

II. ULUSLARARASI KİŞİSEL VERİLERİ KORUMA KONGRESİ

BİLDİRİ METİNLERİ KİTAPÇIĞI



16-17 KASIM 2023

KVKK YAYINLARI NO: 78



II. ULUSLARARASI KİŞİSEL VERİLERİ KORUMA KONGRESİ BİLDİRİ METİNLERİ KİTAPÇIĞI

KVKK YAYINLARI NO: 78

Bu kitapta yer alan bildiriler, II. Uluslararası Kişisel Verileri Koruma Kongresi kapsamında 16-17 Kasım 2023 tarihinde sunulmuş olup; bildirilerde yer alan mevzuat hükümleri, yazar unvanları ve kurum bilgileri ilgili tarihte geçerli olan durumları yansıtmaktadır. Sonrasında meydana gelen mevzuat değişiklikleri ile akademik unvan ve kurum değişiklikleri metinlere yansıtılmamıştır.

Bu çalışmada yer alan fikir ve görüşler Kurumumuz görüşünü yansıtmamakta olup yazarların görüşlerini yansıtmaktadır.

16 - 17 KASIM 2023

İşe Alımda Yapay Zekâ Kullanımının Kişisel Verilerin Korunması Bakımından Etki ve Sonuçları

Yeliz BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU*

*“İnsan ve genel olarak her akıl sahibi varlık,
şu veya bu isteme için rastgele
kullanılacak sırf bir araç olarak değil, kendisi
amaç olarak vardır.” “Her defasında insanlığa,
kendi kişinde olduğu kadar başka herkesin
kişisinde de, sırf araç olarak değil, aynı zamanda
amaç olarak davranacak biçimde eylemde bulun”.*

Immanuel Kant

ÖZET

“Algoritmik işyeri yönetimi” olarak adlandırılan işverenin yönetim yetkisi kapsamındaki işlemlerin yapay zekâ algoritmaları tarafından yerine getirilmesi, çalışma ilişkilerinde yeni hukuki problemlerin ortaya çıkmasına yol açmaktadır. Algoritmik işyeri yönetimine başvurulabilecek alanlardan biri de işe alım süreçleridir. Günümüzde yapay zekâ sistemlerinin işe alım süreçlerinde kullanımı giderek artan bir seyir izlemektedir. Yapay zekâyâ dayalı sistemlerin işe alım aşamasında kullanımının ayrımcılık yasakları ve etik boyutu ile ele alınmasını gerekmektedir. Ancak bu sistemlerin büyük miktarda veri ihtiyacı olan ve veri işleyen yapıları gereğince, kişisel verilerin korunması hukuku açısından değerlendirilmeleri ve yasal sınırlamalara tabi tutulması da büyük önem arz eder. Bu amaçla tebliğimizde, işe alım süreçlerinde yapay zekâ teknolojilerinin kullanımını mevcut mevzuat ve karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemeleri dikkate alarak incelemeye çalışacağız. Ayrıca işverenin adayın kişisel verilerine erişimi ve veri işleme açısından uyulması gereken sınırlar, ele alınarak regülasyon ihtiyacı üzerinde durulacaktır.

Anahtar Kelimeler: yapay zekâ, işçi adayı, işe alım, kişisel verilerin korunması, algoritmik işyeri yönetimi

* Doç. Dr. , İbn Haldun Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Ana Bilim Dalı, yeliz.gumrukcuoglu@ihu.edu.tr, ORCID: 0000-0003-2589-0305.

ABSTRACT

The implementation of “algorithmic workplace management”, where artificial intelligence algorithms carry out tasks under the employer’s management authority, gives rise to novel legal issues in labor relations. Recruitment procedures are one of the domains where algorithmic workplace management may be used. Currently, there is a growing trend in utilizing artificial intelligence technologies for recruiting procedures. It is necessary to consider discriminatory restrictions and ethical factors when using artificial intelligence-based technologies in the recruiting process. Nevertheless, it is crucial to assess these systems in accordance with the principles of personal data protection legislation and impose legal restrictions on them due to their data processing frameworks that necessitate substantial data volumes. In this communiqué, we will analyze the utilization of artificial intelligence technology in recruiting procedures, while considering the existing rules and regulations in comparative law. Furthermore, the discussion will cover the restrictions on the employer’s ability to access the candidate’s personal data and the processing of such data, highlighting the necessity for regulation.

Key words: artificial intelligence, job applicant, recruitment process, data privacy, algorithmic workplace supervision

I. GİRİŞ

Tebliğimizde, işe alım aşamasında yapay zekânın kullanımının kişisel verilerin korunmasına etki ve sonuçları değerlendirilecektir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, yapay zekâdan uzak kalabilmek artık mümkün görünmemekle birlikte, hukuki açıdan gerekli sınırların çizilmemesi, bireyin ve iş hukuku özelinde de işçinin kişilik hakları açısından önemli riskler taşımaktadır. Geline nokta da bireyin kişisel verilerinin korunması ve mahremiyet hakkı ile teknolojik gelişim ve küresel rekabet ortamının gerekleri arasında bir sıkışmışlık durumu ile karşı karşıyayız. Bu çalışmadaki amacımız, özellikle işe alım aşamasında yapay zekâ araçlarının kullanımının ortaya çıkartabileceği riskler ve bunlara karşı mevcut hukuki güvenceleri ele alarak, değerlendirmelerde bulunmaktır.

İnsan kaynakları süreçlerinde yapay zekâ kullanımı hızla artmaktadır¹. “Algoritmik işyeri yönetimi” ya da kısaca “algoritmik yönetim” olarak adlandırılan işverenin yönetim yetkisi kapsamındaki işlemlerin yapay zekâ algoritmaları tarafından yerine getirilmesi, iş ilişkilerinde yeni hukuki problemlerin ortaya çıkmasına yol açmaktadır². Algoritmik işyeri yönetimine başvurulabilecek alanlardan biri ve belki de en sık başvurulana işe alım süreçleridir³. Ülkemizde de özellikle Covid 19 Pandemisi sonrasında yapay zekâ teknolojilerinin bu amaçla kullanımı giderek yaygınlaşmaktadır⁴.

Yapay zekâ kavramını tanımlayabilmek mümkün olmamakla birlikte⁵, özellikle mantıksal düşünme, belirsizlik altında karar verme, planlama, öğrenme ve doğal dilde iletişim alanlarında, zekâ gerektiren görevleri yerine getiren makine sistemlerini ifade ettiği söylenebilir. Belirtelim ki, tanıma ilişkin muğlaklığı nedeniyle yasa koyucular tarafından bu terimin kullanılmaması gerektiği ileri sürülmektedir⁶. Tebliğimizde bu terimi makine öğrenmesi ve derin öğrenme vb. alt başlıkları da kapsar şekilde kullanacağız. Makine öğrenimi, bir modelin verilerden veya geri bildirimlerden öğrenildiği ve problemleri çözmek için kullanıldığı bilgisayar programları oluşturma veya geliştirme yöntemleri

¹ Joachim Holthausen, “Einsatz künstlicher Intelligenz im HR-Bereich und Anforderungen an die „schöne neue Arbeitswelt X.0“” *Recht der Arbeit*. 6 (2023): 362; Henni Parviainen, “Can algorithmic recruitment systems lawfully utilise automated decision-making in the EU?” *European Labour Law Journal*. 13.2 (2022): 225-248. Yapay zekânın insan kaynakları yönetimi açısından “yeni bir çağ” olarak tanımlanması gerektiği dahi ifade edilmektedir. Zhisheng Chen, “Ethics and discrimination in artificial intelligence-enabled recruitment practices” *Humanities and Social Sciences Communications*. 10.1 (2023): 5.

² Algoritmik yönetim kavramına ilişkin ayrıca bkz. Ali Güzel, Deniz Ugan Çatalkaya ve Hande Heper, “İş Hukukunun Yapay Zeka ile Buluşması: İşverenin Algoritmik Yönetimi” *Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi*. 15. Özel Sayı (2023): 25-111; Alexandra Mateescu ve Aiha Nguyen, “Explainer: workplace monitoring and surveillance” *Data and Society APO: Analysis & Policy Observatory*. (2019): 3 vd.; Sara Baiocco vd., *The Algorithmic Management of Work And Its Implications In Different Contexts* (JRC Working Papers Series on Labour, Education and Technology, 2022): 8 vd.; Holthausen, “Einsatz künstlicher Intelligenz”, 19; Michael Witteler ve Lucas Moll, “Künstliche Intelligenz am Arbeitsplatz – Datenschutz und Rechte des Betriebsrats” *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*. (2023): 328 vd.; Nicoli Bernhardt, *Big Data und künstliche Intelligenz (KI) im Marketing: Chancen und Herausforderungen für kleine und mittlere Unternehmen*, 1. bs (GRIN Verlag, 2021): 1 vd.

³ Henni Parviainen, 225-248; Stefan Kramer, *IT-Arbeitsrecht: Digitalisierte Unternehmen: Herausforderungen und Lösungen* (München: C.H.Beck, 2019): Rn. 42; Uwe Meyer, “Künstliche Intelligenz im Personalmanagement und Arbeitsrecht” *Neue Juristische Wochenschrift*. 26 (2023): 1843.

⁴ Murat Engin ve Başak Ozan Özparlak, “İşe Girişte Yapay Zekâ ve Ayrımcılık” içinde *Hukuk Perspektifinden Yapay Zeka*. Ed. Erdem Büyüksağış, (İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2022): 227-280.

⁵ Friederike Malorny, “Datenschutz als Grenze KI-basierter Auswahlentscheidungen im Arbeitsrecht” *Recht der Arbeit*. 3(2022): 172. Yapay zekâ tanımına ilişkin olarak bkz. Mesut Serdar Çekin, *Yapay Zekâ Teknolojilerinin Hukuki İşlem Teorisine Etkileri*, (İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2021): 41 vd.; Şebnem Akipek Öcal, “Yapay Zekâ ve Hukuki Niteliği” içinde *Hukuk Perspektifinden Yapay Zekâ*. Ed. Erdem Büyüksağış, (İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2022): 9 vd.; Zeynep Öğretmen Kotil, *Kişisel Verilerin Korunması Çerçevesinde Yapay Zeka*, (İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2022): 7 vd.; Tuğçe Oral, *Otonom ve Otomatik İnsansız Hava Aracı (İHA) Sistemlerinin Sebep Olduğu Zararlardan Kaynaklanan Sözleşme Dışı Sorumluluk*, (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2023): 89 vd.

⁶ Daniel Busche, “Einführung in die Rechtsfragen der künstlichen Intelligenz” *Juristische Arbeitsblätter*. 6 (2023): 441-442.

için kullanılan üst bir kavramdır⁷. Derin öğrenme yapay sinir ağlarından oluşan ve insan beyninin bilgi işleme şeklini taklit etmeye çalışan algoritmaları içeren, genellikle büyük miktarda veri gerektiren daha karmaşık görevlerde (özellikle görüntü ve ses tanıma, doğal dil işleme ve oyun oynama vb.) kullanılan alt dalı ifade etmektedir.

İşe alım sürecinin yapay zekâ aracılığıyla yürütümü işveren açısından daha verimli olmasını sağlamaktadır. Zira böylece maliyetin azaltılması, zaman tasarrufu sağlanması ve iş yükünün azaltılması mümkün olacaktır⁸. Bireyin kişisel verilerini algoritmik bir süreçten geçirerek, otomatik karar sistemleri aracılığıyla iş başvurusunun kabulü ya da reddine bu yolla karar verilebilir⁹. Ancak bu sistemler önemli ölçüde veriye ihtiyaç duymaktadır. Genel olarak veri işlemedeki artış karşısında kişisel verilerin korunması daha önemli hale gelmiştir. Zira aksi halde bireyin bir veri nesnesine dönüşmesi, mahremiyetin yitilmesi riski söz konusudur¹⁰. İşe alım aşamasında kullanılan yapay zekâ tabanlı uygulamalar da büyük miktarda kişisel veri işlemektedir. Bir yandan yapay zekâyı eğitmek için mevcut çalışanların kişisel verilerinin diğer yandan başvuru sahiplerinin verilerinin işlenmesi söz konusudur¹¹. Ayrıca iş başvurusunda bulunmayan kişilere ait verilerin de pasif adayların tespiti için işlenmesi gündeme gelebilmektedir.

İş ilişkisinin kurulması aşamasında işçi aday ile işverenin çatışan bazı menfaatleri söz konusudur. İşçi aday açısından çoğunlukla işe kabul önem taşırken, işveren iş ilişkisinin kişisel ilişki doğuran yönleri çerçevesinde işe en uygun aday seçmeye, aynı zamanda bu amaçla harcanan zaman, iş gücü ve maliyetten tasarruf etmeye çalışmaktadır. İşveren iş sözleşmesinin kurulması aşamasında işçinin objektif niteliklerinin yanı sıra subjektif niteliklerini de dikkate almaktadır. Bu kapsamda işçi adayının kişisel özellikleri (mizacı, ahlaki değerleri, davranışları, alışkanlıkları vb.) ve işyerine uyumuna ilişkin bilgi edinmekte işverenin menfaati söz konusudur¹². İşverenler artık bu bilgileri, sosyal ağlar veya yapay zekâ teknolojileri aracılığıyla adayın bilgisi dışında da kolayca edinebilmektedir. Ancak işverenin bu menfaatinin korunması için edinebileceği bilginin hukuki bazı sınırları mevcuttur. Bu sınırların bir kısmı ayrımcılık yasakları bir kısmı da kişisel verilerin korunması hukuku ile çizilmiştir¹³. Tebliğimizde, işe alım süreçlerinde yapay zekâ teknolojilerinin kullanımı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ve karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemeler dikkate alınarak incelenmeye çalışılacaktır.

⁷ Busche, 442.

⁸ Holthausen, "Einsatz künstlicher Intelligenz", 363; Chen, 4.

⁹ Alina Köchling ve Marius Claus Wehner, "Discriminated by an algorithm: a systematic review of discrimination and fairness by algorithmic decision-making in the context of HR recruitment and HR development" Business Research. 13.3 (2020): 795-848.

¹⁰ Benjamin Blum, People Analytics: Eine Datenschutzrechtliche Betrachtung Moderner Einsatzszenarien Für Automatisierte, Datenbasierte Entscheidungen (Baden-Baden: Nomos, 2021): 33.

¹¹ Flavia Lang ve Hubertus Reinbach, "Künstliche Intelligenz im Arbeitsrecht" Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht. 20 (2023): 1274.

¹² Ayrıca bkz. Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu, "Deneme süreli iş sözleşmeleri" İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 11.2 (2012): 47-84.

¹³ Tebliğimizde konu kişisel verilerin korunması ile sınırlı olarak ele alınacaktır. İşe alımda algoritmik ayrımcılığa ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Gülsevil Alpagut ve Aybüke Karaca Yağcı, "İşyerinde Yapay Zeka Uygulaması ve Ayrımcılık" Sicil İş Hukuku Dergisi. 2.49 (2023): 11-44.

II. YAPAY ZEKÂ ARAÇLARININ İŞE ALIMDA KULLANIMI

Tebliğ konumuzun anlaşılabilmesi için yapay zekâ araçlarının işe alımın hangi aşamalarında, nasıl ve hangi amaçlarla kullanıldığına kısaca değinmek yararlı olacaktır. Yapay zekâ sistemleri, işe alım ilanının kimlere gösterileceğini seçme, özgeçmiş taraması yapma, adayla çevrim içi/video mülakat gerçekleştirip elde ettiği veriyi yüz ifadeleri, ses tonu ve davranışlar açısından analiz etme, bireyin verilerini sosyal medya veya farklı veri noktalarından çekerek kullanma, bilişsel ya da duygusal özelliklerini algoritmik değerlendirmeye tabi tutma amacına hizmet edebilir¹⁴. Burada belirtilen kullanım amaçlarının tamamı kişisel verilerin işlenmesi ile yakından ilişkilidir. İşverenin başvuru sahibinin işe alım konusu pozisyonla ilgisi olmayan özelliklerini öğrenmekte meşru bir menfaati olduğu kabul edilemez. Bu nedenle kullanılan tüm analiz prosedürleri başvuru sahibinin ilgili pozisyona ilişkin özellikleri ile sınırlı olmalıdır¹⁵. Önemle belirtelim ki, yapılan analizin iş ilişkisinin kurulmasına ilişkin karar için gerekli olması gerekir¹⁶.

İşe alım, adayların bulunması (aday havuzu oluşturma) ve personelin seçiminden oluşan iki aşamalı bir süreç olarak nitelendirilebilir¹⁷. Yapay zekâ, işe alım sürecinin tüm aşamalarında kullanılabilir¹⁸. İşe alım süreci çoğunlukla ilan aşaması ile başlamakla birlikte, ilanlara başvuran adayların yanı sıra pasif adayların da sürece dahil edilmesi amaçlanabilir. Aşağıda yapay zekânın işe alım süreçlerindeki kullanım alanları; pasif adayların tespiti, ilan aşaması, başvuruların elenmesi ve mülakat ile adayların seçimi açısından kısaca ele alınacaktır.

Pasif adayların sürece dahil edilmesi nitelikli iş gücüne ulaşmak açısından önemlidir. Bu adayları bularak, işletmeye çekmek işverenler açısından daha zordur. Zira pasif adaylar, iş ilanlarına başvurmayan, iş arama sitelerinde profillerini güncellemeyen ve genellikle mevcut işinden memnun olan adaylardır. İlgili sektörde başarılı pasif adayları kariyer hedefleriyle uyumlu ve cazip fırsatlar sunarak, işletmeye çekmek ve böylece nitelikli iş gücüne ulaşmak mümkün olabilir. Pasif adayların tespitinde, yapay zekâ tabanlı araçlardan yararlanılması mümkündür. Ancak bunun için çoğunlukla iş arayışında olmayan kişilerin sosyal medya hesaplarından işe alım amaçlı veri toplanması söz konusu olur. Sosyal medya platformları, profesyonel ağlar (örneğin LinkedIn), bloglar ve diğer çevrim içi yayınlardan adayla ilgili veriler kazıma (scraping) olarak adlandırılan bir yöntemle toplanabilmektedir. Kişiyeye ilişkin verilerin aydınlatma yapılmaksızın internette edinilmesi yapay zekâ aracılığıyla eskisine nazaran çok daha kolaydır¹⁹. Ancak bu durum kişisel verilerin korunması açısından mahremiyet sorunlarına yol açacaktır. Zira her ne kadar veri ilgili kişinin kendisi tarafından kamuoyuna açık paylaşmış olsa da işe alım amaçlı kullanılacağından bilgisi yoktur. Bu halde çoğunlukla aydınlatma yapılmaksızın toplanan veriler söz konusudur. Bireyin verisinin nasıl kullanıldığını ve nasıl toplandığını bilme, erişme ya da silinmesini isteme imkânı olmamaktadır. Belirtilen nedenlerle pasif adayların verilerinin bu şekilde toplanması ve kullanımı etik ve hukuki problemlere yol açmaktadır.

¹⁴ Emre Kazım vd., "Systematizing Audit in Algorithmic Recruitment" *Journal of Intelligence*. 9.3 (2021); Yeqing Kong ve Hui-ling Ding, "Tools, Potential, and Pitfalls of Social Media Screening: Social Profiling in the Era of AI-Assisted Recruiting" *Journal of Business and Technical Communication*. 38.1 (2024): 33-65; Pauline Kim, *Artificial Intelligence, Big Data, Algorithmic Management, and Labor Law*, SSRN Scholarly Paper, Haziran 2023 860; Engin ve Ozan Özparlak, 236; Güzel, Ugan Çatalakaya ve Heper, 51; Alpagut ve Karaca Yağcı, 14; Blum, 34.

¹⁵ Nicolas John, "29.4. KI im Arbeitsrecht", içinde *Handbuch Multimedia-Recht: Rechtsfragen des elektronischen Geschäftsverkehrs*. Ed. Thomas Hoeren, Ulrich Sieber, ve Bernd Holznapel, 59. bs (München: C.H.Beck, 2023) Rn. 26.

¹⁶ John, Rn. 27.

¹⁷ Başak Sayın, "İnsan Kaynakları Yönetiminde Yetenek Döngüsü" *Çalışma İlişkileri Dergisi*. 14.2 (2023): 111.

¹⁸ Alpagut ve Karaca Yağcı, 14-15; Lang ve Reinbach, 1275. Ayrıca bkz. Yeliz Bozkurt Gümürükçüoğlu ve Gülnihal Ahter Yakaçak, "Yapay Zekânın İşe Alım Süreçlerinde Kullanımı ve Algoritmik Ayrımcılık" *Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi* 72.4 (2023).

¹⁹ Öğretmen Kotil, 129.

İlanın yayınlanması aşamasında, işverenin tercih ettiği özelliklere sahip adaylara ilanın gösterilmesi yapay zekâ ile sağlanabilir. İşverenin tercihlerine göre adayların belirlenmesi, bireyin kişisel verileri ve hassas nitelikli kişisel verilerinin esas alınmasını gerektirir. Örneğin, işveren belirli bir cinsiyet ve belirli bir yaş aralığındaki adaylara ilanın gösterilmesini tercih ettiğinde bireyin cinsiyet ve yaşına ilişkin kişisel veriler dikkate alınarak ilanın kimlere gösterileceği belirlenecektir. Bu halde ayrımcılık riski de söz konusudur.

Başvuruların elenmesi yahut sıralanması amacıyla yapay zekânın kullanımı söz konusu olabilir. Adaya ilişkin veriler toplanarak, çeşitli analizlere tabi tutulur. Bu aşamada otomatik belge analizleri, el yazısı ve dil analizleri, otomatik iş görüşmeleri ve hatta tam yetenek ve kişilik analizleri yapılması mümkündür. Toplanan veriler daha iyi sonuçlar elde etmek için örnek çalışanların verileri ile karşılaştırılarak, başvurular sıralanabilir. Dil analizlerinin hukuka uygunluğu tartışmalıdır. Kişiliğin bir parçası olması nedeniyle kabul edilemez olduğu yönünde görüşler mevcuttur. Bir başka görüşe göre ise ilgili pozisyona ilişkin özellikleri analiz ettiği takdirde dil analizine izin verilebilir²⁰.

Yapay zekâ aracılığıyla mülakat sürecinin otomatik olarak planlanması, mülakata katılan katılımcıların ifade tepkilerinin analizi de mümkündür²¹. Böylece adayın sorulara verdiği yanıtların ötesinde, mimikleri, vücut dili, ses tonu, dakikada kaç kez nefes alıp verdiği, kaç defa göz kırptığı, kullandığı dil, kelime dağarcığı gibi birçok özelliği analiz edilebilmektedir. Yüz tanıma ve ses ya da konuşma analizi teknolojileri vasıtasıyla adayın duygusal durumu ve kişilik özelliklerinin değerlendirilmesi mümkündür. Oysa kişinin duygusal durumu, kişisel sağlık verisi niteliğinden ötürü hassas veridir. Mülakat dışında da bu gibi yöntemlere başvurulması mümkündür. Başvuru sahibinin bir konuşması kayda alınıp sonradan yapay zekâ tarafından konuşma analizine tabi tutulabileceği gibi konuşma analizi yapan otonom bir yapay zekâ ile konuşması da sağlanabilir. Ayrıca belirtelim ki, yüz ve ses analizleri kişiyi belirli veya belirlenebilir kılması durumunda biyometrik veri olarak nitelendirilmektedir²². Oyun tabanlı testler aracılığıyla adayların problem çözme, karar verme ve stratejik düşünme gibi becerileri, bilişsel yetenekleri ve işle ilgili becerileri ölçülebilmektedir²³. Sosyal medya ve işe alım platformları üzerinden NLP teknikleri kullanılarak adayın paylaşımları değerlendirilebilir ve iş tanımı ile adayların profilleri arasında semantik eşleştirmeler yapılabilir. Böylece adaylar, otomatik olarak puanlandırılarak en uygun adaylar sıralanır²⁴. Bu şekilde oluşturulan kişilik profilleri bakımından da işverenin meşru menfaati ile çalışanın kişilik hakkı arasındaki dengenin gözetilmesi gerekmektedir²⁵.

İşe alım süreçlerinde işverenlerce sosyal medya üzerinden çeşitli taramalar yapılmaktadır. Örneğin, sosyal ağlar üzerinden adayın arkadaşları, sosyal ve mesleki çevresi, ne tür paylaşımlar yaptığı, hangi paylaşımları beğendiği, seyahat ve eğlence anlayışı, tüketim alışkanlıklarına ilişkin verilerin toplanması mümkündür²⁶. Ancak adayların sosyal medya hesaplarının incelenmesi veya sosyal medya hesabı olmayan kişilerin istihdam

²⁰ Malorny, 176.

²¹ Chen, 10.

²² Öğretmen Kotil, 89-90.

²³ <https://www.hirevue.com/>. (E.T. 31 Aralık 2023).

²⁴ Chen, 10; Maya C. Jackson, "Artificial Intelligence & Algorithmic Bias: The Issues With Technology Reflecting History & Humans" *Journal of Business & Technology Law*. 16.2 (2021): 310.

²⁵ Malorny, 176.

²⁶ Güzel, Ugan Çatalkaya ve Heper, 55.

sürecinin dışına itilmesi, kişilik haklarına müdahale teşkil eder. Bu süreçte yapay zekâ kullanımı, özellikle cinsiyet, etnik köken gibi hassas verilerin işlenmesi durumunda ayrımcılık riski de taşıyabilir. Potansiyel adayın verilerinin toplandığı kaynaklar arasında ayırım yapılmalıdır. Kariyer portallarındaki veriler ile bir sosyal ağ ya da forumda özel yüklemelerde ilgili kişinin menfaatleri farklılık arz eder. Teknik olarak erişilebilir olsa da açıkça özel bir kitlenin erişimine sunulması amaçlanan veriler işverence toplanamaz. Eğer verinin toplanması hukuka aykırı nitelik taşıyorsa, işlenmesi de aykırı olacaktır²⁷. Eğer bir sosyal ağ platformu kullanım koşullarında işverenlerin kullanıcıların kişisel verilerine erişimini yasaklamışsa, aday, platformda yayınlanan kişisel verilerinin iş alım amacıyla otomatik olarak toplanmayacağını ve işlenmeyeceğini varsayacaktır²⁸. Adayın toplanan verileri ile yapay zekâ tarafından kişilik profilleri oluşturulması GDPR m. 22 anlamında profil oluşturma olarak değerlendirilir²⁹.

III. ADAYIN KİŞİSEL VERİLERİNİN KORUNMASI

A. GENEL OLARAK

Yapay zekânın yukarıdaki kullanım alanlarını dikkate alarak, hukuki düzenlemeleri ele almaya çalışacak olursak, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (KVKK) ve Türk Borçlar Kanunu'nun işçinin kişisel verilerine ilişkin düzenlemelerine değinmek gerekir. Belirtelim ki, iş ilişkilerine ilişkin olarak kişisel verilerin korunmasına ilişkin konularda mevzuatımız yeterli düzeyde ayrıntılı düzenlemeye yer vermemiştir. Bu nedenle mevzuatımızdaki düzenlemeleri karşılaştırmalı hukuktan yararlanarak Avrupa Birliği Hukuku ve Alman Hukuku ile kıyaslayarak değerlendirmeye çalışacağız. Avrupa Birliği açısından General Data Protection Regulation (EU GDPR- AB Genel Veri Koruma Tüzüğü) esas alınarak açıklamalarda bulunacağız. Ancak belirtelim ki, GDPR 88. maddesi ve Resital 155 de, istihdam bağlamında çalışanların verilerinin korunması ve veri işleme konusunda “daha spesifik” ulusal düzenlemelere izin vermektedir. Alman Hukuku'nda BDSG (Bundesdatenschutzgesetz-Federal Veri Koruma Kanunu) § 26 hükmü ile getirilen özel düzenleme bu kapsamdadır³⁰.

Belirtelim ki, kişisel verilerin toplanması ve yapay zekânın eğitimi için kullanılması henüz istihdamla ilişkili olmadığından bu safhada GDPR m. 6 ve m. 9 da düzenlenen koşulların varlığına bağlı olarak veri işlemenin mümkün olduğu kabul edilmektedir³¹. Ancak belirli bir adayın seçimine ilişkin veri toplanması durumunda uygulanacaktır. Hukukumuz açısından da, TBK m. 419 hükmünün uygulama alanı bulabilmesi, belirli bir adayın seçinin söz konusu olmasına bağlıdır.

Türk Borçlar Kanunu'nun 419. maddesinin 1. fıkrasına göre, “İşveren, işçiye ait kişisel verileri, ancak işçinin işe yatkınlığıyla ilgili veya hizmet sözleşmesinin ifası için zorunlu olduğu ölçüde kullanabilir”. Bu düzenleme işçinin kişisel verilerinin korunması söz konusu olduğunda KVKK karşısında özel hüküm niteliğindedir³². Bu çerçevede iş

²⁷ John, Rn. 19.

²⁸ John, Rn. 20.

²⁹ John, Rn. 21.

³⁰ Malorny, 173.

³¹ Bu safhada BDSG § 26 hükmünün uygulanmayacağı ifade edilmektedir. Malorny, 174.

³² Ahmet Sevimli, “Veri Koruma Hukuku İlkeleri Işığında Türk Borçlar Kanunu Madde 419” Sicil. 24 (2011): 134; Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu, “İş İlişkisinde İşçinin Kişisel Verilerinin Korunmasına İlişkin Sorunlar ve Kişisel Verilerin Korunması Kanunu”, İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar, İstanbul 2017: 35.

ilişkinine ilişkin olmayan verilerin işlenmesi, başka hukuka uygunluk sebeplerinin varlığı halinde dahi mümkün değildir³³. Alman Hukuku'nda da BDSG § 26 ya göre, çalışanların kişisel verilerinin işe alım kararları veya işe alımdan sonra iş sözleşmesinin yürütülmesi veya sona erdirilmesi için ya da yasalar veya toplu sözleşmeler yahut işveren ile işyeri temsilciliği arasındaki diğer anlaşmalar tarafından belirlenen çalışan temsilciliğinin hak ve yükümlülüklerini kullanmak veya yerine getirmek için gerekli olduğunda istihdamla ilgili amaçlar için işlenebilir. Çalışan ifadesinin kapsamına iş başvurusunda bulunan adaylar da girmektedir. Alman Hukuku'nda BDSG § 26/VIII ile işçi adayları da "çalışan" kavramı kapsamında değerlendirilmektedir. GDPR m. 88 çerçevesinde de işçi adayları çalışan kabul edilmektedir³⁴. Kanaatimizce, TBK m. 419'un kapsamının da adayları da içerir şekilde anlaşılması gerekmektedir. Alman Hukuku'nda, veri işlemenin istihdam ilişkisinin amaçları doğrultusunda ve gerekli olması aynı zamanda meşru bir amaçla gerçekleştirilmesi gerekmektedir³⁵. Örneğin, adil, objektif kararlar verebilmek ve seçim sürecini daha verimli hale getirmek için yapay zekâ sisteminin kullanılması durumunda meşru bir amaç söz konusu olacaktır. Ancak GDPR m. 22 ile yasaklanan bir karar sürecini hazırlamak için kişisel verilerin toplanması uygunsuz olacağından gerekli olduğu kabul edilmeyecektir³⁶. Kanaatimizce hukukumuz açısından da aynı esasların benimsenmesi mümkündür. İşverenin meşru amacına ulaşması için veri toplamanın gerekli olması da gerekmektedir. Seçim kararı için veri toplanması durumunda çatışan menfaatler uygun şekilde dengelenmelidir³⁷. Bu çerçevede, hangi çalışanın belirli bir görevde özellikle iyi olduğunu tahmin etmekle ilgisi olmayan bilgilerin edinilmesinde işverenin meşru bir çıkarı olmadığı kabul edilir. Kapsamlı zekâ testleri veya genom analizi bu dengeden yoksun kabul edilmektedir³⁸.

Kişisel verilerin işlenme şartları KVKK'nun 5. maddesinde genel, 6. maddesinde ise özel nitelikli kişisel veriler bakımından düzenlenmiştir. Kişisel verilerin işlenmesini mümkün kılan ilk durum ilgilinin açık rızasıdır. Her iki düzenlemede de kişisel verilerin açık rıza ile işlenebileceği kabul edilmiş, açık rıza olmaksızın kişisel verilerin işlenmesine imkân tanınan haller ayrıca belirlenmiştir. İş sözleşmesinin kurulması aşamasında, başvuru sahibinin açık rızasına dayanıldığı takdirde, rızanın özgür iradeyle verildiğinin kabulü güç olacaktır³⁹. Zira rızanın gönüllü olarak verildiğinin kabulü için kişinin gerçekten seçim hakkına sahip olduğunun, bir başka deyişle bir dezavantajla karşılaşmaksızın rıza vermeyi reddedebilir konumunda olduğunun kabulü gerekmektedir⁴⁰. Açık rıza, "belirli bir konuya ilişkin, bilgilendirilmeye dayanan ve özgür iradeyle açıklanan rızayı" ifade etmektedir (KVKK m. 3)⁴¹. İşçi adayının başvuru aşamasında işe kabul edilebilmek adına vereceği rızanın bu nitelikte değerlendirilmesi kanaatimizce uygun olmayacaktır⁴². GDPR m. 7/IV hükmünde ise bir sözleşmesinin imzalanmasına bağlanan rıza açıkça

³³ Sevimli, 135; Bozkurt Gümrükçüoğlu, 36.

³⁴ Blum, 136.

³⁵ Malorny, 175.

³⁶ Malorny, 175.

³⁷ Malorny, 175.

³⁸ Malorny, 175.

³⁹ Blum, 112.

⁴⁰ Blum, 112.

⁴¹ Sözü geçen Kanun'un 3. maddesinin gerekçesine göre, "açık rıza ilgili kişinin kendisiyle ilgili veri işlenmesine, özgürce, konuyla ilgili yeterli bilgi sahibi olarak, tereddüde yer bırakmayacak açıklıkta ve sadece o işlemle sınırlı olarak verdiği onay beyanı şeklinde anlaşılmalıdır".

⁴² Sevimli, 126; Bozkurt Gümrükçüoğlu, 56; Malorny, 176.

yasaklanmıştır⁴³. Bu hükme göre, “Rızanın özgür bir şekilde verilip verilmediği değerlendirilirken, her şeyden önce, bir hizmetin sağlanması da dahil olmak üzere bir sözleşmenin ifasının söz konusu sözleşmenin ifası için gerekmeyen kişisel verilerin işlenmesine yönelik bir rızaya bağlı olup olmadığına azami özen gösterilir”. Bu husus GDPR’ın Resital kısmında da açık bir dille ifade edilmiştir⁴⁴. İlgili kişi ile veri sorumlusu arasında açık bir dengesizlik olması ve rızanın özgürce verilmiş olma ihtimalinin düşük olması halinde rızanın geçerli bir yasal dayanak oluşturulmaması gerektiğini belirtilmiştir.

İşe alımda olduğu gibi devam eden iş ilişkilerinde de rızaya temkinli yaklaşılmalıdır. Ancak bazı hallerde istisnai olarak rızanın geçerli olduğu kabul edilir. Örneğin, başvurusu reddedilen adaydan ileride açılacak başka pozisyonlar için kişisel verilerinin saklanmasına ilişkin rıza alınması durumunda rıza geçerli kabul edilir⁴⁵. Kanaatimizce hukukumuzda da böyle açık bir düzenlemeye yer verilmesi isabetli olacaktır. Ancak mevcut mevzuat çerçevesinde de aynı sonuca varılmalıdır.

Adayın açık rızası dışında kişisel veri işlemenin hukuka uygunluk taşıdığı hallere dayanılması da mümkün olabilir. Genel nitelikli kişisel veriler açısından KVKK m. 5/II-b hükmünde yer alan “Bir sözleşmenin kurulması veya ifasıyla doğrudan doğruya ilgili olması kaydıyla, sözleşmenin taraflarına ait kişisel verilerin işlenmesinin gerekli olması” durumunda ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın kişisel verilerinin işlenmesi mümkündür. GDPR m. 6/I-b çerçevesinde de iş sözleşmesi ile ilgili olduğu ölçüde sözleşme ilişkisi bağlamında (doğrudan sözleşmeyle ilişkili) kesinlikle gerekli olan kişisel verilerin ilgili kişinin rızası olmaksızın işlenebilmesi mümkündür⁴⁶. Ancak potansiyel adayların tespiti için yapay zekâ yardımı ile yapılacak analizler bu kapsamda değerlendirilmemektedir⁴⁷.

Bir başka hukuka uygunluk sebebi olarak KVKK m. 5/II-f gereğince, “ilgili kişinin temel hak ve özgürlüklerine zarar vermemek kaydıyla, veri sorumlusunun meşru menfaatleri için veri işlenmesinin zorunlu olması”na dayanarak kişisel verilerin işlenmesi mümkün olmakla birlikte, bunun için de koşulların varlığı aranmaktadır. GDPR m. 6/I-f hükmünde benzer bir düzenlemeye yer verilmiş olup, üç kümülatif koşulun varlığı halinde ilgilinin açık rızası olmaksızın kişisel verilerin işlenmesi hukuka uygun kabul edilmektedir. Buna göre, veri sorumlusu veya üçüncü bir tarafça meşru bir menfaat gözetilmesi, kişisel verilerin işlenmesinin meşru menfaatin gerçekleştirilmesi için gerekli olması ve verileri korunacak olan kişinin menfaatleri veya temel hak ve özgürlüklerinin ihlal edilmemesi gerekmektedir⁴⁸.

⁴³ Lang ve Reinbach, 1275.

⁴⁴ Resitale göre, “Rızanın özgürce verilmesini sağlamak amacıyla, ilgili kişi ile kontrolör arasında açık bir dengesizliğin bulunduğu belirli durumlarda, özellikle de kontrolörün bir kamu makamı olduğu ve bu nedenle belirli bir vakanın tüm koşulları göz önünde bulundurulduğunda rızanın özgürce verilmiş olmasının muhtemel olmadığı durumlarda, rıza geçerli bir yasal dayanak sağlamamalıdır. Münferit durumda uygun olmasına rağmen kişisel verilerin farklı işleme faaliyetleri için ayrı ayrı rıza verilmiyorsa veya bir hizmetin sağlanması da dahil olmak üzere bir sözleşmenin yerine getirilmesi rızaya bağlıysa, ancak bu rızanın yerine getirilmesi için gerekli değilse, rızanın gönüllü olarak verildiği kabul edilmez.” (43).

⁴⁵ Blum, 112.

⁴⁶ Daniel Sandvoß ve Hans-Hermann Schild, “Neue Entwicklungen des Beschäftigtendatenschutzes im Lichte der Rechtsprechung des EuGH vom 30.3.2023” NJOZ. 35 (2023): 1059-1060.

⁴⁷ Lang ve Reinbach, 1275.

⁴⁸ Sandvoß ve Schild, 1060.

Kişisel verilerin işlenebilmesi için hukuka uygunluk koşullarının varlığı durumunda da diğer veri koruma ilke ve esaslarına uyum sağlanması gerekir. Veri işleme ilkelerini göz önünde bulundurduğumuzda yapay zekânın uyumu bakımından sorunlar olduğu açıktır. Zira kişisel veriler, yasal bir temele dayanarak, adil ve şeffaf bir şekilde işlenmeli, açıkça tanımlanmış, meşru ve önceden belirlenmiş amaçlar için toplanmalı ve bu amaçların dışında kullanılmamalıdır. Toplanan kişisel veriler, işlenen amaçlar için gerekli olanlarla sınırlı olmalıdır. Yapay zekâ teknolojileri ise çoğunlukla kişisel verilerin yeni bir amaçla işlenmesine yol açmaktadır. Bu halde yeniden açık rıza alınması gerekir. Bilgilendirmeye dayalı açık rıza temel esaslardan olmasına rağmen yapay zekâ sistemlerindeki karmaşıklıklar, gerekli bilgilendirmenin sağlanmasını güçleştirir. Fazla veri toplamaktan kaçınılmalıdır. Kişisel verilerin doğru ve gerektiğinde güncel tutulması önemlidir. Kişisel veriler, belirlenen amaçlar için gerekli olan süre boyunca saklanmalı ve bu sürenin sonunda silinmeli veya anonim hale getirilmelidir. Güvenlik önlemleri atılmalı ve hesap verebilir olmak gerekmektedir. GDPR çerçevesinde m. 5 de düzenlenen ilkeler, m. 35 çerçevesinde veri koruma etki değerlendirmesi, yazılım sağlayıcılarla m. 28 kapsamında veri işleme anlaşması yapılması ile hassas veriler söz konusu olduğunda m. 9 da düzenlenen özel gerekliliklere uyulması gerektiği de ifade edilmektedir⁴⁹. GDPR'ın 35. maddesine⁵⁰ göre, işleme faaliyetinin niteliği, kapsamı, bağlamı ve amaçları dikkate alındığında gerçek kişilerin hak ve özgürlüklerine yönelik yüksek bir riske yol açacak nitelikte yeni teknolojileri kullanan veri işleme faaliyetlerinden önce Veri Koruma Etki Değerlendirmesi (DPIA) yapılmalıdır⁵¹. Böylece potansiyel gizlilik risklerini belirlemeyi, değerlendirmeyi ve azaltmayı, veri işleme faaliyetlerinin veri koruma düzenlemelerine uygun olmasını sağlamayı ve bireylerin gizlilik haklarını korumayı amaçlamaktadır⁵².

İşe alım aşamasında kullanılan yapay zekâ araçları çoğunlukla profillemeye yöneliktir. Profilleme, genellikle veri analizi ve yapay zekâ teknolojileri kullanılarak bireylerin davranışlarını, tercihlerini ve tahmini özelliklerini otomatik olarak değerlendirme sürecidir⁵³. Profilleme süreci, genellikle bireylerin çevrim içi davranışları, alışveriş alışkanlıkları, sosyal medya etkinlikleri, coğrafi konum bilgileri gibi çeşitli kaynaklardan toplanan verilerle başlar. Toplanan veriler, bireylerin davranışlarını, tercihlerini ve potansiyel eğilimlerini anlamak için analiz edilir. Gelecek davranışlara yönelik tahmini çıkarımlarda bulunabilir. İnsan analitiği (People Analytics), bireysel çalışanlarla ilgili yargılarda veya tahminlerde bulunduğu takdirde bir profilleme biçimidir⁵⁴. Belirtelim ki, iş için gerekli olmayan kişisel analizler söz konusu olduğunda, çalışanın ya da adayın kişiliğinin korunması önceliklidir⁵⁵.

⁴⁹ Lang ve Reinbach, 1276.

⁵⁰ Ayrıca bkz. Güzel, Ugan Çatalkaya ve Heper, 88.

⁵¹ Salimeh Dashti ve Silvio Ranise, "Tool-Assisted Risk Analysis for Data Protection Impact Assessment" Ed. Michael Friedewald vd., IFIP Advances in Information and Communication Technology (Cham: Springer International Publishing, 2020), 310.

⁵² Joshua Coles, Shamal Faily, ve Duncan Ki-Aries, "Tool-Supporting Data Protection Impact Assessments with CAIRIS" içinde 2018 IEEE 5th International Workshop on Evolving Security & Privacy Requirements Engineering (ESPRE). 2018, 22.

⁵³ Profilleme, bir gerçek kişiyle ilgili belirli kişisel hususları değerlendirmek, özellikle de iş performansı, ekonomik durumu, sağlığı, kişisel tercihleri, ilgi alanları, güvenilirliği, davranışı, konumu veya hareketleriyle ilgili hususları analiz etmek veya tahmin etmek için kullanılan kişisel verilerin her türlü otomatik işlenmesi olarak tanımlanabilir (GDPR m. 4 No. 4). Ayrıca bkz. Blum, 148 vd.

⁵⁴ Joachim Holthausen, "Big Data, People Analytics, KI und Gestaltung von Betriebsvereinbarungen – Grund-, arbeits- und datenschutzrechtliche An- und Herausforderungen" Recht der Arbeit. 1 (2021): 26.

⁵⁵ Alman Hukuku'nda BDSG § 26 hükmü çerçevesinde, çalışanların meşru menfaatleri zarar görmeksizin, işverenin meşru menfaatlerine hizmet eden veri işleme için çalışanın rızası aranmaksızın izin verilebileceği ifade edilmektedir. John, Rn. 39.

B. OTOMATİK KARARLARA TABİ TUTULMAMA HAKKI

İlgili kişi, kendisi ile ilgili kararların tek başına otomatik sistemler aracılığı ile alınmaması hakkına sahip olmalıdır. Kural olarak bireyin bir makinanın kararına tabi tutulamaması, bireyin nesneleştirilmemesi ve veriye dönüştürülmemesini güvence altına alan insan onuru ile yakından ilişkili bir haktır⁵⁶. Nihai karar verme yetkisinin daima insanda olması esastır.

Hukukumuzda bu hakka ve algoritmik karar vermeye ilişkin tek bir özel düzenlemeye yer verilmiştir. KVKK'nun ilgili kişinin hakları kenar başlıklı 11. maddesine göre, "İşlenen verilerin münhasıran otomatik sistemler vasıtasıyla analiz edilmesi suretiyle kişinin kendisi aleyhine bir sonucun ortaya çıkmasına itiraz etme" hakkı söz konusudur (m. 11/I-g). Bu kapsamda kararın insan denetiminden geçmesi istenebilir. Düzenlemenin gerekçesine göre, "Maddenin birinci fıkrasının (g) bendinde, işlenen verilerin münhasıran otomatik sistemler vasıtasıyla analiz edilmesi suretiyle aleyhe bir sonucun ortaya çıkmasına itiraz hakkı düzenlenmektedir. Örneğin, bir çalışanın performansının, onun tarafından yapılan işlerin, otomatik bir sisteme işlenip analiz edilerek, analiz sonucuna göre değerlendirilmesine, çalışanın itiraz edebilmesi bu kapsamda değerlendirilecektir".

GDPR ise bireyin profillemeye dayalı otomatik kararlara tabi tutulmamasını güvence altına alan çeşitli düzenlemeler içermektedir. Bu konudaki temel düzenleme, GDPR m. 22 hükmünde yer almakta olup, düzenleme Tüzüğü'nün yürürlüğünden önceki dönemde yürürlükte olan Veri Koruma Direktifi'nin 15. maddesinde de benzer bir düzenleme yer almaktaydı⁵⁷. GDPR m. 22 temelde bir yasak getirmektedir. Hükmün uygulanabilmesi için üç kümülatif koşulun varlığı aranır. Bunlardan birincisi, bir karar olması; ikincisi, bu kararın profil çıkarma da dahil olmak üzere yalnızca otomatik işlemeye dayalı olması; üçüncüsü, ilgili taraf üzerinde yasal etkiler yaratması veya benzer şekilde onu önemli ölçüde etkilemesidir. Ancak yasağa getirilen istisnaların varlığı halinde yasak geçerli olmayacaktır⁵⁸. Sözü geçen düzenlemeye göre, "İlgili kişi, yalnızca otomatik işleme, dahil olmak üzere profil oluşturmaya dayalı, kendisini şekilde önemli ölçüde etkileyen veya benzer hukuki sonuçlar doğuran bir karara tabi tutulmama hakkına sahiptir". Bununla birlikte, veri sahibi ile veri sorumlusu arasında bir sözleşmenin kurulması veya ifası için gerekli olduğunda (örn. sözleşmenin imzası için otomasyon gerekiyorsa) ya da veri sorumlusunun tabi olduğu Birlik veya Üye Devlet hukuku tarafından yetkilendirilmiş olduğu ve uygun önlemleri içerdiği hallerde bu hüküm uygulanmaz⁵⁹. GDPR'nin 22. maddesinin 2. fıkrasının c bendine göre, otomatik karar ilgili kişinin açık rızası ile alınmışsa bu yasak geçerli olmayacaktır⁶⁰. Ancak işe alım aşamasında alınan rıza daha önce değindiğimiz üzere, gönüllülük unsuru açısından açık rızanın gereklerini taşımayacaktır.

⁵⁶ Malorny, 176. GDPR m. 22 ye ilişkin bkz. Ulrich Baumgartner, Jonas H. Brunnbauer ve Samuel Cross, "Anforderungen der DS-GVO an den Einsatz von Künstlicher Intelligenz Welche Regelungen gelten für Anbieter und Anwender?" MMR. 8 (2023): 546; Anne Lauscher ve Sarah Legner, "Künstliche Intelligenz und Diskriminierung" ZfDR. 4 (2022): 381-382.

⁵⁷ Bu iki düzenlemeye ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Isak Mendoza ve Lee A. Bygrave, "The Right Not to be Subject to Automated Decisions Based on Profiling" içinde EU Internet Law: Regulation and Enforcement. Ed. Tatiana-Eleni Synodinou vd. (Cham: Springer International Publishing, 2017) 77 vd.

⁵⁸ Malorny, 177.

⁵⁹ Holthausen, "Einsatz künstlicher Intelligenz", 369; Justus Frank ve Maurice Heine, "Das KI-basierte Arbeitsverhältnis" NZA. 15 (2023): 936; Lang ve Reinbach, 1276.

⁶⁰ Holthausen, "Einsatz künstlicher Intelligenz", 369. ilgili kişi haklarına daha az müdahale eden ve meşru amaca etkili bir şekilde hizmet eden otomatik kararların istisna teşkil edebileceği ifade edilmektedir. Örneğin, sadece işverenin değil çalışanın da menfaatleri, resmi gereklilikleri bile karşılamayan (örneğin bir üniversite diplomasının tamamlanması) başvuruların otomatik olarak ayıklanmasını içerebilecek teknik bir çözüm, İK departmanının çok sayıda başvuru ile baş edemediği hallerde kabul edilebilir değerlendirilmektedir. Frank ve Heine, 938.

GDPR m. 22 bireylerin profil oluşturma dahil otomatik kararlara tabi tutulmaması hakkını içerir. Bu tür kararlar, birey üzerinde hukuki etkiler yaratır veya benzer şekilde önemli ölçüde etkilerse, bireyin bu tür kararlara tabi tutulmama hakkı vardır. Bir başka deyişle düzenlemenin uygulama alanı bulabilmesi, kararın kişi üzerinde hukuki sonuçlar doğurması veya benzer şekilde önemli ölçüde etkilemesidir. Bu koşulların varlığı halinde profil oluşturma da dahil yalnızca otomatik işlemeye dayalı bir karara tabi tutulmama hakkı güvence altına alınmıştır⁶¹. Gerek iş ilişkisinin kurulması gerekse işten çıkarma ya da terfi kararlarının bireyin çalışma hakkı üzerinde hukuki etki ve sonuç doğuran, iş ilişkisinin temelini etkileyen hususlar olması sebebiyle bu kapsamda olduğu kabul edilmektedir⁶². Örneğin, bir başvuru sahibinin işe alınmamasına ilişkin karar bu koşulları sağlayacaktır⁶³. Resitalin 71. maddesinde de çevrim içi işe alım örnek olarak gösterilmiştir⁶⁴. Bu düzenleme işe alım süreci açısından, insan etkisi olmaksızın gerçekleşen başvuru red veya kabulüne izin verilmediği anlamına gelmektedir⁶⁵. Nihai karar yetkisi insanlarda olduğu sürece, yapay zekâ tabanlı destek araçlarının kullanımı ise yasaklanmamıştır. Karar yetkisinin insanda olduğunun kabul edilebilmesi için insan karar vericinin yapay zekânın tavsiyelerini kendi kararları ile değiştirebilir durumda olduğunun kabulü gerekmektedir⁶⁶. Otomatik süreç bir tavsiye niteliği taşıyıp, bir insan nihai kararı vermeden önce diğer faktörleri de dikkate alıyorsa (nihai karar hakkı), karar “yalnızca” otomatik işleme dayalı sayılmamaktadır⁶⁷. Bir yapay zekâ işe alım sistemi tarafından başvuru belgelerinin yalnızca ön filtrelenmesi, başvuru hakkındaki kararın nihayetinde gerçek bir kişi tarafından verilmesi durumunda bu hükmün uygulama alanı bulmayacağı düşünülebilir⁶⁸. Ancak kanaatimizce profileme neticesinde oluşan sıralama ya da puanlama ilgili kişi önemli ölçüde etkileyecekse, uygulanması mümkün olacaktır⁶⁹. Düzenleme otomatik karar alma ve profil oluşturma süreçlerinde bireylerin haklarını korumayı amaçlamaktadır. Bireylerin, kendileri üzerinde önemli etkileri olabilecek kararların alınmasında insan müdahalesi olmasını talep etme hakkına sahip olmaları anlamına gelir. Belirtelim ki, düzenlemenin profileme sürecini mi yoksa profilemeye dayalı kararları mı önlemeyi amaçladığı tartışmalıdır⁷⁰.

Mevzuatımızdan farklı olarak, GDPR 22. maddesinin yanı sıra 13, 14 ve 15. maddelerinde de özel düzenlemelere yer vermiştir. 13. madde ilgili kişiden kişisel verilerin temin edildiği hallerde sağlanması gereken bilgiler, 14. madde kişisel verilerin ilgili kişiden alınmadığı hallerde sağlanacak bilgiler, 15. madde ise ilgili kişiden erişim hakkını düzenlemektedir. 21. maddesinde ise GDPR itiraz hakkını düzenlemektedir. Bu düzenlemelere göre, ilgili kişiden profil çıkarma da dahil olmak üzere 22(1) ve (4) maddelerinde atıfta bulunulan otomatik karar vermenin varlığı ve, en azından bu hallerde, yürütülen mantığa ilişkin anlamlı bilgilerin yanı sıra söz konusu işleme faaliyetinin ilgili kişi açısından önemi

⁶¹ Holthausen, “Einsatz künstlicher Intelligenz”, 369; Frank ve Heine, 936.

⁶² Holthausen, “Einsatz künstlicher Intelligenz”, 369.; Frank ve Heine, 937.

⁶³ Holthausen, “Big Data, People Analytics”, 25.

⁶⁴ Baumgartner, Brunnbauer ve Cross, 546.

⁶⁵ Lang ve Reinbach, 1276.

⁶⁶ Malorny, 177.

⁶⁷ Holthausen, “Big Data, People Analytics” 25.

⁶⁸ Baumgartner, Brunnbauer ve Cross, 937.

⁶⁹ ABAD’ın 7.12.2023 tarihli ön kararı için bkz. C-634/21, <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=-8462639D3A6FECC66F703B65E6EDC96D?text=&docid=280426&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=490032> (E.T. 19 Aralık 2023).

⁷⁰ Profilelemenin tek başına bu hüküm kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine ilişkin görüş ve değerlendirmeler için ayrıca bkz. Blum, 148.

ve öngörülen sonuçları hakkında bilgi edinme ve erişim hakkı vardır. Kural olarak işveren başvuru sahibini yapay zekâ kullanımına ilişkin bilgilendirmekle yükümlü değildir. Ancak otomatik karar verme söz konusu olduğunda bilgilendirme gereklidir⁷¹. Belirtelim ki, GDPR'ın yaklaşımı algoritmik karar alma süreçlerinde şeffaflık ve hesap verebilirliğin sağlanması ile uyumludur⁷². GDPR, veri işleyenlerin bireylere otomatik karar alma süreçleri hakkında şeffaf bilgi sağlamalarını gerektirmektedir. Ancak derin öğrenme (deep learning) ve diğer karmaşık yapay zekâ (AI) sistemlerinin kullanımı, GDPR kapsamında şeffaflık ve anlaşılabilirlik gereklilikleri bakımından bazı güçlükler yol açmaktadır. Bununla birlikte, açıklanabilir AI (Explainable AI, XAI) alanında yapılan çalışmalar, AI modellerinin karar verme süreçlerini daha şeffaf ve anlaşılabilir hale getirmeyi amaçlamaktadır.

SONUÇ

Çalışmamızda ele alınan kullanım alanları ve amaçları ile giderek yaygınlaştığı göz önünde bulundurulduğunda, yapay zekânın işe alımda kullanıldığı hallerde, kişisel verilerin korunmasının önemi açıktır. Ancak çalışan verilerinin korunmasına ilişkin TBK m. 419 hükmü dışında mevzuatımızda özel düzenlemelere yer verilmemiş olup, KVKK'da yer alan düzenlemeler de GDPR ile kıyaslandığında yetersiz görünmektedir. Özellikle Avrupa Birliği'nden farklı olarak, kişisel verilerin korunmasına ilişkin mevzuatımızda da profillemeye ve otomatik karar alma sistemlerine ilişkin özel düzenlemeler bakımından mevzuatın yeterli olmadığı söylenebilir. Zira Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nda yalnızca “işlenen verilerin münhasıran otomatik sistemler vasıtasıyla analiz edilmesi suretiyle kişinin kendisi aleyhine bir sonucun ortaya çıkmasına itiraz etme” hakkına ilişkin açık ve özel bir hükme yer verilmiştir. Kanaatimizce hukukumuzda da konuya ilişkin ayrıntılı düzenlemelere yer verilmesi, yapay zekâ araçlarının kullanımının giderek arttığı dikkate alınacak olursa isabetli olacaktır.

Ayrıca belirtelim ki, yapay zekâ sistemlerine ilişkin regülasyon ihtiyacı da söz konusudur. Tebliğ konumuzun sınırlarını aşmamak adına bu alandaki gelişmelere değinilmemiş olmakla birlikte, önemli gelişmeler söz konusudur. Avrupa Birliği Komisyonu, 21 Nisan 2021 tarihinde risk temelli bir düzenleme yaklaşımını benimseyen Yapay Zekâ Yasa Taslağını sunmuş, 9 Aralık 2023'te Konsey Başkanlığı ve Avrupa Parlamentosu müzakerecileri, yapay zekâyâ ilişkin uyumlaştırılmış kurallara ilişkin teklif üzerinde geçici bir anlaşmaya varmıştır⁷³. Yasa Avrupa pazarına sunulan ve AB'de kullanılan yapay zekâ sistemlerinin güvenli, temel haklara ve AB değerlerine saygılı olmasını sağlamayı amaçlamaktadır. Yasanın odak noktasında yüksek riskli sistemler yer almakta olup, “İstihdam, Personel Yönetimi ve Bağımsız Çalışmaya Erişim” yüksek riskli yapay zekâ sistemlerindedir (Ek III m. 4). Teklifin 10. maddesi ile ön yargısız eğitim verileri kullanılması ve veri setleri için kalite gereklilikleri düzenlenmiştir. Ayrıca GDPR anlamında hassas verilerin yüksek riskli sistemler ile bağlantılı olarak ön yargıların gözlemlenmesi, tespiti ve düzeltilmesi için kesinlikle gerekli olduğu sürece istisna yoluyla işlenebileceği belirtilmiştir. Yapay zekâ sistemlerinde süreçlerinin belgelenmesi

⁷¹ Lang ve Reinbach, 1276.

⁷² Bryce Goodman ve Seth Flaxman, “European Union regulations on algorithmic decision-making and a ‘right to explanation’” AI Magazine. 38.3 (2017): 50.

⁷³ <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2023/12/09/artificial-intelligence-act-council-and-parliament-strike-a-deal-on-the-first-worldwide-rules-for-ai/> 6 Aralık 2022'de Konsey, bu teklif üzerinde müzakere yetkisi için anlaşmaya varmış ve Haziran 2023'ün ortalarında Avrupa Parlamentosu ile kurumlar arası görüşmelere başlamıştır.

ve kaydedilmesi, sonuçlarının izlenebilir hale getirilmesi, şeffaflık, güvenlik ve denetime ilişkin düzenlemeler öngörülmüştür. Bunun yanı sıra nihai karar verme yetkisinin insanlarda olması gerektiği kabul edilmiştir. Kanaatimizce, karşılaştırmalı hukuktaki gelişmeleri takip ederek, ihtiyaçların analizi çerçevesinde iş hukukunun özel ilke ve gereksinimleri dikkate alınarak düzenlemeler getirilmesi gerekmektedir.

Kaynakça:

- Alpagut, Gülsevil ve Aybüke Karaca Yağcı. “İşyerinde Yapay Zeka Uygulaması ve Ayrımcılık”. *Sicil İş Hukuku Dergisi* 2.49 (2023): 11-44.
- Baiocco, Sara vd. *The Algorithmic Management Of Work And Its Implications In Different Contexts*. JRC Working Papers Series on Labour, Education and Technology, 2022.
- Baumgartner, Ulrich, Jonas H. Brunnbauer ve Samuel Cross. “Anforderungen der DSGVO an den Einsatz von Künstlicher Intelligenz Welche Regelungen gelten für Anbieter und Anwender?” *MMR* 8 (2023).
- Bernhardt, Nicoli. *Big Data und künstliche Intelligenz (KI) im Marketing: Chancen und Herausforderungen für kleine und mittlere Unternehmen*. 1. bs. GRIN Verlag, 2021.
- Blum, Benjamin. *People Analytics: Eine Datenschutzrechtliche Betrachtung Moderner Einsatzszenarien Für Automatisierte, Datenbasierte Entscheidungen*. Baden-Baden: Nomos, 2021.
- Bozkurt Gümrükçüoğlu, Yeliz. “Deneme süreli iş sözleşmeleri” *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 11.2 (2012): 47-84.
- Bozkurt Gümrükçüoğlu, Yeliz. “İş ilişkisinde İşçinin Kişisel Verilerinin Korunmasına İlişkin Sorunlar ve Kişisel Verilerin Korunması Kanunu”. *İçinde İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar*, Ed. Kübra Doğan Yenisey ve Seda Ergüneş Emrağ, İstanbul: Beta, 2017, 19-103.
- Bozkurt Gümrükçüoğlu, Yeliz ve Gülnihal Ahter Yakacak. “Yapay Zekânın İşe Alım Süreçlerinde Kullanımı ve Algoritmik Ayrımcılık” *Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi* 72.4 (2023).
- Busche, Daniel. “Einführung in die Rechtsfragen der künstlichen Intelligenz” *Juristische Arbeitsblätter*. 6 (2023).
- Chen, Zhisheng. “Ethics and discrimination in artificial intelligence-enabled recruitment practices”. *Humanities and Social Sciences Communications* 10.1 (2023): 1-12.
- Coles, Joshua, Shamal Faily ve Duncan Ki-Aries. “Tool-Supporting Data Protection Impact Assessments with CAIRIS”. *İçinde 2018 IEEE 5th International Workshop on Evolving Security & Privacy Requirements Engineering (ESPRE)*. 21-27, 2018.
- Çekin, Mesut Serdar. *Yapay Zekâ Teknolojilerinin Hukuki İşlem Teorisine Etkileri*, (İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2021)
- Dashti, Salimeh ve Silvio Ranise. “Tool-Assisted Risk Analysis for Data Protection Impact Assessment”. Ed. Michael Friedewald vd., 308-324. *IFIP Advances in Information and Communication Technology*. Cham: Springer International Publishing, 2020.
- Engin, Murat ve Başak Ozan Özparlak. “İşe Girişte Yapay Zekâ ve Ayrımcılık”. *İçinde Hukuk Perspektifinden Yapay Zekâ*. Ed. Erdem Büyüksağış, İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2022, 227-280.

Frank, Justus ve Maurice Heine. “Das KI-basierte Arbeitsverhältnis”. *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht* 15 (2023).

Goodman, Bryce ve Seth Flaxman. “European Union regulations on algorithmic decision-making and a ‘right to explanation’”. *AI Magazine* 38.3 (2017): 50-57.

Güzel, Ali, Deniz Ugan Çatalkaya ve Hande Heper. “İş Hukukunun Yapay Zeka ile Buluşması: İşverenin Algoritmik Yönetimi”. *Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi* 15. Özel Sayı (2023): 25-111.

Hoeren, Thomas, Ulrich Sieber ve Bernd Holznagel. *Handbuch Multimedia-Recht: Rechtsfragen des elektronischen Geschäftsverkehrs*. 59. bs. München: C.H.Beck, 2023.

Holthausen, Joachim. “Big Data, People Analytics, KI und Gestaltung von Betriebsvereinbarungen – Grund-, arbeits- und datenschutzrechtliche An- und Herausforderungen”. *Recht der Arbeit* 1 (2021).

Holthausen, Joachim. “Einsatz künstlicher Intelligenz im HR-Bereich und Anforderungen an die „schöne neue Arbeitswelt X.0“”. *Recht der Arbeit* 6 (2023): 321-384.

Jackson, Maya C. “Artificial Intelligence & Algorithmic Bias: The Issues With Technology Reflecting History & Humans”. *Journal of Business & Technology Law* 16.2 (2021): 299-316.

John, Nicolas. “29.4. KI im Arbeitsrecht”, içinde *Handbuch Multimedia-Recht: Rechtsfragen des elektronischen Geschäftsverkehrs*. Ed. Thomas Hoeren, Ulrich Sieber, ve Bernd Holznagel, 59. bs, München: C.H.Beck, 2023.

Kazim, Emre vd. “Systematizing Audit in Algorithmic Recruitment”. *Journal of Intelligence* 9.3 (2021). Çevrimiçi. İnternet. 1 Ara. 2023. . Available: <https://doi.org/10.3390/jintelligence9030046>.

Kim, Pauline. *Artificial Intelligence, Big Data, Algorithmic Management, and Labor Law*. SSRN Scholarly Paper, Haziran 2023.

Kong, Yeqing ve Huiling Ding. “Tools, Potential, and Pitfalls of Social Media Screening: Social Profiling in the Era of AI-Assisted Recruiting”. *Journal of Business and Technical Communication* 38.1 (2024): 33-65.

Köchling, Alina ve Marius Claus Wehner. “Discriminated by an algorithm: a systematic review of discrimination and fairness by algorithmic decision-making in the context of HR recruitment and HR development”. *Business Research* 13.3 (2020): 795-848.

Kramer, Stefan. *IT-Arbeitsrecht: Digitalisierte Unternehmen: Herausforderungen und Lösungen*. München: C.H.Beck, 2019.

Lang, Flavia ve Hubertus Reinbach. “Künstliche Intelligenz im Arbeitsrecht” *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht* 20 (2023).

Lauscher, Anne, ve Sarah Legner. “Künstliche Intelligenz und Diskriminierung”. *ZfDR* 4 (2022): 313-420.

Malorny, Friederike. “Datenschutz als Grenze KI-basierter Auswahlentscheidungen im Arbeitsrecht” *Recht der Arbeit* 3 (2022): 172.

Mateescu, Alexandra ve Aiha Nguyen. “Explainer: workplace monitoring and surveillance”. *Data and Society APO: Analysis & Policy Observatory* (2019).

Mendoza, Isak ve Lee A. Bygrave. “The Right Not to be Subject to Automated Decisions Based on Profiling”. *İçinde EU Internet Law: Regulation and Enforcement*. Ed. Tatiana-Eleni Synodinou vd., 77-98. Cham: Springer International Publishing, 2017.

Meyer, Uwe. “Künstliche Intelligenz im Personalmanagement und Arbeitsrecht”. *Neue Juristische Wochenschrift* 26 (2023): 1841-1847.

Oral, Tuğçe. *Otonom ve Otomatik İnsansız Hava Aracı (İHA) Sistemlerinin Sebep Olduğu Zararlardan Kaynaklanan Sözleşme Dışı Sorumluluk*, Ankara: Yetkin Yayınevi, 2023.

Öcal Akipek, Şebnem. “Yapay Zekâ ve Hukuki Niteliği” içinde *Hukuk Perspektifinden Yapay Zekâ*. Ed. Erdem Büyüksağış, (İstanbul: Onikilevha Yayıncılık, 2022).

Öğretmen Kotil, Zeynep. *Kişisel Verilerin Korunması Çerçevesinde Yapay Zeka*, İstanbul, Onikilevha Yayıncılık, 2022.

Parviainen, Henni. “Can algorithmic recruitment systems lawfully utilise automated decision-making in the EU?” *European Labour Law Journal* 13.2 (2022): 225-248.

Sandvoß, Daniel ve Hans-Hermann Schild. “Neue Entwicklungen des Beschäftigtendatenschutzes im Lichte der Rechtsprechung des EuGH vom 30.3.2023”. *NJOZ* 35 (2023).

Sevimli, Ahmet, “Veri Koruma Hukuku İlkeleri Işığında Türk Borçlar Kanunu Madde 419” *Sicil*. 24, 2011.

Sayın, Başak. “İnsan Kaynakları Yönetiminde Yetenek Döngüsü” *Çalışma İlişkileri Dergisi*. 14.2 (2023).

Witteler, Michael ve Lucas Moll. “Künstliche Intelligenz am Arbeitsplatz – Datenschutz und Rechte des Betriebsrats”. *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht* (2023).