermeden önce kendisini çok kısaca takdim etmek istiyorum. Hocam iş hukuku alanında her ne kadar çok tanınmış bir isim de olsa çok kısa takdim etmeye çalışacağım. Hocamız şu an Özyeğin Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyesidir. 2005 yılında Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun olmuş ve ardından iş ve sosyal güvenlik hukuku alanında yüksek lisans ve doktora çalışmalarını tamamlamıştır. 2021 yılında ise doçent unvanını almıştır. Hocamın iş hukuku alanındaki monografik çalışmaları, ders kitabı ve makaleleri aslında konuyla ilgilenenlerin çok yakından bildikleri çalışmalar. Güncel konulardaki çalışmalarıyla da alana çok değerli katkılarda bulunuyor. Biz bugün kendisinden gemi çalışanlarının çalışma ve dinlenme süreleri konusundaki bilgi ve birikimini dinleme fırsatı bulacağız. Hocama sözü vermeden önce bir de değerli katılımcılarımıza şunu hatırlatmak istiyorum. Hocamıza eğer sorularınız

olursa YouTube üzerinden canlı olarak bize bu soruları iletebilirsiniz. Ben de Hocamın sunumunun ardından gelen soruları kendisine yöneltebilirim. Şimdiden tüm katılımcılarımıza, izleyicilerimize teşekkür ediyorum. Değerli Hocama teşekkür ediyorum. Verimli bir etkinlik dileyerek sözü kendisine bırakıyorum. Buyurun Sayın Hocam.



Gemi Çalışanlarının Çalışma ve Dinlenme Süreleri: İş sağlığı ve Güvenliği Perspektifinden MLC ve Deniz İş Kanunu Çerçevesinde İnsana Yakışır Çalışma Koşulları

Doç. Dr. Esra Baskan*

Yeliz Hocam, çok teşekkür ediyorum. Tabii bu platformda konuşmacı olarak yer almak da benim için çok mutluluk verici. Bu itibarla da bu webinarlarda sizi aslında ilgiyle takip ettiğimi de ifade etmek isterim. O yüzden tekrar sizlere teşekkür etmek istiyorum ve tüm katılımcıları da saygıyla selamlayarak sözlerime başlamak istiyorum.

Bu sunumda Yeliz Hocamın da söylediği gibi gemi çalışanlarının çalışma ve dinlenme süreleri ve özellikle iş sağlığı ve güvenliği perspektifinden Denizcilik Çalışma Sözleşmesi ve Deniz İş Kanunu çerçevesinde insana yakışır çalışma koşulları üzerine konuşacağız. Bu konunun oldukça önemli olduğunu düşünüyorum. Çünkü gemi çalışanlarının çalışma koşulları aslında oldukça farklı ve az sonra da ifade edeceğim üzere bu gemi çalışanlarının özel koruyucu düzenlemelere ihtiyaçları var ama ülkeniz mevzuatına baktığımız zaman aslında -özellikle Deniz İş Kanunu anlamında- çok ihmal edilmiş olan bir konu olduğunu da ne yazık ki görüyoruz. Oysa uluslararası sözleşmelerle oluşturulmuş çok ciddi standartlar var ve denizcilerimiz de bu standartlara tabii ki uymak zorundalar. Sunumda belirli başlıklara göre sırasıyla temel kavramlar anlamında insan yakışır işten

* Özyeğin Üniversitesi İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi

baŖlayarak ve iŖ sağlığı ve güvenliği, çalıŖma süreleri ve nihayet gemi alıŖanlarının çalıŖma süreleri Ŗeklinde ilerleyeceğim.

İnsana yakıŖır iŖ kavramını Uluslararası alıŖma rgt, onur, eŖitlik, adil gelir ve güvenli çalıŖma koŖulları olmak üzere temelde dört kavram üzerinden tanımlıyor ve bugün değineceğim konu aslında güvenli çalıŖma koŖulları ile ilgili. Güvenli alıŖma koŖulları denilince tabii ki akla ilk gelen iŖ sağlığı ve güvenliği. alıŖma koŖullarının güvenli ve emniyetli olması insana yakıŖır iŖ kavramının temel gereklerinden birisi olarak karŖımıza çıkmaktadır. Dolayısıyla iŖyerlerindeki bu fiziksel ve psikolojik güvenliğin sağlanabilmesi için aslında risklerin ortadan kaldırılması oldukça önemli. Peki alıŖma süreleri bunun neresinde? Sağlıklı ve güvenli bir çalıŖma ortamı için en önemli konulardan biri de tabii ki makul çalıŖma ve dinlenme sürelerinin sağlanmasıdır. alıŖma ve dinlenme süreleri bu anlamda insana yakıŖır iŖ kavramının gerçekten temel unsurlarından biri olarak değerlendiriliyor ve çalıŖanların iŖ yükünü dengelemek, fiziksel ve zihinsel sağlıklarını koruyacak düzenlemeler yapmak bu iŖin aslında olmazsa olmazı olarak grlmektedir. Dolayısıyla haftalık ve günlük çalıŖma sürelerinin makul srelerde sınırlandırılması, yine fazla alıŖmaların sınırlandırılması ve çalıŖanların onayına tabi tutulması, ara dinlenmelerinin, hafta tatillerinin, ulusal bayram ve genel tatillerinin güvence altına alınması ve tabii ki yıllık izin hakkının da etkin bir Ŗekilde tanınması önem arz etmektedir.

Gemi alıŖanlarının çalıŖma ve dinlenme sürelerinden söz etmeden önce kısaca bir gemi alıŖanı kimdir, ona da değinerek baŖlamak istiyorum. Aslında bizim mevzuatımızda gemi adamı ifadesi kullanılır. Ama ILO szleŖmelerinde “*seafarer*” teriminin kullanıldığını görüyoruz. Gemi adamı ifadesini artık pek kullanmamaya gayret ediyoruz. Bunun yerine gemi alıŖanı kullanıyorum ben de. Kimdir gemi alıŖanı? Denizcilik alıŖma SzleŖmesi’nde gemide herhangi bir iŖte çalıŖanların gemi alıŖanı olarak nitelendirilmiŖ olduğunu görüyoruz.

Hukukumuzda da Deniz İş Kanunu'nda gemi çalışanın tanımı mevcut. Deniz İş Kanunu'nun ikinci maddesi de *“bir hizmet akdine dayalı olarak gemide çalışanlar, işte kaptan, zabıt, tayfa ya da diğer kimseler gemi adamıdır”* şeklindedir. Dolayısıyla mevzuatımız açısından gemi çalışanı sayılabilmek için bir iş sözleşmesiyle çalışıyor olması gerekir. İkincisi de bu çalışmanın gemide olması gerekmektedir. Öncesinde de söylediğim gibi gemi çalışanları özel olarak korunmaya ihtiyaç duyuyorlar çünkü çalışma ilişkileri diğer işçilerden oldukça farklı. Bir kere çalışmaları gemide sürdürüyorlar. Özellikle uzak mesafede sefer yapan gemileri düşündüğümüz zaman aslında tüm zamanlarını yani fiilen çalışmadıkları süreleri dahi gemide ve işverenin kurallarına bağımlı olarak geçiriyorlar. Bunu yaparken deniz yolculuğunun zorluklarıyla mücadele ediyorlar ve bununla ilgili özel birtakım risklerle karşı karşıya kalıyorlar. Mesela iş yükleri oldukça ağır, çok uzun çalışma saatleri mevcut, gemide hareket, gürültü, titreşim gibi çevresel stres etkenlerine maruz kalmaktadırlar. Rahatsız uyku, gece vardiyası, değişken hava koşulları gibi sebeplerle iş güvenliği ne yazık ki çoğu kez eksik oluyor ve korsanlarla karşılaşmak gibi pek çok risk de mevcut. Aslında bunları daha da ayrıntılı bir şekilde sayabiliriz. Dolayısıyla bunların hepsine genel olarak baktığımız zaman iş kazası ve meslek hastalığı riski de oldukça yüksek bir çalışan grubu olduğunu görüyoruz. Bu yüzden de uluslararası alanda da baktığımız zaman bizim ülkemizde de gemi çalışanlarına özel düzenlemeler yapıldığını görüyoruz. Sunum konusu bu özel düzenlemelerin içerisinde tabii ki çalışma ve dinlenme süreleri olacak ve ben bunları anlatırken aslında temelde iki düzenlemeye göre anlatmak istiyorum. Biri Denizcilik Çalışma Sözleşmesi, diğeri ise Deniz İş Kanunu. Özellikle bu ikisini birbiri ile karşılaştırarak anlatmaya gayret edeceğim fakat asıl konuya geçmeden önce yine kısaca bu Denizcilik Çalışma Sözleşmesi'nden ve Deniz İş Kanunu'ndan özellikle kapsam ve uygulama alanları açısından da bahsetmek istiyorum.

Denizcilik alıŖma SzleŖmesi çok önemli bir uluslararası metin. Ŗyle ki, Uluslararası alıŖma rgt tarafından 2006 yılında kabul edilmiŖtir. Denizcilik alıŖma SzleŖmesini kabul ederken dediler ki amacımız Ŗu ana kadar denizcilik alanında yapılmıŖ olan, kabul edilmiŖ olan szleŖmelerin hepsini bir araya getirmek. İhtiyaç duyulan alanlarla bunları revize edelim ve tek bir metin altında birleŖtirelim. Bu gaye ile hareket edip önceki szleŖmeleri dediğim gibi revize edip tek bir belgede topladılar. Önceden birbirinden farklı çok fazla szleŖme vardı. Bu anlamda yaklaŖık 37 tane İLO szleŖmesinin bu Denizcilik alıŖma SzleŖmesi içerisinde alındığını görüyoruz. Tabii tek tek saymayacağım ama çok kısa bir Ŗekilde sizlere de göstermek isterim. (Asgari YaŖ (Deniz) SzleŖmesi, 1920- İŖsizlik Tazminatı (Deniz Kazaları SzleŖmesi, 1920- Gemi alıŖanlarının YerleŖtirilmesi SzleŖmesi, 1920- Gemi alıŖanları AnlaŖma Hükümleri SzleŖmesi). Denizcilik alanında kabul edilmiŖ olan tüm bu szleŖmeler revize edilerek Denizcilik alıŖma SzleŖmesi içerisinde birleŖtirildi. Dendi ki bu szleŖme dünya gemi tonajının toplamda en az yüzde otuzlk bölümünü kapsayan en az 30 üyenin onayının tescil edildiği tarihten 12 ay sonra yürürlüğe girecek ki bu koŖulu 2012 yılında karŖılanıyor ve dolayısıyla szleŖme 20 Ağustos 2013 tarihinde yürürlüğe giriyor. Ve bu tarihten sonra da birtakım deđiŖiklikler oldu. Temelde dört tane deđiŖiklik yapıldı Denizcilik alıŖma SzleŖmesi'nde. Ŗimdi bu szleŖme kimlere uygulanıyor? KiŖi açısından bakarsak metin bize bütün gemi çalıŖanları uygulanacağını söylüyor. Gemi alıŖanı da szleŖmeye tabi bir gemide herhangi bir iŖte çalıŖan veya grevlendirilmiŖ veya iŖ yapan kiŖiler olarak kabul ediliyor ve szleŖmenin kapsamına alınıyor. Dolayısıyla buradan acaba gemi neyi ifade ediyor bu szleŖme anlamında diye dŖnecek olursak, bunun da tanımını szleŖme de Ŗyle yapılmıŖ; "Sadece liman kurallarının uygulandığı bölgeler veya korunaklı sular veya iç sular veya bunlara yakın bitiŖik sular da değil, diğer sularda yüzen her türlü araç gemileri". Yani kamu özel sektör, fark etmez, ticari faaliyette bulunan

bütün gemileri uyguluyor. Fakat tabii ki savaş gemileri ve yardımcı savaş gemileri kapsam dışında bırakılmış. Çok genel sözleşmenin kabulü bu şekilde.

Türkiye bunun neresinde? Ondan da bahsetmek isterim. Aslında sözleşme kabul edilirken Türkiye sözleşmenin kabulü yönünde oy kullanıyor. Ama malumunuz bir uluslararası sözleşmenin bizim ülkemiz açısından bağlayıcı olması Anayasa'nın 90. maddesine göre meclis tarafından bir yasayla uygun bulunması şartına bağlı. Bu yasayı çıkardık mı? Evet, aslında 2017 yılında Denizcilik Çalışma Sözleşmesi'nin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair 6098 sayılı Kanun da çıktı. Ama yeterli oldu mu? Hayır. Çünkü sadece bu kanun da aslında Uluslararası Sözleşmenin yürürlüğe girmesi için yetmiyor. Cumhurbaşkanı tarafından onaylaması ve Resmî Gazetede yayınlanması gerekiyor. Bu koşul hala bizim ülkemizde gerçekleşmemiş durumda. Dolayısıyla onay süreci başlamış ama tamamlanmamış. Resmî olarak aslında Denizcilik Çalışma Sözleşmesi bağlayıcı değil. Hatta bu noktadan sonra bağlayıcılığı için atılması gereken pek çok adım var. Şöyle ki; onay kanununun da aslında revize edilmiş olması gerekiyor. Çünkü dediğim gibi Türkiye'ye sözleşmeyi onayladıktan sonra sözleşme 4 ana değişikliğe uğradı. Sözleşmenin 15. maddesi bir değişiklik yürürlüğe girdikten sonra sözleşme ancak değiştirilen şekliyle onaylanır şeklindedir. Dolayısıyla öncelikle uygun bulma kanununun revize edilmesi, sonra Cumhurbaşkanı tarafından onaylaması akabinde Resmî Gazete yayınlanması koşulları yerine getirilmesi ve bundan sonra da ILO tarafından tescili gerekmektedir. ILO tescilinden itibaren de 12 ay sonra yürürlüğe girecektir. Yani aslında bir an önce artık bu onay sürecinin tamamlanmasını ve sözleşmenin ülkemiz açısından da bağlayıcı olması bekleniyor. Ve bunu yaptıktan sonra da aslında bu sözleşmede öngörülen standartların mümkün olan en kısa süre içerisinde iç hukuka da aktarılması gerekiyor. Çünkü sözleşmenin kabulünün bir sonucu olarak sözleşmeyi kabul etmiş olan

ülkeler sözleşmenin etkin bir şekilde uygulanmasından sorumlu tutulmuşlar. Ve buradaki yükümlülükleri yerine getirmek için mevzuat, yönetmelik ve diğer tedbirleri almak ve yürütmekle hatta bunların denetimini yapmakla yükümlü tutulmuşlardır.

Sözleşmeye göre her üye kendi bayrağını taşıyan gemilerin özellikle denizcilik çalıştırma sertifikası, denizde çalışma uygunluk beyannamesine sahip olduğuna dikkat etmeli. Yani tüm bu yükümlülükleri onayla beraber yüklenmiş olacağız. Ama tabii şunu da söylemek isterim ki, henüz onaylanmamış olan şu mevcut durumumuzda dahi biz bu denizcilik çalışma sözleşmesini uygulamak zorundayız aslında. Çünkü bayrak devleti olarak değil belki ama gemilerimiz sözleşmeyi onaylamış olan bir ülkeye gittiğinde liman devleti denetiminin sonucunda sözleşmeye aykırı hususlar dolayısıyla yaptırma uğrayabiliyorlar. Çünkü sözleşmenin beşinci maddesi liman devletine denetim yetkisi vermektedir. Şöyle ki, bu sözleşmeye tabi her gemi, üyenin limanlarından birinde bulunduğu anda bu geminin sözleşme hükümlerine uygunluğunu tespit etmek için bayrak devletten farklı başka bir üye tarafından da denetlenebilir. Dolayısıyla liman devletinin denetimleri burada bizim gemilerimiz için de söz konusu olabiliyor. Bu sözleşmeyi halihazırda uyguluyor olmamızın bir diğer gerekçesi de Denizcilik Çalışma Sözleşmesi aslında ILO'nun bu alandaki daha önce kabul ettiği pek çok sözleşmeyi birleştirdi, revize etti ve toplandı. Dolayısıyla içeriğine baktığımız zaman aslında Denizcilik Çalışma Sözleşmesi'nin içindeki hükümler daha önce farklı farklı ILO sözleşmelerinde kabul edilmiş olan hükümlerdi ve biz bu ILO sözleşmelerinin bir kısmını onaylamıştık zaten daha önceden. Örnek olarak 146 No'lu gemi adamlarının yıllık ücretli iznine ilişkin sözleşme. Bu sözleşmenin hükümleri Denizcilik Çalışma Sözleşmesi'nde de neredeyse birebir aynı. Biz ondan bağılı değiliz desek bile bununla bağılıyız aslında -146 sayılı sözleşmeyle-. Dolayısıyla buradaki yükümlüklerimizi de tabii ki yerine getirmek bu anlamda bizim için bir

önem arz etmektedir. Hatta hemen yine çok kısa göstereyim. Denizcilik alanında Türkiye pek çok aslında ILO sözleşmesini de onaylamıştı. Şöyle hızlı bir şekilde geçeceğim. (15 No'lu Asgari Yaş (Trimciler ve Ateşçiler Sözleşmesi), 53 No'lu Ticaret Gemilerinde Çalışan Kaptanlar ve Gemi Zabıtlarının Mesleki Yeterliliklerinin Asgari İncaplarına İlişkin Sözleşme, 55 No'lu Gemiadamlarının Hastalanması, Yaralanması ya da Ölümü Halinde Armatörün Sorumluluğuna İlişkin Sözleşme, 58 No'lu Asgari Yaş (Deniz) Sözleşmesi (Revize), 68 No'lu Gemilerde Mürettebat için İaşe ve Yemek Hizmetlerine İlişkin Sözleşme. Bunların da bir uygulanmasının sonucu olarak. Özetle şunu diyebilirim ki resmi kabuller olmasa da Denizcilik Çalışma Sözleşmesi'ne uygun iş sözleşmeleri yapmak zorundayız. Toplu iş sözleşmelerini de keza bunlara uygun olarak düzenlemek zorundayız ki aslında uygulamada da böyle olduğunu söyleyebilirim. Özellikle ITF'in adına toplu iş sözleşmesi imzalamaya yetkili sendikaların yaptıkları sözleşmelere baktığımız zaman hep böyle denizcilik çalışma sözleşmesine uygun olduğunu, ona atıf yapılarak düzenlemelemin yapıldığını görüyoruz. Ve artık böyle bir sözleşme varsa -bu tür bir toplu iş sözleşmesi varsa- ITF, Denizcilik Çalışma Sözleşmesi'ne uygun mudur, değil midir, gemi çalışanlarını denetleme ve özellikle ücretlerin ödenmesi ya da iş sağlığı ve güvenliği alanında kurallara uyulmaması fark ettiği zaman gemiyi bağlatmaya kadar giden yaptırımları da söz konusu oluyor ki ITF'in bu yaptırımlarını Yargıtay da kabul ediyor aslında. Örnek yine bir kararda diyor ki Yargıtay 9. Hukuk Dairesi davacının çalıştığı gemi Malta Devlet Bayrağı taşıyor -elverişli bayraktır-. Uluslararası Çalışma Taşıma İşçileri Federasyonu denetimine tabidir ve bu federasyonun temsil yetkisi var ve bu yüzden de işveren için bağlayıcı bu yapılan sözleşmeler de geçerlidir denilerek denetim yetkisini kabul ediyoruz. Aynı yönde Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin Başka kararları da var. O yüzden diyorum, uygulamada Denizcilik Çalışma Sözleşmesi'ne atıf yapılarak böyle düzenleniyor. Bir iki tane örnek yine göstereceğim, okumayacağım ama hep

böyle atıflarla Konvansiyon'un iki-üç maddesini atıfla vs. düzenlendiğini görüyoruz. Yani uygulamada oldukça bağlayıcı bir sözleşme.

Gelelim Deniz İş Kanunu'na. 854 sayılı Deniz İş Kanunumuz 1967 yılında kabul ediliyor. Bu kime uygulanır? Onları da hemen söyleyeyim. Kapsam maddesinde- birinci maddesinde-, kanun denizde, göllerde, akarsularda Türk bayrağı taşıyan ve yüz ve daha yukarı grostonilatoluk gemilerde hizmet akdi ile çalışan gemi adamları ve işverenleri hakkında uygulanır diyor. Ama eğer işverenin birden fazla gemisi varsa ve grostonilato toplamları yüz ya da daha fazlaysa ya da 5'ten fazla gemi adamı çalıştırıyorsa onlar da Deniz İş Kanunu kapsamına giriyorlar.

Ve nihayet konuma hemen giriş yapacağım. Gemi çalışanlarının çalışma sürelerinden devam edeceğim. Dediğim gibi önce Denizcilik Çalışma Sözleşmesi ne diyor? Bizim mevzuatımız ne diyor? Bu şekilde gitmek istiyorum. Denizcilik Çalışma Sözleşmesi çalışma ve dinlenme süreleri konusunda çok kesin bazı kurallar koymuş durumda. Diyor ki, çalışma ve dinlenme sürelerini mutlaka mevzuatla belirleyeceksin ve mutlaka azami çalışma saat süresini ve asgari dinlenme saat süresini de bu mevzuatın içerisinde düzenlemiş olacaksın. Ama sadece düzenlemiş olmasını istemiyor. Aynı zamanda bu düzenlemelerin kendi koyduğu sınırlara da uygun olmasını bekliyor sözleşme. Diyor ki, çalışma süresi haftada bir gün tatil, -hafta tatili- ve diğer günlerde dahi 8 saat. Yani günde 8, haftada 48 saatlik bir çalışma süresi öngörmüş durumda Denizcilik Çalışma Sözleşmesi. Ama tabii ki daha lehe düzenlemelerin getirilebilmesi de mümkün. Yine günlük asgari ve azami çalışma süreleri ve asgari dinlenme sürelerine de yer verdiğini görüyoruz. Diyor ki 24 saatlik bir dönem için 14 saat ve 7 günlük bir zaman dilimi için 72 saat azami çalışma süresi. Asgari dinlenme süresi ise 24 saatlik dönem için 10 saat ve 7 günlük bir dönem için 77 saattir. Dinlenme süresi en az 6 saat olacak şekilde bir tanesi. İki dönemden fazla bölünmemeli ve arka arkaya iki dinlenme

süresindeki ara 14 saati aşmamalıdır şeklinde düzenleme getiriyor. Yine sözleşmede 18 yaşının altındaki genç gemi çalışanları için haftada 40 saatlik bir çalışma süresi sınırı getirilmiş ve sadece güvenlik sebebiyle -eğer kaçınılmazsa fazla mesai- bu genç gemi çalışanlarına yaptırılabilir şeklinde hükümler içeriyor.

Hemen döndüğümde Deniz İş Kanunu'nun 26. maddesinde düzenleme var. Günde 8, haftada 48 saat çalışma süresini düzenliyor. Baktığınız zaman aslında Denizcilik Çalışma Sözleşmesi'ne uygun. Ama hani düzenleme bununla sınırlandırılmış. Şöyle ki sözleşmede olduğu gibi asgari ve azami sınırları kanunda yer verilmediğini görüyoruz. Ama bu hukukumuzda olmadığı anlamına da gelmiyor. Çünkü Gemi Adamları ve Kılavuz Kaptanları Yönetmeliği'nde aslında vardiyalı çalışma düzeni düzenlenirken, burada dinlenme süreleri ve vardiyalar arasındaki sürelerle ilişkin düzenlemeler mevcut. Bu yönetmeliğe göre; denizcilik işletmeleri gemide vardiya tutma ile ilgili düzenlemeleri, vardiya tutacak gemi adamının yorgun düşerek verimliliğini azaltmayacak bir şekilde yapmalarını sağlayacak. Bu da yine günde en az 10 saat, 7 günlük bir periyod içerisinde en az 77 saatlik bir dinlenme süresinin verilmesini zorunlu kılmaktadır. İki dinlenme periyodu arasındaki süre en fazla 14 saat olabilir. Günlük dinlenme süreleri en fazla iki bölüme ayrılabilir ve bunlardan biri en az 6 saat olmak zorundadır şeklinde düzenleme yapılmış. Yine 18 yaşının altındaki genç gemi çalışanları için gemide tehlikeli işlerde çalıştırılmaz, zorunlu deniz eğitimi parçası değilse gece vardiyası tutamaz şeklinde düzenlemeler içermektedir. Yani Denizcilik Çalışma Sözleşmesi'ne paralel kurallar ama biz bunun kanunla değil yönetmelikle yapılmış olduğunu görüyoruz. Belki kanun ile düzenlenmesi daha isabetli olabilir diye düşünüyorum.

Fazla çalışma, bu konuda oldukça önemli bir husustur. Denizcilik Çalışma Sözleşmesi'ne göre, fazla çalışma günlük 8 saati ve haftalık 48 saati aşan çalışmalar olarak tanımlanmıştır. Ayrıca, fazla

çalışmanın karşılığının, temel ücretin saat başına düşen tutarının en az 1.25 katı olması gerektiği belirtilmiştir. Bunun yanı sıra, tüm mesai ve fazla mesai kayıtlarının kaptan veya kaptanın belirlediği bir kişi tarafından tutulması ve fazla çalışma ücretlerinin bir ayı aşmayan aralıklarla ödenmesi gerektiği ifade edilmiştir. Hatta sözleşmede bir de birleştirilmiş ücret alan gemi çalışanları için de fazla çalışma esaslarına yer verilmiştir. Birleştirilmiş ücret aslında temel ücrete bağlı olarak, bizim ülkemizde de sık rastlanan aslında fazla çalışma ücretlerinin dâhil edildiği ve ücretin bu şekilde belirlendiği ücretler. Eğer böyle bir ücret kararlaştırılmışsa diyor sözleşme, bu sözleşmede gemi çalışanın ücreti karşında kaç saat çalışacağını mutlaka açıkça belirtilmesi ve buna aşan bir çalışma varsa yine fazla çalışma ücretlerinin zamlı ücret şeklinde ödenmesi gerekir şeklinde bu konudaki ilkeleri de belirlemiş. Zamlı ücret şeklinde ödenebilir diyor ama ulusal mevzuatta serbest zaman karşılığı olarak da ödenebilir. Buna da imkân tanıyor aslında. Şöyle bir hüküm getirmiş sözleşme; fazla çalışmaya karşılık veya haftalık dinlenme gününde veya resmî tatil gününde gerçekleştirilen işlerde ödeme ya da tazminat yerine süreli izin, gemiden ayrılma izni veya ek izin verilmesi sağlanabilir. Yani ulusal mevzuat ile bunun yapılmasına olanak tanıyor.

Deniz İş Kanunu'na baktığımız zaman fazla çalışmaya ilişkin 28. maddede düzenleme yapıldığını görüyoruz. Genel olarak diyor ki kanun, bu kanuna göre tespit ettiğim iş sürelerinin aşılması suretle yapılan çalışmalar fazla saatlerle çalışmadır şeklinde. Şimdi dikkat çeken bazı hususlar oluyor bu düzenlemede. Öncelikle biz İş Kanunu'ndan fazla çalışma- fazla saatlerle çalışma şeklinde bir ayrıma alıştık. Ancak burada böyle bir durum söz konusu değil. Haftalık çalışma süresi, günlük çalışma süresi belli. Bunun üzere doğrudan fazla çalışma olarak karşımıza çıkıyor. Dolayısıyla sadece haftalık çalışma süresinin aşılması değil, günlük çalışma süresinin aşılması da fazla çalışma olarak karşımıza çıkıyor. Çünkü günde 8 saat denilmekte ve bunun

üzerine çıktığı zaman haftalık 48 saati aşmasa dahi fazla çalışma yapıldığını kabul ediyoruz ki Yargıtay'ın kararları da bu yönde. Yüksek mahkeme gemi çalışanı günlük 8 saatlik çalışma süresini aşarsa 48 saatlik haftalık çalışma süresi aşılmamış olsa bile fazla çalışmanın varlığını kabul etmektedir, kararları bu yönde. Yine İş Kanunu'ndaki düzenlemeden farklı olarak gemi çalışanın fazla çalıştıracağı hallere ilişkin bir gerekçe kanunda yok. İşte İş Kanunu'nda olmayan fazla çalışma için, ülkenin genel yararları, işin niteliği, üretimin artırılması gibi gerekçeler örnek verilmek suretiyle sayılır ama burada öyle bir düzenleme mevcut değil. Dolayısıyla Yargıtay da diyor ki, herhangi bir sebebe dayanmak zorunda olmaksızın işveren gemi çalışanına fazla saatlerle çalışma yaptırılabilir. Yine dikkat çekici bir nokta, fazla çalışma için bir üst sınır getirilmemiştir. İş Kanunu'na baktığımız zaman yıllık 270 saatlik bir sınır getirildiğini görüyoruz biz ama Deniz İş Kanunu'nda böyle bir düzenleme, yani günlük, haftalık, yıllık gibi bir düzenleme olmadığını görüyoruz. Ama tabii ki bunları sınırsız olarak fazla çalışma yaptırabilecekleri anlamına da gelmiyor. Peki, burada hangi kriter dikkate alınarak bir sınır getirilecek? Yargıtay' a göre; -isabetli olarak- Uluslararası Çalışma Örgütü'nün sözleşmelerine bakarım ki bunlar zaten bizim için de bağlayıcı. Burada azami günlük ve çalışma süreleri var. Asgari dinlenme süreleri var. Dolayısıyla bunlara bakarak aslında fazla çalışmanın üst sınırını koyabilirim şeklindedir. Bu şekilde bir sınırlama getiriyor Yüksek Mahkeme. Gelelim fazla çalışmanın karşılığına. Deniz İş Kanunu'nun 28. maddesinin 2. fıkrasında diyor ki, normal çalışma ücretini saat başına düşen miktarını %25 oranında arttırmak suretiyle saatlik fazla çalışmanın karşılığı ödenecek. Ücret miktarına baktığımız zaman denizcilik çalışma sözleşmesiyle uyumlu. Orada da 1.25 olduğunu söylemişti sözleşme. Ve tabii ki bu zam oranının da nispi emredici nitelikte olduğunu ifade etmekte fayda var. Daha da yüksek bir zam oranı sözleşmelerle öngörülebilir. Tabii burada yine akla gelen şimdi iş kanunu 45 saatin üzerindeki çalışmaları %50 zam oranı öngörüyor. Ama gemi çalışanları

için %25 bir zam oranı. Acaba bu isabetli mi? Bu birazcık tartıŖılabilir. Hatta birazcık da çalıŖma koŖulları daha da zorlu olduğunu söylemiŖtik. Daha zor çalıŖma koŖullarıyla çalıŖan gemi çalıŖanları daha düşük bir zam oranının öngörölmüŖ olması isabetli değil. Hatta bunun yerine %50 zamlı ücret oranı öngören borçlar kanunu uygulanabilir mi aslında? Daha lehe ve sonraki genel kanun niteliği taŖıdıđı için. Bence öyle olması gerekir. Çünkü yani daha yüksek bir zam oranı var. Evet, sonraki genel kanun. Ama Yargıtay'ın bu görüŖte olmadığını söyleyebilirim. Borçlar Kanunu uygulanmaz çünkü Deniz İŖ Kanunu'na hüküm mevcut demektedir Yüksek Mahkeme.

Yine fazla çalıŖmayla ilgili 27. maddede bir düzenleme görüyoruz. Fazla çalıŖmaya tabi olmayan gemi çalıŖanları madde baŖlıđı. Burada bazı çalıŖanlar sayıyor ki bunlar birden fazla kaptanın bulunduğu gemilerde birinci kaptan veya ona vekalet eden kimse. Birden fazla baŖ makinist bulunursa, gemilerde baŖ makinist, doktor ve sağlık memurları, hemŖire ve hasta bakıcılar, asli görevleri can, mal ve gemi kurtarma olan kurtarma gemilerinde çalıŖan gemi adamları ve gemide kendi namı hesabında çalıŖanlar, bu kiŖiler bu kanundaki iŖ sürelerine iliŖkin hükümlere tabi değillerdir, diyor. Öyle olunca da tabii tartıŖma Ŗu, acaba fazla çalıŖma olur mu onlar için? Yüksek Mahkeme'nin aslında eski tarihli kararları var. Çok eski bir tarihte fazla çalıŖma olabileceğini kabul etmiŖ ama sonraki kararına baktığımız zaman aksi yönde olduğunu söylüyor. Öğreti de bu konu birazcık tartıŖmalı. Ben Ŗöyle düşünüyorum, Uluslararası SözleŖmelere baktığımız zaman böyle bir ayrımı yok. Evet, tabii ki bunlar diğer gemi çalıŖanları gibi değil. Farklı olarak çalıŖıyorlar. Belki daha az çalıŖıyorlar vs. ama somut olayda gerçekten iŖ sürelerini aŖan bir çalıŖması olduğu dönemler olabilir ve varsa o zaman fazla çalıŖma ücreti de alabilir diye düşünüyorum. O ayrıma gerek olmadığını düşünüyorum.

Şimdi 28. maddenin üçüncü fıkrasında fazla çalışma sayılmayan haller var. Burada da diyor ki, aşağıda sayılan hallerde fazla saatlerde çalışma sayılmaz. Bunlar gemideki şahısların ve gemi hamulesinin selameti için kaptanın yapılmasını zaruri gördüğü işler, gümrük, karantina gibi sıhhati formaliteler dolayısıyla yerine getirmesinde zorunluluk bulunan ilave işler, gemi seyir halinde veya limandayken gemide yaptırılan talimler. Bunlar fazla çalışma sayılmaz diyor. Şimdi bu hüküm olunca da tabii tartışma şu noktada acaba çalışma süresine dâhil edilecek ve bunlar dolayısıyla ücretlendirilecek mi, ücretlendirilmeyecek mi? Yine biraz tartışmalı. Bunun ücretlendirilmesi gerektiği yönünde görüşler de mevcut. Görüşe göre, bu sadece zor zamanlarda süre sınırı olmaksızın çalışma yapmalarını sağlamak amacıyla getirilen bir hükümdür. Ücretlendirilmeyeceği anlamına gelmez. Ama aksi yönde görüşler de var. Zaten bunlar zaruretten doğan çalışma biçimleridir. Normal iş sürelerine zaten eklenemez. Denizcilik zaten farklıdır. Gemiciliğin özveri isteyen bir karakteri vardır. Hem uluslararası sözleşmelerde hem de ulusal mevzuatta bunlar açıkça fazla çalışma sayılmamıştır. O yüzden ücretlendirilemezlerdir şeklindedir bir diğer görüş. Kanuna baktığımız zaman fazla çalışma sayılmadığı için ayrıca ücretlendirilmesine gerek olmadığı sonucu çıkarılıyor. Ama amacı bu mu Kanun'un? Ben öyle pek düşünmüyorum. Amacı ücretlendirilmemesinden ziyade çalışma süreleri sınırlarına bağlı olmadan çalıştırılması amacı sağlamaktır diye düşünüyorum. Çünkü bu benzer hüküm denecek çalışma sözleşmesinde de var aslında. Kaptan gerektiğinde normal çalışmayı veya mesai saatlerini askıya alabilecek ve normale dönene kadar gemi çalışanından çalışmaya devam etmesini isteyebilecektir diyor. Dolayısıyla dediğim gibi amaç zor durumlarda çalışmalarını sağlamaktır diye düşünüyorum. Hatta yine benzer bir düzenleme ulusal mevzuatımızdaki Gemi Adamları ve Kılavuz Kaptanları Yönetmeliğinde de görülüyor. Tabii tartışılabilir bir husustur diyebilirim.

Ve tabii ki, gemi çalıŖanları için dinlenme hakkı ve yıllık izin hakları son derece önemli konulardır. Denizcilik alıŖma SzleŖmesi'ne baktığımız zaman szleŖme diyor ki, mutlaka gemide çalıŖanlar yıllık ücretli izin hakkına sahip olacaklardır. Genel kural bu Ŗekilde konmuŖ ve devamında bu yıllık iznin kullanılmasına iliŖkin esasları da belirlemiŖ szleŖme. SzleŖmeyi onaylayan her üye, gemi alıŖanlarına uygulanacak yıllık iznin asgari standartlarını belirleyen bir standart kabul edecektir, diyor. alıŖılan her ay için asgari 2,5 günlük temel üzerinden yıllık izin hakkı kazanır iŖiler diyor. Ve yıllık asgari ücretli izin hakkından vazgeçmeye iliŖkin her türlü anlaŖmanın yasak olduğu belirlenmiŖ durumda. Yine yıllık iznin kullanılması konusunda önemli szleŖme hükümleri mevcut. Bunların önemle altını çizmek istiyorum çünkü birazdan bizim hukuk açısından bence birazcık sorunlu alanlardan bir tanesi. Ŗimdi yıllık izni hak kazanabilmek için asgari bir hizmet süresinin tamamlanmıŖ olması gerekiyor bir yıllık gibi. Ve acaba bu bir yılın içerisinde iŖçinin fiilen alıŖamadığı bazı durumlar, örneğin hasta olduğu için alıŖamadığı gibi durumlar, acaba bu hizmet süresinden sayılacak mı, sayılmayacak mı? SzleŖmede açık hüküm var. Diyor ki, denizcilikle ilgili bir mesleki eğitim kursuna katılmak ya da hastalık, sakatlık, doğum izni gibi sebepler dolayısıyla iŖe gelmeme hizmet süresinin içerisine değerlendirecektir. Yine bir diğer önemli hüküm, bir yıldan kısa süre ile istihdam edilmiŖse yani o bekleme süresini tamamlayamadan iŖ szleŖmesi sona ermiŖse, gemi alıŖanının alıŖtığı süreye orantılı olarak yıllık izin hak kazanacaktır Ŗeklinde bir hüküm getiriliyor. Ve yıllık izin süresinin hesaplanmasında resmi veya dini tatil günleri, hastalık, yaralanma veya analık nedeniyle alıŖılamayan süreler, geçici karaya çıkma izinleri ve telafi izinleri yıllık ücretli izin hesabında dikkate alınmaz diyor. Bunlar izin gününden sayılmaz Ŗeklinde önemli hükümler getirilmiŖ.

Deniz iŖ Kanunu'nun 40. maddesi yıllık ücretli izinleri düzenleniyor gemi alıŖanlarının. 40. maddeye bakacak olursak aynı iŖveren

emrinde veya aynı gemide bir takvim yılı içinde bir ya da birkaç hizmet takvimine dayanarak en az altı ay çalışmış gemi adamı yıllık ücretli izne hak kazanacaktır. Altı aydan bir yıla kadar hizmeti olanlar için on beş gün, bir yıla daha fazla hizmeti olanlar için de yılda bir aydan daha az olamaz şekilde düzenleme getiriyor. Şimdi tabii yıllık izne hak kazanabilmek için belirli bir bekleme süresinin geçirilmesi bu hakkın doğası gereğidir. Zaten genellikle öngörülen bir koşuldur. Çünkü yıllık izni zaten amaç işçi uzunca bir süre, sayılabilecek bir süre çalıştı ve yoruldu, artık birazcık dinlensin. Bu yüzden mevzuatımızda da mevcut. Uluslararası düzenlemelere de baktığımız zaman aslında bir tam yıl çalışma karşılığı genellikle yıllık izne hak kazanıldığı kabul edilmiştir. Denizcilik Çalışma Sözleşmesi'nde de, 146 sayılı Yıllık Ücretli İzne İlişkin Sözleşme'de de bu bekleme süresi var. Burada herhangi bir sıkıntı yok. Ama belki şu bizim hukukumuz açısından bir eksiklik olarak görebilir. Sözleşmeye göre, asgari iş çalışma süresini tamamlamadan eğer işten ayrılırsa çalıştığı süreye orantılı olarak yıllık izni alabilecektir. Ama ulusal mevzuatımızda bu kabul edilmiyor. Yani eğer o hizmet süresini tamamlamadan ayrıldıysa o zaman hiç yıllık izne hak kazanamaz şeklinde kabul ediliyor. Ama sözleşmeler böyle değil. Dolayısıyla sözleşmelere aykırı. Bu yüzden Anayasa'nın 90. maddesi gereğince 146 sayılı Sözleşme hükmünün uygulanarak burada orantılı yıllık izne hak kazanmasına olanak tanınmalıdır diye düşünüyorum. Ama Yüksek Mahkeme yine bu kanaatte değil aslında. Altı ayı doldurmamışsa yıllık izne hiç hak kazanılmayacağını kabul etmiş kararlarında.

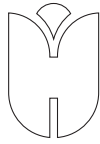
Yıllık izin süresinde değerlendirdiğimiz zaman ulusal çalışma sözleşmesindeki hükümlerle uygun aslında. Bu konuda söylenecek pek fazla şey yok. Ama sorunlar da işte fiili çalışmanın bulunmadığı, ulusal bayram, genel tatil günleri, hastalıkta geçen süreler. Bunlar hizmet süresinin hesabında dikkate alınacak mı? Deniz İş Kanunu'nda bu konuyla ilgili bir düzenleme yok ama Deniz İş Kanunu'nun 42.

maddesinde hafta tatiline ilişkin bir düzenleme var ve bu tür sürelerin hafta tatilini hak kazanmak için gerekli hizmet süresinin hesabında dikkate alınacağını düzenlemiş. Dolayısıyla acaba bu 42. maddede ki hafta tatili için getirilen düzenleme yıllık izin içinde uygulanabilir mi? Bu tartışılabilir. Öğretiye baktığımız zaman bazı yazarlar bunun uygulanması gerektiğini, hafta tatili için getirmişler, yıllık izin içinde kullanılabileceğini söylüyor. Ama bir başka görüşte bu konuda boşluk var, Deniz İş Kanunu'nda hüküm yok. Bu boşluğu Borçlar Kanunu ile doldurarak aynı sonuca ulaşabiliriz diyorlar. Ama ben de şöyle düşünüyorum, tabii bunların mutlaka o süre içerisinde yer alması gerekir, hizmet süresine dahil edilmesi gerekir ama zaten 146 sayılı Sözleşme'de de bu hüküm var ve biz bunu kabul etmişiz ve yine aynı sonuç anayasanın 90. maddesi gereği uluslararası sözleşmeyi üstün tutarak doğrudan onu uygulayabiliriz diye düşünüyorum.

Bir de yine tabii yıllık izni süresinin hesaplanmasında dikkate alınmayacak süreler. Yine az önce sözleşmedeki hükmü söylemiştim. Deniz İş Kanunu'nda bu konuyla ilgili hiçbir düzenleme yok. Örnek olarak yıllık izin süresi içine denk gelen bayram, hafta tatili bunlar dikkate alınacak mı? Hemen Yargıtay'ın görüşünü söyleyeyim. Deniz İş Kanunu'nda yıllık ücretli izin günlerinin hesabında izin süresine rastlayan ulusal bayram, hafta tatili ve genel tatillerden sayılmayacağına, yani yıllık izin süresinden sayılmayacağına ilişkin düzenleme yoktur. Dolayısıyla bunlar dikkate alınmaz şeklinde karar vermiş durumda. Benim düşüncem yine burada 146 sayılı Sözleşmeye bir aykırılık olması. Çünkü yine burada açıkça bu tatil günleri, hastalık, yaralanma, analık nedeniyle iş göremezlik süreleri, telafi izinleri bunların hepsi yıllık izni süresinden sayılmaz diyor. Yine dolayısıyla aynı sonuca çıkacağım ve Anayasa 90. madde gereği 146 sayılı Sözleşmeyi uygulayarak bunları saymamız, yıllık izni süresine dâhil etmemiz gerekir diyeceğim. Yıllık izne hak kazanmış olmasına rağmen henüz izni kullanmadan sözleşmesi sona eren gemi çalışanı bunun ücretini

alacak mı? Tabii ki alacak. Zaten hani iş hukukunda biz genel olarak kabul ederiz ki eğer yıllık izne hak kazanılmış ama henüz kullanılmadan iş akdi sona ermişse o zaman bu ekonomik bir hakka dönüşür ve dolayısıyla da ücretin son aldığı ücretle çarpılarak kaç gün yıllık izin süresi varsa bunun karşılığı ödenir. Deniz İş Kanunu'nda bu sözleşmenin sona ermesiyle gemi çalışanın yıllık izin ücretine hak kazanmasını sözleşmenin sona erme hallerine dayalı olarak ayırıyordu. Bazı sona erme hallerinde yıllık izin ücretini alıyordu gemi çalışanı, bazı sona erme hallerinde almıyordu. Ama tabii bu yıllık izin ücreti ücret niteliğinde bir alacak ve sözleşmenin sona ermesine bağlanamaz. Bu yüzden bu hüküm çok eleştirilen bir hükümdü ki zaten yüksek mahkemeyle uygulamıyordu. Yani Yargıtay 146 sayılı Sözleşme'ye aykırı bulunduğu için uzun zamandır bu hükmü uygulamayıp sözleşmenin sona ermesinin nedeni olursa olsun gemi çalışanın yıllık iznin ücretini alabileceğini kabul etmişti ama neyse ki şöyle bir düzenleme gelişimi oldu. 2024'te Anayasa Mahkemesi bu hükmü iptal etti. Dolayısıyla bu sorunlar artık kaldırılmış oldu.

Bir eksiklik daha şunu söyleyebilirim. Denizcilik Çalışma Sözleşmesi genç gemi çalışanları için özel düzenlemelere yer verilmiş olması gerektiği söylüyor ama bunlarla ilgili de kanunda hiçbir hüküm görmüyoruz. Yani tabii ki kanunumuzun artık değişmesi gerektiği aşikâr ve herkes tarafından da kabul ediliyor. Tüm bu hususların yeniden sözleşmelere dayalı olarak düzenlenmesi gerekir diye düşünüyorum.



Soru ve Cevaplar

Prof. Dr. Yeliz Bozkurt Gmrkoğlu:

Değerli Hocam, çok teŖekkür ediyorum. Bu kapsamlı sunum için gerçekten minnettarım. Ben de kendi adıma çok faydalandım. Ulusal mevzuatı Denizcilik alıŖma SzleŖmesi ile karŖılaŖtırarak, bir yandan mevzuat deđiŖikliđi gerektiren durumlar hakkında bizlere bilgi verdiniz, diğer yandan da uygulama açısından sorun teŖkil eden tüm alanları deđerlendirmiŖ oldunuz. Siz konuyu kapsamlı bir Ŗekilde ele almıŖ olsanız da, bazı noktaları biraz daha derinleŖtirmek adına, msaadeniz olursa birkaç soru sormak isterim.

İlk sorum Ŗu: *Gemi alıŖanlarının fazla çalıŖma iddialarında ispat yükümlülüğü kime aittir? Taraflar, hangi belgeleri ve hangi kanıtları sunmalıdır? Özellikle uzak yol yapan, uluslararası seferlerde çalıŖan gemilerde, fazla alıŖmanın ispatı konusunda karŖılaŖılan zorluklar nelerdir ve bu sorunlar nasıl aŖılabilir?*

Doç. Dr. Esra Baskan:

Tabii. Hocam Ŗyle yani fazla alıŖmanın ispatı zaten iŖ hukukunun çok temel meselelerinden beri deniz iŖ çalıŖanları için de aynı esaslar tabii ki sıkıntı yaratabiliyor bazen. BaŖta tabii Ŗunu söyleyeyim, ispat konusunda Deniz İŖ Kanunu'nun 28. maddesinde bir düzenleme var. Diyor ki, iŖveren ya da vekili, yani donatan, donatma iŖtiraki veya onun vekili, kaptan, noter tasdikli bir defter tutmak zorunda bu fazla alıŖmalarla ilgili olarak. Ve bu fazla alıŖmalar defterinde hangi günler fazla çalıŖma yaptı, ne kadar ücret ödendi vs. bunların yazılı olması gerekiyor. Böyle bir defter tutma zorunluluğu getirilmiŖ. Dolayısıyla en önemli ispat aracı aslında bu olacak. Hatta

şunu da söyleyeyim. Eğer defter tutulmuşsa ve gemi çalışanı da herhangi bir ihtiyaç diye kayıt koymadan bunu imzalamışsa, Yargıtay artık bunun daha üzerinde bir fazla çalışma yaptığı iddiasında bulunamayacağını söylüyor gemi çalışanın. Ama tabii ki bu konuda da birtakım aksaklıklar olabilir. O defter tutulmamış olabilir. O zaman ne yapacağız? Tabii şunu söyleyeyim. Her türlü delille ispatı mümkün burada da aslında. Ve bu denizcilik alanında özellikle jurnal defterleri, bordolar, banka kayıtları ve hatta tanık tabii ki burada fazla çalışmaların ispatı açısından önemli kaynaklar Yargıtay'ında, mahkemelerinde bunlardan yararlanarak ispatı baktıklarını görüyoruz.

Prof. Dr. Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu:

Bir diğer sorum, yine uygulamada sıkça karşılaşılan sorunlardan birine ilişkin. Yıllık izin, genel olarak tüm çalışanlar için tartışmalı bir konu olsa da, ben özellikle denizcilik sektörüne yönelik bir soru sormak istiyorum.

Gemi çalışanları açısından, yıllık izin hakkı iş sözleşmesi devam ederken ücrete dönüştürülebilir mi? Eğer dönüştürülemezse, sözleşmenin sona ermesi durumunda kullanılmayan izinler için nasıl bir ödeme yöntemi belirlenmelidir ve bu süreç nasıl ilerlemelidir?

Doç. Dr. Esra Baskan:

Hocam, şöyle açıklayayım. İş hukukunda, iş sözleşmesi devam ederken yıllık iznin ücrete dönüştürülemeyeceği kabul edilmektedir. Çünkü yıllık izin, işçinin kullanmak zorunda olduğu bir haktır ve iş sağlığı ve güvenliği açısından da büyük önem taşımaktadır. Aynı ilke, Deniz İş Hukuku açısından da geçerlidir. Deniz İş Kanunu'nda, yıllık iznin ücrete dönüştürülemeyeceğine dair açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte, kanunun 40. maddesinde “yıllık izin hakkından feragat yasaktır” şeklinde bir hüküm yer almaktadır. Bu düzenlemeden hareketle, yıllık iznin ücrete çevrilemeyeceği sonucuna ulaşmak mümkündür. Ayrıca, Borçlar Kanunu'nun 425. maddesinde, işçinin,

işverenden alacağı ücret karşılığında yıllık izninden feragat edemeyeceği açıkça belirtilmiştir. Bu madde de uygulanabilir niteliktedir. Dolayısıyla, Deniz İş Hukuku kapsamında da yıllık izin ücrete dönüştürülmesi mümkün değildir. Hatta, Yargıtay, işverenin yıllık izin yerine ücret ödemesi durumunda, bunun işçi açısından haklı nedenle fesih sebebi oluşturduğunu kabul etmektedir. Sonuç olarak, İş Kanunu kapsamında geçerli olan ilkeler, Deniz İş Hukuku açısından da aynen uygulanacaktır.

Prof. Dr. Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu:

Hocam, çok teşekkür ederim. Sizin yorumlarınızı tekrar duymak istedim çünkü ne kadar vurgulasak da, yıllık izin vazgeçilemez ve feragat edilemez bir hak olduğunu, iş sağlığı ve güvenliğiyle doğrudan bağlantılı olduğunu ve anayasal bir ilkenin gereği olarak çalışanların dinlenme hakkına sahip olduğunu belirtsek de, uygulamada bu konu hakkında sıkça sorular gelmeye devam ediyor.

Yıllık izinle bağlantılı olarak bir diğer sorum da şu: *İşverenin, gemi çalışanınun yıllık izin hakkını kullandırmaması durumunda karşılaşılabileceği yaptırımlar nelerdir? Eğer böyle bir ihlal söz konusuysa, işçinin talep edebileceği veya başvurabileceği hukuki yollar nelerdir? Bu konuda bizleri biraz aydınlatabilir misiniz?*

Doç. Dr. Esra Baskan:

Tabii hocam. Öncelikle şunu belirtmek isterim: Yıllık izin kullandırılmamasının yaptırımı olarak idari para cezası öngörülmektedir. Deniz İş Kanunu'nun 53. maddesine göre, bu hükme aykırılık idari para cezasına bağlanmıştır. Bunun yanı sıra, açık bir düzenleme bulunmasa da, izin hakkının kullandırılmaması, çalışma koşullarının uygulanmaması anlamına gelir. Deniz İş Kanunu'nda, işçiye haklı fesih imkânı tanıyan sebepler arasında iş şartlarına aykırı davranış da sayılmaktadır. Kanundan, iş sözleşmesinden veya toplu iş sözleşmesinden doğan iş şartlarına uyulmaması, işçiye haklı nedenle fesih hakkı

vermektedir. Dolayısıyla, işçi bu fesih hakkını kullanabilir. Ayrıca, iş sözleşmesi sona erdiğinde, kullanmadığı yıllık izinlere ilişkin ücretini son brüt ücreti üzerinden hesaplanarak alma hakkına sahip olacaktır.

Prof. Dr. Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu:

Çok teşekkür ediyorum değerli hocam. Hem sorulara verdiğiniz yanıtlar hem de zaten sunumunuzla yaptığınız kapsamlı değerlendirmeye bizi bu konuda oldukça aydınlattınız. Ama şunu düşündüm, siz böyle güzel bir şekilde deniz hukukuna bahsedince belki daha kapsamlı başka etkinlikler de yapmak lazım. Özellikle bahsettiğiniz o uluslararası sözleşmelere uyum noktasında sanki üzerine yapılacak, konuşulacak çok şey varmış gibi geldi. Fakat siz zamanı mükemmel kullanarak konuyu zaten güzelce ele aldınız. Ama aklımda başka şeyler de bulundu. Yine sizi davet etmek elbette burada ağırlamayı çok isteriz hocam.

Doç. Dr. Esra Başkan:

Çok memnun olurum hocam. Çok sağ olun, çok memnun olurum.

Prof. Dr. Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu:

Hocam, eklemek istediğiniz herhangi bir husus var mı? Konuyu toparlamak adına belirtmek istediğiniz noktalar varsa, bunları da duymak isteriz. Bu arada, bir soru ve yorum gelmiş, onu da paylaşmak istiyorum. İzleyicimiz, sunumunuzdan fazlasıyla istifade ettiğini belirtmiş. Ayrıca, deniz iş hukuku bakımından gece çalışmasıyla ilgili bir soru yönelmiş. *Gece çalışmasına ilişkin Deniz İş Kanunu'nda özel bir düzenleme bulunmadığını, ancak kanunda günlük çalışma saatlerinin İş Kanunu'ndan farklı olarak düzenlendiğini vurgulamış ve bu konuda sizin görüşlerinizi rica etmiş hocam.*

Doç. Dr. Esra Başkan:

Gemi çalışanlarının gece çalışmalarına ilişkin Deniz İş Kanunu'nda bir düzenleme olmamakla birlikte, Gemi Adamları

ve Kılavuz Kaptanları Yönetmeliğinde düzenlemeye yer verilmiştir. Söz konusu Yönetmeliğin 57. maddesinde gece döneminin tanımı yapılmış ve gece en geç saat 20.00'de başlayarak en erken saat 06.00'a kadar geçen ve her halde en fazla on bir saat süren dönem olarak düzenlenmiştir. Ayrıca aynı maddede on sekiz yaşın altındaki genç gemi çalışanlarının zorunlu deniz eğitiminin parçası olmadıkça gece vardiyası tutamayacağı düzenlemesine yer verilmiştir. Bunun dışındaki gemi çalışanlarının ise aynı yönetmelikteki vardiya tutma esaslarına uyması gerekir.

Prof. Dr. Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu:

Tekrar teşekkür ediyorum hocam. Son olarak eklemek ve toparlamak istediğiniz herhangi bir husus var mı?

Doç. Dr. Esra Başkan:

Hocam şöyle, öncelikle beni davet ettiğiniz için çok çok teşekkür ediyorum. Yine davet ederseniz memnuniyetle gelirim. Çok sağ olun. Dediğim gibi hem bugün için umarım izleyiciler için de faydalı olmuştur. Hem de gerçekten kendi adıma da çok faydalaniyorum diğer yaptığınız webinarlardan. Tekrar teşekkür ediyorum.

Konuyu toparlayacak olursak, bu alanda ciddi bir mevzuat çalışmasına ihtiyaç duyulmakta ve mevcut düzenlemelerin baştan ele alınarak yeni bir düzenleme yapılması gerekmektedir. Umarım, bu konuda bilimsel çalışmalar da artar ve aynı zamanda yasal düzenlemeler gerçekleştirilerek gemi çalışanları için daha güçlü güvenceler sağlanır. Elbette, mevzuatta eksiklikler bulunmaktadır. Ancak, sözleşmelerin büyük ölçüde ön planda olduğunu ve işverenlerin çoğunlukla bu kurallara uyduğunu söyleyebiliriz. Yine de, deniz iş hukuku kapsamında işçilik alacakları ve uygulama alanı oldukça geniştir. Bu nedenle, yeni bir mevzuat düzenlemesi yapılması en önemli gerekliliklerden biri olarak öne çıkmaktadır.

Prof. Dr. Yeliz Bozkurt Gmrkoğlu:

TeŖekkür ediyorum hocam. Elbette sizi bu platformda tekrar ağırlamaktan büyük memnuniyet duyarız. Zira sizin biraz programınızın boŖalması için de çok da bekleдик de bir süre biliyorsunuz. Her zaman sizi dinlemek büyük bir keyif bizim için. Umarım bu veya benzer baŖka konularda yine sizi ağırlama firsatı buluruz. İzleyicilerimize de saygılarla ve webinarımızı kapatıyoruz.