

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

İŞÇİNİN TALİMATLARA UYMA BORCU

Doktora Tezi

Berna ÖZTÜRK

Ankara – 2021

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

İŞÇİNİN TALİMATLARA UYMA BORCU

Doktora Tezi

Berna ÖZTÜRK

Tez Danışmanı

Prof. Dr. Levent AKIN

Ankara – 2021

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

İŞÇİNİN TALİMATLARA UYMA BORCU

Doktora Tezi

Tez Danışmanı

Prof. Dr. Levent AKIN

TEZ JÜRİSİ ÜYELERİ

1- Prof. Dr. Levent AKIN (Tez Danışmanı)

2- Prof. Dr. Emine Tuncay SENYEN KAPLAN

3- Prof. Dr. Muhittin ASTARLI

4- Doç. Dr. Gaye Burcu YILDIZ

5- Doç. Dr. Gaye BAYCIK

Tez Savunma Tarihi:

02.07.2021

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü'ne

Prof. Dr. Levent Akın'ın danışmanlığında hazırladığım “İŞÇİNİN TALİMATLARA UYMA BORCU (Ankara- 2021)” adlı doktora tezindeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu, başka kaynaklardan aldığım bilgileri metinde ve kaynakçada eksiksiz olarak gösterdiğimi, çalışma sürecinde bilimsel araştırma ve etik kurallarına uygun olarak davrandığımı ve aksinin ortaya çıkması durumunda her türlü yasal sonucu kabul edeceğimi beyan ederim.

Tarih:

Berna ÖZTÜRK

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	2
KISALTMALAR	8
ŞEMALAR LİSTESİ.....	14
GİRİŞ.....	15

BİRİNCİ BÖLÜM

YÖNETİM HAKKI VE TALİMATIN KAVRAMSAL ÇERÇEVESİ	21
--	----

§ 1. YÖNETİM HAKKI KAVRAMI	21
----------------------------------	----

I. Genel Olarak Yönetim Hakkı	21
-------------------------------------	----

A. İşletme Yönetiminin Temel Kavramı: “Yönetim”	21
---	----

B. Yönetim Hakkını Şekillendiren Yönetim Yaklaşımları	25
---	----

1. Klasik Yönetim Yaklaşımı	26
-----------------------------------	----

2. Neo-Klasik (Davranışsal) Yaklaşım	28
--	----

3. Modern Yönetim Yaklaşımı	29
-----------------------------------	----

4. Post-Modern Yönetim Yaklaşımı	30
--	----

5. İşverenin Yönetim Hakkının İşçilerin Yönetime Katılma Hakkıyla Sınırlandırılması Yaklaşımı.....	31
---	----

C. Geleneksel Yönetim Hakkından Sapma: “Holakrası”	36
--	----

D. İş Hukuku Açısından İşverenin Yönetim Hakkı.....	41
---	----

1. İş Sözleşmesi ve Yönetim Hakkı	41
---	----

a. İşverenin Yönetim Hakkının Hukuki Temeli: “İş Sözleşmesi”	41
--	----

b. Yönetim Hakkının Normlar Hiyerarşisindeki Yeri	50
---	----

2. İşverenin İşletmesel Karar Alma Özgürlüğü ve Yönetim Hakkı.....	54
--	----

II. Yönetim Hakkının Kaynağı	61
------------------------------------	----

A. Mülkiyet Hakkından Doğduğu Görüşü.....	61
---	----

B. Girişimcinin Rizikoları Taşımasından Doğduğu Görüşü	64
--	----

C. İş İlişkisinin Niteliğinden Doğduğu Görüşü	66
---	----

D. Kanundan Doğduğu Görüşü	68
----------------------------------	----

E. İş Sözleşmesinden Doğduğu Görüşü	69
---	----

III. Yönetim Hakkının Hukuki Niteliği	72
A. Egemenlik Hakkı	73
B. Talep Hakkı	74
C. Yenilik Doğuran Hak	75
§ 2. TALİMAT KAVRAMI	80
I. Genel Olarak Talimat Kavramı	80
II. Talimat Verme Yetkisine Sahip Kişiler	85
A. İşveren	85
1. Soyut İşveren-Somut İşveren.....	87
2. Tüzel Kişilerde ve Ticaret Şirketlerinde İşveren Niteliği	89
3. Şirketler Topluluğunda ve Holdinglerde İşveren Niteliği	99
4. Birlikte İstihdam (Birlikte İşveren)	105
5. Matriks Organizasyon (Matrix Structure/Matrix-Strukturen) Yapısına Sahip Şirket Topluluklarında Talimat Verme Yetkisi (Çok Boyutlu Talimat Rejimi)	112
a. Matriks Organizasyon Yapısı Kavramı.....	113
b. Matriks Yapı Şeklinde Örgütlenmenin Avantajları ve Dezavantajları.....	118
c. Matriks Yapıda İş İlişkileri	119
d. Matriks Yapıda İşverenin ve Matriks Yöneticilerin Talimat Verme Yetkisi	129
6. Geçici İş İlişkisinde Talimat Verme Yetkisi	139
a. Meslek Edinilmiş Geçici İş İlişkisinde İşverenin Talimat Verme Yetkisi	142
b. Meslek Edinilmemiş Geçici İş İlişkisinde İşverenin Talimat Verme Yetkisi	148
B. Alt İşveren.....	152
C. İşveren Vekili	166
III. Talimatların Türleri	179
A. Amaç Açısından Talimatların Türleri.....	180
1. İşin Görülmesine İlişkin Talimatlar	180
2. İşçinin İşyerindeki Davranışlarına (İşyeri Düzenine) İlişkin Talimatlar	182
3. İşverenin İşçiye Sadakat Borcunu Somutlaştırmaya Yönelik Talimat Verip Veremeyeceği Meselesi.....	184
B. Biçim ve Yürürlüğe Girme Zamanı Açısından Talimatların Türleri.....	187
1. Genel Talimatlar	187
2. Özel/Bireysel Talimatlar	188
IV. Talimatların Çatışması ile Açık ve Net Olmaması	191
A. Talimatların Çatışması	191
1. Aynı Makam Tarafından Verilen Özel/Bireysel ve Genel Talimatların Çatışması	192

2. Ayrı Makamlar Tarafından Verilen Özel/Bireysel ve Genel Talimatların Çatışması	194
B. Talimatların Açık ve Net Olmaması	196

İKİNCİ BÖLÜM

İŞÇİNİN TALİMATLARA UYMA BORCUNUN DAYANAKLARI ve KAPSAMI.....	198
--	------------

§ 3. İŞÇİNİN TALİMATLARA UYMA BORCUNUN HUKUKİ DAYANAKLARI	198
--	------------

I. Genel Olarak	198
II. Türk Hukukunda İşçinin Talimatlara Uyma Borcunun Hukuki Dayanakları.....	200
III. Alman Hukukunda İşçinin Talimatlara Uyma Borcunun Hukuki Dayanakları.....	203

§ 4. İŞÇİNİN TALİMATLARA UYMA BORCUNUN KAPSAMI	213
---	------------

I. İşverenin Hukuki ve Fiili Üstünlüğü Karşısında İşçinin Durumu	213
II. Hukuka Uygunluk Ölçütleri	215

A. Dürüstlük Kuralına Uygunluk.....	217
-------------------------------------	-----

1. Genel Olarak Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı	217
2. İş Hukukunda İşverenin Talimat Verme Hakkının Sınırlandırılmasında Dürüstlük Kuralının/Hakkaniyete Uygun Takdir Yetkisinin Etkisi.....	226

B. Eşitlik İlkesine Uygunluk	235
------------------------------------	-----

1. Eşitlik İlkesinin Anlamı ve Önemi.....	235
---	-----

2. Uluslararası Belgelerde Eşitlik İlkesi	241
---	-----

a. Birleşmiş Milletler Belgeleri.....	242
---------------------------------------	-----

b. Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) Sözleşmeleri	250
---	-----

c. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa Sosyal Şartı-Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı (Avrupa Sosyal Haklar Sözleşmesi).....	252
--	-----

d. Avrupa Birliği Mevzuatında Ayrımcılık Yasağı ve Eşit İşlem İlkesi.....	255
---	-----

3. İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi.....	256
---	-----

a. İşverenin Eşit Davranma Borcunun Hukuki Dayanağı	256
---	-----

b. İşverenin Eşit Davranma Borcunun Niteliği, Uygulanma Koşulları ve Kapsamı.....	259
---	-----

c. İş İlişkisinin Devamı Süresince Eşit Davranma Borcu: “İşverenin Talimat Verme Hakkı ve Eşit Davranma Borcu”	270
--	-----

aa. Ayrımcılık Talimatı	273
-------------------------------	-----

bb. İşçiler Arasında Sınıflandırma/Grupların Oluşturulması.....	279
---	-----

cc. İşverenin İşçiler Arasında Farklı Davranmasını Gerektiren Haklı Nedenler.....	282
---	-----

C. Temel Hak ve Özgürlüklere Uygunluk	295
1. Genel Olarak	295
2. Temel Hakların Özel Hukuka (İş Hukukuna) Etkisi	296
a. Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Doğrudan Etkisi	298
b. Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Dolaylı Etkisi	300
c. Temel Hakların Koruma Fonksiyonu/Yükümlülüğü	302
d. Türk Hukukunda Temel Hakların Özel Hukuk (İş Hukuku) İlişkilerine Etkisi	306
3. İşçinin Temel Hak ve Özgürlüklerinin Uluslararası ve Ulusal Hukuktaki Dayanakları ..	310
4. İşverenin Talimat Verme Hakkı Karşısında İşçinin Temel Hak ve Özgürlükleri	317
a. İşverenin Talimat Verme Hakkı ile İşçinin Temel Hak ve Özgürlükleri Çatışmasında Denge Arayışı	317
b. İşçinin Kişilik Haklarının Korunması	328
aa. Genel Olarak Kişilik Hakkı Kavramı ve İş İlişkisinde İşçinin Kişilik Hakkının Korunması Gereği	328
bb. İşverenin Talimat Verme Hakkını Kötüye Kullanması Bağlamında Psikolojik Taciz	335
cc. İşverenin İşçinin Sağlığını Koruma Borcu ile İşçinin Talimatlara Uyma Borcu Arasındaki İlişki	347
c. İşçinin Özel Yaşamının Gizliliğinin Korunması	353
aa. Genel Olarak Özel Yaşama Saygı Hakkı ve Özel Yaşama Saygı Hakkının Kapsamı ..	353
bb. İşçinin Dış Görünüşe İlişkin Talimatlar	358
cc. İşçinin İşyerinde Özel Amaçlı İnternet, E-Posta ve Telefon Kullanmasına İlişkin Talimatlar	370
dd. İşçinin Üstünün ve Eşyalarının Aranmasına İlişkin Talimatlar	386
ee. İşverenin İşçiye Alkol, Uyuşturucu, HIV/AIDS, Kişilik-Psikolojik Testleri Uygulamaya, Aşı ve PCR Testi Yapılmasına Yönelik Talimatları	396
ff. İşverenin İşçinin İşyerinde Tütün, Alkol ve Uyuşturucu Madde Kullanımına, İşyerinde Müzik Dinlemesine, İşyerine Ev Hayvanı Getirmesine ve İşçilerin Birbirleriyle İlişkilerine Dair Talimatları	418
gg. İşverenin İşçinin İşyeri Dışındaki Davranışlarına ve Yaşam Tarzına İlişkin Talimatları	431
d. İşçilerin İşyerinde Din ve Vicdan Özgürlüğünün Korunması	445
aa. Genel Olarak Din ve Vicdan Özgürlüğü	445
bb. İşçilerin İşyerinde Din ve Vicdan Özgürlüğüne İlişkin Haklarının Kullanılmasının Organizasyonuna Yönelik Talimatlar	447
e. İşçilerin Düşünce ve İfade Özgürlüğünün Korunması	463
aa. Genel Olarak Düşünce ve İfade Özgürlüğü	463

bb. İşverenin Talimatları Karşısında İşçinin Düşünce ve İfade Özgürlüğünün Korunması Gerekliliği.....	465
D. İşin Düzenlenmesine İlişkin Yasal Sınırlamalara Uygunluk	476
1. Genel Olarak	476
2. İşçinin, İşverenin Çalışma Sürelerinin Düzenlenmesine İlişkin Verdiği Talimatlara Uyma Borcunun Kapsamı.....	477
a. Çalışma Süresi Kavramı ve Çalışma Sürelerini Denkleştirme Uygulamaları	477
b. Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışmaya İlişkin Düzenlemeler.....	487
c. Gece Çalışması ve Postalar Halinde Çalışma	501
d. Telafi Çalışması	503
3. İşverenin, İşçilere Dinlenme Sürelerinde Talimat Verip Veremeyeceği Meselesi	511
a. Genel Olarak.....	511
b. Ara Dinlenmesi	511
c. Hafta Tatili, Ulusal Bayram ve Genel Tatil Günleri	517
d. Yıllık Ücretli İzin Hakkı.....	522
E. İş Sözleşmesinden Doğan Sınırlamalara Uygunluk	530
1. Genel Olarak	530
2. Çalışma Koşulları Kavramı ve İş Sözleşmesiyle Oluşan Çalışan Koşullarının Tespiti	531
3. İşverenin Talimat Verme Hakkı ile İş Sözleşmesinde Değişiklik Yapılması Arasındaki Ayrım	538
a. Ücret Değişikliği	545
b. İşin Niteliğinde Değişiklik.....	552
c. Çalışma Süresinde ve Çalışma Saatlerinde Değişiklik	560
d. İşyerinde Değişiklik	563
4. Değişiklik Kayıtları.....	573
a. Bireysel İş Sözleşmelerinde Yer Alan Değişiklik Kayıtları ve Geçerliliği Sorunu	578
b. Genel İş Koşullarında Yer Alan Değişiklik Kayıtları ve Geçerliliği Sorunu.....	581
c. Farklı Çalışma Koşulları Açısından Değişiklik Kayıtları	587
aa. Ücrette Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kayıtlar	587
bb. İşin Niteliğinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kayıtlar	595
cc. Çalışma Süresinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kayıtlar	600
dd. İşyerine İlişkin Değişiklik Kayıtları	609

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İŞÇİNİN TALİMATLARA UYMASININ ve UYMAMASININ HUKUKİ SONUÇLARI	615
--	------------

§ 5. HUKUKA UYGUN TALİMATLAR.....	615
--	------------

I. İşçinin Hukuka Uygun Talimatlara Uyması	615
---	------------

II. İşçinin Hukuka Uygun Talimatlara Uymaması	617
--	------------

A. Genel Olarak.....	617
-----------------------------	------------

B. Tazminat ve Ödemezlilik Def'i	618
---	------------

C. Disiplin Cezası	624
---------------------------------	------------

D. İş Akdinin Feshi	638
----------------------------------	------------

§ 6. HUKUKA AYKIRI TALİMATLAR	642
--	------------

I. İşçinin Hukuka Aykırı Talimatlara Uyması	642
--	------------

II. İşçinin Hukuka Aykırı Talimatlara Uymaması	645
---	------------

A. Talimatların Hukuka Aykırılığının Tespit Davasına Konu Edilip Edilmeyeceği Meselesi ..	648
--	------------

B. İş Görmekten Kaçınma Hakkı.....	656
---	------------

1. Hukuka Aykırı Talimatı Yerine Getirmeyi Red Hakkı.....	657
--	------------

2. Dini ve Vicdani Nedenlerle İş Görmeyi Red Hakkı	661
---	------------

C. İşçinin İşverene Şikayet Hakkı.....	679
---	------------

D. İş Akdinin Feshi	682
----------------------------------	------------

SONUÇ.....	684
-------------------	------------

KAYNAKÇA	697
-----------------------	------------

KARARLAR LİSTESİ	760
-------------------------------	------------

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
ABAD	: Avrupa Birliği Adalet Divanı
AGG	: Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AktG	: Aktiengesetz
ArbG	: Arbeitsgericht
ArbGG	: Arbeitsgerichtsgesetz
ArbRAktuell	: Arbeitsrecht Aktuell
ArbR-Hdb	: Arbeitsrechts-Handbuch
ArbStättV	:Arbeitsstättenverordnung
ArbZG	: Arbeitszeitgesetz
Art.	: Artikel
AuR	: Arbeit und Recht
AÜG	: Arbeitnehmerüberlassungsgesetz
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AY	: Anayasa
AYM	: Anayasa Mahkemesi

BAG	: Bundesarbeitsgericht
BAM	: Bölge Adliye Mahkemesi
BDSG	: Bundesdatenschutzgesetz
BeckOK ArbR	: BeckOK Arbeitsrecht
BeckOK GewO	: Beck'scher Online-Kommentar GewO
BetrVG	: Betriebsverfassungsgesetz
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	: Bundesgesetzblatt
BGH	: Bundesgerichtshof
BinSchG	: Binnenschiffahrtsgesetz
Bkz.	: Bakınız
BM	: Birleşmiş Milletler
BVerfG	: Bundesverfassungsgericht
C.	: Cilt
CEDAW	: Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi
Çev.	: Çeviren
ÇSY	: İş Kanuna İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliği
DB	: Der Betrieb

DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
dn.	: Dipnot
E.	: Esas
E.T.	: Erişim Tarihi
ErfK	: Erfurter Kommentar
EU	: European Union
GewO	: Gewerbeordnung
GG	: Grundgesetz
HGB	: Handelsgesetzbuch
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
ILO	: International Labour Organisation
İHSGHD	: İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
JuS	: Juristische Schulung
JZ	: Juristen Zeitung
K.	: Karar
KİBB	: Kazancı İctihat Bilgi Bankası
KSchG	: Kündigungsschutzgesetz
KVKK	: Kişisel Verilerin Korunması Kanunu

LAG	: Landesarbeitsgericht
m.	: Madde
MHdB ArbR	: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht
MitbestG	: Mitbestimmungsgesetz
MüKoAktG	: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz
MüKoBGB	: Münchener Kommentar zum BGB
NJW	: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZA	: Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZA-RR	: NZA- Rechtsprechungs-Report
OR	: Obligationenrecht
OVG	: Oberverwaltungsgericht
PHÇY	: Postalar Halinde İşçi Çalıştırılarak Yürütülen İşlerde Çalışmalara İlişkin Özel Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik
RAG	: Reichsarbeitsgericht
RdA	: Recht der Arbeit
RG	: Resmi Gazete
Rn.	: Randnummer
S.	: Sayı
SeeMG	: Seemannsgesetz

StGB	: Strafgesetzbuch
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
TÜHİS	: Türk Ağır Sanayii ve Hizmet Sektörü Kamu İşverenleri Sendikası
TVöD	: Tarifvertrag öffentlicher Dienst
TzBfG	: Teilzeit-und Befristungsgesetz
UÇÖ	: Uluslararası Çalışma Örgütü
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
VG	: Verwaltungsgericht
VGH	: Verwaltungsgerichtshof
Vol.	: Volume
Y10HD	: Yargıtay 10. Hukuk Dairesi
Y12CD	: Yargıtay 12. Ceza Dairesi
Y21HD	: Yargıtay 21. Hukuk Dairesi
Y22HD	: Yargıtay 22. Hukuk Dairesi

Y7HD	: Yargıtay 7. Hukuk Dairesi
Y9HD	: Yargıtay 9. Hukuk Dairesi
YCGK	: Yargıtay Ceza Genel Kurulu
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YİBK	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu
Yön.	: Yönetmelik



ŞEMALAR LİSTESİ

ŞEMA-I: Geleneksel-Hiyerarşik Organizasyon Yapısı.....	116
ŞEMA-II: Matriks Organizasyon Yapısı (Uzmanlık-Ürün Matriksi).....	117
ŞEMA-III: (X) Şirketler Topluluğunun Yapısı.....	123
ŞEMA-IV: Matriks Yapının İç İlişkilerde (Talimat Zincirindeki) Görünümü.....	131



GİRİŞ

“*Talimat*” kavramı, demokratik bir toplumda yaşayan özgür ve eşit bireylere, geçmiş zamanlardan kalma hakimiyet ilişkilerini, baskıyı ve sömürüyü hatırlatmaktadır.¹ Gerçekten de, işverenlerin talimat verme hakkının tarihi kökleri, eski çağlardaki efendilerin, köleleri üzerindeki hakimiyet hakkına kadar uzanmaktadır.² Bir tarafın diğer taraf üstünde kurduğu bu hakimiyetin özünde ise “*otorite*” kavramı yer almaktadır. Zira, otorite, bir iradenin diğer iradeye egemen oluşunu yansıtan, “son ve kesin kararı veren irade” olarak tanımlanabilir.³ Diğer bir deyişle, otorite, “*talimat verme hakkı ve itaat ettirme gücü*”dür.⁴

Otoritenin kademeleşmesi ve süreklilik kazanmasıyla da “*hiyerarşi*” kavramı ortaya çıkmıştır. Otorite ve hiyerarşi birbirini tamamlar bir nitelik taşımaktadır. Öyle ki, hiyerarşi, üstün asta karşı olan hakimiyetini ve astın üste karşı olan itaat etme yükümlülüğünü kalıcı kılmaktadır.⁵ Köleci toplumlardaki bu hakimiyet anlayışı, feodal topluma geçişle birlikte, yerini, toplumdaki sınıfları *kalıtsal* egemenlik anlayışına göre düzenleyen başkaca bir hiyerarşi ilişkisine bırakmıştır.⁶

Otoritenin tek bir kişide toplanıp, ast üzerinde sınırsız bir hakimiyet kurma hakkı, buhar gücünün üretime girmesiyle birlikte ciddi bir değişime de uğramıştır. Çağdaş üretim koşulları ve buna bağlı olarak işletme büyüklüklerinin artması feodal yapıların çözülmesi sonucunu da doğurmuştur. Bu noktada artık, işletme içi bir otorite kademeleşmesi başlamıştır. Zira, herkesin ayrı, fakat birbirini tamamlar nitelikte bir iş yapması olarak tanımlanan “*işbölümü*” olgusu düzenli ve sürekli bir hal almıştır.⁷ Yönetim kavramının özünde de işte bu,

¹ Brunhöber, 5.

² Preis, Weisungsrecht, 4.

³ Fişek, 90.

⁴ Koçel, 650.

⁵ Fişek, 94.

⁶ Fişek, 95.

⁷ Fişek, 65, 94-95.

işbölümü, hiyerarşi ve otorite kavramları yatmaktadır.⁸ İşbölümlü işletmelerde, işin düzenlenmesi ve ortak amacın gerçekleşmesini sağlamak amacıyla bir *egemen iradeye* ihtiyaç bulunmaktadır. Bu egemen irade ise işyeri hiyerarşisinde *işverendir*. İşveren işçilere vereceği talimatlarla işin ve işyerinin düzenini sağlamaktadır.

Tüm bu tarihsel süreç içinde işverenin talimat verme hakkını incelediğimizde, doktrindeki eski görüşler, işçinin bir iş ilişkisine dahil olarak, kendisini işverenin hakimiyet alanına teslim etmesiyle, işverenin talimatlarına “*itaat etme*” yükümlülüğünün başlayacağını belirtmektedir.⁹ Değişimle şekillenen insanlık tarihinde, geçmiş dönem tartışmalarının, yeni bir ışık altında okunmasını sağlayan güncel bir yan her zaman bulunmaktadır.¹⁰ Bu açıdan, geçmişte, işverenin işçiye talimat verme gücünün, taraflar arasındaki hakimiyet ilişkisinden doğduğu anlayışı, modern iş hukukunda yerini sözleşmesel ilişkiye bırakmıştır. Zira, işçi kendi özgür iradesiyle ve bir özel hukuk sözleşmesiyle işverenin otoritesi altına girmeyi kabul etmektedir.

İşçi ve işverenin iş sözleşmesini akdetmeleriyle, taraflar arasında karşılıklı hak ve borçlar ortaya çıkmaktadır. Bu borçların başında ise işçinin iş görme ve işverenin ücret ödeme borcu gelmektedir. Ancak, iş sözleşmesi her ne kadar bir özel hukuk sözleşmesi olsa da, diğer medeni hukuk ve borçlar hukuku sözleşmeleri gibi tarafların eşitliği varsayımına dayanmaz. İş sözleşmesini özellikli kılan yan, işte bu taraflar arasındaki eşitsizliktir. Bu ilişkide işçi, hem ekonomik açıdan işverenden daha güçsüz bir konumda yer almakta hem de işyeri hiyerarşisi içerisinde işin sahibi olan işverenin otoritesi altındadır.

Bu otoritenin yansıma şekli ise, “*işçilerin faaliyetlerini, işverenin emrinde bulundurmalarıdır.*”¹¹ Diğer bir anlatımla, işçinin, bu hiyerarşi ilişkisinde, işverene karşı kişisel ve hukuki bağımlılığı bulunmaktadır. Bu bağımlılık unsuru ise işçinin iş görme

⁸ Fişek, 85.

⁹ Preis, Weisungsrecht, 5.

¹⁰ Brunhöber, 5.

¹¹ Saymen, 10.

borcunu yerine getirirken işverenin talimatlarıyla bağlı olmasını ifade etmektedir. Gerçekten de, işçinin işverenin talimatlarıyla bağlılığı, iş ilişkisinin özünü oluşturmaktadır. İşçinin, işverenin bağımlılığı altında olması; iş ilişkisinin (modern dünyada da) aslında/hala bir *güç ilişkisi* olduğunu da göstermektedir. Öyle ki, doktrinde, iş ilişkisinde işvereni “*sosyal güç*” (soziale Macht) olarak niteleyen yazarlar dahi bulunmaktadır.¹²

İşçi, işverenin talimatlarıyla iş görme borcunu yerine getirmektedir. Bu durum ise yukarıda da belirttiğimiz üzere işçinin kişiliğiyle yakından ilişkilidir. Ancak, modern dünyada, insan emeği, “*arz ve talebe tabi bir pazar eşyası olmaktan çıkmıştır.*”¹³ Zira, emek, kişilikten ayrı şekilde sunulamaz.¹⁴ Diğer bir deyişle, “*iş*”, kişiliğin de bir unsurudur.¹⁵ İşçinin borcu, bir malvarlığı edimi değil, işverenin otoritesi altında işin bizzat yerine getirilmesidir. İş ilişkisinin özünde yer alan bu otorite ve dolayısıyla işçinin işverenin talimatlarıyla bağlı olması ve onun denetimi altında bulunması durumu işçinin korunma ihtiyacını ve otorite-özgürlük dengesinin işyeri içinde de sağlanması düşüncesini beraberinde getirmektedir.

Biz de çalışmamızda, işverenin sahip olduğu yönetim hakkı/talimat verme hakkını, bu hakkın kapsam ve sınırlarını pozitif hukukun çizdiği sınırlar içinde ele alırken, konuyu doktrinde *Güzel*’in de belirttiği şekilde, bağımlılık ilişkisinin işçiyi “*kişi*” olmaktan dolayı sahip olduğu haklardan yoksun bırakamayacağı nesnel gerçekliği¹⁶ içinde inceleyeceğiz.

Gerçekten de, bugünkü iş hukuku anlayışı, işçiyi “*kişi*” olmaktan soyutlamaz; tersine, işçinin kişiliğini her açıdan güvence altına alır.¹⁷ Dolayısıyla, kişisel ve hukuki bağımlılık ilişkisi olarak tanımlanan bir iş ilişkisinde, *bugünkü anlamıyla*, işverenin işçilere talimat

¹² Söllner, 130.

¹³ Saymen, 14.

¹⁴ Ekonomi, 14.

¹⁵ Saymen, 14.

¹⁶ Güzel, Yetki ve Özgürlük, 105.

¹⁷ Ekonomi, 14.

verme hakkı; bu hakkın, politik, hukuki, ekonomik ve sosyal gelişmelerle biçimlenen tarihsel süreç içerisinde sınırlandırılması ve/veya ana hatlarının çizilmesiyle şekillenmiştir.¹⁸

İşçi, işverenin işin yürütümü ve işyerindeki davranışlara ilişkin olarak vereceği talimatlara uymakla yükümlüdür. Gerek Türk Hukukunda gerek Alman Hukukunda bu hususu ifade etmek için “*itaat borcu*” (*Gehorsamspflicht*) ifadesi kullanılmaktadır.¹⁹ Ancak, bu noktada önemle belirtmeliyiz ki, tercih edilen terminoloji, bugünün yaklaşımını dünden ayırt etmeye de hizmet etmektedir.²⁰ Ünlü Avusturyalı yazar *Ingeborg Bachmann*’ın da belirttiği gibi, “*Her şey bir dil sorunudur.*”²¹

Bu yüzden, biz, çalışmamızda itaat borcu yerine, işçinin kişiliğini gözeten ve demokratik ilkelere daha çok uyduğunu düşündüğümüz “*talimatlara uyma borcu*” ifadesini kullanacağız.²² Ayrıca bu tercihimizin, mevzuatımıza uygun düştüğü de söylenebilir. Zira, işverenin yönetim hakkını düzenleyen Türk Borçlar Kanununun 399. maddesinin kenar başlığı, “*Düzenlemelere ve Talimatlara Uyma Borcu*”dur.

Türk Borçlar Kanununun 399. maddesine göre, “*İşveren, işin görülmesi ve işçilerin işyerindeki davranışlarıyla ilgili genel düzenlemeler yapabilir ve onlara özel talimatlar verebilir. İşçiler, bunlara dürüstlük kurallarının gerektirdiği ölçüde uymak zorundadırlar.*” Anılan düzenleme uyarınca, işveren, işin görülmesi ve işçilerin işyerindeki davranışlarına ilişkin konularda talimat verme hakkına sahiptir. İşverenin işçilere vereceği talimatlar, diğer hukuk kaynaklarına aykırı olamayacağı gibi dürüstlük kurallarıyla da çelişmemelidir. Nitekim

¹⁸ **Brunhöber**, 5.

¹⁹ **Süzek**, 345; **Ekonomi**, 124-125; **Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal**, 180-181; **Zöllner/Loritz**, 214; **Böker**, 57-61; **Maurer**, 137-138.

²⁰ Çalışma ilişkileri tarihimizde terminoloji tercihinin önemli olduğunu gösteren bir diğer örnek ise İzmir İktisat Kongresinde yaşanmıştır. 1923 yılında toplanan İzmir İktisat Kongresi’nde çeşitli kesimlerden gelen temsilcilerin yanı sıra *işçiler* de kongrede temsil edilmişlerdir. *İşçi Grubu* adıyla kongreye katılan “*ameleler*” çalışma hayatını ilgilendiren konularda çeşitli taleplerde bulunmuşlardır. Bu taleplerin birinci maddesinde ise kendilerine bundan böyle “*amele*” yerine “*işçi*” denilmesi gelmektedir. Bu konuda bkz. **Makal**, 90; **Ekonomi**, 8.

²¹ **Bachmann**, Her Şey (çev. Kamuran Şipal), 133. Yazar bu bağlamda bir adım daha ileri gitmekte ve “*Yeni bir dil olmadan yeni bir dünya yaratılamaz*” demektedir. Bkz. **Bachmann**, 123.

²² Talimatlara uyma borcu kullanımını tercih eden yazarlar için bkz. **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, 313; **Senyen Kaplan**, 161; **Eyrenci/Ulucan/Taşkent/Baskan**, 130-133; **Esener**, 159 (Yazar her iki kavramı beraber kullanmaktadır).

bu durum Kanunda da açıkça düzenlenmiş ve işçilerin işverenin talimatlarına, dürüstlük kurallarının gerektirdiği ölçüde uymakla yükümlü oldukları hususu açıkça belirtilmiştir. İlaveten, işçiler, işverenin, işin yürütümü ve işyerinin düzenini sağlamak amacıyla verdiği hukuka uygun talimatlara uymakla yükümlüdürler.

Bununla birlikte, işverenin verdiği talimatlar ve bunlara uyulmaması durumunda uygulayacağı yaptırımlar, işçi üzerinde ciddi sonuçlar doğurmaktadır. Dolayısıyla, işverenin talimat verme hakkının çerçevesinin ve sınırlarının hukuken çizilmesi gereklidir. Doktrinde de isabetle vurgulandığı üzere, iş hukukunun temel kaygılarından biri, başlangıçta çok geniş olan işverenin yönetim hakkını sınırlamaktır.²³ Bu şekilde, işçinin “*sosyal güce*” yani işverene karşı korunması amaçlanmaktadır.

Benzer kaygılardan yola çıkılarak hazırlanan tez çalışmamız üç ana bölümden oluşmaktadır. Çalışmamızın birinci bölümünde öncelikle, yönetim hakkının iş ilişkilerindeki gerekliliği ve tarihsel süreçteki serüveni ele alınmakta; ardından, yönetim hakkının kaynağı ve hukuki niteliği araştırılmaktadır. Ayrıca, birinci bölümde yönetim hakkı ve talimat kavramları irdelenmekte; yönetim hakkının kimler tarafından kullanılabileceği ile talimatların türlerinin neler olduğu sorularına cevap aranmaktadır.

Bu suretle konunun kavramsal ve kuramsal çerçevesi belirlendikten sonra, çalışmamızın ikinci bölümünde ise; işçinin talimatlara uyma borcunun hukuki dayanakları gerek Türk İş Hukukunda gerek karşılaştırmalı hukuk bağlamında özellikle incelemeye çalıştığımız Alman İş Hukukunda araştırılmaktadır. Karşılaştırmalı hukuk açısından incelediğimiz Alman Hukukunda, işverenin (yönetim) talimat verme hakkının yasal dayanağını Alman İşyeri Düzeni Hakkında Kanunu (GewO) § 106 oluşturmaktadır. Kanunun bu düzenlemesine göre, işveren, iş görme borcunun içeriğini, yerini ve zamanını belirlemeye, ayrıca işyeri düzeni ve işçinin davranışlarına ilişkin konularda talimat verme hakkına sahiptir.

²³ **Süzek**, 82. Bu noktada *Lord Acton*’ın ünlü sözlerine bir kez daha kulak vermekte fayda vardır: “*Mutlak güç mutlaka yozlaştırır.*”

Çalışmamızın bu bölümü, esasen işçinin talimatlara uyma borcunun kapsamının ne olduğu sorusuna cevap aramaya adanmıştır. Bu soru bizi, işçi ve işveren arasındaki güç dengesizliğinin sebeplerini, sonuçlarını ve çözümlerini araştırmaya sevk etmiştir. Sadece en doğru değil, en adil ve en hakkaniyetli olan çözümü bulmak amacıyla çıktığımız bu yolda, ulusal ve yabancı çalışmalar incelenmekte ve Türk, Alman ve İngiliz mahkemelerince verilen kararlar ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları, konumuz bağlamında detaylıca ele alınmaktadır.

Nihayet, tez çalışmamızın üçüncü bölümünde, talimatların hukuki sonuçları irdelenmektedir. İşçinin hukuka uygun talimatlara uymamasının sonuçları ile işçinin hukuka aykırı talimatlara uyması durumunda karşılaşılabilecek yaptırımlar ve hukuka aykırı talimatlar karşısındaki haklarının neler olduğu incelenmektedir.

Böylece işçinin, işverenin talimatlara uyma borcunun hukuksal çerçevesi çizilmeye çalışılmaktadır.

BİRİNCİ BÖLÜM

YÖNETİM HAKKI VE TALİMATIN

KAVRAMSAL ÇERÇEVESİ

§ 1. YÖNETİM HAKKI KAVRAMI

I. Genel Olarak Yönetim Hakkı

A. İşletme Yönetiminin Temel Kavramı: “Yönetim”

Yönetim kavramıyla ilgili farklı tanımlar yapılmış olmasına rağmen, üzerinde anlaşmaya varılan bir tanıma göre yönetim, başkaları vasıtasıyla/başkaları ile iş görmektir.²⁴ İşletme yönetimi açısından ise yönetim kavramını daha dar bir anlamda tanımlayacak olursak; yönetim, ekonomik bir amaca yönelik olarak kurulan işletmelerin parasal, mekanik ve iş gücünden oluşan kaynakların en etkin ve verimli şekilde organize edilmesi, yönetilmesi ve kontrol edilmesi eylemidir.²⁵

Yönetim kavramına ilişkin yapılan tanımlardan yola çıkarak yönetim faaliyetinin özelliklerini şu şekilde sıralayabiliriz: Yönetimin beşeri boyutunu insan oluşturmaktadır. Dolayısıyla, yönetimden söz edebilmek için insan unsurunun varlığı ve insanlar arasında işbirliğinin olması gereklidir. Yönetimin diğer bir özelliği ise insanların belli bir amaç etrafında bir araya gelmeleridir.²⁶

Yönetim kavramının insanlık tarihi kadar eski olduğunu söylemek mümkündür. Zira insanlığın başlangıcına kadar uzanan mal ve hizmet üretimi ile ilgili tüm faaliyetlerde yönetim

²⁴ Koçel, 81.

²⁵ Yenisu/Şahin/Öztekkeli, 515; Aktan, 391.

²⁶ Koçel, 84; Yenisu/Şahin/Öztekkeli, 515.

gerekli olmuştur.²⁷ Gerçekten de milattan önceki yüzyıllardan başlayarak günümüze kadar, insanlar küçük veya büyük topluluklar halinde yaşamışlardır. Birlikte bir topluluk halinde yaşamaya başlayan insanlar, karşılaştıkları zorluklarla baş edebilmek için yardımlaşmaya yönelmiş, bir araya gelerek güçlerini birleştirmiş ve işbölümü yapmışlardır.

İşbölümü, insanların hayatını pek çok konuda kolaylaştırdığı gibi, çeşitli zorlukları da beraberinde getirmiştir. Bu topluluklar kendilerini idare edecek, toplumsal yaşama yön verecek, kargaşa ve çatışmaların önüne geçecek, ortak ihtiyaçları gidererek, güvenliği sağlayacak düzenlemelere ve uygulamalara ihtiyaç duymuşlardır.²⁸ Böylece “yönetim” düşüncesi ortaya çıkmıştır.

Yönetim uygulamalarının tarihi M.Ö. 5000 yılları ile Sümerlere kadar uzanmaktadır. Eski Mezopotamya, Grek, Roma ve Çin uygarlıklarında politik işlerin yürütülmesi, büyük yolların ve yapıların inşasında ve karmaşık muhasebe sistemlerinin geliştirilmesinde yönetim ilkelerine başvurulmuştur. Ancak modern anlamda işletme yönetiminin ortaya çıkışı 18. yüzyılın ortalarına, yani Sanayi Devrimine dayanmaktadır. Bu döneme kadar üretim küçük atölyelerde ve dağınık şekilde yapılmaktayken, Sanayi Devrimiyle birlikte üretim büyük ve belli yerlerde merkezileşmiş fabrikalarda gerçekleşmeye başlamıştır.²⁹ Üretim yöntemlerinin değişmesi, fabrikalaşma, daha nitelikli fakat daha düşük ücrete ürün imal edilmesi, toplumsal ve ekonomik yaşamı etkilemiş, insan ilişkilerinde ve yönetiminde yeni sorunların doğmasına neden olmuştur. Sanayi Devrimi, kitle üretimini, işçi-burjuva sınıfını ve ücret karşılığı başkasına çalışma düzenini ciddi ölçüde etkilemiştir. Yaşanan bu gelişmeler sonucu, bugün kullandığımız anlamda “yönetim” faaliyeti ortaya çıkmıştır.³⁰

²⁷ Nişancı, 258.

²⁸ Koçel, 51.

²⁹ Nişancı, 260- 261.

³⁰ Nişancı, 260- 261; Koçel, 52.

Yönetim biliminin başlangıcını ve temelini ise “işbölümü” oluşturmaktadır.³¹ İşbölümü, yapılacak işlerin, bu işleri görecekları arasında bölünmesi ve herkesin ayrı; ama birbirini tamamlar nitelikte bir iş yapmasıdır.³² Bir başka tanıma göre ise işbölümü, ortak bir amaç için farklı kişilerin birlikte etkileşim içine girmesidir.³³

İşbölümü kavramı, ekonomi biliminin de önemli bir araştırma konusudur. Öyle ki, Adam Smith, “toplu iğne üretimi” örneğinde işbölümünün yararlarını ortaya koymaya çalışmıştır.³⁴ İşbölümü, iş süreçlerinin bölünmesi demek değildir. Tersine, işin bölümlere ayrılarak birlikte yapılması, yani ortak bir amaca uygun olarak gerçekleştirilmesidir. Modern iktisat bilimi de işbölümüne dayanan iş süreçlerinin, işyerinde işbirliğini sağlayarak verimi arttırdığını desteklemektedir.³⁵

Öte yandan, işin bölümlere ayrılarak birlikte yapılması, yani işbirliği, hiyerarşik yapıyı da gerekli hale getirmiştir.³⁶ Nitekim işbölümü, Zwiedineck-Südenhorst’un bir sözüne göre şu anlama gelmektedir: “İşbölümü, işin, üretim araçlarını elinde tutan yöneticiler ile iş görme borcunu yerine getirenler, yani işçiler arasında ikiye ayrılmasıdır.”³⁷ Yani, işbölümünden, yönetenler ve yönetilenler olmak üzere iki grup ortaya çıkmaktadır. Bu da bir işyeri bazında işveren ve işçi kimliklerinin netleşmesi anlamına gelmektedir. İşveren, işin amacını belirlemekte, mekanikleşme/teknoloji kullanma düzeyini ayarlamakta, iş süreçlerini bölüp işçilere görevlerini dağıtmaktadır. İşçi, işverenin belirlediği edimi, işverenin talimatları ve arzusu doğrultusunda yerine getirmektedir. Dolayısıyla, işçiyi karakterize eden unsur,

³¹ Fişek, 85. Fişek, “Yönetim” kitabında işbölümü kavramı için şu benzetmeyi yapmaktadır: “Din biliminde ilk günah neyse, yönetim için işbölümü o’dur.” Bkz. Fişek, 85. İşbölümü konusunda diğer düşünürlerin görüş ve eleştirileri için ayrıca bkz. Turhan, 37-40.

³² Fişek, 85-86.

³³ Karl Bücher’in işbölümü tanımını aktaran Söllner, 14.

³⁴ Smith, on kişinin çalıştığı bir imalathanede toplu iğne yapımını gözlemlemiştir. Bu küçük işletmede günde kırk sekiz bini aşkın toplu iğne üretilmektedir. Her bir işçi günde dört bin sekiz yüz iğne üretmektedir. Smith’e göre, iş bağımsız bölümlere ayrılmadan yani işbölümü olmadan yapılsaydı, bir işçi günde sadece yirmi toplu iğne üretebilecekti. Detaylı bilgi için bkz. Turhan, 36-37.

³⁵ Turhan, 37.

³⁶ Söllner, 14.

³⁷ Zwiedineck-Südenhorst’un görüşlerini aktaran Söllner, 14.

ekonomik bağımlılık değil; başkası tarafından belirlenen işbölümüne dahil olma ve ona tabi olma olgusudur.³⁸ *Walter Jost*, 1932 yılında yayımlanan “*Endüstriyel İşletmelerde Sosyal Yaşam*” kitabında bu sosyal gerçekliği şu şekilde kelimelere dökmüştür: “*Taraflar arasında (işveren ve işçi) şeklen bir iş sözleşmesinin olması, uzlaşmış gibi bir görüntüye neden olmaktadır. Ancak, bu sözleşmenin arkasında her zaman bir başkasının belirlediği irade zorlaması vardır.*”³⁹

Üretimin artması, işyerlerinin büyümesi, teknoloji kullanımının yoğunlaşması sonucu işçilerin yapacakları işin önceden planlanması yani, işbölümünün gerçekleşmesi ve ortak amaca işbirliği içinde birlikte hareket etme gerekliliği, işyerlerinde “*egemen bir iradenin*” varlığını kaçınılmaz kılmıştır. Kısacası, işletme-içi *otorite ve hiyerarşinin*, işbölümünden doğduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Ekonomik gelişmenin her aşamasında ve bu aşamaların temelindeki her işbölümünde otorite olgusunun farklı bir biçimi vardır.⁴⁰

Doktrinde otoritenin farklı tanımları yapılmıştır. Örneğin bir tanıma göre otorite, emir verme hakkı ve itaat ettirme gücüdür. Başka bir tanıma göre ise otorite, normlarla yaptırıma bağlanmış bir iktidar sistemi ya da dolaylı baskının yaptırımlı uygulanmasıdır.⁴¹ Otorite üzerine yapılan tanımların ortak noktası, bir iradenin (üstün) diğer bir iradeye (asta) egemen olmasıdır. Sonuç olarak otorite, organizasyon içerisindeki pozisyonun kişiye vermiş olduğu karar verme ve başkalarının (astlarının) davranışlarını belirleme ve yaptırım uygulama hakkıdır. Bu hak o kişiye belli bir konumda olduğu için bahsedilmiştir. Otorite, belirli yasal yetkiler ve sorumluluklardan oluşmakta ve organizasyon içinde dağıtılabilmektedir.⁴²

Otoritenin kademeleşmesiyle oluşan yapıya ise *hiyerarşi* denilmektedir. Bir organizasyonda hiyerarşinin olmayışı, o örgütün otoriteden yoksun olduğu anlamına da

³⁸ Söllner, 15.

³⁹ *Walter Jost*’un görüşlerini aktaran Söllner, 16.

⁴⁰ Fişek, 89, 91.

⁴¹ Otorite konusunda bkz. Fişek, 90; Koçel, 650-651; Bayrak, 28-29.

⁴² Koçel, 650; Bayrak, 30.

gelmektedir.⁴³ Günümüz organizasyonlarında, yönetim yapıları hiyerarşik bir düzene dayanmaktadır. Gerçekten de, ekonomik gelişmelerin hızla yaşandığı günümüzde, işyerlerinde çok sayıda kişi, ortak bir amaç uğrunda bir araya gelerek işbirliği yapmaktadır. Bu kişilerin birbirleriyle uyumlu ve koordineli çalışmaları ise bir üst makamın varlığını zorunlu kılmaktadır.

Hiyerarşinin temel ilkesi, astın, daha üst bir makamın talimatlarıyla bağlı ve onun gözetim ve denetimi altında olmasıdır. Hiyerarşik yapılar için şunu söylemek mümkündür: Aşağıdan yukarıya ilerledikçe otorite artmakta ve egemen irade hiyerarşinin en üst basamağında somutlaşmaktadır.⁴⁴ Bir işyerinde de hiyerarşinin en üst basamağında işveren yer almaktadır. İşveren, işçilerin hangi işleri nerede, nasıl ve ne şekilde yapacağını belirleyen, işbölümünü saptayan ve işçilerle iş süreçlerini denetleyen kişidir. İşveren, işçilerin işyeri amaçları doğrultusunda hareket etmelerini vereceği talimatlar aracılığıyla düzenlemektedir.⁴⁵

İşçi, işverene bağımlılık ilişkisi içinde iş görmeye başladığı andan itibaren işverenin otoritesi altına girmektedir. İş ilişkisi, özü itibarıyla daha zayıf konumda yer alan işçinin, hiyerarşik amiri olan işverenin otoritesi altına girmesi ve onun talimatlarıyla bağlı olmasıdır. Bir iş ilişkisinde örgütlü işbölümünün hukuki karşılığı bulunmaktadır. Buna göre, iş sözleşmesi, işçiye işveren tarafından örgütlenen işbölümünün parçası olmakla yükümlü kılınmaktadır.⁴⁶

B. Yönetim Hakkını Şekillendiren Yönetim Yaklaşımları

Sanayi Devrimiyle birlikte yönetim faaliyeti bilimsel olarak ele alınmaya başlanmıştır. Yönetim kavramı üzerine yapılan bu çalışmaların amacı, analizi, sonuçları gibi açılardan değerlendirilmesi neticesinde, çeşitli yönetim yaklaşımları (teorileri) ortaya çıkmıştır. Bu

⁴³ Fişek, 93.

⁴⁴ Fişek, 94.

⁴⁵ Taşkent, Yönetim Hakkı, 6.

⁴⁶ Söllner, 15.

yaklaşımlar, işletme yönetimi mantığını anlamak açısından bir çerçeve çizerek yol göstermektedir. Biz de çalışmamızda beş ana yönetim yaklaşımı olan Klasik Yönetim Yaklaşımı, Neo-Klasik (Davranışsal) Yönetim Yaklaşımı, Modern Yönetim Yaklaşımı, Post Modern Yönetim Yaklaşımı ve İşverenin Yönetim Hakkının İşçilerin Yönetime Katılma Hakkıyla Sınırlandırılması Yaklaşımı üzerinde genel hatlarıyla duracağız.⁴⁷

1. Klasik Yönetim Yaklaşımı

İşletme yönetimi alanında kabul gören ve işletmeler ve yönetimleri sistematik olarak inceleyen ilk görüş “*Klasik Yönetim Yaklaşımı*”dır. Bu yaklaşım üç ayrı düşüncenin bir arada toplanmasından oluşmaktadır. Bunlar; Amerika Birleşik Devletleri’nde *Frederick W. Taylor*’un 1911 yılında yayımladığı “*Bilimsel Yönetimin İlkeleri*” kitabında savunduğu “*Bilimsel Yönetim Yaklaşımı*”; Fransa’da, *Henri Fayol*’un 1916 yılında yayımlanan “*Genel ve Endüstriyel Yönetim*” kitabında savunduğu “*Yönetim Süreci Yaklaşımı*” ve Almanya’da *Max Weber*’in 1904 yılında yayımlanan “*Protestan Ahlakı ve Kapitalizmin Ruhu*” ve 1924 yılında yayımlanan “*Sosyal ve Ekonomik Organizasyon Teorisi*” kitaplarında ileri sürdüğü “*Bürokrasi Yaklaşımı*”dır. *Taylor*, “*Bilimsel Yönetim Yaklaşımı*”nda çalışanların verimliliğinin ve etkinliğinin nasıl arttırılabileceği üzerinde durmuştur.⁴⁸

Taylor, çalışanları daha hızlı çalışmaya teşvik etmek amacıyla parça başına ücret sistemini geliştirmiştir. Ayrıca, çalışanların birbirinden kopuk halde değil, tersine ahenk ve koordinasyon içinde maksimum verimi elde etmeleri için çalışmaları gerektiği ilkesini ortaya koymuştur. *Taylor*’a göre, işe en uygun işçinin seçimi ve yönetim sisteminin işleyişinin sürekli olarak denetlenmesi gerekmektedir. *Fayol*’un “*Yönetim Süreci Yaklaşımı*”, iyi bir organizasyon yönetimi için gerekli faaliyetleri ve bunlara ilişkin ilke, işlev ve kuralları

⁴⁷ Koçel, 57-58, 231-232.

⁴⁸ Koçel, 57-58, 231-232.

incelemiştir. *Fayol* işletmelerdeki faaliyeti üretim, alım-satım, finans, muhasebe, güvenlik ve yönetim faaliyetleri olarak altı ana grupta toplamıştır.⁴⁹

Fayol'a göre, yönetim faaliyetleri, planlama-organizasyon-emir ve komuta-koordinasyon ve kontrolden oluşan bir süreçtir. Bu yaklaşım uyarınca, bir organizasyonda çalışanların neyi, nasıl yapacaklarının, işbölümünün ve kimlerin nelerden sorumlu olduğunun belirlenmesi ve emir-komuta birliği ilkesinin oluşturulması önem taşımaktadır.⁵⁰

Klasik yaklaşımın üçüncü teorisi olan “*Bürokrasi Yaklaşımında*” *Weber*, işletmelerin bürokratik bir yapıda olmaları halinde etkinlik ve verimliliklerinin daha fazla olacağını belirtmiştir. *Weber*, yazılı kurallar ve hiyerarşik yapıdan oluşan bir model öngörmüştür. Buna göre, işletmelerde her şey açık ve net olarak açıklanmalı, işin yapılması kişiye göre değişmemelidir. *Weber*'e göre, ilişkiler iş bazında ve gayri şahsi olmalıdır ki organizasyon bir makine gibi çalışabilsin.⁵¹

Klasik yaklaşım üç ayrı temel görüşten oluşmasına rağmen, her üç görüşün ortak noktası, insan unsurunu ikinci plana itip maddi faktörler üzerinde durmalarıdır. Rasyonellik ve mekanik süreçler, klasik yaklaşımın hareket noktası olmuştur. Bu teorilerin insan unsuruna gösterdikleri ilgi, üretimin artması noktasında daha başka neler yapılabileceği konusuyla sınırlı kalmıştır. Klasik yaklaşımın, insan ögesini arka planda bırakması ve sadece işletmelerdeki ekonomik verimliliğe odaklanması çeşitli eleştirilere neden olmuştur. Bu eleştiriler sonucunda da insan unsuruna ve sosyal ilişkilere önem veren neo-klasik yönetim yaklaşımı ortaya çıkmıştır.⁵²

⁴⁹ Koçel, 237-265; Nişancı, 265-266.

⁵⁰ Koçel, 237-265.

⁵¹ Koçel, 237-265; Nişancı, 265-266.

⁵² Koçel, 238-239.

2. Neo-Klasik (Davranışsal) Yaklaşım

Neo-klasik (davranışsal) yaklaşım, insan davranışlarını çeşitli yönleriyle inceleyerek klasik yönetim yaklaşımının eksik bıraktığı insan unsurunu inceleme konusu yapmıştır. Böylece işletmelerin sadece teknik ve maddi unsurlardan oluşmadığı, aynı zamanda insan ögesinin de önemli bir faktör olduğu gerçeği dile getirilmiştir. Neo-klasik yaklaşım, 1924-1930 yılları arasında *Roethlisberger ve Mayo*'nun Chicago'daki Western Elektrik Şirketi'nin Hawthorne Fabrikasında, işçi davranışları üzerine yaptıkları araştırmalara dayanmaktadır. Araştırmacılar, Hawthorne Fabrikasında ışıklandırma, soğutma, yorgunluk, fiziksel yerleşim düzeni gibi unsurların işçilerin verimliliği üzerindeki etkilerini araştırmışlardır. Araştırmacıların ortaya çıkarmaya çalıştığı husus; fiziksel şartların iyileşmesinin işçilerin verimliliğini arttıracığı savıdır.⁵³

Bu çalışmalar sonucunda, sosyal çevrenin, işçilerin üretim düzeyini/verimliliğini etkilediğini belirlemişlerdir. “*Hawthorne Araştırmaları*” olarak anılan bu çalışma, işletmelerin sosyal bir sistem olarak düşünülmesi gerektiğini ve insan faktörünün en az makineleşme ve ekonomik gereklilikler kadar önemsenmesi gerçeğini ortaya koymuştur.⁵⁴

Neo-klasik (davranışsal) yaklaşım, çalışanların tatmin olması, bunu etkileyen faktörler ve tatmin ile çalışanların verimliliği arasındaki ilişkinin üzerinde durmuştur. Yine bu yaklaşım, iş ilişkilerinin sadece ekonomik bir rasyonellikle açıklanamayacağını, bu ilişkide psikolojik ve sosyal etmenlerin önemli olduğunu belirtmiştir. Bu yönleriyle de neo-klasik yaklaşımın, klasik yaklaşımı tamamladığı ifade edilmektedir.⁵⁵

⁵³ Bu konuda detaylı bilgi için bkz. **Koçel**, 276-277.

⁵⁴ **Koçel**, 275-277; **Nişancı**, 267-268.

⁵⁵ **Koçel**, 275-277; **Nişancı**, 267-268.

3. Modern Yönetim Yaklaşımı

Klasik yönetim yaklaşımı, işletmelerde etkinlik, verimlilik ve rasyonellik ilkeleri üzerinde durmakta ve işletmeleri mekanik bir yapı olarak ele almaktadır. Klasik yaklaşımın ihmal ettiği insan unsuru, neo-klasik yaklaşımda incelenmiş ve işletmelerdeki insan faktörü ve insan davranışları ele alınmıştır. Klasik ve neo-klasik yaklaşımın eksiklerini gidermek amacıyla, 1950’li yıllardan itibaren çalışmalar başlamış ve modern yönetim yaklaşımı ortaya çıkmıştır.⁵⁶

Modern yönetim yaklaşımı, işletmeleri, işletmelerin üyelerini, işletmelerin bütün birimlerini, amaçlarını ve bunların birbirleriyle olan ilişkilerini bir bütün olarak inceleyip, bu bütünü bir *sistem* olarak nitelemiştir.⁵⁷

Modern yönetim yaklaşımı kapsamında çeşitli görüşler ileri sürülmekle birlikte, bunlar arasında en önemlileri, “*Sistem Yaklaşımı*” ve “*Durumsallık Yaklaşımıdır*”. Sistem yaklaşımının temelinde, “*sistem*” olarak ele alınan bir bütün bulunmaktadır. Sistem yaklaşımı, bir organizasyonu çeşitli parçalar, süreçler ve amaçlardan oluşan bir bütün olarak değerlendirmektedir. Bu bütünün içinde çalışanlar, makineler, maddi kaynaklar, görevler ve tüm ilişkiler girmektedir. Sistem yaklaşımında, işletme, ana sistemi oluşturmaktadır. Bu sistem birbirleri ile ilişkili ve karşılıklı bağımlı alt sistemleri içermektedir. Karşılıklı ilişki ve bağımlılıkların analiz edilmesi, bu teorinin temelini oluşturmaktadır.⁵⁸

Sistem yaklaşımında, yönetici, kendi fonksiyonunu ve görevini, kendi sisteminin bağlı olduğu diğer alt sistemler ve çevre koşullarını da dikkate alarak yorumlamaktadır. Bu yaklaşımda, organizasyonların çevreleriyle de ilişkili, açık bir yapı olarak ele alınması düşüncesi vardır. Yöneticiler, dış çevrenin işletme üzerindeki etkilerini de değerlendirmek

⁵⁶ Koçel, 306-308.

⁵⁷ Koçel, 306-308; Nişancı, 269; Yenisu/Şahin/Öztekkeli, 523-525.

⁵⁸ Koçel, 306-308; Nişancı, 269; Yenisu/Şahin/Öztekkeli, 523-525.

zorundadır. Sistem yaklaşımı bir durumu incelerken bilimsel yönetim ilkelerinden yararlanmakta ve disiplinler arası bir yöntemi takip etmektedir.⁵⁹

Modern yaklaşım altında ele alınan diğer bir görüş ise durumsallık yaklaşımıdır. Durumsallık yaklaşımı, sistem yaklaşımından sonra, 1960'lı yıllar itibariyle ele alınmaya başlanmıştır. Durumsallık yaklaşımı, yönetimin evrenselliği ilkesini ve bu ilkenin her koşulda geçerli tek bir “*en iyi yol*” olduğunu kabul etmemektedir. Bu yaklaşım, işletmenin içinde bulunduğu “*durum*”la ilgilidir. Bu teoride, yönetici, durum ve durum değişkenlerini takip etmeli ve ona göre karar almalıdır. Durumsallık yaklaşımı da işletmeyi bir sistem olarak ele almakta ve işletmeyi iç ve dış şartlar arasındaki ilişkiye göre biçimlenen bir yapı olarak görmektedir. Yönetici, karşılaştığı sorunları çözmek için genelgeçer bir yöntem uygulamak zorunda değildir. Tersine, durumun özelliklerine en uygun yönetim biçimini tercih etmelidir. Durumsallık yaklaşımı, dış etmenler olarak, özellikle teknoloji ve çevre unsurlarının, işletmelerin yapıları ve iç ilişkileri üzerindeki etkisini araştırmıştır.⁶⁰

4. Post-Modern Yönetim Yaklaşımı

Post-modernizm, kelime anlamı olarak modern sonrası anlamına gelmektedir. Post-modernizm, modernizm eleştirisini merkezine almaktadır. Post-modernizm, 1970'li yıllardan itibaren yönetim bilimi alanına damgasını vurmaya başlamıştır. Teknolojik gelişmeler, uluslararası rekabet, küreselleşme, insan haklarına ve bilgiye verilen değer, işletmelerdeki insana olan bakış açısını da değiştirmiştir.⁶¹

İnsanı denetim altında tutulması gereken bir maliyet unsuru olarak gören anlayış artık terk edilmiştir.⁶² İşletmelerde daha demokratik ve katılımcı anlayışın gelişmesi, çalışanların ve müşterilerin memnuniyetine önem verilmesi, toplam kalite yönetimi anlayışı ve insana

⁵⁹ Koçel, 306-308; Nişancı, 269; Yenisu/Şahin/Öztekkeli, 523-525.

⁶⁰ Koçel, 332-333; Nişancı, 270.

⁶¹ Doğan, Yönetim, 195.

⁶² Koçel, 437.

verilen değerin artması bu yönetim yaklaşımında öne çıkmaktadır. Ayrıca, teknolojideki hızlı ilerlemeler, esneklik, *just-in-time* üretim, toplam kalite yönetimi gibi kavramları da beraberinde getirmiştir.⁶³ Ekip çalışması, işçilerin güçlendirilmesi ve mesleki olarak geliştirilmesi/eğitilmesi, işyerinde hiyerarşinin olmaması veya azaltılması, post-modern yönetim yaklaşımının yansımaları olmuştur.⁶⁴

5. İşverenin Yönetim Hakkının İşçilerin Yönetime Katılma Hakkıyla Sınırlandırılması Yaklaşımı

İşverenin yönetim hakkı, iş ilişkisini karakterize eden unsurların başında gelmektedir. İşçi ve işveren arasındaki bağımlılık ilişkisi, işçinin, yükümlü olduğu iş görme borcunu yerine getirirken, işverenin hukuka uygun talimatlarıyla bağlı olmasını gerektirmektedir. Nitekim, iş hukukunda kanunlar, toplu iş sözleşmeleri ve iş sözleşmeleri, işçinin iş görme borcunu tüm ayrıntılarıyla düzenlemediği gibi, iş ilişkisi süresi boyunca karşılaşılabilecek sorunları da önceden öngörerek çözüm getirmemektedir.

İş sözleşmelerinde işçinin iş görme borcu çoğunlukla genel hatlarıyla belirlenmektedir. İşveren, diğer iş hukuku kaynaklarıyla düzenlenmeyen, başkaca bir anlatımla, boş bırakılan bu alanları yönetim hakkı aracılığıyla doldurmakta; işçinin iş görme borcunu somutlaştırmaktadır. İşveren, iş organizasyonunun sahibi ve yöneticisi olarak işin görülmesi ve işçilerin işyerindeki davranışlarına ilişkin konularda talimat verme hakkına sahiptir. Ancak, işverenin yönetim hakkı, sınırsız bir hak olmayıp, yedek hukuk kuralları dahil diğer hukuk kaynaklarının altında yer almakta ve bunlarla sınırlandırılmaktadır. İşyerinde sosyal diyalog yani, işçilerin yönetime katılması kurumu da işverenin yönetim hakkını sınırlandıran bir diğer durumdur.⁶⁵

⁶³ Doğan, Yönetim, 197.

⁶⁴ Aktan, 401-402.

⁶⁵ Sur, Sosyal Diyalog, 2285.

İşverenin, iş organizasyonun yegane sahibi olarak mutlak bir güce sahip olduğu düşüncesi, çağdaş iş hukuku anlayışında terk edilmiştir. İşverenin işyeri ve işçiler üzerinde tek taraflı karar alma gücü, *işçilerin yönetime katılması* anlayışıyla yumuşamıştır. Günümüz modern iş yaşamında, endüstriyel demokrasinin⁶⁶ güçlenmesi ve buna paralel biçimde (görece) paternalist anlayıştan uzaklaşılması, işverenin (tek taraflı) yönetim hakkının sınırlandırılması ile çalışanların yönetime katılmalarının önünü açmıştır.⁶⁷

Yönetime katılmanın birden fazla tanımına rastlamak mümkündür. Zira yönetime katılma anlayışı ülkeden ülkeye değişebileceği gibi zaman içerisinde farklılıklar da gösterebilmektedir. Buna karşın, yönetime katılma en genel anlamıyla, işçilerin işyerinde alınan ve kendi ekonomik-sosyal durumlarını ilgilendiren konularda bilgi sahibi olmaları ve bu kararların alınmasına-uygulanmasına ve denetlenmesine doğrudan veya dolaylı şekilde katılmalarıdır.⁶⁸

Yönetime katılma kurumunun amacı, işçi ve işveren arasındaki güç dengesizliğinin yumuşatılması, çalışma koşullarının iyileştirilmesi ve bu sayede iş barışının sağlanmasıdır. İşçilerin yönetime katılması, bu yönüyle sosyal devlet ilkesinin işyerlerindeki bir ifadesini de oluşturmaktadır.⁶⁹

Yönetime katılma, bir üst kavram olarak ele alınmakta ve işçilerin karar alma süreçlerine katılımı farklı unsurları içinde barındırmaktadır. Bunlardan ilki, işverenin işletmesel bir karar almadan önce, bu karardan etkilenebilecek işçilerin durum hakkında bilgi sahibi olmalarının sağlanması (bilgi edinme hakkı) ve onların görüşlerine başvurulmasıdır (danışma hakkı).⁷⁰ Yönetime katılımın bir diğer görünümü ise *dar ve gerçek anlamda* işçilerin yönetime katılmasıdır. İşçilerin yönetime katılma hakkının mevcut olduğu durumlarda

⁶⁶ Detaylı bilgi için bkz. **Seçer**, 19-22.

⁶⁷ **Erbaş**, 21; **Engin**, İşgücünün Temsili, 7-8.

⁶⁸ **Süzek**, 49; **Erbaş**, 21; **Engin**, İşgücünün Temsili, 7-8; **Löschnigg/Hekimler**, 263; **Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal**, 9.

⁶⁹ **Erbaş**, 22-23. Ayrıca bkz. **Tanör**, 105-109.

⁷⁰ **Engin**, İşgücünün Temsili, 9. İşçilerin işveren tarafından bilgilendirilmesi konusunda detaylı bilgi için bkz. **Güzel/Ugan/Ertan**, 45 vd.

işveren, işletmesel kararlarını yürürlüğe koymadan önce, işçi temsilciliğinin onayını almalıdır.⁷¹

Yönetime katılma kurumunun en etkin şekilde işlediği ülkelerin başında Almanya gelmektedir. Alman hukukunda yönetime katılmanın genel çerçevesi İşyeri Teşkilat Kanununda (Betriebsverfassungsgesetz-BetrVG) çizilmiştir. Alman İşyeri Teşkilat Kanununun (ve dolayısıyla yönetime katılma ilkesinin) temel prensibi BetrVG § 2/1’de gösterilmiştir. Buna göre; işveren ve işyeri kurulu, işçilerin ve işyerinin menfaati için *karşılıklı güven içinde birlikte çalışmalıdır*. Karşılıklı güven içinde birlikte çalışma, özü itibariyle doğruluk ve dürüstlük kurallarının işyeri teşkilatındaki görünümünü oluşturmaktadır. Alman Federal İş Mahkemesi (BAG) de BetrVG § 2/1 hükmünü doğruluk ve dürüstlük ilkesinin düzenlendiği BGB § 242’nin özellikli bir düzenlemesi olarak nitelendirmektedir. Karşılıklı güven içinde birlikte çalışma ilkesi, işveren ile işçi arasındaki ilişki için değil; tersine işverenle işyeri kurulu arasındaki ilişki için öngörölmüş bir kuraldır. Bu ilke uyarınca, taraflar birlikte uyum içinde çalışmalı, sorunları karşılıklı müzakere ederek çözümlmelidir. Bu durum ise karşılıklı güven içinde birlikte çalışması ilkesinin, BetrVG § 74 ve § 77/1’le birlikte yorumlanmasını gerektirmektedir.⁷²

Bu ilke uyarınca, işveren ve işyeri kurulu arasında ortaya çıkan uyuşmazlıklarda, taraflar grev-lokavt gibi iş mücadelesi araçlarına başvuramazlar. Kanun, tarafları karşılıklı taviz verme/uzlaşma/işbirliğine yöneltme amacını gütmektedir.⁷³ BetrVG § 77/1’in ikinci cümlesi ise, işyeri kurulunun tek taraflı işlemleriyle işyerini yönetemeyeceğini hüküm altına almaktadır. Bu düzenlemeden çıkan sonuç ise, yönetime katılma hakkının yönetme hakkı anlamına gelmediğidir.⁷⁴ Alman hukukunda yönetime katılma hakkının bilgi edinme,

⁷¹ **Engin**, İşgücünün Temsili, 10.

⁷² **Richardi BetrVG/Richardi/Maschmann** BetrVG § 2 Rn. 7; **ErfK/Koch** BetrVG § 2 Rn. 1; **Junker**, 353. Bu yönde bkz. BAG, 21.04.1983- 6 ABR 70/82, Rn. III/3-c, (www.beck-online.beck.de).

⁷³ **Junker**, 355; **Richardi BetrVG/Maschmann** BetrVG § 74 Rn. 32-33.

⁷⁴ Bkz. **Engin**, İşgücünün Temsili, 87.

dinlenilme, müzakere etme, itiraz, karar alma sürecine katılım ve teklif verme hakkı gibi farklı türleri yer almaktadır.⁷⁵

Bizim konumuz bağlamında özellikle değinmek istediğimiz husus, “*Sosyal Konulara Katılım Hakkının*” düzenlendiği BetrVG § 87 hükmüdür. BetrVG § 87, yönetime katılma hakkının çekirdeğini oluşturmakta ve işyeri kurulunun, işçileri ilgilendiren konulardaki kararlara, işverenle eşit ölçüde katılmasını sağlamaktadır.⁷⁶ Bu maddeye göre, işyeri kurulu, § 87 kapsamında olan ve kanun veya toplu iş sözleşmesinde düzenlenmemiş konularda katılım hakkına sahiptir. Ancak dikkat edilmesi gereken nokta; işyeri kurulunun yönetime katılma hakkının, kollektif konulara ilişkin olması gerekliliğidir. Diğer bir deyişle, işyeri kurulunun yönetime katılma hakkının kapsamını, tek bir işçiyi ilgilendiren konular değil; tersine işçi topluluğunun menfaat alanına giren hususlar oluşturmaktadır.⁷⁷

BetrVG § 87, genel olarak işyerinde birlikte yaşama ve işbirliğine ilişkin sosyal konuları düzenlemektedir.⁷⁸ Bu kapsamda işyeri düzeni ve işçilerin işyerindeki davranışları, günlük çalışma süresinin başlangıç ve bitişi, ara dinlenmeler, çalışma süresinin geçici olarak uzatılması veya kısaltılması, ücretin ödenme şekli, izin, iş sağlığı ve güvenliği düzenlemeleri gibi hususlar yer almaktadır. Bu bağlamda, işyerinde uyulacak genel kuralların belirlenmesi, işyerinde iletişim araçlarının ve sosyal medyanın kullanılması, kılık-kıyafet düzenlemeleri, işe giriş-çıkışlarda üst araması, işyerinde elektronik gözetleme, sigara içilmesine ilişkin düzenlemeler gibi genel olarak işyerindeki düzeni ilgilendiren konularda yönetime katılım esastır.⁷⁹

Türk iş hukukunda ise yönetime katılma ilkesi, Alman hukukunun aksine, oldukça dar ve sınırlı bir alanda gerçekleşmektedir. İş mevzuatımızda, iş sağlığı ve güvenliği kurulları ile

⁷⁵ Bu konuda detaylı bilgi için bkz. **Erbaş**, 75-79.

⁷⁶ **Junker**, 400.

⁷⁷ **ErfK/Kania BetrVG § 87 Rn. 18; Richardi BetrVG/Richardi BetrVG § 87 Rn. 1-3.**

⁷⁸ **Richardi BetrVG/Richardi BetrVG § 87 Rn. 178.**

⁷⁹ **ErfK/Kania BetrVG § 87 Rn. 19-20; Junker**, 401-410.

yıllık ücretli izin kurullarında yönetime katılma söz konusudur. 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun⁸⁰ 22. maddesinin 1. fıkrasına göre, “İşveren elli ve daha fazla çalışanın bulunduğu ve altı aydan fazla süren sürekli işlerin yapıldığı işyerlerinde iş sağlığı ve güvenliği konularında çalışmak üzere bir kurul oluşturur.” Bu kurulları ayrıntılı olarak düzenlemek üzere İş Sağlığı ve Güvenliği Kurulları Hakkında Yönetmelik⁸¹ yayınlanmıştır.

Yönetmeliğin 6. maddesine göre, bu kurul, işveren veya işveren vekili, iş güvenliği uzmanı, işyeri hekimi, insan kaynakları, personel, sosyal işler veya idari ve mali işleri yürütmekle görevli bir kişi, bulunması halinde sivil savunma uzmanı, bulunması halinde formen, ustabaşı veya usta, çalışan temsilcisi, birden fazla temsilci varsa baş temsilciden oluşmaktadır.

Kurulun görevleri arasında; iş sağlığı ve güvenliği iç yönergelerini oluşturmak, iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin tehlike ve önlemleri değerlendirmek, gerekli tedbirleri almak, eğitimleri planlamak, yıllık rapor hazırlamak, 6331 sayılı Kanunun 13. maddesine göre, işçilerin çalışmaktan kaçınma hakkına ilişkin talepleri hakkında karar vermek bulunmaktadır. Kurul, işveren veya işveren vekilinin başkanlığında üye tam sayısının salt çoğunluğuyla toplanır ve katılanların salt çoğunluğuyla karar alır (Yön. m. 9/I-d). İş sağlığı ve güvenliği kurullarının aldığı kararlar işvereni ve tüm çalışanları bağlar.

Türk iş hukukunda yönetime katılmanın düzenlendiği bir diğer alan ise, yıllık ücretli izin kurullarıdır. Yıllık ücretli izinlerin usul ve esasları Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliğinde⁸² düzenlenmektedir. Buna göre, yıllık ücretli izin kurulu, işçi sayısı yüzden fazla olan işyerlerinde, işveren veya işveren vekilini temsilen bir, işçileri temsilen iki kişiden oluşmaktadır. Kurula işveren temsilcisi başkanlık etmektedir. İşçi üyelerin seçimi, işyeri sendika temsilcisi tarafından; işyeri sendika temsilcisi yoksa o işyerindeki işçilerin yarısından

⁸⁰ RG. 30.06.2012, 28339.

⁸¹ RG. 18.01.2013, 28532.

⁸² RG. 03.03.2004, 25391.

bir fazlasının katılacağı bir toplantıda açık oyla seçilmektedir. Kurul, yıllık izin çizelgelerinin hazırlanması ve ilanı konularıyla ilgilenmektedir.

Ayrıca 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun⁸³ 27. maddesinde, işyeri sendika temsilciliği kurumu düzenlenmiştir. Kanuni düzenlemeye göre, toplu iş sözleşmesi yapma yetkisi kesinleşen sendika, işyerindeki işçi sayısına göre bir ila sekiz işyeri sendika temsilcisi atar. İşyeri sendika temsilcileri, işyeri ile sınırlı olmak kaydıyla işçilerin dilek ve şikayetlerini dinler, sorunlarını çözer, işçi ve işveren arasındaki işbirliğinin artmasına ve çalışma barışının korunmasına katkı sunar, işçilerin hak ve çıkarlarını gözetir, çalışma şartlarının uygulanmasına yardımcı olur.

İşyeri sendika temsilciliği dışında, *işçi temsilciliği* kurumu, 4857 sayılı İş Kanunu yasalaşmadan önce Bilim Kurulu Taslağında yer almaktaydı. Taslaktaki düzenlemeye, en az on işçinin çalıştığı işyerlerinde, işyeri sendika temsilcisinin bulunmadığı hallerde, işçiler tarafından işçi temsilcisinin seçileceği belirtilmekteydi. Ancak bu hüküm, işçi sendikalarından gelen itiraz sonucu taslak metninden çıkarılarak, yasaya alınmamıştır.⁸⁴ Bu sınırlı düzenlemelere ilaveten, toplu iş sözleşmeleriyle de işyerlerinde işveren/işveren vekili ve işçilerin katılımıyla disiplin kurullarının oluşturulduğu bilinmektedir.

C. Geleneksel Yönetim Hakkından Sapma: “Holakrasi”

Dijitalleşme, iş yaşamının gerçeklerini de değiştirmiştir. Ekonomik ve teknolojik alanlarda yaşanan gelişmeler, sadece esnek çalışma gibi yeni iş ve sözleşme modellerini ortaya çıkarmakla yetinmemiş, aynı zamanda “*çalışma kültürü*”nü de etkisi altına almıştır. Modern iletişim araçları ve bağlantı sağlayan ürünlerle, yer ve zamana bağlı olmayan bir çalışma günümüzde olanaklı hale gelmiştir. Yeni yöntemler, işçilerin talimatla bağlılıklarını

⁸³ RG. 07.11.2012, 28460.

⁸⁴ Bilim Kurulu Taslağında yer alan ancak 4857 sayılı İş Kanununa alınmayan *işçi temsilciliği* kurumu konusunda bkz. **Süzek**, 51; **Süzek**, İş Hukukunun Geleceği, 8-9; **Engin**, İşgücünün Temsili, 118, 167-171; **Sur**, Sosyal Diyalog, 2301.

ve dolayısıyla idarelerini de farklılaştırmıştır. İşyerlerinde işverenin “otoritesinin” bir yansıması olan astlık-üstlük ilişkisinden doğan talimat verme hakkı ve talimatla bağlılık (dikey yapılanma) yerini yavaş yavaş takım/ekip çalışmalarına bırakmaya başlamıştır.⁸⁵

Bertelsmann Vakfının, 2015 yılında Almanya’da yaptığı bir anket, dijitalleşmenin işyerlerindeki hiyerarşik yapıyı ortadan kaldırmaya başladığını göstermiştir. Ayrıca, işçi-işveren arasında talimat ilişkisi yerine, “göz hizasında” (*Augenhöhe*) kurulan iletişimin daha önemli ve gerekli olduğu sonucu ifade edilmiştir.⁸⁶

İşyerlerinde geleneksel hiyerarşik yapıdan uzaklaşma, yönetim alanında yeni bir kavramın ortaya çıkmasına neden olmuştur: “Holakrasi”⁸⁷. Holakrasi kavramı ilk kez *Brian Robertson* tarafından 2007 yılında yayımlanan “*The New Management System for a Rapidly Changing World*” kitabında kullanmıştır. İşyerlerindeki hiyerarşinin ortadan kaldırılıp her bir “çalışanın” kendi rol, görev ve sorumluluklarını belirlediği sisteme “holakrasi” denilmektedir.⁸⁸ Bu yönetim sisteminde, karar alma mekanizması bir kişide toplanmak yerine, oluşturulan ekiplere bırakılmaktadır. Her ekip kendi sorumlulukları çerçevesinde kendini idare etmekte ve ekipte yer alan her çalışan, yapılacak işin ilgili kısmını, kendi niteliklerini gözeterek üstlenmektedir.⁸⁹

Yönetim, işyeri içinde oluşturulan ve hiyerarşik yapıyı ikame eden ekipler tarafından yerine getirilmektedir. Holakrasi sisteminde, gücün bir merkezde toplanması yerine dağıtılması söz konusudur. Ayrıca bu sistem çalışanlara büyük ölçüde bir özerklik tanımaktadır. Bu özerkliğin sınırları ise önceden belirlenmiş kurallarla çizilmektedir.⁹⁰

⁸⁵ Günther/Böglmüller, Rn. 546.

⁸⁶ Bertelsmann Stiftung, 09.06.2015, Umfrage: “*Digitalisierung-Hierarchien in Unternehmen Verlieren an Bedeutung*”, <https://www.bertelsmann-stiftung.de/de/themen/aktuelle-meldungen/2015/juni/digitalisierung-hierarchien-in-unternehmen-verlieren-an-bedeutung>.

⁸⁷ Holakrasi konusunda detaylı bilgi için bkz. HolacracyOne, (<https://www.holacracy.org/holacracyone/about.>).

⁸⁸ Eekels, 10.

⁸⁹ Eekels, 10.

⁹⁰ Eekels, 10.

Holakraside görev tanımları rollere bölünmüştür. Bir kişi birden fazla rolü üstlenebilir; diğer bir deyişle, birden fazla görevi yerine getiren kişi konumunda olabilir. Bu sistemde, oluşturulan “*çemberler*”den, söz edilmektedir. Bu çemberler, bir yönetici tarafından değil, çalışanlar tarafından oluşturulmaktadır. Kişinin ekipte hangi rolü üstleneceğini ise bu çemberler belirlemektedir. Çemberler ise iş türlerine göre ortaya çıkmaktadır. Örneğin, X çemberi Y ürününün satılmasından sorumludur. Bu sistemde üstün asta talimat vermesi ve onu denetlemesi gibi bir durum yoktur. İşçi kavramından ziyade “*ekip üyesi/birlikte çalışılan kişi/ortak*” ibareleri tercih edilmektedir. Bir çember içinde kimin hangi işi yapacağı, bir üst merci tarafından tevdi edilmemekte, tersine her bir çalışan işi yerine getirebilmek için rolleri kendi üstlenmektedir.⁹¹ Kendi kendini örgütleyen ekiplerde yöneticilik bir kişiye bağlı değildir veya belli bir yönetim biriminde yoğunlaşmamaktadır. Ekipte her bir takım üyesi kendi uzmanlık alanından sorumludur. Dolayısıyla da uzmanlığa ilişkin (teknik) bir talimat almasına gerek yoktur.⁹²

Otorite ve karar alma mekanizması, oluşturulan çemberlerin üzerindedir. Kararlar bu ekipler içinde alınmaktadır. Holakraside bu duruma, “*otoritenin/yetkinin dağıtılması*” denilmektedir. Dağıtılmış otorite, yöneticilerin olmaması demek değildir; yönetici kavramının farklılaşması demektir. Yönetici yerine ise, kolaylaştırıcı/motive eden kişi/koç tabirleri kullanılmaktadır.⁹³ Disiplin ve feshe ilişkin konular ise kuralları önceden belirlenmiş ilkeler çerçevesinde oluşturulan bir başka ekip tarafından yerine getirilmektedir.⁹⁴

Bu noktada sorulması gereken soru, geleneksel hiyerarşik yapıların kırılmasının, diğer bir deyişle, üstün asta talimat verme ve onu denetleme hakkının olmamasının, iş hukuku kuralları içinde mümkün olup olmadığı ve eğer mümkünse bunun ölçüsünün ne olduğudur. İş sözleşmesinde *bağımlılık* unsuru, iş sözleşmesini diğer iş görme sözleşmelerinden ayırt

⁹¹ Wala, 2.

⁹² Günther/Böglmüller, Rn. 547.

⁹³ Eekels, 11-12.

⁹⁴ Eekels, 13.

etmeye yarayan bir kriterdir. İşveren, işçiyle aralarındaki iş sözleşmesine dayanarak, işçiden iş görme borcunu yerine getirilmesini talep etmekte ve bunun karşılığında da kendisine ücret ödemektedir.

Aşağıda detaylı olarak inceleyeceğimiz üzere, iş hukuku, kural olarak hiyerarşik yapıdan yola çıkmaktadır. Nitekim, işçi ve işveren arasındaki bağımlılık ilişkisi, taraflar arasında bir hiyerarşi yaratırken, işçiyi işverenin talimatlarıyla bağlı kılmaktadır. İşçinin talimatla bağlılığı, hiyerarşi kavramında mündemiçtir. İşçinin, işverenin vereceği hukuka uygun talimatlarına uyması, bağımlılık unsurunun da bir gereğidir. İş sözleşmesini karakterize eden unsur, işçinin işverenin talimatlarıyla bağlı olmasıdır.⁹⁵

İşverenin yönetim hakkının derecesi, kişisel bağımlılık unsurunun tespitinde merkezi bir öneme sahiptir.⁹⁶ Bağımlılık ilişkisinin gevşemesi ve dolayısıyla işverenin işçiye talimat verme düzeyinin azalması da (örneğin, işverenin işe ilişkin konularda bir avukata, doktora ya da nitelikli bir işçiye talimat verememesi gibi), aşağıda açıklayacağımız diğer kriterler mevcutsa, taraflar arasında bir iş sözleşmesinin mevcut olduğu gerçeğini değiştirmemektedir.⁹⁷ Zira burada önemli olan, işçinin işverenin sınırlarını çizdiği iş organizasyonuna dahil olmasıdır.⁹⁸

İşverenin yönetim hakkını kullanmadığı ve kişinin işverenin hiçbir talimatıyla bağlı olmadığı bir ilişkinin, iş ilişkisi olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Böyle bir durumda, taraflar arasındaki sözleşme, iş sözleşmesi olma özelliğini kaybedecektir.⁹⁹

Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da bu hususa şu şekilde işaret etmektedir: *“Bağımlılık unsurunun ikinci boyutu ise işçi ile ilgili olup işçinin, işverenin emir ve talimatlarına uyma yükümlülüğü biçiminde somutlaşır. İşçi işverenin işin yapılması ve*

⁹⁵ **Wank**, AuR 2017, 143.

⁹⁶ **ErfK/Preis** BGB § 611a, Rn. 40.

⁹⁷ **Doğan**, Bağımlılık, 159.

⁹⁸ **ErfK/Preis** BGB § 611a, Rn. 33.

⁹⁹ **BeckOK ArbR/Tillmanns** GewO § 106 Rn. 9.

işyerinin düzeni ile ilgili talimatlarına uymak zorundadır ve bu hizmet sözleşmesinden kaynaklanan temel bir borçtur. Bunun doğal sonucu olarak eğer çalışanın işverenin emir ve talimatlarına uyma yükümlülüğü yoksa ya da işin görülmesi sırasında talimatlara uyması gerekli değilse bu çalışma ilişkisi iş sözleşmesinin konusunu teşkil etmeyecektir.”¹⁰⁰

Hiyerarşik yapıların ortadan kaldırıldığı ya da holakrasinin benimsendiği işyerlerinde, taraflar arasındaki ilişkinin iş sözleşmesine dayanıp dayanmadığını tespit etmek önemlidir. İşyeri hiyerarşisinin olmadığı bir ilişkiyi, doğrudan iş ilişkisi değildir, şeklinde nitelendirmek teknolojinin hızla ilerlediği ve yeni çalışma modellerinin doğduğu günümüzde, bizce yeterli bir tespit olmayacaktır.

İşveren, işçiye işin görülmesine ilişkin/uzmanlığa ilişkin (teknik) ve işyerinin düzenine ilişkin talimatlar vermektedir. İşin görülmesine ilişkin talimatlar, iş görme borcunu somutlaştırmaya yöneliktir. İş sözleşmesinde ayrıntılarıyla düzenlenmiş bir iş görme borcu için işverenin yönetim hakkı azalabilir ya da ortadan kalkabilir.

Benzer şekilde, iş sözleşmesinin tarafı olan işçi, nitelikli ya da kendi alanında uzman bir kişiye, işveren bu işçiye işe ilişkin konularda talimat vermeyebilir ya da bu talimat ilişkisi zayıflayabilir. Buna karşın, işverenin, işyerinin düzenine ve işleyişine ilişkin konularda talimat verme hakkı sürmektedir. Bu da hiyerarşinin hala var olduğunu göstermektedir. Örneğin, işçileri denetlemek, disiplin yaptırımları uygulamak, işçiye yıllık ücretli izin hakkını kullandırmak gibi konular işverenin yönetim hakkı kapsamındadır. Dolayısıyla, hiyerarşinin tam anlamıyla ortadan kaldırılması çok da mümkün görünmemektedir.

Dolayısıyla, işe ilişkin konularda işçilerin talimatla sıkı sıkıya bağlı olmaması, ekip çalışması yürütmeleri, bir iş için kendi rollerini üstlenip sorumluluk almaları, taraflar arasındaki ilişkinin iş ilişkisi olmadığı sonucunu doğrudan doğurmamalıdır. Bu noktada,

¹⁰⁰ YHGK, 16.11.2016, E. 2016/9-1414, K. 2016/1072, KİBB.

aşağıda detaylı olarak söz edeceğimiz *kişisel-hukuki bağımlılık* unsurunu belirleyen kriterlerin taraflar arasındaki ilişkide olup olmadığı incelenerek sonuca varılmalıdır.

D. İş Hukuku Açısından İşverenin Yönetim Hakkı

1. İş Sözleşmesi ve Yönetim Hakkı

a. İşverenin Yönetim Hakkının Hukuki Temeli: “İş Sözleşmesi”

İşverenin yönetim (sevk ve idare) hakkı, hem işçinin işverene bağımlılığını hem de iş sözleşmesinin karakteristik özelliğini ortaya koymaktadır. İşçi ve işveren arasındaki ilişki, karşılıklı ve sürekli borç doğuran bir özel hukuk ilişkisidir. Bu durum, Türk iş hukukunda 4857 sayılı İş Kanununun¹⁰¹ 8. maddesinde, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun (TBK)¹⁰² 393. maddesinde düzenlenmektedir.

İş Kanununun 8. maddesinin 1. fıkrasına göre, “*İş sözleşmesi, bir tarafın bağımlı olarak iş görmeyi, diğer tarafın (işveren) da ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir.*” İş Kanununun bu tanımından hareketle, iş sözleşmesi, iş görme, ücret ve bağımlılık unsurlarından oluşan bir özel hukuk sözleşmesidir. Türk Borçlar Kanununun 393. maddesinin 1. fıkrasına göre de, “*Hizmet sözleşmesi işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir.*” Türk Borçlar Kanununa göre de, iş sözleşmesi, işçinin işverene bağımlı olarak iş görmeyi üstlendiği ve karşılığında işverenin kendisine ücret ödemekle yükümlü olduğu özel hukuka ilişkin, karşılıklı ve sürekli borç doğuran bir sözleşme ilişkisidir. Türk Borçlar Kanunundaki bu düzenlemeyle, her iki kanun arasında paralellik kurulmuştur.¹⁰³ Ancak, TBK m. 393/1’de yer alan “*zaman unsuru*” iş

¹⁰¹ RG. 10.06.2003, 25134.

¹⁰² RG. 04.02.2011, 27836.

¹⁰³ **Soyer**, Genel Hizmet Sözleşmesi, 150.

akdinin varlığının belirlenmesinde bağımsız bir unsur olmayıp, bağımlılık unsurunun tespitine yardımcı bir ölçüt niteliği taşımaktadır.¹⁰⁴

İş sözleşmesinin bağımlılık unsuru, iş sözleşmesini diğer iş görme sözleşmelerinden ayırt eden unsurdur.¹⁰⁵ Gerçekten de, ücret ve iş görme unsurları, diğer iş görme sözleşmelerinde olsa da bağımlılık unsuru, iş sözleşmesinin kendine özgü niteliğini ortaya çıkarmaktadır.¹⁰⁶ Ancak, bağımlılık ilişkisinin üç farklı görünüş biçimi vardır. Bunlar; ekonomik bağımlılık, teknik bağımlılık ve kişisel-hukuki bağımlılıktır. İşçi kavramının belirlenmesinde ve bunun doğurduğu sonuçların saptanması noktasında bağımlılığın türünün tespit edilmesi öncelikli konudur.

Ekonomik bağımlılık ölçütüne başvurulmasının temelinde yatan düşünce, ekonomik yönden daha zayıf konumda olan işçinin, yaşamını sürdürmek için gerekli olan tüm gelirini esas olarak yürüttüğü işten ve dolayısıyla işvereninden elde ediyor olmasıdır. Taraflar arasında ekonomik bağımlılık ilişkisi olduğunu ileri süren görüşlere göre, işçi kavramının en belirgin kriteri, işçinin iş görme edimi karşılığında işverenden gelir elde etmesidir. Dolayısıyla, buradaki bağımlılıktan kasıt, işçinin ücrete olan bağımlılığıdır. Bu ölçütün, işçinin ekonomik bağımlılığını ve sosyal açıdan korunma ihtiyacını esas aldığı için ön planda tutulması gerektiği savunulmaktadır.¹⁰⁷

Ancak, ekonomik bağımlılık görüşü Türk hukukunda eleştirilmektedir. Öncelikle, sosyo-ekonomik bir ölçütün hukuki bir ilişkinin nitelendirilmesinde kullanılmasının yerinde

¹⁰⁴ **Süzek**, 225.

¹⁰⁵ Anayasa Mahkemesinin bir kararına göre de, “*Bu akdi, iş görmeye ilişkin diğer akitlerden ayıran, bu bağımlılık unsurudur. Hizmet akdinde işçi az veya çok işverene bağlıdır. Yani o, çalışmasını, hizmetini işverenin gözetimi ve yönetimi altında yapar. Bu akdin bir yanında işveren, öteki yanında işçi vardır.*” AYM, 26-27.09.1967, E. 1963/336, K. 1967/29, RG. 19.10.1968, 13031.

¹⁰⁶ **Doğan**, Bağımlılık, 73; **Ekonomi**, 74; **Esener**, 128; **Süzek**, 225-227; **Senyen Kaplan**, 81-82; **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, 178-181; **Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal**, 107-108; **Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan**, 62-64; **Şahlanan**, Bağımlılık, 4-5; **Başterzi**, Avukatla Bağtlanan Sözleşme, 181; **Güzel**, Ölçüt Arayışı, 21-22; **Güzel**, İşçi Kavramı, 97-98; **Sümer**, 68-69; **Doğan Yenisey**, İşyeri ve İşletme, 77-78; **Yıldız**, Değerlendirme 2015, 19-20; **Davidov**, 60.

¹⁰⁷ **Güzel**, Ölçüt Arayışı, 25; **Güzel**, İşçi Kavramı, 103; **Kuban**, 63; **Başterzi**, Avukatla Bağtlanan Sözleşme, 179.

olmadığı ifade edilmektedir. Ayrıca, ekonomik bağımlılık ölçütü, iş sözleşmesinin varlığı açısından ayırt edici bir unsur da değildir. Zira, diğer iş görme sözleşmelerinde de ücret unsuru yer almaktadır. Örneğin, iş sözleşmesi dışındaki iş görme sözleşmelerinden biriyle çalışan bir kişinin tek bir müşterisi olması ve yaşamını sadece ondan elde ettiği gelirle sürdürmesi durumunda da taraflar arasında bir ekonomik bağımlılık ilişkisinin varlığından söz edilir.¹⁰⁸

İlaveten, yine doktrinde haklı olarak ifade edildiği üzere, sürekli olarak aynı işverenin emrinde çalışan işçilerin başka gelirlerinin de bulunması ve işverenlerine ekonomik yönden bağımlı olmamaları mümkündür. Dolayısıyla, ekonomik bağımlılık, taraflar arasındaki ilişkinin, iş sözleşmesine dayanıp dayanmadığının tespitinde ciddi belirsizlikler yaratacaktır.¹⁰⁹ Bu nedenlerle, iş sözleşmesindeki bağımlılık unsuru, ekonomik bağımlılık değildir. Bununla birlikte, ekonomik bağımlılık ölçütünden, iş sözleşmesinin tespitinde, yardımcı/ikincil bir kriter olarak yararlanılabilir.¹¹⁰

İşçi ve işveren arasındaki bağımlılık ilişkisinin bir diğer görünüm şekli ise *teknik bağımlılıktır*. İşverenler, işçilerin işi nerede, ne zaman ve ne şekilde yapacağı ve hangi araç ve gereçleri kullanacağı konusunda talimat verme hakkına sahiptir. Ancak, teknik bağımlılık, iş sözleşmesini diğer iş görme sözleşmelerinden ayırt etmeye yarayan bir ölçüt değildir. Zira, işin hangi sürede ve ne şekilde yapılması gerektiğine dair talimatlar, diğer iş görme sözleşmelerindeki iş sahibi ile iş gören kişi arasında da kendini göstermektedir. Ayrıca, teknik bağımlılık, her iş ilişkisinde de karşılaşılabilecek bir durum değildir. Şöyle ki, vasıflı ve işinde uzman bir işçi (örneğin, bir doktor veya avukat gibi) iş görme borcunu işverenin talimatları

¹⁰⁸ **Hromadka**, NZA 1997, Rn. 575; **Güzel**, Ölçüt Arayışı, 25; **Güzel**, İşçi Kavramı, 103; **Kuban**, 63.

¹⁰⁹ **Hromadka**, NZA 1997, Rn. 575; **Güzel**, Ölçüt Arayışı, 25; **Güzel**, İşçi Kavramı, 103; **Kuban**, 63; **Baştzeri**, Avukatla Bağtlanan Sözleşme, 179; **Sümer**, 60; **Doğan**, Bağımlılık, 102.

¹¹⁰ Son yıllarda “işçi benzeri” kavramının tartışılmaya başlanmasıyla birlikte, ekonomik bağımlılık unsurunun yeniden değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu yönde detaylı bilgi için bkz. **Wank**, AuR 2017, 144-146; **Preis**, NZA 2018, Rn. 818-819; **Davidov**, 60-64; **Junker**, 55; **Rubinstein**, 605-659; **Mühlberger**, 182-195; **Hromadka**, NZA 1997, Rn. 575-576; **MüKoHGB/Hoyningen-Huene** HGB § 59 Rn. 53.

olmadan yerine getirmektedir. Nitekim, işçinin işinde uzmanlığı arttıkça, teknik yönden işverene bağımlılığı da azalmaktadır.¹¹¹

Benzer şekilde, gelişen ve sürekli değişim gösteren çalışma dünyasında ortaya çıkan yeni istihdam modelleri de işçi ve işveren arasındaki teknik bağımlılığı azaltmaktadır. Örneğin, uzaktan çalışma modelinde işçinin teknik bağımlılığı büyük ölçüde azaltmakta ve hatta ortadan kalkmaktadır. Bununla birlikte, teknik bağımlılık her ne kadar iş sözleşmesinin tespitinde tek başına belirleyici ölçüt olmasa da, kişisel-hukuki bağımlılığın tespitinde kullanılan ek bir kriterdir.¹¹²

İş sözleşmesindeki bağımlılık unsurundan kasıt; işçinin işverene *kişisel-hukuki bağımlılığıdır*. Zira, işçi iş sözleşmesiyle birlikte işverenin otoritesi altına girmekte ve iş görme borcunu, işverenin talimatları ile gözetim ve denetimi altında yerine getirmektedir. İşçinin, işverenin otoritesi altına girmesiyle, taraflar arasında hukuki bir hiyerarşi ve bunun sonucu olarak da bağımlılık ilişkisi kurulmaktadır. İlaveten, işçi, kişiliğinin bir parçası olan işgücünü işverenin emrine hazır bulundurmaktadır.¹¹³ Dolayısıyla, taraflar arasında, kişisel-hukuki bir bağımlılık ilişkisi kurulmaktadır.

İş sözleşmesinin içinde mündemiç olan hiyerarşi/bağımlılık ilişkisi, yöneten ve yönetilen olmak üzere iki ayrı grubu oluşturmaktadır. Bunun hukuk alemine yansımaları ise,

¹¹¹ **Güzel**, Ölçüt Arayışı, 26; **Güzel**, İşçi Kavramı, 105; **Başterzi**, Avukatla Bağtlanan Sözleşme, 180-181.

¹¹² **Güzel**, Ölçüt Arayışı, 26; **Güzel**, İşçi Kavramı, 105; **Başterzi**, Avukatla Bağtlanan Sözleşme, 180-181; **Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal**, 318; **Doğan**, Bağımlılık, 121-124. Yargıtay bazı kararlarında, işçinin teknik bağımlılığından söz etse de, bu unsuru kişisel-hukuki bağımlılığın belirlenmesinde yan bir ölçüt olarak değerlendirmektedir. Nitekim Yüksek Mahkemenin bir kararına göre, “Önemli yön, işverenin her an denetim ve buyurma yetkisini kullanabilecek olması, çalışanın, edimi ile ilgili buyruklara uyma dışında çalışma olanağı bulamayacağı nitelikte teknik ve hukuki bir bağımlılığın bulunmasıdır. Genel anlamda bağımlı çalışma, işverenin belirleyeceği yerde ve zamanda, işverence sağlanacak teknik destek ve işverenin denetim ve gözetiminde yapılan çalışmadır. İşverenin yönetim (talimat verme) hakkı karşısında işçinin talimatlara uyma (itaat) borcu yer alır. Bir işin görülmesi süreci içinde işçinin faaliyeti, çalışma şekli, yeri, zamanı ve işyerindeki davranışları düzenleyen talimatlar veren işveren onu kişisel bağımlılığı altında tutar. Bu sözleşmede var olan otorite/bağımlılık ilişkisi taraflar arasında kaçınılmaz olarak bir hukuki hiyerarşi yaratır. Bu nedenle iş akdinde bağımlılık hem işçinin kişiliğini ilgilendirmekte hem de bir hukuki bağımlılık niteliği taşımaktadır.” Y10HD, 15.05.2019, E. 2018/5134, K. 2019/4306, KİBB.

¹¹³ **Başterzi**, Avukatla Bağtlanan Sözleşme, 181; **Arslan Ertürk**, Sadakat, 97-100.

işverenin yönetim hakkında kendini göstermektedir. Nitekim işverenin yönetim hakkı, bağımlılık ilişkisinden doğmaktadır.¹¹⁴

Hukuki bağımlılık kavramının ise, iki yönü bulunmaktadır. İlki, işverenin yönetim hakkına dayanarak işçiye talimatlar vermesi; diğeri ise işçinin işverenin hukuka uygun talimatlarına uyma yükümlü olmasıdır.¹¹⁵ İşverenin yönetim hakkı, iş ilişkisi devam ettiği sürece varlığını sürdürmektedir. Öyle ki, yönetim hakkı bir defa kullanılmakla tükenmeyeceği gibi bu hakkı belli durum ve biçimlerde kullanmamak da, yönetim hakkının ortadan kalkmasına neden olmaz.¹¹⁶

İşveren, işin yürütümüne ve işçilerin işyerindeki davranışlarına ilişkin konularda talimat verme hakkına sahiptir. Öyle ki, bu husus Türk Borçlar Kanununun 399. maddesinde de hüküm altına alınmıştır. Anılan düzenlemeye göre, *“İşveren, işin görülmesi ve işçilerin işyerindeki davranışlarıyla ilgili genel düzenlemeler yapabilir ve onlara özel talimatlar verebilir. İşçiler, bunlara dürüstlük kurallarının gerektirdiği ölçüde uymak zorundadırlar.”*

İş sözleşmelerinde, çoğunlukla iş görme borcu veya işyeri düzenine ilişkin hükümler detaylı bir biçimde yer almaz. Dolayısıyla, işveren bu “boş alanları” yönetim hakkına dayanarak vereceği talimatları aracılığıyla doldurmakta, iş görme borcunu da bu şekilde somutlaştırmaktadır. İşçi de işverenin vereceği talimatlara uymakla yükümlüdür. Ayrıca, işçinin iş görme borcunu işverenin gözetimi ve denetimi altında yerine getirmesi, taraflar arasındaki bağımlılık ilişkisinin bir sonucudur. Yargıtay da kararlarında bu durumu şu şekilde değerlendirmektedir: *“Genel anlamda bağımlı çalışma, işverenin belirleyeceği yerde ve zamanda, işverence sağlanacak teknik destek ve işverenin denetim ve gözetiminde yapılan çalışmadır. İşverenin yönetim (talimat verme) hakkı karşısında işçinin talimatlara uyma (itaat) borcu yer alır. Bir işin görülmesi süreci içinde işçinin faaliyeti, çalışma şekli, yeri,*

¹¹⁴ Arıcı, 161.

¹¹⁵ Güzel, Ölçüt Arayışı, 27-28; Güzel, İşçi Kavramı, 106-107; Strasser, 96

¹¹⁶ Hromadka/Maschmann, 206.

zamanı ve işyerindeki davranışları düzenleyen talimatlar veren işveren onu kişisel bağımlılığı altında tutar. Bu sözleşmede var olan otorite/bağımlılık ilişkisi taraflar arasında kaçınılmaz olarak bir hukuki hiyerarşi yaratır. Bu nedenle hizmet akdinde bağımlılık hem işçinin kişiliğini ilgilendirmekte hem de bir hukuki bağımlılık niteliği taşımaktadır.”¹¹⁷

Bağımlılık unsuru, iş sözleşmesinin belirleyici unsuru olmakla birlikte, her iş ilişkisinde aynı yoğunluğa sahip değildir. Diğer bir deyişle, bağımlılık kavramı mutlak değil, göreceli bir anlama sahiptir.¹¹⁸ İşçinin kişisel özellikleri, mesleğindeki uzmanlığı, işin niteliği bağımlılık ilişkisinin kapsamını ve derecesini azaltmakta veya arttırmaktadır. Örneğin, mesleki ve teknik uzmanlığa sahip işçiler (avukat, bilgisayar mühendisi, doktor, vb.) işverenden işin yürütümüne ilişkin ayrıntılı talimatlar almayacaktır. Hatta bu işçiler, iş görme borçlarını yerine getirirken, meslek kurallarının ve bilgisinin gerektiği yönde davranacaklardır. Buna karşın, vasıfsız bir işçinin işverene bağımlılığı çok daha yoğundur.¹¹⁹

Ekonomik ve teknolojik gelişmelerin etkisiyle yeni istihdam modelleri, iş organizasyonu teknikleri ve farklı sözleşme tipleri ortaya çıkmıştır. Atipik iş sözleşmelerinin ve çalışma biçimlerinin ortaya çıkması ise klasik bağımlılık ilişkisinin zayıflamasına ve/veya belirsizleşmesine yol açmıştır. Dolayısıyla, kişisel-hukuki bağımlılık unsurunun tespitinde bu esnekliğe cevap verecek başkaca ölçütlere de başvurulması, günümüz iş yaşamında kaçınılmaz hale gelmiştir.

Bağımlılık ilişkisinin zayıfladığı durumlarda taraflar arasındaki ilişkinin iş sözleşmesine dayandığının tespitinde, öncelikle “işçinin işverenin iş organizasyonunda ve onun yararına iş yapması” ek ölçütüne başvurulmaktadır.¹²⁰ Bu ölçüte göre, işçi, işverenin

¹¹⁷ Y10HD, 18.04.2019, E. 2016/16333, K. 2019/3645, KİBB.

¹¹⁸ **Güzel**, Ölçüt Arayışı, 28; **Süzek**, 225-227; **Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal**, 311; **Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan**, 63; **Doğan**, Bağımlılık, 130-131; **Arslan Ertürk**, Sadakat, 100-101.

¹¹⁹ **Sümer**, 69; **Güzel**, Ölçüt Arayışı, 29.

¹²⁰ **Doğan Yenisey**, İşyeri ve İşletme, 81-82; **Başturk**, Avukatla Bağtlanan Sözleşme, 182-184; **Kuban**, 62-63; **Güzel**, Ölçüt Arayışı, 29-31; **Güzel**, İşçi Kavramı, 110; **Süzek**, 228; **Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal**, 108-110; **Senyen Kaplan**, 82; **Yıldız**, Değerlendirme 2015, 20-23; **Sümer**, 65; **Arslan Ertürk**, Sadakat, 101-105; **Wank**, AuR 2017, 150-152; **ErfK/Preis BGB** § 611a Rn. 41.

belirlediği iş görme edimini, onun talimatlarına uygun biçimde ve onun saptadığı koşullarda yerine getiriyorsa, taraflar arasında kişisel-hukuki bağımlılık ilişkisinin olduğu sonucuna varılmalıdır. Burada önemli olan husus, işçinin işverenin kurduğu ve yönettiği iş organizasyonu içinde yer alması ve işverenin hedefleri doğrultusunda hareket etmesidir. Diğer bir deyişle, işçi işverenin iş organizasyonuna dahil olmalı; onunla bütünleşmelidir.

Başkasının iş organizasyonunda iş görme ölçütü ise özü itibariyle, işverenin yönetim hakkının varlığını kaçınılmaz kılmaktadır. İşçi, işverenin talimatları doğrultusunda iş görme borcunu yerine getirmelidir. İşçinin, işverenin iş organizasyonunda ve işveren yararına faaliyet göstermesinin yanı sıra, iş ilişkisinde kişisel-hukuki bağımlılığı belirleyen diğer ek ölçütlerden biri de; işçinin, işverenin denetim ve gözetiminde iş görme borcunu yerine getirmesidir. Zira kendi kurduğu iş organizasyonunda faaliyet gösteren, kendisine ait müşterileri olan, karar verme özgürlüğüne sahip, işletme rizikosunu üstlenen kişilerle işveren arasında iş ilişkisi bulunmamaktadır. Bu kimseler, “*serbest girişimci*” olarak nitelendirilmektedir.¹²¹

Öte yandan, taraflar arasındaki bağımlılık ilişkisinin derecesi azalsa bile, iş sahibinin çalışan üzerinde belli ölçüde kontrol ve denetimi söz konusuysa, çalışanın iş sahibine bilgi ve hesap verme yükümlülüğü varsa, iş görme edimini iş sahibinin belirlediği kurallar çerçevesinde yerine getiriyorsa; burada bir iş sözleşmesinin var olduğu sonucuna varılmaktadır. Taraflar arasındaki iş ilişkisinin tespitinde başvurulacak diğer yardımcı kriterler ise; çalışanın iş sahibinin kendisine sunduğu işi kaybetme riski olmaksızın reddetme hakkına sahip olup olmadığı; iş gören kişinin hizmet ettiği iş sahibinden başka iş sahiplerine de hizmet edip etmediği; çalışanın ücretini kendisinin ödediği yardımcı eleman istihdam edip etmediği;

¹²¹ **Başterzi**, Avukatla Bağtlanan Sözleşme, 185-186.

iş gören kişinin kullandığı iş araç ve gereçlerinin maliki olup olmadığı ile ücret unsuru ve ödenme şekilleridir.¹²²

Nitekim, çalışan bir kimsenin işi reddetme serbestisi varsa veya iş sahibi için çalışan kişi yanında ücretini bizzat ödediği yardımcı bir elemanı çalıştırıyorsa, burada bağımsız bir çalışmadan söz edilmektedir.¹²³ Yargıtay da verdiği kararlarda kişisel-hukuki bağımlılığın tespitinde anılan ölçütleri kullanmaktadır: “Gerçek anlamda hukuki bağımlılık işçinin işin yürütümüne ve işyerindeki talimatlara uyma yükümlülüğünü içerir. İşçi edimini işverenin karar ve talimatları çerçevesinde yerine getirir. İşçinin işverene karşı kişisel bağımlılığı ön plana çıkmaktadır. İş sözleşmesinde bağımlılık unsurunun içeriğini, işçinin işverenin talimatlarına göre hareket etmesi ve iş sürecinin ve sonuçlarının işveren tarafından denetlenmesi oluşturmaktadır. İşin işverene ait işyerinde görülmesi, malzemenin işveren tarafından sağlanması, iş görenin işin görülme tarzı bakımından iş sahibinden talimat alması, işin iş sahibi veya bir yardımcısı tarafından kontrol edilmesi, işçinin bir sermaye koymadan ve kendine ait bir organizasyonu olmadan faaliyet göstermesi, ücretin ödenme şekli, kişisel bağımlılığın tespitinde dikkate alınacak yardımcı olgulardır. Bu belirtilerin hiçbiri tek başına kesin ölçüt teşkil etmez. İşçinin işverenin belirlediği koşullarda çalışırken kendi yaratıcı gücünü kullanması ve işverenin isteği doğrultusunda işin yapılması için serbest hareket etmesi bağımlılık ilişkisini ortadan kaldırmaz.”¹²⁴

Türk iş hukukundaki kişisel-hukuki bağımlılık ölçütüne oldukça benzer bir düzenleme, Alman Medeni Kanunu (BGB) § 611a’da yer almaktadır. Alman hukukunda, işçinin iş sözleşmesinden doğan bağımlılık ilişkisinin *kişisel* olduğu kabul edilmektedir. Kişisel bağımlılık kriteri, bir üst kavram olarak nitelendirilmektedir. İşçinin kişisel bağımlılığı ise,

¹²² **Başterzi**, Avukatla Bağitlanan Sözleşme, 187-191.

¹²³ **Başterzi**, Avukatla Bağitlanan Sözleşme, 187-191; **Doğan**, Bağımlılık, 248-260; 262-272; **Güzel**, Ölçüt Arayışı, 32-33; **Güzel**, İşçi Kavramı, 112; **Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal**, 108-110; **Ekonomi**, 114; **Sümer**, 70-72; **Baycık**, Değerlendirme 2016, 17-21. Ayrıca bkz. ILO, A Guide to Recommendation No: 198, 36-52; **Strasser**, 95-96; **Wank**, AuR 2017, 143-145; **Hromadka**, NZA 1997, Rn. 571; **Brunhöber**, 27; **Junker**, 53.

¹²⁴ Y22HD, 24.12.2019, E. 2016/26714, K. 2019/24177, KİBB.

talimatla bağıllık (GewO § 106) ve başkasının iş organizasyonuna dahil olma (iş organizasyonu ile bütünleşme) alt başlıklarını kapsamaktadır.¹²⁵ Gerçekten de, BGB § 611a uyarınca, işçi, işverenin belirlediği iş görme edimini yine işverenin talimatlarına bağılı olarak yerine getirmekle yükümlüdür. BGB § 611a hükmüne göre, faaliyetini ve çalışma süresini dilediği gibi belirleme özgürlüğüne sahip olmayan kişi talimatla bağılı demektir.

Ayrıca, bu hüküm, Alman Ticaret Kanununun (HGB) § 84/1- 2¹²⁶ düzenlemesiyle de uyumludur. HGB § 84/1 aslında bağımsız çalışan ticari temsilcileri düzenlemektedir. Ancak § 84'ün ikinci cümlesinin, bağımsız çalışmayla bağımlı çalışmayı birbirinden ayırt etmeye yarayan bir ölçütü ortaya koyduğu ve bu nedenle işçinin ve bağımlılık ilişkisinin tanımlanmasında da kullanılması gerektiği doktrinde ileri sürülmektedir.¹²⁷ O halde, işçinin işverenin talimatlarıyla bağıllığı, kişisel bağımlılık ilişkisinin ve dolayısıyla taraflar arasında bir iş ilişkisinin varlığının en önemli göstergelerinden biridir.

Ancak, talimatla bağıllık her zaman iş ilişkisinin belirlenmesinde yeterli olmamaktadır. Nitekim, işçiyle işveren arasındaki bağımlılığın derecesinin belirsizleştiği durumlar olabileceği gibi, bağımsız çalışan bir kimse de iş sahibinden talimat alabilir. Burada önemli olan husus, işverenin verdiği talimatların işin nerede, ne zaman ve nasıl yapılacağı ile yürütümüne (iş sürecine) ilişkin olmasıdır. Diğer bir deyişle, talimatlar, iş görme borcunu somutlaştırmaya yönelik olmalıdır.

İlaveten, işçinin, işverenin iş organizasyonunda ve onun yararına iş görmesi (iş organizasyonuna dahil olması-bütünleşmesi) bağımlılık (özellikle atipik iş ilişkilerinin) unsurunun tespitinde başvurulacak bir diğer önemli ölçüttür. Başkasının iş organizasyonuna dahil olmayla ifade edilen ise işverenin belirlediği genel-soyut işletme hedeflerine/ilkelerine

¹²⁵ **Preis**, NZA 2018, Rn. 819; **Wank**, AuR 2017, 143-144; **Wank**, Employees, 137-140; **Schaub**, ArbR-Hdb/Vogelsang § 8, Rn. 21-24; **Hromadka**, NZA 2018, Rn. 1583; **Hromadka**, NZA 1997, Rn. 575-576; **Strasser**, 95; **MüKoHGB/ Hoyningen-Huene** HGB § 59 Rn. 51; **Brunhöber**, 22-25.

¹²⁶ HGB § 84 /1-2'ye göre, *faaliyetini ve çalışma süresini serbestçe belirleyen kişi, bağımsız çalışan kimsedir.*

¹²⁷ **Preis**, NZA 2018, Rn. 820.

ulaşmak amacıyla, işçinin işverenin diğer işçileriyle birlikte çalışması ile iş araçlarını ve teknik imkanlarını kullanmasıdır.¹²⁸

Bu durum Alman Federal İş Mahkemesi kararlarında da ifadesini şu şekilde bulmaktadır: “*Kişisel bağımlılık; işçinin başkasına ait iş organizasyonuna dahil olması ve talimatla bağlılığından doğmaktadır.*”¹²⁹

b. Yönetim Hakkının Normlar Hiyerarşisindeki Yeri

İş hukuku, iş ilişkisini farklı düzeylerde şekillendiren birden çok hukuk kaynağından oluşmaktadır. İş hukukunda kaynaklar resmi ve özel kaynaklar olarak ikiye ayrılmaktadır. Anayasa, kanun, kanun hükmünde kararnameler, yönetmelikler resmi kaynaklar arasında yer alırken; toplu iş sözleşmeleri, iş sözleşmeleri, iç yönetmelikler, işyeri uygulamaları ve işverenin yönetim hakkı (talimatları) iş hukukunun özel kaynaklarıdır.

Anayasanın üstünlüğü ve bağlayıcılığı uyarınca kanunlar, Anayasaya aykırı olamaz. Ayrıca, Anayasa hükümleri sadece yasama, yürütme ve yargı organları ile idare makamlarını değil aynı zamanda kişileri de bağlayan temel hukuk kurallarıdır (AY m. 11). Anayasa hükümlerinin, çalışma koşullarının belirlenmesinde öncelikle gözetilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda işveren, yönetim hakkını, Anayasanın ilke ve kuralları doğrultusunda kullanmalıdır. Öyle ki, bu durum özellikle çalışmamızın ikinci bölümünde detaylı şekilde inceleyeceğimiz işverenin, işçinin işyerindeki davranışlarına yönelik vereceği talimatlar noktasında kendisini hissettirmektedir.

Temel hak ve özgürlükler açısından Anayasanın 90. maddesi özellikli bir düzenlemedir. Anılan düzenleme uyarınca, “*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası*

¹²⁸ **Preis**, NZA 2018, Rn. 820-821; **ErfK/Preis BGB** § 611a Rn. 41; **Wank**, AuR 2017, 150-152; **Hromadka**, NZA 2018, Rn. 1585; **Hromadka**, NZA 1997, Rn. 575-576; **Strasser**, 100-102; **MüKoHGB/ Hoyningen-Huene HGB** § 59 Rn. 52; **Schaub, ArbR-Hdb/Vogelsang** § 8, Rn. 24-28; **BeckOK ArbR/Joussen BGB** § 611a Rn. 23-24; **Junker**, 52-53. Benzer yönde bkz. BAG, 15.02.2012- 10 AZR 111/11, NZA 2012, Rn. 735, (www.beck-online.beck.de).

¹²⁹ BAG, 30.10.1991- 7 ABR 19/91, NZA 1992, Rn. 408, (www.beck-online.beck.de).

antlaşmalar kanun hükmündedir.” Ancak yine Anayasaya göre, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelerle kanunlar aynı konuda farklı düzenleme içeriyorsa, milletlerarası antlaşmalar kanunların üstünde yer almaktadır (AY m. 90/son).

Anayasa hükümlerinin ardından iş ilişkilerinin düzenlenmesinde en önemli araç, kanunlardır. Özel hukuk kuralları, aksi kararlaştırılamayan yani, emredici ve aksi kararlaştırılabilen tamamlayıcı normlar olarak ikiye ayrılmaktadır. Kişilerin kendi aralarında anlaşarak (iradeleriyle) aksini kararlaştıramadıkları normlar emredici normlar olarak tanımlanırken; aksini kararlaştırabildikleri normlar ise yedek hukuk kuralları olarak tanımlanmaktadır.¹³⁰

Emredici kanun hükümleri ise iş hukukunun özgün ve özellikli yanı sonucu değişime uğrayarak mutlak emredici ve nispi emredici normlar olarak ikiye ayrılmaktadır. Mutlak emredici kanun hükümleri, sözleşme taraflarınca aksi kararlaştırılamayan veya değiştirilemeyen kurallardır.¹³¹ Bu yönüyle mutlak emredici normlar, sözleşme özgürlüğü ilkesini de kısıtlamaktadır. Mutlak emredici hükümler, toplu iş sözleşmeleri veya iş sözleşmeleriyle *işçi lehine* de olsa değiştirilemezler. Buna karşın, işçinin korunması düşüncesiyle getirilen ve çalışma koşullarının asgari düzeyini belirleyen, aksi sadece işçi lehine kararlaştırılabilen normlar ise nispi emredici normlardır (sosyal kamu düzeni kurallarıdır).¹³²

Nispi emredici normların toplu iş sözleşmeleri, iş sözleşmeleri, iç yönetmelikler ya da işyeri uygulamalarıyla işçi lehine değiştirilmeleri mümkündür. Dolayısıyla, toplu iş

¹³⁰ **Doğan Yenisey**, İş Hukukunun Emredici Yapısı, 57-58.

¹³¹ Kıdem tazminatı tavanı ve iş güvencesinin sonuçları Türk iş hukukunda mutlak emredici hükümler olarak düzenlenmektedir. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. **Doğan Yenisey**, İş Hukukunun Emredici Yapısı, 83-86; **Özdemir**, Mutlak Emredici Hükümler, 112-118. Ayrıca bkz. “*Çalışma koşullarını belirleyen faktörler arasında yukarıdan aşağıya doğru bir sıralama yapmak gerekirse; Anayasa, kanunlar, toplu iş sözleşmesi, bireysel iş sözleşmesi, personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ve işyeri uygulamaları bir bütün olarak çalışma koşullarını belirler. Çalışma koşullarını belirleyen kaynaklar piramidinin üst sıralarında mutlak emredici olarak düzenlenen bir hususun, işçi lehine olsa dahi daha alt sıradaki kaynaklarla değiştirilmesi mümkün değildir.* 4857 Sayılı İş Kanununun 21. maddesinin son fıkrası hükmü bu konuda örnek olarak verilebilir.” Y9HD, 26.09.2019, E. 2019/6065, K. 2019/16886, KİBB.

¹³² **Junker**, 31; **Özdemir**, Mutlak Emredici Hükümler, 96; **Doğan Yenisey**, İş Hukukunun Emredici Yapısı, 76.

sözleşmesinde veya iş sözleşmesinde yer alan bir düzenleme işçi yararınaysa, hiyerarşik açıdan, iş kanununun nispi emredici hükümleri üstünde yer alır. Bu anlamda, nispi emredici normlar, emredici normlarla yedek hukuk kuralları arasında geçiş formlarından biri olarak nitelendirilmektedir.¹³³

İş hukukunun özel kaynakları kendi arasında toplu iş sözleşmeleri, iş sözleşmeleri ve bu nitelikteki iç yönetmelikler, işyeri uygulamaları ve işverenin talimatları olarak sıralanmaktadır. Toplu iş sözleşmeleri, iş hukukunun özgün kaynaklarından birisidir. 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununa göre, toplu iş sözleşmesi, iş sözleşmesinin yapılması, içeriği, sona ermesine ilişkin hususları düzenlemek üzere işçi sendikası ile işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren arasında akdedilen bir sözleşmedir. Toplu iş sözleşmesiyle tarafların ekonomik ve sosyal durumları ile çalışma şartları düzenlenmektedir. Kanunun 36. maddesine göre, “*Toplu iş sözleşmesinde aksi belirtilmedikçe iş sözleşmeleri toplu iş sözleşmesine aykırı olamaz. İş sözleşmelerinin toplu iş sözleşmesine aykırı hükümlerinin yerini toplu iş sözleşmesindeki hükümler alır. Toplu iş sözleşmesinde iş sözleşmesine aykırı hükümlerin bulunması halinde ise iş sözleşmesinin işçi yararına olan hükümleri geçerlidir.*”

Kanunun anılan hükmü uyarınca, öncelikle, toplu iş sözleşmeleri, iş sözleşmeleri üzerinde emredici ve doğrudan bir etkiye sahiptir.¹³⁴ Diğer bir deyişle, iş sözleşmesi tarafları, toplu iş sözleşmesi hükümleriyle bağlıdırlar. Ancak, işçiye yararlılık ilkesi, toplu iş sözleşmeleriyle iş sözleşmeleri arasında da geçerlidir.¹³⁵ Dolayısıyla, aynı konuda toplu iş sözleşmesine kıyasla iş sözleşmesiyle işçinin daha yararına hükümler getirilmişse, iş

¹³³ **Doğan Yenisey**, İş Hukukunun Emredici Yapısı, 88-89.

¹³⁴ **Tuncay/Savaş**, 289; **Şahlanan**, Toplu İş Sözleşmesi, 109; **Özdemir**, Normatif Etki, 583-584; **Doğan Yenisey**, İş Hukukunun Emredici Yapısı, 207.

¹³⁵ **Junker**, 43; **Soyer**, Yararlılık İlkesi, 42; **Alpagut**, Yararlılık İlkesi, 1512-1513.

sözleşmesinin önce veya sonra akdedilmiş olmasına bakılmaksızın, işçinin lehine olan iş sözleşmesi hükümlerinin uygulanması gerekir.¹³⁶

Tüm bu anlatımlardan varılan sonuç ise; iş hukuku kaynakları arasındaki hiyerarşik sıralamanın mutlak olmadığıdır. İşçiye yararlılık ilkesinin bir sonucu olarak, Anayasa ve mutlak emredici yasa hükümleri dışında tüm resmi ve özel iş hukuku kaynakları arasında, işçinin daha lehine olan hüküm uygulama önceliğine sahiptir.

Mutlak ve nispi emredici yasa hükümleri, toplu iş sözleşmeleri ve iş sözleşmelerinden sonra, kaynaklar hiyerarşisinde, yedek hukuk kuralları gelmektedir. Yedek hukuk kuralları, sözleşme taraflarına kendilerine bırakılan alanda düzenleme yetkisi veren normlardır. Bu bağlamda yedek hukuk kurallarının en temel işlevi, taraflarca önceden düzenlenmemiş alanlarda sözleşmeyi tamamlamaktır.¹³⁷ Yedek hukuk kurallarının aksi -işçi aleyhine olsa dahi-kararlaştırılabilir.¹³⁸

İş hukukunun kaynaklarından birisi de, işverenin yönetim hakkıdır. Şu ana kadar yaptığımız tüm bu açıklamalardan sonra, nihayet üzerinde durmak istediğimiz husus; yönetim hakkının kaynaklar hiyerarşisindeki konumudur. İşveren yönetim hakkına dayanarak işin görülmesine ve işçilerin işyerindeki davranışlarına yönelik talimatlar verebilir. Nitekim, iş sözleşmesiyle işçilerin yapmakla yükümlü oldukları faaliyetler genel hatlarıyla belirlenmektedir.

Gerçekten de, bir iş ilişkisi içinde her detayın önceden öngörülerek belirlenmesi mümkün değildir. İşveren işin nerede, ne zaman, nasıl, hangi sırayla yapılacağını yani işe ilişkin ayrıntıları, aksi kararlaştırılmamışsa, yönetim hakkı aracılığıyla vereceği talimatlarla

¹³⁶ **Adomeit**, Rn. 26; **Löwisch/Rieble**, TGV § 4 Rn. 589-590; **Soyer**, Yararlılık İlkesi, 18-19; **Alpagut**, Yararlılık İlkesi, 1494-1495; **Astarlı**, Çalışma Süreleri, 69-85; **Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal**, 28-29.

¹³⁷ **Doğan Yenisey**, İş Hukukunun Emredici Yapısı, 115-117. Türk iş hukukunda örneğin, çağrı üzerine çalışma yedek hukuk kurallarını içinde barındırmaktadır. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. **Doğan Yenisey**, İş Hukukunun Emredici Yapısı, 117-118; **Civan**, Değişiklik Kayıtları, 815; **Sevimli**, Seçilmiş İki Sorun, 21; **Süzek**, 264-265; **Astarlı**, Çalışma Süreleri, 381-385. Aksi yönde bkz. **Aydın**, Çağrı Üzerine Çalışma, 48; **Ulucan**, İş Sözleşmesi Türleri, 65.

¹³⁸ **Süzek**, 85; **Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal**, 29.

belirlemektedir. Ancak, işçi kanuna, toplu iş sözleşmesine ve iş sözleşmesine aykırı olmayan talimatlara uymakla yükümlüdür. Bu anlamda, işverenin yönetim hakkı bir nevi iş sözleşmesinde ana hatlarıyla belirlenen iş görme borcunu *somutlaştırmaktan* ibarettir.

İşverenin yönetim hakkına dayanarak verdiği talimatlar, kaynaklar hiyerarşisinde yedek hukuk kurallarının da altında yer almaktadır. İşveren sadece iş hukukunun diğer kaynaklarıyla düzenlenmemiş *boş alanda* talimat verme hakkına sahiptir. Örneğin, toplu iş sözleşmesiyle düzenlenen bir konuda işverenin yönetim hakkı bulunmamaktadır. Benzer şekilde, yedek hukuklarıyla düzenlenmiş bir alanda da işveren yönetim hakkını kullanamayacaktır. Bu yönüyle *talimatların ikinciliği ilkesinden* söz etmek mümkündür.¹³⁹

2. İşverenin İşletmesel Karar Alma Özgürlüğü ve Yönetim Hakkı

İşveren, yönetim hakkına dayanarak işin görülmesi ve işçilerin işyerindeki davranışlarıyla ilgili talimat verme hakkına sahiptir. İşçinin iş sözleşmesinden doğan borçlarından biri de, işverenin talimatlarına uyma borcudur. İşveren verdiği talimatlar aracılığıyla iş görme borcunu somutlaştırmakta ve işin düzenini sağlamaktadır. Ancak, iş hukuku doktrininde bazı yazarlar, işverenin yönetim hakkını oldukça geniş bir açıdan ele almakta ve işverenin yönetim hakkına dayanarak işletmeyi ve işyerini ilgilendiren teknik, organizasyonel ve ekonomik alanlarda çeşitli kararlar alabileceğini belirtmektedirler. Diğer bir anlatımla, bu görüşteki yazarlar, işverenin yönetim hakkını *geniş anlamda* ve *dar anlamda yönetim hakkı* olarak ikiye ayırarak incelemektedirler.¹⁴⁰

İşverenin işletme politikasını belirlemesi, işyeri düzeni ve güvenliğini sağlaması, işçilerin davranışlarına ilişkin talimat vermesi, işçi alımı, toplu işçi çıkarma, işyerinin

¹³⁹ **Böker**, 17. Ayrıca bkz. “*Başka bir anlatımla, işveren işyerinin kârlılığı ve verimliliği noktasında işin yürütümü için gerekli tedbirleri alır. İş görme ediminin yerine getirilmesinin şeklini, zamanını ve hizmetin niteliğini işveren belirler. İşverenin yönetim hakkı, taraflar arasındaki iş sözleşmesi ya da iş yerinde uygulanan toplu iş sözleşmesinde açıkça düzenlenmeyen boşluklarda uygulama alanı bulur.*” YHGK, 04.12.2018, E. 2015/22-2359, K. 2018/1832, KİBB.

¹⁴⁰ **Başbuğ**, Yönetim Hakkı, 17-18, 31; **Erdemir**, 50-51.

faaliyetlerini sona erdirmesi gibi tüm işletmesel kararlar *geniş anlamda yönetim hakkını* oluşturmaktadır. İşverenin iş görme borcunu somutlaştırmaya yönelik talimatları ise *dar anlamda yönetim hakkı* olarak tanımlanmaktadır.¹⁴¹ Yine bu bağlamda, yönetim hakkının işverenin kurduğu işyerini yönetme hakkı olarak bir üst başlık olarak ele alınması gerektiği; işverenin yönetim hakkının da talimat verme hakkı ve işletmesel karar alma özgürlüğü şeklinde iki ayrı unsurdan oluştuğu ifade edilmektedir. Bu görüşe göre, işverenin yönetim hakkı, talimat verme hakkına indirgenmemelidir.¹⁴²

Doktrinde, yönetim hakkı kavramının işverenin işletmesel kararlarını da kapsadığını savunan bu görüşlerin temel dayanağı, Yargıtayın konuya ilişkin kararlarında kullandığı benzer ifadelerdir. Nitekim, Yüksek Mahkeme, özellikle işletmesel karar sonucu yapılan fesih işleminin geçerli olup olmadığını incelediği kararlarında, işletmesel karar ve yönetim hakkı kavramlarını iç içe geçirerek ele almaktadır. Şöyle ki; “*İş ilişkisinde işletmesel kararlar iş sözleşmesini fesheden işveren, Medeni Kanunun 2. maddesi uyarınca, yönetim yetkisi kapsamındaki bu hakkını kullanırken keyfi davranmamalı, işletmesel karar dürüstlük kurallarına uygun olarak alınmalı ve bu hak kötüye kullanılmamalıdır. İşverenin keyfi davrandığını ispat yükü işçiye aittir.*”¹⁴³

Yine bir başka karara göre, “4857 Sayılı İş Kanununun 18. maddesinde işletmenin, işyerinin veya işin gerekleri kavramına yer verilmiş, işletmesel karar kavramından söz edilmemiştir. İşveren yönetim hakkı kapsamında amaç ve içeriğini belirlemekte serbest olduğu kararlar alabilir. Geniş anlamda işletmesel karar işçinin iş sözleşmesinin feshi dahil olmak üzere işverenin işletme, işyeri ile ilgili ve işin düzenlenmesi konusunda bu kapsamda aldığı her türlü karardır.”¹⁴⁴

¹⁴¹ Erdemir, 50-51.

¹⁴² Yücel Bodur, İşletmesel Karar, 140; Başbuğ, Yönetim Hakkı, 31-32.

¹⁴³ Y9HD, 13.05.2019, E. 2019/881, K. 2019/10723, KİBB.

¹⁴⁴ Y22HD, 07.03.2019, E. 2018/12073, K. 2019/5491, KİBB.

Buna karşın, doktrindeki karşıt görüşe göre, işverenin işletmesel kararları ile yönetim hakkı farklı kavramlardır.¹⁴⁵ Biz, öncelikle, işverenin işletmesel karar alma özgürlüğünü, bu kararların hukuki dayanaklarını ve sonuçlarını konumuz kapsamında kısaca inceleyip, nihayet bu kararların işverenin yönetim hakkı kapsamında sayılıp sayılamayacağına dair görüşümüzü açıklayacağız.

İşletme rizikosunu taşıyan işveren, işletme politikasını dilediği gibi belirleme hakkına sahiptir. İşveren, işletmesel kararlar aracılığıyla işletmesinin veya işyerinin ekonomik geleceğiyle ilgili kararlar almakta ve iş organizasyonunun iktisadi hedeflerini, ekonomik faaliyetlerini düzenlemektedir. İşverenin işletmesel kararları¹⁴⁶ sadece ekonomik faaliyetlerle de sınırlı olmayıp işletmeye ilişkin organizasyonel veya teknik konularla da ilgili olabilir.¹⁴⁷ İşletme düzeyinde olmayan işyerlerinde de işverenin aldığı kararlar bu kavram içinde ele alınmaktadır.¹⁴⁸

Geniş anlamda, işverenin işletme veya işyerinin geleceğiyle ilgili aldığı her türlü kararlar, işletmesel karardır.¹⁴⁹ İşverenin işletmesinin geleceğiyle ilgili uygun gördüğü kararları alabilme hakkı, Anayasal dayanağı olan (m. 48)¹⁵⁰ girişim özgürlüğü kapsamında yer almaktadır.¹⁵¹ İşveren, verdiği işletmesel kararlarla üretime, satışa, piyasadaki rekabet koşullarına ya da teknolojik ilerlemelere göre işletmesini ilgilendiren çeşitli konularda bir

¹⁴⁵ **Alp**, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, 179-180; **Taşkent**, Yönetim Hakkı, 1-2.

¹⁴⁶ İşletmesel karar türleri hakkında detaylı bilgi için bkz. **Başbuğ**, Yönetim Hakkı, 32-35.

¹⁴⁷ **ErfK/Oetker** KSchG § 1 Rn. 239.

¹⁴⁸ **Kar**, İşletme Gerekleri, 108.

¹⁴⁹ **Kılıçoğlu/Şenocak**, 232.

¹⁵⁰ Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının “Çalışma ve Sözleşme Hürriyeti” başlıklı 48. maddesinin 1. fıkrasına göre “Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahiptir.”

¹⁵¹ **Alp**, Unternehmerrische Entscheidungsfreiheit, 1000-1001; **Engin**, İşletme Gerekleri, 60; **Güzel**, İşletmesel Karar, 166; **Astarlı**, İşletme Gerekleri, 83. Türk hukukundaki yaklaşıma benzer şekilde, karşılaştırmalı hukuk açısından incelediğimiz Alman hukukunda da işverenin işletmesel karar alma özgürlüğü, Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasasının (GG) 12. maddesiyle güvence altına alınmıştır. İşverenin işletmesel kararlarının ekonomik açıdan anlamlı olup olmadığı veya işletme için uygulanabilir olup olmadığı mahkemelerce denetlenemez. Ancak bu kararların işçilerin iş akitlerinin feshi sonucu doğurmaları halinde; mahkemelerce kararın objektif olup olmadığı, kötüye kullanılıp kullanılmadığı incelenmektedir. Bu yönde bkz. **ErfK/Oetker** KSchG § 1 Rn. 239; **Ascheid/Preis/Schmidt/Linck** KSchG § 15 Rn. 140. Benzer yönde bkz. BAG, 31.07.2014-2 AZR 422/13, NZA 2015, Rn. 103, (www.beck-online.beck.de).

tercihte bulunmaktadır. İşveren, işletmesel kararın amacını ve içeriğini de serbestçe belirleyebilir.¹⁵² Öyle ki, işveren işletmesel karar özgürlüğüne dayanarak her türlü ekonomik amacı güdebilir ve bu amaca uygun tedbirler alabilir.¹⁵³

İşveren, verdiği kararların sorumluluğunu da kendisi taşımaktadır. İşveren, örneğin, ekonomik güçlükler nedeniyle işçilerin iş akitlerini geçerli nedenle feshetme yoluna başvurabilir. Benzer şekilde, işveren, rekabet gücünü arttırabilmek amacıyla işletmesini yeniden yapılandırmak isteyebilir. İşyerindeki bu reorganizasyon kararı işgücü fazlasının ortaya çıkması ve bazı işçilerin iş akitlerinin feshedilmesini gerekli hale getirebilir. Ancak, işverenin işyerinin mutlak hakimi olduğu düşüncesi demokratik toplum düzeninde ve bunun yansımalarından biri olan modern iş hukuku anlayışında artık geride kalmıştır.

Türk iş hukukunda, işletmesel karar kavramı tanımlanmamakla beraber, geçerli feshin düzenlendiği İş Kanununun 18. maddesinde “*işletmenin, işyerinin veya işin gerekleri*” ifadesine yer verilmiştir. İşveren, işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan geçerli bir nedene dayanarak işçilerin iş sözleşmesini feshedebilir. O halde, fesih de bu anlamda bir işletmesel karar niteliğindedir.¹⁵⁴ İşveren, işletmesini ilgilendiren konularda karar almakta serbest olsa da bu kararın özellikle işçilerin iş akitlerinin sona ermesine neden olan sonuçları mahkemelerin denetimine tabidir.

İşletmesel kararlar işyeri dışından kaynaklanabileceği gibi işyeri içi nedenlere de dayanabilir. Örneğin, talep ve siparişin azalması, satışlardaki düşüş, ekonomik kriz, ham madde sıkıntısı, dış pazar kaybı gibi işin ciddi ölçüde aksamasına veya durmasına neden olan sebepler, işyeri dışından kaynaklanan nedenlerdir. Buna karşılık, işyerinin daraltılması, yeni teknolojinin uygulanması, bazı iş türlerinin kaldırılması, yeni çalışma yöntemlerine geçilmesi

¹⁵² **Astarlı**, İşletme Gerekleri, 83; **Alp**, Unternehmerische Entscheidungsfreiheit, 1011-1012.

¹⁵³ **Engin**, İşletme Gerekleri, 62.

¹⁵⁴ **MüKoBGB/Hergenröder** KSchG § 1 Rn. 343; **Kar**, İşletme Gerekleri, 108; **Astarlı**, İşletme Gerekleri, 83; **Alp**, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, 179.

gibi nedenler de işletme içi nedenlerdir. Bu nedenler detaylı biçimde incelendiğinde, aslında çoğu işletme içi nedenin aslında dış etkenlerin sonucu olduğu anlaşılabacaktır.¹⁵⁵

Eğer işveren aldığı işletmesel kararların, işletme dışı nedenlerden kaynaklandığını ileri sürüyorsa, bu işletme dışı etkenlerin işletmeye etkisinin olup olmadığı ve eğer böyle bir etkisi varsa bu etkinin derecesi irdelenmelidir. Ancak, işverenin verdiği ekonomik kararların, işletme için mantıklı olup olmadığı herhangi bir biçimde denetime tabi değildir.¹⁵⁶ Zira, işletmesel kararlar yerindelik denetimine tabi değildir. Yargıç, işverenin yerine geçip işyerinin menfaati için hangi kararın doğru, hangisinin yanlış olduğuna karar veremez.¹⁵⁷ Benzer şekilde, yargıç, işverenin beklediği yarar ile işçinin fesih nedeniyle uğradığı zarar arasında makul bir dengenin olup olmadığını araştırmaz.¹⁵⁸

Buna karşın, feshin geçersizliğine ilişkin bir davada yargıç, işletmesel karara konu olayın gerçek olup olmadığını, bu vakıaların objektif olarak feshi gerekli kılıp kılmadığını, işletmesel kararın işgücü fazlalığına yol açıp açmadığını, fesih dışında daha hafif başka tedbirlerin¹⁵⁹ uygulanabilir olup olmadığını denetlemektedir. Mahkemelerce denetlenen, işverenin işletmesel kararının yerinde olup olmadığı değil; işletmesel kararın sonucu olarak

¹⁵⁵ **Engin**, İşletme Gerekleri, 36-38.

¹⁵⁶ **MüKoBGB/Hergenröder** KSchG § 1 Rn. 340-342. Ayrıca bkz. **Kılıçoğlu-Şenocak**, 299 vd; **Güzel**, İşletmesel Karar, 163; **Engin**, İşletme Gerekleri, 63; **Alp**, Unternehmerische Entscheidungsfreiheit, 1014.

¹⁵⁷ **Engin**, İşletme Gerekleri, 63, 74; **Başbuğ**, Yönetim Hakkı, 38.

¹⁵⁸ **MüKoBGB/Hergenröder** KSchG § 1 Rn. 348. Bu konuda bkz. BAG, 30.04.1987- 2 AZR 184/86, AP KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 42, (www.beck-online.beck.de).

¹⁵⁹ İşverenin işletmesel kararla varmak istediği sonuca fesih dışında daha hafif bir tedbirle ulaşımaya çalışmasının incelenmesi noktasında, Alman Feshe Karşı Koruma Kanunu (KSchG) § 1/2-3 yol gösterici bir niteliğe sahiptir. KSchG § 1/2'ye göre fesih, işçinin işyerinde çalışmasını engelleyen zorunlu/kaçınılmaz işyeri gereklerine (*dringende betriebliche Erfordernisse*) dayanmıyorsa, sosyal açıdan haksız bir fesihtir. İşçinin aynı işyerinde başka bir işte veya işletmeye ait başka bir işyerinde çalıştırılmaya devam etmesi mümkünse, fesih yine sosyal açıdan haksızdır. Eğer işletmesel kararla elde edilmek istenen sonuca fesihten başka daha hafif bir yolla ulaşmak mümkün değilse, fesih kaçınılmazdır. Fesih dışında daha hafif bir yolun olup olmadığı ölçülülük ilkesi çerçevesinde incelenir. Bu konuda bkz. **MüKoBGB/Hergenröder** KSchG § 1 Rn. 360; **Alp**, Unternehmerische Entscheidungsfreiheit, 1026-1030. Ayrıca, işverenin fesih dışında daha hafif bir tedbirle amaca ulaşması mümkün ve beklenebilir ise ortada feshi geçerli kılan bir neden bulunmamaktadır. Fesih dışı tedbirler konusunda bkz. **Engin**, İşletme Gerekleri, 91, 93-110; **Ulucan**, Geçerlilik Denetimi, 73.

uygulanan feshin kendisidir.¹⁶⁰ Bu şekilde keyfi işten çıkarmaların önlenmesi amaçlanmaktadır.

Nitekim Yargıtaya göre de, “İşletmesel karar söz konusu olduğunda kararın yararlı veya amaca uygun olup olmadığı yönünde bir inceleme yapılamaz. Kısaca işletmesel kararlar yerindelik denetimine tabi tutulamaz. İşverenin serbestçe işletmesel karar alabilmesi ve bunun kural olarak yargı denetimi dışında tutulması şüphesiz bu kararların hukuk düzeni tarafından öngörülen sınırlar içinde kalınarak alınmış olmalarına bağlıdır... Feshin işletme, işyeri ve işin gereklerinden kaynaklanan nedenlerle yapıldığı ileri sürüldüğünde bu konuda işverenin işletmesel kararı aranmalı, iş görme ediminde ifayı engelleyen, bir başka anlatımla istihdamı engelleyen durum araştırılmalı, işletmesel karar ile istihdam fazlalığının meydana gelip gelmediği, işverenin bu kararı tutarlı şekilde uygulayıp uygulamadığı (tutarlılık denetimi), işverenin fesihle keyfi davranıp davranmadığı (keyfilik denetimi) ve işletmesel karar sonucu feshin kaçınılmaz olup olmadığı (ölçülülük denetimi-feshin son çare olması ilkesi) açıklığa kavuşturulmalıdır.”¹⁶¹

İşletmesel karar alma özgürlüğünün hukuki dayanağı, yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, Anayasanın girişim özgürlüğünü güvence altına alan 48. maddesidir. İşveren, işletmesel karar alma özgürlüğüne dayanarak işletme politikasını belirlemekte ve işletmesinin iktisadi geleceği üzerinde söz sahibi olmaktadır.

Buna karşın, işverenin yönetim hakkı, Türk Borçlar Kanununun 399. maddesinde tanımlanmaktadır. Kanunun bu düzenlemesine göre “İşveren, işin görülmesi ve işçilerin işyerindeki davranışlarıyla ilgili genel düzenlemeler yapabilir ve onlara özel talimatlar verebilir. İşçiler, bunlara dürüstlük kurallarının gerektirdiği ölçüde uymak zorundadırlar.” İş sözleşmesinin karakteristik unsurlarının başında, işçi ve işveren arasında yarattığı kişisel ve

¹⁶⁰ **MüKoBGB/Hergenröder** KSchG § 1 Rn. 348-350; **ErfK/Oetker** KSchG § 1 Rn. 240-241.

Kılıçoğlu/Şenocak, 267; **Güzel**, İşletmesel Karar, 169; **Astarlı**, İşletme Gerekleri, 84; **Başbuğ**, Yönetim Hakkı, 38; **Tulukcu**, Şirket Birleşmeleri, 135-137.

¹⁶¹ Y22HD, 19.12.2019, E. 2019/8929, K. 2019/23853, KİBB. Ayrıca bkz. **Ulucan**, Geçerlilik Denetimi, 77-81.

hukuki bir bağımlılık ilişkisi gelmektedir. Bu bağımlılık ilişkisi ise, işçinin iş görme borcunu yerine getirirken işverenin hukuka uygun talimatlarıyla bağlı olması ve işverenin denetimi altında olmasını ifade etmektedir.

İşverenin yönetim hakkının dayanağı iş sözleşmesidir. İşveren, yönetim hakkına dayanarak verdiği talimatlar aracılığıyla işçinin iş görme borcunu somutlaştırmaktadır. Zira, iş sözleşmelerinde iş edimi çoğunlukla ana hatlarıyla belirlenmektedir. İşçilerin işi nerede, ne zaman ve nasıl yapacağını belirlenmesi gerekmektedir. Ayrıca, işyeri düzenine ilişkin hükümler de genellikle iş sözleşmelerinde ayrıntılı biçimde yer almaz. İşveren, bu boş bırakılan alanları yönetim hakkı aracılığıyla doldurmaktadır. İşverenin yönetim hakkının karşısında ise işçinin talimatlara uyma borcu yer almaktadır. Diğer bir anlatımla, işverenin yönetim hakkı, işverenin işe ve işyeri düzenine ilişkin konularda talimat verme hakkından başka bir anlam ifade etmemektedir.¹⁶²

İşveren, yönetim hakkına dayanarak iş sözleşmesinin koşullarında bir değişiklik meydana getiremez. İşveren ancak yönetim hakkı kapsamında kalan konularda tek taraflı belirlemeler yapabilir. İşveren, yönetim hakkını işçinin iş görme borcu üzerinde kullanmaktadır. Nitekim, yönetim hakkı bu borcun somutlaştırılmasına hizmet etmektedir. Buna karşın, işletmesel kararlar, hem girişim özgürlüğüne dayanmakta hem de işverenin ekonomik faaliyetlerini ve iş organizasyonunu düzenlemektedir.¹⁶³ Dolayısıyla, bize göre bu iki kavram birbirinden farklıdır. İşverenin yönetim hakkının geniş anlamda ve dar anlamda olmak üzere ikiye ayrılması görüşünü ise kavram kargaşasına yol açacağı gerekçesiyle yerinde bulmuyoruz. Yargıtay da bizce, vermiş olduğu kararlarda kullandığı ifadelerle TBK m. 399 anlamında yönetim hakkından ziyade, işverenin bir girişimci olarak özgürce işletmesinin iktisadi geleceğine ilişkin kararlar alabileceğini vurgulamaktadır.

¹⁶² Arıcı, 161.

¹⁶³ Alp, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, 180

II. Yönetim Hakkının Kaynağı

İşverenin işçilere işin yürütümü ve işyeri düzenine ilişkin talimatlar verebilmesi için hukuki bir dayanağa ihtiyacı vardır. İşverenin yönetim hakkını kullanabilmesi için fiili bir kaynaktan ziyade, hukuki bir dayanağa gereksinim duyulması gerektiği düşüncesi ise zaman içinde yerleşmiştir.¹⁶⁴ Eskiden, işverenin işçilere talimat verebilmesinin altında, işveren konumunun temsil ettiği gücün olduğu düşüncesi yatmaktaydı. Zira bu düşünceye göre, talimatın içinde var olan unsur; üstün olanın gücüydü. İşverenin yönetim hakkının zaten işin doğasında var olduğu fikri egemendi.¹⁶⁵

Zaman içinde bu görüş değişikliğe uğramış ve işverenlerin işçilere talimat verebilmesi ve işçilerin bu talimatlara uymamaları halinde, onlara yaptırım uygulama hakkının, hukuki bir kaynağının olması gerektiği görüşü yerleşmiştir. Yönetim hakkının hukuki kaynağının, mülkiyet hakkından doğduğu; girişimcinin rizikoları taşımasından doğduğu; iş ilişkisinin niteliğinden doğduğu; yasadan doğduğu ve iş sözleşmesinden doğduğu şeklinde temel beş farklı görüş bulunmaktadır. Biz de aşağıda bu görüşleri inceledikten sonra işverenin işçilere talimat verme hakkının hukuki kaynağını tespit etmeye çalışacağız.

A. Mülkiyet Hakkından Doğduğu Görüşü

Sinzheimer tarafından savunulan bu görüşe göre, yönetim hakkının hukuki kaynağı, işverenin üretim araçları üzerindeki mülkiyet hakkıdır. Diğer bir deyişle, işverenin “işyerinin maliki” olması sıfatı, işçilere talimatlar vermesinin dayanağını oluşturmaktadır. İşveren, iş araçlarının, binaların, arsaların, makinelerin, kısaca işyerinin sahibidir.¹⁶⁶ Bu görüş yönetim hakkını “*hükmetme gücü*” olarak nitelendirmektedir.¹⁶⁷ İşveren, işyerinin ve tüm üretim

¹⁶⁴ Stamm, 8.

¹⁶⁵ Böker, 33.

¹⁶⁶ Stamm, 8.

¹⁶⁷ Wiencke, 20.

araçlarının sahibi olarak, kendisinin mülkiyetinde olan bir yere kimlerin girip kimlerin giremeyeceğini özgürce belirleme ve yasaklama hakkına sahiptir (*Hausrecht*)¹⁶⁸.

Bu görüşün hukuki dayanağını mülkiyet hakkının düzenlendiği Alman Medeni Kanunu (BGB) § 903 ve § 1004 oluşturmaktadır.¹⁶⁹ Bu hak sadece dışarıdan gelen müdahalelere karşı savunma hakkı sağlamaz; aynı zamanda malike, eşyadan dilediği gibi yararlanma hakkı da vermektedir. Malik, yani işveren, kendisine ait olan bir işyerinde kimlerin bulunup bulunmayacağını ve ayrıca kendisine ait bu mekanda uyulması gereken kuralları da belirleyen kişidir.¹⁷⁰ Böylece, işyerinin ve tüm üretim araçlarının sahibi olan malik yani işveren, işçilerin kendisine ait olan mekanda hangi kurallarla bağlı olacaklarını vereceği talimatlar aracılığıyla somutlaştırmaktadır. Zira, işveren, o yerin sahibi olduğu için kimin ne yapıp yapmaması gerektiğini de kendi oluşturduğu ilkeler ve talimatlarla belirlemektedir. Örneğin, işyerinde sigara içme yasağı, işyerindeki kılık-kıyafet düzenlemeleri, park yeri yasakları bu kapsamındadır.¹⁷¹

İşverenin yönetim hakkının mülkiyet hakkından doğduğu görüşü, günümüz iş hukuku anlayışı ve kurallarıyla bağdaşmayan, terk edilmiş bir düşüncedir. Öncelikle, bu görüş, işverenin tüm işyerinin ve üretim araçlarının sahibi olduğu görüşüne dayanmakta ve mülkiyet hakkından yola çıkmaktadır. Oysa, işveren her durumda işyerinin maliki değildir. İşveren kiracı, intifa hakkı sahibi veya alt işveren de olabilir. Eğer bu görüş kabul edilirse, malik olmayan bir işverenin işçilerin iş görme edimleri ve işyerindeki davranışlarıyla ilgili talimat verme hakkının olmadığına da kabul edilmesi gerekmektedir. Oysa, böyle bir durumun söz konusu olamayacağı açıktır.

Ayrıca, bu görüşün özünde kişinin malik olmasından kaynaklı olan, işyerinde kimlerin bulunup bulunamayacağı ve işyerindeki kişilerin uyması gereken kurallar düzenlenmektedir.

¹⁶⁸ **Schulze**, 381.

¹⁶⁹ TMK m. 683'e tekabül etmektedir.

¹⁷⁰ **Schulze**, 385.

¹⁷¹ **Wiencke**, 21; **Stamm**, 9.

Bu noktada üçüncü kişilerle (örneğin, müşteriler) işçi arasında da bir ayrım yapılmamaktadır. İşveren, işyerinin maliki olarak, kendisine ait bir yerde bulunan herkesi ilgilendiren konularda talimat verme hakkına sahip olmaktadır. Bu da işveren ile malik olan kişi arasındaki farkı ortadan kaldırmaktadır.¹⁷²

İşverenin yönetim hakkının özünde, iş ilişkisinin doğasında bulunan iktisadi bir yapıyı düzenleme düşüncesi bulunmaktadır.¹⁷³ Dolayısıyla, işverenin iş süreçleriyle ilgili olarak işçilere talimat verme hakkına sahip olmasının nedeni mülkiyet hakkına dayanmaz. Diğer bir deyişle, mülkiyet hakkı işverene, iş gücü üzerinde tasarruf yapma imkanı sunmaz. Zira, yapılacak işe ilişkin bir talimat, bir mekana, örneğin işyerine kimlerin girip giremeyeceğinin belirlendiği bir kurala dayanmaz.¹⁷⁴ Bununla birlikte, doktrinde, işverenin mülkiyet hakkının, kollektif işçi-işveren uyusmazlıkları sırasında, örgütlenen kişilerin işyerinde başlattıkları “Flash-mob”¹⁷⁵ eylemlerine karşı, bir savunma aracı olduğu görüşü ileri sürülmektedir.¹⁷⁶

¹⁷² **Wiencke**, 21.

¹⁷³ **Stamm**, 10.

¹⁷⁴ **Wiencke**, 21

¹⁷⁵ *Flash mob*, genellikle birbirini tanımayan bir grup insanın internet üzerinden örgütlenerek sosyal, ekonomik veya politik düşüncelerini kamuya açık bir alanda aniden, birlikte ifade etmeleri eylemi olarak tanımlanabilir. *Flash mob* bir iş mücadelesi aracı olarak da, işverene karşı işi toplu olarak engelleyerek kullanılmaktadır. *Flash mob* sadece o işyerinde çalışan işçiler tarafından yapılmaz, sendikacıların ve diğer katılımcılar da *flash mob* eylemlerinde yer almaktadırlar. Örneğin bir süper marketin uygulamalarını protesto etmek isteyen işçiler ve sendika üyeleri market arabasını doldurarak kasaya gitmekte, kasada uzun sıralar oluşturmakta; ancak bu ürünlerin hiçbirini almayarak kasaların önünü tıkamakta ve sistemi kilitlemektedirler. *Flash mob* konusunda detaylı bilgi için bkz. **Rieble**, 796. Bu tür eylemlerin iş görme borcuna aykırılık oluşturduğu ve hukuka aykırı olduğu ifade edilmekteyse de Alman Federal Mahkemesi (BAG) farklı bir içtihat geliştirmiştir. Mahkemeye göre, *flash mob* eylemleri mesleki amaçlı yapıyorsa, sendika amaçları doğrultusunda bir gereklilik arz ediyorsa, kısa süreli ve ölçülülük ilkesine uygunsa, kanun dışı olarak değerlendirilmeyecektir. Bkz. BAG, 22.09.2009-1 AZR 972/08, NZA 2009, 1347, (www.beck-online.beck.de). Türk hukuku açısından konuyu inceleyen **Tuncay/Kutsal**, bu tür eylemlerin iş görme ve sadakat borcuna aykırılık oluşturduğunu ve bu eylem nedeniyle işçilerin iş sözleşmelerinin feshedebileceğini ve hatta kendilerinden tazminat talep edebileceğini savunmaktadırlar. Yine yazarlara göre, bu tür grevler ancak kısa süreli ve mesleki amaçlıysa kanun dışı olarak görülmemelidir. Bu görüş içi bkz. **Tuncay-Kutsal**, 373. Bizim görüşümüze göre ise, işçiler bu tür eylemleri mesleki amaçlı, kısa süreli, barışçıl ve ölçülülük ilkesi ışığında gerçekleştiriyorsa Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m.11; Avrupa Sosyal Şartı m. 6/4 ve Anayasa m. 90/son uyarınca demokratik bir hakkın kullanımı olarak nitelendirilmelidir. Nitekim, Yargıtayın son yıllarda verdiği kararlar da bu yöndedir. Bkz. Y7HD, 11.06.2014, E. 2014/7358, K. 2014/13055, KİBB.

¹⁷⁶ **Schulze**, 383; **Junker**, 337. Benzer şekilde, Alman Federal İş Mahkemesi ve Federal Anayasa Mahkemesi, işçilerin yaptıkları bu eylemler eğer “aşırılık yasağını” ihlal eden bir hal alırsa, yani ölçülülük ilkesiyle bağdaşmaz ise, işverenin mülkiyet hakkına dayanarak kendini savunabileceğini kabul etmektedir. Bkz. BVerfG,

Bunların yanı sıra, işverenin yönetim hakkının mülkiyet hakkına dayandığı görüşü, evden çalışma, uzaktan çalışma ya da işçinin kendi araç ve gereçleriyle yaptığı çalışmalarda işverenin işçiye talimat verme hakkının olmadığı gibi iş hukuku kurallarına tamamen ters düşen bir sonucu doğuracaktır.¹⁷⁷ Ayrıca, işçi işverenin verdiği hukuka uygun talimatlara uymazsa bunun yaptırımını mülkiyet hakkının ihlali değil; sözleşmeye aykırılıktır.¹⁷⁸ Tüm bu nedenlerden dolayı, işverenin yönetim hakkının hukuki dayanağı mülkiyet hakkı değildir.

B. Girişimcinin Rizikoları Taşımamasından Doğduğu Görüşü

Doktrinde, işverenin yönetim hakkının girişimcinin rizikoları taşımamasından doğduğu görüşü de ileri sürülmüştür.¹⁷⁹ Bu görüşe göre, işveren bir iş organizasyonunu kuran kişi olarak işletme rizikosunu, yani işletmenin ekonomik kayıplarını ve işçilerin verdiği zararlardan doğan sorumluluğu üstlenen kişidir. Mülkiyetin içinde bulunan, onu “*kaybetme riski*”, hukukta belli sınırlar içinde kabul edilen “*tasarruf yetkisinin*” ortaya çıkmasına yol açmıştır.¹⁸⁰ İşveren kendini bu tür zararlardan korumak için işçilerin iş gücü üzerinde tasarruf edebilmelidir.

Girişimci olarak işveren, ekonomik risklerin önüne geçebilmek veya bunları azaltabilmek için işçilere bağlayıcı talimatlar vermelidir. İşveren bu sayede kendi kurduğu ve kendisine ait olan organizasyon yapısını korumaktadır. Zira bu görüşe göre, riske katlanan kişi bu riskin önüne geçmek için her türlü yetkiyle donatılmıştır. İşveren, işletme amaçları doğrultusunda, işin ne zaman ve kim tarafından, ne şekilde yapılacağına karar vermektedir. İşçiler ise işverenin talimatları doğrultusunda davranmaktadırlar.

26.03.2014- 1 BvR 3185/09, BeckRS 2014, 49789, Rn. 5; BAG, 22.09.2009-1 AZR 972/08, NZA 2009, Rn. 56-57, (www.beck-online.beck.de).

¹⁷⁷ Stamm, 10.

¹⁷⁸ Taşkent, Yönetim Hakkı, 31.

¹⁷⁹ Böker, 45.

¹⁸⁰ Stamm, 10.

İşverenin yönetim hakkının hukuki dayanağının, girişimcinin rizikoları taşımasından doğduğu görüşü de oluşturmamaktadır. Nitekim, bu düşünce de, işverenin yönetim hakkıyla ilgili pek çok konuyu açıklayamamaktadır. Örneğin, işçi çalıştıran kamu kurumlarında işverenin üstesinden gelmek zorunda olduğu bir ekonomik risk faktörü bulunmamaktadır. Buna karşın, işveren, işçilere işin amacına uygun ve iş süreçlerine ilişkin talimatlar vermektedir. Zira, yönetim hakkı işverene, sadece işveren konumunda olduğu için verilmiş haktır. Aksi durumun kabulü, böyle bir risk içermeyen işletmelerde işverenin yönetim hakkını kullanamayacağı sonucunu doğurmaktadır.¹⁸¹

Ekonomik risklerin, sadece işverenin değil, işçinin de üzerinde olduğu görüşü doktrinde ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre, işini kaybetme tehlikesiyle karşı karşıya olan işçi de ekonomik riskleri taşımaktadır.¹⁸² Kanımızca, ekonomik riskin işverenle birlikte işçinin de üzerinde olduğu görüşü isabetli değildir. Bizce, kar ve zarar işverene aittir. Öncelikle, iş sözleşmesini diğer iş görme sözleşmelerinden ayırt eden unsurlardan birisi, işçinin kişisel-hukuki bağımlılığı yanında, ekonomik risklerin işverende olup olmadığıdır.¹⁸³

Nitekim, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun bir kararına göre de, “*Diğer taraftan iş sözleşmesinin çok önemli özelliklerinden biri ekonomik riskin, bir başka deyişle kâr ve zararın işverene ait olmasıdır. İş sözleşmesini bağımsız çalışanlardan ayıran en önemli farklılıklardan birisi de budur. İşçi, işyeri veya işletmede ekonomik riski taşımaz.*”¹⁸⁴

Bununla birlikte, uygulamada işçilerin işverenle birlikte ekonomik risklere ortak edildiği ve hatta ekonomik risklerin doğrudan işçilerin üzerine bırakıldığı durumlar bulunmaktadır. Bunların başında ise “*kısa çalışma*”¹⁸⁵ gelmektedir. İlaveten, hedef

¹⁸¹ **Taşkent**, Yönetim Hakkı, 31.

¹⁸² **Taşkent**, Yönetim Hakkı, 32.

¹⁸³ **Güzel**, İşçi Kavramı, 22; **Başterzi**, Avukatla Bağitlanan Sözleşme, 186; **Doğan Yenisey**, Tek Taraflı Değişiklik, 1180.

¹⁸⁴ YHGK, 21.02.2018, E. 2015/21-139, K. 2018/316, KİBB.

¹⁸⁵ Kısa çalışma konusunda bkz. **Ocak**, 8-13; **Akyiğit**, Kısa Çalışma, 2-22; **Caniklioğlu**, Kısa Çalışma, 499-547; **Engin**, Kısa Çalışma, 4-9; **Astarlı**, İşletme Gerekleri, 75-76; **Yıldız**, İşçinin Korunması, 905-908; **Aydın**, Kısa Çalışma, 29- 40.

sözleşmeler¹⁸⁶, sıfır saat sözleşmeleri¹⁸⁷, performansa dayalı ücret ödeme sistemleri ekonomik riski işverenin üzerinden alıp işçiye yüklemektedir.

Ancak, işverenin, işçilere talimat vermesinin arkasında yatan düşünce ekonomik riskleri azaltmak değil, işin yürütümünü sağlamak ve işçilerin işyerindeki davranışlarını düzenlemek ihtiyacıdır.

C. İş İlişkisinin Niteliğinden Doğduğu Görüşü

İşverenin yönetim hakkının hukuki kaynağının iş ilişkisinin niteliğinden doğduğu görüşü bazı yazarlarca ifade edilmektedir. Yine bu bağlamda, işverenin yönetim hakkının işçinin işyerine dahil olmasıyla ortaya çıktığı da belirtilmektedir. Bu görüşlerin benzer yanı, her ikisinde de işverenin yönetim hakkının bir iş ilişkisi için kaçınılmaz olduğu düşüncesidir.¹⁸⁸

Yine bu görüşe göre, iş hukukunun esasen hiyerarşik bir yapıya dayanması ve işçinin işverenin iş organizasyonuna dahil olması, yönetim hakkının varlığını gerekli kılmaktadır. Diğer bir deyişle, işçi ve işveren arasındaki hiyerarşik ilişki ve işçinin işyerine dahil olması, işverenin yönetim hakkını kendiliğinden ortaya çıkarmaktadır.¹⁸⁹ Her iş ilişkisinin içinde yönetim hakkı mutlaka bulunmaktadır. Yani, işverenin yönetim hakkı iş ilişkisinin doğasında vardır. İşverenin iş görme edimini somutlaştırması gereği iş ilişkisinde mündemiçtir.¹⁹⁰ Ayrıca, Siebert ve Nikisch, bu görüşü “*katılma teorisinin*” çıkış noktası olarak belirlemişlerdir.¹⁹¹

¹⁸⁶ *Hedef sözleşmesi*, işçi ve işveren arasında akdedilen; konusu, işçinin belli bir zaman dilimi içinde öngörülecek performans hedeflerine ulaşmasıdır. Sözleşmenin amacı, işçinin performans hedefine ulaşarak ek ödemeye hak kazanmasıdır. Hedef sözleşmeleri, işverenin yönetim hakkı uyarınca tek taraflı olarak belirlediği hedeflerden farklıdır. Hedef sözleşmelerinde, öngörülen hedef, işçi ve işverenin karşılıklı anlaşmaları sonucu belirlenir. Hedef sözleşmeler konusunda bkz. **Kabakçı**, Hedef Sözleşmeler, 211-232.

¹⁸⁷ Detaylı bilgi için bkz. **Öztürk**, Sıfır Saat Sözleşmeleri, 269-328.

¹⁸⁸ **Wiencke**, 30-31.

¹⁸⁹ **Wiencke**, 24; **Gast**, 18; **Söllner**, 19.

¹⁹⁰ **Wiencke**, 29-30.

¹⁹¹ **Gast**, 18.

İşverenin yönetim hakkının iş ilişkisinin niteliğinden ve dolayısıyla işçinin işyerine dahil olması olgusundan ortaya çıktığı görüşü, özellikle bu hakkın kapsamını belirlerken ciddi zorluklar yaratabilmektedir. Zira bu görüşe göre, işveren, iş ilişkisinin gereklerini iddia ederek işçileri ilgilendiren pek çok konuda tek taraflı belirlemeler yapabilmektedir. Nitekim, bu görüşte olanlara göre, iş ilişkisi; işçinin işveren tarafından organize edilen işbölümlü bir örgüte dahil edilmesi olup, işverenin iş şartlarını geniş ölçüde belirlemesi ve hatta tek taraflı olarak değiştirmesi de mümkündür.¹⁹²

Bu konu, Alman İş Hukuku doktrinde özellikle, 19.12.1931 tarihli İmparatorluk İş Mahkemesi kararı örnek gösterilerek değerlendirilmektedir. Bu karar gerçekten de işverenin yönetim hakkının iş ilişkisinden doğduğu görüşünün kabulü halinde, işçiler için yaratabileceği sorunları da göstermektedir. Karara göre; *“Ulusal ekonominin bir parçası olan işveren, işyerini organize eden kişi olarak, işçiler arasında işbölümü yaparak, bir değer yaratmak için işyerini kuran ve yöneten kimsedir. Bu yüzden, işverene açıkça bazı yetkiler tanınmalıdır. Bunların başında, işçilere iş ilişkisinin gerekli kıldığı her türlü talimatı vermek gelmektedir. Zira, bu durum işverenin en doğal hakkıdır.”*¹⁹³ Görüldüğü gibi bu görüşün kabulü, işçiler açısından ciddi bir belirsizlik ve adaletsizlikler yaratabilme tehlikesini barındırmaktadır.

İşverenin yönetim hakkının dayanağının iş ilişkisinin niteliğinden ve işçilerin iş organizasyonuna dahil olmasından doğduğu görüşü, yönetim hakkının kullanılması için fiili bir hakimiyet ilişkisinin yeterli olduğu ve dolayısıyla bir iş sözleşmesine gerek olmadığı sonucunu da doğurabilir.¹⁹⁴ Oysa taraflar arasında sözlü veya yazılı bir iş akdinin olması gerekmektedir. Ayrıca yine bu görüş, günümüz endüstri ilişkilerini açıklamaktan da oldukça uzaktır. İş ilişkisi, içinde her ne kadar hiyerarşik bir yapıyı barındırsa da bir hakimiyet ilişkisi

¹⁹² Söllner, 22.

¹⁹³ RAG, 19.12.1931- RAG 261/31, Söllner, 23; Wiencke, 24.

¹⁹⁴ Wiencke, 25.

değil, bir borç ilişkisidir. Tüm bu gerekçelerle, işverenin yönetim hakkının iş ilişkisinin niteliğinden doğduğu görüşü isabetli değildir.

D. Kanundan Doğduğu Görüşü

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu yürürlüğe girene kadar, Türk hukuku açısından, işverenin yönetim hakkının yasal dayanağı olarak belirtilecek açık bir düzenleme mevzuatımızda yer almıyordu. İşverenlerin belli başlı bazı durumlarda ne gibi düzenleme yapma hakları olduğu gerek İş Kanunu gerek Deniz İş Kanunu¹⁹⁵ ve Basın İş Kanununda¹⁹⁶ belirtilmektedir. Ne var ki bu düzenlemeler, sınırlı kalmakta ve genel bir sonucun çıkarılmasına imkan vermemektedir. Örneğin, İş Kanununun 60. maddesi uyarınca yıllık ücretli iznin kullanılması; 67. maddesine göre günlük çalışmanın başlama ve bitiş saatleri ile dinlenme saatlerinin belirlenmesi; 69. maddesine göre gece postalarının belirlenmesi gibi durumlar, işverenin yönetim hakkı kapsamındaki hükümlerdir. Benzer düzenlemeler Deniz İş ve Basın İş Kanununda da yer almaktadır.

Türk Borçlar Kanununun “*Düzenleme ve Talimatlara Uyma Borcu*” kenar başlıklı 399. maddesi ise işverenin talimat verme hakkını düzenlemektedir. Buna göre “*İşveren, işin görülmesi ve işçilerin işyerindeki davranışlarıyla ilgili genel düzenlemeler yapabilir ve onlara özel talimatlar verebilir. İşçiler, bunlara dürüstlük kurallarının gerektirdiği ölçüde uymak zorundadır.*” Kanunun bu düzenlemesine göre, işveren işin yürütümü ve işyerinin düzenine ilişkin konularda, dürüstlük kurallarına aykırı olmamak kaydıyla, genel veya özel talimatlar verebilir. İşçiler, hukuka uygun talimatlara uymakla yükümlüdürler.

İsviçre Borçlar Kanununun 321 d maddesinde işverenin yönetim hakkı düzenlemektedir. İşveren bu hüküm uyarınca, iş görme borcunun ifasına ve işçilerin

¹⁹⁵ RG. 29.04.1967, 12586.

¹⁹⁶ RG. 20.06.1952, 8140.

işyerindeki davranışlarına ilişkin genel direktifler yayımlayabilir ve işçilere bu konularda bireysel talimatlar verebilir.¹⁹⁷

Alman Hukukunda ise işverenin yönetim hakkı, Alman İşyeri Düzeni Hakkında Kanun (GewO) § 106'da düzenlenmektedir. Kanunun bu düzenlemesine göre, işveren, iş görme borcunun içeriğini, yerini ve zamanını belirlemeye; ayrıca işyeri düzeni ve işçinin davranışlarına ilişkin konularda talimat verme hakkına sahiptir. Alman Hukukundaki anılan düzenlemeyi çalışmamızın ikinci bölümünde detaylı olarak inceleyeceğiz.

İşverenin yönetim hakkının çeşitli kanunlarda düzenlenmesi, bu hakkın kanundan doğduğu sonucunu doğurmaz. Zira, kanuni düzenlemeler zaten var olan bir hakkın ifade edilmesidir. Öte yandan, işverenin yönetim hakkının kanunlarda düzenlememesi bu hakkın varlığını da ortadan kaldırmamaktadır.¹⁹⁸ Dolayısıyla, işverenin yönetim hakkının hukuki dayanağı kanun da değildir.

E. İş Sözleşmesinden Doğduğu Görüşü

Yönetim hakkının hukuksal kaynağı konusunda bizim de katıldığımız doktrindeki baskın görüş, bu hakkın iş sözleşmesinden doğduğu yönündedir.¹⁹⁹ Türk Borçlar Kanununun 399. maddesinde, işverenin işçilere işin yürütümü ve işyerindeki davranışlarına yönelik genel ve bireysel talimatlar verilebileceği belirtilmesine karşın, bu düzenleme yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, işverenin yönetim hakkının dayanağını açıklamakta yetersiz kalmaktadır. Zira, işverenin, kanunda böyle bir düzenleme olmasa dahi, işi organize eden ve işçi çalıştıran kimse olarak talimat vermesi gereklidir.

¹⁹⁷ İsviçre Hukukunda işverenin yönetim hakkı konusunda bkz. **Baycık**, Yenilik Doğuran Haklar, 154-158.

¹⁹⁸ **Taşkent**, Yönetim Hakkı, 36.

¹⁹⁹ **Saymen**, 202; **Taşkent**, Yönetim Hakkı, 36; **Süzek**, Yönetim Hakkı, 225-226; **Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal**, 19; **Başbuğ**, Yönetim Hakkı, 9; **Engin**, İşveren, 70; **Güzel**, Yetki ve Özgürlük, 96; **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, 276; **Doğan Yenisey**, İşyeri ve İşletme, 97; **Doğan**, Bağımlılık, 161; **Dursun Ateş**, 45; **Baycık**, Yenilik Doğuran Haklar, 159. Ayrıca bkz. Y9HD, 28.01.2016, E. 2014/27000, K. 2016/2328, KİBB.

Ayrıca, iş sözleşmesinde iş koşulları her durumda bütünüyle saptanmamakta veya önceden saptanamamaktadır. İşveren, sonradan vereceği talimatlarla iş görme borcunu somutlaştırabilir ya da işçilerin işyerindeki davranışlarına yönelik düzenlemeler yapabilir. İş sözleşmesinde işverenin bu tarz düzenlemeler yapabileceğine dair kayıtlar bulunabileceği gibi işverenin böyle bir yetkisinin açıkça iş sözleşmesinde yer alma zorunluluğu da bulunmamaktadır.

İş sözleşmesinin akdedilmesiyle birlikte işçi ve işverenin karşılıklı birçok hak ve borçları ortaya çıkmaktadır. Bunların başında, işçinin iş görme borcu ve bunun karşılığında işverenin ücret ödeme borcu gelmektedir. İşçinin bu hiyerarşik ilişkide işverene karşı kişisel ve hukuki bağımlılığı bulunmaktadır. Bu bağımlılığın bir sonucu olarak da işçi, iş görme borcunu yerine getirirken işverenin verdiği hukuka uygun talimatlara uymakla yükümlüdür. Ayrıca, işçinin işverenin talimatlarıyla bağlı olması iş ilişkisinin karakteristik özelliklerinden de biridir. İş sözleşmesinin akdedilmesiyle birlikte işçi işverenin talimatları altına girmektedir.

İş sözleşmesinde, işçinin iş görme borcunun ve işyerindeki davranışlarının detaylı biçimde tek tek belirlenmesi pek de olanaklı değildir. İş yaşamının dinamik ve değişimlere açık yapısı da buna engel oluşturmaktadır. İşverenin işçilerin işyerindeki her davranışını önceden öngörmesi mümkün değildir. Benzer şekilde, işçinin yapacağı işin sözleşmede genel hatlarıyla belirlenmiş olması durumunda, işverenin, uygulamada oluşacak boş alanları vereceği talimatlarla doldurması gerekmektedir.

Öte yandan, bazı durumlarda işçinin nitelikli veya işin uzmanı bir kişi olması, taraflar arasındaki bağımlılık ilişkisini azaltmaktadır. Böyle durumlarda dahi, işverenin yönetim hakkının sürdüğü kabul edilmektedir. Nitekim, iş sözleşmesinin kendine özgü yapısı, işverenin yönetim hakkının varlığını da kendi içinde saklı tutmaktadır.²⁰⁰

²⁰⁰ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 18-19.

İşveren, iş görme borcunun alacaklısıdır. İşveren, bu sıfatına dayanarak işin yürütümüne ve işçinin işyerindeki davranışlarına ilişkin konularda talimatlar verebileceği gibi işçilerin bu talimatlara uyup uymadıklarını kontrol etme hakkına da sahiptir.

Doktrinde bazı yazarlar, iş sözleşmesinin bir nedenle geçersiz hale gelmesi durumunda işverenin yönetim hakkının dayanağının ortadan kalkacağını ve başka bir dayanak bulunması gerektiğini iddia etmişlerdir. Ancak, iş hukukunda, geçersizlik yaptırımı ancak öne sürüldüğü tarihten itibaren ileriye doğru etki göstermektedir. Geçersiz bir iş akdi ortadan kaldırılıncaya kadar, geçerli bir sözleşmenin bütün hüküm ve sonuçlarını doğurmaktadır.²⁰¹ Dolayısıyla, iş akdinin geçersiz hale gelmesi, yönetim hakkının hukuki dayanağının iş sözleşmesi olduğu gerçeğini ortadan kaldırmayacaktır.

Türk hukukuna benzer şekilde, Alman hukukunda da yönetim hakkı her ne kadar esas itibarıyla GewO § 106'da düzenlenmekteyse de, ağırlıklı görüş işverenin yönetim hakkının iş sözleşmesinden doğduğu yönündedir. Bu görüşe göre de, işveren, toplu iş sözleşmesinde, iş sözleşmesinde veya işyeri uygulamasında düzenlemeyen hususlarla ilgili olarak işçilere talimat verme hakkına sahiptir. Dolayısıyla, işverenin yönetim hakkı, iş sözleşmesinden türemektedir.²⁰² İsviçre Hukukunda hakim olan görüş, bu hakkın iş sözleşmesinden

²⁰¹ **Taşkent**, Yönetim Hakkı, 37, dn. 117; **Akyiğit**, Hizmet Akdinin Hükümsüzlüğü ve İptal Edilebilirliği, 38; **Süzek**, İş Akdinin Geçersizliği, 138-139; **Yıldız**, Sözleşmesel Kayıtlar, 55; **Arslan Ertürk**, Şekil, 169-170; **Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal**, 496; **Güneş/Mutlay**, 237; **Özkaraca/Ünal**, 398-399. Ayrıca bkz. YİBK, 18.06.1958, E. 1957/20, K. 1958/9, KİBB.

²⁰² **Junker**, 30, 111-112; **Gaul**, Rn. 676; **Brunhöber**, 29; **Hunold**, NZA-RR, 2001, Rn. 337; **BeckOK ArbR/Joussen** BGB § 611a Rn. 354; **BeckOK ArbR/Tillmanns** GewO § 106 Rn. 3; **Schaub**, **ArbR-Hdb/Linck** § 45, Rn.13; **ErfK/Preis** GewO § 106 Rn. 1-4; **Hromadka/Maschmann**, 201. Doktrindeki baskın görüş, işverenin yönetim hakkının iş sözleşmesinden doğduğu yönünde olsa da bazı yazarlar, bu hakkın iş ilişkisinden doğduğunu savunmaktadır. Bu yönde bkz. **Landmann/Rohmer** GewO/Neumann GewO § 106 Rn. 2; **Wiencke**, 29-31; **Söllner**, 16-17. Yazara göre, işverenin yönetim hakkının kaynağının sadece iş sözleşmesine indirgenmesi isabetli değildir. Zira bu görüş sosyo-ekonomik temellerin göz ardı edilmesi anlamına gelmektedir. Sözleşmeyle doğan ve sözleşmeyle sınırlanan bir talimat verme hakkı iş ilişkisinin özelliği olamaz. Yazara göre, yönetim hakkının dayanağının iş sözleşmesi olması, işverenin, örneğin sekreter pozisyonunda çalışan işçisini, daha üst bir makama terfi ettiremeyeceği sonucunun doğmasına neden olabilir.

kaynaklandığı yönündedir.²⁰³ Avusturya Hukukunda da hakim görüş, yönetim hakkının hukuki dayanağının iş sözleşmesi olduğudur.²⁰⁴

Bu düşüncenin temelinde yatan neden ise, işçinin iş akdinin kurulmasıyla birlikte iş görme borcunu işverenin belirlediği sürede ve yerde, işverenin dilediği şekilde yerine getirmesidir. Bu durum ise işçinin kişisel bağımlılığının bir sonucudur. İş sözleşmesinin özellikli yanını oluşturan işçinin bu kişisel bağımlılığı, işverenin talimat verme hakkının da temel çıkış noktasını oluşturmaktadır. İş sözleşmesini akdeden işçi (sözleşmede açık bir düzenleme yer almadığı sürece), iş görme borcunun ve sözleşmede belirtilmeyen diğer yükümlülüklerin somutlaştırılması amacıyla işverene talimat verme hakkını bahşetmektedir.²⁰⁵

III. Yönetim Hakkının Hukuki Niteliği

İşverenin yönetim hakkının hukuki kaynağı, yukarıda da belirttiğimiz üzere, iş sözleşmesidir. Hakkın konusu ise işverenin iş sözleşmesiyle yetkilendirilmesidir. Bu yetki uyarınca işveren, işçinin ifayla yükümlü olduğu işi belirlemekte ve ona hukuk düzenince tanınan sınırlar içinde bağlayıcı talimatlar vermektedir. İşveren, bu sıfatı haiz olduğu için işçilerine talimat verme hakkına sahiptir. İşverenin yönetim hakkı, sadece talimat verme yetkisini içermektedir. Zira işverenin iş görme borcunun alacaklısı olarak, işin yürütümü ve işçilerin belli şekilde davranma/davranmamasını talep edebilmesinde yararı vardır.

²⁰³ **Stamm**, 12; **Baycık**, Yenilik Doğuran Haklar, 104. Fransız hukukunda ise işverenin yönetim hakkının hukuki dayanağının “*işletme kurumu*” yaklaşımı olduğu kabul edilmektedir. Fransız hukukunda yönetim hakkı, yönetim yetkisi olarak nitelendirilmektedir. Bu yetki, işverenin menfaatlerinden ziyade işletme menfaati doğrultusunda kullanılmak için tanınmıştır. Bu yaklaşımda işletme, işveren yetkilerinin kaynağını ve sınırını oluşturmaktadır. İşverenin böyle bir yetkisinin olmasının nedeni işletme menfaatini yerine getirmesi gereğidir. İşveren yetkileri; yasama (kural koyma), yürütme (işletmenin ve işçilerin yönetimi) ve yargı (disiplin cezası verme) olarak kabul edilmektedir. Bu yaklaşıma göre, işverenin işletme menfaatini gözeterek verdiği talimatlara işçiler uymakla yükümlüdür. Zira işletme menfaati için verilen talimatlar işverenin yönetim yetkisi kapsamında kalmaktadır. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. **Altıntepe**, 35-41; **Baycık**, Yenilik Doğuran Haklar, 102, dn. 330; 110, dn. 365; **Doğan Yenisey**, İşyeri ve İşletme, 98.

²⁰⁴ **Wachter**, 496.

²⁰⁵ **Wachter**, 497-498.

İşverenin bu yararı hukuk düzeni tarafından da korunmaktadır. İşveren, vereceği talimatlarla kendi iş organizasyonunu düzenlemektedir. Dolayısıyla işveren, yönetim hakkını kullanıp kullanmamakta serbesttir. Yönetim hakkının tüm bu özellikleri, Türk hukuku açısından, yönetim hakkının “hak” (sübjektif hak) olarak düzenlendiğini göstermektedir.²⁰⁶ Hak kavramının özünde, yetki unsuru bulunmaktadır.²⁰⁷ Hak, hukukça korunan ve sahibine, isterse bu korumadan yararlanma yetkisi veren bir menfaattir.²⁰⁸ Türk hukukuna benzer şekilde Alman hukukunda da işverenin yönetim hakkı (*Direktionsrecht-Weisungsrecht*) olarak bir niteleme yapılırken; Fransız hukukunda işverenin yönetim yetkisi tabiri kullanılmaktadır.²⁰⁹

Haklar ise içerikleri bakımından; egemenlik hakkı, yenilik doğuran hak ve talep hakkı olarak üç ayrı başlık altında incelenmektedir. Biz de çalışmamızda yönetim hakkının hukuki niteliğinin saptanması bağlamında bu üç hakkı irdelleyeceğiz.

A. Egemenlik Hakkı

Egemenlik hakları, hak sahibine mallar veya kişiler üzerinden egemenlik sağlayan haklardır.²¹⁰ Egemenlik hakları herkese karşı ileri sürebilen ve dolayısıyla bütün üçüncü kişileri bir anlamda yükümlü kılan haklar olduğu için, *mutlak hak* olarak tasnif edilmektedir. Egemenlik hakları, kişilerin varlığı ve davranışları üzerinde hak sahibine hukuki bir hakimiyet veren haklardır.²¹¹ Ayni haklar ve fikri haklar egemenlik haklarıdır.

İşverenin, işçinin kişiliği üzerinde doğrudan bir güç kullanma hakkı mevcutsa, işverenin egemenlik hakkından söz edilmektedir.²¹² Ancak, günümüz iş hukuku anlayışında,

²⁰⁶ Böker, 55.

²⁰⁷ Güriz, Hukuk Başlangıcı, 49.

²⁰⁸ Eren, 44.

²⁰⁹ Fransız hukukundaki işverenin yönetim yetkisi konusunda bkz. Baycık, Yenilik Doğuran Haklar, 108-118; Doğan Yenisey, İşyeri ve İşletme, 98; Altıntepe, 44.

²¹⁰ Taşkent, Yönetim Hakkı, 39.

²¹¹ Eren, 46.

²¹² Böker, 55.

işverenin işçinin kişiliği üzerinde bir egemenlik hakkı bulunmamaktadır. Diğer bir deyişle, işveren, işçinin kişiliği üzerinde yönetim hakkını kullanamaz.

Öte yandan, mutlak haklar, herkese karşı ileri sürülebilen haklardır. Oysa, işverenin yönetim hakkı, sadece işçisine karşı kullanılabilmektedir. İşveren, işçilerin iş görme edimlerine ve işyerindeki davranışlarına yönelik talimat verme hakkına sahiptir.

Bu nedenlerle, işverenin yönetim hakkının hukuk niteliği, egemenlik hakkı olarak nitelendirilemez.

B. Talep Hakkı

İşçi ve işveren arasındaki hukuki ilişki, özü itibariyle, taraflar arasında kişisel bir ilişki kuran, sürekli bir borç ilişkisidir. İşveren, bu ilişkide iş görme borcunun alacaklısı sıfatını da haizdir. Bir borç ilişkisinin alacaklıya sağladığı en önemli yetki ise, borçludan alacağını talep etme yetkisidir. Bu yönüyle, alacak hakkının özü itibariyle bir talep hakkına dayandığı açıktır.²¹³ Alacak hakkı (talep hakkı), mutlak hakların tersine, herkese karşı değil, sadece borçluya karşı ileri sürülebildiği için *nispi haktır*.

Doktrindeki bir görüşe göre, yönetim hakkı, işverene işçiden bir şeyi yapma veya yapmamasını talep etme hakkı vermektedir. Dolayısıyla, işverenin böyle bir hakka sahip olması, yönetim hakkının bir *nevi* talep hakkı olduğu sonucunu doğurmaktadır. Ancak, doktrinde yönetim hakkının talep hakkına bir yönüyle benzediği; fakat aralarında ciddi farklar olduğu ve bu nedenle yönetim hakkının doğrudan talep hakkı olarak nitelendirilemeyeceği de isabetli bir biçimde belirtilmektedir. Nitekim, talep hakkının içeriği ve kapsamı örneğin, satım sözleşmesindeki ücret miktarının belirlenmesi gibi, hukuki ilişki kurulurken tespit edilmektedir.²¹⁴

²¹³ Alacak hakkı ile talep hakkı arasındaki farklılıklar için bkz. **Kılıçoğlu**, 26.

²¹⁴ **Böker**, 56-57.

Bir iş ilişkisinde ise, işveren yönetim hakkına dayanarak vereceği talimatlar aracılığıyla işçinin iş görme edimini somutlaştırmaktadır. Bu görüş uyarınca işverenin yönetim hakkı, talep hakkı benzeridir.²¹⁵

C. Yenilik Doğuran Hak

Yönetim hakkının hukuki niteliği konusunda en çok tartışılan konuların başında, yönetim hakkının yenilik doğuran hak olup olmadığı sorusu gelmektedir. Yenilik doğuran hak kavramı ilk defa Alman hukukçu *Emil Seckel* tarafından 1903 yılında kullanılmıştır. *Seckel*'in tanımlamasına göre, yenilik doğuran hak kavramı, somut hukuki ilişkilerin, tek taraflı hukuki işlem aracılığıyla düzenlenmesi yetkisi veren özel hukuka ilişkin sübjektif bir haktır.²¹⁶

Yenilik doğuran hak; tek taraflı hukuki işlemle bir başkasının hukuki durumunu, onun katılmasına gerek olmadan, değiştirme yetkisi veren haktır. Yenilik doğuran haklar, hak sahibinin diğer tarafa varması gerekli tek taraflı irade beyanıyla kullanılan; bir ilişkinin kurulması, değiştirilmesi ve sona erdirilmesini sağlayan, diğer bir deyişle hukuk alanında doğrudan değişiklikler meydana getiren haklardır.²¹⁷ Yenilik doğuran hakkın konusu bir hak veya hukuki ilişkidir. Yenilik doğuran haklar, hak sahibinin tek taraflı irade beyanıyla karşı tarafın kabulüne gerek olmaksızın kullanılmakta ve muhatabın hukuki alanında onun iradesine gerek olmadan değişiklikler meydana getirmektedir.²¹⁸ Yenilik doğuran haklar kural olarak şarta bağlanamazlar.²¹⁹

Alman ve Avusturya hukukunda yönetim hakkının yenilik doğuran hak niteliği taşıdığı, baskın görüş olarak kabul edilmektedir. İlk olarak, Alman hukukçu *Seckel*, yönetim

²¹⁵ **Böker**, 56-57.

²¹⁶ *Emil Seckel*'in tanımlamasını aktaran **Söllner**, 26.

²¹⁷ **Eren**, 58; **Kılıçoğlu**, 21 **Baycık**, Yenilik Doğuran Haklar, 45-46.

²¹⁸ **Baycık**, Yenilik Doğuran Haklar, 54.

²¹⁹ Yenilik doğuran hakların kural olarak şarta bağlı olarak kullanılamayacağı ilkesinin nedeni, muhatap aleyhine hukuki belirsizlik ortamının yaratılmasının önlenmesi düşüncesidir. Bu kuralın istisnası ise, iradi şarttır. Bu yönde bkz. **Baycık**, Yenilik Doğuran Haklar, 261, 264; **Eren**, 65.

hakkının yenilik doğuran hak (değiştirici yenilik doğuran hak) olduğunu iddia etmiştir.²²⁰ Bu görüşü savunanlara göre, işveren, yönetim hakkı aracılığıyla iş sözleşmesinde genel hatlarıyla belirlenmiş iş görme edimini tek taraflı irade beyanıyla oluşturmaktadır. Ayrıca, işveren, vereceği talimatlarla işçilerin işyerindeki davranışlarını düzenleme hakkına sahiptir. Yine bu görüşü savunanlara göre, sürekli bir borç ilişkisi olan iş ilişkisinde, işveren, vereceği talimatlar aracılığıyla işçinin iş görme edimini mevcut şartlara uyarlayabilmektedir. İlâveten, gerek BGB § 315/1 hükmü gerek bu düzenlemeyle benzer içeriğe sahip olan GewO § 106 hükmü, işverenin tek taraflı edimi belirleme hakkının var olduğu sonucunu doğurmakta ve bu durum da, işverenin yönetim hakkının yenilik doğuran hak olduğu neticesini meydana getirmektedir.

Tüm bu yönleriyle de işverenin yönetim hakkının “*değiştirici yenilik doğuran hak*” olduğu ileri sürülmektedir.²²¹ Ancak, yine doktrinde, yenilik doğuran hakların, kullanılmakla tükendiği, geri alınmasının mümkün olmadığı belirtilerek, söz konusu hakkının yenilik doğuran hak sınıfında yer alamayacağı isabetli olarak ifade edilmiştir. Nitekim, işverenin yönetim hakkı, iş ilişkisi süresince sürmekte, bir kez kullanılarak tükenmemekte ve işçilere verilen talimatlar geri alınabilmekte veya değiştirilebilmektedir.²²²

Bu eleştiriler üzerine doktrinde *Bötticher*, yenilik doğuran hakların kullanılarak tükenmesinin bir istisnası olarak “*ana yenilik doğuran hak*” (*Muttergestaltungsrecht*) kavramını ileri sürmüştür.²²³ Yazara göre, yenilik doğuran haklar bir kez kullanılmakla tükenmekte ve bu hak kullanıldıktan sonra geri alınamamaktadır. Ancak, ana yenilik doğuran haklar, taraflar arasındaki hukuki ilişki devam ettiği sürece, taraflardan birine

²²⁰ **Bötticher**, 6; **Söllner**, 27.

²²¹ **Bötticher**, 6; **BeckOK ArbR/Tillmanns** GewO § 106 Rn. 4; **ErfK/Preis** BGB § 611a Rn. 33; **BeckOK ArbR/Joussen** BGB § 611a Rn. 356; **Wiencke**, 31-33; **Söllner**, 26-27; **MHdB ArbR/Fischinger** § 11 Rn. 4; **Junker**, 112; **Hromadka/Maschmann**, 203; **Hunold**, NZA-RR, 2001, Rn. 337, 340. Anılan yazarlar dışında, Alman hukukunda yönetim hakkının yenilik doğuran hak olduğunu savunan diğer yazarlar için bkz. **Taşkent**, Yönetim Hakkı, 40, dn. 127, 128. Avusturya hukukundaki yaklaşım için bkz. **Wachter**, 498.

²²² Bkz. **Baycık**, Yenilik Doğuran Haklar, 107.

²²³ **Bötticher**, 6.

uyarlama/değiştirme hakkı vermektedir. Örneğın, ana yenilik doğuran bir hak niteliğinde olan yönetim hakkı, işverene, iş ilişkisi sürdüğü sürece ihtiyaca göre devamlı bir uyarlama/değiştirme hakkı sunmaktadır. Zira ortada sürekli bir borç ilişkisi bulunmaktadır. İşveren vereceğı talimatlar aracılığıyla iş görme borcunu BGB § 315'e göre tek taraflı olarak belirler; ancak işverenin verdiğı bu talimat bir kez kullanılmakla tükenir. Bununla birlikte, yönetim hakkı ana yenilik doğuran hak olduğı için işverene başka bir talimatla yeniden uyarlama yapma hakkı vermektedir.²²⁴

İşverenin yönetim hakkının hukuki niteliğinin, doktrinde de isabetli bir şekilde ifade edildiğı üzere, yenilik doğuran hak olmadığı görüşündeyiz.²²⁵ Öncelikle yenilik doğuran haklar, bir kez kullanılmakla tükenmektedir. Kullanılmış bir yenilik doğuran haktan dönmek veya bu hakkı değiştirmek mümkün değildir. Oysa, yönetim hakkına sahip bir işveren, işçiye verdiğı talimatı değiştirebileceğı gibi verdiğı talimattan dönebilir. Ayrıca, işverenin yönetim hakkı kullanılmakla tükenen bir hak da değildir.

Yenilik doğuran hakların kullanımına ilişkin bu özellikleri dışında, bu hakların karakteristik özellikleri açısından da yönetim hakkının yenilik doğuran hak olup olmadığı incelenmelidir.²²⁶ Yönetim hakkı, işverenin tek taraflı irade beyanıyla kullanılmaktadır. Ancak, işveren, yönetim hakkı aracılığıyla işçinin hukuk alanında tek taraflı bir işlemle değışiklik meydana getirmemektedir. Oysa, yenilik doğuran hakların en önemli özelliklerinin başında, hak sahibinin, muhatabın hukuk alanına müdahale etme imkanı vermesi ve muhatabın hukuk alanında değışiklik meydana getirebilmesi gelmektedir.²²⁷

Türk iş hukukunda, işverenin yönetim hakkının kaynağı iş sözleşmesidir. İşverenin yönetim hakkı, kaynaklar hiyerarşisinde en alt sırada yer almaktadır. Diğeri bir deyişle, işveren yönetim hakkını ancak, yasaların, sözleşmelerin yani tüm resmi ve özel iş hukuku

²²⁴ Böttcher, 6-7.

²²⁵ Baycık, Yenilik Doğuran Haklar, 182-183; Taşkent, Yönetim Hakkı, 40-41.

²²⁶ Baycık, Yenilik Doğuran Haklar, 107.

²²⁷ Baycık, Yenilik Doğuran Haklar, 107.

kaynaklarının ilgili konuyu düzenlenmediği bir alanda kullanabilir. Öyle ki, işverenin yönetim hakkı kaynaklar hiyerarşisinde yedek hukuk kurallarının da altındadır. Dolayısıyla, işveren yönetim hakkı aracılığıyla işçinin iş sözleşmesini esaslı bir biçimde değiştiremeyeceği gibi işçinin herhangi bir hakkını da bu şekilde farklılaştırılmaz.

Her ne kadar çalışmamızın ikinci bölümünde “işverenin yönetim hakkı ile iş sözleşmesinin değiştirilmesi ilişkisini” detaylı olarak inceleyecek olsak da²²⁸, bu başlık altında konuya dair görüşlerimizi, yönetim hakkının yenilik doğuran bir hak olmadığı düşüncesi kapsamında sınırlı bir biçimde aktarmaya çalışacağız.

Türk iş hukukunda iş sözleşmesinin değiştirilmesi, İş Kanununun 22. maddesinde düzenlenmektedir. İş Kanunu m. 22/1’e göre, işveren çalışma koşullarında esaslı bir değişiklik yapmak istiyorsa durumu işçiye yazılı olarak bildirmek zorundadır. Bu şekle uygun olarak yapılmayan ve işçi tarafından altı iş günü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler ise işçiye bağlamaz. İş Kanunu m. 22/2’ye göre ise taraflar aralarında anlaşarak çalışma koşullarını her zaman değiştirebilirler. Bu anlamda, işverenin yönetim hakkıyla iş sözleşmesinin değiştirilmesi arasındaki sınır belirlenmelidir.²²⁹

İşveren yönetim hakkı aracılığıyla işçinin iş görme edimini esas itibarıyla somutlaştırmaktadır. Ayrıca, işveren, yine yönetim hakkı aracılığıyla işçilere işyeri düzenine ilişkin talimatlar vermektedir. Yönetim hakkı, işverene, iş sözleşmesinde bir değişiklik yapma hakkı bahsetmez. İşveren, daha sonra ayrıntılı şekilde açıklayacağımız üzere, iş sözleşmesinde tek taraflı olarak esaslı bir değişiklik yapamayacağı gibi esaslı olmayan değişiklikleri de işçiyle anlaşarak yapmak zorundadır.²³⁰ Dolayısıyla, işveren, yönetim hakkı aracılığıyla iş sözleşmesinde bir değişiklik meydana getiremez. İşveren sadece yönetim hakkı kapsamında kalan konularda tek taraflı belirlemeler (yatay değişiklikler) yapabilir. İşveren yönetim

²²⁸ Bkz. § 4, E, 3.

²²⁹ **Civan**, Genel İş Koşulları, 88.

²³⁰ **Baycık**, Yenilik Doğuran Haklar, 160-161, 168-170; **Civan**, Genel İş Koşulları, 94-95; **Süzek**, Değişiklik Feshi, 10-11; **Alpagut**, İş Sözleşmesinde Esaslı Değişiklik, 54. Aksi görüşte **Alp**, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, 111-113.

hakkını dürüstlük kurallarına da uygun biçimde kullanmalıdır.²³¹ Tüm bu nedenlerden dolayı, Türk iş hukuku açısından işverenin yönetim hakkı, yenilik doğuran hak niteliği taşımamaktadır.²³²

Yönetim hakkının ana yenilik doğuran hak olduğu düşüncesi, Alman doktrininde de eleştirilmiş, bu hakkın yenilik doğuran hakkın özelliklerini taşımadığı isabetle vurgulanmıştır. Bu görüşü savunan yazarlar, yenilik doğuran hakların bir kez kullanılmakla tükendiğini, kullanılmış olan yenilik doğuran hakların ise geri alınamayacağını veya değiştirilemeyeceğini ileri sürmektedir. Dolayısıyla, işverenin yönetim hakkının bu özellikleri taşımadığını belirtmektedirler. Ayrıca, işverenin yönetim hakkıyla yeni veya farklı bir hukuki ilişki yaratmadığı da haklı olarak ifade edilmektedir.²³³

Hatta, doktrindeki bazı görüşlere göre, ana yenilik doğuran hak düşüncesinin zorlama bir kavram olduğu bu nedenle, işverenin yönetim hakkının “*davranış normlarını belirleme ve uygulatma yetkisi*” (*norm koyma-Normsetzung*) olarak tanımlanması gerektiği ileri sürülmüştür.²³⁴ Bu görüşe göre, eğer işveren çok sayıda işçiye talimat veriyorsa veya talimatlar uzun bir zamandan beri uygulanıyorsa burada bir normun varlığından söz edilmelidir. Ancak bu görüş de, davranış normlarının doğruluk güvencesini içermediği ve işverenle işçinin eşit statüde olmadığını dikkate almadığı için eleştirilmiştir.²³⁵

Doktrinde *Söllner*, işverenin yönetim hakkının bir norm koyma faaliyeti olmadığını savunmaktadır. Zira, işverenin genel bir talimat vermesiyle bireysel bir talimat vermesi arasında doğurdıkları etki açısından bir farklılık bulunmamaktadır. Dolayısıyla, işverenin

²³¹ **Alpagut**, 22. Maddenin Uygulama Alanı, 51.

²³² **Baycık**, Yenilik Doğuran Haklar, 182-183; **Taşkent**, Yönetim Hakkı, 40-41. Türk iş hukukunda, kısa çalışma uygulamasına geçme hakkı, zorunlu nedenlerle fazla çalışma yaptırma hakkı, sendika üyeliğinden çekilme hakkı, fesih hakkı, değişiklik kayıtları yenilik doğuran haklar arasındadır. Detaylı bilgi için bkz. **Baycık**, Yenilik Doğuran Haklar, 84-85, 243-244; 342-343. İsviçre hukukunda da işverenin yönetim hakkının yenilik doğuran hak niteliğinde olmadığı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **Baycık**, Yenilik Doğuran Haklar, 101; 137-143.

²³³ **Böker**, 56; **MüKoHGB/ Hoyningen-Huene** HGB § 59 Rn. 165. Ayrıca bkz. **Stamm**, 20. Yazara göre, inşai hak bir kez kullanılmakla tükenmektedir. Bu zorluğu aşmak için başka bir çözüm bulunmalıdır. Dolayısıyla burada, inşai hakla kastedilen yetkidir. Yönetim hakkı aslında bir yetkidir. Yetki ise kullanılmakla tükenmez.

²³⁴ **Brunhöber**, 30.

²³⁵ **Brunhöber**, 30.

işçilere işin görülmesine veya işyeri düzenine ilişkin talimat vermesi norm koyma olarak algılanmamalıdır; nitekim, bu durum sadece hukuki irade açıklamasıdır.²³⁶

§ 2. TALİMAT KAVRAMI

I. Genel Olarak Talimat Kavramı

Türk Borçlar Kanununun 399. maddesine göre, işveren, işin görülmesi ve işçilerin işyerindeki davranışlarıyla ilgili genel düzenlemeler yapabilir ve onlara özel talimatlar verebilir. Kanunun bu hükmünde, işverenin yönetim hakkına dayanarak işçilere genel düzenlemeler yapabileceği veya özel talimatlar verebileceği hüküm altına alınmıştır. İşveren, yönetim hakkına dayanarak vereceği talimatlar aracılığıyla işçinin iş görme borcunu somutlaştırmakta ve işçilerin işyerindeki davranışları ve işyeri düzenine ilişkin hususlarda belirlemeler yapmaktadır. Bu anlamda, işverenin yönetim hakkına dayanarak işçilere talimat vermesi tek taraflı, karşı tarafa varması gerekli bir irade açıklaması niteliğindedir.²³⁷

Ancak, gerek doktrinin bir bölümünde gerek Yargıtay kararlarında, işverenin düzenleme yapmasından ziyade, “*emir ve talimat vermesi*” ifadesi beraber kullanılmaktadır.²³⁸ Buna karşın, doktrinin diğer bir bölümü de sadece “*talimat verme*” ibaresini tercih etmektedir.²³⁹ Bu noktada akla gelebilecek ilk ve temel soru, emir ve talimatın birbirinden farklı kavramlar olup olmadığıdır.

²³⁶ Söllner, 31.

²³⁷ Wiencke, 34; Tettinger/Wank/Ennuschat/Wank GewO § 106 Rn.11; BeckOK ArbR/Tillmanns, GewO § 106 Rn. 54.

²³⁸ Ekonomi, 124-126; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 180-185; Güzel, Yetki ve Özgürlük, 98-100; Baycık, Yenilik Doğuran Haklar, 101; Doğan, Bağımlılık, 165-190. Yargıtay kararlarından bazı örnekleri için bkz. YHGK, 19.02.2019, E. 2017/10-2071, K. 2019/176; Y9HD, 04.12.2019, E. 2017/12970, K. 2019/21677; Y22HD, 21.5.2019, E. 2017/21677, K. 2019/21677, KİBB.

²³⁹ Esener, 159-160; Süzek, Yönetim Hakkı, 225-232; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 313-317; Engin, İşveren, 69-72; Dursun Ateş, 115-30; Yücel Bodur, Birlikte İşveren, 38-40; Aykaç, 240-241; Başbuğ, Yönetim Hakkı, 24-25; Yılmaz, 298-299; Senyen Kaplan, 161-163.

Türk Dil Kurumu Sözlüğü'nde, “emir” kelimesinin karşılığı olarak “talimat” kullanılmaktadır. Buna karşın, “talimat” sözcüğünün karşılığı olarak “yönerge” kelimesi gösterilmekte ancak emir kelimesine atıf bulunmamaktadır.²⁴⁰

Misalli Büyük Türkçe Sözlük'te ise talimat; “uyulması gereken hususları bildirmek üzere bir üst makamdan asta verilen resmi emir” olarak tanımlanmaktadır. Yine bu sözlükte talimat vermek; “Yapılması gereken şeyler hakkında emir vermek” olarak açıklanmaktadır.²⁴¹

Yılmaz'ın, Hukuk Sözlüğü'nde ise “talimat”, “yönerge; direktif; emir, buyruk” olarak tanımlanmaktadır. “talimat vermek” ise, “Bir hususta direktif verilmesi; bir konuda nasıl davranılacağı emri” olarak ifade edilmektedir.²⁴²

Türk hukukunda, mevzuatı incelediğimizde, emir ve talimatın beraber mi ayrı ayrı mı kullanılması gerektiği konusunda bir netlik bulunmamaktadır. Emir ve talimat, bazı yasalarda birlikte kullanılırken bazılarında ya sadece emir ya da sadece talimat kavramının tercih edildiği görülmektedir. Örneğin, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m. 138/2'ye göre “Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hakimlere emir ve talimat veremez, genelge gönderemez; tavsiye ve telkinde bulunamaz.”

657 sayılı Devlet Memurları Kanununda ise emir kavramı tercih edilmektedir. Kanunun 10. maddesinin 3. fıkrasına göre “Amir, maiyetindeki memurlara kanunlara ve Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine aykırı emir veremez.”²⁴³

Mevzuatımızda tespit edebildiğimiz kadarıyla emrin tanımlandığı tek Kanun, 211 sayılı Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunudur. Kanunun 8. maddesi uyarınca emir, “Hizmete ait bir talep veya yasağın sözle, yazıyla ve sair surette ifadesidir.” Kanunda ayrıca

²⁴⁰ Türk Dil Kurumu Sözlüğü için bkz. <https://sozluk.gov.tr>.

²⁴¹ Misalli Büyük Türkçe Sözlük, C. 3, 3055.

²⁴² Yılmaz, Hukuk Sözlüğü, 664.

²⁴³ Örneğin, Gözler'in, İdare Hukuku kitabında bu konuyu anlatırken “emir ve talimat verme” ifadesini bir arada kullanmaktadır: “İdare Hukukunda kamu görevlileri üzerindeki hiyerarşi yetkilerinden biri de emir ve talimat verme yetkisidir.” Gözler, İdare Hukuku, 253.

talimat tanımlanmamış; fakat emir ve alimat kavramları aynı anlama gelecek şekilde kullanılmıştır.

Türk Ceza Kanununda emir ve talimat kavramları farklı yerlerde ayrı ayrı kullanılmaktadır. Örneğin, Kanunun 24. maddesinin 3. fıkrasına göre “*Konusu suç teşkil eden emir hiçbir surette yerine getirilemez. Aksi takdirde yerine getiren ile emri veren sorumlu olur.*” Aynı Kanunun 298. maddesinde ise “*...salıverilenlerin kurum dışına çıkmalarını her ne suretle olursa olsun engelleyenler, hükümlü ve tutukluları bu fillere teşvik edenler, bu yolda talimat verenler...*” denilmektedir.

Türk Ticaret Kanununda da benzer şekilde, talimat, emir kavramıyla birarada veya ayrı ayrı kullanılmaktadır. Örneğin, Türk Ticaret Kanunu (TTK) m. 110/2’de “*Acente, müvekkilinin açık talimatı olmayan konularda, emir alıncaya kadar işlemi geciktirebilir. Ancak, işin acele nitelik taşıması nedeniyle durum müvekkilinden talimat almaya müsait olmazsa...*” ifadesi yer almaktadır. Türk Ticaret Kanununun bu hükmünde emir ve talimat birbirlerinin yerine geçecek şekilde yani aynı anlamda kullanılmaktadır. Bunun yanı sıra, TTK m. 868/1’de emir ve talimatın birlikte kullanıldığı görülmektedir. Şöyle ki; “*Gönderen taşıyıcıya, taşımanın yapılması için emir ve talimat verebileceği gibi ...*” Öte yandan, TTK m. 1089/3’te kanun koyucu sadece emir kelimesini tercih etmiştir: “*Durumu bilerek kaptana emir vermiş olan donatan da sorumludur.*”

Türk Medeni Kanununun çeşitli maddelerinde ise sadece talimat ifadesi geçmektedir. Örneğin, TMK m. 459’a göre “*Belli bir iş için görevlendirilmiş olan kayyım, veraset makamının talimatına aynen uymak zorundadır.*”

Türk Borçlar Kanununda da emir ve talimat kelimeleri ayrı ayrı kullanılmaktadır. Örneğin, TBK m. 516’da “*... Ancak, kredi emri yazılı olmadıkça emir veren sorumlu olmaz.*” ifadesi yer almaktadır. TBK m. 66’ya göre ise “*Adam çalıştıran, çalışanını seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken...*” TBK m. 450’de “*Pazarlamacı,*

talimata uymamasını zorunlu kılan haklı bir sebep olmadıkça...” denilmektedir. TBK m. 464’de de *“İşçi işi görürken, kendisine teslim edilen malzemenin ..., onun talimatını bekler.”* denilmektedir. Keza, TBK m. 399’da işverenin düzenleme yapma ve talimat vermesinden söz edilmektedir.

İş Kanununun 7. maddesinde, *“Geçici işçi çalıştıran işveren işin gereği ve geçici işçi sağlama sözleşmesine uygun olarak geçici işçisine talimat verme yetkisine sahiptir.”* denilmektedir.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununda da talimat kelimesi kanun koyucu tarafından tercih edilmiştir. Örneğin, Kanunun 19. maddesinde *“Çalışanların, işveren tarafından verilen eğitim ve talimatlar doğrultusunda yükümlülükleri ...”* ifadeleri yer almaktadır. Yine kanunun 12. maddesine göre *“İşveren ... önceden gerekli düzenlemeleri yapar ve çalışanlara gerekli talimatları verir.”*

Mevzuatımızdaki çeşitli örneklerle de açıklamaya çalıştığımız üzere, emir ve talimatın birlikte mi yoksa ayrı ayrı mı kullanılması gerektiği yönünde bir açıklık bulunmamaktadır. Ayrıca, emir ve talimat farklı anlamlara geliyorsa, aradaki nüansın ne olduğu da hiçbir yasal düzenlemede belirtilmemiştir. Buna karşın, doktrinde *Ekonomi*, emir ve talimat kavramları arasındaki farkı şu şekilde açıklamaktadır: *“Talimatlar ve emirler, işverene ait hakkın uygulanmasını sağlayan bir ayırım olarak düşünülmelidir. Gerçekten talimatların bir kısmı, işyerinde çalışan tüm işçiler veya belirli bir bölüm veya gruba giren işçileri kapsamak üzere genel nitelikte verilebilirler, bunlar genel talimatlardır. Fakat işveren bir veya birden çok işçiye kişisel olarak da talimatlar verebilir (bireysel talimatlar) ki, bunlar emirler sözcüğü ile belirtilmektedir.”*²⁴⁴

²⁴⁴ *Ekonomi*, 33.

Başbuğ da benzer şekilde şu ifadeleri kullanmaktadır²⁴⁵: “*İşçilerin tamamı veya bir kısmına yönelik ise talimat; ismen belli işçiye yönelik ise, emir söz konusudur.*”²⁴⁶ Ancak, bu tanım-ayrım denemesinin hangi yasal düzenlemeye/gerekçeye dayandığı bizce açık değildir.

Kaldı ki, bu terminolojik ayrımın, genel olarak pozitif hukukumuzda kullanılan “*emir*” ve “*talimat*” kavramlarının içerikleriyle bağdaşırılığı da kuşkuludur. Örneğin, 5442 sayılı İl İdaresi Kanununun²⁴⁷, valinin “*genel emirler*” çıkarma ve ilan etme yetkisini düzenleyen m.9/1-Ç hükmünde kullanılan “*emir*” teriminin, -hükmün lafzından da anlaşıldığı üzere- “*bireysel/özel*” değil, “*genel*” nitelik taşıdığı açıktır.

Öte yandan, TBK’nın 399. maddesinde, işverenin işçilere “*özel talimatlar*” verebileceği belirtilmiş olduğundan; “*talimat*”ın, “*bireysel/özel*” nitelik taşıyabileceği de kanun koyucu tarafından ortaya konulmuş bulunmaktadır. Bu durumda, işverenin “*genel*” nitelikteki buyruklarını “*talimat*”, “*bireysel/özel*” nitelikteki buyruklarını ise “*emir*” olarak nitelendirmek suretiyle yapılan kavramsal ayrım, pozitif hukukumuzda uygun düşmemektedir. Nitekim, anılan yazarlarca öne sürülen ayrımın aksine; kanun koyucu, belli bir işçiye yönelik verilen “*talimat*”ı, açıkça “*emir*” olarak nitelendiren bir terim kullanmamıştır.

Gerçekten de, işverenin genel bir talimat vermesiyle özel bir talimat vermesi arasında hukuken bir fark bulunmamaktadır. Zira doktrinde de isabetli bir şekilde işaret edildiği gibi, işverenin somut bir hukuki ilişki ya da çok sayıda hukuki ilişkinin taraflarına yönelteceği talimatlar (genel ve bireysel talimatlar) arasında bir fark bulunmamaktadır.²⁴⁸

²⁴⁵ *Başbuğ*’un “*İşverenin Yönetim Hakkı ve Çalışma Şartlarında Değişiklik*” kitabının Türk Borçlar Kanununun yürürlüğe girmesinden önceki dönemde (2008) yayınlandığı bilgisini de vermeliyiz. Doktrinde, emir ve talimat kavramlarının farklı hususları açıklamak için kullanıldığını ifade eden bir başka görüşe göre de, emir ifadesi kamu hukuku sükreleri için getirilmiş bir kavramı çağırıştırır. Bu anlamda emir verme hakkı, üstün tarafça verilen talimatın zorla yerine getirilmesini gerektirmektedir. Zira emir kavramı içinde zorla bir şeyi yaptıрма; aksi durumda cezalandırılmayı içermektedir. İşverenin verdiği talimatlar açısından ise böyle bir zorla yerine getirme-cezalandırma vs. gibi imkanlar söz konusu değildir. Bu görüş için bkz. **Altıntepe**, 72-73.

²⁴⁶ **Başbuğ**, Yönetim Hakkı, 25, dn. 33.

²⁴⁷ RG, 18.06.1949, 7236.

²⁴⁸ *Rudolf Bruns*’ın görüşlerini aktaran **Söllner**, 32.

Dil bilgisel açıdan pozitif hukuk düzenlemeleri incelendiğinde, emir ve talimatın birbirlerinin yerine geçer bir mahiyet taşıdığı söylenebilecektir. Emir ve talimatın birlikte kullanılmasının altında, kanımızca anlamı pekiştirme/güçlendirme düşüncesi yatmaktadır. Bununla birlikte, biz çalışmamızda Türk Borçlar Kanununun ve iş hukuku mevzuatının (İş Kanunu, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu) benimsediği terminoloji olan *talimat* kavramını kullanmayı uygun buluyoruz.

O halde, talimat, en genel anlamıyla, bir başkasının fiilini sevk ve idare etmek amacıyla tek yanlı olarak verilen buyruklardır. Eğer taraflar arasında hukuken bir denklik var ve buna rağmen taraflardan biri diğerinin edimini tek yanlı olarak belirliyorsa, talimat ilişkisinden söz edilemez. Benzer şekilde, belirli bir edimin yerine getirilmesi yükümlülüğü sözleşmeyle belirleniyorsa burada da talimatın varlığından yine söz edilemez.²⁴⁹

II. Talimat Verme Yetkisine Sahip Kişiler

A. İşveren

İşveren, işçiye talimat vermeye yetkili kişidir. Nitekim işveren, yönetim hakkını işçiye verdiği talimatlar aracılığıyla kullanır.²⁵⁰ Ancak, ekonomik ve teknolojik gelişmelerin iş hukukunu büyük ölçüde etkilediği ve bunun sonucunda yeni organizasyon yapıları ile istihdam modellerinin ortaya çıktığı günümüzde işverenin kim olduğunu belirlemek her durumda kolay değildir. Zira, taraflarını sadece işçi ve işverenin oluşturduğu klasik iş ilişkilerinden farklı olarak, işçinin karşısında birden fazla işveren olabileceği gibi işveren talimat verme yetkisini başka bir kişiye de devretmiş olabilir. Bu noktada işveren kavramı üzerinde durulması konumuz açısından önem taşımaktadır.

²⁴⁹ Böker, 11-12.

²⁵⁰ Taşkent, Yönetim Hakkı, 59.

İş hukuku temel olarak işçi kavramı etrafında şekillenmektedir.²⁵¹ Öyle ki, işveren tanımlanırken işçi kavramından hareket edilmektedir. İşveren, en genel ifadesiyle işçi çalıştıran kimsedir.²⁵² Bununla beraber, Türk İş Hukuku mevzuatında işveren kavramı çeşitli şekillerde tanımlanmıştır. İş Kanununun 2. maddesinin 1. fıkrasına göre, “*Bir iş sözleşmesine dayanarak çalışan gerçek kişiye işçi, işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişiye yahut tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlara işveren... denir.*”

854 sayılı Deniz İş Kanunu ise İş Kanunundaki işçi kavramı etrafında şekillenen işveren kavramından farklı olarak işvereni, “*Gemi sahibine veya kendisinin olmayan bir gemiyi kendi adına ve hesabına işleten kimse*” olarak tanımlamaktadır (m. 2/I-A). Anılan düzenleme, işverenin belirlenmesinde önemli bir hususa da dikkat çekmektedir. Buna göre, işveren sıfatını haiz olabilmek için işyerinin maliki olmak zorunlu değildir. Önemli olan işyerinde veya işletmede kendi adına ve hesabına işçi çalıştırmaktır.²⁵³ Bunun gibi, işverenin mutlaka iş sahibi olması da gerekmez. İşverenin iflası halinde iflas masası, ölümü halinde vasiyeti tenfiz memuru işveren olarak nitelendirilir.²⁵⁴

²⁵¹ Junker, 65.

²⁵² Atabek, 18; Saymen, 453; Çenberci, 120-121; Esener, 69; Ekonomi, 50; Tunçomağ, 110; Süzek, 142; Engin, 31-32; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 100-101; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, (2014), 193; Taşkent, Yönetim Hakkı, 60. Yazar, işçi ile işveren arasında kavramsal olarak bir hiyerarşi söz konusu olmadığından birini ötekine dayanarak saptamaya çalışmanın yerinde olmadığını belirtmektedir. İşveren tanımı için ayrıca bkz. Hromadka/Maschmann, 65-66; Zöllner/Loritz, 54; Maties, 8; Junker, 65; Däubler, 133; MüKo/Radtke StGB § 266a, Rn. 12; ErfK/Koch ArbGG § 2 Rn. 11; Bayreuther/Deinert, Rn.129-130; ErfK/Preis BGB § 611a Rn. 183. Alman Federal İş Mahkemesi (BAG) ve Eyalet İş Mahkemeleri (LAG) de işvereni işçi kavramından yola çıkarak tanımlamakta ve işvereni işçi çalıştıran kişi olarak nitelemektedir. Bu yönde bkz. BAG, 1.8.2017-9 AZB 45/17, 1144; BAG, 15.3.2011-10 AZB/49/10, 654; LAG Berlin-Brandenburg, 8.5.2017, 20 Ta 453/17; LAG Baden-Württemberg, 29.7.2014-13 Ta 20/14, 562, (www.beck-online.beck.de).

²⁵³ Engin, 33; Süzek, 142; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, (2014), 193; Sevimli, Kaptan, 27. Yargıtayın bir kararına göre, “...mücerret malik oluş, işveren niteliğini kazandıran bir unsur olarak düşünülemez.”, Y9HD, 10.11.1967, 8386/10365, Çenberci, 122. Doktrinde Atabek’e göre ise, “Müessesede dahilinde herkesin fevkinde emir ve kumanda kimde ise, o şahıs, kanun mucibince ister malik olsun, ister olmasın, işveren telakki edilir.” Atabek, 18.

²⁵⁴ Saymen, 454; Esener, 72; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, (2014), 195.

5953 sayılı Basın İş Kanununda bir işveren tanımı yer almamakla birlikte, Kanunun 1. ve 3. maddelerinden hareketle, bu Kanunun kapsamına giren bir işyerini işletmekte olup işçi çalıştıran gerçek veya tüzel kişi, işveren olarak tanımlanabilir.²⁵⁵

6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun 2. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, “Bu kanunun uygulanması bakımından işçi, işveren ve işyeri kavramları 22/05/2003 tarihli ve 4857 sayılı İş Kanununda tanımlandığı gibidir.” Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu, işvereni, İş Kanununa atıf yaparak, paralel şekilde tanımlamıştır. Bunun yanı sıra Kanun, işletmenin bütününe yöneten işveren vekillerini de bu Kanunun uygulanması bakımından işveren olarak kabul etmiştir (m. 2/1-e, 2/2).

6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun 3. maddesinin 1. fıkrasının (ğ) bendinde de işveren tanımı yapılmıştır. Buna göre “Çalışan istihdam eden gerçek veya tüzel kişi yahut tüzel kişiliği olmayan kamu kurum ve kuruluşlarıdır.”

Yukarıda belirtilen hukuki tanımlardan da görüleceği üzere, işverenin, işçi kavramından farklı olarak, gerçek kişi ya da tüzel kişi olması mümkündür. Bu açıdan bir özel hukuk tüzel kişisi (şirket, vakıf, sendika, kooperatif, vb.) yahut kamu hukuku tüzel kişisi (belediye, üniversite gibi) işçi çalıştırdığı takdirde işveren olabilir. Aynı şekilde, tüzel kişiliği olmayan kurum ve kuruluşlar da (bakanlıklar, adi şirketler gibi) işçi çalıştırmaları koşuluyla işveren sayılırlar.

1. Soyut İşveren-Somut İşveren

İşveren, kural olarak hem işin görülmesini isteme hakkına hem de en üst düzeyde talimat verme yetkisine sahip kişidir.²⁵⁶ Nitekim, sözleşmenin taraflarından biri olan işçi

²⁵⁵ Bu yönde detaylı bilgi için bkz. Şuğle, 28 vd. Uygur, 241; Engin, 34

²⁵⁶ Taşkent, Yönetim Hakkı, 60-61; Engin, 116; Tunçomağ, 110; Ekonomi, 50; Stamm, 39. Benzer yönde bir mahkeme kararı için bkz. “İşveren bir iş sözleşmesine dayanarak işçi çalıştıran kimsedir... İşveren işçinin iş görme borcu üzerinde tasarruf yetkisine sahip olan ve işgücünden yararlanan kişidir.” BAG, 27.9.2012-2 AZR 838/11, 1692, (www.beck-online.beck.de).

kişisel bağımlılık altında olduğu işverenin talimatlarını yerine getirmektedir. İşveren yönetim hakkını işçiye verdiği talimatlar aracılığıyla kullanmaktadır.

Bununla birlikte, bazı durumlarda işin görülmesini talep etme ve talimat verme yetkisi farklı kişilerde toplanabilir. Örneğin, işletme sahibinin yaş küçüklüğü nedeniyle hukuki işlem ehliyetinin olmaması halinde işletme sahibi küçük, iş görme ediminin alacaklısı sıfatına sahip iken yönetim hakkı ve dolayısıyla talimat verme yetkisi yasal temsilcisine ait olacaktır. Benzer bir durum, iflas halinde de söz konusu olur. İflas durumunda müflis iş görme ediminin alacaklısı; iflas masası ise talimat verme yetkisinin sahibidir.²⁵⁷ Yine, mirasçılar iş görme edimini talep etme hakkını sahip olsalar da yönetim hakkı, vasiyeti yerine getirme görevlisi tarafından kullanılacaktır.

Sunulan örneklerde görüleceği üzere, işverenin sahip olduğu nitelikler ve yetkiler (işin görülmesini talep etme hakkı ve en üst düzeyde talimat verme yetkisi) farklı kişilerde bulunmaktadır. İşte böyle durumların söz konusu olduğu hallerde, soyut işveren-somut işveren ayrımına gidilmektedir.²⁵⁸ İşin görülmesini talep etme hakkına sahip olan -küçük, müflis veya mirasçılar-kişiler soyut işveren; en üst düzeyde talimat verme yetkisine olan kişiler -yasal temsilci, iflas masası, vasiyeti yerine getirme görevlisi- somut işveren niteliğini taşır.²⁵⁹ Ayrıca aşağıda detaylı olarak ele alınacağı üzere, tüzel kişi işverenlerde, tüzel kişinin kendisi soyut; organı ise somut işveren sıfatını haizdir.

Soyut işveren-somut işveren ayrımının temelinin, talimat verme yetkisinin, sözleşmenin tarafı olan işverende olmaması oluşturmaktadır. Bu noktada belirtmek gerekir ki, hukuken

²⁵⁷ Alman Hukukundaki benzer düzenleme için bkz. §80 Abs.1 InsO. Ayrıca bkz. Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin bir kararına göre, “Böylece, işçinin alacağının tahsili amacıyla iş mahkemesinde açılan davadan sonra işverenin iflasına karar verilmesi mahkemenin görevini etkilemez ise de, işveren müflisin yerine geçecek olanı etkiler. Somut olayda davalı şirketin dava devam ederken iflasına karar verilmesi üzerine davanın iflas idaresine karşı görülmeye devam edilmesi ve kayıt kabul davası olarak sonuçlandırılmasında isabetsizlik olmasa da kayıt kabul davaları maktu harç ve maktu vekalet ücretine tabi olduğundan...” Y9HD, 25.04.2019, E. 2016/12267, K. 2019/9548, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2019/4, 2803-2805.

²⁵⁸ Stamm, 39.

²⁵⁹ Atabek, 18; Ekonomi, 50-51; Çenberci, 122; Süzek, İşveren, 18; Engin, 118-120; Kaplan, 35; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 101.

işveren sıfatına sahip olan kişi soyut işverendir. Somut işveren, gerçek işveren konumundaki soyut işverene ait bir yetki olan talimat verme yetkisini kullanmaktadır. Bu açıdan doktrinde, somut işverenin, işveren olarak sayılmasının nedeninin sosyolojik bir bakış açısına dayandığı ileri sürülmektedir.²⁶⁰

Bir başka görüşe göre ise, soyut işveren-somut işveren ayrımı terk edilmelidir.²⁶¹ Bu görüşe göre, böyle bir ayrım nesnel olarak gerekli olmadığı gibi işverenin belirlenmesinde karışıklıklara yol açacak niteliktedir. Şöyle ki, örneğin, bir anonim şirkette talimat verme yetkisi kendisine devredilen yönetim kurulu üyesi/üyeleri somut işveren niteliği taşırlar. Yönetim hakkı kendisine devredilen bu yönetim kurulu üyesi/üyelerinin daha sonraki bir tarihte değişmesi ise işveren değişikliğinin hukuki sonuçlarına meydan vermeyen bir “*işveren değişikliğini*” gündeme getirmektedir.²⁶²

Yine bu görüşe göre, somut işveren kavramı da gerekli değildir. Zira, tüzel kişinin iradesi organları tarafından açıklanır. Organlar, hukuki işlemleri ve diğer filleriyle tüzel kişileri borç altına sokarlar. Organlar, işveren sıfatına sahip olmadan, sadece *işveren fonksiyonunu*²⁶³ yerine getirmektedirler. İşveren, tüzel kişinin kendisidir. Dolayısıyla, böyle bir ayrımın hukuken anlamı bulunmamaktadır.²⁶⁴ Buna karşın, doktrindeki bir başka görüşe göre, soyut işveren ve somut işverenlerin tamamının işveren olarak kabul edilmesi gerekmektedir.²⁶⁵

2. Tüzel Kişilerde ve Ticaret Şirketlerinde İşveren Niteliği

Tüzel kişiler, kuruldukları andan itibaren kişilik kazanır ve hak ehliyetine sahip olur. Hak ehliyetine sahip olan tüzel kişiler hak edinebilir ve borç altına girebilir. Nitekim Medeni

²⁶⁰ Engin, 117.

²⁶¹ MüKoHGB/ Hoyningen-Huene HGB § 59 Rn. 12

²⁶² MüKoHGB/ Hoyningen-Huene HGB § 59 Rn. 12.

²⁶³ Stamm, 39.

²⁶⁴ MüKoHGB/ Hoyningen-Huene HGB § 59 Rn. 12; Zöllner/Loritz, 54.

²⁶⁵ Süzek, 143; Ekonomi, 51.

Kanunun 48. maddesine göre, tüzel kişiler cins, yaş, hısımlık gibi insana özgü niteliklere bağlı olanlar dışında borç ve hak ehliyetine sahiptirler. Diğer bir deyişle, tüzel kişiler, kural olarak sadece gerçek kişilere özgülenen özellikler dışında, tüm haklara sahip olma ve borçları üstlenme açısından gerçek kişilerle eşit seviyededirler.²⁶⁶

Tüzel kişiler, kanunlara uygun kurulduğu anda hak ehliyetine sahip olurken, fiil ehliyetini, yasalarca zorunlu olduğu belirtilen organlara sahip olduklarında kazanırlar. Medeni Kanunun 49. maddesine göre de, “*Tüzel kişiler, kanuna ve kuruluş belgelerine göre gerekli organlara sahip olmakla, fiil ehliyetini kazanırlar.*”

Tüzel kişinin hak süjesi olarak üçüncü kişilerle ilişki kurabilmesi ve irade açıklayabilmesi için organlara sahip olması gereklidir²⁶⁷ (TMK m. 50/1). Tüzel kişinin organı, onun bir parçasıdır ve tüzel kişiden ayrı bir varlık değildir.²⁶⁸ Bu anlamda, organ ile teknik anlamdaki temsilci kavramı birbirinden farklıdır.²⁶⁹ Organ, tüzel kişi adına hareket etmez. Tüzel kişinin organı tüzel kişiliğin temsilcisi değil, bizzat kendisidir. Tüzel kişinin organının tüzel kişiyi temsil etmesi, tüzel kişiyle organı arasında borçlar hukuku anlamında teknik bir temsil ilişkisi olduğu sonucunu doğurmaz. Temsilci kendi iradesini açıklar; ancak yapılan işlem temsil olunanı bağlar. Temsil olunan temsil yetkisini temsilciden her zaman geri alabilir.²⁷⁰

²⁶⁶ Dural/Öğüz, 241; Öztan, 15.

²⁶⁷ Öztan, 17.

²⁶⁸ Öztan, 7-9; Tuncay, İşveren Vekili, 184; Engin, 138; Yılmaz, İşveren Vekili, 165; Çamoğlu, 34; Aydemir, Kavramlar, 15. Ayrıca Yargıtayın bir kararı için bkz. “*Tüzel kişinin, fonksiyonlarını, kanuna veya tüzel kişinin ana sözleşmesine göre, bağımsız olarak yerine getirmek üzere seçilen veya atanan ya da kendisine bu fonksiyonları bağımsız olarak yerine getirmek üzere fiilen ve dışarıdan belli olacak şekilde yetki verilen kişi ya da kişi gruplarına organ adı verilir. Organlar, hükmi şahsın iradesini açıklarlar, tüzel kişiyi içeride yönetir, dışa karşı da temsil ederler. Tüzel kişinin organından söz edebilmek için onun mutlaka tüzel kişinin irade ve karar organı olması zorunlu değildir. Onun içindir ki, genel kurul, yönetim kurulu yanında çeşitli yöneticiler tüzel kişinin organı olarak değerlendirilebilir. Bu kapsamda, genel olarak dış ilişkilerde, bazı kimselerin tüzel kişinin hukuki muamelelerine katılması öngörülmüşse, bu kimseler de tüzel kişinin organı sayılırlar.*” YHGK, 22.09.2004, E. 2004/21-406, K. 2004/434, KİBB.

²⁶⁹ Öztan, 88-89.

²⁷⁰ Dural/Öğüz, 251; Öztan, 107-108.

Ancak, organın açıkladığı irade tüzel kişinin kendi iradesidir. Öyle ki, organlar, hukuki işlemleri ve diğer bütün filleriyle tüzel kişiyi borç altına sokarlar (TMK m. 50/2). Organın yaptığı işlemler tüzel kişinin kendi fiili olarak kabul edilir ve hukuka aykırı işlem ve eylemlerden tüzel kişi sorumlu olur.²⁷¹

Organ, yardımcı kişi olarak da kabul edilmez.²⁷² Zira, organ ve yardımcı kişi kavramları birbirlerini bertaraf eder niteliktedir. Bir kimseye organ sıfatının verilmesi, aynı kişinin yardımcı kişi olarak nitelendirilmesini engeller.²⁷³ Organlar, tüzel kişilerin müstahdemleri olmadığı gibi ifa yardımcısı da değildirler. Organ, tüzel kişinin kendisidir, bir başkasına ait işi gören kişi değildir.²⁷⁴

Organ kavramı için kesin ve net bir tanım vermek güçtür. Ancak medeni hukuk ve ticaret hukuku doktrini ve yargı kararlarında organ çok geniş biçimde tanımlanmaktadır. Organı kanun, ortaklık sözleşmesi, varsa tüzük veya bunlara dayanılarak çıkartılan iç yönetmelikler aracılığıyla belirleyen şekli görüş, organ kavramını çok dar bir biçimde ele aldığı için ciddi eleştirilere uğramış ve günümüzde terk edilmiştir.²⁷⁵ Bunun yanı sıra, organların tüzel kişinin iç iradesinin oluşumunda rolünün bulunması veya hukuki işlemlerde tüzel kişinin temsil yetkisinin bulunması gerektiği hususları da aşılmıştır.²⁷⁶

Modern görüşlere göre ise, kanun, ana sözleşme, tüzük ya da iç yönetmeliklerde organ olarak gösterilme şartı aranmadığı gibi temsil yetkisi zorunluluğu da bulunmamaktadır. O halde, tüzel kişinin iradesinin oluşumunda rolü olmayan, tüzel kişiyi dış ilişkilerde temsil etmeyen kişiler de tüzel kişiye ait görevleri, kendi görev sahası içinde bağımsız bir şekilde

²⁷¹ Öztan, 107, 113-114.

²⁷² Öztan, 93; Engin, 138.

²⁷³ Öztan, 93; Eren, 581.

²⁷⁴ Kılıçoğlu, 330, 657; Öztan, 119-120.

²⁷⁵ Tüzel kişinin organını belirlemede şekli kıstası yetersiz bulan görüş ve eleştiriler için bkz. Öztan, 31-38, 81. Ayrıca bkz. Çamoğlu, 34; Helvacı, 3-4; Doğan Yenisey, Yönetim Kurulu Üyeliği, 316.

²⁷⁶ Çamoğlu, 34.

yerine getiriyorsa organ olarak nitelendirilebilecektir. Örneğin, ticari mümessil ve ticari vekiller de organ olarak ifade edilebilecektir.²⁷⁷

Organ kavramının medeni hukuk ve ticaret hukukunda bu denli geniş yorumlanmasının nedeni, tüzel kişilerle ilişkiye giren üçüncü kişileri olabildiğince koruma düşüncesidir.²⁷⁸ Ancak, iş hukukunun doğası ve yöneldiği amaç, organ kavramının diğer hukuk dallarındaki kadar geniş yorumlamaya izin vermez. İş hukuku kendine özgü niteliği gereği bağımlılık ilişkisi altında çalışan herkesi mümkün olan en geniş ölçüde kendi kapsamına almayı hedeflemektedir.²⁷⁹

Dolayısıyla, organ kavramı, iş hukuku açısından ele alınıp incelenmelidir. Aksi durumda, iş sözleşmesine dayanarak çalışan müdür yardımcısı, bölüm şefi gibi kimseler organ olarak kabul edilerek işçi niteliğine bağlanan pek çok haktan yoksun kalacaklardır. O halde, iş hukuku açısından organ kavramının en dar anlamıyla ele alınması ve tüzel kişinin yasa veya esas sözleşme uyarınca organ adı altında görev yapan kişilerle sınırlı olduğunun anlaşılması gerekir.²⁸⁰

Organ niteliğinin belirlenmesi, işveren-işveren vekili ayrımında da oldukça önem taşımaktadır. Organ, işveren vekilinden farklıdır. Diğer bir deyişle, tüzel kişilerin organları onların işveren vekili değildir. Organ, tüzel kişi adına hareket etmez. Aksine, organ tüzel kişinin bir parçasıdır ve organın yaptığı eylem ve işlemler tüzel kişinin kendi iradesi olarak kabul edilir.²⁸¹

Tüzel kişiler, sadece gerçek kişilerin taraf olabileceği hukuki işlemleri yapamazlar.²⁸² Buna karşın, tüzel kişiler, bir iş sözleşmesinin tarafı olarak işçi çalıştırdıkları takdirde işveren niteliğini kazanır ve işin görülmesini talep etme hakkına sahip olurlar. Ancak, tüzel kişilerde

²⁷⁷ Öztan, 81-82; Helvacı, 4; Engin, 144.

²⁷⁸ Çamoğlu, 34-35; Öztan, 81-82; Helvacı, 4; Engin, 144; Doğan Yenisey, Yönetim Kurulu Üyeliği, 316.

²⁷⁹ Doğan Yenisey, Yönetim Kurulu Üyeliği, 316; Engin, 144.

²⁸⁰ Doğan Yenisey, Yönetim Kurulu Üyeliği, 316; Engin, 144-146; Fuchs/Baumgärtner, BGB § 611a, Rn. 20.

²⁸¹ Yılmaz, İşveren Vekili, 165; Tuncay, İşveren Vekili, 184; Engin, 139.

²⁸² Dural/Öğüz, 243.

işin görülmesini talep etme ve talimat verme hakkı farklı kişilerde toplanmıştır. Tüzel kişilerde, tüzel kişinin kendisi soyut işveren; en üst düzeyde talimat verme yetkisine sahip olan tüzel kişinin organı ise somut işverendir.²⁸³

Tüzel kişilerde hangi organların zorunlu olduğu kanun tarafından belirlenir.²⁸⁴ Benzer durum ticaret şirketleri için de geçerlidir. Anonim şirketlerde soyut işveren, şirketin kendisiyken; anonim şirketin yönetim kurulu, somut işverendir. Yönetim kurulu üyeleri ile şirket arasındaki ilişki kural olarak vekalet akdine dayanmaktadır.²⁸⁵ Yönetim kurulu şirketi yönetme ve temsil yetkisine sahiptir. Yönetim kurulu bir kurul olabileceği gibi bir kişi de olabilir. Yönetim, devredilmediği takdirde, yönetim kurulu üyelerinin tamamına aittir (TTK m. 367/2). Bununla birlikte, yönetim kurulu esas sözleşmeye konulacak bir hükümle ya da iç yönergeyle yönetimi kısmen veya tamamen bir veya birkaç yönetim kurulu üyesine veya üçüncü kişiye devredebilir²⁸⁶ (TTK m.367/1).

Yönetim yetkisi devredilen yönetim kurulu üyesi veya üyelerine *murahhas üye/kişi-organ* denir. Murahhas üyeyle şirket arasında kişisel bağımlılık ilişkisi bulunmamaktadır. Ayrıca bu kişiler şirketi doğrudan temsil etmeye yetkilidirler.²⁸⁷ Murahhas üye, en üst düzeyde talimat verme yetkisine sahip olup somut işverendir. Öte yandan, yönetim yetkisi üçüncü bir kişiye devredilirse, kendisine yönetim yetkisi devredilen kişi, *murahhas müdür* olarak somut işveren konumunu alır.²⁸⁸

²⁸³ Sözek, 143.

²⁸⁴ Dural/Öğüz, 249.

²⁸⁵ Müller, 4; Junker, 66; Sözek, 144-146.

²⁸⁶ Yönetim yetkisinin bir bütün olarak değil de parçalara ayrılarak devredilmesinin, şirketle yönetim yetkisi kendisine kısmen devredilen kişi arasındaki kişisel bağımlılık ilişkisini kesmeyeceği yönündeki görüş için bkz. Baycık, Değerlendirme 2016, 41.

²⁸⁷ ErfK/Preis BGB § 611a, Rn. 88; MHdB ArbR/Richter §23 Rn. 10.

²⁸⁸ Engin, 146 Doğan Yenisey, Yönetim Kurulu Üyeliği, 325; Baycık, Değerlendirme 2016, 40 vd.

Ancak yönetim kurulu, yönetim yetkisi kendisine ayrıca devredilmemiş üçüncü bir kişiye temsil yetkisini devredebilir. Yönetim yetkisi olmayan bu üçüncü kişi, somut işveren olarak nitelendirilemeyecektir.²⁸⁹

Benzer şekilde, limited şirket, hisseli komandit ve kollektif şirketlerde şirketi yönetim ve temsil yetkisi bir ortağa veya ortaklara ya da ortak olmayan (dışarıdan) bir üçüncü kişiye bırakılırsa, bu kimseler de kişi-organ niteliğini kazanır ve somut işveren kabul edilirler.²⁹⁰ Burada önemli olan en üst düzeyde talimat verme yetkisinin kimde olduğunun belirlenmesidir.²⁹¹ Zira, işveren kavramının temelinde, talimat verme yetkisi yatmaktadır.

²⁸⁹ **Alpagut**, Değerlendirme 2014, 22.

²⁹⁰ Yargıtayın bir kararına göre, “Tüzel kişilerde yönetim hakkı ile talimat verme yetkisi organlarını oluşturan kişiler aracılığıyla kullanılır. Tüzel kişiler yönünden tüzel kişinin kendisi soyut işveren, tüzel kişinin organını oluşturan kişiler ise somut işveren sıfatını haizdir. Ticaret şirketleriyle tüzel kişilerde somut işveren sıfatını taşıyan organ bir kurul olabileceği gibi tek başına bir kişiye verilen yetki çerçevesinde gerçek kişinin de organ sıfatını kazanması mümkündür. Limited şirketlerde, şirketi yönetmek ve temsil etmek üzere, müdür veya müdürler atanabilir. Müdür veya müdürlerin, limited şirketin ortakları arasından seçilmesi mümkün olduğu gibi, ortak olmayan üçüncü kişiler arasından da seçilmesi mümkündür. Ortak olup olmadığına bakılmaksızın, müdür, limited şirketin organı sayılır. Dolayısıyla, şirket müdürü ile şirket arasındaki ilişkiyi iş sözleşmesi kapsamında değerlendirme ve şirket müdürlerini işçi sayma olanağı yoktur. Somut olayda, davacının davalı ait işyerinde 19/01/2011 tarihinde çalışmaya başladığı, şirket ortaklar kurulunun 19/01/2011 tarihli kararıyla (Ticaret Sicili Gazetesi'nin 02/02/2011 tarih ve 7743 sayısında yayımlanan) şirket müdürü olarak atandığı, şirket ortaklar kurulunun 22/04/2014 tarihli kararı ile müdürlük görevine son verilerek yerine yeni bir müdür atandığı dosya içeriğindeki ticaret sicil kayıtları ile diğer bilgi ve belgelerden anlaşılmaktadır. Yukarıda da belirtildiği üzere, ortak olup olmadığına bakılmaksızın, limited şirketin müdürü, şirketin organı sayılmaktadır. Davacı, şirket müdürü olduğundan taraflar arasındaki ilişki Ticaret Kanunu'na dayanmaktadır. Bahsi geçen çalışma dönemi için, davacı ile davalı şirket arasındaki ilişkiyi iş sözleşmesi kapsamında değerlendirme ve davacıyı işçi sayma olanağı yoktur. Bu durumda, mahkemece taraflar arasında hizmet akdi bulunmadığından davaya bakmaya İş Mahkemesi değil, Ticaret Mahkemesi görevli olduğundan görevsizlik kararı verilmesi gerekirken, işin esasına girilerek karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.” Y22HD, 24.12.2018, E. 2017/15836, K. 2018/28021. Ayrıca bkz. Y9HD, 28.9.2015, 21821/26418, Y9HD, 24.01.2017, 26980/701, KİBB.

²⁹¹ Yargıtay 7. Hukuk Dairesinin bir kararına göre, “Limited, hisseli komandit ve kolektif şirketlerde yönetim yetkisi şirket ortaklarından birine bırakıldığında, bu kişi müdür sıfatıyla kişi-organ sayılır. Türk Ticaret Kanununun 319 uncu maddesine göre, anonim şirketler yönünden yönetim ve temsil yetkisinin yönetim kurulu üyelerine bırakılması halinde, bu kişi veya kişiler kişi-organ sıfatını kazanır. Şirketi temsil ve yönetime yetkili kişi-organ sıfatını taşıyan kişiler işveren konumunda bulunduklarından işçi sayılmazlar. Yukarıdaki yasal düzenlemeler ve açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde; Öncelikle; Dosya içindeki ticaret sicil kayıtlarına göre yetki tespit başvuru tarihi itibarı ile anonim şirket vasfındaki davacı şirketin ortakları H.M.Ö., M.A.Ö., A.U., H.U.Y., M.U., A.Ö., F.U., H.Ö., H.M.Ö., B.Ü., E.Ö., A.B.Ö. ve M.İ.; şirkete temsile ve ilzama yetkili yönetim kurulu üyeleri ise H.M.Ö., M.A.Ö., A.Ö., A.U. ve H.M.Ö.'dür. SGK dönem bordroları ile bakanlık yetki prosedür dosyası içinde bulunan liste karşılaştırıldığında çalışan işçiler arasında yönetim kurulu üyeleri A.U., H.M.Ö.'in da bulunduğu görülmektedir. Bu iki isim şirketin yönetim kurulu üyesi olarak kişi-organ ve sonuç olarak 'işveren' sayıldıklarından çalışan işçi sayısına dahil edilemeyecektir.” Y7HD, 07.09.2015, E. 2015/24545, K. 2015/14099, KİBB.

İşveren, bir işyerinde en üst düzeyde talimat verme yetkisini kullanan kişi olmakla birlikte, kendisi bir başkasının talimatlarına tabi değildir.²⁹² Dolayısıyla, işletmede en üst düzeyde talimat verme yetkisine sahip olmayan kişiler, işletmenin bütününe yönetse dahi organ olmayıp işveren vekilidirler.²⁹³ Örneğin, eğer müdüre ortaklık sözleşmesinde çok sınırlı bir yetki verilmiş, buna karşın ortaklara ise çok geniş bir yetki tanınmışsa, burada müdür, iş hukuku anlamında işçidir.²⁹⁴

Bu noktada üzerinde durulması gereken husus, işveren vekili olan ve iş akdiyle çalışan genel müdürün, yönetim kurulu üyeliğine seçilmesi durumunda, hukuki statüsünün akıbetidir. Eğer genel müdür, iş akdi sona erdirilmeden yönetim kuruluna seçilirse burada ikili bir ayrıma gidilmesi gereklidir. Öncelikle, genel müdürün yönetim kurulu üyeliğine seçilmesi, iş sözleşmesini kendiliğinden sona erdirmez. Zira, yönetim kurulu üyeliğine seçilmek, iş ilişkisinin varlığını her durumda dışlamaz. Yönetim kurulu üyeliği ve iş ilişkisi bir arada bulunabilir.²⁹⁵ Yukarıda da belirttiğimiz gibi yönetim kurulu üyeleri ile şirket arasındaki ilişki kural olarak vekalet ilişkisine dayanmaktadır. Ancak, yönetim yetkisi kendisine tamamen devredilmemiş yönetim kurulu üyeleri ile şirket arasında hem vekalet ilişkisi hem de iş sözleşmesi bir arada bulunabilir.²⁹⁶

Alman ve İsviçre Hukukunda kabul edilen *ayrılık teorisine (Trennungstheorie)* göre, kişi (yönetim yetkisi kendisine tamamen devredilmeyen kişi) yönetim kurulu üyesi olup bunun yanı sıra, iş sözleşmesiyle de şirkette çalışmasını sürdürebilir. Bu iki hukuki durum yan yana varlıklarını sürdürebilir. Bu bağlamda, yönetim kurulu üyeliğinden kişinin azledilmesi,

²⁹² **Stamm**, 39. Yönetim yetkisi devredilse dahi yönetim kurulu, devredilemeyen yetkileri arasındaki üst yönetim ve üst gözetim yetkilerini korumaktadır. TTK m. 375/1-a ve e bentleri uyarınca, yönetim kurulu, her zaman yönetim yetkisini devralanlara talimatlar verebilir. Bu yönde bkz. **Doğan Yenisey**, Yönetim Kurulu Üyeliği, 329-330; **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, C.1, Rn. 552a; **Pulaşlı**, § 20, Rn. 162. Şirket ortaklarının verdiği talimatlar, şirketler hukukuna ilişkindir. Bu talimatların iş hukukundaki işverenin talimat verme yetkisiyle ilgisi yoktur. Bu konuda bkz. **Brunhöber**, 222. Talimatın türü, aslında taraflar arasındaki ilişkiyi de belirlemektedir. Talimatlar işe ilişkin ve iş görme borcunu somutlaştıran türden olmamalıdır. **ErfK/Preis BGB** § 611a, Rn. 90.

²⁹³ **Engin**, 149.

²⁹⁴ **Brunhöber**, 222.

²⁹⁵ **Müller**, 7.

²⁹⁶ **Reinfelder**, Rn. 91; **Müller**, 7; **Hüffer-Koch AktG** §84 Rn. 2.

iş sözleşmesinin sona ermesine neden olmayacağı gibi, kişinin şirketten istifa etmesi de yönetim kurulu üyeliğini sona erdirmez. Nitekim burada birbirinden bağımsız iki hukuki statü vardır.²⁹⁷

Genel müdür, yönetim kurulu üyesi olmasına rağmen murahhas üye/kişi-organ niteliğini kazanmamışsa, şirketle arasındaki bağımlılık ilişkisi sürer. Yönetim kurulu, genel müdüre işin görülmesine ve işin düzenlenmesine ilişkin talimat vererek iş görme borcunu somutlaştırırsa, burada taraflar arasında bir iş sözleşmesinin varlığından söz etmek gerekir.²⁹⁸ Genel müdür yönetim kurulunun talimatlarını yerine getireceğinden, somut işveren niteliğini kazanmaz ve dolayısıyla iş ilişkisi varlığını sürdürmeye devam eder.²⁹⁹ Bu durumda en üst düzeyde talimat verme yetkisi yönetim kuruluna aittir.

Ancak, genel müdür yönetim kuruluna girip murahhas üye/kişi-organ statüsünü kazanmışsa, yani şirketi tek başına yönetme ya da şirkette alınacak kararlara etki etme güce sahipse, artık şirketle arasında bir iş ilişkisinin varlığından bahsedilemez. Zira, genel müdür, murahhas üye olarak somut işveren niteliğini kazanmıştır. Böyle bir durumda iş ilişkisinin zorunlu bir unsuru olan bağımlılık ilişkisi ortadan kalkmış olacaktır.³⁰⁰

Fakat, yönetim kuruluna seçilmek, yahut yönetim kurulu başkanı ya da başkan yardımcısı olmak iş sözleşmesinin varlığını; diğer bir deyişle, şirketle olan kişisel bağımlılık ilişkisini ortadan kaldırmak için yeterli değildir. Kişinin şirket yönetiminde tek başına yetkili olup olmadığı yahut yönetime ilişkin kararlarda etkili olup olmadığı araştırılmalıdır. Bu durumun istisnasını, yönetim kurulu üyesinin kişi-organ/murahhas üye olması

²⁹⁷ **Doğan Yenisey**, Yönetim Kurulu Üyeliği, 320-321; **Reinfelder**, Rn. 91; **Müller**, 7; **Hüffer/Koch** AktG § 84 Rn. 2. Aynı yönde bkz. BAG, 25.10.2007, 6 AZR 1045/06 NZA 2008, 168, Rn. 169; BGH, 11.10.2010- II ZR 266/08 NJW 2011, 920, Rn. 7, (www.beck-online.beck.de).

²⁹⁸ **Reinfelder**, Rn. 92. Bu yönde bkz. BAG 24.11.2005-2 AZR 614/04, NZA 2006, Rn. 367, (www.beck-online.beck.de).

²⁹⁹ **Müller**, 8; **Reinfelder**, Rn. 92-93; **Doğan Yenisey**, Yönetim Kurulu Üyeliği, 322.

³⁰⁰ **Müller**, 5-6; **Reinfelder**, Rn. 92; **Doğan Yenisey**, Yönetim Kurulu Üyeliği, 330; **Engin**, 148; **Yılmaz**, İşveren Vekili, 172-173; **Baycık**, Değerlendirme 2016, 41-42.

oluşturmaktadır.³⁰¹ Nitekim Yargıtay da önüne gelen uyuşmazlıklarda isabetli bir şekilde şu hususu vurgulamaktadır: “*Kişi-organ statüsündeki Murahhas üyeler dışında anonim şirket yönetim kurulunu oluşturan kişilerle şirket tüzel kişiliği arasındaki ilişki kural olarak vekâlet akdine dayansa da bu ilişkinin iş ilişkisi olarak kurulmasına da bir engel bulunmamaktadır. O hâlde hukuki nitelendirme her somut olaydaki çalışma ilişkisi özelinde yapılmalıdır.*”³⁰²

İncelenmesi gereken bir başka husus ise şirkette pay sahip olmanın (pay, sembolik pay, kazanç payı gibi) işveren sıfatını etkileyip etkilemediğidir. Yargıtay 2017 yılında verdiği bir kararda, “*Kişinin şirkette pay sahibi olması tek başına kişi-organ sayılmasını gerektirmez. Temsil etmiyor veya şirket adına alınan kararlarda etki sahibi değil, ortaklık payı sembolik veya kazanç payı dışında bir ücretlendirme de yapılmıyor ise iş sözleşmesi ile çalıştığı kabul edilebilir.*” ifadelerine yer vererek şirkette pay sahibi olmanın işveren olmak için tek ölçüt olmayacağını isabetli bir şekilde belirtmiştir.³⁰³

Yüksek Mahkemenin bir başka kararında da, “*Dosya içeriğine göre, davacının, davalı şirkette sembolik nitelikte % 8 pay sahibi olmakla birlikte Murahhas üye olmadığı gibi herhangi bir şekilde kararlarda tek başına ya da diğer bir ortakla birlikte söz sahibi olmadığı, davacının bağımsız hareket etmediği*” denilmektedir.³⁰⁴ Kişi, şirkette kişi-organ/murahhas üye değilse ya da şirkette alınan kararlarda etkisi bulunmuyorsa, pay sahibi olması onun şirkette ayrıca iş sözleşmesiyle çalışmasına engel oluşturmayacaktır.³⁰⁵

Tüzel kişilerin organları kural olarak kanun veya tüzel kişinin ana statüsüyle belirlenir. Ancak bazı durumlarda böyle bir belirleme yapılmadan yani biçimsel anlamda organ sıfatını taşımadan bazı kişi veya kişiler tüzel kişinin organı olarak nitelendirilebilir.³⁰⁶ *Fiili organ (faktische-verdeckten Organe)* olarak adlandırılan bu kişi veya kişiler, tüzel kişinin şekli

³⁰¹ Baycık, Değerlendirme 2016, 44-45, 47; Doğan Yenisey, Yönetim Kurulu Üyeliği, 331.

³⁰² YHGK, 18.10.2018, E.2017/ 22-3176, K. 2018/1470, KİBB.

³⁰³ Y9HD, 23.11.2017, E. 2017/367, K. 2017/18885, KİBB.

³⁰⁴ Y9HD, 12.04.2016, E.2016/6955, K. 2016/9161 ve kararı isabetli bulan görüş için bkz. Baycık, Değerlendirme 2016, 47-48.

³⁰⁵ Benzer yönde bkz. Doğan Yenisey, Yönetim Kurulu Üyeliği, 323.

³⁰⁶ Dural/Öğüz, 252.

olarak yetkili organı olmamakla beraber; tüzel kişinin yönetiminde yer almakta, alınan kararlarda etkili olmakta ve *de facto* biçimde organ fonksiyonunu yerine getirip tüzel kişinin iradesinin oluşumunda söz sahibi olmaktadır.³⁰⁷

Ticaret şirketlerinde de kanunda ya da ana sözleşmede belirtilmeyen (ya da örneğin, yönetim kurulu geçersiz bir genel kurul kararına dayanarak seçilmişse) ancak şirket adına sürekli ve bağımsız olarak önemli kararlar alan kişiler *fili organ* olarak kabul edilmektedir.³⁰⁸ Kişiler, görünürde bir iş sözleşmesine bağlı olarak şirkette faaliyet göstermesine rağmen şirketin kararlarının alınmasında etkiliyse ve yönetim yetkilerini istedikleri şekilde kullanabiliyorsa, burada bir iş ilişkisinden söz etmek mümkün değildir. Şirket adına fiilen ve bağımsız şekilde karar verme gücüne sahip olan bu kişiler, organ olarak, diğer bir deyişle somut işveren olarak kabul edilmelidir.

Son olarak, limited şirketlerde, Türk Ticaret Kanununun 623. maddesinin 1. fıkrasına göre, şirketin yönetimi ve temsili, müdür niteliğini taşıyan bir veya birden fazla ortağa veya tüm ortaklara ya da üçüncü kişilere verilmiştir. Dolayısıyla, limited şirketlerde müdür sıfatını haiz olan şirket ortakları veya ortak olmayan üçüncü kişiler somut işverendir.³⁰⁹ Ancak, müdür olmayan şirket ortaklarının şirkette iş sözleşmesiyle çalışmaları durumunda hukuki statülerinin ne olduğunun tespit edilmesi gerekmektedir. Zira, ancak bu noktadan sonra talimatlarla bağlı olup olmayacakları sorusu cevaplanabilir. Limited şirkette sembolik bir paya sahip olup şirketteki kararların alınmasında bir etkisi olmayan limited şirket ortağının şirketle arasında bir iş sözleşmesinin olduğunu kabul edilmelidir.³¹⁰

³⁰⁷ **Doğan Yenisey**, Yönetim Kurulu Üyeliği, 332; **MüKoAktG/Spindler** §93, Rn. 20; **Hüffer/Koch** AktG §93, Rn. 37

³⁰⁸ **Müller**, 2; **Doğan Yenisey**, Yönetim Kurulu Üyeliği, 332.

³⁰⁹ **Süzek**, 148-149.

³¹⁰ YHGK, 16.4.2003, E.2003/9-308, K. 2003/303, **Süzek**, 148-149. Ayrıca bkz. **Baycık**, Değerlendirme 2016, 49-50.

Buna karşılık, ortağın şirketteki payı sembolik değilse ya da sembolik olmakla birlikte şirkette alınacak kararları etkileyebilecek ya da engelleyebilecek nitelikteyse, burada müdür olmayan şirket ortağının işçi sıfatını taşımayacağı kabul edilmelidir.³¹¹

Nitekim, Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin verdiği bir karara göre, “*Bu bağlamda şirket ana sözleşmesi de dikkatlice incelenmelidir. Örneğin limited şirkette %50 den fazla paya sahip olan ortak, şirket sözleşmesinde şirket kararlarının oy çokluğu ile alınması öngörülmüş ise, kendi iradesi dışında karar alınmasını engelleyebileceğinden işçi sayılmamalıdır. Şüphesiz, burada ortağın %50 den fazla paya sahip olduğu durumlarda işçi sayılmayacağı sonucu çıkarılmamalıdır. Şirkette iki ortak var ve şirket ana sözleşmesinde %91 pay çoğunluğu ile karar alınacağı ön görülmüş ve kendisi ile sözleşme akdedilen ortak %10 paya sahip ise, şirkette karar alınmasını engelleyici paya sahip olduğundan işçi sıfatını kazanamayacaktır. Zira bu tür durumlarda başkasının yönetimi altında bir iş organizasyonu içerisinde başkasının talimatlarına bağlı olarak çalışma söz konusu olmayacaktır. Şu halde, limited şirket müdürü işçi sayılamayacağı gibi limited şirkette sembolik bir paya sahip olmayan ve ana sözleşmeye göre kendi iradesi dışında kararların alınmasını engelleyebileceği paya sahip olan ortaklar işçi sayılmayacaktır.*”³¹²

3. Şirketler Topluluğunda ve Holdinglerde İşveren Niteliği

Yirminci yüzyılın başlarından itibaren, işletmeler arası merkezi yoğunlaşma (konzentration) eğilimi, kapitalist ekonomik düzende işletmelerin rekabet gücünü arttıran bir etmen olarak kabul edilip özendirilmiş ve yaygınlaştırılmıştır. Öyle ki, ulusal ve uluslararası alanda işletmelerin merkezileştirilmesi yönünde hızlı bir artış görülmektedir. İşletmelerin ekonomik açıdan bir araya gelmesinin üretim, taşıma, pazarlama gibi işlemlerin bütünlük

³¹¹ Bu yönde bkz. **Alpagut**, Değerlendirme 2014, 20-21.

³¹² Y9HD, 20.05.2014, E. 2014/13979, K. 2014/16484, KİBB.

içinde ele alınması, riskin paylaştırılması, teknik ve teknolojik gelişmeler, karın aynı sistem içinde kalması, vergisel kolaylıkları gibi nedenleri vardır.³¹³

İşletmeler arası merkezi yoğunlaşma şirket birleşmeleri veya şirket toplulukları olarak karşımıza çıkmaktadır.³¹⁴ Şirket birleşmeleri, Türk Ticaret Kanununun m. 136-158 arasında düzenlenmektedir. Ancak Türk Ticaret Kanununda sadece ticaret ortaklıklarının birleşmesi değil, aynı zamanda bir ticari işletmenin bir ticaret ortaklığıyla, onun tarafından devralınmak suretiyle birleşmesi de özel olarak düzenlenmiştir (m. 194). Diğer yandan konumuz olan şirket toplulukları ise Türk Ticaret Kanununun 195. maddesinde düzenlenmektedir.

Şirket topluluğu kavramı TTK m.195/4'te tanımlanmıştır. Buna göre “*Hakim şirkete doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulunan şirketler, onunla birlikte şirketler topluluğunu oluşturur. Hakim şirket ana, bağlı şirketler ise yavru şirket konumundadır.*” O halde, şirketler topluluğundan söz edebilmek için aralarında farklı sebeplerle irtibat bulunan çeşitli şirketlerin oluşturduğu bir birlikten ziyade, özel bir *bağlılıkla* bir araya gelmiş şirketlerin olduğu bir birliktelik aranmalıdır.³¹⁵

Şirketler topluluğu hakkında doktrinde yapılan bir başka tanıma göre ise, şirketler topluluğu bir veya birden fazla şirketin, bir hakim şirkete doğrudan veya dolaylı olarak yasada öngörülen kontrol ölçütüne veya bir sözleşmeye uygun şekilde hakim şirketle biraraya gelmesiyle oluşturulan topluluktur.³¹⁶

Türk Ticaret Kanunundaki şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerde, esas itibariyle Alman Hukukundaki *konzerne* ilişkin düzenlemelerin yer aldığı Alman Paylı Ortaklıklar Kanunundan (AktG) esinlenilmiştir.³¹⁷ Alman Hukukundaki “*konzern*” kavramıyla -bazı

³¹³ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Boyacıoğlu**, 30-41.

³¹⁴ **Poroy/Tekinalp/Çamoğlu**, C.2, N.1991; **Engin**, 163; **Aydınlı**, İşyeri ve İşletme, 129-131; **Pulaşlı**, § 7, Rn. 3.

³¹⁵ **Göktürk**, 8.

³¹⁶ **Pulaşlı**, Şirketler Topluluğu, 262.

³¹⁷ **Göktürk**, 8-9; **Pulaşlı**, § 7, Rn. 5.

farklılıklar olmasına rağmen³¹⁸-Türk Ticaret Kanunundaki şirketler topluluğu kavramıyla benzerdirler.³¹⁹ İş hukukunda da özel olarak *konzern* ve şirketler topluluğu kavramları tanımlanmadığı için Alman Paylı Ortaklıklar Kanununa ve Türk Ticaret Kanununun 195 vd. maddelerine başvurulması gerekmektedir.³²⁰

Kanunun (AktG) 18. maddesinin 1. fıkrasına göre, “*Bir hakim işletme ve bir veya birden fazla bağlı işletme hakim işletmenin yeknesak/birlikte yönetimi altında bir araya gelirse, bir konzern oluşmaktadır; her bir münferit işletmeler konzern işletmesidir. İşletmeler arasında bir hakimiyet sözleşmesi varsa (§ 291) ya da işletmelerden biri diğeri ile bütünleşmişse/birleşmişse (§ 319) yeknesak/birlikte yönetim altında toplanmış oldukları varsayılır. Eğer bağlı bir işletme varsa, hakim şirketle birlikte konzern oluşturduğu karine olarak kabul edilir.*” Kanunun 2. maddesine göre, “*Biri diğerine bağlı olmayıp hukuken bağımsız olan işletmeler yeknesak/birlikte yönetim altında bir araya gelirlerse, konzern oluştururlar; her bir münferit işletme konzern işletmesidir.*”

Alman hukukuna göre *konzern*, hukuken birbirinden bağımsız olan işletmelerin yeknesak bir yönetim (*Einheitliche Leitung*) altında örgütlenmeleri şeklinde tanımlanmaktadır.³²¹ Yeknesak yönetim ise planlama, yönetim ve kontrol unsurlarını içermektedir.³²² Alman hukukunda *konzern* kavramı, Türk Hukukundan farklı olarak iki

³¹⁸ Örneğin, Alman hukukunda hakim şirketin bağlı işletmeye talimat verme yetkisi sadece hakimiyet sözleşmesi ve bütünleşme bulunan hallerde mümkündür (AktG § 308/I). Türk Hukukunda ise, hakim şirketin talimat verme yetkisi tam veya kısmi hakimiyet durumlarına göre değişmektedir. Türk Ticaret Kanununun 203/1 maddesine göre, hakim şirket bağlı şirkete, m. 204'deki istisnalar dışında, kayba yol açacak dahi olsa talimat verebilir. Bağlı şirketin organları ise bu talimatlara uymak zorundadır. Kısmi hakimiyet halinde ise hakim şirketin talimat verme yetkisi bulunmamaktadır. Kanunun 202. maddesinde, hakim şirketin bağlı şirketi “*yöneltmesi*” halinden söz edilmektedir. Doktrinde *Göktürk*, topluluk hakiminin müdahalesinin “*yönlendirme*” olarak ifade edilmesinin daha isabetli olduğunu belirtmektedir. Bu konuda bkz. *Göktürk*, 62. Ayrıca bkz. *Gürel*, 11-12.

³¹⁹ *Gürel*, 11.

³²⁰ *Junker*, 69.

³²¹ *Emmerich/Habersack* AktG § 18 Rn. 8.

³²² *Hüffer/Koch* AktG § 18 Rn. 9; *MüKoAktG/Bayer* AktG § 18 Rn. 1; *ErfK/Wank* AÜG § 1, Rn. 88.

unsura dayanmaktadır. Bunlar, şirketler topluluğunu hukuken bağımsız işletmelerin oluşturması ve yeknesak yönetim biçimidir.³²³

Alman Hukukunda *konzern*lerin astlık-üstlük ilişkisine, dayanan *konzern*ler (*Unterordnungskonzern*) ve eşit düzey *konzern*ler (*Gleichordnungskonzern*) olmak üzere iki türünden söz etmek mümkündür. Bir hakim ve bir veya birden fazla bağımlı işletme, hakim işletmenin yeknesak/birlikte yönetimi altında toplanıyorsa astlık-üstlük ilişkisine dayanan *konzern* yapısı vardır (AktG § 18/1). Eğer hukuken bağımsız işletmeler, aralarında bir bağımlılık ilişkisi olmaksızın yeknesak bir yönetim altında toplanıyorlarsa AktG § 18/2 anlamında eşit düzey *konzern* söz konusu olur.³²⁴

Her bir işletme ise *konzern* işletmeleri (*Konzernunternehmen*) olarak isimlendirilmektedir.³²⁵ *Konzern*ler, sözleşmesel *konzern*ler (*Vertragskonzern*) ve fiili *konzern*ler (*Faktische Konzern*) şeklinde oluşabilir. Sözleşmesel *konzern*lerde, işletmeler, yeknesak bir yönetim altına akdedilen sözleşmeler yoluyla girmektedirler. Bu sözleşme türlerinden en önemlileri, hakimiyet sözleşmesi (*Beherrschungsvertrag*)³²⁶ ve karın devri sözleşmeleridir³²⁷ (*Gewinnabführungsvertrag*).³²⁸

Fiili *konzern*lerde ise herhangi bir sözleşme ilişkisi bulunmamaktadır.³²⁹ İşletmeler yeknesak bir yönetim altına münhasıran bağımlılık ilişkisine dayalı olarak girerler.³³⁰ Eşit

³²³ ErfK/Wank AÜG § 1, Rn. 88.

³²⁴ MüKoAktG/Bayer AktG §18 Rn. 2-3.

³²⁵ Hüffer/Koch AktG §18 Rn. 6; Yanlı, 143.

³²⁶ Hakimiyet sözleşmesi, Alman Paylı Ortaklıklar Kanununun (AktG) § 291/1’de düzenlenmektedir. Hakimiyet sözleşmesi aracılığıyla bir anonim şirket veya sermayesi paylara bölünmüş komandit şirket, şirket yönetimini bir başka teşebbüsün yönetimi altına sokmaktadır. Hakimiyet sözleşmesinin en önemli hukuki sonucu, hakim şirket bu yolla bağlı işletmelere/şirketlere talimat verme hakkına sahip olur (AktG § 308/I). Bu konuda bkz. Emmerich/Habersack AktG § 291 Rn. 7; Boyacıoğlu, 299-303; Yanlı, 167-168.

³²⁷ Karın devri sözleşmesi, Alman Paylı Ortaklıklar Kanununun (AktG) § 291/1’de düzenlenmektedir. Buna göre, bir anonim veya sermayesi paylara bölünmüş komandit şirket karını bir başka teşebbüse aktarmakla yükümlüdür. Kar devri sözleşmeleri tam ve kısmi kar devri sözleşmeleri olarak ikiye ayrılmaktadır. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Emmerich/Habersack AktG § 291 Rn. 47-48; Boyacıoğlu, 299-303; Gürel, 68-72.

³²⁸ Göktürk, 29-30; Boyacıoğlu, 292-310.

³²⁹ MüKoAktG/Bayer AktG §18 Rn. 6, 8; ErfK/Wank AÜG § 1, Rn. 88.

³³⁰ Göktürk, 30.

düzy *konzern*lerde ise topluluğu oluşturan birimler arasında sözleşme ilişkisi bulunmaktadır.³³¹

Türk hukukunda ise şirketler topluluğu, yukarıda bahsettiğimiz üzere Türk Ticaret Kanununun 195. maddesinde yer almaktadır. Türk hukukunda şirketler topluluğu, Alman Hukukundan farklı biçimde düzenlenmektedir. Türk hukukunda topluluk, kural olarak ticaret şirketlerinden oluşmaktadır (TTK m. 195/1, 2). Birden fazla ticaret şirketinin yeknesak bir yönetim altında bir araya gelmesiyle şirketler topluluğu meydana gelmektedir. Ancak topluluğun ticaret şirketlerinden oluşmasının istisnası, topluluğun hakiminin bir teşebbüs olmasıdır.³³² (TTK m. 195/5).

Türk hukukuna göre, şirket topluluğundan söz edebilmek için aranan ikinci unsur, kontrol sisteminin varlığıdır.³³³ Şirketler arasında bağlılık ilişkisi; kontrol sistemi ve yeknesak/birlikte yönetim altında toplanma sistemi olmak üzere iki türdür.³³⁴ Alman Hukukunda, yukarıda da belirttiğimiz üzere yeknesak bir yönetim altında, sözleşmeyle ya da fiilen bir araya gelineceği kabul edilmiştir. Buna karşın, Türk hukukunda ise bağlılık kriteri üzerine inşa edilen kontrol sistemi esası benimsenmiştir.³³⁵ Kontrol anlayışı, ana şirketin yavru şirketler üzerinde kurduğu veya kurduğu varsayılan hakimiyet olgusu üzerine yapılandırılmıştır. Kontrol sisteminde ana şirketin hakimiyeti kullanıp kullanmadığına bakılmaz.³³⁶

³³¹ **ErFK/Wank** AÜĞ § 1, Rn. 88. İsviçre Hukukunda *konzern* yeknesak/birlikte yönetim altında ekonomik bir birim oluşturan ve hukuken bağımsız olarak örgütlenen şirketler birliği olarak tanımlanmaktadır. Bu yönde bkz. **Geiser**, Rn. 2.4; **Glanzmann**, 36-37.

³³² Teşebbüs (işletme) kavramı ve hakim teşebbüs üzerine tartışmalar için bkz. **Göktürk**, 14-22; **Okutan-Nilsson**, 67, 71 vd; **Gürel**, 26-32.

³³³ **Göktürk**, 23.

³³⁴ **Göktürk**, 23.

³³⁵ **Pulaşlı**, Şirketler Topluluğu, 265.

³³⁶ **Pulaşlı**, Şirketler Topluluğu, 265; **Göktürk**, 25. Yazara göre, Türk hukukunda kontrol ve hakimiyete dayalı karma bir sistem kabul edilmelidir.

Türk Ticaret Kanununun 195. maddesinin 1. fıkrasında; oy hakkı çoğunluğuna, yönetim organı üyelerinin çoğunluğunu seçtirebilme imkanına, sermaye çoğunluğuna sahip olma gibi özellikler mevcutsa şirketler topluluğunun varlığı kabul edilir.³³⁷

Türk Ticaret Kanununun 203. maddesinde, tam hakimiyet hali düzenlenmektedir. Buna göre, “Bir ticaret şirketi bir sermaye şirketinin paylarının ve oy haklarının doğrudan veya dolaylı olarak yüzde yüzüne sahipse, hâkim şirketin yönetim kurulu, topluluğun belirlenmiş ve somut politikalarının gereği olmak şartıyla, kaybına sebep verebilecek sonuçlar doğurabilecek nitelik taşıyıcılar bile, bağlı şirketin yönlendirilmesine ve yönetimine ilişkin talimat verebilir. Bağlı şirketin organları talimata uymak zorundadır.” TTK m. 203’de sayılan haller mevcutsa tam hakimiyet hali vardır.

Kısmi hakimiyet her ne kadar TTK’da açıkça düzenlenmese de, anılan tanım dışında kalan hakimiyet hallerinin kısmi hakimiyet olarak nitelendirilmesi yerinde olacaktır. Tam veya kısmi hakimiyet hallerinin saptanması ise şirketler topluluğuna ilişkin sorumluluk sistemini belirlemektedir.³³⁸

Şirketler topluluğu terimi yerine, özellikle ülkemizde, sıklıkla holding terimi kullanılmaktadır. Esasen şirketler topluluğu ile holding aynı anlamı ihtiva etmez. Holdingin konusu, başka işletmelere veya ortaklıklara katılmaktır (TTK m. 519/4).³³⁹

Şirket toplulukları ve holdinglerde çalışan işçilerin işverenlerinin kim olduğunun tespit edilmesi gerekmektedir. Nitekim, birden fazla şirketten oluşan bu yapılarda işçi

³³⁷ Okutan-Nilsson, 83-85; Göktürk, 25. Ayrıca bkz. TTK m. 195/1 “(a) Bir ticaret şirketi, diğer bir ticaret şirketinin, doğrudan veya dolaylı olarak;

1. Oy haklarının çoğunluğuna sahipse veya

2. Şirket sözleşmesi uyarınca, yönetim organında karar alabilecek çoğunluğu oluşturan sayıda üyenin seçimini sağlayabilmek hakkını haizse veya

3. Kendi oy hakları yanında, bir sözleşmeye dayanarak, tek başına veya diğer pay sahipleri ya da ortaklarla birlikte, oy haklarının çoğunluğunu oluşturunca,

b) Bir ticaret şirketi, diğer bir ticaret şirketini, bir sözleşme gereğince veya başka bir yolla hâkimiyeti altında tutabiliyorsa,

birinci şirket hâkim, diğeri bağlı şirkettir. Bu şirketlerden en az birinin merkezi Türkiye’de ise, bu Kanundaki şirketler topluluğuna ilişkin hükümler uygulanır.”

³³⁸ Gürel, 44.

³³⁹ Aydın, İşyeri ve İşletme, 29; Gürel, 15; Boyacıoğlu, 171.

karşısında kimi zaman birden fazla işveren bulunmaktadır. İşçinin talimatlara uyma borcu kapsamında bu talimatların kim tarafından verildiğini tespit etmek, işçinin talimatlara uyma zorunluluğu olup olmadığının belirlenmesi açısından da önem taşımaktadır.

Şirket toplulukları ve holdingler bünyesinde yer alan her bir şirket bağımsız bir tüzel kişiliğe ve hukuki varlığa sahiptir. Her ne kadar şirketler arasında organizasyon, yönetim, planlama açısından bağ olup, bunlar ekonomik açıdan bütünlük oluştursalar da, şirketler topluluğu ve holdingle bağlı her bir şirket işveren konumundadır.³⁴⁰ Diğer bir deyişle, şirketler topluluğu veya holdinglere bağlı şirketlerde çalışan işçilerin işvereni, iş akdinin tarafı olan şirkettir.³⁴¹

Nitekim Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin bir kararında da bu durum şu şekilde ifade edilmiştir: “Grup şirketleri birbirinden ayrı tüzel kişilikler ve ayrı işverenlerdir. ... Kayıtlarına göre davacının ... İnş. San. ve Tic. A.Ş.'nin çalışanı olması ve davacı tarafın talebi gözetilerek Hukuk Muhakemeleri Kanunu 124. maddesi gereğince dava dilekçesi ... İnş. San. Tic. A.Ş.'ye tebliğ edilmelidir. Taraf teşkili usulüne uygun şekilde sağlanarak anılan şirkete karşı yargılamaya devam edilip bir karar verilmelidir.”³⁴²

4. Birlikte İstihdam (Birlikte İşveren)

Son yıllarda çalışma hayatında sıkça karşılaşılan durumlardan biri, işçinin birden fazla işverenin yanında çalışması durumudur. İşçinin birden fazla işverene karşı iş görme borcunu ifa etmesi kısmi süreli iş sözleşmesini gündeme getirebileceği gibi birlikte istihdam olgusunun varlığını da ortaya çıkarabilir. Ancak, kısmi süreli iş sözleşmesi ve birlikte istihdam birbirlerinden farklı kavramlardır.

³⁴⁰ Engin, 201; Aydın, İşyeri ve İşletme, 138.

³⁴¹ Geiser, Rn. 2.3; Süzek, İşveren, 21; Engin, 201; Aydın, İşyeri ve İşletme, 138.

³⁴² Y22HD, 31.05.2018, E. 2017/13492, K. 2018/13614, KİBB.

Öncelikle kısmi süreli iş sözleşmesinden bahsedebilmek için, işçi ile ayrı ayrı iş sözleşmeleri akdetmiş birden fazla işveren olmalıdır. Kısmi süreli iş sözleşmesi, 4857 sayılı İş Kanununda yasal olarak düzenlenmiş olmasına karşın, birlikte istihdam iş mevzuatında tanımlanmamış; içtihat ve doktrin tarafından şekillenmiştir.³⁴³

Birlikte istihdamdan söz edebilmek için birtakım koşulların bir arada bulunması gerekmektedir. Birlikte istihdam, işçinin aynı anda birden fazla gerçek veya tüzel kişi işveren için iş görme edimini yerine getirmesi sonucu ortaya çıkar. İşçi birden fazla işverenle birbirini tamamlayan ve bir bütün oluşturan sözleşmeler akdederek tek bir iş ilişkisi kurmaktadır.³⁴⁴

Birlikte istihdamda ortada hukuken tek bir iş ilişkisi vardır.³⁴⁵ Burada önemli olan işverenlerin işçiyle olan ilişkilerini hukuken ayrı ilişkiler olarak değerlendirebilme imkanını ortadan kaldıracak şekilde hukuki bağlantı içinde olmalarıdır.³⁴⁶ Diğer bir deyişle, işçinin iş görme edimini yerine getirdiği işverenlerle olan ilişkisini, hukuken birbirinden bağımsız ilişkilere ayırabilme olanağının bulunmaması gerekmektedir.

İşçi, tek bir iş görme edimiyle birden fazla işverene iş görme borcunu yerine getirmektedir.³⁴⁷ Birlikte istihdamın söz konusu olabilmesi için işçinin, işverenlerle mutlaka ayrı ayrı sözleşme akdetmesi de gerekli değildir. İşçi, aynı iş akdi çerçevesinde birbiriyle bağlantılı olan birden fazla işverene karşı aynı zamanda ve aynı nitelikte bir iş için iş görme borcunu yerine getiriyorsa birlikte istihdam gündeme gelecektir.³⁴⁸ İşçi, farklı mahiyetteki bir iş için iş görme borcunu üstlendiyse birlikte işverenlik söz konusu olmayacaktır.

³⁴³ **Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal**, (2014), 197-198; **Yücel Bodur**, Birlikte İşveren, 70-75; **Süzek**, İşveren, 21.

³⁴⁴ Birlikte işverenlik konusunda bkz. **Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal**, (2014), 197-198; **Yücel Bodur**, Birlikte İşveren, 70-75; **Süzek**, İşveren, 21; **Evren**, 49; **Koç**, 107-108; **Engin**, 214; **Ulucan**, 497-516; **Doğan**, Bağımlılık, 309-310; **Baycık**, İşverenin Tespiti, 17.

³⁴⁵ **Rid**, Rn.1121.

³⁴⁶ **Çelik**, Grup Şirketleri, 26.

³⁴⁷ **Baycık**, İşverenin Tespiti, 17.

³⁴⁸ **Süzek**, İşveren, 22; **Engin**, 215. Benzer yönde **Yücel Bodur**, Birlikte İşveren, 71. Yazara göre, birlikte işverenliğin kabulü için iş sözleşmesi esas alınmamalı; işçi üzerinde yoğun biçimde işveren yetkilerini kullanan iş sözleşmesinin tarafı olmayan bir üçüncü kişi de, diğer işverenle beraber birlikte işveren olarak kabul edilmelidir.

Birlikte işverenlik, uygulamada, şirket topluluklarında daha yaygın bir biçimde görülmektedir. Şirket toplulukları, ayrı tüzel kişiliğe sahip şirketlerden oluşmaktadır.³⁴⁹ Ancak, şirket grupları veya holdinglerde yönetsel organizasyon açısından insan kaynakları, güvenlik, mali işler-muhasebe, temizlik gibi alanlarda bir işçi birden fazla şirkete karşı iş görme borcunu yerine getirebilmektedir. Burada tek bir işçinin karşısında, benzer nitelikli bir iş görme edimini yerine getirdiği birden fazla işveren (işveren grubu) bulunmaktadır.³⁵⁰

Nitekim Yargıtay da verdiği kararlarda, bu hususu, şu şekilde açıklamaktadır: *“Özellikle grup şirketlerinde ortaya çıkan bir çalışma biçimi olan birlikte istihdam şeklindeki çalışmada, işçilerin bir kısmı aynı anda birden fazla işverene birlikte hizmet vermektedirler. Daha çok yönetim organizasyonu kapsamında birbiriyle bağlantılı olan bu şirketler, aynı binalarda hizmet verebilmekte ve bir kısım işçiler iş görme edimini işverenlerin tamamına karşı yerine getirmektedir. Tüm şirketlerin idare müdürlüğünün aynı şahıs tarafından yapılması, şirketlerin birlikte kullandığı işyerinde verilen muhasebe, güvenlik, ulaşım, temizlik, kafeterya ve yemek hizmetlerinin yine tüm işverenlere karşı verilmiş olması buna örnek olarak gösterilebilir... İşçi tüm şirketlere hizmet ediyor ise, o zaman tüm şirketlerdeki işçi sayısı dikkate alınmalıdır.”*³⁵¹

Birlikte istihdamda işçi, tek bir iş sözleşmesiyle grubu oluşturan şirketlere karşı iş görme borcunu yerine getirmektedir. Bu bağlamda, şirket grubu içindeki işçiler, grup içinde yer alan şirketlerde sırayla ve aynı anda faaliyet gösterebilirler. Ana şirketin işçisi bağlı

³⁴⁹ Sözek, 150-151.

³⁵⁰ İş hukuku doktrindeki bir görüşe göre ayrı tüzel kişilikleri bulunan ve ticaret hukuku açısından farklı birer işletme olan şirketlerden oluşan topluluğun işçi-işveren ilişkileri noktasında ifade edeceği anlamın iş hukuku kurallarına göre belirlenmesi gerekmektedir. Birden çok tüzel kişiliğe sahip şirketlerden meydana gelmekle birlikte ekonomik ve sosyal bir birim oluşturan şirket topluluklarının bir işletme olarak görülmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Bu görüş için bkz. Engin, 214-215; Aydın, İşyeri ve İşletme, 138-139.

³⁵¹ Y9HD, 22.05.2019, E. 2019/4366, K. 2019/11755, KİBB; Y21HD, 14.03.2019, E. 2018/1696, K. 1960, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2019/4, 2973-2978.

(yavru) şirkette iş görme borcunu yerine getirir ya da bağlı şirketler ana şirketin işçisinin ediminden yararlanırlarsa birlikte istihdam ilişkisi kurulmuş olacaktır.³⁵²

Bu durum şirketler topluluğu içinde yer alan bağlı şirketler arasında da görülebilir. Örneğin, işçi, şirket topluluğu içinde yer alan şirketlerden birinde muhasebe şefi olarak çalışmasına karşın, kendi işverenin talimatıyla topluluk içinde yer alan diğer bir bağlı şirkette benzer faaliyetlerini sürdürüyorsa (kendi işvereniyle bağlantısını koparmaksızın) burada da birlikte işverenlik olgusundan bahsetmek gerekecektir.³⁵³

Bununla beraber, birlikte istihdam ilişkisi mutlaka şirket toplulukları veya holdinglere bağlı şirketler arasında bulunmaz. Şirket grupları içinde yer almayan birden fazla işveren arasında da birlikte istihdam olgusu gündeme gelebilir.³⁵⁴ Burada önemli olan bir işçinin birden fazla işverene karşı aynı veya benzer iş görme edimini yerine getirmesidir.

Örneğin Yargıtay, 2009 yılında verdiği bir kararında, Milli Eğitim Bakanlığına bağlı bir ilköğretim okulunda, okul aile birliği tarafından işe alınarak çalıştırılan sekreterin iş akdinin feshedilmesi sonrası okul aile birliği ve Milli Eğitim Bakanlığını, birlikte işveren olarak tespit etmiştir. Yüksek Mahkemeye göre, davacı işçinin ücreti ve primleri, davalı okul aile birliği tarafından yatırılmış olsa da işçi, iş görme edimini her iki işverene karşı birlikte yerine getirmiştir. Davalı okul aile birliği ile Milli Eğitim Bakanlığı arasında, işçinin çalıştırılması noktasında amaç ve menfaatte birlik bulunmaktadır. Davacı işçinin iş görme ediminin her iki işveren yönünden kısmi süreli iş ilişkisi biçiminde ayrıştırılması mümkün değildir; zira işçi aynı anda aynı işverenlere karşı iş görme edimini yerine getirmiştir. Dolayısıyla, taraflar arasında birlikte istihdam ilişkisinin varlığı oluşmuştur.³⁵⁵

³⁵² Koç, 110.

³⁵³ Koç, 110.

³⁵⁴ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, (2014), 198; Süzek, İşveren, 22; Doğan, Bağımlılık, 312; Çelik, Grup Şirketleri, 26. Ayrıca bkz. “Birlikte istihdam olgusunun varlığı için işçinin hizmet edimini ifa ettiği işverenlerin aynı şirketler grubu içinde bulunması zorunlu değildir.” Bursa BAM, 01.03.2019, E. 2018/3305, K. 2019/561, (www.lexpera.com).

³⁵⁵ Y9HD, 03.02.2009, E. 2007/27903, K. 2009/1259, KİBB. İşçinin iş görme edimini aynı anda hem Bakanlığa hem de ilköğretim okuluna sunması durumunun söz konusu olmadığı, dolayısıyla birlikte istihdam ilişkisinin

Ayrıca doktrinde, birlikte işverenliğin, işverenlerden birinin Türk Borçlar Kanununun 206. maddesi uyarınca daha sonradan sözleşmeye katılması yoluyla da kurulabileceği de belirtilmektedir.³⁵⁶

Birlikte istihdamda, işverenler, kanundan ve sözleşmeden doğan tüm hak ve yetkilere sahip oldukları gibi işçinin ödenmeyen ücret, prim ve her türlü işçilik alacaklarından da Türk Borçlar Kanununun 162. maddesi uyarınca birlikte sorumludurlar.³⁵⁷

Yargıtayın yerleşmiş içtihatlarına göre de, “Birlikte istihdam, bir işçinin aynı hizmetini birbiri ile yönetsel, ticari veya sözleşmesel bir bağı bulunan birden fazla işverene sunmasıdır. Bu şirketler grup veya aile şirketi olarak ortaya çıkabilir. Kısmi süreli çalışma gibi ayırım yapılması, hangi şirkete ne kadar hizmet verdiğinin tespiti, çalışmanın iç içe girmesi nedeni ile mümkün değildir. Tüm şirketlerin idare müdürlüğünün aynı şahıs tarafından yapılması, şirketlerin birlikte kullandığı binanın girişinde verilen güvenlik hizmetleri, ulaşım, temizlik, kafeterya yemek hizmetlerinin yine tüm işverenlere karşı verilmesi, işçinin tüm şirketlere aynı anda hizmet etmesi halinde, ücret işverenlerden biri veya birkaçı tarafından ödense de veya sosyal sigorta primi bir başka işverence yatırılrsa da birlikte istihdam söz konusudur. Birlikte istihdam halinde bütün şirketler işçilik alacaklarından müteselsilen sorumludurlar.”³⁵⁸

Sadece işçilik alacaklarından sorumluluk noktasında değil, iş akdinin feshinde de birlikte istihdam tek bir iş ilişkisi olarak kabul edildiğinden fesih, tüm işverenler tarafından

oluşmadığı yönünde kararı eleştiren görüş için bkz. **Koç**, 116. Ancak, Yargıtay 22. Hukuk Dairesi 2018 yılında konuya ilişkin bir kararında Bakanlık ile okul aile birliği arasında asıl işveren-alt işveren ilişkisi olduğu sonucuna varmıştır. Şöyle ki: “Okul aile birliklerinin kuruluş amaçlarına uygun olarak yaptıkları faaliyetler aynı zamanda Milli Eğitim Bakanlığının görev ve sorumlulukları kapsamına girmekte ve ... organizasyonu içinde yerine getirilmektedir. Başka bir anlatımla ... tarafından yapılması gereken bir iş, Bakanlığın bilgisi ve organizasyonu dahilinde Okul Aile Birlikleri tarafından yapılmaktadır. Bu sebeple Bakanlık ile Okul Aile Birliği arasında mevzuattan kaynaklanan bir asıl işveren-alt işveren ilişkisi bulunduğu kabul edilmelidir.” Y22HD, 20.03.2018, E. 2017/9920, K. 2018/7204, KİBB.

³⁵⁶ **Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal**, (2014), 201.

³⁵⁷ **Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal**, (2014), 199; **Süzek**, İşveren, 22; **Yücel Bodur**, Birlikte İşveren, 75.

³⁵⁸ Y9HD, 17.03.2015, E. 2013/16040, K. 2015/10743, (www.lexpera.com). Ayrıca bkz. Y9HD, 15.01.2019, E. 2018/9869, K. 2019/1020; Y9HD, 24.12.2018, E. 2015/27712, K. 2018/23910, KİBB.

veya tüm işverenlere karşı yapılmalıdır. Benzer şekilde işyerindeki işçi sayısının tespitinde de işçi ile işverenler arasındaki ilişki yeknesak bir ilişki olarak kabul edildiğinden, otuz işçi sayısının tespitinde tüm çalışanların toplam sayısı dikkate alınmalıdır. Nitekim Yüksek Mahkemeye göre de, “İşçi tüm şirketlere hizmet ediyor ise, o zaman tüm şirketlerdeki işçi sayısı dikkate alınmalıdır.”³⁵⁹

Alman hukukunda da, Türk hukukuna benzer şekilde birlikte istihdam olgusu kabul edilmektedir. Alman hukukuna göre, işçi aynı zaman diliminde, aynı iş sözleşmesi kapsamında, aynı veya benzer nitelikteki iş görme edimini, birden fazla gerçek veya tüzel kişi işverene sunabilir. Alman Federal İş Mahkemesinin içtihatlarına göre, birlikte istihdamdan söz edebilmek için, işverenlerin şirketler hukuku anlamında belli bir ilişki içinde olmalarına veya tek bir işletmeyi birlikte yönetmelerine ya da iş akdini birlikte akdetmelerine gerek yoktur.³⁶⁰ İşverenler arasında hukuki bir bağlantının bulunması ve aradaki ilişkinin tek bir ilişki olarak nitelendirilebilmesi, birlikte işverenlikten söz etmek için yeterlidir.³⁶¹

Diğer bir deyişle, işçi, tek bir iş sözleşmesine dayanarak birden fazla işverene karşı aynı veya benzer nitelikli bir iş görme borcunu yerine getirmelidir. İşverenler ve işçi arasındaki ilişki yorumlanırken kısmi süreli iş sözleşmesi gibi birden fazla ilişkiden söz edilemiyorsa, yani taraflar arasındaki ilişki ayrıştırılamıyorsa birlikte istihdam gündeme gelir.³⁶²

Örneğin, Federal İş Mahkemesinin bir kararına göre, iki veya daha fazla işverenin işçiyle yaptıkları anlaşma bir bütünün parçası olacak kadar birbirine bağlı ve bölünemez nitelikte olmalıdır. Mahkeme, işverenlerle işçi arasında yeknesak bir iş ilişkisi olmasının bazı hukuki sonuçları olduğunu da karara bağlamaktadır. Buna göre, birlikte istihdamda işverenler, işçinin ödenmeyen ücretinden, primlerinden, diğer işçilik alacaklarından birlikte ve

³⁵⁹ Y9HD, 14.11.2018, E. 2018/2125, K. 2018/20573, KİBB.

³⁶⁰ ErfK/Preis BGB § 611a Rn. 191.

³⁶¹ ErfK/Preis BGB § 611a Rn. 191.

³⁶² BAG, 10.04.2014- 2 AZR 647/13, Rn. 27, (www.beck-online.de).

müteselsilen sorumludurlar. Ayrıca fesih, işverenlerin tamamı tarafından veya tüm işverenlere karşı yapılmalıdır; aksi takdirde kısmi fesih geçerli sonuç doğurmaz.³⁶³

Hamm Eyalet İş Mahkemesinin 2002 yılında verdiği bir karara göre de, eşler ev hizmetinde çalışan kişinin (sözleşmenin tarafı eşlerden sadece biri olsa da) birlikte işvereni konumundadır.³⁶⁴

Birlikte istihdamda yukarıda da belirttiğimiz üzere, işçi, birden fazla işverene karşı aynı veya benzer nitelikteki iş görme edimini aynı zaman dilimi içinde yerine getirmektedir. Birlikte istihdamda işverenlerle işçi arasında tek bir iş ilişkisinin olduğu doktrin ve yargı kararlarıyla da kabul edilmektedir. İşverenler, kanundan ve sözleşmeden doğan hak ve yetkilere sahiptirler. Her ne kadar taraflar arasında tek bir iş ilişkisi olsa da işçi birden fazla işverene karşı iş görme borcunu ifa etmektedir. Böyle bir durum, işverenlerin, işçilere talimat verme yetkisi üzerine yeniden düşünülmesini gerektirmektedir.

Her iki işverenin de işçiye işin yürütümüne ve işçinin işyerindeki davranışlarına ilişkin talimat verme yetkisi bulunmaktadır. Nitekim her iki işveren de işçi üzerinde hukuki sınırlar içinde aynı düzeyde hak ve yetkiye sahiptir. Doktrinde de haklı olarak ifade edildiği üzere, işveren tarafın birden fazla olması, iş sözleşmesinin bağımlılık unsuru üzerinde bir etki yaratmaz.³⁶⁵ İşçi, işverenlere karşı bağımlılık ilişkisi altında iş görme borcunu ve işverenlerin hukuka uygun talimatlarını yerine getirmekle yükümlüdür. İşveren tarafın birden fazla olması, işverenin hak ve yetkilerini bertaraf etmez. İşverenler, işçiye talimat verme, işçiyi denetleme, işçiye disiplin cezası verme yetkisine sahiptirler. Zira, birlikte istihdamda işçi ve işverenler arasındaki ilişki tek bir iş ilişkisi olarak kabul edilmektedir.

³⁶³ BAG, 27.03.1981-7 AZR 523/78, AP BGB § 611 Arbeitgebergrupper Nr. 1, (www.beck-online.de). Karar hakkında ayrıca bkz. **Rid**, 1122. Aynı yönde bkz. **ErfK/Preis** BGB § 611a, Rn. 191.

³⁶⁴ LAG Hamm, 7.10.2002-8 Sa 1758/01 NZA-RR 2004, 125-126, (www.beck-online.de). Ayrıca bu yönde bkz. **ErfK/Preis** BGB § 611a Rn. 191.

³⁶⁵ **Doğan**, Bağımlılık, 313.

5. Matriks Organizasyon (Matrix Structure/Matrix-Strukturen) Yapısına Sahip Şirket Topluluklarında Talimat Verme Yetkisi (Çok Boyutlu Talimat Rejimi)

Şirket topluluklarının faaliyet gösterdikleri alanlar genişledikçe, yönetim yapıları da farklı bir biçime bürünmeye başlamıştır. Her ne kadar şirket topluluklarının çoğu geleneksel-klasik organizasyon modeliyle yönetilmekteyse de son yıllarda şirketler toplulukları yeni bir organizasyon yapısını tercih etmektedirler. Kendine özgü bir talimat verme zincirine sahip olan bu organizasyon biçimine, “*Matriks Organizasyon Yapısı*” adı verilmektedir.³⁶⁶

Matriks yapılar, işlevsel ve organizasyonel düşüncelerle oluşturulmuşlardır.³⁶⁷ Matriks organizasyon yapısı dijitalleşmenin bir sonucu değildir; ancak bu yapılar, dijitalleşen çalışma yaşamında daha anlamlı hale gelişmiştir.³⁶⁸ Proje bazlı çalışmalar her ne kadar geleneksel-klasik organizasyon yapılarında (işçinin, işveren/işveren vekilinin talimatı altında olduğu) yapılabilecek olsa da, işletme yönetimi alanında daha efektif olarak görünen matriks yapı şeklindeki örgütlenmeler, bu çalışma şekli için sıklıkla tercih edilmektedir.³⁶⁹

Ancak, matriks yapı oluşturulurken işletmenin örgütlenme biçimi şirketler topluluğunun hukuki yapısından sapar.³⁷⁰ Bu bağlamda, matriks yapının öncelikle neyi ifade ettiği, özellikleri ve iş hukukundaki (özellikle talimat verme yetkisi açısından) etkileri ele alınmalıdır.

Matriks yapı, özellikle şirketler topluluğunda işletmesel açıdan ideal bir örgütlenme biçimi olarak nitelendirilse de, iş hukukuna yansımaları ciddi sorunları beraberinde getirmektedir. Bu sorunların başında ise talimat verme yetkisinin kimde olduğu, işçinin kişisel verilerinin korunması alanında ortaya çıkabilecek sorunlar, feshe karşı korumanın nasıl

³⁶⁶ Kört, Rn. 1318; Bachner, Rn. 134; Günther/Böglmüller, Rn. 548.

³⁶⁷ Kört, Rn. 1318; Bachner, Rn. 134.

³⁶⁸ Günther/Böglmüller, Rn. 548.

³⁶⁹ Koçel, 383.

³⁷⁰ Kört, Rn. 1318.

olacağı ve işyeri yönetimine katılımın nasıl gerçekleşeceği gelmektedir.³⁷¹ Ancak, biz bu çalışmamızda, konumuz kapsamında olan talimat verme yetkisinin özelliklerini detaylı olarak ele almaya çalışacağız.

a. Matriks Organizasyon Yapısı Kavramı

Matriks organizasyon yapısı, ekonomik açıdan ciddi önem taşıyan ve günümüz iş dünyasında artık sıklıkla karşılaşılan bir fenomendir. Matriks; matematikte sütunlar ve satırlar şeklinde dikdörtgen bir yapı içine dizilmiş sayı veya aritmetik değişkenler sistemini ifade etmektedir.³⁷² Bunun dışında, matriks yapının genelgeçer bir tanımı olmadığı gibi hukuki bir karşılığı da bulunmamaktadır.³⁷³

Genel olarak matriks yapı, şirket topluluklarında bir tür organizasyonel örgütlenme biçimini ifade etmek amacıyla kullanılan bir kavramdır.³⁷⁴ İşletme yönetimi açısından matriks yapılar, çok boyutlu bir organizasyon yapısı olarak nitelendirilmektedir.³⁷⁵

Geleneksel-klasik işletme yapıları, piramit şeklinde örgütlenmektedir. Bu yapılar, dikey hiyerarşik yapılar olarak da betimlenmektedir.³⁷⁶ Piramit yapılar, örneğin işletmenin uzmanlık (işlevsel/fonksiyonel) bölümleri olan alım-üretim-pazarlama-dağıtım-muhasebe-IT gibi alanlara ayrılır. Bu uzmanlık alanları kural olarak tek bir yönetim altında örgütlenmektedirler. Bu üst yönetim, alt birimlere doğrudan talimatlar vermenin yanı sıra işle ilgili her türlü denetimi de yapmaktadır. Her bir alt biriminde yer alan kişiler kendi üstlerine karşı gerekli yükümlülükleri yerine getirmek zorundadırlar.³⁷⁷

Diğer bir deyişle, geleneksel-klasik organizasyon yapısında, talimat birliği ilkesi geçerlidir. Dolayısıyla bu yapılar, dikey ilişkiler esasına dayalı tek boyutlu organizasyon

³⁷¹ Bu konuda bkz. **Bauer/Herzberg**, Rn. 713-719.

³⁷² **Witschen**, Rn. 38; **Küttner/Schmidt** Matrixorganisation, Rn. 1.

³⁷³ **Kort**, Rn. 1318; **Maywald**, 18; **Schaub, ArbR-Hdb/Koch** § 187 Matrix-Strukturen, Rn. 1-2.

³⁷⁴ **Fritz**, NZA 2018, Rn. 98.

³⁷⁵ **Fritz**, NZA 2018, Rn. 98; **Küttner/Schmidt** Matrixorganisation, Rn. 1.

³⁷⁶ **Kort**, Rn. 1318.

³⁷⁷ **Kort**, Rn. 1318.

ağları olarak nitelendirilmektedir.³⁷⁸ Ancak, matriks yapılar, işletmelerdeki bu tek boyutlu yapıyı değiştirmiş ve işletme çapında uzmanlık alanlarına (fonksiyonlara) ve üretim alanlarına göre ayrılmış farklı bölümler oluşturmuştur. Matriks organizasyonda uzmanlık alanlarıyla³⁷⁹ ürün ya da bölgeye ilişkin bölümler arasında bağlantı kurulmaktadır.³⁸⁰

Matriks yapılarda, dikey sorumluluğun yanına, bir de yatay sorumluluk eklenmiştir. Böylece ortaya matriksin özünü oluşturan *çok boyutlu yapılar* çıkmıştır.³⁸¹ Matriks yapılarda, iş süreçlerinin yönetimi farklı birimlerin katkılarıyla ortaya çıkmaktadır. Matriks yapılar, proje bazlı işlerde de kısa süreliğine kurulabilir.³⁸²

Matriks yapılarda belirli merkezi işlevler, şirketler topluluğundaki hakim şirkette veya topluluğa bağlı birden fazla şirkette toplanırken; diğer bağlı şirketlerin işlevleri azaltılmakta ya da tamamen ortadan kaldırılmaktadır.³⁸³ Matriks organizasyonun amacı, bağlı şirketlerin yönetim yapılarını ekonomik nedenlerle standartlaştırmaktır. Bu anlamda şirketler topluluğunun yapısı tüm bağlı şirketleri kapsayacak şekilde belirli ürün gruplarına ve uzmanlık alanlarına (fonksiyon/işlev) göre matriks dağılım içinde bir araya getirilmektedir.³⁸⁴

Matriks organizasyon yapısının en belirgin özelliği, yönetim yapılarının birden fazla olmasıdır. Şirket topluluklarında hakim şirket, ilk hiyerarşik düzeyde yer almaktadır. Üst yönetimin altında ise iş organizasyonu, uzmanlık (fonksiyonel/işlevsel) bölümlerine (araştırma-geliştirme-üretim- pazarlama-muhasebe gibi), ürünlere (A, B, C ürünü gibi) ve bölgelere (Amerika, Avrupa, Almanya, Türkiye gibi) göre ayrılmaktadır.³⁸⁵

Matriks organizasyon yapısına sahip şirket topluluklarında uzmanlık-üretim matriksi; uzmanlık-bölge matriksi; üretim-bölge matriksi ya da uzmanlık-üretim-bölge matriksi

³⁷⁸ Koçel, 256-257.

³⁷⁹ İşlevsel (fonksiyonel) alanlardan kastımız, şirketin alım, pazarlama, üretim, insan kaynakları, araştırma-geliştirme gibi bölümleridir.

³⁸⁰ **MüKoAktG/Spindler** AktG § 77 Rn. 67.

³⁸¹ **Maywald**, 19; **Kort**, Rn. 1318; **Fritz**, NZA 2018, Rn. 98.

³⁸² **Witschen**, Rn. 39.

³⁸³ **Kort**, Rn. 1318; **Henssler**, NZA-Beil. 2014, Rn. 101.

³⁸⁴ **Kort**, Rn. 1318; **Henssler**, NZA-Beil. 2014, Rn. 101.

³⁸⁵ **Maschmann**, NZA 2017, Rn. 1557.

ayrımları karşımıza çıkmaktadır.³⁸⁶ Bu yönüyle matriks yapılar, şirketler hukukunun şirketler topluluğu için çizdiği çerçeveden de uzaklaşmış olmaktadır.³⁸⁷

Matriks yapıların farklı görünüm biçimleri vardır. Bu yapılar asla statik değildir. Tersine, matriks, taraflar arasında karşılıklı bağımlılıkların olduğu esnek ve dinamik bir sistem yaratmaktadır.³⁸⁸ Matriks organizasyon yapısına sahip şirket topluluklarının yönetim merkezi yabancı bir ülkede olabileceği gibi bunun aksi de mümkündür.

Matriks yapı, yeni bir işletme modeli değildir. İlk olarak 1950'li yıllarda Amerika Birleşik Devletleri Savunma Bakanlığı projelerinde, uzay ve havacılık endüstrilerinde tercih edilmeye başlanmıştır. Dünyanın en büyük ikinci kimya şirketi olan *Dow Chemical* ve *Dow Corning* matriks yapı şeklinde örgütlenmenin özel sektördeki ilk örneklerindendir. *Ford Şirketi* de 1990 yılından 2001 yılına kadarki süreçte tüm organizasyon yapısını matriks yapı modeline dönüştürmüştür. Şirket, bu yolla dünya genelindeki üretim, pazarlama, satım ve araştırma-geliştirme faaliyetlerini iyileştirmeyi amaçlamıştır.³⁸⁹ Bunların dışında örneğin, *Dünya Bankası*, *Siemens*, *BASF*, *E.ON*, *Hugo Boss*, *SAP*, *Ford*, *Philips*, *Alman Birleşik Hizmetler Sendikası (Ver.di)* vb. matriks yapı şeklinde örgütlenmektedir.³⁹⁰

Aşağıda geleneksel-klasik organizasyon yapısı (Şema-I) ve matriks organizasyon yapısı modelini (Şema-II) şekiller üzerinde göstereceğiz.

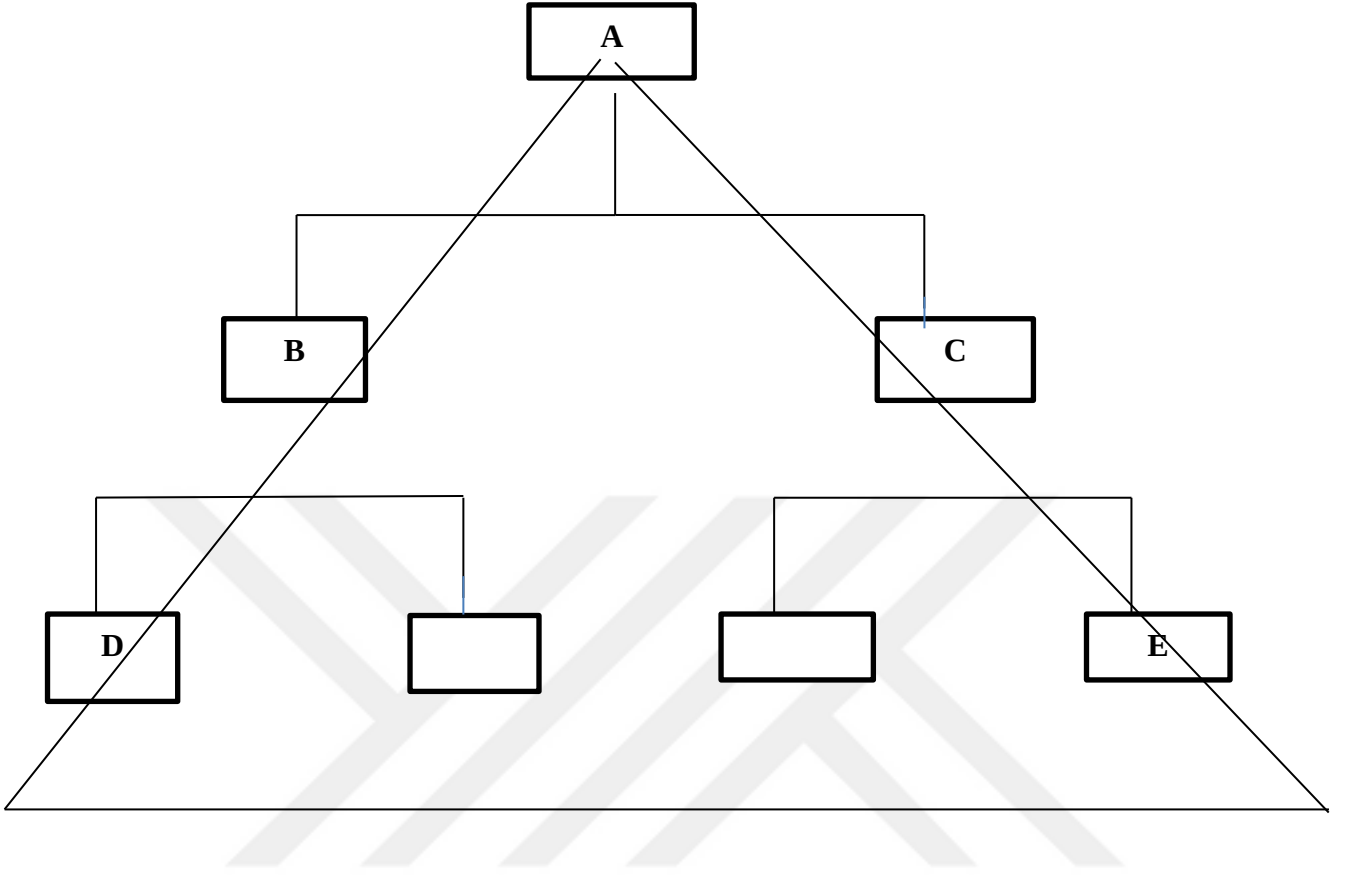
³⁸⁶ **Maywald**, 19-20.

³⁸⁷ **Küttner/Schmidt** Matrixorganisation, Rn. 1.

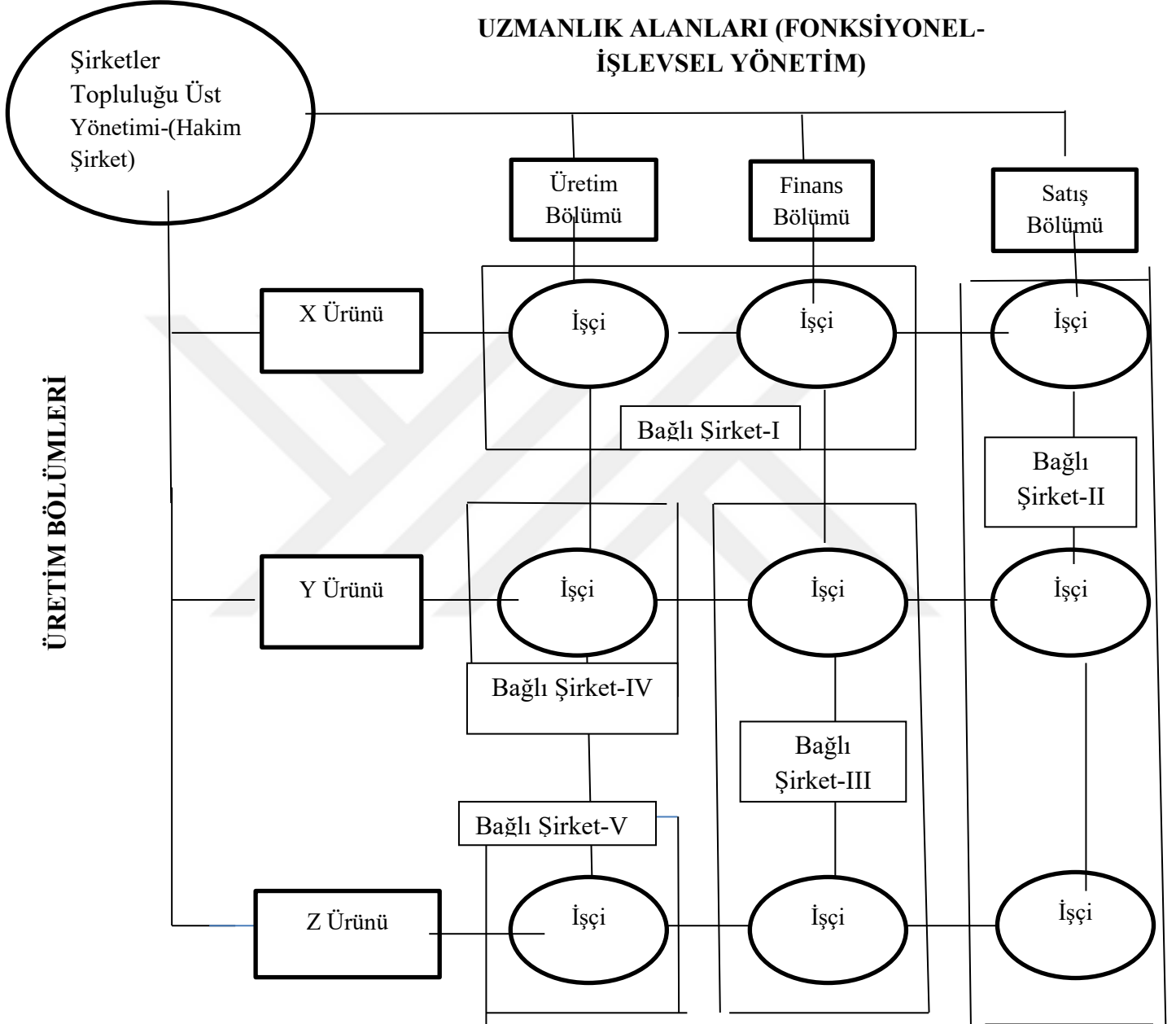
³⁸⁸ **Witschen**, Rn. 39.

³⁸⁹ Detaylı bilgi için bkz. **Maywald**, 20.

³⁹⁰ **Kort**, Rn. 1318; **Witschen**, Rn. 41.



³⁹¹ Koçel, 257.



³⁹² Bauer/Herzberg, Rn. 713.

b. Matriks Yapı Şeklinde Örgütlenmenin Avantajları ve Dezavantajları

Matriks biçimde örgütlenmenin çeşitli avantajları ve dezavantajları bulunmaktadır. Öncelikle matriks yapı, giderek karmaşılaşan işletme yapılarını kontrol altında tutmaya yarayan bir organizasyon aracıdır. Matriks yapının en önemli avantajı, yetki ve sorumluluk arasında esneklik sağlamaktır. Çok boyutlu yapılar aracılığıyla ve iş süreçlerini uzmanlık bölümleri ile disipline ilişkin bölümlere ayırarak, yönetim merkezinin yükü hafifletilmektedir.³⁹³

Birimler arasındaki iletişim daha hızlı, bürokratik işler ise daha seyrek. İş organizasyonu, uzmanlık bölümleri ve proje bölümlerine ayrıldığı için farklı birimlerden seçilerek oluşturulan iş ekipleri, daha hızlı ve etkin şekilde sonuca ulaşırlar.³⁹⁴ Zira matriks yapı şeklinde örgütlenen şirket toplulukları, farklı nitelikteki işgücünden, farklı ücret seviyeleri sunarak, farklı hukuki çerçeve şartları içinde ve gerekirse farklı ülkelerdeki işçilerden yararlanabilirler.³⁹⁵

Matriks yapılarda ekipler, özellikle uluslararası projelerde, önemli müşteriler için oluşturulmaktadır. İşletme yönetimi açısından ise matriks yapı, verimlilik ve esneklik perspektifi içinde değerlendirilir ve işyerinde sinerji yaratmak amacıyla kullanılır. Bu verimlilik ve sinerji ise şirketler topluluğu çapında karar verme yetkisinin matriks yöneticiye verilmesiyle gerçekleşmektedir.³⁹⁶ Şirketler topluluğunun üst yönetimi (hakim şirket) matriks yönetici aracılığıyla matriks yapı içinde yer alan kendisine bağlı şirketlerin işlemleri üzerinde doğrudan etki kurabilmektedir.³⁹⁷

Matriks yapı çeşitli avantajlar sunsa da, bu tarz bir örgütlenme biçimi ciddi sakıncaları, içerisinde barındırmaktadır. Öncelikle, matriks yapı çok karmaşıktır. İşçiler kime

³⁹³ Bauer/Herzberg, Rn. 714.

³⁹⁴ Bauer/Herzberg, Rn. 714.

³⁹⁵ Bauer/Herzberg, Rn. 714.

³⁹⁶ Kort, Rn. 1319.

³⁹⁷ Kort, Rn. 1319.

karşı sorumlu olduklarını kimi zaman bilememekte, bu da hukuki gereklerin yerine getirilmesi açısından riskler taşımaktadır. Matriks yapıda kimlerin hangi işleri yerine getireceği ve hangi pozisyonlarda olduğu açıklığa kavuşturulmazsa işletmesel bir yönetim krizi yaşanabilir.³⁹⁸

Çok boyutlu bir organizasyon şekli olan matriks yapının karar alma mekanizmalarında birden fazla kişi yer almaktadır. Bu da hızlı bir şekilde karar alınmasına bazen ket vurabilmektedir. İşçiler birden fazla yöneticiye rapor vermek zorunda olduğundan, kurumsal iletişim masraflı ve zor bir hale gelebilmektedir.³⁹⁹ Bunların dışında, matriks yapıda yetki ve sorumluluk oldukça esnek olduğu ve bir işin başında birden fazla yetkili kişi bulunduğundan, taraflar arasında güç mücadelesi yaşanması olasıdır.

Matriks yapının iş hukuku açısından doğurabileceği ciddi bir sakınca ise işçilerin sadece iş sözleşmesinin tarafı olan işverenin talimatları altında olmamalarıdır. Nitekim, işçiler hakim şirket tarafından seçilen matriks yöneticilerden de talimatlar almaktadırlar.⁴⁰⁰

c. Matriks Yapıda İş İlişkileri

Matriks organizasyon yapısına sahip şirketler topluluğunda, yukarıda da belirttiğimiz üzere, tüm merkezi işlevler hakim şirkette veya şirketler topluluğuna bağlı birden fazla şirkette toplanırken, diğer bağlı şirketlerin işlevleri azaltılmakta veya tamamen ortadan kaldırılmaktadır. Matriks yapıda geleneksel-klasik hiyerarşik düzen değiştirilerek, şirketler topluluğu çapında uzmanlık alanları-ürünler ve/veya bölgelere göre ayrımlara gidilerek çok boyutlu yapılar oluşturulmaktadır. Bu organizasyon türünde, dikey sorumluluğun yanına bir de yatay sorumluluk eklenmiştir.

Şirketler hukuku açısından matriks sistemin ilk hiyerarşik düzeyinde, şirketler topluluğunun üst yönetimi (hakim şirket) olan matriks yönetim (*Konzernleitung-Matrixleitung*) yer almaktadır. Matriks yönetiminin (hakim şirket) altında ise şirketler

³⁹⁸ Bauer/Herzberg, Rn. 714.

³⁹⁹ Bauer/Herzberg, Rn. 714.

⁴⁰⁰ Bauer/Herzberg, Rn. 714.

topluluğu belirli ürünlere-bölgelere ve fonksiyonlara (üretim, pazarlama, satış, araştırma-geliştirme) göre ayrılmaktadır. Bu işlev, ürün ya da bölgelere göre tanımlanan şirketler topluluğunun alanları matriks yöneticiler (*Matrixmanager*) tarafından yönetilir.⁴⁰¹

Matriks yöneticiler genellikle şirketler topluluğunun üst yönetimi (hakim şirket) tarafından istihdam edilirler. Her bir işlevsel, ürüne ilişkin yahut bölgesel alanın başına bu alanlardan sorumlu olacak matriks yöneticiler, üst yönetim tarafından seçilmektedirler. Bu kişiler kendi alanlarına ilişkin konularda şirketler topluluğu çapında geçerli kararlar alabilirler.⁴⁰²

Matriks yöneticiler, şirketler topluluğun bünyesinde yer alan ancak hukuken bağımsız olan şirketlere talimatlar verebilir ve bu şirketlerin yetkili organlarından konuya ilişkin raporlar isteyebilirler. Nitekim, matriks yapılarda *çift raporlama* ve *yönetim sisteminin* birbirine bağlanması söz konusudur.⁴⁰³ Matriks yöneticiler ayrıca, bağlı şirketlere (*Tochter- und Einzelgesellschaft*) de doğrudan talimat verebilirler.⁴⁰⁴

Matriks yöneticiler sadece matriks yapı içinde yer alan bağlı şirketlerin üst yönetimine değil, aynı zamanda bu şirketlerde çalışan işçilere de doğrudan talimat verirse bu noktada iş hukukuna ilişkin kurallar devreye girmektedir.⁴⁰⁵

Zira, matriks organizasyon yapısının, bu yapı içerisinde istihdam edilen işçilerin iş ilişkileri üzerinde ciddi etkisi vardır. İş hukuku açısından matriks yapılar, sözleşmenin tarafı işverenden bağımsız olarak bir iş organizasyonunun oluşturulmasıyla karakterize olmaktadır.⁴⁰⁶

⁴⁰¹ Kort, Rn. 1318; Bachner, Rn. 134.

⁴⁰² Kort, Rn. 1318; Bachner, Rn. 134.

⁴⁰³ Kort, Rn. 1318; Bachner, Rn. 134.

⁴⁰⁴ Maschmann, NZA 2017, Rn. 1557.

⁴⁰⁵ Kort, Rn. 1319.

⁴⁰⁶ Kort, Rn. 1319.

Matriks yapıda üç kilit rol vardır. Bunlar; şirketler topluluğunun üst yönetimi (hakim şirket) olan matriks yönetim (*Matrixleitung*), matriks yöneticiler (*Matrixmanager*) ve sözleşmenin tarafı işverendir (*Vertragsarbeitgeber*).⁴⁰⁷

Yukarıda da belirttiğimiz üzere hakim şirket, şirketler topluluğunun üst yönetimi olarak (matriks yönetim olarak da nitelendirilmektedir), stratejik kararlar alır ve tüm organizasyon yapısını koordine ederek dengede tutar. Şirketler topluluğunda hakim şirkete bağlı yavru şirketler bulunmaktadır.⁴⁰⁸

İşte bu bağlı şirketler, matriks organizasyon yapısına göre şekillenen matriks yönetim altında uzmanlık alanlarına-ürünlere ve bölgelere göre ayrılmış farklı yönetim yapıları içerisinde dizilirler. Şirketler topluluğundaki her bir şirket⁴⁰⁹ hukuken ayrı bir tüzel kişiliğe sahip olduğundan, şirketler, istihdam ettikleri işçilerin işvereni konumundadır. Dolayısıyla, bu şirketler “iş sözleşmesine taraf işveren” (*Vertragsarbeitgeber*) olarak nitelendirilmektedir.⁴¹⁰

Ancak, matriks yapıyı iş hukuku açısından çetrefilli kılan husus; işçinin sadece sözleşmenin tarafı işveren için çalışmıyor olmasıdır. Matriks organizasyon yapısı şeklinde örgütlenen şirketler topluluğu, yukarıda da belirttiğimiz üzere uzmanlık alanlarına (üretim-satış-pazarlama-finance-araştırma/geliştirme, vb.), ürünlere ve/veya bölgelere ayrılmaktadır. Her bölümün başına hakim şirket (matriks yönetim) tarafından farklı bölümlerden sorumlu olmaları için matriks yöneticiler (*Matrixmanager*) atanmaktadır.

Matriks yöneticilere “yönetici birim” (*Steuernde Einheit*) de denilmektedir. Matriks yöneticiler (veya yönetici birim) matriks yapı aracılığıyla şirketler topluluğunu, başında

⁴⁰⁷ Witschen, Rn. 39; Richardi BetrVG/Maschmann BetrVG §1 Rn.101; Kort, Rn. 1319.

⁴⁰⁸ Türk Ticaret Kanunu m. 195/4: “Hakim şirkete doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulunan şirketler, onunla birlikte şirketler topluluğunu oluştururlar. Hakim şirketler ana, bağlı şirketler yavru şirket konumundadır.”

⁴⁰⁹ Türk Ticaret Kanununun 195.maddesine göre bir şirketler topluluğunun bulunabilmesi için biri hakim, diğeri bağlı konumunda bulunan en az iki şirketin bulunması gerekir. TTK m. 195/1’e göre de bu şirketler ticaret şirketi olmalıdır. Bu yönde detaylı bilgi için bkz. Okutan-Nilsson, 67.

⁴¹⁰ Witschen, Rn. 39; Richardi BetrVG/Maschmann BetrVG §1 Rn.101; Kort, Rn. 1319.

oldukları bölümlerle (örneğin, uzmanlık alanlarından biri olan üretim bölümü) ilgili olarak bağlı şirketlerdeki işçilere (ve yönetime) doğrudan talimatlar vererek yönetirler.⁴¹¹

Şirketler topluluğuna bağlı şirketlerde çalışan işçiler hem iş sözleşmesine taraf olan işverenlerinin talimatı altında hem de matriks organizasyon yapısının olanaklı kıldığı ve aralarında sözleşmesel bir ilişki bulunmayan matriks yöneticilerin talimatları altındadırlar. Sözleşmenin tarafı işveren ile matriks yöneticiler arasında bir astlık-üstlük ilişkisi bulunmamaktadır. Burada işveren ve matriks yönetici, matriks hücrenin (*Matrixzelle*) sorumluluğunu paylaşmaktadırlar.⁴¹² Dolayısıyla, işçi iki ayrı kişiye (*Diener zweier Herren*) karşı iş görme borcunu yerine getirmektedir.⁴¹³

Konuyu bir örnek üzerinden açıklamak gerekirse; (X) şirketler topluluğu, motorlu araç üretmektedir. Şirketler topluluğuna bağlı birden fazla ticaret şirketi bulunmaktadır. (X) şirketler topluluğu kendi bünyesindeki üretimi standartlaştırmak amacıyla matriks organizasyon modelini uygulamaktadır. Bu anlamda ürün-uzmanlık matrisini kullanmaktadır. Ürün grupları arasında otomobil, kamyonet ve otobüs bulunmaktadır. Matriksin uzmanlık bölümlerini ise üretim, geliştirme ve satış birimleri oluşturmaktadır. Matriks yönetimin altında otomobil geliştirmesi yapan bir limited şirket, kamyonet üreten bir limited şirket ve otobüslerin satışını yapan bir limited şirket bulunmaktadır. Bu bağlı şirketler her bir alanda çalışan işçilerin işvereni konumundadır. Bağlı şirketlerin müdürleri ise her bir bölümden sorumlu olan matriks yöneticilere düzenli olarak rapor vermektedirler.⁴¹⁴ Aşağıda, verdiğimiz örnek şema üzerinden gösterilmektedir.

⁴¹¹ Kort, Rn. 1319.

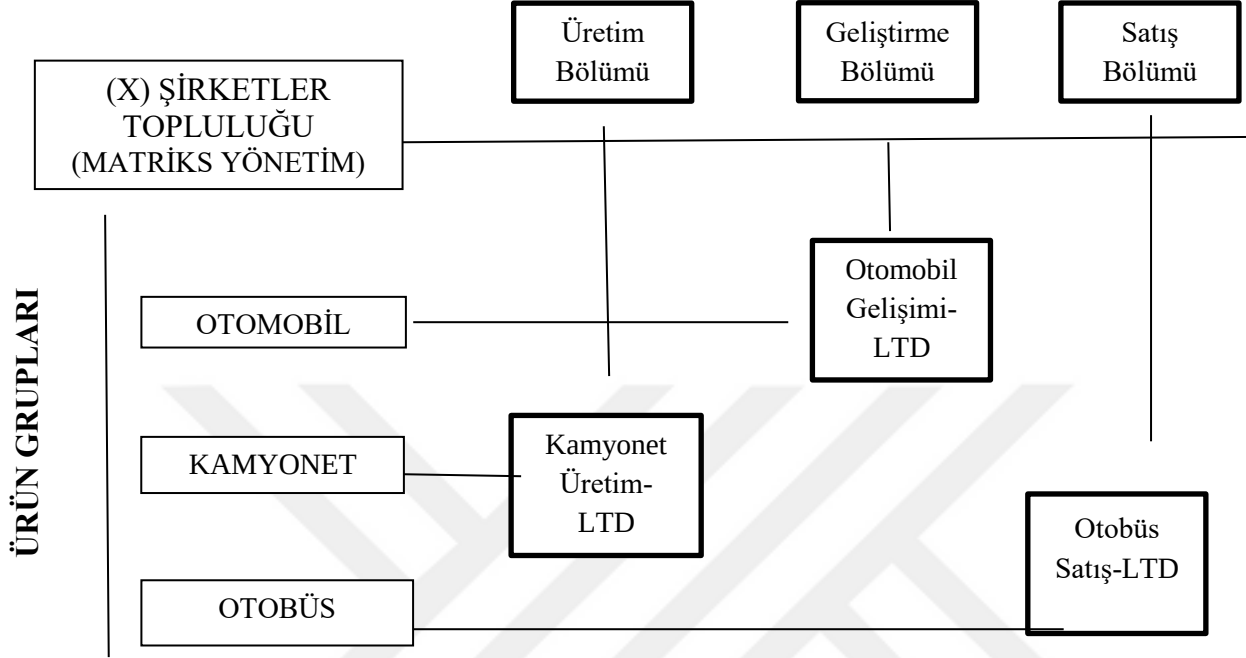
⁴¹² Witschen, Rn. 39; Richardi BetrVG/Maschmann BetrVG §1 Rn.101; Kort, Rn. 1319.

⁴¹³ Maschmann, NZA 2017, Rn. 1558; Henssler, NZA-Beil. 2014, Rn. 101; Bitsch, Rn. 696; Fritz, Anmerkung, 2.

⁴¹⁴ Witschen, Rn. 42.

ŞEMA-III: (X) Şirketler Topluluğunun Yapısı

UZMANLIK ALANLARI (FONKSİYONEL-İŞLEVSEL YÖNETİM)



Matriks yapı birden fazla karmaşık ilişkiyi içinde barındığı için iş hukuku açısından çözümlenmesi gereken sorunların başında, işçi ile işveren/matriks yönetim arasında yeknesak bir iş ilişkisinin mi yoksa birden fazla iş ilişkisinin mi olduğu gelmektedir.

Matriks organizasyon yapısına sahip şirketler topluluğuna bağlı şirketlerde çalışan işçiler sadece sözleşmenin tarafı işverene değil, aynı zamanda matriks yöneticilere (yönetici birime) karşı da iş görme edimini yerine getirmektedirler. Bu yönüyle matriks yapılarıdaki işçilerin çalışma biçimi, klasik iş ilişkilerinden ayrılmaktadır.

Matriks yapı içindeki şirketlerde çalışan işçiler, işe ilişkin talimatları matriks yöneticilerden; buna karşın disipline ilişkin konulardaki talimatları ise sözleşmenin tarafı işverenden alırlar. Bazı durumlarda birden fazla matriks yönetici de işçiye talimat verebilir.⁴¹⁵

Matriks organizasyon yapısını özgün kılan da işte bu; bölünmüş bir iş ilişkisinin varlığıdır. Ancak bu durum işçi ve matriks yönetici (yönetici birim) arasında bir iş akdinin (zımni olarak dahi) kurulduğu anlamına gelmez.⁴¹⁶ Zira matriks yöneticinin işveren olarak nitelendirilebilmesi için gerekli kriterler bulunmamaktadır.

İşçi ile işveren arasındaki ilişkinin temelini iş sözleşmesi oluşturmaktadır. Öyle ki, iş sözleşmesinin akdedilmesiyle işçi ve işveren arasında iş ilişkisi meydana gelmektedir. İş sözleşmesi, işçinin bağımlı olarak iş görmeyi, işverenin de buna karşılık ücret ödemeyi üstlenmesinden oluşan sözleşmedir (BGB § 611a, İş Kanunu m. 8 ve TBK m. 393). Bu tanıma göre, iş sözleşmesi, iş görme, bağımlılık ve ücret unsurlarından oluşan bir özel hukuk ilişkisidir. Bağımlılık unsuru, iş sözleşmesini diğer iş görme sözleşmelerinden ayırt eden ve dahi karakterize bir unsurdur. İşçinin işverenin talimatları altında iş görme borcunu yerine getirmesi, taraflar arasında hukuki bir hiyerarşi yaratmaktadır. Dolayısıyla bu bağımlılığın, hukuki ve kişisel bir bağımlılık olduğu kabul edilmektedir.

⁴¹⁵ **Maschmann**, NZA 2017, Rn. 1558.

⁴¹⁶ **Maywald**, 129; **Kort**, Rn. 1320; **Schaub**, ArbR-Hdb/Koch § 187 Matrix-Strukturen, Rn. 2; **Meyer**, Rn. 1329.

İşveren, yönetim hakkına dayanarak işçiye verdiği talimatlar aracılığıyla işin yürütümünü ve işyeri düzenini sağlar. Ayrıca, işveren, işin sahibi de olarak işin denetimini yapar ve gerektiğinde işçilere disiplin cezası verebilir.⁴¹⁷

Bu anlamda, matriks organizasyon yapısında işçi ile işveren konumunda olan matriks şirketi arasında bir iş akdi bulunmaktadır. İşçi, matriks şirketin işçisidir. Ancak, matriks yapılar organizasyonel olarak farklı yapılardır. Matriks yapıların özelliğini yönetim yapılarının birden fazla olması oluşturmaktadır. Bunun sonucu olarak da ortaya, yönetim hakkının paylaşılması çıkmaktadır.⁴¹⁸ Ancak, bu durum işçi ve işveren arasında tek bir iş akdinin bulunduğu gerçeğini değiştirmemektedir. Çünkü, matriks yapılarda, matriks yöneticiler (yönetici birim) kendi alanlarına ilişkin konularda, sadece işin yürütümüne ilişkin talimat verebilirler. Buna karşın, işin denetimi ve disipline ilişkin (iş ilişkisinin değiştirilmesi ve sona ermesi gibi) konularda, sözleşmenin tarafı işveren yetkilidir.⁴¹⁹

Doktrinde, *Maschmann* bu durumu, “işveren işlevlerinin paylaşılmasının ayna etkisi-yansıması” olarak nitelendirmektedir.⁴²⁰ Zira, matriks yöneticinin talimat verebilmesinin kaynağını, işçi ile işveren arasındaki iş sözleşmesi oluşturmaktadır. Matriks yöneticiler bu ilişkide kendi alanlarına giren konuları aşmamak kaydıyla şirketler topluluğuna bağlı ve fakat hukuken bağımsız şirketlerin işçilerine işe ilişkin konularda doğrudan talimatlar verebilmektedirler. Bu durum da taraflar arasında (matriks yönetici ile işçi arasında) bir iş akdinin kurulduğunu göstermemektedir.⁴²¹

⁴¹⁷ **Başterzi**, Avukatla Bağtlanan Sözleşme, 181, 183; **Doğan**, Bağımlılık, 128-129.

⁴¹⁸ **Kort**, Rn. 1320; **Schaub**, **ArbR-Hdb/Koch** § 187 Matrix-Strukturen, Rn. 2.

⁴¹⁹ **Maywald**, 129-130; **Kort**, Rn. 1320; **Schaub**, **ArbR-Hdb/Koch** § 187 Matrix-Strukturen, Rn. 2.

⁴²⁰ **Richardi BetrVG/Maschmann BetrVG** § 1 Rn.105.

⁴²¹ Nitekim, *Schmidt*’e göre, matriks yapıdaki iş ilişkilerinde birlikte istihdam veya çifte iş ilişkisi de kurulması söz konusu değildir. Zira, tarafların iradesi tek bir iş sözleşmesi akdetmektir. Matriks şirketine istihdam edilen işçiler (tamamı veya bir kısmı) sadece matriks yöneticinin işe ilişkin konularda verdiği talimatların altına girmekte ve onların işyerlerinde çalışmaktadırlar. Bu yönde bkz. **Küttner/Schmidt** Matrixorganisation, Rn. 6.

Doktrinde, işçilerin şirketler topluluğuna bağlı başka bir birimin (örneğin, hakim şirketin) talimatları altına girerek onun işyerine dahil olması yoluyla bir iş ilişkisinin kurulup kurulamayacağı da tartışılmıştır.⁴²²

İşçi ve işveren arasındaki iş ilişkisi çoğunlukla iş sözleşmesi aracılığıyla kurulduğu için iş ilişkisi ve iş sözleşmesi kavramları bir arada kullanılmaktadır. İşçi ve işveren arasındaki hukuki ilişkinin kaynağı kural olarak iş sözleşmesi olsa da bazı durumlarda -özellikle iş sözleşmesinin geçersizliği veya hükümsüzlüğünde⁴²³ -bu iki kavramın birbirinden ayrılarak incelenmesinde yarar olduğu görüşü doktrinde ileri sürülmektedir. İş sözleşmesi ve iş ilişkisi kavramlarının açıklanmasında iki teori ortaya atılmıştır. Bunlardan ilki, katılma teorisi (*Eingliederungstheori*); diğeri ise sözleşme teorisidir (*Vertragstheorie*).⁴²⁴

Katılma teorisi, ilk defa Alman Hukukçular *Nikisch* ve *Siebert* tarafından geliştirilmiştir. Bu teoriye göre, iş ilişkisi iş sözleşmesinin yapılmasıyla değil, işçinin işyerinde fiilen işe başlamasıyla-işyerine dahil olmasıyla oluşmaktadır.⁴²⁵ Sözleşme teorisine göre ise, bir iş ilişkisi iş sözleşmesinin akdedilmesiyle doğmaktadır. Diğer bir deyişle, iş sözleşmesi, iş ilişkisinin temelini oluşturmaktadır.⁴²⁶

Bu iki teoriyi açıklamak için verilen örnek ise şudur: 1 Nisanda işçinin işe başlaması şartıyla 2 Martta iş sözleşmesi yapılmış; fakat işçi herhangi bir nedenle ancak 10 Nisanda işe başlamış olsa, katılma teorisine göre işçi 10 Nisanda; sözleşme teorisine göre de 1 Nisanda işe başlayacaktır.⁴²⁷

⁴²² **Maywald**, 132.

⁴²³ **Akyiğit**, Hizmet Akdinin Kesin Hükümsüzlüğü ve İptal Edilebilirliği, 11-39, 40-52; **Süzek**, İş Akdinin Geçersizliği, 135-140; **Özkaraca/Ünal**, 385-398.

⁴²⁴ **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, 173-174.

⁴²⁵ *Arthur Nikisch ve Wolfgang Siebert*'in görüşlerini aktaran **MüKoBGB/Spinner** BGB §611a Rn. 80; **Maywald**, 132; **Esener**, 141; **Tunçomağ**, 92-93. Yazara göre, katılma teorisi kuramsal açıdan daha doğru görünmektedir. Buna göre, iş ilişkisinin meydana gelmesi için mutlaka iş sözleşmesine ihtiyaç yoktur. Dolayısıyla, iş sözleşmesi terimini iş ilişkisi olarak anlamak ve yorumlamak daha yerindedir. Bu yönde bkz. **Tunçomağ**, 93. Ayrıca bkz. **Güzel**, Hizmet Akitlerine Etki, 130-135.

⁴²⁶ **MüKoBGB/Spinner** BGB §611a Rn. 80; **ErfK/Preis** BGB § 611a Rn. 21; **Esener**, 142; **Başterzi**, Kesinti, 57-58; **Doğan**, Bağımlılık, 51-52.

⁴²⁷ **Esener**, 143; **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, 174.

Katılma teorisini savunan yazarlar, sözleşme teorisinin özellikle geçersiz iş ilişkilerinde o güne kadar yapılan çalışmanın yok sayılmayacağını ve fiili iş ilişkisi hususunu açıklamakta yetersiz kaldığını ileri sürmektedirler.⁴²⁸ Sözleşme teorisini savunan yazarlar ise, bu eleştiri karşısında, geçersiz bir iş sözleşmesinin dahi bir iş ilişkisi kurmaya yeterli olduğunu ileri sürmüşlerdir.⁴²⁹ Katılma teorisine getirilen eleştirilerin başında ise, taraflar arasında her ne kadar fiili bir ilişki olsa dahi, işçinin işyerinde çalışmaya başlamasından önce (işyerine katılmasından önce) taraflar arasında karşılıklı iradelerin uygunluğunun gerekmesi gelmektedir. Bu da taraflar arasında bir sözleşme ilişkisi olduğunu göstermektedir.⁴³⁰

Katılma teorisine getirilen bir diğer eleştiri ise, iş ilişkisinin diğer yükümlülüklerinden olan ücret ödeme, sadakat borcu ve işverenin işçiyi gözetme borcu gibi konularda bir açıklama getirememesidir.⁴³¹ Katılma teorisini savunanlar, kendilerine yöneltilen haklı eleştiriler karşısında geçersiz iş sözleşmeleri hariç iş ilişkisinin işçinin işyerine katılmasıyla oluştuğu görüşünü terk etmişlerdir.

Günümüzde iş ilişkisinin, işçi ve işveren arasında akdedilen sözleşmeyle kurulduğu görüşü esas alınmaktadır.⁴³² Öyle ki, doktrinde, işçinin işyerine katılmasıyla ortaya çıkan ilişkinin, iş sözleşmesinin kurulmasıyla başlayan hak ve yükümlülüklerin özgün bir niteliğe bürünmesi ve genişletilmesinden başka bir şeyi ifade etmediği de ileri sürülmüştür.⁴³³

Buna karşın yine doktrinde, olayların bu teorilerden sadece birine göre çözümlenmesi yerine, her olayın özelliklerine göre, bu teorilerden duruma uygun olanın seçilmesi gerektiği

⁴²⁸ Kılıçoğlu, Fiili Sözleşme İlişkisi, 743-744.

⁴²⁹ Hromadka/Maschmann, 148.

⁴³⁰ Hromadka/Maschmann, 148.

⁴³¹ Doğan Yenisey, İşyeri ve İşletme, 91-92; Doğan, Bağımlılık, 54.

⁴³² ErfK/Preis BGB § 611a Rn. 21; Hromadka/Maschmann, 148; Schaub, ArbR-Hdb/Linck § 29, Rn. 8; Esener, 143; Güzel, Hizmet Akitlerine Etki, 135-136; Arslan Ertürk, Sadakat, 79.

⁴³³ Engin, 55.

belirtilmiştir.⁴³⁴ O halde özetle, bir iş ilişkisini genel olarak, işçi ve işveren arasında iş sözleşmesine dayanan hukuki ilişkiler bütünü olarak tanımlamak yerinde olacaktır.⁴³⁵

Dolayısıyla, hem işçinin ve hem de matriks yöneticinin (yönetici birim) gerçek iradelerine uymayan ve istemedikleri bir sözleşmeyi katılma teorisi aracılığıyla var ederek, onlara dayatmak, adil ve yerinde bir çözüm olmayacaktır.⁴³⁶

Bu başlık altında son olarak tartışmak istediğimiz husus, matriks organizasyon yapısındaki iş ilişkileri ile geçici iş ilişkisi arasındaki benzerlik ve farklardır. Geçici iş ilişkisinde, işçi, iş görme edimini geçici bir süreliğine başka bir işverene ifa etmektedir.⁴³⁷ Geçici iş ilişkisinde sözleşmenin tarafı işveren, işçi ve geçici işveren olmak üzere üç taraf bulunmaktadır. Bu ilişkide, işveren, kendisine iş akdiyle bağlı olan işçisini, onun da rızasını alarak bir süreliğine başka bir işverenin emrinde iş görme edimini yerine getirmesi için ödünç vermektedir.

Geçici iş ilişkisi, mesleki amaçlı olarak kurulabileceği gibi mesleki amaçlı olmayan şekilde de kurulabilir. Meslek edinilmiş geçici iş ilişkisi özel istihdam bürosunun, işverenle geçici işçi sağlama sözleşmesi yaparak kendi işçisini, geçici olarak bu işverene devretmesi yoluyla kurulmaktadır. Buna karşılık, meslek edinilmemiş geçici iş ilişkisinde, işveren, kendisine iş sözleşmesiyle bağlı işçiyi, onun da rızasını alarak, başka bir işverenin emrine

⁴³⁴ Çelik/Caniklioglu/Canbolat, 174-175. Benzer yönde Baştırzi, Kesinti, 59; Arslan Ertürk, Sadakat, 81; Doğan, Bağımlılık, 55. Türk İş Hukukunda da temel olan, iş ilişkisinin iş sözleşmesiyle meydana gelmesidir. Ancak, katılma teorisinin Türk İş Hukukunda bazı yansımaları da bulunmaktadır. Örneğin; kıdem tazminatının hesaplanmasında veya yıllık ücretli izin hakkının kazanılmasında işçinin işe başladığı tarih esas alınmaktadır. Bu yönde ayrıca bkz. Doğan Yenisey, İşyeri ve İşletme, 96-97. Yargıtay kararları da bu yöndedir. Örneğin, “İşçinin kıdem tazminatının hesaplanmasında göz önünde tutulacak süreye kıdem süresi denir. Bu sürenin başlangıcı 1475 Sayılı Kanunun 14. maddesinin birinci fıkrası uyarınca işçinin işyerinde çalışmaya başladığı tarih; kıdem süresinin sonu ise iş sözleşmesinin sona erdiği tarihtir.” Bu yönde bkz. Y22HD, 06.11.2019, E.2017/23865, K. 2019/20398; YHGK, 28.02.2019, E. 2015/21-2237, K. 2019/224, KİBB. Esener’e göre de, Türk Hukuku açısından iş ilişkisi ile iş akdini birbirinden ayırmak doğru değildir. Çünkü iş sözleşmesi akdedilerek iş ilişkisi meydana gelmektedir. Bu yönde bkz. Esener, 144.

⁴³⁵ Zöllner/Loritz, 37.

⁴³⁶ Maywald, 132.

⁴³⁷ Hromadka/Maschmann, 112.

geçici olarak vermektedir. İşçi, iş görme borcunu geçici işverenin çizdiği çerçevede ve onun talimatlarına uyarak yerine getirmek zorundadır.

İşçi, bu anlamda şirketler topluluğu veya holding bünyesi içinde başka bir işyerinde iş görme borcunu yerine getirmek üzere -devir sırasında işçinin yazılı rızası alınarak- devredilebilmektedir. Görüleceği üzere, geçici iş ilişkisinde, işçi, iş görme edimini yerine getirebilmek için geçici işverenin yanında ve onun talimatları altındadır.

Matriks organizasyon yapısında da tıpkı geçici iş ilişkisinde olduğu gibi, işçi, işe ilişkin konularda sözleşmenin tarafı işveren dışında üçüncü bir kişiden talimatlar almaktadır. Ancak, doktrinde -benzerliklerine karşın- matriks yapıdaki iş ilişkileri ile geçici iş ilişkisi arasında farklar olduğu ve bunların özü itibarıyla aynı şey olmadığı ifade edilmektedir. Buna göre, matriks yapıda, geçici iş ilişkisinde olduğu gibi geçici işverenin işletmesel amacını (veya işletmesel bir ihtiyacını) destekleme düşüncesi (her zaman) bulunmamaktadır. Matriks yapıda işveren kendi işletmesel amacını gütmektedir. Zira, bu durumun, işverenin matriks yapıya entegre olmasından anlaşılabileceği ileri sürülmektedir.⁴³⁸ Bizim gözlemimize göre ise, matriks yapılar özgün birer hukuki müessese olmakla birlikte, yapısal açıdan geçici iş ilişkisine büyük benzerlik göstermektedir.

d. Matriks Yapıda İşverenin ve Matriks Yöneticilerin Talimat Verme Yetkisi

Matriks şekilde örgütlenen şirketler topluluğunda, bağlı şirketler, hukuken bağımsız tüzel kişilerdir ve her biri ayrı birer işveren niteliği taşımaktadır. Şirketler topluluğunun üst yönetimi tarafından seçilen matriks yöneticilerin (ve/veya hakim şirketin), bağlı şirketlerin işçilerine doğrudan talimat verme yetkisi bulunmamaktadır.

⁴³⁸ **Schaub, ArbR-Hdb/Koch** § 187 Matrix-Strukturen, Rn.7; **Kort**, Rn. 1320; **Günther/Böglmüller**, Rn. 549. Yazarlara göre, matriks yapıda geçici işverenin işletmesel amaçları -eğer sözleşmenin tarafı işveren şirketler topluluğuna bağlı şirketlere sadece işçi temin eden bir şirket olarak faaliyet gösteriyorsa- teşvik edilir. Bu yönde bkz. **Günther/Böglmüller**, Rn. 549.

Ancak, matriks yapıda, ilgili bölümlerin başındaki matriks yöneticiler, bu işçilere doğrudan talimat vermek istemektedir. Bazen de bağlı şirketlerin işçileri (veya bazı işçiler) matriks yönetimde geçici olarak görevlendirilmekte ve onların talimatları altına girmektedir. Ancak, matriks yöneticiler, hakimiyet sözleşmesine veya şirketler arasındaki fiili bağa dayanarak talimat verme hakkını kullanamazlar.⁴³⁹ İşveren, iş sözleşmesine dayanarak işçilere talimatlar vermektedir. O halde cevaplanması gereken temel soru; iş sözleşmesinin tarafı olmayan matriks yöneticilerin (matriks yönetimin), bağlı şirketin işçilerine, hangi hukuki temelde talimat verecekleridir.

Matriks yöneticilerin bağlı şirketlerin işçilerine talimat verebilmesi için özel anlaşmaların yapılması gerekmektedir.⁴⁴⁰ Bu anlaşmaların özünü ise, matriks yöneticilerin, matriks yapı içindeki bağlı şirketlerin işçilerine işe ilişkin konularda talimat vermesinin hukuken sağlanması oluşturmaktadır.⁴⁴¹

Zira, matriks organizasyon yapısında, işe ilişkin konularda talimat verme yetkisi matriks yöneticilerde; buna karşın disipline ilişkin konularda (işçiye disiplin cezası verme, iş aklını feshetme yetkisi, işçinin özlük dosyasının tutulması, ücret gibi) talimat verme yetkisi ise sözleşmenin tarafı işverendedir. Uygulamada talimatlara uyulup uyulmadığının takip edilebilmesi ve aksaklıkların önüne geçilebilmesi için “*raporlama zincirinin gerekliliğinden*” söz edilmektedir.⁴⁴² Bu yönleriyle de matriks yapılarıdaki iş ilişkileri, klasik iş ilişkilerinden uzaklaşmaktadır.⁴⁴³

Aşağıdaki şemada matriks organizasyon yapısındaki işçi-işveren-matriks yönetici arasındaki talimat zinciri gösterilmektedir.

⁴³⁹ **Richardi BetrVG/Maschmann** BetrVG § 1 Rn.103.

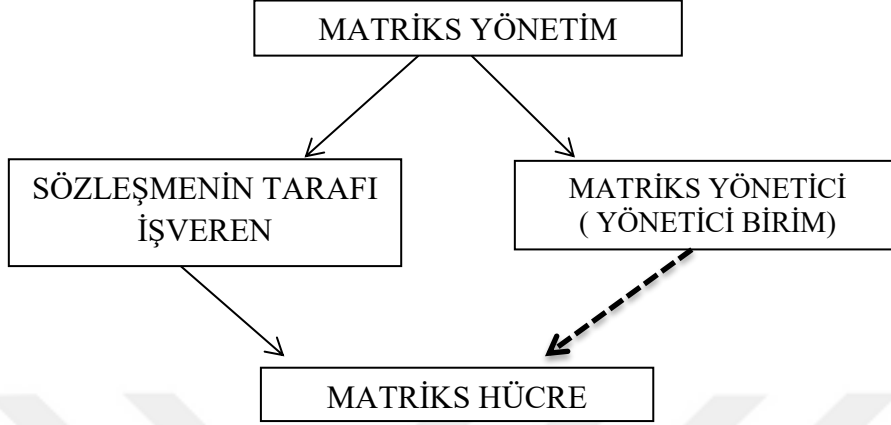
⁴⁴⁰ **Richardi BetrVG/Maschmann** BetrVG § 1 Rn.103; **Schaub, ArbR-Hdb/Koch**, § 187 Matrix-Strukturen, Rn. 4. Alman Hukukunda bu durum “*Durchregieren*” olarak ifade edilmektedir. Bundan kastedilen ise matriks yöneticinin araya girerek işçiye talimat vermesidir. Bu yönde bkz. **Maschmann**, NZA 2017, Rn. 1557.

⁴⁴¹ **Maywald**, 126-127; **Maschmann**, NZA 2017, Rn. 1558.

⁴⁴² **Maywald**, 126-127; **Maschmann**, NZA 2017, Rn. 1558; **Schaub, ArbR-Hdb/Koch** § 187 Matrix-Strukturen, Rn. 2; **Kort**, Rn. 1319; **Fritz**, NZA 2018, Rn. 100; **Witschen**, Rn. 39; **Henssler**, NZA-Beil. 2014, Rn. 101; **Bauer/Herzberg**, Rn. 71; **Günther/Böglmüller**, Rn. 548.

⁴⁴³ **Küttner/Schmidt** Matrixorganisation, Rn. 2.

ŞEMA-IV: Matriks Yapının İç İlişkilerde (Talimat Zincirindeki) Görünümü⁴⁴⁴



Doktrinde, matriks yöneticilerin bağlı şirketlerin işçilerine talimat verebilmesinin üç şekilde mümkün olduğu ileri sürülmektedir.⁴⁴⁵ İlk olarak, matriks yönetici, iş sözleşmesinin tarafı işverenin temsilcisi olarak işçilere talimat verebilmektedir (BGB §164). Matriks yöneticinin, bağlı şirketin işçilerine işe ilişkin konularda talimatlar verebilmesi için iş sözleşmesinin tarafı işverenin kendisine temsil yetkisi vermesi gerekmektedir. Burada, matriks yönetici işverenin doğrudan temsilcisi⁴⁴⁶ olarak hareket etmektedir. Dolayısıyla işçinin onayına gerek yoktur. Ancak, bu durum matriks yöneticinin iş sözleşmesinin tarafı işverenin yönetim hakkına karışabileceği; sanki böyle bir hakkı da varmış yanılgısına yol açmamalıdır. Matriks yönetici, burada, sadece işçiyle işverenin arasında akdedilen iş sözleşmesinden doğan bir talimat verme hakkını kullanmaktadır.⁴⁴⁷

⁴⁴⁴ Witschen, Rn. 40.

⁴⁴⁵ Kort, Rn. 1319; Maschmann, NZA 2017, Rn. 155.

⁴⁴⁶ Doğrudan temsilde, temsilci, işlemi temsil olunan adına ve hesabına yapmakta ve işlemin hukuki sonuçları da temsil olunan üzerinde doğmaktadır. Türk Borçlar Kanununun 32 vd. maddelerinde sadece doğrudan temsil düzenlenmektedir. Doğrudan temsil konusunda detaylı bilgi için bkz. İnceoğlu, Temsil, 43-54; Yavuz, 78-83; Kutlu Sungurbey, 9; Akyol, Temsil, 46-47.

⁴⁴⁷ Kort, Rn. 1319; Maschmann, NZA 2017, Rn. 1558; Richardi BetrVG/Maschmann BetrVG § 1 Rn. 103; Küttner/Schmidt Matrixorganisation, Rn. 2; Fritz, NZA 2018, Rn. 100. Bu konuda ayrıca bkz. BAG, 10.03.1998- 1 AZR 658/97= NZA 1998, 1242. Dava konusu olayda, davacı işçi, talimatın yetkisiz kişiler tarafından verildiğini ileri sürerek talimatları yerine getirmeyeceğini belirtmektedir. Davalı işveren, diyaliz

Eğer matriks yönetici, talimatları iş sözleşmesinin tarafı işveren adına vermiyorsa daha farklı bir ihtimal söz konusu olmaktadır. Burada devreye, iş görme ediminin ifasını talep etme hakkının üçüncü kişiye devredilmesi girmektedir.⁴⁴⁸ Ancak, iş görme ediminin ifasını talep

merkezi sahibidir. Davacı işçi 1.4.1977 tarihinden itibaren diyaliz hemşiresi olarak görev yapmaktadır. Doktor K ve Doktor R diyaliz merkezinin sorumlu hekimleridir. Doktor K ile davalı diyaliz merkezi sahibi arasında bir iş sözleşmesi bulunmamaktadır. Buna karşın davacı diyaliz merkezi sahibi Doktor K'yi tıbbi ve işe ilişkin/uzmanlık gerektiren konularda talimat verme hakkını kullanması konusunda yetkili kılmış ve bunu işyerinde ilan etmiştir. Diyaliz merkezinde hastalara (C) Firması tarafından üretilen (E) ilacı verilmektedir. İlaç böbreklerin neden olduğu anemiyi önlemek için vücuda enjekte edilerek kullanılmaktadır. Ancak, bir süre sonra (E) ilacının hastalarda yanma gibi rahatsızlıklara neden olduğunun fark edilmesi üzerine, firma yeni bir formül geliştirmiştir. Firma Doktor K'yi gerekli klinik araştırmaları yapıp ilacı onaylanması için yetkilendirmiştir. Diyaliz merkezi sahibi de bu durumu kabul etmiştir. Daha sonra Doktor K, yeni geliştirilen ilacı hastalara enjekte etmesi için davacı işçiye talimat vermiştir. Davacı işçi, hastalarda ilaç araştırması yapmanın (yani yeni ilacı hastalara vermenin) kendi işi olmadığını ve davalı işveren dışında üçüncü bir kişinin kendisine talimat veremeyeceğini ve dolayısıyla BGB § 613/2'nin ihlal edildiğini ileri sürmektedir. Mahkeme davacının tespit taleplerini şu gerekçelerle yerinde bulmamıştır: *“Öncelikle işçinin iş görme borcunun kapsamı sözleşmeyle (BGB § 611) belirlenmektedir. İşçi işyerinde diyaliz hemşiresi olarak çalışmakta olup hastalara gerekli ilaçları vermek görevleri arasındadır. Bunu yaparken de hangi ilacın gerekli olup olmadığına karar verme yetkisi bulunmamaktadır. Bu konuda söz sahibi kişiler uzman doktorlardır. Davacı, dava dilekçesinde yeni ilacı hangi tıbbi, etik ve hukuki gerekçelerle hastalara vermek istemediğini belirtmemiştir. Kendisinin bu yönde bir beyanı olmadığı konu üzerine ek bir incelemeye gerek yoktur. İlaç, ilgili ilaç yönetmeliklerine uygun şekilde üretilmiştir. Bir iş ilişkisinde iş görme edimi işveren tarafından yönetim hakkına dayanarak belirlenir. İşveren talimat verme yetkisini üçüncü kişilere de devredebilir. İşçiye, yaptığı işin niteliğine benzer başka işler de verebilir. Örneğin, yeni geliştirilen bir ilacın hastalara verilmesi bu duruma bir örnek oluşturmaktadır. Davalı işveren talimat verme yetkisini gerekli tüm tıbbi niteliklere sahip olan Doktor K'ye (yani üçüncü kişiye) devretmiştir. Burada davalı işveren ile Doktor K arasında bir iş sözleşmesinin olmaması, Doktor K'nin işverene dışarıdan hizmet veren bir doktor olmasının bir önemi yoktur. Ayrıca, olayda BGB § 613/2'nin ihlal edilmesi gibi bir durum da bulunmamaktadır. Zira, bu madde iş görme borcunu talep etme hakkının şüphe halinde devredilemeyeceğini düzenlemektedir. İşveren, ilaçla ilgili çalışmaları yapmaları için doktorları görevlendirmiş, ilgili klinik çalışmaların işyerinde yapılmasına izin vermiş, işçilere doktorları yetkili kıldığını ilan etmiş ve onların talimatlarına uymaları konusunda talimatlar vermiştir. Bir diyaliz hemşiresi için eski ilaç yerine neden yeni ilacın verildiğinin bir önemi yoktur. Zaten, işçinin iş görme borcunun içeriği de değişmemektedir. İşçi, talimatlara uyarak ilacı hastalara verdiği zaman iş görme borcunu işverene karşı yerine getirmiş olacaktır. Doktor K tarafından davacı işçiye verilen talimatların kaynağı diyaliz merkezi işveren ile işçi arasındaki iş sözleşmesidir. Doktor K, kendi başkaca bir hakkına dayanarak işçiye talimatlar vermemektedir. İşçi yeni ilaçları hastalara vererek iş görme borcunu işverene karşı yerine getirmektedir.”* BAG, NZA 1998, 1243 (III/1-a,b,c), (www.beck-online.beck.de).

⁴⁴⁸ İşçinin iş akdinden doğan temel borcu işin görülmesi borcudur. İşçi, iş görme borcunu bizzat yerine getirmekle yükümlüdür. İşveren, kural olarak, iş görme borcunun ifasını talep etme hakkını başka bir kişiye devredemez. BGB § 613/2'ye göre iş görme borcunu talep etme hakkı şüphe halinde devredilemez. Bu düzenleme işçinin korunması amacıyla getirilmiştir. İşçi, sadece kendi onayıyla başka bir işverenin talimatları altında girer. Bu konuda bkz. **ErfK/Preis** BGB § 613 Rn.8-13; **BeckOK BGB/Baumgärtner** BGB § 613 Rn. 2-4; **BeckOK ArbR/Joussen** BGB § 613 Rn. 15. Ayrıca, bkz. BAG, 17.01.1979- 5 AZR 248/78= AP BGB § 613 Nr. 2, (www.beck-online.beck.de). Dava konusu olayda taraflar arasında çıkan uyuşmazlık, işverenin davacı işçiyi başka bir işverenin emri altında (Köln Bölgesel Ulaşım Hizmetleri Ltd) çalıştırıp çalıştıramayacağı noktasında toplanmaktadır. Davacı işçilerden biri 1960, diğeri ise 1947 yılından itibaren Alman Demir Yolları'nda (DP) otobüs şoförü olarak çalışmaktadır. Alman Demir Yolları ile Alman Posta Hizmetleri (DBP) 10.02. 1976 tarihinde genel bir sözleşme imzalayarak Rhein-Sieg-Wupper-Erft Bölgesindeki ulaşım hizmetlerini

hakkının işveren dışında üçüncü bir kişiye devredilmesi için işçinin onayı gereklidir. İşveren, işçinin iradesi dışında, onu başka bir işverenin talimatları altında iş görme borcunu yerine getirmesi için zorlayamaz. Eğer matriks yönetici, şirketler topluluğu üst yönetimi ya da başka bir bağlı şirket adına, işçiye, işe ilişkin konularda talimat vermek istiyorsa, mutlaka işçinin onayı alınmalıdır.⁴⁴⁹ Burada önemli olan, matriks yöneticinin işçiyle arasındaki ilişkide iş görme borcunun alacaklısı sıfatını kazanmasıdır.⁴⁵⁰

Uygulamada (üçüncü yol olarak) ise, işçinin onayının alınması gerekliliği sorunu, iş sözleşmesine “*matriks şartı*” (*Matrixklausel*) konularak aşılmaktadır.⁴⁵¹ İş sözleşmesinde yer alan matriks şartıyla, işçiye matriks yöneticiler tarafından işe ilişkin konularda doğrudan talimatlar verilebilmekte ve işçiler doğrudan matriks yöneticinin işyerinde (yönetici birimde) görevlendirilmektedir.⁴⁵²

İş sözleşmesinde yer alan matriks şartı, işverenin yönetim hakkının sınırlarını genişletmektedir. Nitekim, bu şart sayesinde, iş görme edimini talep etme hakkı ve işçiye işe ilişkin konularda talimat verme yetkisi matriks yöneticilere geçmektedir.⁴⁵³ Doktrinde,

beraber yürütmek için ticari bir işletme kurmaya karar vermişlerdir. Sözleşmenin 2. maddesine göre taraflar, Köln Bölgesel Ulaşım Ltd (RVK) Şirketi kuracaklardır. 1 Haziran 1976 tarihinde RVK kendi adına ve hesabına ulaşım hizmetlerini yerine getirmeye başlamıştır. Davalı işveren DP ve DBP araçlarını ve şoförlerini RVK'nin emrine sunmuşlardır. Davalı işveren, 26.05.1976 tarihinde işçilere gönderdiği talimatlarda durumu bildirmiştir. Mahkeme yaptığı incelemede davacının taleplerinin hukuki dayanaktan yoksun olduğunu, BGB § 613/2 hükmünün ihlal edilmediğini, davacı işçilerin iş görme borçlarının iş sözleşmesinden kaynaklandığını, 26.05.1976 tarihli talimatı iş sözleşmesine dayanarak işçilere gönderdiğini ve iş görme ediminin içeriğinde bir değişim olmadığını belirtmiştir. BAG, AP BGB §613 Nr. 2, (www.beck-online.beck.de).

⁴⁴⁹ **Maschmann**, NZA 2017, Rn. 1558.

⁴⁵⁰ **Maschmann**, NZA 2017, Rn. 1558; **BeckOK ArbR/Joussen** BGB § 613 Rn. 17; **Richardi BetrVG/Maschmann** BetrVG §1 Rn.103; **Küttner/Schmidt** Matrixorganisation, Rn. 2; **Fritz**, NZA 2018, Rn. 100; **Schaub, ArbR-Hdb/Koch**, § 187 Matrix-Strukturen, Rn. 5. Buna karşın, doktrinde **Kort**, BGB § 613/2'nin burada uygulanmasının söz konusu olamayacağını belirtmektedir. Bu görüş için bkz. **Kort**, Rn. 1320.

⁴⁵¹ **Maywald**, 126. Yazara göre, matriks şartı işverene sadece nakil yetkisi vermemekte; aynı zamanda işçinin onayının alınmasını zorunlu kılan BGB § 613/2'nin de dolanılmasını sağlamaktadır. Bu görüş için bkz. **Maywald**, 127.

⁴⁵² **Maywald**, 126-127.

⁴⁵³ **Maywald**, 127.

matriks şartın bir yönüyle de, şirketler topluluğu içinde işçilerin farklı bağlı şirketlerde çalıştırılmasını düzenleyen *nakil şartının* özellikli bir düzenlemesi olduğu belirtilmektedir.⁴⁵⁴

Ancak, iş sözleşmesine konan matriks şartın hukuken geçerli olabilmesi için, öncelikle bu kaydın genel iş koşulu niteliğini mi taşıdığı yoksa işçi ile işveren arasında akdedilen bireysel bir iş sözleşmesinin sonucu mu olduğu araştırılmalıdır.

Genel iş koşulları, Türk Borçlar Kanununun 20 ila 25. maddeleri arasında düzenlenmektedir. Genel iş koşulu; işveren tarafından tek taraflı olarak önceden genel ve soyut bir biçimde hazırlanan kurallar bütünü ile işverenin tek taraflı fiili davranışlarıyla oluşan işyeri uygulamalarıdır.⁴⁵⁵ Genel iş koşullarına ilişkin düzenlemeler, özellikle tip iş sözleşmeleri içinde yer alan değişiklik kayıtları açısından önem taşımaktadırlar. Türk Borçlar Kanununun 24. maddesine göre, “*Genel işlem koşullarının bulunduğu bir sözleşmede veya ayrı bir sözleşmede yer alan ve düzenleyene tek yanlı olarak karşı taraf aleyhine genel işlem koşulları içeren sözleşmenin bir hükmünü değiştirme ya da yeni düzenleme getirme yetkisi veren kayıtlar yazılmamış sayılır.*”

Doktrinde, Türk Borçlar Kanununun 24. maddesinin, iş ilişkilerine uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır. Doktrindeki bir görüşe göre, TBK m. 24’deki düzenleme, genel iş koşullarında (tip iş akitleri ve iç yönetmeliklerde) işçi aleyhine önceden değişiklik kayıtlarının yer alamayacağını ve bu tür kayıtların yazılmamış sayılacağını açıkça kurala bağlamıştır. Maddenin bu açıklığı karşısında, işverenin tip iş sözleşmelerine ya da iç yönetmeliklere tek taraflı değişiklik yapma hakkını saklı tutan kayıt koyması hukuken geçerli değildir.⁴⁵⁶

⁴⁵⁴ Maywald, 127-128; Kort, Rn. 1320; Küttner/Schmidt Matrixorganisation, Rn. 8-9.

⁴⁵⁵ Soyer, Genel İş Koşulları, 27; Süzek, 60; Süzek, Genel İş Koşulları, 5; Alp, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, 276; Civan, Genel İş Koşulları, 47; Civan, Değişiklik Kayıtları, 784; Atamer, 62-71; Ertürk, Genel İş Koşulları, 82-83; Yıldız, Sözleşmesel Kayıtlar, 22-23; Baycık, Yenilik Doğuran Haklar, 196-197.

⁴⁵⁶ Süzek, 68; Süzek, Genel İş Koşulları, 8; Yıldız, Sözleşmesel Kayıtlar, 131-132, 137.

Buna karşın, bizim de katıldığımız doktrindeki diğer görüşe göre, TBK m. 24'teki hüküm iş hukukunun özelliklerine uygun olmadığından, iş ilişkilerinde doğrudan uygulama alanı bulmamalıdır. Genel iş koşullarında yer alan değişiklik kayıtları da TBK m. 25'teki⁴⁵⁷ içerik ve TBK'da genel işlem koşulları için öngörülen yürürlük ve yorum denetimlerine tabi tutulmalıdır.⁴⁵⁸ Bu şekilde işçinin aleyhine durumunu ağırlaştıran ve dürüstlük kurallarına aykırı olarak kullanılmak istenen değişiklik kayıtlarının önüne geçilebilecektir.⁴⁵⁹

Ayrıca, içerik denetiminin yapılmasına ilaveten, her durumda kullanım denetimi de uygulanmalıdır. Kullanım denetimi sayesinde, işverenin değişiklik yapma hakkını, hukuka uygun kullanıp kullanmadığı denetlenmektedir. Bu itibarla, kullanım denetiminde, değişikliğin objektif iyi niyet ve dürüstlük kurallarına uygun kullanılıp kullanılmadığı denetlenerek somut olay adaleti sağlanmaya çalışılmaktadır.⁴⁶⁰

Alman hukukunda matriks şartı sayesinde, şirketler topluluğu içinde, işçinin başka bir işverenin işe ilişkin konularda vereceği talimatların altına girebileceği, yukarıda da belirttiğimiz üzere, kabul edilmektedir. Ancak, matriks şartı, BGB § 307/1 uyarınca sözleşmenin diğer tarafının menfaatlerini dürüstlük kurallarına aykırı şekilde ihlal edip, ölçüsüz/makul olmayan bir dezavantaj yaratıyorsa, geçersiz sayılmaktadır.⁴⁶¹

Türk hukuku açısından konuyu ele alacak olursak, genel iş koşulu olarak matriks şartının geçerliliğine ilişkin düşüncemiz daha farklı olacaktır. Konunun etraflıca incelendiği Alman hukukunda, matriks yapının ciddi benzerliklerine rağmen, özü itibarıyla geçici iş ilişkisinden farklı olduğu ileri sürülmektedir. Bunun temel nedeninin de matriks yapının *sui generis* niteliği olduğu düşünülmektedir. Nitekim, matriks yapı şeklinde bir örgütlenmede,

⁴⁵⁷ TBK m. 25: “Genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz.”

⁴⁵⁸ **Civan**, Genel İş Koşulları, 132-134; **Civan**, Değişiklik Kayıtları, 787-789; **Baycık**, Yenilik Doğuran Haklar, 214-215; **Alp**, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, 326-329; **Ertürk**, Genel İş Koşulları, 104.

⁴⁵⁹ Detaylı bilgi için bkz. § 4, E, 4, b.

⁴⁶⁰ **Baycık**, Kullanım Denetimi, 491; **Alp**, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, 400-401; **Civan**, Genel İş Koşulları, 133; **Aydın**, Değişiklik Kayıtları, 66; **Doğan Yenisey**, Tek Taraflı Değişiklik, 1192-1198.

⁴⁶¹ **Maywald**, 127.

şirketler topluluğu içindeki her bir şirket kendi işletmesel amaçlarını güderek yer almaktadır. Şirketlerin temelde birbirlerinin ekonomik ihtiyaçlarını destekleme düşüncesi bulunmamaktadır. Ayrıca, Alman hukukunda şirketler topluluğu veya holdingler için de nakle olanak tanıyan kayıtların genel iş koşulları şeklinde düzenlenebileceği de kabul edilmektedir.⁴⁶²

Türk hukukunda ise matriks yapı, geçici iş ilişkisinin özellikli bir biçimi olarak ele alınacak olursa, matriks şartı, genel iş koşulları arasında yer alamaz. Zira, Türk hukukunda geçici iş ilişkisi, İş Kanununun 7. maddesinde düzenlenmektedir. Buna göre, şirketler topluluğu veya holding bünyesinde işçilerin başka bir işverenden talimat alabilmesi için devir anında yazılı onaylarının alınması gerekmektedir. Bu düzenlemeye karşın, iş sözleşmesine, işçinin başka bir işverene karşı iş görme edimini yerine getireceğine ilişkin hüküm konulursa, ilgili hüküm geçersiz olacaktır.⁴⁶³

İşçiler, matriks yöneticinin işe ilişkin konularda verdiği hukuka uygun talimatları yerine getirmek zorundadırlar. Ancak, bu talimatlar hukuka aykırı ise, geçersiz sayılacağından, bir uyma zorunluluğu bulunmamaktadır. Bu noktada cevaplanması gereken sorulardan bir tanesi, işçinin matriks yöneticinin talimat verme yetkisine sahip olup olmadığını ve varsa bunun kapsamını sorgulama hakkının bulunup bulunmadığıdır.⁴⁶⁴

Doktrindeki hakim görüşe göre, matriks yöneticinin böyle bir hakka sahip olduğunu araştırma yetkisi matriks yapı içindeki bağlı şirketin yönetimine aittir. Eğer matriks yönetici kendi yetkisini aşarsa, bağlı şirketin yönetimi buna engel olmalıdır. Ancak matriks yöneticinin işçilere vereceği talimatların kapsamını incelemek bağlı şirket açısından her zaman mümkün olmadığından, uygulamada matriks yöneticinin hangi konularda talimat verebileceği detaylı olarak belirlenmektedir.⁴⁶⁵

⁴⁶² Detaylı bilgi için bkz. **Civan**, Değişiklik Kayıtları, 811.

⁴⁶³ Benzer yönde **Civan**, Değişiklik Kayıtları, 811; **Uşen**, 303.

⁴⁶⁴ **Fritz**, NZA 2018, Rn.101-102.

⁴⁶⁵ **Fritz**, NZA 2018, Rn.101-102.

İşçiler açısından ise yasal olarak böyle bir araştırma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bağlı şirketin, işçilere, işe ilişkin konularda talimat verme yetkisinin matriks yöneticide olduğunu bildirmesi yeterlidir.⁴⁶⁶ İşçiler, bu noktadan sonra matriks yöneticilerin talimatları altına girdiklerini bilir ve kendilerine verilen talimatları yerine getirirler. Kural olarak, işçilerin, matriks yöneticinin talimat verme yetkisinden şüphe duymaları için bir neden yoktur. Zira, işyeri hiyerarşisi içinde matriks yöneticiler işçilerin üstündedir. İşçiler, matriks yönetici bariz bir şekilde yetkisini aşmadıkça -örneğin, kendisine verilmeyen bir projeyle ilgili talimat vermesi gibi- talimatlara uymak durumundadır.⁴⁶⁷

Bir talimatın amaca uygun olup olmadığını da işçi kontrol edemez. İşçi, talimatın ulaşılmak istenen amaca aykırı olduğunu düşünse dahi, bu talimata hukuka aykırılık sınırına kadar uymak zorundadır.⁴⁶⁸ Ancak, matriks yöneticinin (şirketler topluluğu üst yönetiminin) verdiği talimatın, bağlı şirket yönünden *ekonomik açıdan ciddi ve açık sakınca*⁴⁶⁹ doğurması ihtimalinde, işçinin buna uymak zorunda olup olmadığı sorusunun cevaplanması gerekmektedir.⁴⁷⁰

Kural olarak matriks yapı içinde yer alan bağlı şirketin yöneticileri/yönetimi sadece matriks yöneticinin verdiği, ekonomik açıdan ciddi ve açık sakınca doğuran talimatlara uyulmasını engelleme hakkına sahiptir.⁴⁷¹ Bağlı şirket, işçilerine ekonomik açıdan ciddi ve açık bir tehlikenin olduğunu düşündüğü talimatları kendisine bildirme konusunda talimat

⁴⁶⁶ BAG, 09.12.2009-4 AZR 495/08, Rn. 65, (www.beck-online.beck.de).

⁴⁶⁷ **Maschmann**, NZA 2017, Rn. 1560; **Fritz**, NZA 2018, Rn.101-102.

⁴⁶⁸ **Hromadka/Maschmann**, 207-208.

⁴⁶⁹ Örneğin Türk Ticaret Kanununun 203. maddesine göre, tam hakimiyet halinde hakim şirket bağlı şirkete topluluğun belirlenmiş ve somut politikalarının gereği olmak şartıyla, kaybına sebep verebilecek sonuçlar doğurabilecek nitelik taşısalar bile talimatlar verebilir ve bağlı şirketin organları bu talimatlara uymak zorundadır. Bunun istinasını ise, TTK m. 204 oluşmaktadır. Öyle ki, bağlı şirketin ödeme gücünü açıkça aşan, varlığını tehlikeye düşüren veya önemli varlıklarını kaybetmesine yol açabilecek nitelikte talimatlar verilmesi yasaktır. Kanımızca bağlı şirket açısından ekonomik açıdan ciddi sakınca doğuran talimatların bu hususlar olduğunu düşünmek yerinde olacaktır. Ekonomik açıdan ciddi ve açık sakınca doğuran talimatlar konusundaki örnekler için ayrıca bkz. **Emmerich/Habersack** AktG § 308, Rn. 45. Yazarlara göre, bir uzman incelemesi olmadan dahi talimatın şirket açısından ciddi risk taşıdığı belirginse, ortada artık ciddi ve açık bir zarar tehlikesi olduğundan söz edilebilir.

⁴⁷⁰ **Emmerich/Habersack** AktG § 308, Rn. 21-25.

⁴⁷¹ **Emmerich/Habersack** AktG § 308, Rn. 66.

verebilir. Bunu da kendi yönetim hakkına dayanarak yapmaktadır. İşçi böyle durumlarda matriks yöneticinin talimatlarına uymadan kendi işverenine (bağlı şirkete) durumu bildirmek zorundadır.⁴⁷²

Ancak, bağlı şirket, işçiye, kendi şirketleri açısından ekonomik yönden ciddi ve açık bir zarar doğurabilecek talimatları kendilerine bildirme yönünde bir talimat vermediyse bile, böyle bir durumda işçi, sadakat borcuna uygun davranarak durumu derhal işverenine bildirmelidir. İş akdi diğer sözleşmelerden farklı olarak, işçi ve işveren arasında yoğun bir kişisel ilişki ve dolayısıyla güven ilişkisi kurmaktadır. Bu ilişki, işçinin sadece iş görme edimini yerine getirmesi ve işverenin de bunun karşılığında kendisine ücret ödemesinden ibaret değildir. Her iki taraf da birbirinin haklarını ve menfaatlerini doğruluk ve dürüstlük kuralları gereğince gözetmekle yükümlüdür. (BGB § 241/2- § 242; MK m.2; TBK m. 396).

İş ilişkisinin özünde var olan ve doğruluk ve dürüstlük ilkesi temeline dayanan sadakat borcu, işçinin, işverenin/işyerinin haklı menfaatlerini koruma, işverene ekonomik, ticari veya mesleki bakımdan zarar verebilecek her türlü davranıştan kaçınma ve (olası) zararı önleme borcu olarak ortaya çıkmaktadır.⁴⁷³ İşçi, sadakat borcunun gereği olarak, kendisinden beklenebildiği ölçüde, işverenin haklı menfaatlerini korumak, öngördüğü tehlikeleri ve eksikleri bildirmek (bilgilendirme yükümlülüğü) zorundadır.⁴⁷⁴

Nitekim, Türk Borçlar Kanununun 396. maddesinin 1. fıkrasında bu husus, “İşçi işverenin haklı menfaatinin korunmasında sadakatle davranmak zorundadır.” şeklinde ifadesini bulmuştur.⁴⁷⁵ O halde işçi, matriks yöneticinin verdiği talimatın, işvereni veya işyeri

⁴⁷² Maschmann, NZA 2017, Rn. 1561.

⁴⁷³ Arslan Ertürk, Sadakat, 141-149; Tuncay, Sadakat, 1053.

⁴⁷⁴ Arslan Ertürk, Sadakat, 141-149, 297-299; Tuncay, Sadakat, 1053-1054; Alpagut, Sadakat Borcu, 23-25.

⁴⁷⁵ Yüksek Mahkemenin bir kararına göre, “Bilindiği üzere iş ilişkisi, karşılıklı güven esasına dayanan sürekli bir borç ilişkisi olup, bu güvenin sarsıldığı durumlarda, anılan tutumla karşılaşan taraftan böyle bir ilişkiyi sürdürmesini beklemek işin doğasına uygun düşmez. İşçinin sadakat borcu işverenin işi ve işyeri ile ilgili hukuken haklı menfaatlerini korumak, zarar verici ve risk altına sokabilecek davranışlardan kaçınmayı gerektirir.” Y22HD, 26.12.2019, E. 2016/26676, K. 2019/24572, KİBB.

için ciddi bir risk taşıdığını düşünüyorsa durumu derhal işverene bildirmelidir.⁴⁷⁶ Zira işçi, işverenin iş organizasyonunda çalışan bir kişi olarak üzerine aldığı iş görme borcunun sonuçları hakkında işverenini bilgilendirmelidir. Nitekim, işin sonuçları, etkilerini işveren/işyeri üzerinde gösterecektir.

İşverenin kendisini doğrudan ilgilendiren bir konuda bilgi edinmesinde menfaati olduğu şüphesizdir.⁴⁷⁷ İşçinin, işverenin haklı menfaatlerini gözetme ve zararı önleme yükümlülüğünün ölçüsü ise her somut olaya göre değişmekle birlikte kendisinden *beklenebilir* bir davranış olmalıdır.

6. Geçici İş İlişkisinde Talimat Verme Yetkisi

Geçici (ödünç⁴⁷⁸) iş ilişkisi, işverenin, kendisine iş akdiyle bağlı olan işçisinin iş akdini sona erdirmeksizin, ekonomik bir menfaat karşılığı veya herhangi bir gelir beklentisi olmaksızın, başka bir işverenin talimatı altına geçici bir süreliğine vermesidir.⁴⁷⁹

Geçici iş ilişkisinde, klasik bir iş ilişkisinden farklı olarak üç taraf bulunmaktadır. Bunlar, iş akdinin tarafı olan işveren, geçici işveren ve işçidir. İşçiyi, geçici bir süreliğine başka bir işverene ödünç veren işveren ile işçi arasında iş akdi bulunmaktadır. Ancak, bu

⁴⁷⁶ **Maschmann**, NZA 2017, Rn. 1562; **Fritz**, NZA 2018, Rn. 102.

⁴⁷⁷ **Arslan Ertürk**, Sadakat, 297-298. İşçinin bildirme yükümlülüğü konusunda Yargıtayın verdiği bir karara göre, “*Davacı işçi, kendi vardiyasına geldiğinde savunmasında da belirttiği üzere, önceki vardiyada yapılan hatalı üretimi fark etmiş, ancak yetkilileri uyararak üretimi durdurmamıştır. Hatalı üretime bilerek devam eden işçinin eylemi doğruluk ve bağlılığa aykırı davranış niteliğindedir.*” Y9HD, 27.05.2010, E. 2008/28023, K. 2010/14777, KİBB.

⁴⁷⁸ Doktrinde, geçici iş ilişkisi yerine ödünç iş ilişkisi kavramının kullanılması gerektiği ve bu konudaki tartışmalar için bkz. **Akyiğit**, Ödünç İş İlişkisi, 27-30; **Odaman**, Yeni Düzenlemeler, 42-44; **Civan**, Meslek Edinilmiş, 9; **Güzel-Heper**, 26; **Doğan Yenisey**, Geçici İş İlişkisi, 143. Ancak, yasa koyucu, geçici iş ilişkisi kavramını tercih ettiği için biz de çalışmamızda bu ibareyi kullanacağız.

⁴⁷⁹ **BeckOK ArbR/Kock** AÜG § 1 Rn. 21; **Akyiğit**, Ödünç İş İlişkisi, 25; **Odaman**, Ödünç İş İlişkisi, 15-16; **Odaman**, Yeni Düzenlemeler, 43-44; **Dereli**, 10; **Narmanhoğlu**, Geçici İş İlişkisi, 16; **Engin**, Ödünç İş İlişkisi, 335-336; **Caniklioglu**, Geçici İş İlişkisi, 121; **Civan**, Meslek Edinilmiş, 17; **Ekmekçi**, Geçici İş İlişkisi, 102; **Nazlı**, Özel İş Aracılığı, 53; **Nazlı**, Geçici İş İlişkisi, 150; **Alpagut**, Mesleki Anlamda Geçici İş İlişkisi, 573; **Şen**, Geçici İş İlişkisi, 14-15; **Ekmekçi**, Kurulma-Sona Erme, 369; **Akıntürk Türkmen**, 133; **Öztürk**, Meslek Edinilmiş, 208; **Astarlı**, Geçici İşçi, 18-10; **Çelebi Demir**, 34; **Uşen**, 170; **Özkaraca**, Geçici İş İlişkisi, 54-55.

ilişkide işçi, iş görme edimini geçici bir süreliğine sözleşmesinin tarafı işveren yerine başka bir işverene karşı yerine getirmekte ve onun otoritesi-talimatları altına girmektedir.

Geçici iş ilişkisinin geçerli olabilmesi için, ödünç veren işverenle işçi arasında mutlaka bir iş sözleşmesinin bulunması gerekmektedir. Bu anlamda, bağımsız çalışan bir kişinin geçici işçi olarak başka bir işverene devri mümkün değildir.⁴⁸⁰

Başka bir işyerinde çalışma ve başka bir işverenin talimatları altında olma, geçici iş ilişkisinin ayırt edici unsurlarıdır.⁴⁸¹ Bunun için de mutlaka işçinin onayının alınması gerekmektedir. İşçiyi geçici süreliğine, başka bir işverene devreden işveren ile devralan işveren (geçici işveren) arasında bir sözleşme ilişkisi bulunmaktadır.

⁴⁸⁰ **BeckOK ArbR/Kock** AÜG § 1 Rn. 48. Bağımsız çalışanların geçici işçi olarak başka bir işverene devredilemeyecekleri hususu, Düsseldorf Eyalet Mahkemesinin 2015 yılında verdiği bir karara konu olmuştur. Buna göre, uyuşmazlık, taraflar arasında bir iş sözleşmesinin bulunup bulunmadığı noktasında toplanmaktadır. Davacı ile davalı X EDV Danışmanlık Şirketi (X Şirketi) arasında, 20.12.2010 tarihinde bir sözleşme akdedilmiştir. X Şirketi IT (bilgi teknolojileri) sistemlerinin kurulması, geliştirilmesi ve desteklenmesi aşamalarında projeler yürütmektedir. Sözleşmenin birinci maddesine göre davacı Müşteri Yönetimi Çerçevesinde W&M Deutschland Şirketinde IT (bilgi teknolojisi) uzmanı olarak faaliyet gösterecek ve ihtiyaca göre diğer IT-Danışmanlık faaliyetlerini de yerine getirecektir. X Şirketi, bilgi teknolojisi alanında farklı türlerde danışmanlık hizmeti sunmaktadır. X Şirketi ile yapılan sözleşmenin 1. maddesinin 2. fıkrasına göre, davacının kendisine verilen görevi bizzat yerine getirme zorunluluğu bulunmamaktadır. Benzer şekilde, davacı üstlendiği işi yerine getirirken X Şirketinin talimatları altında değildir. Davacı çalışma saatleri açısından bir sınırlamaya veya zorlamaya tabi değildir. Davacı, sadece müşteri ile kararlaştırılan tarihte yükümlü olduğu işi bitirmeli ve sürelerle uymalıdır. Sözleşmenin 3. maddesine göre faaliyetin belirli bir yerde yapılması kararlaştırılmamışsa, davacı görevini dilediği yerde yerine getirebilir. Sözleşmenin 4. maddesi uyarınca, ödemeler aylık olarak belirlenen performans ölçütlerine göre saatlik ücret üzerinden ödenir. Sözleşmenin personel görevlendirme başlıklı 12. maddesi uyarınca, X Şirketi dil (Almanca ve İngilizce) ve mesleki yeterliliğe sahip olan personeli görevlendirmeye yetkilidir. Davacının çalışma saatleri şirket tarafından tutulan *Outlook* programının takvimine işlenir. Davacıya çalışması için gerekli olan bilgisayar, yazıcı ve telefon gibi materyaller şirket tarafından sağlanır. Davacı, uzun yıllardır çalıştığı şirketten, kendisiyle iş akdi imzalamaları konusunda talepte bulunmakta; ancak bu isteği reddedilmektedir. X Şirketi, 31.12.2013 tarihinden geçerli olmak üzere davacının sözleşmesini 28.11.2013 tarihinde feshetmiştir. Davacı, X Şirketiyle arasında iş sözleşmesi olduğunu ve şirketin kendisini geçici işçi olarak başka işverenlerin yanında, AÜG § 9/1e aykırı olarak izni olmaksızın geçici olarak çalıştırdığını iddia ederek işe iadesini talep etmektedir. Davacının temel iddiası, X Şirketinin kişisel, hukuki ve ekonomik bağımlılığı altında olduğudur. Ayrıca, X Şirketi, 2011 yılında davacının IT uzmanı olarak başka/yan iş yapmasını yasaklamıştır. Dolayısıyla davacının başkaca bir işi yoktur. Çalışma saatleri 07.00-17.00 saatleri arasındır ve X Şirketiyle kontakta olduğu kişi Bay T'dir. Davalı şirket ise, aralarında bir iş ilişkisi bulunmadığını, sadece danışmanlık sözleşmesi olduğunu iddia ederek davanın reddini talep etmektedir. Eyalet Mahkemesi davanın reddine karar vermiştir. Mahkemeye göre, taraflar arasında geçerli bir iş sözleşmesi bulunmamaktadır. Tersine, aralarındaki ilişki vekalet veya eser sözleşmesi kapsamında değerlendirilmelidir. Davacı, bağımsız çalışan kişi konumundadır. Bağımsız çalışanlar AÜG kapsamında geçici işçi olarak kabul edilemezler. Karar metninin tamamı için bkz. LAG Düsseldorf, 21.07.2015-3 Sa 6/15, BeckRS 2015, 71812, (www.beck-online.beck.de).

⁴⁸¹ **BeckOK ArbR/Kock** AÜG § 1 Rn. 21.

Ödünç veren işveren ile ödünç alan (geçici) işveren arasında iş hukuku kuralları uygulanmaz. Söz konusu sözleşme, medeni hukuk ve borçlar hukuku kuralları çerçevesinde değerlendirilmelidir.⁴⁸² Geçici işçi ile ödünç alan işveren arasında iş akdi kurulmuş olmaz. Zira burada tarafların iradesi, bir iş akdinin kurulması değil, işçinin geçici bir süreliğine başka bir işverene karşı iş görme borcunu yerine getirmesidir.⁴⁸³

Geçici işçinin, ödünç alan işverene karşı iş görme, sadakat, talimatlara uyma ve özen borcu bulunmaktadır. Geçici (ödünç alan) işverenin ise işçiye talimat verme hakkının yanı sıra işçiye gözetme ve ona eşit davranma borcu bulunmaktadır. Dolayısıyla, taraflar arasında bir iş akdi bulunmamakla birlikte, herhangi bir hukuki ilişkinin bulunmadığından söz etmek de yerinde değildir. Burada işçiye geçici süreliğine devralan geçici işveren, işveren fonksiyonlarının önemli bir kısmını kullanmaktadır.⁴⁸⁴ Bunun sonucu olarak, geçici işçi ile geçici işveren arasında iş hukukuna özgü nitelikler taşıyan sözleşme benzeri bir hukuki ilişki olduğunun kabulü gerekmektedir.⁴⁸⁵

Geçici iş ilişkisi, işverenin işçisini başka bir işverenin yanında çalıştırılmak üzere geçici olarak devretme amacına göre meslek edinilmiş geçici iş ilişkisi ve meslek edinilmemiş geçici iş ilişkisi olarak ikiye ayrılmaktadır.⁴⁸⁶ İş Kanununun 7. maddesi, 06.05.2016 tarihli ve 6715 sayılı Kanunla⁴⁸⁷ değiştirilmeden önce, sadece meslek edinilmemiş geçici iş ilişkisini düzenlemekteydi. Ancak, 6715 sayılı Kanunla birlikte, İş Kanununun 7. maddesinde hem meslek edinilmiş hem de meslek edinilmemiş geçici iş ilişkisi yer almaktadır. Bunun yanı sıra 11.10.2016 tarihinde Özel İstihdam Büroları Yönetmeliği⁴⁸⁸ yayınlanmıştır.

⁴⁸² **Civan**, Meslek Edinilmiş, 26-27.

⁴⁸³ **Süzek**, 289; **Akyiğit**, Ödünç İş İlişkisi, 123; **Kabakçı**, AB Yönergesi, 103.

⁴⁸⁴ **BeckOK ArbR/Kock** AÜG § 1 Rn. 45; **Akıntürk Türkmen**, 146.

⁴⁸⁵ **Akyiğit**, Ödünç İş İlişkisi, 123; **Odaman**, Yeni Düzenlemeler, 43; **Civan**, Meslek Edinilmiş, 33; **BeckOK ArbR/Kock** AÜG § 1 Rn. 50.

⁴⁸⁶ **Soyer**, Başka İşveren, 339-340; **Akyiğit**, Ödünç İş İlişkisi, 33-34; **Öztürk**, Meslek Edinilmiş, 209.

⁴⁸⁷ İş Kanunu ile Türkiye İş Kurumu Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, RG. 20.05.2016, 29717.

⁴⁸⁸ RG. 11.10.2016, 29854.

İş Kanununun 7. maddesinin 1. fıkrasına göre, geçici iş ilişkisi, özel istihdam büroları aracılığıyla ya da holding bünyesi içinde veya şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde görevlendirme yapılmak suretiyle kurulabilir. Türk Hukukundaki bu düzenlemeye benzer şekilde, örneğin Alman Hukukunda da geçici iş ilişkisi (esasen ödünç iş ilişkisi kavramı kullanılmaktadır), işçinin, ödünç veren işverenin yanında istihdam edilme nedenine göre, gerçek olan ve gerçek olmayan geçici iş ilişkisi olarak ikiye ayrılmaktadır. Gerçek geçici iş ilişkisini karakterize eden unsur, işçinin esasen ödünç veren işverenin yanında çalışmak üzere işe alınmasıdır. İşçinin, geçici işverene devredilmesi, ödünç veren işverenin ekonomik amacını oluşturmaz. Geçici işverenin işyerindeki işgücü kaybı veya ek gereksinimler nedeniyle işçi, geçici olarak devredilmektedir.⁴⁸⁹ Gerçek olmayan geçici iş ilişkisinde ise, işçi düzenli olarak başka bir işverenin yanında çalıştırılmak üzere istihdam edilmektedir. Ödünç veren işveren, işçiyi ekonomik bir faaliyet olarak başka işverenlere devretmektedir.⁴⁹⁰

Geçici iş ilişkisinin temelinde yatan sorun, işçinin, iş sözleşmesinin tarafı olan işveren yerine geçici bir süreliğine de olsa, başka bir işverenin talimatları altına girmesidir. İşçinin, hem kendisini ödünç veren işverenle iş sözleşmesi devam etmekte hem de işçi başka bir işverenin talimatları altında iş görme borcunu yerine getirmektedir. Dolayısıyla geçici iş ilişkisinde, talimat verme yetkisi her iki işveren arasında bölünmektedir (*“bölünmüş bir işveren fonksiyonu”*⁴⁹¹ ya da *çifte talimat verme hakkı*⁴⁹² ortaya çıkmaktadır).

Aşağıda her iki kurumun özellikli yanlarına değinip işverenlerin talimat verme yetkilerini inceleyeceğiz.

a. Meslek Edinilmiş Geçici İş İlişkisinde İşverenin Talimat Verme Yetkisi

Meslek edinilmiş geçici iş ilişkisinde işçiler, başka bir işverenin işyerinde çalıştırılmak üzere işe alınırlar. İşveren, işçiyi kazanç sağlama gayesiyle, mesleki faaliyet olarak bir başka

⁴⁸⁹ Schaub, ArbR-Hdb/Koch § 120 Rn. 5.

⁴⁹⁰ Schaub, ArbR-Hdb/Koch § 120 Rn. 5; Brunhöber, 219. Bu konuda ayrıca bkz. Çelebi Demir, 38-39; Özkara, Geçici İş İlişkisi, 55.

⁴⁹¹ Hromadka/Maschmann, 113.

⁴⁹² Brunhöber, 220; Linsenmaier/Kiel, Rn. 135.

işverene geçici süreliğine devretmektedir.⁴⁹³ Meslek edinilmiş geçici iş ilişkisinde, özel istihdam bürosu, geçici işçi ve geçici işçi çalıştıran işveren olarak üçlü bir ilişki bulunmaktadır. Bu ilişkide özel istihdam bürosu, işçinin işvereni konumundadır ve işçiyi başka işverenlerin yanında iş görme borcunu yerine getirmesi amacıyla istihdam etmektedir. Ancak, meslek edinilmiş geçici iş ilişkisinden söz edebilmek için, geçici iş ilişkisi kurma faaliyetinin süreklilik taşıması gerekmektedir.⁴⁹⁴ Bu ilişkide işçi diğer işverenin yanındaki çalışması sona erince büroya geri dönmektedir.

Özel istihdam bürosu, işçiyi, geçici süreliğine başka bir işverenin yanında çalıştırmak üzere devrettiğinde, büroyla işçi arasındaki iş akdi sona ermez, tersine varlığını sürdürmeye devam eder. Öyle ki, genellikle, özel istihdam bürosunun, o işçiyi çalıştırabileceği, mal veya hizmet üretebileceği kendine ait bir işyeri bulunmamaktadır.⁴⁹⁵

Özel istihdam bürosu ile geçici işveren (ödünç alan) arasında işçi sağlama sözleşmesi bulunmaktadır. Geçici işçi ile geçici işveren arasında ise yukarıda da belirttiğimiz üzere iş sözleşmesine benzer hukuki bir ilişki bulunmaktadır.

İş Kanununun, meslek edinilmiş geçici iş ilişkisinin düzenlendiği 7. maddesinin 11. fıkrasına göre, meslek edinilmiş geçici iş ilişkisinde, işveren özel istihdam bürosudur. Özel istihdam bürosu ile ödünç alan işveren arasında işçi sağlama sözleşmesi akdedilmektedir. Bu sözleşmenin yazılı şekilde yapılması gerekmektedir. İşçi sağlama sözleşmesiyle, özel istihdam bürosu, kendisine iş sözleşmesiyle bağlı olan işçilerini geçici süreliğine ödünç alan işverenin talimatları altında çalıştırmayı taahhüt etmektedir.⁴⁹⁶

⁴⁹³ **Ekonomi**, Geçici İş İlişkisi, 235; **Odaman**, Yeni Düzenlemeler, 45-46; **Nazlı**, İş Aracılığı, 233; **Öztürk**, Meslek Edinilmiş, 209.

⁴⁹⁴ **Odaman**, Ödünç İş İlişkisi, 25; **Serin**, 1062-1063.

⁴⁹⁵ **Civan**, Ödünç İş İlişkisi, 316; **Çelebi Demir**, 46.

⁴⁹⁶ **Civan**, Ödünç İş İlişkisi, 328.

İşçi sağlama sözleşmesinde, sözleşmenin başlangıç ve bitiş tarihi, işin niteliği, özel istihdam bürosunun hizmet bedeli, varsa geçici işçi çalıştıran işverenin ve özel istihdam bürosunun özel yükümlülükleri yer almaktadır⁴⁹⁷ (İş Kanunu m. 11/7).

Meslek edinilmiş geçici iş ilişkisinin hangi durumlarda kurulabileceği de İş Kanununda düzenlenmektedir. Buna göre, analık ve doğum izni hallerinde; İş Kanunu m. 13/5 uyarınca, ebeveynlerden birinin, doğum izinlerinin bitiminden sonra çocuğun ilköğretim çağının başladığı tarihi izleyen aybaşına kadar kısmi çalışma yapmasında; askerlik görevinin yerine getirilmesinde ve iş sözleşmesinin askıda kaldığı diğer hallerde; mevsimlik tarım işlerinde; ev hizmetlerinde; işletmenin günlük işlerinden sayılmayan işlerde; iş güvenliği bakımından acil işler veya zorlayıcı nedenlerde; işletmenin iş hacminin öngörülemeyen ölçüde artmasında; mevsimlik işler dışında dönemsellik arz eden iş artışlarında mesleki amaçlı geçici iş ilişkisi kurulabilir (İş Kanunu m. 7/2).⁴⁹⁸

Geçici işveren ile geçici işçi arasında, sözleşmede belirtilen sürelerin dolmasına rağmen geçici iş ilişkisi devam etmekteyse, geçici işçi çalıştıran işveren ile işçi arasında sözleşmenin sona erme tarihinden itibaren belirsiz süreli iş sözleşmesi kurulmuş sayılır.⁴⁹⁹ Buna karşın, meslek edinilmiş geçici iş ilişkisi, toplu işçi çıkaran işyerlerinde, kamu kurum ve kuruluşlarında ve yer altında maden çıkarılan işyerlerinde ve grev ve lokavtın uygulanması sırasında kurulamaz.

Meslek edinilmiş geçici iş ilişkisinde işçi, iş sözleşmesinin tarafı olan ve işvereni konumundaki özel istihdam bürosunun işyerinde çalışmamaktadır. Tersine, bu ilişkide, yukarıda da belirttiğimiz gibi, işçi, başka işverenlerin yanında geçici olarak çalıştırılmak üzere

⁴⁹⁷ İşçi sağlama sözleşmesinde yer alması gereken hususların yetersiz olduğu görüşü ve öneriler için bkz. **Civan**, Ödünç İş İlişkisi, 328-329.

⁴⁹⁸ Meslek edinilmiş geçici iş ilişkisi kurulabilecek haller konusunda detaylı bilgi için bkz. **Özkaraca**, Geçici İş İlişkisi, 68-74; **Güzel/Heper**, 32-34; **Civan**, Meslek Edinilmiş, 334-348; **Doğan Yenisey**, Geçici İş İlişkisi, 152-159.

⁴⁹⁹ **Süzek**, 292-293.

iş e alınmaktadır. Dolayısıyla, işçi özel istihdam bürosunun değil, yanında çalıştığı diğer işverenlerin talimatları altında iş görme borcunu yerine getirmektedir.

Bir iş ilişkisinde kural olarak yönetim hakkı, iş sözleşmesinin tarafı olan işveren tarafından kullanılmaktadır. İşveren, yönetim hakkına dayanarak işçiye işin görülmesine ve işin düzenine ilişkin talimatlar verebilmektedir. Ancak, geçici iş ilişkisinde, sözleşmenin tarafı olmayan işverene talimat verme yetkisi geçmektedir. Kanımızca, bunun temelinde yatan neden, işin görülmesini talep etme hakkının geçici işverene devredilmiş olmasıdır.⁵⁰⁰

Nitekim, işin görülmesini isteme hakkı ile beraber işin görülmesine ilişkin talimat verme hakkı da bir bütün olarak geçici işverene geçmektedir. Geçici işverenin, işçiye talimat vermesi, bu ilişkinin özellikli yanını oluşturmaktadır. Ancak dikkat edilmesi gereken husus, geçici işverenin kullandığı talimat verme hakkı, kendisine ait ve kendi adına kullandığı bir yetkidir. İş Kanununun 7. maddesinin 9. fıkrasına göre de, “*Geçici işçi çalıştıran işveren işin gereği ve geçici işçi sağlama sözleşmesine uygun olarak geçici işçisine talimat verme yetkisine sahiptir.*”

Geçici işveren, işin yürütümüne ilişkin olarak, geçici işçiye talimatlar verebilmektedir. İşçi, geçici işverenin hukuka uygun talimatlarına uymakla yükümlüdür. Geçici işverenin talimat verme hakkının sınırları, özel istihdam bürosuyla arasında akdedilen işçi sağlama sözleşmesiyle çizilebilir. Eğer özel istihdam bürosuyla geçici işveren arasında akdedilen işçi sağlama sözleşmesinde işçinin hangi işleri, nerede, ne zaman ve nasıl yapılacağı gibi hususlar açıkça belirtilmişse geçici işveren, işçi sağlama sözleşmesi uyarınca işçiye talimatlar verebilecektir. İşçi sağlama sözleşmesinde işçinin iş koşulları belirlendiyse, geçici işveren talimatlar aracılığıyla bunları değiştirip işçi için daha ağır bir hale getiremez.⁵⁰¹ Böyle bir durum gündeme gelirse, geçici işçinin bu yöndeki talimatlara uyma yükümlölüğü

⁵⁰⁰ **Soyer**, Başka Bir İşveren, 345; **Engin**, Ödünç İş İlişkisi, 344; **Caniklioğlu**, Geçici İş İlişkisi, 139-140; **Akyiğit**, Ödünç İş İlişkisi, 137; **elik/Caniklioğlu/Canbolat**, 253-254; **Schüren in Schüren/Hamann**, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, Rn. 175.

⁵⁰¹ **Çelebi Demir**, 279.

bulunmamaktadır. Doktrindeki bir görüşe göre, işçi, bu noktada derhal işvereni olan özel istihdam bürosunu konudan haberdar etmelidir.⁵⁰²

Ancak, işçi sağlama sözleşmesinde bu konuda özel bir düzenleme yoksa geçici işverenin vereceği talimatlar, yapılan işin gereğine ve işin görülmesini somutlaştırmaya (işin nerede, ne zaman, nasıl yapılacağı gibi) yönelik olacaktır. Geçici işçi, geçici işverenin işyerinde çalışmaya başlamakla, kararlaştırılan en fazla çalışma süresi içinde, geçici işverenin işyerinde uygulanmakta olan çalışma süresine tabi olmaktadır.⁵⁰³ Ancak, bu işyerinde bir denkleştirme süresi uygulanıyorsa, doktrinde haklı olarak belirtildiği üzere işçinin bu düzene doğrudan tabi olduğunu kabul etmek mümkün değildir.⁵⁰⁴

İş Kanununun 7. maddesinin 4. fıkrasına göre, yer altında maden çıkarılan işyerlerinde geçici iş ilişkisi kurulamaz.⁵⁰⁵ Geçici işveren, işçiyi, özel istihdam bürosundan, yer üstündeki ofis işlerinde çalıştırmak üzere devraldıysa, işçiye, yer altı maden işlerinde çalışması yönünde talimat veremez. Böyle bir talimat işçi açısından bağlayıcı olmayacaktır. Doktrindeki bir görüşe göre, özel istihdam bürosunun bu olguya itiraz etme ve geçici işverenle arasındaki sözleşmeyi feshetme hakkı bulunmaktadır.⁵⁰⁶

Doktrinde ileri sürülen bir başka görüşe göre de, geçici işverenin talimat verme yetkisinin sınırlarından birisi de ödünç veren işverenle işçi arasındaki iş sözleşmesinin hükümleridir. Dolayısıyla, geçici işveren işçiden iş sözleşmesiyle üstlenmiş olduğu iş/benzer işler dışında başkaca bir işin ifasını isteyemez. Bu sınırın dışına çıkan talimatlar iş koşullarında esaslı değişikliğe yol açarsa, işçi sözleşmeyi haklı nedenle feshedebilir.⁵⁰⁷

⁵⁰² Çelebi Demir, 279.

⁵⁰³ Caniklioğlu, Geçici İş İlişkisi, 140.

⁵⁰⁴ Caniklioğlu, Geçici İş İlişkisi, 140.

⁵⁰⁵ Sadece yer altında maden çıkarılan işyerlerinde değil, iş kazası istatistikleri incelenerek çok tehlikeli sınıfta yer alan işlerde de meslek edinilmiş geçici iş ilişkisinin kurulmaması yönünde düzenleme yapılması gerektiği yönünde bkz. Özdemir, Mesleki Faaliyet Olarak, 28; Doğan Yenisey, Geçici İş İlişkisi, 150.

⁵⁰⁶ Akyiğit, Ödünç İş İlişkisi, 140.

⁵⁰⁷ Engin, Ödünç İş İlişkisi, 344; Çelebi Demir, 277; Dursun Ateş, 82.

Geçici işveren sadece işin görülmesine ilişkin değil, aynı zamanda işyeri düzenine, işyerinde iş güvenliğinin sağlanmasına⁵⁰⁸ ve işçinin davranışlarına ilişkin talimatlar da verebilir.⁵⁰⁹

Gerçekten de, geçici işveren, işe giriş-çıkış, işyerinde sigara içme yasağı, kapı kontrolü, ara dinlenme süreleri, işyerinde kılık-kıyafet gibi hususlarda geçici işçiye talimatlar verebilecektir.

Bu noktada geçici işverenin, geçici işçiye disiplin cezası verip veremeyeceği sorusu cevaplanmalıdır. Doktrinde aksi yönde görüşler⁵¹⁰ olmasına karşın, kanımızca, geçici işverenin talimatlarına uymayan ve işyeri düzenini bozan işçilere disiplin cezası verme hakkı bulunmaktadır. İşveren fonksiyonunun önemli bir yönünü, talimat verme yetkisi oluşturmaktadır. Geçici iş ilişkisinde talimat verme yetkisi her iki işveren arasında bölündüğüne göre hukuka uygun talimatlara uymayan geçici işçilere, geçici işverenin sınırlı da olsa disiplin yaptırımlarını uygulaması gerekmektedir. Zira, geçici işverenin disiplin cezası uygulama yetkisi, talimat verme yetkisinin bir uzantısıdır. Ancak taraflar arasında bir iş sözleşmesi bulunmadığından, geçici işverenler, disiplin cezası olarak geçici işçilerin iş akitlerini sonlandıramazlar.⁵¹¹

Geçici iş ilişkisinde işveren yetkileri, ödünç veren ve geçici (ödünç alan) işveren arasında paylaşılmaktadır. Bunun sonucu olarak da, geçici işverenin yanı sıra ödünç veren işverenin, yani özel istihdam bürosunun da işçiye talimat verme hakkı devam etmektedir. Ancak, geçici işçi iş görme borcunu başka bir işverenin yanında ifa ettiğinden, özel istihdam

⁵⁰⁸ Yargıtayın bir kararına göre, “Geçici iş ilişkisi kurulan işveren işçiye talimat verme hakkına sahiptir, işçiye sağlık ve güvenlik risklerine karşı gerekli eğitimi vermekle de yükümlüdür.” Karar için bkz. Y21HD, 04.02.2020, E. 2019/2986, K. 2020/500, KİBB.

⁵⁰⁹ Öztürk, Meslek Edinilmiş, 234; Süzek, 290; Caniklioğlu, Geçici İş İlişkisi, 140; Akyiğit, Ödünç İş İlişkisi, 140; Çelebi Demir, 278; Dursun Ateş, 85; Güzel/Heper, 45.

⁵¹⁰ Caniklioğlu, Geçici İş İlişkisi, 140.

⁵¹¹ Öztürk, Meslek Edinilmiş, 234; Narmanlıoğlu, Geçici İş İlişkisi, 18; Süzek, Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler Sempozyumu II. Oturum-Tartışma Kısımındaki görüşleri, 160.

bürosunun işçiye talimat vermesi, iş görme borcu dışında kalan alanlarda örneğin, yıllık ücretli izin hakkının kullanılması gibi sınırlı durumlar için söz konusu olmaktadır.⁵¹²

Buna karşın doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, işçinin geçici işverenin yanında çalıştığı süre boyunca ödünç veren işverenin talimat verme yetkisi varlığını sürdürdüğünden; iki işveren aynı konuda birbirleriyle çelişen talimatlar verirlerse, işçi, asıl işvereni olan ödünç veren işverenin talimatlarına uymakla yükümlüdür.⁵¹³

b. Meslek Edinilmemiş Geçici İş İlişkisinde İşverenin Talimat Verme

Yetkisi

Meslek edinilmemiş geçici iş ilişkisinde, meslek edinilmiş iş ilişkisinde olduğu gibi üçlü bir ilişki bulunmaktadır. Bu ilişkinin tarafları, işçiyi devreden işveren, geçici işveren ve işçidir. Her iki ilişkide de işçi devreden işverene iş sözleşmesiyle bağlıdır. Ancak, burada, işçiyi devreden işveren konumunda, özel istihdam bürosu yer almamaktadır.

Meslek edinilmemiş geçici iş ilişkisinde, işveren, işçiyi başka bir işverenin yanında çalıştırmak ya da bu yolla bir kazanç elde etmek için işe almaz; aksine kendi işyerinde çalıştırmak üzere işe almaktadır.

Geçici işçi ile ödünç alan işveren arasında sözleşme ilişkisine benzer bir ilişki kurulmaktadır. Bu ilişkide işçi, başka bir işverenin yanında iş görme borcunu yerine getirdikten sonra gerçek işverenin yanına dönerek çalışmasını sürdürmektedir.⁵¹⁴ Meslek edinilmemiş geçici iş ilişkisinde esas olan, işçinin iş sözleşmesiyle bağlı olduğu işverenin (ödünç veren işveren) yanında, onun talimatları altında çalışmasıdır. İşçi istisnai durumlarda ve devir sırasında rızasının alınması koşuluyla geçici işverene devredilmektedir.⁵¹⁵

⁵¹² **Akyiğit**, Ödünç İş İlişkisi, 140; **Schüren in Schüren/Hamann**, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, Rn. 176.

⁵¹³ **Christ** in MAH/Moll ArbR §66, Rn. 76.

⁵¹⁴ **Akyiğit**, Ödünç İş İlişkisi, 39; **Odaman**, Ödünç İş İlişkisi, 24.

⁵¹⁵ **Civan**, Meslek Edinilmiş, 34; **Akyiğit**, Ödünç İş İlişkisi, 39; **Odaman**, Ödünç İş İlişkisi, 24; **Çelebi Demir**, 40-41; **Öztürk**, Meslek Edinilmiş, 219.

İş Kanununun 7. maddesinin son fıkrasında, meslek edinilmemiş geçici iş ilişkisi düzenlenmektedir. Anılan fıkra göre, “İşveren, devir sırasında yazılı rızasını almak suretiyle bir işçisini, holding bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde iş görme edimini yerine getirmek üzere devretmesi halinde geçici iş ilişkisi kurulmuş olur.”

Kanunun düzenlemesine göre, mesleki amaçlı olmayan geçici iş ilişkisinin, sadece holding bünyesinde veya aynı şirketler topluluğu içinde olması gerekmektedir.⁵¹⁶ Bu ilişkinin kurulabilmesi için devir sırasında işçinin yazılı rızasının alınması gerekmektedir. Dolayısıyla, işçiden önceden alınmış onay geçersiz sayılmaktadır.

İş Kanununun 7. maddesine göre, meslek edinilmemiş geçici iş ilişkisinin kurulması belli bir süreye bağlanmıştır. Öyle ki, geçici iş ilişkisi yazılı olarak altı ayı geçmemek üzere kurulabilir ve en fazla iki defa yenilenebilir. O halde, geçici iş ilişkisi en çok on sekiz ay için kurulabilmektedir. Mesleki amaçlı olmayan geçici iş ilişkisi de mesleki amaçlı geçici iş ilişkisinde olduğu gibi kamu kurum ve kuruluşlarında, toplu işçi çıkarılan, yer altında maden çıkarılan işyerlerinde, grev ve lokavtın uygulanması sırasında kurulamaz.

Mesleki amaçlı olmayan geçici iş ilişkisinde (meslek edinilmiş geçici iş ilişkisinden farklı olarak), işçiyi devralan geçici işveren, işçinin kendisinde çalıştığı sürede ödenmeyen ücretinden, işçiyi gözetme borcundan ve sosyal sigorta primlerinden, devreden işverenle birlikte sorumludur (m. 7/son).

İşveren, bir iş ilişkisinde işçiye vereceği talimatlar aracılığıyla işin yürütümünü ve işçilerin işyerindeki davranışlarını düzenlemektedir. İşverenin yönetim hakkı karşısında, işçinin talimatlara uyma borcu yer almaktadır. İşçiler, kişisel ve hukuki bağımlılığı altında

⁵¹⁶ İşverenin işin görülmesini isteme hakkını geçici bir süreliğine başka bir işverene devretmesi, alacağın devri kurumuyla açıklanabilir. Alacağın devrinin uygulanmasıyla, işçi, geçici süreliğine bir başka işverenin talimatları altında iş görme borcunu yerine getirebilir. Bu yönde bkz. **Soyer**, Başka Bir İşveren, 342-343; **Engin**, Ödünç İş İlişkisi, 342. Ancak İş Kanununun 6715 sayılı Kanunla değişik 7. maddesine göre, mesleki amaçlı olmayan geçici iş ilişkisi, sadece holding bünyesinde veya şirketler topluluğu içinde gerçekleştirilebilir.

oldukları işverenin hukuka uygun talimatlarına uymak zorundadırlar. Meslek edinilmemiş geçici iş ilişkisinde de işçiler iş sözleşmesinin tarafı olan işverenlerinin talimatlarını yerine getirmektedirler. Ancak, bu iş ilişkisinin özellikli yanı, işçilerin holding bünyesindeki veya şirketler topluluğu içindeki başka bir işyerinde iş görme edimini yerine getirmek için geçici olarak devredilmeleridir.

Geçici iş ilişkisinin kurulmasıyla birlikte işçi, geçici işverenin talimatları altında iş görme borcunu yerine getirmektedir. Dolayısıyla geçici işveren, işveren fonksiyonundan doğan talimat verme hakkını kendi adına ve hesabına kullanmaktadır. Burada ödünç veren işveren ile geçici (ödünç alan) işveren işçiye talimat verme hakkını paylaşmaktadırlar.

Meslek edinilmemiş geçici iş ilişkisinde de meslek edinilmiş geçici iş ilişkisinde olduğu gibi, geçici işveren, işçilere hem işin yürütümüne ilişkin hem de işyerindeki düzenin ve güvenliğin sağlanmasına yönelik talimatlar verebilmektedir.

İş Kanununun 7. maddesinin son fıkrası, mesleki amaçlı geçici iş ilişkisini düzenleyen 7. maddenin bazı fıkralarına atıf yaparak, bu hükümlerin meslek edinilmemiş geçici iş ilişkisi için de uygulanacağını belirtmektedir.⁵¹⁷ Anılan düzenlemeye göre, “*Geçici işçi çalıştıran işveren işin gereği ve geçici işçi sağlama sözleşmesine uygun olarak geçici işçisine talimat verme yetkisine sahiptir.*” Bu anlamda, geçici işveren, işin başlama-bitiş zamanlarını, ara dinlenmeleri, çalışma sürelerini, işçilerin işyerindeki davranışlarını (sigara yasağı, kapı kontrolü, kılık kıyafet, sosyal medya kullanımı gibi) ve iş güvenliğini ilgilendiren konularda talimatlar verebilmektedirler.

⁵¹⁷ İş Kanunu m. 7/son: “... Dördüncü (toplu işçi çıkarılan işyerlerinde sekiz ay süresince; kamu kurum ve kuruluşlarında ve yer altında maden çıkarılan işyerlerinde), beşinci (grev ve lokavtın uygulanması sırasında geçici iş ilişkisi kurulmaması), onuncu (geçici işçilere eşit işlem yapma borcu) ve on dördüncü fıkralar (geçici işçinin kusuruyla verdiği zarardan sorumluluğuna) ve dokuzuncu fıkranın (a)-(geçici işverenin talimat verme yetkisine) ve (f)-(iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini alma ve bu konuda eğitim verme ve işçinin de bu eğitimlere katılma yükümlülüğü) bentleri ile (d) bendinin birinci cümlesinde (geçici işçilerin sosyal hizmetlerden eşit şekilde yararlandırılması) düzenlenen hak ve yükümlülükler bu fıkra göre kurulan geçici iş ilişkisinde de uygulanır.”

Geçici işverenin talimat verme hakkının sınırları, ödünç veren işverenle geçici işveren arasında akdedilen işçi sağlama sözleşmesiyle çizilebilir. Eğer, işçi sağlama sözleşmesinde bu yönde bir düzenleme mevcutsa, geçici işçi, ödünç alan işverenin verdiği sınırlamaları aşan talimatlara uymak zorunda değildir.⁵¹⁸

Ancak, işçi sağlama sözleşmesinde bu yönde bir düzenleme bulunmuyorsa, ödünç alan işverenin talimat verme hakkını, hangi sınırlar içinde kullanacağı konusunda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bunlardan ilkinde göre, geçici işveren, talimat verme hakkını, ödünç veren işverenin yönetim hakkının sınırları içinde kullanabilir. Eğer geçici işveren bu sınırların dışına çıkarsa durum, iş koşullarında esaslı değişiklik olarak nitelendirilip işçiye iş akdini feshetme hakkı vermektedir.⁵¹⁹

Buna karşın doktrinde ileri sürülen bir başka görüşe göre, somut olayın özelliklerine bakılarak, işçi öncelikle kendi işvereni (ödünç veren işvereni) bilgilendirmeli ve buna rağmen işverenin önlem almaması halinde, işçi fesih hakkını kullanmalıdır.⁵²⁰

Geçici iş ilişkisinin özellikli yanını, yukarıda da belirttiğimiz üzere, ödünç veren işverenle geçici işverenin işçilere talimat verme haklarını paylaşmaları oluşturmaktadır. Bu anlamda meslek edinilmemiş geçici iş ilişkisinde (tıpkı mesleki amaçlı geçici iş ilişkisinde olduğu gibi), ödünç veren işverenin yönetim hakkı, işçinin geçici olarak başka bir işverene devredildiği zamanda da sürmektedir. Ancak, ödünç veren işverenin talimat verme hakkı, bu süreçte yıllık ücretli izin hakkının kullanılması gibi alanlarla sınırlıdır.

Son olarak, işçi sadece ödünç veren işverenin ve geçici işverenin talimatları altında değildir; işçi aynı zamanda işveren vekillerinin talimatlarına da uymakla yükümlüdür.⁵²¹

⁵¹⁸ Civan, Meslek Edinilmiş, 443; Akyiğit, Ödünç İş İlişkisi, 140.

⁵¹⁹ Çankaya/Çil, 155.

⁵²⁰ Caniklioğlu, Geçici İş İlişkisi, 139-140 (bkz. 80 no'lu dipnot).

⁵²¹ Odaman, Ödünç İş İlişkisi, 136.

B. Alt İşveren

Hukukumuzda alt işverenlik, İş Kanununun 2. maddesinin 6 ila 9. fıkraları arasında ve Alt İşverenlik Yönetmeliğinde⁵²² düzenlenmiştir. Buna göre, “Bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir. Bu ilişkide asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur.”

Kanundaki tanımdan da anlaşılacağı üzere, alt işverenlik ilişkisi üçlü iş ilişkisi türlerinden birini oluşturmaktadır. Nitekim Yasanın aradığı koşullar çerçevesinde kurulan bir alt işverenlik ilişkisinde, işyerinin bir bölümü veya eklentilerinde asıl işverenden başka diğer işveren (yani alt işveren) de işçi çalıştırmaktadır. Üretim, asıl işverene ait işyerinde gerçekleştirilmekle birlikte, burası alt işverenin ayrı bir işyeri olarak kabul edilmekte ve alt işverenin işçileri tarafından yerine getirilmektedir.⁵²³

Asıl işverenin, alt işverenin işçileriyle herhangi bir sözleşmesel ilişkisi bulunmamaktadır. Alt işveren, kendi çalıştırdığı işçilerine karşı işveren konumundadır. Dolayısıyla, alt işveren kendi işçilerine karşı işveren olmasından kaynaklı tüm hakları ve borçları haizdir.⁵²⁴ Alt işveren, asıl işverenin işçisi veya vekili durumunda değildir. Taraflar arasında bir iş veya vekalet sözleşmesi değil; istisna, kira, taşıma gibi bir sözleşme ilişkisi bulunmaktadır.⁵²⁵ Alt işveren, asıl işverenden ayrı ve bağımsız bir işverendir. Alt işveren, devraldığı işi asıl işveren adına değil, kendi adına ve hesabına ayrı bir işveren olarak

⁵²² RG. 27.09.2008, 27010.

⁵²³ Güzel, Alt İşveren, 38; Süzek, Alt İşveren, 14-15; Canbolat, Alt İşveren, 19-22; Aydın, Alt İşveren, 181-185.

⁵²⁴ Aykaç, 34-42.

⁵²⁵ Canbolat, Alt İşveren, 51-55; Narmanlıoğlu, Alt İşveren, 57; Aykaç, 34-42.

yürütmektedir. Alt işverenin işçilerini çalıştırdığı bölüm de asıl işverenin işyerinden ayrı bir işyeridir.⁵²⁶

İş Kanununa göre geçerli bir alt işveren ilişkisinin kurulabilmesi için birtakım koşulların bulunması gerekmektedir. Öncelikle, asıl işveren, işyerinde işçi çalıştırmalıdır. Diğer bir deyişle, asıl işveren işçi çalıştırmaksızın işi bir bütün olarak başka bir işverene devretmemiş olmalıdır. Böyle bir durum söz konusu olursa, ortada bir asıl işveren-alt işveren ilişkisi değil, *anahtar teslim* bir iş var demektir.⁵²⁷ Dolayısıyla, işyerinde işçi çalıştıran bir asıl işverenin varlığı gereklidir.

Keza, alt işverenin de üstlendiği işi yerine getirirken işçi çalıştırması gerekmektedir. İşçi çalıştırmayan bir kimse işveren olarak nitelendirilmeyeceğinden, alt işverenlik ilişkisi de kurulmayacaktır. Yani, alt işveren asıl işverene ait bir işi üstlenerek bu işi kendi işçilerine yaptırmalıdır.⁵²⁸ Yine Kanuna göre, alt işveren asıl işverenden üstlendiği iş için görevlendirdiği işçilerini, sadece bu işyerinde ve bu işte çalıştırmakla yükümlüdür.

Alt işveren ilişkisinin geçerli bir şekilde kurulabilmesi için Kanunun aradığı bir diğer koşul ise, işyerinde yürütülen mal ve hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerde veya asıl işin bir bölümünde alt işverenin iş almasıdır. Örneğin, işyerinde asli ve yardımcı işler dışında iş alan bir işverenin işyerinde yapılan işle ilgisi olmayan başka bir işi üstlenmesi durumunda, alt işveren ilişkisinden söz edilmesi mümkün değildir.⁵²⁹

Yine İş Kanununun 2. maddesinin 6. fıkrasına göre, alt işveren ilişkisinin kurulması için bu ilişkinin işyerinde yürütülen mal ve hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerde veya asıl

⁵²⁶ **Süzek**, 157; **Ekonomi**, Alt İşveren, 28-30; **Canbolat**, Alt İşveren, 51-55; **Narmanhoğlu**, Alt İşveren, 57; **Ulucan**, Karar İncelemesi, 147; **Aykaç**, 34-42; **Çil**, Alt İşveren, 9-11; **Akyiğit**, Alt İşverenlik, 6-7. Buna karşın, doktrindeki bir görüşe göre, alt işverenin işyerini, asıl işyerinin fer'i nitelikteki farklı bir işyeri olarak değerlendirmek gerekmektedir. Asıl işverenin ve alt işverenin işyerlerini birbirinden bağımsız ve ayrı işyerleri olarak düşünmek yerinde değildir. Bu yönde bkz. **Başbuğ**, Fer'i İşyeri, 132-133.

⁵²⁷ **Süzek**, 158.

⁵²⁸ **Güzel**, Alt İşveren, 41; **Ekonomi**, Alt İşveren, 50; **Aydemir**, Kavramlar, 121-122; **Canbolat**, Alt İşveren, 28-29.

⁵²⁹ **Güzel**, Alt İşveren, 43; **Ekonomi**, Alt İşveren, 33; **Canbolat**, Alt İşveren, 22-23.

işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde olması gerekir.

Hem iş hukuku doktrinine hem de Yargıtay içtihatlarına göre yardımcı işlerde alt işverenlik ilişkisi, *-muvazaa oluşturmamak kaydıyla-* herhangi bir koşul veya sınırlama olmadan kurulabilmektedir.⁵³⁰ Yargıtaya göre, güvenlik, itfaiye işleri, otomasyon veri hazırlama ve kontrol işleri, kreş ve bakımevleri hizmetleri, nakit taşıma ve güvenlik hizmetleri, temizlik işleri, otel işyerinde garaj ve oto yıkama işleri, şubeler arası evrak ve dağıtım işleri, torbalama, tahmil ve tahliye ile yükleme işleri yardımcı işler olarak değerlendirilmelidir.⁵³¹

Alt işveren ilişkisi, yardımcı işler dışında işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde kurulmaktadır. Ancak “*işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık*” kriterinde yer alan “*ile*” ifadesinin “*ve*” mi yoksa “*veya*” mı olarak anlaşılması gerektiği iş hukuku doktrininde uzunca bir süre tartışıldıktan sonra, nihayet hem işletmenin ve işin gereği hem de teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektirme ölçütünün bir arada bulunması gerektiği kabul edilmiştir.⁵³²

Nitekim, Yargıtay da her iki ölçütün bir arada olması gerektiğini kabul etmektedir.⁵³³ Bununla birlikte Yüksek Mahkemeye göre, alt işverenlik ilişkisinde baskın unsur, teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerdir.⁵³⁴

⁵³⁰ Y22HD, 02.06.2016, E. 2016/12854, K.2016/16265, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2017/3, 54, 1811. Karar incelemesi için bkz. **Baycık**, Değerlendirme 2016, 98-99. Yazarın isabetle belirttiği gibi, yardımcı işler herhangi bir şart olmadan alt işverene verilebilir; ancak bu halde de muvazaa ve işçi temininin bulunmaması gerekmektedir. Ayrıca bkz. **Ekonomi**, Alt İşveren, 48-50; **Süzek**, Alt İşveren, 16-17.

⁵³¹ Y9HD, 01.06.2005, E.2005/12985, K. 2005/20130, Y9HD, 08.05.2006, E.2006/10001, K. 2006/12997, Y9HD,21.03.2006, E. 2006/4306, K. 2006/7133, Y9HD, 26.02.2007, E.2007/2709, K. 2008/5125, **Çankaya/Çil**, 25.

⁵³² **Süzek**, 163; **Taşkent**, Alt İşveren, 364-365; **Güzel**, Alt İşveren, 49-50; **Başterzi**, Değerlendirme 2009, 49-52; **Aykaç**, 101-110; **Başbuğ**, Feri’i İşyeri, 128-129; **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, 114-118; **Çankaya/Çil**, 28; **Çil**, Alt İşveren, 15-17. Aksi görüşte **Soyer**, Alt İşveren, 19; **Çelik**, Alt İşveren, 8; **Ekonomi**, Alt İşveren, 42; **Akın**, Alt İşverenlik, 301.

⁵³³ Y9HD, 28.12.2009, E. 2009/47847, K. 2009/37770, **Çankaya/Çil**, 27.

Alt işverenlik ilişkisinde asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak İş Kanunundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden, alt işveren ile birlikte sorumludur.⁵³⁵

Alt işveren ilişkisinin kurulmasına ve taraflar arasındaki ilişkiye genel hatlarıyla değindikten sonra, asıl konumuz olan, işverenlerin işçilere talimat verme haklarını detaylı bir biçimde inceleyeceğiz.

Asıl işveren alt işveren ilişkisinde, yukarıda da belirttiğimiz üzere, asıl işveren, kendi işyerinde işçi çalıştırmaktadır. Yine bu ilişkide, alt işveren, işyerinde yürütülen mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerde veya asıl işin bir bölümünde iş almaktadır. Alt işveren, bu işlerde kendisine iş sözleşmesiyle bağlı olan işçilerini çalıştırmaktadır. Alt işverenin işçilerini çalıştırdığı bu işyeri bölümü, asıl işverenin işyerinden bağımsız ve ayrı bir işyeridir. Dolayısıyla, asıl işveren alt işveren ilişkisinde, hem asıl işveren ve ona iş sözleşmesiyle bağlı olan işçiler hem de alt işveren ve ona iş sözleşmesiyle bağlı olan işçiler bulunmaktadır.

Her iki işverenin de işveren konumlarından dolayı kendi işçilerine talimat verme hakları bulunmaktadır. Öte yandan, asıl işverenin alt işverenin işçilerine karşı alt işverenle birlikte sorumlu tutulmuş olması, asıl işvereni, alt işverenin işçilerine karşı işveren konumuna getirmez.⁵³⁶ Zira, asıl işverenle alt işverenin işçileri arasında herhangi bir sözleşmesel ilişki bulunmamaktadır. Benzer şekilde, alt işverenle asıl işverenin işçileri arasında iş sözleşmesine dayanan herhangi bir bağ mevcut değildir.

⁵³⁴ Y7HD, 07.03.2013, E. 2013/2572, K. 2013/2349; Y9HD, 20.03.2019, E.2019/2160, K. 2019/6298, KİBB. Ayrıca bkz. Y9HD, 01.06.2009, E. 2009/3836, K. 2009/15040, **Başterzi**, Değerlendirme 2009, 50-52; **Süzek**, Alt İşveren, 22-25; **Aydınlı**, Alt İşveren, 189-203; **Akyiğit**, Alt İşverenlik, 11-12.

⁵³⁵ Birlikte sorumluluk konusunda detaylı bilgi için bkz. **Akın**, Mütessesil Sorumluluk, 759-771; **Narmanlıoğlu**, Alt İşveren, 67-72; **Canbolat**, Alt İşveren, 70-75; **Aydınlı**, Alt İşveren, 216-224.

⁵³⁶ **Narmanlıoğlu**, Alt İşveren, 61.

Alt işveren, asıl işverenden yüklendiği işte, kendisine iş sözleşmesiyle bağlı olan işçilerini çalıştırmaktadır. Bu anlamda, işveren sıfatını haiz olan alt işveren, kendi işçilerine karşı hem iş görme borcunun alacaklısı hem de talimat verme yetkisine sahip olan kişidir.

Alt işveren, kendi işçilerine karşı işin görülmesine ve işçilerin işyerindeki davranışlarına göre, gerekli her türlü talimat verme yetkisine sahiptir. Yargıtay da verdiği bir kararında bu hususu şu şekilde ifade etmiştir: “*Alt işveren üstlendiği işi sözleşme koşulları doğrultusunda, ama kendi adına ve bağımsız bir biçimde yürütür. Çalıştırdığı işçilerle kendi adına iş sözleşmesi yapar; gerekli talimatları verir; işçilere ücretlerini kendisi öder; ücret bordrolarını düzenler; SGK primlerini yatırır.*”⁵³⁷

Bu noktada tartışmak istediğimiz husus, asıl işverenin, alt işverenin işçilerine işin görülmesi, işyeri düzeni-işçilerin davranışları ile iş güvenliğine ilişkin konularda talimat verme hakkına sahip olup olmadığıdır.

Öncelikle, asıl işverenin, alt işverenin işçilerine işin görülmesine ilişkin konularda talimat verme hakkı bulunmamaktadır. Bunun temelinde yatan sebep ise, taraflar arasında sözleşmesel bir ilişki bulunmamasıdır. Alt işveren, kendi işçileri karşısında işveren konumundadır ve işveren fonksiyonundan doğan talimat verme hakkına sahiptir. Hatta, asıl işverenin, alt işverenin işçilerine işin görülmesine ilişkin konularda talimat vermesi, muvazaalı alt işveren ilişkisinin/işçi temininin tespitinde de kullanılan önemli ölçütlerden birisidir.

Bir işveren, diğer bir işverenden aldığı işte kendi kuracağı organizasyona, uzmanlığa, hukuki bağımsızlığa sahip değilse; işçi alma ve çıkarma ile işçilere talimat verme hakkı bulunmuyorsa, diğer bir deyişle kendi işçileri üzerinde tasarruf ve yönetim hakkı yoksa, ortada geçerli bir asıl işveren-alt işveren ilişkisi değil, işçi temini söz konudur.⁵³⁸

⁵³⁷ Y9HD, 13.01.2020, E. 2019/5746, K. 2020/154, KİBB.

⁵³⁸ Süzek, 174-175.

Nitekim Yargıtay da kararlarında bu kıstası kullanmaktadır. Örneğin, Yüksek Mahkeme verdiği bir kararında, “Ayrıca alt işverenlere verilen işlerde asıl işveren olan EÜAŞ işçilerinin de çalıştığı, hizmet alım sözleşmeleri ve ekleri incelendiğinde alt işveren işçilerinin işe alımı ve işten çıkarılması yanında bu işçilerin alacakları ücretin belirlenmesi karşısında işin yönetimi, talimatları verme noktasında davalı ... yetkililerinin söz sahibi olduğu; işverenlik yetkilerinin davalı tarafından kullanıldığı anlaşılmıştır. Ayrıca dava dışı alt işverenlerin belirli bir organizasyona, uzmanlığa ve hukuksal bağımsızlığa sahip olmadığı, üretim ya da hizmet sunumuna dair ekonomik faaliyetin bağımsız yönetimini üstlenmediği anlaşılmakla davalı ...ile dava dışı alt işverenler arasındaki hizmet alım sözleşmelerinin muvazaalı olduğu...” ifadelerine yer vermiştir.⁵³⁹

Benzer şekilde, sadece asıl işveren değil, alt işveren de, aralarında sözleşme ilişkisi bulunmayan asıl işverenin işçilerine talimat veremez.

Her ne kadar asıl işverenin alt işverenin işçilerine talimat veremeyeceğini ve böyle bir durumun muvazaalı alt işverenlik ilişkisinin tespitinde kullanılan ölçütlerden biri olduğunu belirtmiş olsak da, asıl işverenin alt işverenin işçilerine iş sağlığı ve güvenliği alanında talimatlar verebileceğinin kabul edilmesi gerekmektedir. Doktrinde, asıl işverenin alt işverenin işçilerine bu yönde talimatlar vereceği farklı gerekçelerle kabul edilmektedir.

Bir görüşe göre, asıl işverenin alt işverenin işçileriyle arasında, Medeni Kanunun 2. maddesinde yer alan dürüstlük kuralına dayanan edim yükümlülüklerinden bağımsız bir borç ilişkisi bulunmaktadır. Asıl işveren ile alt işveren işçisi arasında, alt işverenin asıl işverenin işyeri çevresine dahil olması ve sosyal temas içerisinde bulunması sonucu iş akdinin oluşturduğu edim yükümlülüklerinden bağımsız şekilde bir koruma yükümü ortaya çıkmaktadır.⁵⁴⁰ Ayrıca, alt işverenin asıl işverenin işyerine dahil olmasıyla özel ve somut bir güven ilişkisi ve davranış yükümlülüğü doğmaktadır. Alt işverenin asıl işverenin işyerine

⁵³⁹ YHGK, 18.04.2018, E. 2016/7-610, K. 2018/918, KİBB.

⁵⁴⁰ Aydın, Edimden Bağımsız, 174-175; Aydın, Alt İşveren, 285-286.

dahil olması ve sosyal temastan dolayı alt işverenin işçileriyle asıl işveren arasında edim yükümlülüklerinden bağımsız bir borç ilişkisi doğmaktadır. Dolayısıyla da asıl işveren, işyerindeki iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almaktaki yetkili kişidir. Asıl işveren, bu anlamda alt işverenin işçilerine iş güvenliğine ilişkin alanlarda talimatlar verebilmektedir.⁵⁴¹

Ayrıca, eğer asıl işveren, alt işverenin işçilerine yönelik iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almazsa, alt işveren işçileri haksız fiile göre değil, asıl işverene karşı aralarındaki borç ilişkisine dayanarak sözleşmenin ihlali hükümlerine başvurabilir.⁵⁴²

Asıl işveren alt işveren arasındaki ilişkiyi edimden bağımsız borç ilişkisi olarak nitelendiren yazarlar, taraflar arasındaki ilişkiye, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kurumu açısından da yaklaşılabileceğini savunmaktadırlar.⁵⁴³ Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmede, borç ilişkisinin içerdiği koruma yükümlülüklerinin kapsamı, sözleşmenin tarafları ile sınırlı değildir. Edimden kaynaklanan tehlikeler alacaklıyı olduğu kadar üçüncü kişiyi de etkiliyorsa, üçüncü kişi, borç ilişkisinin koruyucu etkisinden yararlanacaktır.

Ayrıca, tehlikenin ve tehlikeden etkilenecek üçüncü kişinin borçlu tarafından biliniyor olması gerekmektedir. Bütün bu kriterler gerçekleştiğinde, dürüstlük kuralı gereği üçüncü kişinin korunması gerekiyorsa, üçüncü kişinin borç ilişkisinin koruyucu etkisinden yararlanması gerekmektedir.

Bu görüşe göre, asıl işveren alt işveren ilişkisi, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme niteliğindedir ve alt işverenin işçisi, bu etkiden yararlanacak olan kişidir.⁵⁴⁴ Alt işveren işçisi herhangi bir kişi değildir. Asıl işveren ve alt işveren arasındaki sözleşme, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme olduğuna göre, asıl işverenle alt işverenin hukuki alanları içinde

⁵⁴¹ Aydınli, Edimden Bağımsız, 174-175; Aydınli, Alt İşveren, 285-286; Başbuğ, Alt İşveren, 68-69.

⁵⁴² Aydınli, Edimden Bağımsız, 174-175; Aydınli, Alt İşveren, 285-286; Başbuğ, Alt İşveren, 68-69.

⁵⁴³ Aydınli, Edimden Bağımsız, 174-175; Aydınli, Alt İşveren, 285-286; Başbuğ, Alt İşveren, 68-69.

⁵⁴⁴ Aydınli, Edimden Bağımsız, 174-175.

kalan alt işveren işçilerinin, sözleşmenin tarafları açısından söz konusu olan koruma yükümlülüklerinden yararlanması gerekmektedir.⁵⁴⁵

Asıl işverenin, alt işverenin işçilerine karşı da iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini eksiksiz olarak yerine getirmesi gerekmektedir. Bunun doğal bir sonucu olarak da, asıl işverenin, alt işverenin işçilerine, iş sağlığı ve güvenliği konusunda talimatlar vermesi gerekmektedir.

Doktrinde savunulan bir diğer görüşe göre ise, iş güvenliğine ilişkin alınan önlemlere uymayan işçilerin iş kazasına uğraması sonucu tazminat taleplerini asıl işverene de yöneltebilecekleri düşünüldüğünde; asıl işverenin, sorumlu olduğu hususlarda işçilere talimat veremeyeceğini kabul etmek hakkaniyetle bağdaşmayacaktır.⁵⁴⁶

Diğer bir görüşe göre de, aynı işyerini paylaşan ilgililerin, dürüstlük kurallarına göre karşılıklı birtakım yükümlülükleri olması kaçınılmazdır. İş güvenliğine ilişkin kurallar da bu yükümlülüklerin başında gelmektedir. Asıl işveren alt işveren ilişkisinin taraflarını oluşturan işverenler gibi alt işveren işçileri de birlikte çalışmanın gerektirdiği özeni göstermek zorundadırlar. Dürüstlük kuralının bir gereği olarak da, asıl işveren, alt işverenin işçilerine yönelik iş güvenliğine ilişkin önlemleri alarak gerekli talimatları vermektedir.⁵⁴⁷

Asıl işverenin, alt işverenin işçilerine iş güvenliğine ilişkin konularda talimatlar verebileceğini savunan diğer bir görüşe göre de, bir işyerindeki sağlık ve güvenlik risklerini birbirinden kesin sınırlarla ayırmak oldukça zordur. Alt işverenin işyerinde gerçekleşecek bir riskin, asıl işverenin işçilerini ve asıl işverenin işyerinde gerçekleşecek bir riskin de, alt işverenin işçilerini etkilemesi çok muhtemeldir. Dolayısıyla, asıl işverenin alt işverenin işçilerine iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin konularda talimatlar vermesi kabul edilmelidir. Bu

⁵⁴⁵ **Aydınlı**, Edimden Bağlımsız, 182-183; **Başbuğ**, Alt İşveren, 68-69; **Başbuğ**, Fer'i İşyeri, 141.

⁵⁴⁶ **Taşkent**, Yönetim Hakkı, 62-63; **Baycık**, Rödövens Sözleşmeleri, 1933; **Ekmekçi**, Alt İşveren, 25; **Dursun Ateş**, 73-74.

⁵⁴⁷ **Narmanhoğlu**, Alt İşveren, 62; **Engin**, Alt İşveren, 20; **Akyiğit**, Alt İşverenlik, 32.

görüşün altında yatan neden ise, asıl işveren alt işveren ilişkisinin iş hukukuna özgü bir ilişki olmasıdır.⁵⁴⁸

Bu yöndeki bir başka görüş ise, iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması, her ne kadar iş sözleşmesinden doğan işçiyi gözetme borcunun bir gereği olsa da; iş güvenliği mevzuatı, sözleşme ilişkisinden bağımsız olarak, temelini Anayasanın iş güvenliğinin sağlanması konusundaki devlete görev yükleyen hükümlerinde bulduğunu belirtmektedir. İş sağlığı ve güvenliği mevzuatı, kamu hukuku nitelikli olup, uyulması da kamu hukuku yaptırımlarıyla sağlanmaktadır.⁵⁴⁹ Bu bağlamda asıl işveren, iş sağlığı ve güvenliği mevzuatından doğan yükümlülüklerini eksiksiz şekilde yerine getirmek için alt işverenin işçilerine bu hususta talimatlar verebilmelidir.⁵⁵⁰

Başka bir görüşe göre de, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m. 22/2-(b) uyarınca, alt aydan fazla süren asıl işveren alt işveren ilişkisinde işbirliği ve koordinasyon asıl işverence sağlanmaktadır. Asıl işverenin böyle bir yükümlülüğü olduğuna göre, alt işveren işçilerine talimat vermesi de mümkün olmalıdır.⁵⁵¹

Bizce de, asıl işverenin, işin görülmesine ilişkin konularda alt işverenin işçilerine talimat verme hakkı bulunmamaktadır. Buna karşın, asıl işveren, iş güvenliğini ilgilendiren hususlarda alt işverenin işçilerine talimatlar verebilir. Nitekim, alt işveren işçilerinin iş risklerine karşı korunması, alt işverenle birlikte asıl işverenin de yükümlülüğündedir. Doktrinde de haklı olarak belirtildiği üzere, aynı işyerini paylaşan tarafların birbirlerine karşı, dürüstlük kurallarından doğan karşılıklı birtakım yükümlülükleri bulunmaktadır.⁵⁵²

⁵⁴⁸ **Akın**, Alt İşverenlik, 175-176. Yazar, ayrıca, alt işverenin iş sağlığı ve güvenliği alanındaki yükümlülüklerini sadece kendi işçilerine yönelik olanlarla sınırlandırmanın doğru olmadığını belirtmektedir. Alt işverenler, işveren olarak gerek asıl işveren işçilerine gerek üçüncü kişilere karşı koruyucu önlemler almak, ortaya çıkan zararları karşılamak durumundadırlar. Bu konuda bkz. **Akın**, Alt İşverenlik, 221.

⁵⁴⁹ **Engin**, Alt İşveren, 20-21.

⁵⁵⁰ **Engin**, Alt İşveren, 20-21.

⁵⁵¹ **Dursun Ateş**, 75. Ayrıca bkz. **Aykaç**, 240-241; **Aydınlı**, Alt İşveren, 286.

⁵⁵² **Narmanhoğlu**, Alt İşveren, 62.

Asıl işveren, alt işveren ve işçiler gerekli her türlü özeni göstermek zorundadırlar. Bu kapsamda, asıl işverenin alt işverenin işçilerine iş güvenliğine ilişkin konularda talimatlar vermesi kaçınılmazdır. Ayrıca, alt işverenin işçileri büyük ölçüde asıl işverenin işyerinde görev yapmaktadırlar. Ortak çalışma alanından doğan risklerin muhatabı yine alt işveren işçileri olmaktadır. İş sağlığı ve güvenliği önlemlerine uyulmaması sonucu meydana gelen iş kazalarında tazminat talepleri asıl işverenlere de yöneltilmektedir.

Öte yandan, Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Eğitimlerinin Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliğin⁵⁵³ 5. maddesinin 3. fıkrasına göre, alt işveren ilişkisinin kurulduğu işyerlerinde, her işveren, kendi çalışanlarına iş sağlığı ve güvenliği eğitimi vermekten sorumludur. Bu hükümden de anlaşılacağı üzere alt işveren kendi işçilerine eğitim vermelidir. Bu konuda asıl işverenin bir yükümlülüğü olmamakla beraber, asıl işveren, alt işverenin çalışanlarının iş sağlığı ve güvenliği eğitimlerine dair belgelerini kontrol etmekle yükümlüdür.

Yine Yönetmeliğe göre, alt işveren, asıl işvereni kendi çalışanlarının iş sağlığı ve güvenliği eğitimleri konusunda bilgilendirmelidir. Asıl işveren de, alt işverenin işçilerine işe başlamadan önce, işyerine özgü risklere ilişkin konularda bilgi vermelidir. Yönetmeliğin ilgili düzenlemesi ve İş Kanunu m. 2/6 uyarınca, asıl işveren, alt işveren işçilerinin iş sağlığı ve güvenliği eğitimlerini alıp almadığını denetlemeli ve riskler konusunda alt işveren işçilerini bilgilendirmelidir.⁵⁵⁴ Asıl işverenin buradaki sorumluluğu, alt işverenin iş güvenliği eğitimlerini verip vermediğini denetlemek ve alt işverenin işçilerini bilgilendirmekle sınırlıdır.

Asıl işveren, alt işverenle yaptığı alt işverenlik sözleşmesine, işin zamanında yapılıp yapılmadığını, işçilik alacaklarının ödenip ödenmediğini ve özellikle alt işverenin işçilerinin iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine uyup uymadığını denetlemeye yönelik hükümler

⁵⁵³ RG. 15.05.2013, 28648.

⁵⁵⁴ Benzer yönde bkz. **Ekmekçi**, Alt İşveren, 25; **Aydın**, Başka İşyerinden Çalışmak Üzere Gelen, 21; **Baycık**, Rödövens Sözleşmeleri, 1936; **Akın**, Alt İşverenlik, 160-161.

koymaktadır. Bu tür düzenlemelerin temel amacı, asıl işverenlerin, İş Kanunundan doğan müteselsil sorumlulukları noktasında duydukları kaygıdır.

Yargıtay, bu tür denetleme kayıtlarını muvazaalı alt işverenlik ilişkisinin göstergesi olarak kabul etmemektedir. Diğer bir deyişle, bu tür denetleme veyahut koordinasyona ilişkin hükümlerin geçerli bir alt işveren ilişkisine hâlel getirmeyeceğini belirtmektedir. Örneğin, Yüksek Mahkemenin bu konuda vermiş olduğu bir kararına göre de, “*Asıl işverenin denetim yetkisi, işyeri güvenliği ve işçilik alacaklarına karşı müteselsil sorumluluğu sebebiyle bu tür düzenlemelere yer verilmesi olağan karşılanmalıdır. Bu sebeple sözü edilen hükümler alt işverenlik sözleşmesinin muvazaaya dayandığını göstermez.*”⁵⁵⁵

Ancak, burada asıl işveren, alt işverenin işçilerini değil, doğrudan alt işverenin kendisini denetlemektedir. Alt işveren, kendi işçilerinin iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine uyup uymadıklarını denetlemekle yükümlüdür (6331 sayılı Kanun m.4/1-b).

Üzerinde durmak istediğimiz bir diğer nokta ise, asıl işverenin alt işverenin işçilerine, işyerine düzenine (örneğin işyerine giriş-çıkışlar, sigara içme yasağı gibi) ilişkin konularda talimat verip veremeyeceğidir. Doktrinde bazı yazarlar, asıl işverenin, aralarında sözleşme ilişkisi bulunmayan alt işverenin işçilerine, iş görme borcunda olduğu gibi, işyeri düzenine ilişkin konularda da talimat veremeyeceğini belirtmektedirler.⁵⁵⁶ Zira, taraflar arasında bir iş sözleşmesi bulunmadığı gibi alt işveren, asıl işverenden aldığı işi kendi adına ve hesabına yapan bağımsız ve ayrı bir işverendir. Alt işverenin işyeri de asıl işverenden farklı bir işyeridir.⁵⁵⁷

Buna karşın, doktrinde bizim de savunduğumuz görüşe göre, asıl işveren, alt işverenin işçilerine işyeri düzenine ilişkin genel konularda talimat verebilir. Bu görüşe göre, işyeri düzeni, iş güvenliği, işçilerin sağlıklarına ilişkin kurallar, işyerinin tümünü kapsar nitelikteki

⁵⁵⁵ Y22HD, 27.04.2015, E. 2015/11223, K. 2015/15136, KİBB. Bu konuda ayrıca bkz. **Akın**, Alt İşverenlik, 341-343; **Baycık**, Rödövars Sözleşmeleri, 1933.

⁵⁵⁶ **Taşkent**, Yönetim Hakkı, 62; **Aykaç**, 238-239.

⁵⁵⁷ **Taşkent**, Yönetim Hakkı, 62; **Aykaç**, 238-239; **Ulucan**, Karar İncelemesi, 148; **Akyiğit**, Muvazaalı Alt İşverenlik, 152; **Dursun Ateş**, 72.

genel yükümlölüklerdir. Bu yükümlölüklerin dayanağını ise dürüstlük kuralları oluşturmaktadır.⁵⁵⁸

Bir başka görüş ise, asıl işverenin, alt işverenin işçisine karşı iş görme borcuna ilişkin talimat verme hakkının bulunmadığını; ancak işyeri düzenine giren konularda asıl işverenin talimat verebileceğini ve alt işverenin işçilerinin bunlara uyması gerektiğini belirtmektedir.⁵⁵⁹

Benzer yöndeki bir diğer görüşe göre ise, işyeri düzeninin ihlali, alt işverene değil asıl işverene karşı işlenmektedir. Ayrıca işyeri çalışma düzeni ve disiplin hükümleri bakımından toplu iş sözleşmesi hükümlerinin alt işveren işçilerine uygulanması gerekmektedir. Dolayısıyla alt işveren işçileri, toplu iş sözleşmesinin hizmet akdi dışındaki hükümlerinin kapsamı içindedir.⁵⁶⁰

Kanımızca, asıl işveren, alt işverenin işçilerine, işyerinin genel düzenine ilişkin konularda talimatlar verebilmelidir. Ancak, bunun nedeni, doktrinde bazı yazarlarca ifade edildiği üzere, ne alt işverenin işyerinin fer'i nitelikte bir işyeri olması ne de taraflar arasında edimden bağımsız bir borç ilişkisinin bulunmasıdır. Alt işverenin, işi kendi adına ve hesabına yürüttüğü ve işyerinin asıl işvereninkinden ayrı bir işyeri olduğu noktasında herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Ancak, alt işveren işçilerinin, büyük çoğunlukla asıl işverenin işçileriyle ortak bir çalışma alanında faaliyet gösterdikleri bilinmektedir. Dolayısıyla, alt işveren işçilerinin de genel işyeri düzenine uymaları beklenmektedir. Tarafların genel işyeri düzenine uymaları, dürüstlük kuralının da bir gereğidir.

Ancak alt işveren işçilerinin işyeri düzenine aykırı davranışları halinde, disiplin cezasını vermeye hangi işverenin yetkili olduğu sorusu cevaplanmalıdır.

⁵⁵⁸ **Narmanlıoğlu**, Alt İşveren, 62; **Engin**, Alt İşveren, 20.

⁵⁵⁹ **Soyer**, Alt İşveren, 17; **Başbuğ**, Fer'i İşyeri, 143; **Aydınlı**, Edimden Bağımsız, 180; **Çankaya/Çil**, 57; **Çil**, Alt İşveren, 32.

⁵⁶⁰ **Başbuğ**, Alt İşveren, 73-74.

Doktrindeki bizim de katıldığımız baskın görüşe göre, asıl işverenin alt işverenin işçilerine disiplin cezası uygulama hakkı bulunmamaktadır.⁵⁶¹ Asıl işveren ile alt işveren arasında iş sözleşmesi bulunmadığından ve alt işverenin kendi işçileri üzerinde hem işin görülmesi hem de işyeri düzeni ve iş güvenliğine ilişkin konularda talimat verme hakkı devam ettiğinden, disiplin cezası verme hakkı da alt işverene aittir.

Alt işveren, ekonomik bir faaliyetin bağımsız yönetimini üstlendiğine göre, disiplin cezası verme hakkı, gerçek işveren olarak kendisine aittir. Asıl işveren, genel nitelikteki işyeri düzenini bozan ve bu yöndeki talimatlara uymayan işçilerin cezalandırılmasını alt işverenden talep etmelidir. Yüksek Mahkeme de, asıl işverenin alt işverenin işçilerine disiplin yaptırımı uygulamasını muvazaalı alt işverenlik ilişkisi olarak nitelendirmektedir.

Nitekim Yargıtayın verdiği bir karara göre, “*Görünürde alt işverenlik ilişkisi kurulmakla birlikte işçinin seçimi, denetimi, disiplin cezası uygulanması ve hatta iş sözleşmesinin fesih yetkisinin asıl işverende olduğu, asıl işveren ve alt işveren işçilerinin aynı işte beraber çalıştığı, bir işin verilmeyip işçi temininin bulunduğu durumlarda, kurulan ilişkinin muvazaalı olduğu kabul edilmelidir.*”⁵⁶²

Öte yandan, doktrindeki bazı yazarlar, alt işverenin işyerinin fer’i nitelik taşıdığından ve taraflar arasında sosyal temas ve edimden bağımsız borç ilişkisi olduğundan bahisle, asıl işverenin alt işverenin işçisine disiplin cezasını verebileceğini ileri sürmektedirler.⁵⁶³

Bu başlık altında son olarak incelemek istediğimiz husus, asıl işverenin, alt işveren işçilerine karşı yönetim hakkını kullanırken eşit davranma borcunun olup olmadığıdır. Eşit işlem yapma borcunun doğumu için bazı şartların bulunması gerekmektedir.⁵⁶⁴ Bunlar;

⁵⁶¹ **Narmanhoğlu**, Alt İşveren, 57; **Güzel**, Alt İşveren, 52; **Aykaç**, 237-238; **Çankaya/Çil**, 57; **Çil**, Alt İşveren, 32; **Dursun Ateş**, 76-77.

⁵⁶² Y9HD, 30.09.2015, E. 2015/21179, K. 2015/26948, KİBB.

⁵⁶³ **Başbuğ**, Alt İşveren, 63-64; **Başbuğ**, Fer’i İşyeri, 143; **Aydınlı**, Edimden Bağımsız, 175.

⁵⁶⁴ Bkz. § 4, II-B.

işyerinin aynı olması (işyerinde birlik), iş sözleşmesiyle çalışan işçiler ve aynı zaman dilimi içinde gerçekleşen uygulamalar bulunmasıdır (zamanda birlik).⁵⁶⁵

Asıl işveren ile alt işverenin işçileri arasında bir iş sözleşmesinin bulunmaması ve alt işverenin kendi kurduğu organizasyon içinde üstlendiği işi kendi adına ve hesabına iş sözleşmesiyle çalıştırdığı işçilerine gördürmesinin bir sonucu olarak doktrinde, asıl işverenin eşit işlem yapma borcunun bulunmadığı ifade edilmektedir. Yine bu görüşe göre, asıl işveren işçileri ile alt işveren işçileri, farklı işverenlere karşı iş görme borcunu yerine getirdiklerinden, bunların çalışma şartları ve hukuki durumları birbirinden farklıdır. Dolayısıyla, bu iki grup arasında bir örtüşme ya da eşitlik bulunmamaktadır.⁵⁶⁶

Yargıtay da asıl işverenin, alt işveren işçilerine karşı böyle bir borcunun olmadığını; ancak taraflar arasındaki alt işverenlik ilişkisinin muvazaaya dayanması ve Kanunun açık hükmü gereği alt işverenin işçilerinin başlangıçtan itibaren asıl işverenin işçisi sayılması halinde, asıl işverenin eşit işlem borcu bulunduğunu kabul etmektedir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun verdiği bir kararda da bu durum şu şekilde ifade edilmektedir: “Gerçekten muvazaalı ilişkide işçi, gerçek işverenin işçisi ise, kıdem ve unvanının dışında bir kadro karşılığı çalışması ve diğer işçilerle aynı ücreti talep edememesi, 4857 sayılı İş Kanununun 5. maddesinde öngörülen eşitlik ilkesine aykırılık oluşturur.”⁵⁶⁷

Biz de, asıl işverenin, alt işveren işçilerine karşı eşit işlem borcu altında olmadığı kanaatini taşımakla birlikte bu konuda kategorik bir cevap vermenin de yerinde olmadığını düşünüyoruz. Asıl işveren ve alt işveren farklı işverenler olsa da ve alt işverenin işyeri asıl işverenin işyerinden ayrı bir işyeri olarak kabul edilse de, ortak bir çalışma alanını paylaşan

⁵⁶⁵ Bu konuda bkz. **Yıldız**, Eşit İşlem, 179-192; **Tuncay**, Eşit Davranma İlkesi, 148-149; **Tuncay**, Sempozyum, 24-29; **Süzek**, Eşit Davranma, 25-27.

⁵⁶⁶ **Yıldız**, Eşit İşlem, 193; **Aykaç**, 244; **Narmanlıoğlu**, Alt İşveren, 60; **Çankaya/Çil**, 57; **Çil**, Alt İşveren, 32; **Engin**, Alt İşveren, 20.

⁵⁶⁷ YHGK, 29.04.2015, E.2015/22-772, K. 2015/1280, KİBB.

işçiler arasında, genel nitelikteki işyeri düzenine ilişkin konularda farklı uygulamalara gidilmesi, hakkaniyet ve iş barışı düşüncesiyle bağdaşmayacaktır.

Asıl işverenin, ücret ile diğer hak ve borçları açısından eşit işlem borcu olmamasına karşın; işe giriş çıkışlar, üst araması, sigara içme yasağı, dinlenme ve yemekhane alanları gibi işyeri düzenine ilişkin konularda alt işverenin işçilerine farklı işlem uygulamaması gerektiğini düşünüyoruz.⁵⁶⁸

C. İşveren Vekili

Gelişen ve sürekli değişim gösteren iş yaşamında, işverenin, işyerini tek başına yönetmesi, işin tüm evrelerini bizzat kontrol etmesi, çok sayıda işçinin çalıştığı işi denetlemesi, iş yasalarından ve sözleşmelerden doğan yükümlülükleri kendisinin üstlenmesi mümkün görünmemektedir.

Modern çalışma hayatında iş bölümlerinin ortaya çıkması ve neredeyse her birinin uzmanlık gerektiriyor olması da işverenin her konuda işyerini yönetmesini, işin ilerlemesine yönelik talimatlar vermesini imkansız hale getirmektedir.

Bunların yanı sıra, işverenin bir tüzel kişi olması durumunda, işi yürütecek yetkili organların sürekli olarak işin başında bulunmaları, yönetime ilişkin talimatları vermeleri de son derece güçtür. Bu zorluklar nedeniyle, işyerlerinde yönetime yardımcı kişilerin çalıştırılması gereklidir.

Kendilerine, işyeri hiyerarşisi içindeki konumlarına ve dolayısıyla sahip oldukları yetkilere göre müdür, şef, ustabaşı gibi isimler verilen bu kişilere “işveren vekili”

⁵⁶⁸ Benzer yönde **Engin**, Alt İşveren, 20-21. Edimden bağımsız borç ilişkisi gerekçesiyle, asıl işverenin eşit işlem yapma borcu altında görüşü için bkz. **Başbuğ**, Alt İşveren, 73. *Narmanlıoğlu*’na göre, bir işyerinde çalışan ve durumları farklı olmayan işçilerin aynı çalışma şartlarına tabi olmaları ideal durumdur. Aynı işyerinde faaliyet gösteren asıl işveren işçileri ile alt işveren işçilerinin eşit şartlarda çalışmaları ancak bu yönde açık bir düzenlemenin olması halinde mümkündür. Bkz. **Narmanlıoğlu**, Alt İşveren, 60.

denilmektedir.⁵⁶⁹ İşveren vekilleri, işyerinin varlığı ve gelişimi için önem arz eden ve esas itibarıyla işverenin talimatlarından bağımsız olarak karar alabilen, aldığı kararları uygulatan, yerine getirilmesi özel bilgi ve tecrübe gerektiren görevleri düzenli olarak yapan kişilerdir.⁵⁷⁰

İşveren vekillerinin üstlendikleri görevleri yerine getirebilmeleri için, işveren fonksiyonu içinde yer alan yönetim işlevinin ve dolayısıyla talimat verme yetkisinin bir bölümünün kendilerine devredilmesi gerekmektedir.⁵⁷¹ Zira, işveren vekilleri de, işçilerin iş görme borcunu yerine getirmesine yönelik talimatlar verebileceği gibi işin ve işyerinin düzenine ilişkin talimatlar da verebilirler.

Ancak, işveren vekillerine her ne kadar talimat verme yetkisi devredilse de işverenle aralarındaki bağımlılık ilişkisi sona ermez. Dolayısıyla, bu kimseler, işveren kavramı içinde değerlendirilemezler.⁵⁷²

Uygulamada pek çok işyerinde hiyerarşik olarak belirli bir konumun üzerindeki kişilerin tamamının yönetici-amir-şef gibi sıfatlarla anıldığı görülmektedir. Ancak, bir kimsenin gerçek anlamda işveren vekili olarak nitelendirilebilmesi için yasal birtakım

⁵⁶⁹ **Ekonomi**, 54; **Tuncay**, İşveren Vekili, 181; **Taşkent**, Yönetim Hakkı, 64; **Yılmaz**, İşveren Vekili, 36-37; **Aydemir**, Kavramlar, 85; **Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan**, 44.

⁵⁷⁰ **Brunhöber**, 221.

⁵⁷¹ **Stamm**, 47. Alman ve İsviçre Hukukunda talimat verme yetkisinin, işverenden başka bir kişiye devredilmesi durumu “*delegation*” (delege etmek) sözcüğüyle ifade etmektedir. Bkz. **Stamm**, 40-47; **Zöllner/Loritz**, 64; **Taşkent**, Yönetim Hakkı, 65, dn.16’da belirtilen yazarlar. Ancak, bu yazarlar arasında **Stamm**, “*delegation*” terimini teknik anlamda değil, genel bir ifade olarak kullandığını belirtmiştir, **Stamm**, 40, dn. 6. *Taşkent* de “*delegation*”- (delege etmek) ile neyin kastedilmek istendiğini tartışmıştır. Delegasyon, bir devlet ya da kamu idaresinin yetkilerinin tümünün ya da bir bölümünün bir başkasına aktarılmasıdır. Delegasyonun özelliği, kendisine yetki verilen kişinin, yetki veren kişiden tamamen bağımsız olması ve yetkiyi aktaran kişinin artık bir söz hakkının kalmamasıdır. Bu durum, işverenin talimat verme hakkıyla bağdaşmaz. Delegasyon sözcüğünün kullanımını bu nedenle eleştirmiştir. Detaylı bilgi için bkz. **Taşkent**, Yönetim Hakkı, 65, dn. 16. *Koch*’a göre ise, delegasyonla ifade edilen husus, talimat verme yetkisine işverenin sahip olması ama bu yetkiyi başka birinin sadece kullanmasıdır. Örneğin, BGB § 164’e göre doğrudan temsilde bu durum vardır. Bu yönde bkz. **Hüffer/Koch** AktG § 308 Rn. 4-6. Alman Federal İş Mahkemesinin (BAG) işveren vekilinin talimat verme yetkisine ilişkin kararlarında da “*delegation*” sözcüğü kullanılmaktadır. Bkz. BAG, 19.08.1975, AP BetrVG 1972 §102 Nr. 5; BAG, 05.03.1974, AP BetrVG 1972 §5 Nr.1; BAG, 29.01.1980, BetrVG 1972 §5 Nr. 24, (www.beck-online.beck.de). Türk İş Hukuku doktrinde *Doğan Yenisey* de, “*Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyeliği ve İş Sözleşmesi*” makalesinde, yönetim kurulunun yönetim yetkisini murahhas üyeye devri için *delegasyon işlemi* ifadesini kullanmıştır. Bkz. **Doğan Yenisey**, Yönetim Kurulu Üyeliği, 330.

⁵⁷² **Stamm**, 40.

koşulların mevcut olması gerekmektedir. Diğer bir deyişle bir kimsenin işveren vekili olabilmesi, objektif şartların mevcut olmasına bağlıdır.⁵⁷³

Türk iş hukuku mevzuatında işveren vekili kavramı çeşitli biçimlerde tanımlanmıştır.

İş Kanununun 2. maddesinin 4. fıkrasına göre, “*İşveren adına hareket eden ve işin, işyerinin ve işletmenin yönetiminde görev alan kimselere işveren vekili denir.*” Yasadaki ifadedden de anlaşılacağı üzere, işveren vekili sayılabilmek için iki unsur bir arada olmalıdır. Bunlardan birincisi, işveren adına hareket etmek, diğeri ise işin, işyerinin ve işletmenin yönetiminde görev almaktır.

İşveren vekili sayılabilmenin ilk koşulu, işveren adına hareket etmektir. Bu durum ise, işveren vekiline bir temsil yetkisinin verilmesini gerekli kılar. Zira, bir kimsenin başkası adına hareket edebilmesi ve bunun hukuken geçerli sonuçlar doğurabilmesi için, böyle bir yetkiye sahip olması gerekir. Başkası adına hareket etmek ise doğrudan doğruya temsilin bir koşuludur. Doğrudan doğruya temsil, bir kimsenin, sahip olduğu yetkiye dayanarak başka bir şahıs ve ad hesabına hukuki işlem yapmasıdır.⁵⁷⁴

İşveren vekilinin, işveren adına hareket etmesi, onun doğrudan doğruya temsil yetkisine sahip temsilci olduğunu ifade eder.⁵⁷⁵ Nitekim, İş Kanununun 2. maddesinin 4. fıkrasında düzenlenen “*işveren vekilinin bu sıfatla işçilere karşı işlem ve yükümlülüklerinden doğrudan işveren sorumludur*” hükmünden de, işveren vekili ile işveren arasındaki ilişkinin

⁵⁷³ Alman Hukukunda, işveren vekili kavramına karşılık gelebilecek olan “*Leitende Angestellte-Yönetici İşçi*” ifadesi kullanılmaktadır. İşveren vekili değişik kanunlarda düzenlenmektedir. Öncelikle, Alman İşyeri Teşkilatı Kanunu (BetrVG) §5 3- 2. maddesine göre, işveren vekili, işe alma ve işten çıkarma yetkisi olan ya da genel temsil yetkisine sahip olan veya düzenli olarak işyerinin gelişimi ve bekası için üstüne düşen görevleri yerine getiren ya da özel uzmanlık, bilgi ve tecrübe gerektiren işleri yapan ve işçilere talimat verme yetkisi olan kişidir. İşveren vekili ayrıca, Alman Feshe Karşı Koruma Kanununun (KschG) §14/2. maddesinde de tanımlanmaktadır. Bu Kanuna göre işveren vekili, işletme ve işyeri yöneticisine benzer kişidir. İşveren vekilinin bu anlamda kendi başına başka işçileri işe alma ve işten çıkarma yetkisi bulunmaktadır. İşveren vekili, Alman Hukukunda ayrıca Alman Çalışma Süreleri Kanununda (ArbZG §18 I Nr. 1,1) ve Yönetime Katılma Kanununda (MitbestG §3/3) tanımlanmaktadır. Detaylı bilgi için bkz. **Fuhlrott**, Rn. 55-56.

⁵⁷⁴ **Eren**, 386; **Akyol**, Temsil, 46; **İnceoğlu**, Temsil, 44-45.

⁵⁷⁵ İşveren vekili ile işveren arasındaki temsil ilişkisinin doğrudan olmasının yanı sıra dolaylı bir temsil ilişkisini de kapsadığı görüşü ve örnekler için bkz. **Başbuğ**, İşveren Vekili, 8-13.

doğrudan temsil ilişkisi olduğu sonucuna varılacaktır.⁵⁷⁶ İşte, işveren vekili, bu yetkisine dayanarak işçilere talimatlar verir.

İşveren vekilinin işçilere talimat verme yetkisi, yönetim konusunda kendisine bırakılan görev ve yetki alanıyla sınırlıdır.⁵⁷⁷ Nitekim, işveren, işveren vekilinin yetkisini kural olarak dilediği gibi belirler. Temsil yetkisi, yer, konu, kişi, hukuki işlemin tür ve miktarı bakımından sınırlandırılabilir.⁵⁷⁸

İşveren, işveren vekilini iş, işyeri ve işletmenin gereklerine ilişkin her konuda işçilere talimat verebileceği yönünde temsile yetkili kılabilceği gibi; bunu, konu, kapsam ve kişiler açısından da sınırlandırabilir. İşveren vekili, kendisine tanınan yetkiyi aşan konularda, işçilere talimat verirse (yetkisiz temsil)⁵⁷⁹, işverence bu işleme onay verilmediği sürece, bu durum işvereni bağlamaz.⁵⁸⁰ Kanımızca, işçiler de yetkisiz ya da yetkisini aşan konularda işveren vekilinin verdiği talimatlarla bağlı olmamalıdır.

İşveren, güvene dayalı bir ilişki olması nedeniyle işveren vekilinden temsil yetkisini geri alabilir ya da işveren vekilinin yetkisini sınırlandırabilir (TBK m. 42/1). Temsil yetkisinin geri alınması durumunda işveren vekilliği sona erer. Bu durumda işveren vekilinin talimat verme yetkisi de son bulmuş olur.

⁵⁷⁶ **Tuncay**, İşveren Vekili, 181; **Taşkent**, Yönetim Hakkı, 65; **Ekonomi**, 56; **Süzek**, 181; **Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal**, (2014), 245; **Yılmaz**, İşveren Vekili, 104-106; **Aydemir**, Kavramlar, 86; **Göktaş**, İşveren Vekili, 62; **Akyiğit**, İşveren Vekili, 12. Doktrindeki bir görüşe göre, işveren vekili işveren adına ve hesabına hareket eden ve yaptığı hukuki işlemlerle onu alacaklı ve borçlu kılan kimse olduğuna göre, Kanunda kullanılan işveren vekili kavramı yerine işveren temsilcisi kavramının kullanılması yerinde olacaktır. Bu yönde bkz. **Esener**, 76; **Çenberci**, 131. Yargıtay da işveren vekilinin, işveren temsilcisi olduğu görüşündedir. Bu yönde bkz. “*Şu halde işveren vekili işveren adına ve hesabına hareket eden ve yaptığı hukuki işlemler ile onu alacaklı ve borçlu kılan kimsedir. Bu anlamda işveren vekili teknik yönden bir işveren temsilcisidir.*” YHGK, 20.11.2018, E.2018/22-703, K. 2018/1749, KİBB.

⁵⁷⁷ **Süzek**, 181; **Senyen Kaplan**, 53-54.

⁵⁷⁸ **Yılmaz**, İşveren Vekili, 121, 123; **Kılıçoğlu**, 163; **İnceoğlu**, Temsil, 198- 210; **Akyol**, Temsil, 110-115

⁵⁷⁹ **Kutlu Sungurbey**, 37; **İnceoğlu**, Temsil, 355-358. Ayrıca bkz. “*Lojmana kapıcı alınması için yönetime yetki verilip verilmediğini araştırmak, kapıcının ilgili idarenin izni olmaksızın alındığının belirlenmesi halinde işveren vekilinin yetkisi yönetim kapsamında kendisine verilen görev ve yetki alanıyla sınırlı olup yetkinin aşılarak yapılan işlemler işvereni bağlamayacağından ve böyle bir durumda davacıyı işe alan yönetici ya da yöneticilerin kişisel sorumluluğu söz konusu olacağından davanın şimdiki gibi husumet yönünden reddine, aksi halde yani ilgili idarenin verdiği yetkiye dayanılarak işe alınma halinin saptanması durumunda...*” Y21HD, 29.9.2005, E. 2005/3362, K. 2005/8594, KİBB.

⁵⁸⁰ **Söllner**, 114-115; **Kutlu Sungurbey**, 44-50; **İnceoğlu**, Temsil, 358-360.

Ancak işveren vekilinin yetkilerinin kısıtlandığı veya geri alındığı, işverence, işveren vekiline ve işçilere bildirmelidir. İşveren, işveren vekilliği sıfatının sona erdiğini diğer işçilere bildirmemişse ve bu durumdan haberdar olmayan işçiler, yetkisiz işveren vekilinin talimatlarına uymuşlarsa, bundan dolayı sorumlu tutulamazlar. Benzer şekilde, işveren vekilinin durumdan haberdar olmayan işçilere yönelik yaptığı işlemler işvereni bağlayacaktır. Nitekim Türk Borçlar Kanununun 42. maddesinin 3. fıkrasına göre de, “*Temsil olunan verdiği yetkiyi üçüncü kişilere açıkça veya dolaylı biçimde bildirmişse, bu yetkiyi tamamen veya kısmen geri alındığını onlara bildirmediği takdirde, yetkinin geri alındığını iyi niyetli üçüncü kişilere ileri süremez.*”

Uygulamada pek çok işyerinde işçiler, işveren vekili olarak bildirilen kişilerin talimatlarına, bu kişilerin yetki sınırları içinde davranıp davranmadıklarını ya da yetkilerinin geri alınıp alınmadığını araştırmadan, uymaktadırlar. Zira, işçilerden böyle bir araştırma yapmalarını beklemek de işyerinin olağan akışı içinde mümkün değildir. Dolayısıyla, işçiler, yetkisiz işveren vekilinin talimatlarını, bunu bilmeden yerine getirmelerinden dolayı sorumlu tutulamazlar.

İş Kanunu anlamında işveren vekili sayılmanın diğer koşulu; işin, işyerinin ve işletmenin yönetiminde görev almaktır. İş Kanununda sadece yönetimde görev almak koşulu öngörüldüğünden işveren vekili sayılmak için işin, işyerinin ve işletmenin bütününe yönetmek gerekmez. Bu anlamda, işletmenin tamamını yöneten bir genel müdür gibi işyerini yöneten ya da işyerinin bir kısmını yöneten müdür, şef, ustabaşı da işveren vekili olarak kabul edilir.⁵⁸¹

⁵⁸¹ **Tuncay**, İşveren Vekili, 183; **Aydemir**, Kavramlar, 88; **Yılmaz**, İşveren Vekili, 134-141. Buna karşın doktrindeki bir görüşe göre, işveren adına hareket eden ve iş ve işyerinin yönetiminde görev alan kişiler birden fazla ise, bu takdirde işyerinde ya da işletmede en yüksek talimat verme yetkisine sahip olanın işveren vekili olarak sayılması gerekmektedir. İşyerinin yönetiminde kendisine sadece belirli görevler verilmiş olanların ancak bu görevleri içinde yetkili oldukları kabul edilmelidir. Bu konuda bkz. **Tunçomağ**, 114.

İşveren vekillerinin, işletme ya da işyerinde, kendi sorumluluk alanları içinde önemli takdir yetkileri vardır.⁵⁸² Bu anlamda, işveren vekilleri sadece işverenin aldığı kararları uygulatan kişi değil, kendi görev ve sorumluluk alanları içinde ciddi bir karar alma ve bu yönde işçilere talimat verme yetkisine de sahip kişilerdir. İşveren vekilleri, aynı zamanda işyerinde disiplin soruşturması yapmaya ve disiplin cezası vermeye de yetkilidirler.⁵⁸³

İşveren vekilleri, konumları ve sahip oldukları yetkiler itibariyle işverene yakın kişilerdir. İşveren vekiline verilecek görevler ekonomik, teknik, bilimsel, örgütsel işlerine yönelik olabilir. Dolayısıyla, işveren vekiline verilen görevler, diğer çalışanlara verilen görevlerden bariz şekilde farklı olmalıdır. İşveren vekili, işletmenin veya işyerinin hem bekası hem de gelişimi için çalışmalıdır.⁵⁸⁴ İşveren vekilinin bu çalışması sürekli bir nitelik taşımaktadır. Diğer bir deyişle, geçici veya ara sıra yapılan bir çalışma varsa işveren vekilliğinden söz edilemez.⁵⁸⁵

⁵⁸² Faselow, §3 Arbeitsrechtliche Fragestellungen, Rn. 41; Brunhöber, 221.

⁵⁸³ Yargıtayın bir kararına göre, “Taraflar arasındaki uyumsuzluk davacı hakkında verilen disiplin cezasının toplu iş sözleşmesi ekindeki ceza cetveline uygun olup olmadığı noktasındadır...Dosyaya sunulan 01.03.2011-28.02.2013 dönemini kapsayan 23. dönem Toplu İş Sözleşmesinin 95. maddesinde, ‘İşçiler, ekli ceza cetvelinde belirtilen hususlara uygun hareket etmek zorundadırlar. Ceza cetvelinde belirtilen fiiller için karşılarında gösterilen cezalardan başka bir disiplin cezası verilemez. Bu sözleşme ile düzenlenen cezalar aşağıdaki şekilde ve ekli ceza cetveline göre verilir. İşçiye aynı fiilden dolayı iki ceza verilmez. İşveren vekili bizzat gördüğü suçlardan dolayı işçilere, inceleme ve istişare kuruluna gitmeden işçinin savunması alınmak kaydıyla ceza vermeye yetkilidir. Şu kadar ki, işçiye savunma için en az 24 saat süre tanınır.’ düzenlemesi bulunmaktadır...Toplu İş Sözleşmesi Eki Ceza Cetvelinin 4. Sırasının (b) bendinde, ‘Çalışma hayatının tanzimi bakımından ilgili kanun, yönetmelik ve kararname ile bu sözleşmede yazılı olan hususlara istinaden işveren vekili tarafından, yazılı ve ya sözlü olarak yapılan tamim, tebliğ ve ilanlara, ayrıca iş yerinin adet ve teamülünden bulunan bilcümle emir, talimat ve nizamla riayet etmemek’ fiilinin işlenmesi halinde, birinci defasında yazılı ihtar, ikinci defasında 2-4 saat, ücret kesme cezası verileceği’, hükmü yer almaktadır. Mahkemece davacıya verilen on altı ücret kesme cezasının iptaline dair karar yerindedir. Ancak davacıya toplu iş sözleşmesinin ek 13 ceza cetvelinin 4-b maddesi gereğince verilen iki saat ücret kesme cezası bakımından, ceza tertibinde ceza cetvelindeki sıraya uyulması gerektiği, toplu iş sözleşmesinin 90. maddesinde ‘tekerrür halinde bir fiilin karşısında gösterilen cezalardan bir önce verilen cezanın bir üstü verilir’ hükmünün bulunduğu, davacıya ilk defa işlenen suçun karşılığı ceza cetvelinde belirtilen ilk cezanın verilmesi gerektiğinden iki saat ücret kesme cezası verilmesinin usulüne uygun olmadığı anlaşılmakla, bu disiplin cezasının da iptali gerekli iken mahkemece yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.” Y22HD, 06.07.2018, E.2018/33318, K. 2018/14554, KİBB.

⁵⁸⁴ Besgen, Rn. 53.

⁵⁸⁵ Besgen, Rn. 54. Benzer yönde bkz. BAG, 23.01.1986, AP BetrVG 1972 §5 Nr. 32, (www.beck-online.beck.de).

İşveren vekili ile işveren arasındaki ilişki genel olarak iş akdine dayanmaktadır. Ancak, bu ilişkinin mutlaka iş akdine dayanması gerekmez. Taraflar arasındaki ilişki vekalet, şirket sözleşmesi yahut statü hukukuna da dayanabilir.⁵⁸⁶ Bununla birlikte, eğer taraflar arasındaki ilişki iş akdine dayanırsa işveren vekilinin hukuki açıdan çift kimlikli bir görünümü olur. Yani, işveren vekili, işverene karşı işçi; işçilere karşı ise işveren vekili sıfatı taşır.⁵⁸⁷

İşveren vekili, hukuk açıdan işçi sayılmakla beraber, kısmen işveren fonksiyonunu da yerine getirmektedir.⁵⁸⁸ İşveren vekili, işçi niteliği taşıdığı için, işçilere tanınan hak ve yükümlülükler, onun için de geçerlidir (İş Kanunu m. 2/5). İşverenle olan ilişkisi iş akdine dayanan işveren vekili, aynı zamanda işverenin işçisi olduğu için o da, işverenin talimatlarıyla bağlıdır. İşverenin talimatlarına uymayan işveren vekili de bunun hukuki sonuçlarıyla karşı karşıya gelir. Ancak, işveren vekilinin, işverenin talimatlarıyla bağlılığının derecesi, işveren vekilinin işyerindeki konumuna ve yaptığı işe göre değişmektedir.

İşveren vekili, işveren adına kendi yetki sınırları içinde hareket ederken yaptığı işlemler nedeniyle işçilere karşı hukuki sorumluluğu yoktur. Bu durum doğrudan temsil ilişkisinin sonucudur.⁵⁸⁹ Öyle ki, İş Kanununun 2. maddesinin 4. fıkrası, işveren vekilinin, bu

⁵⁸⁶ Esener, 76; Tuncay, İşveren Vekili, 183; Çelik, Hukuki Sorunlar, 153.

⁵⁸⁷ Esener, 76; Tuncay, İşveren Vekili, 183; Çelik, Hukuki Sorunlar, 153; Akyiğit, İşveren Vekili, 12; Başbuğ, İşveren Vekili, 6; Göktaş, İşveren Vekili, 62; Aydemir, Kavramlar, 113.

⁵⁸⁸ Junker, 57.

⁵⁸⁹ Ekonomi, 56; Engin, 131; Yılmaz, İşveren Vekili, 257-258. Ayrıca bu konudaki Yargıtay kararına göre, “Kaptan, gemide çalışan en yetkili gemi adamıdır. 854 Sayılı Deniz İş Kanunu’nun 2/Ç maddesinde, gemi kaptanının işveren vekili olduğu belirtildikten sonra, aynı maddenin son fıkrasında, ‘İşveren vekilinin bu sıfatla gemi adamlarına karşı muamele ve taahhütlerinden doğrudan doğruya işverenin sorumlu olduğu’ düzenlemesine yer verilmiştir. Kaptanın yaptığı işlemler nedeni ile örneğin gemi adamına fazla mesai yaptırması, ikramiye takdir etmesi gibi durumlarda ödenmesinden işveren sorumludur. Kaptanın yaptığı işlemler işvereni kural olarak bağlar. Dolayısı ile diğer bir gemi adamının işçilik alacaklarından gemi adamı olan ancak işvereni temsil etmesi nedeni ile işveren vekili olan kaptan sorumlu tutulamaz.” Y9HD, 17.2.2014, E.2011/54812, K.2014/4563. Bir başka karara göre, “İşyerinin periyodik mali denetiminin yapıldığı sırada işyerinin elemanı dahi olmayan mali müşavirin sözlü şekilde sataşması sonucu davalı işçinin bu sataşmadan üzülmeye işyerini terk ettiği ve bir daha işbaşı yapmadığı dosya içeriğinden anlaşılmakta olup bu konuda taraflar arasında bir uyuşmazlık mevcut değildir. Mali Müşavir, mali konularda yapılan bir anlaşma üzerine denetim yapmak için işyerinde bulunduğu ve işveren vekili sıfatını taşımadığı işçiye hakaret etmesi davalı işveren için sorumluluğu gerektirmez.” Y9HD, 08.11.1999, E. 1999/13898, K. 1999/16874, KİBB.

sıfatla işçilere karşı işlem ve yükümlülüklerinden doğrudan işverenin sorumlu olacağını öngörmüştür.

İşveren vekillerinin, işçilere verecekleri talimatlardan doğacak tüm hukuki sorumluluk, doğrudan temsilin bir sonucu olarak işverenin alanında etki doğurur. Örneğin, işveren vekilinin gerçekleştirdiği geçersiz fesih işleminin hukuki sonuçlarından işveren sorumludur. Ayrıca, iş kazası sonucu açılan maddi ve manevi tazminat davasında, işveren vekilinin, ortaya çıkan zarardan dolayı hukuki sorumluluğuna gidilemez.⁵⁹⁰

İşveren vekilleri, yetki alanları dışında, işveren adına, işçilere haksız fiil oluşturan bir davranışta bulunurlarsa meydana gelen zararlardan kendileri sorumlu olurlar.⁵⁹¹

İşyerinde birden fazla işveren vekili varsa işveren vekillerinin sorumluluğu kendi görev ve yetki alanlarına giren konularla sınırlıdır.⁵⁹² Bu nedenle örneğin, iş güvenliği önlemlerini almakla sorumlu olan işveren vekilleri, ücretlerin ödenmemesinden sorumlu tutulamazlar.⁵⁹³

Ayrıca işveren vekilinin sorumluluğunun doğabilmesi için, kendisine verilen görevin gerektiği tüm bilgi ve ehliyete sahip olmaları gerekmektedir. Bu açıdan, işveren vekili kendisine bırakılan görevi yerine getirebilecek teknik, idari ve hukuki bilgiye sahip olmalıdır. İşverenin kendisini sırf sorumluluktan kurtarmak için tayin ettiği işveren vekilleri, işvereni sorumluluktan kurtarmaz.⁵⁹⁴

Ancak, işveren vekili, belirtilen niteliklere göre atanmış ve görevini yerine getirmesi için her türlü yetkiyle donatılmış olsa bile, bu durum, işvereni sorumluluktan kurtarmaya yetmez. Öyle ki, işveren, olayın meydana gelmesinde kusurlu davranmış veya üzerine düşen yükümlülükleri yerine getirmemişse, yine sorumlu olacaktır.⁵⁹⁵

⁵⁹⁰ **Süzek**, 184; **Ekonomi**, 55.

⁵⁹¹ **Yılmaz**, İşveren Vekili, 313.

⁵⁹² **Aydemir**, İdari Para Cezaları, 42; **Engin**, 130.

⁵⁹³ **Süzek**, 184-186.

⁵⁹⁴ **Yılmaz**, İşveren Vekili, 324-325.

⁵⁹⁵ **Süzek**, 192; **Yılmaz**, İşveren Vekili, 324-325.

Buna karşın, işveren vekilleri, İş Kanununun 2. maddesinin 5. fıkrasına göre, iş mevzuatında işverenler için öngörülen her türlü sorumluluk ve zorunlulukların muhatabıdır. Örneğin, işveren vekilleri, kanundan doğan bir yükümlülüğü yerine getirmezlerse, idari yaptırımlarla (idari para cezaları) karşı karşıya kalırlar. Nitekim, İş Kanununun 102. maddesine göre, ücrete ilişkin hesap pusulası düzenlemeyen işveren veya işveren vekillerine idari para cezası verilir.⁵⁹⁶

Benzer şekilde, cezaların kişiselliği ilkesi gereği, işveren vekilleri cezai açıdan da sorumludurlar. Nitekim, Yargıtay 12. Ceza Dairesinin 2018 tarihli bir kararında da, *“Katılanlar ve söz konusu inşaatçı çalışan tanık sıfatıyla dinlenen işçilerin de beyanlarıyla sabit olduğu üzere sanığın, resmi olarak oğlunun yetkilisi olduğu Forum İnşaat şirketine herhangi bir görevi olmasa dahi işçileri temin edip, ücretlerini ödeyerek ve işleyişi denetleyerek fiilen işveren vekili gibi hareket ettiği anlaşıldığından, oluşa uygun düşen 21.01.2013 ve 13.11.2013 tarihli bilirkişi raporlarına itibarla sanığın asli kusurlu olduğunun kabulüyle mahkumiyeti yerine beraatine karar verilmesi kanuna aykırı olup...”* ifadelerine yer verilmiştir.⁵⁹⁷

⁵⁹⁶ Yargıtayın bir kararına göre, *“Somut olayda, davacı 22.11.2011 - 15.07.2014 tarihleri arasında davalı iş yerinde dilme makinesi operatörü olarak çalışmış olup 2014 yılı Mayıs ve Haziran aylarında ücretinin eksik ödendiğini Temmuz ayı ücretinin ise hiç ödenmediğini, defalarca işverene ücret kesintisinin sebebini sormasına rağmen kendisine özel bir açıklama yapılmadığını iddia etmiş, davalı ise davacıya maaşına gelen haciz nedeni ile ücretinden kesinti yapıldığı hususunun bildirildiğini, eksik ödeme olmadığını belirtmiştir. Dosya içerisinde yer alan belgeler incelendiğinde 2. İcra Dairesince davalı iş işyerine davacı hakkındaki maaş haczi müzekkeresinin tebliğ edilerek maaşının ¼ ünün kesilerek dosyaya gönderilmesi gerektiği bildirilmiş ve işverence ilgili tebligat 06/05/2014 tarihinde alındığından 2014 Mayıs ayından itibaren davacının maaşından ¼ oranında kesinti yapılarak dosya hesabına yatırıldığı görülmüştür. 4857 Sayılı İş Kanununun 37. maddesine aykırı olarak, ‘ücrete ilişkin hesap pusulası düzenlemeyen veya işçi ücretlerinden 38. maddeye aykırı olarak ücret kesme cezası veren veya yaptığı ücret kesintisinin sebebini ve hesabını bildirmeyen 52. maddedeki belgeyi vermeyen işveren veya işveren vekiline dört yüz elli Türk Lirası idari para cezası verilir.’ şeklindeki düzenlemenin yer aldığı görülmekle; her ne kadar işverenin ücretten yapılan her türlü kesintiyi de gösterecek şekilde işçiye ücret pusulası vermesi bir zorunluluk ise de bu yükümlülüğe aykırı davranışın yaptırımı idari para cezası olarak yasada düzenlenmiş olduğundan...”* Y22HD, 17.12.2018, E. 2017/18955, K. 2018/27375, KİBB.

⁵⁹⁷ Y12CD, 18.12.2018, E. 2016/11688, K.2018/12341, KİBB. Ayrıca bkz. *“İşveren vekili olan sanığın ağır nitelikteki işte ölene ve diğer işçilere gece saatlerinde fazla çalışma yaptırdığı konusunda tereddüt bulunmamakla birlikte meydana gelen kaza işçinin fazla çalışmasından kaynaklanmamıştır. Somut olayda işçi yorgunluğun etkisiyle bir yerden düşmüş olsa herhangi bir makinaya vücudunu kaptırsa ya da ölüm olayı bu ve benzeri bir şekilde cereyan etmiş olsa işveren vekilinin eylemiyle netice arasında bir illiyet oluşabilir, ancak*

Ancak, işveren vekillerinin idari ve cezai açıdan sorumlu tutulabilmesi için konunun kendi görev alanlarında olması ve görevlerini yerine getirirken gerekli olan otoriteyle donatılmış olmaları gerekmektedir.⁵⁹⁸ Bunların yanı sıra, işveren vekili, işverenin zorlamasıyla iş mevzuatına aykırı hareket edecek olursa bunun sonucunda bizzat kendisi sorumlu olacaktır.

Ayrıca, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun 4. maddesi ve Türk Borçlar Kanununun 417. maddesinin 2. fıkrasına göre, işveren, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmasından sorumludur. Bazı durumlarda işveren, işin uzmanlık gerektirmesinden dolayı iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınması görevini işveren vekiline veya üçüncü bir kişiye devredebilir.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun 6. maddesine göre, işveren mesleki risklerin önlenmesi ve risklerden kaçınılmasına yönelik çalışmaları da kapsayacak, iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerinin sunulması için iş sağlığı ve güvenliği profesyonellerini istihdam etmek zorundadır. Kanunun m. 6/1(a) hükmü uyarınca, işveren, çalışanları arasından iş güvenliği uzmanı ve işyeri hekimi görevlendirir. İşveren, çalışanları arasında aranan niteliklere sahip personel bulunmaması halinde, bu hizmeti ortak sağlık ve güvenlik birimlerinden alabilir ya da belirlenen niteliklere ve gerekli belgelere sahip olması halinde, tehlike sınıfı ve çalışan sayısı da dikkate alınarak, bu hizmeti kendisi üstlenebilir. İş güvenliği uzmanlarına ilişkin hususlar, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu ile İş Güvenliği

mütevefaa işçi yorgunluğunun etkisiyle normal sayılamayacak bir davranış sergileyerek serin olduğu ya da hava akımı sebebiyle sinek bulunmadığı düşüncesiyle kamyonların depoya giriş yaptığı yola üstelik üzerini de çuvala örtterek yatmıştır. Ölenin bu şekildeki davranışının yorgunluktan kaynaklandığını düşünmek illiyet bağıni hukuka aykırı şekilde ileri götüren bir yoruma neden olacaktır. Kısacası sanık işveren vekilinin ağır işlerde işçilere fazla çalıştırma yapmak eylemiyle meydana gelen netice arasındaki illiyet bağıni ölen işçinin ve kamyon sürücüsü olan sanığın kusurlu eylemi kesmiştir. Bu durum karşısında sanık açısından meydana gelen olayda taksirle ölüme neden olmak suçunun yasal unsurları bulunmadığı halde sanık Ö. Koç'un beraati yerine mahkumiyetine karar verilmesi yasaya aykırı bulunduğundan..." YCGK, 18.11.2014, E. 2013/12-38, K. 2014/493, KİBB.

⁵⁹⁸ **Aydemir**, İdari Para Cezaları, 42; **Engin**, 130; **Akın**, İşveren ve Vekilleri, 65.

Uzmanlarının Görev, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkında Yönetmelikte⁵⁹⁹ düzenlenmektedir.

İşyeri hekimlerine ilişkin düzenlemeler ise yine, 6331 sayılı Kanun ile İşyeri Hekimi ve Diğer Sağlık Personelinin Görev, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkında Yönetmelikte⁶⁰⁰ yer almaktadır.

İş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmasında, aktörlerin hukuki statülerini belirleyip bundan sonra işveren vekilinin durumunu değerlendirmeyi uygun buluyoruz.

İş güvenliği uzmanları ve işyeri hekimlerinin hukuki statüsünü ikiye ayırarak inceleyeceğiz. Öncelikle, işveren, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınması uzmanlık gerektiren bir iş olduğu için, bu görevi işyerindeki değişik düzeylerde sorumlu olan işveren vekillerine bırakabilir. İşveren vekilleriyle işveren arasında iş sözleşmesi bulunmakta ve işveren vekilleri işçi statüsünde yer almaktadır. İşveren tarafından tayin edilen işveren vekilleri, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmasında işveren adına hareket etmekte ve işyerinin yönetiminde görev almaktadırlar. Dolayısıyla, işveren vekilleri, kendi görev alanları olan iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmasında işçilere talimat verme hakkına sahiptirler.

İş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmaması sonucu işçilerin kazaya uğraması durumunda, yukarıda da belirttiğimiz gibi, İş Kanunu m. 2/4 uyarınca, işveren vekillerinin hukuki sorumluluğu bulunmamaktadır. İşverenler doğrudan temsilin bir sonucu olarak işveren vekillerinin yaptığı işlemlerden sorumludurlar. İşverenler, bu zararı karşıladıktan sonra, kusuru oranında işveren vekillerine rücu edebilirler.

Buna karşılık, işveren, iş sağlığı ve güvenliği hizmetlerini dışarıdan da temin etme yoluna gidebilir. 6331 sayılı Kanun m. 8/2'ye göre, “İşverene iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili konularda rehberlik ve danışmalık yapmak üzere görevlendirilen işyeri hekimi ve iş güvenliği

⁵⁹⁹ RG. 29.12.2012, 28512.

⁶⁰⁰ RG. 20.07.2013, 28713.

uzmanı iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili eksiklik ve aksaklıkları, tedbir ve tavsiyeleri belirler ve işverene yazılı olarak bildirir. Eksiklik ve aksaklıkların düzeltilmesinden, tedbir ve tavsiyelerin yerine getirilmesinden işveren sorumludur.”

Eğer işveren, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmasında kendisine rehberlik ve danışmanlık yapmak üzere işyeri hekimi ve iş güvenliği uzmanı görevlendirirse, bu kişiler, işçiler karşısında işveren vekili statüsünde yer almayacaktır. Zira bu kimseler, işyeri hiyerarşisi içinde yer almazlar.⁶⁰¹ Bunun bir sonucu olarak, işçilere talimat verme yetkileri bulunmamaktadır. İşverene, iş sağlığı ve güvenliği alanında danışmanlık ve rehberlik hizmeti veren iş güvenliği uzmanları ve işyeri hekimleri, ortaya çıkan zararlardan dolayı işverene karşı sorumludurlar. Bu sorumlulukları da, iş güvenliğine ilişkin önlemlerin işleyişiyle, yani yaptıkları mesleki faaliyetle sınırlıdır.⁶⁰²

İşveren vekili kavramı, İş Kanunu dışında diğer iş kanunlarında da düzenlenmiştir. Deniz İş Kanununun 2. maddesinin 1. fıkrasının (Ç) bendine göre, “*Kaptan veya işveren adına ve hesabına harekete yetkili olan kimseye işveren vekili denir.*”

Deniz İş Kanununda da işveren vekilliği sıfatı için, hem işvereni temsil etmenin hem de işyerinin yönetiminde görev almanın gerekli olduğu anlaşılmaktadır. Deniz İş Kanununa göre, hem kaptan hem de işveren adına ve hesabına harekete yetkili olan kimseler, işveren vekilidir.⁶⁰³

Ancak, burada duraksamalara neden olabilecek durum, kaptan adına ve hesabına hareket etmeye yetkili kimselerin işveren vekili olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceğidir. Doktrinindeki birinci görüşe göre, işverenin adına ve hesabına hareket etmeye yetkili olan

⁶⁰¹ Özdemir, İş Sağlığı ve Güvenliği, 218-224.

⁶⁰² Detaylı bilgi için bkz. Özdemir, İş Sağlığı ve Güvenliği, 218-224; Ayrıca bkz. Süzek, İş Sağlığı ve Güvenliği Profesyonelleri, 7-8; Akın, Alt İşverenlik, 287-290; Yılmaz, 137; Caniklioğlu, Yorum, 535-538; Demircioğlu/Kaplan, 148-151;

⁶⁰³ Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun bir kararına göre, “*Kaptanın işveren vekilliği sıfatı sınırlıdır. Kaptanın bu ek sıfatı kendisinin lehine olan ve Deniz İş Kanunundan doğan haklarından mahrum kalması sonucunu asla doğurmaz.*” YHGK, 14.1.1981, E.1979/263, K. 1981/11, KİBB. Ayrıca bkz. Tuncay, İşveren Vekili, 187.

kimseler ile kaptan, işveren vekilidir. İkinci görüşe göre, ise belirtilen kimselerin yanı sıra kaptan adına ve hesabına hareket eden kişiler de işveren vekili olarak kabul edilmelidir.⁶⁰⁴

Kanımızca, kaptan adına ve hesabına hareket eden kişilerin de işveren vekili sayılması yerinde olacaktır. Nitekim, gemide kaptan dışında başkaca işveren vekilleri de bulunabilir. Yasada bu hususu engelleyici bir hüküm bulunmamaktadır. Öte yandan, zorunlu nedenlerle görevi başında bulunmayan kaptanın yerine vekalet eden kimselere de kaptan denir (Deniz İş Kanunu m. 2/1-C). Bu hüküm karşısında, bu kişilerin, yani kaptana vekalet edenlerin de, işveren vekili sayılması gerekmektedir.⁶⁰⁵

Basın İş Kanununda ise, işveren vekili özel olarak tanımlanmamıştır. Ancak, Türk Borçlar Kanununda düzenlenen temsile ilişkin genel hükümler (TBK m. 40 vd.) ve işveren vekilinin özelliklerinden hareketle genel bir tanım yapmak mümkündür. Buna göre, Basın İş Kanununun kapsamına⁶⁰⁶ giren işyerlerinde işveren adına ve hesabına hareket eden ve işin, işyerinin ve işletmenin yönetiminde görev alan kişiler işveren vekilidir.

Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununa göre ise, işveren adına işletmenin bütününe yöneten kişiler işveren vekilidir (m. 2/1-e). Kanun, bireysel iş yasalarındaki işveren vekili tanımından daha dar bir tanımlama yapmıştır. İşveren vekilinin 6356 sayılı Kanun kapsamında dar yorumlanmasının amacı, bir Yargıtay kararında da belirtildiği gibi, daha çok işçinin toplu iş sözleşmesi hakkında yararlanmasını sağlamaktır.⁶⁰⁷

Yine Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununa göre, işveren vekilleri, bu Kanunun uygulanması bakımından işveren sayılırlar ve ancak işveren sendikasına üye olabilirler⁶⁰⁸ (m.

⁶⁰⁴ **Sevimli**, Kaptan, 34; **Aydemir**, Kavramlar, 98; **Yılmaz**, 31-32.

⁶⁰⁵ Aynı yönde **Sevimli**, Kaptan, 35.

⁶⁰⁶ Basın İş Kanunu m. 1: “*Bu kanunun hükümleri Türkiye’de yayımlanan gazete ve mevkutelerle haber ve fotoğraf ajanslarında her türlü fikir ve sanat işlerinde çalışan ve İş Kanunundaki işçi tarifi şümulü haricinde kalan kimselerle bunların işverenleri hakkında uygulanır.*” Bu konuda detaylı bilgi için bkz. **Tuncay**, Basın, 25, vd. **Şuğle**, 28 vd. **Şuğle**, Kapsam, 20-37; **Göktaş/Çil**, 3 vd.

⁶⁰⁷ Y9HD, 15.09.2005, E.2005/27017, K. 2005/29799, (Çalışma ve Toplum Dergisi 2005/4-[7], 166-167).

⁶⁰⁸ Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin kararına göre, “*Davalı sendika vekili, davalı şirkette yönetim kurulu üyesi ve şirket müdürü olan iki kişi ile şirkette müdür olarak çalışan altı işçinin işveren vekili olduklarından işveren sayılacağı, bu sebeple işçi sayısına dahil edilmemesi gerektiğini ileri sürmüştü de; 6356 Sayılı Kanun 2.*

2/2). İşletmenin bütününi yönetmeyip bir kısmını yönetenler ya da işyerinin bütününi veya bir kısmını yöneten işveren vekilleri, bu Kanun anlamında işveren vekili sayılmazlar.

III. Talimatların Türleri

İşverenler ve işverenleri işyerinde çeşitli düzeylerde temsil eden işveren vekilleri, işçilere talimat verme hakkına sahiptir. Talimatların amaç ve biçimleri, Türk Borçlar Kanununun 399. maddesinde hüküm altına alınmıştır. Buna göre, *“İşveren, işin görülmesi ve işçilerin işyerindeki davranışlarıyla ilgili genel düzenlemeler yapabilir ve onlara özel talimat verebilir. İşçiler, bunlara dürüstlük kurallarının gerektirdiği ölçüde uymak zorundadır.”*

Alman Hukukunda da İşyeri Düzeni Hakkındaki Kanun (GewO) § 106’da benzer bir hüküm yer almaktadır. Bu düzenlemeye göre, işveren iş görme borcunun içeriğini, yerini ve zamanını belirleme; ayrıca işyeri düzeni ve işçinin davranışlarına ilişkin konularda talimat verme hakkına sahiptir.

O halde, talimatları amaç açısından, işin görülmesine ilişkin talimatlar ile işçilerin işyerindeki davranışlarına ilişkin olan talimatlar biçimde tasnif edip incelemek yerine olacaktır. Ayrıca, bu başlık altında değinmek istediğimiz bir diğer husus ise, işverenin işçiye sadakat borcunu somutlaştıran talimatlar verip veremeyeceği meselesidir. Diğer bir anlatımla, işverenin işçiye yönelttiği talimatların bir amacının da işçinin sadakat borcunu düzenlemek olup olmadığı sorusuna cevap arayacağız.

Öte yandan, talimatlar, biçim açısından da genel ve özel/bireysel talimatlar olarak ikiye ayrılmaktadır. Genel ve özel/bireysel talimatların işçiler üzerindeki etkileri ve bunların yürürlüğe girme zamanları da yine bu kapsamda incelenecektir.

maddesinde işveren vekilinin ‘işveren adına işletmenin bütününi yöneten işveren vekillerini’ ifade ettiği belirtildikten sonra aynı maddede işveren vekillerinin bu kanun uygulaması bakımından işveren olarak sayılacağına hükme bağlandığı, dosyada davalının aynı işkolunda birden fazla işyeri bulunan bir işletme olduğu yönünde bir iddia ve savunma olmadığı nitekim itiraza konu yetki tespitinin işyeri düzeyinde yapıldığı anlaşıldığından bu kişilerin işçi olarak sayılmasında bir isabetsizlik bulunmamaktadır.” Y9HD, 22.06.2017, E. 2017/22026, K. 2017/11098, KİBB.

A. Amaç Açısından Talimatların Türleri

1. İşin Görülmesine İlişkin Talimatlar

İşin görülmesine ilişkin talimatlar, işin ifa edilmesine yönelik olarak işveren tarafından verilen tek taraflı talimatlardır. Nitekim, iş sözleşmesinde her zaman işçinin işini nasıl yapacağına ilişkin hususlar yer almaz. Bu yüzden işveren, işin yürütümüne ilişkin verdiği talimatlarla iş görme borcunu somutlaştırır.

İşin nerede, ne zaman, nasıl yapılacağını düzenleyen ya da yöntem ve sırasını gösteren talimatlar işin görülmesine ilişkindir. Ayrıca, günlük çalışma süresinin başlangıcı, bitişi, ara dinlenme süreleri, yıllık ücretli izin kullanılma zamanı, araç ve gereçlerin nasıl kullanılacağı, hijyen kurallarının uygulanması gibi talimatlar, işin yürütümüyle ilgilidir.⁶⁰⁹ İşveren, işin yürütümü kapsamında işçilere, işin hangi yöntem ve araçlarla yapılması gerektiği konusunda teknik talimatlar verebilir.⁶¹⁰ Bu yönleriyle talimatların, organizasyonel nitelik taşıdığı da doktrinde ifade edilmektedir.⁶¹¹

İş sözleşmesinde, işçinin yapacağı iş sadece genel hatlarıyla belirlendiyse, bu alanda işverenin, işçiye talimat verme hakkı genişlemekte, hatta farklı görevleri yerine getirmesi için talimatlar verebilmesi gündeme gelmektedir.⁶¹²

Buna karşılık, iş sözleşmesinde işçinin iş görme borcu ayrıntılı olarak -somut bir biçimde- düzenlendiyse, işverenin talimat verme hakkı da o derece azalmaktadır.⁶¹³ Ayrıca, işverenin, yaptığı işte uzman, nitelikli işçilere işin ifasına yönelik teknik ya da mesleki talimatlar vermesi oldukça sınırlı bir ölçüde gerçekleşmektedir. Gerçekten de, iş yaşamında nitelikli/uzmanlığa sahip işçilerin işlerini işverenin talimatlarından bağımsız şekilde yerine

⁶⁰⁹ Süzek, Yönetim Hakkı, 226-227; Taşkent, Yönetim Hakkı, 68.

⁶¹⁰ Süzek, Yönetim Hakkı, 226-227; Taşkent, Yönetim Hakkı, 68; Saymen, 479; Gast, 45.

⁶¹¹ Stamm, 32; Gast, 47.

⁶¹² Uşan, Değişiklik Feshi, 217; Ekonomi, 116-117.

⁶¹³ Süzek, Değişiklik Feshi, 13; Alp, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, 109.

getirdikleri bilinmektedir. Ancak, bu durum dahi işverenlerin, işçilere talimat verme hakkını ortadan kaldırmamaktadır.

İşverenin nitelikli işçilere işin görülmesine ilişkin konularda vereceği talimatlar azalmakta; fakat işyerinin düzenine yönelik konularda vereceği talimatlar devam etmektedir. İşçinin, işin görülmesine ilişkin konularda işverenden sınırlı bir biçimde talimat alması, onun bağımlılığını azaltmakla birlikte, tamamen ortadan kaldırmamaktadır. İşveren bu durumda dahi, işin çerçevesini çizerek, çalışma şartlarını ve iş düzenini belirleyen kişi konumundadır.⁶¹⁴

Nitekim, işverenin, işçilere verdiği somut-kişisel talimatlar iş ilişkisinin varlığının tespitindeki en önemli araçlardan biridir. Öte yandan, işverenin, niteliksiz işçiler üstünde talimat verme hakkı daha geniştir.⁶¹⁵ İşçiler kanuna, toplu iş sözleşmesine, iş sözleşmesine, dürüstlük kurallarına aykırı olmayan talimatlara uymakla yükümlüdür.

İş sözleşmesinde, işçinin yapacağı iş açık ve net olarak kararlaştırılabileceği gibi, hangi işi yapacağı da bir meslek dalı olarak belirlenebilir. Örneğin, işçinin iş sözleşmesinde satış elemanı, bilişim uzmanı olarak çalışacağı belirtilmişse, işverenin işçiye işin görülmesine ilişkin konularda vereceği talimatlar sadece bu işin kapsamına giren hususlarda olabilecektir.⁶¹⁶ İşverenin iş sözleşmesinde somut olarak tespit edilen işten farklı içerik ve nitelikte bir işi yerine getirmesi yönünde işçiye talimat vermesi mümkün değildir.

Benzer şekilde, işçinin yapacağı iş meslek dalı olarak iş sözleşmesinde belirlendiyse işveren, işçiye, o meslek kapsamına giren her türlü işin görülmesine ilişkin talimatlar verebilir. Ancak, işverenin, işin görülmesine ilişkin vereceği talimatlar, doktorlar,

⁶¹⁴ Taşkent, Yönetim Hakkı, 46-47; Dursun Ateş, 118-119.

⁶¹⁵ Lakies, Rn. 4; Hunold, NZA-RR, 2001, Rn. 340-342.

⁶¹⁶ Brunhöber, 40.

psikoterapistler ve bilim insanları gibi yaptıkları iş belli ölçüde mesleki bağımsızlık ve kişisel sorumluluk gerektiren meslekleri icra eden işçiler açısından oldukça sınırlanmaktadır.⁶¹⁷

İşveren, işçiye işin niteliğiyle bağdaşan benzer değerdeki işlerle sınırlı olarak talimat verebilir. İşçinin yapacağı iş, iş sözleşmesinde işin türü veya meslek dalı olarak saptandıysa, işverenin, işçiye bu işler dışında farklı bir iş görme borcunu yerine getirmesi yönünde talimat vermesi mümkün değildir.

İşveren, iş görme borcunun niteliğini ve içeriğini değiştiriyorsa, diğer bir deyişle, iş koşullarında bir değişiklik yapmak istiyorsa, bunu İş Kanununun 22. maddesine göre, işçinin onayını alarak gerçekleştirmelidir. Bununla birlikte, iş sözleşmesinde, işçinin yerine getireceği işe ilişkin bir düzenleme yapılmadıysa veya tamamen genel bir düzenleme söz konusuysa, işveren, dürüstlük kurallarına göre işçiden iş görme borcunu talep etmeli ve bu iş görme borcuna ilişkin talimatları yine dürüstlük kuralları kapsamında vermelidir.⁶¹⁸

İşverenin, işin görülmesine ilişkin verdiği talimatlara uyma borcu bağımsız bir nitelik taşımaz. İşçinin iş görme borcu kapsamında kalır ve onu tamamlayıcı niteliktedir. Bu nedenle, işçinin işin görülmesine ilişkin talimatlara uymaması, iş görme borcunun ihlali olarak kabul edilmektedir.⁶¹⁹

2. İşçinin İşyerindeki Davranışlarına (İşyeri Düzenine) İlişkin Talimatlar

İşveren, işçilere sadece işin görülmesine ilişkin değil, işyeri düzenine ilişkin talimatlar verme hakkına da sahiptir. İşverenin, işçilerin işyerindeki davranışlarıyla ilgili talimat vermesinin altında yatan düşünce ise, işverenin işyerini organize eden, diğer bir anlatımla, yöneten kişi olarak, iş süreçlerinin sorunsuz ve kesintiye uğramadan sürmesini sağlamaktır.

⁶¹⁷ Brunhöber, 40.

⁶¹⁸ Lakies, Rn. 4; Hunold, NZA-RR, 2001, Rn. 340-342; Gast, 45-46; Ekonomi, 116; Süzek, Değişiklik Feshi, 13; Taşkent, Yönetim Hakkı, 139-140; Baycık, Yenilik Doğuran Haklar, 176; Doğan, Bağımlılık, 169.

⁶¹⁹ Ekonomi, 125; Süzek, Yönetim Hakkı, 226; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 181; Esener, 153-154. Buna karşın doktrinde Böker'e göre, işin yürütümüne ilişkin verilen talimatlar da bağımsız bir borç niteliğindedir. Bu yönde bkz. Böker, 60-61.

İşveren, iş organizasyonu kapsamında işçilerin birlikte yaşama ve iş birliği içinde çalışmalarını güvence altına almak amacıyla işyeri düzenine ilişkin kurallar koymaktadır.⁶²⁰

İşçinin işyerindeki davranışlarına ilişkin talimatlar, doğrudan işin görülmesiyle ilgili olmayan, daha ziyade işyerindeki düzenin ve güvenliğin sağlanmasına yönelik verilen talimatlardır.⁶²¹ Örneğin, işyerine giriş-çıkışlarda uyulacak kurallar, işyerindeki kılık-kıyafet düzenlemeleri, işyerinde sigara içilmesi, yemekhane-park-dinlenme yeri gibi ortak alanların kullanımı, iş güvenliğine ilişkin kurallar, kaza halinde yapılması gereken işler, işçilerin hastalanması durumunda izlenecek yol, işyerinde fotoğraf çekilmesi, sosyal medya kullanımı, işyerine misafir kabul edilmesi, bu kapsamda yer almaktadır.⁶²²

İşverenin, işyeri düzenine ilişkin vereceği talimatlar, dürüstlük kuralları, kişilik hakları ve temel haklarla yakından ilgilidir. Dolayısıyla, işverenin bu yönde vereceği talimatlarda menfaat değerlendirmesi özellikle temel haklar ve kişilik hakları temelinde incelenmelidir. İşçi, işverenin yönetim hakkı kapsamında ve amaca uygun verdiği, Anayasaya, iş mevzuatına, iş sözleşmesi hükümlerine, TBK m. 27'ye, kişilik haklarına uyan, işverenin işçiyi gözetme borcuyla bağdaşan ve dürüstlük kurallarıyla çelişmeyen talimatları yerine getirmekle yükümlüdür.

İşverenin, işçinin davranışlarına yönelik talimatları, iş görme borcu kapsamında değildir. İşçinin, işyerindeki davranışlarına veya işin düzenine ilişkin talimatlara uyma borcu, bağımsız bir borç olarak talimatlara uyma borcu içinde yer almaktadır. İşçinin hukuka uygun olan talimatlara uymaması ise talimatlara uyma borcunun ihlali olarak kabul edilmektedir.⁶²³

⁶²⁰ Brunhöber, 190.

⁶²¹ Hromadka/Maschmann, 202.

⁶²² Hromadka/Maschmann, 202.

⁶²³ Ekonomi, 125; Süzek, Yönetim Hakkı, 227; Esener, 159; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 314-315.

3. İşverenin İşçiye Sadakat Borcunu Somutlaştırmaya Yönelik Talimat Verip Veremeyeceği Meselesi

İş sözleşmesi, işçi ve işveren arasında kişisel bir ilişki kuran, karşılıklı borç doğuran, sürekli bir borç ilişkisidir. Sürekli bir borç ilişkisi olan iş ilişkisi, bu yönüyle klasik borçlar hukuku sözleşmelerinin aksine, sadece maddi edimlerin karşılıklı değiş-tokuş edilmesinden ibaret değildir. İş ilişkisi, niteliği gereği taraflar arasında bir güven ilişkisinin kurulmasını gerekli kılmaktadır.⁶²⁴

Bu durum ise, taraflar arasında iş görme ve ücret ödeme şeklinde beliren asli edim yükümlülüklerinin yanı sıra bir dizi yan edim yükümlülüklerinin ortaya çıkmasına da neden olmaktadır. İşçi ve işveren, iş sözleşmesiyle karşılıklı olarak sadece iş görme edimini ve ücret ödeme yükümlülüğünü üstlenmemekte; aynı zamanda bazı davranış yükümlülüklerini de birbirlerine karşı borçlanmaktadırlar.⁶²⁵ İşçinin sadakat borcu bu bağlamda, işverenin haklı menfaatlerini korumaya ve ona zarar verecek davranışlardan kaçınmaya yönelik, iş ilişkisinin özünde mevcut bir olan bir yan edim yükümlülüğüdür.⁶²⁶

İşçinin sadakat borcunun temelini, Medeni Kanunun 2. maddesindeki *doğruluk ve dürüstlük kuralı* oluşturmaktadır. Nitekim sadakat borcu, taraflar arasındaki güven ilişkisi ve dürüstlük kuralları gereğince, işçinin, işverenin haklı menfaatlerini korumasını gerektirmektedir.⁶²⁷

Bu genel hükmün yanı sıra sadakat borcu, Türk Borçlar Kanununun 396. maddesinde, “Özen ve Sadakat Borcu” kenar başlığı altında açık bir şekilde de düzenlenmektedir. Bu hükme göre, “İşçi, yüklendiği işi özenle yapmak ve işverenin haklı menfaatinin korunmasında sadakatle davranmak zorundadır.”

⁶²⁴ Ertaş, 19-20; Arslan Ertürk, Sadakat, 132-134; Tuncay, Sadakat, 1047; Alpagut, Sadakat, 23; Demir/Demir, 1-4; Kayırgan, Sadakat, 459-465.

⁶²⁵ Arslan Ertürk, Sadakat, 172-173; Tuncay, Sadakat, 1047.

⁶²⁶ Arslan Ertürk, Sadakat, 172-173; Tuncay, Sadakat, 1047; Hromadka/Maschmann, 232; BeckOK ArbR/Joussen BGB § 611a Rn. 445; Zöllner/Loritz, 214.

⁶²⁷ Arslan Ertürk, Sadakat, 172-173.

Türk hukukundan farklı olarak örneğin, Alman hukukunda, sadakat borcu konusunda özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Alman Medeni Kanunu § 242’de⁶²⁸ düzenlenen doğruluk ve dürüstlük kuralının, işçinin sadakat borcunun hukuki temelini oluşturduğu kabul edilmektedir. İşçinin sadakat borcu, bir yan edim yükümlülüğü olarak ele alınmakta ve işverenin haklı menfaatlerinin *gözetilmesi borcu* olarak nitelendirilmektedir (*Rücksichtspflicht*).⁶²⁹ Yine bu bağlamda, BGB § 242, tüm borç ilişkilerinde geçerli olan ve tarafların borç ilişkisinin içeriğine uygun olarak birbirlerinin hak ve menfaatlerini gözetmekle yükümlü oldukları hususunu düzenleyen BGB § 241/2 hükmüyle birlikte ele alınmaktadır. Bu hükümler çerçevesinde, bir iş ilişkisinde, işçinin sadakat borcu, işverenin haklı menfaatlerinin korunması ve işverene zarar vermekten kaçınması biçiminde tanımlanmaktadır.⁶³⁰

Sadakat borcunun içine pek çok davranış yükümü girmektedir. Bunların bir kısmı yapma (olumlu), bir kısmı da yapmama (olumsuz) fiilleri olarak karşımıza çıkmaktadır.⁶³¹ Zira işçi, sadakat borcu kapsamında kendisinden beklenebildiği ölçüde işverenin haklı menfaatlerini korumak ve işverene/işyerine zarar verebilecek her türlü davranıştan kaçınmak zorundadır. Bununla birlikte, işçinin sadakat borcunun içeriği ve sınırları her iş ilişkisine göre farklılık da göstermektedir.⁶³² Zira sadakat borcuna aykırılık oluşturan davranışların önceden saptanması veya tek tek belirlenmesi her zaman mümkün değildir.

Örneğin, işçinin sadakat borcunun kapsamında; hizmet ilişkisi devam ettiği sürece işvereniyle rekabet etmemesi, üretim ve iş sırlarını ifşa etmemesi, işverene bilgi ve hesap verme yükümlülüğünün bulunması, işçinin rüşvet almaması/talep etmemesi, işverenin

⁶²⁸ BGB § 242: “*Borçlu, edimini teamüllerin gereklerini de dikkate alarak doğruluk ve dürüstlük kurallarının gerektirdiği gibi yerine getirmelidir.*”

⁶²⁹ **ErfK/Preis** BGB § 611a Rn. 744-747; **BeckOK ArbR/Joussen** BGB § 611a Rn. 443-445.

⁶³⁰ **Hromadka/Maschmann**, 234-235; **Junker**, 122; **MüKoBGB/Bachmann** BGB § 241 Rn. 47; **ErfK/Preis** BGB § 611a Rn. 744-747; **BeckOK ArbR/Joussen** BGB § 611a Rn. 443-445.

⁶³¹ **Ertaş**, 19-20.

⁶³² **Hromadka/Maschmann**, 235.

güvenini kötüye kullanmaması, hırsızlık yapmaması, işverenin itibarını ve işyeri düzenini koruması gibi davranışlar yer almaktadır.⁶³³

İşçi ve işveren arasındaki ilişkinin yakınlık derecesi, işçinin işyerindeki konumu ve işin niteliği, sadakat borcunun yoğunluğunu etkilemektedir.⁶³⁴ Buna karşılık, işçinin sadakat borcunun sınırlarının çizilmesi gereklidir. Bu borcun sınırlarını ise, işçinin kişilik hakları oluşturmaktadır. Sadakat borcu, her ne kadar işçinin bazı davranışlarının kısıtlanması sonucunu doğursa da, işçiden temel haklarından feragat etmesi gibi normal sadakat borcunun sınırlarını aşan bir tavır göstermesini beklemek, işçinin kişilik haklarının ihlali sonucunu doğuracaktır.⁶³⁵ İşçinin sadakat borcu ile kişilik hakları arasındaki sınırı ise, kanun, iş sözleşmesi, dürüstlük kuralı ve ölçülülük ilkesi çizmektedir.⁶³⁶

İş ilişkisi, işçi ile işveren arasında sürekli ve kişisel bir ilişki kurmaktadır. Taraflar arasındaki bu kişisel ilişki, işçinin talimatlara uyma borcuyla sadakat borcunun bir arada bulunmasını da gerektirmektedir. Bu noktada cevaplanması gereken soru, işverenin işçiye sadakat borcunu somutlaştırmaya yönelik olarak da talimatlar verip veremeyeceğidir.

İşçinin sadakat borcunun özünde, işverene ait bir menfaati koruma; ona zarar vermeme düşüncesi yatmaktadır. İşçinin, talimatlara uyma borcu ise işverenin yönetim hakkının karşılığını oluşturmaktadır. İşveren, kanunlara, toplu iş sözleşmesine, iş sözleşmesine, dürüstlük kurallarına aykırı olmamak koşuluyla işin görülmesine ve işçilerin işyerindeki davranışlarına yönelik talimatlar verebilir. İşçi, işverenin verdiği hukuka uygun talimatlara

⁶³³ **Arslan Ertürk**, Sadakat, 172-174. Ayrıca, Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin bir kararı uyarınca, “Bu konuda belirtmek gerekir ki; iş ilişkisi karşılıklı güven esasına dayanan sürekli bir borç ilişkisi olup, bu güvenin sarsıldığı durumlarda, anılan tutumla karşılaşan taraftan böyle bir ilişkiyi sürdürmesini beklemek işin doğasına uygun düşmez. İşçinin, işverenin işi ve işyeri ile ilgili hukuken haklı menfaatlerini korumak, zarar verici veya risk altına sokabilecek davranışlarından kaçınmak sadakat borcunun bir gereğidir. Davacının belirtilen eylemleri zarara yol açmamış olsa da doğruluk ve bağlılığa uyduğunu söylemek mümkün değildir. Davacı ile birlikte başkalarının da eyleme iştirak etmesi veya eylemin ceza hukuku açısından suç teşkil etmemesi varılan bu hukuki sonucu değiştirmez.” Y9HD, 04.04.2000, E. 2000/2465, K. 4716, KİBB.

⁶³⁴ **Hromadka/Maschmann**, 235; **Löschnigg/Hekimler**, 144; **Arslan Ertürk**, Sadakat, 183-185.

⁶³⁵ **Ertürk**, Temel Haklar, 113-118.

⁶³⁶ **Arslan Ertürk**, Sadakat, 233; **Astarlı**, Değerlendirme 2015, 312.

uyarken, işverenin korunmaya değer menfaatini savunmak veya ona bir zarar vermemek amacıyla hareket etmez.⁶³⁷

Sadakat borcu, yukarıda da belirttiğimiz üzere, temelini doğruluk ve dürüstlük ilkesinden alan ve işverenin haklı menfaatlerini korumaya yönelik bir yan edim yükümlülüğüdür. İşçinin sadakat borcunun içeriği ve kapsamı, bazı objektif kriterlere göre belirlenmektedir. İşverenin, tek yanlı irade açıklamasıyla, sadakat borcunun içeriğini belirlemesi mümkün değildir. Dolayısıyla, işverenin, işçiye sadakat borcunu somutlaştırmaya yönelik talimatlar vermesi mümkün değildir. Bununla birlikte, işverenin, işçiye sadakat borcuna giren bir konuda hatırlatmada bulunması, işverenin talimatı olarak değil, işverenin uyarısı olarak düşünülmelidir.⁶³⁸

B. Biçim ve Yürürlüğe Girme Zamanı Açısından Talimatların Türleri

1. Genel Talimatlar

Türk Borçlar Kanununun 399. maddesine göre, talimatlar, genel ve özel/bireysel talimatlar olarak ikiye ayrılmaktadır. Genel talimatlar; daha ziyade işyerindeki tüm çalışanları ilgilendiren talimatlar olmakla birlikte; şahsen belli olmayan belli bir grup ya da nitelikteki işçilere yönelik verilen soyut ve çok sayıdaki durumu da belirleyen kurallardır.⁶³⁹ Genel talimatlar, işyerindeki işin yürütülmesi ve kontrolü, iş sağlığı ve güvenliği gibi düzenlemelerle işçilerin davranışları ve işyerindeki düzenin korunmasına ilişkindir.

İş süreçlerinin hızlı bir şekilde rasyonelleşmesi, mekanikleşmesi ve otomatikleşmesiyle genel talimatlar modern dünyada daha büyük önem kazanmıştır. Dolayısıyla, genel talimatların çoğunlukla iş görme borcuna, davranışa ya da işçiye gözetme

⁶³⁷ Taşkent, Yönetim, 55-56; Arslan Ertürk, Sadakat, 178-180.

⁶³⁸ Benzer yönde Taşkent, Yönetim, 55-56; Süzek, Yönetim Hakkı, 227; Arslan Ertürk, Sadakat, 178-180.

⁶³⁹ Stamm, 36-37.

borcuna yönelik olduğunu söylemek mümkündür. Genel talimatlar süreklidir ve yazılı olarak verilmektedir.⁶⁴⁰ Doktrinde, *Stamm*'a göre, genel talimatların kapsamına daha geniş anlamda, işyeri yönetmeliği de girmektedir.⁶⁴¹

Genel talimatlar, yöneltildiği topluluğun kolayca görüp okuyabileceği bir yerde duyurulmakla yürürlüğe girerler. Bunun için de, talimatlar, örneğin işyerindeki duyuru panosuna asılabileceği gibi işçilerin her birine tek tek ulaştırılabilir. İşveren, verdiği genel talimatı tek taraflı olarak tamamen veya kısmen yürürlükten kaldırabilir. Ancak, yürürlükten kaldırma işlemi de aleni olmalıdır. İşçilerin bu durumdan haberdar edilmesi gerekmektedir. Talimatlar, sadece belirli bir zaman aralığı için verildiyse bu sürenin sona ermesiyle de talimatlar yürürlükten kalkar. Öte yandan, işçilerin talimatlara uymaması ve bu durumun işverence bilinmesine rağmen herhangi bir işlem yapılmaması veya müdahale edilmemesi halinde, örtülü bir yürürlükten kaldırmadan söz edilir.⁶⁴²

2. Özel/Bireysel Talimatlar

Özel ya da bireysel talimatlar, belirli bir ya da birden çok işçiye bir kereliğine ve çoğunlukla sözlü olarak verilen talimatlardır. Özel talimatlar, çoğunlukla uzmanlık gerektiren ve amaca yönelik talimatlardır.⁶⁴³ Dolayısıyla, özel talimatlar daha ziyade işçinin iş görme borcuna yöneliktir. Örneğin, “*Saat 14.00’de X Bölümündeki çamaşır makinesini tamir et!*” şeklindeki irade açıklaması, belirli bir veya birden çok işçiye verilen özel/bireysel bir talimattır.

İşçinin iş görme edimini belirli bir yer ve zamanda yerine getirmesine ilişkin talimatlar, özel talimatlardır.⁶⁴⁴ Belirli bir kişiye bir kez verilen bir talimat gelecekte de tekrar

⁶⁴⁰ *Stamm*, 36-37; *Hromadka/Maschmann*, 202; *Gast*, 50-51.

⁶⁴¹ *Stamm*, 37.

⁶⁴² *Taşkent*, Yönetim Hakkı, 72.

⁶⁴³ *Taşkent*, Yönetim Hakkı, 69.

⁶⁴⁴ *Taşkent*, Yönetim Hakkı, 69.

ediyorsa bu talimatın hala özel bir talimat mı olduğu yoksa genel bir talimata mı dönüştüğü net değildir.

Bazı durumlarda, genel talimatla özel talimat arasındaki ayrım flu bir hal almaktadır.⁶⁴⁵ Kanımızca, böyle bir durumda hala özel bir talimatın varlığından söz etmek yerinde olacaktır. Zira genel talimatlar, soyut ve birden çok durumu düzenleyen kurallar getirmektedir. Doktrinde *Stamm*, bir konunun somutlaştırılmasına yönelik talimatları özel/bireysel talimat; ama bu kapsama giren konuların sayısına ilişkin talimatları ise genel talimat olarak nitelendirmektedir.⁶⁴⁶

Üzerinde durmak istediğimiz bir diğer konu ise, *grup iş ilişkisi* (*Gruppenarbeitsverhältnis*) kuran sözleşmelerle çalışan işçilere verilen talimatlarla ilgilidir. Grup iş ilişkisi (örneğin, gemi ya da uçak mürettebatı, inşaat işleri, tarım işleri veya orkestra-müzik işleri) üçlü iş ilişkilerinin özel bir şeklini oluşturmaktadır (BetrVG § 28a, § 87/1 Nr. 13). Birden çok işçi toplanarak bir grup oluştururlarsa, grup iş ilişkisinden söz edilir.⁶⁴⁷

Doktrinde, uygulamada ve içtihatlarda, grup iş ilişkisi, *işyeri grubu* ve *özel grup* (*kendine özgü-iç grup*) olarak ikiye ayrılmaktadır.⁶⁴⁸ Özel grupta (kendine özgü-iç grup), birden fazla işçi, kendi inisiyatifleriyle bir işi müşterek yapmak için bir araya gelerek, iş görme edimini bu şekilde ifa etmeyi, işverene teklif etmektedirler. İşverenin böyle bir grubun kurulmasında etkisi bulunmamaktadır. Özel grupta hukuki ilişkiler, işverenle grup arasında kurulmaktadır. Ancak, işveren, grup üyeleriyle de bireysel iş sözleşmesi kurabilir. İşçiler, işyerinin genel kurallarına uymakla yükümlüdür. İş akdinin feshi, grup tarafından veya gruba karşı yapılmalıdır.⁶⁴⁹

⁶⁴⁵ *Stamm*, 37.

⁶⁴⁶ *Stamm*, 38.

⁶⁴⁷ *Schaub/Koch*, Arbeitsrecht von A-Z, Gruppenarbeitsverhältnis, 1-2.

⁶⁴⁸ *ErfK/Preis* BGB § 611a Rn. 164-165; *Schaub/Koch*, Arbeitsrecht von A-Z, Gruppenarbeitsverhältnis, 1-2.

⁶⁴⁹ *ErfK/Preis* BGB § 611a Rn. 164-165; *Schaub/Koch*, Arbeitsrecht von A-Z, Gruppenarbeitsverhältnis, 1-2.

Birden fazla işçinin bir araya gelerek oluşturduğu işyeri grubunda ise, her bir işçi tek tek ve birbirlerinden bağımsız olarak işletmesel nedenlerle bir işin birlikte tamamlanması/iş sonucunun ortaya çıkması amacıyla, işverenle sözleşme akdederler. İşyeri grubunda, işçilerin kendi aralarında bir sözleşme ilişkisi bulunmamaktadır. İşçiler, sadece yerine getirmekle yükümlü oldukları iş görme borcunu bir grup olarak işverene karşı yerine getirirler. İşverenin talimatlarıyla böyle bir grup oluşturulmaktadır. Her bir grup üyesinin işverenle ayrı bir iş sözleşmesi ve farklı ücretlendirme hakkı bulunmaktadır. Grup üyelerinden birinin iş akdini feshetmesi ya da işverence işine son verilmesi, diğer grup üyelerini bağlamaz.⁶⁵⁰

Türk Hukukunda takım sözleşmesi, grup iş ilişkisi kuran sözleşmelerden kanunda düzenlenmiş tek sözleşme türüdür (İş Kanunu m.16). Ancak, takım sözleşmesi, bir iş sözleşmesi türü değildir. Nitekim İş Kanunu m. 16'nın kenar başlığı da “*Takım Sözleşmesi ile Oluşturulan İş Sözleşmeleri*”dir. Hukuki niteliği tartışmalı olmakla beraber, takım sözleşmesinin, başkasının edimini taahhüt sözleşmesinden oluştuğu belirtilmektedir.⁶⁵¹

Grup iş ilişkisiyle ilgili olarak konumuzu ilgilendiren hukuki mesele, bir işyeri grubunda işverenin, grup içindeki işçilerden sadece bir tanesine talimat verip veremeyeceğidir. İşyeri grubunda işçiler belirli bir iş görme edimini yerine getirmek için bir araya getirilmektedir. Doktrindeki baskın görüşe göre, işveren, grup içindeki tek bir işçiye talimat veremez. Bu durumun gerekçesi de, iş görme borcunun bu grup için belirli olması ve grup üyelerinin sorumluluğu paylaşıyor olmalarıdır.⁶⁵² Kanımızca, işveren, özel/bireysel talimatları da grubun tamamına yöneltmelidir.

Özel/bireysel talimatlar, işçiye bildirilmekle yürürlüğe girer. Ancak işçi, işverenle karşı karşıya bulunmuyorsa, talimat ancak ona ulaştığı, diğer bir deyişle, işçinin egemenlik alanına girdiği anda hukuki sonuçlarını doğurur.⁶⁵³ Ayrıca, telefon, bilgisayar (online iletişim,

⁶⁵⁰ **ErfK/Preis** BGB § 611a Rn. 164-165.

⁶⁵¹ Türk Hukukundaki düzenleme için bkz. **Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal**, 146-147.

⁶⁵² **ErfK/Preis** BGB § 611a Rn. 169.

⁶⁵³ **Taşkent**, Yönetim Hakkı, 70; **Süzek**, 81.

e-posta gibi) gibi iletişim sağlayan araçlarla yapılan bildirimler de yüz yüze yapılmış sayılmaktadır (TBK m. 4/2). İşçi, talimat kendisine ulaştığı anda, hukuka uygun olan talimatlara uymakla yükümlüdür. İşveren, verdiği bir talimatı tek taraflı irade beyanıyla tamamen veya kısmen yürürlükten kaldırabilir.

İşverenin talimattan dönmesi durumunda, dönme bildirimi, talimat işçiye varmadan veya talimatla aynı anda işçiye ulaşmışsa, işverenin dönme iradesine üstünlük tanınmalıdır (TBK m. 10). Diğer bir deyişle, bu talimat artık bir etki doğurmayacaktır. İşveren, yürürlüğe girmiş bir talimatı da kısmen veya tamamen yürürlükten kaldırabilir. Nitekim, işçi, işin sonucuna ilişkin iş riskini taşımadığı için, işveren eğer önceden verdiği talimatın amaca uygun olmadığını düşünüyor; beklediği sonucu vermediğine inanıyorsa talimattan dönme imkanına sahiptir.⁶⁵⁴ Burada dikkat edilmesi gereken nokta, işverenin bu hakkını kötüye kullanmamasıdır.⁶⁵⁵ Ayrıca, talimat eğer işçinin menfaatini ilgilendiriyorsa, bu durumda işverenin talimattan dönmesi istisna olmalıdır.⁶⁵⁶

IV. Talimatların Çatışması ile Açık ve Net Olmaması

A. Talimatların Çatışması

İşveren, kural olarak, işçiye talimat verme hakkın sahip olan kişidir. Ancak, işyerlerinin giderek büyümesi ve farklı çalışma biçimlerinin ortaya çıkması, işverenin, talimat verme hakkını diğer kimselerle paylaşması sonucunu doğurmaktadır. İşveren vekilleri, işveren adına ve hesabına işyerinin çeşitli düzeylerinde işçilere talimat verme hakkına sahiptir. Bunun yanı sıra, geçici iş ilişkisinde, işçiyi ödünç veren işverenle geçici işveren, talimat verme

⁶⁵⁴ Stamm, 21.

⁶⁵⁵ Böker, 13, dn. 16; Taşkent, Yönetim Hakkı, 71.

⁶⁵⁶ Stamm, 21.

hakkını paylaşmaktadırlar. Keza, matriks organizasyon yapısına sahip şirketler topluluğunda talimat verme hakkı sözleşmenin tarafı işverenle matriks yönetici arasında paylaşılmaktadır.

Alt işveren ilişkisinde ise, asıl işverenin, alt işverenin işçilerine iş sağlığı ve güvenliği ile genel işyeri düzeniyle ilgili talimatlar vermesinde de benzer durum yaşanmaktadır. Nitekim, doktrinde, iş sağlığı ve güvenliği bağlamında verilecek talimatlara temel oluşturacak özgün bir hiyerarşik yapı öneren Akın, buna, “iş sağlığı ve güvenliği hiyerarşisi” adını vermektedir.⁶⁵⁷

Talimat verme hakkının aynı anda birden fazla kişiye verilmesi, birbirleriyle çelişen talimatların ortaya çıkması riskini doğurmaktadır. Talimatların çatışması durumunda, işçinin bu talimatlardan hangisine uyması gerektiği sorunu mutlaka çözüme kavuşturulmalıdır. Öyle ki, belli bir işin hem özel hem de genel nitelikteki talimatlarla farklı şekilde düzenlenmesi talimatlar arasında çatışmaya yol açmaktadır.

Özel ve genel talimatlar arasındaki çatışma, bu talimatların, aynı makam tarafından verilmesi durumunda yaşanabileceği gibi farklı makamlar tarafından verilen özel ve genel talimatlar arasında da yaşanabilir. Böyle bir durum ortaya çıktığında, bu talimatlardan hangisine üstünlük tanınması gerektiği belirlenmelidir.

1. Aynı Makam Tarafından Verilen Özel/Bireysel ve Genel Talimatların Çatışması

Belli bir işin görülmesine veya işçinin davranışına ilişkin aynı makam tarafından verilen özel ve genel nitelikteki talimatların birbirleriyle örtüşmemesi durumunda, işçinin bunlardan hangisine uyacağı, hukuk kuralları arasında çıkan çatışmanın önlenmesi amacıyla getirilen kurallardan yararlanılarak çözümlenmelidir.⁶⁵⁸

⁶⁵⁷ Detaylı bilgi için bkz. Akın, İş Güvenliği Hiyerarşisi, 9-32.

⁶⁵⁸ Bu konuda bkz. Gözler, Yorum İlkeleri, 100-104.

Bu kurallardan biri, “*özel kuralın genel kuraldan önce uygulanacağı*” (*Lex specialis derogat legi generali*) ilkesidir. Aynı makam tarafından verilen talimatlardan biri genel diğeri özel/bireysel ise özel talimata öncelik verilmelidir. Zira, özel talimat bir konuyu daha yakından düzenlemektedir. Gerçekten de, işverenin, genel bir talimatla düzenlediği alanla ilgili olarak işçiye özel bir talimat vermesi, durumun gereklerini ve işçinin özelliklerini dikkate alarak yeni bir düzenleme yapmak istediği şeklinde yorumlanarak özel talimata öncelik verilmelidir.⁶⁵⁹

Her ne kadar özel talimatın genel talimata göre öncelikli olduğu ilkesi kabul edilse de, bu kural her durumda geçerli değildir. Eğer genel talimat, bir konuyu *farklı düzenlemelere izin vermeyecek şekilde tahdidi* olarak belirlemişse, özellik ilkesi burada uygulanmaz. Genel talimat burada, özel talimata göre öncelik taşımaktadır.⁶⁶⁰

Aynı makam tarafından verilen talimatların her ikisi de genel talimat ya da her ikisi de özel talimat niteliğindeyse ve birbirleriyle çelişiyorlarsa (örneğin, önceki genel talimatla sonraki genel talimat ya da önceki özel talimatla sonraki özel talimat çelişiyorsa), buradaki sorun, “*sonraki kuralın önceki kuralı ilga edeceği*” (*Lex posterior derogat legi priori*) ilkesiyle çözümlenmelidir. Yani, işverenin, sonradan verdiği genel talimat, önceki genel talimatı yürürlükten kaldırır. Benzer durum, önceki ve sonraki özel talimatlar arasında da geçerlidir.

Bir başka olasılıkta ise, aynı makam tarafından verilen talimatlardan önce verilen talimat genel talimat, sonradan verilen talimat özel/bireysel talimat ise; burada “*sonraki ve özel kural*” (*Lex posterior ve Lex specialis*) ilkesi beraber uygulanır. Diğer bir deyişle, sonraki özel talimat önceki genel talimatı yürürlükten kaldırır.

Öte yandan, aynı makam tarafından verilen talimatlardan önceki talimat özel/bireysel; sonraki talimat genel bir talimat niteliği taşıyorsa, sorunun çözümü, yukarıda açıkladığımız

⁶⁵⁹ Taşkent, Yönetim Hakkı, 74.

⁶⁶⁰ Maschmann, NZA 2017, Rn. 1560.

kadar net değildir. Buradaki sorun, özel kuralın genel kuralı ortadan mı kaldıracağı (*Lex specialis*) yoksa sonraki kurala (*Lex posterior*) üstünlük mü tanınacağı noktasında toplanmaktadır.

İş hukuku doktrini, sorunun çözümünde -esasen, kanımızca tartışmaya açık biçimde- “*zaman*” unsurunu temel almaktadır. Yani, sonraki talimatın önceki talimatı yürürlükten kaldıracağı kabul edilmektedir. Bunun gerekçesi ise, işverenin talimat verme hakkının amacıyla açıklanmaktadır. İşveren, işin amacını ve değişen koşulları dikkate alarak işçilere işin ifasına veya davranışlarına yönelik talimat verdiği için, yeni tarihli talimatın önceki talimatı etkisiz kıldığı kabul edilmektedir.⁶⁶¹

2. Ayrı Makamlar Tarafından Verilen Özel/Bireysel ve Genel Talimatların Çatışması

Ayrı makamlar tarafından verilen talimatların çatışması durumunda “*zaman*” ya da “*özellik*” ilkelerine başvurulması yerinde olmayacaktır. Nitekim, böyle bir durum, işyerindeki hiyerarşik yapının gözden kaçırılmasına neden olacaktır. İşyerlerinde benimsenen temel yönetim düzenini piramit yapılar⁶⁶² oluşturmaktadır. Bu tür yapılarda, yönetim hakkı yukarıdan aşağıda doğru indikçe zayıflamaktadır. Dolayısıyla, bu yapının en üstünde yer alan makamın, yani işverenin talimat verme hakkı, işyerindeki çeşitli düzeylerde yer alan işveren vekillerinin talimat verme hakkından üstündür. Zaten, piramit yapının alt katmanlarına da bu yönetme yetkisi, bir üst makam tarafından verilmektedir.

Hukuk kuralları arasındaki çatışmanın çözülmesi için getirilen kurallardan biri de, “*üst kural alttaki kuralı ilga eder*” (*Lex superior derogat legi inferiori*) ilkesidir. Gerçekten de,

⁶⁶¹ Bu yönde **Taşkent**, Yönetim Hakkı, 74; **Süzek**, Yönetim Hakkı, 228; **ErfK/Preis** BGB § 611a Rn. 236-239; **Junker**, 43-45. Buna karşın, doktrinde bazı yazarlar, önceki tarihli özel kuralın sonraki tarihli genel kural ile yürürlükten kaldırılamayacağı görüşünü savunmaktadır. *Gözler*, “Bir genel hüküm, önceden özel olarak öngörülmüş şeyleri sona erdiremez.” ilkesinin bu görüşü desteklediğini belirtmektedir. Bkz. **Gözler**, Yorum İlkeleri, 104.

⁶⁶² Matriks organizasyon yapısı ise bunun istisnasını teşkil etmektedir.

hıyerarşının olduğu bir durumda “*lex superior*”, “*lex posterior*” ve “*lex specialis*” ilkeleri arasında bir çatışma yaşanırsa, bu sorun “*lex superior*” ilkesine göre çözümlenmelidir. Üç ilke arasında bir çatışma olursa, her zaman “*lex superior*” ilkesine üstünlük tanınmalıdır. Bu noktada, bir kuralın önceki veya sonraki tarihli olması ya da özel veya genel kural olması fark etmemektedir.⁶⁶³

Dolayısıyla, farklı makamlar tarafından verilen talimatlar arasında bir çelişki varsa, işçi, üst makamın verdiği hukuka uygun talimatı yerine getirmekle yükümlüdür.

Üzerinde durmak istediğimiz bir diğer konu da, matriks organizasyon yapısına bağlı şirketler topluluğunda işçilere verilen talimatların birbirleriyle çelişmesi durumunda sorunun nasıl çözüme kavuşturulacağıdır. Yukarıda da detaylı olarak açıkladığımız üzere, matriks organizasyon yapısına sahip şirketler topluluğunda, geleneksel-klasik hiyerarşik düzen değiştirilerek şirketler topluluğu çapında uzmanlık alanları-ürünler ve/veya bölgelere göre ayrımlara gidilmektedir. Böylece, matriks organizasyon sisteminde çok boyutlu yapılar oluşturulmaktadır.

Bu organizasyon türünde dikey sorumluluğun yanına bir de yatay sorumluluk eklenmiştir. İşçi, sözleşmenin tarafı işveren dışında bir de matriks yöneticinin talimatları altındadır. Matriks organizasyon yapısında da sadece aynı düzeydeki yöneticilerin talimatları çatışmaz; matriks yönetici ile işveren vekili veya sözleşmenin tarafı işverenin ya da farklı düzeylerde yer alan kişilerin talimatları arasında çatışma yaşanabilir.

Matriks organizasyon yapılarında, işletme yönetimi açısından tavsiye edilen birinci yol, tarafların uzlaşarak işçiye verilen talimatlar arasındaki çatışmayı çözmeleridir.⁶⁶⁴ İkinci yol ise; eğer taraflar anlaşarak sorunu çözemiyorlarsa, en üstteki matriks yönetimin ya da bağlı matriks şirketin yönetiminin en son karar verme hakkına sahip olması gibi standart karar

⁶⁶³ Gözler, Yorum İlkeleri, 102.

⁶⁶⁴ Maschmann, NZA 2017, Rn. 1560.

verme ilkelerinin geliştirilmesidir. Bu çatışmayı çözen standart ilkelerin de önceden duyurulması ve herkes tarafından bilinebilir olması gerekmektedir.⁶⁶⁵

Ancak, taraflar, talimatlar arasındaki çatışmayı uzlaşarak çözemiyor ve standart karar verme ilkeleri de belirlenmediyse, o zaman ihtilaf, çatışmaya ilişkin hukuktaki genel ilkelere göre çözümlenir. Matriks organizasyon yapısında temel ilke, “*Lex superior*” yani “*üst kural alttaki kuralı ilga eder*” ilkesidir. Eğer sonradan talimat veren kişi, hiyerarşik olarak ilk talimat veren kişinin altında yer alıyorsa, öncelik-sonralık kuralı uygulanmaz.⁶⁶⁶

Benzer durum, özel ve genel talimatlar için de geçerlidir. Burada işçi, üstteki makamın verdiği hukuka uygun; hakimiyet sözleşmesi ve ana sözleşmeye aykırı olmayan talimatları yerine getirmekle yükümlüdür.⁶⁶⁷

B. Talimatların Açık ve Net Olmaması

İş yaşamında işçiye verilen talimatların bazı hallerde yetersiz, karışık ve çelişkili olduğuna rastlanmaktadır. Böyle bir talimatla karşılaşan işçinin ne yapması gerektiğinin belirlenmesi önem taşımaktadır.

Doktrindeki bir görüşe göre, eğer işveren, işçiye anlaşılması zor veya çelişkili bir talimat verdiğyse, bu talimata, en başta düşündüğü şekilde uyulmasını beklememelidir. Zaten işçi de, böyle bir talimata uymakla yükümlü değildir. Ayrıca, bu görüşe göre eksik ve çelişkili bir talimatla karşılaşan işçinin, bu eksikliği veya çelişkiyi gidermek amacıyla işverene açıklattırma yükümlülüğü de bulunmamaktadır.⁶⁶⁸

⁶⁶⁵ Maschmann, NZA 2017, Rn. 1560.

⁶⁶⁶ Maschmann, NZA 2017, Rn. 1560.

⁶⁶⁷ Maschmann, NZA 2017, Rn. 1560.

⁶⁶⁸ Böker, 78.

Buna karşın doktrinde savunulan diğer görüşe göre, işçinin, kendisine yöneltilen talimatta belirsizlik ve tutarsızlık görmesi üzerine, bunu veren makamdan açıklama istemesi, doğruluk ve dürüstlük kurallarının bir gereğidir.⁶⁶⁹

Kanımızca, işveren, açık ve net olmayan ya da çelişkili bir talimat verirse, işçiden böyle bir talimata uymasını beklememelidir. Ayrıca işçi, eksik bir talimatla karşılaştığında somut olayın özellikleri ve doğruluk ve dürüstlük kuralları gereği işverene durumu bildirmeli ve açıklama istemelidir. Ancak, bu durum işçiye genel bir yükümlülük olarak da yüklenmemelidir.

Öte yandan, yeni bir talimat, işçiye ulaşana kadar işçinin bu süre zarfında ne yapması gerektiği önem taşımaktadır. Işçi, bu süreçte hiçbir şey yapmadan bekleyebilir ya da kendisine göre en uygun çözümü üreterek hareket edebilir. Burada net bir cevap vermek mümkün değildir. Ancak, böyle bir durumla karşılaşan işçi, her somut olayın özelliğine ve niteliklerine göre bir değerlendirme yapabilir.⁶⁷⁰

Bu değerlendirmesini ise, doğruluk ve dürüstlük kuralları ile sadakat borcu kapsamında işverenin haklı menfaatlerini gözeterek, onu zarardan koruyacak yolu seçmek suretiyle yapmalıdır.

⁶⁶⁹ Taşkent, Yönetim Hakkı, 75-76.

⁶⁷⁰ Taşkent, Yönetim Hakkı, 76.

İKİNCİ BÖLÜM

İŞÇİNİN TALİMATLARA UYMA BORCUNUN

DAYANAKLARI ve KAPSAMI

§ 3. İŞÇİNİN TALİMATLARA UYMA BORCUNUN HUKUKİ DAYANAKLARI

I. Genel Olarak

İşçinin iş sözleşmesinden doğan borçlarından birini de işverenin talimatlarına uyma borcu oluşturmaktadır. İşveren, yönetim hakkına dayanarak, işçiye, işin görölmesine ve onun işyerindeki davranışlarına ilişkin konularda talimat verme hakkına sahiptir. İşçinin talimatlara uyma borcu, işverenin yönetim hakkının karşısında yer almaktadır. Öyle ki, işçinin işverenin talimatlarına uyma borcu, iş ilişkisinin de özellikli yanını oluşturmaktadır.⁶⁷¹

Nitekim, iş sözleşmesi, işçi ve işveren arasında kişisel ve hukuki bir bağımlılık ilişkisi yaratmaktadır. İşçinin, işverenin talimatlarına uyma borcu, bu tür bir bağımlılık ilişkisinin sonucudur. Diğer bir deyişle, işverenin talimat verme hakkı, iş sözleşmesinde mündemiçtir. İşverenin yönetim hakkı ve iş sözleşmesi ayrılmaz bir bütün oluşturmaktadır. İşverenin işçilere talimat verme hakkının olmadığı bir ilişki, iş sözleşmesi olarak da nitelendirilemez. Bu durum iş sözleşmesini, diğer iş görme sözleşmelerinden de ayırt etmektedir.⁶⁷²

Geçmiş yüzyılda işverenin yönetim hakkı, bir iş organizasyonu içinde işverenin dilediğini yapabilme gücü olarak tanımlanıyordu. İşverenin yönetim hakkı, bu anlamda, işverenin gerekli gördüğü durumlarda iş sözleşmesini tek taraflı olarak değiştirebilme yetkisini de içinde barındırıyordu.

⁶⁷¹ Böker, 59.

⁶⁷² Maurer, 137.

Ancak, günümüzde bu anlayış terk edilmiştir. İşverenin yönetim hakkı, iş sözleşmesinde genel hatlarıyla belirlenen işçinin iş görme borcunun içeriğini tür, yer ve zaman açısından somutlaştıran ve işyeri düzenine ilişkin konuları düzenleyen, bu bağlamda, işverene önlem ve karar alma ile tek taraflı talimat verme hakkı bahşeden iş hukukuna ilişkin bir kavramdır.⁶⁷³

İşveren, kanun, toplu iş sözleşmesi, iş sözleşmesi gibi diğer hukuk kaynaklarıyla düzenlenmeyen konularda yönetim hakkını kullanabilir. Zira, işveren, yönetim hakkı aracılığıyla iş sözleşmesinde genel olarak düzenlenen hususları tek taraflı olarak detaylı biçimde belirleme hakkına sahiptir.⁶⁷⁴ Öyle ki, işveren, vereceği talimatlar aracılığıyla işçinin iş görme borcunu ve işyeri düzenine ilişkin hususları *somutlaştırmaktadır*.⁶⁷⁵

Ancak, işverenin talimat verme hakkı, işverene dilediği her konuda serbestçe karar alma yetkisini bahşetmez. İşveren, temel haklara, kanuna, toplu iş sözleşmesine, iş sözleşmesine, dürüstlük kurallarına aykırı olmamak kaydıyla ve yönetim hakkının amacına uygun düştüğü ölçüde işçilere talimat verme hakkına sahiptir. Diğer bir anlatımla, işverenin talimat verme hakkı, pek çok hukuk kaynağıyla sınırlandırılmıştır.⁶⁷⁶ Aksi durumda, işveren, vereceği talimatlar aracılığıyla iş hukukunun koruyucu yapısını dolanabilecektir.⁶⁷⁷

İşverenin işçilere talimat verme hakkının temel hukuki kaynağını, iş sözleşmesi oluşturmaktadır. Zira, işveren, işçinin iş görme borcunu, yönetim hakkına dayanarak vereceği talimatlar aracılığıyla somutlaştırmaktadır. Ayrıca, işveren, işyeri düzenine ilişkin konularda da talimat verme hakkına sahiptir. Bununla birlikte, bu hak, mevzuatımız açısından yasal bir dayanağa da kavuşturulmuştur. Bu anlamda, işverenin yönetim hakkı, Türk Borçlar Kanununun 399. maddesinde tanımlanmaktadır. Karşılaştırmalı hukuk açısından

⁶⁷³ **Wiencke**, 14.

⁶⁷⁴ **Maurer**, 138.

⁶⁷⁵ **Böker**, 58; **Maurer**, 138.

⁶⁷⁶ **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, 314.

⁶⁷⁷ **Preis**, Weisungsrecht, 39.

incelediğimiz Alman Hukukunda ise işverenin (yönetim hakkı) talimat verme hakkının yasal dayanağını, Alman İşyeri Düzeni Hakkında Kanun (GewO) § 106 oluşturmaktadır. Kanunun bu düzenlemesine göre, işveren iş görme borcunun içeriğini, yerini ve zamanını belirlemeye; ayrıca işyeri düzenine ve işçinin davranışlarına ilişkin konularda talimat verme hakkına sahiptir. Aşağıda, Türk ve Alman hukukunda işverenin talimat verme hakkının hukuki dayanaklarını belirleyip, anılan başlık kapsamında konuyu genel hatlarıyla inceleyeceğiz.

II. Türk Hukukunda İşçinin Talimatlara Uyma Borcunun Hukuki Dayanakları

Türk iş hukukunda, işverenin yönetim hakkına dayanarak işçilere talimat vermesinin hukuki kaynağı iş sözleşmesidir. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, iş sözleşmesinin akdedilmesiyle birlikte, işçi, işverenin hukuki ve kişisel bağımlılığı altına girmektedir. Taraflar arasındaki bu bağımlılık ilişkisi, işverenin işçiye talimat verme hakkının olması; işçinin ise bu talimatlara uyma borcunun bulunması anlamına gelmektedir.⁶⁷⁸

Bu durumun bir sonucu olarak da işçi, işverenin hukuka uygun talimatlarına uymakla yükümlüdür. İşverenin yönetim hakkı, Türk Borçlar Kanununun 399. maddesiyle yasal dayanağa kavuşmuştur. Anılan hükme göre “*İşveren, işin görülmesi ve işçilerin işyerindeki davranışlarıyla ilgili genel düzenlemeler yapabilir ve onlara özel talimatlar verebilir. İşçiler, bunlara dürüstlük kurallarının gerektirdiği ölçüde uymak zorundadırlar.*”

Ancak, bu düzenleme dahi, işverenin yönetim hakkının iş sözleşmesinden doğduğu gerçeğini değiştirmemektedir. Öyle ki, mevzuatımızda işverenin yönetim hakkının pozitif hukuk kurallarıyla düzenlenmediği dönemlerde de, işverenin, işçilere işin yürütümüne ve düzenine yönelik talimatlar verebileceği kabul edilmekteydi. Zira, iş sözleşmesinde, işe ve işçilerin işyerindeki davranışlarına ilişkin tüm konuların detaylı bir şekilde düzenlenmesi mümkün değildir.

⁶⁷⁸ Güzel, Ölçüt Arayışı, 27.

İşveren, iş görme borcunun alacaklısı sıfatıyla, bu boş bırakılan alanları, vereceği talimatlar aracılığıyla doldurmaktadır. İşçi de bu ayrıntıların daha sonra işverence tek taraflı olarak belirleneceğini bilerek iş sözleşmesini akdetmektedir. Öyle ki, işveren, yönetim hakkı aracılığıyla işçinin iş görme borcunu somutlaştırmaktadır. Bu bağlamda, işveren iş sözleşmesinde genel olarak belirlenen işin türünü, zamanını ve yerini, vereceği talimatlar aracılığıyla somutlaştırmaktadır.

İş sözleşmesinde işçinin iş görme edimi ne kadar detaylı belirlendiyse, işverenin talimat verme hakkı da o denli kısıtlanmaktadır. Örneğin, sekreter olarak işe alınan bir işçiden, işveren asıl işinin yanı sıra, asıl işiyle bağlantılı diğer işleri de yapmasını talep edebilir.⁶⁷⁹ İşveren, işçinin, not tutması, yazışmaları yapması, telefonlara bakması gibi konularda talimatlar verebilir. Buna karşın, işçinin asıl işiyle bağlantılı olmayan -temizlik işi vb.- işleri yapması yönünde talimatlar veremez.

Benzer şekilde, iş sözleşmesinde işçinin göreceği iş bir meslek dalı şeklinde belirlendiyse, işveren, işçiye o meslekle ilgili işleri yapması yönünde talimat verme hakkına sahiptir. İşveren, işçiden iş sözleşmesiyle belirlenen işine denk -aynı değerdeki- işi görmesine yönelik talimatlar verebilir.⁶⁸⁰

Öte yandan, iş sözleşmesinde işçinin hangi işi yerine getireceği açıkça belirlenmese bile, işverenin sınırsız bir talimat verme hakkı olduğundan söz edilemez. Bu noktada, işverenin dürüstlük kuralları gereğince işçiden talep edebileceği işleri yerine getirmesi şekilde talimat verebileceği kabul edilir.⁶⁸¹ İlaveten, işçinin işe başlarken kendisine verilen ilk işi de yol gösterici olmalıdır.⁶⁸²

⁶⁷⁹ **Alp**, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, 109.

⁶⁸⁰ **Brunhöber**, 40.

⁶⁸¹ **Taşkent**, Yönetim Hakkı, 142-145; **Süzek**, Değişiklik Feshi, 13; **Baycık**, Yenilik Doğuran Haklar, 176.

⁶⁸² Benzer yönde bkz. **Preis**, Weisungsrecht, 8.

Çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde detaylı olarak inceleyeceğimiz üzere⁶⁸³, işveren, günlük çalışma süresinin başlangıcını-bitişini, ara dinlenme sürelerini, araç-gereç kullanımını belirleme hakkına sahiptir. Buna karşın, işverenin, işçinin ücreti ve çalışma süresi üzerinde yönetim hakkı bulunmamaktadır.⁶⁸⁴ Diğer bir anlatımla, işveren, bu alanları vereceği talimatlarla düzenleme hakkına sahip değildir.

İlaveten, işveren iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi gibi diğer hukuk kaynaklarında düzenlemeyen konularda talimat verme hakkına sahiptir. İşveren yönetim hakkına giren konularda, hukuka uygun olmak koşuluyla talimatlar verebilir; verdiği talimatları geri alabilir ve değiştirebilir.⁶⁸⁵ Ancak, işveren, yönetim hakkına dayanarak çalışma koşullarını, esaslı olsun olmasın, değiştiremez.⁶⁸⁶

Bununla birlikte, işverenin yönetim hakkı, Türk Borçlar Kanununun 399. maddesiyle yasal dayanağa oturtulmuştur. Anılan düzenleme uyarınca, işveren, işin görülmesi ve işçilerin işyerindeki davranışlarıyla ilgili talimat verme hakkına sahiptir. İşverenin işçilere vereceği talimatlar diğer hukuk kaynaklarına aykırı olamayacağı gibi dürüstlük kurallarıyla da çelişmemelidir. Diğer bir anlatımla, işveren, yönetim hakkının amacıyla bağdaşmayan, işçiyi zorlama amacı taşıyan talimatlar veremez. Nitekim bu durum Kanunda da açıkça düzenlenmiş

⁶⁸³ Bkz. § 4, II, E,3.

⁶⁸⁴ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, bu konudaki görüşünü şu şekilde ifade etmektedir: “İşçinin iş görme borcu, işverenin yönetim hakkı kapsamında vereceği talimatlarla somutlaştırılır. İşverenin yönetim hakkının karşıtını, işçinin işverenin talimatlarına uyma borcu teşkil eder. İşveren, talimat hakkına istinaden, iş sözleşmesinde ana hatlarıyla belirlenen iş görme ediminin, nerde, nasıl ve ne zaman yapılacağını düzenler. Günlük çalışma süresinin başlangıç ve bitiş saatlerini, ara dinlenmesinin nasıl uygulanacağını, işyerinde işin dağıtımına ilişkin ya da kullanılacak araç, gereç ve teknikler konusunda verilecek talimatlar bu türden talimatlar arasında kabul edilirler. İşverenin yönetim hakkı işyerinde düzenin sağlanmasına ve işçinin davranışlarına yönelik talimat vermeyi de kapsar. Buna karşılık, işverenin talimat hakkı, iş sözleşmesinin asli unsurlarını oluşturan, ücretin miktarı ve borçlanılan çalışma süresinin kapsamına ilişkin söz konusu olamaz. İşveren, tek taraflı olarak toplam çalışma süresini arttırmak veya ücrete etki edecek şekilde azaltmak yetkisine sahip değildir. İşverenin iş sözleşmesinin asli unsurlarını kapsayacak şekilde talimat vermesi, iş sözleşmesindeki edim ile karşı edim arasındaki dengenin bozulması hâlinde, iş güvencesine ilişkin hükümlerin dolanılması söz konusu olabilir.” Y9HD, 20.01.2020, E. 2019/6407, K. 2020/678, KİBB.

⁶⁸⁵ **ErfK/Preis** GewO § 106 Rn. 2.

⁶⁸⁶ **Baycık**, Yenilik Doğuran Haklar, 170; **Civan**, Genel İş Koşulları, 89; **Akın**, Esaslı Değişiklik, 42; **Alp**, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, 108.

ve işçinin, işverenin talimatlarına, dürüstlük kurallarının gerektirdiği ölçüde uymakla zorunlu olduğu hususu açıkça belirtilmiştir.

İşverenin yönetim hakkının kanunla düzenlenmesi, yukarıda da belirttiğimiz üzere, bu hakkın iş sözleşmesinden doğduğu gerçeğini değiştirmez. İşverenin yönetim hakkının, Türk Borçlar Kanunuyla ayrıca düzenlenmesinin amacı, işverenin iş sözleşmesi uyarınca sahip olduğu hakkın kullanım esaslarını belirlemektir.⁶⁸⁷

İşverenin işçiye işin görülmesine ilişkin vereceği talimatlar, iş görme borcuyla doğrudan ilgili olduğu için, söz konusu talimatlara uymamak, iş görme borcuna aykırılık oluşturmaktadır. Bununla birlikte, işçinin, işyeri düzenine yönelik talimatlara uymaması, iş görme borcunun dışında bağımsız bir borç niteliği taşıyan, talimatlara uyma borcuna aykırılık teşkil etmektedir.⁶⁸⁸

III. Alman Hukukunda İşçinin Talimatlara Uyma Borcunun Hukuki Dayanakları

Alman Hukukunda da Türk Hukukunda olduğu gibi baskın görüş, işverenin yönetim hakkının iş sözleşmesinden doğduğu yönündedir.⁶⁸⁹ Bununla birlikte, Alman Hukukunda işverenin yönetim hakkı, Alman İşyeri Düzeni Hakkında Kanun (GewO) § 106'da hüküm altına alınmıştır.

İşverenin talimat verme hakkının temelinde yatan düşünce, işe ve işyeri düzenine ilişkin her konunun iş sözleşmesiyle düzenlenmesinin mümkün olmamasıdır. İşveren, diğer

⁶⁸⁷ **Baycık**, Yenilik Doğuran Haklar, 137, dn. 486. Örneğin İsviçre Hukukunda da, işverenin yönetim hakkının, iş sözleşmesinden doğduğu kabul edilse de, bu hak ayrıca İsviçre Borçlar Kanununun 321d maddesinde düzenlenmektedir. Buna göre, işveren, işin yürütümü ve işçilerin işyerindeki davranışlarıyla ilgili genel düzenlemeler yapabilir veya onlara özel talimatlar verebilir. İşçiler, işverenin genel düzenlemelerine ve özel talimatlarına, doğruluk ve dürüstlük kurallarıyla bağdaştığı ölçüde uymakla yükümlüdürler. Bu yönde ayrıca bkz. **Stamm**, 12-14.

⁶⁸⁸ **Ekonomi**, 124-125; **Süzek**, Yönetim Hakkı, 227; **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat** 314; **Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal**, 181-182.

⁶⁸⁹ **Junker**, 30, 111-112; **Gaul**, Rn. 676; **Brunhöber**, 29; **Hunold**, NZA-RR, 2001, Rn. 337; **BeckOK ArbR/Joussen** BGB § 611a Rn. 354; **BeckOK ArbR/Tillmanns** GewO § 106 Rn. 3; **Schaub**, **ArbR-Hdb/Linck** § 45, Rn.13; **ErfK/Preis** GewO § 106 Rn. 1-4; **Hromadka/Maschmann**, 201. Alman hukukunda “işverenin yönetim hakkı”, “Direktionsrecht” ya da “Weisungsrecht” kavramlarıyla ifade edilmektedir.

hukuk kaynaklarına aykırı olmayacak şekilde, vereceği talimatlar aracılığıyla işçinin iş görme edimini somutlaştırmaktadır. Alman Federal İş Mahkemesi de verdiği bir kararında bu hususu şu şekilde ifade etmektedir: “Yönetim hakkı, işverene, iş sözleşmesinde genel hatlarıyla belirlenen iş görme edimini tür, yer ve zaman olarak tek taraflı belirleme hakkı sağlar. Yönetim hakkı, her iş sözleşmesinin temel içeriğinin bir parçasıdır. Ancak, işverenin yönetim hakkı, yasa, toplu iş sözleşmesi, işyeri sözleşmesi, iş sözleşmesi gibi hukuk kaynaklarıyla sınırlandırılır. Ayrıca, işveren yönetim hakkını hakkaniyetli bir şekilde kullanılmalıdır.”⁶⁹⁰

İşverenin yönetim hakkı, Alman İşyeri Düzeni Hakkında Kanun (GewO) § 106’da düzenlenmeden önce, GewO § 121’de düzenlenmekteydi. GewO § 121, kalfa ve yardımcılarının talimatlara uyma borcunu hüküm altına almaktaydı. GewO § 121’e göre, “Kalfalar ve yardımcıları, üstlendikleri işe ve işletme içindeki düzenlemelere ilişkin konularda işverenin talimatlarına uymakla yükümlüdürler.” Doktrindeki bir görüşe göre, GewO § 121 hükmü, sadece kalfa ve yardımcılarının talimatlara uyma yükümlülüğüyle sınırlı bir biçimde anlaşılmamalıdır. Tersine, bu hüküm tüm işçiler için geçerli sayılmalıdır. Dolayısıyla, bu düzenleme, yönetim hakkının hukuki temeli olarak anlaşılmalıdır.⁶⁹¹

Buna karşın, doktrinde bizim de katıldığımız diğer görüşe göre, § 121’nin amacı (*ratio legis*) işverenin yönetim hakkının düzenlenmesi değil, aksine, işe ve işyeri düzenine ilişkin konularda işverenin talimat verme yetkisinin sınırlandırılmasıdır. Ayrıca, § 121 düzenlemesi, işverenin yönetim hakkının iş sözleşmesiyle kurulduğuna gönderme yapmakla yetinmektedir.⁶⁹²

Doktrindeki bir başka görüşe göre ise, işverenin yönetim hakkının hukuki dayanağı BGB § 315 düzenlemesidir. BGB § 315, ifanın tek taraflı belirlenmesi hususunu hüküm altına almaktadır. Anılan düzenleme uyarınca, taraflardan biri ifayı tek başına belirliyorsa, bunu

⁶⁹⁰ BAG, 07.12.2000- 6 AZR 444/99, I-2, (www.beck-online.beck.de).

⁶⁹¹ Birk’in görüşlerini aktaran **Wiencke**, 16.

⁶⁹² **Söllner**, 44; **Böker**, 41; **Wiencke**, 17; **Kern**, 9.

hakkaniyete uygun takdir yetkisine göre yapmalıdır. Ancak, BGB § 315 de, ifanın taraflardan biri tarafından tek başına belirlenmesi gerekiyorsa, bu belirlemenin nasıl yapılması gerektiğini düzenlemektedir. Diğer bir anlatımla, BGB § 315, tek taraflı belirleme yapmanın sınırlarını düzenlemekte; taraflardan birine doğrudan böyle bir hak bahsetmemektedir. Bu anlamda, anılan hüküm de işverenin yönetim hakkının hukuki dayanağı olarak kabul edilmemelidir.⁶⁹³

Yukarıda anılan tartışmalardan sonra, nihayet, işverenin yönetim hakkı, 01.01.2003 yılında yürürlüğe giren GewO § 106’ da açıkça hüküm altına alınmıştır.⁶⁹⁴ Alman İşyeri Düzeni Hakkında Kanunun (GewO) kapsamını düzenleyen § 6/2 uyarınca, GewO § 106 tüm işçiler hakkında uygulanmalıdır. Bu hükümden yola çıkarak, doktrinde, işverenin yönetim hakkının hukuki dayanağının GewO § 106 olduğu kabul edilmektedir.⁶⁹⁵

⁶⁹³ Söllner, 41-42; Böker, 43; Wiencke, 17.

⁶⁹⁴ BGBl. I, 2002/62.

⁶⁹⁵ Alman hukukunda işverenin yönetim hakkı, GewO § 106’da düzenlenmektedir. Bununla birlikte, doktrinde, işverenin yönetim hakkının düzenlendiği yer eleştirilere uğramaktadır. Doktrinde Henssler, işverenin yönetim hakkının GewO’da düzenlenmesini eleştirerek; kanun koyucunun GewO’yu iş sözleşmesi kanunu haline getirme çabasının anlaşılabilir olduğunu ifade etmektedir. Bu konuda bkz. **MüKoBGB/Henssler** BGB § 630 Rn. 1. Benzer şekilde, *Preis* da, işverenin yönetim hakkı gibi iş sözleşmesinin merkezinde yer alan bir konunun neden Alman Medeni Kanununda (BGB) düzenlenmediğini sorgulamaktadır. Bu yönde bkz. **Preis**, Weisungsrecht, 6. *Preis*, bu düşüncesini bir adım daha öteye taşımış ve işverenin yönetim hakkının BGB § 611’de düzenlenmesine yönelik bir öneri sunmuştur. Yazar, BGB § 611’i (a) ve (b) şeklinde ikiye ayırarak yeniden formüle etmiştir. Şöyle ki;

“BGB § 611a- ‘İş Sözleşmesi’

- (1) İş ilişkisi iş sözleşmesiyle kurulur.
- (2) ⁽¹⁾ İşçi kişiliğine sıkı sıkıya bağlı işi işverenin vereceği talimatlar aracılığıyla yerine getirmekle yükümlüdür (İş görme borcu). ⁽²⁾ İşveren işçiye bu iş karşılığında anlaştıkları ücreti ödemek zorundadır. ⁽³⁾ Ücret zımni olarak da kararlaştırılabilir.
- (3) Eğer hizmet sözleşmesi (BGB § 611) veya istisna sözleşmesi (BGB § 631) olarak kurulan bir borç ilişkisi, taraflardan birinin işi yerine getirme yükümlülüğünü oluşturuyorsa ve yapılacak iş kişisel talimatlar aracılığıyla somutlaştırılıyorsa, sözleşme tarafları arasında bir iş ilişkisinin olduğu varsayılır.

BGB § 611b- ‘İşverenin Yönetim Hakkı’

- (1) ⁽¹⁾ İşveren, iş koşulları iş sözleşmesi, işyeri anlaşması, yürürlükteki toplu iş sözleşmesi veya yasayla düzenlenmediği sürece, iş görme edimini içerik, yer ve zaman açısından belirleyebilir. ⁽²⁾ İşveren, ayrıca, işçilerin işyerindeki davranışlarını ve işyeri düzenini de belirleme hakkına sahiptir.
- (2) ⁽¹⁾ İşveren her somut olayda yönetim hakkını, hakkaniyete uygun takdir yetkisine göre kullanmalıdır. ⁽²⁾ Talimat aşağıda sayılan durumlarda hakkaniyete aykırıdır:
 - a. İşyerindeki toplam çalışma süresi, işçinin yaşı, işçinin ailesine bakma yükümlülüğü olup olmadığı, işçinin engelleri işverence ölçülü şekilde dikkate alınmıyorsa.

GewO § 106 düzenlemesi, Alman Federal İş Mahkemesi'nin 27.03.1980 tarihli kararıyla da büyük ölçüde örtüşmektedir. Federal Mahkemenin kararına göre, “İşveren yönetim hakkı aracılığıyla iş sözleşmesinde genel hatlarıyla düzenlenen işçinin iş görme borcunu zaman, yer ve tür açısından detaylı olarak tek taraflı belirleyebilir. Yasa, toplu iş sözleşmesi ve iş sözleşmesi hükümleri yönetim hakkının sınırlarını oluşturmaktadır. Ayrıca, işveren, yönetim hakkını hakkaniyetli biçimde kullanmalıdır.”⁶⁹⁶

İşverenin yönetim hakkının hukuki kaynağı, yukarıda da belirttiğimiz şekilde, iş sözleşmesi olsa da, hukuki kesinlik ve şeffaflık sağlamak amacıyla, bu hakkın varlığının ve sınırlarının belirlenmesi amacıyla, işverenin yönetim hakkı, yasayla da hüküm altına alınmıştır.⁶⁹⁷ Nitekim, işverenin işçiye talimat verme hakkının, iş ilişkisinin en önemli unsuru ve göstergesi olduğu kabul edilmektedir.⁶⁹⁸

Alman İşyeri Düzeni Hakkında Kanun (GewO) § 106'ya göre, “⁽¹⁾ İşveren, iş koşulları iş sözleşmesi, işyeri anlaşması, yürürlükteki toplu iş sözleşmesi veya yasayla düzenlenmediği sürece, iş görme edimini içerik, yer ve zaman açısından hakkaniyete uygun takdir yetkisine göre belirleyebilir. ⁽²⁾ İşveren, ayrıca, işçilerin işyerindeki davranışlarını ve işyeri düzenini de belirleme hakkına sahiptir. ⁽³⁾ İşveren, takdir yetkisini kullanırken, işçinin engelliliğini de göz önünde bulundurmalıdır.”

İşverenin işçilere talimat verme hakkının olup olmadığı ve varsa bunun kapsamı kural olarak iş sözleşmesiyle belirlenmektedir. Bu yüzden de, işçinin iş görme borcunun içeriği

⁽³⁾ BGB § 275/3 (Borçlu iş görme edimini bizzat yerine getirmekle yükümlüyse ve alacaklının menfaatiyle borçlunun içinde bulunduğu engeller karşılaştırıldığında, borçlunun edimi yerine getirmesi kendisinden beklenemiyorsa, borçlu ifadan kaçınabilir.) hükmü baki kalır.

(3) Talimat, iş sözleşmesini, işyeri anlaşmasını, toplu iş sözleşmesini veya kanun hükümlerini ihlal ediyorsa ya da hakkaniyete uygun değilse, hukuken geçersizdir.

(4) İşverenin verdiği talimat üçüncü fıkra göre geçersiz ise, işçi bu talimatı yerine getirmekten kaçınabilir.”

⁶⁹⁶ BAG, 27.03.1980- AZR 506/78, AP Nr. 26 zu § 611 BGB Direktionsrecht, (www.beck-online.beck.de).

⁶⁹⁷ BeckOK ArbR/Tillmanns, GewO § 106 Rn. 1; Tettinger/Wank/Ennuschat/Wank GewO § 106 Rn. 1.

⁶⁹⁸ Tettinger/Wank/Ennuschat/Wank GewO § 106 Rn. 1.

GewO § 106 ile ortaya çıkmamaktadır. GewO § 106, işverenin, işçilerin iş görme borcunu vereceği talimatları aracılığıyla somutlaştıracaklarını, sadece açıklığa kavuşturmaktadır.

Alman İşyeri Düzeni Hakkında Kanun (GewO) § 106 yorumlanırken, iş sözleşmesinin serbestçe kurulması hususunu düzenleyen GewO § 105 de, GewO § 106’yla birlikte incelenmelidir.⁶⁹⁹ GewO § 105/1’e göre, “İşçi ve işveren iş akdi kurulurken, emredici hükümler, yürürlükteki toplu iş sözleşmesi ve işyeri anlaşması hükümlerine aykırı olmadığı sürece, iş sözleşmesinin içeriğini ve şeklini serbestçe belirleyebilirler.”

GewO § 105’in gerekçesine göre de, “İş koşulları kural olarak iş sözleşmesiyle tespit edilir. Bununla birlikte, iş görme edimi sadece ana hatlarıyla düzenlendiyse, işveren, işçinin yerine getireceği işi hakkaniyete uygun takdir yetkisine göre belirleme hakkına sahiptir.”

GewO § 105, işçi ve işverenlerin iş koşullarını diledikleri gibi tespit edebilecekleri varsayımına dayanmaktadır. Bu hükümden yola çıkarak, işverenlerin talimat verme hakkını belli bir çerçeve içinde ve sınırlı şekilde kullanabilecekleri sonucuna varılmalıdır.⁷⁰⁰ Alman Federal İş Mahkemesinin kararlarında da bu durum şu şekilde ifade edilmektedir: “İşveren, iş sözleşmesinde genel hatlarıyla belirlenen iş görme edimini; yer, zaman ve içerik açısından belirleme hakkına sahiptir.”⁷⁰¹ veya “İşveren, talimatlar aracılığıyla iş görme edimini belirlemez. Tersine, talimat verme hakkının kapsamı iş sözleşmesine göre belirlenir.”⁷⁰² ya da “Talimat verme hakkı, iş sözleşmesiyle belirlenen iş görme ediminin bir sonucu ve devamıdır.”⁷⁰³

Ayrıca, doktrinde, GewO § 106’nın, işverenlere, talimat verme hakkı açısından, “iş koşulları; iş sözleşmesi, işyeri anlaşması, yürürlükteki toplu iş sözleşmesi veya yasayla düzenlenmediği sürece” ifadesiyle alt bir sınır çizdiği; buna karşın işçinin iş görme ediminin

⁶⁹⁹ Hromadka, NZA 2012, Rn. 234.

⁷⁰⁰ Hromadka, NZA 2012, Rn. 233.

⁷⁰¹ BAG, 23.09.2004- 6 AZR 442/03, NZA 2005, Rn. 476, (www.beck-online.beck.de).

⁷⁰² BAG, 20.07.2004- 9 AZR 570/03, AP BGB § 611, Nr. 65, (www.beck-online.beck.de).

⁷⁰³ BAG, 13.06.2007- 5 AZR 564/06, NZA 2007, Rn. 975, (www.beck-online.beck.de).

kapsamı ve bunun değiştirilmesiyle ilgili bir üst sınır koymadığı ifade edilmektedir. Bu noktada, eğer işverenin sadece iş sözleşmesinde genel hatlarıyla belirlenen iş görme edimini somutlaştırmaya yönelik talimatlar verebileceği kabul edilirse, sorun kendiliğinden çözümlenecektir. Öte yandan, iş sözleşmesinde işçinin yerine getireceği iş belirlendiyse, işverenin somutlaştırma yapmasına da gerek bulunmamaktadır. İşçi sadece sözleşmede belirtilen işi yerine getirmekle yükümlüdür. Bu anlamda, GewO § 106'nın ayrıca bir üst sınır öngörmesine gerek bulunmamaktadır.⁷⁰⁴

İşveren, iş sözleşmesinin objektif esaslı unsurları olan ücret ve iş görme borcu üzerinde yönetim hakkını kullanamaz. İşveren, sadece, iş görme borcunun nerede, nasıl ve ne zaman yerine getireceğini belirleme hakkına sahiptir.⁷⁰⁵ Ayrıca, işveren, işçinin özel yaşamını ilgilendiren konularda talimat verme hakkını kullanamaz. Bu anlamda, örneğin, işveren, işçinin vergi beyannamesinin yine kendisi tarafından belirlenen bir mali müşavirlik firması tarafından düzenleneceği yönünde talimat veremez. Zira, böyle bir durum işçinin iş görme borcuyla ilgili olmadığı gibi işçinin özel verilerinin işverence ifşa edilmesi riskini de içinde barındırmaktadır.⁷⁰⁶

Ayrıca, iş sözleşmesinde belirtilen iş tanımıyla işverenin talimat verme hakkı arasında sıkı bir ilişki bulunmaktadır. Diğer bir anlatımla, bu iki durum birbirine bağlıdır. İşçinin çalışma koşulları, iş sözleşmesinde ne kadar detaylı/somut bir biçimde düzenlenirse, işverenin yönetim hakkı da o ölçüde daralmaktadır.⁷⁰⁷

Bununla birlikte, işçinin iş görme borcu genel hatlarıyla belirlendiyse veya bir faaliyet ya da meslek olarak tespit edildiyse, işveren bu kapsamda kalmak kaydıyla, yönetim hakkını kullanarak işçiden farklı işlerde çalışmasını isteyebilecektir.⁷⁰⁸ Örneğin, işçinin iş

⁷⁰⁴ **Hromadka**, NZA 2012, Rn. 234.

⁷⁰⁵ **ErfK/Preis** GewO § 106 Rn. 3.

⁷⁰⁶ BAG, 23.08.2012- 8 AZR 804/11, NZA 2013, 268, (www.beck-online.beck.de).

⁷⁰⁷ **Kern**, 11; **Schöne**, Rn. 830.

⁷⁰⁸ **Alpagut**, İş Sözleşmesinde Esaslı Değişiklik, 55.

sözleşmesinde laborant, makinist veya büro elemanı olarak çalışması öngörülüyse, işveren işçiden sadece bu kapsamda kalan benzer işlerde çalışması için talimat verme hakkını kullanabilecektir. Yine, iş sözleşmesinde işçinin yerine getireceği iş, *satış elemanı* gibi bir ifadeyle genel hatlarıyla belirlendiyse, işveren işçiden bu kapsamda kalan diğer işleri de yapması için talimat verme hakkını kullanabilecektir.⁷⁰⁹

İşveren, işçiye iş sözleşmesiyle borçlandığı işten farklı bir işi yerine getirmesi için talimat veriyorsa, işverenin bu talimatı, aynı değerdeki işle sınırlı olmalıdır. Öyle ki, işverenin işçiye yeni bir işle ilgili talimat verebilmesi için, bu işin kural olarak işçinin önceden yerine getirdiği iş görme edimiyle aynı/benzer değerde olması ve aynı ücret skalasında yer alması gerekmektedir.⁷¹⁰

Bu anlamda, işçinin ücreti aynı kalsa bile işveren, işçiye, iş sözleşmesiyle borçlandığı iş görme ediminden daha düşük değerde bir iş veremez.⁷¹¹ İşverenin talimat verme hakkı, bu hususu kapsamaz. Alman Federal İş Mahkemesi, işverenin talimatıyla işçiye verilen yeni işin, eski işe oranla daha düşük olup olmadığını; işletme içindeki hiyerarşik yapı (işletme içindeki yerleşik teamüller) ve bundan ortaya çıkan sosyal konumları inceleyerek karara bağlamaktadır.⁷¹² Buna karşın, çalışmamızın ilerleyen kısımlarında inceleyeceğimiz üzere, işveren, zorunlu nedenlerin bulunması durumunda işçiye farklı yönde talimatlar da verebilir.⁷¹³

GewO § 106'ya göre, işveren, diğer hukuk kaynaklarıyla düzenlenmediği sürece, işçinin sadece iş görme ediminin içeriğini değil, aynı zamanda iş görme ediminin nerede ve ne zaman yerine getirileceğini de, vereceği talimatlar yoluyla belirleme hakkına sahiptir.

⁷⁰⁹ **Lakies**, Rn. 4.

⁷¹⁰ **Kern**, 12; **Brunhöber**, 40.

⁷¹¹ **Preis**, Weisungsrecht, 7; **Brunhöber**, 40.

⁷¹² Bu yönde bkz. BAG, 30.08.1995- 1 AZR 47/95, NZA 1996, 440, (www.beck-online.beck.de). Ayrıca bkz. **Preis**, Weisungsrecht, 8.

⁷¹³ **Preis**, Weisungsrecht, 8.

Öncelikle, kural olarak, işin yapılacağı yer, iş sözleşmesiyle belirlenmektedir.⁷¹⁴ İşin nerede ifa edileceği iş sözleşmesiyle açık bir şekilde belirlendiyse, işveren, iş görme borcunun yerine getirileceği yer konusunda talimat verme hakkını kullanamaz.⁷¹⁵ Buna karşın, iş sözleşmesinde işin yerine getirileceği yer konusunda herhangi bir belirleme yapılmadıysa, sözleşmenin yorumlanmasıyla bir sonuca varılmalıdır.⁷¹⁶ İşveren, böyle bir durumda, yönetim hakkına dayanarak işin yapılacağı yeri belirlemektedir.⁷¹⁷ Şüphe halinde, işin işverene ait işyerinde yapılacağı kabul edilir.⁷¹⁸

İşin yapılacağı yer iş sözleşmesinde açıkça belirlenmemekle birlikte, eğer yapılacak işin niteliği/türü (örneğin; satış temsilcisi gibi), işin farklı yerlerde yapılmasını gerektiriyorsa, işveren, işçiyi değişik yerlerde iş görme borcunu yerine getirmesi için görevlendirebilir.⁷¹⁹

GewO § 106'ya göre, işveren, diğer hukuk kaynaklarıyla belirlenmediği sürece, işin ne zaman yerine getireceğini de vereceği tek taraflı talimatlarla belirleme hakkına sahiptir. Bununla birlikte, işveren sadece *çalışma süresinin konumunu (Lage der Arbeitszeit)*, yani işçinin ne zaman çalışmaya başlayıp ne zaman çalışmasını bitireceğini yönetim hakkına dayanarak hakkaniyete uygun şekilde belirleme hakkına sahiptir. Bu anlamda örneğin, işveren, işçilerin vardiyalı çalışıp çalışmayacaklarını da yönetim hakkı kapsamında belirleme hakkına sahiptir.⁷²⁰ Ancak işverenin, işçinin “*çalışma süresinin kapsamını-uzunluğunu*” tek yanlı olarak belirleme hakkı bulunmamaktadır.⁷²¹

⁷¹⁴ Tettinger/Wank/Ennuschat/Wank GewO § 106 Rn. 8.

⁷¹⁵ Wiencke, 45;

⁷¹⁶ Fliss, NZA-RR 2008, Rn. 225.

⁷¹⁷ ErfK/Preis GewO § 106 Rn. 27.

⁷¹⁸ Wiencke, 45; BeckOK ArbR/Joussen, BGB § 611a Rn. 399. Alman Federal İş Mahkemesinin bu yöndeki kararına göre de, “İşin yapılacağı yer toplu iş sözleşmesi veya iş sözleşmesiyle belirlenmediyse, şüphe durumunda, işverenin işçileri düzenli olarak istihdam ettiği yer işyeri olarak kabul edilmelidir.” Karar için bkz. BAG, 03.12.1985- 4 AZR 325/84, NZA 1986, 366, (www.beck-online.beck.de).

⁷¹⁹ Tettinger/Wank/Ennuschat/Wank GewO § 106 Rn. 8.

⁷²⁰ Hunold, NZA-RR, 2001, Rn. 340; ErfK/Preis GewO § 106 Rn. 31; Tettinger/Wank/Ennuschat/Wank GewO § 106 Rn. 9-10. Ayrıca bkz. LAG Köln, 30.07.2009- 7 Sa 571/09, NZA-RR 2010, 514, (www.beck-online.beck.de).

⁷²¹ Meinel/Heyn/Herms, Rn. 3; ErfK/Preis GewO § 106 Rn. 31-32; Preis, Weisungsrecht, 9; BeckOK ArbR/Joussen, BGB § 611a Rn. 375-576.

Alman İşyeri Düzeni Hakkında Kanun (GewO) § 106/2'ye göre, işveren, işçilerin işyerindeki davranışlarına ve işyeri düzenine ilişkin konularda talimat verme hakkına sahiptir.⁷²²

İşveren, işyeri düzenini sağlamak için; örneğin, kılık-kıyafete, hijyen koşullarına, işyerinde kapı/çanta kontrollerine, elektronik gözetlemeye, işyerinde sigara kullanımına, dinlenme-park alanlarından yararlanmaya, e-posta, internet, telefon kullanıma kadar çeşitli konularda talimat verme hakkına sahiptir.⁷²³

Bunun yanı sıra, İşyeri Teşkilat Kanunu (BetrVG) § 87/1'de, sosyal haklara dair konularda yönetime katılma düzenlenmektedir.⁷²⁴ Federal İş Mahkemesi, bir kararında bu hükmü şu şekilde açıklamaktadır: “İşyeri kurulu, işyerindeki düzen ve işçilerin işyerindeki davranışlarına ilişkin konularda karar alma süreçlerine katılma hakkına sahiptir. Yönetime katılmanın konusu ve amacı, işyerinde birlikte yaşam ve işbirliğinin sağlanmasıdır.”⁷²⁵ Dolayısıyla, işyeri kurulunun yönetime katılması, bazı istisnai düzenlemeler dışında (§ 87/1, nr. 5, 9), kollektif konulara ilişkindir.⁷²⁶

Doktrinde bazı yazarlar, BetrVG § 87/1'in, GewO § 106/2 düzenlemesini kısıtlamadığını ileri sürse de, Federal İş Mahkemesi bu iki hükmü beraber yorumlama eğilimindedir.⁷²⁷ Gerçekten de, işveren, işyeri düzeni ve işçilerin işyerindeki davranışlarına ilişkin konularda talimat vermek/düzenleme yapmak istediğinde, her iki hükmü de gözetmelidir.⁷²⁸ Ancak, burada isabetli bir biçimde, işyerinde işyeri kurulu olmasına ve olmamasına göre ikili bir ayrıma gidilmektedir. İşyeri kurulunun olduğu işyerlerinde, işyeri düzeni ve işçilerin işyerindeki davranışlarına ilişkin konularda (örneğin, alkol, tütün

⁷²² Detaylı bilgi için bkz. **Borgmann/Faas**, Rn. 241- 244.

⁷²³ **Brunhöber**, 191.

⁷²⁴ **Erbaş**, 84.

⁷²⁵ BAG, 24.11.1981- 1 ABR 108/79, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebs Nr. 3, (www.beck-online.beck.de).

⁷²⁶ **Erbaş**, 84-85.

⁷²⁷ **Borgmann/Faas**, Rn. 243; **BeckOK GewO/Hoffmann/Schulte**, GewO § 106 Rn. 50.

⁷²⁸ **Tettinger/Wank/Ennuschat/Wank** GewO § 106 Rn. 38; **Borgmann/Faas**, Rn. 244; **BeckOK GewO/Hoffmann/Schulte**, GewO § 106 Rn. 50.

kullanımı, üst araması, işyerinde gözetlenme, ortak alanların kullanılması gibi) işyeri kurulunun katılım hakkı kısıtlanamaz. Bu bağlamda, GewO § 106, katılım hakkını kısıtlayan bir Kanun olarak yorumlanamaz. Buna karşın, işyeri kurulunun olmadığı işyerlerinde, GewO § 106/2 daha büyük bir önem kazanmaktadır. Zira, işveren, yönetim hakkına dayanarak işin düzenine ve işçilerin işyerindeki davranışlarına ilişkin konularda -iş sözleşmesinde aksine bir hüküm olmadığı sürece- çeşitli düzenlemeler yapabilir.⁷²⁹

Son olarak, GewO § 106/3 uyarınca, işveren, yönetim hakkını hakkaniyete uygun takdir yetkisine göre ve bu bağlamda, işçinin içinde bulunduğu engelleri göz önünde bulundurmak suretiyle kullanılmalıdır. Alman Federal İş Mahkemesine göre, “*hakkaniyete uygun takdir yetkisi*” kavramı genel ve soyut bir kavramdır. Dolayısıyla, bu kavramının özünün belirlenmesi gerekmektedir. Federal Mahkemenin içtihatları uyarınca işveren, yönetim hakkına dayanarak çalışma koşullarını vereceği talimatlar aracılığıyla belirlerken, *somut olayın koşullarını ve işçinin haklı menfaatlerini* de göz önünde bulundurmalıdır.⁷³⁰ Çalışmamızın ilerleyen kısımlarında Alman hukukunda kullanılan hakkaniyete uygun takdir yetkisi ölçütünü detaylı olarak ele alacağız.⁷³¹

Alman hukukunda, İşyeri Düzeni Hakkında Kanun (GewO) dışında, yönetim hakkının özel olarak düzenlendiği başka kanunlar da bulunmaktadır. Bunlardan biri olan, Mesleki Eğitim Kanunu (Berufsbildungsgesetz- BBiG) § 13/1-3’e göre, “*Mesleki eğitim görenler, eğitim çerçevesinde, eğiticinin verdiği talimatlara ve talimat verme yetkisine sahip diğer kişilerin verdiği talimatlara uymakla yükümlüdürler.*” Diğer bir düzenleme olan, İç Sularda Seyrüsefer Kanunu (Binnenschiffahrtsgesetz- BinSchG) § 23/1 uyarınca, “*Gemi adamları gemiyle ilgili işlere ilişkin kendisine verilen tüm talimatlara uymakla yükümlüdür.*” Benzer şekilde, Gemi Adamı Kanunu (Seemannsgesetz- SeeMG) § 29’a göre, “*Mürettebat, yükümlü*

⁷²⁹ Borgmann/Faas, Rn. 243.

⁷³⁰ ErfK/Preis GewO § 106 Rn. 10. Ayrıca bkz. BAG, 24.04.1996- 5 AZR 1031/94, NZA 1996, 1088-1089, (www.beck-online.beck.de).

⁷³¹ Bkz. § 4, II, A, 2.

olduğu işleri yerine getirmek zorundadır. Ayrıca, amirlerinin kendisine verdiği talimatlara da uymakla yükümlüdür.”

Anılan düzenlemeler dışında, işverenin talimat verme hakkının düzenlendiği bir diğer hukuki kaynak ise Kamu Hizmeti İçin Toplu İş Sözleşmesi (Tarifvertrag für den Öffentlichen Dienst- TvöD-AT)⁷³² § 4’de yer almaktadır. Kamu Hizmeti İçin Toplu İş Sözleşmesi (TvöD) § 4/I’e göre, “Çalışanlar, hizmet veya işyeri gerekleri nedeniyle başka yerde görevlendirilebilir veya başka bir yere nakledilebilirler. Eğer, çalışanlar önceki işyeri dışındaki bir yere nakledilecek veya üç aydan fazla bir süreliğine başka bir yerde görevlendirileceklerse, mutlaka öncesinde dinlenmeleri gerekir.”

§ 4. İŞÇİNİN TALİMATLARA UYMA BORCUNUN KAPSAMI

I. İşverenin Hukuki ve Fiili Üstünlüğü Karşısında İşçinin Durumu

İş sözleşmesi, işçi ve işveren arasında kişisel ve hukuki bağımlılık ilişkisini kurmaktadır. Bu ilişkide, işveren yönetim hakkına dayanarak işçilere işin düzeni ve işçilerin davranışlarına ilişkin konularda talimat verme hakkına sahipken; işçi de, işverenin talimatlarına uymakla yükümlüdür. Zira, bu durum taraflar arasındaki bağımlılık ilişkisinin de bir sonucudur.

İşçinin, işverenin talimatlarına uyması ise işçinin işverenin otoritesi altına girmesi anlamını taşımaktadır. İşçinin işyeri hiyerarşisinde işverenin otoritesi altında olması, 20.

⁷³² *Kamu Hizmeti İçin Toplu İş Sözleşmesi (TvöD)*; kamu tüzel kişiliğinde (federal, eyalet ve yerel makamlarda ya da bölge veya kamu kurumlarında) işçi olarak çalışanların istihdam ilişkilerinin düzenlenmesiyle ilgilidir. Kamu hizmetinde işçi olarak çalışanların hukuki statüleri temel olarak toplu iş sözleşmesiyle şekillenmektedir. Toplu iş sözleşmesi normlarıyla, asgari çalışma koşulları düzenlenmektedir. 30 Haziran 2018 tarihli Federal İstatistik Bürosunun açıkladığı verilere göre 4.63 milyon kişi kamu sektöründe çalışmaktadır. Bu çalışanların dağılımı ise şöyledir: Federal düzeyde toplam 328.700 kişi istihdam edilmektedir. Bunlardan, 183.400 kişi memur ve hakim olarak; 145.300 kişi işçi olarak istihdam edilmektedir. Eyalet düzeyinde toplam 2.42 milyon kişi istihdam edilmektedir. Bu çalışanlardan 1.29 milyon kişi memur ve hakim olarak; 1.13 milyon kişi ise işçi olarak çalışmaktadır. Kamu Hizmeti İçin Toplu İş Sözleşmesi (TvöD) hakkında detaylı bilgi için bkz. **Conze/Karb/Wölk/Reidel/Conze**, Einführung in das Arbeitsrecht des öffentlichen Dienstes, Rn.1-27.

yüzyılın başlarında, işçilerin kişiliklerinden bağımsız olarak, işyeri için sadece birer “işgücü” olarak nitelendirilmelerine dahi yol açmıştır. Örneğin, sosyolog *Ernst Michel*’e göre, “İşyeri, işgücünden oluşmaktadır. İşçi, kişi veya nesne değildir; sadece işgücüdür.”⁷³³

Bu görüş işçiyi, kişi ve işgücü olarak ikiye ayırmaktadır. Ancak, modern iş hukukunda bu görüşün artık bir geçerliliği bulunmamaktadır. İşçinin emeği, kişiliğinin ayrılmaz bir parçasıdır. İşçi, özgür bir birey olarak sahip olduğu hak ve özgürlükleri, işverenin otoritesi altında çalıştığı işyerine de taşımak durumundadır.⁷³⁴

İşverenin, hukuki ve fiili üstünlüğünün taraflar arasında yarattığı dengesizlik, iş ilişkisini *güç ilişkisi* haline getirirse de, bu çelişki, işverenin yönetim hakkının hukuk kurallarıyla sınırlandırılması yoluyla dengelenmeye çalışılmaktadır.⁷³⁵

İşçinin çalışma koşullarını belirleyen hukuki kaynaklar arasında işverenin yönetim hakkı en son sırada yer almaktadır. İşveren, yönetim hakkına dayanarak işin görülmesine ve işçilerin işyerindeki davranışlarına yönelik talimatlar verebilir. İş sözleşmesiyle genellikle işçilerin yapmakla yükümlü oldukları faaliyetler genel hatlarıyla belirlenmektedir. İşveren işin nerede, ne zaman, nasıl, hangi sırayla yapılacağını yani işe ilişkin ayrıntıları aksi kararlaştırılmamışsa, yönetim hakkı aracılığıyla belirlemektedir.

Benzer şekilde, işveren, işyeri düzeninin sağlanmasını ve işçilerin birlikte sorunsuz bir şekilde çalışmalarını güvence altına almak amacıyla, işçilerin işyerindeki davranışlarını ve işyeri düzenini de belirleme hakkına sahiptir.

Yukarıda da detaylı olarak açıkladığımız üzere, işverenin talimat verme hakkı kaynaklar hiyerarşisinde yedek hukuk kurallarının da altında yer almaktadır. İşveren sadece iş hukukunun diğer kaynaklarıyla düzenlenmemiş, *boş bırakılan alanlarda* talimat verme hakkına sahiptir. İşveren, her ne kadar diğer hukuk kaynaklarıyla düzenlenmemiş alanlarda

⁷³³ *Ernst Michel*’in 1932’de yayımlanan *Endüstriyel İş Düzeni (Industrielle Arbeitsordnung)* adlı kitabından, yazarın görüşlerini aktaran **Söllner**, 20.

⁷³⁴ **Güzel**, Yetki ve Özgürlük, 95, 105.

⁷³⁵ **Junker**, 21; **Güzel**, Yetki ve Özgürlük, 95.

yönetim hakkına sahip olsa da, işveren tek taraflı olarak vereceği talimatlar aracılığıyla işçinin çalışma koşullarına ve işyerindeki durumuna önemli etkilerde bulunabilir.

Bu nedenle de, işverenin vereceği talimatlar, Anayasaya, kanunlara, toplu iş sözleşmesine, iş sözleşmesine, hakkın amacına, dürüstlük kurallarına aykırı olmamalıdır. Zira, işçi, hukuka uygun talimatlara uymakla yükümlüdür.⁷³⁶

II. Hukuka Uygunluk Ölçütleri

İşveren, işçilere, yönetim hakkına dayanarak, işin görülmesi ve işçilerin işyerindeki davranışlarıyla ilgili talimat verme hakkına sahiptir. Bununla birlikte, işverenin işçilere vereceği talimatlar diğer hukuk kaynaklarına aykırı olmamalıdır. Nitekim, yukarıda da belirttiğimiz üzere, işverenin talimat verme hakkı, iş hukuku kaynakları arasında en alt sırada yer almaktadır.

İşveren, kanun, toplu iş sözleşmesi ve iş sözleşmesiyle düzenlenmeyen konularda talimat verme hakkını kullanabilir. Ancak, işveren sadece iş hukukunun değil diğer mevzuatın emredici kurallarına da aykırı talimat veremez. Zira, işveren, Türk Borçlar Kanununun 27. maddesine göre, kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkansız olan talimatlar veremez.

Emredici normlar, herkese hitap eden, herkese ödevler yükleyen genel ve objektif davranış kurallarıdır.⁷³⁷ Kanunun emredici hükümlerinin kaynağı ceza hukuku, idare hukuku, medeni hukuk veya borçlar hukuku olabilir. Örneğin, işverenin muhasebe bölümünde çalışan

⁷³⁶ Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin bir kararına göre de, “İşverenin talimat verme hakkının, yasa, toplu iş sözleşmesi ve bireysel iş sözleşmesi ile daraltılıp genişletilmesi mümkündür. Bir başka açıdan ifade edilecek olursa, işverenin talimat verme hakkı, kanun, toplu iş sözleşmesi ile bireysel iş sözleşmesi hükümleri ile sınırlıdır. Bu itibarla, işveren, ceza ve kamu hukuku hükümlerine aykırı talimatlar veremeyeceğinden, işçi bu nevi talimatlara uymak zorunda değildir. Bunun dışında işveren, işçinin kişilik haklarını ihlal eden talimatlar veremez. Keza, Medeni Kanunu'nun 2. maddesinde düzenlenen hakkın kötüye kullanılması yasağı gereği, işveren dürüstlük kuralına aykırı talimatlar da veremez. Şu halde işveren, diğer işçilerin lehine fakat bir veya birkaç işçinin aleyhine sonuç doğuracak eşitsizlik yaratacak talimatlar veremeyeceği gibi işçiye eza ve ceza vermek amacıyla da talimatlar veremez. Buna göre, işveren talimat verirken eşit işlem borcuna riayet etmekle de yükümlüdür.” Bkz. Y9HD, 08.10.2018, E. 2018/7404, K. 2018/17713, KİBB.

⁷³⁷ Eren, 286.

işçisine vergi kaçırmayı yönünde vereceği bir talimat kanunun emredici hükümlerine aykırılık oluşturacaktır.⁷³⁸

Benzer şekilde, kişilik haklarını ihlal eden bir talimat, emredici hukuk kurallarına (TMK m. 23) aykırı olduğundan işçi açısından bağlayıcı değildir. İşveren, toplumun genel ahlak anlayışıyla bağdaşmayan talimatlar da veremez.⁷³⁹ Örneğin, işverenin hırsızlık şüphesi halinde işçilere çıplak arama yapılması yönünde talimat vermesi sadece kanuna değil, ahlaka da aykırılık oluşturmaktadır. Benzer şekilde, işverenin, işçilere müşterilerle yakın/özel ilişki kurarak işyerine menfaat sağlamaları yönünde vereceği talimatlar da ahlaka aykırıdır. İşverenin bu yönde vereceği talimatlar TBK m. 27'ye aykırılık oluşturacağından, işçi bu talimatlara uymakla yükümlü değildir. Ayrıca, işçi hukuka aykırı olan bu talimatlara uymadığı için herhangi bir yasal yaptırımla da karşılaşmamalıdır.

Gerçekten de, işveren, tek taraflı bir irade açıklaması olan talimatlar aracılığıyla, işçinin iş görme borcunu somutlaştırmakta ve işyerindeki düzene ilişkin çeşitli kurallar koymaktadır. İşçinin çalışma koşulları işverenin vereceği talimatlardan etkilenmekte ve bu etkiler işçiler üzerinde çeşitli sonuçlar doğurmaktadır.

Bu nedenle de, işverenin talimat verme hakkının sınırlarının belirlenmesi büyük önem taşımaktadır. Aksi durumda, işverenin talimat verme hakkı sınırsız bir hal alır ki, bu da iş hukukunun koruyucu yapısının dolanılmasına neden olur.⁷⁴⁰

İşverenin, işin yürütümüne ve işçilerin işyerindeki davranışlarına yönelik vereceği talimatların dürüstlük kurallarına, eşitlik ilkesine, Anayasaya (temel haklara), kanunlara, ahlaka, kamu düzenine, toplu iş sözleşmesine, iş sözleşmesine uygun olması gerekmektedir. Bu bağlamda, biz de, aşağıda hukuka uygunluk ölçütlerini detaylı bir biçimde incelemeye çalışacağız.

⁷³⁸ **Süzek**, Yönetim Hakkı, 231; **Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan**,130-131; **Senyen Kaplan**, 160-161.

⁷³⁹ **Eren**, 292; **Ateş**, Genel Ahlaka Aykırılık, 131-141.

⁷⁴⁰ **Preis**, Weisungsrecht, 39.

A. Dürüstlük Kuralına Uygunluk

1. Genel Olarak Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı

Dürüstlük, kişinin sözünde ve davranışlarında doğruluktan ayrılmaması anlamına gelmektedir.⁷⁴¹ Dürüstlük kuralı ise hakların kullanılması ve borçlarını yerine getirilmesinde toplumda genel olarak benimsenen ahlak anlayışına ve örf ve adet kurallarına uygun davranmayı, ilişki içinde olunan kişinin güven duygusunu zedelememeyi ve bu anlamda namuslu, dürüst bir insandan beklenen davranışa uygun davranmayı ifade eder.⁷⁴²

Dürüstlük kuralının kökleri Roma Hukukundaki “*bona fides*” ilkesine kadar uzanmaktadır. *Bona fides*, sözleşmenin kurulması, ifa edilmesi ve ifa sonrası aşamalarda ortaya çıkan, yorumlayıcı, tamamlayıcı, düzeltici ve düzenleyici işlevler taşıyan etik bir ilkedir.⁷⁴³

Roma’da *bona fides*’in dini bir kaynağı vardır. Fides, Roma’da insanların sağ elinde yaşadığına inanılan sadakat, inanç ve dürüstlük tanrıçasına verilen isimdir. Bu nedenle de bir sözleşmeye taraf olan kimseler el sıkışmakla, Tanrıça Fides’in tanıklığında sorumluluk altına girmektedirler. Daha sonraki dönemlerde *bona fides* toplumsal düzenin temel değerleri arasında yer almış ve ticari ilişkilerde uygulanmaya başlanmasıyla da dini anlamından uzaklaşarak, hukuki bir boyut kazanmıştır.⁷⁴⁴

Roma hukukunda bu ilke, karşılıklı güven ilişkisi çerçevesinde güçlü tarafa zayıf tarafı koruma yükümlülüğü yüklemektedir.⁷⁴⁵ Roma hukukunda *bona fides* ilkesi, objektif ve sübjektif anlamda kullanılmıştır. Bu ilkenin bir yanını sadakat ve vefa; diğer yanını ise güvenin koruması düşüncesi oluşturmaktadır. Daha sonraki dönemlerde bu ilke, dürüstlük ve

⁷⁴¹ Tanım için bkz: <https://sozluk.gov.tr>.

⁷⁴² Oğuzman/Barlas, 266; Arslan, Dürüstlük, 23; Edis, 290-291; Akyol, Dürüstlük, 5-6.

⁷⁴³ Kremalis, 632-633; Uçaryılmaz, 337.

⁷⁴⁴ Ateş, Sözleşme Özgürlüğü, 81; Güzel/Ugan Çatalkaya, Dürüstlük, 28; Uçaryılmaz, 339.

⁷⁴⁵ Kremalis, 631.

iyi niyet olarak ikiye ayrılmıştır.⁷⁴⁶ *Bona fides* ilkesinin sözleşmeler açısından önem taşıyan objektif yanı ise *dürüstlük kuralıdır*.⁷⁴⁷

Dürüstlük kuralı, sistem farklılıklarına rağmen, Avrupa hukuk düzeni ve diğer ülkelerin hukuk sistemlerinde de mevcut olan etkili bir ilkedir.⁷⁴⁸ Örneğin, İsviçre Medeni Kanunu ve Borçlar Kanununa esin kaynağı olan Alman Medeni Kanununda dürüstlük kuralı birden fazla maddede (BGB § 157; § 242) düzenlenmiş; diğer yandan, hakkın kötüye kullanılması yasağı da farklı bir normda (BGB § 226)⁷⁴⁹ hüküm altına alınmıştır.⁷⁵⁰

BGB § 157, sözleşmelerin dürüstlük kuralına göre yorumlanmasını düzenlerken; BGB § 242 hükmü, Kanunun ikinci kitabında “*Borç İlişkilerinin İçeriği*” kapsamında yer almaktadır. “*Dürüstlük Kuralına Göre İfa*” kenar başlığını taşıyan § 242’ye göre, “*Borçlu, edimini işlem hayatındaki teamülleri dikkate alarak dürüstlük kuralına göre ifa etmekle yükümlüdür.*” BGB § 242 hükmünün lafzı, bu hükmün Alman hukukundaki kilit önemini gölgelemektedir.⁷⁵¹

⁷⁴⁶ Önceki Medeni Kanunun (743 sayılı Medeni Kanun) 2. ve 3. maddelerinde, dürüstlük kuralını da iyi niyet kuralını da ifade etmek için “*hüsnüniyet*” terimi tercih edilmişti. Bu durumun anlam kargaşası yaratmaması için de, dürüstlük kuralının karşılığı olarak “*objektif hüsnüniyet*”; iyi niyetin karşılığı olarak da “*sübjektif hüsnüniyet*” terimleri kullanılıyordu. 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun yürürlüğe girmesiyle birlikte, bu ayrım terk edilmiştir. Kanunun 2. maddesinde “*Dürüstlük Kuralı*”; 3. maddesinde de “*İyi niyet*” düzenlenmektedir. Dürüstlük kuralı ve iyi niyet kavramlarının karıştırılmaması gereklidir. İyi niyet, hakkın doğumuna engel olan bir durumun olayda varlığı veya hakkın doğumu için aranan unsurlardan birinin yokluğu konusunda kişide mazur görülebilir bilgisizlik (bilmeme) veya yanlış bilme durumudur. Bu anlamda iyi niyet ruhsal bir kavramdır. Dürüstlük ise, belirli bir davranışı gerektiren kuralları kapsar ve bu kurallar kişilerin dışında oluşmuş ve toplumda genel olarak kabul görmüştür. Dürüstlük kuralı, ahlaki bir temele dayalı olup; orta zekalı, makul ve dürüst bir insanın davranışını gerektirmektedir. Bkz. **Edis**, 299-300; **Akyol**, Dürüstlük, 10-11.

⁷⁴⁷ **Uçaryılmaz**, 357.

⁷⁴⁸ **Jauernig/Mansel** BGB § 242 Rn. 1.

⁷⁴⁹ BGB § 226’ya göre, bir hakkın sadece başkasına zarar vermek amacıyla kullanılması hukuken geçerli değildir. Hakkın kötüye kullanılması yasağı ve dürüstlük kuralı farklı maddelerde düzenlenmiştir. Fakat, Alman hukukunda, hakkın kötüye kullanılma yasağının kullanım alanı oldukça dardır. Zira ahlaka aykırı bir davranışla başkasına zarar veren kişinin, bu zararı tazmin etmekle yükümlü olduğunu düzenleyen BGB § 826 ile dürüstlük kuralının düzenlendiği BGB § 242 hükümleri, BGB § 226’nın uygulanma alanını büyük ölçüde azaltmıştır. Bu yönde bkz. **Jauernig/Mansel** BGB § 226 Rn. 4.

⁷⁵⁰ **Barlas**, 192-193. Dürüstlük kuralının dar anlamdaki borç ilişkileri arasında düzenlenmesi ve bu bağlamda BGB § 242 hükmünün kanun sistematığı açısından yeri hakkında eleştiri ve görüşler için bkz. **Barlas**, 200-203.

⁷⁵¹ **Waas**, 604.

Salt lafzi bir yorum, bu hükmün sadece hukuki bir ilişkiye giren tarafların bu ilişkiden doğan yükümlülüklerini somutlaştırmakla ilgili olduğu sonucuna varabilir. Gerçekte ise durum farklıdır. Hem içtihat hem de doktrin tarafından geliştirilen BGB § 242 düzenlemesi, tüm hukuk düzeninde geçerli olan, herkesin haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken uymakla yükümlü olduğu genel bir hukuk ilkesidir. Bu bağlamda dürüstlük kuralı hukukun her alanında geçerli bir ilkedir.⁷⁵²

Dürüstlük kuralı, Türk hukukunda, Türk Medeni Kanununun 2. maddesinde düzenlenmektedir. TMK m. 2'ye göre, “⁽¹⁾ Herkes haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. ⁽²⁾ Bu hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.”

Kanunun 2. maddesinin 1. fıkrasında, “dürüstlük kuralı”; 2. fıkrasında ise “hakkın kötüye kullanılması yasağı” düzenlenmektedir. Bu iki hüküm, hukuk düzeninin tanıdığı bütün hakların kullanılmasında gözetilmesi ve uyulması gereken iki genel ilkedir.⁷⁵³

Zira, hukuk düzeni, hayatın sonsuz ihtimallerinin hepsini önceden öngörerek, bunları en küçük ayrıntılarına kadar düzenleyemez. Dolayısıyla da, bütün hakların kullanılmasında dikkate alınması gereken genel bir sınırlama koyma ihtiyacı söz konusudur. Dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı bu anlamda uyulması gereken genel hukuk ilkeleridir.⁷⁵⁴

Fakat, dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması gibi genel ilkeler ve üst normlar içlerinde ciddi bir tehlikeyi de barındırırlar. Her hukuki uyuşmazlığa kanun hükümlerindeki çözümleri bir kenara atarak doğrudan genel ilkeleri uygulamak keyfiliğe yol açabilir. Bu nedenle, dürüstlük kuralının ve hakkın kötüye kullanılması yasağının yersiz ve her durumda kullanılmasından kaçınılmalı, bu genel ilkelerin uygulandığı hallerde ise hakim somut

⁷⁵² Waas, 604; Jauernig/Mansel BGB § 242 Rn. 2.

⁷⁵³ Dural/Sarı, 241.

⁷⁵⁴ Oğuzman/Barlas, 266; Altaş, 260; Dural/Sarı, 241; Akyol, Dürüstlük, 5.

gerekçelerini açıklamalıdır.⁷⁵⁵ Dürüstlük kuralı, her ne kadar hakkaniyetin bir gereği de olsa, genelgeçer bir hakkaniyete de müsaade etmez.⁷⁵⁶

Dürüstlük kuralı, kişilerin taraf oldukları hukuki ilişkilerde, dürüst, namuslu, ahlaklı ve diğer kişilerde yaratılan güveni zedelemeyecek şekilde davranmalarını ifade eder. Dürüstlük kuralı, tarafların birbirlerini yanıltmamalarını da gerektirdiğinden, güven ilkesinin de dayandığı bir temeldir.⁷⁵⁷

Dürüstlük kurallarının belirlenmesinde, toplumda egemen olan ahlaki ölçütler, adetler, teamüller esas alınır. Bu nedenle, dürüstlük kuralına uygun davranılıp davranılmadığı araştırılırken, kişiye özgü, sübjektif bir anlayışa/davranışa bakılmaz. Zira dürüstlük kuralı, genel ve objektif bir hukuk ilkesidir.⁷⁵⁸ Diğer bir anlatımla, dürüstlük kuralı, objektif bir ölçüt olarak, somut durumların objektif değerlendirilmesini gerektirmektedir.⁷⁵⁹

*Edis'in tanımlamasıyla, “Dürüstlük kuralları, orta zekalı, normal, makul kimselerin toplum içerisinde karşılıklı güvene, ahlaka ve dürüstlüğe dayalı davranışları sonunda meydana gelmiş ve toplum ihtiyaçları ile iş hayatının gereklerine cevap veren, bu nedenle de, herkesçe benimsenen kurallar bütünüdür.”*⁷⁶⁰

Dürüstlük kuralı, hem sözleşmeden doğan hakların kullanılması ve borçların yerine getirilmesinde hem de kanundan doğan hakların kullanılması ile borçların ifa edilmesinde geçerli olan bir ilkedir. Öyle ki bu ilke, sadece özel hukukta değil, özel hukuk dışında, hukukun diğer alanlarında da geçerli olan genel bir ilkedir.⁷⁶¹

⁷⁵⁵ **Jauernig/Mansel** BGB § 242 Rn. 4; **Waas**, 607; **Akyol**, Dürüstlük, 15-17; **Oğuzman/Barlas**, 323-324.

⁷⁵⁶ **Jauernig/Mansel** BGB § 242 Rn. 2.

⁷⁵⁷ **Akyol**, Dürüstlük, 6; **Edis**, 290.

⁷⁵⁸ **Özsunay**, 307; **Dural/Sarı**, 242; **Arslan**, Dürüstlük, 26; **Ateş**, Sözleşme Özgürlüğü, 82; **Arslan Ertürk**, Sadakat, 20; **MüKoBGB/Schubert** BGB § 242 Rn. 2.

⁷⁵⁹ **Jauernig/Mansel** BGB § 242 Rn. 3; **MüKoBGB/Schubert** BGB § 242 Rn. 3.

⁷⁶⁰ **Edis**, 291.

⁷⁶¹ **Jauernig/Mansel** BGB § 242 Rn. 11; **Edis**, 302-304; **Oğuzman/Barlas**, 268-269; **Arslan Ertürk**, Sadakat, 24.

Kanun hükümlerinin yorumlanmasında, hükmün sözü (lafzı) ve özü (ruhu) birlikte incelenir (TMK m. 1). Hükmün özünün araştırılması sırasında yapılacak değerlendirme, dürüstlük kuralı esas alınarak gerçekleştirilmelidir.⁷⁶²

Kanuna karşı hilenin önlenmesinde de dürüstlük kuralına başvurulması gerektiği doktrinde ileri sürülmektedir. Kanunun emredici bir hükmünün, amacına aykırı bir sonucu elde etmek için hukuken geçerli başka fiil veya işlemlerin gerçekleştirilmesine, kanuna karşı hile denilmektedir. Doktrindeki bir görüşe göre, kanuna karşı hile halinde dürüstlük kuralına aykırı olarak hukuken geçerli bir işlem yapılmaktadır. Dolayısıyla, geçerli olan bu hukuki fiile veya işleme, TMK m. 2/2 uyarınca hakkın kötüye kullanılması yasağı kapsamında yaptırım uygulanmalıdır.⁷⁶³

Dürüstlük kurallarına sözleşme görüşmeleri sırasında da uyulmalıdır. Sözleşme görüşmeleri sırasında taraflar, birbirlerinin şahsına ve/veya malının zarara uğramasını önleyecek her türlü tedbirleri almakla yükümlüdür.⁷⁶⁴ Sözleşme görüşmelerinde, taraflar birbirlerine özenli davranmakla ve gerekli bilgileri vermekle, yani dürüstlük ilkelerine ve karşılıklı güvene uygun hareket etmekle yükümlüdürler. Sözleşme görüşmeleri sırasında dürüstlük kurallarına aykırı davranılması, görüşmelerde kusurlu bir davranış (culpa in contrahendo) oluşturmaktadır.⁷⁶⁵

⁷⁶² Özsunay, 307; Oğuzman/Barlas, 293; Dural/Sarı, 243.

⁷⁶³ Bu yönde bkz. Oğuzman/Barlas, 295. Buna karşın, doktrindeki ağırlıklı görüşe göre, kanuna karşı hile oluşturan işlem veya davranışlar, ilgili hükme (dolanılmak istenen hükme) dolaylı olarak aykırılık oluşturmaktadır. Bu yüzden de dürüstlük kuralına ve hakkın kötüye kullanılması yasağına başvurulmasına gerek bulunmamaktadır. Bkz. Dural/Sarı, 245-246.

⁷⁶⁴ Oğuzman/Barlas, 311-312.

⁷⁶⁵ Kılıçoğlu, 83-85; Dural/Sarı, 247; Oğuzman/Barlas, 311-312. Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin önüne gelen bir uyuşmazlıkta, bir üniversitede öğretim görevlisi olarak çalışacak yabancı uyruklu akademik personel ile üniversite arasında sözleşme görüşmeleri başlamış, davacı öğretim görevlisi, kendisinde uyandırılan güven üzerine işini ve yaşadığı şehri bırakarak davalı üniversitenin olduğu şehre gelmiştir. Yabancı uyruklu öğretim görevlisinin üniversitede çalışabilmesi için gerekli izin süreci tamamlanmamasına rağmen, üniversite yönetimi ile yürüttüğü görüşmeler olumlu devam etmiş ve üniversitede resmi izin süreci bitmemesine rağmen, öğretim görevlisi, bir buçuk ay fiilen çalışmıştır. Daha sonra davacı ile üniversite yönetimi arasında iş sözleşmesi akdedilememiştir. Bunun üzerine, öğretim görevlisi bir buçuk aylık ücretini ve yeni bir iş bulana kadar işleyecek ücretinin sözleşme öncesi sorumluluk ilkesi gereğince kendisine ödenmesini talep etmiştir. Yüksek Mahkeme, dava konusu olayda, davacıya, sözleşmenin yürürlüğe gireceği hususunda güven verildiğinin ve yine davacının

Tek taraflı hukuki işlemlerin yorumlanmasında ve özellikle sözleşmelerin kurulmasında da dürüstlük kuralı göz önünde bulundurulmalıdır.⁷⁶⁶ Türk Borçlar Kanununun 1. maddesi uyarınca, sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirlerine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur. İrade beyanları arasında bir çelişki ya da farklılık ortaya çıktığında veya ortada bir irade beyanının olup olmadığının belirlenmesine ilişkin uyuşmazlıklarda, irade beyanlarının yorumu yoluyla sonuca ulaşılabacaktır.⁷⁶⁷ Yapılacak yorum ise, dürüstlük kuralına dayanan güven teorisi çerçevesinde olmalıdır.

Güven teorisinin kaynağında, dürüstlük kuralı bulunmaktadır. Güven teorisine göre, muhatap, kendisine yöneltilen beyana anlam verirken, makul ve dürüst bir muhatap olarak gerekli özeni göstermeli, dürüstlük kuralına uygun biçimde davranmalıdır. Bu teori uyarınca, muhatap, dürüstlük kurallarına göre bildiği ve bilmesi gereken bütün olgular çerçevesinde kendisine yöneltilen irade beyanın varlığını kabul etmekte haklı olmalıdır.⁷⁶⁸ Güven teorisine, varması gerekli irade beyanlarının yorumunda başvurulmaktadır. Buna karşılık, yöneltilmesi gerekli olmayan tek taraflı hukuki işlemlerin (ölüme bağlı tasarruflar gibi) yorumlanmasında güven teorisi değil, irade teorisi kullanılır.⁷⁶⁹ Güven teorisiyle sadece muhatapın değil, beyan

bu güvene istinaden, davalı işyerinde bir buçuk ay fiili olarak çalıştığının ve davalı üniversitenin sözleşme öncesinde, davacıyı sözleşme süreci hakkında aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmemesi sebebi ile sözleşme öncesi sorumluluğunu ihlal ettiğine karar vermiştir. Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin gerekçesi ise şöyledir: “Sözleşme bir süreçtir. Bir anda kurulup meydana gelen hukuki bir işlem değildir. Sözleşme kurulmadan önce taraflar sözleşmenin muhtevası, şartları, içerdiği hak ve yükümlülükler üzerinde görüşmeler yaparlar; bu görüşmeler kısa veya uzun sürebilir. Görüşmelerin başlamasıyla görüşmeciler arasında hukuki bir ilişki kurulur. Bu ilişki sözleşme benzeri bir güven ilişkisidir. Güven ilişkisi, TMK m. 2/1’de düzenlenmiş bulunan dürüstlük kuralına dayanır. Buna göre görüşmeler esnasında görüşmecilerin sözleşmenin muhtevası ve şartları hakkında birbirlerini aydınlatması, dürüstlük kuralına uygun davranması, birbirlerinin kişilik ve mal varlığı değerlerine zarar vermemek için gerekli özeni göstermesi, koruma yükümlülüklerine uyması gerekir. Görüşmeciler bu yükümlülüklerle kusurlu olarak aykırı davranıp, görüşmelerin başlamasıyla aralarında kurulmuş bulunan güven ilişkisini ihlal ettikleri takdirde bundan doğan zarardan sorumludurlar.” Bkz. Y22HD, 24.12.2018, E. 2017/20291, K. 2018/28025, KİBB.

⁷⁶⁶ Oğuzman/Barlas, 297-298.

⁷⁶⁷ Dural/Sarı, 248-249; Oğuzman/Barlas, 297-298.

⁷⁶⁸ Oğuzman/Barlas, 297-298.

⁷⁶⁹ Dural/Sarı, 248-249; Oğuzman/Barlas, 297-298.

sahibinin de haklı menfaatleri korunmakta; tarafların çıkarları arasında adil bir denge kurulmaktadır.⁷⁷⁰

Dürüstlük kuralına sözleşmelerin yorumlanmasında ve tamamlanmasında-boşlukların doldurulmasında da başvurulmaktadır. Bir sözleşmenin içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır (TBK m. 19).

Sözleşmenin yorumlanmasının amacı, tarafların birbirlerine uygun gerçek veya farazi sözleşme iradelerinin tespit edilmesidir. Tarafların gerçek sözleşme iradelerinin hakim tarafından tespit edilmesine ise sözleşmenin yorumlanması denilmektedir.⁷⁷¹ Hakim, makul ve dürüst şekilde davranan tarafların sözleşme iradelerini güven teorisine göre tespit edilecek iradelerini esas alarak yoruma ilişkin uyuşmazlığı çözecektir.⁷⁷²

Temelini dürüstlük kuralından alan güven teorisi, gerçek irade beyanlarının yorumunda doğrudan doğruya uygulanırken; sözleşmelerin yorumunda ise dolaylı uygulama alanına sahiptir. Hakim, sözleşme taraflarının gerçek iradelerini belirleyemezse, bu sefer farazi ortak iradelerini araştırır. Farazi ortak iradelerin tespitinde ise, dürüstlük kuralı ve güven teorisi doğrudan kullanılır.⁷⁷³

Sözleşmelerin yorumu yoluyla varılacak sonucun, dürüstlük kuralıyla bağdaşır olması gereklidir.⁷⁷⁴ Sözleşmelerin sadece yorumlanması ve tamamlanması değil, sözleşmedeki yan yükümlülüklerin belirlenmesinde de dürüstlük kuralı etkilidir. Yan yükümlülükler, esas edim

⁷⁷⁰ Eren, 140-143; Dural/Sarı, 248-249; Oğuzman/Barlas, 297-298. Ayrıca Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun bir kararı için bkz. “Sözleşmeler dürüstlük kurallarına ve iş ilişkilerinde yaygın teamüllere göre yorumlanıp tamamlanmalıdır. Ancak tarafların iradelerinin anlaşılması ve sözleşmenin yorumlanması mümkün olmuyorsa, bu durumda Türk Medeni Kanununun 1. maddesinin uygulanması gündeme gelecektir.” YHGK, 16.05.2019, E. 2017/11-60, K. 2019/578, KİBB.

⁷⁷¹ Eren, 423; Oğuzman/Barlas, 298-299.

⁷⁷² Eren, 423.

⁷⁷³ Dural/Sarı, 249-250; Edis, 311; Oğuzman/Barlas, 304.

⁷⁷⁴ Edis, 312.

karakteri taşımayan, asıl edim yükümlülüklerin ayrı ancak esas yükümlülükleri genişleten ve onların tam olarak ifa edilmelerini sağlayan edim yükümlülükleridir.⁷⁷⁵

Yan yükümlülükler, sözleşmeyle kararlaştırılabileceği gibi kanundan da doğabilir. Sözleşmede veya kanunda öngörülmemiş olsa bile yan yükümlülükler dürüstlük kuralı gereği ortaya çıkabilir. Zira, borçlu, dürüstlük kuralı uyarınca edimini gereği gibi yerine getirmek için her şeyi yapmalıdır.⁷⁷⁶

Dürüstlük kuralı, sözleşmelerde değişiklik yapılmasında veya sözleşmelerin sona erdirilmesinde de uygulama alanına sahiptir.⁷⁷⁷ Borçlar hukukunun temel ilkelerinden biri ahde vefa ilkesi olsa da, sözleşmenin kurulması sırasında öngörülemeyen ve fakat sonradan ortaya çıkan nedenler, tarafların sözleşme koşullarına uygun davranmasını son derece güçleştirebilir. Yeni oluşan şartlar altında sözleşmenin yerine getirilmesini beklemek adalet ve hakkaniyet duygularını zedeleyebilir. Türk Borçlar Kanununun “*Aşırı İfa Güçlüğü*” kenar başlığını taşıyan 138. maddesinde bu husus hüküm altına alınmaktadır.

Dürüstlük kuralı, sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasına veya sözleşmenin sona erdirilmesine dayanak teşkil etmektedir. Öyle ki, Kanunun 138. maddesine göre, sözleşmenin yapılmasından sonra ortaya çıkan yeni koşulların borçlu açısından katlanılamaz olduğunun tespitinde de dürüstlük kuralı ölçüt alınmaktadır.⁷⁷⁸

Türk Medeni Kanunu m. 2/1’de dürüstlük kuralı düzenlenirken, buna paralel şekilde m. 2/2’de hakkın kötüye kullanılması yasağı düzenlenmektedir. En genel ifadesiyle, bir hak,

⁷⁷⁵ Arslan Ertürk, Sadakat, 169-170.

⁷⁷⁶ Jauernig/Mansel BGB § 611 Rn. 27; Edis, 316; Eren, 37. Örneğin, işçinin sadakat borcu, iş ilişkisinin özünde yer alan genel bir gözetim yan yükümlülüğüdür. Sadaka borcu, iç içe geçmiş birden fazla davranıştan oluşan yan yükümlülüktür. Bu yönde bkz. Arslan Ertürk, Sadakat, 173-174. Ayrıca bkz. Y22HD, 19.11.2018, E. 2018/14827, K. 2018/24725, KİBB.

⁷⁷⁷ Dural/Sarı, 246-253; Edis, 209-317; Akyol, Dürüstlük, 6.

⁷⁷⁸ Dural/Sarı, 253-254; Oğuzman/Barlas, 320-321.

dürüstlük kuralına aykırı kullanırsa, kötüye kullanılmış olur. Bu anlamda, dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı bir madalyonun iki yüzüdür gibidir.⁷⁷⁹

Hakkın kötüye kullanılması yasağı, bütün haklar yönünden genel ahlaki bir sınırlama getirmiştir. Hakkın kapsamının/sınırlarının dışına çıkılması halinde bu davranış hukuk düzeni tarafından korunmayacaktır.⁷⁸⁰ Hakkın kötüye kullanılması yasağının temelinde Roma hukukunda *bona fides*'e uygunluğu denetleyen ve hakkı kötüye kullanılan yani mağdur olan tarafa tanınan hile def'i yani "*exceptio doli*" bulunmaktadır.⁷⁸¹

Kişiye hukuken tanınan bir hakkın dürüstlük kuralına aykırı kullanılması veya bu hakkın, hukuk düzeni tarafından belirlenmiş olan sosyal ve ekonomik amacından saptırılarak kullanılması, hakkın kötüye kullanılması sonucunu doğurur. Dolayısıyla, bir hakkın kötüye kullanılmış sayılması için başkasına zarar vermiş olması veya zarar tehlikesi yaratması şart değildir.⁷⁸²

Hakkın kötüye kullanılması yasağı, ileri sürülmesi açıkça bir adaletsizlik doğuracak hakka dayanmayı yasaklamaktadır. Hak şeklen olsa bile, hakkın bu şekilde kullanılmasının doğuracağı sonuçları yasa koyucu istemiş olamaz. Bu nedenle de, kötüye kullanılan bir

⁷⁷⁹ **Oğuzman/Barlas**, 265; **Akyol**, Dürüstlük, 21. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun bir kararına göre, "Bir hakkın dürüstlük kuralına aykırı olarak kullanılması suretiyle başkasına bir zarar verilmesi hakkın kötüye kullanımını oluşturur. TMK m. 2/1 hükmü herkesin haklarını, toplumda geçerli doğruluk dürüstlük ve iş ilişkilerinin gerektirdiği karşılıklı güven anlayışına uygun olarak kullanmasını emreder. Hakkın kullanımı ölçütünü Medeni Kanununa göre dürüstlük kuralları verir. Bunun yanında ayrıca hak sahibinin başkasını ızzar kastıyla hareket etmiş olup olmadığını araştırmaya gerek yoktur. Hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığı, "dürüstlük kurallarına aykırı davranılıp davranılmadığı" ile ilgili olduğuna göre dürüstlük kuralının da burada kısaca açıklanması uygun olacaktır. Dürüst davranma "bir hak sahibinin hakkını kullanırken veya bir borçlunun borcunu yerine getirirken iyi ve doğru hareket etmesi yani dürüst, namuslu, makul, filinin neticesini bilen, orta zekalı her insanın benzer hadiselerde takip edecek olduğu yolda hareket etmesi" anlamındadır. O halde, bir hak sahibi hakkını kullanırken veya bir borçlu borcunu yerine getirirken yukarıda belirtilen ilkelere uygun hareket etmek durumundadır; aksi halde, haklarını kötüye kullandıkları sonucuna varılabilecektir." YHGK, 13.07.2011, E. 2011/4-410, K. 2011/511, KİBB.

⁷⁸⁰ **Dural/Sarı**, 254.

⁷⁸¹ **Uçaryılmaz**, 354-355.

⁷⁸² **Özsunay**, 321-322; **Akyol**, Dürüstlük, 20; **Oğuzman/Barlas**, 275-276; **Arslan**, Dürüstlük, 34. Aksi yönde, **Edis**, 329; **Ateş**, Sözleşme Özgürlüğü, 82.

hakkın, hukuk düzeni tarafından korunması beklenemez. Böyle bir durum, hakimın müdahalesi ihtiyacını da doğurur.⁷⁸³

Kanunun 2. maddesinin 2. fıkrası, sadece hakların kötüye kullanılmasını değil, hukuki kurumların kötüye kullanılması halinde de uygulanmaktadır.⁷⁸⁴ Hakkın kötüye kullanılması yasağının altında kanunu düzeltme yani, eksiklikleri, adaletsizlikleri giderme düşüncesi yatmaktadır.⁷⁸⁵ Bir hakkın, hak sahibine meşru bir menfaat sağlaması için değil de, sırf başkasına zarar vermesi için kullanılması (hakkın amacı dışında kullanılması); hakkın karşı tarafı gözetici şekilde kullanılmaması; çelişkili davranışta bulunulması hakkın kötüye kullanıldığını gösteren durumlardır.⁷⁸⁶

2. İş Hukukunda İşverenin Talimat Verme Hakkının Sınırlandırılmasında Dürüstlük Kuralının/Hakkaniyete Uygun Takdir Yetkisinin Etkisi

Dürüstlük kuralının, iş ilişkisinde özel bir anlamı vardır. Zira, iş ilişkisinin temelinde güven ilişkisi yatmaktadır. İş ilişkisi boyunca da taraflar arasındaki karşılıklı güvenin bozulmaması gereklidir. Dürüstlük kuralı, işte özünde güven ilişkisi yatan iş ilişkisinde ve bu ilişkinin taraflar üzerinde doğurduğu hak ve borçlarda kendisini yoğun biçimde göstermektedir.⁷⁸⁷

İş sözleşmesinin kurulmasından sona ermesine kadar olan bütün süreçlerde işçi ve işveren dürüstlük kuralına uygun davranmakla yükümlüdür. İşçinin iş görme borcunu dürüstlük kuralına uygun şekilde ifa etmesinden kasıt, işçinin sadece yerine getirmekle

⁷⁸³ **Atamer**, 168.

⁷⁸⁴ **Atamer**, 170. Kurumların kötüye kullanılması açısından iki durum özellikle önem arz etmektedir. Bunlardan ilki, özel hukuk sözleşmelerinin amaçları dışında kötüye kullanılması ve diğeri de, rekabet, sözleşme özgürlüğü, irade özerkliği, mülkiyet, evlilik gibi kurumların kötüye kullanılmasıdır. Detaylı bilgi için bkz. **Atamer**, 171.

⁷⁸⁵ **Edis**, 329.

⁷⁸⁶ **Waas**, 609; **Oğuzman/Barlas**, 276-288; **Edis**, 332-345; **Dural/Sarı**, 256-258; **Akyol**, Dürüstlük, 22-23, **Atamer**, 169.

⁷⁸⁷ **Vigneau**, 594.

yükümlü olduğu işi yapması değil, aynı zamanda işini yaparken özenli ve ciddi davranması ve işyeri menfaatlerini göz önünde tutmasıdır.

Bu açıdan dürüstlük kuralı “*makul işçi*”nin de çerçevesini çizmektedir. İşçinin dürüstlük kuralına uygun şekilde davranması ise Roma hukukundaki ve medeni hukuktaki “*iyi aile babası*” (*bonus pater familias*) kavramıyla kıyaslanmaktadır.⁷⁸⁸

Dürüstlük kuralının işveren açısından yansımaları ise, işverenin davranışlarını ve iş sözleşmesinden doğan haklarının sınırlandırılmasıdır.⁷⁸⁹ Nitekim, dürüstlük kuralı, iş sözleşmesinin tarafları arasındaki eşitsizliği dengeleme araçlarından birisidir. Öyle ki, dürüstlük kuralı, işverenin tek yanlı olarak vereceği kararlarda ve yapacağı işlemlerde açık bir yasal düzenleme olmasa dahi uygulama alanı bulacaktır.⁷⁹⁰

Dürüstlük kuralının iş hukukundaki en belirgin uygulama alanı, işverenin işin düzenlenmesi ve işyeri düzeni hakkında tek taraflı kararlar alabildiği ve takdir yetkisine sahip olduğu durumlardır. Bu durumların başında ise işverenin talimat verme hakkı gelmektedir.

Dürüstlük kuralı, özellikle açık bir yasal düzenlemenin olmadığı hallerde, işverenin tek yanlı olarak verdiği talimatları sınırlayarak işçinin korunmasına hizmet etmektedir.⁷⁹¹ Dürüstlük kuralı, işverenin talimat verme hakkının etik sınırlarından birisini de oluşturmaktadır.⁷⁹²

Nitekim, işveren diğer hukuk kaynaklarıyla düzenlenmeyen konularda ve bu kaynaklara aykırı olmamak şartıyla işe ve işçilerin işyerindeki davranışlarına ilişkin hususlarda talimat verme hakkına sahiptir. Örneğin, işveren, işe başlama, ara dinlenme saatleri gibi çalışma süresinin ne yönde düzenleneceğine dair talimatlar verebileceği gibi işçinin işyerini de değiştirmek isteyebilir. İşveren ayrıca işçiler arasında işin dağıtımı, mesleki

⁷⁸⁸ Vigneau, 595.

⁷⁸⁹ Vigneau, 595.

⁷⁹⁰ Güzel/Ugan Çatalkaya, Dürüstlük, 42; Ayrıca bkz. Lyon-Caen, (çev. Ali Güzel), 261 vd.

⁷⁹¹ Güzel, Yetki ve Sözleşme, 183-184.

⁷⁹² Balkır, 77.

ilerleme ve yükselme, işyerindeki ortak alanların kullanılması, işyeri düzenine ilişkin konularda belirleme yapma ve talimat verme hakkına sahiptir. İşverenin talimat verme hakkı biraz önce de belirttiğimiz gibi kendisinden üstte yer alan Anayasa, kanun, toplu iş sözleşmesi, iş sözleşmesiyle (işyeri iç yönetmelikleri, işyeri uygulamaları) sınırlandırılmıştır.

İşverenin talimat verme hakkının bir diğer sınırını ise dürüstlük kuralı oluşturmaktadır. Öncelikle, Türk Medeni Kanununun 2. maddesinde hüküm altına alınan dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı uyarınca, herkes hakkını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kuralına uygun davranmakla yükümlüdür.

Genel bir ilke olan ve tüm hukuk aleminde uygulama alanına sahip olan dürüstlük kuralı, Türk Medeni Kanununun 2. maddesi dışında, işverenin talimat verme hakkının düzenlendiği TBK m. 399'da da açıkça hüküm altına alınmıştır. Anılan düzenleme uyarınca, işçiler, işverenin işin görülmesi ve işyeri düzeniyle ilgili verdiği talimatlara *dürüstlük kuralının gerektirdiği ölçüde uymak zorundadırlar*.

Benzer bir düzenleme Alman İşyeri Düzeni Hakkında Kanun (GewO) § 106'da bulunmaktadır.⁷⁹³ GewO § 106/1'e göre, “ *İşveren, iş koşulları iş sözleşmesi, işyeri anlaşması, yürürlükteki toplu iş sözleşmesi veya yasayla düzenlenmediği sürece, iş görme edimini içerik, yer ve zaman açısından hakkaniyete uygun takdir yetkisine göre belirleyebilir.*” GewO § 106/3'e göre ise “ *İşveren, takdir yetkisini kullanırken, işçinin engelliliğini de göz önünde bulundurmalıdır.*”

⁷⁹³ BGB § 315, edimin tek yanlı belirlenmesi hususunu düzenlemektedir. Düzenlemeye göre, sözleşmenin taraflarından biri, edimi tek taraflı olarak belirleyecekse, şüphe halinde, bunu hakkaniyete uygun takdir yetkisine göre yerine getirmelidir. BGB § 315, GewO § 106 yürürlüğe girene kadar, iş ilişkilerinde ve özellikle işverenin işçiler üzerinde tek yanlı olarak yaptığı belirlemelerde uygulama alanına sahipti. Ancak, GewO § 106'nın yürürlüğe girmesinden sonra, bu düzenlemenin BGB § 315'e göre iş hukuku açısından özel bir düzenleme olduğu ve dolayısıyla BGB § 315'nin artık uygulama alanı bulmayacağı belirtilmektedir. Bu konuda bkz. **ErfK/Preis** GewO § 106 Rn. 1. Benzer şekilde, *Hromadka*'ya göre de, GewO § 106 düzenlemesi *lex specialis* olarak uygulama alanına sahiptir. Zira, BGB § 315'te hakkaniyete uygun belirlemenin şüphe halinde yapılabileceğinden söz edilmektedir. Dolayısıyla, bu hüküm bir yorum kuralı getirmektedir. Oysa, GewO § 106 iş ilişkileri bakımından bağlayıcı bir kuraldır. Bu yönde bkz. **Hromadka**, NZA 2017, Rn. 602. Aksi yönde **Landmann/Rohmer** GewO/Neumann GewO § 106 Rn. 12.

Hakkaniyete uygun takdir yetkisi (*Billiges Ermessen*) kavramı, genel ve soyut bir ifade olup, iinin hukuk teorisi açısından doldurulması gereklidir.⁷⁹⁴

Hakkaniyet, Roma hukukundaki “*Aequitas*” kavramına karşılık gelmektedir. *Aequitas* içinde iki anlamı taşıtmaktadır. İlki, “*fides*”, yani, söze bağlılık; diğeri ise belirli davranış standartlarına uymadır.⁷⁹⁵

Antik Yunan’da ise, “*Epieikeia*” kavramı, hakkaniyet ve adil olma kavramlarıyla ilişkilendirmiştir.⁷⁹⁶ *Epieikeia*, uygun, makul, adil, insafli, ölçülü anlamına gelmektedir.⁷⁹⁷ Roma hukukundan günümüze dek gelen “*summum ius summa iniuria*” (En büyük hak, en büyük haksızlık olabilir) ifadesi, hukuk kurallarının somut olaya katı ve şekilci bir anlayışla uygulanmasının yaratacağı adaletsizliği (hakkaniyete aykırılığı) anlatmaktadır. Gerçekten de, “*aşırı hak*” haksızlık demektir.⁷⁹⁸

Gerçek anlamda adaletin sağlanması ise hakkaniyete ulaşılmasını gerektirmektedir.⁷⁹⁹ Hakkaniyet, en genel anlamıyla, somut olay adaleti olarak nitelendirilmektedir.⁸⁰⁰ Hakkaniyet, bazı şartların ve özümelerin önceden saptanmasının doğurduğu sakıncaları ve eksiklikleri ortadan kaldırmak için belli somut olayların özelliklerine uygun kararlar verilmesini gerektiren kurallar bütünüdür.⁸⁰¹

⁷⁹⁴ **MüKoBGB/Würdinger** BGB § 315 Rn. 32; **Wiencke**, 58.

⁷⁹⁵ **Uçaryılmaz**, 344; Roma hukukunda “*Aequitas*” hukukun özünü ve amacını ifade etmektedir. Bu yönde bkz. **Özbay**, 123.

⁷⁹⁶ Antik Yunan’da, *Aristoteles* ,“*epieikeia*” (hakkaniyet) üzerine, *Nikomakhos’a Etik*’te ayrıntılı incelemelerde bulunmuştur. *Aristoteles*’e göre, “*epieikeia*” yasaların ve hukuki normların doğasında var olan belirsizliği, tarafların durumlarını ve menfaatlerini gözeterek gidermektir. Bu fonksiyonuyla da “*epieikeia*”nın yasaların eksik yönlerini düzeltici-onarıcı bir etkisi vardır. Doğal hukuk açısından “*epieikeia*” değişmez, sonsuz ve sabittir. Bu nedenle de ona herhangi bir olayda başvurulabilir. Bkz. **Kremalis**, 632; *Aristoteles*’e göre, hakkaniyet, adalete göre daha üstündür; çünkü kanuna dayanan adaleti düzeltici bir yönü vardır. Hakkaniyet, kuralları değiştirebilir, her özel olaya göre evrensel ilke ve kurallar uygulayabilir. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. **Gürten**, 43.

⁷⁹⁷ **Gürten**, 35.

⁷⁹⁸ **Tuncay**, Hukuksal Etik, 59.

⁷⁹⁹ **Gürten**, 59; **Uçaryılmaz**, 344; **Özbay**, 122-123; **Tuncay**, Hukuksal Etik, 59.

⁸⁰⁰ **MüKoBGB/Würdinger** BGB § 315 Rn. 32.

⁸⁰¹ **Edis**, 218.

Bu bağlamda, işveren de talimat verme hakkını kullanırken takdir yetkisini hakkaniyete uygun şekilde kullanmalıdır. Bu durum ise, tarafların menfaatlerini ve birbirleriyle çelişen çıkarlarının bir bütün olarak değerlendirilmesini ve karşılaştırılmasını gerektirmektedir.⁸⁰²

Alman Federal İş Mahkemesinin bir kararına göre de, “İşçinin iş görme borcunun hakkaniyete uygun takdir yetkisine göre belirlenmesinde; tarafların karşılıklı menfaatlerinin temel haklara ve yasalardaki genel ilkelere; orantılılık, ölçülülük ve örf ve adet ile beklenilebilir olup olmaması ilkelerine göre değerlendirilir. Bu da her somut olayın şartları değerlendirilerek menfaatlerin karşılaştırılmasını gerektirir.”⁸⁰³

Doktrinde Söllner’e göre, işverenin işin düzenine ilişkin tek yanlı olarak yaptığı belirlemelerin hakkaniyete uygun takdir yetkisine göre olup olmadığının incelenmesinin altında dağıtıcı adalet düşüncesi yatmaktadır.⁸⁰⁴

Kanımızca, burada, dürüstlük kuralı-hakkın kötüye kullanılması yasağı ile aşağıda “Temel Hak ve Özgürlüklere Uygunluk” başlığı altında inceleyeceğimiz⁸⁰⁵ ölçülülük ilkesi-farklarına rağmen⁸⁰⁶- aynı sonuca hizmet etmektedir. Federal İş Mahkemesinin kararlarına göre, hakkaniyete uygun takdir yetkisinin özünde, tarafların karşılıklı menfaatlerinin tartılması-değerlendirilmesi yatmaktadır. Bu husus, ölçülülük -özellikle dar anlamda ölçülülük/orantılılık- araştırmasında da karşımıza çıkmaktadır.⁸⁰⁷

Orantılılık denetiminde başvuru araç ile ulaşmak istenen amaç birbiriyle karşılaştırılmaktadır. Burada, başvuru araç neticesinde varılan sonuç, hedeflenen amaca

⁸⁰² MüKoBGB/Würdinger BGB § 315 Rn. 32.

⁸⁰³ BAG, 13.04.2010 – 9 AZR 36/09, AP No.45 zu § 307 BGB, Preis, Weisungsrecht, 11; Ayrıca bkz. BAG, 09.04.2014 – 10 AZR 637/13, NZA 2014, 719, (www.beck-online.beck.de).

⁸⁰⁴ Söllner, 32.

⁸⁰⁵ Bkz. § 4, II, C.

⁸⁰⁶ Doktrinde isabetle belirtildiği üzere, dürüstlük kuralı ve ölçülülük ilkesi farklı ve fakat birbirini tamamlar niteliktedir. Hakkın kötüye kullanılması, bir hakkın sosyal amacından saptırılarak kullanılmasıdır. Buna karşın, ölçülülük ilkesinde, hakkın meşru bir amaç için kullanıldığı düşüncesi hakimdir. Burada, sağlanan yarar ile karşı tarafa verilen zarar arasında bir orantı kurulur, yani tarafların menfaat dengesi gözetilir. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Engin, İşletme Gerekleri, 50; Ugan Çatalkaya, 111-121.

⁸⁰⁷ Maunz/Dürig/Grzeszick GG Art. 20 Rn. 117.

göre daha fazla sakınca doğuruyorsa, orantısızlık olduğu sonucuna varılmaktadır.⁸⁰⁸ Federal Alman Anayasa Mahkemesine göre, orantılılık ilkesi, belli bir yasal önlemin yöneldiği kişiye “ölçüsüz yükümlülük” getirmemesi ve onun için “beklenmedik nitelikte olmaması” şeklinde tanımlanmaktadır.⁸⁰⁹

Hakkaniyete uygun takdir yetkisine göre belirlemede, işverenin dayandığı nedenlerle/olgularla bu olguların ağırlık ve gereklilik derecesi ile işçinin maruz kaldığı ya da kalacağı sıkıntı ve sınırlamalar arasındaki denge gözetilmelidir.⁸¹⁰ Ancak, Alman doktrininde haklı olarak ileri sürüldüğü gibi, orantılılık denetimi öznel kriterlere dayandığından sınırlı bir işleve sahip kalabilir. Yine de bu ilkenin içinin her somut olayın koşullarına göre doldurulması gereklidir.⁸¹¹

Orantılılık denetimi, matematik işlemi değildir. Dolayısıyla, önce tartılacak/karşılaştırılacak çatışan menfaatler belirlenmeli, sonrasında, korunmak istenen hukuki değerle karşı tarafa yüklenen yük arasındaki dengenin orantılı olup olmadığı araştırılmalıdır.⁸¹² Orantılılık değerlendirmesi sonucunda ise somut olayın tüm koşulları dikkate alınarak hakkaniyete uygun karar verilmesi gerekir.⁸¹³ Burada, ölçülülük ilkesi, işverenin verdiği talimatın hakkaniyete uygun olup olmadığının belirlenmesinde, dürüstlük kuralına eşlik etmektedir.

İşveren, talimatlarını hakkaniyete uygun takdir yetkisine göre verirken, işin ve işyerinin amacı, risk dağılımı, tarafların ihtiyaçları, hukuki ilişkinin uzunluğu, sözleşme dışı avantajlar ve dezavantajlar, tarafların ekonomik durumları, yaşam koşulları, evli ve/veya çocuk sahip olup olmadıkları, yaşları, sağlık durumları, yetenekleri gibi kişisel durumlarını da dikkate almalıdır. İşveren, özellikle aynı veya benzer durumdaki birden fazla işçi arasından

⁸⁰⁸ Maunz/Dürig/Grzeszick GG Art. 20 Rn. 117.

⁸⁰⁹ Sağlam, 116.

⁸¹⁰ Oğurlu, 38.

⁸¹¹ Maunz/Dürig/Grzeszick GG Art. 20 Rn. 118. Ayrıca bkz. Birben, Ölçülülük Denetimi, 19.

⁸¹² Metin, 14.

⁸¹³ Ugan Çatalkaya, 72, dn. 317.

bir seçim yaparak o işçinin çalışma koşullarına yönelik bir talimat verirken bu hususları göz önünde bulundurmalıdır.⁸¹⁴

İşveren sadece kendi çıkarlarını gözeterek hareket ediyorsa, hakkaniyete aykırı bir durum oluşma ihtimali yüksektir.⁸¹⁵ Hakkaniyet, işverenin talimat verme hakkının da sınırlarını belirlemektedir. İşveren bu sınırlar içinde hareket alanına sahiptir.

Hakkaniyete uygun takdir yetkisi bu yönüyle işverenin iş koşullarını yasal sınırlar içinde kalmak şartıyla serbestçe belirlemesinden (*Freies Belieben*) ayrılmaktadır. İşverenin işin düzenine ilişkin konularda dilediği yönde karar vermesi keyfiyet anlamına gelmemektedir. Zira, işveren her halükarda, kanuna ve ahlaka uygun talimatlar vermek zorundadır. Fakat, hakkaniyetle bağlı değildir.⁸¹⁶ Oysa, GewO § 106'ya göre, işveren işin düzenine ve işçilerin işyerindeki davranışlarına ilişkin konularda talimat verirken hakkaniyete uygun takdir yetkisine göre hareket etmek zorundadır.⁸¹⁷

Federal İş Mahkemesine göre, işverenin verdiği talimatın hakkaniyete uygun olup olmadığının değerlendirilmesinde, hakim, talimatın verildiği anı esas almalıdır. Yine Mahkemeye göre, işveren verdiği talimatın hakkaniyete uygun olduğunu ispat etmelidir.⁸¹⁸

GewO § 106/3'e göre ise, işveren, işçilere talimat verirken işçilerin her türlü engellilik durumlarını da göz önünde bulundurmalıdır.⁸¹⁹ Örneğin, Alman Federal İş Mahkemesinin bir kararına göre, bir bakım evinde hemşire olarak çalışan davacı işçinin, işverenle akdettiği iş sözleşmesine göre, işçi, gerekli görülmesi halinde gece çalışması ve vardiyalı çalışma yapabilecektir. Ancak, davacı işçi, yaşadığı sağlık sorunlarının gece çalışmasına müsaade etmediğini, sağlığının böyle bir çalışma için elverişli olmadığını belirterek işverenin gece çalışması yapması yönündeki talimatını yerine getirmekten kaçınmıştır. Yüksek Mahkeme,

⁸¹⁴ **Wiencke**, 60; **MüKoBGB/Würdinger** BGB § 315 Rn. 32.

⁸¹⁵ **ErfK/Preis** GewO § 106 Rn. 11.

⁸¹⁶ **Söllner**, 118-119; **MüKoBGB/Würdinger** BGB § 315 Rn. 34; **Wiencke**, 59.

⁸¹⁷ BAG, 22.02.2012 – 5 AZR 249/11, NZA 2013, 860, (www.beck-online.beck.de).

⁸¹⁸ BAG, 20.03.2013- 10 AZR 8/12, NZA 2013, 973, (www.beck-online.beck.de).

⁸¹⁹ **BeckOK GewO/Hoffmann/Schulte**, GewO § 106 Rn. 86.

işverenin talimat verme hakkını hakkaniyete uygun takdir yetkisine göre kullanmak zorunda olduğunu ve bu bağlamda işçinin sağlık durumunu gözetmesi gerektiğine hükmetmiştir.⁸²⁰

İşverenin talimat verme hakkı, bu hakkın amacıyla da sınırlıdır. İşverenin vereceği talimatların işin gereklerine ve meslek kurallarına uygun olması gereklidir.⁸²¹ Diğer bir anlatımla, işveren işin yerine getirebilmesi amacıyla işe ve işyeri düzenine ilişkin talimatlar verebilir. Bu hakkın, amacına aykırı şekilde kullanılması, hakkın kötüye kullanılması yasağı kapsamında değerlendirilir. Yani, işverenin işçiyi hata yapmaya yöneltten veya işçinin işini yapmasını zorlaştıran her türlü davranışı veya talimatı dürüstlük kuralına aykırıdır.⁸²²

İşverenin işçiye verdiği bir talimatın ardında işçiye duyduğu öfke, intikam gibi duygusal nedenler olmamalıdır.⁸²³ İşveren, örneğin, uzun yıllardır işyerinde çalışan bir işçisini kıdem tazminatı alacağından mahrum bırakmak amacıyla işçisine, onu küçük düşüren, bezdirip işyerinden ayrılmasına sebep olacak yönde talimatlar vermesi dürüstlük kuralına aykırılık oluşturur. İşçinin hukuka aykırı olan bu talimatlara uyma yükümlülüğü de bulunmamaktadır.

Ayrıca, işveren talimat verme hakkını kullanırken işçinin engellilik/sağlık durumunu da gözetmelidir. İşverenin, işçinin fiziksel veya sağlık koşullarının elvermediği işlerde çalışması yönünde (işçinin yapamayacağı şeyleri yerine getirmesinin istenmesi) talimatlar vermesi, hakkın kötüye kullanılması sonucunu doğurabilir. Yargıtayın önüne gelen bir uyuşmazlıkta, işveren, işçinin % 40 oranında sürekli iş göremezlik raporu olduğu, sağ elinin işlevini yitirdiği ve bedensel engelli kadrosunda işe alındığı halde, işçiyi, sağlık durumuna ve engeline uygun işlerde çalıştırmamıştır. İşveren, işçinin iş göremezlik oranını göz ardı ederek farklı işlerde çalışması yönünde talimatlar vermiştir. İşçi ise işverenin bu talimatının kendisinde, toplumdan dışlanma, itilme ve hayata küsme duygularını yarattığını belirterek,

⁸²⁰ BAG, 09.04.2014- 10 AZR 673/13, (www.beck-online.beck.de).

⁸²¹ **Balkır**, 77.

⁸²² **Vigneau**, 600.

⁸²³ **Taşkent**, Yönetim Hakkı, 119.

manevi açıdan duyduğu acı ve üzüntünün giderilmesini talep etmiştir. Yüksek Mahkeme, işçinin talebini yerinde bularak, işvereni manevi tazminat ödemeye mahkum etmiştir.⁸²⁴

İşveren tek taraflı olarak çalışma koşullarında değişiklik yapamamakla birlikte, çalışma koşulları genel hatlarıyla belirlendiyse, vereceği talimatlar aracılığıyla işçinin çalışma koşullarını somutlaştırabilir. İşveren, iş sözleşmesinde genel hatlarıyla belirlenmiş iş görme edimini somutlaştırmaya yönelik talimatlar verirken de diğer hukuk kaynaklarının yanı sıra dürüstlük kuralıyla bağlıdır.

Nitekim, dürüstlük kuralı, özellikle işverenin takdirine bağlı olan belirsiz konularda işverenin keyfi hareket etmesine mani olmaktadır.⁸²⁵ Örneğin, işverenin, büro hizmetlerinde çalışması için işe alınan ve uzun yıllar boyunca evrak işlerini yapan bir işçinin aynı birimde çalıştığı ve kendisiyle aynı işi yapan daha kıdemsiz bir işçinin asistanlığını yapması yönünde verdiği talimat, işçinin onurunu zedeleyeceği gibi dürüstlük kuralıyla da bağdaşmaz.

Benzer şekilde, işverenin, işçinin fiziksel engelini bilmesini rağmen, ondan yerine getiremeyeceği bir işi yapması için verdiği talimat da dürüstlük kuralına aykırılık oluşturmaktadır.

Dürüstlük kuralının en yoğun şekilde uygulama bulduğu alanlardan biri ise, işverenin iş sözleşmesindeki değişiklik kayıtlarına dayanarak verdiği talimatlardır. İşverenin yönetim hakkını genişleten sözleşmesel kayıtların da dürüstlük kuralına uygun kullanılması gereklidir. Örneğin, Yargıtay, iş sözleşmesinde yer alan “*işyerini nakil yetkisini saklı tutan kayıtların*” işverence dürüstlük kuralına uygun kullanılması gerektiğini belirtmektedir. Her ne kadar iş sözleşmesinde, işverene, nakil yetkisi verilmiş olsa da, işveren bunu işçinin haklı menfaatlerini de gözeterek dürüstlük kuralına uygun olarak gerçekleştirmelidir.⁸²⁶ İşçinin

⁸²⁴ Y9HD, 15.02.2016, E. 2014/30036, K. 2016/2484, KİBB.

⁸²⁵ Güzel, Yetki ve Sözleşme, 184-185.

⁸²⁶ Baycık, Nakil Yetkisi, 493-494. Ayrıca konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. § 4, E, 4,c, iv.

ailevi yükümlülükleri, sağlık durumu gibi hususlar da işverenin yapacağı menfaat değerlendirmesinde göz önünde bulundurulmalıdır.

Nitekim, Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin bir kararına göre, “*Taraflar arasında imzalanan 06.01.2012 tarihli belirsiz süreli iş sözleşmesinin ‘Görev Yeri ve Niteliği’ başlıklı 2. maddesinde ‘işveren dilediği zamanda personeli genel müdürlük veya şubeler nezdinde bir başka yerde bir başka göreve atayabilir’ hükmü düzenlenmiştir. Ancak sözleşmedeki bu nakil yetkisi, işverene görevin makul sınırlarını aşar nitelikte bir yetki tanıdığı anlamında yorumlanamaz. Bu durumda, her ne kadar iş sözleşmesinde işverene personeli nakil yetkisi tanınmışsa da bu yetkinin objektif olarak ve dürüstlük kuralına uygun biçimde kullanılması gerekir.*”⁸²⁷

Sonuç olarak, işverenin talimatı diğer hukuk kaynaklarıyla çelişmemesine rağmen, dürüstlük kuralına ve hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırıysa, işçinin bu yöndeki bir talimatı yerine getirmemesi hukuka aykırılık oluşturmaz.

B. Eşitlik İlkesine Uygunluk

1. Eşitlik İlkesinin Anlamı ve Önemi

Eşitlik, “*iki veya daha çok şeyin eşit olması durumu, denklik, müsavilik, müsavat, muadelet*” anlamına gelmektedir.⁸²⁸ Eşitlik kelimesinin sözlük anlamı, her ne kadar kısa ve yalın olsa da, eşitlik, tarih boyunca insanların üzerinde en çok tartıştığı ve ona ulaşmak için peşinden koştukları kavramlardan birisi olmuştur. Zira, eşitlik üzerinde herkesin mutabık kalabileceği somut bir kavram gibi gözüke de, aslında içeriği ve anlamı soyut ve çok

⁸²⁷ Y22HD, 28.05.2019, E. 2016/13969, K. 2019/11939, KİBB.

⁸²⁸ Tanım için bkz: <https://sozluk.gov.tr>.

yönlüdür.⁸²⁹ Öyle ki, eşitlik kavramıyla ilgili tartışmalar eski Yunan uygarlığına kadar uzanmaktadır.⁸³⁰

İki veya daha çok şeyin eşit, denk veya aynı olduğu düşüncesi gerçek anlamdaki eşitlikle aynı şey değildir. Nitekim, eşitlik ilkesi konusundaki fikirleri bugün de geçerliliğini ve etkisini koruyan *Platon*'a göre, dünyada tam olarak birbirine eşit hiçbir şey bulunmamaktadır. Aksine, birbirine çeşitli derecelerde benzer şeyler vardır. İnsanlar, bunlara bakarak mükemmel bir eşitliği düşünmektedirler. Ancak, mükemmel eşitlik yalnızca idealler dünyasında yani, mükemmel, değişmez ve iyi varlıkların olduğu yerde vardır. Buna karşın, değişen, bozulan ve kötü varlıkların bulunduğu nesneler dünyasında eşitsizlik hüküm sürmektedir.⁸³¹

Platon'a göre, gerçekte eşit olmayanlara eşit davranmak eşitsizliği ortaya çıkaracaktır. Bu anlamda, adalet de, herkese hak ettiği oranda pay veren bir sistemle yani ancak, orantılı eşitlikle sağlanabilir.⁸³²

Aristoteles de eşitlik konusunda *Platon*'a benzer şekilde bir düşünce sistemi kurmuştur.⁸³³ *Aristoteles*'e göre, eşitlik ve adalet aynı anlama gelmektedir. Öyle ki, adil olan eşit; adaletle aykırı olan ise eşitliğe aykırıdır.⁸³⁴ *Aristoteles*, adaletle ilgili düşüncelerini, *Nikomakhos*'a *Etik* kitabının V. bölümünde ele almıştır. Buna göre, “Yasalara uymamak, onu kendi çıkarlarına göre kullanmak ve bu şekilde bir eşitsizlik yaratmak adaletsizlik; yasalara uygun davranmak ve eşitliği dikkate almak ise adalettir.”⁸³⁵

⁸²⁹ **Öden**, 17. Eşitlik kavramının içinin nasıl doldurulması gerektiği konusundaki tartışmalar için ayrıca bkz. **Westen**, 537-596; **Greenawalt**, 1167-1185.

⁸³⁰ Detaylı bilgi için bkz. **Şenel**, 377-469. Eşitlik kavramının tarihsel gelişimi için ayrıca bkz. **Kaya**, 9-17.

⁸³¹ **Şenel**, 424.

⁸³² **Şenel**, 424.

⁸³³ **Westen**, 542.

⁸³⁴ **Westen**, 543.

⁸³⁵ **Aristoteles**, (çev. Furkan Akderin), 106.

O halde eşitlik, özü itibariyle adalet düşüncesiyle bir bütündür.⁸³⁶ *Aristoteles*’e göre, “*Adaletsizlik, bir tür fazlalık ya da eksiklik halidir.*”⁸³⁷ Adaletin ise dağıtıcı ve denkleştirici olmak üzere iki boyutu vardır. *Dağıtıcı adalet*, bir toplumda onur ve kazançların, siyasal hakların dağıtımını ilgilidir ve insanların eşit oranda eşit pay, eşitsizlikleri oranında da farklı pay almaları olarak tanımlanmaktadır.⁸³⁸ Burada, orantılı bir adalet söz konusudur. *Denkleştirici adalet* ise, bireyler arasındaki ilişkilerde yasalarla konulmuş olan eşitliğin bozulduğu durumlarda tazminat, denkleştirme, cezalandırma gibi yollarla eşitliğin tekrar sağlanmasıyla ilgilidir.⁸³⁹

Gerçekten de, eşitlik, bir mantık terimi olarak özdeşlik (aynıyet) demektir. Bu da bir şeyin kendisine eşit ya da aynı olmasıyla mümkündür. Bu durum, iki ayrı şey için değil, ancak tek bir şey için eşitliğin mümkün olacağı anlamına gelmektedir. Oysa, gerçek dünyada mantıksal anlamda birbirine tıpa tıp aynı, eşit ya da özdeş iki ayrı şey yoktur.⁸⁴⁰ Doğadaki hiçbir şey ya da durum aynı değildir. Bu noktada eski Yunan düşünürü *Herakleitos*’un sözlerini bir kez daha hatırlamak anlamlı olacaktır. “*Aynı ırmağa iki kez giremeyiz; çünkü ikinci girişimizdeki sular ilk girişimizdeki değildir; hatta aynı ırmağa bir kez bile giremeyiz; daha adımımızı atarken, yalnız sular değil, biz de değişmekteyiz.*”⁸⁴¹

Birbirinin aynı olan şey gerçekte tek bir şeydir, yani o şeyin kendisidir.⁸⁴² Oysa, eşitlik ve adalet her zaman bir karşılaştırmayı gerektirir. Bu anlamda eşitlikten söz etmek için birbiriyle çelişen en az iki ayrı talep ve iki farklı kişi olmalıdır.⁸⁴³ Diğer bir anlatımla, iki ayrı şeyin bulunması zorunlu olup, ikisi arasında bir karşılaştırma yapılmalıdır. Yapılan

⁸³⁶ **Chroust**, 120.

⁸³⁷ **Aristoteles**, (çev. Furkan Akderin), 116.

⁸³⁸ **Aristoteles**, (çev. Furkan Akderin), 110-112; **Chroust**, 120-121.

⁸³⁹ **Aristoteles**, (çev. Furkan Akderin), 110-112; **Şenel**, 456, 458-461; **Yıldız**, Eşit İşlem, 30; **Chroust**, 120-121.

⁸⁴⁰ **Şenel**, 242-243; **Tuncay**, Adalet Peşinde, 148.

⁸⁴¹ **Şenel**, 243; **İnceoğlu**, Eşitlik ve Ayrımcılık Yasası, 49.

⁸⁴² **Tuncay**, Adalet Peşinde, 149.

⁸⁴³ **Aristoteles**, (çev. Furkan Akderin), 110; **Chroust/Osborn**, 136.

karşılaştırma sonucu, iki şey arasında ortak özellikler saptanabilirse, o iki şey eşit sayılır.⁸⁴⁴ Fakat, karşılaştırılan iki şey bire bir aynı (özdeş) değildir; aralarında benzer olmayan yönler de her zaman bulunmaktadır. O halde, eşitlikten söz ederken, gerçekte nisbi (göreceli) eşitliği kastetmiş oluruz.⁸⁴⁵

Hukukta da nisbi (göreceli) eşitlik söz konusudur. Bu bağlamda, örneğin, “*Bütün insanlar eşittir*” önermesi, insanların, “*insan onuru*” açısından eşit oldukları anlamına gelmekte olup, insanların özellikleri ve içinde bulundukları durumlar nedeniyle farklılıklar barındıkları gerçeğini inkar etmemektedir.⁸⁴⁶

Dolayısıyla, mutlak bir eşitlik söz konusu değildir. İnsanların farklı özellikleri, ihtiyaçları ve içinde bulundukları özgün durumları vardır.⁸⁴⁷ Birbirinden farklı durumda olan kişilere eşit davranılması eşitlik ilkesine aykırılık oluşturur ve böylece eşitsizliğin doğmasına yol açar. Yani, eşitlik, farklılıkları da gözeterek, aynı, benzer ve eşit durumdakilere eşit davranılmasını; aynı, benzer ve eşit durumda olmayanlara da eşit davranılmamasını gerektirmektedir.⁸⁴⁸ O halde, insanlar arasında hak ve yükümlülükler açısından eşitlik olması demek, aynı durumda bulunan insanların aynı hak ve yükümlülüklerle sahip olması anlamına gelmektedir.⁸⁴⁹

Ancak bu ilkenin uygulanabilmesi “*kimlerin hangi açıdan benzediğinin*” ve “*hangi açıdan eşit olduğunun veya eşit olmadığının*” belirlenmesine bağlıdır.⁸⁵⁰ Anayasa Mahkemesi, İş Kanununun 4. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin, Anayasanın 10. maddesine aykırı olduğu istemiyle açılan iptal davasında, eşitlik ilkesiyle ilgili şu tespitlerde bulunmuştur: “*Anayasanın 10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesi eylemli değil, hukuksal eşitliği öngörmektedir. Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin kanunla aynı işleme*

⁸⁴⁴ Tuncay, Adalet Peşinde, 149; Chroust/Osborn, 136.

⁸⁴⁵ Tuncay, Adalet Peşinde, 149; Chroust/Osborn, 136.

⁸⁴⁶ İnceoğlu, Eşitlik ve Ayrımcılık Yasası, 49.

⁸⁴⁷ Chroust/Osborn, 137-138.

⁸⁴⁸ Öden, 190.

⁸⁴⁹ Öden, 190; Yıldız, Eşit İşlem, 31.

⁸⁵⁰ Öden, 26-27.

bağlı tutulmalarını sağlamak ve kişilere kanunlar karşısında ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak kanun karşısında eşitliğin ihlali yasaklanmıştır. Kanun önünde eşitlik ilkesi herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durum ve konumlardaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kurallara bağlı tutulursa Anayasanın öngördüğü eşitlik ilkesi ihlal edilmiş olmaz.”⁸⁵¹

Eşitlik ilkesi, her durumda, herkesin eşit olacağı anlamına gelmemekte; belirli durumlar -haklı nedenler⁸⁵²-varsa, kişiler arasında farklılıklar yaratılabileceğini de ihtiva etmektedir. Anayasa Mahkemesi bir bireysel başvuru kararında şu ifadeleri kullanmıştır: “Eşitlik kavramı, herhangi bir nesnel ve makul dayanağı olmaksızın aynı durumdaki bireylere farklı muamelede bulunulmamasına ilişkin gerekliliği ifade etmektedir.”⁸⁵³

O halde, eşitlik ilkesi, aynı veya benzer durumda olanlara aynı şekilde davranılmasını, aynı gruptakiler arasında keyfi ve hukuken haklı görülemeyecek nedenlerle farklı işlem yapılmamasını, diğer bir deyişle, keyfi ayrımcılıkların önlenmesini amaçlamaktadır.⁸⁵⁴

Eşitlik ilkesi, Anayasanın 10. maddesinde hüküm altına alınmıştır. “*Kanun önünde eşitlik*” kenar başlığını taşıyan 10. maddeye göre, “*Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetmeksizin kanun önünde eşittir./ Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz./ Çocuklar, yaşlılar, özürlüler, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile*

⁸⁵¹ AYM, 31.10.2013, E. 2013/23, K. 2013/123, RG. 15.03.2014, 28942.

⁸⁵² Anayasa Mahkemesinin eşitlik ilkesine ilişkin kararlarında geliştirdiği ve kanun önünde eşitlik ilkesine aykırılığı önleyen bir istisna ve meşruluk kriteri olan “*haklı neden*” kavramı için bkz. **Çağlar**, 51- 76.

⁸⁵³ AYM, *Aziz Turhan Kararı*, Başvuru Numarası: 2012/1269, 08.05.2014, p. 38, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2012/1269>; Ayrıca bkz. **Karan**, Bireysel Başvuru Kararlarında, 237-238.

⁸⁵⁴ **Doğan Yenisey**, Metodoloji, 979. Günümüzde eşitliğin çerçevesi alternatif dört temel değerle açıklanabilir: Bu değerler, kişi onuru ve kişilik değerlerinin korunması, bireylerin eşit ölçüdeki refahı ve eşit paylaşım, özellikle ayrımcı uygulamalar yüzünden oluşan zararların tazmin, telafi ve cezalandırılması, kişinin özerkliği ve seçim özgürlüğüdür. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. **Fredman**, 225-227. Ayrıca bkz. **Doğan Yenisey**, Olası Uyum Sorunları, 39-40.

malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz./ Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz./ Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.”

Anayasanın 10. maddesi, hem genel anlamda eşit davranma borcunu hem de dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inancı, din, mezhep ve benzeri nedenlerle yapılabilecek ayırım yapma yasaklarını düzenlemektedir.⁸⁵⁵

Ayrımcılık ise, bir kimseye sahip olduğu bireysel özellikleri nedeniyle diğer kimselerden farklı davranılması ve bu farklı davranışlar nedeniyle kişinin mağdur edilmesidir.⁸⁵⁶ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de ayrımcılık yasağının ihlal edilip edilmediğine ilişkin uyuşmazlıklarda eşitlik ilkesine değinmeden, ayrımcılığı şu şekilde tanımlanmaktadır: “Ayrımcılık, herhangi bir objektif ve makul haklılığa dayanan bir sebep olmadan aynı durumdaki kişilere farklı davranılmasıdır. Buradaki objektif ve makul haklılığa dayanan sebepten kasıt ise, meşru bir amacın takip edilmemesi veya kullanılan araçlarla ulaşmak istenen amaç arasında orantılılığın olmasıdır.”⁸⁵⁷

Nitekim, doktrinde haklı olarak ifade edildiği üzere, ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkesi genel olarak aynı ilkenin olumlu ve olumsuz görünümüleri olarak kabul edilmektedir.⁸⁵⁸ Bu anlayıştan yola çıkan doktrindeki bir başka görüş, Anayasanın 10. maddesindeki hükmü “ayrımcılık yasaklı eşitlik yükümlülüğü” olarak değerlendirmektedir.⁸⁵⁹

Anayasa Mahkemesinin bir kararına göre de, “Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı, bazen yan yana ve bazen de aynı şeyi ifade etmek üzere kullanılabilen kavramlardır. Günümüzde eşitlik ilkesi insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmelerin ayrılmaz parçasıdır. Başka bir

⁸⁵⁵ Öden, 130-131; Süzek, Eşit Davranma, 24-25; Yıldız, Eşit İşlem, 55; Ertürk/Gürsel, 426; Yuvalı, 36-37; Ugan Çatalkaya, 163; Karan, Bireysel Başvuru Kararlarında, 237; Sur, Eşitlik, 35; Ünlü, Ayrımcılık, 249.

⁸⁵⁶ Doğan Yenisey, Metodoloji, 977; Tuncay, Eşit Davranma İlkesi, 123-124; Ugan Çatalkaya, 157; Onaran Yüksel, 38; Yıldız, Eşit İşlem, 69.

⁸⁵⁷ AİHM, *Sejdic and Finci v. Bosnia Herzegovina*, Başvuru No: 27996/06, 34836/06, 22.12.2009, p. 42, (www.hudoc.echr.coe.int.).

⁸⁵⁸ Süzek, Eşit Davranma, 25; Öden, 150; Ugan Çatalkaya, 156.

⁸⁵⁹ Gülmez, Eşitlik İlkesi, 221.

*deyişle eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı, uluslararası hukukun en üstünde yer alan temel hukuk normu olarak kabul edilmektedir. Bu itibarla eşitlik ilkesi, hem başlı başına bir hak hem de diğer insan hak ve özgürlüklerinden yararlanılmasına hâkim, temel bir ilke olarak kabul edilmelidir.”*⁸⁶⁰

Adaletin ön koşulu olarak kabul edilen eşitlik ilkesi, hukukun tüm alanlarında geçerli olan bir ilkedir. Öyle ki, eşitlik ilkesinin köklerinde “*insan onuru*” fikri yatmaktadır.⁸⁶¹ Eşitliğin bu çok yönlü işlevi ve değişik alanlarda kullanılması, eşitlik kavramına ilişkin bir terim çeşitliliğini de ortaya çıkarmıştır.⁸⁶² Örneğin, eşitlik ilkesi, eşit davranma, eşit muamele, eşit işlem yapma, ayrımcılık yasağı, eşit ölçüde davranma gibi sözcükler bu bağlamda kullanılmaktadır.⁸⁶³

İşverenin talimat verme hakkının hukuka uygunluk ölçütlerinden biri olan eşitlik ilkesi başlığı kapsamında, biz, çalışmamızda, İş Kanununun 5. maddesiyle de uyumlu olması amacıyla, “*eşit davranma ilkesi*” terminolojisini kullanacağız.

2. Uluslararası Belgelerde Eşitlik İlkesi

Eşitlik, insan hakları hukukunun temel kavramlarından da birini oluşturmaktadır. Bu anlamda, eşitlik ilkesi pek çok uluslararası belgede de yer almaktadır. Bu belgelerdeki düzenlemelerin ortak amacı, eşitlik ilkesinin gerçek anlamda hayata geçirilmesi, keyfi uygulamaların önlenmesi ve ayrımcılığın sonlandırılmasıdır. Biz, uluslararası metinlere konumuzla bağlantılı olduğu ölçüde ve çalışmamıza ışık tutacak derecede yer vereceğiz.

⁸⁶⁰ AYM, *Tuğba Arslan Kararı*, Başvuru Numarası: 2012/256, 25.06.2014, p. 107, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/256>. Ayrıca bkz. “*Anayasa’nın 10. maddesi ayrımcılık yasağı biçiminde düzenlenmemiş olsa bile eşitlik ilkesinin anayasal bağlamda her durumda dayandırılacak normatif bir değer taşıması nedeniyle ayrımcılık yasağının da etkili bir şekilde hayata geçirilmesi gerekir. Başka bir deyişle eşitlik ilkesi somut bir ölçü norm olarak ayrımcılık yasağını da içerir*” AYM, *Bedrettin Morina Kararı*, Başvuru Numarası: 2017/40089, 05.03.2020, p. 35, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2017/40089>.

⁸⁶¹ **MüKoBGB/Thüsing** AGG § 1 Rn. 6.

⁸⁶² **Ugan Çatalkaya**, 142.

⁸⁶³ **Tuncay**, Eşit Davranma İlkesi, 6-7.

a. Birleşmiş Milletler Belgeleri

Birleşmiş Milletler Antlaşması, 1945 yılında imzalanarak yürürlüğe girmiştir.⁸⁶⁴ Birleşmiş Milletler Antlaşmasının m. 1/3, m. 8, m. 13/1-b, m. 55/c, m. 76/I-3,4'te eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağına ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Ancak, antlaşmada ayrımcılık nedenleri, ırk, cinsiyet, dil ve din olarak belirtilmiş ve bu nedenlere dayanarak ayırım yapılamayacağı hüküm altına alınmıştır.

Birleşmiş Milletler *İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin* 1. maddesine göre, “*Bütün insanlar özgür, onur ve haklar bakımından eşit doğarlar.*” Beyannamenin 2. maddesinde ise, herkesin, Beyannamede ilan olunan bütün hak ve özgürlüklerden ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal veya başka bir görüş, ulusal veya sosyal köken, mülkiyet, doğuş veya herhangi başka bir ayırım gözetmeksizin yararlanabileceği belirtilmektedir. Beyannamenin bu düzenlemesiyle, ayırım yaratabilecek durumların sınırlı sayıda olmadığı, başkaca nedenlerle gerçekleşebilecek ayrımcılığın da önlenmesinin amaçlandığı ortaya konmuştur.

Beyannamenin 7. maddesinde, herkesin yasalar önünde eşit olduğu ve ayırım gözetmeksizin herkesin yasaların korunmasından eşit ölçüde yararlanacağı vurgulanmaktadır. Çalışma hakkı, eşit işe eşit ücret hakkı ve sendika hakkı da, Beyannamenin kapsamındadır. Bu anlamda, 23. maddeye göre, “*Herkesin çalışma, işini serbestçe seçme, adaletli ve elverişli koşullarda çalışma ve işsizliğe karşı korunma hakkı vardır./ Herkesin, herhangi bir ayırım gözetmeksizin, eşit iş için eşit ücrete hakkı vardır./ Herkesin kendisi ve ailesi için insan onuruna yaraşır ve gerekirse her türlü sosyal koruma önlemleriyle desteklenmiş bir yaşam sağlayacak adil ve elverişli bir ücrete hakkı vardır./ Herkesin çıkarını korumak için sendika kurma veya sendikaya üye olma hakkı vardır.*”

⁸⁶⁴ 26 Haziran 1945 tarihinde imzalanan antlaşma, 24 Ekim 1945 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye, antlaşmayı 15 Ağustos 1945'te onaylamış, onay kanunu 24 Ağustos 1945 tarihinde 6902 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesinin 2. maddesine göre, “Taraf Devletler, bu Sözleşmede beyan edilen hakların ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal veya diğer bir fikir, ulusal veya toplumsal köken, mülkiyet, doğum gibi her hangi bir statüye göre ayrımcılık yapılmaksızın kullanılmasını güvence altına almayı taahhüt ederler.” Sözleşmenin 3. maddesi ise, ekonomik, sosyal ve kültürel hakların kullanılmasında kadınlar ve erkeklere eşit haklar sağlanacağını taahhüt etmektedir.

Sözleşmenin 6. maddesinde, çalışma hakkı düzenlenmektedir. Anılan hüküm uyarınca, “Taraf Devletler herkesin çalışma hakkını tanır ve bu hakkı korumak için gerekli tedbirleri alır. Çalışma hakkı, herkesin kendi seçtiği ve girdiği bir işte çalışarak geçimini sağlama imkanına ulaşma hakkını da içerir.”

Sözleşmenin 7. maddesi ise, kadınlar ve erkekler için eşit işe eşit ücret ilkesi ile herkese işinde daha yüksek mevkilere atanma sırasında kıdem ve ehliyetten başka ölçüye tabi olmaksızın, eşit imkanlar sağlanmasını düzenlemektedir.

Sözleşmenin 10. maddesiyle de, doğumdan önce ve sonra olmak üzere annelere makul bir süre özel korunmanın sağlanması gerektiğini düzenlemektedir.

Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi⁸⁶⁵, yirmi numaralı Genel Yorumlar metninde, Sözleşmenin 2. maddesinde düzenlenen ayrımcılık yasağını aydınlatmaktadır.⁸⁶⁶ Buna göre, ayrımcılık yasağı ve eşitlik, insan haklarının temel unsurlarıdır. Sözleşmenin 2. maddesi, taraf devletlere ekonomik, sosyal ve kültürel hakların kullanılmasında hiçbir şekilde ayrımcı davranışlarda bulunmama yükümlülüğünü yüklemektedir.⁸⁶⁷

⁸⁶⁵ Sosyal güvenlik hakkının ihlal edildiği ve hükümlü kişilere karşı ayrımcılık yapıldığı iddiasına konu olan bireysel başvuru kararı ise bkz. *Miguel Angel Lopez Rodriguez v. Spain*, E/C.12/57/D/1/2013, 20.04.2016, <https://juris.ohchr.org/Search/Results>.

⁸⁶⁶ UN, E/C.12/GC/20, 02.07.2009, https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2fGC%2f20&Lang=en.

⁸⁶⁷ BM İnsan Hakları Komitesi, son yıllarda, “bütüncül yaklaşım” olarak nitelenen doktrine göre, sosyal hakların korunması açısından da medeni ve siyasi haklar için geçerli olan koruma mekanizmalarının kullanılabileceğini ifade etmektedir. Bu kapsamda örneğin, ayrımcılık yasağına (Medeni ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi m. 26) ekonomik, sosyal ve kültürel hakların korunmasında da başvurulacağı belirtilmektedir. Bu husus

Bu kapsamda doğrudan/dolaylı ayrımcılık açık bir şekilde yasaklanmakta, devletin ayrımcı davranışların önlenmesi amacıyla kalıcı her türlü çözümü bulması teşvik edilmektedir. Ayrıca, her taraf devlet, ayrımcı davranışa uğrayan kişilerin, zararlarının telafi edilmesi için gerekli her türlü ulusal mekanizmayı, ülkelerinde, yasal olarak hayata geçirmelidir.

Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesinin yirmi üç numaralı Genel Yorumlar metninde ise, Sözleşmenin 7. maddesinde hüküm altına alınan daha iyi ve adil koşullarda çalışma hakkı açıklanmaktadır.⁸⁶⁸ Buna göre, özellikle çalışanlar olarak nitelendirilen kadın işçilerin, engellilerin, genç ve yaşlı işçilerin, kayıt dışı çalışanların, göçmen işçilerin, ev işlerinde çalışanların, tarım işçilerinin ayrımcı davranışlara karşı Sözleşmedeki haklardan en geniş ölçüde yararlandırılması gerektiği belirtilmektedir. Ayrıca, işçilerin cinsel ve psikolojik tacize karşı korunması noktasında da Sözleşme, taraf devletlere ödevler yüklemektedir.

Birleşmiş Milletler Her Türlü Irk Ayrımcılığının Tasfiye Edilmesine Dair Uluslararası Sözleşmenin 1. maddesinde “ırk ayrımcılığı” tanımlanmaktadır. Şöyle ki, “Irk ayrımcılığı, insan haklar ve temel özgürlükleri tanınmasını, uygulanmasını ve bu hak ve özgürlüklerden yararlanılmasını ortadan kaldırmak veya azaltmak amacıyla, ırk, renk, soy ya da ulusal veya etnik kökene dayalı her türlü ayırım, dışlama, kısıtlama ya da tercih anlamındadır.”

Sözleşmeye göre, taraf devletler bir ırkın veya belli bir renge veya etnik kökene mensup bir grubun üstünlüğü fikirlerine ya da teorilerine dayanan her türlü ayrımcılığı ortadan kaldırmaya yönelik önlemler almalıdır (m. 4). Yine, Sözleşme uyarınca, taraf devletler herkesin mahkemeler ve diğer yargı organları önünde eşit muamele hakkından, barışçı toplanma ve dernek kurma hakkından, ekonomik, sosyal ve kültürel haklardan (özellikle,

özellikle, Komitenin verdiği *Zwaan-de Vries v. the Netherlands* Kararında (UN Doc, CCPR/29/D/182/1984, p. 12.2) vurgulanmaktadır. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. **Scheinin/Langford**, 104.

⁸⁶⁸ UN, E/C.12/GC/23, 27.04.2016, https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2fGC%2f23&Lang=en.

çalışma, işini özgürce seçme, adil ve elverişli çalışma koşulları, eşit işe eşit ücret, adil ve elverişli ücret hakları), sendika kurma ve sendikalara katılmak hakkından yararlanmasını sağlamakla yükümlüdür (m. 5).

Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağının düzenlendiği bir diğer sözleşme ise, *Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesidir (CEDAW)*. Ayrıca, *Birleşmiş Milletler Genel Kurulu Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesine İlişkin İhtiyari Protokolü* 1999 tarihinde kabul etmiş ve ihtiyari protokol, 22 Aralık 2000 tarihinde yürürlüğe girmiştir.⁸⁶⁹

Sözleşmenin 1. maddesinde “*Kadınlara Karşı Ayrımcılık*” tanımlanmaktadır. Buna göre, “*Kadınlara karşı ayrımcılık terimi siyasal, ekonomik, sosyal, kültürel, kişisel veya diğer alanlardaki kadın ve erkek eşitliğine dayanan insan haklarının ve temel özgürlüklerin, medeni durumları ne olursa olsun kadınlara tanınmasını, kadınların bu haklardan yararlanmalarını veya kullanmalarını engelleme veya hükümsüz kılma amacını taşıyan veya bu sonucu doğuran cinsiyete dayalı her hangi bir ayırım, dışlama veya kısıtlama anlamına gelir.*”

CEDAW, sadece kamusal alanda gerçekleşebilecek ayrımcılığı değil, özel alanda ortaya çıkan ayrımcılıkları da yasaklamıştır. Devlet, özel kişiler tarafından kadınlara karşı yapılan her türlü ayrımcılığı da önlemekle yükümlüdür.⁸⁷⁰ Ayrıca, Sözleşmeye göre, taraf devletler, kadınlara karşı ayrımcılık oluşturan yasaları, gelenek ve uygulamaları, basmakalıp rolleri de değiştirmek ve/veya ortadan kaldırmakla yükümlüdür. Bu anlamda, devletler “*kültürel görecelik*”⁸⁷¹ argümanını kullanarak, Sözleşmenin kendilerine yükledikleri görevleri yerine getirmekten kaçınamazlar.⁸⁷²

⁸⁶⁹ Türkiye, İhtiyari Protokolü 8 Eylül 2000 tarihinde imzalamıştır. Onay kanunu ise (resmi Türkçe çevirisiyle) 18 Eylül 2002 tarih ve 24880 sayılı Resmi Gazetede yayınlanmıştır. İhtiyari Protokol, Türkiye bakımından 29 Ocak 2003 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

⁸⁷⁰ Arslan, Haklar ve Usuller, 11.

⁸⁷¹ “*Kültürel görecelik*”, insan hakları düşüncesinin her ülkenin ya da bölgenin sosyo-ekonomik, siyasal ve kültürel koşullarına göre belirlenmesi olarak tanımlanabilir. Diğer bir anlatımla, kültürel farklılıkların özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi yargılamasında dikkate alınması fikrini beraberinde getirmektedir. Kültürel görecelik, insan haklarının evrenselliği ilkesi karşısında bir tartışmayı ortaya çıkarmıştır. Kültürel görecelik ve

CEDAW, hem doğrudan ayrımcılığı hem de dolaylı ayrımcılığı yasaklamaktadır. Bunun yanı sıra, kadınlara yönelik fırsat ve muamele eşitliğinin sağlanmasını amaçlamaktadır.⁸⁷³

Sözleşmenin 11. maddesi çalışma hakkını düzenlemektedir. Anılan hüküm uyarınca, taraf devletler istihdam alanında erkekler ile kadınların eşitliğini sağlayacak şekilde kadınlara karşı ayrımcılığı tasfiye etmek amacıyla kadınlara aynı hakları tanır. Bu anlamda, çalışma hakkı, aynı istihdam koşullarından yararlanma hakkı, mesleğini ve işini serbestçe seçme hakkı, eşit işe eşit ücret alma, sosyal güvenlik hakkı gibi haklar güvence altına alınmıştır.

İlaveten, taraf devletler, evlilik veya annelik sebepleriyle kadına karşı ayrımcılık yapılmasını engellemek ve çalışma hakkını etkili biçimde korumak için; hamilelik veya annelik nedeniyle işten çıkarmaların yasaklanmasına, annelik izni verilmesine, hamilelik sırasında çalışan kadınların özel olarak korunmasına yönelik önlemler alırlar.

Sözleşmenin 17. maddesine göre, Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına Dair Komite kurulmuştur. Komitenin yerine getirdiği dört önemli görevi vardır. Bunlardan ikisi, Sözleşmenin 18. maddesi uyarınca, taraf devletlerce sunulan raporları incelemek ve genel tavsiyelerde bulunmaktadır. Komitenin diğer iki görevi ise, CEDAW'ın İhtiyari Protokolü'nde kabul edilen bireysel şikayet başvurusu çerçevesinde yapılan başvuruları incelemek ve 8. maddeye göre soruşturma usulünü gerçekleştirmektedir.⁸⁷⁴

Bu noktada Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına Dair Komitenin Türkiye aleyhine verdiği bir kararın üzerinde kısaca durmak istiyoruz.⁸⁷⁵

Başvurucu R.K.B, Kocaeli'de üniseks bir kuaför dükkanında kasiyer, ön muhasebeci ve makyöz olarak çalışmaktadır. Başvurucunun iş akdi 2006 yılında bir müşterinin şikayeti

insan haklarının evrenselliği çatışması ve bu bağlamda takdir marjı doktrini hakkında detaylı bilgi için bkz. **Doğru**, 39- 43.

⁸⁷² **Arslan**, Haklar ve Usuller, 15.

⁸⁷³ **Arslan**, Haklar ve Usuller, 15-17.

⁸⁷⁴ Detaylı bilgi için bkz. **Arslan**, Haklar ve Usuller, 26-43.

⁸⁷⁵ *R.K.B. v. Turkey*, CEDAW/C/51/D/28/2010, 13.04.2012, <https://juris.ohchr.org/Search/Results>.

üzerine sonlandırılmıştır. İşveren tarafından başvurucuya bütün haklarını aldığına dair belge imzalatılmaya çalışılmış, başvurucu bu belgeyi imzalamayı reddedince, işveren, kendisini, “evli olduğu halde diğer erkeklerle yasak ilişki yaşadığı dedikodularını yayacağı” şeklinde tehdit etmiştir.

Başvurucu, bu ithamlara rağmen, belgeyi imzalamayı reddetmiş ve Kocaeli İş Mahkemesinde iş sözleşmesinin haklı bir neden olmaksızın feshedildiğinden hareketle, kıdem tazminatını ve diğer haklarını talep etmiştir. Başvurucunun işvereni Bay M.Y cevap dilekçesinde, başvurucunun kuaför dükkanın yöneticilerinden olan Bay D.U ile uygun olmayan bir ilişki içinde olduğunu, işe birlikte gelip gittiklerini, dışarıda baş başa yemek yediklerini ve bu ilişkinin işyerindeki davranışlarını etkilediğini, kadın müşterileri kışkırdığını ve onlarla sorun yaşadığını ileri sürmüştür.

Başvurucunun kocası, mahkemede, karısının ahlaki bütünlüğü konusunda eşi lehine ifade vermiş ve dinlenen diğer tanıklar da başvurucunun Bay D.U ile ilişkisi olmadığını beyan etmişlerdir. Dinlenen tanıklar ayrıca, başvurucu ile kuaför yöneticilerinden olan Bay M.Y arasındaki sorunların başlama nedeninin; evli olan M.Y’nin, evlilik dışı ilişki yaşadığı bir kız arkadaşını başvurucunun evine götürmek istemesi ve başvurucunun bu talebi reddetmesi olduğunu ileri sürmüşlerdir.

Bay M.Y bu itham üzerine, konunun özel hayatını ilgilendirdiğini ve başvurucunun bu konuda yorum yapma hakkı olmadığını belirtmiştir. Başvurucu, bir müşterinin şikayeti üzerine iş sözleşmesinin feshedildiğini sandığını; diğer iddialarla ilk kez mahkeme sürecinde karşılaştığını belirtmiştir.

Bunun üzerine, 2007 yılında, İş Kanununun 5. maddesindeki eşitlik ilkesine aykırı davranıldığını, toplumsal cinsiyete dayalı ayrımcılığa uğradığını ileri sürerek bir dava daha açmıştır. Bu iki dava birleştirilmiştir. Kocaeli İş Mahkemesi yapılan yargılama sonunda, iş

sözleşmesinin haklı bir neden olmadan feshedildiği ve işverenin, başvurusunun “*karşı cinsten kişilerle cinsel amaçlı ilişkiye*” girdiği iddiasını ispatlayamadığı sonucuna varmıştır.

Başvurucu, kıdem ve ihbar tazminatına hak kazanmasına karşın, mahkeme, başvurusunun, ayrımcılığa uğradığı ve kadın olduğu için işten çıkarıldığı iddiasının ileri sürülmesinin mümkün olmadığına karar vermiştir. Yargıtay da temyiz incelemesi sırasında, başvurusunun toplumsal cinsiyete dayalı ayrımcılığa ilişkin iddialarına değinmeden, temyiz başvurusunu reddetmiştir.

Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına Dair Komite, başvurusunun talebini incelemiş ve şu sonuçlara varmıştır: Öncelikle, Komite, mahkemelerin cinsiyete dayalı ayrımcılık iddiasına ve bu iddiayı destekleyen delillere gerekli ilgiyi göstermediği görüşündedir.

Ayrıca, Komite, mahkemelerin, İş Kanunu m. 5’te düzenlenen eşit davranma ilkesini çok dar yorumladığını belirtmektedir. Öyle ki, başvuru, “*karşı cinsten biriyle cinsel amaçlı ilişki yaşadığı*” iddiasıyla işten çıkarılmış ama başvurusunun ilişki yaşadığı iddia edilen Bay D.U işyerinde hala çalışmaya devam etmektedir. Mahkemeler, Bay M.U’nun başvurusunu, davasından vazgeçmezse, hakkında Bay D.U ile “*yasak ilişki*” yaşadığı söylentisini yayacağı tehdidini görmezden gelmişlerdir (p. 8.5).

Komiteye göre, gerek Kocaeli İş Mahkemesi gerek Yargıtay cinsiyet duyarlılığından yoksun olduklarını göstermişlerdir. Kocaeli İş Mahkemesi, işverenin, başvurusunun karşı cinsten kişilerle cinsel amaçlı ilişkiye girdiğine dair somut delil sunmadığını ve bundan dolayı feshin haksız olduğuna karar vermiştir. Mahkeme açıkça cinsiyet temelli ayrımcılık oluşturan savunmayı reddetmemiş, tersine işveren tarafından sunulan delilleri incelemiş, konuyla ilgili tanıkları dinlemiş ve kadın çalışanın ahlaki bütünlüğünü incelemiştir.

Buna karşın erkek çalışanların (Bay D.U’nun karşı cinsle ilişki yaşayıp yaşamadığı ve evli olan Bay M.U’nun kız arkadaşını evine götürmek için başvurusunun ev anahtarlarını

istemesi olayı) ahlaki bütünlüklerini “*özel hayata saygı*” kapsamında niteleyip araştırmamıştır. Komite, bu olaydaki yargılama işlemiyle, sadece kadınların evlilik dışı ilişkilerinin sorgulanacağını, buna karşın, erkeklerin evlilik dışı ilişkilerinin sorgulanamayacağını, bu davranışlarının kabul edilebilir sayıldığını ve ahlaka aykırı davranışlardan uzak durması gerekenin, sadece kadınlar olduğunun ortaya konduğu görüşündedir (p. 8.7).

Komiteye göre, Sözleşmeye taraf devletler sadece doğrudan ve dolaylı ayrımcılığı önlemekle yükümlü olmayıp aynı zamanda toplumsal cinsiyet kodlarının düzeltilmesi ve basmakalıp düşüncelerin değiştirilmesi/ortadan kaldırılmasıyla da yükümlüdür. Komite, hem Kocaeli İş Mahkemesinin hem de Yüksek Mahkemenin ayrımcılık iddiasını göz ardı ederek, toplumdaki kadın-erkek rollerinin devam ettirilmesine göz yumduğu görüşündedir.

Birleşmiş Milletlerin eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı konusunda bir diğer önemli uluslararası sözleşmesi, *Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme*dir. Sözleşmenin 5. maddesi “*Ayrımcılık Yapılmaması ve Eşitlik*” başlığını taşımaktadır.

Buna göre, taraf devletler, engelliliğe dayalı her türlü ayrımcılığı yasaklar ve engellilerin, herhangi bir nedene dayalı olarak yapılan ayrımcılığa karşı eşit ve etkin şekilde korunmalarını sağlar. Taraf devletler, bu kapsamda, eşitliği sağlamak ve ayrımcılığı ortadan kaldırmak amacıyla engellilere yönelik makul adımları atmalıdır.

Sözleşmenin 6. maddesi de, engelli kadınlara yönelik ayrımcılık yapılmaması hususunu özel olarak düzenlemektedir.

Sözleşmenin 27. maddesi ise “*Çalışma ve İstihdam*” hususunu düzenlemektedir. Bu madde uyarınca, taraf devletler, engellilerin diğer bireylerle eşit koşullar altında çalışma hakkını sahip olduğunu, işe alım ve çalışma koşulları ve işin sona erme aşamalarında ayrımcılığı ortadan kaldırmayı, eşit işe eşit ücret ödeneceğini, olumlu eylem programları

hazırlamayı ve engellilerin özel ve kamu sektöründe istihdam edileceğini güvence altına almaktadır.

Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşmenin denetim organı ise Engelli Hakları Komitesidir (m. 34).⁸⁷⁶

b. Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) Sözleşmeleri

Eşit işe eşit ücret ilkesi, *Uluslararası Çalışma Örgütünün 100 sayılı Eşit Ücret Sözleşmesinde* güvence altına alınmıştır.⁸⁷⁷ Sözleşmeye göre, eşit değerde iş için erkek ve kadın işçiler arasında eşit ücret ilkesi uygulanmalıdır.

Eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağının düzenlendiği bir diğer ILO Sözleşmesi ise *111 sayılı İş ve Meslek Bakımından Ayrımcılığın Yasaklanması Sözleşmesidir*.⁸⁷⁸ Sözleşme, ırk, renk, cinsiyet, din, siyasi inanç, ulusal veya sosyal menşei bakımından yapılan, iş veya meslek edinmede veya edinilen iş veya meslekte tabi olunacak muamelede, eşitliği yok edici veya bozucu etkisi olan her türlü ayrımcı davranışı yasaklamaktadır. Yine Sözleşme uyarınca, işin özelliği gereği yapılacak farklı işlemler, ayrımcılık kapsamında sayılmayacaktır.

*158 sayılı Hizmet İlişkisine İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında Sözleşmenin*⁸⁷⁹ 5. maddesine göre, sendika üyeliği veya çalışma saatleri dışında veya işverenin rızasıyla çalışma saatlerinde sendikal faaliyetlere katılmak; işçi temsilciliği yapmış olmak, yapmak veya işçi temsilciliğine aday olmak; ırk, renk, cinsiyet, medeni hal, aile sorumlulukları, hamilelik, din, siyasi görüş, etnik veya sosyal köken ve doğum izni esnasında işe gelmemek, iş akdinin işverence feshi açısından geçerli bir neden oluşturmaz.

⁸⁷⁶ Komitenin, belli oranda görme engelli bir kadın başvurusunun m. 27 kapsamında işe başlamasında ayrımcılığa uğradığı iddiasıyla yaptığı başvuru hakkında verdiği karar için bkz. *Marie-Louise Jungelin v. Sweden*, CRPD/C/12/D/5/2011, 14.11.2014, <https://juris.ohchr.org/Search/Results>.

⁸⁷⁷ Sözleşme, ILO tarafından 6 Haziran 1951 tarihinde kabul edilmiştir. Türkiye, Sözleşmeyi 13 Aralık 1966'da kabul etmiştir ve Sözleşme 22 Aralık 1966 tarih ve 12484 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

⁸⁷⁸ Sözleşme, ILO tarafından 4 Haziran 1958 tarihinde kabul edilmiştir. Türkiye, Sözleşmeyi 13 Aralık 1966 tarihinde kabul etmiş ve Sözleşme 22 Aralık 1966 tarih ve 12484 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

⁸⁷⁹ Sözleşme, ILO tarafından 2 Haziran 1982 tarihinde kabul edilmiştir. Türkiye, Sözleşmeyi 9 Haziran 1994 tarihinde kabul etmiştir ve Sözleşme 18 Haziran 1994 tarih ve 21964 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

1998 yılında Uluslararası Çalışma Örgütü tarafından yayımlanan *Çalışma Yaşamında Temel İlkeler ve Haklar Bildirgesinin* başlangıç bölümünde, istihdamda ve meslekte ayrımcılığın ortadan kaldırılması temel bir ilke olarak ortaya konulmuştur.

Uluslararası Çalışma Örgütünün 2019 yılında kabul ettiği *190 sayılı Çalışma Yaşamında Şiddet ve Tacizin Ortadan Kaldırılmasına Dair Sözleşme*⁸⁸⁰ ve bu Sözleşmeye ilişkin *206 sayılı Tavsiye Kararı*⁸⁸¹ toplumsal cinsiyete dayalı şiddet ve tacizi, Sözleşme kapsamında ele almıştır.

Sözleşmenin 5. maddesine göre, çalışma yaşamında şiddet ve tacizin önlenmesi için her üye devlet istihdam ve meslek konusunda ayrımcılığın ortadan kaldırılması amacıyla mevzuatlarında düzenleme yapmalı; toplumsal cinsiyete dayanan şiddet de dahil olmak üzere her türlü şiddet ve tacizi yasaklamalıdır.

Sözleşmenin 6. maddesine göre, her üye devlet çalışma yaşamında kırılgan gruplar ve kadın işçiler için istihdam ve meslek konusunda eşitlik ve ayırım gözetmeme ilkesine uygun düzenlemeleri yapmalı; politikaları belirlemelidir.⁸⁸²

Uluslararası Çalışma Örgütü Uzmanlar Komitesinin Uluslararası Çalışma Standartlarının Uygulanması Hakkındaki 2020 Yılı Raporunun Türkiye bölümünde, ILO'nun 100 ve 111 sayılı Sözleşmelerinin uygulanmasıyla ilgili çeşitli tespit ve görüşleri yer almaktadır.

Bu bağlamda Komite, özellikle çalışma yaşamında kadın erkek eşitliğinin sağlanması gerektiğini vurgulamaktadır. Komite, kadın çalışanların iş yaşamına girme oranlarının düşük olduğunu, toplumsal cinsiyet rollerinin ve basmakalıp patriarkal düşüncelerin hala toplumda

⁸⁸⁰ Uluslararası Çalışma Örgütünün 190 sayılı Sözleşmesinin tam metni için bkz. https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C190;190 Sayılı Sözleşme 25 Haziran 2021 tarihinde yürürlüğe girecektir. İşbu Sözleşme halihazırda Türkiye tarafından onaylanmamıştır.

⁸⁸¹ Uluslararası Çalışma Örgütünün 206 sayılı Tavsiye Kararı için bkz. https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R206.

⁸⁸² 190 sayılı Sözleşmeyle ilgili detaylı açıklamalar için bkz. **Bakırcı**, Şiddet ve Taciz, 29-60; **Kökkılınç**, 1411-1448.

egemen olduğunu not etmektedir. Öte yandan, Komite kadınların çalışma yaşamına entegre olmaları için hazırlanan İŞKUR ve diğer proje ve eylem planlarının daha da desteklenmesi ve arttırılması gerektiğini vurgulamaktadır.⁸⁸³

Ayrıca, *Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 156 sayılı Ailevi Sorumlulukları Haiz Çalışanlar Sözleşmesi, 183 sayılı Analığın Korunması Sözleşmesi, 171 sayılı Gece Çalışması Sözleşmesi, 45 sayılı Yer altı İşlerinde Kadınların Çalıştırılması Sözleşmesi*⁸⁸⁴ de çalışma yaşamında ayrımcı davranışı ve kötü muameleyi yasaklamaktadır.

c. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa Sosyal Şartı-Gözden

Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı (Avrupa Sosyal Haklar Sözleşmesi)

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 14. maddesinde “Ayrımcılık Yasağı” düzenlenmektedir. Buna göre, “Bu sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa aidiyet, servet, doğum başta olmak üzere herhangi başka bir duruma dayalı hiçbir ayrımcılık gözetilmeksizin sağlanmalıdır.”

Maddede sayılan ayrımcılık nedenleri sınırlı sayıda değildir. Diğer bir anlatımla, belirtilen durumlar dışında kalan haller de ayrımcılığa yol açabilecektir.⁸⁸⁵ Mahkemenin kararları incelendiğinde, Sözleşmenin 14. maddesinde açıkça sayılmasa da örneğin, yaş, engellilik, babalık, medeni hal, sendika üyeliği, cinsel yönelim gibi ayrımcılık temellerinin de madde kapsamında değerlendirildiği görülmektedir.⁸⁸⁶

⁸⁸³ ILO, Committee of Experts 2020, 44-445, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_736204.pdf.

⁸⁸⁴ Sözleşme, ILO tarafından 21 Haziran 1935 tarihinde kabul edilmiştir. Türkiye, Sözleşmeyi 9 Haziran 1937 tarihinde kabul etmiştir ve Sözleşme 23 Haziran 191937 tarih ve 3638 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

⁸⁸⁵ O'Connell, 212; Gerards, Discrimination, 104. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin m.14'de sayılan ayrımcılık nedenlerinin sınırlı sayıda olmadığı yönünde verdiği karar için bkz. AİHM, Rasmussen v. Denmark, Başvuru No: 8777/79, 28.11.1984, p. 34, (www.hudoc.echr.coe.int).

⁸⁸⁶ Karan, Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı, 464.

Bununla birlikte, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 14. maddesinde açık bir ayrımcılık tanımı yer almamaktadır. Mahkemenin yıllar içinde verdiği farklı kararları vasıtasıyla genel bir ayrımcılık tanımına ulaşmak mümkündür. Buna göre, gerçekleştirilen farklı davranış, objektif ve makul bir haklılığa dayanmıyorsa, yani, araç ile ulaşılacak istenen amaç arasında makul bir ölçü yoksa, ayrımcılık söz konusu olur.⁸⁸⁷

Mahkeme ayrıca, belli bir grup üzerinde ölçüsüz biçimde olumsuz etkileri olan genel politika veya tedbirlerin, özel olarak o grubu hedef alıp almadığına bakılmaksızın ayrımcı nitelikte olduğunu belirtmiştir.⁸⁸⁸ İlâveten, Mahkeme, doğrudan ve dolaylı ayrımcılık kavramlarına kararlarında değinmektedir.⁸⁸⁹

Sözleşmenin 14. maddesi ise, bağımsız bir uygulama alanına sahip değildir. Sözleşmede düzenlenen diğer hak ve özgürlüklerin ihlal edildiğine ilişkin bir iddia söz konusuyla, 14. madde diğer maddelerle bağlantılı bir şekilde ele alınmaktadır.⁸⁹⁰ Bu durum ise, çalışma ilişkileri bakımından Sözleşmenin 8-11. maddeleri kapsamında değerlendirilen her türlü durumun ayrımcılık yasağı bakımından 14. madde çerçevesinde irdelenmesini olanaklı kılmaktadır.⁸⁹¹

Sözleşmeye *Ek 12 No'lu Protokol* 2005 yılında yürürlüğe girmiştir.⁸⁹² Protokolün giriş bölümünde; Avrupa Konseyine üye devletler, herkesin kanun önünde eşit oldukları ve hukukun korumasından eşit ölçüde yararlanma hakkına sahip olduklarını belirtmiştir. Protokolde, her türlü ayrımcılığın genel olarak yasaklanmasının kollektif uygulanması yoluyla, herkesin eşit olduğunun vurgulanması için önlemler aldıklarını kararlaştırmışlardır.

⁸⁸⁷ AİHM, *Marckx v. Belgium*, Başvuru No: 6833/74, 13.06.1979, p. 33, (www.hudoc.echr.coe.int.). Ayrıca bkz. **Gerards**, Discrimination, 103.

⁸⁸⁸ **Karan**, Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı, 462.

⁸⁸⁹ **O'Connell**, 217-222; **Karan**, Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı, 472-475; **Çetin**, Çalışanların Hakları, 158-166.

⁸⁹⁰ **O'Connell**, 212; **Gerards**, Discrimination, 100. Yazar, Sözleşmenin 14. maddesini “*parazit madde*”, “*yardımcı-tali-tamamlayıcı madde*” olarak da tanımlamaktadır.

⁸⁹¹ **Çetin**, Çalışanların Hakları, 155; **Karan**, Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı, 486.

⁸⁹² Türkiye, 4 Kasım 2000 tarihinde imzaya açılan Ek 12 Nolu Protokolü, 18 Nisan 2001 tarihinde imzalamış ve fakat hala onaylamamıştır.

Protokolün 1. maddesine göre, hukuk tarafından güvence altına alınan haklardan yararlanırken cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya diğer düşünceler, menşei, malvarlığı, doğum veya herhangi bir diğer statü nedeniyle ayrımcılık yapılamaz. Ek 12 No’lu Protokol sayesinde, ayrımcılık yasağının sadece Sözleşmede düzenlenen hak ve özgürlükler için değil, aynı zamanda, ulusal hukuklarda kabul edilen hak ve özgürlükler bakımından da kabul edilerek kapsamı genişletilmiş ve genel bir ayrımcılık yasağı kabul edilmiştir.⁸⁹³

Avrupa Sosyal Şartının 4. maddesinin 3. fıkrası ise, çalışan kadın ve erkekler için eşit işe eşit ücret ilkesini düzenlemektedir. Şartın 8. maddesi, çalışan kadınların analık durumunda korunmasını öngörmektedir. Kadın çalışanların hamilelik veya doğum izninde olmalarından dolayı yapılan fesihler yasa dışı kabul edilmektedir.

Sosyal Şart ayrıca, engellilerin toplumsal yaşamda bağımsız olma ve sosyal bütünleşme hakkını etkili olarak kullanabilmelerini, öğrenimlerinin ve mesleki eğitimlerinin sağlanması için gerekli her türlü önlemin alınmasını (m.15); ülkede yasal olarak bulunan göçmen çalışanlarla ilgili olarak, ücret, istihdam koşulları, sendika üyeliği, toplu pazarlık gibi hakların sağlanması gerektiğini (m. 19) hüküm altına almaktadır.

Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartının V. Bölümünün E maddesinde “*Ayrımcılık Yasağı*” düzenlenmektedir. Buna göre, “*Bu Şartla yer alan haklardan yararlanma ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasi ya da başka görüşler, ulusal ya da sosyal köken, sağlık, ulusal bir azınlığa mensubiyet, doğum ya da başka statüler gibi nedenlere dayanan hiç bir ayrımcılığa tâbi olmaksızın sağlanacaktır. Nesnel ve makul bir gerekçeye dayanan farklı uygulamalar ayrımcılık sayılmayacaktır.*”

Sözleşmeci devletlerin Avrupa Sosyal Şartında öngörülen yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğinin değerlendirilmesi, Avrupa Sosyal Haklar Komitesi tarafından gerçekleştirilmektedir.

⁸⁹³ Çetin, Çalışanların Hakları, 156.

Avrupa Sosyal Şartına 1995 tarihli Ek Protokol ile toplu şikayet sisteme eklenmiştir. Şartın ihlal edildiğini iddia edenler, toplu şikayet yoluyla denetim mekanizmasını işletebileceklerdir. Kollektif şikayet usulünde; sadece temsili kuruluşlar şikayet hakkını kullanabilmektedir. Komite ilk olarak, şikayetin kabul edilebilir olup olmadığına karar vermekte; eğer şikayeti kabul edilebilir bulursa, ihlal edildiği düşünülen maddeler üzerinde bir rapor hazırlamaktadır. Komite, hazırladığı raporu Bakanlar Komitesine sunmaktadır. Bakanlar Komitesi de gerekli görürse akit devlete tavsiye kararı vermektedir.⁸⁹⁴

d. Avrupa Birliği Mevzuatında Ayrımcılık Yasağı ve Eşit İşlem İlkesi

Avrupa Topluluğunu kuran 1957 tarihli *Roma* Antlaşmasının 119. maddesine göre, kadın ve erkek işçilere eşit iş için eşit ücret verilmelidir. Bu anlaşma 1997 yılında *Amsterdam Anlaşması*yla yeniden düzenlenmiş ve genişletilmiştir. Anlaşmanın 141. maddesiyle sözleşmeye eşit değerde iş kavramı eklenmiştir. Bu madde uyarınca üye devletler, kadın ve erkek çalışanlara eşit veya eşit değerde iş için eşit ücret ödeme ilkesinin uygulanmasını sağlayacaklardır.⁸⁹⁵

*Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesi*⁸⁹⁶ 2000 yılında kabul edilmiştir. Bildirgenin 21. maddesi “*Ayrımcılık Yasağı*” başlığını taşımaktadır. Buna göre, cinsiyet, ırk, renk, etnik veya sosyal köken, genetik özellikler, dil, din veya inanç, siyasi ve diğer düşünce, azınlığa mensup olma, servet, doğum, maluliyet, yaş veya cinsel yönelim, milliyet gibi nedenlerle ayrımcılık yapılması yasaktır. Bildirgenin 23. maddesi ise iş ve çalışma yaşamında kadın erkek eşitliğinin sağlanmasını hüküm altına almaktadır.

⁸⁹⁴ Kadın ve erkek çalışanlar arasında eşit işe eşit ücret ilkesinin ihlal edildiği yönündeki şikayet hakkında verilen karar içi bkz. Avrupa Sosyal Haklar Komitesi, *University Women of Europe (UWE) v. Belgium*, Şikayet No: 124/2016, 29.06.2020, (<https://hudoc.esc.coe.>).

⁸⁹⁵ **Yıldız**, Eşit İşlem, 44-45; **Tuncay**, Irk ve Etkin Kökene Dayalı Ayrımcılık, 744-745; **Senyen Kaplan**, Eşitlik İlkesi, 233-235.

⁸⁹⁶ Detaylı bilgi için bkz. **Alp**, Sosyal Haklar, 1-18; **Güzel**, Topluluk Şartı, 8-22.

Avrupa Birliği Hukukunda ayrımcılık yasağı ve eşitlik ilkesinin düzenlendiği diğer önemli kaynaklar ise, Konsey ve Komisyonlarca çıkarılan yönergelerdir. Bu anlamda 2006/54 sayılı *Kadın ve Erkekler İçin İstihdam Alanında Eşit Fırsatlar ve Eşit Muamele İlkesinin Uygulanmasına Dair Yönerge*, kadın erkek eşitliği ve eşit işe eşit ücret ilkesiyle ilgilidir.

Bir diğer yönerge ise, 2000/43 sayılı *Yönerge* olup ırk ve etnik kökene bakılmaksızın herkese eşit işlem yapılmasını düzenlemektedir.⁸⁹⁷ Yönergede ayrıca doğrudan ve dolaylı ayrımcılık ile taciz kavramlarının tanımlarına da yer verilmiştir (m. 2/b, 2/4). Yönergenin amacı, ırk ve etnik kökene dayalı ayrımcılıkla mücadele etmek için bir çerçeve oluşturmaktır.

Konuya ilişkin bir diğer yönerge ise, 2000/78 sayılı *Çerçeve Yönerge*dir. Bu Yönergenin amacı, işe girişte ve iş süresince din, inanç, yaş, malullük veya cinsel yönelimlere dayalı her türlü ayrımcılıkla mücadele etmek için genel bir çerçeve çizmektir (m. 1). Yönergede ayrıca doğrudan ve dolaylı ayrımcılık tanımlarına da yer verilmiş ve din, inanç, yaş ve cinsel yönelimlere göre ayırım yapılmasına yönelik verilen ayrımcılık talimatları da yasaklanmıştır (m. 2/3).⁸⁹⁸

3. İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi

a. İşverenin Eşit Davranma Borcunun Hukuki Dayanağı

İşverenin eşit davranma borcunun temelinde dürüstlük ilkesi ve hakkaniyet esası yatmaktadır.⁸⁹⁹ Gerçekten de, hakkaniyet, adaletin özel bir uzantısıdır. Hakkaniyete uygun davranan işverenin tüm işlemlerinde eşitlik ilkesine de uygun davranması gerekir.⁹⁰⁰ İşverenin

⁸⁹⁷ ırk ve etnik kökene dayalı ayrımcılık konusunda detaylı bilgi için bkz. **Tuncay**, ırk ve Etkin Kökene Dayalı Ayrımcılık, 725-769.

⁸⁹⁸ Detaylı bilgi için bkz. **Sözer**, Düzenlemeler, 184-189; **Doğan Yenisey**, Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, 69-74; **Alpagut**, Oransallık İlkesi, 26-27.

⁸⁹⁹ Eşit davranma ilkesini açıklayan görüşler hakkında detaylı bilgi için bkz. **Tuncay**, Eşit Davranma İlkesi, 32-106; **Ertürk**, Temel Haklar, 96-99.

⁹⁰⁰ **Süzek**, Eşit Davranma, 26; **Akı**, 136-137.

eşit davranma borcunun yasal dayanağını ise İş Kanununun 5. maddesinde düzenlenen “Eşit Davranma İlkesi” oluşturmaktadır.⁹⁰¹

Maddenin kenar başlığı her ne kadar eşit davranma ilkesi olsa da hükmün içeriğinde daha ziyade, iş ilişkisinde ayırım yapma yasağı düzenlenmektedir. Öyle ki, 5. maddenin 1. fıkrasında dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasal düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle (mutlak ayırım yasakları) ayırım yapılamayacağı ifade edilmiştir.

Maddenin 2. fıkrasında sadece, işverenin esaslı sebepler olmadıkça iş sözleşmesinin türleri (tam ve kısmi süreli; belirsiz ve belirli süreli iş sözleşmesi) arasında farklı işlem yapamayacağı belirtilmektedir. Bunun dışında, maddenin içeriğinde işverenin genel anlamda eşit davranma borcuna değinilmemiştir.

Bu durum ise, işverenin iş ilişkisinde genel anlamda eşit davranma borcunun olup olmadığı sorusunu gündeme getirmiştir.

Anayasanın 10. maddesi yukarıda da belirttiğimiz üzere, hem ayırım yasaklarını hem de genel anlamda eşit davranma borcunu düzenlenmektedir. Anayasa ilke ve kuralları sadece devlet-kişî arasındaki dikey ilişkilerde değil; aynı zamanda kişiler arasındaki yatay ilişkilerde de uygulama alanına sahiptir. Nitekim, Anayasanın 11. maddesine göre, “Anayasa hükümleri,

⁹⁰¹ İş Kanunu m. 5: “İş ilişkisinde dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasal düşünce, felsefî inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz.

İşveren, esaslı sebepler olmadıkça tam süreli çalışan işçi karşısında kısmî süreli çalışan işçiye, belirsiz süreli çalışan işçi karşısında belirli süreli çalışan işçiye farklı işlem yapamaz.

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 kararlaştırılmaz.

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.

20 nci madde hükümleri saklı kalmak üzere işverenin yukarıdaki fıkra hükümlerine aykırı davrandığını işçi ispat etmekle yükümlüdür. Ancak, işçi bir ihlalin varlığı ihtimalini güçlü bir biçimde gösteren bir durumu ortaya koyduğunda, işveren böyle bir ihlalin mevcut olmadığını ispat etmekle yükümlü olur.”

yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır.”

Anayasanın 11. maddesinin açık hükmü karşısında, işverenin eşit davranma borcunun hukuki dayanaklarının, Anayasa m. 10 ve İş Kanunu m. 5 olduğu kabul edilmektedir. O halde, eşit davranma ilkesinin, hem ayırım yasaklarını hem de işverenin dar anlamda eşit davranma borcunu içerdiği söylenebilecektir.

Diğer bir deyişle, iş hukukundaki eşitlik ilkesi hem işverenin belirli nedenlerle ayırım yapma yasağını hem de işverenin işçiler arasında keyfi nedenlerle ayırım yapmama ve eşit /benzer durumdaki işçilere eşit davranma borcunu ifade etmektedir.⁹⁰²

Benzer şekilde, doktrinde, işverenin eşit davranma borcunun birbirleriyle ilişkili iki bileşenli bir yapıya sahip olduğu haklı olarak ileri sürülmektedir. Bunlar; özünde temel hak ve özgürlüklere ilişkin olan ayırım yasakları ve daha ziyade işverenin yönetim hakkıyla ilişkili olan işverenin dar anlamda eşit davranma borcudur.⁹⁰³

Yargıtay da, işverenin ayırım yapma yasağı dışında, dar anlamda eşit davranma borcu altında olduğunu kabul etmektedir. Şöyle ki, “*Eşit davranma ilkesi tüm hukuk alanında geçerli olup, iş hukuku bakımından işverene işyerinde çalışan işçiler arasında haklı ve objektif bir neden olmadıkça farklı davranmama borcu yüklemektedir. Bu bakımdan işverenin yönetim hakkı sınırlandırılmış durumdadır. Başka bir ifadeyle işverenin ayırım yapma yasağı işyerinde çalışan işçiler arasında keyfi biçimde ayırım yapılmasını yasaklamaktadır.*”⁹⁰⁴

Öte yandan, eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağı konusunda 2016 yılında 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu da yürürlüğe girmiştir.⁹⁰⁵ Kanunun amacı,

⁹⁰² **Tuncay**, Eşit Davranma İlkesi, 22-27; **Süzek**, Eşit Davranma, 25-26; **Yıldız**, Eşit İşlem, 63-65; **Ertürk/Gürsel**, 430-431; **Doğan Yenisey**, Metodoloji, 978; **Ugan Çatalkaya**, 177; **Sözer**, Düzenlemeler, 189; **Yuvalı**, 45-47; **Keser**, Eşit İşlem, 59; **Ulucan**, Eşitlik İlkesi, 191-193; **Ertürk**, Temel Haklar, 99-100.

⁹⁰³ **Doğan Yenisey**, Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, 66.

⁹⁰⁴ Y9HD, 05.02.2020, E. 2017/15337, K. 2020/1522, KİBB.

⁹⁰⁵ RG. 20.04.2016, 29690.

insan haklarının korunması ve eşitlik ilkesinin etkin şekilde uygulanması ile ayrımcılığın önlenmesi amacıyla gerekli düzenlemeleri yapmaktır.

Kanunun “*Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı*” kenar başlıklı 3. maddesine göre, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, inanç, mezhep, felsefi ve siyasi görüş, etnik köken, servet, doğum, medeni hal, sağlık durumu, engellilik ve yaş temeline dayalı ayrımcılık yapılması yasaktır. Kanun, doğrudan-dolaylı ayrımcılığı, ayrı tutmayı, işyerinde yıldırma, makul düzenleme yapmama, taciz, ayrımcılık talimatı verme ve uygulamayı, ayrımcılık türleri arasında açıkça saymıştır⁹⁰⁶ (m. 4).

Kanunun 6. maddesinde, istihdamda ayrımcılık hüküm altına alınmıştır. Buna göre, işveren veya işveren tarafından yetkilendirilen kişiler, işe alım şartları ile çalışma ve çalışmanın sona ermesi dahil olmak üzere, işle ilgili süreçlerin hiçbirinde ayrımcılık yapamaz.

Anılan düzenleme sadece işçiyi değil, aynı zamanda işverenin çalışanı olmak amacıyla işe başvuran kişiyi (adayı) ve iş deneyimi edinmek amacıyla o işyerinde bulunan stajyeri de kapsamına almaktadır. Kanun, iş ilanlarında da ayrımcılık yapılamayacağını açıkça ifade etmektedir.

Ayrıca, Kanunun korunmasından yararlanmak için İş Kanununa tabi olma koşulu da aranmamıştır. Diğer bir deyişle, 6701 sayılı Kanun tüm iş akdiyle çalışanları kapsamına almaktadır (m. 6/5). İlaveten, işverenin işe alımda gebelik, annelik ve çocuk bakımı gerekçeleriyle ayrımcılık yapması yasaklanmıştır (m. 6/3).

b. İşverenin Eşit Davranma Borcunun Niteliği, Uygulanma Koşulları ve Kapsamı

İş hukukunda eşitlik ilkesi, işverenin hem belirli nedenlere dayanarak ayrımcılık yapmasını hem de işçileri arasında keyfi/haklı nedene dayanmadan ayırım yapmasını

⁹⁰⁶ Detaylı bilgi için bkz. **Odyakmaz/Keskin/Deniz**, 736-742; **Savaş Kutsal**, Eşitlik Kurumu, 259-262.

yasaklamaktadır. Diğer bir anlatımla, işveren iş ilişkisi boyunca eşitlik ilkesinin gölgesi altında hareket etmekle yükümlüdür.

Ancak, iş hukukunda mutlak eşitlik anlayışı kabul edilmemektedir. Diğer bir anlatımla, işverenin eşit davranma borcu, işverenin her durumda işçilerine eşit davranması gerektiği şeklinde yorumlanmamalıdır. İşverenin eşit davranma borcu mutlak ayırım yasakları dışında nispi niteliğe sahip bir borçtur. Yani, işveren, aynı veya benzer durumdaki işçiler arasında farklı işlem yapmamalıdır. Ancak, işveren, haklı nedenlerin varlığı halinde işçiler arasında farklı davranabilir.⁹⁰⁷

Eşitlik ilkesi, haklı ve objektif nedenler olduğu oranda işçiler arasında farklı davranılmasını gerektirmektedir. Gerçekten de, eşitlik, eşit kişiye ve olguya eşit; eşit olmayan kişiye ve olguya eşit olmayan işlemin yapılması anlamına gelmektedir. İşveren, ölçülülük ilkesi uyarınca, işçileri arasında farklı davranmasını gerektiren haklı ve objektif nedeni ortaya koyuyorsa, yani, işlemi haklılaştırabiliyorsa, eşit davranma borcuna aykırı davranmış sayılmaz.⁹⁰⁸

Bundan hareketle, işçinin yaptığı iş, kıdemi, öğrenimi, o işteki uzmanlığı, yeteneği, çalışkanlığı gibi objektif ve sübjektif nedenler, işverence işçiler arasında farklı işlem yapılmasını mümkün kılar.⁹⁰⁹ Burada önemli olan husus, işverenin keyfi davranışlarla işçiler arasında haksız bir ayırma bulundmasının önlenmesidir. O halde, işverenin genel anlamda eşit davranma borcu, işçilere her durumda eşit menfaat sağlamak değil, keyfi ve sübjektif nedenlerle ayrımcılık yapmamaktır.⁹¹⁰

Yargıtayın bir kararına göre de, “Eşit davranma ilkesi tüm hukuk alanında geçerli olup, iş hukuku bakımından işverene işyerinde çalışan işçiler arasında haklı ve objektif bir

⁹⁰⁷ Yıldız, Eşit İşlem, 65-66; Ertürk/Gürsel, 429; Yuvalı, 59-60.

⁹⁰⁸ Ugan Çatalkaya, 170; Tuncay, Eşit Davranma İlkesi, 121.

⁹⁰⁹ Öden, 190-191; Tuncay, Eşit Davranma İlkesi, 121; Süzek, Eşit Davranma, 27; Yıldız, Eşit İşlem, 65-66; Ertürk/Gürsel, 429; Yuvalı, 59-60; Ugan Çatalkaya, 170; Şahlanan, Eşit Davranma İlkesi, 343; Uşan, Fesihte Eşit Davranma Borcu, 1626; Çelik, Eşit Davranma Borcu, 26; Sur, Eşitlik, 39; Nazlı, Eşit Davranma, 573-574; Baysal, Eşit Davranma, 62-63.

⁹¹⁰ Doğan Yenisey, Metodoloji, 979; Akı, 136-137.

neden olmadıkça farklı davranmama borcu yüklemektedir. Bu bakımdan işverenin yönetim hakkı sınırlandırılmış durumdadır. Başka bir ifadeyle işverenin ayırım yapma yasağı işyerinde çalışan işçiler arasında keyfi biçimde ayırım yapılmasını yasaklamaktadır. Bununla birlikte, eşit davranma borcu tüm işçilerin hiçbir farklılık gözetilmeksizin aynı duruma getirilmesini gerektirmeyip, eşit durumdaki işçilerin farklı işleme tabi tutulmasını önlemeyi amaç edinmiştir.”⁹¹¹

İşverenin (dar anlamda) eşit davranma borcunun doğumu için bazı şartların bulunması gerektiği ileri sürülmüştür.⁹¹² Bu koşullardan ilki, işçi ile işveren arasında bir iş ilişkisinin varlığıdır. Diğer bir anlatımla, işveren, aralarında iş akdi bulunmayan ya da iş sözleşmesi sona eren işçilere karşı eşit davranmakla yükümlü değildir. Ancak, bu durum dar anlamda eşit davranma borcuyla sınırlıdır. Dolayısıyla, işveren, hem işe alımda hem de iş akdinin sona ermesinde ayırım yasaklarına uygun davranmak zorundadır.

Diğer bir koşul da, işçilerin aynı işyerinde ve aynı zaman dilimi içinde çalışmalarının (işyerinde birlik ve zamanda birlik). İşverenin birden fazla işyeri varsa, farklı işyerlerinde çalışan ve farklı çalışma koşullarına sahip olan işçiler karşısında, işverenin, eşit davranma borcu bulunmamaktadır. Bununla birlikte, aynı işverene bağlı birden fazla işyeri arasında çalışma koşulları açısından aynılık veya benzerlik olması durumunda işverenin eşit davranma borcuna uygun davranması gerekecektir.⁹¹³

Benzer şekilde, işçiler arasında karşılaştırma yapılırken geçmişte yapılan bir uygulama bugün yapılan bir uygulama için ölçüt olarak kabul edilmemelidir.⁹¹⁴

⁹¹¹ Y9HD, 15.01.2015, E. 2013/7613, K. 2015/741. Ayrıca bkz. “Eşitler arasında eşitlik Anayasada kabul edilmiştir. Nesnel nedenler varsa eşit işlem borcu uygulanmaz. İşçinin objektif, sübjektif, nitelikleri, çalıştığı pozisyon, yapılan görev, meslekte kıdem gibi nesnel nedenler var ise eşit işlem borcundan söz edilemez.” Y9HD, 02.12.2009, E. 2009/33837, K. 2009/32939, KİBB.

⁹¹² **Tuncay**, Eşit Davranma İlkesi, 148-149.

⁹¹³ **Yıldız**, Eşit İşlem, 188; **Ertürk/Gürsel**, 432.

⁹¹⁴ **Tuncay**, Eşit Davranma İlkesi, 149-150; **Yıldız**, Eşit İşlem, 181, 189; **Kaya**, 146-147. Ayrıca Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin bir kararı için bkz. “Somut olayda, kısmi süreli iş sözleşmesi ile çalışan davacının özellikle kendisi gibi kapsam dışı olarak çalışan diğer tam süreli işçiler ile arasında ayırım yapılmasını haklı kılacak bir sebep olup olmadığı da belirlenerek, eşit davranma borcuna aykırılık bulunup bulunmadığının tespiti yönünden

İşverenin eşit davranma borcunun doğumu için gerekli olan üçüncü şart ise, aralarında karşılaştırma yapılabilecek işçi topluluğunun bulunmasıdır. Bu koşulun gerçekleşebilmesi için de en az iki işçiye gerek vardır. Bu durum ise eşit davranma borcunun kollektif bir ilke olmasının sonucudur.⁹¹⁵

Ancak, söz konusu olan ayırım yasaklarıysa, işveren o işyerinde çalışan tek bir kişiye dahi ayrımcılık yapamaz. Yani, ayırım yasakları konusunda işçiler arasında bir karşılaştırma yapılmasına gerek yoktur.⁹¹⁶ İşveren, örneğin, tek bir işçinin iş sözleşmesini etnik kimliğinden dolayı sonlandırıyor, bu durum başlı başına ayrımcılık oluşturmaktadır. Eşit davranma borcunun kollektif bir uygulamayı gerektirmesinden kasıt ise, işverenin işyerindeki tüm işçileri ilgilendiren bir davranışta bulunmasıdır. Eğer işveren, işçileri arasında farklı/münferit uygulamalar yapıyorsa, bu davranışını işçinin kıdemi, nitelikleri, eğitimi, başarısı, yetenek ve becerileri gibi nedenlere dayandırarak objektif olarak haklılaştırılmalıdır.⁹¹⁷

Öte yandan, İş Kanununun 5. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasal düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplere dayalı olarak ayrımcılık yapılması yasaktır. Bu nedenler, mutlak ayrımcılık yasakları arasında sayılmaktadır.

İş Kanununun 5. maddesi “benzeri sebepler” ifadesini kullanarak, ayrımcılık yasaklarının hükümde sayılan nedenlerden ibaret olmadığını göstermektedir. Bu anlamda, örneğin, sendikal nedenler, engellilik veya sağlık durumu, ailevi nedenler, medeni durum, cinsel yönelim, yaş bu madde kapsamında değerlendirilmelidir.⁹¹⁸

emsal işçiler titizlikle belirlenerek, zamanda birlik kuralı gereği uyumsuzluk konusu dönemin tamamına yönelik karşılaştırma ve araştırma yapıldıktan sonra işin esası hakkında bir sonuca varılması gerektiği gözetilmelidir.” Y22HD, 02.07.2019, E. 2017/18906, K. 2019/14813, KİBB.

⁹¹⁵ Tuncay, Eşit Davranma İlkesi, 149.

⁹¹⁶ Benzer yönde bkz. Yıldız, Eşit İşlem, 186.

⁹¹⁷ Yıldız, Eşit İşlem, 188; Ertürk/Gürsel, 432.

⁹¹⁸ Tuncay, Eşit Davranma İlkesi, 123-128; Ertürk/Gürsel, 435; Yıldız, Özürlülük ve Sağlık, 81; Ünal, 345-347; Sarıbay Öztürk, Ayrımcılık, 129-131. Doktrinde ayrıca, ayrımcılık yasakları, mutlak ve görelî (mutlak olmayan) ayrımcılık yasakları olarak ikiye ayrılarak incelenmiştir. Görelî (mutlak olmayan) ayırım yasakları, haklı bir neden oluşturup oluşturmadıkları her somut olayın özellikleri içinde değerlendirilen ayırım nedenleridir.

Ayrımcılık, bir kimseye sahip olduğu bireysel özellikler nedeniyle farklı davranılması ve bu nedenle de kişinin mağdur edilmesi anlamına gelmektedir.⁹¹⁹ Ayrımcılık genel olarak doğrudan ayrımcılık ve dolaylı ayrımcılık olarak ikiye ayrılmaktadır. Doğrudan ayrımcılık, bir kişinin ayırım yasakları arasında sayılan nedenlerden dolayı açıkça ve haksız olarak farklı muameleye maruz kalmasıdır.⁹²⁰ Örneğin, bir kişinin açıkladığı cinsel yönelimi nedeniyle işyerinde daha üst bir mevkie terfi edememesi, bir doğrudan ayrımcılık görünümüdür.

Buna karşılık, dolaylı ayrımcılık ise, görünüşte tarafsız bir ölçüte dayalı bir hükmün ya da uygulamanın sonuçlarının, belli bir gruba mensup kişileri diğerleriyle kıyasladığında olumsuz etkilemesi ve bu olumsuz etkinin haklı bir gerekçesinin olmaması anlamına gelmektedir.⁹²¹ Dolaylı ayrımcılık, esasen kişilere eşit muamele yapılmasıyla ortaya çıkmaktadır.⁹²² İşverenin doğrudan ayrımcılık içeren kararının gerisinde, kanun tarafından yasaklanan bir neden bulunmaktadır. Oysa, dolaylı ayrımcılık halinde, ortada açıkça yasaklanan bir ayrımcılık nedeni bulunmamasına karşın, uygulama, bir kişiyi ya da grubu diğerine oranla dezavantajlı duruma sokmaktadır.

Örneğin, işe girişte işverenin sadece belirli bir boy üzerindeki kişileri işe alacağını ilan etmesinde; bu boy şartını erkeklerin sağlama oranının, kadınlara göre daha yüksek olacağından, ortada açıkça bir cinsiyet ayrımcılığı olmasa da, dolaylı ayrımcılık söz konusu olacaktır.⁹²³

Örneğin, işyerine, işletmeye ilişkin belirli nedenler veya işçilerin kişiliğinde ortaya çıkan neden ayırım yapılmasını haklı kılabilir. Bu yönde detaylı bilgi için bkz. **Tuncay**, Eşit Davranma İlkesi, 128.

⁹¹⁹ **Yüksel**, 38.

⁹²⁰ **Yıldız**, Eşit İşlem, 75.

⁹²¹ **Yıldız**, Eşit İşlem, 75.

⁹²² **Karan**, Bireysel Başvuru Kararlarında, 242-243.

⁹²³ **Doğan Yenisey**, Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, 71. Yüksek Mahkemenin bir kararına göre, feshe dayanak yapılan olaya dahil olan işçilerden bir kısmının iş sözleşmesinin feshedilip, diğerlerinin iş sözleşmesinin feshedilmemesi, dolaylı ayrımcılıktır. Bu konuda bkz. “*İşveren açısından fesih nedeni olarak kabul edilecek davranışta bulunan ve aynı konuda olan işçilerden bir kısmının iş sözleşmesi bu sebeple feshedilmezken, bu davranışın bazı işçiler için fesih sebebi olarak kullanılması, dolaylı ayrımcılık ve dolayısı ile eşit işlem borcuna aykırılık teşkil eder.*” Y22HD, 15.03.2018, E. 2015/28627, K. 2018/ 6793, KİBB.

İş Kanununun 5. maddesinin 2. fıkrasında ise, sözleşme türlerine dayalı olarak ayırım yapılamayacağı hüküm altına alınmaktadır. Buna göre, belirli ve kısmi süreli çalışan işçilere sadece esaslı nedenlerin varlığı halinde farklı işlem yapılabilir.⁹²⁴

İş Kanununun 5. maddesinin 3. fıkrasında ise, iş almada cinsiyet ve gebelik nedeniyle ayrımcılık yapılması yasaklanmıştır. Esasen, iş almada kural olarak işverenin geniş bir takdir yetkisi vardır. Zira, işveren, kimin işletmesi için en verimli olduğunu belirlemeye yetkilidir. Dolayısıyla, iş almada işverenin dar anlamda bir eşit davranma borcu söz konusu değildir.⁹²⁵ Bu durum, Anayasayla güvence altına alınan sözleşme özgürlüğü ve onun parçası olan sözleşmenin karşı tarafını belirleme serbestisinin de bir gereğidir (m. 48).

Ayrıca, eşit davranma borcunun ortaya çıkabilmesi için kural olarak işçi ve işveren arasında bir hukuki ilişkinin de bulunması gereklidir. Henüz kurulmamış bir ilişki için eşit davranma borcundan söz edilemez. Aynı sonuca, İş Kanununun 5. maddesinin incelenmesiyle de varılmaktadır. Şöyle ki, maddenin 1. fıkrasında “*iş ilişkisinde*”; 6. fıkrasında “*iş ilişkisinde veya sona ermesinde*” ifadeleri kullanılmaktadır. İş Kanunu m. 5/1 ve m. 5/6 hükümleri de işverenin iş almada eşit davranma borcu olmadığını desteklemektedir.⁹²⁶

Buna karşın, işveren hem iş almada hem de iş ilişkisinin devamı ve sona ermesinde ayrımcılık yapmama ilkesine uymalıdır. Zira, ayırım yasağı iş ilişkisinin her yönünü kapsamaktadır. Ayrımcılık yasağının özünde, kişinin değiştiremeyeceği ve değiştirmesi kendisinden beklenemeyecek özellikleri nedeniyle farklı muameleye uğramaması yatmaktadır.⁹²⁷ Bu anlamda, ayrımcılık yasağı, insan onurunun da korunması demektedir. Dolayısıyla, iş ilişkisinin her aşamasında ayrımcılık yasaklarına uyulmalıdır. İş Kanunu m.

⁹²⁴ Detaylı bilgi için bkz. **Alpagut**, Oransallık İlkesi, 31, vd.

⁹²⁵ **Yıldız**, Eşit İşlem, 198-199; **Doğan Yenisey**, Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, 68; **Yuvalı**, 55-56.

⁹²⁶ Benzer yönde **Süzek**, Eşit Davranma, 27-28; **Tuncay**, Eşit Davranma İlkesi, 154 vd. **Ertürk/Gürsel**, 438; **Yıldız**, Eşit İşlem, 198-199; **Doğan Yenisey**, Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, 68; **Yuvalı**, 55-56; **Bakırcı**, Eşitlik, 26. Buna karşın, doktrinde bazı yazarlar, iş alma aşamasında dahi işverenin eşit davranma borcu ve ayırım yapma yasağının bir arada bulunduğunu savunmaktadır. Bu görüş için bkz. **Gülmez**, Eşitlik İlkesi, 244-245; **Ulucan**, Eşitlik İlkesi, 194; **Ugan Çatalkaya**, 194-196.

⁹²⁷ **Ugan Çatalkaya**, 190.

5/3 işe almada sadece cinsiyet ve gebelik nedeniyle ayırım yapılmasını açıkça yasaklamıştır. İş Kanunu m. 5/3 dışında diğer bazı mevzuat hükümlerinde de işe alım esnasında ayrımcılık yasakları sayılmıştır.⁹²⁸

Ancak, doktrinde de haklı olarak ifade edildiği üzere, işe almada ayırım yasakları sadece cinsiyet, gebelik, sendikal neden ve engellilikle sınırlı değildir. İşe alma aşamasında da işveren, insan onurunun bir gereği olarak diğer ayrımcılık nedenlerine dayanarak ayırım yapmamalıdır. Örneğin, işçinin dini, rengi, dili, etnik kökeni, inançları gibi nedenlerle de ayırım yapılması yasaktır.⁹²⁹ Gerçekten de, ayırım yasaklarını belli nedenlerle sınırlandırmak, ayrımcılık yasağının amacı ile bağdaşmayacaktır.

İş akdinin feshinde işverenin eşit davranma borcunun olup olmadığı sorusunu ise ikili bir ayırım yaparak inceleyeceğiz. Öncelikle, İş Kanununun 5. maddesi, 18. maddesinin 3. fıkrasının a, b ve d bentleri ile 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun 25. maddesi gereği, mutlak ayırım yasakları konusunda, işveren, iş sözleşmesinin feshinde eşit davranma borcuna uygun davranmakla yükümlüdür. Diğer bir anlatımla, işveren, iş akdinin feshinde mutlak ayrımcılık yasaklarıyla bağlıdır.⁹³⁰ Nitekim, İş Kanunu m. 5/6 gereğince de, iş ilişkisinin sona ermesinde işveren, dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, din ve mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım yapamaz. Bu nedenlere dayalı olarak yapılan fesih işleminde ise, işveren, ayrımcılık tazminatı ödeme yaptırımıyla karşı karşıya gelmektedir.⁹³¹

⁹²⁸ Ayrıca, işçilerin işe alınmaları, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun 25. maddesinin 1. fıkrasına göre, sendikaya üye olma veya olmamaları koşuluna bağlı tutulamaz. 5378 sayılı Engelliler Hakkında Kanunun 14. maddesinin 2. ve 3. fıkralarına göre ise, engellilerin işe alınma, çalışma şartları ve kariyer gelişimleri açısından işverenler eşit davranma ve ayrımcılık yapmama yükümlülüğü altındadır.

⁹²⁹ Ugan Çatalkaya, 187.

⁹³⁰ Süzek, Eşit Davranma, 30; Yıldız, Eşit İşlem, 241; Yıldız, Fesihte Eşit İşlem, 844-845; Ertürk/Gürsel, 443-444; Astarlı, Değerlendirme 2015, 268; Uşan, Fesihte Eşit Davranma Borcu, 1627; Engin, İşletme Gereklileri, 112; Doğan Yenisey, Metodoloji, 997; Doğan Yenisey, Sözleşmenin Feshinde Eşit Davranma, 61; Ugan Çatalkaya, 199.

⁹³¹ Yargıtayın bir kararına göre, “Dosya içeriği ve mail yazışmalarına göre, davacı işçinin işyerinde olumsuzluklara neden olan bir çalışmasının bulunmadığı, aksine yaptığı çalışmaların yöneticisi tarafından takdir edildiği, davacının, 04.07.2014 tarihli hastane yazısı ile hamileliğini davalı işverenliğe bildirdiği, ardından davacının yöneticisi tarafından işyeri insan kaynakları müdürlüğüne yazılan 05.07.2014 tarihli yazıda, davacıdan verim alınmadığı gerekçesiyle kendisiyle çalışmak istenmediğinin bildirildiği, bunun üzerine

Buna karşılık, iş sözleşmesinin feshinde işverenin dar anlamda eşit davranma borcunun olup olmadığı konusu doktrinde tartışmalıdır. Bazı yazarlara göre, işverenin iş akdinin feshinde kural olarak eşit davranma borcu bulunmamaktadır. Bununla birlikte, işverenin fesih konusundaki bu serbestisini ancak hakkın kötüye kullanılması ve keyfilik yasağı çerçevesi içinde kullanabileceği ifade edilmektedir.⁹³²

Öte yandan, doktrindeki diğer yazarlar ise, işverenin iş sözleşmesinin feshinde eşit davranma borcunun var olduğunu ileri sürmektedirler. Ancak, bu görüşü savunan yazarlar da, işverenin, fesihle işçiler arasında farklı davranmayı gerektirecek haklı nedenlerin varlığını kanıtlamaları durumunda, işçilere farklı muamele edilebileceğini kabul etmektedir.⁹³³ Bu durum ise, eşit davranma borcuna aykırılık oluşturmaz.

Yargıtay da önüne gelen uyuşmazlıklarda, işverenin fesihle eşit davranma borcuna uygun davranıp davranmadığını araştırmaktadır. Örneğin, Yüksek Mahkemenin bir kararına göre, “Somut olayda, davacı işçi, iş sözleşmesinin haklı bir neden olmaksızın feshedildiğini ileri sürmüş, davalı işveren ise davacının şefine hakaret etmesi sonucu iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedildiğini savunmuştur. Ancak tanık beyanıyla sabit olduğu üzere davacıya karşı küfürlü konuşan ve sözlü tartışmayı başlatan kişi şeftir. Bu bağlamda, tüm beyanlar bir arada değerlendirildiğinde; her ne kadar şefine küfürlü konuşan davacı işçinin bu eylemi işverene iş akdini haklı olarak feshetme hak ve yetkisi verse de işveren bu hakkını eşit davranma borcuna aykırı şekilde kullanamayacaktır. Bir başka anlatımla, işveren tarafından sadece davacı

işverence iş sözleşmesinin 07.07.2014 tarihinde feshedildiği anlaşılmaktadır. Dosyadaki mevcut delil durumuna göre davacının hamileliği nedeniyle ayrımcılık yapılarak iş sözleşmesinin feshedildiği anlaşılmakta olup, ayrımcılık tazminatının koşulları oluşmuştur. Davalı işveren ise 4857 Sayılı Kanununun 5. maddesinin son fıkrasına göre bir ihlalin mevcut olmadığını kanıtlayamamıştır. Mahkemece davacının çalışma süresi de dikkate alınarak, anılan yasanın 5. maddesi kapsamında ayrımcılık tazminatına hükmedilmesi gerekirken tazminat talebinin reddine karar verilmesi hatalıdır.” Y9HD, 15.05.2019, E. 2016/1423, K. 2019/1167, Çalışma ve Toplum, 2020/1, 437-442.

⁹³² Çelik, Eşit Davranma Borcu, 5; Astarlı, Değerlendirme 2015, 268-269; Uşan, Fesihte Eşit Davranma Borcu, 1630-1631; Şahlanan, Eşit Davranma, 3; Engin, İşletme Gerekleri, 112-113; Senyen Kaplan, 240-241; Demir, 24; Doğan Yenisey, Sözleşmenin Feshinde Eşit Davranma, 62; Yuvalı, 183-184.

⁹³³ Süzek, Eşit Davranma, 31-33; Yıldız, Eşit İşlem, 257-260; Ertürk/Gürsel, 443-445; Tuncay, Eşit Davranma İlkesi, 213-214; Ugan Çatalkaya, 215-216.

*işçinin iş akdinin feshedilmesi, diğer işçi şefin iş akdinin feshedilmemesi işverenin eşit davranma borcuna aykırı olup işveren tarafından gerçekleştirilen feshi haksız hale getirecektir.”*⁹³⁴

Gerçekten de, tartışma/kavga olayına karışan iki işçiden, kavgayı başlatanın ve hakaret edenin değil, sadece diğer işçinin iş sözleşmesinin feshedilmesi adalet ve hakkaniyetle bağdaşmayacaktır. İşverenin, yaşanan olayda işçilerden daha kusurlu olanı işten çıkartmayıp daha az kusurlu olanı işten çıkartması eşitlik ilkesinin temelinde yer alan adalet düşüncesine uygun düşmez.⁹³⁵

Bu doğrultuda biz de, işverenin iş sözleşmesinin feshinde hem ayrımcılık yasaklarına hem de dar anlamda eşit davranma borcuna uygun davranması gerektiğini düşünüyoruz. Zira, eşit davranma ilkesi, iş ilişkisinin tamamına hakim bir ilkedir. İş ilişkisinin devamı süresince işverenin eşit davranma borcunun varlığını kabul edip, işçi açısından daha ciddi sonuçları ve büyük kayıpları beraberinde getirebilecek olan fesih durumunda, işverenin böyle bir borcunun olmadığını iddia etmek hakkaniyetle ve yasal düzenlemeyle uyummamaktadır.

İşçinin, işverenin keyfî tutumlarına karşı korunması gereken en özellikli an iş akdinin sona ereceği zamandır.⁹³⁶ Bu nedenle, işverenin iş akdinin feshinde de dar anlamda eşit davranması gerektiği kabul edilmelidir. O halde, iş sözleşmesinin derhal veya bildirimli feshinde ya da feshin işçiden veya işletme gereklerinden kaynaklandığı tüm hallerde, işverenin, eşit davranma borcuna uygun davranması gerekmektedir.

Örneğin, Yargıtay, performans değerlendirme sistemine göre gerçekleştirilen feshin haklı olup olmadığını incelediği bir davada, “*Somut olayda, davacının satış destek asistanı*

⁹³⁴ Y22HD, 05.11.2019, E. 2016/22464, K. 2019/20223, KİBB. Ayrıca Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin bir başka kararı için bkz. “*İşveren feshine gelince; davalı işverenin karşılıklı kavga eden işçilerinin ikisini birlikte çıkartarak eşit davranma yükümlülüğünü de yerine getirdiği, fesihte haklı olduğu kabul edilip şartları bulunmayan kıdem tazminatı talebinin reddi gerekirken, davalı işverenin feshinden sonra oluşu nedeniyle geçerli olmayan davacı feshine üstünlük tanınarak ve davacının fesihte de haklı olmadığı gözden kaçırılarak kabulü hatalıdır.*” Y9HD, 18.06.2020, E. 2017/15419, K. 2020/6014, KİBB.

⁹³⁵ **Süzek**, Eşit Davranma, 27,31; **Doğan Yenisey**, Sözleşmenin Feshinde Eşit Davranma, 64-65; **Astarlı**, Değerlendirme 2015, 266-276.

⁹³⁶ **Doğan Yenisey**, Sözleşmenin Feshinde Eşit Davranma, 64-65.

olarak çalıştığı, işyerinde 2008 Yılından Mayıs 2010 tarihine kadar hiç bir personele uzun süre zam yapılmadığı, 2010 Yılı Mayıs ayında sadece şirkete doğrudan gelir getiren satış personeline zam yapıldığı, destek personeline zam yapılmadığı, ayrıca satış personeline de performans değerlendirme notu % 82 'nin üzerinde olan dört işçiye zam verildiği anlaşılmaktadır. İşverenin eşit işlem borcu eşitler arasında söz konusu olur. Davacının performans değerlendirme notu % 72 'dir. Davalı şirkette performans değerlendirme notu % 72 olan hiçbir işçiye zam yapılmamıştır. Saptanan bu durum karşısında ve yukarda açıklanan maddi ve hukuki olgular göz önünde tutulduğunda, davacı feshi haksız olup kıdem tazminatı talebinin reddi gerekirken kabulüne karar verilmesi isabetsizdir.” yönünde karar vermiştir.⁹³⁷

İşverenin iş sözleşmesinin feshinde dar anlamda eşit işlem yapma borcuna uygun davranması aynı veya benzer durumdaki tüm işçilerin iş akitlerinin sonlandırılması şeklinde de yorumlanmamalıdır.⁹³⁸ Gerçekten de, işveren, işçinin kıdemi, sicili, eğitim durumu, mesleki tecrübesi, yabancı dil bilgisi, yetenekleri, becerisi, kusurunun derecesi ya da işyeri veya işletmenin menfaatleri için o işçinin önemi ve gerekliliği gibi meşru gerekçeleri öne sürerek, bazı işçilerin iş sözleşmesinin feshedilip, bazılarınının feshedilmemesini haklılaştırabilir.⁹³⁹

İşverenin, fesih nedeninin doğmasına sebep olan hususları ve işçiler arasında farklı davranmasına sebep olan objektif haklı nedenleri ispat etmelidir.⁹⁴⁰ İşveren, fesih nedeni konusunda aynı veya benzer durumdaki işçiler arasında yarattığı farklılığın haklı gerekçelerini

⁹³⁷ Y9HD, 12.12.2013, E. 2011/48499, K. 2013/33105, KİBB. Ayrıca, Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin bir başka kararına göre, “İşverenin eşit işlem yapma borcu çerçevesinde, ilgili tüm işyeri kayıtları getirtilerek, davacının çalıştığı eşdeğer sürede, genelde T4 puanı alanların iş sözleşmelerinin feshedilip edilmediği, davacının daha önce zam aldığı dönemlerde tüm işçilere zam verilip verilmediği araştırılarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde eksik incelemeyle hüküm kurulması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.” Y9HD, 02.02.2009, E. 2008/9781, K. 2009/996, KİBB.

⁹³⁸ Yıldız, Eşit İşlem, 257-260; Ertürk/Gürsel, 443-445.

⁹³⁹ Süzek, Eşit Davranma, 31-33; Yıldız, Eşit İşlem, 257-260; Ertürk/Gürsel, 443-445; Astarlı, Değerlendirme 2015, 269-272; Tuncay, Eşit Davranma İlkesi, 213-214; Doğan Yenisey, Sözleşmenin Feshinde Eşit Davranma, 61-63; Doğan Yenisey, Metodoloji, 997; Ugan Çatalkaya, 215-216; Baysal, Eşit Davranma, 86-87.

⁹⁴⁰ Astarlı, Değerlendirme 2015, 271. Ayrıca karar örneği ve değerlendirmesi için bkz. Y7HD, 18.11.2015, E 2105/11381, K. 2015/22718, Astarlı Değerlendirme 2015, 274-276.

ortaya koyamazsa, yapılan fesih keyfi⁹⁴¹ ve dolayısıyla eşit davranma borcuna aykırı olarak kabul edilecektir.⁹⁴²

⁹⁴¹ İşverenin eşit işlem borcuna aykırı davranması durumunda yapılan fesih işleminin geçerli olup olmadığı ve ayrımcılık tazminatı ödenmesine gerek olup olmadığı sorularının da cevaplanması gereklidir. Doktrinde bazı yazarlar, yapılan ayrımcı feshin kesin hükümsüz sayılmaması gerektiğini ileri sürmektedirler (Bu yönde bkz. **Tuncay**, Eşit Davranma İlkesi, 237; **Ertürk/Gürsel**, 454). Buna karşın, diğer görüşe göre ise, işverenin eşit davranma borcuna aykırı şekilde iş sözleşmesini feshetmesi, feshin geçersiz veya haksız sayılmasını gerektirmektedir (**Yıldız**, Eşit İşlem, 258; **Ugan Çatalkaya**, 221-222). Bizce de, iş sözleşmesinin feshinde işverenin eşit davranma borcuna aykırı davranması, yapılan fesih işleminin geçersiz olması sonucunu doğurmalıdır. Öncelikle, iş akdinin feshinde işverenin eşit davranma borcunun olmasının anlamı, işçinin keyfi ve geçerli/haklı nedenler olmadan iş sözleşmesinin sona erdirilmesinin önlenmesidir. İşveren fesih hakkını kötü niyetli biçimde kullanırsa, bu davranışıyla ulaşmak istediği sonucun korunmaması gerekir. Bu yönde Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin bir kararı için bkz. “İşveren bu olay nedeniyle davacıyı 4857 sayılı Kanunun 25/II-d maddesi gereği işten çıkarırken. Hasan Yaş isimli işçiyi çalıştırmaya devam etmiştir. İşverenin işyeri çalışma barışının bozulduğunu kriter alması halinde, olayda daha ağır kusurlu olduğu açık olan, davacı işçiye sözlü tartışma sırasında yumruk atan diğer çalışanı işyerinde tutması yukarıda belirtildiği gibi eşitlik ilkesine aykırıdır. Başka bir anlatımla işveren fesihte, aynı olaya karışmış ve daha ağır kusurlu işçinin iş sözleşmesini feshetmeyerek işçiler arasında ayırımda bulunmuştur. Açıklanan nedenlerle, feshin geçersizliğine ve davacının işe iadesine karar verilmesine karar verilmiştir.” Y9HD, 08.11.2010, E. 2009/35465, K. 2010/32189, KİBB. Cevaplanması gereken diğer soru ise, işverenin dar anlamda eşit davranma borcuna aykırı olarak yaptığı fesih nedeniyle ayrımcılık tazminatı ödenmesinin gerekip gerekmediğidir. Doktrindeki bir görüşe göre, İş Kanunu m. 5, sadece ayırım yasaklarının ihlal edilmesi halinde ayrımcılık tazminatının ödenmesi gerektiğini düzenlemektedir. Bu görüş uyarınca, eşit davranma borcuna aykırılık halinde ise işçi, sadece yoksun kaldığı hakları talep edebilir (**Süzek**, Eşit Davranma, 34). Buna karşın, doktrinde, dar anlamda eşit davranma borcuna aykırılık halinde de ayrımcılık tazminatına hükmedilmesi gerektiği savunulmaktadır (**Yıldız**, Eşit İşlem, 329; **Ertürk/Gürsel**, 449; **Ugan Çatalkaya**, 223-224). Kanımızca, maddenin lafzı her ne kadar, ayrımcılık tazminatının sadece ayırım yasaklarında uygulanacağı şeklinde olsa da, bu tazminat, işverenin, eşit işlem yapma borcuna aykırı işlem yapması durumunda da talep edilebilmelidir. İşverenin eşit davranma borcunun temelinde, Anayasanın 10. maddesi yer almaktadır. Eşitlik ilkesi, sadece devlet ve kişiler arasındaki ilişkilerde değil; kişiler arasındaki yatay ilişkilerde de doğrudan uygulanan hukukun genel bir ilkesidir. Eşitlik ilkesinin temelinde bu anlamda adalet ve hakkaniyet düşünceleri yatmaktadır. Diğer bir deyişle, adalet ve eşitliği birbirinden ayrı düşünmek mümkün değildir. Dolayısıyla, işverenin keyfi uygulamalarına karşı işçinin korunması amacıyla, işverenin dar anlamda eşit davranma borcuna aykırı davranması durumunda da, ayrımcılık tazminatının talep edilebileceği kabul edilmelidir. Buna karşın, Yüksek Mahkeme, ayrımcılık tazminatının sadece ayırım yasağı hallerinde talep edilebileceğini hükme bağlamaktadır. Yargıtayın bir kararına göre, “Ancak bu uygulamanın dil, ırk, cinsiyet, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri nedenlere dayandığı iddia ve ispat olunmadığından somut olay bakımından 4857 Sayılı İş Kanunu’nun 5. maddesinde gösterilen ayrımcılık tazminatının şartları bulunmamaktadır. Lakin; yukarıda açıklandığı üzere davacıya davalı işveren tarafından mobbing uygulandığı sabit olmakla makul oranda bir manevi tazminata hükmedilmesi gerekir. Manevi tazminat fazla olup, oluşa uygun olarak daha az bir tutarda belirlenmelidir.” Y9HD, 08.10.2019, E. 2016/9885, K. 2019/17630, KİBB.

⁹⁴² Yargıtayın bir kararına göre, “Öte yandan, dosya içeriğine göre işyerinde 690 civarında işçinin toplu eylemlere katıldığı ileri sürülmesine rağmen 240 civarında işçinin iş sözleşmesi değişik sebeplerle feshedilmiş olup, toplu eylem nedenine dayalı fesihler bakımından davalı işverence eşit davranma borcuna aykırı davranıldığı anlaşılmaktadır. Davalı işveren, eyleme katılan tüm işçiler arasında davacı işçinin eyleme katılarak ürettiği aksatan, aksatmaları konusunda çalışanları tehdit eden ve eylemleri yönlendiren konumunda olduğunu yönteminde kanıtlayamamıştır. Bu itibarla toplu eylem nedenlerine dayalı olarak işverence yapılan feshin haklılığından söz edilmesi mümkün değildir.” Y9HD, 10.03.2016, E. 2016/2451, K. 2016/5421, KİBB.

Yargıtay da önüne gelen uyuşmazlıklarda, işverenin iş akdinin feshinde eşit davranma borcuna uygun davranması gerektiğini ve fakat haklı nedenlerin varlığı durumunda eşit davranma borcunun uygulanmayacağını kabul etmektedir. Yüksek Mahkemenin bir kararında da bu durum şu şekilde ifade olunmuştur: “*İş Kanunumuzun 5. maddesi aynı durumdaki işçiler arasında farklılık yaratmayı amaçlamıştır. Ancak işçinin objektif ve sübjektif nitelikleri, çalıştığı pozisyon, yapılan görev, meslekteki kıdem gibi nesnel nedenler var ise eşit işlem borcundan söz edilemez.*”⁹⁴³

c. İş İlişkisinin Devamı Süresince Eşit Davranma Borcu: “İşverenin Talimat Verme Hakkı ve Eşit Davranma Borcu”

Eşitlik ilkesi, iş hukukunun temel düzenleyici ilkelerinden birisidir. Eşitlik ilkesinin köklerinde yer alan adalet ve hakkaniyet düşüncesi gereği, eşitlik, aynı veya benzer durumda olanlara aynı; farklı durumda olanlara ise farklı davranılması şeklinde anlaşılmalıdır. Bu ilke, işverenin keyfi yani objektif/haklı bir gerekçe olmaksızın işçi veya işçi grupları aleyhine işlem yapmasını yasaklamaktadır.⁹⁴⁴

İş Kanununun 5. maddesine göre, işveren iş ilişkisinin devamı süresince hem ayırım yapma yasaklarına hem de dar anlamda eşit davranma borcuna uygun davranmak zorundadır. İş ilişkisinin devamı süresince, işverenin, genel anlamda eşit davranma borcuna uygun davranması gerekliliği ise kendisini, *talimat verme hakkında* en bariz şekilde göstermektedir.

Zira, eşitlik ilkesi, iş ilişkisi boyunca işverenin her türlü işlem ve kararlarında etkilidir.⁹⁴⁵ İş ilişkisinin özelliği gereği işçi, iş görme borcunu işverenin talimatlarına uygun şekilde yerine getirmelidir. İşveren, bu anlamda, yönetime hakkına dayanarak işçiye vereceği talimatlar aracılığıyla işin nerede, nasıl ve ne şekilde yapılacağı ile işçinin işyerindeki

⁹⁴³ Y9HD, 02.12.2009, E. 2009/33837, K. 2009/32939, KİBB.

⁹⁴⁴ Küttner/Kania Gleichbehandlung, Rn. 4.

⁹⁴⁵ ErfK/Preis BGB § 611a Rn. 575.

davranışlarına düzenlemektedir. İşverenin işin ve işyerinin düzenine ilişkin talimatlar vermesi ve işçinin bu talimatlarla bağlı olması, taraflar arasındaki güç dengesizliğini/eşitsizliğini de gün yüzüne çıkarmaktadır.

Dolayısıyla, işverenin talimat verme hakkını keyfi olarak kullanmasının önüne geçilmelidir. Bu anlamda, işveren, yönetim hakkına dayanarak işçilere talimatlar verirken, belirli bir çerçevenin dışına da çıkmamalıdır. İşverenin yönetim hakkı, kaynaklar hiyerarşisinde en alt sırada yer almaktadır. Yani, işverenin yönetim hakkı diğer hukuk kaynaklarıyla sınırlanmaktadır. İşveren, diğer hukuk kaynaklarıyla düzenlenmeyen konularda ve bu kaynaklara aykırı olmamak şartıyla yönetim hakkını kullanabilir.

İşverenin yönetim hakkını sınırlayan ve verdiği talimatları hukuka uygunluk sınırları içinde tutan ilkelerden birisi de *eşit davranma borcudur*. Gerçekten de, eşit davranma ilkesi, işverenin yönetim hakkını sınırlamaktadır.⁹⁴⁶ Yargıtayın bir kararına göre de, “İşveren, diğer işçilerin lehine fakat bir veya birkaç işçinin aleyhine sonuç doğuracak eşitsizlik yaratacak talimatlar veremeyeceği gibi işçiye eza ve cefa vermek amacıyla da talimatlar veremez. Buna göre, işveren talimat verirken eşit işlem borcuna riayet etmekle de yükümlüdür.”⁹⁴⁷

İşverenin eşitlik ilkesine uygun davranması çoğunlukla doğruluk ve dürüstlük kuralları gibi diğer hukuka uygunluk ölçütleriyle de iç içe geçmektedir.⁹⁴⁸ İşveren, iş ilişkisi süresince, işin dağıtımında, yürütümünde, çalışma koşullarında, iş ve dinlenme sürelerinde, gece çalışmasında, postalar halinde çalışmalarda, disiplin cezalarında, işçilere ödenecek ücret ve diğer maddi yardımlarda, meslek içi eğitim ve yükselmelerde, işyerinin düzeninin sağlanmasında ve işçilerin davranışlarının düzenlenmesinde, işçiler arasında haklı nedenler olmadıkça farklı davranamaz.⁹⁴⁹

⁹⁴⁶ **Ulucan**, Pozitif Ayrımcılık, 373.

⁹⁴⁷ Y9HD, 25.11.2019, E. 2019/3669, K. 2019/20770, KİBB.

⁹⁴⁸ “İşveren çalışma koşullarını hakkaniyete uygun takdir yetkisine göre belirlemelidir. Bu anlamda, işveren karşılıklı menfaat karşılaştırması yaparken eşit davranma borcunu göz önünde bulundurmalıdır.” Karar için bkz. LAG Köln, 22.06.1994- 2 Sa 1087/93, (www.beck-online.beck.de).

⁹⁴⁹ **Özdemir**, Eşitlik, 258-259; **Taşkent**, Yönetim Hakkı, 83.

Gerçekten de, eşit davranma borcu, yukarıda da belirttiğimiz üzere, mutlak olmayıp, nispi bir anlama sahiptir. Yani, işveren, her durumda işçilerine karşı eşit davranmakla yükümlü değildir. Yargıtayın bir kararına göre de, “Eşitlik ilkesinin iki görünümü vardır. Biri mutlak eşitlik, diğeri nispi eşitliktir. Mutlak eşitlikten amaç kanunun herkese eşit olarak uygulanma zorunluluğudur. Nispi eşitlikte ise aynı durumda bulunan kişilerin aynı işleme tabi tutulmasıdır. Eşit olmayanlara farklı kuralların uygulanması eşitlik ilkesine aykırı değildir. Bununla birlikte, eşit davranma borcu, tüm işçilerin hiçbir farklılık gözetilmeksizin aynı duruma getirilmesini gerektirmemektedir. Bahsi geçen ilke, eşit durumdaki işçilerin farklı işleme tabi tutulmasını önlemeyi amaç edinmiştir. Öte yandan, anılan ilke hakların sınırlandırılmasına değil, tesisine hizmet eder.”⁹⁵⁰

İşveren, işçiler arasında farklı davranılmasını gerektiren objektif/haklı sebeplerin varlığı halinde, işçilere farklı uygulamalar yapabilir. Bununla birlikte, işverenin, dil, ırk, renk, cinsiyet, cinsel yönelim, engellilik, siyasal düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebepler gibi mutlak ayırım yasaklarının söz konusu olduğu hallerde, işçiler arasında ayrımcılık yapması yasaktır.

Zira, ayrımcılık yasakları, özünde, temel hak ve özgürlüklerle ilintili olduğundan, işverence gerçekleştirilen bir davranışın ya da uygulamanın, ölçülülük ilkesi gereğince haklılaştırılması, dar anlamda eşit davranma borcuna aykırılık durumlarının haklılaştırılmasından daha zordur.⁹⁵¹

İşveren, işçilere işin düzenlenmesi ve işyerindeki davranışlarına yönelik vereceği talimatlarda eşit davranma borcuna uygun davranmalıdır. Temel bir insan hakkı olarak değerlendirilen eşitlik ilkesine ve ayrımcılık yasağına aykırı talimatlar verilmesi, bu

⁹⁵⁰ Y9HD, 28.12.2010, E. 2010/3485, K. 2010/41269, KİBB.

⁹⁵¹ Doğan Yenisey, Metodoloji, 997; Yıldız, Orantılılık İlkesi, 689.

talimatların geçersizliği sonucunu doğuracaktır.⁹⁵² İşçi de hukuka uygun olmayan bu talimatlara uymakla yükümlü değildir.

Öte yandan, işverenin işçiler arasında farklı davranmasını gerektiren durumların *-haklı nedenlerin-* varlığında, eşit işlem yapma borcuna aykırılık söz konusu olmaz. Burada önemli olan husus, işverenin keyfi nedenlerle ayrımcılık yapmasının engellenmesidir.⁹⁵³ Benzer şekilde, işveren, işin yürütümü ve işyeri düzenine ilişkin konularda işçiler arasında çeşitli sınıflandırmalar/gruplandırmalar yapabilir.

Aşağıdaki başlıklarda bu konuları incelemeye çalışacağız. Ancak, öncesinde “*ayrımcılık talimatı*” konusu üzerinde durmak istiyoruz.

aa. Ayrımcılık Talimatı

Ayrımcılık talimatı, mevzuatımızda, Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu m. 2/1-(b) bendinde düzenlenmektedir. Buna göre, *ayrımcılık talimatı*, bir kişinin kendi nam veya hesabına eylem ve işlemlerde bulunmaya yetkili kıldığı kişilere veya bir kamu görevlisinin diğer kişilere verdiği ayrımcılık yapılmasına yönelik talimattır.⁹⁵⁴

Ayrımcılık talimatı, Kanunun saydığı ayrımcılık türleri arasında yer almaktadır (m. 4/1-b). İşverenin, ayrımcılık yapılmasına yönelik verdiği talimat da ayrımcılık yasakları kapsamında olup, hukuka aykırıdır.

Ayrımcılık talimatının kasıtlı olarak verilmesi gereklidir. Buna karşın, talimatı yerine getiren kişinin, verilen talimatın hukuka aykırı olduğunu bilmesine gerek yoktur. Zira, Kanun, bir kişinin hataen ayrımcılık fiilini gerçekleştirip gerçekleştirmemesine bakmaksızın, ayrımcılığı yasaklamıştır.

⁹⁵² Benzer yönde bkz. Yıldız, Eşit İşlem, 209; Taşkent, Yönetim Hakkı, 78-79.

⁹⁵³ Doğan Yenisey, Metodoloji, 979.

⁹⁵⁴ Ayrımcılık talimatı, Avrupa Birliğinin 2000/43 sayılı Direktifi m. 2/4 ve 2000/78 sayılı Direktifi m. 2/4’te de açıkça düzenlenmektedir.

Ayrımcılık talimatını alan kişinin, bu talimatı yerine getirip getirmediği önem taşımaz. Bu yönde bir talimatın verilmesi, ayrımcılığın oluşması için yeterlidir.⁹⁵⁵ Örneğin, işverenin, işveren vekiline sadece erkek işçileri terfi ettirmesine yönelik verdiği bir talimat veya yine işverenin, işveren vekiline sadece belli bir politik görüşte olan işçilere zam yapılmasına yönelik verdiği talimat, ayrımcılık talimatı olarak değerlendirilmektedir. Bu talimatlar ayrımcılık yasağına aykırıdır.

Dolayısıyla, işveren vekili, hukuka aykırı talimatlara uymakla yükümlü değildir. İşveren vekili, bu talimatları yerine getirmeyi reddettiği için kendisine herhangi bir yaptırım uygulanamaz. İşveren vekilinin iş sözleşmesi hukuka aykırı talimatı yerine getirmediği için feshedilirse, yapılan fesih işlemi olayın özelliklerine göre haksız, geçersiz veya kötü niyetli bir fesihdir.⁹⁵⁶

Ayrıca, ayrımcılık talimatı, Türk Ceza Kanununun 122. maddesine göre de, nefret ve ayrımcılık suçunun oluşmasına yol açmaktadır. İşveren vekili, işverenin ayrımcılık talimatını yerine getirirse, bundan doğan cezai sorumluluğun doğrudan muhatabı olacaktır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ayrımcılık talimatı ibaresini-tespit edebildiğimiz kadarıyla-kararlarında kullanmasa da, ayrımcılık talimatını, doğrudan ayrımcılığın bir görünümü olarak kabul etmektedir. Ayrımcılık talimatı, Mahkeme kararlarında özellikle inanç özgürlüğü ve toplanma özgürlüğü kapsamında incelenmektedir. Örneğin, “*Bączkowski ve Diğerleri v. Polonya*” kararında bu konu incelenmiştir. Uyuşmazlık konusu olayda, Varşova Belediye Başkanı, halka hitaben yaptığı homofobik bir konuşmada, cinsel yönelime dayalı ayrımcılığa farkındalık oluşturmak için yapılacak yürüyüşlere hiçbir şekilde izin verilmeyeceğini açıklamıştır.

Daha sonrasında bu konuda toplantı yapılmasına yönelik talepler, idari mercilerce, “*farklı gruplar arasında yaşanabilecek çatışmaların önlenmesi*” gerekçesi ileri sürülerek

⁹⁵⁵ **MüKoBGB/Thüsing** AGG § 3 Rn. 78; **ErfK/Schlachter** AGG § 3 Rn. 23.

⁹⁵⁶ Benzer yönde **Yıldız**, Eşit İşlem, 209.

reddedilmiştir. Mahkeme, belediye başkanın yaptığı açıklamanın, “*yetkili idari makamları toplantının yasaklanması yönünde etkilediğini/yönlendirdiğini*” belirterek, Sözleşmenin 11. maddesinin (toplanma ve dernek kurma özgürlüğü) ve bununla bağlantılı olarak Sözleşmenin 14. maddesinin (ayrımcılık yasağı) ihlal edildiğine karar vermiştir.⁹⁵⁷

Alman Hukukunda da, ayrımcılık talimatı, Genel Eşit Davranma Kanununda (Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz- AGG), ayrımcılık yasakları arasında sayılmıştır (AGG § 3/5). Genel Eşit Davranma Kanunu, Avrupa Birliğinin 2000/43/EC sayılı Irk ve Etnik Kökene Bakılmaksızın Kişilere Eşit Davranılması İlkesinin Uygulamasına İlişkin Direktife, 2000/78/EC sayılı İstihdam ve İş Konusunda Eşit Davranılması İçin Genel Bir Çerçeve Oluşturulmasına İlişkin Direktife, 2002/73/EC sayılı İstihdamda, Mesleki Eğitimde, Meslekte Yükselmede ve Çalışma Koşullarında Kadınlar ve Erkekler Arasında Eşit Davranma İlkesinin Uygulanmasına İlişkin Direktife ve 2004/113/EC sayılı Mal ve Hizmetlere Ulaşımında ve Arzında Kadınlar ve Erkekler Arasında Eşitlik İlkesinin Gerçekleştirilmesine İlişkin Direktife ilişkin düzenlemeleri temel alınarak hazırlanmıştır.⁹⁵⁸

Genel Eşit Davranma Kanununun amacı, ırk, etnik köken, cinsiyet, din veya dünya görüşü, engellilik, yaşlılık veya cinsel kimlik nedeniyle ayrımcılık yapılmasının önlenmesi ve ortadan kaldırılmasıdır (AGG § 1). Ayrımcılık talimatı, Kanunun § 3/5 bendinde düzenlenmektedir. Buna göre, “*Bir kişiye kanunun § 1’de sayılan nedenlere dayanarak ayrımcılık yapılması yönünde verilen talimat da ayrımcılık olarak kabul edilmektedir.*”

Ayrımcılık talimatı, hukuka aykırı ve geçersizdir (BGB § 134; AGG § 7/1). İşverenin ayrımcılık talimatını verdiği kişi, örneğin, işveren vekili, bu talimata uymakla yükümlü değildir. Öyle ki bu durum, yaptırım uygulama yasağının hüküm altına alındığı, hem BGB § 612a’da (“*İşveren, yasal bir hakkını hukuka uygun şekilde kullanan işçisine, bu hakkını kullandığı için ayrımcılık yapamaz*”) hem de AGG § 16/1’de (“*İşveren, bu Kanun*

⁹⁵⁷ AİHM, *Bączkowski and Others v. Poland*, Başvuru No: 1543/06, 03.05.3007, (www. hudoc.echr.coe.int.).

⁹⁵⁸ **Ergin**, Eşit Davranma Yasası, 636-637.

kapsamında haklarını kullanan veya ayrımcılık içeren bir talimatı yerine getirmeyi reddeden işçilere karşı ayrımcılık yapamaz.”) düzenlenmektedir.

İşveren vekilinin, iş sözleşmesi hukuka aykırı talimatı yerine getirmediği için feshedilirse, gerçekleştirilen fesih işlemi geçersiz veya haksız fesih sayılır. Öte yandan, işveren vekili, işverenin hukuka aykırı talimatını yerine getirirse AGG § 15 uyarınca, bir ödeme veya tazminat gibi hukuki sorumluluğu doğmaz. Zira, burada, hukuki yaptırımların muhatabı işverendir.

İşveren vekilinin, hukuka aykırı olan bu ayrımcılık talimatından *doğrudan* sorumlu olacağı durum, işçinin kişilik haklarının ihlal edilmesidir. BGB § 823’e göre, “⁽¹⁾ *Bir başkasının hayatını, vücudunu, sağlığını, özgürlüğünü, mülkiyetini veya diğer bir hakkını hukuka aykırı bir şekilde kasten veya ihmalle ihlal eden bir kimse, o kişiye karşı bundan doğan zararlarını tazmin etmekle yükümlüdür.* ⁽²⁾ *Aynı yükümlülük, üçüncü bir kişiyi koruyan kanun hükmünü ihlal eden kişi için de geçerlidir. Kanunun içeriğine göre, herhangi bir kusur olmadan da kanunu ihlal etmek mümkünse, tazminat ancak kusurun varlığı halinde doğar.*”

İşveren vekilinin, ayrımcılık talimatına uyararak, işçinin kişilik haklarını ihlal etmesinden doğan hukuki sorumluluğu istisnai bir durumdur ve bu ihlalin kişilik haklarına yönelik açık ve ağır bir saldırı olması halinde mümkündür. İşveren vekilinin hukuki sorumluluğu haksız fiili nedeniyle, işçinin uğradığı zarardan doğmaktadır.⁹⁵⁹

Benzer şekilde, işveren vekili, işverenin verdiği bu ayrımcı talimatın da ötesine geçerek, diğer bir anlatımla, kendisine tanınan yetki sınırlarının dışına çıkarak, işçilere haksız fiil oluşturan bir davranış sergilerse, bundan doğan zararlardan doğrudan kendisi sorumlu olur. Örneğin, işveren, işveren vekiline kırk beş yaşının üzerinde olan kişileri işten çıkarması

⁹⁵⁹ **MüKoBGB/Thüsing** AGG § 3 Rn. 88; **ErfK/Schlachter** AGG § 3 Rn. 23.

yönünde talimat verdiğinde, eğer, işveren vekili inisiyatif kullanarak kırk yaşının üstündeki işçileri işten çıkarırsa, burada artık işveren vekilinin hukuki sorumluluğu ortaya çıkar.⁹⁶⁰

Ayrımcılık talimatı konusunda son olarak üzerinde durmak istediğimiz husus Wuppertal İş Mahkemesinin, Genel Eşit Davranma Kanunu⁹⁶¹ yürürlüğe girmeden önce, 2003 yılında verdiği ilginç bir karardır.⁹⁶²

Dava konusu olan olayda, davacı işveren vekilinin iş sözleşmesi, işverenin, “*Türkleri işe almayacaksınız*” talimatına uymayı reddettiği için, işveren tarafından feshedilmiştir. Davacı, işveren vekili olarak bir kozmetik firmasında yaklaşık dört yıldır çalışmaktadır. Kozmetik firmasında yüz yirmi işçi çalışmakta olup, bunların büyük çoğunluğu farklı etnik kökenlere sahiptir. Firmada çalışan işçilerin %20 ila %25’i ise Türk’tür.

Davalı işveren, işveren vekiline “*Türkleri işe almayacaksınız*” yönünde talimat verdikten sonra, işveren vekili bu talimata uymayı reddetmiştir. Ardından, işveren, talimatını yinelemiş ve fakat işveren vekili, bu talimatı, herkesin eşit bir şansı hak ettiğini ve etnik kökene dayalı bir ayrımcılığın yapılmasını doğru ve hakkaniyetli bulmadığı için, yerine getirmekten kaçınmıştır.

İşverenin, “*Türkler işe alınmayacak*” yönünde verdiği talimatın altında, Türk kadın işçilerin aileleri -özellikle eşleri ve erkek kardeşleri- tarafından, şirket yönetiminin ve yönetim kurulu başkanının sürekli ölümle tehdit edilmesi ve diğer şirket yöneticilerinin hakarete uğramalarının yattığı belirtmiştir. İşveren vekili ise, bu talimatı ayrımcı bulduğu için yerine getirmemiştir.

İşveren, bunun üzerine, işveren vekiliyle şirket yönetimi arasında ciddi görüş ayrılıkları olduğunu, işveren vekilinin ekip çalışmasına ve işbirliğine zarar verdiğini ileri

⁹⁶⁰ MüKoBGB/Thüsing AGG § 3 Rn. 88.

⁹⁶¹ BGBl. I, 2006/1897. Avrupa Birliğinin 2000/43, 2008/78 sayılı Direktiflerine uygun olarak iç hukukunda düzenleme yapan en son ülke Almanya’dır. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. **Ergin**, Eşit Davranma Yasası, 636.

⁹⁶² ArbG Wuppertal Urt., 10.12.2003 – 3 Ca 4927/03, BeckRS 2011, 69155, (www.beck-online.beck.de).

sürerek, iş sözleşmesini, 01.10.2003 tarihinde haklı nedenle feshetmiştir. İşveren vekili, feshin haksız olduğunu ileri sürerek, iş mahkemesinde, şirket aleyhine dava açmıştır.

Davacı, dava dilekçesinde verilen talimatın BGB § 315'e göre hakkaniyet ilkesiyle bağdaşmadığını ve bu nedenle ayrımcılık talimatının bağlayıcı olmadığını ifade etmiştir. Ayrıca, davacı işveren vekili, Avrupa Birliğinin ırk ve etnik kökene bakılmaksızın kişilere eşit davranılmasına ilişkin 2000/43/EC Sayılı Direktifinin iç hukuka en geç 19.07.2003 tarihine kadar uyarlanması gerektiğini ve bu uyarlama süresinin de geçtiğini vurgulamıştır.⁹⁶³ Direktifin iç hukuka etkisi dolayısıyla da, eşit davranma ilkesinin, kişiler arasındaki özel hukuk işlemlerine de uygulanacağını ifade etmiştir.

Wuppertal İş Mahkemesi, işverenin verdiği talimatın hukuka uygun olup olmadığını araştırmıştır. Mahkemeye göre, BGB § 315'e göre verilen talimatın hakkaniyete uygun olup olmadığının incelenmesinde, öncelikle, her iki tarafın da durumları göz önünde bulundurularak bir menfaat karşılaştırması yapılmalıdır. Buna göre, talimatın hukuka uygun olup olmadığı belirlenmelidir.

Bununla birlikte, verilen talimat hukuka ve ahlaka aykırı değildir. Anayasanın 3. maddesinin 2. ve 3. fıkralarına göre, erkekler ve kadınlar eşit haklara sahiptir ve cinsiyet, soy, ırk, dil, köken, inanç, din veya siyasi görüş nedeniyle hiç kimse mağdur edilemez. Anayasanın bu hükmü, devlet ve kişi arasındaki dikey ilişkilerde uygulanmakta; buna karşılık, bu maddenin kişiler arasındaki özel hukuk ilişkilerine doğrudan etkisi bulunmamaktadır. Anayasanın 3. maddesinin dolaylı bir etkisi mevcuttur. Zaten, taraflar arasında da kurulan bir iş ilişkisi olmadığı için, iş ilişkisinin kurulmasından önceki bu evrede işverenin girişim özgürlüğüne öncelik verilmelidir. İşveren dilediği gibi sözleşme akdedebilir.

Avrupa Birliğinin 2000/43 sayılı Direktifine gelince, bu direktif işverenin sözleşme yapma serbestisini sınırlandırmamaktadır. Ulusal hukukun, Avrupa Birliği mevzuatına

⁹⁶³ Avrupa Birliği Direktiflerinin doğrudan etkisi konusunda detaylı bilgi için bkz. **Güneş**, 281-318.

uyumlaştırılması gerekmekte ise de, halihazırda ayrımcılığı engelleyen bir kanun da bulunmamaktadır.

Davalının “*Türkleri işe almayacaksınız*” yönünde verdiği talimat ise anlaşılabilir gerekçelere dayanmaktadır. Davalı işverenin, Türk işçilerle ilgili doğrudan yaşadığı bir zorluk yoktur. Buna karşın, Türk kadın işçilerin eşleri ve erkek kardeşleri, şirket yönetimini devamlı ölümle/dayakla tehdit etmektedir. Geçmiş senelerde, Türk kadın işçilerin aileleri tarafından darp edilen şirket yöneticileri de olmuştur. Örneğin, benzer bir gerekçeyi, belli bazı etnik kökenden gelen genç erkekleri gece kulüplerine almayan işverenler de ileri sürmektedir.

Ayrıca, işverenin bu talimatıyla, davacı işveren vekilinin kişilik hakları da ihlal edilmemiştir. Davalı işveren, davacıdan hukuka uygun ve işverenin girişim özgürlüğüne ilişkin bir talimatı yerine getirmesini istemiştir; dolayısıyla, davacının vicdani özgürlüğünü ihlal eden bir durum oluşmamıştır.

Tüm bu nedenle, davalı işverenin talimatı, ayrımcılık içeren hukuka aykırı bir talimat olarak nitelendirilemez. Davacının, bu nedenle, iş akdinin feshinin haklı nedenle olmasa da geçerli nedenle feshedildiğine karar verilmiştir.

bb. İşçiler Arasında Sınıflandırma/Grupların Oluşturulması

Eşitlik ilkesi, herkese, her açıdan eşit davranılmasını değil; eşit durumda olanlara eşit; eşit durumda olmayanlara ise eşitsizlikleri ölçüsünde farklı davranılmasını gerektirir. İşverenin, işçiler arasında yaptığı bir uygulamanın veya ortaya koyduğu kuralın, eşit davranma borcuna uygun olabilmesi için, bunun temelinde yatan sınıflandırmanın/gruplandırmanın, aynı veya benzer durumda olanlara aynı veya benzer şekilde sağlanmasına bağlıdır.⁹⁶⁴

⁹⁶⁴ Öden, 201.

Örneğin, işveren, işin dağıtımına ilişkin bir konuda talimat verirken, belli bir kıdem, yetenek ve eğitim düzeyi gibi objektif bir ölçütü temel almışsa, burada işveren, işçileri, işin dağıtımını konusunda belli özelliklere göre sınıflandırmış demektir. Farklı işlem yasağı, niteliği itibariyle *kıyas* yapılmasını gerektirdiğinden, birbirleriyle karşılaştırılacak nitelikte iki ayrı grup oluşturulmuş olur.⁹⁶⁵ Burada, belli bir özelliğe sahip olanlarla olmayanlar arasında ayırım yapılmıştır.

Bu noktada da, işverence yaratılan sınıflandırmanın, eşitlik ilkesine uygun olup olmadığı, diğer bir deyişle, yapılan sınıflandırmanın objektif olarak haklılaştırılıp haklılaştırılmadığı incelenmektedir.⁹⁶⁶

Ancak, her sınıflandırma eşitlik ilkesiyle bağdaşmaz. Dolayısıyla, işverenin yaptığı sınıflandırmalar/gruplandırmalar, doktrinde *Öden*'in çerçevesini çizdiği şekilde, “*işverenin makul/akla uygun sınıflandırmaları*” ve “*işverenin makul olmayan/akla uygun olmayan sınıflandırmaları*” olarak incelenebilir.⁹⁶⁷

Makul/akla uygun olan sınıflandırmalar, eşit ilkesine uygundur. Diğer bir anlatımda, makul olmayan/akla uygun olmayan sınıflandırmalar, eşitlik ilkesiyle çelişir ve bu nedenle geçersiz sayılmaları gerekir. İşverenin makul/akla uygun sınıflandırmaları, işçiler arasında sınıflandırma yaparken güttüğü amaç bakımından, aynı/benzer durumda bütün kişileri kapsıyorsa geçerlidir.⁹⁶⁸

O halde, sınıflandırmanın makul/akla uygun olup olmadığının tespitinde, önce sınıflayıcı özellik ile işverenin amacı arasında bağlantı olmasının sonra da eşit ve benzer durumda olanların tümünü kapsayıp kapsamadığının araştırılması gerekir.⁹⁶⁹ Bu açıdan sınıflandırmalar keyfî olmamalıdır. Bunun sonunda da, eğer işveren, haklı/objektif bir neden

⁹⁶⁵ **Doğan Yenisey**, Metodoloji, 982.

⁹⁶⁶ **Yıldız**, Eşit İşlem, 31

⁹⁶⁷ **Öden**, 201-202.

⁹⁶⁸ **Öden**, 203.

⁹⁶⁹ **Öden**, 203; **İnceoğlu**, Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı, 50-51.

olmadan iki ayrı gruptan birine, diğerine oranlı daha avantajlı davranıyorsa, işverenin eşit davranma borcunu ihlal ettiği sonucuna varılmaktadır.⁹⁷⁰

İşveren, sınıflandırmalar yaparken dayandığı kriterin objektif olup olmadığı da yapılan işe göre tayin edilmelidir.⁹⁷¹ Ayrıca, işveren, aynı grup içinde yer alan işçilere de haklı/objektif bir neden olmadan ayırım yapamaz. Örneğin, işveren, işyerinin yemekhane kısmında çalışan aşçı, aşçı yardımcısı, kalfa ve garsonların saç, sakal ve tırnaklarının hijyen açısından uzatılmaması ve bakımlı olunması yönünde talimat verip, işyerinin diğer kesiminde çalışanlara ise bu yönde talimat vermemesi eşitlik ilkesine ve ayrımcılık yasağına aykırılık oluşturmaz. Zira, işveren, işin özelliklerini ve gereklerini göz önünde bulundurarak bir sınıflandırma yapmış ve bunu haklı nedenlere dayandırabilmiştir. Burada işverenin verdiği talimatla, yemeklerde hijyenin sağlanması arasında bağlantı bulunmaktadır. Ayrıca, işveren, yemekhanede görev yapan herkesi bu sınıflandırma içinde toplamıştır. Dolayısıyla, işverenin bu sınıflandırması/gruplandırması makul/akla uygundur.

Benzer şekilde, işveren, ücret zammı yaparken, işçinin yaptığı iş, uzmanlığı, eğitimi, sorumluluk alanı, kıdemi, yetenekleri, işin tehlike derecesi gibi nedenlere dayanarak oluşturduğu gruplar arasında ücret ve diğer haklar açısından farklılıklar yaratabilir. Örneğin, Yargıtayın bir kararına göre, *“Davacının emsal olarak gösterdiği işçi ...'ın ... ilinde altmış ambulandan oluşan filonun destek hizmet yetkili yardımcısı olduğu, bu görevinin yanında makam ve ambulans şoförlüğü de yaptığı, davacının ise ... ilinde iki ambulandan oluşan filonun destek hizmet yetkili yardımcısı olduğu ve böylelikle sözü edilen işçinin, davacının emsali işçi olarak değerlendirilemeyeceği anlaşılmaktadır. Davalı işverenin 2011 yılında işçileri yaptıkları işlere göre gruplandığı ve aldığı ücret miktarlarını da dikkate alarak işçilere farklı oranlarda zam uyguladığı, bazı gruplara ise hiçbir zam uygulamadığı anlaşılmaktadır. Söz konusu uygulamada davacı ayrı bir grupta değerlendirilmiş ve bu gruba*

⁹⁷⁰ Küttner/Kania Gleichbehandlung, Rn. 8.

⁹⁷¹ Küttner/Kania Gleichbehandlung, Rn. 10.

herhangi bir zam verilmemiştir. Yukarıda açıklandığı üzere davacı ile bu anılan işçinin yaptıkları işlerin kapsamı ile sorumluluklarının aynı olmadığı açıktır. Davacı ile aynı grupta olup da zam verilen başka bir işçinin bulunduğu da ortaya konulmuş değildir. Belirtilen sebeplerle; işverence İş Kanununun 5. maddesindeki eşit davranma borcuna aykırı hareket edilmediğinin kabulü gerekir.”⁹⁷²

Aynı yönde, Alman Federal İş Mahkemesi de bir kararında bu durumu şu şekilde ifade etmektedir: “İşveren aynı grup içinde aynı/benzer işi yapan işçilere farklı düzeylerde ödemeler yapıyorsa, yararlanıcı grubun kimlerden ve nasıl oluştuğunu, bu ödemediye yararlanamayan işçi/işçilerin ise neden o sınıflandırmaya/gruba ait olmadığını açıklamaları gereklidir.”⁹⁷³

cc. İşverenin İşçiler Arasında Farklı Davranmasını Gerektiren Haklı Nedenler

İş ilişkisi süresince işveren, yönetim hakkına dayanarak işin yürütümü ve işçilerin davranışlarına yönelik konularda talimat verirken, çalışma koşulları, ücret ve diğer sosyal hakları belirlerken, ayrımcılık yapmamak ve eşit davranma borcuna uygun davranmakla yükümlüdür.

Ancak, mutlak ayrımcılık yasakları dışında, yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, işveren aynı konumdaki işçilerine eşit işlem yapma borcu altındadır. İşveren, işçiler arasında farklı işlem yapmasını gerektiren haklı/objektif nedenlerin varlığı halinde, diğer bir deyişle, işçiler arasında farklı davranmasını gerektiren haklı/objektif nedenlerin varlığını kanıtlaması durumunda, işçilere farklı işlem yapabilecektir.

⁹⁷² Y22HD, 19.04.2018, E. 2018/1633, K. 2018/9113, KİBB.

⁹⁷³ BAG, 29.09.2004 - 5 AZR 43/04, (www.beck-online.beck.de).

Haklı nedenin var olup olmadığının belirlenmesi, işverenin işçiler arasında yarattığı farklılığın ya da sınıflandırmanın, ulaşılmak istenen amaçla ilişkili olduğunun ortaya konulması ve bunun ölçülü olup olmadığının tespiti açısından önemlidir.⁹⁷⁴

Yüksek Mahkemenin bir kararına göre de, “Eşit davranma ilkesi tüm hukuk alanında geçerli olup, İş Hukuku bakımından işverene işyerinde çalışan işçiler arasında haklı ve objektif bir neden olmadıkça farklı davranmama borcu yüklemektedir. Bu bakımdan işverenin yönetim hakkı sınırlandırılmış durumdadır. Başka bir ifadeyle işverenin ayırım yapma yasağı işyerinde çalışan işçiler arasında keyfi biçimde ayırım yapılmasını yasaklamaktadır. Bununla birlikte eşit davranma borcu tüm işçilerin hiçbir farklılık gözetilmeksizin aynı duruma getirilmesini gerektirmeyip, eşit durumdaki işçilerin farklı işleme tabi tutulmasını önlemeyi amaç edinmiştir.”⁹⁷⁵

Öncelikle, İş Kanununun 5. maddesine göre, işveren, *esaslı sebepler olmadıkça*, tam süreli çalışan işçi karşısında kısmî süreli çalışan işçiye, belirsiz süreli çalışan işçi karşısında belirli süreli çalışan işçiye farklı işlem yapamaz. İş Kanununun 12. maddesinin 1. fıkrasına göre, “Belirli süreli iş sözleşmesi ile çalıştırılan işçi, ayırımı haklı kılan bir neden olmadıkça, salt iş sözleşmesinin süreli olmasından dolayı belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılan emsal işçiye göre farklı işleme tabi tutulamaz.”

İşveren, işçiler arasında sözleşme türüne göre ayırım yapamaz. İşveren, gerek çalışma koşullarını belirlerken gerek talimat verme hakkını kullanırken, belirli süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçilerle, belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçiler arasında, ayırımı haklı kılan bir neden olmadıkça, farklı işlem yapamaz.

Paralel bir düzenleme, İş Kanununun 13. maddesinde, kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçiler için de getirilmiştir. Anılan hükme göre “Kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılan işçi, ayırımı haklı kılan bir neden olmadıkça, salt iş sözleşmesinin kısmi süreli

⁹⁷⁴ İnceoğlu, Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı, 54.

⁹⁷⁵ Y9HD, 24.03.2020, E. 2019/8022, K. 2020/4414, KİBB.

olmasından dolayı tam süreli emsal işçiye göre farklı işleme tabi tutulamaz. Kısmi süreli çalışan işçinin ücret ve paraya ilişkin bölünebilir menfaatleri, tam süreli emsal işçiye göre çalıştığı süreye orantılı olarak ödenir.”

İşveren, tam ve kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçiler arasında yönetim hakkını kullanırken haklı/objektif bir neden olmadıkça farklı işlem yapamaz. Zira, eşit davranma ilkesi, iş koşullarının belirlenmesinde de sözleşme serbestisini sınırlandırmaktadır.⁹⁷⁶

Bununla birlikte, işverenin, ücret ve paraya ilişkin bölünebilir menfaatler söz konusu olduğunda, kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçiye, çalıştığı süreyle orantılı bir ödeme yapması, eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaz. Buna karşın, kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçilere işe ve işyeri düzenine ilişkin hususlarda farklı işlem yapılmaması gerekmektedir.⁹⁷⁷

İş Kanunu m. 12 ve 13’te ayrıca “*emsal işçi*” tanımlanmıştır. İş Kanunu m. 12/3’e göre emsal işçi, “*işyerinde aynı veya benzeri işte belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılan işçidir. İşyerinde böyle bir işçi bulunmadığı takdirde, o işkolunda şartlara uygun bir işyerinde aynı veya benzer işi üstlenen belirsiz süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılan işçi dikkate alınır.*” İş Kanunu m. 13/3’e göre de emsal işçi, “*işyerinde aynı veya benzer işte tam süreli çalıştırılan işçi*” olarak tanımlanmıştır. Her iki düzenlemede emsal işçinin tespitinde, işyerinde çalışan belirsiz ve tam süreli işçi ölçüt olarak alınmıştır.

Eğer, işyerinde böyle bir işçi bulunamazsa, bu kez o işkolunda, şartlara uygun bir işyerinde aynı veya benzer işi üstlenen işçi, emsal işçi olarak esas alınacaktır. İşveren, belirli-belirsiz süreli ve kısmi-tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçiler arasında ayrımı haklı kılan objektif bir neden olmadıkça, eşit işlem yapma borcun uygun davranmalıdır.

⁹⁷⁶ **Alpagut**, Oransallık İlkesi, 35.

⁹⁷⁷ Yargıtayın bir kararına göre, “*Kısmi süreli ve çağrı üzerine çalışan işçilerin izin hakkı bakımından tam süreli işçilere göre farklı bir uygulamaya tabi olamayacakları açıklanmıştır. Bu durumda bir yıllık çalışma süresini dolduran kısmi süreli çalışan işçinin izin hakkı vardır. Kısmi süreli çalışan işçiler sendikaya üye olabilirler, toplu iş sözleşmelerinin kapsamına girebilirler, greve katılabilirler. Kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışanlar bu Kanunun 18 ve 29. maddesinde yazılı olan işçi sayısına dahildirler ve iş güvencesi hükümlerinden yararlanabilirler.*” Y9HD, 16.06.2011, E. 2009/16979, K. 2011/18281, KİBB.

İşveren, örneğin, kapı kontrolü, kantin-otopark-kreş kullanımı gibi bölünemeyen edimler söz konusu olduğunda, ayrımı haklı kılan bir neden olmadıkça, tüm işçileri bu menfaatlerden tam olarak yararlandırmalıdır. Zira, sözleşmenin türü, başlı başına işçiler arasında ayrımı haklı kılan bir neden değildir. Ancak, bir işyerinde örneğin, ikramiye gibi herhangi bir ücret ekinin ödenmesi ya da belirli bir çalışma şartından yararlanma, işçinin asgari bir çalışma süresine bağlandıysa, belirli ya da kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçi de kıdem açısından gerekli süreyi tamamladığında bu haktan yararlanabilecektir.⁹⁷⁸

Bu noktada ayrıca değinmek istediğimiz husus, geçici işverenin geçici iş ilişkisiyle çalışan işçilere karşı eşit davranma borcunun olup olmadığıdır. Daha önce de ifade edildiği üzere, meslek edinilmiş geçici iş ilişkisinde, işçinin işvereni kendisiyle iş sözleşmesini akdeden özel istihdam bürosudur. Ancak, işçi, iş ilişkisinin özelliği gereği, başka bir işverenin işyerinde iş görme edimini geçici olarak yerine getirmek üzere çalıştırılmaktadır. Yani, geçici işçi, başka bir işverenin iş organizasyonuna geçici süreyle dahil olmakta ve geçici işverenin talimatları altında çalışmaktadır.

Geçici iş ilişkisinde, geçici işverenin, geçici işçiye işin görülmesine ve işyeri düzenine ilişkin konularda talimat verirken eşit davranma borcunun bulunup bulunmadığı tespit edilmelidir. İş Kanununun 7. maddesinin 10. fıkrasına göre, “*Geçici işçinin, geçici işçiyi çalıştıran işverenin işyerindeki çalışma süresince temel çalışma koşulları, bu işçilerin aynı işveren tarafından aynı iş için doğrudan istihdamı halinde sağlanacak koşulların altında olamaz.*” Bu düzenleme, meslek edinilmiş geçici iş ilişkisi hakkında Avrupa Birliğinin 2008/104/EC No’lu Direktifi esas alınarak hazırlandığı için, hükmü incelerken bu Direktifin de göz önünde bulundurulması gereklidir.⁹⁷⁹

⁹⁷⁸ **Alpagut**, Oransallık İlkesi, 38-39; **Senyen Kaplan**, Eşitlik İlkesi, 237-238.

⁹⁷⁹ Benzer yönde **Usen**, 176-177; **Civan**, Ödünç İş İlişkisi, 375; **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, 242; **Özkaraca**, Geçici İş İlişkisi, 81; **Güzel-Heper**, 48.

Direktifin 5. maddesinin 1. fıkrasına göre, geçici işçinin, geçici işverenin yanında çalıştığı süre boyunca temel çalışma koşulları, geçici işçi aynı işi yapmak için doğrudan geçici işverence işe alınsaydı ona sağlanacak koşullara göre belirlenmelidir. Maddede sayılan “*temel çalışma koşulları*” arasında kanunlar, yönetmelikler, toplu iş sözleşmeleri ve/veya bağlayıcı benzer diğer genel düzenlemelerce konulmuş; çalışma süresi, fazla çalışma, ara dinlenmesi, gece çalışması, bayramlar ve genel tatiller ile ücret⁹⁸⁰ yer almaktadır.

Yine Direktife göre, gebe ve emziren kadınlar ile çocuk ve genç işçilerin korunması, kadın-erkek eşitliği, cinsiyet, ırk, etnik köken, din, inanç, yaş, cinsel yönelim nedeniyle ayrımcılık yapılamayacağı, eşitlik ilkesi kapsamında hüküm altına alınmıştır (m. 5/1).

İş Kanunu m. 7/10, işverenin temel çalışma koşullarında eşit davranma borcunu düzenlemektedir. Türk iş hukukunda da çalışma koşulları; yasa, yönetmelik, toplu iş sözleşmesi, iş sözleşmesi, genel iş koşulları gibi işçi ve işverenin tabi olacağı hak ve borçları ifade etmektedir. Bu açıdan, çalışma koşulları hakkında, Direktifteki düzenlemeyle, Türk hukukundaki düzenleme paralellik arz etmektedir.⁹⁸¹

Kanun, bu düzenlemesiyle, belirli ve kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalıştırılan işçiler arasındaki ayrım yasağından farklı olarak, emsal işçi kavramını kullanmamıştır. Burada *varsayımsal* bir noktadan hareket edilmekte ve geçici işçi, doğrudan geçici işveren tarafından istihdam edilseydi, hangi şartlardan yararlanacak idiyse, o şartlar esas alınmaktadır.⁹⁸²

Öyle ki, geçici işverenin iş organizasyonunda, aynı veya benzer işi yapan işçi bulunmasa dahi, ölçüt olarak alınan öge çalışma koşulları olduğu için, yasa ve yürürlükteki toplu iş sözleşmesi veya iş sözleşmelerine göre çalışma koşulları belirlenecektir.⁹⁸³

⁹⁸⁰ Geçici iş ilişkisi süresince, geçici işçiye ödenecek ücretin, geçici işçi, geçici işveren tarafından aynı iş için doğrudan istihdam edilseydi ödenecek ücrete denk olup olmaması hakkındaki tartışma için bkz. **Süzek**, 296; **Civan**, Ödünç İş İlişkisi, 376-378; **Özkaraca**, Geçici İş İlişkisi, 81-85; **Doğan Yenisey**, Geçici İş İlişkisi, 159-160; **Çelik/Caniklioglu/Canbolat**, 254-255; **Alpagut**, Geçici İş İlişkisini Düzenleyen AB Yönergesi, 357-362; **Taşkent/Kurt**, 8.

⁹⁸¹ **Süzek**, 296.

⁹⁸² **Alpagut**, Geçici İş İlişkisini Düzenleyen AB Yönergesi, 359-360; **Doğan Yenisey**, Geçici İş İlişkisi, 159.

⁹⁸³ **Schlachter**, Temporary Agency Workers, 10.

O halde, geçici işveren, kendi işçilerine uygulamakla yükümlü olduğu çalışma süresi, ara dinlenmeler, gece çalışması, hafta tatilleri, izinler, gebe ve emziren kadınlarla genç işçilerin korunması gibi hükümlerle, işyeri düzenine ilişkin kapı kontrolü, işyerinde sigara içilmesi, kıyafet gibi düzenlemelerde, geçici işçilere de eşit davranma borcuna uygun hareket etmelidir.

İşveren, geçici iş sözleşmesiyle çalışan işçilere, iş sözleşmesinin niteliğinden kaynaklanan nedenlere dayanarak ayrımcılık yapamaz. Diğer bir anlatımla, iş sözleşmesinin türü, ayrımı başlı başına haklı kılan bir neden değildir.⁹⁸⁴

İşveren, geçici işçilere, işin gereği ve geçici işçi sağlama sözleşmesine uygun olarak talimat verme yetkisine sahiptir (m. 7/9). Ancak, geçici işveren, talimat verme yetkisini hukuka uygunluk ölçütleri içinde kullanmalıdır. Aksi durumda, geçici işçiler de hukuka aykırı talimatları yerine getirmekle yükümlü değildirler.

Geçici işverenin, temel çalışma koşulları bakımından eşit davranma borcu olduğuna ilişkin düzenleme, bu ilişkinin holding bünyesinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı şirketler arasında kurulması halinde de geçerlidir (m. 7/15).

Geçici iş ilişkisine ilişkin düzenlemeler dışında, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu m. 25/2'e göre, *"İşveren, bir sendikaya üye olan işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler veya ayrı sendikalara üye olan işçiler arasına, 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."*

Bu hüküm dışında Kanunun 3. maddesine göre, *"İşçiler, sendikaya üye olmaları veya olmamaları, iş saatleri dışında veya işverenin izni ile iş saatleri içinde işçi kuruluşlarının faaliyetlerine katılmaları veya sendikal faaliyette bulunmalarından dolayı işten çıkarılamaz veya farklı işleme tabi tutulamaz."*

⁹⁸⁴ MüKoBGB/Thüsing AGG § 1 Rn. 3.

Kanundaki bu düzenleme, işverenin eşit davranma borcu ve yönetim hakkıyla yakından ilişkilidir.⁹⁸⁵ İşveren, işin yürütümü ve işyerinin düzenine ilişkin konularda, işçilere vereceği talimatlarda sendikalı-sendikasız işçi ayrımı yapamaz. Kanunun 25. maddesindeki düzenleme, eşit davranma ilkesinin bireysel sendika özgürlüğü açısından somutlaştırılmış halidir.⁹⁸⁶

Dolayısıyla, işverenin sendika üyesi işçilerle sendika üyesi olmayan işçiler arasında ayırım yapması hem bireysel sendika özgürlüğüne hem de eşit davranma borcuna aykırılık teşkil eder.⁹⁸⁷ İşveren, çalışma şartlarına, diğer bir anlatımla, işin dağıtımına, çalışma sürelerine, mesleki ilerlemeye, disiplin cezalarına, iş sağlığı ve güvenliği düzenlemelerine, işyeri düzenine ve işçilerin kişisel davranışlarına ilişkin konularda talimat verme hakkını kullanırken sendikal nedene dayalı bir ayırım yapamaz.

Sendikal neden, işverenin işçiler arasında farklı davranmasını haklılaştıran bir neden değildir. Bunun tek istisnası ise, toplu iş sözleşmesindeki parasal hükümlerin sadece sendika üyesi (ve dayanışma aidatı ödeyen) işçiler için geçerli olacağına ilişkin düzenlemedir. Gerçekten de, 6356 sayılı Kanunun 39. maddesi uyarınca, toplu iş sözleşmesinden taraf işçi sendikasına üye olanlar ve dayanışma aidatı ödeyenler yararlanabilir.

Öte yandan, İş Kanununun 5. maddesinin 3. fıkrasına göre, “İşveren, *biyolojik veya işin niteliğine ilişkin sebepler zorunlu kılmadıkça, bir işçiye, iş sözleşmesinin yapılmasında, şartlarının oluşturulmasında, uygulanmasında ve sona ermesinde, cinsiyet ve gebelik nedeniyle doğrudan veya dolaylı farklı işlem yapamaz.*”

İşveren, aynı veya benzer işleri yapan işçiler arasında ayrımı haklı kılan objektif bir neden olmadıkça eşit davranma borcuna uygun davranmakla yükümlüdür. Bununla birlikte, işveren, biyolojik veya işin niteliğine ilişkin zorunlu nedenlerden dolayı işçiler arasında

⁹⁸⁵ Şahlanan, Sendikalar, 179; Tuğ, 191; Öztürk, Sendikal Tazminat, 88; Senyen Kaplan, Eşitlik İlkesi, 237.

⁹⁸⁶ Şahlanan, Sendikalar, 179; Öztürk, Sendikal Tazminat, 88.

⁹⁸⁷ Şahlanan, Sendikalar, 179; Tuncay, Eşit Davranma İlkesi, 127; Öztürk, Sendikal Tazminat, 88; Yuvalı, 81-82.

farklılıklar yaratabilir. Örneğin, işveren radyasyon riskinin olduğu bölümlerde, işçilerin çalışmasını düzenlerken, hamile işçilere farklı yönde talimatlar verebilir. Burada önemli olan nokta, işverence yapılan farklı muamelenin zorunlu olan biyolojik veya işin niteliğine ilişkin hususlardan kaynaklanmasıdır.⁹⁸⁸

Diğer önemli bir düzenleme, 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanununun 7. maddesinde, “*Ayrımcılık iddiasının ileri sürülemeyeceği haller*” başlığı altında yer almaktadır.

İşveren, madde kapsamında sayılan hallerden birine dayanarak, işçiler arasında farklılık yaratırsa, bu durumlarda, işverene karşı ayrımcılık iddiası ileri sürülemeyecektir. Kanunun 7. maddesine göre, bu haller şunlardır: “*a) İstihdam ve serbest meslek alanlarında, zorunlu mesleki gerekliliklerin varlığı halinde amaca uygun ve orantılı olan farklı muamele, b) Sadece belli bir cinsiyetin istihdamını zorunlu kılan durumlar, c) İşe kabul ve istihdam sürecinde, hizmet zorunlulukları nedeniyle yaş sınırlarının belirlenmesi ve uygulanması, gereklilik ve amaçla orantılı olması şartıyla yaşa dayalı farklı muamele, d) Bir dine ait kurumda, din hizmeti veya o dine ilişkin eğitim ve öğretim vermek üzere sadece o dine mensup kişilerin istihdamı, e) Dernek, vakıf, sendika, siyasi parti ve meslek örgütlerinin, ilgili mevzuatlarında veya tüzüklerinde yer alan amaç, ilke ve değerler temelinde üye olacak kişilerde belli şart ve nitelik aramaları, f) Eşitsizlikleri ortadan kaldırmaya yönelik, gerekli, amaca uygun ve orantılı farklı muamele, g) Vatandaş olmayanların ülkeye giriş ve ikametlerine ilişkin şartlarından ve hukuki statülerinden kaynaklanan farklı muamele.*”

⁹⁸⁸ Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin bir kararına göre, “*Davacı tanıkları, işverence doğum izninin kullandırılmama yönünde baskıları ifade etmişler, tanıklardan biri bu yüzden işten ayrıldığını, diğeri ise doğum izni kullanmadığı için doğum sonrası terfi ettirilerek işe başlatıldığını açıklamıştır. İşyerinde 15.02.2005 tarihinde çalışan 179 kadın işçiden 72'sinin evli, 107' sinin bekar olduğu, 15.09.2006 tarihinde kadın işçi sayısı 248'e çıktığı halde evli kadın işçi sayısının 65'e gerilediği anlaşılmaktadır. Yapılan bu açıklamalara, dosya içeriğine ve özellikle kesinleşen işe iade kararı gerekçesine göre davacı işçinin doğum iznini kullanması sebebiyle kabulü mümkün olmayan daha alt bir görev teklif edildiği ve işçi tarafından kabul edilmemesi üzerine de iş sözleşmesinin feshedildiği anlaşılmaktadır. Davacının doğum iznini kullanması ve analık sebebiyle maruz kaldığı bu durum 4857 sayılı İş Kanunu kapsamında değerlendirildiğinde ayrımcılık tazminatının koşullarının oluştuğu kabul edilmelidir. Yine aynı hükme göre yoksun kalınan hakların talebi de yerindedir.*” Y9HD, 29.11.2011, E. 2009/19835, K. 2011/ 46440, KİBB.

O halde, işverenin, zorunlu mesleki gerekliliklerin/hizmet zorunluluklarının varlığı halinde, işçilere farklı işlem yapması, eşit davranma borcuna aykırılık olarak ileri sürülemeyecektir.

Benzer bir düzenleme, Türkiye'nin de taraf olduğu Uluslararası Çalışma Örgütü'nün 111 sayılı *İş ve Meslek Bakımından Ayrımcılığın Yasaklanması Sözleşmesi*nde yer almaktadır. Sözleşmenin 1. maddesinin 2. fıkrasına göre, belirli bir işin gerektirdiği niteliklere dayanan ayırım, eşit davranma borcuna aykırılık oluşturmamaktadır. Sözleşmenin eşit davranma ilkesine aykırılığı meşru sayan bu hükmünün *dar bir şekilde yorumlanması* gereklidir. Ayrıca, işin niteliğinin işçiler arasında farklı davranılmasını da *gerektirmesi* bir koşul olarak aranmaktadır. İşin gereklerine dayanarak yapılan bu ayırımın *amaca uygun ve amaçla orantılı* olması şarttır.⁹⁸⁹

Alman hukukunda da, mesleki gerekliliklere dayanan farklı muamelenin ayrımcılık sayılmayacağı ilkesi, Genel Eşit Davranma Kanununda hüküm altına alınmıştır. AGG § 8/1'e göre, "*Kanunun 1. maddesinde sayılan nedenlerden dolayı, kişilere farklı davranılması, belli bir mesleğin niteliği veya faaliyetin icrası sebebiyle esaslı ve belirleyici mesleki gerekliliklerden kaynaklanıyorsa, bu muamele, meşru bir amaca dayanması ve ölçülü olması koşuluyla hukuka uygundur.*"

Bu düzenleme, Avrupa Birliği'nin 200/43/EC, 2000/78/EC ve 2000/6/EC sayılı Direktiflerine de uygundur. Direktiflere göre de, farklı muamele bir mesleğin yürütümü için belirleyici (gerekli) ve amaçla ölçülüyse, ayrımcılık olarak nitelendirilmeyecektir.⁹⁹⁰

O halde, işverenin, işin doğası veya yapılacak işin koşulları nedeniyle, ırk, etnik köken, cinsiyet, din, dünya görüşü, engellilik, cinsel kimlik veya yaş konusunda farklı

⁹⁸⁹ Nielsen, 845.

⁹⁹⁰ Avrupa Birliği Adalet Divanı, İspanya'nın Bask Özerk Bölgesinde, polis teşkilatının, operasyonlarda görev almak üzere otuz beş yaşını geçmemiş kişilerin işe alınmasına yönelik verdiği ilanın, mesleğin yürütümü için gerekli bir unsur olduğunu belirtmiş ve ayrımcılık yasağının ihlal edilmediğine karar vermiştir. Karar metni için bkz. ABAD, 15.11.2016, *Gorka Salaberria Sorondo v. Academia Vasca de Policía y Emergencias*, C-258/15, <http://curia.europa.eu/juris/liste>.

davranması, eşit davranma borcuna aykırılık oluşturmaz. Ancak, işverenin bu uygulamalarının meşru ve amaçla ölçülü olması gereklidir.⁹⁹¹

Örneğin, yukarıda da ifade ettiğimiz gibi *mevzuatımızda*, 6701 sayılı Kanun, sadece din hizmeti veya dini eğitim-öğretim veren kurumlardaki istihdam koşullarında yaratılabilecek farklı işlemlere ilişkin bir düzenleme getirmiştir. Bu hükümden hareketle, bu tür dini kurumların, işe alımda, işin devamında veya sona ermesinde belli bir dine mensup kişileri tercih etmesi ayrımcılık sayılmayacaktır.⁹⁹²

İşverenin işçiler arasında mesleğin gerekleri ve işin niteliğinden kaynaklanan nedenlere dayanarak farklı işlem yapması “*haklı nedenler*” arasında sayılmaktadır. Ancak, bu düzenlemenin olabildiğince *dar ve hükmün amacına göre yorumlanması* gerekmektedir.

İşçiler arasında farklı davranmanın *zorunlu*⁹⁹³ ya da *esaslı ve belirleyici*⁹⁹⁴ mesleki gerekliliklerden kaynaklanmasından kasıt ise, belirli bir mesleki faaliyetin tam ve eksiksiz şekilde yerine getirilmesi için bazı koşulların varlığının gerekliliğidir.⁹⁹⁵

Ayrıca, işverenin, mesleki gereklilikler nedeniyle işçiler arasında farklı davranmasının eşit davranma borcunu ihlal etmemesi için, mesleki gerekliliğin *objektif* olarak mevcut olması aranmaktadır.⁹⁹⁶

Örneğin, Avrupa Adalet Divanı, kadınların fizyolojik olarak oksijen kapasitelerinin ve kırmızı kan hücrelerinin erkeklere oranla daha düşük olması iddiasıyla, belli bir basınç

⁹⁹¹ **Ergin**, Eşit Davranma Yasası, 651; **Doğan Yenisey**, Olası Uyum Sorunları, 19; **Yıldız**, Eşit İşlem, 175-177; **Ugan Çatalkaya**, 232-235.

⁹⁹² Almanya’da 2019 yılında kilisede çalışan kadınlar, Katolik kilisesinin cinsiyetçi tavrına ve Kilisenin, kadın çalışanlara karşı uyguladığı ayrımcı muamelemeye ve Kilisede yaşanan cinsel taciz olaylarına karşı Kilise aleyhine “*Maria 2.0*” adını verdikleri bir grev başlattılar. Kadınların temel isteği, cinsel taciz ve istismar olaylarının örtbas edilmemesi, sorumluların ortaya çıkarılması ve Kilise hiyerarşisindeki üst konumlara sadece erkeklerin getirilmesi uygulamasının sonlandırılmasıdır. Kadınlar, Kilise içindeki görevlerde ayrımcılık yapılmamasını ve Kilisenin kadın-erkek arasındaki eşitliği gözetmesini talep etmektedir. Bu konuda bkz. “*Maria 2.0*”: *Der Streik der frommen Frauen*, <https://www.dw.com/de/maria-20-katholikinnen-in-deutschland-rufen-frauenstreik-aus/a-48684656>.

⁹⁹³ 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu m. 7/I-a.

⁹⁹⁴ AGG § 8/1.

⁹⁹⁵ **ErfK/Schlachter** AGG § 8 Rn. 6; **MüKoBGB/Thüsing** AGG § 8 Rn. 6.

⁹⁹⁶ **ErfK/Schlachter** AGG § 8 Rn. 1.

seviyesinin üstünde olan yerlerde veya su altında çalıştırılmamalarının ayrımcılık yasağını ihlal edip etmediğine ilişkin bir olayda; yasaklayıcı normun amaca göre ölçülü olarak ve dar yorumlanması gerektiğine karar vermiştir.

Kararda, kadın ve erkek arasındaki fiziksel farklılıklara değinilmiş; ancak, fiziksel olarak gerekli niteliklere sahip olmayan (oksijen seviyeleri ve kırmızı kan hücreleri kadınlarınkine eşit veya daha az olan) erkeklerin işe alınıp, kadınların genel bir değerlendirmeye işe kabul edilmemelerinin, ayrımcılık yasağını ihlal ettiği belirtilmiştir.⁹⁹⁷

Bazı durumlarda ise, mesleki gerekliliğin ve işin niteliğinin farklı muameleyi geçerli kılması için *sübjektif* bir neden bulunması yeterlidir.⁹⁹⁸ Örneğin, mahremiyetle ilgili olarak, kızlar yurdundaki gece bakım hemşiresinin kadın olmasının aranmasında⁹⁹⁹ ya da mankenlik, oyunculuk, özel koruma gibi işlerde, mesleki gereklilik ve işin niteliği farklı uygulamaları meşru kılmaktadır.¹⁰⁰⁰

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de, ayrımcı davranışın makul ve objektif bir gerekçesinin olup olmadığını değerlendirmektedir. Mahkemeye göre, meşru bir amaç¹⁰⁰¹

⁹⁹⁷ ABAD, *Commission of the European Communities v. Republic of Austria*, C-203/03, 01.02.2005, <http://curia.europa.eu/juris/liste>.

⁹⁹⁸ **Erfk/Schlachter** AGG § 8 Rn. 2.

⁹⁹⁹ BAG, 28. 5. 2009 - 8 AZR 536/08, (www.beck-online.beck.de).

¹⁰⁰⁰ **Yıldız**, Orantılılık İlkesi, 685.

¹⁰⁰¹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin önüne gelen oldukça ilginç bir uyuşmazlıkta, Batı Trakya'da (Gümülcine'de) Türk-Müslüm azınlığa mensup Hatice Molla Salih, Yunanistan devletine karşı Sözleşmenin 14. maddesini ihlal ettikleri gerekçesiyle dava açmıştır. Hatice Molla Salih'in eşi 2008 yılında vefat etmiştir ve ölmenden önce resmi vasiyetnameyle eşine tüm malvarlığını bırakmıştır. Murisin kardeşleri ise Hatice'ye karşı İslam hukukuna dayanan bir süreç başlatmışlar ve mirasın Yunanistan Medeni Kanununa göre değil İslam hukukuna (Osmanlı Kanunlarına) göre paylaşılması gerektiğini iddia etmişlerdir. Yunanistan mahkemeleri Müslüman azınlığı ilgilendiren davalarda (özellikle aile hukuku, miras hukuku gibi) şeriat hukukunun kurallarının uygulanacağını belirterek, resmi vasiyetnameye rağmen murisin kardeşlerini haklı bulmuştur. Hatice Molla Salih, ayrımcılığa uğradığını iddia ederek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde Yunanistan aleyhine dava açmıştır. Mahkeme yaptığı incelemede, öncelikle Yunanistan'ın vatandaşlarının kendi istekleri dışında şeriat kurallarını uygulayan tek Avrupa ülkesi olduğunu ve bunun neticesinde özellikle kadınların Medeni Kanunun kendilerine sunduğu pek çok haktan faydalanamadıklarını tespit etmiştir. Ayrıca, Mahkeme, Lozan Antlaşması'nda bu yönde bir hükmün bulunmadığını, Lozan Antlaşması'yla sadece Batı Trakya'daki Müslüm azınlığın inanç özgürlüklerinin korunması ve garanti edilmesinin amaçlandığını ifade etmiştir. Yine mahkemeye göre, her türlü antlaşma yirminci yüzyılın gerektirdiği koşullarda güncel bir bakış açısıyla yorumlanmalıdır. Mahkemeye göre, belli bir inanca mensup olmak da ülkedeki kanunlardan yararlanmaya engel değildir. İlaveten, bu uygulama, kadınları sadece Müslüm azınlıktaki erkekler karşısında değil; Müslüman olmayan Yunanistan'da

yoksa ve amaçla, amaca ulaşmak için kullanılan araç orantılı değilse, ortada ayrımcı bir davranış vardır.

Bu açıdan Mahkeme, “*orantılılık testi*”ni uygulamaktadır. Dar anlamda ölçülülük yani, orantılılık ilkesiyle; araç ile amacı karşılaştırarak müdahalenin ağırlığıyla, yapılan müdahaleyi hukuka uygun hale getiren nedenlerin önemi arasında değerlendirme yapılmaktadır. Orantılılık ilkesi, kişilerin karşılıkları çıkarlarını kıyaslamaktadır.¹⁰⁰²

Orantılılık testi, iki aşamadan oluşmaktadır. Mahkeme, birinci aşamada meşru bir amacın olup olmadığını incelemekte; ikinci aşamada ise farklı davranışın orantılı olup olmadığını araştırmaktadır.¹⁰⁰³ Mahkemeye göre, kişiler arasındaki farklı muamele, hem meşru bir amaca dayanmalı hem de orantılı olmalıdır. Mahkeme, neyin orantılı olup neyin olmadığı noktasında ise net bir ölçüt koymamakta, her somut olayın özelliklerine göre inceleme yapmaktadır.¹⁰⁰⁴

Tüm bu açıklamalarımızdan sonra, işverenin talimat verme hakkını kullanırken, işçiler arasında farklı davranmasını gerektiren *zorunlu mesleki gerekliliklerin* mevcut olması durumunda, işçilere farklı yönde talimatlar vermesinin, eşit davranma borcuna aykırılık oluşturmayacağını söyleyebiliriz. Diğer bir anlatımla, işverenin, bu yöndeki talimatları hukuka uygundur.

İşveren, mesleki gerekler ve işin niteliği zorunlu kılıyorsa, işçilere işin ve işyerinin düzenine ilişkin konularda farklı talimatlar verebilir. Bu durum, eşit davranma borcunu ihlal etmez. Örneğin, işverenin HIV virüsü taşıyıcısı bir işçiye, işyerindeki ortak alanları kullanmaması yönünde verdiği talimat, eşit davranma borcuna aykırılık teşkil etmektedir.

Zira, HIV virüsünün bulaş şeklinin çok belli ve istisnai durumlarda gerçekleştiği bilimsel bir

yaşayan erkekler karşısında da dezavantajlı duruma sokmaktadır. Mahkeme, Müslüm azınlığa mensup olan kadınlara Medeni Kanunun uygulanmamasında *meşru bir amacın bulunmadığı* sonuca vararak, sözleşmenin 14. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Karar metni için bkz. AİHM, *Molla Sali v. Greece*, Başvuru No: 20452/14, 19.12.2018, (www.hudoc.echr.coe.int.).

¹⁰⁰² Yıldız, Orantılılık İlkesi, 684.

¹⁰⁰³ ECHR, Guide on Article 14, 18.

¹⁰⁰⁴ Karan, Bireysel Başvuru Kararlarında, 283-285; ECHR, Guide on Article 14, 19-20.

veri olarak bilinmektedir. Bu anlamda HIV, sıradan fiziksel temasla veya hava yoluyla ya da ortak tuvalet kullanımı, öksürme, hapşırma, tükürük, gözyaşı yoluyla insandan insana bulaşmamaktadır.¹⁰⁰⁵ Dolayısıyla, işverenin kantin, yemekhane, tuvalet, spor tesisleri gibi alanların kullanılmaması yönünde vereceği talimat hukuka aykırıdır.

Bireysel başvuru kararına konu olmuş bir olayda, işveren, davacı işçinin HIV pozitif olduğunu öğrendikten sonra, işçiye önce birkaç ay ücret ödenmiş ve fakat daha sonra, işe gelmemesini söylemiş ve işçiye işyerinden uzaklaştırılmıştır. Anayasa Mahkemesi, işverenin, haklı bir neden olmaksızın işçiye ayrımcılık yaptığına ve dolayısıyla, eşitlik ilkesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir.¹⁰⁰⁶

Buna karşın, işverenin, haklı bir nedeni bulunmaksızın, işyerinde aynı durumda olan bazı işçilerin üstlerinin aranmasına ilişkin verdiği talimat, işverenin talimat verme hakkı açısından eşit davranma borcuna aykırılık oluşturacaktır. Zira, işveren, talimat verme hakkını kullanırken aynı durumda olan işçiler arasında haklı ve objektif bir neden olmaksızın farklı davranamaz.

Öte yandan, işyerinde şoför olarak çalışan kişilerin alkol testine tabi tutulup diğer işçilerin tutulmaması eşit davranma borcuna aykırılık olarak nitelendirilmemelidir. Zira, mesleğin gereği ve işin güvenliği açısından bu alanda çalışan işçilere farklı muamele edilmesi haklı bir nedene dayanmaktadır.¹⁰⁰⁷

İşveren, talimat verme hakkını kullanırken, aynı durumdaki işçiler arasında haklı ve objektif bir neden olmadığı sürece eşit davranma borcuna uygun davranmalıdır. İşverence ileri sürülen nedenlerin haklı neden sayılabilmesi için, amaçlanan objektif hedefi gerçekleştirmeye elverişli olması ve bu amacın gerçekleşmesi için gerekli olması şarttır.¹⁰⁰⁸

¹⁰⁰⁵ Pozitif Yaşam Derneği, <https://pozitifyasam.org>

¹⁰⁰⁶ AYM, T.A.A Kararı, Başvuru No: 2014/19081, 01.02.2017, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/19081>.

¹⁰⁰⁷ **Sevimli**, Müdahalenin Sınırları, 88; **Ulucan**, Pozitif Ayrımcılık, 377-378.

¹⁰⁰⁸ **Doğan Yenisey**, Metodoloji, 1001.

İşverenin, talimat verme hakkını kullanırken eşit davranma borcuyla bağlı olması, keyfi talimatlar vermesinin de önüne geçmektedir. Bununla birlikte, yukarıda belirttiğimiz nedenler dışında, işverenin, işçinin yaptığı iş, uzmanlığı, eğitimi, kıdemi, çalışkanlığı, yeteneği, liyakati, işin tehlikelilik derecesi, üstlenilen sorumluluk vb. gibi haklı sebeplerin varlığı halinde, işçiler arasında farklı davranması, eşit davranma borcunun ihlali olarak nitelendirilmemektedir.¹⁰⁰⁹

C. Temel Hak ve Özgürlüklere Uygunluk

1. Genel Olarak

Demokratik bir toplumda bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin kamu otoritesine karşı korunması klasik insan hakları hukukunun temelini oluşturmaktadır.¹⁰¹⁰ Burada amaç, bireyleri, devletin gücüne karşı korumaktır. Ancak, temel hak ve özgürlükler sadece devlet tarafından değil, özel kişiler tarafından da ihlal edilebilmektedir. Dolayısıyla, bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin devlet dışındaki üçüncü kişilerin müdahalelerine karşı da korunması gerekmektedir.¹⁰¹¹

Bu noktada, işçinin durumu özellik arz etmektedir. İşçi, işverenin otoritesi altına girmekle, özgür bir birey olarak sahip olduğu temel hak ve özgürlüklerden vazgeçmiş olmaz.

¹⁰⁰⁹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun bir kararına göre, “Ancak eşit işlem borcu, işverenin tüm işçilere mutlak bir biçimde eşit davranacağı anlamına gelmez. Bu borç aynı nitelikteki veya aynı ya da benzer durumdaki işçiler için söz konusudur. İşveren, işçiler arasında gerek işçinin yaptığı iş, uzmanlığı, öğrenimi, kıdemi gibi objektif nedenlere gerek çalışkanlığı, yeteneği, performansı gibi sübjektif nedenlere dayanarak farklı işlem yapabilir. Yine yapılan işin benzer iş olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğinin tespitinde eğitim seviyesi, işin yapılmasında gösterilen çaba ve sorumluluk ile sahip olunması gereken becerinin benzer olması gerekmektedir.” YHGK, 10.10.2019, E. 2016/7-1534, K. 2019/1026, KİBB.

¹⁰¹⁰ “Temel hak ve özgürlükler” ile “insan hakları” kavramlarının aynı anlama gelip gelmediği doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre, bu iki kavram birbirinden farklıdır. Zira, insan hakları üst bir kavram olup ideal haklar veya ulaşılabilecek hedefler programı anlamına gelmektedir. Buna karşılık, temel haklar, pozitif hukuktan kaynaklanan, anayasalarda düzenlenen ve sınırları çizilmiş haklardır. Bu konudaki tartışmalar için bkz. **Ertürk**, Temel Haklar, 23-24. Öte yandan, doktrindeki bir diğer görüşe göre, insan hakları ve temel haklar aynı anlama gelmektedir. Bu yönde bkz. **Süzek**, 93; **Sur**, Sosyal Haklar, 50. Biz çalışmamızda, Anayasanın 12 vd. maddelerine uyumlu olması açısından “temel hak ve özgürlükler” ifadesini kullanacağız.

¹⁰¹¹ **Raday**, 103.

İşçinin, işverenin otoritesi altında olup işverenin talimatlarına uymakla yükümlü olması, diğer bir deyişle, taraflar arasındaki bu güç dengesizliği, işçinin temel hak ve özgürlüklerini herhangi bir kişiye göre daha *kırılgan* hale getirmektedir.

Zira, işveren tek taraflı olarak vereceği talimatlarla işçinin iş görme borcunu ve işyeri kurallarını şekillendirirken, diğer yandan da, işçinin temel hak ve özgürlüklerine doğrudan müdahale etmektedir. Özünde bağımlılık unsurunu barındıran iş ilişkisinde, işçinin temel hak ve özgürlüklerinin korunması, ancak işverenin talimat verme hakkının sınırlandırılması yoluyla gerçekleşebilir. Bu bağlamda, temel hakların etkin bir biçimde uygulanması konusunda iş hukuku önemli bir alanı oluşturmaktadır.¹⁰¹²

İş ilişkisinde temel haklar, taraflar arasındaki güç dengesizliğini ve işverenin sosyal gücüne dayanarak işçiye vereceği talimatlarla onun üzerinde yaratacağı tahakkümü bertaraf etmeye de yöneliktir. Unutulmamalıdır ki, “*aşırı hak, haksızlık demektir.*”¹⁰¹³

2. Temel Hakların Özel Hukuka (İş Hukukuna) Etkisi

Klasik kamu hukuku anlayışına göre, temel haklar, devletle birey arasındaki ilişkileri düzenlemektedir. Buna göre, temel hakların amacı, bireyi devlet karşısında korumaktır.¹⁰¹⁴ Geleneksel yaklaşım, temel hakları; bireyin temel hak ve özgürlük alanlarını kamu gücünün müdahalelerine karşı güvence altına alan “*savunma hakları*” (*Abwehrrechte*) olarak nitelendirmektedir. Buna, temel hakların “*dikey koruma etkisi*” de denilmektedir.¹⁰¹⁵

Ancak, temel haklar, sadece devlet tarafından değil, devlet dışındaki özel kişiler tarafından da ihlal edilebilmektedir. Özel hukuk dahil, evrensel hukuk düzeninin temelinde “*insan onuru*” kavramı yatmaktadır. Ancak, insan onuru ve dolayısıyla temel haklar, yaşanan sosyo-ekonomik değişimler sonucu, sadece devlet gücünün değil, aynı zamanda

¹⁰¹² Ertürk, Temel Haklar, 49-50.

¹⁰¹³ Tuncay, Hukuksal Etik, 59.

¹⁰¹⁴ Belling/İnce, 5.

¹⁰¹⁵ Belling/Herold/Kneis, 53-54.

sosyal güçlerin de tehdidi altındadır. Dolayısıyla, en yüksek değer olan insan onurunun, devlet dışında özel hukuk kişilerine de karşı korunması gerekmektedir.¹⁰¹⁶

Günümüzde, temel haklarda, anayasal değer yargısı olarak hukukun tüm alanlarında geçerli olan ve ilkesel normlar ortaya koyan “*objektif değerler düzeni*” (*objektive Wertordnung*) somutlaşmıştır. Temel haklar bu fonksiyonuyla sadece savunma karakterli olmayıp, aynı zamanda toplum düzeninin kurallarını belirleme işlevine ve pozitif özelliklere de sahiptir.¹⁰¹⁷

Burada devlet-birey ilişkisinden farklı olarak, özel hukukun eşitlik düzeni içinde “*temel hakların taşıyıcısı*” (*Grundrechtsträger*) olan özel kişiler karşı karşıya gelmektedir.¹⁰¹⁸ Bireyin, bir başka özel hukuk kişisine karşı temel haklara dayanıp dayanamayacağı ve dayanacaksa bunun ölçüsünün ne olduğunun belirlenmesi “*yatay etki doktrininin*” (*Drittwirkung*) özünü oluşturmaktadır.¹⁰¹⁹

Temel hakların özel hukuk ilişkilerine etkisi konusunun en özellikli noktalarından birisini ise, bizce, işçi-işveren ilişkileri oluşturmaktadır. Zira, bu ilişkide, işçinin karşısında, otoritesi altında çalıştığı ve sosyal bir güç olarak nitelenen işveren bulunmaktadır. İşveren, tek yanlı talimatlarıyla işçinin özgürlük alanına müdahale etmekte; temel haklarını sınırlandırmaktadır. Bu nedenle, işçinin, iş ilişkisinde temel haklarını kullanabilmesi, iş hukukunun ulaşmak istediği nihai amaç olan, taraflar arasındaki güç dengesizliğini dengelemeyi sağlayacaktır. Temel haklar, burada gücün kötüye kullanılmasını engellemektedir.¹⁰²⁰

Temel hakların, özel hukuk ilişkilerine etkisi olarak tanımlayabileceğimiz “*temel hakların yatay etkisi*” (*Drittwirkung der Grundrechte*) özellikle Alman hukukunda tartışılmış

¹⁰¹⁶ Nipperdey, 6-7.

¹⁰¹⁷ MHdB ArbR/ Fischinger § 7 Grundrechte im Arbeitsverhältnis, Rn. 2.

¹⁰¹⁸ Belling/Herold/Kneis, 54.

¹⁰¹⁹ Belling/Herold/Kneis, 54.

¹⁰²⁰ Raday, 103 vd. Yazar, özel kişiler arasındaki ilişkilerde temel haklara başvurulmasını “*insan haklarının özelleştirilmesi*” (*Privatising Human Rights*) kavramı çerçevesinde incelemektedir. Bu konuda bkz. Raday, 103-136.

ve teorik temellerine oturtulmuştur. Doktrinde, temel hakların yatay etkisi konusunda “*doğrudan yatay etki*” (unmittelbare Drittwirkung) ve “*dolaylı yatay etki*” (mittelbare Drittwirkung) olmak üzere iki teori ileri sürülmektedir. Doğrudan yatay etki ve dolaylı yatay etki dışında, temel hakların özel hukuk ilişkilerine yatay etkisini açıklamak için, son yıllarda “*temel hakların koruma fonksiyonu/yükümlülüğü*” (Schutzfunktion der Grundrechte) teorisi kullanılmaktadır.¹⁰²¹

a. Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Doğrudan Etkisi

Doğrudan etki teorisine göre, temel haklar, özel hukuk kişileri (temel hak taşıyıcıları) tarafından, devletin aracılığı olmadan diğer özel kişilere (temel hak taşıyıcılarına) karşı ileri sürülebilir. Bu teori uyarınca, temel haklar, özel hukuk ilişkilerine kanunlara ve yorum gerektiren ara basamaklara dayanmak zorunda kalmadan uygulama alanı bulur.¹⁰²²

Temel hakların doğrudan etkisi teorisinin savunucusu *Nipperdey*’e göre, temel haklar, devlet-birey ilişkisiyle sınırlı olan dar kalıbından çıkmıştır.¹⁰²³ *Nipperdey*’e göre, Anayasanın temel haklar bölümünde yer alan hakların tamamı temel hak niteliğinde değildir. Bazıları program hükümler, bazıları ise düzen hükümleri niteliğindedir. Bunlardan hem tüm hukuk düzeni için geçerli olan yani hem devlete karşı ileri sürülebilen hem de özel hukuk işlemlerinde geçerli olan haklar ise doğrudan bağlayıcıdır.¹⁰²⁴

Anayasanın birincil amacı, bireylere mümkün olduğunca güçlü bir koruma sağlamaktır. Örneğin, Alman Anayasasının 1. maddesinin 1. fıkrası insan onurunun korunmasıyla ilgili olduğuna göre, bu korumanın sadece devlete karşı değil, herkese karşı ileri sürülmesi gerekmektedir.¹⁰²⁵

¹⁰²¹ **Belling/Herold/Kneis**, 54; **Gören**, Yatay Etki, 9; **Belling/İnce**, 7.

¹⁰²² **Canaris**, 202; **Gören**, Yatay Etki, 9; **Belling/İnce**, 7.

¹⁰²³ **MHdB ArbR/ Fischinger** § 7 Grundrechte im Arbeitsverhältnis, Rn. 4.

¹⁰²⁴ **Nipperdey**, 12-13; **MHdB ArbR/ Fischinger** § 7 Grundrechte im Arbeitsverhältnis, Rn. 4-5.

¹⁰²⁵ **Gören**, Yatay Etki, 11.

Gamillscheg, bu anlamda “sosyal güç” kavramını kullanmaktadır. Yazara göre, bireylerin özel hukuk ilişkilerinde diğer kişilere karşı sosyal güç sergilediği durumlarda, bu sosyal güç temel haklarla sınırlandırılmalıdır.¹⁰²⁶

Ayrıca, doğrudan etki teorisinin savunucularına göre, Anayasanın 1. maddesinin 3. fıkrasına göre, “*Temel haklar, yasama, yürütme ve yargı organlarını doğrudan doğruya bağlar.*” Dolayısıyla, temel haklar devlet organlarını doğrudan doğruya bağladığına göre, bireyleri evleviyetle bağlar.¹⁰²⁷

Temel hakların özel hukuktaki geçerliliği için “*sızma yerlerine*” ihtiyacı yoktur.¹⁰²⁸ Buradaki etki objektif, normatif ve bağlayıcıdır. Dolayısıyla, özel hukuk ilişkilerinde de taraflar birbirlerine karşı doğrudan doğruya temel haklarını ileri sürebilir. Temel haklara aykırı olan her türlü işlem ise yok hükmündedir.¹⁰²⁹ Temel hakların özel hukuk ilişkilerindeki bu doğrudan etkisini *Nipperdey*, “*temel hakların mutlak etkisi*” olarak nitelemeyi tercih etmektedir.¹⁰³⁰

Alman Federal İş Mahkemesi de ilk başlarda temel hakların özel hukuka doğrudan etkisi teorisini kabul etmiştir. Bunun temel nedenlerinin başında *Nipperdey*’in Mahkemenin ilk başkanı olması ve uzun yıllar Birinci Dairenin Başkanlığını yapması gelmektedir.¹⁰³¹ Mahkeme, 1954 yılındaki kararında, temel hakların sadece devlet tarafından değil, devlet dışındaki üçüncü kişiler tarafından da ihlal edilebileceğini; ayrıca, temel hakların sadece devlet-birey ilişkilerini değil, aynı zamanda sosyal yaşamda bireyler arasındaki ilişkiler için

¹⁰²⁶ **Gamillscheg**, 407- 408. Sosyal güç kavramının temel hakların özel hukuka etkisi konusunda bir dayanak noktası olamayacağı eleştirisi için bkz. **Canaris**, 206-207.

¹⁰²⁷ **Boyar**, Dolaylı Yatay Etki, 57.

¹⁰²⁸ **Belling/İnce**, 8; **Gören**, Yatay Etki, 7-8.

¹⁰²⁹ **Nipperdey**, 15.

¹⁰³⁰ **Nipperdey**, 15.

¹⁰³¹ **Belling/Herold/Kneis**, 61; **MHdB ArbR/ Fischinger** § 7 Grundrechte im Arbeitsverhältnis, Rn. 4; **ErfK/Schmidt GG**, Rn. 2.

gerekli olduğunu ve bu yüzden de doğrudan etkiye sahip olduğunu belirtmiştir.¹⁰³² Ancak, Mahkeme daha sonraki yıllarda doğrudan etki görüşünü terk etmiştir.

b. Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Dolaylı Etkisi

Öncülüğünü *Dürig*'in yaptığı dolaylı etki teorisi, temel hakların özel hukuk ilişkilerine doğrudan etkisini reddetmektedir. Bu teoriye göre, temel haklar, özel hukuk ilişkilerine dolaylı olarak etki edebilir.¹⁰³³ Zira, temel haklar sadece devlete yönelik kamusal haklar olup, kişi yararına özel hak değildirler. Temel hakların amacı, bireyi devlete karşı korumaktır.¹⁰³⁴ Kamu hukuku ve özel hukuk sistemleri, hukukun iki ayrı bölümüdür. Bu nedenle, temel hakların, özel hukuka doğrudan değil, ancak dolaylı etkisinden söz edilebilir. Çünkü, özel hukuk, Anayasa karşısında bağımsız ve kendine özgü karakteri olan bir alandır.¹⁰³⁵

Doğrudan doğruya etkinin kabulü halinde, kişilerin Anayasa ile korunan irade özerkliği ilkesi tehlikeye düşecektir. Doğrudan doğruya etki, özel hukuka özgü sözleşme özgürlüğü gibi ilkelere zarar verebilecektir.¹⁰³⁶

Dolaylı etki teorisi de, Anayasanın tüm hukuk aleminde geçerli objektif değerler düzenine sahip olduğunu kabul etmektedir. Dolayısıyla, özel hukuk alanındaki hiçbir düzenleme bu objektif değerler düzenine aykırı olamaz.¹⁰³⁷ Bütün hukuk düzeni birlik arz etmek zorunda olduğundan, özel hukuk alanındaki hiçbir düzenleme, anayasal sisteme ve temel hakların sahip olduğu bu objektif değerler düzenine aykırı olamaz.¹⁰³⁸

¹⁰³² BAG, 03.12.1954- 1 AZR 150/54, BeckRS 9998, 122114, (www.beck-online.beck.de). Ayrıca bkz. **Canaris**, 202-203.

¹⁰³³ **Belling/Herold/Kneis**, 55; **MHdB ArbR/ Fischinger** § 7 Grundrechte im Arbeitsverhältnis, Rn. 9; **Maunz/Dürig/Durner** GG Art. 10 Rn. 142; **Tuncay**, Eşit Davranma İlkesi, 65; **Ertürk**, Temel Haklar, 37.

¹⁰³⁴ Doktrinde, ayrıca, Alman Anayasanın (GG) 1. maddesinin 3. fıkrasında temel hakların yasama, yürütme ve yargıyı doğrudan bağladığı belirtilmekte ve bu nedenle de temel hakların özel hukuka dolaylı etkisi olduğu sonucunun çıktığı ileri sürülmektedir. Bu konuda bkz. **Gören**, Yatay Etki, 13, dn. 51.

¹⁰³⁵ **Belling/İnce**, 10; **Gören**, Yatay Etki, 12-13.

¹⁰³⁶ **Canaris**, 205; **Gören**, Yatay Etki, 13.

¹⁰³⁷ **Belling/Herold/Kneis**, 55; **MHdB ArbR/ Fischinger** § 7 Grundrechte im Arbeitsverhältnis, Rn. 9.

¹⁰³⁸ **MHdB ArbR/ Fischinger** § 7 Grundrechte im Arbeitsverhältnis, Rn. 9.

Bu nedenle, özel hukukun belirsiz/soyut kavramları ve genel kuralları (ahlaka aykırılık, dürüstlük kuralı, hakkaniyete uygun takdir yetkisi, aşırı yararlanma gibi) temel haklar çerçevesinde yorumlanmalı ve bu kavramların içi temel haklar ışığında doldurulmalıdır.¹⁰³⁹

Alman hukukunda, temel hakların bu yolla özel hukuka etkisi için “*sızma/yayılma noktaları*” (*Ausstrahlungswirkung der Grundrechte*) tabiri kullanılmaktadır. Diğer bir anlatımla, özel hukuktaki genel ilkeler, temel hakların özel hukuka sızma noktalarıdır.¹⁰⁴⁰ Hiçbir özel hukuk kuralı, temel haklarla çelişki içinde olamaz ve her kural temel hakların özüne uygun yorumlanmalıdır.¹⁰⁴¹

Örneğin, işçi ve işveren arasında akdedilen bir iş sözleşmesine, işçinin evlenmesi halinde iş sözleşmesinin sona ereceğine dair hüküm konulması, ahlaka aykırı kabul edilerek bu hükmün geçersizliği sonucunu doğuracaktır. Ahlaka aykırı olan bu hükmün altında evlenme ve aile kurma hakkına aykırılık yer almaktadır¹⁰⁴² (GG § 6/I).

Federal Alman Anayasa Mahkemesi, 1958 yılında verdiği ünlü *Lüth* kararında, temel hakların özel hukuka doğrudan etkisini reddetmiş ve temel hakların özel hukuk ilişkilerine ancak dolaylı şekilde uygulanabileceğini kabul etmiştir.¹⁰⁴³ Temel hakların özel hukuk ilişkilerine dolaylı etkisi, bugün Alman hukukunda kabul edilmektedir.¹⁰⁴⁴

¹⁰³⁹ Canaris, 209; Belling/Herold/Kneis, 55; Junker, 22.

¹⁰⁴⁰ Canaris, 211; Belling/Herold/Kneis, 55; MHD ArbR/ Fischinger § 7 Grundrechte im Arbeitsverhältnis, Rn. 10.

¹⁰⁴¹ Gören, Yatay Etki, 14.

¹⁰⁴² Junker, 22.

¹⁰⁴³ Söz konusu kararda, özel bir basın kulübünün başkanı olan Erich Lüth, 1950 yılında “*Unsterbliche Geliebte*” isimli bir filmin yönetmen koltuğunda Nasyonal Sosyalizm zamanında Yahudi düşmanlığı yapan Veit Harlan’ın olmasından dolayı, anılan filmin protesto edilmesi çağrısında bulunmuştur. Filmin yapımcısı ve dağıtıcısı olan Veit Harlan ise Erich Lüth aleyhine dava açarak, ahlaka aykırı bir eylem nedeniyle (BGB § 826) kendilerine kasten zarar veren davalının bu iddiasından vazgeçmesini ve zararını karşılamasını talep etmiştir. Mahkemenin kararı üzerine, dava, Anayasa Mahkemesinin önüne taşınmıştır. Anayasa Mahkemesi, BGB § 826’daki “*ahlaka uygunluk*” kavramının yorumlanmasında Anayasanın 5. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen ifade özgürlüğünün dikkate alınmadığını belirterek Mahkemenin kararını kaldırmıştır. Zira Eric Lüth’ün ifade özgürlüğüne üstünlük tanınmalıdır. Anayasa Mahkemesine göre, Medeni Kanundaki soyut kavramlar temel haklar gözetilerek yorumlanmalıdır. Zira, temel haklar, hukukun her alanında geçerli olan objektif değerler içeren anayasal hükümlerdir. Anayasadaki hükümler yasama, yürütme ve yargıyı bağlar. Ayrıca, özel kişiler arasındaki ilişkiler

c. Temel Hakların Koruma Fonksiyonu/Yükümlülüğü

Temel hakların özel hukuk ilişkilerine yatay etkisi konusunda son zamanlarda ileri sürülen bir diğer teori ise “*temel hakların koruma fonksiyonu/yükümlülüğü*” teorisidir. Bu yaklaşıma göre, temel haklar, devletin koruma yükümlülüğü altındadır. Devlet, bireylerin temel hak ve özgürlük alanlarını sadece kamu gücünün haksız müdahalelerine karşı güvence altına almaz; aynı zamanda diğer kişilerin haksız müdahalelerine karşı da koruma altına alır.¹⁰⁴⁵

Her bir temel hak taşıyıcısı (hak sahibi), devletten temel haklarla korunan özgürlük alanları için koruma talep etme hakkına sahiptir.¹⁰⁴⁶ Temel hakların muhatabı devlet olduğuna göre, bireyler, üçüncü kişilerin saldırılarına karşı devletten (yani, kanun koyucu ve/veya yargıç) koruma isteyebilirler.¹⁰⁴⁷

Alman Anayasasının çeşitli maddelerinde gerçekten de temel hakların koruma fonksiyonunu/yükümlülüğünü belirten ifadeler yer almaktadır. Örneğin, Anayasanın 1. maddesinin 1. fıkrasına göre, “*İnsanın onur ve haysiyeti dokunulmazdır. Tüm devlet erki ona saygı göstermek ve korumakla yükümlüdür.*” Yine Anayasanın 6. maddesinin 1. fıkrasına göre, “*Evlilik ve aile devlet düzeninin özel koruması altındadır.*”¹⁰⁴⁸

de anayasaya aykırı olmamalıdır. Anayasa Mahkemesi, bu kararında, ayrıca, temel hakların özel hukuk ilişkilerine dolaylı olarak etki edeceğini kabul etmiştir. Özel hukukun belirsiz ve soyut kavramları temel hakların özel hukuk ilişkilerine etki edebilmesi için sızma noktalarıdır. Kararın tamamı için bkz. BVerfG, 15.01.1958- 1 BvR 400/51, BVerfGE 7, 198, (www.beck-online.beck.de).

¹⁰⁴⁴ **Belling/Herold/Kneis**, 55, 63-65; **MHdB ArbR/ Fischinger** § 7 Grundrechte im Arbeitsverhältnis, Rn. 10-11. Bununla birlikte, istisnai durumlarda, temel hakların doğrudan etkisi kabul edilmektedir. Örneğin, Alman Anayasasının 9. maddesinin 3. fıkrasına göre, çalışma koşullarını ve ekonomik koşulları korumak ve geliştirmek için sendika kurma hakkı, herkes ve bütün meslekler için güvence altına alınmıştır. Sendika kurma hakkı konusunda temel hakların doğrudan etkisi kabul edilmektedir. Bu konuda bkz. **Gören**, Yatay Etki, 16; **Tanör**, 233-235.

¹⁰⁴⁵ **Canaris**, 226-227; **Maunz/Dürig/Durner** GG Art. 10 Rn. 143. Koruma fonksiyonu/yükümlülüğü teorisine karşı getirilen eleştiriler için bkz. **Ergül**, 455-457

¹⁰⁴⁶ **MHdB ArbR/ Fischinger** § 7 Grundrechte im Arbeitsverhältnis, Rn. 13.

¹⁰⁴⁷ **Canaris**, 227; **Belling/İnce**, 12.

¹⁰⁴⁸ **Belling/Herold/Kneis**, 55.

Temel hakların koruma fonksiyonu/yükümlülüğü teorisine göre, devlet, temel hak ve özgürlüklerin korunmasında ve geliştirilmesinde birinci derecede sorumludur.¹⁰⁴⁹ Bununla birlikte, bu görüşe göre, bireylerin temel hak ve özgürlükleri sadece devlet-birey arasındaki ilişkide değil, kişiler arasındaki ilişkilerde de devlet tarafından korunmalıdır. Bu anlamda, temel hakların korunması özel hukuku şekillendiren bir etki yaratmakta ve ilişki içindeki bireylerden birisi için hak doğururken; diğeri için yükümlülük ortaya çıkarmaktadır.¹⁰⁵⁰

Ancak, temel hakların koruma fonksiyonu/yükümlülüğü, erkler ayrımının görevlerini kaydırmaz.¹⁰⁵¹ Temel hakların korunması konusunda ilk olarak kanun koyucu sorumludur. Kanun koyucu, yasaları yaparken bireylerin temel haklarını dikkate almak zorundadır. Yargıç, önüne gelen uyuşmazlıklarda yasaları uygulayan kişidir. Ancak, yargıç, temel haklarla güvence altına alınan özgürlük alanlarının korunması gerekliyse, Anayasaya uygun bir yorum yaparak temel hakların koruma işlevinin gerçekleşmesine yardımcı olmaktadır.¹⁰⁵²

Alman hukukunda, temel hakların özel hukuk ilişkilerine etkisi konusunda başlangıçta doğrudan etki teorisi az da olsa taraftar bularak kabul edilmişti. Ancak, bu yaklaşım, hem geçmişte hem de günümüzde terk edilmiştir. Son zamanlarda, Alman hukukunda, dolaylı etki teorisi dışında, temel hakların koruma fonksiyonu/yükümlülüğü teorisi de önem kazanmaya başlamıştır.

Bu noktada, dolaylı etki teorisi ile koruma fonksiyonu/yükümlülüğü teorisinin birbirini dışlayıp dışlamadığı sorusunun cevaplanması gereklidir. Doktrindeki büyük bir çoğunluk, her iki teori arasında karşılıklı bir etkileşim olduğunu kabul etmektedir. Bununla birlikte, doktrindeki bir görüşe göre, koruma fonksiyonu/yükümlülüğü, dolaylı etki teorisinin bir

¹⁰⁴⁹ **Belling/Herold/Kneis**, 83.

¹⁰⁵⁰ **MHdB ArbR/ Fischinger** § 7 Grundrechte im Arbeitsverhältnis, Rn. 14.

¹⁰⁵¹ **MHdB ArbR/ Fischinger** § 7 Grundrechte im Arbeitsverhältnis, Rn. 13.

¹⁰⁵² **Belling/Herold/Kneis**, 84-85; **Belling/İnce**, 12.

parçasıdır. Bir başka görüş ise, koruma fonksiyonu/ yükümlülüğü teorisinin daha geniş olduğunu ve dolaylı etki teorisini içinde barındırdığını ileri sürmektedir.¹⁰⁵³

Bu görüşlere karşın, dolaylı etki teorisi ve koruma fonksiyonu/yükümlülüğü teorisi birbirini tamamlamakta ve mükemmel hale getirmektedir. Diğer taraftan, dolaylı etki teorisi, devletin koruma yükümlülüğünün çerçevesini çizmektedir. Bir hukuk sistemi içinde şimdi mevcut olan ve gelecekte meydana gelecek olan kişiler arası ilişkilerden doğan hukuki uyuşmazlıkların somut şekilde düzenlenmesi ve çözümlenmesi mümkün değildir. Bu yüzden, kanun koyucu temel haklara dayanan değerler düzenine ve her somut olayın koşullarına uygun soyut hukuki kavramlara ve genel ilkelere ihtiyaç duymaktadır. Soyut hukuki kavramlar ve genel ilkeler aracılığıyla temel hakların koruma fonksiyonu/yükümlülüğü, özel hukuk ilişkilerine etki etmektedir.¹⁰⁵⁴

Diğer taraftan, devletin koruma fonksiyonu/yükümlülüğü, dolaylı etkinin sınırlarını çizer.¹⁰⁵⁵ Koruma fonksiyonu/yükümlülüğü teorisine göre, kanun koyucu yasaları, temel hakların ışığında yapmalıdır. Kanun koyucu, ayrıca, irade özerkliği ve sözleşme serbestisini de dikkate almalıdır. Kanun koyucu, kişilerin birbirleriyle olan ilişkilerinde hak ihlalleri olmamasını sağlarken, irade özerkliği ve sözleşme özgürlüğünü de gözetmelidir. Bu bağlamda, devlet, özel hukuk ilişkilerinde iki tarafın da temel hak taşıyıcısı olmasından yola çıkmalı ve kişiler arasındaki hukuki ilişkilere sert bir biçimde müdahale etmemelidir.¹⁰⁵⁶

Alman hukukunda, günümüzde, dolaylı etki teorisi ile temel hakların koruma fonksiyonu/yükümlülüğü teorisi beraber kabul edilmektedir.¹⁰⁵⁷ Özel hukuk ilişkilerinde iki taraf da temel hak taşıyıcısı olduğu için, tarafların eşit birer birey oldukları kabul edilmektedir. Bu nedenle de, devletle birey arasındaki ilişkiden farklı bir durumun olduğu,

¹⁰⁵³ Belling/Herold/Kneis, 86.

¹⁰⁵⁴ Belling/Herold/Kneis, 86-87.

¹⁰⁵⁵ Belling/Herold/Kneis, 87.

¹⁰⁵⁶ Belling/İnce, 37.

¹⁰⁵⁷ Belling/İnce, 34.

dolayısıyla, temel hakların özel hukuk ilişkilerine doğrudan uygulanmayacağı kabul edilmektedir.

Ancak, doktrinde *Gamillscheg*, işçi ve işveren ilişkilerinde durumun farklılık arz ettiğini ifade etmektedir.¹⁰⁵⁸ Yazar, temel hakların yatay etkisi sorununda “sosyal güç” kavramının kilit rol oynadığını belirtmektedir. Bireyin diğer bir kişiyle olan ilişkisinde sosyal gücü temsil ettiği durumlarda, gücünün temel haklarla sınırlandırılması gerekmektedir.¹⁰⁵⁹ Buna karşın, taraflardan birinin güçlü konumda olmasının, temel hakların, özel hukuk ilişkilerine etkisinin boyutunu değiştirmeyeceği hakim görüş olarak kabul edilmektedir.¹⁰⁶⁰

Alman Federal İş Mahkemesi de (özellikle 1984 yılından itibaren) kararlarında, dolaylı etki teorisine ve koruma fonksiyonu/yükümlülüğü teorisine dayanmaktadır.¹⁰⁶¹ Mahkemenin, özellikle GewO § 106 konusunda verdiği kararlar, konumuz açısından önem taşımaktadır. Anılan düzenleme uyarınca, işveren, işin düzeni ve işçilerin davranışlarına ilişkin konularda talimat verme hakkına sahiptir. Ancak, işveren, talimat verme hakkını hakkaniyete uygun takdir yetkisine göre kullanmalıdır. Mahkemenin yerleşmiş içtihatlarına göre, işveren talimat verme hakkını kullanırken, tarafların menfaatlerini ölçmeli, bu anlamda bir menfaat karşılaştırması yapmalı ve her iki tarafın temel haklarını dikkate almalıdır.¹⁰⁶²

¹⁰⁵⁸ *Gamillscheg*, 408.

¹⁰⁵⁹ *Gamillscheg*, 407.

¹⁰⁶⁰ *Belling/İnce*, 29.

¹⁰⁶¹ *Belling/Herold/Kneis*, 73. Ayrıca, Federal Alman Anayasa Mahkemesi de, özellikle işçinin işyerinde din ve vicdan özgürlüğü (başörtü, dini semboller kullanma, vicdani nedenlerle işi ret vb.) konusunda dolaylı etki ve koruma fonksiyonu/yükümlülüğü teorilerine başvurmaktadır. Bkz. *Belling/İnce*, 24.

¹⁰⁶² *Belling/Herold/Kneis*, 73-74. Federal İş Mahkemesinin bir kararına göre de, işveren talimat verme hakkını hakkaniyete uygun takdir yetkisine göre kullanılmalıdır. Hakkaniyete uygun bir belirleme için de özellikle tarafların temel haklarının gözetilmesi gerekmektedir. Bu konuda bkz. BAG, 24.05.1989 - 2 AZR 285/88, (www.beck-online.beck.de).

d. Türk Hukukunda Temel Hakların Özel Hukuk (İş Hukuku) İlişkilerine Etkisi

Anayasanın bağlayıcı ve üstünlüğü kenar başlıklı 11. maddesine göre, “Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallarıdır.”

Anayasanın 138. maddesine göre ise, “Hakimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler.”

Anayasanın 11. maddesi, Anayasa hükümleri sadece devlet ve birey arasındaki dikey ilişkilerde değil; kişiler arasındaki yatay ilişkilerde de uygulanacağını açıkça düzenlenmiştir.

Anayasanın 138. maddesi de, yargıçlara, kişiler arasındaki uyuşmazlıklarda, Anayasa kurallarına başvurabileceklerine işaret etmektedir. Bu hüküm, Anayasanın 11. maddesini de güçlendirmektedir.¹⁰⁶³

Burada cevaplanması gereken soru, Türk hukukunda temel hakların özel hukuk ilişkilerine etkisinin nasıl olacağıdır. Bu konuda doktrinde iki ayrı görüş bulunmaktadır. Bu görüşlerden ilki, temel hakların özel hukuk ilişkilerine doğrudan etki edeceğini ileri sürmektedir.¹⁰⁶⁴ Bu görüş uyarınca, temel hakların özel hukuk ilişkilerine doğrudan etkisini destekleyen tek hüküm Anayasanın 11. maddesi değildir. Bunun yanı sıra, Anayasanın 12, 138 ve 177. maddeleri de aynı sonucu doğurmaktadır. Anayasanın özellikle 12. maddesi, devlet dışında, kişilerin de topluma, ailesine ve diğer kişilerin temel hak ve özgürlüklerine karşı sorumlulukları olduğunu düzenlemektedir. Anayasanın 138. maddesine göre ise yargıç, kişiler arasındaki özel hukuk ilişkilerinde de Anayasa kurallarını doğrudan uygulayabilecektir. Dolayısıyla, bireyler, doğrudan doğruya temel haklarına dayanarak dava açabilirler. Ayrıca, bu görüşe göre, Anayasa kuralları temel hukuk kuralları niteliği taşırlar ve bütün mevzuatın

¹⁰⁶³ Ertürk, Temel Haklar, 41.

¹⁰⁶⁴ Gören, Yatay Etki, 30-31; Gören, Temel Hak Genel Teorisi, 80-81; Kaneti, 210-211; Tunçomağ, 8-9; Tuncay, Eşit Davranma İlkesi, 69-70; Okur, Sigara İçme Özgürlüğü, 12.

üstündedirler. Dolayısıyla, Anayasadaki kurallara ve ilkelere aykırı herhangi bir düzenleme batıldır.¹⁰⁶⁵

Temel hakların özel hukuk ilişkilerine yatay etkisi konusunda savunulan ve bizim de katıldığımız bir diğer görüş ise, dolaylı yatay etki teorisidir.¹⁰⁶⁶ Zira, Anayasa kurallarının doğrudan doğruya uygulanması çok istisnai durumlarda mümkün olabilir. Anayasa kurallarının doğrudan doğruya uygulanabilmesi için, hakkın yapısı ve niteliği bakımından kendiliğinden uygulanabilir bir özelliği sahip olmalı, yani ayrıca bir düzenleme yapılmasına gerek olmamalıdır. Bu hak, yasama, yürütme veya yargı desteğine ihtiyaç duymadan uygulanabilir olmalıdır. Bu durum ise, sendika ve grev hakkı gibi istisnai hallerde söz konusu olabilir.¹⁰⁶⁷

Buna karşın, temel hakların, özel hukuk ilişkilerine etkisi konusunda dolaylı yatay etki teorisi daha geniş ve etkin bir uygulama güce sahiptir. Öncelikle, kanun koyucu, özel hukuka ilişkin hükümleri koyarken temel haklarla ve Anayasayla bağlıdır. Eğer kanun koyucu Anayasaya aykırı olarak bir kanun hazırlarsa, bu kanun, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilebilir. Diğer bir anlatımla, burada etki; temel hakların, kişiler arasında yaşanan hukuki uyuşmazlıklarda başvurdukları kanunlar üzerinde doğmaktadır.¹⁰⁶⁸

Öte yandan, dolaylı etki, özel hukuk kurallarının yorumunda ve özel hukuk alanındaki soyut/belirsiz kavramların yorumlanmasında kendisini göstermektedir.¹⁰⁶⁹ Bu durum, aslında, “Anayasa uygun yorum” ilkesinin yatay ilişkilerde uygulanmasıdır.¹⁰⁷⁰ Yorum yoluyla, Anayasal kurallar özel hukuk ilişkilerine yansımakta ve özel hukuk kurallarına Anayasaya ve temel haklara uygun içerik kazandırılmaktadır.¹⁰⁷¹

¹⁰⁶⁵ **Gören**, Yatay Etki, 30-31; Ayrıca bkz. **Kaneti**, 210.

¹⁰⁶⁶ **Tanör**, 254-255; **Boyar**, Dolaylı Yatay Etki, 60; **Belling/İnce**, 45-46; **Ertürk**, Temel Haklar, 43; **Ergül**, 466-468; **Karan**, Bireysel Başvuru Kararlarında, 253-255.

¹⁰⁶⁷ **Tanör**, 233.

¹⁰⁶⁸ **Ergül**, 466.

¹⁰⁶⁹ **Tanör**, 255; **Ergül**, 467; **Ertürk**, Temel Haklar, 43.

¹⁰⁷⁰ **Tanör**, 256.

¹⁰⁷¹ **Kaneti**, 200.

Anayasanın 11. ve 138. maddeleri de yargıca Anayasaya uygun yorum yapması görevini yüklemektedir.¹⁰⁷² Sadece özel hukuk kavramlarının yorumlanmasında değil, yargıç, kanunda olaya uygulanabilir bir hüküm bulunmadığı zaman, yani gerçek (açık veya örtülü) bir boşluk olduğunda da hukuk yaratırken Anayasa ile çelişmemelidir.¹⁰⁷³

İlaveten, bireysel başvuru usulüne ilişkin Anayasanın 148. maddesi ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun¹⁰⁷⁴ 45. maddesi uyarınca, “*Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna ek Türkiye’nin taraf olduğu protokoller kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir.*” Buna göre, herkes temel hak ve özgürlüklerinin “*kamu gücü tarafından*” ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir.

Bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin “*kamu gücü tarafından*” ihlal edilmesi lafzı, ilk etapta, bireysel başvuru usulünde temel hakların yatay etkisini dışlayan bir görüntü çizebilir. Ancak, özel hukuk ilişkisine taraf olan gerçek veya tüzel kişiler arasındaki uyuşmazlığın, yargı organlarınca, Anayasaya uygun şekilde çözümlenmemesi, başlı başına kamu gücü tarafından yaratılan bir hak ihlalini gündeme getirir. Bu durum ise temel hakların dolaylı yatay etkisini gündeme getirmektedir.¹⁰⁷⁵

Öyle ki, doktrinde, *Sağlam*’a göre, “*Bireysel başvuru yolu, bugüne kadar etkisiz kalan Anayasanın 11. maddesini ve dolayısıyla yatay etkiyi yeniden etkin hale getirmiştir.*”¹⁰⁷⁶ Tüm bu hususlar, özel hukuku düzenleyen kanunların, Anayasanın ve temel hakların gölgesi altında olduğunu göstermektedir.

¹⁰⁷² **Ertürk**, Temel Haklar, 44.

¹⁰⁷³ **Edis**, 139.

¹⁰⁷⁴ RG. 03.04.2011, 27894.

¹⁰⁷⁵ **Karan**, Bireysel Başvuru Kararlarında, 255.

¹⁰⁷⁶ *Sağlam*’ın görüşünü aktaran **Karan**, Bireysel Başvuru Kararlarında, 255, dn. 89.

Benzer bir yaklaşım, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve yargılaması için de geçerlidir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, devletlerin yükümlülüklerini “*negatif yükümlülükler*” ve “*pozitif yükümlülükler*” olarak iki kategoride toplamıştır. Negatif yükümlülükler; devletin temel hak ve özgürlüklere müdahale etmeme yükümlülüğünü doğurmaktadır.¹⁰⁷⁷

Pozitif yükümlülük doktrini ise, 1968 yılında verilen *Belçika Dil Hakları Davası* kararıyla¹⁰⁷⁸ ortaya çıkmıştır. Pozitif yükümlülükler, devletin bir hakkı güvence altına almak için gerekli tedbirleri almasıdır. Bu anlamda, devletin pozitif müdahalesini gerektirmektedir.¹⁰⁷⁹ Pozitif yükümlülükler teorisi, Sözleşmenin bireyler arasındaki özel ilişkilere etkisinin kapsamını diğer bir anlatımla, yatay etki teorisini güçlendirmektedir. Pozitif yükümlülükler, devletin, bireyin Sözleşmeden doğan haklarına yapılan haksız müdahalelere doğru ve etkili tepki vermemesiyle ilgilidir.¹⁰⁸⁰

Gerçekten de, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi sistemine göre, bireyler, birbirleri arasında çıkan uyuşmazlıkları doğrudan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin önüne taşıyamazlar. Bireysel başvurular, devlet aleyhine yapılmak zorundadır. Ancak, Sözleşmeye göre, Sözleşmeye taraf olan devletler, Sözleşmede düzenlenen hakların üçüncü kişiler (özel hukuk kişileri) tarafından da ihlal edilmesine engel olmalıdır. Burada devletin sorumluluğu, özel hukuk ilişkisi içindeki tarafların temel haklara müdahalesini haksız bulmamak ve buna ilişkin etkili bir başvuru yolu öngörmekten doğmaktadır.¹⁰⁸¹

¹⁰⁷⁷ **Akandji-Kombe**, 4.

¹⁰⁷⁸ AİHM, *Belgian Linguistic Case*, Başvuru No: 1474/62, 1677/62, 1691/62, 23.07.1968, (www.hudoc.echr.coe.int.).

¹⁰⁷⁹ **Akandji-Kombe**, 7.

¹⁰⁸⁰ **Akandji-Kombe**, 15; **Mantouvalou**, Welfare-to-Work, 945; **Çetin**, Çalışanların Hakları, 86. Türk Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru yoluyla önüne gelen bir uyuşmazlıkta, *pozitif yükümlülükler*, özel hukuk kişilerinin birbirleriyle olan ilişkilerinde yaşanan uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin yasal alt yapının oluşturulması, uyuşmazlıkların adil yargılama gereklerine uygun bir kapsamda incelenmesi ve bu yargılamada temel haklara ilişkin anayasal güvencelerin gözetilmesi olarak tanımlanmıştır. Karar metnin tamamı için bkz. AYM, *H.Ç Başvurusu*, Başvuru No: 2017/14907, 30.09.2020, RG. 09.12.2020, 31329.

¹⁰⁸¹ **Boyar**, Dolaylı Yatay Etki, 60; **Belling/İnce**, 46; **Engle**, 169; **Çetin**, Çalışanların Hakları, 82.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, “*Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkının*” düzenlendiği Sözleşmesinin 8. maddesinin ihlal edildiğine ilişkin bir kararında, devletin, kişiler arasındaki ilişkilerde özel yaşamın korunmasına ilişkin yasal düzenlemeleri, çeşitli ihtimalleri de gözeterek yeterli ölçüde yapmamasını, devletin pozitif yükümlülüklerini tam anlamıyla yerine getirmemesi olarak yorumlamıştır.¹⁰⁸²

Temel hak ihlali, devlet organlarından biri tarafından gerçekleşmişse burada devletin doğrudan bir sorumluluğu vardır. Bununla birlikte, temel hak ihlali, özel hukuk ilişkisi içinde olan yanlardan biri tarafından gerçekleştirilmişse, devlet, hakkı zarar gören kişiyi korumak için gerekli adımları atmadığı, yani, pozitif yükümlülüklerini yerine getirmediği için dolaylı olarak sorumlu olmaktadır. Bu anlamda, Sözleşmenin özellikle 8. (Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkı), 9. (Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü), 10. (İfade Özgürlüğü) ve 11. (Toplantı ve Dernek Kurma Özgürlüğü) maddelerinde düzenlenen haklar yatay olarak uygulanabilir niteliktedir.¹⁰⁸³

3. İşçinin Temel Hak ve Özgürlüklerinin Uluslararası ve Ulusal Hukuktaki Dayanakları

İşçinin, bağımlılık ilişkisi içinde ve işverenin otoritesi altında iş görme borcunu yerine getirmesi, temel hak ve özgürlüklerinden soyutlandığı anlamına gelmez. İşçi-işveren ilişkilerinin tarihsel sürecinde işçiyi, kişiliğinden bağımsız biçimde sadece işgücü olarak gören anlayış, modern iş hukukunda terk edilmiştir. İşçi, özgür bir birey olarak temel hak ve özgürlüklerin taşıyıcısıdır.

¹⁰⁸² AİHM, *Barbulescu v. Romania*, Başvuru No: 61496/08, 05.09.2017, (www.hudoc.echr.coe.int.).

¹⁰⁸³ **Boyar**, Dolaylı Yatay Etki, 60-61; **Çetin**, Çalışanların Hakları, 83. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, dolaylı yatay etki konusunda açık bir doktrin geliştirmese de, verdiği kararlarında dolaylı yatay etkiyi kabul etmektedir. Bu konuda detaylı bilgi ve karar örnekleri için bkz. **Boyar**, Dolaylı Yatay Etki, 63-67; **Çetin**, Çalışanların Hakları, 86-92.

İşçinin temel hak ve özgürlüklerinden kastımız, işçinin bir “kişi” olarak sahip olduğu temel hak ve özgürlüklerdir. İşçinin temel hak ve özgürlüklerinin bir birey olarak çalışma ilişkisi içinde korunması, günümüzdeki iş hukuku anlayışının temel meselelerinden birisidir.

Temel hak ve özgürlüklerin hukuki dayanakları arasındaki ilk sırada uluslararası belgeler gelmektedir. İlk olarak *İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi*, Birleşmiş Milletler tarafından 1948 yılında kabul edilmiştir.¹⁰⁸⁴ Beyanname, bağlayıcılığa sahip olmamakla birlikte, insan haklarının uluslar üstü ve ulusal hukukta korunması için yol gösterici bir niteliğe sahiptir.

Bir diğer önemli belge, *Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesidir*. Sözleşme, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 1966 tarihinde kabul edilmiş ve 1976 yılında yürürlüğe girmiştir.¹⁰⁸⁵ Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesinde devletlerin periyodik rapor verme ve bu raporların değerlendirilmesi (genel yorumlar) ile bireysel başvuru sistemi kabul edilmiştir. Bu yolla, Sözleşmenin etkin bir şekilde uygulanmasının sağlanması amaçlanmıştır. Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi, Sözleşmedeki hükümlerin taraf devletlerce yerine getirilip getirilmediği denetlemektedir. Türkiye ise, sosyal haklar için bireysel başvuruya imkan veren İhtiyari Protokolü imzalamamıştır.¹⁰⁸⁶

Diğer Birleşmiş Milletler Sözleşmeleri ise, *Birleşmiş Milletler Her Türlü Irk Ayrımcılığının Tasfiye Edilmesine Dair Uluslararası Sözleşme*¹⁰⁸⁷; *Birleşmiş Milletler*

¹⁰⁸⁴ Beyanname, 10 Aralık 1948 tarihinde Birleşmiş Milletler tarafından ilan edilmiştir. Türkiye, Beyannameyi 1949 yılında kabul etmiştir.

¹⁰⁸⁵ Sözleşme, 16 Aralık 1966 tarihinde imzalanmış ve 3 Ocak 1976 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye, Sözleşmeyi, 15 Ağustos 2000 tarihinde imzalamış ve Sözleşme 11 Ağustos 2003 onaylanmıştır. Sözleşme, 18.06.2003 tarih ve 25142 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

¹⁰⁸⁶ **Halatçı Ulusoy**, 259.

¹⁰⁸⁷ 21 Aralık 1965 tarihinde kabul edilen Sözleşme, 4 Ocak 1969 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye, Sözleşmeyi 3 Nisan 2002 tarihinde onaylanmıştır. Sözleşme 09.04.2002 tarih ve 24721 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır. Türkiye, Sözleşmeye iki beyan ve Sözleşmenin 22. maddesine (Sözleşmenin uygulanması ve yorumlanmasında Uluslararası Adalet Divanının yolunu açan madde) çekince koymuştur.

*Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (CEDAW)*¹⁰⁸⁸ ve *Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme*¹⁰⁸⁹.

Uluslararası Çalışma Örgütü'nün kabul ettiği sözleşmeler de çalışanların temel hak ve özgürlüklerinin korunmasında önemli bir işleve sahiptir. Uluslararası Çalışma Örgütü'nün amaçları ve temel ilkeleri *Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) Anayasasında* ve 1944 yılında kabul edilen *Philadelphia Bildirgesinde* belirtilmiştir. Buna göre, evrensel ve kalıcı barış, tüm dünyada ancak sosyal adaletin gerçekleştirilmesi yoluyla inşa edilebilir.

ILO Anayasasında, eşit işe eşit ücret ilkesinin tanınması; çocukların, gençlerin ve kadınların korunması; sendikal özgürlüklerin güvence altına alınması ve yoksullukla mücadele edilmesi gerektiği yönünden ilkeler benimsenmiştir.

Philadelphia Bildirgesinin 1. maddesinde, emeğin bir meta olmadığı vurgulanmıştır. Bildirgenin 2. maddesinde ise, bütün insanların ırk, inanç ve cinsiyetleri ne olursa olsun, maddi ilerlemelerini ve manevi gelişmelerini, hür ve haysiyetli bir şekilde, ekonomik güvence altında ve eşit şartlarda sürdürme hakkına sahip oldukları ifade edilmiştir.

Uluslararası Çalışma Örgütü, işçi-işveren ilişkilerinde uluslararası standardı belirlemek amacıyla çok sayıda sözleşme hazırlamıştır. 29 sayılı Cebri veya Zorunlu Çalışma Hakkında Sözleşme (1930), 87 sayılı Sendika Özgürlüğü ve Örgütlenme Hakkının Korunması Hakkında Sözleşme (1948), 98 sayılı Teşkilatlanma ve Kollektif Müzakere Hakkı Prensiplerinin Uygulanması Hakkında Sözleşme (1949), 100 sayılı Eşit Değerde İş İçin Erkek ve Kadın İşçiler Arasında Ücret Eşitliği Hakkında Sözleşme (1951), 111 sayılı İş ve Meslek Bakımından Ayrım Hakkında Sözleşme (1958), 138 sayılı İstihdama Kabulde Asgari Yaşa İlişkin Sözleşme(1973) ve 182 sayılı Kötü Şartlardaki Çocuk İşçiliğinin Yasaklanması

¹⁰⁸⁸ 18 Aralık 1979 tarihinde kabul edilen Sözleşme, 3 Eylül 1981 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye, Sözleşmeyi 11.06.1985 tarihinde uygun bulmuş, Sözleşme 14 Ekim 1985 tarih ve 18898 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

¹⁰⁸⁹ 13 Aralık 2006 tarihinde kabul edilen Sözleşme, 3 Mayıs 2008 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye, Sözleşmeyi, 30 Mart 2007 tarihinde imzalamıştır. Sözleşme, 14 Temmuz 2009 tarih ve 27288 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

Hakkında Sözleşme (1999), Uluslararası Çalışma Örgütü tarafından, 1998 yılında temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşmeler olarak kabul edilmiştir.¹⁰⁹⁰ Ancak, Uluslararası Çalışma Örgütünün bazı sözleşmelerinin, temel hak ve özgürlükler kapsamında sınıflandırılıp diğerlerinin bu başlığın dışında bırakılması doktrinde eleştirilmekte ve pozitivist yaklaşımın yerinde olmadığı ifade edilmektedir.¹⁰⁹¹

Avrupa Konseyi tarafından 1950 yılında *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*¹⁰⁹² kabul edilmiştir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde medeni ve siyasal haklar güvence altına alınmıştır. Bu sözleşmenin tamamlayıcısı olarak nitelenen ve ekonomik ve sosyal haklara ilişkin hükümleri düzenleyen *Avrupa Sosyal Şartı*¹⁰⁹³ 1961 yılında kabul edilmiştir. 1996 yılında ise *Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı* yürürlüğe girmiştir.¹⁰⁹⁴ Ayrıca, temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınmasında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi yargılaması ve içtihatlarının de önemi oldukça büyüktür.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde tanınan bir hakkın ihlal edildiğine ilişkin iddiaları, etkili iç hukuk yolları tüketildikten sonra incelemektedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ise birinci kuşak haklar olarak nitelendirilen klasik hakları düzenlenmektedir. Dolayısıyla, Mahkeme, Sözleşmede tanınmayan bir sosyal hakka ilişkin olarak yapılan şikayeti, Sözleşmeyle bağlantılı bulmazsa, başvuruyu kabul

¹⁰⁹⁰ Anılan sözleşmelerinin tamamı Türkiye tarafından onaylanmıştır.

¹⁰⁹¹ **Mantouvalou**, Are Labour Rights Human Rights?, 155-156. Yazara göre, Uluslararası Çalışma Örgütünün temel hak ve özgürlüklere ilişkin olarak nitelediği sözleşmeler dışında, diğer Uluslararası Çalışma Örgütü sözleşmeleri ve başkaca uluslararası belgelerde (Birleşmiş Milletler veya Avrupa sözleşmeleri) yer alan işçi hakları da evrensel, zorlayıcı, bağlayıcı olduğu ve süresiz hak sahipliği bahsettiği ölçüde insan hakkı olarak nitelendirilmelidir. Detaylı bilgi için bkz. **Mantouvalou**, Are Labour Rights Human Rights?, 164-169.

¹⁰⁹² Türkiye, Sözleşmeyi 4 Kasım 1950 tarihinde imzalamıştır ve Sözleşme 10 Mart 1954 tarih ve 8662 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

¹⁰⁹³ **Alp**, Sosyal Haklar, 2; **Gülmez**, Sosyal Şart, 31.

¹⁰⁹⁴ Türkiye, Avrupa Sosyal Şartını 18 Ekim 1961 tarihinde imzalamış ve 16 Haziran 1989 tarihinde çeşitli maddelere çekinceler koyarak onaylamıştır. Sözleşme, 4 Temmuz 1989 tarih ve 20215 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır. Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı, 3 Mayıs 1996 tarihinde imzaya açılmış ve 1 Temmuz 1999 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye, Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartını 6 Ekim 2004 tarihinde imzalamıştır. Sözleşme, 3 Ekim 2006 tarih ve 26308 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

edilemez olarak nitelendirmektedir.¹⁰⁹⁵ Ancak, Mahkeme son yıllarda, “*bütüncül bir yaklaşım*” izlemektedir. Diğer bir deyişle, Mahkeme bütüncül bir bakış açısına dayanan *geliştirici yorum* yapmakta ve bazı sosyal hakları, Sözleşmede tanınmış hakların sosyal uzantısı olarak görmekte ve incelemektedir.¹⁰⁹⁶

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ayrıca, Sözleşme dışındaki insan haklarına güvence sağlayan Sözleşmeleri de (örneğin, Uluslararası Çalışma Örgütü sözleşmeleri) kaynak olarak kullanmakta ve ilgili devletin söz konusu Sözleşmelere taraf olup olmamasını araştırmamaktadır. Zira, Mahkemeye göre, devletlerin çoğunluğu tarafından kabul edilen ilke ve kurallar ortak uluslararası bir norm niteliği taşırlar ve modern toplumun temelini oluştururlar.¹⁰⁹⁷

Bu bağlamda, aşağıda, işçinin talimatlara uyma borcu kapsamında irdeleneceğimiz konularda, Sözleşmenin 8 ila 11. maddeleri oldukça önem taşımaktadır.¹⁰⁹⁸

İşçinin iç hukukta güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerine değinmeden önce, uluslararası sözleşmelerin iç hukukumuzda etkisi üzerinde kısaca durmak istiyoruz. Anayasanın 90. maddesinin 5. fıkrasına göre, “*Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler*

¹⁰⁹⁵ Köksal, 55-56.

¹⁰⁹⁶ Mantouvalou, Are Labour Rights Human Rights?, 158. Örneğin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi *Sidabras and Dziautas v. Lithuania* kararında, çalışma özgürlüğüne getirilen geniş bir sınırlama/yasağın, kişiliğin gelişimini ve dış dünyayla ilişki içinde olmayı engellediğini belirtmiştir. Böyle bir durumun ise özel yaşam üzerinde ciddi boyutta olumsuz etkisi olmaktadır. Karar metnin tamamı için bkz. AİHM, *Sidabras and Dziautas v. Lithuania*, Başvuru No: 55480/00, 59330/00, 27.7.2004, (www.hudoc.echr.coe.int.). Mahkeme bu kararıyla, Sözleşmenin 8. maddesinde düzenlenen özel yaşama saygı hakkının kapsamını çalışma hakkını da içine alarak genişletmiştir. Bu konuda ayrıca bkz. Mantouvalou, Are Labour Rights Human Rights?, 158.

¹⁰⁹⁷ AİHM, *Demir and Baykara v. Turkey*, Başvuru No: 34503/97, 12.11.2008, p. 36, 37, 38, (www.hudoc.echr.coe.int.).

¹⁰⁹⁸ 2010 yılında yapılan Anayasa değişikliğiyle, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yolu açılmıştır. Bu değişiklik sonrasında, “herkes” Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından ihlal edildiği iddiasıyla -olağan kanun yollarının tüketilmesi şartıyla-Anayasa Mahkemesine başvurabilir.

içermesi nedeniyle çıkabilecek uyumsuzluklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır.” Anayasanın bu düzenlemesine göre, aynı konuda temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelerle yürürlükteki kanunlar arasında bir farklılık söz konusuysa, çelişen kuralların yerine uluslararası sözleşme hükümleri uygulanmalıdır.

Buradaki sorun, uluslararası sözleşmelerin hangilerinin temel hak ve özgürlüklerle ilintili olduğudur. Doktrinde de haklı olarak belirtildiği üzere, temel hak ve özgürlüklerden anlaşılması gereken, geniş anlamı ile “*insan hakları*” olmalıdır. Dolayısıyla, sadece Anayasada korunan temel hak ve özgürlükler değil, Türkiye’nin taraf olduğu uluslararası anlaşmalarda düzenlenen klasik kişisel ve siyasal haklar, ekonomik ve sosyal haklar ve hatta üçüncü kuşak dayanışma hakları da “*insan hakları*” kapsamında ele alınmalıdır.¹⁰⁹⁹

Temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşme hükmü ile iç hukuktaki bir kuralın çatışması halinde, kural, uluslararası normun esas alınması olsa da, eğer, iç hukuk normu uluslararası norma göre daha ileri hak ve güvence sunuyorsa, iç hukuk hükmü uygulanmalıdır.¹¹⁰⁰ Öte yandan, temel hak ve özgürlüklere ilişkin olmayan uluslararası sözleşmelerle kanunlar eş değerdir. O halde, bu tür uluslararası sözleşmelerle kanunlar arasında çatışma olması durumunda, *lex posterior* veya *lex specialis* uygulanmalıdır.¹¹⁰¹

İç hukukta, temel hak ve özgürlükler, en üst norm olan Anayasada ifadesini bulmaktadır.¹¹⁰² Anayasanın 12. maddesi, “*herkesin*” kişiliğine bağlı, dokunulmaz,

¹⁰⁹⁹ **Sur**, Sosyal Haklar, 50; **Gülmez**, İnsan Hakları Sözleşmelerinin Yeri, 153; **Eyrenci**, Yargı Kararları, 384. İş Hukuku açısından, doktrinde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Protokolleri, Birleşmiş Milletler Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi, Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi, Birleşmiş Milletler Her Türlü Irk Ayrımcılığının Tasfiye Edilmesine Dair Uluslararası Sözleşmesi, Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (CEDAW), Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme, Çocuk Hakları Sözleşmesi, Uluslararası Çalışma Örgütü’nün yukarıda anılan sekiz adet sözleşmesi temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşmelere örnek gösterilmektedir. Ancak, yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, Uluslararası Çalışma Örgütü’nün anılan sekiz sözleşmesi dışında kalan başkaca sözleşmeleri de, temel hak ve özgürlüklerle ilişkili olduğu için, bu yönde getirilen bir sınırlama yerinde değildir. Ayrıca, Avrupa Sosyal Şartı ve Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı ile Sosyal Güvenlik Avrupa Sözleşmesi de temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalar arasındadır.

¹¹⁰⁰ **Eyrenci**, 385; **Engin**, m. 90/son Hükmü, 12.

¹¹⁰¹ **Sur**, Sosyal Haklar, 49; **Başterzi**, Uluslararası Sözleşmeler, 32-33.

¹¹⁰² **Güzel**, Yetki ve Özgürlük, 108.

devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve özgürlüklere sahip olduğunu belirtmektedir. Yine, Anayasanın 13. maddesine göre, temel hak ve özgürlükler özlerine dokunulmaksızın sadece kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve özüne, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.

Anayasanın Birinci Kısımında “Genel Esaslar” başlığı altında “kanun önünde eşitlik” (m. 10) ilkesi düzenlenmektedir. Anayasanın “Temel Haklar ve Ödevler” başlıklı İkinci Kısımının İkinci Bölümünde ise “Kişinin Hakları ve Ödevleri” yer almaktadır. Bu başlık altında, “Kişi dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı” (m. 17); “Zorla çalıştırma yasağı” (m. 18); “Kişi hürriyeti ve güvenliği” (m. 19); “Özel hayatın gizliliği” (m. 20); “Haberleşme hürriyeti” (m. 22); “Yerleşme ve seyahat hürriyeti” (m. 23); “Din ve vicdan hürriyeti” (m. 24); “Düşünce ve kanaat hürriyeti” (m. 25); “Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti” (m. 26) bulunmaktadır.

Anayasanın belirtilen hükümlerinin, özel hukuk ilişkilerine -çalışma konumuz bağlamında işçi işveren ilişkilerine- dolaylı yatay etkisi söz konusudur. Diğer bir anlatımla, özel hukuk kurallarının yorumunda ve özel hukuk alanındaki soyut/belirsiz kavramların irdelenmesinde, Anayasa hükümleri kendisini göstermektedir. Anayasa hükümleri, yargıç açısından bağlayıcı ve yol gösterici niteliktedir. Anayasaya uygun yorum yoluyla, anayasal kurallar, özel hukuk ilişkilerine yansımakta ve özel hukuk kuralları, temel haklara uygun bir içerik kazanmaktadır. Öyle ki, *Hirsch*’in de isabetle ifade ettiği üzere, “*Bütün mevzuata Anayasa rengi ile boyanmış bir gözlükle bakılmalıdır.*” Zira, Anayasanın üstünlüğünün ve bağlayıcılığının kabul edildiği normatif bir sistemde hukuki işlemlerin tamamı Anayasanın etkisi altındadır. Anayasa ilgili olduğu her hukuki işlem için uygulanmalıdır.¹¹⁰³

¹¹⁰³ **Boyar**, Anayasa ve Özel Hukuk, 190-191.

İş Kanununda (5. madde haricinde) işçinin temel hak ve özgürlükleri, Anayasa ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine benzer şekilde, bir katalog altında düzenlenmemiştir.¹¹⁰⁴ Bu durum, işçinin, temel hak ve özgürlüklerden yoksun olduğu şeklinde anlaşılmamalıdır. Nitekim, Türk Medeni Kanununun ve Türk Borçlar Kanununun ilgili maddeleri, işçinin kişilik haklarının korunması anlamında, Anayasanın yanı sıra, temel hak ve özgürlüklerin güvencesini oluşturmaktadır.

Biz de çalışmamızın, “*Temel Hak ve Özgürlüklere Uygunluk*” başlığı altında Anayasanın ilgili maddelerinin yanında Türk Medeni Kanunu veya Türk Borçlar Kanunu gibi diğer kanunlarda yer alan düzenlemelere, konu bütünlüğünü sağlamak amacıyla beraber yer vereceğiz.

4. İşverenin Talimat Verme Hakkı Karşısında İşçinin Temel Hak ve Özgürlükleri

a. İşverenin Talimat Verme Hakkı ile İşçinin Temel Hak ve Özgürlükleri Çatışmasında Denge Arayışı

İş hukuku, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde şekillenmiştir. Ancak, işçi ve işveren arasındaki güç dengesizliği, iş hukukundaki sözleşme yapma özgürlüğünün sınırlarının emredici hukuk kurallarıyla çizilmesini gerekli kılmıştır. Gerçekten de, tarihsel süreç içinde iş hukukunun oluşumu; işçinin her türlü sömürü biçimlerine karşı korunması düşüncesine

¹¹⁰⁴ Bu durumun eleştirisi için bkz. **Güzel**, Yetki ve Özgürlük, 110.

dayanmaktadır.¹¹⁰⁵ İş hukukunun tarihçesi bir anlamda, sözleşme serbestisinin sınırlandırılmasının da tarihçesidir.¹¹⁰⁶

İrade özerkliğine dayanan sözleşme özgürlüğü, denkleştirici adalet anlayışı çerçevesinde, tarafların çatışan menfaatlerini uygun görülen bir dengede tutmaları düşüncesine dayanır.¹¹⁰⁷ Böylece, eşit güce sahip taraflar, aralarında sözleşme koşullarını serbestçe pazarlık edip kararlaştırarak otoriter olmayan bir düzen kurmuş olurlar.¹¹⁰⁸ Ancak, sözleşme özgürlüğü ilkesi, sözleşmenin eşit güce sahip kişiler arasında akdedilmesi halinde anlam kazanır. Taraflar arasındaki eşitlik, sosyo-ekonomik koşullar nedeniyle bozulmuşsa, artık karşılıklı güç dengesinden söz edilemez.¹¹⁰⁹

Sözleşme tarafları arasındaki eşitsizliğinin en bariz olduğu alanların başında ise işçi-işveren ilişkileri gelmektedir. İşçi, bu ilişkide *zayıf tarafı* teşkil etmektedir. Zayıf taraf olma niteliği, işçinin iradesinin baskı altında kalması riskinden, bilgi eksikliğinden, iş görme ediminin kişiliğiyle yakın ilişkisinden ve bağımlılık ilişkisinden kaynaklanmaktadır.¹¹¹⁰ İşçinin bu zayıf konumu iş ilişkisinin başlangıcından sona erme anına kadar olan tüm süreçlerde ve özellikle, işverenin yönetim hakkı karşısında etkilerini göstermektedir.

İşverenin sahip olduğu bu üstün güç, irade özerkliğini de tehlikeye düşürmektedir.¹¹¹¹ Bu durum, üstün gücün sınırlanmasını gündeme getirmekte ve bu noktada “ölçülülük ilkesi” devreye girmektedir.¹¹¹²

¹¹⁰⁵ **Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal**, 5. Taraflardan birinin diğerine oranla daha güçsüz olduğu sözleşmesel ilişkilerde, anayasal hakların ve sosyal devlet ilkesinin içindeki değerler sistemi, bu duruma tepki göstererek, zayıf tarafın durumuna ağırlık vererek sözleşmeye düzenlemeler getirebilir. Burada zayıf tarafın korunması anayasal bir temele dayanmaktadır. Bkz. **Cherednychenko**, 11-12. Ayrıca, doktrinde, anayasanın özel hukuk alanında da korumasının tam olduğu belirtilmektedir. Bkz. **Işıktaç**, 260-261.

¹¹⁰⁶ **Doğan Yenisey**, İş Hukukunun Emredici Yapısı, 9. Sözleşme hukukunun tarihi de öncelikle özgürlük arayışının, daha sonra ise bulunan bu özgürlüğün sınırlarını belirleme çabasının tarihi olmuştur. Sözleşme özgürlüğü hakkında detaylı bilgi için bkz. **Atamer**, 26-29.

¹¹⁰⁷ **MüKoBGB/Schubert** BGB § 242 Rn. 526.

¹¹⁰⁸ **Soyer**, Genel İş Koşulları, 136-137.

¹¹⁰⁹ **Soyer**, Genel İş Koşulları, 137.

¹¹¹⁰ **Doğan Yenisey**, Hukukunun Emredici Yapısı, 12-13.

¹¹¹¹ **Birben**, Ölçülülük Denetimi, 10.

¹¹¹² **Ugan Çatalkaya**, 53.

Gerçekten de, işçi, işverenin iş organizasyonu içinde, iş görme borcunu, işverenin talimatları doğrultusunda yerine getirmektedir. Taraflar arasındaki bağımlılık ilişkisi, işverenin hukuki ve fiili üstünlüğünü yaratırken, işçiyi de işverenin otoritesi altına sokmaktadır. Bir iş ilişkisinde işverenin yönetim, denetim ve yaptırım uygulama hakkı vardır. İş sözleşmesinin işverene bahsettiği bu hakları, işveren, tek başına kullanmaktadır.¹¹¹³ Böylece işverene -diğer sözleşmesel ilişkilerden farklı olarak- kişisel tercihlerini işçilere dayatma konusunda *eşsiz bir güç* sağlanmaktadır.¹¹¹⁴

İşveren, işçilere verdiği talimatlarla işi ve işyerinin kurallarını düzenlerken; bunlara uyulamaması durumunda yaptırım uygulama hakkını da elinde tutmaktadır. Dolayısıyla, işveren, gerçekten de, işyeri hiyerarşisinde “*sosyal bir güç*” olarak işçinin üstünde yer almaktadır.

İşçinin, işverenin talimatları altına girmesi, işçinin temel haklarının işveren tarafından ihlal edilmesi riskini de beraberinde getirmektedir. Diğer bir anlatımla, işverenin sosyal gücü, yani, otoritesi, işçinin temel hak ve özgürlük alanını daraltmaktadır. İşverenin verdiği talimatlar, işçinin temel hak ve özgürlüklerini sınırlandırmaktadır. Ancak, bu sınırlandırma sınırsız olamaz. Zira temel hak ve özgürlüklerin aşırı ölçüde sınırlandırılması demokratik bir toplumun dayandığı temel ilkelerin ihlal edilmesi anlamına gelmektedir.¹¹¹⁵

Temel hak ve özgürlüklerin ihlalinin önüne geçilebilmesinin en önemli araçlarından biri, işte, “*ölçülülük ilkesidir.*” Ölçülülük ilkesi ilk olarak kamu hukukunda -anayasa hukuku ve idare hukuku alanlarında- ortaya çıkmıştır.¹¹¹⁶ Ölçülülük ilkesi özellikle temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında başvurulan bir ilkedir.¹¹¹⁷

1113 **Güzel**, Yetki ve Özgürlük, 96.

1114 **Collins/Mantouvalou**, 922-923.

1115 **Güzel**, Yetki ve Özgürlük, 104.

1116 İdare Hukukunda ölçülülük ilkesi için bkz. **Oğurlu**, 28 vd. Türk Anayasa Mahkemesinin ölçülülük denetimi hakkında bkz. **İnceoğlu**, Sınırlama ve Güvence Rejimi, 38-44.

1117 **Yıldız**, Orantılılık İlkesi, 681.

Buna karşılık, doktrinde, irade özerkliği ve sözleşme özgürlüğü ilkelerinin hakim olduğu özel hukuk ilişkilerinde, bu ilişkilere müdahale niteliği taşıyan ölçülülük kontrolünün reddedilmesi gerektiği ileri sürülmektedir.¹¹¹⁸ Fakat, yukarıda da belirttiğimiz üzere, taraflar arasındaki güç dengesinin bozulduğu ve zayıf konumda olanın karşı tarafa tabi olmaya başladığı durumlarda, sözleşme özgürlüğüne müdahale gerekliliği doğmaktadır. Ölçülülük ilkesi bu noktada bozulan dengeyi yeniden kurmaya yarayan bir araç halini almaktadır. İlkenin etkinliği hukukun sadece bir alanıyla sınırlı değildir; tersine, bütün bir hukukun yorumlanması ve uygulanmasında ölçülülük ilkesinin gereklerine uyulmalıdır.¹¹¹⁹

Dolayısıyla, günümüzde, ölçülülük ilkesi, sadece kamu hukuku temelli, devlet-birey ilişkilerinde değil; işçi ve işveren ilişkisinde olduğu gibi, taraflar arasında güç dengesizliği bulunan özel hukuk ilişkilerinde de uygulama alanı bulmaktadır.¹¹²⁰ Özellikle yenilik doğuran hakların denetiminde önemli rol oynayan ölçülülük ilkesi, iş hukukunda yaygın bir kullanıma sahiptir.¹¹²¹

Ölçülülük ilkesi, bir hakkı sınırlandırmada başvuru aracı, sınırlandırmayla ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını; aracın, amaç için gerekli olmasını ve araçla amaç arasında ölçülü bir oranın bulunmasını ifade etmektedir.¹¹²² Ölçülülük ilkesinin hukuki temeli tartışmalı olmakla birlikte, özellikle Alman hukukunda, bu ilkenin kaynağının hukuk devleti olduğu ileri sürülmektedir.¹¹²³ Bu görüşe göre, bireyin temel hak ve özgürlükleri, toplumun ortak menfaatleri gerektirdiği ölçüde devlet tarafından sınırlanabilir. Ancak, ölçülülük ilkesi, bireyi, temel hak ve özgürlüklerine yapılan

¹¹¹⁸ Kılıçoğlu/Şenocak, Ölçülülük İlkesi, 182.

¹¹¹⁹ Oğurlu, 26-28; Atakan, 113; Erdem, 975.

¹¹²⁰ Ugan Çatalkaya, 54.

¹¹²¹ Engin, İşletme Gerekleri, 50.

¹¹²² Oğurlu, 21; Atakan, 290; Alp, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, 188.

¹¹²³ Maunz/Dürig/Grzeszick GG Art. 20 Rn. 108; Klatt/Meister, Rn. 193; Rumpf, 34; Sağlam, 117. Ayrıca bkz. BVerfG, 15. 12. 1965 - 1 BvR 513/65, NJW 1966, 243, (www.beck-online.beck.de).

müdahalelere karşı koruyan bir işlev de görmektedir.¹¹²⁴ Alman Federal Mahkemesi, ayrıca, ölçülülük ilkesinin kökünün temel hakların özünde olduğunu belirtmektedir.¹¹²⁵

Hukuk devleti ilkesi dışında, ölçülülük ilkesinin hukuki temeli konusunda eşitlik, keyfilik yasağı, dürüstlük gibi görüşler de yer almaktadır. Ancak, ölçülülük ilkesi son aşamada, adalet ve insan haysiyeti düşüncesinin bir uzantısı olarak kabul edilmektedir.¹¹²⁶ Ölçülülük ilkesi, temel hakların sınırlandırılmasını belli rasyonel ölçütlere bağlayarak hukuk devletinin özünü oluşturan hukuka bağlılık ve güven duygusunu güçlendirmekte hem de temel hakları, üçüncü kişilerin müdahalesine karşı koruyarak hukuk devleti ilkesinin gerçekleşmesini sağlamaktadır. Dolayısıyla, ölçülülük ilkesini, sadece hukuk devletinin somutlaşmış bir ifadesi olarak görmek yeterli değildir; zira ilke, doğrudan doğruya temel hakların içinde mündemiçtir.¹¹²⁷ Ölçülülük ilkesi, taşıdığı anlam itibariyle, temel hak ve özgürlüklerin gerçekleşmesini temin etmektedir.

Ölçülülük ilkesi, çatışan hakları rasyonel bir biçimde çözmek için en iyi yöntemdir. Ölçülülük ilkesi, bir yorum ölçütü olarak da temel hakların koruma alanının belirlenmesinde kullanılmaktadır.¹¹²⁸ İlke, çatışan menfaatlerin birbirleriyle *dengelenmelerine* hizmet

¹¹²⁴ Maunz/Dürig/Grzeszick GG Art. 20 Rn. 108.

¹¹²⁵ Rumpf, 34.

¹¹²⁶ Sağlam, 117; Rumpf, 34, 44; Oğurlu, 24-25.

¹¹²⁷ Sağlam, 118.

¹¹²⁸ Rumpf, 45.

etmektedir.¹¹²⁹ Bu anlamda, *dengeleyici bir işlevi*¹¹³⁰ bulunan ölçülülük ilkesi, çelişen çıkarlar arasında *pratik uyuşum (Praktische Konkordanz)* kurmaktadır.¹¹³¹

“*Pratik uyuşum ilkesine göre, bir temel hakkın başka bir temel hak ya da anayasanın koruduğu başka bir hukuki değerle çatışması halinde, öyle bir çözüm bulunmalıdır ki, hem temel hak hem de anayasanın koruduğu hukuki değerler etkilerini optimal düzeyde korusun.*”¹¹³² Diğer bir anlatımla, her anayasal değer, *oranlı bir düzen* içinde korunarak optimal etkisini sürdürebilir.¹¹³³

Anayasanın bütünlüğü ilkesinin bir gereği olarak, ölçülülük, temel hak ve özgürlüklerin birlikte var olmasına hizmet eden bir ilkedir.¹¹³⁴ Ölçülülük ilkesinin amacının, gücün aşırı ve gereksiz kullanımını önleyerek temel hak ve özgürlükleri güvence altına olmak olduğu doktrinde belirtilmektedir.¹¹³⁵

Anayasamızda ölçülülük ilkesi 2001 yılında yapılan Anayasa değişikliği sonrasında, 13. maddede hüküm altına alınmıştır. Buna göre, “*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.*” Anayasanın 13. maddesi uyarınca, temel hak ve özgürlüklere getirilecek sınırlamalar, temel

¹¹²⁹ Ölçülülük ilkesinin ve bu bağlamda farklı hak ve çıkarların dengelenmesi yaklaşımının, anayasal hakların ve insan haklarının korunmasını olumsuz yönde etkilediğine dair eleştiriler de mevcuttur. Eleştiriler için bkz. **Çetin**, *Çalışanların Hakları*, 126-129.

¹¹³⁰ Bu anlamda 1958 tarihli -yukarıda da belirttiğimiz- Federal Alman Anayasa Mahkemesinin “*Lüth Kararı*” oldukça önemlidir. Kararda, sadece Anayasanın objektif değerler düzeni kurduğu ve hukukun her alanında (hem özel hukuk hem de kamu hukukunda) geçerli bir etkiye sahip olduğu sonucuna varılmamış; aynı zamanda, anayasal ilke ve değerlerin çatışmaya meyilli olduğu ve bu çatışmanın dengeleme yoluyla çözümlenebileceği ifade edilmiştir. Lüth Kararının en önemli yansımalarından biri, çatışan hak ve menfaatlerin dengelenmesi gerekliliği olmuştur. Anılan karara göre, Eric Lüth’ün ifade özgürlüğü, Veit Harlan’ın dağıtım özgürlüğünden önce gözetilmelidir. BVerfG, 15.01.1958- 1 BvR 400/51, BVerfGE 7, 198, (www.beck-online.beck.de). Bu konuda detaylı bilgi için bkz. **Alexy**, (2003), 132-133.

¹¹³¹ **Klatt/Meister**, Rn. 194; **Rumpf**, 45; **Alexy**, (2003), 132-134; **Ugan Çatalkaya**, 38-39; **Oğurlu**, 23-24.

¹¹³² **Sağlam**, 39-40.

¹¹³³ **Sağlam**, 39-40.

¹¹³⁴ **Sağlam**, 38.

¹¹³⁵ **Atakan**, 290.

hak ve özgürlüklerin özlerine¹¹³⁶ dokunmaksızın, Anayasada belirtilen nedenlerle ve ancak kanunla yapılabilir. Buna ilaveten, gerçekleştirilecek müdahaleler Anayasaya aykırı olamayacağı gibi demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine de aykırı olamaz.

Ölçülülük ilkesi, temel hak ve özgürlüklere ilişkin olarak yapılacak bir sınırlamanın, hakkın özüne ve demokratik toplum düzenine varmadan önceki aşamada devreye girmektedir. *Sağlam*’ın betimlemesiyle, hakkın özü temel hak güvencesi bakımından *son bir savunma kalesi* olduğundan, özden önceki denetim, ölçülülük ilkesiyle yapılmaktadır.¹¹³⁷ Ölçülülük ilkesi, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının “*sınırını*” oluşturmaktadır.¹¹³⁸

Ölçülülük ilkesinin; elverişlilik, gereklilik ve orantılılık (dar anlamda ölçülülük) olmak üzere üç alt ilkeden oluştuğu genel olarak kabul edilmektedir.¹¹³⁹ Gerek Federal Alman Anayasa Mahkemesi¹¹⁴⁰ gerek Türk Anayasa Mahkemesi¹¹⁴¹ ölçülülük ilkesinin üç alt ilkeyi ihtiva ettiğini kabul etmektedir.

Ölçülülük ilkesini oluşturan elverişlilik, gereklilik ve orantılılık, optimizasyon düşüncesini ifade etmektedir. Bu alt ilkelerden elverişlilik ve gereklilik, fiili imkanlara ilişkin optimizasyona ilişkin iken; orantılılık, hukuki imkanların optimize edilmesiyle ilişkilidir.¹¹⁴²

¹¹³⁶ *Hakkın özü* ifadesinden kasıt ise, onun vazgeçilmez ögesi, dokunulduğunda söz konusu hakkı anlamsız ve işlevsiz kılacak öz çekirdeğidir. Bu bağlamda, amacı gerçekleştirmek için mutlak surette gerekli olmayan sınırlamalar hakkın özüne dokunmaktadır. Bu konuda bkz. **Sağlam**, 119-120; **Fendoğlu**, 131; **Arslan**, Anayasanın 13. maddesi, 143 vd. Anayasa Mahkemesinin bir kararına göre de, “*Hakkın özü; dokunulduğunda söz konusu temel hak ve özgürlüğü anlamsız kılan çekirdek alanı ifade etmekte olup, bu yönüyle her temel hak açısından kişiye dokunulmaz asgari bir alan güvencesi sağlamaktadır. Bu çerçevede, hakkın kullanılmasını önemli ölçüde güçleştiren, hakkı kullanılamaz hale getiren veya ortadan kaldıran sınırlamalar, hakkın özüne dokunmaktadır.*” AYM, 22.10.2015, E. 2015/29, K. 2015/95, RG. 12.11.2015, 29530.

¹¹³⁷ **Sağlam**, 4, 144.

¹¹³⁸ **Metin**, 6. Ayrıca bkz. AYM, 04.07.2013, E. 2012/100, K. 2013/84, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi>.

¹¹³⁹ **Maunz/Dürig/Grzeszick** GG Art. 20 Rn. 110; **Klatt/Meister**, Rn. 194-195; **Alexy**, (2014), 52-57; **Sağlam**, 111-112; **Oğurlu**, 21; **Gören**, Temel Hak Genel Teorisi, 105-107; **Yıldız**, Orantılılık İlkesi, 682; **Ugan Çatalkaya**, 65-76.

¹¹⁴⁰ BVerfG, 10.1.2018-2 BvR 2993/14, (www.beck-online.beck.de).

¹¹⁴¹ AYM, 17.07.2020, E. 2019/40, K. 2020/40, RG. 09.10.2020, 31269; AYM, *Mehmet Akdoğan ve Diğerleri Başvurusu*, Başvuru No: 2013/817, 19.12.2013, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi>.

¹¹⁴² **Alexy**, (2014), 52.

Elverişlilik; başvuru aracı, meşru amacı gerçekleştirmeye tamamen veya kısmen uygun olması anlamına gelmektedir. Gereklilik; amaca ulaşmak için aynı derecede uygun araçlar arasından “*en uygun ve en yumuşak*” olanı seçmektir. Ölçülülük ilkesinin bu unsuru, en hafif çareyi seçme ilkesi olarak da alınır. Gereklilik ilkesinin amacı, temel hak ve özgürlüğü en az sınırlayan aracın seçilmesidir. Dar anlamda ölçülülük ilkesi olarak da anılan orantılılık (oranlılık) ilkesi ise, amaç ve aracın birbirine karşı ölçüsüz bir oran içinde olmamasıdır.¹¹⁴³

Orantılılık ilkesi, Alman hukukunda, aşırılık yasağı olarak da anılmaktadır. Burada amaçla araç arasında karşılıklı bir ilişki söz konusudur. Meşru olan amaca ulaşmak için kullanılan aracın verdiği olumsuz etkiyle, araca başvurulurken beklenen yarar arasında oransızlık olmamalıdır.¹¹⁴⁴ Araç, ilgililere gereksiz yükümlülükler getirmemeli ve katlanılabilir olmalıdır.¹¹⁴⁵ Doktrinde Alexy’e göre, dengeleme, ölçülülük ilkesinin son alt ilkesi olan orantılılığın konusunu oluşturmaktadır.¹¹⁴⁶

O halde, ölçülülük ilkesine göre yapılacak bir denetim üç aşamada gerçekleşmektedir. Öncelikle, başvuru aracın hedeflenen meşru amacı gerçekleştirmeye elverişli olup olmadığı araştırılmakta; daha sonra, aracın amaç için gerekli olup olmadığını incelenmekte ve son aşamada ise, araçla meşru amacın orantılı olup olmadığı yani, müdahale ile bireye ölçüsüz bir yükümlülük yüklenip yüklenmediği tartışılmaktadır.¹¹⁴⁷

¹¹⁴³ Klatt/Meister, Rn. 195-197; Sağlam, 112-116; Oğurlu, 36-39; Fendoğlu, 131; Rumpf, 33-34; Metin, 7.

¹¹⁴⁴ Maunz/Dürig/Grzeszick GG Art. 20 Rn. 112-117; Klatt/Meister, Rn. 195-197; Sağlam, 112-116; Oğurlu, 36-39; Fendoğlu, 131; Rumpf, 33-34; Metin, 7. Federal Alman Anayasa Mahkemesinin bir kararı için bkz. BVerfG, 19.08.2015- 1 BvR 1084/15, (www.beck-online.beck.de). Türk Anayasa Mahkemesinin konuya ilişkin bir kararı için bkz. AYM, 11.07.2018, E. 2018/68, K. 2018/87, RG. 16.10.2018, 30567.(4857 sayılı İş Kanununun 34. maddesinde yer alan “*mevduata uygulanan en yüksek*” ifadesinin Anayasaya aykırılığının ileri sürülerek maddenin iptali talebinin reddine ilişkin karar).

¹¹⁴⁵ Sağlam, 116.

¹¹⁴⁶ Alexy, (2014), 54.

¹¹⁴⁷ Anayasa Mahkemesinin bir kararına göre, “*Anayasanın 13. maddesinde ifade edilen “ölçülülük ilkesi”, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin başvurularda dikkate alınması gereken bir diğer ilkedir. Demokratik toplum düzeninin gerekleri ve ölçülülük ilkeleri, iki ayrı kriter olarak düzenlenmiş olmakla birlikte bu iki kriter arasında sıkı bir ilişki vardır. Temel hak ve özgürlüklere yönelik herhangi bir sınırlamanın, demokratik toplum düzeni için gerekli nitelikte, başka bir ifadeyle öngörülen kamu yararı amacını*

Ölçülülük ilkesi, ulusal hukuklara özgü genel bir hukuk kuralı olmayıp, aynı zamanda evrensel bir ilkedir.¹¹⁴⁸ Örneğin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde, Anayasamızın 13. maddesine benzer bir düzenleme açıkça yer almasa da, Sözleşmenin çeşitli maddelerinde kullanılan bazı ifadeler ölçülülüğü ima etmektedir.¹¹⁴⁹

Sözleşmede düzenlenen hakların tamamı mutlak nitelikte değildir. Dolayısıyla Sözleşmedeki haklar belirli makul sınırlar içinde kalmak kaydıyla sınırlandırılabilir.¹¹⁵⁰ Çalışma konumuz açısından da önem taşıyan, Sözleşmenin 8-11. maddelerinin 2. fıkralarında yer alan, davaya konu müdahalenin yasayla öngörülmüş olup olmadığı, meşru bir amaç taşıyıp taşımadığı ve demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı hususlardır.

Sözleşmenin diğer maddelerinde ölçülülük ilkesini doğrudan ve dolaylı ima eden ifadeler bulunmamasına karşın, Mahkeme, kararlarında ölçülülük testini uygulamaktadır. Zira, Mahkemeye göre, ölçülülük ilkesi, Sözleşme metninin içinde mündemiçtir.¹¹⁵¹

Mahkemenin, Sözleşmenin 8-11. maddeleri açısından hak ve özgürlüklere getirilebilecek sınırlamanın sınırı olarak nitelendirdiği “*demokratik bir toplumda gereklilik*” belirlemesi ise önem taşımaktadır.¹¹⁵² Mahkeme, demokratik toplumda gereklilik ölçütünün “*ölçülülüğü*” içerdiğini belirtmektedir. Örneğin, Mahkemenin bir kararına göre, “*Demokratik toplumda gereklilik kavramı aynı zamanda her türlü formalite, koşul, sınırlama ve cezanın öngörülen meşru amaçla ölçülü bir ilişki içinde olmasını gerektirmektedir.*”¹¹⁵³

gerçekleştirmekle birlikte, temel haklara en az müdahaleye olanak veren ölçülü bir sınırlama niteliğinde olup olmadığının incelenmesi gerekir.” AYM, T. 22.10.2015, E. 2015/10, K. 2015/93, RG. 07.11.2015, 29525.

¹¹⁴⁸ Klatt/Meister, Rn. 193.

¹¹⁴⁹ İncoğlu, Sınırlama ve Güvence Rejimi, 40.

¹¹⁵⁰ Gerards, The Necessity Test, 466.

¹¹⁵¹ Gerards, The Necessity Test, 467. Örneğin bkz. AİHM, *National Union of Belgian Police v. Belgium*, Başvuru No: 4464/70, 27.10.1975, p. 46, (www. hudoc.echr.coe.int.).

¹¹⁵² Çetin, Çalışanların Hakları, 118.

¹¹⁵³ İncoğlu, Sınırlama ve Güvence Rejimi, 40. Karar için bkz. AİHM, *Case of Handyside v. The United Kingdom*, Başvuru No: 5493/72, 07.12.1976, p. 49, (www. hudoc.echr.coe.int.).

Mahkeme, Sözleşmenin 8-11. maddelerinde yer alan “*demokratik toplumda gereklilik*” kavramını irdelerken temel hak ve özgürlüklere yapılan müdahalenin, “*zorlayıcı toplumsal ihtiyaçtan*” (*pressing social need*) kaynaklanıp kaynaklanmadığını araştırmaktadır.¹¹⁵⁴

Örneğin, *Sunday Times* kararında Mahkeme bu durumu şu şekilde açıklamıştır: “*Demokratik bir toplumda gereklilik unsuru araştırılırken, müdahalenin zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacı karşılayıp karşılamadığı; aracın meşru amaçla orantılı olup olmadığı ve ulusal makamlar tarafından ileri sürülen gerekçelerin ilgili ve yeterli olup olmadığı değerlendirilmektedir.*”¹¹⁵⁵

Mahkeme, temel hak ve özgürlüklere yönelik yapılan müdahale için zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaç olup olmadığını araştırırken, müdahalenin ölçülü olup olmadığını da test etmektedir.¹¹⁵⁶

Ayrıca, doktrinde bazı yazarlar, Mahkemenin temel hak ve özgürlüklere karşı yapılan müdahale konusunda ulusal makamlardan istediği “*ilgili ve yeterli gerekçeler*” ifadesinin ölçülülük ilkesinin alt unsuru olduğunu ileri sürmektedir. Buna karşın, bazı yazarlar ise, “*ilgili ve yeterli gerekçeler*” ifadesinin doğrudan ölçülülük kapsamında olmamakla birlikte, onunla bağlantılı olduğunu ileri sürmektedirler.¹¹⁵⁷

Buraya kadar yaptığımız açıklamalardan hareketle, iş hukukunda, işçi ve işveren arasında yapısal bir eşitsizlik söz konusudur. İş sözleşmesine özgü kişisel ve hukuki bağımlılık ilişkisi, taraflar arasındaki güç dengesizliğinin de özünü oluşturmaktadır. İşçi, bu ilişkide iş görme borcunu işverenin talimatları doğrultusunda yerine getirmektedir. İşveren, bu anlamda, hem işin görülmesine ilişkin konularda hem de işçinin davranışları üzerinde talimat

¹¹⁵⁴ Gerards, The Necessity Test, 467.

¹¹⁵⁵ Gerards, The Necessity Test, 467. Karar için bkz. AİHM, *The Sunday Times v. The United Kingdom*, Başvuru No: 6538/74, 26.04.1979, p. 62, (www.hudoc.echr.coe.int.).

¹¹⁵⁶ İnceoğlu, Sınırlama ve Güvence Rejimi, 40.

¹¹⁵⁷ Çetin, Çalışanların Hakları, 122.

verme hakkına sahiptir. Ancak, işverenin sahip olduğu bu “sosyal güç” sonsuz ve sınırsız değildir.

Modern iş hukuku, işverenin otoritesinin sınırlandırılması gerektiği düşüncesine dayanmaktadır. İşverenin işe ve işyerine ilişkin konularda verdiği talimatın, işçinin temel hak ve özgürlükleri üzerinde olumsuz/sınırlayıcı bir etkisi olacağı açıktır. İş sözleşmesi, bir madalyonun iki yüzü gibi, bir tarafında işverenin mülkiyet hakkı, girişim özgürlüğü ve işyerinin menfaatleri gibi kurumları taşırken; diğer yüzünde ise işçinin yaşamını, kişiliğini, onurunu, temel hak ve özgürlüklerini, iş ve gelir güvencesini barındırmaktadır. Bu noktada, çatışan menfaatlerin dengelenmesi şarttır.

İş ilişkisi süresince, işçinin temel hak ve özgürlükleri işverenin müdahalesine oldukça açıktır. Zira, işveren işe ve işyerine ilişkin konularda talimat verirken, işçinin temel hak ve özgürlüklerini de sınırlandırmaktadır. Ancak, bu sınırlama, sınırsız değildir. İşte, işverenin talimat verme hakkının hukuka uygunluk sınırlarından birisi de işçinin temel hak ve özgürlüklerine uygunluktur.

Bu noktada, ölçülülük ilkesi, işçinin temel hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılmasının sınırını oluşturmaktadır. İşveren, meşru bir amacını gerçekleştirmek için verdiği talimatlarla işçinin temel hak ve özgürlüklerine müdahale ederse, yapılan müdahalenin hukuka uygun sayılabilmesi için *-diğer koşulların yanı sıra-* ölçülü olması gerekmektedir. Ölçülülük ilkesi, ayrıca, bu ilişkide bir yorum ölçütü olarak da kullanılmaktadır. Burada amaç, işyerinin meşru menfaatleri ile işçinin temel hak ve özgürlükleri arasında adil dengenin sağlanmasıdır.¹¹⁵⁸

¹¹⁵⁸ Ugan Çatalkaya, 323.

b. İşçinin Kişilik Haklarının Korunması

aa. Genel Olarak Kişilik Hakkı Kavramı ve İş İlişkisinde İşçinin Kişilik Hakkının Korunması Gereği

Hukuk yönünden en değerli varlık “*kişi*” olmasına rağmen, gerek kamu otoritelerinin gerek özel hukuk kişilerinin saldırılarına en açık olan varlık da kişi, yani kişiliktir. Kişiliğin devletten ve diğer kişilerden gelen haksız müdahalelere karşı korunması ve kişiliğe saygı duyulmasının temin edilmesi hukuk düzeninin en temel amaçlarından birisidir.¹¹⁵⁹

Kişilik hakları, insanın insan olmasından dolayı ayrılmaz bir biçimde sahip olduğu haklardır.¹¹⁶⁰ Bu anlamda, kişilik hakkını; yaşam, sağlık, bedensel ve ruhsal bütünlük, cinsel dokunulmazlık, onur, saygınlık, özel yaşamın gizliliği, özgürlük, ses, resim, isim gibi kişisel değerler oluşturmaktadır.¹¹⁶¹ Ancak, kişilik hakkının konusu değerler tahdidi değildir. Türk hukukunda kişilik hakkının konusuna giren kişisel değerleri belirleme görevi hakime bırakılmıştır. Diğer bir deyişle, kanunun çerçevesini genel olarak çizdiği kişilik hakkı kavramının içini hakim doldurmalıdır. Hakim, kişilik hakkının ihlal edildiği iddiasıyla önüne gelen uyuşmazlıklarda, hukuk düzeni tarafından korunmaya değer bir kişisel değer olup olmadığını araştırırken sadece özel hukuk kurallarıyla bağlı kalmaz.¹¹⁶²

Anayasa, kişiliğin korunmasında temel bir kaynaktır. Anayasanın 17-27. maddeleri arasında düzenlenen temel hak ve özgürlüklere ilişkin hükümler kişilik haklarını da içine almakta ve korumaktadır. Bu durum, temel hakların özel hukuk ilişkilerine dolaylı yatay etkisinin de bir sonucudur.¹¹⁶³

¹¹⁵⁹ Dural/Öğüz, 99.

¹¹⁶⁰ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 170.

¹¹⁶¹ Serozan, 454; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 175-208; Kaplan, Kişilik Haklarının Korunması, 373.

¹¹⁶² Serozan, 454; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 175-208.

¹¹⁶³ Serozan, 456; Dural/Öğüz, 101.

Şahıs varlığı haklarından biri olan kişilik hakları, mutlak hak karakteri taşıdığı için, saldırıda bulunan herkese karşı ileri sürülebilir. Kişilik hakları, kişiliğin vazgeçilmez bir unsuru olduğu için, bunların devredilmesi ya da mirasçıya geçmesi mümkün değildir. Kişilik hakları, savunma sağlayan haklardır. Dolayısıyla, kişiyi, üçüncü kişilerden gelen saldırılara karşı korumaktadır.¹¹⁶⁴

Kişilik haklarının korunması bağlamında Anayasanın, herkesin kişiliğine bağlı dokunulmaz, devredilmez ve vazgeçilmez hak ve özgürlüklere sahip olduğunu düzenleyen 12. maddesi ve herkesin, yaşama ve maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğunu düzenleyen 17. maddesi yol göstericidir. Ayrıca, kişilik hakları Türk Medeni Kanununun 23. ve 24. maddeleri aracılığıyla korunmaktadır. Kanunun 23. maddesi, kişiliği, hukuki işlemle yapılan saldırıya karşı korurken; 24. maddesi ise, haksız fille yapılan saldırıya karşı korumaktadır.¹¹⁶⁵

Türk Medeni Kanununun 23. maddesinin 1. ve 2. fıkralarına göre, “*Kimse hak ve fiil ehliyetinden kısmen de olsa vazgeçemez. Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlaka aykırı sınırlayamaz.*” Bu hüküm uyarınca, öncelikle, bir kimse, hak ve fiil ehliyetinden tamamen veya kısmen vazgeçtiğine dair sözleşmeler akdedemez. Bu tür işlemler kesin olarak hükümsüzdür. Ayrıca, TMK m. 23, kişi özgürlüklerini de güvence altına almaktadır. Anılan düzenleme uyarınca, kimse özgürlüklerinden vazgeçemez; ama bunları hukuka ve ahlaka aykırı olmayacak şekilde sınırlandırılabilir.

Kişisel faaliyet gerektiren bütün borçlarda özgürlüğü sınırlandırma niyeti ve amacı vardır. Ancak, burada önemli olan, özgürlüğün hukuka ve ahlaka aykırı olacak derecede

¹¹⁶⁴ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 170-173; Serozan, 455-456; Dural/Öğüz, 103-104; Helvacı, Kişilik Hakları, 14, vd.

¹¹⁶⁵ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 208-209; Dural/Öğüz, 145. Doktrinde Serozan’a göre, TMK m. 23, kişiliği bizzat kişinin kendisine karşı korumakta, bu anlamda, “iç koruma” sağlamakta; m. 24 ise kişiliği başkalarının haksız saldırılarına karşı korumakta, yani “dış koruma” sağlamaktadır. Bu konuda bkz. Serozan, 456.

sınırlanmamasıdır.¹¹⁶⁶ TMK m.23'teki düzenlemeye aykırılığın yaptırımı madde metninde düzenlenmemiştir. Bununla birlikte, Türk Borçlar Kanununun 27. maddesine göre, kişilik haklarına aykırı olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür. Dolayısıyla, TMK m. 23/1'e aykırı olarak yapılan sözleşmeler veya taahhütler kesin olarak geçersizdir ve hakim bu geçersizliği resen dikkate almalıdır. TMK m. 23/2 düzenlemesine aykırılıkta da TBK m. 27'ye başvurulmaktadır. Bununla birlikte, TMK m. 23/2'ye aykırılığı sadece kişilik hakkı ihlal edilen kişi ileri sürebilmektedir.

Öte yandan, sözleşmenin bütünü değil de bir bölümü TMK m. 23/2'ye aykırıysa, kısmi geçersizlik (TBK m. 27/2) yaptırımı uygulanmalıdır.¹¹⁶⁷

Türk Medeni Kanununun 24. maddesi ise, kişiliği, üçüncü kişiler tarafından gerçekleştirilen saldırılara karşı korumaktadır. Kanunun 24. maddesinin 1. fıkrasına göre, *“Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hakimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir.”* Kişilik haklarından birine hukuka aykırı şekilde saldırıda bulunulması halinde, hakkın sahibi, herkese karşı koruma talep etme hakkına sahiptir.

TMK m. 24/2, kişilik haklarına saldırılmasında, hukuka aykırılığı kaldıran sebepleri düzenlemektedir. Bu sebepler; mağdurun rızası, üstün nitelikte özel yarar, üstün nitelikte kamu yararı ve kanunun verdiği yetkinin kullanımıdır. Hukuka uygunluk sebeplerinden birinin varlığını iddia eden kişi, iddiası ispat etmek durumundadır.¹¹⁶⁸

Hukuka uygunluk sebeplerinden ilki, kişilik hakkı saldırıya uğrayan kişinin (mağdurun) rızasıdır. Mağdurun rızasının hukuka aykırılığı ortadan kaldırabilmesi için, rızanın hukuka ve ahlaka uygun olması gereklidir. Bunun için de, rızanın bilinçli, sonuçlar hakkında fikir sahibi olunarak, serbest iradeyle verilmiş olması aranmaktadır. Eğer müdahale, verilen rızanın sınırlarını aşıyorsa, hukuka aykırıdır.¹¹⁶⁹

¹¹⁶⁶ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 214; Bayram, Kişilik Hakkı, 40-52.

¹¹⁶⁷ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 218-220; Serozan, 461-462.

¹¹⁶⁸ Serozan, 461-462.

¹¹⁶⁹ Sevimli, Müdahalenin Sınırları, 64.

Diğer bir hukuka uygunluk nedeni ise, üstün nitelikteki özel yararının varlığıdır. Üstün özel yarar, kişilik haklarına saldırıda bulunan faile, üçüncü kişiye veya kişilik hakkına müdahale edilen mağdura ilişkin olabilir. Örneğin, bir hırsızlık olayının aydınlatılması için işyerine kamera yerleştirilmesi olayında üstün özel yarar olduğu kabul edilmektedir. Burada çatışan menfaatler tartılarak hangi tarafın üstün yararı olduğu araştırılır.¹¹⁷⁰

Hukuka aykırılığı kaldıran hallerden bir diğeri de, üstün kamu yararıdır. Kanunun tanıdığı bir yetkiye dayanarak kişilik haklarına yapılan saldırıların çoğu kamu yararıyla gerçekleşmektedir.¹¹⁷¹

İşverenin, işe ve özellikle işçilerin davranışlarına ilişkin olarak verdiği talimatlar, işçinin kişilik hakları üzerinde doğrudan etki göstermektedir. Bu anlamda, bir iş ilişkisi içinde işçinin kişilik haklarının korunması özellikle önemlidir. Bu ilişkide işçi, kişisel ve hukuki bağımlılık altında iş görme borcunu yerine getirmektedir. İş sözleşmesinin konusu, özünde, işçinin emeğinin, işverenin emrine amade kılınmasıdır. İşçinin emeği ise, kişiliğinden bağımsız olarak değerlendirilemez. Bu nedenle, iş sözleşmesi, diğer sözleşme türlerinden farklı olarak, işçinin kişiliği esas alınarak akdedilmektedir.

İşçinin, işverenin talimatlarıyla bağlı olması bu ilişkiyi hiyerarşik bir zemine oturtmakta ve işçiyi, işverenin karşısında güçsüz bir konuma sokmaktadır. Gerçekten de, iş ilişkisi, taraflar arasındaki yapısal bir eşitsizlik ekseninde şekillenmektedir. İşçi, yaşamının büyük bir bölümünü işverenin talimatları altında iş görme borcunu yerine getirerek geçirmektedir. İşçi bu şekilde ücrete hak kazanmakta ve kendisinin ve ailesinin yaşamını bu yolla idame ettirmektedir.

İşveren, işçiye sadece işe ilişkin konularda talimat vermez; işçinin davranışları üzerinde de söz sahibi olma iddiasını taşır. Bu noktada, işçinin kişiliğinin korunması

¹¹⁷⁰ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 230-234; Serozan, 471-472; Dural/Öğüz, 150-151; Helvacı, Kişiliği Koruyan Davalar, 126-127; Bayram, Kişilik Hakkı, 50-52; Kaplan, Kişilik Haklarının Korunması, 369-371; Aydın, Kişiliğin Korunması, 21-22.

¹¹⁷¹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, 234.

gerekliliği ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle, işveren, talimat verme hakkını hukuka ve dürüstlük kurallarına uygun kullanmalıdır. Gerek Anayasa gerek kanuni düzenlemeler bu konuda oldukça yol gösterici niteliktedir. Ancak, hukuk normları, kişilik haklarını ve bu bağlamda işçinin kişiliğini koruyucu düzenlemeler getirmekteyse de, öngörülen kurallar ve ilkeler kadar önemli olan bir diğer husus ise, işçinin, kişiliğine karşı yapılan haksız müdahalelere karşı kendisini savunabilmesidir.

Bu durum ise her zaman görüldüğü kadar kolay değildir. İş sözleşmesinin kırılganlığı, işçinin işini kaybetme ve yeni bir iş bulamama korkusu -özellikle işsizlik oranının çok yüksek olduğu ülkelerde- işçinin kişilik haklarını ve bu anlamda temel hak ve özgürlüklerini tehlikeye düşürmektedir. İşçinin, temel hak ve özgürlüklerine ve kişilik haklarına karşı yapılan haksız müdahaleler karşısında gösterdiği itiraz, iş akdinin sonlanması ve işsizlik sonucunu doğuruyorsa, hak ve özgürlüklerin, otoriterleşme eğiliminin her geçen gün daha da arttığı çalışma hayatında nasıl etkin bir şekilde kullanılacağı meselesinin yeniden tartışmaya açılması gerekmektedir.

Kişiliği korumaya yönelik yukarıda anılan düzenlemeler dışında, işçinin kişiliğinin korunması hususu doğrudan Türk Borçlar Kanununun 417. maddesinde düzenlenmektedir.¹¹⁷² TBK m. 417/1'e göre, *“İşveren, hizmet ilişkisinde işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek ve işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzen sağlamakla, özellikle işçilerin psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları ve bu tür tacizlere uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür.”*

¹¹⁷² Doktrindeki bir görüşe göre, Türk Borçlar Kanununun 417. maddesindeki düzenleme, işçinin kişilik haklarını sözleşmeden doğan sorumluluk çerçevesinde korumaktadır. Türk Medeni Kanununun 24. maddesindeki düzenleme ise kişilik haklarını hukuka aykırı saldırılara karşı koruma altına almaktadır. Bu iki düzenleme arasındaki fark, birinde sözleşmeden doğan sorumluluk; diğerinde haksız fiil sorumluluğu söz konusudur. Maddeler arasında, ispat yükü, zamanaşımı ve kusura ilişkin hususlar da farklılık göstermektedir. Bu yönde bkz. **Kaplan**, İşçinin Kişilik Hakları, 42. TBK m. 417, kişilik haklarının korunmasına ilişkin olarak TMK m. 24'ün özel bir düzenlemesidir. Bu yönde bkz. **Şen**, Kişiliğin Korunması, 134. Alman Hukukunda, işçinin kişiliğinin korunması gerekliliği bir yükümlülük olarak BetrVG § 75'te de düzenlenmektedir. BetrVG § 75/2'ye göre, *“İşveren ve işyeri kurulu işyerinde işçilerin kişiliğinin özgürce gelişmesini korumalı ve teşvik etmelidir.”*

TBK m. 417/2’de, işverenin iş sağlığı ve güvenliğini sağlama borcu düzenlenmektedir. İşveren, işçiyi gözetme borcu kapsamında işçinin kişiliğini korumak ve onun kişilik haklarına saygı göstermek zorundadır.

TBK m. 417/3’e göre ise, işverenin kanuna ve sözleşmeye aykırı davranışı nedeniyle işçinin ölümü, vücut bütünlüğünün zedelenmesi veya kişilik haklarının ihlaline bağlı zararların tazmini, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine tabidir. İşçinin kişilik haklarının kapsamına yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, işçinin yaşamı, sağlığı, beden ve ruhsal bütünlüğü, onuru, ahlaki değerleri, özel yaşamı, adı, ses ve görüntüsü girmektedir.¹¹⁷³

TBK m. 417/1’de, işverenin işyerinde *dürüstlük ilkelerine uygun bir düzen* sağlamakla yükümlü olduğu ifade edilmiştir. Ancak burada “*dürüstlük ilkesi*” ifadesini, TMK m. 2 anlamındaki dürüstlük kuralı olarak değil, doktrinde de isabetle belirtildiği gibi, Kanun tasarısındaki madde gerekçesinde ve kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 328. maddesinin 1. fıkrasında yer aldığı şekilde “*ahlaka uygunluk*” olarak kabul etmek gerekir. Zira madde gerekçesinde, “*Böylece, işçilerin rahat ve huzur içinde çalışabilecekleri bir ortamın sağlanması amaçlanmıştır. Bunun bir ölçüsü olarak işverenin işyerinde ahlaka uygun bir*

¹¹⁷³ Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun bir kararına göre, “*İşverenin işçiyi gözetme borcu geniş kapsamlı bir borçtur. Bu borcun kapsamına hangi hususların girdiğini önceden sınırlı bir şekilde belirlemek mümkün değildir. Ancak bu borç kapsamında olmak üzere her şeyden önce işveren işçinin kişiliğini korumalıdır. İşveren, gözetme borcu gereği işçinin kişiliğini korumak ve onun kişilik haklarına saygı göstermek zorundadır. İşçinin kişiliğinin korunması, onun yaşamının, sağlığının, bedensel ve ruhsal bütünlüğünün, şeref ve onurunun, kişisel ve mesleki saygınlığının, ahlaki değerlerinin, özel yaşam alanının, genel olarak özgürlüğünün korunmasını içerir. İş sözleşmesinin işverene yüklediği işçinin kişiliğini gözetme borcu öncelikle Anayasadan doğan bir yükümlülüktür. Anayasanın herkesin kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez hak ve özgürlüklere sahip olduğunu öngören 12. maddesi; herkesin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğunu düzenleyen 17. maddesi; herkesin kişi özgürlüğüne ve güvenliğine sahip olduğunu bildiren 19. maddesi; özel yaşamın gizliliğini öngören 20. maddesi; vicdan, din, inanç, düşünce ve kanaat özgürlüğünü hükme bağlayan 24. ve 25. maddeleri kişilik haklarını güvence altına alan ilke ve kurallardır.*” YHGK, 30.05.2015, E. 2015/7-2875, K. 2018/1142, KİBB.

düzeni gerçekleştirmekle yükümlü olduğu kabul edilmiştir.” ifadelerine yer verilerek, işverenin işyerinde ahlaka uygun bir düzen sağlamak zorunda olduğu belirtilmiştir.¹¹⁷⁴

İşverenin verdiği talimatların hukuka uygun olup olmadığının tespitinde, bu talimatların işçinin kişilik haklarını ihlal edip etmediği belirlenmelidir. Öyle ki, işverenin talimat verme hakkının en önemli sınırlarından birini, işçinin kişilik hakları oluşturmaktadır.

Gerçekten de, işveren, iş ilişkisi boyunca işçinin kişilik haklarını gözetmek ve ona saygılı davranmak zorundadır. Ancak, bazı durumlarda işveren, işin ve/veya işyerinin gerekleri nedeniyle işçinin kişilik haklarına müdahale niteliği taşıyabilecek ve doğrudan işçinin temel hak ve özgürlüklerinin ve bu bağlamda kişilik haklarının üzerinde olumsuz etkiler doğurabilecek talimatlar verebilir. Bu talimatların hukuka uygun olup olmadığının belirlenmesi gereklidir.

İşçi, iş sözleşmesini akdetmekle zaten işverenin otoritesi altına girmeyi, onun talimatlarına tabi olmayı, dolayısıyla özgürlüğünden belli ölçüde vazgeçmeyi kabul etmiştir. Ancak, bu demek değildir ki, işçi kişilik haklarından da feragat etmiş olsun. Bu noktada, işverenin talimatlarıyla işçinin kişilik haklarına yapılan müdahalenin ne ölçüde hukuka uygun olduğunun belirlenmesi gereklidir.

İşverenin müdahalesini hukuka uygun hale getiren ilk durum, TMK m. 24’te ifade edildiği üzere, işçinin rızasıdır. Ancak, işçinin rızasına kuşkuyla yaklaşılmalıdır.¹¹⁷⁵ İşçinin kişilik haklarına yapılan müdahaleye rızası olsa bile, bu müdahalenin hukuka uygun olabilmesi için işverenin yeterli meşru nedenleri olmalıdır. İşçinin rızası dışında, müdahaleyi

¹¹⁷⁴ **Süzek**, 399-400; **Güzel**, Yetki ve Özgürlük, 111; **Bayram**, Kişilik Hakkı, 86-87; **Centel**, Kişilin Korunması, 14; **Kaplan**, İşçinin Kişilik Hakları, 43; **Şen**, Kişiliğin Korunması, 133; **Ekin**, 141-142; **Arslan Ertürk**, Psikolojik Taciz, 302-303. Burada söz konusu olan “*ahlak*” kavramından kasıt “*objektif ahlak*” anlayışıdır. Bu konuda bkz. **Aydınlı**, Kişiliğin Korunması, 26. Buna karşın, doktrinde “*dürüstlük ilkelerine uygun düzen*” ifadesinin, işverenin, işçinin kişiliğini korumak için dürüstlük ilkelerine göre beklenebilecek ölçüde önlemler alması şeklinde anlaşılacağı görüşü için Bkz. **Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal**, 229; **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, 369-370. Ayrıca, doktrinde, “*dürüstlük ilkelerine uygun düzen*” ifadesinin “*insan onuruna yaraşır bir çalışma ortamı*” olarak anlaşılması gerektiğinin daha yerinde olacağı görüşü için bkz. **Doğan Yenisey**, Genel Hizmet Sözleşmesi, 93; **Sevimli**, m. 417, 120-121.

¹¹⁷⁵ **Sevimli**, Müdahalenin Sınırları, 108.

hukuka uygun hale getiren bir neden ise, üstün yararın varlığıdır. Bu üstün yarar, işverene ilişkin olabileceği gibi, işçinin bizzat kendisiyle veya üçüncü kişilerle ilintili olabilir.

TMK m. 24/2'ye göre, diğer hukuka uygunluk nedenleri ise, üstün nitelikte kamusal yarar ve kanunun verdiği yetkinin kullanılmasıdır. Görüldüğü üzere, TMK m. 23 ve 24'teki düzenlemeler, korunmaya muhtaç durumdaki güçsüzün (iş ilişkisinde işçinin) kişiliğinin güçlüye (işverene) karşı korunmasında etkin bir işleve sahiptirler. Bu iki hüküm, doktrinde ifade edildiği şekliyle, “*liberal kapitalizmin serbest piyasa kurallarına karşı sosyal devlet müdahaleciliğinin ayak izleridir*”. Gerçekten de bu iki kural sosyal hukuk düşüncesinin ve hatta iş hukukunun temel taşlarını oluşturmaktadır.¹¹⁷⁶ TMK m. 23 ve 24 düzenlemeleri dışında, işçinin kişilik haklarına yapılan müdahalenin hukuka uygunluğunu sağlayan ölçütlerin bir diğerini de yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, ölçülülük ilkesi oluşturmaktadır.

bb. İşverenin Talimat Verme Hakkını Kötüye Kullanması Bağlamında Psikolojik Taciz

Kişinin onuru (şerefi ve haysiyeti) kişilik hakkının kapsamındadır. Onur, kişinin insan olması sıfatıyla, doğuştan sahip olduğu bir değerdir.¹¹⁷⁷ Onur; kişinin kendi geleceğini tayin etme, ruhsal ve bedensel bütünlüğünü güvence altına alma, keyfi davranışlara karşı korunma, kendisini geliştirme, sosyal hayatında söz sahibi olmasını/var olmasını sağlayan bütün özellikleri içermektedir.¹¹⁷⁸

Öyle ki, insan hakları kavramı, insan onurundan türemiştir. İnsanlar, onur sahibi birer kişi oldukları için temel hakları haizdirler.¹¹⁷⁹ Hukuk devleti, insan onurunu korumak ve ona

¹¹⁷⁶ Serozan, 457.

¹¹⁷⁷ Oğuzman/Seliçi/Oktaç- Özdemir, 190; Ekin, 37; Dursun Ateş, 465-466.

¹¹⁷⁸ Maunz/Dürig/Herdegen GG Art. 1 Abs. 1 Rn. 34. Federal Alman Anayasasının (GG) 1. maddesinin 1.fikrasına göre, “İnsan onuru dokunulmazdır. Tüm devlet erki insan onuruna saygı göstermek ve onu korumakla yükümlüdür.”

¹¹⁷⁹ Killmister, 1088.

saygı göstermekle yükümlüdür.¹¹⁸⁰ İnsan onurunun “iç onur” ve “dış onur” olarak iki boyutu olduğu kabul edilmektedir. İç onur, kişinin kendisine duyduğu saygıyı ifade ederken; dış onur, kişinin sosyal ve mesleki yaşamında yani toplumda saygı görmesini sağlayan tüm özelliklerini belirtmektedir.¹¹⁸¹

İşçi, iş ilişkisi süresince işverenin talimatları altında iş görme borcunu yerine getirmektedir. Taraflar arasındaki bu hiyerarşik ilişki, işçinin kişiliğinin korunmasını özellikle gerektirmektedir. Gerçekten de, işverenin talimat verme hakkıyla işçinin kişilik hakları arasında ince bir çizgi bulunmaktadır.¹¹⁸² Bu nedenle, işverenin talimat verme hakkı, işçinin kişilik haklarının ve bu anlamda onurunun korunması amacıyla da sınırlandırılmıştır.

İş ilişkisi boyunca, işveren, işçinin onurunu korumak ve ona saygılı davranmakla yükümlüdür.¹¹⁸³ İşveren, talimat verme hakkını dürüstlük kurallarına uygun şekilde kullanarak, işçinin kendisine olan saygısını ve çevresindeki (sosyal ve mesleki) saygınlığını zedelememelidir. İşveren, işin görülmesine ve işçilerin işyerindeki davranışlarına ilişkin konularda talimat verme hakkına sahiptir.

Bu bağlamda, işveren, talimat verme hakkını Anayasaya, kanunlara, toplu iş sözleşmesine, iş sözleşmesine ve dürüstlük kuralına aykırı kullanmamalıdır. İşyerindeki hiyerarşik gücünü ve bu gücün en büyük yansıması ve aracı olan talimatı, işçiyi aşağılamak, yıldırma, bezdirmek, tehdit etmek, yani işçiyi taciz etmek amacıyla kullanmamalıdır. Böyle bir durumda, işverenin talimat verme hakkını kötü niyetle kullandığı sonucuna varılacaktır.

¹¹⁸⁰ Ekin, 37.

¹¹⁸¹ Oğuzman/ Seliçi/Oktay- Özdemir, 190; Sevimli, Müdahalenin Sınırları, 31; Killmister, 1096-1097. Yazar, onur kavramının iki boyutu olduğunu ifade etmekte ve “*kişisel onur*” ve “*sosyal onur*” kavramlarını kullanmayı tercih etmektedir. Yazara göre, kişisel onur, bireysel nitelikte olup, kapsam ve sınırları kişinin takdirine göre belirlenmektedir. Bu açıdan da sübjektif bir karaktere sahiptir. Sosyal onur ise, sosyal yaşamda kişinin sahip olduğu onuru ifade etmektedir. Bu açıdan kapsamı daha geniştir. Sosyal onur, bir toplumdaki tüm bireyler için geçerli olan saygınlık standartlarını sunmaktadır. Bu açıdan da, insan onuru olarak nitelendirilmesi yanlış olmayacaktır. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Killmister, 1092, 1096-1098.

¹¹⁸² Arslan Ertürk, Psikolojik Taciz, 307.

¹¹⁸³ Doktrinde “*adil ve makul koşullarda çalışma hakkı*” olarak nitelendirilen bu hakkın içinde, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınması, çalışma ve dinlenme sürelerinin uygun ölçütlerde tutulması, kadın, çocuk ve genç işçilerin korunması, eşit davranma ve ayrımcılık yapma yasaklarına uygun davranılması, işçinin psikolojik tacize karşı korunması bulunmaktadır. Detaylı bilgi için bkz. Ekin, 30, vd.

İşçinin işyerinde onurunun korunması denildiği ilk üzerinde durulması gereken konu, işçinin psikolojik ve cinsel tacize karşı korunması gerekliliğidir. Nitekim, işveren, işçiyi gözetme borcu kapsamında, işçinin işyerinde psikolojik ve cinsel tacize uğramaması için gerekli önlemleri almalıdır.

İşverenin işçiyi psikolojik tacize karşı koruması ise, doktrinde de haklı olarak belirtildiği üzere, işçinin ruh ve beden sağlığı açısından ciddi sorunları beraberinde getirdiği için, işverenin iş sağlığı ve güvenliği yükümlülükleri arasında kabul edilmelidir.¹¹⁸⁴

İlk olarak, işyerinde psikolojik taciz/mobbing, işçinin onurunu, saygınlığını ve sağlığını ağır biçimde etkileyen bir taciz/şiddet türüdür.¹¹⁸⁵ Mobbing kelimesi saldırmak, rahatsız etmek anlamına gelen “mob” kelimesinden türetilmiştir. Mobbing terimi, 1960’lı yıllarda *Konrad Lorenz* tarafından, bir hayvan sürüsünün, bir yabancıyı ya da düşmanı kaçırmak için yaptıkları davranış olarak nitelendirilmiştir. Daha sonra, *Peter-Paul Heinemann*, mobbing terimini, bir grup insanın, diğer insanlara karşı sergilediği saldırgan ve zorba davranışları tanımlamak için kullanmıştır. Çalışma yaşamında ise mobbing terimi, 1980’li yıllarda *Heinz Leymann* tarafından, çalışanlar arasında benzer tipte uzun dönemli, düşmanca ve saldırgan davranışlar olarak tanımlanmıştır.¹¹⁸⁶

İşyerinde benzer eylemleri betimlemek için doktrinde, psikolojik taciz, psikolojik terör, mağdurlaştırma, zorbalık, kötü muamele, duygusal taciz, yıldırma¹¹⁸⁷, manevi taciz¹¹⁸⁸,

¹¹⁸⁴ Özdemir, İş Sağlığı, 80-81; Sevimli, m. 417, 123; Savaş Kutsal, Psikolojik Taciz, 629; Baycık, Değerlendirme 2016, 252-253. Bununla birlikte, cinsel taciz, ayrımcılık yasağının nitelikli ihlalidir. Yıldız, Eşit İşlem, 107-109; Özdemir, Cinsel Taciz, 91; Kaplan, İşçinin Kişilik Hakları, 46, Sevimli, m. 417, 113.

¹¹⁸⁵ Dursun Ateş, 469.

¹¹⁸⁶ Fischinger, 153-154; Tınaz, 14; Tınaz/Bayram/Engin, 4-6; Savaş, Manevi Taciz, 23-24; Arslan Ertürk, Psikolojik Taciz, 287-288; Ünal, Psikolojik Taciz, 18-20. Leymann, “mobbing” ve “bullying” terimlerinin farklı anlamlara geldiğini; bullying’in okullardaki ve gençler arasındaki zarar veren, zorba eylemleri anlatmak için kullanıldığını; buna karşın mobbing’in işyerlerinde çalışanlar arasındaki düşmanca davranışları betimlemek için kullanıldığını ifade etmiştir. Bu konuda bkz. Leymann, “The Definiton of Mobbing at Work Places”, The Mobbing Encyclopedia, <http://www.leymann.se/English/12100E.HTM>.

¹¹⁸⁷ İnce, 82-108.

¹¹⁸⁸ Türk İş Hukuku doktrininde Savaş, Fransızcada kullanılan “le harcèlement moral” teriminin Türkçe karşılığı olan “manevi taciz” teriminin kullanılmasını gerektiğini savunmaktadır. Bu görüş için bkz. Savaş, Manevi Taciz, 8. Ayrıca bkz. Sur, Değerlendirme 2017, 71.

yatay şiddet, iş tacizi gibi farklı terimler kullanılmaktadır.¹¹⁸⁹ Bununla birlikte, Türk İş Hukuku literatüründe, büyük ölçüde mobbing ve psikolojik taciz terimleri birlikte kullanılmaktadır.¹¹⁹⁰

Türk Borçlar Kanununun işçinin kişiliğinin korunmasına ilişkin 417. maddesinde de “*psikolojik taciz*” ifadesi tercih edilmiştir. Dolayısıyla, biz de açıklamalarımızı, hem yasal düzenlemeyle paralel olması açısından hem de bu davranış kalıbını en doğru şekilde betimleyen terim olması nedeniyle “*işyerinde psikolojik taciz*” ifadesiyle sürdüreceğiz.

Psikolojik taciz konusunda doktrinde çeşitli tanımlar yapılmıştır. Bu tanımların ortak noktasına göre psikolojik taciz, işyerinde işveren/işveren vekili, aynı düzeyde çalışanlar veya astlar tarafından bir kişiyi veya kişi topluluğunu sindirmek, yıldırma, dışlamak, aşağılamak ve yok saymak kastıyla sistematik biçimde yapılan ve belirli bir süre devam eden psikolojik terördür.¹¹⁹¹

Kişinin, iş arkadaşlarıyla problemlerinin artması, sürekli tartışması; kişinin, başkalarının ofisine gittiğinde konuşmaların birden kesilmesi; kişinin, önemli gelişmelerin dışında bırakılması, işyerindeki kutlama ve organizasyonlara davet edilmemesi; kişiye yetenekleri ve yetkinliğiyle bağdaşmayan işler verilmesi; kişinin yaptığı her işin izlenmesi, kişinin sürekli kontrol altında tutulması, sürekli eleştirilmesi, küçük düşürülmesi, kişiyle alay edilmesi; kişi hakkında asılsız dedikodular çıkarılması; kişinin sözlü ve yazılı taleplerine yanıt verilmemesi; kişinin işinin veya iş yerinin sürekli olarak değiştirilmesi; telefon konuşmalarının dinlenmesi; kişinin kendisinden daha alt düzeydeki kişilerden daha az ücret

¹¹⁸⁹ **Guerrero**, 477; **Salin**, 1215; **Tınaz/Bayram/Ergin**, 6 vd; **Savaş**, Manevi Taciz, 7; **Arslan Ertürk**, Psikolojik Taciz, 288; **Senyen Kaplan**, 201.

¹¹⁹⁰ **Süzek**, 400-402; **Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal**, 229-230; **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, 374-375; **Centel**, Kişiliğin Korunması, 14; **Tınaz**, 13-28; **Tınaz/Bayram/Ergin**, 1 vd; **Bayram**, Psikolojik Taciz, 552-574; **Yıldız**, Eşit İşlem, 125-130; **Güzel/Ertan**, 509-540; **Arslan Ertürk**, Psikolojik Taciz, 289-290; **Ünal**, Psikolojik Taciz, 20-21; **Kaplan**, İşçinin Kişilik Hakları, 40-54; **Sevimli**, m. 417, 113-115; **Baycık**, Değerlendirme 2016, 252-270; **Ekin**, 75-76; **Dursun Ateş**, 469 vd.

¹¹⁹¹ Benzer tanımlar için bkz. **Arslan Ertürk**, Psikolojik Taciz, 293; **Ünal**, Psikolojik Taciz, 23; **Bayram**, Psikolojik Taciz, 552; **Güzel/Ertan**, 511; **Savaş Kutsal**, Psikolojik Taciz, 620-624; **Ergin**, Mobbing, 245-246.

alması; kişiye fiziksel şiddet uygulanması gibi davranışlar, psikolojik taciz belirtileri olarak kabul edilmektedir.¹¹⁹²

İşyerinde psikolojik tacizin önlenmesi konusunda gerek uluslararası hukukta gerek ulusal mevzuatımızda çeşitli düzenlemeler yapılmıştır. Bu düzenlemelerin başında, Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartının 26. maddesi gelmektedir. Buna göre, *“Akit taraflar, tüm çalışanların onurlu çalışma haklarının etkili bir biçimde kullanılmasını sağlamak amacıyla işverenlerin ve çalışanların örgütlerine danışarak, ... çalışanların birey olarak işyerinde ya da işle bağlantılı olarak maruz kaldıkları kınanılacak ya da açıkça olumsuz ya da suç oluşturan, yinelenen eylemler konusunda bilinçlenmesi, bilgilenmesi ve bunların engellenmesini desteklemeyi ve çalışanları bu tür davranışlardan korumaya yönelik tüm uygun önlemleri almayı taahhüt ederler.”* Gözden Geçirilmiş Sosyal Şart, işçilerin psikolojik tacize karşı korunması gerekliliğini *“onurlu çalışma hakkı”* kapsamında ele almıştır.

Bu noktada üzerinde durulması gereken bir diğer uluslararası düzenleme ise, Uluslararası Çalışma Örgütü’nün 2019 yılında kabul ettiği 190 sayılı *“Çalışma Yaşamında Şiddet ve Tacizin Ortadan Kaldırılmasına Dair Sözleşme”* ve bu Sözleşmeye ilişkin 206 sayılı Tavsiye Kararıdır. Uluslararası Çalışma Örgütü’ne göre, şiddet ve taciz, işçilerin sağlık ve güvenlikleri karşısında en ciddi tehdittir. Ayrıca, şiddet ve taciz, insan haklarına aykırılık oluştururken, güvenli ve onurlu çalışma hakkını da engellemektedir.¹¹⁹³

Sözleşmenin 1. maddesinin 1. fıkrasına göre şiddet ve taciz, *“İş yaşamında bir kez olan veya birden fazla kez tekrarlanan; karşı tarafta fiziksel, psikolojik, cinsel veya ekonomik zararın meydana gelmesini veya gelebilme ihtimalini amaçlayan bir dizi kabul edilemez davranış, uygulama veya bunlarla ilgili tehditleri ifade eder. Toplumsal cinsiyete dayalı şiddet ve taciz de bu kapsamdadır.”* 190 sayılı sözleşme, işyerinde psikolojik ve cinsel tacizi açıkça düzenlemekte, yasaklamakta ve sözleşmeyi onaylayan ülkelerin şiddet ve tacize karşı

¹¹⁹² Tınaz, 16-17.

¹¹⁹³ ILO, Safe and Healthy Working Environments Free From Violence and Harassment, 6.

gerekli önlemleri alması gerektiğini hüküm altına almaktadır. Kanımızca, 190 sayılı Sözleşme de temel hak ve özgürlüklere ilişkin olup, Uluslararası Çalışma Örgütünün temel hak ve özgürlüklerle ilgili sözleşmeleri arasında kabul edilmelidir.

Sözleşmenin 9. maddesi uyarınca, şiddet ve taciz, işverenin almakla yükümlü olduğu iş sağlığı ve güvenliği önlemleri arasında sayılmıştır. Buna göre, işveren, iş sağlığı ve güvenliği yönetiminde şiddet ve tacizi ve bunlarla ilgili psikososyal riskleri dikkate almalıdır.

Psikolojik taciz, yasal mevzuatımızda ise, Türk Borçlar Kanununun 417. maddesinde hüküm altına alınmaktadır. Madde metninde psikolojik tacizin tanımı yer almamakla birlikte, işverenin, işçinin kişiliğini koruma borcu kapsamında işçilerin, psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları ve bu tür tacize uğramış olanların ise daha fazla zarar görmelerini engellemek için gerekli önlemleri alma yükümlülüğü düzenlenmiştir.

Ayrıca, 6701 sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanununda da taciz, *“Psikolojik ve cinsel türleri de dahil olmak üzere, bu kanun kanunda sayılan ayrımcılık nedenlerinden birine dayalı olarak gerçekleştirilen, onur kırıcı, aşağılayıcı, utandırıcı her türlü davranış”* olarak tanımlanmaktadır (m. 2/1-j). Kanunda *“işyerinde yıldırma”* kavramı da tanımlanmıştır. Buna göre *“Bu kanunda sayılan ayrımcılık temellerine dayanılarak kişiyi işinden soğutmak, dışlamak, bıkırtmak amacıyla kasıtlı olarak yapılan eylemdir.”* (m. 2/1-g).

6701 sayılı Kanun, psikolojik tacizi, ayrımcılık temeline dayandırmıştır. Ancak, psikolojik taciz, her zaman ayrımcılık temeline dayalı değildir. Nitekim, İş Kanununun 5. maddesinde, psikolojik tacize ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktadır. Ayrıca, psikolojik tacizle amaçlanan; hedeflenen işçi/işçilerin bezdirilmesi, yıldırılması ve yok sayılması yani onurlarının çiğnenmesidir. İşverenin psikolojik taciz olarak nitelendirilen davranışlarının altında birden fazla farklı sebep olabilir. Örneğin, işçiyi istifaya zorlamak, işçiyi işinden ve işyerinden soyutlamak, işçinin itibarını bozmak, kıskançlık, rekabet, işyerinde yeniden yapılanma ihtiyacı, örgüt yapısındaki değişiklikler, süregelen ve alışmış ahlak dışı

uygulamalar gibi nedenler kişilerin psikolojik tacize başvurmaları altında yatan nedenler olabilir. Dolayısıyla, psikolojik tacizin, bizce, işverenin işçinin kişiliğini gözetme borcu kapsamında ele alınması gereklidir.

Eğer psikolojik taciz, ayrımcılık temelinde gerçekleştirilirse, örneğin, dil, din, cinsiyet, ırk, renk, felsefi inanç, mezhep gibi nedenlerden doğarsa, işveren işçiyi gözetme borcunun yanı sıra, ayırım yapma yasaklarını da ihlal etmiş olur ve işçi ayrımcılık tazminatını da talep edebilir.¹¹⁹⁴

Psikolojik taciz, mevzuatımızda tam olarak tanımlanmamakla birlikte, doktrinde ve yargı kararlarında kabul edildiği üzere, psikolojik tacizin varlığından söz edebilmek için bazı unsurların birarada bulunması gereklidir. Öncelikle, psikolojik taciz, işyerinde meydana gelmeli ve psikolojik tacizin mağduru işyerinde çalışan kişi/kişiler olmalıdır. Psikolojik taciz, çoğunlukla işverenden ya da yönetici/işveren vekili tarafından işçiye (asta) karşı gerçekleştirilmektedir (düşey psikolojik taciz). Ancak, psikolojik taciz, aynı konumda çalışanlar arasında olabileceği gibi (yatay psikolojik taciz) ast konumundaki işçinin üste

¹¹⁹⁴ Benzer yönde, **Baycık**, Değerlendirme 2016, 255-256; **Ünal**, Psikolojik Taciz, 61-62; **Arslan Ertürk**, Psikolojik Taciz, 304; **Savaş Kutsal**, Psikolojik Taciz, 630; **Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal**, 230; **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, 379-380. Yazarlara göre, 6701 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesiyle birlikte, psikolojik tacize ilişkin iki ayrı düzenleme oluşmuştur. Biri 6701 sayılı Kanuna göre yapılan ayrımcılık temelli psikolojik taciz; diğeri ise genel anlamda işverenin işçinin kişiliğini koruma borcu kapsamında kapsayarak değerlendirilen ve buna ilişkin yaptırımların uygulanacağı psikolojik tacizdir. Bkz. **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, 380. Psikolojik tacizin ayrımcılık yasağını ihlal ettiği görüşü için bkz. **Sevimli**, m. 417, 114, 141; **Yıldız**, Eşit İşlem, 129-130. Örneğin, Alman Hukukunda, mobbing/psikolojik taciz terimi hukuki bir kavram değildir. Bununla birlikte, Genel Eşit Davranma Kanunu (Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz-AGG) § 3/3'te taciz (Belästigung) tanımlanmaktadır. Buna göre, “İstenmeyen davranış, Kanunun § 1'de sayılan nedenlerle bağlantılı olarak ilgili kişinin onurunu kırmayı amaçlıyorsa veya ilgili kişinin onurunun kırılmasına yol açıyorsa ve bu davranış korkutma, düşmanca davranış, aşağılama, küçültme ya da hakaretten oluşan bir ortamı yaratıyorsa, taciz de bir ayrımcılıktır.” Kanunun § 1'e göre ırk, etnik köken, cinsiyet, din, inanç, engellilik, cinsel yönelim ayrımcılık nedenleri arasında sayılmaktadır. Kanundaki düzenlemeye göre, psikolojik taciz, ayrımcılık nedenleriyle bağlantılı olarak gerçekleşirse, işverenin eşit davranma borcunun ihlali olarak kabul edilecek ve bu Kanun kapsamında sayılacaktır. Ancak, Alman hukukunda psikolojik taciz, ayrımcılık temeline dayanması dışında, işverenin işçinin kişiliğini koruma borcu kapsamında da ele alınmaktadır. Alman hukukunda da bir davranışın psikolojik taciz olarak nitelendirilebilmesi için bazı unsurların bir arada bulunması gereklidir. Bunlar: Belli bir zamana yayılan sistematik davranış; mağdurun sağlığının, kişilik haklarının, ekonomik ve mesleki menfaatlerinin ihlali ve ihlalin tek yanlı davranışla ortaya çıkmasıdır. Bu konuda detaylı bilgi için **Fischinger**, 156-160, 162 vd; **Hromadka/Maschmann**, 291; BAG, 25.10.2007- 8 AZR 593/06, NZA 2008, 223, (www.beck-online.beck.de).

(işveren/işveren vekiline) karşı düşmanca davranışlarıyla da ortaya çıkabilir (dikey psikolojik taciz).¹¹⁹⁵

Psikolojik tacizden söz edebilmek için, kişinin, özellikle belirli bir işçinin/işçilerin maruz kaldığı davranışın kötü niyetli bir şekilde, işçi/işçileri bezdirmek, yıldırma, dışlamak, küçük düşürmek, istifaya zorlamak, itibarsızlaştırmak gibi amaçlarla kasten yapılması gereklidir. Ayrıca, bu davranışın tekrarlanması, bir kereye mahsus olmaması, yani sürekliliği haiz olması gerekmektedir.¹¹⁹⁶

Bu bağlamda, mağdura uygulanan davranışın, sistematik biçimde belirli sıklıklarda (örneğin, haftada en az bir kere¹¹⁹⁷) meydana gelmesi şarttır. İlâveten, bu davranışın, işyerindeki belli bir kişi/kişileri hedef alması gereklidir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun bir kararında da bu durum şu şekilde özetlenmektedir: *“Bir eylemin psikolojik taciz olarak kabul edilebilmesi için, bir işçinin hedef alınarak gerçekleştirilmesi, belli bir süreye yayılması ve bu durumun sistematik bir hâl alması, kasıtlı, yıldırma ve dışlama amaçlı olması gerekir. Belirtilen şartların gerçekleşip gerçekleşmediğinin, her somut olayda ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiği açıktır. Psikolojik tacizin nedenleri farklılık göstermesine karşın amaç, çoğu kez işçinin iş yerinden ayrılmasını sağlamaktır.”*¹¹⁹⁸

¹¹⁹⁵ Salin, 1221-1224.

¹¹⁹⁶ Doktrinde, Leymann, işyerinde karşılaşılan çatışmanın psikolojik taciz olarak nitelendirilebilmesi için tekrarlanması ve sürekliliği olması gerektiğini ve bu anlamda da en az altı aydan beri sürüyor olması gerektiğini ifade etmektedir. Bu konuda bkz. Leymann, The Definition of Mobbing at Work Places, The Mobbing Encyclopedia, (<http://www.leymann.se/English/12100E.HTM>). TBMM Kadın ve Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu ise yayınladığı raporunda, bu sürenin en az altı ay ve genelde ortalama on beş ay olduğunu, kalıcı ağır etkilerin ortaya çıktığı dönemin ise 29-64 ay arası devam ettiğini belirtmektedir. Bkz. TBMM Kadın ve Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu, İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) ve Çözüm Önerileri Komisyon Raporu, 16-19.

¹¹⁹⁷ Leymann, The Definition of Mobbing at Work Places, The Mobbing Encyclopedia, (<http://www.leymann.se/English/12100E.HTM>).

¹¹⁹⁸ YHGK, 16.01.2020, E. 2019/9-571, K. 2020/23, KİBB. Anayasa Mahkemesinin benzer yöndeki bir kararı için bkz. AYM, Ebru Bilgin Başvurusu, Başvuru No: 2014/7998, 19.07.2018, RG. 26.09.2018, 30547. Anayasa Mahkemesinin psikolojik tacize ilişkin verdiği kararlar ve değerlendirme için bkz. Göztepe Çelebi, 323-342.

İşyeri ortamının genel olarak gergin, stresli olması psikolojik taciz olarak nitelendirilemez. Psikolojik taciz bu yönleriye iş stresinden¹¹⁹⁹ ve işyerindeki gündelik çatışmalardan¹²⁰⁰ farklılaşmaktadır. Stres, iş yaşamının bir parçası gibidir. Kişinin iş yükünün fazla olması, iş ortamının rekabetçi ve gergin olması stresin nedenleri arasındadır. İşçinin psikolojik tacize uğraması da işçide strese neden olmaktadır. Ancak, bu iki kavram birbirinden farklıdır. Psikolojik tacizde belli kişi/kişiler hedef olarak seçilmekte ve onlara karşı kasıtlı, sistematik biçimde psikolojik terör uygulanmaktadır. Burada amaç, kişiyi yıldırmak, bezdirmek, izole etmek ve işyerinde ayrılmasına sebep olmaktır.¹²⁰¹

İşyerindeki gündelik çatışmalar da psikolojik taciz değildir. İşyerindeki gündelik çatışmalar çoğunlukla simetriktir; buna karşın, psikolojik tacizde taraflar arasında asimetrik bir ilişki bulunmaktadır. Burada, taraflardan biri (işveren) diğeri üzerinde (işçi) aşırı bir psikolojik baskı kurarak mağdurun kişiliğini yok etme amacı gütmektedir. Öte yandan, işverenin, işçiyi sert bir şekilde uyarması, yaptığı işi eleştirmesi de her durumda psikolojik taciz olarak nitelendirilmemelidir.¹²⁰² Burada önemli olan, belli bir işçi/işçilerin hedef seçilerek kasıtlı ve sistematik olarak mağdurlaştırılmasıdır.

Bir iş ilişkisi içinde işveren, işçilerin rahat ve huzur içinde çalışabilecekleri ortamı sağlamalıdır. Bunun için de işveren, işyerinde “*ahlaka uygun bir düzeni*” gerçekleştirmekle yükümlüdür. İşveren bu kapsamda, işçilerin kişilik haklarını gözetmek; sağlık, yaşam ve beden bütünlüklerini tehlikelere karşı korumakla yükümlüdür. Ayrıca, işverenin, işin ve işyerinin düzenine ilişkin verdiği talimatlar Anayasaya, kanunlara, ahlaka, toplu iş

¹¹⁹⁹ Y7HD, 15.03.2016, E. 2015/36983, K. 2016/6330 ve karar değerlendirmesi için bkz. **Baycık**, Değerlendirme 2016, 257-263.

¹²⁰⁰ “İşyerindeki gündelik çatışmalar psikolojik taciz olarak nitelendirilemez. Zira, çalışanların birbirleriyle veya üstleriyle zaman zaman çeşitli sürtüşmeler ve anlaşmazlıklar yaşamaları çalışmanın doğasında vardır. Burada önemli olan zarar verme kastıyla bir kişi/kişilerin hedeflenerek sistematik şekilde huzursuz edilmemesidir. Taraflar arasında yaşanan çatışma, bazen işverenin uygunsuz ve hoşgörüden uzak tavırlarını içerse bile, sistematik bir düşmanlık olmadığı sürece, psikolojik taciz olarak görülemez.” Karar için bkz. LAG Rheinland-Pfalz, 30.11.2015- 3 Sa 371/15, BeckRS 2016, 67330, (www.beck-online.beck.de).

¹²⁰¹ Maria-France Hirigoyen’in görüşlerini aktaran, **Guerrero**, 483; **Salin**, 1215.

¹²⁰² Maria-France Hirigoyen’in görüşlerini aktaran, **Guerrero**, 483, 484; **Salin**, 1216.

sözleşmesine, iş sözleşmesine ve dürüstlük kurallarına aykırı olmamalıdır. İşveren, hiyerarşik olarak sahip olduğu gücü, talimatı altında çalışan işçilerin onurlarına ve kişilik haklarına saygı göstermeyerek, onlara zarar verme amacıyla ve onların çalışmalarını engelleyerek işten uzaklaşmalarını sağlamak için kullanırsa, bu gücünü kötüye kullanmış olur.¹²⁰³

Bu bağlamda, işyerinde psikolojik taciz olarak nitelendirilen davranışlar, tipik bir hakkın kötüye kullanılmasıdır.¹²⁰⁴ İşveren, işe ve işyerine ilişkin meşru bir amacı olmaksızın sırf işçileri zarara uğratmak kastıyla veya yerine getirilmesi imkansız talimatlar veriyorsa, işveren talimat verme hakkını dürüstlük kuralına aykırı kullanıyor demektir.

Benzer şekilde, işveren, yerine getirilmesi imkansız veya oldukça güç olan bir talimatı işçiyi hataya düşürmek, yıldırma ve işyerinden uzaklaştırmak ve hatta onu istifaya zorlamak için veriyorsa, burada yeniden hakkın kötüye kullanılması söz konusu olur. Ayrıca, işveren, psikolojik taciz niteliğindeki davranışlarıyla, işçinin kişiliğini görmezden gelmekte, mesleki itibarını zedelemekte, işyerinde işçiyi yok saymakta, dışlamakta ve işçinin sağlığını tehlikeye atmaktadır. İşyerinde psikolojik taciz, işçinin temel haklarını da ihlal etmesi nedeniyle, işverenin talimat verme hakkının anayasaya uygunluğu/kışı dokunulmazlığı ilkesini ihlal etmektedir.¹²⁰⁵

İşverenin, işçiye niteliklerine ve sözleşmesinde belirtilen görev tanımına uymayan daha düşük nitelikte¹²⁰⁶ veya daha ağır işleri yerine getirmesi yönünde verdiği talimatlar, işverenin, işçinin işini ve görev yerini sürekli değiştirmesi¹²⁰⁷, işçiye onurunu zedeleyen işleri

¹²⁰³ Vredenburg/Brender, 1339.

¹²⁰⁴ Bayram, Psikolojik Taciz, 563; Arslan Ertürk, Psikolojik Taciz, 307; Dursun Ateş, 491-492.

¹²⁰⁵ Bayram, Psikolojik Taciz, 563.

¹²⁰⁶ Yargıtayın bir kararına göre, “Davacı işçinin nitelikli ve mesleğinde tecrübeli bir çalışan olduğu sabittir. Dosya kapsamındaki delillerin birlikte değerlendirilmesi neticesinde, işçi uzmanlığına ve İstanbul işyerinin önemine vurgu yapılarak, işçinin Ankara’dan İstanbul’a süresiz görevlendirildiği, ancak yeni görev yerinde, tecrübesine ve işyerindeki pozisyonuna uygun şekilde görev verilmeyerek pasifize edildiği, işyerinde işe yaramayan personel algısının oluşturulduğu ve bu suretle davacı işçiye, kendi isteğiyle işten ayrılmasını sağlamak amacıyla mobing uygulanmış olduğu anlaşılmaktadır.” Y22HD, 31.05.2016, E. 2015/11958, K. 2016/15623, KİBB.

¹²⁰⁷ “Somut olaya gelince; 56 yaşında evli bir kadın olan davacının, on dört yıl aralıksız olarak davalı bankanın İstanbul işyerinde avukat olarak çalışmasının ardından Adana iline atamasının yapılarak, akabinde

ve çalışma ortamını sunması¹²⁰⁸, işçiye farklı gerekçelerle sürekli olarak disiplin soruşturmaları açması, işçileri aşırı şekilde kontrol etmesi, işçinin işyerindeki ortak alanları kullanmasının engellenmesine yönelik talimatları, işçiye iş saatleri dışında sürekli aranması, başkalarının görev alanına giren işlerin işçiden yerine getirmesinin beklenmesi¹²⁰⁹, işçiye ulaşılması zor hedefler koyması gibi davranışları, psikolojik taciz sonucunu doğuran davranış kalıplarına örnek oluşturabilir.

Öte yandan, işveren, işçiden iş görme borcunu özenle yerine getirilmesini talep etme hakkına sahiptir. Zira, TBK m. 396'ya göre de, “İşçi, yüklendiği işi özenle yapmak zorundadır. İşçi, işverene ait makineleri, araç ve gereçleri, teknik sistemleri ve taşıtları usulüne uygun olarak kullanmak ve bunlarla birlikte işin görülmesi için kendisine teslim edilmiş olan malzemeye özen göstermekle yükümlüdür.” Özen borcu, bağımsız bir borç olmayıp, işçinin iş görme borcu kapsamındadır. İş görme borcunun gereği gibi (hiç ifa edilmemesi veya özensiz-kötü ifa edilmesi) ifa edilmemesi iş görme borcunun ihlali sonucunu doğurmaktadır.¹²¹⁰

Kahramanmaraş, Gaziantep ve Mardin illerinde kısa sürelerle dokuz ay boyunca ve otuz kez yer değiştirmek suretiyle görevlendirildiği dosya kapsamından anlaşılmaktadır. Görüldüğü üzere, davalı avukatın maruz kaldığı bu durum, psikolojik taciz mahiyetinde olup, bu yolla davacı avukatın istifa ya da emekliliği tercih etmesi sağlanarak, işyerinden ayrılması amaçlanmaktadır.” YHGK, 25.09.2013, E. 2012/9-1925, K. 2013/1407, **Süzek**, 401.

¹²⁰⁸ Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin bir kararına göre, “Ancak tüm çalışanlardan soyutlandığını ve fabrikanın en gürültülü ve ücra köşesinde basit bir masa verilerek burada çalışmasının istenildiğini, daha sonra işyeri idari ve fabrika binasının dışında köpek kulübesinin yanında çok kötü olan bir odada çalışmasının istendiğini, üzerinde baskı kurulduğunu; çalışılması mümkün olmayan yerlerde çalışmaya zorlanarak, manevi dengesinin bozulduğunu ve mesleğine karşı soğuma yaşadığını haksız olarak, maruz kaldığı bu davranışlar sebebiyle acı, elem ve ızdırap duyduğunu...” Y9HD, 05.04.2012, E. 2010/1911, K. 2012/11638, **Savaş Kutsal**, Psikolojik Taciz, 627.

¹²⁰⁹ Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin bir kararı uyarınca, “Davacının bankacılık işlemleri konusunda kurallara uygun hareket etmek istediği, bu nedenle amirleri ile sorunlar yaşadığı, uyarı, itham ve kırıcı üsluplarla baskılara maruz kaldığı, banka müdürü tarafından sorun çıkaran, uyumsuz, sevilmeyen ve kavgacı biri olarak suçlandığı, süreç içinde davacıya yönelik bu ve benzeri olumsuz davranışların tekrarlandığı, bir başka personelin yapması gereken işlerin sık sık davacıya verildiği, banka müdürü tarafından cumartesi günleri mesai yaptırıldığı, işyerinde düzenli bir çalışma şeklinin olmadığı, davacıyla aynı pozisyonda olan diğer çalışanlara anahtar ve şifreler verildiği halde davacıya verilmediği, bu hususların mobbing teşkil ettiği tüm dosya içeriğinden anlaşılmaktadır.” Y22HD, 27.12.2013, E. 2013/693, K. 2013/30811, **KİBB**.

¹²¹⁰ **Mollamahmutoğlu**, 118.

Özen borcu, işçinin iş görme borcunu yerine getirirken kendisinden beklenen tüm dikkati göstermesini, mesleki bilgisini ve yeteneklerini gerektiği şekilde kullanmasını ifade etmektedir. Özen borcunun kapsamı her somut olaya göre farklılık göstermekle birlikte, bu durum, işçiye düşen özenin derecesinin salt subjektif kriterlere göre belirleneceği anlamına gelmemektedir.¹²¹¹ Gerçekten de, işçinin o iş için gerekli olan işteki uzmanlığı ve mesleki eğitimi gibi objektif ölçütlerle işverence bilinen veya bilinmesi gereken yetenek ve nitelikleri gibi subjektif ölçütler birlikte değerlendirilmektedir (TBK m. 400/2).¹²¹²

Örneğin, işveren, vasıfsız bir işçiden mesleki tecrübeye sahip kıdemli bir işçinin göstereceği özeni beklememelidir. İşçi, aynı nitelik ve özelliklere sahip bir işçinin işinde gösterdiği özeni göstermekle yükümlüdür.¹²¹³ İşçi, iş görme borcunu mesleki eğitimi, nitelikleri ile kişisel özellikleri ve becerilerine uygun şekilde özenle yerine getirmekle yükümlüdür. İşverenin, işçiden bekleyeceği özen derecesi de aynı nitelik ve özelliklere sahip bir işçiden göstermesini bekleyeceği özenle sınırlı olmalıdır. Aksi durumda, yani, işverenin işçiden nitelikleri ve kapasitesi üzerinde “aşırı özen” beklemesi psikolojik taciz olarak nitelendirilebilir. Örneğin, işverenin, görevi telefonlara bakmak, randevuları ayarlamak ve misafirleri karşılamak olan sekreterden, yönetici gibi davranmasını ve bir yöneticinin göstereceği özeni göstermesini beklemesi, psikolojik taciz fiiline dönüşebilir.

Bununla birlikte, Yargıtaya göre “işverenin otoriter olması” ve bu yöndeki davranışları her durumda psikolojik taciz olarak nitelendirilemez. Zira psikolojik tacizden söz edebilmek için, işyerinde belli bir kişi/kişiler hedef alınmalı ve bu kişi/kişilere kasıtlı biçimde sistematik bir psikolojik terör uygulanmalıdır. Yüksek Mahkemenin bu yöndeki bir kararına göre, “Davacının konumu itibarıyla talimatların sırf küçük düşürme amaçlı olduğu kabul edilecek olsa dahi mobbing de her şeyden önce süreklilik esastır. Kaldı ki, böyle bir sonuç

¹²¹¹ Mollamahmutoğlu, 116.

¹²¹² Baycık, İşçinin Hukuki Sorumluluğu, 160-164, 165-170. Ayrıca bkz. Y9HD, 27.02.2008, E. 2007/9302, K. 2008/2652; Y22HD, 12.12.2016, E. 2016/31994, K. 2016/26706, KİBB.

¹²¹³ Mollamahmutoğlu, 119; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 178; Özkan, 137.

çıkarmaya çalışmak zorlama bir yorum olacaktır. Yöneticinin görevini yapmak için otoriter olması yukarda da bahsedildiği gibi mobbingin uygulandığı anlamına gelmez.”¹²¹⁴

İşverenin otoriter olması, işçinin kişilik haklarını ve özellikle onurunun korunması gerektiği gerçeğini değiştirmeyecektir. Bu nedenle, işverenin davranışları psikolojik taciz olarak nitelenmese de, işveren, talimatı işçiyi küçük düşürme amacıyla veriyorsa, işverenin, iş ilişkisindeki konumundan kaynaklı gücünü ve bu gücün ona bahsettiği talimat verme hakkını dürüstlük kurallarına aykırı şekilde kullandığı kabul edilmelidir. Unutulmamalıdır ki, işverenin talimat verme hakkı işçinin kişilik haklarıyla sınırlandırılmıştır. Ayrıca, bizce, modern iş hukuku kurallarının benimsendiği demokratik ve özgür toplumlarda, tehlikeli bir anlamı da içinde barındıran “otorite-otoriter” kelimeleri normalleştirilmemeli ve dikkatli kullanılmalıdır.

Öte yandan, işverenin işçiden yaptığı işe ilişkin günlük veya haftalık olarak kendisine bilgi/rapor verilmesi yönünde vereceği bir talimat, psikolojik taciz olarak nitelendirilmemelidir.

cc. İşverenin İşçinin Sağlığını Koruma Borcu ile İşçinin Talimatlara Uyma Borcu Arasındaki İlişki

İşveren, işçiyi gözetme borcu kapsamında işçinin kişilik hakları kapsamında olan yaşamını, sağlığını ve vücut bütünlüğünü işyeri tehlikelerine karşı korumakla yükümlüdür. Vücut bütünlüğü hem fiziki hem de ruhsal olarak iyi olma hali anlamına gelmektedir. Vücut bütünlüğünün dokunulmazlığı aynı zamanda insan haklarının da bir parçasıdır. Bu değerlerin birinin ihlal edilmesi ise kişilik haklarına saldırıdır.¹²¹⁵

TBK m. 417/2, işverenin, işyerinde iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almasını ve bu şekilde işçinin yaşam, sağlık ve beden bütünlüğünün korunması gerektiği hususunu

¹²¹⁴ Y9HD, 12.02.2013, E. 2010/38293, K. 2013/5390, KİBB.

¹²¹⁵ Oğuzman/ Seliçi/Oktay- Özdemir, 176, 178.

düzenlemektedir. Buna göre, “İşveren, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmak; işçiler de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlüdür.” TBK m. 417/2’ye göre, işveren, iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi herhangi bir sınırlama olmaksızın almakla yükümlüdür.

Bu itibarla, işveren sadece iş sağlığı ve güvenliği mevzuatında yazılı önlemleri almakla yetinmemeli; işyerinde mevzuatta öngörülmeyen ancak bilim ve teknolojinin gerekli kıldığı diğer iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerini de almalıdır.¹²¹⁶ Benzer şekilde, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun 4. maddesinin 1. fıkrasına göre, “İşveren, çalışanların işle ilgili sağlık ve güvenliğini sağlamakla yükümlü olup bu çerçevede; mesleki risklerin önlenmesi, eğitim ve bilgi verilmesi dahil her türlü tedbirin alınması, organizasyonun yapılması, gerekli araç ve gereçlerin sağlanması, sağlık ve güvenlik tedbirinin değişen şartlara uygun hale getirilmesi ve mevcut durumun iyileştirilmesi için çalışmalar yapar.... İşyerinde alınan iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerine uyulup uyulmadığını izler, denetler ve uygunsuzlukların giderilmesini sağlar.”

İlaveten, Kanunun 5. maddesine göre, işveren, işçilerin yaşamı ve sağlığını korumak için onlara talimat verme hakkına sahiptir. O halde, işveren, işyerinde iş sağlığı ve güvenliği tedbirlerini almak, mesleki risklerin önlenmesini ve işçilerin eğitilmesini ve bilgilendirilmesini sağlamak, işçilerin tedbirlere uyup uymadığını denetlemek ve onlara talimat verme hakkına sahiptir.

İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun 19. maddesine göre ise, işçiler işverenin iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin konularda verdiği talimatlara uymakla yükümlüdürler. İşçilerin, iş

¹²¹⁶ Süzek, 411; Süzek, İş Güvenliği, 179-180; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 395; Akın, İş Güvenliği Hiyerarşisi, 14-15; Akın, Maddi Tazminat, 57-63; Sarıbay Öztürk, İş Sağlığı ve Güvenliği, 16-20; Demircioğlu/Kaplan, 57-58; Özdemir, İş Sağlığı, 67-69; Güzel/Ugan Çatalkaya, İşverenin Sorumluluğu, 171.

sağlığı ve güvenliği talimatlarına uyma borcu da, işçinin, işverenin işe ve işçilerin davranışlarına ilişkin verdiği talimatlara uyma borcunun bir parçasıdır.¹²¹⁷

İşveren, sadece, işçinin yaşam, sağlık ve vücut bütünlüğünü korumaya yönelik talimatlar vermek ve işçilerin bu talimatlara uymasını denetlemekle yükümlü olmayıp; ayrıca, işçileri kendi yetenek, kişisel özellik ve sağlık durumuna uygun işlerde çalıştırmak zorundadır. Örneğin, hekim raporuyla gerekli görüldüğü takdirde, hamile kadın işçiler, sağlık durumlarına uygun daha hafif işlerde çalıştırılmaktadır. Bu halde işçinin ücretinde bir indirim yapılmaz (İK m. 74/5). Bu yönüyle de talimat, işçinin kişilik hakkını korumak için işverenin sahip olduğu en önemli araçtır.

Ayrıca, işveren, işçinin sağlık ve güvenliğinin tehlikeye düşmesine neden olacak biçimde talimat vermemelidir. Örneğin, işveren işçiye herhangi bir önlem almadan, koruyucu giysi vermeden kimyasal maddelerle temas etmesi yönünde talimat veremez.

Bu başlık altında incelemek istediğimiz bir diğer husus ise, işverenin talimatının işçinin uğradığı iş kazasında kusura etkisidir. İşçinin veya ölümü halinde destekten yoksun kalanların, Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından karşılanmayan zararlarının tazmini için işverene başvurabileceği hem doktrinde hem de yargı kararlarında kabul edilmektedir.¹²¹⁸

İşverenin iş kazası ve meslek hastalığından doğan hukuki sorumluluğunun kural olarak kusur esasına dayandığı doktrinde baskın görüş olarak belirtilmektedir. İşveren sadece kast veya ağır kusurundan değil, her türlü kusurundan sorumludur (TBK m. 114). Bu anlamda, işverenin, işçiyi gözetme borcunu yerine getirip getirmediği incelenirken, işverenin kişisel bilgi, nitelik ve özellikleri değil; dikkatli ve makul bir işverenin davranış tarzını yansıtır

¹²¹⁷ Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan, 167.

¹²¹⁸ Süzek, 412; Akın, Maddi Tazminat, 85; Başterzi, Değerlendirme 2009, 78 vd.

yansıtmadığı göz önünde bulundurulmaktadır. Dolayısıyla, burada kusurun varlığı objektif bir ölçüte (objektif kusura) göre saptanmaktadır.¹²¹⁹

İşçi, işverenin gözetme borcuna aykırı davranışı sonucu iş kazası veya meslek hastalığına uğrarsa, yasadığı bedensel ve ruhsal zararının tazminini talep edebilir. İşverenin hukuki sorumluluğu, diğer bir deyişle, tazmin borcunun doğabilmesi için ise, işçinin kazaya uğraması, bu kazanın bireysel iş hukuku anlamında iş kazası olarak nitelendirilmesi, işverenin kusurlu olması, zararın ortaya çıkması ve uygun nedensellik bağının bulunması gerekir.

Maddi tazminatın kapsamının belirlenmesi bağlamında kusur, kural olarak işçi veya işverenin iş kazasının oluşumuna yapmış olduğu katkıyı ifade etmektedir. İşveren açısından bu katkı, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almamamak, araç ve gereci noksansız bulundurumamak, denetim, eğitim ve bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirmemek şeklinde ortaya çıkmaktadır. İşçi açısından ise, işverenin aldığı iş sağlığı ve güvenliğini önlemlerinin gereklerini yerine getirmemek, işverenin talimatlarına uymamak ya da iş güvenliği kurallarına aykırı davranmaktır.¹²²⁰

Türk Borçlar Kanununun 51. maddesinin 1. fıkrasına göre, “*Hakim, tazminatın kapsamını ve ödeme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirler.*” Maddi tazminat hesaplanmasında iş kazasının oluşumunda tarafların kusur oranlarının belirlenmesi gereklidir.

Yukarıda yaptığımız kısa açıklamalar ışığında, Yargıtay 21. Hukuk Dairesinin 2019 yılında önüne gelen bir uyuşmazlığın üzerinde durmak istiyoruz.¹²²¹ Söz konusu uyuşmazlıkta, davacı işçi uğradığı iş kazası nedeniyle işverenden maddi ve manevi zararlarının tazmin edilmesini talep etmiştir. Dava konusu olayda, davacı işçi, işverenin

¹²¹⁹ **Süzek**, 414-418; **Baycık**, Çalışanların Hakları, 131-132; **Akın**, Maddi Tazminat, 98; **Akın**, Kusurun Takdiri, 156; **Özdemir**, İş Sağlığı, 68; **Serath**, 60-61; **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, 419. Ayrıca bkz. YHGK, 12.02.2014, E. 2013/21-586, K. 2012/95, KİBB.

¹²²⁰ **Akın**, Maddi Tazminat, 141; **Akın**, Kusurun Takdiri, 156.

¹²²¹ Y21HD, 03.12.2019, E. 2019/2718, K. 2019/7441, KİBB.

yanında makam şoförü olarak çalışmaktadır. Olay günü, davacı işçi, işvereni havaalanına bırakmış, ancak işverenin unuttuğu balı uçak kalkış saatinden önce işverene getirmek için kendisinden talimat almış ve bu talimatı yerine getirmek için yola çıktığında, trafik kazası geçirmiştir. Kusur bilirkişi raporunda, işçinin dikkatsiz ve yüksek hızda araç sürdüğü için % 25 oranında; dava dışı diğer aracın sürücüsünün ise % 75 oranında kusurlu olduğu; dolayısıyla, işverenin olayın tamamen trafik koşullarından kaynaklanan bir kaza olması sebebiyle kusursuz olduğu belirtilmiştir.

Gerek ilk derece mahkemesi gerek bölge adliye mahkemesi, bilirkişi raporu yönünde verilen kararın yerinde olduğu belirterek davayı reddetmişlerdir. Buna karşılık Yargıtay 21. Hukuk Dairesi ise; bilirkişi raporunda *“işçinin birden fazla yere sefer yapıp yapmadığı, ne kadar süre istirahat yapması gerektiği, kazanın gerçekleştiği an itibariyle yorgun olup olmadığı, aracın teknik bakım ve kontrollerinde eksiklik olup olmadığı, işverenin yapılan işin niteliğine göre, iş ile ilgili ve işyerinde uygulanması gereken işçi sağlığı ve iş güvenliğine ilişkin gerekli önlemleri alıp almadığı, alınan önlemlere işçinin uyup uymadığı gibi hususlar ile özellikle kazalının patronunu havaalanına bıraktığı zaman ile uçağın kalkış zamanı arasındaki dilimin ne kadar olduğu, tespit edilecek bu zaman aralığının -davacının kendisine verilen talimat doğrultusunda uçağın kalkış saatine yetişmeye çalıştığı gözetilerek- olaya etkisinin varlığı gibi hususların ayrıntılı incelenmek suretiyle kusurun aidiyeti ve oranının hiç bir kuşku ve duraksamaya yer vermeyecek biçimde saptanmadığı”* ifade ederek temyiz itirazlarını kabul etmiştir.

Yüksek Mahkeme, dava konusu olayda, işverenin işçiye verdiği *“uçak kalkış saatinden önce balı kendisine getirmesi”* yönündeki talimatın işçinin uğradığı iş kazasında işverenin kusur oranına etkisinin araştırılmasını istemiştir. Gerçekten de işveren, uçak kalkış saatine kadar işçiye, unuttuğu balı havaalanına getirmesi için talimatlandırmıştır.

İşveren, iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için her türlü önlemi almakla yükümlüdür. Bu çerçevede, işverenin, işçinin yasal hız sınırlarını aşmamasını sağlamak; işçiye bunun aksi yönünde davranmasını gerektirecek talimatlar vermemek; risk değerlendirmesi yapmak; mesleki riskleri önlemek gibi yükümlülükleri bulunmaktadır. İşveren, olayda, işçiden uçağın kalkış saatine kadar talimatını yerine getirmesini talep etmiştir. İşçi ise bu zaman aralığında işverenin talimatını yerine getirmeye çalışırken kaza geçirmiştir.

İşçi, iş görme borcunu yerine getirirken sadece işverenin hukuka uygun talimatlarıyla bağlı değildir. İşçi, aynı zamanda, Anayasaya, kanunlara, ahlaka, meslek kurallarına uygun davranmakla da yükümlüdür. Bu bağlamda, işverenin verdiği talimat kanunlara, diğer bir deyişle, mevzuatın emredici kurallarına aykırı olmamalıdır. İşçinin kanuna aykırı bir talimatı yerine getirme borcu yoktur. İşçinin kanuna aykırı bir talimatı yerine getirmesi durumunda, bundan doğan hukuki ve cezai sorumluluk kendisine ait olacaktır.

Dava konusu olayda, işveren, işçiye trafik mevzuatında düzenlenen yasal hız sınırlarına aykırı biçimde araba kullanması yönünde bir talimat vermemiştir. Ancak, işverenin verdiği talimat, her ne kadar doğrudan, işçinin yasal hız limitlerini aşması yönünde olmasa da, talimatın yerine getirilmesi trafik mevzuatına göre hız sınırlarının aşılmasını gerektiriyorsa, işverenin, işçinin güvenliğini tehlikeye attığı, mesleki riskleri görmezden geldiği kabul edilmelidir. İşverenin işçiden yasal hız sınırlarını aşmasını gerektirecek yönde talimat vermesi iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine uymadığının da göstergesidir. İşveren burada dikkatli ve sorumluluk sahibi bir işveren gibi davranmayarak işçiye gözetme borcuna uygun hareket etmediği için sorumlu tutulmalıdır. Nitekim, Yüksek Mahkemeye göre de, “*Mahkemece yapılacak iş; yukarıda belirtilen eksiklikler tamamlanarak, trafik-işçi sağlığı ve iş güvenliği konularında uzman üç kişilik bilirkişi heyetine konuyu yukarıda açıklandığı biçimde incelettirmek, olayın meydana gelmesinde işverenin az da olsa kusurlu olduğu ve tarafların*

dosyada mevcut kusur raporlarına itirazları da gözetilerek, tarafların kusur oranlarını belirler şekilde yöntemince rapor almak, alınan raporu, mevcut delillerle birlikte değerlendirmek ve buna göre karar vermekten ibarettir.”

c. İşçinin Özel Yaşamının Gizliliğinin Korunması

aa. Genel Olarak Özel Yaşama Saygı Hakkı ve Özel Yaşama Saygı Hakkının Kapsamı

Özel yaşam kavramı konusunda kesin ve net bir tanım vermek oldukça güçtür. Zira, oldukça geniş bir anlama sahip olan özel yaşam kavramı, sosyal, ekonomik ve teknolojik değişimlerle şekillenmektedir. Dolayısıyla, her somut olayda özel yaşamın yeniden tanımlanması gerekmektedir. Ancak, özel yaşam, kişiliğin oluştuğu ve geliştiği hem diğer insanlarla hem de dış dünyayla ilişkilerin kurulduğu alanı kapsaktadır.¹²²²

Özel yaşam, bu anlamda, kişiliği oluşturan değerlerden biri olup üç unsuru barındırmaktadır. Bunlar: kamuya açık alan, özel alan ve gizlilik alanıdır.¹²²³ *Kamu açık alan*, kişinin herkesçe bilinen olaylardan oluşan yaşam çevresidir. Kişinin sadece dostları, aile çevresi, yakınları tarafından bilinen ve kamuya açık olmayan alanına ise *özel alan* denilmektedir. *Gizlilik alanı* ise, kişinin üçüncü kişilerden sakladığı ve dilerse bilmesini istediği kişilerle yaşadıklarını paylaştığı sır alanıdır.¹²²⁴

Özel alan ve gizlilik alanı, kişiliğin bir parçası olarak, kişilik hakkının kapsamındadır. Hukuk düzeni tarafından bu iki alan korunmaktadır.¹²²⁵ Kural olarak, kişinin özel alanına ve gizlilik alanına (özel hayatı) yapılacak müdahaleler kişilik hakkını da ihlal etmektedir.

¹²²² Roagna (çev. Ayşe Gül Alkış Schäling), 12.

¹²²³ İmre, 148; Dural/Öğüz, 135; Sevimli, Müdahalenin Sınırları, 7-8; Özsunay, 126 vd; Keser, Özel Hayat, 12.

¹²²⁴ İmre, 149; Dural/Öğüz, 136; Richardi BetrVG/Maschmann BetrVG § 75 Rn. 50.

¹²²⁵ Dural/Öğüz, 136; İmre, 153; Helvacı, Kişiliği Koruyan Davalar, 62-63; Sevimli, Müdahalenin Sınırları, 9; Aydın, İşçinin Kişilik Hakları, 15-16.

Kişinin özel alanı ve gizlilik alanından oluşan özel yaşamı başkalarının müdahalelerine açıktır. Dolayısıyla bu alanın korunması özellikle önem arz etmektedir. Özel yaşam çok geniş ve muğlak bir içeriğe sahip olduğu için hangi müdahalelerin kişinin özel yaşam hakkını ihlal ettiğini tespiti güçlük arz etmektedir.

Bununla birlikte, nelerin özel yaşam içinde olduğunun belirlenmesi yol gösterici olacaktır. Örneğin, kişinin yalnız kalma hakkı, aile yaşamı, konut dokunulmazlığı, haberleşmenin gizliliği, üstünün ve eşyalarının aranması, kişinin görüntüsü ve itibarının korunması, cinsel ve toplumsal kimliği, cinsel yaşamı ve eğilimi, kişisel verileri, sağlıklı bir çevre hakkı, kişisel özerklik ve iş yaşamı özel yaşamının içinde değerlendirilmektedir.¹²²⁶

Özel yaşamın gizliliği hakkı aynı zamanda temel bir insan hakkıdır. Bu bağlamda, özel yaşam hakkı gerek uluslararası düzeyde çeşitli sözleşmelerle gerek ulusal düzeyde Anayasa ve kanunlarla güvence altına alınmaktadır. Uluslararası düzeyde özel yaşam hakkını güvence altına alan düzenlemelerden biri olan İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin 12. maddesine göre, *“Hiç kimse özel hayatı, ailesi, konutu veya yazışmaları hakkında keyfi müdahalelere, şeref ve şöhretine karşı haksız saldırılara maruz bırakılamaz. Herkesin bu tür saldırı ve müdahalelere karşı kanun tarafından korunma hakkı vardır.”*

Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin¹²²⁷ 17. maddesine göre de, *“Hiç kimsenin özel hayatına, evine ya da haberleşmesine keyfi ya da yasa dışı olarak müdahale edilemez; hiç kimsenin şeref ve itibarına yasal olmayan müdahalelerde bulunulamaz. Herkesin bu gibi müdahale ya da saldırılara karşı yasalarca korunma hakkı vardır.”*

¹²²⁶ Roagna (çev. Ayşe Gül Alkış Schäling), 12; Aydın, İşçinin Kişilik Hakları, 18; Keser, Özel Hayat, 11-14; Richardi BetrVG/Maschmann BetrVG § 75 Rn. 50.

¹²²⁷ Türkiye, Sözleşmeyi 15.08.2000 tarihinde imzalamıştır. Sözleşme, 18.06.2003 tarih ve 25142 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır. Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmenin denetim organı İnsan Hakları Komitesidir.

Özel yaşam hakkının güvence altına alındığı bir diğer sözleşme ise, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesidir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin “*Özel ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı*” kenar başlıklı 8. maddesine göre, “⁽¹⁾*Herkes özel ve aile yaşamına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir.* ⁽²⁾*Bu hakların kullanılmasına ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomil refahı, suçun veya düzensizliğin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla, hukuka uygun olarak yapılan ve demokratik bir toplumda gerekli bulunan müdahalelerin dışında, kamu makamları tarafından hiçbir müdahale yapılamaz.*”

Sözleşmenin 8. maddesi farklı dört menfaati (özel yaşama, aile yaşamına, konuta ve haberleşmeye saygı) koruma altına almaktadır. Sözleşmenin 8. maddesi kolektif olmaktan ziyade bireysel bir niteliğe sahip olup, kişinin özel yaşamını üçüncü kişilerin haksız müdahalelerine karşı korumayı amaçlamaktadır.¹²²⁸

Ancak, Sözleşmenin 8. maddesi, kişileri salt üçüncü kişilerin haksız müdahalelerine karşı korumamakta aynı zamanda devletlere bu hakkın etkili bir şekilde kullanılabilmesi için düzenleme yapma ve gerekli tedbirleri alma yönünde pozitif yükümlülükler yüklemektedir.¹²²⁹

Sözleşmenin 8. maddesi, Sözleşme metninin en geniş yorumlanan içeriğine sahip maddesidir.¹²³⁰ Mahkeme, kesin ve net bir özel yaşam tanımı yapmak yerine her somut olayda özel yaşamı yeniden değerlendirmektedir. Ancak Mahkemenin özel yaşama ilişkin verdiği *Niemietz/Almanya*¹²³¹ kararı, Mahkemenin konuya ilişkin bakış açısını yansıtmaktadır.

Avukat olan başvurucunun bürosunun savcı ve polislerle birlikte arandığı davada, Mahkeme, özel yaşamı oldukça geniş bir bakış açısıyla yorumlamış ve özel yaşamı kişinin yakın çevresiyle sınırlandırmanın yerinde olmadığını, aksine, kişinin belli bir dereceye kadar

¹²²⁸ Doğru, 140; Arslan Öncü, 301; Çetin, Çalışanların Hakları, 176.

¹²²⁹ Doğru, 140.

¹²³⁰ Arslan Öncü, 301.

¹²³¹ AIHM, *Niemietz v. Germany*, Başvuru No: 13710/88, 16.12.1992, (www.hudoc.echr.coe.int.).

diğer insanlarla ilişki kurmasını ve bu ilişkiyi geliştirebilmesini de özel yaşama saygı hakkı kapsamında değerlendirmiştir.¹²³²

Buradan çıkan sonuç ise, Mahkemeye göre, özel yaşam, mahremiyet hakkının ötesine geçmektedir.¹²³³ Ancak, Sözleşmenin 8. maddesi mutlak bir koruma sağlamayıp, 8. maddenin 2. fıkrası hangi hallerde özel yaşam ve aile yaşamına saygı hakkına müdahale edilebileceğini düzenlemektedir.

Kişinin iş yaşamı her ne kadar özel yaşamın dışında gibi bir izlenim sunsa da Mahkeme, kişinin iş yaşamını da özel yaşam kapsamında incelemektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, son yıllarda Sözleşmenin dinamik bir içeriğe sahip yaşayan bir belge olduğu görüşü ve pozitif yükümlülükler doktrini sayesinde, Sözleşmeyi, Uluslararası Çalışma Örgütü sözleşmeleri, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi ve Avrupa Sosyal Şartı ışığında yorumlamaktadır. Bu yaklaşımıyla Mahkeme, çalışma dünyasının sorunlarını Sözleşmenin 8. maddesi kapsamına dahil etmiş ve işçi haklarını gözetten bir tavır sergilemeye başlamıştır.¹²³⁴

Örneğin, *Campagnano/ İtalya*¹²³⁵ kararında, Mahkeme, özel yaşama saygı hakkının, kişinin iş yaşamını da içine alan dış dünyayla ve diğer kişilerle ilişki kurma hakkını kapsadığını belirtmiştir. Zira, Mahkemeye göre, çoğu durumda iş yaşamı, kişinin dış dünyayla ilişki kurmasına hizmet etmektedir. Dolayısıyla, kişinin özel yaşamına dahil olan iş yaşamının

¹²³² Doğru, 141.

¹²³³ Roagna (çev. Ayşe Gül Alkış Schäling), 12. Ayrıca bkz. AYM, *T.A.A Kararı*, Başvuru No: 2014/19081, RG. 10.03.2017, 30003, p. 58: “Özel hayata saygı hakkı kapsamında korunan hukuksal çıkarlardan biri de bireyin mahremiyet hakkıdır. Ancak mahremiyet hakkı sadece yalnız bırakılma hakkından ibaret olmayıp bu hak, bireyin kendisi hakkındaki bilgileri kontrol edebilme hukuksal çıkarını da kapsamaktadır. Bireyin; kendisine ilişkin herhangi bir bilginin kendi rızası olmaksızın açıklanmaması, yayılmaması, bu bilgilere başkaları tarafından ulaşılamaması ve rızası hilafına kullanılamaması, kısaca bu bilgilerin mahrem kalması konusunda menfaati bulunmaktadır. Bu husus, bireyin kendisi hakkındaki bilgilerin geleceğini belirleme hakkına işaret etmektedir. Özel hayata saygı hakkının kapsamında olan bireylerin kişisel verilerinin korunması hakkı, Anayasanın 20. maddesinde açık olarak düzenlenmiştir.”

¹²³⁴ Pärli, 382-383.

¹²³⁵ AİHM, *Campagnano v. Italy*, Başvuru No: 77955/01, 03.07.2006, (www. hudoc.echr.coe.int.).

da kamu makamlarının haksız müdahalelerinin yanı sıra işverenin haksız müdahalelerine karşı da korunması gereklidir.

Öte yandan, Sözleşmenin 8. maddesi, devlete pozitif yükümlülükler de yüklemektedir. Pozitif yükümlülüklerin bir sonucu olarak da Sözleşmenin 8. maddesinin yatay ilişkilerde uygulanması mümkündür.¹²³⁶

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. maddesinde düzenlenen özel ve aile yaşamına saygı hakkı, Anayasamızın farklı maddelerinde güvence altına alınmaktadır. Anayasanın özel yaşamın gizliliğini düzenleyen 20. maddesi¹²³⁷; konut dokunulmazlığının düzenlendiği 21. maddesi; haberleşme hürriyetinin düzenlendiği 22. maddesi; yerleşme ve seyahat etme özgürlüğünün düzenlendiği 23. maddesi, ailenin korunması ve çocuk haklarının düzenlendiği 41. maddesi; sağlık hizmetleri ve çevrenin korunmasının düzenlendiği 56. maddesi; kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığının düzenlendiği 17. maddesi özel yaşama saygı hakkını güvence altına almaktadır.

Ayrıca, yukarıda da açıklamaya çalıştığımız üzere, Türk Medeni Kanununun 23. ve 24. maddeleri de kişilik hakkının unsurlarından biri olan özel yaşamı, haksız saldırılara karşı güvence altına almaktadır. Kişinin özel yaşamına müdahale niteliği taşıyan eylemlerin hukuka uygun bir nedene dayanması ve ölçülülük ilkesine uygun şekilde gerçekleştirilmesi gereklidir. İlâveten, özel yaşama yönelen müdahalenin meşru bir amacı olmalı ve bu amaca ulaşmak için ölçülü bir uygulama gereklidir. İşçinin özel yaşamına yönelik bir müdahalenin gerçek, haklı ve meşru bir amacı olmalıdır.

Bir iş ilişkisinde işçi ve işveren arasındaki bağımlılık ilişkisi ve bunun yansıması olan talimatla bağlılık, işçinin kişiliğini, işverenin müdahalelerine açık hale getirmektedir. İşçinin

¹²³⁶ Arslan Öncü, 302; Roagna (çev. Ayşe Gül Alkış Schäling), 65.

¹²³⁷ Özel yaşamın gizliliği ile kişisel verilerin korunması, doktrinde birbirleriyle bağlantılı şekilde incelenmektedir. Hatta Anayasanın 20. maddesinin 3. fıkrasında, kişisel verilerin korunması düzenlenmektedir. Buna göre, “Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir.” Bu yönde bkz. Elbir, Kişisel Verilerin Korunması, 50-58; Uncular, 43-44.

özel yaşamıyla mesleki yaşamı arasındaki çizginin her zaman çok görünür olmaması da bu sonucun doğmasına yol açmaktadır. Bazı durumlarda işçinin özel yaşamıyla iş yaşamı çakışmakta ve bu da işçinin özel yaşamına saygı hakkını tehdit etmektedir.¹²³⁸

Ancak, unutulmamalıdır ki, işçinin özel yaşamı, özel ve giz alanını da kapsadığından çalışma yaşamından daha kapsamlı bir alanı oluşturmaktadır. Ayrıca, ekonomik ve teknolojik gelişmelerin çok hızlı yaşandığı günümüzde, iş ilişkisi içindeki işçinin kişiliğinin ve bu bağlamda özel yaşamının korunması büyük önem taşımaktadır. Zira, işveren verdiği talimatlarla işçinin özel yaşamına saygı hakkını ihlal edebilir ve hatta bu hakkı kullanılmaz hale getirebilir. İşçinin hem işyerindeki hem de işyeri dışındaki özel yaşamının korunması büyük önem taşımaktadır.

Biz de, aşağıda, özellik gösteren bazı durumları açıklamaya çalışacağız. Bunlar; işçinin dış görünüşüne ilişkin talimatlar; işçinin üstünün ve eşyalarının aranmasına ilişkin talimatlar; işçilere uygulanan testler; işçilerin izlenmesi ve gözetlenmesine ilişkin talimatlar; işçinin işyerindeki davranışlarına ilişkin talimatlar ve işçinin işyeri dışındaki davranışlarına ve yaşamına ilişkin talimatlardır.

bb. İşçinin Dış Görünüşe İlişkin Talimatlar

Kişinin dış görünüşü, kişinin gerek sosyal yaşamında gerek iş yaşamında önem taşımaktadır. Öyle ki, dış görünüşün önemi deyimlerde de geçmektedir. Örneğin, Türkçede yaygın bir biçimde kullanılan “*Ye kürküm ye*” deyimini, Almancada kullanılan “*Kleider machen Leute*” deyimini veya İngilizcede kullanılan “*Fine feathers make fine birds*” deyimini toplumsal yaşamda dış görünüşe verilen önemi yansıtmaktadır.

¹²³⁸ İşçinin özel yaşamı ve mesleki yaşamı arasındaki muğlaklığın giderilebilmesi amacıyla Fransız hukukunda, “*kişisel yaşam*” kavramı ortaya atılmıştır. Kişisel yaşam, özel yaşam ve kamusal özgürlüklerden farklı olarak, işçinin, işverenin otoritesi dışında kalan tercih ve davranışlarını ifade etmektedir. İşçinin kişisel yaşamı, iş sözleşmesinin dışında kalmaktadır. Kişisel yaşam kavramı, işçinin sadece iş saatleri dışında değil, iş saatleri içinde de işverenin otoritesine tabii olmaması gereken tercihlerinden ve kararlarından oluşmaktadır. Ayrıca, kişisel yaşamın özel yaşam kavramından daha kapsamlı olduğu belirtilmektedir. Bu konuda bkz. **Ugan Çatalkaya**, 289; **Ugan Çatalkaya**, Ulaşılabilir Olmama, 741; **Elbir**, Kişisel Verilerin Korunması, 222-223.

Dış görünüşten kasıt ise, kişinin giyim tarzı, makyajı, ojesi, dövme veya piercing kullanımı, sakallı veya bıyıklı olması gibi fiziksel özellikleridir. Ancak, dış görünüşü salt fiziksel görünüşten ibaret saymak yeterli olmaz. Zira, kişinin giyim tarzı veya kullandığı aksesuarlar, o kişinin duygu ve düşünce dünyasının da dış dünyaya yansıtılma şeklidir. Kişi, tercihlerini, kültürünü, yaşam tarzını veya statüsünü bu şekilde diğer insanlara yansıtmaktadır. Bu anlamıyla dış görünüş, ifade özgürlüğü kapsamında da görülmektedir.¹²³⁹

Kişinin dış görünüşü, kişilik hakları içinde yer alıp, esasen özel yaşam hakkı çerçevesinde değerlendirilmektedir.¹²⁴⁰ Kişi, kendi fiziksel görünüşünü belirleme hakkına sahiptir. Buna, kişinin rızası dışında müdahale edilmesi ise özel yaşam hakkının ihlal edilmesi sonucunu doğurmaktadır.

Gerçekten de, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, fiziksel görünüme yönelik haksız müdahaleleri, Sözleşmenin 8. maddesi kapsamında incelemektedir. Ancak, 8. maddenin getirdiği koruma mutlak değildir. Sözleşmenin 8. maddesinin 2. fıkrası uyarınca bu hakka, maddede belirtilen sınırlama nedenlerine dayanılarak müdahale edilmesi mümkündür.¹²⁴¹

İşçinin işyerindeki giyim tarzı ve dış görünüşü de, işçinin özel yaşamına saygı hakkı kapsamında kalmakta ve fakat işveren haklı nedenlerle işçinin dış görünüşüne müdahale edebilmektedir. Bu noktada öncelikle belirtmek istediğimiz husus, işçinin dış görünüşünün bir parçası olan dini kıyafet ve sembollerin işyerinde kullanılması hususunu, konu bütünlüğünü sağlamak açısından, işçinin din ve vicdan özgürlüğü başlığı altında inceleyeceğiz.

İşçi kendi dış görünüşünü belirleme hakkına sahip olsa bile, işveren işçilerin işyerindeki kılık-kıyafet ve dış görünüşlerine ilişkin konularda talimat vermek istemektedirler. Öyle ki, bazı işyerlerinde kılık-kıyafet yönetmeliği düzenlendiği gibi, bazen de iş sözleşmelerinde işçilerin dış görünüşlerine ilişkin hükümler yer almaktadır. İşveren, bu yönde

¹²³⁹ **Bedük**, 1371, 1386-1387; **Aydın**, İşçinin Kişilik Hakları, 111.

¹²⁴⁰ **Sevimli**, Müdahalenin Sınırları, 231; **Çetin**, Çalışanların Hakları, 233; **Dursun Ateş**, 619.

¹²⁴¹ **Çetin**, Çalışanların Hakları, 234.

bir düzenleme olmasa dahi, biraz önce belirttiğimiz gibi, verdiği talimatlarla işçinin dış görünüşüne müdahale edebilir.

Ancak, işçinin temel hakları, iş ilişkisi için *kaçınılmaz olarak gerekli ve ölçülü* olan müdahalenin ötesinde sınırlandırılmaz. Eğer, işçinin kişisel tercih ve tutumları, işin ve işyerinin düzenini bozacak nitelikteyse işverenin menfaati ön plana geçebilir. O halde, *pratik uyuşum ilkesi* çerçevesinde, işverenin yönetim hakkı kapsamındaki menfaatleri ile işçinin kişilik haklarının ve özel yaşamına saygı hakkının korunması arasında her somut olaya göre menfaat değerlendirmesi yapılmalıdır.¹²⁴² Bu değerlendirmeye göre, işçinin özel yaşamına yapılacak müdahalenin haklı dolayısıyla, hukuka uygun olup olmadığı belirlenmelidir.

Alman hukukunda, GewO § 106/1, 2 ve BetrVG § 87/1'den yola çıkılarak işyerinin düzeni ve işçilerin davranışları ile işin görülmesine ilişkin konular şeklinde ikili bir ayırım yapılmaktadır.¹²⁴³ Benzer bir düzenleme TBK m. 399'da, işin görülmesi ve işçilerin işyerindeki davranışları şeklinde yer almaktadır. Biz de, işverenin, işçinin dış görünüşüne ilişkin konularda talimat verip veremeyeceğini ve bunun sınırlarını bu ayırımı ölçüt olarak inceleyeceğiz.

Doktrinde, işin görülmesi için gerekli ve zorunlu talimatlardan kastın, “*uyulmaması durumunda işin doğruluk kuralına ve o işteki göreneklere uygun biçimde görülmesi olanağı bulunmayan önlemler*” olarak anlaşılması gerektiği ifade edilmiştir.¹²⁴⁴ Dolayısıyla, iş sağlığı ve güvenliği veya hijyen gibi konularda, işçinin dış görünüşüne yönelik talimatlar verilmesi, işçinin kişilik haklarını zedelememektedir. Burada işverenin veya üçüncü kişinin daha üstün nitelikte bir yararı vardır. Öyle ki, işçi işin görülmesi için gerekli olan bu talimatlara uymazsa iş görme borcunun ihlal edildiği sonucuna dahi varılabilecektir.¹²⁴⁵

¹²⁴² Brose/Greiner/Preis, Rn. 370.

¹²⁴³ Brose/Greiner/Preis, Rn. 372.

¹²⁴⁴ Taşkent, Yönetim Hakkı, 92.

¹²⁴⁵ Dursun Ateş, 622; Bedük, 1376.

Öncelikle, konu, işçinin iş görme borcu kapsamında ve işin gerekleri bağlamında irdelenmelidir. İşverenin işçinin dış görünüşüne ilişkin müdahalesini haklı ve gerekli kılacak ilk neden, iş sağlığı ve güvenliği önlemleridir. İşveren, iş sağlığı ve güvenliği önlemleri almak ve işçiye korumak amacıyla bazı koruyucu iş giysilerinin giyilmesi yönünde talimat verebilir. Örneğin, işveren, işçiden baret takmasını, koruyucu gözlük kullanmasını, yanıcı ve yakıcı malzemelere karşı özel kıyafet veya eldiven takmasını, saç uzun olan bir işçinin saçlarını makinaya kaptırmaması için toplamasını talep edebilir. Burada işverenin işçinin dış görünüşüne müdahalesini haklı kılacak husus, işverenin bu talimatıyla, kanunun verdiği yetkiyi kullanmasıdır.¹²⁴⁶

Gerçekten de, Kişisel Koruyucu Donanımların İşyerinde Kullanılması Hakkında Yönetmeliğin¹²⁴⁷ 7. maddesi uyarınca, *“İşveren, yapılacak risk değerlendirmesi sonucu alınacak iş sağlığı ve güvenliği tedbirleri ile kullanılması gereken kişisel koruyucu donanımı belirler.”* Yönetmeliğin 8. maddesine göre de, işçiler kendilerine sağlanan kişisel koruyucu donanımları doğru kullanmak, korumak ve uygun şekilde muhafaza etmekle yükümlüdür.

Ayrıca, işveren her türlü iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almakla yükümlüdür. Dolayısıyla, işveren, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınması bağlamında işçinin fiziksel görünüşüne yönelik talimatlar verebilir. İşçi de bu talimatlara uymakla yükümlüdür.

Örneğin, Yargıtay vermiş olduğu bir kararında, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine uymayarak baret takmayan işçinin iş akdinin geçerli nedenle feshedilmesini yerinde bulmuştur.¹²⁴⁸

¹²⁴⁶ Sevimli, Müdahalenin Sınırları, 232.

¹²⁴⁷ RG. 02.07.2013, 28695.

¹²⁴⁸ Yüksek Mahkemenin kararına uyarınca, *“Davacının işyeri dosyası incelendiğinde davacıya aynı eylemle ilgili daha önce uyarılar verildiği, ancak davacının 17.07.2013 tarihinde aynı eylemi tekrarlaması üzerine savunmasının istendiği davacının savunmasında ortam sıcaklığı ve baret nedeniyle başı ağrıdığından baret 3-5 dakikalığına çıkardığını belirtmiştir. Davacıya verilen uyarılara rağmen iş güvenliği açısından kendisine verilen koruyucu malzemeleri takmaması nedeniyle kendi sağlığını tehlikeye attığı gibi, işverenliği de risk altına soktuğu, uyarılara rağmen davacının aynı davranışı tekrarlaması üzerine 4857 sayılı İş Kanunu 17. ve 18. maddeleri uyarınca yapılan feshin geçerli olduğunun kabulü gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi hatalıdır.”* Y9HD, 11.09.2014, E. 2014/11104, K. 2014/26334, KİBB.

İşverenin, işçinin dış görünüşüne müdahalesini haklı kılan bir diğer neden ise, mal ve hizmet üretiminin hijyenik koşullarda gerçekleşmesi gereğidir. Örneğin, işveren, hizmet sektöründe aşçı olarak çalışan bir işçiye, sakal bırakmaması, işini yaparken bone ve maske kullanması yönünde talimat verebilir. Burada işçinin dış görünüşüne yapılan müdahale işin gereği gibi yerine getirilmesi için gereklilik arz etmektedir. İşveren, müşterinin sağlığını korumak için böyle bir talimat verebilir.

Yargıtayın bir kararına göre, “*Davacının işi aşçılıktır. Bu işi ifa etmekte iken sakal bırakmıştır. İkaz, ihtar ve yevmiye kesintisi cezalarına rağmen sakalını kesmemekte direnmiştir. Bunun üzerine hizmet akdi Disiplin Kurulu Kararı ile feshedilmiştir. Gerçekten davacının sakal bırakması sağlık koşulları ve gördüğü işin niteliği ile bağdaşmaz. Davranışı bu konudaki mevzuat ve İş Kanunu’nun 17. maddesinin II. bent hükümlerine aykırıdır. Bu nedenle işveren fesihle haklıdır.*”¹²⁴⁹

İşverenin, işyerindeki hijyenin sağlanabilmesi amacıyla işçinin dış görünüşüne ilişkin talimat verebileceği hususunda daha yakın tarihli bir kararı ise Aachen İş Mahkemesi vermiştir.¹²⁵⁰ Dava konusu olayda, davacı işçi, bir huzurevinde sosyal hizmet görevlisi olarak çalışmaktadır. Davacı, işi gereği huzurevinin sakinleriyle doğrudan temas halindedir. Davacının görevi, huzurevinde kalanlarla ilgilenmek, onlarla her gün sohbet etmek, onlara yemek hazırlamak, bir şeyler pişirmek veya yemek yemelerine ve bir şeyler içmelerine yardımcı olmaktır.

Davacı oje kullanmakta ve jel tırnak takmaktadır. Huzurevi yönetimi davacıya gönderdiği bir yazıyla, davacının iş saatleri içinde oje sürmemesi ve jel tırnak kullanmaması yönünde talimat vermiştir. Bu talimatın haksız olduğunu düşünen işçi ise iş mahkemesine başvurmuştur. Mahkeme, davacının haksız olduğunu ve işverenin işin gereği ve özellikle hijyen nedeniyle davacının dış görünüşüne müdahale edilebileceği yönünde karar vermiştir.

¹²⁴⁹ Y9HD, 21.09.1990, E. 1990/5978, K. 1990/9488, , KİBB.

¹²⁵⁰ ArbG Aachen, 21.02.2019- 1 Ca 1909/18, (www.beck-online.beck.de).

İş sağılığı ve güvenliğı ile hijyen nedenleri dışında işverenin, işçilerin dış görünüşüne yönelik talimat verip veremeyeceğinin de belirlenmesi gerekmektedir. Burada bizce, işçinin dış görünüşüne yapılacak müdahalenin işin görülmesiyle ilgili olup olmadığı özellikle araştırılmalıdır.

Çoğu işveren, müşterilerle doğrudan temas halinde olan işçilerin dış görünüşlerinin özenli olmasını beklemekte ve şirketin imajı için bunun gerekli olduğunu düşünmektedir. Bu amaçla da gerek iş sözleşmesi veya iç yönetmeliklerle ya da bunlarda bir hüküm bulunmaması durumunda talimatlarla, işçinin dış görünüşüne müdahale etmektedirler. Nitekim, işçilerin yaptıkları işle bağdaşır şekilde giyinmeleri gerekmektedir.¹²⁵¹

Hamm Eyalet İş Mahkemesinin bir kararına göre, işverenin, müşterilerle doğrudan temas halinde olan işçilerin şirketin imajına ve yerine getirdikleri işin gereklerine uygun giyinmesi yönünde verdiği talimatları hukuka uygundur. Bu bağlamda, işveren, işçilerin çalışma saatleri içinde kot pantolon ve spor ayakkabı giymeleri yerine takım elbise giyip kravat takmaları yönünde talimat verebilir.¹²⁵²

Ancak, işverenin, işçinin dış görünüşü (kılık-kıyafet, saç, sakal, dövme, piercing, oje vs.) konusunda yaptığı düzenlemeler veya verdiği talimatlar, işin gereğine hizmet etmeli, aşırıya kaçmamalı, dürüstlük kuralına ve ölçülülük ilkesine uygun olmalıdır. Aksi durumda, işçinin özel yaşam hakkına ağır bir müdahale gündeme gelebilir. Zira, işin gereğı olmamasına rağmen, işverenin, işçinin dış görünüşüne keyfi veya kendi moda zevki-dünya görüşü nedeniyle müdahale etmesi, işçinin özel yaşamına saygı hakkının ihlal edilmesi ve işverenin talimatının hukuka aykırı olması sonucunu doğurur.

İlaveten, işçilerin kılık kıyafetleri konusunda -iş sağılığı ve güvenliğı ile hijyen gereklerinin olduğu işler dışında- sosyal yaşamdaki ve modadaki değişimler de önem taşımaktadır. İşveren, zamanın ruhunun getirdiğı “normal”i kendi dünya görüşüne uymadığı

¹²⁵¹ Sevimli, Müdahalenin Sınırları, 234.

¹²⁵² LAG Hamm, 22.10.1991- 13 Ta BV 36/91, (www.beck-online.beck.de).

için yasaklayamaz. Günümüzde müşterilerle temas halinde olursa bile, örneğin, erkeklerin küpe takması veya uzun saçlı olması sosyal yaşamdaki çeşitlilik açısından işverence yasaklanmamalıdır.¹²⁵³

Bu konuda oldukça ilginç olan Köln Eyalet İş Mahkemesinin verdiği bir karar üzerinde durmak istiyoruz.¹²⁵⁴ Öyle ki, bu karar Alman iş hukuku tarihçesine de “iç çamaşırı davası” (*Schlüpfer-Urteil*) olarak geçmiştir.¹²⁵⁵

Dava konusu olayda federal polis teşkilatı adına havaalanındaki yolcu kontrollerini gerçekleştiren bir şirket, kontrol görevlisi olarak çalışan işçilerin dış görünüşleri ve üniformalarına ilişkin bir yönetmelik yayınlamıştır. Yönetmelik hükümleri çok detaylı düzenlemeler içermektedir. Bu düzenlemelerin başında ise, işçilerin üniformalarının içine giydikleri iç çamaşırlarının renginin beyaz veya ten rengi olması ve iç çamaşırlarının üzerinde herhangi bir amblemin bulunmaması gelmektedir. Ayrıca, kadın işçilerin tek renk oje kullanması, erkek işçilerin ise saçlarını sadece doğal renklere boyayabilecekleri, işyerinde peruk veya örgü saç modelinin kullanılamayacağı, saçların temiz olması ve dağınık görünmemesi, tırnak uzunluğunun 0,5 cm’i geçmemesi gerektiği belirtilmektedir.

İşyeri kurulu, getirilen yönetmeliğe ilişkin olarak katılım haklarını kullanamadıklarını ve söz konusu düzenlemelerin kişilik haklarına ağır bir ihlal niteliği taşıdığından hareketle dava açmıştır. Köln Eyalet Mahkemesi ise, kararında, yönetmelik hükümlerinin bazı düzenlemeleri dışında ölçülü ve dolayısıyla hukuka uygun olduğu sonucuna varmıştır. Zira Mahkemeye göre, işçilerin üniformaları içlerine giyecekleri iç çamaşırıyla korunmaktadır, ayrıca herkes iç çamaşırı kullanmadığı için bu sorunun bu şekilde çözülmesi gerekmiştir. Dolayısıyla, iç çamaşırı konusunda getirilen düzenleme makuldür.

¹²⁵³ Brose/Greiner/Preis, Rn. 377.

¹²⁵⁴ LAG Köln, 18.08.2010- 3 TaBV 15/10, (www.beck-online.beck.de).

¹²⁵⁵ Brose/Greiner/Preis, Rn. 370.

Mahkemeye göre, tırnak uzunluğuyla ilgili getirilen düzenleme de yerindedir; çünkü, yolcuların kimlikleri kontrol edilirken, işçinin tırnağıyla yolcuyu yaralamaması gerekir. İşveren, müşterilerle temas halinde olan işçilerin daha özenli ve şirket politikasına ve yaptıkları işe uygun giyinmelerini talep edebilir. Şüphesiz ki, işçinin dış görünüşüne yapılan her müdahale, kişinin özel yaşam hakkını ihlal etme riskini barındırmaktadır. Ancak, burada önemli olan işverenin menfaatiyle işçinin temel hakları arasında dengenin sağlanmasıdır.

İşveren, haklı nedenlerle ve ölçülü olması kaydıyla işçinin dış görünüşüne müdahale ederse, bu müdahalesi hukuka uygun sayılacaktır. Örneğin, bakımlı görünme, saçların ve tırnakların temiz olması yani kişisel hijyen, müşterilerle temas halinde olan işçiler için oldukça önemli ve gerekli olabilir.

Bununla birlikte, dış görünüşe yapılan müdahale konusunda dikkat edilmesi gereken husus, *her sosyal normun, iş yaşamında hukuki bir norm olarak yer almasının doğru olmadığıdır*.¹²⁵⁶ Mahkemenin gözden kaçırdığı husus, işverenin dış görünüşe yönelik yaptığı düzenlemenin aşırı kapsamlı ve işin yürütümü açısından gerekli olmadığıdır. Burada işverenin, işçinin özel yaşamına ağır bir müdahalesi söz konusudur. İşveren, yaptığı düzenlemeyi meşrulaştıramamıştır. İşveren, üniforma giyilmesi gerektiğini ve hijyene ilişkin kuralları koyarken zaten varmak istediği sonuca ulaşmıştır. Bunu aşan düzenlemeler, işçinin ten renginin ne olması gerektiğine kadar ileri giden ve dolayısıyla, işçinin kişilik haklarını zedeleyen boyuta ulaşabilir.¹²⁵⁷

Benzer başka bir uyuşmazlık İngiltere’de de yaşanmıştır. Bir muhasebe firmasında resepsiyon görevlisi olarak çalışan şikayetçi Nicola Thorp ilk iş gününde işten, topuklu ayakkabı giymediği için çıkarılmıştır. İşvereni işe başlamadan önce kendisine işyerinde en az beş santimetre yüksekliğinde topuklu ayakkabı giymesi yönünde talimat vermiştir. Nicola Thorp ise erkek çalışanlara böyle bir düzenleme getirilmediğini ve kendisine ayrımcılık

¹²⁵⁶ Brose/Greiner/Preis, Rn. 378.

¹²⁵⁷ Brose/Greiner/Preis, Rn. 370, 374.

yapıldığını ileri sürerek meclise, şirketlerin kadın çalışanlara işyerlerinde topuklu ayakkabı giymeleri yönünde baskı yapmasının engellemesi için yasa yapılması amacıyla dilekçe vermiştir. İngiliz hükümeti, kadın işçilerin, işverenler tarafından kılıf-kıyafet düzenlemeleri nedeniyle doğrudan veya dolaylı şekilde ayrımcılığa uğradığını ifade etmiş ve bu yönde düzenleme yapılacağına söz vermiştir.¹²⁵⁸

Ayrıca, işveren, işçilerin tek tip kıyafet (üniforma) giymesi yönünde de düzenleme yapabilmekte veya talimat verebilmektedir. Bu talimatların altında yatan temel düşünce, özellikle hizmet sektöründe çalışan işçiler açısından, bu kişilerin, müşterilerden ayrılması, müşterilerin çalışanlara rahatça ulaşabilmeleri ve ekip/birlik ruhunun bu şekilde tesis edilmesidir. İşveren, tek tip kıyafet uygulamasına geçmekte haklı ve meşru bir nedeni varsa ve bu kıyafetler, işçinin onurunu zedeleyici veya onların hareket etmelerini engelleyici boyutta değilse, hukuka uygun kabul edilmektedir.¹²⁵⁹

Tek tip kıyafet uygulaması da aslında işin görülmesine hizmet etmekte ve bu şekliyle de iş görme borcunun uzantısı olarak değerlendirilmektedir.¹²⁶⁰ Örneğin, restoranlarda, kafelerde, otellerde, garson, resepsiyon görevlisi, temizlik görevlisi, güvenlik görevlisi olarak çalışan kişilerin pozisyonlarına uygun tek tip kıyafet giymesi yönünde talimat verilebilir. Benzer şekilde, giyim mağazalarında işçilerin mağazadaki ürünleri giymeleri istenebilir ya da güzellik ürünleri (makyaj malzemeleri, oje, vb) satan bir mağaza, ürünlerin tanıtılması amacıyla çalışanlarının makyaj yapmasını, özenli görünmesi talep edebilir.¹²⁶¹ Ancak, bu

¹²⁵⁸ Middlemiss, 44-45.

¹²⁵⁹ Richardi BetrVG/Maschmann BetrVG § 75 Rn. 54.

¹²⁶⁰ Sevimli, Müdahalenin Sınırları, 233; Bedük, 1383.

¹²⁶¹ Benzer yönde Taşkent, Yönetim Hakkı, 93. Yargıtay aksi yönde eski bir kararında şu ifadeleri kullanmıştır: “Davacı, işyerinde çalışmakta iken 21.10.2002 tarihinde işveren tarafından giydiği giysinin uzun olduğu daha derli toplu giymesini söylemesi üzerine, davacı işçinin de benim giyimime karışamazsınız şeklinde karşılık verdiği, işverenin ikazında ısrarı üzerine de işyerini terkettiği anlaşılmaktadır. Davacı iki yılı aşkın bir süreden beri özel bir işyeri olan giyim mağazasında çalışmakta olup, olay gününe kadar da işverence çalışanlar için herhangi bir kılık kıyafet düzenlemesi yapılmadığı ve bu hususta da bir öneri getirilmediği anlaşılmaktadır. Olayın oluş şekli ve tüm dosya kapsamından davacının işyerini haklı bir sebeple terketmek sureti ile iş aktine fiili olarak son verdiği anlaşılmaktadır.” Y9HD, 18.05.2005, E. 2004/27834, K. 2005/18888, KİBB. Kararın eleştirisi için bkz. Bedük, 1378.

taleplerin hiçbirisi ölçüsüz olmamalı, dürüstlük kuralına uygun olmalı, işçinin sağlığını olumsuz yönde etkilememeli, işçinin özel yaşamına ağır bir müdahale içermemeli ve en önemlisi işin yürütümü için gerekli olmalıdır.

Ayrıca, tek tip kıyafet uygulamasında işveren, işçilerin üstlerini değiştirebilmeleri ve eşyalarını güvenle saklayabilmeleri için işçilere mahremiyetin korunduğu özel soyunma odaları ile kişisel dolaplar tahsis etmelidir.

İşveren, işçilere dış görünüşleri dışında, isim kartı takmaları veya masalarına isimlerini yazmaları yönünde talimat verebilir. Özellikle müşterilerle temas halinde olan işçilerin yaka kartı kullanması hem müşterilerle olan ilişkileri bağlamında gerekli görülmekte ve bu nedenle işçinin kişilik haklarına haksız bir müdahale niteliği taşımamaktadır.¹²⁶² Yargıtayın bir kararına göre de, *“Dosya içeriğine göre, davacıya 15.3.2007 tarihinde traş olmadığı, kimlik kartı takmadığı için kınama, 5.4.2007 tarihinde traş olmadığı ve sivil kıyafetle geldiğinden ücret kesimi, 14.8.2008 tarihinde de yine sakal traşı olmaması ve sivil kıyafetle işe gelmesi yüzünden kınama cezası uygulanmış, işverence sözleşmesi 4857 sayılı yasanın 25/11-(h) maddesine dayanılarak sona erdirilmiştir. Yaptığı işin nitelikleri gereği sürekli insanlarla yüz yüze olan davacının söz konusu davranışlarının, haklı feshi gerektirecek ağırlıkta kabul edilmese bile işyerinde olumsuzluk yarattığı açıktır. İş sözleşmesinin feshi geçerli nedene dayanmaktadır.”*¹²⁶³

İşverenin, işçilerin dış görünüşüne müdahale etmesi konusunda üzerinde önemle durmak istediğimiz bir konu da, bu müdahalenin ayrımcılığa yol açmamasıdır. Feminist bir bakış açısıyla olaya kuş bakışı baktığımızda, dış görünüşe ilişkin toplumsal normlar hem bir *özerklik* hem de *ayrımcılık* sorunudur. Dış görünüşüne ilişkin normların kadınların kendi

¹²⁶² **Taşkent**, Yönetim Hakkı, 94. Alman Federal İş Mahkemesinin bir kararına göre, isim kartları da tek tip üniforma gibi şirketi dış dünyaya tanıtmaya ve müşterilerle iyi ilişkiler kurulmasında şirketin samimiyetini gösterme biçimi olarak görülebilir. Kararın detayları için bkz. BAG, 11.06.2002-1 ABR 46/01, NZA 2002, 1299, (www.beck-online.beck.de).

¹²⁶³ Y9HD, 29.06.2009, E. 2008/36341, K. 2009/18306, KİBB.

tercihlerini özgürce yapmalarını ve dolayısıyla kendilerini ifade etmelerini kısıtlaması boyutuyla bir “özerklik” sorunuyken; dış görünüşe ilişkin beklentilerin kadınları erkeklere tabi kılmasıyla da “ayrımcılık” sorununu oluşturmaktadır.¹²⁶⁴

Kadınların dış görünüşüne yönelik beklentiler, erkeklerinkine oranla daha zahmetli, karmaşık ve ağırdır. Ayrıca, Avrupa tarihine baktığımızda da, erkeklerin kıyafetlerinin veya dış görünüşlerinin her zaman gücü ve dirayeti simgelemesi beklenirken; kadınların dış görünüşlerinin ise kırılgan, zayıf ve korunmaya muhtaç güzellik dekoru tarzında bir imaj çizmesi aranmaktadır. İşverenlerin, kadın işçilerin dış görünüşlerini de bu ayrımcı yaklaşımdan yola çıkarak çizdiği durumlar söz konusu olabilir.¹²⁶⁵

Özellikle de, geleneksel cinsiyet rollerinin çok baskın olduğu ülkelerde bu durum gündeme gelebilir. İşveren, kadın işçilere, işyerinde alımlı görünmeleri ya da tutucu görünmeleri, nötr kalmaları ya da kendilerini dış görünüşleriyle belli etmeleri yönünde talimat vermek isteyebilir. Örneğin, işyerinde aşırı makyajlı olmak ya da olmamak, topuklu ayakkabı giymek, pantolon giymemek, etek giymek, eteğin boyunun ne olması gerektiği konusunda talimatlar söz konusu olabilir.¹²⁶⁶

Öncelikle yeniden belirtelim ki, işveren işin yürütümü için gerekli olmayan, dürüstlük kuralıyla bağdaşmayan dış görünüştüne ilişkin talimatları işçiye veremez. Çoğu durumda da işveren, erkek işçilere kıyasla kadın işçilerin dış görünüşlerine daha yoğun şekilde müdahale edip, kadın işçilerin toplumsal cinsiyet rollerinin kendisine yüklediği şekilde giyinmesi/görünmesi (örneğin, sadece etek giymeleri, pantolon giymemeleri gibi) yönünde baskı kurarsa, kadın işçilere karşı doğrudan bir ayrımcılık gündeme gelecektir.¹²⁶⁷

¹²⁶⁴ Bartlett, 2546-2547.

¹²⁶⁵ Bartlett, 2547.

¹²⁶⁶ Bartlett, 2547.

¹²⁶⁷ Buna karşın, İngiliz Yüksek Mahkemesi önüne gelen bir uyuşmazlıkta farklı bir karar vermiştir. Dava konusu olayda, Ms. Schmidt bir kitapçıda satış sorumlusu olarak çalışmaktadır. İşvereni, işyerinde pantolon giymemesi yönünde kendisine talimat vermiş; ancak davacı bu talimatın ayrımcılığa yol açtığını ileri sürerek talimata uymayı reddetmiştir. Yüksek Mahkeme ise, erkekler ve kadınlar için farklı kıyafet düzenlemelerinin

Buradaki ayrımcılık, her zaman kadın işçilere karşı olmak zorunda da değildir. İşveren, geleneksel cinsiyet rollerinin bir gereği olarak erkek işçilere karşı da ayrımcılık yapabilir.¹²⁶⁸ Örneğin, işverenin, uzun saçlı, küpe, bileklik, kolye takan bir erkek işçinin, saçını kesmesi, aksesuar kullanmaması yönündeki talimatı ayrımcılığa yol açabilir. İşverenin dış görünüşe ilişkin vereceği talimatlar öncelikle işin yürütümü için gerekli, ölçülü ve dürüstlük kuralına uygun olmalıdır. Ayrıca, yukarıda da belirttiğimiz gibi, işveren verdiği talimatlarla işçiler arasında keyfi ayrımlar yapmamalı, aksine talimat verirken eşit davranma borcunu her daim gözetmelidir.

Bu başlık altında son olarak durmak istediğimiz bir diğer husus ise, trans bireylerin dış görünüşüne işverenin müdahale edip edemeyeceğidir. Bu sorun, 1998 yılında Avrupa İnsan Hakları Komisyonunun önüne taşınmıştır.¹²⁶⁹ Davacı işçi Paul Kara, Belediye Meclisine bağlı Hackney Council'un Eğitim Dairesinde kariyer danışmanı olarak çalışmaktadır. Paul Kara, biseksüel (erkek) bir travesti olduğunu, transseksüel olmadığını, kadın olmak istemediğini ve fakat kadın giysileri giymek istediğini, bunun nedeninin de doğuştan gelen kadınsı yanını yansıtmak istemesi olduğunu belirtmiştir. Dolayısıyla, Paul Kara, işe bazı günler geleneksel anlamda “kadın” kıyafeti (etek, elbise, tayt, külotlu çorap gibi) olarak nitelendirilen giysiler giyerek gitmiştir. Davacıyı belli bir süre sonra Sosyal Hizmetler Departmanından bir yetkili yanına çağırarak ve giyim tarzının işyerinde soruna yol açtığını ve bu şekilde giyinmemesini söylemiştir.

olduğunu ve erkek işçilerin de çeşitli kısıtlamalara tabi olduğunu belirterek işvereni haklı bulmuştur. *Schmidt v. Austicks Bookshop* (1978), ICR 85 EAT, **Middlemiss**, 43.

¹²⁶⁸ Yine, İngiliz Yüksek Mahkemesinin önüne gelen bir uyuşmazlık, işverenin dış görünüşe yönelik verdiği talimatın ayrımcılık oluşturduğu iddiasına ilişkindir. Bir firmada çalışan Mr. Smith, işverenin, uzun olan saçlarını kesmesi yönünde kendisine verdiği talimatın ayrımcılığa yol açtığını, zira bu talimatın kadın işçilere verilmemesi ileri sürmektedir. Gerçekten de, işyerinde kadın işçilerden saçları uzun olanların iş görme borçlarını yerine getirirken saçlarını toplamaları istenmişken, kendisinden (işyerindeki tüm erkeklerin) saçını kesmesi talep edilmiştir. Yüksek Mahkeme ise burada da işvereni haklı bulmuş ve kararında cinsiyete göre farklı dış görünüş düzenlemelerinin getirilebileceğini ifade etmiştir. *Smith v. Safeway plc.* (1996) IRLR 456 (CA), **Middlemiss**, 43.

¹²⁶⁹ *Paul Kara v. United Kingdom*, Başvuru No: 36528/97, 22.10.1998, www.pfc.org.uk, Ayrıca bkz. **Middlemiss**, 46; **Çetin**, Çalışanların Hakları, 237-238.

Konu daha sonra, bir üst departmana aktarılmıştır. Bunun üzerine, işçiye, bu şekilde giyinerek meclisin itibarına gölge düşürdüğü yönünde ihtar verilmiş ve iş akdi sonlandırılmıştır. Davacı işçi, kendisine dış görünüşü yüzünden ayrımcılık yapıldığı iddiasıyla iş mahkemesinde dava açmıştır. Ancak, Mahkeme, işverenin talimatının ayrımcılık oluşturmadığını ve dolayısıyla hukuka aykırı olmadığını belirtmiştir. Paul Kara, bunun üzerine, Avrupa İnsan Hakları Komisyonuna, ayrımcılığa uğradığı ve bu nedenle Sözleşmenin 8. maddesinin ihlal edildiği iddiasıyla başvurmuştur.

Komisyon, her ne kadar işverenin, davacının dış görünüşüne yönelik verdiği talimatın özel yaşam hakkına müdahale oluşturduğunu kabul etse de, bu müdahalenin sözleşmenin 8. maddesinin 2. fıkrasına göre kabul edilebilir ve hukuka uygun olduğuna karar vermiştir. Komisyona göre, müdahale ölçülü ve amaca uygun olduğu için Sözleşmenin 8, 10 ve 14. maddelerini ihlal etmemiştir. Komisyona göre, halkla ve diğer kurumlarla temas içinde olan çalışanların meclisi ve kurumu temsil etmeleri nedeniyle kurumun imajını gözetmeleri gerekmektedir.

Özellikle, toplumda bir kurumu temsil eden çalışanların dış görünüşleri önem taşımakta ve işverenin, işçilerin dış görünüşleri konusunda talimat verme/düzenleme yapma konusunda haklı menfaatleri bulunmaktadır. Komisyona göre, çalışanların, işyerinde ve iş saatleri içinde cinsiyetlerine uygun giyinmeleri, kurumun dışarıya yansıttığı imajı için gereklidir. İşçinin iş saatleri dışında zaten dilediği gibi giyinme özgürlüğü de olduğuna göre, müdahalenin ölçüsüz olduğundan söz edilemez.

cc. İşçinin İşyerinde Özel Amaçlı İnternet, E-Posta ve Telefon Kullanmasına İlişkin Talimatlar

Tarihin hiçbir döneminde insanların teknolojiye olan bağımlılıkları bugünkü kadar yoğun olmamıştır. Yaşadığımız dönemde artık neredeyse çoğu insan günlük konuşmalarını

akıllı telefon uygulamaları üzerinden veya e-posta aracılığıyla gerçekleştirmektedir. İnsanlar, ilgi alanlarını, hobilerini, iş veya özel yaşamlarına ilişkin merak ettikleri konuları internet aracılığıyla araştırmakta ve buradan eriştikleri bilgilerle yaşamlarını sürdürmektedirler. Teknolojiye olan bağımlılık her geçen gün biraz daha arttıkça, teknolojinin sunduğu olanaklara koşut yeni sorunlar da gündeme gelmektedir. Bu sorunların başında hiç şüphesiz ki, kişisel verilerin işlenmesi ve özel yaşamın gizliliğinin yok sayılması gelmektedir.¹²⁷⁰

Teknolojinin nimetleri sadece özel yaşamda değil, çalışma yaşamında da yoğun şekilde kullanılmaktadır. İşyerinde internet ve e-postalarla diğer iletişim araçlarının kullanılmasının sınırlanması ve denetlenmesi ise işyerinde özel yaşamın gizliliği ilkesinin varlığının sorgulanması gerekliliğini yeniden gündeme getirmiştir.

İşveren, işyerinde internet ve iletişim araçlarının kullanımını toplu iş sözleşmesi, iş sözleşmesi, iç yönetmelik ve işyeri uygulamalarıyla sınırlayabilir veya yasaklayabilir. Bunların yanı sıra, işveren diğer hukuk kaynaklarıyla düzenlenmemişse, yönetim hakkı kapsamında vereceği talimatlarla, işyerinde internet ve iletişim araçlarının kullanılıp kullanılmayacağı ve kullanılacaksa bunun sınırlarını belirleyebilir.

Zira, işveren, TBK m. 399 uyarınca işin görülmesi ve işçilerin işyerindeki davranışlarıyla ilgili talimat verebilir. İşyerinde internet, e-posta ve telefon kullanımı ve denetimi de bu madde kapsamında, işverenin yönetim hakkının içindedir. İşveren, işçilerin işyerine tahsis edilen internet, e-posta ve telefon kullanımlarına ilişkin konularda talimat verme hakkına sahiptir. İşçi, bu talimatlara hukuka uygun olduğu sürece uymakla yükümlüdür.

Bununla birlikte, iletişim olanaklarının kullanılması, sınırlandırılması ve denetimi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin “*özel yaşama saygı hakkı*”nın düzenlendiği 8. maddesi kapsamındadır. Benzer şekilde, ulusal mevzuatımız açısından da iletişimin gizliliği,

¹²⁷⁰ Bronowicka/ Ivanova/Klicki/ King/ Kocher/ Kubisa/ Zielińska, 4.

Anayasanın “*özel hayatın gizliliği*”nin düzenlendiği 20. maddesiyle hem de “*haberleşme hürriyeti*”nin hüküm altına alındığı 22. maddesiyle güvenceye kavuşturulmuştur.

Nitekim, Anayasanın 22. maddesine göre, “⁽¹⁾ Herkes, haberleşme hürriyetine sahiptir. Haberleşmenin gizliliği esastır. ⁽²⁾ Milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hakim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; haberleşme engellenemez ve gizliliğine dokunulamaz. Yetkili merciin kararı yirmi dört saat içinde görevli hakim onayına sunulur. Hakim, kararını kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi halde, karar kendiliğinden kalkar. ⁽³⁾ İstisnaların uygulanacağı kamu kurum ve kuruluşları kanunda belirtilir.” Dolayısıyla, işverenin, işyerinde işçilerin iletişim olanaklarını kullanmalarına ilişkin vereceği talimatlarla işçinin temel hak ve özgürlükleri arasında bir çatışma yaşanacağı ortadır.

Ancak, bu noktada, talimat verme hakkının, işverene sınırsız hak ve yetkiler bahşetmediğinin bir kez daha altı çizilmelidir. İşverenin talimat verme hakkı, temel hak ve özgürlüklerle, diğer hukuk kaynaklarıyla, dürüstlük kuralları ve ölçülülük ilkesiyle sınırlandırılmıştır. İşverenin, işçilerin işyerindeki iletişim olanaklarını (internet, e-posta, telefon gibi) kısıtlaması sonucu elde edeceği menfaate işçinin temel hak ve özgürlükleri arasında makul bir dengenin sağlanması gerekmektedir.

İşyerinde internet kullanımı iş amaçlı olabileceği gibi özel amaçlı da olabilir. Özel amaçlı internet kullanımından kasıt ise, işçinin iş görme borcunun gerekleri dışındaki tüm internet kullanımıdır.¹²⁷¹

İşyerinde esas olan işçilere tahsis edilen bilgisayar, internet ve e-posta adreslerinin mesleki amaçlı kullanılmasıdır.¹²⁷² İşçinin interneti işle ilgili mi yoksa özel amaçlı olarak mı

¹²⁷¹ Öktem Songu, Özel Amaçlı İnternet, 1060.

kullandığının tespitinde, işçinin niyeti esas alınmalıdır. İşçinin, işe ilişkin bir konuyu öğrenmek amacıyla internet üzerinden araştırma yapması, doğrudan işle alakalı olmasa dahi, özel amaçlı internet kullanımı olarak nitelendirilmemelidir. Zira, işçi, burada dolaylı bir biçimde işin gereklerini eksiksiz olarak yerine getirmek için interneti kullanmaktadır.¹²⁷³

Öte yandan, işveren, işyerinde iş amacıyla işçilere tahsis edilen bilgisayarın ve/veya internetin/e-posta adreslerinin özel amaçlı kullanılmasına iş sözleşmesi, toplu iş sözleşmesi, işyeri iç yönetmeliği veya talimatlarıyla izin verebileceği gibi bunu yasaklayabilir veya sınırlandırabilir. İşverenin, işyerinde özel amaçlı bilgisayar, internet veya e-posta kullanımını yasaklamasının veya sınırlandırmasının bazı gerekçeleri olabilir. Örneğin, işveren, işçilerin iş saatleri içinde iş görme borcunu ve bu anlamda özen borcunu ihmal etmesi sonucunu doğuran “sanal kaytarmanın” (cyberloafing)¹²⁷⁴ önlenmesi, işyerine ait bilgi güvenliğinin sağlanması, işyerindeki bilişim sisteminin siber saldırılara karşı korunması, virüs veya casus yazılımlar gibi tehlikelere karşı işe ilişkin bilgilerin gizliliğinin sağlanması, işçilerin e-posta adreslerindeki kişisel verilerinin üçüncü kişilerin eline geçmesinin engellenmesi amacıyla özel amaçlı internet/e-posta kullanımının kısıtlanmasına ilişkin çeşitli talimat verebilir.¹²⁷⁵

Doktrindeki bir görüşe göre, işveren, işçilerin işyerinde özel amaçlı internet kullanımını tamamen yasaklayabilir. Diğer bir anlatımla, işyerinde kural olarak özel amaçlı internet kullanımı yasaktır.¹²⁷⁶ Ancak, işveren, işçilerin işyerinden özel amaçlı internet kullanmalarına izin verirse, işçiler işyerinde işle ilgili olmayan konularda da interneti kullabilir. Ayrıca, bu yasağın ara dinlenmesini de içine alacak şekilde genişletilebileceği ifade edilmektedir. Yine bu görüşü savunanlara göre, işyerinde özel amaçlı internet kullanımına

¹²⁷² Özdemir, İnternet ve İş Sözleşmesi, 18; Okur, Elektronik Gözetleme, 149.

¹²⁷³ Okur, Özel Amaçlı İnternet, 50-51; Yiğit, 168-169.

¹²⁷⁴ Sanal kaytarma (cyberloafing) konusunda detaylı bilgi için bkz. Bayram, Özel Amaçlı İnternet, 163-176.

¹²⁷⁵ Sevimli, Müdahalenin Sınırları, 199-200; Yiğit, 169-170; Okur, Elektronik Gözetleme, 150.

¹²⁷⁶ Öktem Songu, Özel Amaçlı İnternet, 1060-1061; Yiğit, 177; Okur, Özel Amaçlı İnternet, 148-151.

dair açık bir düzenleme bulunmuyorsa, işçinin acil durumlar dışında, işyerine tahsisli interneti özel amaçlı kullanmaması gerekir.¹²⁷⁷

Öte yandan, doktrinde bizim de savunduğumuz diğer görüşe göre, işverenin kural olarak işyerinde özel amaçlı internet kullanımını tamamen yasaklayabileceği yönündeki yaklaşım çağın gerekleriyle uyuşmamaktadır.¹²⁷⁸ Ayrıca böyle bir yasak, işçinin hem haberleşme özgürlüğüne hem özel yaşamın gizliliğine hem de ölçülülük ilkesine aykırılık oluşturmaktadır. Kanımızca, işyerinde özel amaçlı internet kullanımına ilişkin açık bir yasak olmaması durumunda, işçilerin belirli sınırlar içinde özel amaçlı interneti kullanabileceği kabul edilmelidir.

Bazı işyerlerinde ise işverenler, işçilerin özel amaçlı internet kullanabilmesi için oda ve/veya bilgisayar tahsis etmektedir. İşverence, özel amaçlı internet kullanımına izin verilmesi durumunda da internet kullanımının belirli sınırlamalar içinde olması gerekmektedir. İşçi, iş görme borcunu ifa ederken yüklendiği işi özenle yapmak ve işverenin haklı menfaatini korumakla yükümlüdür (TBK m. 396/1). İşyerinde makul ölçüleri aşacak şekilde özel amaçlı internet kullanımı, işçinin verimliliğinin düşmesi ve işini gereken özende yapmaması sonucuna yol açabilir.

Benzer şekilde, işçinin yoğun biçimde özel amaçlı internet kullanımı iş akışının veya iş ortamının huzurunun bozulmasına yol açacak şekilde olumsuzluklara neden olabilir. İşveren, bu anlamda vereceği talimatlarla işyerinde özel amaçlı internet kullanımının süresini kısaltabilir veya belirli sitelere girilmesini yasaklayabilir. İşçi, işverenin bu talimatlarına uymakla yükümlüdür.

¹²⁷⁷ **Öktem Songu**, Özel Amaçlı İnternet, 1060-1061; **Yiğit**, 177; **Okur**, Özel Amaçlı İnternet, 148-151. Doktrinde savunulan bu görüş, Yargıtayın eski tarihli bir kararına dayanmaktadır. Karara göre, “İşverenin açıkça veya örtülü izni olmaksızın işyerinde internetin özel amaçlı olarak kullanımı yasaktır. Bir başka anlatımla, örtülü veya iş sözleşmesi ile açıkça internetin özel olarak kullanılabileceğine dair izin yoksa işçi işyerinde özel amaçlı olarak internet kullanamaz. Ancak bu yasak istisnaen acil durumlarda ve işine ilişkin sebeplerden dolayı meşru bir şekilde delinebilir.” Y9HD, 17.03.2008, E. 2007/27583, K. 2008/5294, KİBB.

¹²⁷⁸ **Özdemir**, İnternet ve İş Sözleşmesi, 18; **Doğan Yenisey**, Değerlendirme 2016, 510; **Dursun Ateş**, 575; **Ugan Çatalkaya**, 349-350.

Ancak, işçi, işyerindeki zamanının çoğunu internette harcıyor ve kendisine verilen görevi yerine getirmiyorsa bu durum işveren açısından fesih için geçerli sebep oluşturabilir.¹²⁷⁹

İşveren, işçilerin özel amaçlı internet kullanımına süre açısından bir sınırlama getirmese dahi işçiler, interneti dürüstlük kuralı gereğince kullanmalı (örneğin, ara dinlenmesinde) ve iş görme borcunu özenle, gereği gibi ifa etmelidir. Özel amaçlı internet kullanımı sınırları dışına çıkmak işverene, ek bir külfet getirmese hatta işçinin iş görme borcunu etkilemese dahi yasaktır.¹²⁸⁰ Örneğin, Yargıtayın bir kararına göre, “*Davacının iş amaçlı bilgisayarını mesai saatleri içerisinde internet alışverişi ve oyun sitelerine birden fazla girmek sureti ile amacı dışında kullandığı ve bu süre zarfında zamanını iş görme edimine harcamadığı anlaşılmaktadır. Üstlenilen işi yetiştirilmesi veya işverenin zararının oluşmaması, bu olumsuz davranışı ortadan kaldırmaz. Davacı yan yükümlülüğünü ihlal etmiştir. Bu davranışının diğer işçi gibi işyerinde olumsuzluklara yol açtığı ve iş ilişkisinin işveren açısından devam ettirilmesinin beklenmez bir hal aldığı anlaşılmaktadır, işverenin iş sözleşmesini feshetmesi, davacının davranışlarından kaynaklanan nedene dayanmaktadır.*”¹²⁸¹

İşveren, işçilerin işyerinde özel amaçlı internet kullanımını sadece işyerindeki verimlerinin düşmemesi açısından değil, başkaca nedenlerden dolayı da sınırlama yönüne gidebilir. Örneğin, özel amaçlı internet kullanımının işverene ek maliyet getirmesi, birtakım programların işyerinin bilişim sistemi açısından zararlı olması, suç teşkil eden, casus yazılımların bilgisayarlara yüklenebileceği endişesi, bilgisayara virüs bulaşması nedeniyle

¹²⁷⁹ Benzer yönde **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, 553.

¹²⁸⁰ **Yiğit**, 179.

¹²⁸¹ Y9HD, 04.05.2009, E. 2008/36305, K. 2009/12393, KİBB. Kararın incelemesi için bkz. **Yıldız**, Özel Amaçlı İnternet, 110-120; Y9HD, 10.10.2006, E. 2006/1915, K. 2006/26792, **Hozar**, Özel Amaçla İnternet, 205. Benzer yöndeki Nürnberg Eyalet İş Mahkemesi kararına göre de, işçinin çalışma saatlerinin büyük bir bölümünü interneti özel amaçlarla kullanarak geçirmesi, iş görme borcunun ihlaline sebep olabilir. LAG Nürnberg, 26.10.2004- 6 Sa 348/03, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2005/7, 310.

sistemin çökmesinin önlenmesi gibi nedenlerle işveren, özel amaçlı internet kullanımını sınırlama gereği duyabilir.

Benzer şekilde, işverenler, pornografik, cinsiyetçi, ırkçı ve şiddet içerikli sitelere girilmemesi yönünde de filtre uygulama eğilimdedirler. İşçilerin işyerinde bu sitelere girmesi işverenin talimatıyla yasaklanmaktadır. İşçi, işverenin talimatlarına aykırı bir biçimde özel amaçlı internet kullanırsa, işveren, işçinin iş akdini haklı nedenle feshedebilir.¹²⁸²

Her ne kadar, işverenin, işyerinde özel amaçlı internet kullanımını tamamen yasaklamasının çağın gereklerine ve ölçülülük ilkesine uygun olmadığı kanaatini taşısak da, işin niteliğinden kaynaklanan bazı sebepler, özel amaçlı internet kullanımının yasaklanmasını gerektirebilir. Örneğin, işin niteliği yüksek bir dikkat gerektiriyorsa, işyerindeki gizli bir formülün, bilginin, tasarımın işyeri dışında ifşa edilmesi riski varsa, işveren internet kullanımını tamamen yasaklayabilir.¹²⁸³

İşyerinde özel amaçlı internet kullanımı sadece işyerine tahsis edilmiş bilgisayar ve internet ağı üzerinden değil, işçilerin cep telefonlarındaki veya kişisel bilgisayarlarındaki mobil internet ağları üzerinden de gerçekleşebilir. Yukarıdaki açıklamalarımıza benzer şekilde, işveren, işçilerin iş saatleri içinde cep telefonlarından internete girmesini yasaklamamakla birlikte, işçilerin işini savsamaması için sınırlı bir internet kullanımı yapılması yönünde talimat verebilir. Böyle bir talimat da ölçülülük ilkesine ve temel haklara aykırılık teşkil etmeyecektir.

Yine bazı işyerlerine veya işyerlerindeki bazı bölümlere yüksek güvenlik nedeniyle kişisel cep telefonu ve bilgisayarla girilmesi işverence yasaklanabilir. Böyle bir durumda da işverenin internet ve cep telefonu kullanılmasını yasaklaması hukuka aykırılık oluşturmaz.

Ancak, işverenin vereceği bu yöndeki bir talimat eşit davranma borcuna uygun olmalıdır.

¹²⁸² Benzer yönde **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, 553.

¹²⁸³ Benzer yönde **Okur**, Elektronik Gözetleme, 151-152; **Ugan Çatalkaya**, 350.

İşyerinde özel amaçlı internet kullanımı dışında, işverenin, işyerinde işçilerin kişisel cep telefonu kullanımları konusunda talimat verme hakkının olup olmadığının da belirlenmesi gereklidir. İşveren, işyerinde ve iş saatleri içinde işçilerin kişisel cep telefonu kullanmasına yönelik talimatlar verebilir. Ancak, işyerinde kanımızca, kişisel cep telefonlarının da tamamen yasaklanmasına dair bir talimat hem haberleşme özgürlüğüyle hem de ölçülülük ilkesiyle bağdaşmayacaktır.

Bununla birlikte, işverenin, işin niteliğinden kaynaklanan bazı özel durumlarda, işçilere, iş saatleri içinde cep telefonu kullanmaması yönünde talimat vermesi mümkün olmalıdır. Örneğin, işçinin üretim süreci içinde bilfiil makinanın başında durması gerekliliği, işçinin tehlikeli aletler veya kimyasallarla çalışması, işçinin şoförlük gibi bir faaliyet yürütmesi iş saatleri içinde cep telefonu kullanımının yasaklanabileceği durumlara örnek olabilir. Zira, iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması, işin özenle ve gerektiği şekilde yerine getirilmesi için böyle bir yasak ölçülü ve hatta kaçınılmazdır.

Benzer şekilde, restoran, cafe, satış mağazası gibi işyerlerinde de müşterilerle bire bir ilgilenen işçilerin iş saatleri içinde yanlarında telefon bulundurmamalı ve hatta bu telefonları giyinme dolaplarına bırakmaları yönünde işveren talimatları söz konusu olabilir. Doktrindeki bir görüşe göre, işin niteliğinin gerektirmesi halinde, işçiye ulaşılabilmesi veya işçinin kullanabilmesi için tahsis edilen bir işyeri telefonu bulunması şartıyla işçilerin, iş saatleri içinde cep telefonu kullanması yasaklanabilir. Ancak, bu yönde verilen bir talimat eşit işlem borcuna aykırılık oluşturmamalıdır.¹²⁸⁴

Kanımızca, işverenin, işin niteliği gereği işçilerin iş saatleri içinde cep telefonu kullanmaması yönünde vereceği talimat sınırlı bir kapsamda tutulmalıdır. İşyerine özgü gizli bilgilerin veya görüntülerin fotoğraflanıp işyeri dışına sızdırılması riski gibi bir durum dışında

¹²⁸⁴ Ünlü, Cep Telefonu, 219.

işçiler ara dinlenmelerinde cep telefonlarını kullanabilmelidir. Aksine bir talimatın izlenen amacı aşır ölçüsüz olacağı unutulmamalıdır.¹²⁸⁵

Öte yandan, işverence işe tahsis edilmiş işyeri telefonlarının iş amacıyla kullanması esastır. Bazı işyerlerinde, işyeri telefonları dış aramalara kapalı olup sadece işyeri içi konuşmalarda veya dışarıdan gelen çağrıları cevaplamak amacıyla kullanılmaktadır. Böyle bir durumda işyeri telefonlarının işe özgü olduğu ve iş için kullanılması gerektiği kabul edilmelidir.

Buna karşılık, işveren tarafından işyeri telefonlarının kullanımı konusunda özel bir düzenleme yapılmamış ise işyeri telefonlarının da özel amaçlı olarak da kullanılabileceği kabul edilmelidir.¹²⁸⁶ Ancak, yukarıda da belirttiğimiz üzere, işçinin özel amaçlı işyeri telefonu kullanımı iş akışını aksatmayacak ve işyerinde olumsuzluklara yol açmayacak şekilde gerçekleşmelidir. İşçi, acil durumlar dışında özel amaçlı telefon görüşmesini ara dinlenmesinde ve kısa süreliğine yapmalıdır.

İşveren, işyeri telefonlarının da özel amaçlı internet kullanımı gibi işyerinde hangi sınırlar içinde kullanılacağına ilişkin talimatını açık bir biçimde işçilere duyurmalıdır. İşçiler işyerinde internet ve/veya telefon kullanımının esasları hakkında önceden bilgilendirilmelidir.¹²⁸⁷ İşveren verdiği talimatlarla, işin niteliğinden kaynaklı bir nedene dayanarak işçilerin işyerinde özel amaçlı internet veya telefon kullanmasını yasakladıysa veya özel amaçlı internet kullanımının kapsamını ve sınırlarını belirlediyse, işçinin bu talimatlara uymaması iş sözleşmesinin feshedilmesine yol açabilir.

İşyerinde internet ve telefon kullanımının yarattığı bir diğer sorun ise, işçilerin e-postalarının, yazışmalarının veya konuşmalarının işverence denetlenmesidir. İşveren, işyerinde özellikle işçilerin kurumsal e-posta yazışmalarını ve hangi bilgisayardan hangi

¹²⁸⁵ Ugan Çatalkaya, 353; Okur, Elektronik Gözetleme, 152.

¹²⁸⁶ Dursun Ateş, 578.

¹²⁸⁷ Hozar, Özel Amaçla İnternet, 202-203.

internet sitesine ne süreyle girildiği denetlemek isteyebilir. İşverenin yapacağı bu denetim işçinin özel yaşamına ve haberleşme özgürlüğüne aykırılık oluşturabileceğinden işverenin kontrolünün belirli sıkı koşullar içinde yapılması gerekmektedir.

Öncelikle, işyerinde bu yönde bir denetim yapılacaksa, işçiler önceden denetimin hangi amaçla ve ne sıklıkla yapılacağı konusunda bilgilendirilmelidir. İşçinin özel yaşamı ve işverenin menfaatlerinin çatıştığı bu noktada adil bir dengenin sağlanabilmesi için, kanımızca, işverenin meşru gerekçeleri bulunmalıdır. Örneğin, işyerindeki gizli bilgilerin işyeri dışından üçüncü kişilerle paylaşılıp paylaşılmadığına dair kuvvetli şüphe, müşterilerle olan yazışmaların işe yönelik olup olmadığının veya işyerindeki iletişim sisteminin virüs, spam gibi kötü yazılımlara karşı korunması gerekliliği gibi nedenlerle işveren, bu kontrolleri gerçekleştirmek isteyebilir.

Buna karşılık, örneğin, iki işçi arasında özel bir birlikteliğin bulunduğu yönündeki şikayete dayanarak, işçilerin e-posta yazışmalarının içeriğinin kontrol edilmesinde işverenin meşru bir menfaati bulunmamaktadır.¹²⁸⁸

Öte yandan, işverence yapılacak denetimin, sadece işçinin işyerine tahsis edilmiş bilgisayar üzerinden gerçekleştirilebileceği kanaatindeyiz. Diğer bir deyişle, işçinin işyerine şahsi bilgisayarını getirmesine ve işle ilgili konuları bu bilgisayar üzerinden yürütmesine izin veriliyorsa, işveren, işçinin kişisel bilgisayarını işçinin rızası olmadan kontrol edemez; işçiye bu yönde bir talimat veremez.

İşyerine tahsis edilen bilgisayar ve kurumsal e-posta adresinin denetimi ise ancak işçiler önceden bilgilendirilmek suretiyle ve oldukça dar bir kapsamda yapılabilir.¹²⁸⁹ İşverenin, işçilerin e-postalarına ilişkin yapacağı denetim, e-postaların içeriğine girmeksizin

¹²⁸⁸ Doğan Yenisey, Değerlendirme 2016, 512.

¹²⁸⁹ Bununla birlikte, işverenin, işçinin özel e-posta adresini kontrol etme yetkisi bulunmamaktadır. Diğer bir anlatımla, işverenin özel e-posta adresine içerik denetimi yapamaz. İşveren, sadece, işyeri bilgisayarından girilen özel e-posta adreslerine virüs taraması şeklinde otomatik bir denetim yapabilir. Bu yönde ayrıca bkz. **Okur**, Elektronik Gözetleme, 173.

iletinin tarafları, başlığı, gönderim zamanı ve mesajın hacmiyle sınırlı biçimde gerçekleştirilmelidir.¹²⁹⁰ Gerçekten de, teknolojinin gelişmesiyle birlikte, e-postaların içeriğine girilmeksizin kontrol yapılabilmekte ve bilgisayar, virüs gibi muhtemel zararlardan korunabilmektedir.¹²⁹¹

Doktrinde, bazı durumlarda e-postaları açmaksızın içeriğin öğrenilmesinin mümkün olmaması halinde, istisnaen e-postaların içeriğine erişebileceği belirtilmektedir. Bu bağlamda, işçiler önceden hangi istisnai durumlarda böyle bir uygulamanın yapılacağı konusunda bilgilendirilmiş olmalıdır.¹²⁹² Ancak, bu durumda dahi özel yaşamın gizliliği, işçi dışında iletinin diğer yanındaki kişi aleyhine ihlal edilmiş olacaktır. İşverenin bu kişinin rızasını alması ise çok gerçekçi değildir. Dolayısıyla, doktrinde, işçilere, e-postalarına kişiye özel etiketi eklemeleri, mesajlarını şifrelemeleri veya çevrelerini bu konuda uyardıkları önerilmektedir.¹²⁹³

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 2017 tarihinde verdiği *Bărbulescu v. Romanya* kararında, çalışanların internet iletişiminin işverence izlenmesi hususunu tartışmıştır.¹²⁹⁴ Uyuşmazlık konusu olayda, başvuru bir şirkette satış elemanı olarak çalışmaktadır. Başvuru, müşterilerle eş zamanlı mesajlaşabilmek için Yahoo Messenger üzerinden, biri özel amaçlı diğeri ise iş amaçlı olmak üzere iki hesap açmıştır. İşveren, işyerinde internet, telefon ve bilgisayar gibi teknolojik malzemelerin özel amaçlı kullanımının yasak olduğunu da işçilere bildirmiştir.

¹²⁹⁰ **Öktem Songu**, Özel Amaçlı İnternet, 1075-1076.

¹²⁹¹ **Dursun Ateş**, 602.

¹²⁹² **Sevimli**, Müdahalenin Sınırları, 207; **Öktem Songu**, Özel Amaçlı İnternet, 1076. Bu bağlamda, doktrinde, işçinin suç oluşturan davranışları (tehdit, cinsel taciz, telif hakkı ihlali, ticari sırların paylaşılması gibi) yönünde makul ve somut bir şüphe varsa, işverenin işçinin yazışmalarının içeriklerini de denetleyebileceği ileri sürülmektedir. **Sevimli**, Müdahalenin Sınırları, 203, dn. 423; **Gürsel**, İşçi ve İşveren İlişkisine Etki, 835.

¹²⁹³ **Sevimli**, Müdahalenin Sınırları, 202-205.

¹²⁹⁴ AİHM, *Bărbulescu v. Romania*, Başvuru No: 61496/08, 05.09.2017, (www.hudoc.echr.coe.int.). Kararın değerlendirmesi için bkz. **Gemalmaz**, <https://blog.lexpera.com.tr/calisanlarin-internet-iletisiminin-isverence-izlenmesi-ozel-yasam-hakkina-aykiri-midir-aihm-buyuk-dairenin-05-eylul-2017-tarihli-barbulescu-karari/>.

Buna karşın, işveren, işçilerin iletişimlerinin gözleneceğine ilişkin herhangi bir bilgilendirme yapmamıştır. İşveren, başvurunun Yahoo Messenger üzerinden yaptığı görüşmeleri dokuz gün boyunca kaydetmiş ve başvurunun nişanlısı ve kardeşiyle yaptığı özel görüşmelere dair dökümleri de işçiye göstermiştir. Bu dökümler içinde işçiye ait mahrem bilgiler de bulunmaktadır. İşveren, daha sonra, işçinin iş akdini, özel amaçlı internet kullanımını ve yazışmaları gerekçe göstererek feshetmiştir. Romanya Mahkemeleri işçinin iş akdinin feshedilmesini isabetli bulunca konu Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine taşınmıştır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Büyük Dairesi ise, uyuşmazlık konusu olayda Sözleşmenin 8. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Mahkeme, burada sadece özel yaşamın gizliliğinin ihlal edildiğine karar vermekle yetinmemiş; hangi durum ve koşullarda işverenin işçilerin iletişimlerini denetleyebileceğine dair ilkeleri saptamıştır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine göre, işveren, işçilere önceden ve açık bir biçimde iletişimlerinin gözetlenebileceği konusunda bilgilendirme yapmalıdır. Yine Mahkemeye göre, gözetlemenin süresi, kapsamı ve izleme sonucu ele geçirilen bilgilere erişen kişi sayısı mutlaka göz önünde bulundurulmalıdır. İlaveten, işverenin makul gerekçeler ileri sürüp sürmediği araştırılmalı ve işçilerin haberleşme imkanlarına olabildiğince en az müdahale eden yöntem tercih edilmelidir. Ayrıca, işverenin bu izleme sonucu elde ettiği verileri nasıl kullandığı incelenmelidir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin bu kararından çıkan sonuç ise, Mahkemece saptanan koşulların mevcut olması durumunda, işverenin, işyerine tahsis edilen internet ve internet üzerinden yapılan yazışmaları gözetlemesinin her durumda, Sözleşmenin 8. maddesine aykırılık oluşturmayacağıdır.

Anayasa Mahkemesi de işçilerin e-posta hesaplarının işverence denetlenmesi konusunda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarına benzer bir yaklaşım sergilemektedir. Anayasa Mahkemesinin 2021 tarihli oldukça güncel bir kararına konu

uyuşmazlıkta¹²⁹⁵, özel bir bankada müşteri ilişkileri yönetmeni olarak çalışan başvurucunun iş akdi, e-posta hesabının incelenmesi ve denetlenmesi sonucunda feshedilmiştir.

Başvurucu, özel yaşama saygı hakkının ihlal edildiği gerekçesiyle Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunmuştur. Başvurucu ile davalı banka arasında akdedilen iş sözleşmesinde açıkça işyerinde özel amaçlı internet ve e-posta kullanımı yapılamayacağı ve işverenin, banka mülkiyetinde olan kurumsal e-posta hesaplarını haber vermeksizin denetleyebileceği hükmü yer almaktadır.

İşçi, çalışma süreleri içinde kurumsal e-posta hesabıyla, eşinin üstüne olan ticari işletme için görüşmeler yapmış, başka bankalarla eşinin işletmesi için kredi pazarlıkları yürütmüş ve işyeri stoğunda bulunan ürünlerle ilgili bazı bilgileri kurumsal e-posta adresine göndermiştir. İşveren, yaptığı inceleme neticesinde işçinin yazışmalarına erişmiş ve işçinin iş akdini, İş Kanunun 17. ve 18. maddelerine istinaden feshetmiştir. İşçi, daha sonra işe iade davası açmış ve fakat davası reddedilerek kesinleşmiştir. İşçi, bunun üzerine, Anayasa Mahkemesine özel yaşama saygı hakkının ihlal edildiği gerekçesiyle başvurmuştur.

Anayasa Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin *Bărbulescu v. Romanya* kararında saptadığı ilkelerden hareket etmiş ve işçinin hem işyerinde özel amaçlı internet kullanamayacağı hem de kurumsal e-posta hesaplarının denetleneceği konusunda açıkça bilgilendirildiğini, dolayısıyla, gizliliğe dair haklı ve makul bir beklentisinin olamayacağını, ayrıca, işverenin sınırlı ve sadece amaca yönelik bir inceleme yaptığını belirterek, özel yaşamın gizliliğinin ihlal edilmediğine karar vermiştir.¹²⁹⁶

¹²⁹⁵ AYM, *Celal Oraj Altunörgü* Kararı, Başvuru No: 2018/31036, RG. 05.02.2021, 31386; Benzer yönde bir başka Anayasa Mahkemesi kararı için bkz. AYM, *E.Ü Kararı*, Başvuru No: 2016/13010, RG. 14.10.2020, 31274.

¹²⁹⁶ Anayasa Mahkemesinin kararına göre, “Öte yandan e-posta hesabı üzerinden yapılan iletişimin denetlenebileceğine ve iletişim araçlarının kullanım koşullarına ilişkin olarak önceden tam ve açık bir bilgilendirme yapılmadığı hâllerde temel hak ve özgürlüklerinin işyerinde de korunacağı yönündeki haklı beklentiyle çalışan kişinin kurumsal e-posta üzerinden kişisel yazışmalar yapabileceğinin işveren tarafından da öngörülebilecek bir durum olduğu vurgulanmalıdır. Buradan hareketle çalışana açık bir bilgilendirmenin yapılmadığı hâllerde hak ve özgürlüklerine bir müdahalede bulunulmayacağı hususunda çalışanların makul bir beklenti içinde olacaklarının kabul edilmesi, temel hak ve özgürlüklerin sağladığı güvencelerden

Öyle ki, işveren hangi nedenle olursa olsun işyerinde gizli izleme ve gözetleme yapamaz. Nitekim, kamu makamlarının bile sahip olmadığı bir yetkinin işverene verilmesi işçinin işyerindeki özel yaşamının ve onurunun tamamen yok edilmesi olasılığını gündeme getirmektedir.¹²⁹⁷

Yargıtayın önüne gelen bir uyuşmazlıkta, davalı işveren, işçinin bilgisi dışında bilgisayarına “*klavye yakalayıcı*” adı verilen bir program kurmuştur. Bu program üzerinden yaptığı takip sonucunda, işçinin, aralarındaki gizlilik sözleşmesine aykırı bir biçimde, iş saatleri içinde özel amaçlı olarak alışveriş, sosyal medya ve kariyer sitelerine girdiğini, mesajlaşmalarında şirketi kötülediğini ve şirkete ait gizli bilgileri şirket dışına çıkarttığını tespit ederek işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle feshetmiştir.

Yüksek Mahkeme ise verdiği kararında, işverenin her ne kadar yönetim hakkının bir sonucu olarak işçiye elektronik ortamda izleyip takip etmesinin mümkün olduğunu belirtse de bu takibin ancak işçinin önceden bilgilendirilmesi yoluyla yapılabileceğini ifade etmiştir.

Yargıtaya göre, “*İşçinin izlendiğine dair bilgilendirilmemesi veya gizlice izlenmesi, bu izleme neticesinde elde edilen veriler, iş sözleşmesinin işçi tarafından ihlal edildiğini açıkça ortaya koysa dahi, hukuka aykırı olarak kabul edilmelidir. Hal böyle iken, somut olayda*

yararlandırılması gerektiği söylenebilir. Bununla birlikte açık bir bilgilendirme yapılması hâlinde işverenin kurumsal e-postayı incelemeyi önce çalışanın ayrıca rızasını alması beklenemez. Bu bağlamda bilgilendirme sonrası işverenin denetleme yetkisine ilişkin bir itiraz şerh edilmediği sürece çalışanın rızasının mevcut olduğu ve aksi kanıtlanana kadar da bu rızanın geçerli olduğunun kabulü gerektiği vurgulanmalıdır. Öte yandan somut olayda işverenin yaptığı müdahalenin kapsamının tartışılması gerekir. Bu bağlamda yargılama kapsamında başvurunun işveren tarafından sunulan yazışmaları ve yargılama süreci bir bütün hâlinde değerlendirildiğinde işverenin başvurunun başka bir işte çalıştığı iddiasını destekleyen mesajları incelediği ve iddiasını kanıtlamak amacıyla sadece yargı sürecinde kullandığı görülmüştür. Bu durumda işverenin inceleme amacı dâhilinde bir denetleme gerçekleştirdiği, inceleme sonucu elde edilen verileri amaca uygun kullandığı söylenebilir. Ayrıca işverenin kurumsal e-postayı inceleme amacına uygun olmayacak şekil ve kapsamda incelediği ve denetleme sonuçlarının amaca uygun kullanılmadığı yönünde başvurunun bir iddiasının bulunmadığı vurgulanmalıdır.” AYM, Celal Oray Altunörgü Kararı, Başvuru No: 2018/31036, RG. 05.02.2021, 31386, p. 39-40, 43.

¹²⁹⁷ **Sevimli**, Müdahalenin Sınırları, 205; **Öktem Songu**, Özel Amaçlı İnternet, 1076; **Savaş**, 118-119.

işverence gizlice izleme neticesinde elde edilen bilgilerin haklı fesih sebebi olarak ileri sürülmesinin mümkün olmadığı kabul edilmelidir.”¹²⁹⁸

Benzer yönde bir kararı, Alman Federal İş Mahkemesi 2017 tarihinde vermiştir. Uyuşmazlık konusu olayda, web sayfası tasarımcısı olarak çalışan işçinin iş akdi işverence haklı nedenle feshedilmiştir. İşveren, işçilere gönderdiği bir yazıyla, işyerindeki internet kullanımının sadece iş amaçlı olması gerektiğini ve internet trafiğinin günlük biçimde takip edilip kaydedildiğini ve bu nedenle, yasal olmayan yollarla film, müzik vs indirmenin işçinin sorumluluğunu doğuracağını bildirmiştir.

Davalı işveren daha sonra, işçilerin bilgisayarlarına “klavye yakalayıcı” yüklemiş ve yaptıkları her konuşmanın görüntüsünü almıştır. İşveren, klavye yakalayıcı sayesinde işçinin işyerine tahsis edilen bilgisayarda ve iş saatleri içinde babasının lojistik firması için bir oyun tasarladığını, Ocak-Nisan 2015 ayları arasında üç saatten fazla zamanını bu işe ayırdığını tespit etmiştir. İşveren, bu verilere ulaştıktan sonra işçinin iş sözleşmesini derhal feshetmiştir.

Federal İş Mahkemesi ise klavye yakalayıcı aracılığıyla elde edilen delillerin ciddi bir suç şüphesi olmadıkça kullanılamayacağına, klavye yakalayıcının kesinlikle yasak olduğuna zira klavye yakalayıcı uygulamasının, Anayasanın m. 1/1 ve m. 2/1’e göre kişiliğin özgürce gelişimi hakkını ihlal ettiğine, dolayısıyla, feshin hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir.¹²⁹⁹

İşyerinde özel amaçlı internet ve e-posta kullanımının denetlenmesi dışında, işverenin, işçilerin işyerindeki telefon görüşmelerini de denetleyip denetlemeyeceğinin tespit edilmesi gerekmektedir. İşveren, işçilerin işyerine tahsis edilen telefonla yaptıkları görüşmeleri çeşitli nedenlerle dinleme ve kayıt altına alma eğilimde olabilir. Örneğin, çağrı merkezlerinde çalışan işçilerle müşteriler arasında yapılan görüşmeler her iki tarafın da bilgisi dahilinde

¹²⁹⁸ Y22HD, 07.05.2019, E. 2017/21857, K. 2019/9884, KİBB. Ayrıca bkz. Y22HD, 18.11.2014, E. 2014/24648, K. 32319, KİBB.

¹²⁹⁹ BAG, 27.07.2017- 2 AZR 681/16, (www.beck-online.beck.de).

hizmet kalitesi açısında kayıt altına alınmaktadır. İşveren burada sadece çalışanını değil, üçüncü kişiyi de dinleme ve kayıt altına alma konusunda uyarmakta ve bilgilendirmektedir.

Böyle bir durum dışında, kanımızca, işveren ister iş amaçlı ister özel amaçlı olsun işçilerin görüşmelerini dinlemesi ve kayıt altına alması hukuka aykırıdır.¹³⁰⁰ İşverenin telefon görüşmeleri üzerinden yapacağı denetim, doktrinde de isabetli bir biçimde ifade edildiği üzere, masrafları hesaplayabilmek için, görüşmenin zamanı, süresi, aranılan numara, görüşmenin sıklığıyla sınırlı olmalıdır.¹³⁰¹

İşverenin sadece telefon görüşmelerini dinlemesi ve kaydetmesi değil, işçilerin telefon üzerinden yaptıkları özel yazışmalarını da okuması hukuka aykırıdır. Yargıtayın önüne gelen bir uyuşmazlıkta, aynı işyerinde çalışan işçiler kendi aralarında özel amaçlı görüşmeler yapmak amacıyla anlık mesaj uygulaması olan whatsapp üzerinden grup kurmuşlardır. Bu grup içinde işyerinde çalışan diğer işçiler ve işveren vekili hakkında konuşmalar yapılmış, işyerindeki ücret ve terfi politikası hakkında bilgiler verilmiştir.

İşveren, bu whatsapp grubundaki yazışmaları bir şekilde ele geçirmiş ve işçinin iş akdini haklı nedenle sona erdirmiştir. Yüksek Mahkeme ise, işverenin, işçinin özel yaşamına saygı hakkını ihlal eden bu davranışının ve dolayısıyla feshin hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir. Gerçekten de Yargıtaya göre, “Whatsapp sistemi, telefon ve internet ortamında internet vasıtası ile iletişimi gerçekleştiren bir sistemdir. Burada kişi, kişiler ile iletişime geçtiği gibi gruplar kurarak grup içiresinde iletişim gerçekleştirilmektedir. Ancak bu sistem kendi içinde korunan ve üçüncü kişilere kapalı bir konumdadır. Dolayısı ile işçilerin iş akışını

¹³⁰⁰ TCK m. 132’ye göre “(1) Kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlal eden kimse, bir yıldan üç yıla kadar hapis” cezası ile cezalandırılır. Bu gizlilik ihlali haberleşme içeriklerinin kaydı suretiyle gerçekleşirse, verilecek ceza bir kat artırılır. (2) Kişiler arasındaki haberleşme içeriklerini hukuka aykırı olarak ifşa eden kimse, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (3) Kendisiyle yapılan haberleşmelerin içeriğini diğer tarafın rızası olmaksızın hukuka aykırı olarak alenen ifşa eden kişi bir yıldan üç yıla kadar hapis” cezası ile cezalandırılır. Ifşa edilen bu verilerin basın ve yayın yoluyla yayımlanması halinde de aynı cezaya hükmolunur.”

¹³⁰¹ **Gürsel**, İşçi ve İşveren İlişisine Etki, 835; **Ertürk**, Temel Haklar, 87; **Sevimli**, Müdahalenin Sınırları, 238. Bu konuda ayrıca bkz. AİHM, *Copland v. United Kingdom*, Başvuru No: 62617/00, 03.04.2007, (www.hudoc.echr.coe.int.). Karar incelemesi için bkz. **Çetin**, Çalışanların Hakları, 218-220. Aksi yönde **Okur**, Elektronik Gözetleme, 178-179.

bozmadığı ve çalışmaların etkilemediği sürece bir grup kurmaları ve burada iletişim içinde olmaları yasak değildir. İşçilerin bu kapsamda burada iletişimlerinin kişisel veri olarak da korunması esastır. Somut uyuşmazlıkta, whatsapp konuşmaları gizlilik içeren kişisel veri niteliğinde olduğundan, salt nasıl temin edildiği anlaşılamayan bu yazışmalara dayanılarak iş aktinin feshi haksız olup, kıdem tazminatı ve ihbar tazminatı taleplerinin kabulü yerine reddi hatalıdır.”¹³⁰²

Bu başlık altında son olarak üzerinde durmak istediğimiz konu ise, işverenin, işçilere tahsis edilen bilgisayar üzerinde bir denetim hakkının olup olmadığıdır. Bilgisayar, işçiye sadece iş amaçlı olarak tahsis edilmişse, bilgisayardaki tüm verilerin ve dosyaların iş amaçlı olduğu ve dolayısıyla işverenin tüm dosyaları kural olarak denetleyebileceği kabul edilmektedir.¹³⁰³

Ancak, işçi, bilgisayarındaki dosyaları kişisel ve iş amaçlı olarak sınıflandırdıysa (örneğin, dosyalardan birini kendi ismiyle kaydettiye veya bazı dosyalara şifre koyduysa) işverenin, denetimi sadece iş amaçlı dosyalarla sınırlandırması gerekir. Ayrıca, böyle bir incelemenin işçinin hazır bulunduğu bir esnada yapılması daha yerinde olacaktır. Bununla birlikte, doktrinde, bilgisayarda suç oluşturabilecek nitelikteki bilgilerin olduğuna dair kuvvetli ve somut bir şüphe varsa, işverenin, işçinin kişisel dosyalarını da inceleyebilmesinin mümkün olduğu belirtilmektedir.¹³⁰⁴

dd. İşçinin Üstünün ve Eşyalarının Aranmasına İlişkin Talimatlar

İşverenin, işçinin işyerindeki davranışlarına ve dolayısıyla işyerinin düzenine ilişkin konularda talimat verme hakkına sahip olduğunu belirtmiştik. Bu başlık altında cevap

¹³⁰² Y9HD, 10.11.2019, E. 2018/10718, K. 2019/559, KİBB.

¹³⁰³ **Okur**, Elektronik Gözetleme, 168; **Özdemir**, İnternet ve İş Sözleşmesi, 20; **Gürsel**, İşçi ve İşveren İlişkisine Etki, 832; **Savaş**, 110-112.

¹³⁰⁴ **Gürsel**, İşçi ve İşveren İlişkisine Etki, 833; **Elbir**, Kişisel Verilerin Korunması, 318-319.

arayacağımız soru ise, işverenin, işçinin üstünün ve eşyalarının (işçinin masası, çekmeceleri, dolabı, odası) aranmasına yönelik talimat verme hakkının olup olmadığıdır. Diğer bir anlatımla, işveren, işyerinin düzeninin gereklerini ileri sürerek işçilerin üstlerini ve eşyalarını arayabilir mi?

İşe giriş ve çıkışlarda yapılan denetimlerin temelinde işçilerin işyerindeki mal veya iş araçlarını izinsiz işyeri dışına çıkarmalarının önlenmesi ve/veya işyeri güvenliğinin sağlanması yatmaktadır.

Öncelikle, işçinin üstünün ve eşyalarının aranması özel yaşama müdahale niteliği taşımaktadır. Anayasanın 20. maddesinin 2. fıkrasına göre de, “*Milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hakim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kağıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz.*” Anayasa hükümlerinin, özel hukuk ilişkilerine dolaylı yatay etkisinin bir sonucu olarak, işverenin, işçinin üstünü ve/veya eşyalarını aramaya yönelik talimat verip veremeyeceği bu düzenleme ışığında irdelenmelidir.

Dolayısıyla, işverenin, işçinin üstünün ve eşyalarının aranmasının işverenin mülkiyet hakkıyla ilişki olup olmadığı da bu bağlamda yanıtlanmalıdır. İş hukukundaki eski bir görüşe göre, işveren, iş araçlarının, binaların, arsaların, makinelerin, kısaca işyerinin sahibidir. Bu görüş, yönetim hakkını, “*hükmetme gücü*” olarak nitelediği için işvereni, işyerinin ve tüm üretim araçlarının sahibi olarak (*Hausrecht*) tanımlamaktadır. Yine bu yaklaşıma göre, işveren, mülkiyetinde olan bir yere kimlerin girip kimlerin giremeyeceğini özgürce belirleme ve yasaklama hakkına da sahiptir. Ancak, bu görüş, yukarıda da belirttiğimiz üzere¹³⁰⁵,

¹³⁰⁵ Bkz. § 1, II, A.

günümüz iş hukukunda etkisini yitirmiştir. İşçilerin üst ve eşyalarının aranmasıyla mülkiyet hakkının bir bağlantısı bulunmamaktadır.¹³⁰⁶

İşçinin üstünün ve/veya eşyalarının aranması, işçinin gerek özel yaşamına saygı hakkına gerek kişilik haklarına ağır bir müdahale niteliği taşıdığından dolayı, işverenin, bu yönde bir talimat verebilmesi için mutlaka hukuka uygunluk sebebine sahip olması gerekir. Ancak, bu konuda, hukuka uygunluk sebeplerini de olabildiğince dar yorumlamak gerektiği kanısındayız. Ayrıca, yapılan müdalenin en az müdahaleci yöntem tercih edilerek, ölçülülük ilkesine uygun olması gereklidir.¹³⁰⁷

İşverenin, işçinin üstünün ve eşyalarının aranmasına yönelik yapacağı bir düzenleyi hukuka uygun hale getiren ilk neden, işverence, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınması zorunluluğudur. Özellikle, iş sağlığı ve güvenliği mevzuatındaki bazı hükümler işverenlere, bu yönde bir yetki bahşetmektedir.

İşveren, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun 4. maddesine göre, işle ilgili sağlık ve güvenlik önlemlerinin yerine getirilmesi, mesleki risklerin önlenmesi, gerekli araç ve gerecin sağlanması, risk değerlendirmesi yapılması, yeterli bilgi ve talimat verilenler dışındaki çalışanların hayati ve özel tehlike bulunan yerlere girmemesi için bazı tedbirleri almakla yükümlüdür. Örneğin, işverenin, yanıcı ve patlayıcı malzemenin olduğu alanlarda veya maden işyerlerinde, işçilerin, yangına veya patlamaya sebep olacak ürünleri (tütün gibi) yanlarında getirmelerini önlemek amacıyla üst araması yapabileceği kabul edilmektedir.¹³⁰⁸ Burada, TMK m. 24/2 anlamında üstün bir yararın olduğu kabul edilmelidir.

İş sağlığı ve güvenliğine ilişkin düzenlemeler dışında, kanımızca, işverence, işçinin rızası alınmadan hiçbir nedenle üst araması yapılamaz.¹³⁰⁹ Anayasanın açık düzenlemesi

¹³⁰⁶ Ertürk, Temel Haklar, 85.

¹³⁰⁷ Ugan Çatalkaya, 325. Ayrıca bkz. Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan, 132.

¹³⁰⁸ Taşkent, Yönetim Hakkı, 111-112; Oğuzman, 538; Sevimli, Müdahalenin Sınırları, 212; Aydın, İşçinin Kişilik Hakları, 129; Dursun Ateş, 550-552.

¹³⁰⁹ Benzer yönde Taşkent, Yönetim Hakkı, 110-111; Aydın, İşçinin Kişilik Hakları, 130; Senyen Kaplan, 162; Marquardt, 30; Çetin, Çalışanların Hakları, 228; Bayram, Kişilik Hakkı, 295;

karşısında, işçinin rızası olmadan üstü ve eşyaları aranamaz. İşçinin rızası, toplu iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesiyle önce veya sonra mutlaka alınmalıdır. Aksine bir yorum, hem Anayasanın 20. maddesinin hem de Türk Medeni Kanununun 23 ve 24. maddelerinin ihlal edilmesi sonucunu doğurur. İşçinin buradaki rızası, açık bir rıza olabileceği gibi zımni de olabilir.¹³¹⁰ Ancak, işçinin rızasının alınması bakımından, işçiye, aramanın nedenleri ve sonuçları hakkında önceden, tam ve gerekli bilgilendirme yapılmalıdır.

Ayrıca, işçinin rızası olsa dahi, işveren, üst aramasını ölçülülük ilkesine uygun şekilde gerçekleştirmelidir. Örneğin, işçinin damgalanmaması amacıyla, işçi ayrı bir odaya alınıp ceplerini, kendisinin boşaltmasının istenmesi veya metal dedektörle arama yapılması yöntemi gibi daha az müdahaleci yöntemler tercih edilmelidir.

Buna karşın, doktrinde bazı yazarlar, iş sağlığı ve güvenliği dışında da, işyerinde yaşanan hırsızlık olaylarının önlenmesi gibi işyeri güvenliğine ilişkin nedenlerin varlığının TMK m. 24/2 bağlamında *üstün yarar* olarak nitelendirileceğini ve dolayısıyla, işçinin rızası olmasa da üst araması yapabileceğini ileri sürmektedir. Benzer şekilde, dürüstlük kuralı ve işyeri geleneklerinin (örf ve adetler), işçinin rızası olmasa dahi üst aramasına müsaade ettiği belirtilmektedir.¹³¹¹

Öyle ki, hırsızlığın, işyerindeki önemli ve gizli bilgilerin dışarıya çıkarılmasının engellenmesi vb. olayların önlenmesi amacıyla yapılan üst aramasına, rıza göstermenin işçinin sadakat borcunun bir gereği olduğu dahi ileri sürülmektedir.¹³¹² Bu görüşü savunanlara göre, işçi, bu tür aramalara sadakat borcu gereği tolerans göstermekle yükümlüdür.¹³¹³ İşçinin sadakat borcunun, işverenin haklı menfaatlerini korumayı ve işverene zarar verebilecek

Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan, 132. Kanuni bir düzenleme veya işçinin rızası olmadan yapılacak bir üst araması kanımızca, işçiye, iş akdini haklı nedenle feshetme imkanı sunar. Buna karşılık, üst araması, kanuni bir zorunluluktan doğuyorsa veya işçi, aramanın yapılmasını reddediyorsa işveren iş sözleşmesi haklı nedenle feshedebilir. Bu yönde bkz. **Oğuzman**, 131.

¹³¹⁰ **Schaub, ArbR-Hdb/Linck** § 53, Rn. 22.

¹³¹¹ **Oğuzman**, 536; **Dursun Ateş**, 555-557.

¹³¹² **Schaub, ArbR-Hdb/Linck** § 53, Rn. 22; **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, 316; **Oğuzman**, 536; **Dursun Ateş**, 555-557.

¹³¹³ **MHdB ArbR/ Reichhold** § 55, Rn. 32.

davranışlardan kaçınmayı gerektirmesi, işyerinde hırsızlık yapılmaması ve yapılmaması için çaba göstermeyi de gerektirmektedir.

Bununla birlikte, kanımızca, ne işyerindeki artan hırsızlık olayları ne örf ve adetlerle dürüstlük kuralı ne de işçinin sadakat borcu, üst aramasının işçinin rızası dışında yapılmasına gerekçe olamaz. Sadakat borcunun sınırını, işçinin kişilik hakları ve dolayısıyla temel hakları oluşturmaktadır. Diğer bir anlatımla, işçinin sadakat borcunun içeriği, temel haklar esas alınarak belirlenmelidir. İşverenin, işçiden normal sadakat borcu kapsamını aşan bir davranışı beklemesi, işçinin temel haklarının ihlal edilmesi tehlikesini gündeme getirebilir.¹³¹⁴

İşyerinde hırsızlığın önlenmesi gibi işverenin ekonomik menfaatinin korunması ile işçinin kişilik hakları arasında bir çatışma yaşandığında, *Ertürk*'ün de isabetli bir biçimde ifade ettiği gibi, temel haklara sadakat borcu karşısında öncelik tanınmalıdır.¹³¹⁵ Anayasanın 20. maddesinin açık düzenlemesi ve Türk Medeni Kanununun 24. maddesi de, işçinin kişiliğine karşı yapılan böylesine ağır bir ihlale, işçinin rızası olmadan cevaz vermemektedir.

Zira, işverenin kolluk vazifesi bulunmamaktadır. İşveren, polisin sahip olduğu yetkilere sahip değildir.¹³¹⁶ Öyle ki, kolluk yetkilileri dahi üst araması yapabilmek için çok katı koşullara tabidirler. (CMK¹³¹⁷ m. 116; PYSK¹³¹⁸ m. 9) Kolluğa bile böylesine geniş bir yetki verilmemişken, işverenin, çeşitli nedenleri öne sürerek, işçinin rızası olmaksızın üst araması yapması, işçinin kişilik hakkına çok ağır bir müdahale oluşturacaktır.

İşçinin rızasıyla yapılabilecek bir aramanın da hukuka uygun kabul edilebilmesi için, belli yöntemlerle gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Öncelikle, işverenin arama yapabilmesi için makul nedenleri olmalıdır. Ayrıca, arama yapılırken işveren, eşit davranma borcuna uygun hareket etmeli; keyfî davranmamalıdır. Diğer bir deyişle, ayrımı haklı ve meşru kılan

¹³¹⁴ Arslan Ertürk, Sadakat, 233.

¹³¹⁵ Ertürk, Temel Haklar, 116.

¹³¹⁶ Marquardt, 30; Aydın, İşçinin Kişilik Hakları, 130.

¹³¹⁷ RG. 17.12.2004, 25673.

¹³¹⁸ RG. 14.07.1934, 2751.

bir neden olmaksızın, işverenin, işyerindeki bazı işçilerin işe giriş ve çıkışlarda üstlerinin aranması yönünde talimat verip, diğerlerini bu uygulamanın dışında tutması, eşit davranma borcuna aykırılık oluşturmaktadır.

İlaveten, yapılacak arama, işçinin rızasıyla gerçekleştirilse bile, insan onuruna ve ölçülülük ilkesine uygun olmalıdır. Arama yapılırken işçi, toplum içinde küçük düşürülmemeli; işçinin onurunu zedeleyecek yöntemlerle üst araması yapılmamalıdır. İşçinin özel yaşamına bir müdahale niteliği taşıyan üst aramasının, kişiye en az zarar verecek şekilde gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

Bu konuda özellikle elle arama önem taşımaktadır. Arama, mümkünse dedektör veya X-ray cihazıyla yapılmalı; elle üst araması tercih edilmemelidir. Elle üst aramasına ancak son çare olarak başvurulmalı ve bu şekilde yapılan arama, işçinin hemcinsi tarafından gerçekleştirilmelidir.¹³¹⁹ Öyle ki, özel güvenlik görevlileri de 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanunun¹³²⁰ 7. maddesi uyarınca, güvenliğini sağladıkları alana girmek isteyenleri, dedektörle arayabilir veya eşyalarını X-ray cihazından geçirebilirler.

Bununla birlikte, işveren, işçinin hırsızlık yaptığını veya işyerindeki gizli ve önemli bilgileri izinsiz dışarıya çıkardığını farkettiğinde, eğer, işçi, üstünün aranmasına rıza göstermezse, derhal kolluk güçlerine haber vermelidir. İşverenin, zorla üst araması yapma yetkisi bulunmamaktadır. Ancak, çok istisnai durumlarda, TBK m. 63/2'ye göre, eğer işverenin davranışı haklı savunma niteliği taşıyorsa veya yetkili kamu makamlarının müdahalesinin zamanında sağlanması olanaklı değilse, kişinin bizzat müdahalesi hukuka aykırı sayılmamaktadır. TBK m. 63/2, sadece işverene özgülenmiş bir madde olmayıp, benzer durumda olan herkes için geçerlidir.

Dolayısıyla, doktrinde, işverenin, işçinin rızası dışında bir üst araması yapabilmesi için çok *ciddi ve kesine yakın bir şüphenin* bulunması; işverenin çok önemli bir menfaatinin söz

¹³¹⁹ **Sevimli**, Müdahalenin Sınırları, 222; **Bayram**, Kişilik Hakkı, 296.

¹³²⁰ RG. 26.06.2004, 25504.

konusu olması; müdahalenin tehlikeyle orantılı olması ve kolluk yetkililerine ulaşma olanağının o an için mümkün olmaması gerektiği ileri sürülmektedir. Ancak, bu durumda dahi, arama sonrası derhal kolluk güçlerine haber verilmelidir.¹³²¹

Doktrinde, işverenin, kolluk güçleri gelene kadar, işverenin üst araması yapmak yerine, işçinin işyerinden ayrılmasını önleyebileceği de en makul çözüm olarak önerilmektedir.¹³²² Bizce de, işverenin zorla üst arama yapma hakkı bulunmamaktadır. Ancak, kesine yakın bir şüphe ve telafisi zor bir zararın oluşması gündemdeyse, işveren, TBK m. 63/2 uyarınca bizzat müdahale edebilir. Fakat, bu müdahale, en fazla kolluk yetkilileri gelene kadar işçiyi işyerinde misafir etmenin ötesine geçmemelidir. Yani, işveren, işçinin rızası olmadan üst araması yapmamalıdır.

Bu konuya ilişkin son olarak, 2014 yılında Alman Federal İş Mahkemesinin önüne gelen bir uyuşmazlığı aktarmak istiyoruz.¹³²³ Bir parfümeri mağazasında Eylül 2009-Ekim 2010 tarihleri arasında toplam değeri 250.000 Euro olan 1890 parça parfüm ve kozmetik ürünleri işyerinden çalınmıştır. Bunun üzerine işveren, işyeri kuruluna bildirerek işyerine giriş ve çıkışlarda üst araması yapılmasına karar vermiştir. İşyeri kurulu da, işverenin bu kararına onay vermiştir. Ancak, davaya konu olan uyuşmazlık, işyeri kurulunun verdiği onayın geçerli olup olmadığına ilişkindir. Bu kapsamda Yüksek Mahkeme, işverenin, üst araması yapıp yapamayacağını da detaylı bir biçimde incelemiştir.

İşverenin, üst araması yapılmasına ilişkin yayımladığı metinde şu ifadeler yer almaktadır: “ (4.1.) *Kişisel ve şirket mallarını korumak amacıyla, işe giriş ve çıkışlarda üst*

¹³²¹ Aydın, İşçinin Kişilik Hakları, 131; Sevimli, Müdahalenin Sınırları, 222-223.

¹³²² Sevimli, Müdahalenin Sınırları, 222. Aksi yönde Bayram, Kişilik Hakkı, 298.

¹³²³ BAG, 15.04.2014- 1 ABR 2/13, NZA 2014, 551, (www.beck-online.beck.de). Benzer yönde Alman Federal Yüksek Mahkemesinin (BGH) önüne gelen başka bir uyuşmazlık ise, bir süpermarketin girişinde yazan “*Sevgili müşterilerimiz, mağazadan içeri girerken, girişte çantalarınızı danışma masasına bırakmanızı rica ediyoruz. Aksi takdirde, mağaza çıkışında çantalarınızın içeri arayacağız.*” ifadesinin tüketicilerin haklarını ihlal ettiğine ilişkindir. Tüketicilerin haklarını korumakla yükümlü bir dernek, bu yazının ve uygulamanın mağazadan kaldırılması yönünde mahkemeye başvurmuştur. Yüksek Mahkeme kararında, makul düzeyde hırsızlık şüphesi dışında böyle bir uygulamanın mümkün olamayacağı yönünde hüküm kurmuştur. Bkz. BGH, 03.07.1996- VIII ZR 221/95, NJW 1996, 2574, (www.beck-online.beck.de).

araması yapılacaktır. (4.2.) İşçiler, işyerinden kimlik kartlarını turnikelere okutarak çıkacak ve bu esnada rastgele biçimde jeneratör tarafından seçilecek işçilerin üstleri aranacaktır. (4.3.) Kontrol, başka bir odada, diğer işçiler görmeden gerçekleştirilir. Haklı ve kuvvetli bir şüphe halinde, işçiden ceplerini ve çantasını boşaltması istenir. İşçi, bu talimata uymayı redderse derhal polis çağırılır. Her kontrol için tutanak düzenlenir.”

Yüksek Mahkemeye göre, yapılan kapı kontrolleri hukuka uygun ve ölçülüdür. Öncelikle, işverenin mülkiyet hakkını korumak amacıyla üst araması gereklidir. Ayrıca, işveren, işçilere en az zarar verecek yolu seçmiştir. Öte yandan, üst araması, bir makine tarafından rastgele seçilecek işçilere yapılacaktır. Bu da otuz gün içinde sadece 86 işçiye kontrol yapılacağı anlamına gelmektedir. Bu anlamda, eşit davranma borcuna uygun hareket edildiği gibi, hiçbir işçinin damgalanmayacağı da garanti edilmiş durumdadır. Hırsızlığın önlenmesi için işyerinde elektronik gözetleme veya işyerine çanta vb. sokulmamasına oranla bu durum, daha hafif bir önlem niteliği taşımaktadır. İşveren, bu şekilde caydırıcı bir tedbiri devreye sokmuştur.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi de, 2014 yılında verdiği bir kararında, işyeri çıkışında işçinin rızası dışında çantasının aranmak istenmesini, kişilik haklarına aykırı bulmuştur. Yüksek Mahkemeye göre, “Davacı işçinin avukat olarak çalıştığı işyerinin çıkışında çantasının aranmak istendiği, çantasının aranmasına izin vermeyince çıkış kapıları kapatılarak işyerinden ayrılmasının engellendiği, davacının baroyu arayarak durumu bildirdiği buna rağmen kapıların açılmadığı, baro tarafından karakolun aranması üzerine olay yerine gelen polisler tarafından işyeri dışına çıkışının sağlandığı... Davacı avukatın iş sözleşmesine tabi çalıştığı, işyerinde maruz kaldığı ve işyeri yetkililerin bilgisi dahilinde gerçekleşen olay sebebiyle kişilik haklarının zedelendiği ve manevi zarara uğradığı sabittir. Bu itibarla davalı şirket aleyhine manevi tazminata hükmedilmesi yerindedir.”¹³²⁴

¹³²⁴ Y9HD, 04.02.2014, E. 2012/2473, K. 2014/2959, KİBB.

İşverenin, üst araması yapması dışında, üzerinde durulması gereken bir diğer konu ise, işçinin eşyalarının (masa, dolap, çekmece, oda gibi) işverenin talimatıyla aranıp aranmayacağıdır. İşçinin, işyerinde kendisine tahsis edilen odası, masası ve dolabı, işçinin işyerindeki özel yaşam alanı içinde değerlendirilmelidir. Dolayısıyla, işveren, işçinin kendisine tahsis edilen masasını veya dolabını, işçinin rızası dışında arayamaz.

İşçinin rızası toplu iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesiyle önceden veya sonradan alınabilir. Buna karşılık, doktrinde, işverenin, ancak ciddi bir suç şüphesi halinde, işçinin rızası dışında, dolabını veya çekmecelerini arayabileceği belirtilmektedir.¹³²⁵ Alman Federal İş Mahkemesinin bir kararına göre de, “*İşçiler, kendilerine tahsis edilen dolap, çekmece ve odalarının rızaları olmadan aranmayacağına güvenmelidirler. Aksine bir durum, işçinin özel yaşamına haksız bir müdahale oluşturur. Öte yandan, bir suç şüphesine ilişkin objektif açısından ciddi ve somut nedenler söz konusuysa, işçinin rızası olmadan da arama yapılabilir ve bu işçi bu duruma katlanmalıdır. İşçinin rızası olmadan yapılan böyle bir aramada dahi işçiye bilgi verilmeli ve arama ölçülülük ilkesine göre gerçekleştirilmelidir. Ayrıca, işveren, işçinin eşyalarını aranmadan gerçeğe ulaşılmanın başka bir yöntemi varsa, öncelikle o yolu denemelidir.*”¹³²⁶

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de, işyerinde yapılan arama ve izlemeleri Sözleşmenin 8. maddesi kapsamında incelemektedir. Mahkeme, *Peev v. Bulgaristan* kararında¹³²⁷, çalışanın ofisinin (masa ve çekmecesinin), çalışanın rızası olmadan aranıp aranmayacağını tartışmıştır. Mahkeme bu kararında, “*gizliliğe ilişkin makul beklenti testi*” (*Reasonable Expectation of Privacy Test*) ölçütünü kullanmıştır.

Mahkemeye göre, çalışanın, gizliliğe ilişkin beklentisi makul ise ve aksine bir uygulama ve düzenleme bulunmuyorsa, işverenin, işçinin rızası olmadan arama yapması özel

¹³²⁵ **Richardi BetrVG/Maschmann** BetrVG § 75 Rn. 55.

¹³²⁶ BAG, 20.06.2013- 2 AZR 546/12, NZA 2014, 143, (www.beck-online.beck.de).

¹³²⁷ AIHM, *Peev v. Bulgaria*, Başvuru No: 64209/01, 26.07.2007, p. 37-38, (www.hudoc.echr.coe.int.). Kararın değerlendirilmesi için bkz. **Çetin**, Çalışanların Hakları, 231-233.

hayatın gizliliğini ihlal etmektedir. Zira, işçinin, kendisine özgülenen bu alanda gizlilik beklentisi korunmalıdır. Yine Mahkemeye göre, gizlilik beklentisi, çalışanın çekmece ve dolapları gibi dar bir alanda söz konusu olmaktadır. Gizlilik beklentisi oluşturulan alanın daha geniş olduğu iddiasının ise ispatlanması gerekmektedir.

Bu konudaki benzer bir uyuşmazlık, 2018 yılında Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun önüne gelmiştir.¹³²⁸ Dava konusu olayda, davacı işçi, işverenin kendisinin istirahatli olduğu dönemde masasını ve çekmecelerini izinsiz olarak aradığını; işverenin, çeşitli davranışlarıyla kendisine psikolojik taciz uyguladığını iddia etmektedir. Yüksek Mahkeme, kararında öncelikle, işçinin özel eşyalarının işverenin talimatıyla aranıp aranamayacağını tartışmıştır. Hukuk Genel Kuruluna göre, “*Genel olarak işçinin işyerinde kullanımına özgülenen ofis, masa, dolap gibi alanların işveren tarafından aranması, işçinin özel yaşamına yönelik bir müdahale oluşturmaktadır. Söz konusu alanların aranması bir hukuka uygunluk sebebine dayanmalıdır.*”

Yüksek Mahkeme, daha sonra, davalı işveren tarafından dosyaya sunulan personel yönetmeliğini incelemiştir. Personel yönetmeliğinin 5.2. maddesinin “*Görev ve Sorumluluklar*” alt başlıklı 5.2.1. bölümünde, “*Çalışanlara, DFHG tarafından tahsis edilen masa, dolap, etajer ve benzeri demirbaş üstünde/içinde sadece çalışma konuları ile ilgili dökümantasyon, kitap, dergi vb. muhafaza etmeleri; kendilerine ait şahsi eşyalarını hiç şekilde bu ortamda bulundurmamaları esastır. DFHG yönetimi söz konusu dolap, masa ve etajerleri gerekli görmesi hâlinde açtırma ve inceleme hakkına sahiptir*” düzenlemesi yer almaktadır.

Hukuk Genel Kurulu kararında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin *Peev v. Bulgaristan* içtihadını esas almış ve personel yönetmeliğinin ilgili hükümlerinin, işçide

¹³²⁸ YHGK, 24.01.2018, E. 2017/7-3017, K. 2018/89, KİBB.

gizliliğe ilişkin makul bir beklenti oluşturmayacağını ve dolayısıyla, burada hukuka aykırı bir durumun olmadığını belirtmiştir.

Dava konusu olayda, Yüksek Mahkeme, personel iç yönetmeliğindeki hükmü ve bu hükümden yola çıkarak, işçinin gizliliğe ilişkin makul beklentisinin olmaması gerektiğini, hukuka uygunluk sebebi olarak saymıştır. Ancak, kanımızca burada esasen araştırılması gereken iç yönetmeliğin işveren tarafından önceden, genel ve tek taraflı olarak hazırlanıp hazırlanmadığıdır. Diğer bir anlatımla, işverenin, iç yönetmelik hükümleri hakkında işçiye önceden bilgi verip vermediği; bu hükümlerin tartışılarak işçi tarafından kabul edilip edilmediği incelenmelidir. Ancak, bu noktadan sonra, işçinin, iç yönetmelik hükümlerini kabul ettiği ve gizliliğe ilişkin makul beklentisinin olup olmadığına karar verilmelidir.

ee. İşverenin İşçiye Alkol, Uyuşturucu, HIV/AIDS, Kişilik-Psikolojik Testleri Uygulamaya, Aşı ve PCR Testi Yapılmasına Yönelik Talimatları

İşverenler, çeşitli nedenlerle işçilere alkol, uyuşturucu, HIV/AIDS, kişilik-psikolojik testleri gibi sağlık ve kişilik yapılarına ilişkin testler yapmak isteyebilirler. Öncelikle belirtmeliyiz ki, bu testler kişinin özel yaşamına müdahale niteliği taşımaktadır. İşçiye, anılan testleri yapabilmek için mutlaka işçinin rızasına gerek vardır. Ancak, kanımızca, işçinin hassas/özel nitelikli kişisel verilerine de ulaşma imkanı sağlayan bu testler için, işçinin rızası tek başına yeterli değildir. Zira, bağımlılık düzeyinin çok yüksek olduğu ve işini kaybetme riskinin işçinin başında, “*Demokles’in kılıcı*” gibi durmadan sallandığı bir iş ilişkisinde, işçinin rızasına kuşkuyla bakılmalıdır.¹³²⁹ Dolayısıyla, işverenin, işçiye test yapılmasına yönelik talimatlarında, işçinin rızası dışında işverenin üstün nitelikte bir yararı da mutlaka aranmalıdır.

¹³²⁹ Sevimli, Müdahalenin Sınırları, 108-109.

İşçilere uygulanan tıbbi testler, işçilerin sağlık durumları hakkında bilgi vermektedir. Bu testler sonucunda, işçinin bilinmesini istemediği veya kendisinin dahi bilmediği özel yaşamına ilişkin sağlık verileri ortaya çıkabilir. Örneğin, işçinin, işyerinde bilinmesini istemediği ve damgalama riskini de barındıran uyuşturucu ve HIV/AIDS testleri, işçinin işyerinde ayrımcılığa uğramasına veya iş akdinin sonlanmasına neden olabilir.

İşçilerin, sağlık verilerinin testler aracılığıyla öğrenilmesi, işçi hakkında kişisel veri toplama anlamına da gelmektedir. Kişisel veriler arasında yer alan hassas nitelikteki kişisel verilerin korunması, diğer kişisel verilerden daha katı kurallara bağlanmıştır. Gerek uluslararası mevzuattaki Avrupa Birliği'nin 2016/679 sayılı Genel Veri Koruma Tüzüğü'nün¹³³⁰ 9. maddesi (Özel kategorideki kişisel verilerin işlenmesi) ile Avrupa Konseyi'nin 108 sayılı Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Gerçek Kişilerin Korunması Sözleşmesinin¹³³¹ 6. maddesi (Özel veri kategorileri) gerek ulusal mevzuatımızdaki 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanununun¹³³² 6. maddesi (Özel nitelikteki kişisel verilerin işlenme şartları), hassas/özel nitelikli kişisel verilerin neler olduğunu saymakta ve bunların işlenmesinin koşullarını düzenlemektedir.¹³³³

6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanununun 6. maddesine göre, “⁽¹⁾ *Kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf veya sendika üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı, ceza mahkumiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik ve genetik verileri özel nitelikli kişisel veridir.* ⁽²⁾ *Özel nitelikli kişisel verilerin, ilgilinin açık rızası olmaksızın işlenmesi yasaktır.* ⁽³⁾ *Birinci fıkrada sayılan sağlık ve cinsel hayat dışındaki kişisel veriler, kanunlarda öngörülen hallerde ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın işlenebilir. Sağlık ve cinsel hayata ilişkin*

¹³³⁰ Official Journal of the European Union, 04.05.2016, L 119/1, (<https://eur-lex.europa.eu>).

¹³³¹ 108 sayılı Sözleşme 1 Ekim 1985 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye, Sözleşmeyi 28 Ocak 1981 tarihinde imzalamış ve fakat Sözleşme 17 Mart 2016 tarih ve 29656 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

¹³³² RG. 07.04.2016, 29677.

¹³³³ Detaylı bilgi için bkz. **Gürsel**, Kişisel Verilerin Korunması, 324-327; **Elbir**, Kişisel Verilerin Korunması, 105-107; **Uncular**, 49-50.

kişisel veriler ise ancak kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbi teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetleri ile finansman planlaması ve yönetimi amacıyla, sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler veya yetkili kurum ve kuruluşlar tarafından ilgilinin açık rızası aranmaksızın işlenebilir. ⁽⁴⁾ *Özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesinde, ayrıca Kurul tarafından belirlenen yeterli önlemlerin alınması şarttır.”* Kanunun 6. maddesinin 2. fıkrasına göre, hassas/özel nitelikli kişisel veriler, işçinin açık rızasıyla işlenebilir. Dolayısıyla, işçinin sağlık verileri de hassas/özel veri niteliğinde olduğu için, bunlar ancak, işçinin açık rızasıyla işlenebilir.

Kişisel Verilerin Korunması Kanununun 3. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendinde, “açık rıza” tanımlanmıştır. Buna göre, “Açık rıza; belli bir konuya ilişkin, bilgilendirmeye dayanan ve özgür iradeyle açıklanan rızayı ifade etmektedir.” Anılan hükümler uyarınca, işveren, işçinin sağlık verilerini işlemek için, öncelikle işçiyi, sağlığına ilişkin verilerinin işleneceği ve bu işlemin sonuçları hakkında bilgilendirmelidir.¹³³⁴ İşçinin rızasının geçerliliği kendisine belirtilen amaçla sınırlıdır.¹³³⁵

Kanun, açık rızanın varlığını aradığı için, işçinin susması geçerli bir rıza olarak sayılmayacaktır.¹³³⁶ Ayrıca, işçi, rızasını herhangi bir baskı veya yaptırım tehdidiyle karşılaşmadan, özgür iradesiyle vermelidir. Benzer şekilde, doktrinde de isabetli bir biçimde ifade edildiği üzere, Kanun, ilgililerin özel nitelikli kişisel verilerinin işlenebilmesi amacıyla bilgilendirmeye dayalı açık rızasını aradığı için, toplu iş sözleşmeleriyle veya iş sözleşmesi akdedilirken konulacak bir hükümle, işçinin rızasının baştan alınması mümkün olmamalıdır.¹³³⁷

¹³³⁴ **Gürsel**, Kişisel Verilerin Korunması, 194; **Gürsel**, İşçi ve İşveren İlişkisine Etki, 779-790; **Bozkurt Gümrükçüoğlu**, Kişisel Veriler, 55-57; **Okur**, Kişisel Veriler, 385-387; **Uncular**, 59. Ayrıca, işçi, dilediği zaman verdiği rızayı geri alma hakkına sahiptir. Bu konuda bkz. **Okur**, Kişisel Veriler, 386.

¹³³⁵ **MHdB ArbR/ Reichold** § 96, Rn. 36.

¹³³⁶ **MHdB ArbR/ Reichold** § 96, Rn. 36; **Aydın/Küçük**, 64-65; **Okur**, Kişisel Veriler, 387; **Gürsel**, İşçi ve İşveren İlişkisine Etki, 780.

¹³³⁷ **Aydın/Küçük**, 65.

Kişisel Verilerin Korunması Kanununun 6. maddesinin 3. fıkrasında ise, sağlık verilerinin işlenmesinde işçinin açık rızasının aranmayacağı istisnai bir durum düzenlenmektedir. Anılan fıkra göre, işçinin sağlığına ilişkin veriler, ancak kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbi teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetleri ile finansman planlaması ve yönetimi amacıyla, *sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler* veya yetkili kurum ve kuruluşlar tarafından işlenebilir.

Sır saklama yükümlülüğü altına olan kişilerin kimler olduğu ise Anayasa Mahkemesinin bir kararında genel hatlarıyla açıklanmıştır.¹³³⁸ Karara göre, bu kişiler, “Avukat, hekim veya mali müşavir gibi kendi kanunlarında görevleri gereği edindikleri bilgileri zamanla sınırlı olmaksızın açığa vurmaları yasak olan ve bu yasağın ihlali halinde hukuki ve cezai sorumluluğu olan kişilerdir.” Bu tür verileri işleyebilecek yetkili kurum ve kuruluşlar ise, maddenin gerekçesine göre, “Sağlık Bakanlığı ile her türlü sağlık kuruluşu ve Sosyal Güvenlik Kurumudur.”

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu dışında, işçinin kişisel verilerinin işlenmesi konusunda yol gösterici diğer düzenlemeler, Türk Borçlar Kanununun 419. maddesi, İş Kanunun 75. maddesi ve İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun 15. maddesidir. Türk Borçlar Kanununun 419. maddesine göre, “İşveren, işçiye ait kişisel verileri, ancak işçinin işe yatkınlığıyla ilgili veya hizmet sözleşmesinin ifası için zorunlu olduğu ölçüde kullanabilir¹³³⁹. Özel kanun hükümleri saklıdır.” Türk Borçlar Kanununun 419. maddesinin, iş ilişkisinde, kişisel verilerin işlenmesi bakımından özel hüküm olduğu, doktrinde isabetli bir biçimde ifade edilmektedir.¹³⁴⁰

¹³³⁸ AYM, 28.09.2017, E. 2016/125, K. 2017/43, p. 78, (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>). Ayrıca bkz. Ünal, Sağlığa İlişkin Veriler, 305-306.

¹³³⁹ Madde metninde geçen “kullanabilir” ibaresinin, verinin toplaması, kaydedilmesi, sınıflanması, depolanması, kullanılması, değiştirilmesi, yeniden düzenlenmesi, açıklanması, silinmesi, yok edilmesi eylemlerinin tümünü kapsayan “veri işleme” olarak anlaşılması gerektiği yönünde bkz. Sevimli, Veri Koruma, 134.

¹³⁴⁰ Sevimli, Veri Koruma, 133-134; Bozkurt Gümrükçüoğlu, Kişisel Veriler, 37; Ünal, Sağlığa İlişkin Veriler, 266; Aydın/Küçük, 63.

TBK m. 419'a göre, işçinin verilerinin işlenmesi iki durumda mümkündür. Bunlar; işçinin işe yatkınlığıyla ilgili olma ya da hizmet sözleşmesinin ifası için zorunlu olma koşuludur. “İşçinin işe yatkınlığıyla ilgili olma” koşulundan kastın, işe uygunluk, yeterlilik, işteki kapasite, yetenek ve beceriler olduğu belirtilmektedir. Diğer bir anlatımla, işçinin, işteki performansıyla ilgili hususlardır.¹³⁴¹ “Hizmet sözleşmesinin ifası için zorunlu olma” koşulundan kasıt ise, sözleşmenin kurulması ve devamı için, sözleşmenin taraflarının kişisel verilerinin işlenmesinin gerekli olmasıdır. İşçinin kıdemi, sağlık riskleri, gebelik hali ve iş güvenliği önlemlerine uyulup uyulmadığının kontrolüne ilişkin veriler de bu kapsamda değerlendirilmektedir.¹³⁴² O halde, TBK m. 419 uyarınca, işçinin kişisel verileri ancak işe ilişkin olması durumunda işlenebilecektir.

İşçinin kişisel verilerinin korunmasıyla bağlantılı bir diğer düzenleme ise, İş Kanununun 75. maddesidir. Bu madde uyarınca, işveren, çalıştırdığı işçiler için özlük dosyası düzenlemekle yükümlüdür. Gerçekten de madde metnine göre, “⁽¹⁾ İşveren çalıştırdığı her işçi için bir özlük dosyası düzenler... ⁽²⁾ İşveren, işçi hakkında edindiği bilgileri dürüstlük kuralları ve hukuka uygun olarak kullanmak ve gizli kalmasında işçinin haklı çıkarı bulunan bilgileri açıklamamakla yükümlüdür.”

Kişisel verilerin işlenmesine ilişkin bir diğer düzenleme de, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun 15. maddesidir. Bu düzenlemeye göre, işveren, çalışanların sağlık gözetimine tabi tutulmalarını sağlar. Kanunun 15. maddesinin 5. fıkrasına göre, “Sağlık muayenesi yaptırılan çalışanın özel hayatı ve itibarının korunması açısından sağlık bilgileri gizli tutulur.” İşveren, iş sağlığı ve güvenliği önlemleri kapsamında, işçilerin sağlık gözetimlerini sağlamakla yükümlüdür. Sağlık raporları ise, kural olarak işyeri hekimden alınır (m. 15/3). Ayrıca, İşyeri Hekimi ve Diğer Sağlık Personelinin Görev, Yetki, Sorumluluk ve Eğitimleri Hakkında

¹³⁴¹ Sevimli, Veri Koruma, 134; Gürsel, Kişisel Verilerin Korunması, 171; Bozkurt Gümrükçüoğlu, Kişisel Veriler, 36; Kaplan, İşçinin Kişilik Hakları, 50; Ünal, Sağlığa İlişkin Veriler, 266.

¹³⁴² Sevimli, Veri Koruma, 135; Bozkurt Gümrükçüoğlu, Kişisel Veriler, 36.

Yönetmelik¹³⁴³ m. 9/2-c,(4)'te, “İşyeri hekimlerinin görevleri” düzenlenmektedir. Buna göre, işyeri hekimleri, “Çalışanların yapacakları işe uygun olduklarını belirten işe giriş ve periyodik sağlık muayenesi ile gerekli tetkiklerin sonuçlarını EK-2’de verilen örneğe uygun olarak düzenlemek ve işyerinde muhafaza etmek”le sorumludurlar. Ancak, 50’den az çalışanı bulunan veya az tehlikeli sınıfta yer alan işyerlerinde çalışan işçiler, sağlık raporlarını kamu hizmet sunucularından veya aile hekimlerinden de alabilirler (6331 sayılı Kanun m. 15/3).

Bu düzenlemelerden hareketle, işyerinde, işçinin sağlığına ilişkin hassas veriler, işyeri hekimi tarafından toplanmakta ve işlenmektedir. İşyeri hekimi, işçinin sağlığına ilişkin verileri, işverenle sadece işle ilgili olması durumunda ve işle ilgili olduğu ölçüde paylaşabilecektir.¹³⁴⁴ Bu durum, hekimin sır saklama yükümlülüğünün de bir parçasıdır.

Örneğin, işçinin rızasıyla yapılan bir test sonucu, işçinin, HIV/AIDS olduğu anlaşılırsa, işyeri hekimi, işin niteliği açısından hastalığın sakınca doğurmaması durumunda işverene bilgi vermemelidir. Buna karşın, eğer hastalık, işin niteliği açısından riskliyse, işyeri hekimi, işverene, işçinin işe yatkın olmadığını ve başka bir pozisyonda çalışması gerektiğini bildirmekle yetinmelidir.¹³⁴⁵

Yukarıda genel hatlarıyla açıklamaya çalıştığımız yasal düzenlemelere istinaden, öncelikle, işçinin sağlık verileri hassas/özel nitelikli kişisel veridir. İşverenin, işçinin sağlık verilerini işleyebilmesi için, TBK m. 419’dan hareketle, işçinin işe yatkınlığı veya iş sözleşmesinin ifası için zorunluluk oluşturma koşulları ile işçinin açık onayı aranmalıdır.¹³⁴⁶ Diğer bir anlatımla, işçinin kişisel verilerinin işlenebilmesi için, bu bilgilerin istihdamla ilgili olması ve işverenin bu bilgileri öğrenmesinde objektif bir biçimde haklı nedeni olmalıdır. Ayrıca, işçinin açık rızası alınmalıdır.¹³⁴⁷

¹³⁴³ RG. 20.07.2013, 28713.

¹³⁴⁴ **ErfK/Franzen** BDSG § 26, Rn. 17.

¹³⁴⁵ **Bozkurt Gümrükçüoğlu**, Kişisel Veriler, 78.

¹³⁴⁶ Benzer yönde **Aydın/Küçük**, 63.

¹³⁴⁷ **MHdB ArbR/ Reichold** § 96, Rn. 36.

Öyle ki, bu husus, Uluslararası Çalışma Örgütünün Çalışanların Kişisel Verilerinin Korunması Hakkında Uygulama Koduyla da uyumludur. Uygulama Kodunun (6.7.) maddesine göre, çalışanların sağlık verileri gizlilik ilkesi çerçevesinde, kişinin işe uygun olup olmadığına karar verme; iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin önlemlerin gereklerine uygun davranma ve sosyal yardımlardan yararlanma durumunun tespit edilmesi amacıyla işlenebilir.¹³⁴⁸

Buraya kadar yaptığımız açıklamalar ışığında, işverenin, işçilere, alkol, uyuşturucu, HIV/AIDS, kişilik-psikolojik testler uygulanmasına yönelik talimatlar verip veremeyeceğini ve bunların sonuçlarını inceleyeceğiz.

Öncelikle, alkol ve uyuşturucu testleri, işçinin özel yaşamına müdahale niteliğindedir. Ayrıca bu testler, işçinin, iş saatleri dışındaki özel yaşamına ilişkin bilgilerin işyeri ortamında açığa çıkmasına da neden olmaktadır.¹³⁴⁹ İşveren, çeşitli nedenlerle işçilerin bu testlere tabi olmalarını talep edebilir. Örneğin, işveren, işe alım esnasında, çalışma süresi boyunca periyodik sağlık muayenelerinde, işçinin uğradığı kaza sonrasında, iş akdi süresince rastgele yapılan seçimlerle veya makul şüphe¹³⁵⁰ nedenleriyle işçilerden bu testlerin yaptırılmasını isteyebilir.¹³⁵¹

Ancak, kanımızca, bu nedenler, işçiye, alkol veya uyuşturucu testi yapılması için yeterli sayılmamalıdır. İşyerinde alkol ve uyuşturucu testleri¹³⁵² için esasen genel kabul gören hukuka uygunluk nedeni, işyerinde iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınması zorunluluğudur.¹³⁵³ Ancak, bu durumda dahi, işçinin açık rızasının alınması şarttır. Bununla

¹³⁴⁸ ILO, Protection of Workers' Personal Data- An ILO Code of Practice, 3.

¹³⁴⁹ **Gondwe**, 156.

¹³⁵⁰ Örneğin, Amerikan Yüksek Mahkemesi, makul-orta zekalı bir kişinin gerçekçi olaylara dayanan (kişinin alkol veya madde etkisi altında olduğuna dair ciddi belirtilerin olması gibi) şüphesini makul şüphe olarak görmekte ve alkol ya da uyuşturucu testlerinin yapılmasını geçerli saymaktadır. Bu yönde bkz. **Gondwe**, 158-159.

¹³⁵¹ **Gondwe**, 157-158; **Cranford**, 1809-1810.

¹³⁵² Doktrinde **Ünal**, uyuşturucu testlerinin hukuka aykırı olduğunu ve işyerinde yaptırılmayacağını ifade etmektedir. Bu görüş için bkz. **Ünal**, Sağlığa İlişkin Veriler, 291-294.

¹³⁵³ **Müller**, Rn. 1112;

birlikte, bu testler, işyerindeki herkesten değil, yaptığı iş nedeniyle risk altında olan kişilerden talep edilebilir. Yani, işveren, işyerindeki herkesin bu testleri yaptırması yönünde talimat veremez. İşveren, iş sağlığı ve güvenliği açısından risk oluşturan meslek gruplarından bu testi olmalarını talep etse bile işçileri bu testleri yaptırmaları yönünde zorlayamaz.

İşverenin, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini sağlamaya yönelik alkol ve uyuşturucu testlerine başvurması özellikle taşımacılık, maden, enerji gibi sektörlerde çalışan işçiler için söz konusu olmaktadır.¹³⁵⁴ Zira, bu kişilerin işteki performanslarının düşmesi, iş arkadaşlarının veya üçüncü kişilerin ciddi zarara uğramasına neden olabilir. Örneğin, Alman hukukunda, işverenin, işin gereği gibi yürütümü bağlamında üstün bir yararı söz konusuysa alkol ve uyuşturucu testlerini, işçiden talep edebileceği kabul edilmektedir. Ancak bunun için, işverenin, meşru bir yararı ve makul şüphesi olmalıdır. İşçi, bu testleri özel yaşamına müdahale niteliği taşıdığı için reddetme hakkına sahiptir.¹³⁵⁵

Ayrıca, Alman hukukunda, toplu iş sözleşmeleriyle de alkol ve uyuşturucu testlerine ilişkin düzenlemelerin getirilebileceği ileri sürülmektedir.¹³⁵⁶ Örneğin, 15 Nisan 2011 tarihinden itibaren yürürlükte olan Demiryolu Taşımacılığı Alanındaki Şirketlerde Makinist Olarak Çalışan Kişilere İlişkin Toplu İş Sözleşmesi § 18'e göre, *“İşçier şirket içinde veya dışında görevlerini gereği gibi yerine getirecek şekilde davranmakla yükümlüdürler. İşçiler sarhoş edici alkol veya uyuşturucu madde altındaysa işlerine başlayamaz veya işe devam edemezler. İşçide alkol kokusu veya olağandışı bir davranış gibi haklı nedenlerin varlığı durumunda işveren işçiden test isteyebilir veya tıbbi bir muayene talep edebilir. Masraflar işverene aittir.”*

Öte yandan, yasal düzenlemelerle de yasaklar öngörülmüştür. Örneğin, Alman Havacılık Yasası § 4a uyarınca, *“Uçak pilotlarının alkol veya uyuşturucu madde altında uçak*

¹³⁵⁴ **Sevimli**, Müdahalenin Sınırları, 167.

¹³⁵⁵ **Müller**, Rn. 1112.

¹³⁵⁶ **Müller**, Rn. 1112.

*kullanması yasaktır.”*¹³⁵⁷ Örneğin, Türk hukuku açısından da Karayolları Trafik Kanununun¹³⁵⁸ 48. maddesine göre, “*Uyuşturucu veya uyarıcı maddeleri almış olan sürücüler ile alkollü olan sürücülerin karayolunda araç sürmeleri yasaktır.*” Bu sınırlı örneklerden de anlaşılacağı üzere, iş sağlığı ve güvenliği açısından risk oluşturan durumlar söz konusuysa, işverenin, işçiden alkol ve uyuşturucu testi uygulanmasını talep etmesinde haklı bir nedeni bulunmaktadır. Ancak, yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, işveren, bu nedenler olsa bile, işçiye test yaptırması konusunda bağlayıcı bir talimat veremez. Her durumda işçinin serbest iradesine dayalı açık rızası alınmalıdır.

Bununla birlikte, alkol ve uyuşturucu testleri, işçinin özel yaşamına doğrudan bir müdahale niteliği taşıdığı için, işverenin çıkarlarıyla işçinin özel yaşamına saygı hakkı arasında adil bir denge mutlaka sağlanmalıdır. Bu testler yapılacaksa, işçilere test ve testin sonuçları hakkında bilgi verilmeli; test sonucunda elde edilen veriler farklı amaçlarla kullanılmamalıdır. Ayrıca, yapılacak testler, ölçülülük ilkesi gereğince olabildiğince dar kapsamlı tutulmalı ve sadece işçinin işe yatkınlığıyla ilgili olmalı veya iş sözleşmesinin ifası amacını sağlamaya yönelik olmalıdır. Alkol ve uyuşturucu testlerinin yapılmasında en az müdahaleci yöntem tercih edilmelidir.¹³⁵⁹

Bu durum Uluslararası Çalışma Örgütünün İşyerinde Alkol ve Uyuşturucu Madde Kullanımının Yönetimine İlişkin Uygulama Kodunda da ifade edilmiştir. Gerçekten de, Uygulama Koduna göre, alkol ve uyuşturucu testleri sadece gereklilik halinde ve işle bağlantısı olduğu sürece yapılabilir. Bu testler, işçinin özel yaşamına saygı hakkına olabildiğince az zarar verecek şekilde ve tam bir gizlilik içinde gerçekleştirilmelidir.¹³⁶⁰

¹³⁵⁷ Başkaca örnekler için bkz. **Müller**, Rn. 1107-1108.

¹³⁵⁸ RG. 18.10.1983, 18195.

¹³⁵⁹ **Çetin**, Çalışanların Hakları, 194-195; **Sevimli**, Müdahalenin Sınırları, 167-169; **Aydın/Küçük**, 70-71.

¹³⁶⁰ ILO Management of Alcohol- and Drug-Related Issues In the Workplace- An ILO Code of Practice, 36-38.

Bu kapsamda son olarak işyerinde alkol ve uyuşturucu testleriyle ilgili olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin önüne gelen bir uyuşmazlıktan kısaca söz etmek istiyoruz.¹³⁶¹ Uyuşmazlık konusu olan olayda, Wretlund isimli başvuru 1986 yılından itibaren İsveç-Oskarshamn'de bulunan bir nükleer santralde temizlik görevlisi olarak çalışmaktadır. Başvurucunun radyasyona maruz kalabileceği odalara giriş izni ise bulunmamaktadır. Ayrıca, başvuru, İsveç yasalarına göre, radyolojik muayeneden geçmek zorunda olan işçi grupları arasında da yer almamaktadır. Başvuru, sendika üyesi olup, sendikanın, işverenle imzaladığı toplu iş sözleşmesinde, işçilerin alkol ve uyuşturucu testlerine tabi tutulmaları yönünde bir düzenleme yer almamaktadır.

Buna karşın, işveren, işyerinde çalışan herkese alkol ve uyuşturucu testi uygulanacağını ilan etmiştir. Wretlund, test zorunluluğunun İsveç yasalarında düzenlenmediğini ve bu şekilde özel yaşamına saygı hakkının ihlal edildiğini ileri sürerek test yaptırmayı reddetmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararında, alkol ve uyuşturucu testleri, kişilik haklarına bir müdahale niteliği taşımakla birlikte, somut olayda, söz konusu işyerinin yüksek risk barındırdığını ve bu nedenle çeşitli güvenlik ve kontrol mekanizmalarının gerekli olduğunu belirtmiştir. Mahkemeye göre, testler, başkaları yokken ve tamamen gizliliğin sağlandığını ortamda yapılmaktadır. Ayrıca, nükleer santralde çalışan kişiler arasında bir ayırım yapılmadan bu testler herkese uygulanmaktadır. Testler, sadece alkol ve uyuşturucu kullanımının tespiti için olup başka bir amaçla da kullanılmamaktadır. Tüm bu hususları gözeten Mahkeme, işverenin test yaptırmadaki menfaatiyle işçinin hakları arasında adil bir dengenin korunduğuna ve uyuşturucu testlerinin ölçsüz olmadığına karar vermiştir.

¹³⁶¹ AİHM, *Wretlund v. Sweden*, Başvuru No: 46210/99, 09.03.2004, (www.hudoc.echr.coe.int.).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, anılan olayda sadece işyerinin niteliğini gözeterek bir karar vermiştir. Oysa, bizim görüşümüze göre, bu testler, yapılacaksa dahi, işyerindeki herkese değil, sadece yaptığı iş nedeniyle risk altındaki kişilere yönelik olmalıdır.

Alkol ve uyuşturucu testleri, işçinin özel yaşamına doğrudan bir müdahale niteliği taşıdığı için yukarıda da belirttiğimiz üzere, işveren, bu testleri olması yönünde işçilere talimat veremez. İşçi, açık rızasıyla test olmayı kabul etmelidir. Bununla birlikte, işçinin test uygulamasını reddetmesi, alkol ve uyuşturucu madde kullandığı şeklinde de yorumlanmamalıdır.¹³⁶² Bu noktada kanımızca, TBK m. 419 düzenlemesi yol gösterici olmalıdır. Diğer bir anlatımla, testler, işçinin yaptığı iş veya görevi nedeniyle iş sağlığı ve güvenliği açısından gereklilik ve zorunluluk oluşturuyorsa ve buna karşın işçi, test uygulamasını reddediyorsa, işçinin bu davranışının feshe gerekçe yapılabilir.

Alkol ve uyuşturucu testleri dışında, işverenin işçilerden HIV/AIDS¹³⁶³ testi talep edip edemeyeceğinin de belirlenmesi gereklidir. Dünya Sağlık Örgütü 1990'lı yıllardan itibaren HIV virüsünü ölümcül hastalıklar arasından çıkartmış, yaşam boyun kontrol altında tutulması gereken hastalıklar sınıfına almıştır.¹³⁶⁴ HIV/AIDS virüsü bulaşıcı bir hastalık olmasına rağmen, diğer bulaşıcı hastalıklara kıyasla bulaş riski oldukça sınırlıdır. HIV, cinsel ilişki, kan ve anne sütüyle yoluyla bulaşmaktadır. Dolayısıyla, ter, tükürük, idrar, gözyaşı gibi vücut sıvılarıyla, hapşırık ya da öksürükle, aynı tabak, çatal, bıçak, havlu, tuvalet ve duşun kullanımıyla, tokalaşma, sarılma, öpüşme veya aynı ortamda bulunmaktan dolayı bulaşmaz.¹³⁶⁵ Anlaşılabacağı üzere, HIV virüsünün bulaş riski oldukça dar kapsamlı olduğu için işyeri ortamında bu virüsün diğer kişilere bulaşma ihtimali oldukça azdır. Bununla birlikte,

¹³⁶² **Sevimli**, Müdahalenin Sınırları, 169; **Ford**, 140-141; **Cranford**, 1810-1811.

¹³⁶³ HIV (Human Immunodeficiency Virus- İnsan Bağışıklık Yetmezliği Virüsü), insan bağışıklık hücrelerine zarar vermekte ve onları zayıflatmaktadır. AIDS (The Acquired Immunodeficiency Syndrome- Edinilmiş Bağışıklık Yetmezliği Sendromu), HIV enfeksiyonunun ileri düzeyidir. Fırsatçı enfeksiyonlar veya HIV'le bağlantılı kanser türleriyle karakterize olmaktadır. (ILO 200 sayılı HIV ve AIDS Hakkında Tavsiye Kararı).

¹³⁶⁴ Pozitif Yaşam Derneği, HIV & AIDS Nedir?, <https://pozitifyasam.org/hiv-aids-nedir/>

¹³⁶⁵ Pozitif Yaşam Derneği, Nasıl Bulaşır? Riskli Davranışlar, <https://pozitifyasam.org/nasil-bulasir-riskli-davranislar/>

sağlık alanında veya kesici-delici makinalarla/aletlerle çalışmanın yapıldığı ortamlarda HIV bulaş riskinin daha yüksek olduğu kabul edilmektedir. Ancak, unutulmamalıdır ki, HIV önlenabilir bir enfeksiyondur.

Uluslararası Çalışma Örgütü HIV/AIDS'i bir işyeri sorunu olarak tanımlamaktadır.¹³⁶⁶ Özellikle işe alım ve iş akdinin devamında bazı işverenler işçilerden HIV/AIDS testlerini olmalarını talep etmektedirler. Öncelikle, Uluslararası Çalışma Örgütünün Çalışma Yaşamında HIV/AIDS'e İlişkin Uygulama Koduna¹³⁶⁷ göre HIV testleri işe alımda veya iş akdinin devamında ön koşul olarak ileri sürülmemelidir. Ayrıca, iş akdinin devamı süresince rutin/periyodik HIV testleri yapılması yasaktır (m. 8.1). Yine Uluslararası Çalışma Örgütünün 2010 tarih ve 200 Sayılı Tavsiye Kararı uyarınca HIV testleri gönüllülük esasına dayanmalı ve bu testler uluslararası standart ve ilkeler ışığında gizlilik, dayanışma ve rıza temelinde gerçekleştirilmelidir (m. 24). Ayrıca, HIV/AIDS nedeniyle aday işçilerin/işçilerin herhangi bir ayrımcılığa uğramaması gereklidir. İşçiler bu nedenle damgalanmamalıdır (m. 3/c).

Tüm bu açıklamalarımız ışığında bir sonuca varmak gerekirse, HIV testleri işçilerin özel yaşamına doğrudan bir müdahale niteliği taşımaktadır. Bu testler sonucunda işçiye dair öğrenilen sağlık bilgileri işçinin işyeri ortamından uzaklaştırılmasına, ayrımcılığa uğramasına ve bu nedenle iş akdinin sonlanmasına yol açabilecek niteliktedir. Ayrıca, kişilerin sosyal yaşamlarında da damgalanma riskleri oldukça yüksektir. Dolayısıyla, işverenin kural olarak işçilerden HIV testi isteyemeyeceği; işçilere bu yönde talimat veremeyeceği kanaatindeyiz.¹³⁶⁸ Ayrıca, HIV testleri, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun 15. maddesinde belirtilen sağlık gözetimi kapsamında da yer almamalıdır.¹³⁶⁹

¹³⁶⁶ ILO, 200 sayılı HIV ve AIDS Hakkında Tavsiye Kararı, (https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R200).

¹³⁶⁷ ILO, Code of Practice on HIV/AIDS, 2001, Kodun Türkçe metni için bkz. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---ilo_aids/documents/publication/wcms_114155.pdf.

¹³⁶⁸ Ertürk, Hastalık, 11.

¹³⁶⁹ ErK/Franzen BDSG § 26, Rn. 17; Ünal, Sağlığa İlişkin Veriler, 296.

Bununla birlikte, çok istisnai durumlarda işveren işçiden HIV testi isteyebilir.¹³⁷⁰ Bu istisnai durumlardan kastımız ise TBK m. 419 uyarınca, *işçinin işe yatkınlığıyla* ilgili bir husus veya *hizmet sözleşmesinin ifası için zorunluluk* olması halidir. Bu hallerde dahi işveren işçilere HIV testi olması yönünde talimat veremez. Bu testler her halükarda işçinin rızasıyla gerçekleştirilmelidir. Örneğin, işveren, sağlık sektöründe çalışan bir işçiden veya kesici-delici aletlerle iş görme borcunun yerine getirildiği bir işyerinde çalışan işçiden, ciddi şüphe duymasını gerektirecek bir olay olması durumunda, bu testlerin yapılmasını talep edebilir. Ancak, işçiyi bu testleri olması yönünde zorlayamaz. İşçinin bu testi reddetmesi ise somut olayın özelliklerine göre işçinin işini ve görev yerini değiştirmeye veya feshe gerekçe olarak gösterilebilir.¹³⁷¹ Öte yandan, bulaş riskinin neredeyse sıfıra yakın olduğu bir işyerinde işveren, söylentiden, diğer işçilerin baskısından veya başkaca bir nedenden dolayı şüphe duysa dahi bu testin yapılmasını işçiden talep edemez.

HIV/AIDS hastalığı gerek eksik-yanlış bilgi gerek geçmişten günümüze uzanan önyargılar nedeniyle kişinin hem işyerinde hem de sosyal yaşamında ayrımcılığa uğramasına ve damgalanmasına yol açmaktadır. Bu durumdaki kişiler işlerini kaybetmekte ve sosyal açıdan ölüme terkedilme tehlikesiyle karşı karşıya kalmaktadırlar.

Öyle ki bu konuda bazı uyuşmazlıklar Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin önüne dek taşınmıştır. Örneğin, yaşanan bir uyuşmazlıkta, Yunanistan'da bir mücevher yapım şirketinde çalışan I.B HIV(+) olduğunu öğrenmiştir. I.B'nin HIV(+) olduğunu öğrenen diğer iş arkadaşları I.B'nin işten çıkartılması için işverene baskı yapmışlar; işveren bu baskılara belli bir süre direnip, işçilere sağlıklarının tehlikede olmadığını anlatması için işyerine bir doktor çağırması ve fakat diğer çalışanlar I.B'nin işten çıkartılmasında ısrarcı olmuşlardır. Bunun üzerine, işveren I.B'nin iş akdinin feshetmiştir. Daha sonra I.B dava açarak feshin hukuka

¹³⁷⁰ Benzer yönde **Sevimli**, Müdahalenin Sınırları, 181.

¹³⁷¹ **Sevimli**, Müdahalenin Sınırları, 180-181; **Aydın**, İşçinin Kişilik Hakları, 187-188. Ayrıca bkz. **Ertürk**, Hastalık, 11-23.

aykırı olduğunu iddia etmiştir. İlk derece mahkemesi, davacının işten çıkartılmasının hukuka aykırı olduğuna karar vermesine rağmen, Yüksek Mahkeme, işverenin fesih işleminde haklı menfaatinin olduğunu belirterek iş sözleşmesinin feshinin hukuka uygun olduğuna karar vermiştir.

I.B bu karar üzerine, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine, Sözleşmenin 8. maddesiyle bağlantılı olarak 14. maddesinde düzenlenen ayrımcılık yasağının ihlal edildiği iddiasıyla başvurmuştur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, başvurucuya HIV (+) olmasından ötürü ayrımcılık yapıldığına hükmetmiştir. Ayrıca, Mahkemeye göre, başvurucunun sağlık koşullarının işindeki performansına olumsuz bir etkisi olmadığı gibi işyerindeki işleyişi ve düzeni tehdit edecek mahiyette de değildir.¹³⁷² Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine göre, işçinin HIV (+) olması, performansına etki etmediği ve işyerinde bulaş riskini doğurmadığı sürece işverene fesih hakkı bahsetmemektedir. HIV virüsü işçinin iş görme borcunu yerine getirmesine engel teşkil etmemektedir.¹³⁷³

İlaveten, Mahkemeye göre, HIV/AIDS hastası olan kişiler gibi savunmasız grupların ayrımcılığa karşı korunması gerekliliği söz konusu olduğunda devletlerin takdir marjının¹³⁷⁴ oldukça dar olduğunun kabul edilmesi gereklidir.¹³⁷⁵

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin önüne gelen uyuşmazlığın bir benzeri de ülkemizde bireysel başvuru yoluyla Anayasa Mahkemesine taşınmıştır. Dava konusu olayda, plastik boru ve profil imalatında çalışan bir işçi HIV(+) olmasından dolayı önce işten uzaklaştırıldığını ve ayrımcılığa uğradığını, sonrasında da iş akdinin haksız şekilde feshedildiğini ileri sürmüştür. İlk derece mahkemesi her ne kadar işçinin ayrımcılığa uğradığı yönünde karar verse de, Yüksek Mahkeme, işçinin kesici ve delici aletler kullanılması

¹³⁷² AİHM, *I.B v. Greece*, Başvuru No: 552/10, 03.10.2013, (www.hudoc.echr.coe.int).

¹³⁷³ **Pärli**, 381.

¹³⁷⁴ Takdir marjı doktrini, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihatlarıyla ortaya çıkmıştır. En genel anlamıyla takdir marjı, Sözleşme hükümlerinin uygulanmasında veya yorumlanmasında devletlere tanınan değerlendirme serbestisidir. Takdir marjı doktrini hakkında detaylı bilgi için bkz. **Doğru**, 9- 18.

¹³⁷⁵ **Pärli**, 381-382.

nedeniyle diğer işçilerin sağlığı açısından sakınca doğurduğunu, işverenin diğer çalışanları koruma saikiyle hareket ettiğini ve dolayısıyla ayrımcılık yapmadığına karar vererek ilk derece mahkememesinin kararını bozmuştur.

Anayasa Mahkemesine göre, işverenin işyeri düzenini ve diğer işçileri korumaktaki menfaatiyle sözleşmenin zayıf ve HIV (+) olması nedeniyle toplumun savunmasız tarafında yer alan işçinin menfaatleri arasında adil bir dengenin sağlanması gereklidir. Uyuşmazlık konusu olayda ise Mahkeme, işverenin, işçinin elinde sağlık durumunun çalışmasına engel oluşturmayacağına ilişkin üniversite hastanesinin raporları olmasına karşın, işçinin işyerinde farklı bir pozisyonda çalışma imkanının olup olmadığının araştırmaksızın işçiye işten uzaklaştırmasını eşitlik ilkesine ve özel yaşama saygı hakkına aykırı bulmuştur.¹³⁷⁶

İşveren, işçinin sağlık durumuna ilişkin testlerin yanı sıra işçinin işe yatkınlığını, yeteneklerini, dünya görüşü ve yargılarını, yaklaşım biçimlerini öğrenmek amacıyla işçilere *kişilik-psikolojik testler* uygulamak isteyebilir. Uluslararası Çalışma Örgütü'nün Çalışanların Kişisel Verilerinin Korunması Hakkında Uygulama Koduna göre, bu testler kod içinde öngörülen kurallara uygun olmalı ve işçinin bu testleri reddetme hakkı olmalıdır (m. 6.11). Ayrıca, test öncesinde ve sonrasında işçi, test hakkında detaylı bir biçimde bilgilendirilmelidir.

Kişilik ve psikolojik testler de, işçinin özel yaşamına müdahale niteliği taşıdığı için mutlaka işçinin rızasıyla yapılmalıdır. Dolayısıyla, işveren, bu testleri olması yönünde işçilere

¹³⁷⁶ AYM, *T.A.A Kararı*, Başvuru No: 2014/19081, RG. 10.03.2017, 30003. Alman Federal İş Mahkemesinin önüne gelen bir uyuşmazlıkta ise, işçi, kanser hastalarına ilaç üreten bir firmada tekniker olarak çalışmaktadır. İşçi üretilen ilaçların kalite kontrolünden sorumlu olup “temiz oda” olarak adlandırılan alanda çalışmaktadır. İşçi, daha sonra işyeri hekimine halihazırda belirti göstermeyen HIV hastası olduğunu bildirmiştir. İşyeri hekimi, işçinin temiz odada çalışmasından ötürü bulaş riskinin olabileceğinden hareketle durumu işverene bildirmiş ve bunun sonucunda işçinin iş akdi feshedilmiştir. İşçi feshin haksız olduğundan hareketle işveren aleyhine dava açmıştır. Federal İş Mahkemesi, olayda, belirti göstermeyen HIV hastalarının Genel Eşit Davranma Kanunu (AGG) anlamında engelli sayılıp sayılamayacağını tartışmıştır. Yüksek Mahkemeye göre, belirti göstermeyen HIV hastaları da yaşam boyu ilaç tedavisi gören ve sosyal yaşamları belli oranda kısıtlanan kronik hastalardır. Ayrıca Mahkeme, sosyal yaşamdaki önyargıların ve damgalamaların kişinin sosyal yaşama diğer kişiler gibi dahil olmasını kısıtladığını belirtmektedir. Dolayısıyla bu kişilerin de Yasa kapsamında engelli sayılmaları gerekmektedir. Karar metnin tamamı için bkz. BAG, 19.12.2013- 6 AZR 190/12, (www.beck-online.beck.de).

talimat veremez. Ayrıca, bu testler yapılacaksa dahi TBK m. 419 ve ölçölülük ilkesi gereği sadece işçinin işe yatkınlığını ölçmek amacıyla, sınırlı biçimde kullanılmalıdır. İşveren, test sonucunda çıkan verileri de kimseyle paylaşmamalıdır.

Örneğin, büyük bir şirkette, verdiği kararlarla, şirketin ekonomik menfaatlerini zedeleyebilecek kadar önemli olan kritik bir pozisyona getirilmesi düşünülen işçiye, baskı ve stres altında soğukkanlılığını koruyarak doğru kararlar alıp alamayacağını, bu pozisyon için yeterli niteliklere sahip olup olmadığının anlaşılması amacıyla, kişilik-psikolojik testler uygulanmak istenebilir. İşveren, ekonomik menfaatinin olduğu bu durumda dahi, testleri ancak işçinin rızasıyla yapılabilir. Ancak, kanımızca, işverenin her pozisyondaki işçi için bu testleri uygulamak istemesi ölçölülük ilkesiyle bağdaşmayacaktır.

Öte yandan, bu testlerin yanıltıcı olma ihtimali de her zaman göz önünde bulundurulmalıdır.¹³⁷⁷

Bazı durumlarda da işyerinde grafoloji (kişinin el yazısından karakterini belirleme yöntemi) veya dürüstlük testlerinin kullanılması gündeme gelebilir. Ancak, bu testler, Uluslararası Çalışma Örgütü'nün Çalışanların Kişisel Verilerinin Korunması Hakkında Uygulama Koduna göre, kesinlikle kullanılmamalıdır (m. 6.10).

Hukukumuzda bu testleri açıkça yasaklayan bir düzenleme olmamasına karşın, testlerin, işçinin kişilik haklarına, onuruna ve özel yaşamına haksız bir müdahale oluşturması, güvenilirliğinin olmaması ve ölçölülük ilkesiyle bağdaşmaması nedeniyle hukuka aykırı kabul edilmesi gerekmektedir.¹³⁷⁸

Üzerinde durmak istediğimiz bir diğer konu ise, işverenin, işçilere *aşı olmaları* yönünde talimat verme hakkına sahip olup olmadığına ilişkindir. Bilindiği üzere, yeni tip Koronavirüs (SARS-CoV-2) 2019 yılının son aylarında Çin'in Vuhan Eyaletinde tespit edilmiş ve tüm dünyaya çok hızlı bir şekilde yayılmıştır. Yeni tip Koronavirüs (Covid-19)

¹³⁷⁷ Aydın, İşçinin Kişilik Hakları, 196.

¹³⁷⁸ Benzer yönde Sevimli, Müdahalenin Sınırları, 196; Uncular, 93-94.

solunum yolu enfeksiyonuna neden olan ve ölümcül sonuçlara yol açabilen bir virüstür. Dünya Sağlık Örgütü (DSÖ), 11 Mart 2020 tarihinde Covid-19'u “*pandemi*” olarak ilan etmiştir. Hastalık insandan insana çok hızlı bir şekilde ve esasen öksürme, hapşırma gibi damlacık ve temas yoluyla bulaşmaktadır.¹³⁷⁹

Covid-19 önlemleri çerçevesinde gerek dünyada gerek ülkemizde *yeni normal* olarak adlandırılan *kontrollü sosyal yaşama* geçilmiştir. Bu anlamda “*maske-mesafe-temizlik*” hastalıktan korunma yöntemi olarak ilan edilmiştir. Hastalığı iyileştiren bilinen bir ilaç halihazırda bulunmadığı için dünyada aşı çalışmaları başlamış ve 2021 yılında çeşitli firmalar tarafından aşılar piyasaya sürülmüştür. Aşılamanın temel amacı, bulaşıcı hastalığa karşı toplum bağışıklığının sağlanmasıdır. Aşıların bilimsel verilere dayalı koruyuculuğu şüphesiz ki tezimizin ve bilgimizin çok dışındadır. Ancak, aşının etkinliğine yönelik kamuoyuyla paylaşılan bilgiler ışığında pek çok ülke gibi Türkiye’de de Sağlık Bakanlığı’nın kontrolünde aşılama çalışmaları başlamıştır. İlk etapta en riskli grupta olan sağlık çalışanları ve 85 yaş üstü vatandaşlar aşı olmaya başlamış ve aşılama programı zaman içinde tüm yaş gruplarına açılmıştır.

Sağlık alanında yaşanan bu gelişmeler şüphesiz ki çeşitli hukuki tartışmaları da beraberinde getirmiştir. Bu tartışmaların başında “*zorunlu aşı*” uygulamasının mümkün olup olmadığı gelmektedir. Biz bu soruya işverenin, işçilere aşı olmaları yönünde talimat verip veremeyeceği bağlamında cevap arayacağız.

Özellikle son yıllarda dünyada ve ülkemizde aşı karşıtlığı çok yaygın bir hal almaya başlamıştır. Aşı karşıtlığının altında yatan nedenlerin başında, aşılarla ilişki tereddütler, dini ve felsefi inanışlar, önyargılar ve güvensizlikler gelmektedir. Örneğin, Türkiye’de, 2017 yılında 23.000 aile çocuğuna aşı yaptırmayı reddetmiştir. Dünya Sağlık Örgütü, 2019 yılında, aşı

¹³⁷⁹ T.C. Sağlık Bakanlığı Covid- 19 Bilgilendirme Sayfası, <https://covid19.saglik.gov.tr>.

karşıtlığını, küresel düzeyde çözüme kavuşturulması gereken on sağlık meselesinden biri olarak ilan etmiştir.¹³⁸⁰

Kişilere aşı yapılmasına yönelik düzenlemeler, Anayasanın 17. maddesi bağlamında kişi dokunulmazlığı¹³⁸¹ ve 20. maddesi anlamında, özel yaşama saygı hakkı kapsamında ele alınmalıdır. Benzer şekilde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine göre de fiziksel ve ruhsal bütünlük, Sözleşmenin 8. maddesinde düzenlenen özel yaşam kavramı içinde yer almaktadır. Mahkemeye göre, fiziksel bütünlük özel yaşamın en mahrem ve en katı şekilde korunması gereken yönünü oluşturmaktadır. Bu doğrultuda zorunlu tıbbi müdahaleler (ne kadar küçük ve önemsiz olursa olsun) özel yaşama saygı hakkını ihlal etmektedir. Ayrıca, zorunlu aşı uygulamaları ve gönüllülük esasına dayanmayan tıbbi tedaviler, Sözleşmenin 8. maddesine aykırıdır.¹³⁸²

Dolayısıyla, aşı, kanuni bir düzenleme veya tıbbi bir zorunluluk dışında ancak kişinin rızasıyla yapılabilir. Buna karşın, zorunlu aşı uygulamasına yönelik bir uyuşmazlık, 2015 yılında bireysel başvuru yoluyla Anayasa Mahkemesinin önüne gelmiştir.¹³⁸³ Olayda, velayet altında bulunan bir çocuğun bebeklik dönemi aşılarının yapılması ebeveynlerince reddedilmiş, bunun üzerine Mahkeme sağlık tedbirleri uygulanmasına karar vermiştir. Aile, Mahkemenin kararının, maddi ve manevi varlığı geliştirme hakkının ihlali sonucunu doğurduğunu iddia etmiştir.

Anayasa Mahkemesi, ailenin onayı olmadan çocuğa zorunlu biçimde sağlık tedbirleri uygulanmasını, kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkına haksız bir müdahale

¹³⁸⁰ Çöl, 1.

¹³⁸¹ Anayasanın 17. maddesinin 2. fıkrasına göre, “Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz.”

¹³⁸² Örneğin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Solomakhin/Ukrayna* kararında, aşı uygulaması sonrası sağlığının olumsuz yönde etkilendiğini savunan başvurunun iddialarını özel yaşama saygı hakkı kapsamında irdelemiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, kararında, başvurunun zorunlu bir aşı uygulamasına tabii olup olmadığını incelemiş ve başvurunun kendi rızasıyla aşı yaptırdığını ve yapılan aşıyla sağlık durumu arasında bir bağlantı bulunmadığını belirterek ihlal kararı vermemiştir. Karar metnin tamamı için bkz. AİHM, *Solomakhin v. Ukraine*, Başvuru No: 24429/03, 24.09.2012, (www.hudoc.echr.coe.int).

¹³⁸³ AYM, *Halime Sare Aysal Başvurusu*, Başvuru No: 2013/1789, 11.11.2015, RG. 24.12.2015, 29572.

olarak nitelendirmiştir.¹³⁸⁴ Yüksek Mahkemeye göre, zorunlu aşı uygulamasına yönelik mevzuatta açık bir düzenleme yer almamaktadır. O halde, açık yasal bir düzenleme olmaksızın, mahkeme kararıyla, çocuğa aşı uygulanması kişilik hakkının ihlali sonucunu doğurmaktadır.¹³⁸⁵

Yaptığımız bu açıklamalardan sonra, işverenin, işçilere aşı yaptırmaları yönünde talimat verip veremeyeceğini irdelememiz gereklidir. Öncelikle, ülkemizde halihazırda zorunlu Covid-19 aşısı olunmasına yönelik kanuni bir düzenleme bulunmamaktadır. Ayrıca, bu aşı, Anayasanın 17. maddesinin 2. fıkrasında yer alan, “*tıbbi zorunluluk*” kavramıyla da tam olarak bağdaşmamaktadır. Zira, “*tıbbi zorunluluktan*” kastın ne olduğu 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunun¹³⁸⁶ 70. maddesi ve Hasta Hakları Yönetmeliği’nin¹³⁸⁷ 24. maddesinin 7. fıkrasında açıklanmaktadır.

Buna göre, hastanın rızasının alınamadığı ve fakat hayati tehlikesinin bulunmuş ve bilincinin kapalı olduğu acil durumlar ile hastanın bir organının kaybına veya fonksiyonunu yerine getiremez hale gelmesine yol açacak durumlarda tıbbi zorunluluk söz konusu olmaktadır.

¹³⁸⁴ Karara göre, “*Somut başvuru açısından, ebeveyni tarafından bebeklik dönemi aşılarının uygulanmasına muvafakat edilmeyen başvurucu hakkında, bebeklik dönemi aşılarının yapılması hususunda zorunlu sağlık tedbiri uygulanmasının, başvurunun maddi ve manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkına bir müdahale oluşturduğu açıktır. Zorunlu aşı uygulamalarının Sözleşmenin 8. maddesi kapsamında AİHM içtihadına da konu edildiği ve Mahkemece, uygulanan tıbbi müdahalenin boyutuna bakılmaksızın söz konusu müdahalenin fiziksel bütünlük hakkına bir müdahale teşkil ettiği tespitine yer verildiği görülmektedir. Tıbbi müdahalelere ilişkin gerek ulusal gerek uluslararası alandaki mevzuat hükümleri rıza unsurunu temel şart olarak öngörmekte, velayet veya vesayet altındaki küçük yaştaki çocuklara veya kısıtlılara uygulanacak müdahaleler açısından da kanuni temsilcilerin rızası söz konusu tıbbi muamele sujesinin rızası yerine ikame edilmekte ve rıza şartına istisna getirilebilecek hâller genel olarak acil durumlar bağlamında tıbbi zorunluluk hâlleri ile kanunda belirtilen durumlarla sınırlandırılmaktadır.*” AYM, Halime Sare Aysal Başvurusu, Başvuru No: 2013/1789, p.53-55.

¹³⁸⁵ Kararın değerlendirmesi ve zorunlu aşı uygulamasının mutlaka kanuna dayanması gerektiği ve bu bağlamda yönetmelik, genelge ve hatta cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle de zorunlu aşı uygulamasının getirilemeyeceği görüşü için bkz. **Yılmaz**, Yargı Kararlarında Çocuk Adaleti: Danıştay Kararları, TBB TV, 11.12.2020 tarihli yayın, (1:37:10 itibarıyla).

¹³⁸⁶ RG. 14.04.1928, 863.

¹³⁸⁷ RG. 01.08.1998, 23420.

Oysa, Covid-19 aşısı toplum bağışıklığının kazanılması ve bulaş oranın azaltılmasına yöneliktir. Burada Kanunun ve Yönetmeliğin aradığı anlamda bir tıbbi zorunluluk bulunmamaktadır. Dolayısıyla, Covid-19 aşısının, işçinin rızası veya kanuni bir düzenleme olmadıkça kendisine dayatılamayacağı söylenebilir. Benzer şekilde, işçinin aşı olması gibi bir zorunluluk sadakat borcundan da çıkarılamaz.

İşveren, işçilere aşı olmaları yönünde açık bir talimat vermeyip bazı davranışlarıyla (örneğin, aşı olmayanların işe gelmemesi ya da işe çağrılmaması gibi) onları aşı olmaya zorlayabilir. Zira, yeni normalde, Covid-19, işverenin, iş sağlığı ve güvenliğini sağlama borcu kapsamında, yapmakla yükümlü olduğu risk değerlendirmesinin de önemli bir parçası olmuştur.¹³⁸⁸ İşveren, Covid-19'a karşı iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini eksiksiz almakla yükümlüdür. Bu bağlamda, işveren, işyerinde iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almak ve diğer işçilerin sağlığını da korumak için işçilere aşı olmaları yönünde talimat vermek isteyebilir.

Özellikle bazı sektörlerde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması açısından aşı oldukça büyük önem arz edebilir. Örneğin, hastaneler, dişçi muayenehaneleri, laboratuvarlar gibi sağlık sektöründe veya restoran, kafe, otel, hasta ve yaşlı bakımevleri gibi hizmet sektöründe gerek işçilerin gerek üçüncü kişilerin ve toplumun sağlığı açısından, işverenin, işçilerden aşı olunmasını talep etmesi, makul ve meşru bir nedene dayanmaktadır. Ancak, bu durumda dahi kanımızca, işveren, işçilere aşı olmaları veya farklı aşılar arasından hangisini tercih etmeleri gerektiği yönünde bağlayıcı bir talimat veremez.

¹³⁸⁸ Kişisel Verileri Koruma Kurumu, 27 Mart 2020 tarihinde, “Covid-19 ile Mücadele Sürecinde Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Kapsamında Bilinmesi Gerekenler” başlıklı bir Kamuoyu Duyurusu yayınlamıştır. İşçinin sağlık verileri özel nitelikli kişisel veriler arasında yer almaktadır. Dolayısıyla, salgın sürecinde de kişisel verilerin Kanunun 6. maddesinde belirtilen şartlara göre işlenmesi gerekmektedir. Duyuruya göre, işveren, vakalar hakkında işçileri bilgilendirmelidir. Bilgilendirme yapılırken zorunlu olmadıkça işçilerin isimlerinin verilmemesi gerekmektedir. Ancak, koruyucu tedbirlerin alınması amacıyla virüsün bulaştığı işçilerin isimlerinin açıklanması zorunluysa, ilgili çalışanların bu hususta önceden bilgilendirilmesinde fayda bulunmaktadır. Bu konuda bkz. (<https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6721/KAMUOYU-DUYURUSU-Covid-19-ile-Mucadele>).

Aşı olmayan işçiler, sağlık kurallarına (maske-mesafe-hijyen) uygun şekilde iş görme borçlarını yerine getirmeyi teklif etmelerine rağmen; işveren, aşı olmayan işçileri çalıştırmazsa, kanımızca, işveren temerrüdü gündeme gelebilir ve işveren, işçilere çalışmadıkları halde ücretlerini ödemek zorunda kalabilir.

Koronavirüs pandemisiyle, yeni normal yaşantımızın artık bir parçası haline gelen *PCR testlerinin*¹³⁸⁹, işverenin talimatıyla yapılıp yapılamayacağı meselesinin de irdelenmesi gerekmektedir. PCR testi, koronavirüs tespitinde kullanılan yegane araçlardan birisidir. Yakın bir gelecekte, işyerlerinde PCR testi zorunluluğu tartışmalarının yaşanması ise oldukça mümkün görünmektedir. Öyle ki, böyle bir zorunluluk, 4 Nisan 2021 tarihinde, Almanya’da sağlık kurulu zirvesinde alınan bir kararla, işverenler için zorunlu hale getirilmiştir.¹³⁹⁰

Alınan yeni karara göre, işverenler, haftada iki kez, işçilere, PCR testi yapmayı teklif etmekle yükümlü hale getirilmişlerdir. Ancak, burada sadece, işverenler için bir teklif zorunluluğu öngörülmüştür. Diğer bir anlatımla, işverenler -uzaktan çalışan işçiler hariç- haftada iki kez işçilere test yapmayı teklif etmek zorundadır. Buna karşılık, işçiler açısından testi kabul etme zorunluluğu bulunmamaktadır. PCR testine ilişkin mali yükümlülük ise tamamen işverenin üzerindedir.

PCR testleri sayesinde, hasta kişiler tespit edilmekte ve bulaşın yayılması durdurulmaya çalışılmaktadır. Bu testler -güvenilirlikleri konusunda şüpheli olsa da- özellikle, semptom göstermeyen kişilerin belirlenmesinde büyük yarar sağlamaktadır. PCR testleri, kişinin ağız ve burnundan alınan sıvı örnekleriyle gerçekleştirilmektedir. Dolayısıyla, bu testler de, işçilerin vücut bütünlüğüne bir müdahale niteliği taşımaktadır. İlaveten, bu testler sonucunda ulaşılan veriler, işçinin özel nitelikli/hassas kişisel verileri kapsamındadır.

Bu nedenle, PCR testleri de, işçinin sadece rızasıyla yapılabilir. İşveren, vereceği talimatlarla, işçiyi PCR testi olmaya zorlayamaz. Bununla birlikte, işverenin, işyerinde

¹³⁸⁹ PCR: Polimeraz zincirleme tepkimesi anlamına gelmektedir.

¹³⁹⁰ Wernecke, 1.

çalıştırdığı işçilere, PCR testi yaptırmak istemesinde makul bir yararının olduğu da aşıkardır. Bu durum özellikle, hizmet sektöründe çalışan garson, aşçı, vale, kurye veya müşteri temsilcileri gibi sürekli insanla temas halinde olan meslek gruplarında gündeme gelmektedir.

Benzer şekilde, seri üretimin yapıldığı ve işçilerin kapalı bir ortamda, yan yana çalışmak zorunda oldukları fabrika ve atölyelerde de bulaş riski oldukça yüksektir. Bu gibi durumlarda, işverenin haklı menfaatleriyle işçinin temel hakları arasında ciddi bir çatışma yaşanacaktır.

İşveren, böyle bir durumda, semptom gösteren veya bir şüpheliyle temas halinde olduğunu bildiği işçilere, PCR testi yapılması konusunda ısrarcı olabilir. Bu gibi durumlarda, işverenin, PCR testi yapılması yönündeki önerisini haklı bir gerekçesi olmadan reddeden işçinin, iş akdinin olayın özelliklerine göre geçerli nedenle feshedebileceği bizce kabul edilmelidir.

Bu bağlamda, Bavyera Eyalet İdare Mahkemesinin, Mart 2021 tarihinde önüne gelen bir uyuşmazlık üzerinde kısaca durmak istiyoruz. Bavyera Enfeksiyon Koruma Yönetmeliğine göre, huzurevlerinde çalışan kişilerin haftada üç kez PCR testi yaptırması zorunluluğu öngörülmüştür. Mahkeme, bu hükmü yorumlarken, öncelikle, test için mutlaka ciddi ve belirgin bir enfeksiyon şüphesinin olmasının gerekli olduğunu; ancak bu durumun dahi genel bir kural olarak kabul edilmesinin mümkün olmadığını belirterek, düzenlemeyi askıya almıştır.¹³⁹¹

İşveren, bulaş riskini önlemek amacıyla, öncelikle, yapacağı risk değerlendirmesiyle, risk analizlerini oluşturmalı, işyerinde belli sayıda işçi çalıştırıp çalıştıramayacağını tartmalı ve işyerinde sosyal mesafe ve temizlik kuralları gibi önlemlere titizlikle uyulmasını sağlamalıdır. Diğer bir anlatımla, işveren, daha az müdahaleci yöntemleri tercih etmelidir.

¹³⁹¹ BayVGH, 02.03.2021- AZ. 20 NE 21.353, (www.vgh.bayern.de).

**ff. İşverenin İşçinin İşyerinde Tütün, Alkol ve
Uyuşturucu Madde Kullanımına, İşyerinde Müzik
Dinlemesine, İşyerine Ev Hayvanı Getirmesine ve
İşçilerin Birbirleriyle İlişkilerine Dair Talimatları**

İşveren, işçilerin işyerindeki davranışlarına ilişkin hususlarda talimat verme hakkına sahiptir. Zira, işveren işyeri düzeninin sağlanmasından da sorumlu bir kişi olduğu için, bu düzeni tesis etmeye yönelik çeşitli kararlar alabilir. İşçi-işveren ilişkisinde karşılaşılabilecek sayısız konunun her zaman önceden toplu iş sözleşmesi, iş sözleşmesi veya işyeri iç yönetmelikleriyle düzenlenmesi mümkün değildir. İşveren, sayısız ihtimalin yaşanabileceği iş ilişkisinde, bu ilişkinin hukuka uygun, barışçıl ve huzur içinde devam edebilmesi ve en önemlisi, işyeri düzenini kurabilmesi için talimat verme hakkını kullanmaktadır. Şüphesiz ki, işverenin vereceği bu talimatlar hukuka uygun olmak zorundadır. İşveren, işçileri zor durumda bırakmak amacıyla talimat verme hakkını dürüstlük kurallarına aykırı şekilde kullanamaz.

İşverenin, işyeri düzenini sağlamak amacıyla verdiği talimatların başında, işçilerin işyerinde tütün, alkol, uyuşturucu madde kullanmalarına, işyerinde müzik dinlemelerine, işyerine ev ve süs hayvanı getirmelerine, işyerinin ortak alanlarını kullanmalarına ve birbirleriyle olan ilişkilerine yönelik talimatları gelmektedir.

Öncelikle, sigara içmek veya içmemek (tütün ürünü kullanmak) kişinin özgürlük alanı içindedir.¹³⁹² Ancak, özgürlük, 1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesinde ifadesini bulan “Özgürlük, başkasına zarar vermeyecek her şeyi yapabilmektir.” önermesi bağlamında değerlendirilmelidir. Yani, kişinin özgürlüğü, başkalarının özgürlüğüne müdahale edilmesi

¹³⁹² Gerçekten de, doktrinde *Gözler*, sigara içme veya içmeme özgürlüğünün, Anayasadaki isimsiz özgürlüklerden biri olduğunu ve dolayısıyla, Anayasanın 17. maddesi bağlamında değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Bu yönde bkz. *Gözler*, Sigara İçme Özgürlüğü, 37. Benzer yönde *Okur*, Sigara İçme Özgürlüğü, 10-11.

durumunda sınırlandırılmaktadır.¹³⁹³ Bu durumun en çarpıcı ve gündelik hayatta sıkça karşılaşılan örneklerinden birini, şüphesiz ki sigara içme veya içmeme özgürlüğü oluşturmaktadır. Zira, sigara içmek kadar içmemek de özgürlüktür.

Burada sigara içilmesini hukuki bir çatışma haline getiren olgu, sigara içenlerle sigara içmeyip sigara dumanına maruz kalan pasif içicilerden hangisinin özgürlüğünün sınırlandırılmasına karar verileceğidir.

Öncelikle, kapalı alanlarda tütün ürünü kullanımına dair düzenlemeler, 4207 sayılı Tütün Ürünlerinin Zararlarının Önlenmesi ve Kontrolü Hakkında Kanunda¹³⁹⁴ hüküm altına alınmıştır. Kanunun 2. maddesine göre, kamu ve özel hukuk kişilerine ait binaların kapalı alanlarında tütün ürünü¹³⁹⁵ kullanılması yasaktır. Bu yasak, işyerleri ve işletmeler için de geçerlidir.¹³⁹⁶ Dolayısıyla, işçilerin, işyerlerinin/işletmenin kapalı alanlarında sigara (tütün ürünü) kullanması yasaktır. İşveren, bu yasağa uyulup uyulmadığını denetlemek ve eğer uyulmuyorsa, yaptırım uygulamakla yükümlüdür. Nitekim, kapalı alanlarda sigara içenlerle sigara içmeyip, sigara dumanına maruz kalan pasif içicilerin bir arada bulunması, iş sağlığı ve güvenliği meselesi kapsamında değerlendirilmektedir. İşveren, sigara içmeyen işçileri, sigara dumanının zararlarına karşı korumakla yükümlüdür.¹³⁹⁷

¹³⁹³ **Gözler**, Sigara İçme Özgürlüğü, 39.

¹³⁹⁴ RG. 19.10.2008, 26761.

¹³⁹⁵ Türk Hukuku açısından, elektronik sigara (e-sigara) kullanımı da tütün malulleri kullanımı yasağı kapsamında olup, kapalı yerlerde ve dolayısıyla işyerinde e-sigara içilmesi yasaktır. Alman hukukunda, İşyeri Düzeni Hakkında Yönetmelik (Arbeitsstättenverordnung- ArbStättV) § 5'in, sadece sigara dumanı emisyonuna karşı düzenleme getirdiği ve bu nedenle, anılan Yönetmeliğin e-sigara kullanımına dair bir koruma sağlamadığı ifade edilmektedir. Alman hukukunda, işyerinde e-sigara kullanımı konusunda detaylı bilgi için bkz. **Kock**, Rn. 198; **Steinau-Steinrück/Kuntzsch**, Rn. 370. Bu yöndeki Yüksek İdare Mahkemesi kararı için bkz. OVG Münster, 4.11.2014- 4 A 775/14, (www.beck-online.beck.de).

¹³⁹⁶ İşveren, kapalı alanlarda sigara içme yasağına uymayan işçiler hakkında disiplin işlemlerini başlatabileceği gibi, olayın özelliklerine göre bu talimatı yerine getirmeyen işçilerin iş akitlerini de geçerli nedenle feshedebilir. Bu konuda ayrıca bkz. Y9HD, 21.03.2006, E. 2006/4640, K. 2006/7155, **Kılıçoğlu/Şenocak**, Sigara İçme yasağı, 198. Y9HD, 20.10.2014, E. 2012/38904, K. 2014/30214, KİBB.

¹³⁹⁷ **Kılıçoğlu/Şenocak**, Sigara İçme Yasağı, 197; **Okur**, Sigara İçme Özgürlüğü, 8-9. Alman hukukunda da işyerinde sigara içilmesi BGB § 618 ve ArbStättV § 5 bağlamında, işçinin sağlığının korunması kapsamında ele alınmaktadır. Bu düzenlemeye göre, işveren, işyerinde sigara içmeyen işçileri sigara dumanının zararlarına karşı korumakla yükümlüdür. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. **Kock**, Rn. 198-200. İşyerindeki sigara içmeyen

Kapalı alanlarda sigara içilmesi, 4207 sayılı Yasayla yasaklandığı için işçiler, işverenden, işyerinde sigara odası kurulmasına yönelik taleplerde de bulunamazlar. Bu durumun istisnası ise yine Kanunda düzenlenmiştir. Anılan düzenlemeye göre, “a) Yaşlı bakım evlerinde, ruh ve sinir hastalıkları hastanelerinde, cezaevlerinde, b)Şehirlerarası veya uluslararası güzergahlarda yolcu taşıyan denizyolu araçlarının güvertelerinde, tütün ürünleri tüketilmesine mahsus alanlar oluşturulabilir. Bu alanlara on sekiz yaşını doldurmamış kişiler giremez.” Bununla birlikte, işverenin açık alanlarda işçilerin sigara içmesini yasaklayıp yasaklayamayacağının belirlenmesi gereklidir.

İşyerinin açık alanlarında sigara içilmesinin yasaklanabilmesi için öncelikle bu yasağın, mevzuat, toplu iş sözleşmesi ya da iş sözleşmesinde düzenlenmesi gereklidir. Eğer, işveren, bu yönde bir düzenleme yapmadıysa, yönetim hakkına dayanarak vereceği talimatlarla işyerinin açık alanlarında sigara içilmesine/içilmemesine dair kurallar koyabilir.¹³⁹⁸

İşyerinin açık alanlarında sigara içilmesine/içilmemesine dair düzenlemeler de işyeri düzenin bir parçasını oluşturmaktadır.¹³⁹⁹ Dolayısıyla, işveren, işyeri düzenini ilgilendiren konularda talimat verme hakkına sahip olduğu için, bu konuda da gerekli düzenlemeleri yapabilir. Ancak, burada dikkat edilmesi gereken husus, işverenin, açık alanlarda¹⁴⁰⁰ sigara içilmesine/içilmemesine dair vereceği talimatların ölçülülük ilkesiyle bağdaşması ve bu anlamda çatışan hak ve menfaatler arasında pratik uyum ilkesine göre makul dengeye ulaşılmasıdır.

işçilerin sigara dumanından korunmasının gerekli ve öncelikli olduğu yönündeki karar için bkz. BAG, 10.5.2016- 9 AZR 347/15, (www.beck-online.beck.de).

¹³⁹⁸ **Taşkent**, Yönetim Hakkı, 94; **Çelik/Caniklioglu/Canbolat**, 316; **Okur**, Sigara İçme Özgürlüğü, 16; **Aydın**, İşçinin Kişilik Hakları, 116-117. Alman hukukunda, işyerinde sigara içilmesin/içilmemesine ilişkin verilecek kararda BetrVG § 87/1-1’e göre işyeri kurulunun da katılımıyla karar alınmalıdır. Bu yönde bkz. **Kock**, Rn. 201.

¹³⁹⁹ **Kock**, Rn. 201; **Wellenhofer-Klein**, Rn. 160.

¹⁴⁰⁰ Bununla birlikte, 4207 sayılı Kanununa göre, okul öncesi eğitim kurumlarının, dershaneler, özel eğitim ve öğretim kurumları dahil olmak üzere ilk ve orta öğrenim kurumlarının, kültür ve sosyal hizmet binalarının kapalı ve açık alanlarında tütün ürünlerinin kullanması yasaktır. (m. 2/1-ç).

Genellikle, yapılan işin tehlike arz ettiği işyerlerinde, işveren, işyerinin açık alanlarında sigara içilmesini yasaklamaktadır. Özellikle, işveren, yangın ve patlama tehlikesi olan işyerlerinin açık alanlarında sigara içilmesini yasaklamaktadır. İşverenin, böyle bir yasak getirmesinin altında, işyerinde iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini alarak, işçileri patlama veya yangın riskine karşı korumak yatmaktadır. Dolayısıyla, işverenin, işyerinin açık alanlarında sigara içilmemesine yönelik vereceği talimatlar haklı ve makul bir nedene dayandığından işçinin kişilik haklarını ihlal etmez.¹⁴⁰¹ İşçi bu yöndeki talimatlara uymakla yükümlü olup, işyeri güvenliğini tehlikeye atmamalıdır.

Gerçekten de, Yargıtayın önüne gelen uyuşmazlıklarda, yangın ve patlama tehlikesi olan işyerlerinde işçilerin, sigara içmeleri nedeniyle iş sözleşmelerinin -herhangi bir zarar meydana gelmese dahi- haklı nedenle feshedilebileceğine hükmetmektedir.¹⁴⁰²

Buna karşın, iş sağlığı ve güvenliği açısından tehlike arz etmeyen işyerlerinde, işçilerin, açık alanlarda sigara içmesinin yasaklanmasının gerekliliğinden söz edilemez. Sigara içmek yukarıda da belirttiğimiz üzere, kişi özgürlüklerinden birini oluşturmaktadır. Bu özgürlük ancak haklı ve makul bir nedene dayanarak ve ölçülü olması şartıyla kısıtlanabilir.

¹⁴⁰¹ Örneğin, Çalışanların Patlayıcı Ortamların Tehlikelerinden Korunması Hakkında Yönetmeliğinde (RG. 30.04.2013, 28633) ve Yer altı ve Yer üstü Maden İşletmelerinde Sağlık ve Güvenlik Şartları Yönetmeliğinde (RG. 21.02.2004, 25380) tütün mamulleri taşımak veya içmek yasaklanmıştır. Detaylı bilgi için bkz. **Okur**, Sigara İçme Özgürlüğü, 16-20.

¹⁴⁰² “Dosya içeriğine göre, somut olay bakımından işverenin işyerinde sigara yasağına dair uyarıları tuvalet dahil işyerinin dört bir yanına uyarıcı yazı ve levhalar asmak suretiyle yerine getirdiği anlaşıldığı gibi kapalı mekanlarda sigara içmenin aynı zamanda bir yasa ihlali olduğu herkes tarafından bilinmektedir. Ayrıca işveren ile işçinin de üyesi olduğu işçi sendikası arasında yürürlükte bulunan toplu iş sözleşmesinin eki niteliğindeki iç yönetmeliğin 39. maddesinde, sigara içilmez işareti bulunan yerlerde sigara içmek, kibrit ve çakmak kullanmak, buralara sigara, ateş veya yanıcı ve parlayıcı madde ile girmek işten çıkarma sebebi olarak belirtilmiştir. Bu sebeple, mahkeme gerekçesinde belirtildiği üzere tek başına sigara içilen yerin tuvalet olması, tuvaletlerin fayanslarla kaplı oluşu gibi gerekçelere dayanılarak davacının işe iadesi yönünde hüküm kurulması hatalıdır. Üstelik iş sağlığı ve güvenliği uzmanı olan davalı tanığının beyanlarından da anlaşıldığı üzere, tuvaletin üretim alanlarına yakın mesafede bulunması ve etrafta bulunan maddelerin yanıcı nitelikte olması hususları göz önünde bulundurulduğunda sigara içilmesinin tüm işyeri ve iş güvenliği bakımından tehlike oluşturacağı kabul edilmelidir.” Y22HD, 10.05.2016, E. 2016/11845, K. 2016/14174, KİBB. Ayrıca bkz. Y9HD, 11.10.2010, E. 2009/27644, K. 2010/28421 ve kararın eleştirisi için bkz. **Ergin**, Sigara İçme Yasağı, 106-112. Yüksek Mahkemenin benzer yöndeki kararları için bkz. **Kılıçoğlu/Şenocak**, Sigara İçme Yasağı, 198-200; **Şahlanan**, Sigara İçme, 39-40.

Dolayısıyla, işverenin, yangın ve patlama gibi tehlike oluşturmeyen işyerlerinde, bu yönde bir yasak getirmesi kişilik hakkının ihlalini oluşturmaktadır.

Ancak, işverenin, sigara içen işçilere özgü özel bir düzenleme yapma yükümlülüğü olup olmadığı sorusu cevaplanmalıdır. Diğer bir deyişle, sigara kullanan işçiler, işverenden sigara içmeleri için özel bir zaman dilimini kendilerine tahsis etmesini isteyebilecek midir? Kanımızca, işverenin, böyle özel bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. İşçiler ara dinlenmesi süresi içinde sigara vb. ihtiyaçlarını giderebilirler. Yargıtaya göre de, *“İşçinin günlük iş süresi içinde kesintisiz olarak hiç ara vermeden çalışması beklenemez. Gün içinde işçinin yemek, çay, sigara gibi ihtiyaçlar sebebiyle ya da dinlenmek için belli bir zamana ihtiyacı vardır. İşçi, ara dinlenme saatinde tamamen serbesttir. Bu süreyi işyeri içinde ya da dışında geçirebilir. İşyerinde geçirmesi ve bu süre içinde çalışmaya devam etmesi durumunda ara dinlenmesi verilmemiş sayılır. Ancak işçi işyerinde kalsa bile, ara dinlenmesi süresini serbestçe kullanabilir, bu süre içinde çalışmaya zorlanamaz.”*¹⁴⁰³

Öte yandan, doktrinde, işyerinde verimin düşmesi veya ürün kalitesinin sigara dumanı nedeniyle bozulması ya da müşterilerle bire bir temasta bulunulması¹⁴⁰⁴ nedeniyle, işçilere, sigara içme yasağı getirilebileceği ve böyle bir yasağın hukuka uygun olduğu ifade edilmektedir. Özellikle, gıda maddeleri ve tekstil ürünleri gibi hasas ürünlerin üzerine sigara dumanının sinmesi, ürün kalitesini düşürme riskini taşımaktadır. Dolayısıyla, bu ve buna benzer ürünlerin hazırlanması veya taşınması sırasında işverenin, sigara içilmesini yasaklamasında üstün bir yararı olduğu açıktır.

Benzer şekilde, işçilerin, ara dinlemeler dışında da sık sık sigara içmek için dışarı çıkması, işyerinde verimin düşmesine yol açabilir. İşçilerin, yakın ilişki içinde olduğu

¹⁴⁰³ Y9HD, 07.10.2020, E. 2016/25534, K. 2020/11056, KİBB.

¹⁴⁰⁴ Wellenhofer-Klein, Rn. 160.

müşterilerle görüşmeleri esnasında sigara içmemesi, pasif içiciliğin önlenmesi bağlamında değerlendirilerek, tütün kullanımının yasaklanması hukuka uygun kabul edilmelidir.¹⁴⁰⁵

İşyerine *sarhoş veya uyuşturucu madde* kullanmış halde gelinmesi veya işyerinde alkol veya uyuşturucu madde kullanılması, İş Kanunu m. 25/II-(d) uyarınca, iş akdinin haklı nedenle feshi sonucu doğurur.¹⁴⁰⁶ Dolayısıyla, işverenin bu yönde bir talimat vermesine gerek kalmadan, sorun yasal düzenlemeyle çözülmüştür.¹⁴⁰⁷ Ancak, işyerinde yapılan özel kutlamalarda işveren, alkol tüketilmesine izin verdiğyse bu durum anılan sonucu doğurmayacaktır. Alkol veya uyuşturucu maddenin işyerinde kullanılması yasaktır. Uyuşturucu madde kullanımı ayrıca, Türk Ceza Kanununun 191. maddesine göre suç teşkil etmektedir.

Bu başlık altında üzerinde durmak istediğimiz bir diğer konu ise, işçinin, işyerinde *müzik/radyo dinlemesinin* işverenin talimatıyla yasaklanıp yasaklanamayacağına ilişkindir. İşyerinde çalışırken müzik/radyo dinlemek oldukça yaygındır. Pek çok işçi, çalışırken müzik dinlemektedir. Ancak, işyerinde müzik/radyo dinlemek de, işyeri düzenine ilişkin bir konudur ve işveren, işyeri düzenine ilişkin hususlarda talimat verme hakkına sahiptir. Acaba işveren,

¹⁴⁰⁵ **Taşkent**, Yönetim Hakkı, 96-97; **Sevimli**, Müdahalenin Sınırları, 229; **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, 316-317; **Arıcı**, 165.

¹⁴⁰⁶ Y9HD, 21.06.2010, E. 2008/29926, K. 2010/19573, Çalışma ve Toplum, 2011/1.

¹⁴⁰⁷ Ancak, Yargıtaya göre, işyerine alkollü olarak gelen işçinin davranışları işini normal ve gereği yine yerine getirmesini etkilemiyorsa, sırf işyeri dışında alkol alıp işe gelmesi fesih için yeterli bir neden oluşturmaz. Bu yönde bkz. Y9HD, 23.02.2004, E. 2003/13841, K. 2004/3064, **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, 643, dn. 2081. Öte yandan, işyerinde alkollü içki kullanılması, işçinin davranışlarını olumsuz yönde etkileyip etkilemediğine bakılmaksızın işverene fesih yetkisi verir. Alman Federal İş Mahkemesinin bir kararına göre ise, “*Ameliyat yapan bir cerrahın veya pilotun az miktarda alkollü olması bile sözleşmesel yükümlülüklerinin ihlali niteliğinde iken, bir inşaat işçinin -kaza geçirme riski olmaması durumunda- az miktarda alkollü olması ihlal sayılmayacaktır.*” Karar için bkz. BAG, 26.01.1995- 2 AZR 649/94, (www.beck-online.beck.de). 2017 yılında Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin önüne gelen bir uyuşmazlıkta, işveren, işçinin iş akdini müşterinin işyerinde ve mesai saatlerinde yemek yerken alkol aldığı gerekçesiyle haklı nedenle feshetmiştir. Yüksek Mahkeme, müşterinin işyerini, “*işyeri*” kavramı içinde görerek feshin haklı olduğu sonucuna varmıştır. Karar ve kararın isabetli eleştirisi için bkz. Y22HD, 20.12.2017, E. 2017/44370, K. 2017/30242, **Caniklioğlu**, Değerlendirme 2017, 321-323.

işçilerin, müzik/radyo dinlemelerini sınırlayabilir mi? Bu soru, yaşanan bir uyuşmazlık sonucu Alman Federal İş Mahkemesinin de önüne gelmiştir.¹⁴⁰⁸

Dava konusu olayda, işveren, yüz işçinin çalıştığı, haritacılık imalatına ilişkin bir yayınevinde, işçilerin çalışırken müzik/radyo dinlemesini verdiği bir talimatla yasaklamıştır. Yayınevinin harita çizimlerinin yapıldığı bölümde otuz beş işçi çalışmaktadır. Bu bölümde yaklaşık on üç yıldır çalışırken müzik veya çeşitli radyo programları dinlenmektedir. Ancak, yüksek dikkat ve odaklanma gereken zamanlarda radyo, işçiler tarafından kapatılmaktadır. İşyerinin diğer bölümlerinde ise müzik/radyo dinlenmemektedir.

1982 yılının başında işveren, işyerinde bir duyuru yayınlamıştır. Bu duyuruda şu ifadeler yer verilmiştir: “*Sevgili çalışanlar, tüm firmada eşit işlem borcuna uygun olması amacıyla ve sizlerden anlayış bekleyerek, çalışma süreleri içinde müzik/radyo dinlenmemesini rica ediyoruz.*” İşyeri kurulu, işverenin yayınladığı bu talimata derhal itiraz etmiştir. Bu itiraz üzerine, işveren yeniden, aynı ifadelerle çalışma süresi içinde müzik/radyo dinlenmemesi yönündeki ricasını yenilemiştir. Bunun üzerine, işyeri kurulu, radyo dinlenmesine yönelik getirilen yasağın hukuka aykırılığının tespiti için mahkemeye başvurmuştur.

Federal İş Mahkemesi öncelikle, işverenin duyuru metninde geçen “*rica ederim*” (*Bitte*) kelimesinin “*yasak*” (*Verbot*) anlamına gelip gelmediğini araştırmıştır. Mahkemeye göre, işverenin, işçilerden bir şeyi “*rica etmesi*” hem bağlayıcı olmayan bir öneri anlamına gelmekte hem de bağlayıcı bir talimat olarak anlaşılabilmektedir. Dolayısıyla, her somut olayda işverenin neyi kastettiğinin araştırılması gerekmektedir. Söz konusu uyuşmazlıkta ise, işverenin ricası hiçbir şüpheye yer vermeyecek şekilde açık ve net olarak talimat niteliği taşıdığından, bu sözlü beyanın aslında bağlayıcı bir talimat olduğu kabul edilmelidir.

Ayrıca, Mahkemeye göre, işyerinde müzik/radyo dinlenmesi, işyeri düzenini ilgilendiren bir konu olduğu için BetrVG § 87/1’e göre, işyeri kurulunun katılımı

¹⁴⁰⁸ BAG, 14.01.1986- 1 ABR 75/83, AP Nr. 10 zu § 87 BetrVG 1972, **Brunhöber**, 208-209.

gerekmektedir. Öte yandan, Federal İş Mahkemesi, işyerinde çalışma süresi içinde ve çalışırken müzik/radyo dinlenmesinin konsantrasyonu dağıtıp işin özensiz yapılması sonucunu doğurup doğurmayacağını araştırmıştır. Mahkemeye göre, işçinin çalışırken müzik/radyo dinlemesinin yaptığı iş üzerinde dikkat dağıtıcı bir etkisi yoktur. İlaveten, eğer işçi, iş görme edimini gereği gibi yerine getiremezse, iş görme borcuna aykırı davranmış olur ve bunun nedeni işçinin müzik/radyo dinlemesi olamaz. İşverenin, işçilere dikkatli ve özenli çalışmaları gerektiği konusunda talimat vermesine de gerek yoktur.

Bu nedenle, işveren, işçilere çalışırken müzik/radyo dinlenmemesi konusunda bağlayıcı bir talimat veremez. Öyle ki Mahkeme, bu durumu açıklamak için şu örneği vermiştir: *“Eğer işverenin, böyle bir konuda talimat verme hakkı olsaydı, işe yorgun gelen işçisine, işini özenli ve dikkatli şekilde yapabilmesi için, işe gelmeden önce erken yatması yönünde de talimat vermesi de gerekirdi.”*

Gerçekten de, işyerinde, çalışma süresi içinde müzik/radyo dinlemesi veya konuşmanın¹⁴⁰⁹ sınırlandırılmasında, işyerinde birlikte barış içinde yaşamının ve işbirliğinin sürmesinin (müşterek yaşamın) yani işyerindeki atmosferin (özellikle hastane, yaşlı bakım evi gibi yerlerde müzik sesinden ve yüksek sesle konuşmaktan etkilenen diğer kişilerin durumu gözetilerek), bu durumdan olumsuz yönde etkilenip etkilenmediğinin araştırılması gerekir. Diğer çalışanların bu durumdan rahatsız olup olmaması ve bu sınırlandırmaya gitmeden önce daha hafif araçlarla amaca ulaşılmasının mümkün olup olmadığı (örneğin, müziğin sesinin kısılması, kulaklıkla müzik dinlenmesi gibi) irdelenmelidir. Ayrıca, bu yönde bir talimat verilecekse, bunun da eşit davranma borcuna uygun şekilde yapılması gerekmektedir.¹⁴¹⁰

İncelemeye değer bir diğer konu ise, işverenin işyerine *ev hayvanı*¹⁴¹¹ getirilmesine veya *sahipsiz hayvanın*¹⁴¹² işyerinde bakılmasına ilişkin talimat verme hakkına sahip olup

¹⁴⁰⁹ Taşkent, Yönetim Hakkı, 98-99; Arıcı, 165; Bayram, Kişilik Hakları, 300-301.

¹⁴¹⁰ Brunhöber, 210.

¹⁴¹¹ 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanununun (RG. 01.07.2004, 25509) 3. maddesinin (ı) bendinde, ev hayvanı tanımlanmaktadır. Buna göre ev hayvanı, “Gerçek veya tüzel kişiler tarafından özellikle evde, iş yerlerinde ya da

olmadığıdır. Ülkemizde, işyerine evcil hayvan getirilmesi yönünde -bizim tespit edebildiğimiz kadarıyla- bir düzenleme bulunmamaktadır. Buna karşın, diğer bazı ülkelerde, evcil hayvanların işyerlerine getirilmesine izin verilmektedir. Özellikle, görme engelli çalışanlar için klavuz köpeklerin işyerlerine kabul edilmesi söz konusu olmaktadır.

Yurt dışında yapılan bir araştırmaya göre, işyerlerinde kedi, köpek gibi hayvanların bulunması iş stresini azaltmakta ve huzurlu bir çalışma ortamının tesis edilmesine hizmet etmektedir. Bununla birlikte, işyerinde hayvan bulundurulması bazı hukuki çatışmaları da beraberinde getirmektedir. Bunların başında, işyerindeki diğer çalışanların hayvandan korkması, ondan rahatsız olması ve iş ortamının hayvanın doğası ve sağlığı açısından uygun koşullara sahip olmaması gelmektedir.¹⁴¹³ İşyerine ev hayvanı getirilmesi ya da sahipsiz bir evcil hayvanın işyerinde bakılması, işyeri düzenini ilgilendiren bir konu olduğu için işverenin yönetim hakkı kapsamındadır. Diğer bir deyişle, işveren, diğer hukuk kaynaklarında aksine bir düzenleme olmadığı sürece, işçilerin, işyerine ev hayvanı getirmesi veya işyerinde bir hayvana bakıp bakamayacakları konusunda talimat verme hakkına sahiptir.

Konuya ilişkin yaşanan iki uyuşmazlıktan biri, Düseldorf Eyalet İş Mahkemesinin diğeri ise, Bonn İş Mahkemesinin önüne taşınmıştır. İlk uyuşmazlıkta¹⁴¹⁴ işçi, diğer işçiler gibi köpeğini işyerine getirmektedir. Ancak köpek, çevresini kirletmekte, açıkta yemek yemekte, işyerinde havlamakta ve diğer işçileri korkutmaktadır. Öyle ki, diğer işçiler, yönetici asistanı olan köpeğin sahibinin odasına girmeye çekinmekte ve gerekli evrakları ancak kapının altından atabilmektedirler. Köpeğin sosyalleşmesine yönelik gerekli çabalar sarfedilmiş ve işçiye, çevresini temiz tutması konusunda gerekli uyarılar yapılmış olmasına

arazisinde özel ilgi ve refakat amacıyla muhafaza edilen, bakımı ve sorumluluğu sahiplerince üstlenilen her türlü hayvanı” ifade etmektedir.

¹⁴¹² 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanununun 3. maddesinin (f) bendine göre, sahipsiz hayvan, “*Barınacak yeri olmayan veya sahibinin ya da koruyucusunun ev ve arazi sınırları dışında bulunan ve herhangi bir sahip veya koruyucusunun kontrolü ya da doğrudan denetimi altında bulunmayan evcil hayvandır.*”

¹⁴¹³ **Humbert**, 10; **Sözer**, Ev Hayvanı, 2-3.

¹⁴¹⁴ LAG Düseldorf, 24.03.2014- 9 Sa 1207/13, (www.beck-online.beck.de). Kararın detayları ve karara ilişkin değerlendirmeler için bkz. **Sözer**, Ev Hayvanı, 5-9.

karşın, hayvanın tavır ve hareketlerinde değişiklik olmamıştır. Bunun üzerine işveren, işçiye, köpeğini bir daha işyerine getirmemesi konusunda talimat vermiştir.

İşçi ise, bu talimatın kendisinin de işyerinden uzaklaşması gerektiği sonucunu doğuracağını ve işverenin eşit davranma borcuna aykırı davrandığını iddia etmiştir. Mahkeme, konuyu hem işverenin yönetim hakkı açısından detaylı biçimde incelemiş hem de köpeğin korunması ve sağlıklı bir çevrede yaşaması bakımından tartışmıştır. Mahkemeye göre, işyerine ev hayvanı getirilmesi işyeri düzenini ilgilendiren bir konu olduğu için, işverenin yönetim hakkı kapsamındadır. Dolayısıyla, işveren, bu konuda gerekli düzenlemeleri yapabilir. Ancak işveren, talimat verme hakkını hakkaniyete uygun takdir yetkisine göre kullanmalıdır. Bu bağlamda, işveren, sadece kendisinin ve işyerinin değil, işçinin menfaatlerini de gözetmelidir.

Uyuşmazlık konusu olayda, hayvan, işyerindeki çalışma ortamının ahengini bozmakta, diğer çalışanlara hırlamakta, onları korkumakta ve işyerinin kötü kokmasına neden olmaktadır. İşverenin, böylesi bir duruma katlanma veya durumu düzeltme gibi bir yükümlülüğü yoktur. Ayrıca, hayvan, işyeri ortamında korkmakta, bir kafes içinde yaşamaktadır. Bu da hayvanın, kötü şartlarda yaşamasına yol açmaktadır. İşverenin, işçinin köpeğini işyerine getirmemesi yönünde verdiği talimat haklı bir nedene dayanmaktadır. Öte yandan, işçinin, köpeğini işyerine getirmek için makul ve hukuki bir gerekçesi de bulunmamaktadır.

İşyerine ev hayvanı getirilmesi konusunda yaşanan diğer bir uyuşmazlık ise, Bonn İş Mahkemesinin önüne gelmiştir.¹⁴¹⁵ Orman idaresinde çalışan bir çift yıllardır işe çoban köpeklerini de götürmektedir. İşveren, bu duruma itiraz etmemiştir. Ancak, çift, ikinci bir çoban köpeğini de yanlarında işe getirmek isteyince, işveren, işyerine sadece av köpeklerinin getirilebileceğini söyleyerek, çifte, köpeklerini işe getirmemesi yönünde talimat vermiştir.

¹⁴¹⁵ ArbG Bonn, 09.08.2017, 4 Ca 181/16, (www.beck-online.beck.de). Kararın detayları ve karara ilişkin değerlendirmeler için bkz. **Sözer**, Ev Hayvanı, 9-10.

Çift, işyerinde çalışan diğer işçilerin av köpeği dışındaki hayvanlarını da işe getirdiklerini belirterek, işverenin, eşit davranma borcuna aykırı hareket ettiğini ve talimatın hukuka aykırı olduğunun tespiti için mahkemeye başvurmuşlardır.

Mahkemeye göre, işveren, işyerine hayvan getirilmesine veya hangi hayvanların işe getirilebileceğine karar verme hakkına sahip olsa da, işveren, talimat verme hakkını eşit davranma borcunu uygun kullanmalıdır. Anılan olayda Mahkeme, işverenin, işçiler arasında farklı davranılmasını haklı kılan bir nedeni olmadığını; keyfî davranarak eşit davranma borcuna aykırı hareket ettiğini ve dolayısıyla, talimatın hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir.

Bu başlık altında son olarak üzerinde durmak istediğimiz konu, işverenin, *işçilerin birbirleriyle ilişkilerine* dair talimatlarıdır. Bazı işyerlerinde işverenler, işyerinin çıkarlarına zarar gelmemesi ve işin aksamaması amacıyla, çalışanların gönül ilişkisi kurmasını yasaklamaktadır. Bu tür yasaklar, bazen iş sözleşmesi ve işyeri iç yönetmeliğiyle bazen de işverenin talimatıyla getirilmektedir. Bu yöndeki bir düzenlemenin geçerli olup olmadığının tespit edilmesi gereklidir.

Kanımızca, bu soruna, TMK m. 23 bağlamında yaklaşılmalıdır.¹⁴¹⁶ Zira, TMK m. 23/2'ye göre, “*Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlayamaz.*” İşverenin, “*iş barışı*”nı ileri sürerek, bu yönde getireceği bir yasak, işçinin özel hayatına haksız bir müdahale oluşturacağı gibi, özgürlüğünden vazgeçmesi sonucunu da doğuracaktır. Dolayısıyla, işveren, işçilerin işyerinde birbirleriyle gönül ilişkisi/yakın dostluk vb. kurmasını, sözleşmeye koyacağı bir hükümle veya talimatla sınırlayamaz. Bunun sınırını ise, işçilerin cinsel tacizden korunması gerekliliği oluşturmaktadır.

¹⁴¹⁶ Bu yönde bkz. **Sevimli**, Müdahalenin Sınırları, 239; **Keser**, Özel Hayat, 22-23; **Birben**, Özel Yaşam, 138-139. Evlenme özgürlüğü, temel insan hak ve özgürlüklerinden birisidir. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin 16. maddesine göre de, “*Yetişkin her erkek ve kadın, ırk, vatandaşlık veya din bakımlarından herhangi bir kısıtlamaya uğramaksızın evlenmek ve aile kurmak hakkına sahiptir.*”

Ancak, işverenin, işçiyi gözetme yükümlülüğü, işverenin, iç yönetmelikle veya talimatlarla işçinin özel yaşamını ilgilendiren bir konuda düzenleme yapma hakkını kendisine bahşetmez. İşçinin, kimlerle arkadaşlık yapabileceğine veya bir gönül ilişkisinde olabileceğine ilişkin her türlü düzenleme, Anayasa ve kanunların emredici hükümlerine göre geçersizdir.¹⁴¹⁷

Buna karşılık, işverenin, işçilerin, kişisel ilişkilerinin bozulması nedeniyle iş barışına zarar vermelerine katlanma yükümlülüğü bulunmadığı gibi; işveren, işçiyi gözetme borcu çerçevesinde, işçileri cinsel taciz oluşturabilecek yakınlıklardan da korumalıdır.

Yargıtay da, işçinin özel yaşamının işyerinde olumsuzluklara yol açmasını somut olayın özelliklerine göre geçerli veya haklı fesih nedeni (ahlak ve iyi niyet kurallarına uymayan davranış) saymaktadır.¹⁴¹⁸ Dolayısıyla, işveren, işçilerin işyerinde birbirleriyle gönül ilişkisi kurmasını yasaklamamakla birlikte, bu ilişkinin, işi veya işyeri düzenini olumsuz etkilemesi durumunu, fesih nedeni sayabilmektedir.

Örneğin, Yüksek Mahkemenin bir kararına göre, evli ve üç çocuk babası olan işçinin, aynı işyerinde çalışan ve evli olan bir kadın işçiyle gönül ilişkisine girmesinin, işyerinde huzursuzluğa neden olması ve işin devamını olumsuz yönde etkilemesi sonucu, işverence yapılan fesih, İş Kanunu m. 25/2 kapsamında haklı nedenle dayanmaktadır.¹⁴¹⁹

Yargıtay bir başka kararında da, işçinin, kendisine bağlı çalışan başka bir işçiyle duygusal ilişki kurup, işçi ile diğer personel arasında ayrımcılık yapmasının, bu kişinin daha

¹⁴¹⁷ Brose/ Greiner/ Preis, Rn. 370; Richardi BetrVG/Maschmann BetrVG § 75 Rn. 52; Doğan Yenisey, Değerlendirme 2016, 509. Ayrıca bkz. AYM, Ömür Kara ve Onursal Özbek Kararı, 24.03.2016, RG. 10.05.2016, 29708 ve kararın değerlendirilmesi için bkz. Doğan Yenisey, Değerlendirme 2016, 504-513.

¹⁴¹⁸ Konuya ilişkin çeşitli Yargıtay kararları için bkz. Keser, Özel Hayat, 23-27.

¹⁴¹⁹ Y9HD, 15.04.2019, E. 2018/10504, K. 2019/8673, KİBB. Yüksek Mahkemenin bir başka kararında ise, aynı bankada çalışan biri bekar diğeri evli olan iki işçinin, işyerinde ve iş saatleri içinde yakınlaşması kamera kayıtlarına yansımıştır. İşveren, bu görüntüleri izledikten sonra işçinin iş akdini haklı nedenle feshetmiştir. Daire, işverenin gerçekleştirdiği feshi şu ifadelerle yerinde bulmuştur: “Özel hayat ve özel hayatın gizliliği kuralı iş yerinde ve başka bir çalışana karşı alenen yapılan fiili kapsamaz. Feshe konu edilen davranış da kadın işçinin rızasının olup olmadığı hususu tam olarak açıklığa kavuşturulamasa da, davacı işçinin iş yerinde evli olan başka bir çalışan ile yukarıda açıklanan şekilde bir olay yaşaması başlı başına doğruluk ve bağlılık ile bağdaşmayan hal olup, işveren feshi haklıdır.” Y9HD, 12.02.2019, E. 2015/30145, K. 2019/3397, KİBB.

rahat çalışmasını sağlamasının ve mesaiye uymaması nedeniyle herhangi bir işlem yapmamasının, işyerindeki huzuru ve düzeni bozduğunu belirterek, işverence yapılan feshi, İş Kanunu m. 25/2 kapsamında haklı nedenle fesih olarak nitelendirmiştir.¹⁴²⁰

Yüksek mahkemeye göre, özel hayat ve özel hayatın gizliliği ilkesi, işyerinde ve başka bir işçiye karşı alenen yapılan fiilleri kapsamaz. Nitekim, işçilerin, işyerinde gönül ilişkilerini alenen yaşamaları, işyeri kurallarına ve genel ahlaka aykırı olarak nitelendirmektedir.¹⁴²¹

Benzer bir konuda Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru yoluyla önüne gelen bir uyuşmazlıkta¹⁴²², işçinin (başvuran), işyerindeki evli bir işçiyle gönül ilişkisi yaşadığını ve bu ilişkiyi öğrenen eşi, işyerinin çağrı merkezini arayarak başvuranın, canlı bomba olduğunu ve işyerini havaya uçuracağını ihbar etmiştir. Bu ihbarı alan işveren, işyerini boşaltmış, polis ekiplerini çağırmıştır. İhbarın asılsız olduğu ortaya çıkmış ve bu olay sonrasında işçiler arasındaki gönül ilişkisi ortaya çıkmıştır. İşveren, işyerindeki üretimin durduğunu, zarara uğradığını, işyerindeki huzurun ve düzenin bozulduğunu belirterek, işçinin iş akdini haklı nedenle feshetmiştir. İşçi, bu karara karşı dava açmış ve Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, 13.10.2016 tarihli kararıyla¹⁴²³, bu gönül ilişkisinin, işyerinde olumsuzluklara yol açtığını; fakat haklı fesih ağırlığında olmadığını belirterek, feshin geçerli bir nedene dayandığına hükmetmiştir.

Bu karar üzerine, işçi, ahlaki durumu gerekçe gösterilerek iş akdinin feshedilmesi nedeniyle özel hayata saygı hakkının ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi, işverenin, uğradığı zararı ispatlayamadığını, ihbarı yapan kişinin, işçinin gönül ilişkisi içinde olduğu kişinin eşi olmadığını ortaya çıktığını, işçiye atfedilebilecek bir kusurun bulunmadığını, ayrıca, işçiler arasındaki gönül

¹⁴²⁰ Y7HD, 06.03.2014, E. 2013/20680, K. 2014/5507, **Keser**, Özel Hayat, 24.

¹⁴²¹ Y9HD, 23.12.2020, E. 2016/33799, K. 2020/19760, Çalışma ve Toplum, 2021/2, 1409-1411.

¹⁴²² AYM, *H.Ç Kararı*, Başvuru No: 2017/14907, 30.09.2020, RG. 09.12.2020, 31329.

¹⁴²³ Y22HD, 13.10.2016, E. 2016/18579, K. 2016/23300, Yargıtay Bilgi Bankası, <https://karararama.yargitay.gov.tr>.

ilişkisinin işyerinde nasıl bir huzursuzluğa yol açtığının kanıtlanamadığını ifade ederek, başvuran işçinin, Anayasanın 20. maddesi uyarınca, özel hayata saygı hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.

Benzer bir yaklaşımı, Düsseldorf Eyalet İş Mahkemesi de, 2005 yılında önüne gelen bir uyuşmazlık nedeniyle sergilemiştir. İşverenin, işçilerin işyerinde güven ve verimliliği arttıracak şekilde çalışmalarının esas olduğunu ve bu nedenle, işin düzenini etkileyebilecek gönül ilişkilerinin ve flörtlerin yaşanmaması gerektiğini belirtmesi üzerine, Eyalet İş Mahkemesi, işverenin, bu düzenlemesinin işçinin kişilik haklarını ihlal ettiğine ve geçersizliğine karar vermiştir.

Mahkemenin gerekçesine göre, her ne kadar pek çok şirkette, işveren, amir konumundaki bir çalışanla ona rapor ve hesap verme yükümlülüğü altındaki işçinin gönül ilişkisi yaşamasına sıcak bakmasa da, taraflar arasındaki bu özel ilişki belli bir noktaya kadar işvereni ilgilendirmemelidir. İşveren, bu özel ilişkiye ancak işyerinde meydana gelen bir huzursuzluk veya iş akışının olumsuz etkilenmesi nedeniyle müdahale edebilir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, rahatsızlık yaratan ve işverenin müdahalesini gerektiren olgunun, taraflar arasındaki özel ilişki olmayıp, sadece işyerindeki operasyonel süreci bozan davranışlar olması gereğidir.¹⁴²⁴

gg. İşverenin İşçinin İşyeri Dışındaki Davranışlarına ve Yaşam Tarzına İlişkin Talimatları

İşverenin, işçinin, işyeri dışındaki davranışlarına ve yaşam tarzına ilişkin konularda talimat verme hakkına sahip olup olmadığının da belirlenmesi büyük önem taşımaktadır. Doktrindeki bir görüşe göre, işçinin işyeri dışındaki yaşam tarzı ve davranışları, işyerinin

¹⁴²⁴ LAG Düsseldorf, 14.11.2005- 10 TaBV 46/05, (www.beck-online.beck.de).

çıkarlarına veya işin görülmesine olumsuz yönde etki ederse, işveren, işçinin işyeri dışındaki davranışlarına ilişkin talimat verebilir.¹⁴²⁵

Buna karşılık, doktrindeki bir diğer görüşe göre, işveren, işçinin sadece işyerindeki davranışlarına ilişkin konularda talimat verme hakkına sahiptir. Dolayısıyla, işveren, işçinin işyeri dışındaki davranışları ve yaşam tarzına ilişkin konularda talimat veremez.¹⁴²⁶

İşverenin, işçinin işyeri dışındaki davranışlarına ve yaşam tarzına müdahale edip edemeyeceği sorusu, öncelikle, bu hakkın *amacı* irdelenerek cevaplanmalıdır. Zira, işverenin talimat verme hakkı, bu hakkın amacıyla da sınırlıdır. İşveren, TBK m. 399'a göre, "*işin görülmesi ve işçilerin işyerindeki davranışlarıyla ilgili*" konularda talimat verme hakkına sahiptir. Dolayısıyla, işveren, işçilere, işi ve işyerini düzenlemek amacıyla talimat verebilir. Bu durum karşısında, işveren, işçilere, işyeri dışındaki yaşamlarına ilişkin konularda talimat veremez. Ayrıca, böyle bir talimat, işçinin özel yaşamına saygı hakkını da ihlal etmektedir. Nitekim, herkes gibi, işçinin de, işyeri ve çalışma saatleri dışında özel yaşamını dilediği gibi şekillendirme hakkı vardır. İşverenin, işçinin işyeri dışındaki davranışlarını ve yaşamını düzenlemesi ve denetlemesi, işçinin özel yaşamına saygı hakkını ihlal etmesi sonucunu doğurmaktadır. Dolayısıyla, işveren, işyerinin çıkarları veya işin gerekleri nedeniyle dahi işçilerin işyeri dışındaki özel yaşamlarına ilişkin konularda talimat verme hakkını kullanamaz. Böyle bir talimatın bağlayıcılığı da bulunmamaktadır. İşçinin, bağlayıcı olmayan bu talimata uymaması da, iş akdinin feshi için geçerli neden oluşturmaz.

İş sözleşmesinin akdedilmesiyle birlikte, işçinin temel hak ve özgürlükleri, iş ilişkisinin amacının kaçınılmaz olarak gerektirdiği ölçüde ve fakat yine de işçinin kişilik

¹⁴²⁵ **Tunçomağ**, 188; **Ertürk**, Temel Haklar, 127; **Bayram**, Kişilik Hakkı, 304.

¹⁴²⁶ **Mayer-Maly**, 10-12; **Taşkent**, Yönetim Hakkı, 101-103; **Süzek**, Yönetim Hakkı, 231; **Sevimli**, Müdahalenin Sınırları, 240-241; **Birben**, Özel Yaşam, 141-142; **Çetin**, Çalışanların Hakları, 241; **Ertürk**, Temel Haklar, 124-125; **Arıcı**, 174-175; **Brose/ Greiner/ Preis**, Rn. 370.

hakları gözetilerek belli bir ölçüde sınırlanmaktadır.¹⁴²⁷ Ancak, işçinin, işyeri dışındaki davranışları ve özel yaşamı, işverenin talimatlarıyla herhangi bir sınırlamaya tabi tutulamaz.

İş sözleşmesinin akdedilmesiyle birlikte, işveren, işçinin “*ahlak bekçisi*” (*Sittenwächter*) sıfatını haiz olmaz. Dolayısıyla, işveren, işçiden kendisinin savunduğu ahlaki değerleri benimsemesini talep edemez ve işçiye bu yönde talimat veremez.¹⁴²⁸ Öyle ki bu yaklaşım, Alman Federal İş Mahkemesinin bir kararında şu şekilde ifade edilmiştir: “*İşveren, işçinin özel yaşamını şekillendiremez. İş sözleşmesi, işverene, işçinin ahlakını koruması için yetki vermemektedir.*”¹⁴²⁹

Örneğin, işverenin, işçilerin işyeri dışında birlikte zaman geçirmemeleri, çeşitli yakınlıklar kurmamaları yönünde vereceği talimat, işçinin özel yaşamına saygı hakkına haksız bir müdahale oluşturmaktadır. Ancak, işçiler arasında kurulan gönül yakınları, iş ilişkisinin olumsuz yönde etkilenmesine ve işyerinde ciddi huzursuzluklara yol açması durumunda, işverenin fesih hakkı gündeme gelebilir. Benzer şekilde, işveren, işçilere işe geç gelmelerini engellemek amacıyla hafta içinde dışarıya eğlenmek için çıkmamaları veya alkol almamaları konusunda talimat veremez.

İşçinin işyeri dışındaki davranışları ve özel yaşamı, işverenin talimat verme alanının dışında kalmakla birlikte, işçinin özel yaşamı, işini olumsuz etkiliyor veya işyerinin haklı ve meşru çıkarlarına zarar veriyorsa, işveren, işçiden sadakat borcuna uygun davranmasını talep edebilir. Ancak, yukarıda da belirttiğimiz üzere, işverenin, işçiye sadakat borcunu somutlaştırmaya yönelik talimatlar vermesi mümkün değildir. Bununla birlikte, işverenin işçiye sadakat borcuna giren bir konuda hatırlatmada bulunması, işverenin talimatı olarak değil; uyarısı veya talebi olarak nitelendirilmelidir.¹⁴³⁰

¹⁴²⁷ Brose/ Greiner/ Preis, Rn. 370.

¹⁴²⁸ ErfK/Schmidt GG Art. 2 Rn. 76.

¹⁴²⁹ BAG, 23.06.1994, 2 AZR 617/93, Brose/ Greiner/ Preis, Rn. 370.

¹⁴³⁰ Benzer yönde Taşkent, Yönetim, 55-56; Süzek, Yönetim Hakkı, 227; Arslan Ertürk, Sadakat, 178-180.

Özellikle, işyerinin kimliğiyle özdeşleşen ve onu kamuoyunda temsil eden üst düzey yönetici konumundaki işçilerin, işverenin haklı menfaatlerine zarar vermemek amacıyla işyeri dışındaki yaşamlarına dikkat etmeleri kendilerinden beklenebilir. Ancak, bu durumda dahi işverenin, işçinin özel yaşamına ilişkin konularda talimat verme hakkı bulunmamaktadır. İşçinin bazı durumlarda özel yaşamına hassasiyet göstermesi gereği sadakat borcunun bir görünümü olarak kabul edilmelidir.¹⁴³¹

İşçinin işyeri dışındaki davranışlarının ve özel yaşamının, iş ilişkisi üzerinde etkisi “*eğilimli işyeri*¹⁴³²/*manevi amaçlı işyeri*¹⁴³³” olarak tanımlanan işletmelerde daha yoğun şekilde gündeme gelebilir. Alman İşyeri Teşkilat Kanunu (BetrVG) § 118’de, “*eğilimli işyeri*” (*Tendenzbetrieb*) kurumu düzenlenmektedir.¹⁴³⁴ BetrVG § 118’e göre, eğilimli işyeri, doğrudan veya ağırlıklı olarak belirli bir dini, siyasi, hayırsever, eğitimsel, sınıfsal, bilimsel, sanatsal amaca hizmet eden işletmelerle, insanlara haber iletme ve görüş açıklamak üzere kurulmuş işletmeleri ifade etmektedir. Bu anlamda, dini kuruluşlar, siyasi partiler, sendikalar, basın-yayın organları, eğilimli işletme kapsamında değerlendirilebilir.¹⁴³⁵ Bu tür kurumların, bu yöndeki eğilimlerini/tercihlerini ve bunun işyerleri ve işin yürütümü için gereklerini açıkça belli etmeleri gerekir.¹⁴³⁶

Eğilimli işyeri kavramı, doğrudan doğruya belli bir amacı gerçekleştirmek için kurulmuş örneğin, dernek, vakıf, sendika, siyasi parti, gazete-dergi gibi işletmelerde önem taşımaktadır.¹⁴³⁷ Eğilimli işyerinde çalışıp, yerine getirmekle yükümlü oldukları iş veya konumları nedeniyle işyerinin benimsediği manevi-ideal amacın gerçekleşmesine etkisi ve

¹⁴³¹ **Sevimli**, Müdahalenin Sınırları, 243.

¹⁴³² Eğilimli işyeri konusunda detaylı bilgi için bkz. **Baysal**, Geçerli Sebep, 112-116.

¹⁴³³ Doktrinde *Birben*, “*manevi amaçlı işyeri*” tabirini tercih etmektedir. Bu yönde bkz. **Birben**, Özel Yaşam, 143-148.

¹⁴³⁴ Eğilimli işyeri konusunda detaylı bilgi için bkz. **Richard** **BetrVG/Forst** BetrVG § 118 Rn. 1; **Baysal**, Geçerli Sebepler, 112-116; **Astarlı**, Değerlendirme 2015, 315; **Birben**, 146-149; **Dulay Yangın**, Dini Semboller, 2064-2067.

¹⁴³⁵ AGG § 8’de, eğilimli işyeri esaslı ve gerekli mesleki gerekler arasında sayılmamıştır. Buna karşın, *Thüsing*’e göre, bu amaçla yapılan ayırım, eşit davranma borcunu ihlal etmez. Bkz. **MüKoBGB/Thüsing** AGG § 8 Rn. 19.

¹⁴³⁶ **MüKoBGB/Thüsing** AGG § 8 Rn. 19.

¹⁴³⁷ **Baysal**, Geçerli Sebep, 112; **Astarlı**, Değerlendirme 2015, 313.

katkısı olan işçiler “*manevi amaç taşıyıcısı*” (*Tendenzträger*) olarak nitelendirilmektedir.¹⁴³⁸

Dolayısıyla, eğilimli bir işyerinde çalışan tüm işçiler değil, sadece işyerinin eğilimini yansıtmak ve işyerinin amacını gerçekleştirmekle doğrudan doğruya görevli olan işçiler, manevi amaç taşıyıcısı olarak görülürler.¹⁴³⁹

Örneğin, bir dernekte doğrudan hayır işlerini gerçekleştirmekle sorumlu olan kişi¹⁴⁴⁰, bir gazetenin editörü¹⁴⁴¹, bir sendikanın hukuk müşaviri¹⁴⁴², senfoni orkestrasındaki solistler¹⁴⁴³, manevi amaç taşıyıcısı olarak kabul edilirler. Buna karşılık, bir kiliseye ait huzur evinde çalışan temizlik görevlisi ya da siyasi bir partide çalışan sekreter, yaptıkları iş nedeniyle, işyerinin manevi-ideal amacı ile bağlantılı bir iş yürütmedikleri için manevi amaç taşıyıcısı değildirler.¹⁴⁴⁴

Eğilimli işyerinde çalışan ve manevi amaç taşıyıcısı konumunda olan bir işçinin, işyeri dışındaki davranışları diğer işçilere kıyasla çok daha ciddi bir önem taşımaktadır. İşyerinin yöneldiği amacı gerçekleştirmekle doğrudan doğruya sorumlu olan işçinin bu konumu, iş sözleşmesini de etkilemektedir. Manevi amaç taşıyıcısı olan işçinin, hem işyerindeki hem de işyeri dışındaki özel yaşamına ilişkin davranışları, işyerinin manevi amacını zedelememelidir. İşçi, işyerinin eğilimlerine ters düşen eylemlerden kaçınmak zorundadır.¹⁴⁴⁵

Örneğin, Berlin Eyalet İş Mahkemesi bir kararında, bir basın kuruluşunda redaktör olarak çalışan kişinin, gazetenin tutumunu sorgulaması ve kamuoyunda gazetenin tavrı ve

¹⁴³⁸ **Ascheid/Preis/Schmidt/Vossen** KSchG § 1 Rn. 853.

¹⁴³⁹ **Baysal**, Geçerli Sebep, 113; **Astarlı**, Değerlendirme 2015, 313; **Birben**, Özel Hayat, 146.

¹⁴⁴⁰ BAG 14.10.1980 – 1 AZR 1274/79, AP GG Art. 140 Nr. 7, **Ascheid/Preis/Schmidt/Vossen** KSchG § 1 Rn. 854.

¹⁴⁴¹ BAG 20.4.2010 – 1 ABR 78/08, NZA 2010, 902 Rn. 20, **Ascheid/Preis/Schmidt/Vossen** KSchG § 1 Rn. 854.

¹⁴⁴² BAG 6.12.1979 – 2 AZR 1055/77, AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 2, **Ascheid/Preis/Schmidt/Vossen** KSchG § 1 Rn. 854.

¹⁴⁴³ BAG 3.11.1982 – 7 AZR 5/81, AP KSchG 1969 § 15 Nr. 12, **Ascheid/Preis/Schmidt/Vossen** KSchG § 1 Rn. 854.

¹⁴⁴⁴ **Ascheid/Preis/Schmidt/Vossen** KSchG § 1 Rn. 854-855.

¹⁴⁴⁵ **Ascheid/Preis/Schmidt/Vossen** KSchG § 1 Rn. 857.

eğilimi konusunda çelişki uyandırmasından kaçınması gerektiğini belirtmiştir.¹⁴⁴⁶ Eğilimli işyerinde, işyerinin eğilimini yansıtmak ve işyerinin amacını gerçekleştirmekle sorumlu olan kişilerin, işyeri dışındaki davranışları ve tutumlarıyla, işyerinin amacı çelişiyorsa ve yaşanan bu çatışma, işverenin haklı menfaatlerine zarar veriyorsa veya işyerinin amacının gerçekleşmesini önlüyorsa işveren, işçinin iş sözleşmesini yetersizliği ve davranışları nedeniyle feshedilebilir.¹⁴⁴⁷

Türk hukukunda “*eğilimli işyeri*” kavramı açıkça düzenlenmemekle birlikte, belli bir amaca hizmet eden ve bu amacı gerçekleştirmek için kurulan işyerlerinde çalışan işçilerden, işyerinin amaçlarıyla çelişmeyen davranışların sergilemesi beklenmektedir. Örneğin, LGBT+ haklarını savunan bir dernekte yönetici konumunda çalışan işçinin, sosyal medyada nefret söylemleri içeren yazılar yazması, çalıştığı işyerinin eğilimi ve amaçlarıyla çelişmekte, işçinin konumu itibarıyla inandırıcılığının kaybolmasına yol açmaktadır. İşçinin tutum ve davranışlarıyla işyerinin ve işin özellikleri arasında yaşanan uyumsuzluk, işverene zarar verip işyerinde huzursuzluklara yol açarsa, iş sözleşmesinin işçinin yetersizliği nedeniyle feshedilmesi gündeme gelebilir.¹⁴⁴⁸

Bununla birlikte, işçinin özel yaşamının iş ilişkisine etkisinin daha yoğun olduğu eğilimli işyerlerinde dahi, kanımızca, işveren, işçinin işyeri dışındaki davranışlarına ve yaşamına ilişkin konularda talimat veremez. Böyle bir talimatın hukuken bağlayıcılığı bulunmamaktadır. İşveren, bu noktada işçiye sadece hatırlatmada veya tavsiyede bulunabilir.

İşçinin işyeri ve çalışma saatleri dışındaki davranışları ve tercihleri işverenin otoritesine ve denetimine tabi değildir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine göre de, çalışanların işyeri dışındaki faaliyetleri, Sözleşmenin 8. maddesi kapsamında korunmaktadır. Hatta Mahkemeye göre, çalışanların iş dışındaki faaliyetlerinin cezai nitelikte dahi olması,

¹⁴⁴⁶ LAG Berlin v. 6. 12. 1982 9 Sa 80/82, FHArbSozR 29 Nr. 1790, (www.beck-online.beck.de).

¹⁴⁴⁷ **Baysal**, Geçerli Sebep, 115-116; **Ascheid/Preis/Schmidt/Vossen** KSchG § 1 Rn. 858; **Astarlı**, Değerlendirme 2015, 314-315; **Birben**, Özel Yaşam, 148-149.

¹⁴⁴⁸ **Baysal**, Geçerli Sebep, 116.

çalışanın özel yaşama saygı hakkından faydalanmasını engellemektedir.¹⁴⁴⁹ Ancak, bu davranış, iş ilişkisi ve işyerindeki üretim süreci üzerinde olumsuz bir etki yaratıyorsa veya işçinin, iş görme borcunu yerine getirmesi bakımından yeterliliğini kaybetmesi sonucunu doğuruyorsa, işverence feshe dayanak yapılabilir. Örneğin, bir bankada veznedar olarak çalışan işçinin hırsızlık suçunu işlemesini halinde, işverenden iş sözleşmesini sürdürmesi beklenemez.¹⁴⁵⁰

İşverenin, işçinin işyeri dışındaki özel yaşamına müdahalesinin gündeme gelebileceği bir diğer özellikli durum ise, *evde çalışma modelinde*¹⁴⁵¹ karşımıza çıkabilir. İş Kanununun 14. maddesinde uzaktan çalışma kavramının içinde “*evde çalışma*” da tanımlanmıştır. Buna göre, “*Uzaktan çalışma; işçinin, işveren tarafından oluşturulan iş organizasyonu kapsamında iş görme edimini evinde ya da teknolojik iletişim araçları ile işyeri dışında yerine getirmesi esasına dayalı ve yazılı olarak kurulan iş sözleşmesidir.*” Evde çalışmaya ilişkin bir diğer düzenleme ise, Türk Borçlar Kanununun 461. maddesinde düzenlenmektedir. Bu düzenlemeye göre, “*Evde hizmet sözleşmesi, işverenin verdiği işi, işçinin kendi evinde veya belirleyeceği başka bir yerde, bizzat veya aile bireyleriyle birlikte bir ücret karşılığında görmeyi üstlendiği sözleşmedir.*”

¹⁴⁴⁹ **Çetin**, Çalışanların Hakları, 245. Yüksek Mahkemenin bir kararına göre, küçük yaşta bir kızla cinsel birliktelik kuran işçinin suç teşkil eden bu davranışının sonuçları itibariyle işyerinde olumsuzluklara yol açacağı görülmektedir. Dolayısıyla, işçinin iş akdinin İş Kanunu m. 25/4 gereği haklı nedenle feshedilmesi yerinde görülmüştür. Y9HD, 19.01.2009, E. 2008/11072, K. 2009/127, KİBB. Kararın değerlendirmesi için bkz. **Keser**, Özel Hayat, 27. Ayrıca bkz. Y9HD, 27.11.2017, E. 2016/31552, K. 2017/19088 ve kararın değerlendirmesi için **Caniklioğlu**, Değerlendirme 2017, 261-263.

¹⁴⁵⁰ **ErfK/Preis** BGB § 611a Rn. 730; **Birben**, Özel Yaşam, 155. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine göre, her ne kadar kişinin yaptığı işin niteliği veya işyerinin gerekleri doğrultusunda, istisnai olarak kişinin işyeri dışındaki davranışlarına ve özel yaşamındaki tercihlere müdahale edilebilse de, yine de kişinin belli ölçüde özel yaşamının korunması için bazı garantilerden faydalandırılması gerekmektedir. AİHM, *Özpınar v. Türkiye*, Başvuru No: 20999/04, 19.10.2010, (www.hudoc.echr.coe.int.). Karar, genç bir kadın hakimin özel hayatı hedef alınarak (soruşturma kapsamında kadın hakimin makyaj yapması ve eteğinin boyunun dizin iki parmak yukarısında veya on beş santim üzerinde olup olmadığı tanık beyanları esas alınarak tartışılmıştır !) hakkında yürütülen ve dayanaksız iddialar temel alınarak verilen meslekten çıkarma cezasına ilişkindir. AİHM, kararında, Sözleşmenin 8. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

¹⁴⁵¹ Evde çalışma hakkında detaylı bilgi için bkz. **Dulay**, Evde Çalışma, 23-60; **Kandemir**, Evde Çalışma, 143-165.

Doktrindeki aksi yöndeki görüşlere karşın, bizim de katıldığımız görüşe göre, evde çalışanlara (İş Kanunu m. 4/1-d hariç) İş Kanunu hükümleri uygulanmalıdır. İş Kanununda boşluk bulunan hallerde ise, TBK'nın evde hizmet sözleşmesine ilişkin hükümleri, burada da hüküm bulunmuyorsa, genel hizmet sözleşmesine ilişkin hükümler uygulama alanı bulur.¹⁴⁵²

TBK m. 462'de “*Çalışma Koşullarının Bildirilmesi*” düzenlenmektedir. Anılan hükme göre; “*İşveren, işçiye her yeni iş verişinde genel çalışma koşulları dışında kalan ve o işe özgü özellikleri bildirir; gerekiyorsa işçi tarafından sağlanacak malzemeyi, bu malzemenin sağlanması için kendisine ne miktarda ödemede bulunulacağını ve iş için ödeyeceği ücret de işçiye yazılı olarak bildirir.*” İşveren, işin nasıl yürütüleceğine ve işin yürütülmesi için o işe ilişkin gerekli bilgileri işçiye bildirir. Diğer bir deyişle, işveren, evde çalışan işçiye, işin görülmesine ilişkin talimatlar verir.

Buna karşılık, işverenin, işin yürütümü dışında işçinin işyerindeki davranışlarına ilişkin konularda da talimat verme hakkı bulunmaktadır. Ancak, evde çalışma, işyerinde yapılan çalışmadan farklı olarak, işçinin özel yaşamıyla (konutuyla) iş yaşamının çakıştığı noktada yer almaktadır. Doktrinde isabetle belirtildiği üzere, işverene, işçinin davranışlarıyla ilgili mutlak bir biçimde talimat verme hakkının tanınması, işçinin özel yaşamına müdahale oluşturacaktır.¹⁴⁵³

İşveren, bu noktada işçinin davranışlarına ilişkin konularda talimat verme hakkını dürüstlük kuralına uygun şekilde kullanmalı ve işin özellikleri ile iş sağlığı ve güvenliği önlemleri bağlamında talimatlar vermelidir.

Evde çalışma konusunda karşılaşılabilecek bir diğer sorun ise, işverenin, işçiye denetlemek amacıyla görsel olarak takip etmek istemesinden doğmaktadır. İşveren, verdiği talimatların yerine getirilip getirilmediğini kontrol etmek amacıyla işçileri gözetleme yoluna

¹⁴⁵² Süzek, 270; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 231-232; Dulay, Evde Çalışma, 55-57; Aksi yönde bkz. Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 148-150.

¹⁴⁵³ Dulay, Evde Çalışma, 43.

gitmektedir. Ancak, evde çalışmada, işyeri ile işçinin konutu iç içe geçtiğinden, işverenin denetim ve gözetim hakkını kullanması, işçinin özel yaşamıyla çakışmaktadır. İşçinin özel ve aile yaşamı, işverenin müdahalesine tamamen açık bir hal alma tehlikesiyle karşı karşıya kalmaktadır.

İşveren, işçiden konutunun tamamını gösterecek bir biçimde kamera konulması yönünde talimat veremez.¹⁴⁵⁴ Böyle bir talimat, işçinin özel yaşamına saygı hakkını ihlal edeceği gibi ölçülülük ilkesiyle de bağdaşmaz. Ayrıca, doktrinde, işverenin, üretim sürecinin kontrol edilmesi, işyerinin güvenliğinin sağlanması, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin gerektirmesi gibi istinai durumlar haricinde sürekli olarak görsel izleme yapamayacağı kabul edilmektedir. Uluslararası Çalışma Örgütü'nün Çalışanların Kişisel Verilerinin Korunması Hakkında Uygulama Kodunun (6.14-3.) maddesine göre de, kesintisiz izleme sadece iş sağlığı ve güvenliği ile mülkiyetin korunması gereklilikleri nedeniyle yapılabilir.¹⁴⁵⁵

Dolayısıyla, işveren, işçiden sürekli olarak kamerayı açık tutmasını isteyemez. İşveren, özellikle ara dinlenme sürelerinde işçilerin kameralarının açık kalmasını talep edemez. İşçilerin davranışlarını veya performanslarını değerlendirmek için kamera kontrol sistemi yerleştirilmemelidir.¹⁴⁵⁶ Böyle bir talimat, işçinin kişilik haklarına ve kişilik hakkının bir parçası olan özel yaşam hakkına aykırılık oluşturur. Bununla birlikte, işveren, tele konferans gibi toplantılarda veya iş görme borcunu ilgilendiren bir konuda, işçilere kameralarını açık tutmaları yönünde talimat verebilir.

İşverenin, vereceği talimatlarla işçinin özel yaşamına haksız şekilde müdahale edebileceği bir diğer durum ise, işverenin, işçiden çalışma saatleri dışında da “ulaşılabilir olmasını”¹⁴⁵⁷ beklediği hallerde söz konusu olmaktadır. İşverenin, çalışma saatleri dışında da

¹⁴⁵⁴ **Kandemir**, Tele Çalışma, 154-155.

¹⁴⁵⁵ ILO Protection of Workers' Personal Data- An ILO Code of Practice, 4.

¹⁴⁵⁶ **Sevimli**, Müdahalenin Sınırları, 208-209; **Ertürk**, Temel Haklar, 86; **Gürsel**, İşçi ve İşveren İlişkisine Etki, 823, 826; **Okur**, Elektronik Gözetleme, 126-127.

¹⁴⁵⁷ “Ulaşılabilir olmama hakkı” konusunda detaylı bilgi için bkz. **Ugan Çatalkaya**, Ulaşılabilir Olmama, 737-755.

işçilerin e-postalarını kontrol etmeleri, anlık yazışma uygulamalarını akıllı telefonlarına indirmeleri ve bu şekilde, işle ilgili hususları her an takip etmeleri konusunda işçilere talimat verme hakkının olup olmadığının belirlenmesi gereklidir.

İşverenin, iş saatleri dışında ve hatta yıllık ücretli izin sürelerinde, işçiyi telefonla sürekli araması, mesaj yazması veya e-postalarına cevap verilmesini talep etmesi, işçinin dinlenme hakkına ve özel yaşamına haksız bir müdahale oluşturmaktadır. İşçinin dinlenme süresi içinde sürekli ulaşılabilir olma zorunluluğu, işçinin özel yaşamının da işverenin talimatları ve kontrolü altında olduğu sonucunu doğurmaktadır.

İşverenin, işçinin hasta olduğu ve dinlendiği dönemlerde de iş görme borcunu yerine getirmesine ilişkin konularda talimat verme hakkı bulunmamaktadır. Zira, raporlu olduğu bu dönemde işçinin, iş görme borcundan geçici bir süreliğine muaf tutulduğu kabul edilmelidir.¹⁴⁵⁸ Buna karşılık, Alman Federal İş Mahkemesi, 2016 yılında verdiği bir kararında, çok acil ve istinai durumlarda, işçi, hasta ve istirahat halinde olsa dahi, eğer operasyonel konular hakkında bilgi sahibiyse ve işçinin bilgisine başvurmadan işin yürütümü mümkün değilse veya işin ertelenmesi olanağı bulunmuyorsa, işveren, işçiye işgöremezlik döneminde dahi işyerindeki görüşmeleri yürütmesi konusunda talimat verebilir.¹⁴⁵⁹

Öte yandan, işçinin her an ulaşılabilir olması zorunluluğunun psikolojik bir tacize dönüşme ihtimali de her zaman gözönünde bulundurulmalıdır.¹⁴⁶⁰ Dolayısıyla, işverenin bu yönde vereceği bir talimatın, hem dürüstlük kuralı hem işçinin özel yaşamına saygı hakkı ve işverenin işçiyi gözetme borcu kapsamında geçerli olmaması gerektiği kanısını taşıyoruz. İşçi, dinlenme sürelerinde, “*hem fiziken hem de zihnen işle meşgul olmamalıdır.*”¹⁴⁶¹

¹⁴⁵⁸ **ErfK/Preis**, GewO § 106 Rn. 6.

¹⁴⁵⁹ BAG, 02.11.2016- 10 AZR 596/15, (www.beck-online.beck.de). Ayrıca bkz. **ErfK/Preis**, GewO § 106 Rn. 6.

¹⁴⁶⁰ **Ugan Çatalkaya**, Ulaşılabilir Olmama, 745.

¹⁴⁶¹ **Ugan Çatalkaya**, Ulaşılabilir Olmama, 744.

Benzer şekilde, işveren, işçiye, ister işçinin şahsi telefonu olsun ister işverence kendisine tahsis edilen iş telefonu olsun, işle doğrudan bağlantısı olmayan/işin yürütümü için gerekli olmayan akıllı telefon uygulamalarını, telefonuna indirmesi yönünde talimat veremez.

İşçinin *cinsel yaşamı ve yönelimleri* de işçinin özel yaşamının en hassas unsurunu oluşturmaktadır. Dolayısıyla, işçinin cinsel yaşamı ve eğilimleri gerek devletten gerek işverenden olsun her türlü müdahaleye kapalıdır. Kişi, cinsel yaşamını ve eğilimlerini kendi başına belirleme ve yaşama hakkına sahiptir. Kişinin cinsel yaşamı, özel yaşamının dokunulmaz ögesidir.

*“Cinsel yönelim, kişide cinsel duygu, istek ve davranışların belli bir cinsiyete çekimidir. Cinsel yönelim karşı cinse olduğunda heteroseksüellik; her iki cinse dönük olduğunda biseksüellik; kendi cinsine dönük olduğunda ise eşcinsellik olarak tanımlanabilir. Bu yönelimlerin hiçbirisi diğerinden daha normal, daha üstün veya daha sağlıklı değildir. Cinsel yönelim bir hastalık değildir. Cinsel kimlik ise, kişinin biyolojik cinsiyetini değil, kendisini ait hissettiği cinsiyete ilişkin kimliğini ifade etmektedir.”*¹⁴⁶² Cinsel yönelim iyileştirilmesi gereken bir hastalık veya sapkınlık değildir.

İşçinin cinsel kimliği ve yönelimi, iş ilişkisinin dışında kalmaktadır. İşçiler, cinsel yönelimleri, cinsel yaşamları, birliktelikleri ve cinsiyet değişikliği nedeniyle her türlü ayrımcılığa karşı korunmalıdır. İşçinin eşcinsel olmasının veya cinsiyet değiştirmesinin (yapılacak iş sadece belli bir cinsin yapabileceği iş değilse¹⁴⁶³) iş ilişkisi üzerinde bir etkisi bulunmamaktadır.¹⁴⁶⁴

İşçinin cinsel kimliği ya da yönelimi veya işçiler arasındaki eşcinsel ilişki diğer işçilerin veya işverenin ahlaki değerlerine göre yargılanamaz. İşçinin iş akdi bu nedenle feshedilemez. Ancak, örneğin, eşcinsel işçiler arasında yaşanan özel yaşamlarına ilişkin

¹⁴⁶² Cinsel Eğitim Tedavi ve Araştırma Derneği, “Cinsel Yönelim”, <https://cetad.ord.tr/73/sik-sorulan-sorular/46/cinsel-yonelim>.

¹⁴⁶³ Keser, Özel Hayat, 28.

¹⁴⁶⁴ ErfK/Schmidt GG Art. 2 Rn. 77.

olaylar, işyerine taşınır ve üretim sürecinin olumsuz şekilde etkilenmesine yol açarsa işverence fesih nedeni yapılabilir.

Kanımızca, burada dikkatli olunmalı ve bazı işçilerin hayat görüşleri nedeniyle, cinsel yönelime veya eşcinsel ilişkiye aşırı reaksiyon vermeleri işyerinde huzursuzluk olarak nitelendirmemelidir. Böylesine bir yaklaşım, işçilerin cinsel kimlikleri nedeniyle ayrımcılığa uğramalarına yol açacaktır. İşveren, burada toplumun daha zayıf konumunda yer alan işçilerin hak ve çıkarlarını gözetmeli, işçiler arasındaki huzursuzluğun giderilmesi için her türlü çabayı göstermelidir.

Bununla birlikte, işçilerin tutum ve davranışları, üretim sürecinin olumsuz etkilenmesine yol açıyor, işvereni, ekonomik ve hukuki açısından zor durumda bırakıyor ve işçiler arasında işin durması gibi ciddi bir gerginliğe yol açıyorsa, işveren, her türlü önlemi denedikten sonra, en son çare olarak fesih yoluna başvurabilir.¹⁴⁶⁵ Yüksek Mahkemenin bir kararına göre de, işyerinde birlikte çalışan iki erkek işçinin gönül ilişkisi yaşaması özel yaşamlarına ilişkin bir konu olup işyeri düzenini olumsuz yönde etkilemediği sürece fesih için geçerli bir sebep oluşturmaz.¹⁴⁶⁶

Çalışanların cinsel yönelimlerine ilişkin son olarak Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru yoluyla önüne gelen bir uyuşmazlık hakkında verdiği karar üzerinde kısaca durmak istiyoruz.¹⁴⁶⁷ Anılan karar, her ne kadar “iş hukuku”yla doğrudan bağlantılı olmasa da, çalışma ilişkileri açısından, özellikle karara katılmayıp karşı oy kullanan dönemin Anayasa Mahkemesi Başkanvekili sayın *Engin Yıldırım*’ın karşı oy gerekçelerinin önemli olduğu kanaatini taşıyoruz.

¹⁴⁶⁵ Baskı feshi konusunda detaylı bilgi için bkz. **Ertürk**, Baskı Feshi, 59-78; **Kayık Aydınalp**, 211-236.

¹⁴⁶⁶ “*Davalı tanıklarının birbirlerini doğrulayan ifadelerinden, davacının eşcinsel ilişki içinde olduğu işverenin diğer bir işçisi ile işyerinde bu ilişki sonucu alınan otomobilin parası bahane edilerek küfürlü tartışmaların geçtiği anlaşılmaktadır. Şehir dışı görevlere dahi diğer erkek işçinin beraberinde gönderilmesini isteyecek şekilde tutkulu olan davacının bu davranışları yönünden dalgınlığı şeklinde oluşan davranışların iş verimini olumsuz etkileyecek düzeye ulaşması işçinin cinsel tercihlerini aşar bir olgu olarak kabul edilmelidir.*” Y9HD, 19.09.2005, E. 2005/654, K. 2005/30275, KİBB.

¹⁴⁶⁷ AYM, *Z.A Kararı*, Başvuru No: 2013/2928, 18.10.2017, RG. 06.03.2018, 30352.

Uyuşmazlık konusu olayda, Niğde'nin Bor ilçesine ait bir kasabadaki ilköğretim okulunda din kültürü ve ahlak bilgisi öğretmeni olarak görev yapan Z.A, kasaba halkı arasından bazı kişilerle eşcinsel ilişkiye girdiği söylentileri üzerine “*öğretmenlik mesleğiyle bağdaşmayan nitelikteki tutum ve davranışları*” nedeniyle hakkında disiplin işlemleri başlatılmış ve devlet memuriyetinen çıkartılmıştır. Başvurucunun devlet memuriyetinden çıkartılması sonrasında bir af kanunu yürürlüğe girmiş olmasına karşın, başvurucunun görevine yeniden atanma talebi reddedilmiştir.

Başvurucunun yaptığı itirazlarının reddedilmesi sonrasında, başvuru, özel yaşamına saygı hakkının ihlal edildiği gerekçesiyle Anayasa Mahkemesine başvurmuştur. Mahkeme, öncelikle öğretmenlik mesleğinin özellikleri üzerinde durmuş ve ardından, başvurucunun göreve yeniden atanma talebini cinsel yönelimi nedeniyle değil de, görev yaptığı okula yansıttığı davranışlarıyla nedeniyle reddedildiğini ifade etmiştir. Mahkemeye göre, “*Mahrem kalması gereken cinsel hayatına dair unsurların başvurucunun özenli sayılamayacak davranışları sonucu kendisi tarafından kamunun bilgisine açılmış olmasına, dolayısıyla küçük bir kasabada okul çalışanları, öğrenciler ve veliler tarafından bilinir olmasına önem atfedildiği, idare tarafından bu durumun öğretmenlik sıfatıyla bağdaşmayan iffetsizlik oluşturduğunun kabul edildiği anlaşılmaktadır. Bu itibarla somut olayda cinsel yönelimi dikkate alınarak başvuru hakkında işlem tesis edildiğini söylemek mümkün görünmemektedir. Ayrıca, başvuru konusu olayda özel hayata saygı hakkı ile bağlantılı olarak incelenen eşitlik ilkesinin ihlal edilmediğine karar verilmesi gerekir.*”

Mahkemenin oy çokluğuyla verdiği karara karşı, sayın Engin Yıldırım tarafından kaleme alınan karşı oy yazısındaki ifadeler ise oldukça önemli ve isabetlidir. Bu ifadelere aynen yer vermek istiyoruz: “*LGBTİ+ insanları ve topluluğu tıpkı diğer insanlar gibi eşit ilgi ve saygıya, haysiyete layık olup, ötekileştirme, yok sayılma ve ayrımcılığa karşı anayasal güvencelerden herkes gibi yararlanabilmelidir. Anayasada devletin resmi cinsel yönelimi*

yoktur ve devlet tüm cinsiyetler, cinsel kimlikler, cinsiyet kimlikleri ve cinsel yönelimler karşısında eşit ve tarafsız kalmalıdır. LGBTİ+ bireylerin ülkemizde gerek devlet katında gerek özel, sivil, kamusal alanda ayrımcı muamelelerle karşılaştıkları, ‘sapık’, ‘sapkın’, ‘ahlaksız’, ‘edepsiz’, ‘hasta’, ‘ıffetsiz’, ‘huzur bozucu’ gibi nitelermeler, suçlamalar ve ithamlar altında büyük zorluklarla gündelik hayatlarını sürdürmeye çalıştıkları inkâr edilemez bir toplumsal ve hukuki gerçeklik olarak karşımıza çıkmaktadır. Anayasamızda geçen ‘herkes’ ve ‘kişi’ kavramları belli bir cinsel yönelimi işaret etmemektedir. Farklı cinsel yönelimli kişilerin ‘herkes’ kapsamında yer alan hak özneleri olarak hak ve özgürlüklerden ayrımcılık gözetilmeksizin yararlanmaları insan haklarına saygılı sosyal hukuk devletinin bir gereğidir. İnsanların hayatlarını nasıl yaşamak istedikleri konusunda tercih hakkına sahip olmaları en doğal hakları arasındadır. İnsanın öz saygı gereğince kendini gerçekleştirme, geliştirme ve kendi kaderini tayin etme imkân ve fırsatlarına sahip olması insan haysiyetinin önemli bir parçasını oluşturmaktadır. Herkes kendi varoluşunu tanımlamada eşit kişisel özerklik ve özgürlüğe sahiptir. Özerk bir bireyden, farklı muamele kaynaklı ayrımcılıktan kurtulmak için kişiye sıkı surette bağlı bir kişilik hakkı olan ve kişiliğinin önemli ve ayrılmaz bir parçasını oluşturan cinsel yönelimini inkâr etmesini veya değiştirmesini beklememeliyiz. Somut başvuruda başvuruçunun aynı veya benzer konumda olan emsallerinden farklı olarak yeniden atanma talebinin kabul edilmemesinin en nihayetinde cinsel yöneliminden kaynaklanması farklı bir muamelenin varlığına işaret etmektedir. Bu muamele nesnel ve makul gerekçe ve bulgulara dayanmamakta, demokratik toplum düzeni açısından acil ve baskılayıcı toplumsal ihtiyacı karşılamamakta, bireyin menfaati ile kamu menfaati arasında birincisi aleyhine ağır sonuçlara yol açan ölçüsüz bir müdahaleye neden olmaktadır.”

d. İşçilerin İşyerinde Din ve Vicdan Özgürlüğünün Korunması

aa. Genel Olarak Din ve Vicdan Özgürlüğü

İnsan hakları hukukunun 21. yüzyılda karşılaştığı en büyük zorluklardan bir tanesi, dini inanışların, hangi koşullarda ve nasıl liberal, seküler ve farklı etnik, dini, cinsel kökenlere sahip bireylerden oluşan çok kültürlü demokratik toplumlarla bağdaştırılacağı meselesidir.¹⁴⁶⁸ Demokratik bir toplumda, kişilerin din ve vicdan özgürlüklerinin güvence altına alınması demokratik çoğulculuk anlayışının korunması ve geliştirilmesi açısından oldukça büyük önem taşımaktadır.¹⁴⁶⁹ Öyle ki, din ve vicdan özgürlüğü hem uluslararası belgelerde hem de ulusal hukuk tarafından düzenlenmiş ve kişinin temel hak ve özgürlüklerinden birisi olarak belirtilmiştir.

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 18. maddesine göre, “Herkesin düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne hakkı vardır. Bu hak, din veya inancını değiştirme özgürlüğünü, dinini veya düşüncesini tek başına veya topluca açık olarak veya özel surette öğrenim, uygulama, ibadet ve dinsel törenlerle açığa vurma özgürlüğünü içerir.” Benzer bir düzenleme, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin “Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü” kenar başlıklı 9. maddesinde düzenlenmektedir. Sözleşmenin 9. maddesine göre, “⁽¹⁾ Herkes düşünce, din ve vicdan özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, din veya inancını değiştirme özgürlüğünü, din veya inancını tek başına veya topluluk halinde, aleni veya gizli olarak ibadet etme, öğretme, uygulama ve gereklerine uyma şeklinde açığa vurma özgürlüğünü de içerir. ⁽²⁾ Bir kimsenin din veya inanacını açığa vurma özgürlüğü ancak, kamu güvenliği, kamu düzeninin korunması, genel sağlık ve genel ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla, hukukun öngördüğü ve demokratik bir toplumda gerekli sınırlamalara tabi tutulabilir.”

¹⁴⁶⁸ Wintemute, 223.

¹⁴⁶⁹ Ağırbaşı, 84.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine ek olarak, Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin 18. maddesi, herkesin, düşünce, vicdan ve inanç özgürlüğü hakkına sahip olduğunu düzenlemektedir. Düşünce, vicdan ve din özgürlüğü, Sözleşmeye göre “*demokratik bir toplumun*” temellerinden birisini oluşturmaktadır. Bu özgürlük, sadece dini boyutu açısından inananların kimliğini ve yaşam görüşlerini oluşturmamakta aynı zamanda ateistler, agnostikler, septikler ve kayıtsızlar açısından da güvence görevini üstlenmektedir.¹⁴⁷⁰ Sözleşmenin 9. maddesinin ihlaline yönelik iddialar genellikle ayrımcılık yasağının düzenlendiği 14. maddeyle birlikte ele alınmaktadır.¹⁴⁷¹

Sözleşmenin 9. maddesi, kişilerin hem içsel (forum internum) hem de dışsal (forum externum) yönüne ilişkindir. Özgürlüğün içsel alanı olarak da ifade edilen forum internum, kişinin dilediği inanca sahip olma, inancını değiştirme ve inancını açıklamaya zorlanmama haklarından oluşmaktadır. Forum externum olarak nitelendirilen dışsal yönü ise, kişilerin tek başına veya topluca, din ve inancını açıklama özgürlüğünü ifade etmektedir. Sözleşmenin 9. maddesinin 2. fıkrasında yer alan sınırlama nedenleri, kişinin dışsal alana taşıdığı din ve inancını açığa vurma açısından geçerlidir.¹⁴⁷²

Din ve vicdan özgürlüğü, Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 24. maddesinde düzenlenmektedir. Anayasanın 24. maddesine göre, “⁽¹⁾ Herkes, vicdan, dini inanç ve kanaat hürriyetine sahiptir. ⁽²⁾ 14. maddde hükümlerine aykırı olmamak şartıyla ibadet, dini ayin ve törenler serbesttir. ⁽³⁾ Kimse, ibadete, dini ayin ve törenlere katılmaya, dini inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; dini inanç ve kanaatlerinden dolayı kınanamaz ve suçlanamaz (...)” Gerek Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 9. maddesinde gerek Anayasanın 24. maddesinde hakkın süjesi, “herkes” olarak ifade edilmiştir. Dolayısıyla,

¹⁴⁷⁰ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 9. Madde Rehberi, 10.

¹⁴⁷¹ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 9. Madde Rehberi, 8; **Wintemute**, 225.

¹⁴⁷² **Çetin**, Çalışanların Hakları, 276-278; **Doğru**, 168-169.

Anayasa bir sınırlamaya gitmediği sürece, bu öznenin kanun, cumhurbaşkanlığı kararnameleri, yönetmelik, talimat vb. ile daraltılması, Anayasaya aykırıdır.¹⁴⁷³

Din ve vicdan özgürlüğü sadece devlete karşı değil, diğer kişilerin yapacağı haksız müdahalelere karşı da korunmalıdır. Bu bağlamda, işçilerin din ve vicdan özgürlüğüne saygı duyulması ve bu özgürlüğün güvence altına alınması gerekliliği, kişisel bağımlılığın oldukça yoğun olduğu iş ilişkilerinde özellikle önem taşımaktadır. Bir iş ilişkisinde sosyal güç olarak nitelendirdiğimiz işveren karşısında, işçinin hem içsel hem de dışsal boyutuyla dini ve vicdani özgürlüklerini yaşaması çeşitli çatışmaları da beraberinde getirmektedir.

Konumuz açısından tartışılması gereken iki husus; işverenin, işçinin işyerinde dini semboller kullanması ile dini ritüellerini yerine getirmesine yönelik talimatlarıdır. Ayrıca, “*işçinin dini ve vicdani nedenlerle işverenin talimatlarına uymayı reddetme hakkının olup olmadığı*” sorusunu, çalışmamızın üçüncü bölümünde ele alacağımız için¹⁴⁷⁴, bu başlık altında sadece bu iki konuya değineceğiz.

bb. İşçilerin İşyerinde Din ve Vicdan Özgürlüğüne İlişkin Haklarının Kullanılmasının Organizasyonuna Yönelik Talimatlar

İşçinin, diğer temel hak ve özgürlükleri gibi din ve vicdan özgürlüğünün de işverenin haksız müdahalelerine karşı korunması gerekmektedir. İşçinin, işyerinde ve çalışma saatleri içinde dini ve vicdani inanışının bir gereği olarak giyinmek, semboller kullanmak veya bazı dini uygulamaları yerine getirmek istemesi, işverenin işletmesine dair menfaatleriyle çatışabilir. İşverenin, işçinin iş görme edimini yerine getirmesi veya işyerindeki davranışlarını

¹⁴⁷³ Tokuzlu, 340.

¹⁴⁷⁴ Bkz. § 6, II, B, 2.

düzenleme amacıyla yönelttiği talimatlar, işçinin din ve vicdan özgürlüğüyle karşı karşıya geldiğinde, bu çatışmada adil bir dengenin bulunması gerekmektedir.

İş ilişkisinde işçilerin, dini ve vicdani inanışlarını açıklaması konusunda getirilecek bir yasaklama veya zorunluluk kural olarak din ve vicdan özgürlüğünün ihlali sonucunu doğuracaktır. Ancak, belirli şartlarda, işçinin din ve vicdan özgürlüğüne yapılan müdahaleler meşru bir gerekçeye dayanması koşuluyla geçerli kabul edilmektedir. Nitekim, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 9/2, belirli şartlar altında, müdahale ve sınırlandırmaya izin vermektedir.¹⁴⁷⁵ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine göre, çalışanların tutum ve davranışlarının, işin yerine getirilmesine doğrudan ve açık bir etkisi bulunmadığı sürece, işverenin dini, ahlaki ve etik değerlerine uyuşmadığı gerekçesiyle, işçinin işten çıkarılması, Sözleşmeye aykırılık oluşturmaktadır.¹⁴⁷⁶

İşveren, işyerinde işçilerin dini inanç ve görüşlerini yansıtan kıyafet giymelerini veya aksesuar kullanmalarını sınırlandırabilir. Ancak, işçinin dış görünüşüyle, din ve vicdan özgürlüğünü dışa vurmasını sınırlandırmanın mutlaka meşru bir gerekçesi olmalı ve bu sınırlama işin niteliği ve gereklerinden kaynaklanmalıdır. Diğer bir anlatımla, işin görülmesi için zorunlu olan talimatlara işçi uymakla yükümlüdür.

İşçilerin temel hak ve özgürlüklerinden biri olan din ve vicdan özgürlüğü ile işverenin menfaatlerinin çatıştığı pek çok hukuki sorun, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin de önüne taşınmaktadır. Mahkeme, işverenin, işçinin dini inanç ve görüşlerini yansıtan dış görünüşüne yönelik talimat verme hakkının sınırlarını; ölçülülük ilkesi, meşru gerekçelere dayanma, işin niteliği ve gerekleri açısından özellik gösterme, demokratik toplum gerekleri ve adil dengenin sağlanması ölçütlerini kullanarak çizmektedir.

¹⁴⁷⁵ Çetin, Çalışanların Hakları, 314.

¹⁴⁷⁶ Mantouvalou, Human Rights and Unfair Dismissal, 936.

Bu bağlamda, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 2013 yılında verdiği *Eweida* kararı özellikle değerlendirilmelidir.¹⁴⁷⁷ Uyuşmazlık konusu olayda, özel bir hava yolu şirketi olan British Airways'te, bilet kontrolörü olarak çalışan başvuru, üniformasının üstüne inancının bir gereği olduğuna inandığı haç işareti olan kolyeyi takarak işe gelmektedir. Şirketin kılık-kıyafet yönetmeliğine göre ise, çalışanların üniformaları dini aksesuar veya giysilerle kapatılmamalıdır. Eweida, işyerinde bir daha boynunda haç işaretli kolye takmaması yönünde uyarılmasına rağmen, işe bu şekilde gelmeye devam etmiştir. İşverenlik, başvuruya, haç işaretli kolye takmaktan vazgeçene kadar işe gelmemesini belirtmiş ve bu süreçte işçiye herhangi bir ödeme yapmamıştır.

Şirket, her ne kadar, olayın duyulmasının ardından kamuoyunda yaşanan tepkiler sonrasında dini aksesuar ve giyime ilişkin politikasını değiştirse ve başvuru, işe kolyeyle gelmesini kabul etse de, işçiye, çalışmadığı sürenin ücretini ödemeyi reddetmiştir. Bayan Eweida, çalışmadığı süreye ilişkin ücretin kendisine ödenmesi amacıyla açtığı dava İngiliz İş Mahkemeleri tarafından reddedilip kesinleşince, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine, Sözleşmenin 9. maddesinin ve 9. maddeyle bağlantılı olarak 14. maddenin ihlal edildiği iddiasıyla başvurmuştur.

Mahkeme yaptığı inceleme sonucunda, başvuru, işyerinde mütevazı bir haç takmasının, üniforması veya profesyonelliği üzerinde olumsuz bir etki yaratmadığına karar vermiştir. Mahkemeye göre, ulusal mahkemeler, başvuru, din ve vicdan özgürlüğünü dışa vurma hakkı ile işverenin menfaatleri arasında adil bir denge kuramamıştır. Ayrıca, işyerinde türban ve başörtüsü gibi dini kıyafetlerin giyilmesine önceden verilen izin, şirketin toplumdaki imajına olumsuz etkilerini gösteren herhangi bir kanıt da bulunmamaktadır. Mahkeme, işçinin temel hak ve özgürlükleri karşısında işverenin menfaatlerine ağırlık verilmesini, ölçsüz bulmuş ve Sözleşmenin 9. maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir.

¹⁴⁷⁷ AİHM, *Eweida and Others v. The United Kingdom*, Başvuru No: 48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10, 27.05.2013, (www.hudoc.echr.coe.int.).

İşyerinde dini semboller takılması ve dini kıyafetler giyilmesi konusunda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin verdiği bir diğer karar ise, *Chaplin v. UK* davasına ilişkindir.¹⁴⁷⁸ Uyuşmazlık konusu olayda, bir hastanenin geriatri servisinde hemşire olarak çalışan başvurunun işvereni, başvurucuya, işyerinde haç işaretli kolye takmaması yönünde talimat vermiştir. Başvurucu, boynundaki haç kolyesini çıkarmanın inancına aykırı olduğunu düşündüğü için bu talimata uymayı reddetmiştir.

İşveren, başvurunun talimata uymamakta ısrarcı olması sonucu, Bayan Chaplin'i hemşirelik dışında geçici bir göreve vermiştir. Bayan Chaplin, doğrudan ve dolaylı şekilde ayrımcılığa uğradığı iddiasıyla dava açmışsa da, bu davası, işverenin talimatının iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin bir gereği olduğundan hareketle reddedilmiştir. Bu karar üzerine, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvuran Bayan Chaplin, Sözleşmenin 9. ve bununla bağlantılı olarak 14. maddesinin ihlal edildiği ileri sürmüştür.

Ancak, Mahkeme, her ne kadar haç takmanın başvurunun dini inancını dışa vurma şekli olduğunu kabul etse de, burada, taraflar arasında bir menfaat dengelemesine gitmiştir. Mahkeme, başvurunun boynuna taktığı haccın, hastaları yaralama veya açık bir yaraya temas etme riski olduğuna ve bu nedenle, hastanedeki iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin korunmasının daha ağır bastığına karar vererek, Sözleşmenin 9. maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, dini kıyafetler ve semboller kullanmak yoluyla din ve vicdan özgürlüğünün açığa vurulmasını da, Sözleşmenin 9. maddesi kapsamında korunması ve güvence altına alınması gerektiğini belirtmekte; bununla birlikte, bu özgürlüğünün, işyerinde ölçülülük ilkesi gözetilerek iş sağlığı ve güvenliği nedenleriyle veya işverenin tarafsız görünme isteğiyle sınırlandırılabilirliğini kabul etmektedir.¹⁴⁷⁹

¹⁴⁷⁸ AİHM, *Eweida and Others v. The United Kingdom*, Başvuru No: 48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10, 27.05.2013, (www.hudoc.echr.coe.int.).

¹⁴⁷⁹ **Vickers**, 240.

İşyerinde dini semboller kullanılmasının işverenin talimatıyla yasaklanıp yasaklanamayacağı ve eğer yasaklanırsa bu durumun din ve vicdan özgürlüğü ile ayrımcılık yasağını ihlal edip etmediği konusunda pek çok uyuşmazlık Avrupa Adalet Divanının önüne de taşınmaktadır. Bunlardan, *Achbita ve Bougnaoui kararları* üzerinde kısaca durmak istiyoruz.

Müslüman bir işçi olan Bayan Achbita, Belçika’da özel bir şirkette resepsiyonist olarak çalışmaktadır. İşyerinde, işçilerin, politik, felsefi ve dini inançlarını yansıtan görünür simgeler takmayacaklarına dair yazılı olmayan bir kural vardır. Ancak, Achbita, 2006 yılının Nisan ayında, işveren vekillerine, bundan sonra işyerinde ve çalışma süreleri içinde, dini inancının bir gereği olduğuna inandığı başörtüsünü takacağını bildirmiştir. İşverenlik, işçinin bu talebini, işyerinin tarafsız görünmesini istedikleri gerekçesiyle reddetmiş ve başörtüsü takmaması yönünde işçiyi uyarmıştır.

İşverenlik daha sonra bu yazısız kuralı, bir işyeri iç yönetmeliği haline dönüştürmüştür. Bu duruma karşın, işçi, işe başörtüsüyle gelmeye devam edince de iş sözleşmesi feshedilmiştir. İşçinin, feshe karşı yaptığı itirazlar, ilk derece mahkemelerince reddedilmesi üzerine, konu Belçika Temyiz Mahkemesine taşınmış ve Yüksek Mahkeme, Avrupa Adalet Divanına 2000/78/EC Sayılı Direktifin yorumuyla ilgili bir ön sorun iletmıştır. Avrupa Adalet Divanı, işyerinde her türlü politik, felsefi ve dini semboller kullanılmasının yasak olduğundan hareketle Achbita’ya karşı doğrudan ayrımcılık yapılmadığına hükmetmiştir. Bununla birlikte, Adalet Divanı, davacı işçiye karşı dolaylı bir ayrımcılık yapıp yapılmadığının tartışılması gerektiğini belirtmiştir.

Divan, bu noktada, işverenin müşterilere tarafsız görünmek istemesi gibi meşru bir amacının olmasını ve bunu sistematik bir biçimde uygulamasını, ölçülülük ilkesine aykırılık olarak değerlendirmemiştir. Ayrıca, Divan, işverenin, feshin son çare olma ilkesine uygun olması açısından; dini semboller kullanan işçilerin -işyerine ek bir yük getirmemek şartıyla-

müşterilerle temas etmeyecek görevlere getirilmesinin mümkün olup olmadığının değerlendirilmesini; bu yöndeki bir yasağın ise, sadece müşterilerle temas eden işçilerle sınırlı biçimde uygulanması gerektiğini belirtmiştir.¹⁴⁸⁰

Avrupa Adalet Divanının önüne gelen bir diğer olayda ise, Bayan Bougnaoui, Fransa'da özel bir firmada dizayn mühendisi olarak çalışmakta ve farklı firmalara müşteri ziyaretlerine giderken başörtüsü kullanmaktadır. İşverenlik, Bayan Bougnaoui'ye, müşterilerin, başörtüsünden rahatsız olduğunu ve bu nedenle, müşteri ziyaretlerinde başörtüsü takmaması yönünde talimat vermiştir. İşverenliğe göre, bu husus Avrupa Birliği'nin 2000/78/EC sayılı Direktifinin 4. maddesinin 2. fıkrasına göre, işin yürütümü açısından belirleyici bir mesleki gereklilik oluşturmakta ve dolayısıyla, ayrımcılık yasağına aykırılık teşkil etmemektedir.

Avrupa Adalet Divanı ise, müşterilerden gelen rahatsızlık veya taleplerin, Direktifin 4. maddesi uyarınca, esaslı ve belirleyici bir gereklilik oluşturmayacağını belirtmiştir.¹⁴⁸¹ Avrupa Adalet Divanı, Bougnaoui kararında, açık ve net bir biçimde, müşterilerden gelen ve subjektif değerlendirmelere dayalı talep veya şikayetlerin, işin yürütümü açısından esaslı ve belirleyici bir gereklilik olmadığına karar vermiştir.

Bununla birlikte, Divan, Achbita kararından farklı bir yaklaşım takip ederek, işverenin politik, felsefi ve dini açıdan tarafsız görünme isteğini, işverenin işi yürütümü açısından karar verme özgürlüğü (Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesi m. 16) kapsamında değerlendirmiştir.¹⁴⁸²

¹⁴⁸⁰ ABAD, *Samira Achbita and Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v G4S Secure Solutions NV*, C-157/15, 14.03.2017, (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62015CJ0157>).

¹⁴⁸¹ ABAD, *Asma Bougnaoui and Association de défense des droits de l'homme (ADDH) v Micropole SA*, C-188/15, 14.03.2017, (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62015CJ0188>).

¹⁴⁸² Avrupa Adalet Divanının yaklaşımının, ulusal mahkemelere, işyerinde dini kıyafet giyilmesi ve bu bağlamda din ve vicdan özgürlüğünün korunması ve ayrımcılık yasağı kapsamında yeterli ölçüde yol gösterici olmadığı konusunda isabetli eleştiriler için bkz. **Vickers**, 251-254.

Avrupa Adalet Divanının yukarıda bahsettiğimiz iki kararından -özellikle tartışmalı ve bizce açık olmayan Achbita kararı- sonra, konunun daha açık ve farklı perspektiflerden tartışıldığı ve Avrupa Adalet Divanına yol göstermesini umduğumuz 2018 tarihli Nürnberg Eyalet İş Mahkemesinin verdiği bir karar üzerinde durmak istiyoruz.¹⁴⁸³

Dava konusu olayda, ülke çapında perakende ürün satan bir firmada satış temsilcisi ve kasiyer olarak çalışan davacı kadın (Müslüman) işçi, işverenin işe başörtüsüyle gelmemesi yönünde verdiği talimatın geçersiz olduğunun tespiti talebiyle mahkemeye başvurmuştur. Davacı işçi, iş sözleşmesini imzaladığı tarihte başörtüsü takmazken, doğum izninden döndükten sonra başörtüsü takmaya başlamıştır. Davalı işveren, işyerinin politik, felsefi ve dini açıdan tarafsızlığını tehlikeye soktuğu düşüncesiyle, işçiye, başörtüsü takmaması yönünde talimat vermiş ve işe bu şekilde gelmeye devam ederse, iş akdinin sonlandırılacağı uyarında bulunmuştur.

Davacı işçinin, talimatın geçersizliğinin tespiti talebiyle açtığı davada, Nürnberg Eyalet İş Mahkemesi, davacının iddiasını haklı bulmuş ve talimatın geçersizliğine karar vermiştir. Eyalet İş Mahkemesinin kararında öncelikle, Avrupa Adalet Divanının Achbita ve Bougnaoui kararlarına değinmiştir. Mahkemeye göre, Achbita ve Bougnaoui davalarındaki koşullarla, Mahkemenin önüne gelen uyuşmazlığa konu olaylar birbirinden farklıdır. İşverenin dayandığı meşru gerekçelerin, sınırlı ve katı bir biçimde olaya özgü değerlendirilmesi gereklidir. Ancak, Mahkemenin önüne gelen uyuşmazlıkta, işverenin ekonomik açıdan zor bir duruma düşeceği yönünde herhangi bir emare bulunmamaktadır.

Eyalet İş Mahkemesinin değerlendirmesine göre, dini inanışlarının ışığında yaşamak isteyen Müslüman kadın işçilerin, işyerinde karşılaştıkları bu tip durumların din ve vicdan

¹⁴⁸³ LAG Nürnberg, 27.03.2018-7 Sa 304/17, (www.beck-online.beck.de). Eyalet Mahkemesinin verdiği bu karar, Alman Federal İş Mahkemesinin de önüne taşınmıştır. Federal İş Mahkemesi ise 30.01.2019 tarihli kararıyla, Avrupa Adalet Divanına, işyerinde din nedeniyle doğrudan ve dolaylı ayrımcılık yapılmaması konusunda ilgili mevzuatın (özellikle 2000/78/EC) nasıl yorumlanması gerektiği konusunda sorular yöneltmiştir. Avrupa Adalet Divanı konu hakkındaki kararını henüz vermemiştir. Alman Federal İş Mahkemesinin konuya ilişkin kararı için bkz. BAG, 30.01.2019- 10 AZR 299/18 (A), (www.beck-online.beck.de).

özgürlüğü ile ayrımcılık yasağı kapsamında irdelenmesi gereklidir. Mahkemeye göre, işverenin politik, felsefi ve dini açıdan tarafsız görünme isteği, meşru bir nedene dayanmamaktadır. İşverenin meşu bir nedeni olsaydı veya işveren bunu ispat edebilseydi verdiği talimatın geçerliliği irdelenebilirdi. Ancak, olayda, işveren, meşru bir nedeni olduğunu kanıtlayamamıştır.

Davacı işçi, zaten ülke çapında faaliyet gösteren bir perakende mağazasında çalışmaktadır. Bu mağazadan sadece başı açık müşteriler değil, başörtüsü kullanan müşteriler de hizmet almaktadır. Davacı satış temsilcisi ve kasiyer olsa da, müşterilerle fiziki teması yok denecek kadar azdır. Dolayısıyla, davacının inancı gereği el sıkışmama veya erkek müşterilerle konuşmama vs. gibi bir tavrı veya isteği de bulunmamaktadır. Burada davacı işçi, kendi inancı gereği, kendisine verilen görevi yapmayı reddetmemektedir. Böyle bir durum olsaydı, kişinin kendi inancını başkalarına dayatma durumu söz konusu olabilirdi. Fakat, olayda, davacı işçi, yaptığı işi başörtüsü takarak aynı şekilde yerine getirmek istemektedir.

İşveren, politik, felsefi ve dini açıdan tarafsız görünmek isteyebilir. İşverenin bu yöndeki isteği girişim özgürlüğü kapsamındadır. Bir tarafta işverenin girişim özgürlüğü diğer tarafta ise işçinin din ve vicdan özgürlüğü bulunmaktadır. Ancak, temel haklar arasında bir sıralama bulunmamaktadır. Dolayısıyla, her somut olayda menfaat karşılaştırılması yapılmalıdır. Din ve vicdan özgürlüğü, Alman Anayasasının 4. maddesinde düzenlenmektedir. Federal Alman Anayasa Mahkemesinin yerleşik içtihatlarına göre, din ve vicdan özgürlüğü, bir inanca sahip olma, olmama, inançtan vazgeçme, inancını açığa vurma hakkını içermektedir. Dolayısıyla, başörtüsü takan Müslüman kadınlar, Anayasanın 4. maddesi uyarına, din ve vicdan özgürlüklerinin güvence altına alınmasını talep etme hakkına sahiptirler.

Mahkemelerin görevi, bu inancın gereklerinin yerinde olup olmadığını sorgulamak değildir. Farklı inançlara sahip kişilerin birlikte yaşadığı demokratik ve çoğulcu toplumlarda

ise kişilerin kendilerine yabancı dini sembol veya uygulamalardan kaçınma/bunları yok sayma hakkı bulunmamaktadır. Şüphesiz ki, bir iş ilişkisi içinde işin yürütümü açısından gerekli ve belirleyici olan esaslara uyulması önemlidir. İşin yürütümünün engellenmemesi temeldir. Ancak, dava konusu olayda böyle bir durum söz konusu değildir. İşverenin menfaatiyle işçinin temel hak ve özgürlüğünün çarpıştığı bu noktada, işçinin temel hakkı olan din ve vicdan özgürlüğüne ağırlık verilmesi gereklidir.

Bunların yanı sıra, işveren talimat verme hakkını GewO § 106 uyarınca hakkaniyete uygun takdir yetkisine göre kullanmalıdır. Hakkaniyete uygun takdir yetkisinin belirlenmesinde, işçinin temel hakları da gözetilir. İşveren, burada talimat verme hakkını hakkaniyete uygun şekilde kullanmamıştır. Dolayısıyla, dava konusu olayda, işverenin talimatı geçersizdir.¹⁴⁸⁴

İşyerinde dini kıyafetler giyilmesi ve dini semboller kullanılması ülkemizde de çeşitli uyuşmazlıklara konu olmaktadır. Yukarıda da detaylı olarak açıkladığımız üzere, işveren, iş sağlığı ve güvenliği gerekleri, mal ve hizmet üretiminde hijyenin sağlanması ve gerçek ve belirleyici mesleki gereklilik nedenlerine dayanarak işçilerin dış görünüşlerine ilişkin konularda talimat verme hakkına sahiptir. İşveren, ayrıca, işyerinde ekip ruhunun sağlanması ve müşterilerle çalışanların birbirinden ayrılması amacıyla işyerinde tek tip kıyafet (üniforma) giyilmesi yönünde de talimat verebilir.

İşveren, müşterilerle temas içinde olan işçilerin, şirket imajını temsil ettikleri gerekçesiyle dış görünüşlerine de müdahale etme eğilimindedir. İşverenin, işçilerin dış görünüşüne ilişkin verdiği talimatların, dürüstlük kuralına ve ölçülülük ilkesine uygun olması ve meşru gerekçelere dayanması koşuluyla hukuka uygun olduğu kabul edilmektedir. Ancak, işverenin, işçinin dış görünüşüne ilişkin verdiği talimatlar, işçinin din ve vicdan özgürlüğüyle

¹⁴⁸⁴ Alman hukukunda örneğin, işverenin, işçinin burka giymesi nedeniyle iş akdini feshetmesinde, işçinin yüzünün görünmediği ve bu durumun güvenlik ve iletişim gibi konularda sorunlara yol açtığı gerekçesiyle işverenin menfaatinin ağır bastığı kabul edilmektedir. Bu konuda ayrıca bkz. **Brose/ Greiner/Preis**, Rn. 368.

çatışabilir. Özellikle, işverenin müşterilere karşı tarafsız görünme isteği, bu çatışmayı derinleştirebilir. İşçinin din ve vicdan özgürlüğüyle, işverenin menfaatlerinin çatıştığı noktada menfaat karşılaştırılması yapılması gerekmektedir.

Yargıtayın önüne gelen bir uyuşmazlıkta, bir mağazada kasiyer olarak çalışan davacı, işe girdiğinde işverenin talimatıyla, mağazada çalışan diğer işçiler gibi, iş kıyafeti olan üzerinde mağazanın markası bulunan tişörtü giymektedir. İşyerinde tek tip kıyafet uygulamasının nedeni, müşterilerle çalışanların kolaylıkla ayırt edilmesidir. Davacı işçi, daha sonra başörtüsü takmaya karar vermiş ve bunun üzerine mağazanın kendisine verdiği iş kıyafeti olan tişörtü giymeyi reddetmiştir.

Davacı ve davalı tanıklarının beyanlarına göre, işverenlik, işçinin başörtüsü takmasına yönelik herhangi bir itirazda bulunmamış, işçinin kısa kollu olan tişörtünün altına uzun kollu bluz giymesine de izin vermiştir. Ancak, davacı işçi, bu şekilde giyinmeyi de reddetmiştir. İşveren, uyarılara uymayan ve üniformayı giymeyen işçinin iş akdini, işyerinde olumsuzluğa yol açtığı gerekçesiyle haklı nedenle feshetmiştir. Yüksek Mahkemenin yaptığı değerlendirmeye göre, “Gerçekten tüm personel söz konusu iş kıyafetini giyerken davacının bunu giymemesi, müşteriler açısından davacının mağaza çalışanı mı müşteri mi olduğu noktasında duraksamaya yol açabileceği gibi, diğer personel bunu yerine getirirken davacının buna aykırı hareket etmesi çalışanlar arasında uyumsuzluğa, çalışma barışının bozulmasına da yol açabilecektir. Davacının söz konusu davranışının işyerinde olumsuzluğa yol açtığı işyeri uygulaması haline gelen kıyafet giyme zorunluluğuna uyulmadığı açık olup fesih geçerli nedene dayanmaktadır. Her ne kadar davalı taraf haklı feshe dayanmışsa da, davacının söz konusu işyeri kıyafetini giymesi asli görev kapsamında

değerlendirilemeyeceğinden fesih haklı fesih ağırlığında olmamakla birlikte geçerli nedene dayanmaktadır.”¹⁴⁸⁵

Dava konusu olayda, işverenin, işin gereği olarak işçilere tek tip kıyafet giymeleri konusunda talimat vermesi geçerlidir. Zira işverenin, müşterilerle çalışanların rahatlıkla birbirinden ayırt edilebilmeleri amacıyla verdiği bu talimat meşru bir gerekçeye dayanmaktadır. Ancak, işçi bu talimata, kendisine önerilen, üniformanın altına uzun kollu bluz giymesi yönündeki öneriye rağmen uymayı reddetmiştir. Bu noktada işçinin kendi inancını ve değerlerini başkalarına dayatma isteği gündeme gelebilir. Ancak, işverenin, kanımızca, bu noktada, fesihten önce, işçinin arka planda yani, müşterilerle temas etmeyecek bir biçimde çalışma ihtimali olup olmadığını da araştırması gerekirdi. İşveren, yaptığı bu değerlendirme sonrasında, işçinin başka bir pozisyonda çalışması mümkün değilse, son çare olarak fesih seçeneğine başvurmalıydı.

Yargıtayın önüne gelen bir başka uyuşmazlıkta ise, bir katılım bankasının Arge-bilgi teknolojileri bölümünde proje yöneticisi olarak çalışan davacının iş akdi, işverenin, sakalını kesmesi yönündeki talimatına uymadığı gerekçesiyle, geçerli nedenle feshedilmiştir. Davacı işçi, islami yaşam biçimine uygun olduğunu ve dini vecibelerini rahatlıkla yerine getirebileceğini düşündüğü için katılım bankasında çalıştığını, işyerinde bazı çalışanların sakallı bir biçimde işe geldiğini ve onlara karışılmadığını, ayrıca, iş sağlığı ve güvenliği gibi bir nedenin de olayda mevcut olmadığını ileri sürerek, feshin geçersizliğinin tespitine ve işe iadesine karar verilmesi amacıyla dava açmıştır.

Taraflar arasında akdedilen iş sözleşmesinde, işyerinde sakal bırakılıp bırakılmayacağına dair bir düzenleme yer almamakla birlikte, iş sözleşmesinin “Özel Şartlar”

¹⁴⁸⁵ Y9HD, 02.03.2017, E. 2016/5475, K. 2017/2968, Çalışma ve Toplum, 2017/4, 2249-2254. Kararın değerlendirmesi için bkz. **Dulay Yangın**, Dini Semboller, 2063-2064. Yazar, feshe son çare olma ilkesinden hareket edilmesini ve işçiye müşterilerle temasta olmayacağı bir görevin verilme ihtimalinin olup olmadığının araştırılması gerektiğini ifade etmektedir. **Caniklioğlu**, Değerlendirme 2017. Yazara göre, dava konusu olayda işveren, feshin son çare olma ilkesini gözardı etmiştir. İşverenin işçilere iki farklı iş kıyafeti sunması daha isabetli bir yaklaşım olabilirdi.

başlıklı 11. maddesinde, “İşçi, işyerinde çalışma mevzuatı ve işveren tarafından çıkartılmış ve çıkartılacak yönetmelik, genelge, sirküler talimat vb. gibi düzenlemelere uymayı kabul ve taahhüt eder” şeklinde düzenleme bulunmaktadır. İşveren, iş ilişkisi süresince, işyerinde sakal bırakılmaması yönünde gelen bir duyuru yapmıştır. Ancak, işçi bu duyuruya ve kendisine yapılan uyarılara rağmen sakalını kesmeyi reddetmiştir.

Yüksek Mahkeme, davacının bu davranışıyla iş ilişkisinin olumsuz bir biçimde etkilendiğini ve iş ilişkisinin sürdürülmesinin işverenden beklenemeyeceğinin anlaşıldığından hareketle, feshin geçerli nedene dayandığını kabul etmiştir.¹⁴⁸⁶ Kanımızca, Yüksek Mahkemenin verdiği karar isabetli değildir. Dava konusu olayda, davacı işçi, dini ve vicdani inanışlarını dışa vurma amacıyla sakal bırakmıştır. Dolayısıyla, uyuşmazlıkta, davacı işçinin din ve vicdan özgürlüğü karşısında, işverenin ekonomik menfaatleri çatışmaktadır. Ancak, olayda, işverenin menfaatlerine üstünlük tanınmasını gerektirecek, iş sağlığı ve güvenliği gerekleri¹⁴⁸⁷, hijyen, işin yürütümü açısından esaslı ve belirleyici mesleki gereklilik vb. gibi haller bulunmamaktadır.

¹⁴⁸⁶ Y9HD, 21.12.2017, E. 2016/32606, K. 2017/21996, **Dulay Yangın**, Dini Semboller, 2049-2053.

¹⁴⁸⁷ “Davalı işveren, Şirketlerinin elektronik kart üreten bir firma olduğunu, üretim kapsamında yapılan işlerde kıyafetlerin sağlık ve iş güvenliği açısından üretime uygun olması gerektiğini, çalışanlarının üretim sahasına girerken sağlık sebebiyle özel önlük giymek ve ayakkabılarının dışına topuk bandı takmak zorunda olduğunu, aynı şekilde başörtüsü kullanmak istenmesi halinde de Şirketin verdiği bonelerin kullanılmasının zorunlu olduğunu savunmuş ve İş sözleşmesinin eki niteliğindeki şirket iç yönetmeliğini sunmuştur. Yönetmeliğin; 5. maddesinde personelin kıyafet prosedürünün düzenlenmiş ve ‘5.2. üniforma uygulaması’ başlıklı kısmında ‘üretim personelinin iş güvenliği ve sağlık kuralları çerçevesinde zorunlu alanlar içerisinde belirlenen üniformaları giyeceği, bu kapsamda önlük uygulamasının kıyafetin üzerine giyilmek suretiyle gerçekleştirileceği ve bu üniformaların üzerine hırka, kazak v.b. giyilemeyeceği, ayrıca şirket tarafından belirlenmiş bone modeli dışında saç için farklı bir şapka, bere, örtü v.b. kullanılamayacağı’ kurallarına yer verildiği görülmüştür. 01.05.2008 tarihinde işe giren davacı her ne kadar iş sözleşmesi devam ederken yürürlüğe giren yönetmeliği imzalamaktan imtina etmiş ise de, işe girdiği 01.05.2008 tarihten bu yönetmeliğin yürürlüğe girdiği tarihe kadar başörtülü olmasına rağmen işyerinde başörtü kullanmaksızın çalışmıştır. Davacı yönetmelik yayınlandıktan sonra işyerinde başörtü takmadığı halde takmaya başlamış ve bu sebeple uyarılmıştır. Israr etmesi üzerine iş sözleşmesi feshedilmiştir. Tarafların iyi niyeti ve kötünüyeti hakim tarafından resen dikkate alınacağından, davacının bu davranışının bu kapsamda değerlendirilmesi gerekir. Diğer taraftan uyuşmazlığın çözümü için davacının işyerinde başörtülü olarak çalışmasının iş güvenliği ve sağlık kuralları açısından sakıncasının bulunup bulunmadığının yukarıda belirtilen normatif düzenlemeler uyarınca tespiti gerekir. Bu durumun çözümü ise hukuk dışında özel veya teknik bilgiyi gerektirdiğinden uzman bilirkişi ile işyerinde keşif yapılmasına bağlıdır.” Y9HD, 18.06.2015, E. 2015/14396, K. 2015/22303, **Dursun Ateş**, 672-628, dn. 792.

İşveren verdiği talimatlarla, işçinin dış görünüşüne ilişkin düzenlemeler yapabilir. Ancak, bu talimatlar öncelikle meşru bir nedene dayanmalı ve dürüstlük ilkesine uygun kullanılmalıdır. İşçi, islami yaşam biçimine uygun biçimde faizsiz bankacılığın esas olduğu bir katılım bankasının arge bölümünde çalışmaktadır. Davacının, müşterilerle temas etme, yakın ilişkiler kurma gibi bir görevi bulunmamaktadır. Dolayısıyla, dış görünüşüyle bankayı müşterilere karşı temsil etmemektedir. Aksine, kanımızca, davacının yaşam biçimi ve dünya görüşüyle bankanın benimsediği değerler örtüşmektedir. İlaveten, işyerinde, bazı çalışanların sakal bırakmasına izin verilip bazılarının izin verilmemesi de, işverenin eşit davranma borcuna uygun hareket etmediğini göstermektedir.

Uyuşmazlık konusu olayda, işverenin, işçinin sakal bırakmaması yönünde meşru bir gerekçesi olmadığı ve talimat verme hakkını dürüstlük kuralı ve eşit davranma ilkesine aykırı kullandığı için, işçinin din ve vicdan özgürlüğünün ihlal edildiğini ve feshin geçerli olmadığını düşünüyoruz.¹⁴⁸⁸

İşçinin eğilimli bir işyerinde çalışması durumunda, işyerinde dini kıyafetler giymesi ve semboller kullanması konusu üzerinde de kısaca durulmalıdır. Örneğin, Alman Federal İş Mahkemesinin önüne gelen bir olayda, Protestan Kilisesine ait bir hastanede çalışan kadın işçi, işyerinde ve iş saatleri içinde başörtüsü takmak istemesi nedeniyle işe başlatılmamıştır. Mahkeme, işçinin işyerinde ve iş saatleri içinde başörtüsü takmakta ısrar etmesini, işyerinin özelliklerini göz önünde tutarak, sadakat borcuna aykırı bulmuştur.¹⁴⁸⁹ Ancak, karara göre, işveren, işçinin işyeri dışındaki dış görünüşüne yönelik talimat veremez.¹⁴⁹⁰

¹⁴⁸⁸ Benzer yönde, **Caniklioğlu**, Değerlendirme 2017; **Dulay Yangın**, Dini Semboller, 2068-2069.

¹⁴⁸⁹ BAG, 24.09.2014- 5 AZR 611/12, **Birben**, Özel Yaşam, 169; Ayrıca bkz. **Brunhöber**, 202.

¹⁴⁹⁰ İşveren, işçilere, iş görüşmeleri esnasında dini inancı, siyasi, felsefi ve vicdani görüşleri, cinsel yönelimleri konusunda soru soramaz. Buna karşılık, aday, bir dini kurumda, siyasi partide veya belli bir amacı takip eden bir dernekte çalışmak istiyorsa, işverenin, bu yöndeki soruları işçiye yöneltebileceği kabul edilmektedir. Bu konuda bkz. **Ertürk**, Temel Haklar, 72; **Sözer**, Düzenlemeler, 190-191.

İşçilerin işyerinde dini kıyafetler giymesi ve semboller kullanması dışında, bu başlık altında incelemek istediğimiz bir diğer husus ise, işverenin, işçilerin, işyerinde dini ritüellerini yerine getirip getiremeyecekleri yönde talimat verme hakkı olup olmadığıdır.

İşçilerin dini inanışları gereği, dinsel ritüellerini (ibadetlerini) yerine getirmek istemeleri de din ve vicdan özgürlüğü kapsamındadır. Öncelikle, işveren, işçilerin, işyeri dışındaki ibadetlerine, inançlarına yönelik talimat veremez. Ancak, işçilerin, işyerinde ve çalışma süreleri içinde dinsel ibadetlerini yerine getirmek istemeleri, işverenin menfaatleriyle çatışabilir. İşçilerin, iş görme borcunu aksatmamak suretiyle, işyerinde dini uygulamalarını yerine getirmesi, din ve vicdan özgürlüğü kapsamındadır. Örneğin, işçilerin ara dinlenme sürelerinde veya çalışma saatleri dışında ibadet etmelerine işveren, vereceği talimatlarla engel olamaz.¹⁴⁹¹ İşçi, ara dinlenmesini işyerinde geçiriyorsa, işyerinin düzenini ve işleyişini de gözetmek suretiyle, bu süre içinde ibadetini yerini getirmesine işverenin müdahale etmemesi gerekir.

İşçinin dini ritüellerini (ibadetini) yerine getirmesi, din ve vicdan özgürlüğünün bir gereği olmakla birlikte, işçi, bu özgürlüğünden işin işleyişini ve düzenini bozacak şekilde yararlanmamalıdır. İşçi, iş saatleri içinde (ara dinlenme süreleri dışında) ibadetini yerine getirmek istiyorsa, işverenden izin almalıdır. İşveren, işçilerden gelen bu yöndeki talepleri değerlendirirken, işin işleyişinin aksamaması ve işçilerin din ve vicdan özgürlüğü arasındaki makul dengeyi her somut olayda gözetmelidir.

Ülkemiz örneğinde, sıklıkla karşılaşılan bir sorun, Cuma namazı saatlerinin iş saatleriyle çakıştığı noktada ortaya çıkmaktadır. Kamu kurum ve kuruluşlarında çalışanlar için çıkarılan 2016/1 sayılı Başbakanlık Genelgesi uyarınca, Cuma namazı saatinin mesai saatine denk gelmesi halinde, isteyenlere mesai kaybına neden olmaksızın namaz için izin

¹⁴⁹¹ **Birben**, Özel Yaşam, 166; **Dursun Ateş**, 637.

verilmektedir.¹⁴⁹² Başbakanlık Genelgesi, kamu kurum ve kuruluşlarında *çalışanlar* ifadesini kullanıp, kamu görevlileri veya işçiler yönünde bir ayırım yapmadığı için, kamu kurum ve kuruluşlarında çalışan işçiler de bu olanaktan mesai kaybı olmadan yararlanabilecektir.

Buna karşılık, özel sektörde çalışan işçiler için konu daha çetrefillidir. Kanımızca, işin yürütümünü ve işyeri düzenini olumsuz yönde etkilemediği sürece, işçilerin ibadetlerini yerine getirmelerine izin verilmelidir. Zira, işveren, talimat verme hakkını dürüstlük kuralına uygun şekilde kullanmalıdır.

Yargıtayın önüne gelen bir başka uyuşmazlıkta ise, on beş yıldır bir özel okulda kimya öğretmeni olarak çalışan davacı işçi, eğitim-öğretim dönemi içinde hac ibadetini yerine getirmek üzere okul yönetiminden izin istemiş; ama bu izin talebi eğitim ve öğretim faaliyetinin aksayacağı gerekçesiyle reddedilmiştir. İşçi, bunun üzerine okul dönemi içinde doktor raporu almış ve raporlu olduğu sürede hac ibadetini yerine getirmek üzere Suudi Arabistan'a gitmiş; oradan da bir doktor raporu daha alarak, okula göndermiştir. Okul yönetimi bu durumu öğrenir öğrenmez işçinin iş akdini haklı nedenle feshetmiştir. Yüksek Mahkeme ise, hac ibadetinin belli bir zaman dilimi içinde ifa edilebilmesi, sınırlı kontenjan uygulaması nedeniyle talepte bulunanların uzun yıllar sıra beklemek zorunda olması gibi nedenleri gözeterek, işverenin işçiye hacca gitmesi için izin vermesinin, işçinin kişiliğinin, özel yaşamının, sağlığının, bedensel ve ruhsal bütünlüğünün ve ahlaki değerlerinin korunması gerekliliği içinde değerlendirerek, işçinin doktor raporu alarak hacca gitmesinin işverene iş sözleşmesini haklı nedenle feshetme imkanı vermeyeceğine karar vermiştir. Yargıtayın kararına göre, davacı işçi öğretmene kıdem tazminatı ödenmesi gereklidir.¹⁴⁹³

¹⁴⁹² Kamu kurum ve kuruluşlarında çalışanlar için Cuma namazı saatinin ayarlanması amacıyla 2016/1 sayılı Başbakanlık Genelgesi yayınlanmıştır. Genelgeye göre, “*Anayasa ve ilgili mevzuatla güvence altına alınan dini inanç hürriyetinin bir gereği olarak; Cuma Namazı saatinin mesai saatine denk gelmesi halinde, kamu kurum ve kuruluşlarında çalışanlardan isteyenlere mesai kaybına neden olmaksızın izin verilir.*” RG. 08.01.2016, 29587.

¹⁴⁹³ Y9HD, 12.02.2014, E. 2014/664, K. 2014/4313, KİBB. Kararın değerlendirmesi için bkz. **Alpagut**, Değerlendirme 2014, 43-46; **Dulay**, Ahlaki Değerler, 264-274.

Hac ibadeti şüphesiz ki işçinin din ve vicdan özgürlüğü kapsamındadır. Ancak, işçi, uzun bir süre devamsızlığını gerektirecek bu ibadeti yerine getirmek için işverenden izin almalıdır. Dava konusu olayda, kanımızca esasen üzerinde durulması gereken mevzu, işçinin sahte doktor raporu alarak hacca gitmesidir.

Örneğin, Yüksek Mahkemenin bir başka kararına konu olayda, bir çağrı merkezinde çalışan işçinin, sağlık raporu aldığı süre içinde tatile gittiği ve deniz kenarındaki fotoğraflarını sosyal medyada paylaşması sonucu işverenin eline geçmesi nedeniyle, iş akdi haklı nedenle feshedilmiştir. Yargıtayın kararına göre, *“Dosyadaki bilgi ve belgelerden davacının istirahat raporu aldığı dönemde Giresun iline gittiği ve orada plajda tatil kıyafetleri ile çekilmiş fotoğraflarını paylaştığı, dosya kapsamında sabittir. Bu durum, kullanılan istirahat raporunun gerçeğe aykırı olduğunun açık delili olup raporlu olduğunu bildiren işçinin raporun aksine tatile gitmesi doğruluk ve bağlılığa aykırı olup haklı fesih için yeterlidir.”*¹⁴⁹⁴

Dava konusu olayda da, işçi, eğitim ve öğretimin devam ettiği bir dönemde, işverenden izin istemiş; ancak bu izin talebi reddedilince sahte doktor raporu alarak yurt dışına çıkmıştır. Davacı işçinin bu davranışının, İş Kanunu m. 25/II-(e) bendi kapsamında doğruluk ve bağlılığa uymayan davranışlar arasında olduğu aşıkardır. Davacı işçi, sadakat borcuna aykırı davranarak sağlık raporu aldığı dönemde yurt dışına çıkarak, işvereni yanıltmıştır.

İşçinin ibadet özgürlüğü, temel bir insan hakkı olsa da, kanımızca, işçinin sadakat borcuna aykırı davranmasını meşru kılan bir neden değildir.¹⁴⁹⁵ İşçinin inanç özgürlüğünü yaşaması ve bu bağlamda hac ibadetini yerine getirmesi amacıyla, işçi ve işveren bir sonraki eğitim ve öğretim dönemi planlaması esnasında bu konuyu kararlaştırabilir. Örneğin, öğretmene, o dönem, belli bir ders yükü verilebilir. Böylece, işverenin menfaatleri, eğitim ve öğretimin aksamaması ve işçinin ibadet özgürlüğü arasında bir dengeleme sağlanabilir.

¹⁴⁹⁴ Y9HD, 06.07.2017, E. 2016/17532, K. 2017/12196, KİBB.

¹⁴⁹⁵ Benzer yönde **Alpagut**, Değerlendirme 2014, 46; **Dulay**, Ahlaki Değerler, 273.

e. İşçilerin Düşünce ve İfade Özgürlüğünün Korunması

aa. Genel Olarak Düşünce ve İfade Özgürlüğü

Düşünce ve ifade özgürlüğü, liberal demokrasinin olmazsa olmaz bir ilkesidir. Zira, her türlü farklı inanç ve düşünce ancak demokratik bir toplumda mümkün olabilir.¹⁴⁹⁶ Düşünce ve ifade özgürlüğü, demokratik ülkelerde, anayasa ve uluslararası sözleşmelerle de güvence altına alınmıştır.

Düşünce, bir olay, bir durum bir kimse veya bir sorun hakkında görüş sahibi olmak, değerlendirmelerde bulunmak ve bunları dış dünyaya söz, yazı, resim gibi çeşitli araçlarla açığa vurmaktır. Düşünce, insanın iç dünyasıyla ilgilidir. Özgür düşüncenin, açığa vurulması için ise, kişinin düşüncelerini açıklama yani, ifade özgürlüğüne sahip olması gerekir.¹⁴⁹⁷ İfade özgürlüğü, sadece bir fikre sahip olmak veya bu fikri açıklamak demek değildir. İfade özgürlüğü, bilgi ve haberlere ulaşabilme, fikir edinebilme, edinilen düşüncelerden dolayı kınanıp cezalandırılmama ve fikir, bilgi ve kanaatleri serbestçe açıklama, eleştirme, düşünceleri yayma olarak tanımlanabilir.¹⁴⁹⁸

Düşünce ve ifade özgürlüğü, aynı zamanda, kişinin düşüncelerini açıklamak zorunda olmamasını veya bu konuda zorlanmaması anlamına da gelen negatif ifade özgürlüğünü kapsamaktadır.¹⁴⁹⁹ İfade özgürlüğü, toplumun geneli tarafından kabul gören, hoşça giden, zararsız veya önemsiz görülen bilgi ve düşüncelerin yanında, devlet ve toplumun bir kısmı için şok edici, rahatsız edici, saldırgan bilgi ve düşünceler için de geçerlidir.¹⁵⁰⁰ Zira, bunlar,

¹⁴⁹⁶ Çetin, Çalışanların Hakları, 358.

¹⁴⁹⁷ Özbey, 42-43.

¹⁴⁹⁸ Aydın, İşçinin Kişilik Hakları, 142; Çetin, Çalışanların Hakları, 361-363; Öktem Songu, İfade Özgürlüğü, 610.

¹⁴⁹⁹ Okur, Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü, 2.

¹⁵⁰⁰ Doğru, 178.

çoğulculuğun, hoşgörünün ve demokrasinin gerekleridir.¹⁵⁰¹ İfade özgürlüğünün olmadığı bir toplum demokratik olamaz.

Düşünce ve ifade özgürlüğü, temel bir insan hakkı olup gerek uluslararası sözleşmelerde gerek ulusal mevzuatımızda güvence altına alınmıştır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10. maddesinde “İfade Özgürlüğü” düzenlenmektedir. Buna göre, “⁽¹⁾ Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ulusal sınırlarla kısıtlanmaksızın, bir görüşe sahip olma, haber ve düşünceleri elde etme ve bunları ulaştırma özgürlüğünü de içerir. Bu madde Devletin radyo yayıncılığı, televizyon ve sinea işletmeciliğini izne bağlamasına engel değildir. ⁽²⁾ Bu özgürlükleri kullanırken ödev ve sorumluluk içinde hareket edilmesi gerektiğinden, ulusal güvenlik, ülke bütünlüğü veya kamu güvenliği, suçun ve düzensizliğin önlenmesi, yargı organının otorite ve tarafsızlığının korunması amacıyla, demokratik bir toplumda gerekli bulunan ve hukukun öngördüğü formalitelere, şartlara, yasaklara ve yaptırımlara tabi tutulabilir.”

Sözleşmenin 10. maddesi, görüş sahibi olma, bilgi-düşünce edinme ve bu bilgi ve düşünceleri yayma özgürlüğünü içermektedir. Sözleşmenin 10. maddesinin 2. fıkrası ise, ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasını ve bu özgürlüğün kullanılmasının koşullarını düzenlemektedir.¹⁵⁰²

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine göre, ifade özgürlüğü, demokratik toplumun ana temellerinden biridir.¹⁵⁰³ Yine, Mahkemeye göre, siyasi, sanatsal, akademik, ticari ifadeler de dahil olmak üzere her türlü söylem, ifade özgürlüğü kapsamındadır. Bununla birlikte, ırka, cinsel yönelime, milliyetçiliğe, dine ilişkin nefret söylemi olarak değerlendirilebilecek hususlar, Sözleşmenin 10. maddesinin koruması dışındadır.¹⁵⁰⁴ Avrupa İnsan Hakları

¹⁵⁰¹ **Karan**, İfade Özgürlüğü Hakkı, 356.

¹⁵⁰² **Karan**, İfade Özgürlüğü Hakkı, 356-357.

¹⁵⁰³ AIHM, *Handyside v. United Kingdom*, Başvuru No: 5493/72, 07.12.1976, (www.hudoc.echr.coe.int).

¹⁵⁰⁴ **Çetin**, Çalışanların Hakları, 374; **Doğru**, 178-179; **Karan**, İfade Özgürlüğü Hakkı, 358-359.

Sözleşmesinin yanı sıra, Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin 19. maddesinde de herkesin, düşüncelerini açıklama özgürlüğüne sahip olduğu düzenlenmektedir.

Ülkemizde de, ifade özgürlüğü, Anayasanın 25. ve 26. maddelerinde güvence altına alınmıştır. Anayasanın 25. maddesine göre, “⁽¹⁾Herkes, düşünce ve kanaat hürriyetine sahiptir. ⁽²⁾ Her ne sebep ve amaçla olursa olsun kimse, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz; düşünce kanaatleri sebebiyle kınanamaz ve suçlanamaz.” Anayasanın 26. maddesine göre de, “Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. (...)”

İfade özgürlüğü, gerek Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve diğer uluslararası belgelerde gerek Anayasamızda “herkese” tanınan temel bir hak ve özgürlüktür. Dolayısıyla, işçiler de, bir iş ilişkisi içinde işverene bağımlı olarak iş görme borcunu yerine getirseler de ifade özgürlüğünü diğer bireyler gibi kullanma hakkına sahiptirler. Ancak, ifade özgürlüğü, herkesin her istediğini, her istediği şekilde söyleyebilmesi anlamına gelmemektedir. Diğer temel hak ve özgürlüklerin kullanımında olduğu gibi ifade özgürlüğünün kullanımı da bazı sınırlamalara tabidir.¹⁵⁰⁵

Biz de, aşağıdaki başlıkta, işçilerin ifade özgürlüğünün korunması gerekliliğini, konumuz bağlamında ele alıp, işverenin talimat verme hakkıyla sınırlı bir biçimde inceleyeceğiz.

bb. İşverenin Talimatları Karşısında İşçinin Düşünce ve İfade Özgürlüğünün Korunması Gerekliliği

Herkes gibi, işçiler de, düşünce ve ifade özgürlüğünden yararlanma hakkına sahiptir. Anayasanın özel hukuk ilişkilerine dolaylı yatay etkisi sonucu Anayasanın 25. ve 26. maddelerinde güvence altına alınan ifade özgürlüğünü, işçiler de kullanma hakkına sahiptir.

¹⁵⁰⁵ **Öktem Songu**, İfade Özgürlüğü, 628; **Okur**, Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü, 1.

Ayrıca, İş Kanununun 5. maddesinde düzenlenen “Eşit Davranma İlkesi”, işçilerin düşünceleri nedeniyle ayrımcılığa uğramalarını yasaklamaktadır. Gerçekten de, anılan düzenlemeye göre “İş ilişkisinde dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasal düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere dayalı ayırım yapılamaz.”

İş Kanununun yanı sıra, Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun 25¹⁵⁰⁶ ve 58.¹⁵⁰⁷ maddelerinde, işçilerin ifade özgürlüğü güvence altına alınmaktadır. İşveren, TBK m. 417 uyarınca da, işçinin kişilik haklarından biri olan düşünce ve ifade özgürlüğüne saygı duymak ve onu korumakla yükümlüdür.¹⁵⁰⁸ Ancak, işçinin ifade özgürlüğü sınırsız değildir. İşçinin ifade özgürlüğü yasal düzenlemeler ve işçinin sadakat borcuyla sınırlanmaktadır.¹⁵⁰⁹

İşçi hem işyerine ve işverene ilişkin görüş ve eleştirilerini hem de işle ilgisi olmayan konulardaki düşüncelerini ifade edebilir. İşçinin, işe ve işverene yönelik eleştirileri ifade özgürlüğü kapsamındadır. Ancak, işçinin beyanları eleştiri boyutunda kalmalı, gerçeği yansıtmalı; işvereni, ekonomik açıdan yok etmeye yönelik olmamalıdır. Benzer şekilde, işçinin yaptığı eleştiriler, işverenin kişilik haklarına saldırı niteliğinde olmamalıdır. Gerçeği yansıtmayan, işverenin şeref ve haysiyetine yönelik sözler, ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmemektedir.

Teknolojinin ilerlemesi ve sosyal medyanın yaşamımıza girmesiyle birlikte, pek çok kişi gibi işçiler de, duygu, düşünce ve eleştirilerini sosyal medya siteleri üzerinden dile

¹⁵⁰⁶ Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu m. 25/1: “İşçilerin işe alınmaları; belli bir sendikaya girmeleri veya girmemeleri, belli bir sendikadaki üyeliği sürdürmeleri veya üyelikten çekilmeleri veya herhangi bir sendikaya üye olmaları veya olmamaları şartına bağlı tutulamaz.”

¹⁵⁰⁷ Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu m. 58/1: “İşçilerin, topluca çalışmamak suretiyle işyerinde faaliyeti durdurmak veya işin niteliğine göre önemli ölçüde aksatmak amacıyla, aralarında anlaşarak veya bir kuruluşun aynı amaçla topluca çalışmamaları için verdiği karara uyarak işi bırakmalarına grev denir.”

m. 58/2: “Toplu iş sözleşmesini yapılması sırasında uyuşmazlık çıkması halinde, işçilerin ekonomik ve sosyal durumları ile çalışma şartlarını korumak veya geliştirmek amacıyla, bu Kanun hükümlerine uygun olarak yapılan greve kanuni grev denir.” Sadece kanuni grev değil, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarına göre, “toplu eylem hakkı” da belli şartları haiz olması durumunda ifade özgürlüğü kapsamında korunmaktadır. Toplu eylem hakkında detaylı bilgi için bkz. **Öztürk**, Toplu Eylem, 1793-1835; **Engin**, m. 90/son Hükmü, 9-36.

¹⁵⁰⁸ **Güzel**, Yetki ve Özgürlük, 120; **Okur**, Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü, 12-13; **Öktem Songu**, İfade Özgürlüğü, 626-627.

¹⁵⁰⁹ **Arslan Ertürk**, Sadakat, 240-243; **Alp**, Whistleblowing, 106-107; **Öktem Songu**, İfade Özgürlüğü, 628-629; **Okur**, Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü, 13-14.

getirmektedir. İşçiler, sadece politik veya felsefi değil, iş yaşamlarına ve işverenlerine yönelik eleştirilerini de bu mecralardan paylaşmaktadırlar. İşverenler, işçilerin eleştiri hakkını kullanmayacaklarına yönelik talimat veremeyeceği gibi, işçilerin sosyal medya kullanımlarına da karışamazlar. Öncelikle, işçinin, iş yaşamı dışında sosyal medya kullanması ve burada yaptığı paylaşımlar, işçinin özel yaşam hakkına saygı kapsamında değerlendirilmelidir.¹⁵¹⁰

İşçiler, sosyal medya ağları üzerinden de işyerine yönelik çeşitli eleştirilerde bulunabilir. İşverenin, vereceği talimatlarla sosyal medya kullanımını ve içeriğini düzenlemesi, işçinin ifade özgürlüğüne haksız bir müdahale niteliği taşımaktadır. Bununla birlikte, işçilerin, sosyal medya üzerinden işyerini karalayan, gerçeğe aykırı, işverenin itibarını zedeleyen, işverenin şeref ve haysiyetine dokunan, sataşma niteliğindeki paylaşımları ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmemektedir.¹⁵¹¹

Nitekim, İş Kanunu m. 25/II-(b)’ye göre, “*İşçinin, işveren yahut onun aile üyelerinden birinin şeref ve namusuna dokunacak sözler sarfetmesi veya davranışlarda bulunması, yahut işveren hakkında şeref ve haysiyet kırıcı asılsız ihbar ve isnadlarda bulunması*” işverene, işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle feshetme imkanı sunmaktadır

Örneğin, Yargıtayın önüne gelen bir uyuşmazlıkta, işveren, davacı işçinin iş akdini, sosyal medya sitelerinden bir tanesinde işveren ve iş arkadaşları aleyhine sarfettiği sözler nedeniyle haklı nedenle feshetmiştir. Yüksek Mahkemenin kararına göre, “*Davacı işçisinin kendisine ait twitter hesabından davalı işyerinde çalışan olduğu açıkça anlaşılmakla birlikte isim vermediği için kim/kimler olduğu belirlenemeyen başka çalışanlara hakaret ve sataşma*

¹⁵¹⁰ Ancak, işçi, eğilimli bir işyerinde çalışıyorsa, özel yaşamında sosyal paylaşım siteleri üzerinden yaptığı paylaşımlar, işyerinin eğilimiyle bağdaşmıyorsa, işçinin bu paylaşımları, iş sözleşmesinin feshedilmesine gerekçe yapılabilir. Detaylı bilgi için bkz. **Birben**, Özel Yaşam, 163. Ayrıca bkz. Y9HD, 02.07.2015, E.2015/16269, K. 2015/23896 ve kararın değerlendirmesi için bkz. **Astarlı**, Değerlendirme 2015, 309-315. Yazarın da isabetle belirttiği gibi, işçi, eğilimli bir işyerinde çalışıyorsa ve işçinin, örneğin bir gazete gibi kamusal bir alanda ifade ettiği görüşleri işyerinin eğilimi ve amaçlarıyla çelişiyorsa, işçinin işyerindeki inandırıcılığını olumsuz yönde etkiliyorsa, işçinin bu tutumu, iş sözleşmesinin geçerli nedenle feshine gerekçe olabilir. **Astarlı**, Değerlendirme 2015, 315. Ancak, işçi burada, düşüncelerini ifade ettiği için kınanmaz; sadece işçinin düşünceleri, işçinin iş görme edimini yerine getirmesini olumsuz yönde etkilediği veya işyerine bir zarar verdiği için feshi gündeme getirebilir.

¹⁵¹¹ **Baybora**, 1728-1734; **Doğan Yenisey**, Değerlendirme 2016, 502-504.

niteliğinde birden fazla paylaşımda bulunduğu, örneğin ‘... arkadaşlar patroncu bir İK personeli olacaksanız yapmayın o mesleği, çıldırtmayın insanı, bu kadar mı meraklısınız patron g.. yalamaya’ şeklinde paylaşımlarının olduğu, isim zikretme dahi çalıştığı işyerindeki başka bir çalışana açıkça hakaret ve sataşma niteliğinde olduğu... Gıyapta da olsa iş sebebiyle isim vermeksizin işyerindeki başka bir işyeri çalışanına hakaret ve sataşma niteliğindeki mesajlar sebebiyle işverence yapılan feshin haklı olduğu gözetilerek davanın reddi gerekirken kabulü hatalıdır.”¹⁵¹²

İşçinin ifade özgürlüğünün, sadakat borcuyla sınırlandığı doktrinde ifade edilmektedir.¹⁵¹³ İşçi, işverenin haklı menfaatlerinin korunmasında sadakatle davranmak zorundadır. Buna göre, işçi, işverenin ve işyerinin haklı çıkarlarını korumak, işverene ekonomik, ticari ve mesleki bakımdan zarar verecek davranışlardan kaçınmakla yükümlüdür. Ayrıca, işçi, işverenin itibarının sarsılmaması ve zarara uğramaması için elinden geleni de yapmakla yükümlüdür.¹⁵¹⁴

Bununla birlikte, sadakat borcu sınırsız bir borç değildir. Bu borcun sınırlarını da, işçilerin haklı menfaatleri ve temel hak ve özgürlükleri oluşturmaktadır.¹⁵¹⁵ İşçilerin, işyerine ve işverene yönelttiği eleştiriler yani, işçinin ifade özgürlüğü ile sadakat borcu çoğu durumda karşı karşıya gelmektedir. Bu noktada çözülmesi gereken sorun, işçinin sadakat borcunun, işçinin ifade özgürlüğünü sınırlayıp sınırlayamayacağıdır. Doktrinde Alp’in isabetle belirttiği

¹⁵¹² Y9HD, 26.09.2017, E. 2016/22368, K. 2017/14208, KİBB. Yüksek Mahkemenin bir başka kararına göre, “Somut uyuşmazlıkta; davacının davalı Şirkette beraber çalıştığı amiri Muharrem’e “yalancı” ve “yavşak” dediği, iş akdinin de bu sebeple feshedildiği sabittir. İşverenin bir işçisinin diğer bir işçiye sataşma-hakaret niteliğindeki bu sözleri dolayısıyla yaptığı fesih haklıdır. Halk arasında “yavşak” tanımlamasının hakaret amacıyla kullanıldığı da açıktır. Bu tespit bağlamında, Mahkemenin “yavşak” tanımlamasının salt sözlük anlamına dayanılarak hakaret olmadığı gerekçesi ile kıdem ve ihbar tazminatı taleplerinin kabulü hatalı olmakla birlikte öncelikle davalı işverenin fesih yetkisinin 4857 Sayılı Kanun’un 26. maddesiyle öngörülen altı işgünlük hak düşürücü süre içinde kullanılıp kullanılmadığının açıklığa kavuşturulması gereklidir.” Y9HD, 15.09.2020, E. 2020/1848, K. 2020/7866, KİBB.

¹⁵¹³ **Alpagut**, Sadakat, 23-26; **Öktem Songu**, İfade Özgürlüğü, 646.

¹⁵¹⁴ **Arslan Ertürk**, Sadakat, 148-149.

¹⁵¹⁵ **Arslan Ertürk**, Sadakat, 240.

gibi, “Günümüzde artık koşulsuz değil, eleştirel sadakat esastır.”¹⁵¹⁶ Sadakat borcu, işçinin ifade özgürlüğünü engelleyen, işçiye otosansür uygulatan, işçinin ifade özgürlüğünü kullandığında yaptırımla karşı karşıya kalmasına neden olan bir içerik kazanmamalıdır.¹⁵¹⁷

İşveren, işçiyi gözetme borcu gereği, işçiye, onun fiziksel ve ruhsal sağlığını tehdit etmeyen, kişilik haklarına saygı gösteren, kişisel ve mesleki saygınlığını koruyan, çalışma koşullarının tam ve eksiksiz sağlandığı bir çalışma ortamı sunmakla yükümlüdür. İşçinin sadakat borcu, işverenin işçiyi gözetme borcunun karşılığını oluşturmaktadır.¹⁵¹⁸ İşçinin, işverenin gözetme borcuna aykırı davrandığı, dürüstlük kurallarına uygun bir çalışma ortamı sunmadığı, ücretlerinin ödenmediği, çalışma koşullarının gereği gibi uygulanmadığı durumları eleştirmesi; işyerindeki hukuka aykırılıkları ifşa ve ihbar etmesi, ifade özgürlüğü kapsamındadır. Burada, dikkat edilmesi gereken ve ifade özgürlüğünü sınırlayan husus, işçinin ifade özgürlüğünü kullanırken, işverenin kişilik haklarına saldırı niteliği taşıyabilecek ifadeler kullanması, haksız ve gerçeğe uymayan ithamlarda bulunması ve iş sırlarını¹⁵¹⁹ ortaya dökmesidir.¹⁵²⁰

İşçi, sadakat borcunun bir gereği olarak, işverenin haklı menfaatlerini gözetmekle yükümlüdür. Ancak, işverenin, işçiyi gözetme borcunu ve bu borcun içinde yer alan edimlerini tam ve gereği gibi ifa etmediği durumları işçinin eleştirmesi veya ifşa ve ihbar etmesi, işçinin sadakat borcuna aykırılık oluşturmaz. İşçinin sadakat borcu, işverenin haklı menfaatlerini gözetmekle sınırlıdır. İşçinin işyerinde karşılaştığı hukuka aykırılıkları eleştirmemesi veya şikayet etmemesi, bir anlamda “kol kırılır yen içinde kalır” düşüncesi, işçinin sadakat borcunun içeriğini oluşturmamaktadır.

¹⁵¹⁶ Alp, Whistleblowing, 287.

¹⁵¹⁷ Alp, Whistleblowing, 108.

¹⁵¹⁸ Süzek, 396; Yıldız, Sosyal Medya, 110.

¹⁵¹⁹ Detaylı bilgi için bkz. Uşan, İş Sırrı, 101 vd.; Tuncay, Sadakat, 1067-1071.

¹⁵²⁰ Benzer yönde Yıldız, Sosyal Medya, 110; Alp, Whistleblowing, 110; Tuncay, Sadakat, 1073.

İlaveten, işveren, vereceği talimatlarla da işçinin ifade özgürlüğünü kısıtlayamaz. Örneğin, işverenin işçilerin dilekçe ve şikayet haklarını kullanmayacakları, işvereni eleştirmeyecekleri yönündeki talimatları da işçinin hem kişilik haklarına hem de anayasal güvence altındaki ifade özgürlüğüne aykırılık teşkil ettiğinden hukuka aykırıdır.¹⁵²¹

İşçinin, hukuka aykırı talimatlara uyma yükümlülüğü bulunmamaktadır. İşçinin demokratik bir toplumun gereği olan ifade özgürlüğünü kullanması bir fesih sebebi olarak da değerlendirilmemelidir.¹⁵²² Anayasa Mahkemesinin, *İlter Nur Başvurusu* üzerine verdiği

¹⁵²¹ Yargıtayın bir kararına göre, “Davacı ve diğer arkadaşlarının Whatsapp grubu içindeki bu yazışmaları, aynı grup içinde yer alan diğer bir işçi tarafından işverene iletilmiş, işveren bunun üzerine grupta yer alan işçilerin savunmasını alarak, davacı ve diğer işçilerin iş sözleşmelerini feshederken, ileten işçiye ise ihtar cezası vermiştir. Grup içi konuşmaların gizli kalması esas olduğu gibi genel olarak bakıldığında çalışma koşullarının olumsuzluğu, işveren ve yöneticilerin eşit davranmama, mobbing niteliğindeki tutumlarının dile getirildiği tespit edilmiştir. İşveren gizli kalması gereken verileri yasak bir şekilde elde ettiği gibi kendisine veren ve aynı konuşmalarda bulunan işçiye davranışı nedeni ile ihtar cezası vermek sureti ile de bilgi veren işçisini korumuştur. İşçilerin işyerinde mailleri, işverene bildirimleri işçilik hakları ile ilgili demokratik talep niteliğinde olup, bu tür barışçıl davranışların fesih nedeni yapılması doğru değildir. İspat yükü kendisinde olan davalı işveren haklı ve geçerli feshi kanıtlanamamıştır. Davanın kabulü yerine reddi hatalıdır.” Y9HD, 01.06.2017, E. 2016/14205, K. 2017/9526, KİBB.

¹⁵²² Örneğin, Yargıtayın bir kararına göre de, “Davacının iş sözleşmesinin, kendisine ait sosyal medya hesabından 30.06.2016 tarihinde yaptığı ‘Uzun yıllardır bir fiil gece gündüz demeden saygı ve sevgi ile hizmet verdik. Gerçekten saygımız çok büyüktü, yatağımıza yatığımızda içimiz rahattı, saygımız o kadar büyüktü ki zamanında hizmet verdiğimiz yer sadece bir sorun yüzünden dört saatlik hizmet verememişti. Biz ki saygımızdan minnet borcu adı altında özel zamanımızdan feragat edip bu dört saatlik kaybı el birliğiyle kapattık. Burası bizim ailemizdi. Biz ki uzun yıllardır bayram seyran demedik hep birlikte bir aile olduk ya da olduğumuzu sandık. Farkettim ki bize yaşattıklarınızla siz bizdeki saygımızı öldürmüşsünüz. Daha iki gün olmadı bir kısmımız ölümle burun buruna geldik ama kimse yine de saygısını yitirmeden yerini aldı. Bize uzun uzun anlatıldı ve üstüne basa basa kimse sıfır almayacak dendi ama ne yazık ki sizler bizim üstümüze basa basa bu sıfırları herşeye rağmen bize reva gördünüz. Bugün hesabıma baktım ki ne yazık. Tam da şu mübarek zamanda tam da bayram üstü bu bize reva mıdır. Bize bunları yaşatan, destek veren, imkan tanıyan her kim ise sizler, bizim ve evlatlarımızın rızıyla oynadınız. Dilerim Rabbim'den sizlerde bunları yaşamadan can veremezsiniz. Şu mübarek günde eğer ki toplu iğnenin ucu kadar hakkım geçtiyse bile asla ve asla helal etmiyorum.’ şeklindeki paylaşımı nedeniyle feshedildiği anlaşılmaktadır. Dava konusu olayda davacının savunmasının içeriği de dikkate alındığında, davacı tarafından yapılıp paylaşılan yorumun hakaret ve sataşma niteliğinde olmadığı, davacının paylaştığı yorumunda primlerin ödenmemesine yönelik olarak hislerini, düşüncelerini ve eleştirilerini açıkladığı, davacının davranışının tek başına 4857 Sayılı Kanunun 25. maddesi kapsamında haklı neden ağırlığında olmadığı, 4857 Sayılı Kanun'un 18. maddesi kapsamında yapılan değerlendirmede de söz konusu paylaşımların iş ilişkisinin devamını çekilmez kılacak nitelikte bulunmadığı, davacının yaptığı bu paylaşım nedeniyle işverenin işletmesel menfaatlerinin zarar gördüğüne, çalışma düzeninin bozulduğuna ilişkin de bir delil bulunmadığı, buna göre davacının yaptığı paylaşımın işverene haklı bir nedenle fesih imkanı vermeyeceği gibi geçerli nedenle fesih imkanı da vermeyeceği anlaşılmıştır. Bu nedenle Bölge Adliye Mahkemesince feshin geçerli nedene dayandığından bahisle davanın reddine karar verilmesi hatalı olup bozma nedenidir.” Y9HD, 26.06.2019, E. 2019/1405, K. 2019/14318, KİBB.

kararda¹⁵²³, taşeron firma tarafından işletilen bir işyerinde çalışan başvuru işçi, Başbakanlık İletişim Merkezine (BİMER), ücretlerinin tam ödenmediği, işyerinde çalışan işçiler arasında ayrımcılık yapıldığı, işyerini kontrole gelen müfettişlerin işverenle işbirliği halinde oldukları ve ücretlerinde iyileştirme yapılmadığı gerekçesiyle şikayet etmiş ve işçinin yaptığı şikayet üzerine iş akdi işverence İş Kanunu m. 25/II-(e) bendi uyarınca feshedilmiştir.

Yargıtay 7. Hukuk Dairesi, işçinin şikayet metnindeki ifadelerinin¹⁵²⁴, işverene sataşma niteliği taşıdığından hareketle, feshin haklı nedene dayandığını kabul etmiştir. Davacı işçi, bunun üzerine Anayasa Mahkemesine ifade özgürlüğünün ihlal edildiğinden bahisle bireysel başvuruda bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesi, herkesin ifade özgürlüğüne sahip olduğunu, dolayısıyla işçilerin de ifade özgürlüğü hakkını kullanabileceğini, bu anlamda, işverenini eleştirebileceğini, şikayet hakkını kullanabileceğini belirtmiştir. Başvuru işçinin, kullandığı ifadelerin ise birbirinden bağımsız değerlendirilmemesi gerektiğini, üslubunun çaresizliğinin ve yardım istemesinin bir sonucu olduğunu, işvereni kamuoyunda küçük düşürme amacı gütmeyişini, zaten yapılan şikayetin kamu otoriteleri ile belli bir kesim tarafından görülebildiğini, işverenin itibarına yönelik olumsuzluk içermediğini belirterek, davacı işçinin şikayet hakkını

¹⁵²³ AYM, *İlter Nur Başvurusu*, Başvuru No: 2013/6829, 14.04.2016, RG. 14.06.2016, 29742 ve kararın değerlendirme için bkz. **Doğan Yenisey**, *Değerlendirme* 2016, 498-502.

¹⁵²⁴ Davacı işçinin BİMER'e yaptığı başvurunun içeriği şöyledir: “*Merhaba ismim İlter Nur, ben Samsun TEİAŞ 10 İletim Grup Müdürlüğünde taşeron firmaya bağlı ısı merkezinde vardiyalı çalışıyorum ben ve dört arkadaşım geçen sene ihalede bize asgari ücretin yüzde 50'si yol ve yemek verilecekti fakat olmadı asgari ücretten verdiler; verilen aylıklar hiç birbirini tutmadı, her ay farklı verildi. Bu sene de ocak ayında ihale var bizi ayıracıklarını söylediler. Aynı olacakmış ihale fakat şartnamesi geçen sene ile aynı olacakmış ama geçen sene ve bu sene yemekhanede çalışan arkadaşlarımıza yüzde 50 asgari ücretin üstünde verdiler, bu sene de aynı olacakmış ama bize yok. Bizim iş risk faktörü var sigortalarımızı bile belirli bir bedelden ödemesi lazım ama ödemiyor yapılan şartname tamamen idare ve taşeron firmayı koruyor bizi ise düşünen yok bi de biz listede vardiyalı olduğumuz halde sabah 08:00 ve akşam 17:00 arası gösteriyor, bu nasıl adalettir? Bizim şartlarımızı iyileştireceklerine, aksine kötüleşiyor. Bir de başka TEİAŞ ve EÜAŞ'ta bizim gibi çalışanlar bizden fazla alıyorlar, onların ihale şartnamesi bizden farklı mı, çifte standart değil mi, size soruyorum, müfettiş geliyor yedirip içirip yolluyorlar. Bize baktıkları yok, biz şikâyet edersek tehdit ediyorlar, bizi tamamen amele yerine koyuyorlar ve standartlarımızın ve maaşlarımızın iyileştirilmesini ve bunuda şartnameye yansımaları istiyorum. Lütfen şurada iki ay kaldı, lütfen erken cevap yazınız.*”

kullanması sonucu iş akdinin feshedilmesini, ifade özgürlüğünün ihlali olarak değerlendirmiştir.

Öte yandan, işçinin ifade özgürlüğünün, işyeri barışını korumak amacıyla sınırlandırılıp sınırlandırılmayacağının da belirlenmesi gereklidir. İşverenin, örneğin, farklı dünya görüşüne sahip işçilerin görüşlerini, işyerindeki huzur ortamının bozulmaması için açıklamamaları yönünde talimat verip veremeyeceği incelenmelidir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin *Handyside/Birleşik Krallık* kararında belirttiği gibi, “İfade özgürlüğünün sadece hoş giden ya da insanları incitmeyen veya önemsenmeyen ‘bilgi’ ve ‘düşünceler’ için değil aynı zamanda devlet veya toplumun herhangi bir kesimini inciten, şok eden veya rahatsız eden bilgi ve düşünceler için de geçerlidir. Bu durum, demokratik bir toplum olmazsa olmaz koşulları olan çoğulculuk, hoşgörü ve açık görüşlülüğün gereğidir.”¹⁵²⁵

Dolayısıyla, işveren, vereceği talimatlarla, işçinin ifade özgürlüğünü sınırlamamalıdır. İşyeri barışının korunması gerekliliği, işçinin ifade özgürlüğünün engellenmesine yol açabilecek bir neden değildir. İşveren, tersine, işçinin düşüncelerini ifade etmesine engel olan ortamın ortadan kaldırılmasına yönelik çaba sarf etmelidir.¹⁵²⁶ İşyeri barışını bozan unsur, işçinin farklı dünya görüşüne sahip olması ve bunu açıklaması değil, tersine buna tahammülsüzlük gösterilmesidir. İşverenin, farklı düşüncedeki işçileri iş barışını bozdukları gerekçesiyle cezalandırması, bu işçileri “çoğunluğun görüşüne tabii kılması” anlamına gelmektedir. Oysa, ifade özgürlüğü, çoğunluğun ve yönetenin fikirlerine aykırı ve hatta onları rahatsız eden düşünceleri ifade edebilmeyi güvence altına almaktadır.

Elbette bunun sınırını da işçinin iş arkadaşlarına sataşması, kişilik haklarına saldırıda bulunacak söz ve davranışlarda bulunması oluşturmaktadır. İşveren, işçiyi gözetme borcunun bir gereği olarak, işyerini ayrımcılıktan arındırmalı; dil, ırk, renk, cinsiyet, engellilik, siyasi düşünce, felsefi inanç, din ve mezhep ve benzeri sebeplere ayrımcılık yapılmasına engel

¹⁵²⁵ AİHM, *Handyside v. United Kingdom*, Başvuru No: 5493/72, 07.12.1976, p. 49, (www.hudoc.echr.coe.int).

¹⁵²⁶ **Taşkent**, Yönetim Hakkı, 116-117.

olmalıdır. İşveren, *Taşkent*'in de isabetle belirttiği gibi, düşüncesini açıklayan işçiyi değil, farklı görüşlere tahammülü olmayıp işyeri barışını bozan kişileri cezalandırmalıdır.¹⁵²⁷

Bu bağlamda, Berlin-Brandenburg Eyalet İş Mahkemesinin 2017 yılında verdiği bir karar üzerinde durmak istiyoruz. Dava konusu olayda, davacı işçi, 2008 yılından beri Ulusal Güvenlik Merkezinde işçi olarak istihdam edilmektedir. Davacı işçinin iş saatleri içinde resmi üniforma giymesi zorunlu olup, görevi, Eyaletteki yolların ve kamu tesislerinin kullanımına ilişkin yasal hükümlere uyulup uyulmadığını denetlemektir. Ayrıca, davacının, idari suçları cezalandırmak, tehlikeleri önlemek ve çeşitli tedbirleri almak gibi önleyici kolluk görevleri bulunmaktadır. Davacı işçi, iş saatleri içinde mola odasında, üzerinde büyük bir gamalı haç sembolü olan *Hitler*'in *Kavgam* kitabını okurken, amiri tarafından bu kitabı işyerinde kesinlikle okumaması gerektiği yönünde uyarılmıştır.

Davacı işçi, buna karşın, kitabı okumaya devam etmiştir. Bunun üzerine, işçinin iş akdi işverenlik tarafından derhal feshedilmiştir. İşçinin feshe itirazı üzerine Eyalet İş Mahkemesi, işçinin işyerinde, anayasaya aykırı bir kuruluşun sembolü olan gamalı haç resimli *Hitler*'in *Kavgam* kitabını okumasını BGB § 241/II'ye göre, sorumluluklarının ihlali olarak değerlendirmiştir. Mahkemeye göre, işçi ağır kusurludur. Zira, Devletin resmi üniformasını giyen işçi burada devletin değerlerini temsil etmektedir. Diğer bir deyişle, devletin temsilcisidir. Gamalı haç, Nasyonal Sosyalist düşüncenin açık bir işaretidir. Dolayısıyla, bu kitabın, devletin resmi bir kuruluşunda üniforma giyen bir işçi tarafından okunması anayasal değerlerle çatıştığı için derhal fesih nedenidir.¹⁵²⁸

¹⁵²⁷ *Taşkent*, Yönetim Hakkı, 117.

¹⁵²⁸ LAG Berlin-Brandenburg, 25.09.2017, 10 Sa 899/17, (www.beck-online.beck.de). Öte yandan, Rheinland-Pfalz Eyalet İş Mahkemesinin önüne gelen bir uyuşmazlıkta ise, bir ofiste çalışan işçiye, işverenin sekreteri, eksik dosyaları tamamlayıp bir an önce kendilerine sunması yönünde işveren adına bir talimat vermiştir. Bunun üzerine, işçi, işverenin sekreterine “*Emredersiniz, Führer*” (“*Jawohl mein Führer!*”) şeklinde cevap vermiştir. İşçinin iş akdi bu ifadesi nedeniyle feshedilmiştir. Eyalet İş Mahkemesi ise verdiği kararında, işçinin bu hitap biçimini kullanırken, işverenliği *Hitler* veya o dönemde verilen talimatlarla kıyaslamadığı, bir karşılaştırma yapma amacında olmadığı, işçinin sözlerinin mizahi ifadeler olabileceği gerekçesiyle, feshin ölçülülük ilkesiyle bağdaşmadığını, işverenin uyarı vermesinin yeterli olacağını belirterek feshin geçerli olmadığına karar vermiştir. Kararın detayları için bkz. LAG Rheinland-Pfalz, 20.01.2011- 11 Sa 353/10, (www.beck-online.beck.de).

Bu başlık altında son olarak üzerinde durmak istediğimiz konu ise, işverenin, işyerinde işçiye sadece işverenin belirlediği bir “dil”de konuşması yönünde talimat verip veremeyeceğidir. İngiliz İş Temyiz Mahkemesinin önüne gelen oldukça ilginç bir uyuşmazlıkta, işverenlik, davacı işçinin iş akdini “işyerinde sadece İngilizce konuşulması gerektiği” yönündeki talimata uymadığı gerekçesiyle feshetmiştir. Davacı işçi, Rusya doğumlu olup, İngiltere’de çok uluslu bir şirketin işlettiği kimya laboratuvarından birinde çalışmaktadır. Bu laboratuvarlarda üretilen kimyasallar hayvanlar üzerinde denenmektedir. Davalı şirket, hayvan hakları savunucularıyla sık sık karşı karşıya gelmektedir. İşveren, işçinin çalışma saatlerinde sık sık cep telefonu ile tualete gittiğini ve telefonda sürekli Rusça konuştuğunu tespit etmiş ve işçinin hayvan hakları savunucularıyla işbirliği halinde olmasından şüphelenmiştir. İşveren, bunun üzerine, öncelikle işyerinde Rusça konuşulmasını yasaklamış ve sadece İngilizce konuşulması yönünde genel bir talimat yayınlamıştır.

Davacı işçi bu talimata uymadığı ve Rusça konuşmaya devam ettiği için iş akdi işverence feshedilmiştir. İş akdi feshedilen işçi, ırk ayrımcılığına uğradığından hareketle dava açmıştır. İlk derece mahkemesi, verilen talimatın işçinin onurunu ve haysiyetini incitmediğini, işverenin işçiyi aşağılama niyeti olmadığını ve işverenin bu talimatı verirken haklı menfaati bulunduğunu belirterek davayı reddetmiştir.

Daha sonra, işçi, Temyiz İş Mahkemesine başvurmuştur. Burada da, Yüksek Mahkeme, işverenin işyerinde Rusça konuşulmaması yönünde verdiği talimatın işçinin ırkıyla bir ilgisi olmadığını, işverenin ırk ayrımcılığı yapma niyeti bulunmadığını; tersine, işverenin, işyerinde sadece İngilizce konuşulması yönündeki talimatının haklı ve meşru gerekçeleri olduğunu belirterek davanın reddine karar vermiştir.¹⁵²⁹

Mahkemenin bu kararı, geleceğe dönük olarak, işverenin kendi menfaatlerine göre bir gerekçesi olması durumunda bu yönde vereceği çeşitli talimatların hukuka uygun

¹⁵²⁹ Kelly v. Covance Laboratories Ltd. UKEAT/0186/15/LA, 20.10.2015, <https://www.localgovernmentlawyer.co.uk/employment>.

sayılacağıının kapısını aralamıştır. İngiliz İş Hukuku mevzuatının tekil farklılıklarını bir kenara bırakarak, uyuşmazlık konusu olayın içeriğini bir örnek olarak ele alıp, ulusal hukukumuz açısından konuyu kısaca irdelemek gerekirse, öncelikle, Yüksek Mahkemenin kararının isabetli olmadığını düşünüyoruz.

Öncelikle, işveren, işin yürütümü ve işçilerin işyerindeki davranışlarına ilişkin konularda talimat verme hakkına sahiptir. Ayrıca, işveren, talimat verme hakkını dürüstlük kurallarına uygun biçimde kullanılmalıdır. İşçinin talimatlara uyma borcunun sınırlarını, yukarıda da detaylıca açıklamaya çalıştığımız üzere işçinin temel hakları, kişilik hakları, dürüstlük kuralları ve eşitlik ilkesine uygunluk oluşturmaktadır. İşçi, kişilik haklarını ihlal eden, dürüstlük kurallarıyla bağdaşmayan talimatlara uymakla yükümlü değildir.

Uyuşmazlık konusu olayda, kanımızca işveren, salt işçinin davranışlarından şüphelendiği için işçinin kendi özel telefonu ile Rusça konuşmasını yasaklayamaz. İşverenin, işçinin işyerinde yaptığı her türlü konuşmayı dinlemek istemesi anlamına da gelen bu yaklaşım, işçinin işyerinde özel yaşamına saygı hakkını da ihlal etmektedir. Ayrıca, kişinin konuştuğu dil, ifade özgürlüğü hakkını kullanabilmesi için gerekli en önemli araçtır. Kişinin dilediği dilde konuşmasını yasaklamak ifade özgürlüğünü de engellemek anlamına gelmektedir.

İlaveten, işçinin işyerinde özel telefon görüşmelerini dilediği dilde yapmasının işverence engellenmesi, yönetim hakkının sınırlarını da fazlasıyla aşmaktadır. İşçi, özel telefon görüşmelerini dilediği dilde yapma hakkına sahiptir. İşverenin, işçinin işyerinde sadece İngilizce konuşması gerektiği konusunda da haklı bir menfaati kanımızca bulunmamaktadır. Zira, işyerinde işçilerin müşterilerle iletişim kurma gibi bir durumları da söz konusu değildir. İşverenin sıklıkla hayvan hakları savunucularıyla karşı karşıya gelmesi ve işyerine ait bilgilerin işyeri dışındaki kimselerin eline geçmesini engellemesinin yolu

işçilerin ifade özgürlüklerini sınırlandırmak, özel yaşamlarına haksız şekilde müdahale etmek olmamalıdır.

İşveren, işyerinin güvenliği ve menfaatleri açısından işçilerin hangi dilde konuşacaklarını belirlemek yerine örneğin, işçilerin özel cep telefonlarıyla görüşmesini sınırlandırmak yoluna gitmesi dürüstlük kuralı ve ölçülülük ilkesine daha uygun olabilirdi. Öte yandan, kanımızca, işverenin soyut şüphe dışında işin niteliği ve gereklerinden kaynaklanan herhangi bir haklı ve meşru gerekçesi olmadan Rusça konuşulmasını yasaklaması, ırk ayrımcılığı yaptığı anlamına da gelmektedir.

D. İşin Düzenlenmesine İlişkin Yasal Sınırlamalara Uygunluk

1. Genel Olarak

İşçi, iş görme borcunu, işverenin talimatları altında belirli veya belirsiz bir zaman dilimi içinde yerine getirmekle yükümlüdür. İşçinin iş sözleşmesinden doğan temel borcu olan iş görme borcunun zamansal boyutunu *çalışma süreleri* oluşturmaktadır. Çalışma sürelerinin belirlenmesinin gerekliliği, işçinin sadece hangi süreler içinde işverenin emrine amade bulunacağını tespitinde değil; aynı zamanda işçinin dinlenme sürelerinin tespiti açısından da önem taşımaktadır.¹⁵³⁰

İş sözleşmesinde, iş görme borcu çoğunlukla ana hatlarıyla belirlenmekte, işin nerede, nasıl ve ne zaman yapılacağına dair ayrıntılar ise boş bırakılmaktadır. İşverenin yönetim hakkı, bu noktada devreye girmekte ve işveren, iş sözleşmesinde boş bırakılan alanları diğer hukuk kaynaklarına aykırı olmamak üzere yönetim hakkına dayanarak vereceği talimatlar aracılığıyla doldurmaktadır. İşverenin, işin, nerede, ne zaman ve nasıl yerine getirileceğine ilişkin talimatları, işçinin iş görme borcuna ilişkindir. Dolayısıyla, işveren, işçinin çalışma

¹⁵³⁰ **Astarlı**, Çalışma Süreleri, 52; **Mollamahmutoğlu/Astarlı**, 596; **Köseoğlu/Kabul**, Çalışma Süreleri, 974-975.

sürelerine ilişkin konularda da talimat verme hakkına sahiptir. Ancak, işverenin, işçinin çalışma sürelerine ilişkin konularda talimat verme hakkı, İş Kanunuyla (ve toplu iş sözleşmesi/iş sözleşmeleriyle) oldukça sınırlandırılmıştır.

İş hukukunda çalışma süreleri ve dinlenme süreleri, işin düzenlenmesi kapsamında yer almaktadır. Sosyal devlet anlayışının bir sonucu olarak, işçinin korunması gerekliliği, çalışma sürelerinin, işçinin sağlığı, fiziksel ve ruhsal bütünlüğünün korunması; işçinin aile ve sosyal yaşamına zaman ayırması ile dinlenmesi amacıyla emredici nitelikteki düzenlemelerle güvence altına alınmıştır. İşveren, işçinin çalışma ve dinlenme sürelerine ilişkin konularda sınırlı bir biçimde talimat verme hakkına sahiptir. Aşağıda, işverenin talimat verme hakkı açısından özellik gösteren durumları inceleyeceğiz.

2. İşçinin, İşverenin Çalışma Sürelerinin Düzenlenmesine İlişkin Verdiği Talimatlara Uyma Borcunun Kapsamı

a. Çalışma Süresi Kavramı ve Çalışma Sürelerini Denkleştirme Uygulamaları

Çalışma (iş) süresi kavramı, en genel ifadesiyle, ara dinlenme süreleri dışında, işin başlamasından sona erme anına kadar geçen süreyi ifade etmektedir. İşçi, bu süre içinde işgücünü, işverenin talimatları altında, onun emrine amade kılmakta ve karşılığında ücrete hak kazanmaktadır. İşverenin, bu süre içinde, işçinin işgücünden fiilen yararlanması, yani onu fiilen çalıştırıp çalıştırmaması önem taşımamaktadır. Bu bağlamda, işverenin, işçiyi çalışmaya hazır biçimde bekletmesi de, çalışma süresi içinde değerlendirilmektedir.¹⁵³¹

İş görme borcunun zaman bakımından kapsamını ifade eden çalışma süresi, işçinin iş görme borcunu ne zaman ve ne süreyle ifa edeceği, işçinin işe başlama ve işi tamamlama

¹⁵³¹ Hromadka/Maschmann, 214.

süreleri, ara dinlenme süreleri, postalar halinde çalışmalarda hangi işçinin hangi zaman aralığında çalışmaya başlayıp, çalışmasını ne zaman sona erdireceği gibi hususlardan oluşmaktadır.¹⁵³²

Doktrinde, çalışma süresi kavramının hem çalışma süresinin uzunluğunu (*Dauer der Arbeitszeit*) hem de çalışma süresinin konumunu (*Lage der Arbeitszeit*) ifade ettiği belirtilmektedir.¹⁵³³ Bununla birlikte, her iki kavramın birbirinden ayrılması özellikle işverenin yönetim hakkı açısından önem taşımaktadır.¹⁵³⁴

İşçinin çalışma süresinin uzunluğu, işçinin ücretini belirlediği için, işverenin, işçinin çalışma süresinin uzunluğunu, vereceği talimatlarla tek taraflı olarak belirleme hakkı bulunmamaktadır. Çalışma süresinin uzunluğu, kural olarak, kanun, toplu iş sözleşmesi veya iş sözleşmesiyle belirlenmektedir.¹⁵³⁵ Eğer taraflar, iş sözleşmesinde çalışma süresini tespit etmedilerse ve bu ilişkiye uygulanacak bir toplu iş sözleşmesi hükmü veya işyeri uygulaması bulunmuyorsa, Kanunda düzenlenen haftalık normal çalışma süresi esas alınacaktır.¹⁵³⁶ Diğer bir anlatımla, taraflar, iş sözleşmesiyle, çalışma süresinin uzunluğunu tespit etmedilerse, işveren, vereceği talimatlarla işçinin çalışma süresini tek taraflı olarak belirleyemez.

Çalışma süresinin konumu ise, işin günlük başlama ve bitiş saatlerini, ara dinlenmeleri ve haftalık çalışma süresinin, haftanın çalışılan günlerine dağıtılmasını ifade eder. Eğer, taraflarca, toplu iş sözleşmesi veya iş sözleşmesiyle çalışma süresinin konumu

¹⁵³² **Öktem Songu**, Çalışma Süreleri, 34-35; **Odaman**, Denkleştirme, 69-71

¹⁵³³ **Lakies**, Rn. 4; **ErfK/Preis**, GewO § 106 Rn. 31-32.

¹⁵³⁴ **Astarlı**, Çalışma Süreleri, 88.

¹⁵³⁵ **Lakies**, Rn. 4; **Söllner**, 70; **Brunhöber**, 160; **Tettinger/Wank/Ennuschat/Wank**, GewO § 106 Rn. 9. İlaveten, örneğin, tarafların, işçinin haftalık çalışma süresini “*en az on saat en fazla otuz saat*” şeklinde kararlaştırmaları, işverene, işçinin çalışma süresinin uzunluğunu ve bu anlamda işçinin ücretini tek taraflı olarak belirleme hakkı verdiği için geçersizdir. Bununla birlikte, çağrı üzerine çalışmanın düzenlendiği Alman Kısmi ve Belirli Süreli Çalışma Kanunu (TzBfG) § 12’de 01.01.2019 tarihinde yapılan yeni bir değişiklik yürürlüğe girmiştir. TzBfG § 12’ye, 2019 değişikliğiyle eklenen 2. fıkraya göre, eğer taraflar, maddenin 1. fıkrasının 2. cümlesine göre, haftalık asgari bir çalışma süresi belirledilerse, işveren, işçiyi bu sürenin sadece % 25’ne kadar ilaveten iş görmesi için çağırabilir. Yine taraflar, maddenin 1. fıkrasının 2. cümlesine göre, haftalık maksimum çalışma süresi belirledilerse, işveren bu süreyi sadece % 20’sine kadar azaltabilir.

¹⁵³⁶ **Astarlı**, Çalışma Süreleri, 89.

belirlenmediyse, işveren, tek taraflı olarak vereceği talimatlarla çalışma süresinin konumu belirleyebilir veya değiştirebilir.¹⁵³⁷

Ancak, işveren, çalışma süresinin konumunu vereceği talimatlarla belirleme hakkına sahip olsa da, bu belirlemeyi, sadece kendisinin menfaatlerini ve/veya işyerinin ihtiyaçlarını gözeterek yapmamalıdır. İşveren, yukarıda da belirttiğimiz üzere, talimat verme hakkını, Alman hukukunda GewO § 106/1 uyarınca hakkaniyete uygun takdir yetkisine; Türk hukukuna göre ise, TBK m. 399 uyarınca dürüstlük kurallarının gerektirdiği ölçüde kullanmak zorundadır.¹⁵³⁸

Bundan kastımız ise, işveren, çalışma süresinin konumunu belirlerken sadece işyerinin ihtiyaçlarını değil, işçinin koşullarını da (örneğin, ailevi durumunu, işçinin menfaatlerini ve engellerini) göz önünde bulundurmalıdır.¹⁵³⁹ Örneğin, Rheinland-Pfalz Eyalet İş Mahkemesinin önüne gelen bir uyuşmazlıkta, işveren, davacı işçinin, çalıştığı vardiyanın başlangıç ve bitiş saatlerini, diğer işçilerle kavga ettiği için ve yaşanan huzursuzluğun son bulması amacıyla değiştirmiş, bunun üzerine de işçi, işverenin çalışma saatlerinin değiştirilmesine yönelik verdiği talimatın geçersizliğinin tespiti amacıyla dava açmıştır.

Dava konusu olayda, işyerinde, 06.00/ 15.00; 07.00/ 16.00 ve 21.30/05.42 olmak üzere üç vardiya bulunmaktadır. Davacı işçi hakkında geçmiş yıllarda, işyerinde çalışan bir kadın işçiye cinsel tacizde bulunduğu yönünde suçlamalar yöneltilmiş; ancak bu suçlamalar ispatlanamamıştır. Daha sonra da olay tamamen kapanmıştır. Ancak, davacı işçi, son olarak, bir başka kadın işçiyle sözlü tartışmaya girmiş ve eli yanlışlıkla kadın işçinin burnuna çarpmıştır. İşverenlik, bu olay üzerine, işyerinde huzur ortamının tesis edilebilmesi amacıyla sabah vardiyasında çalışan davacı işçi için farklı bir çalışma düzeni oluşturmuş ve işe başlama

¹⁵³⁷ **Lakies**, Rn. 4; **ErfK/Preis**, GewO § 106 Rn. 31.

¹⁵³⁸ BAG, 17. 7. 2007 - 9 AZR 819/06, NZA 2008, 118, (www.beck-online.beck.de).

¹⁵³⁹ **ErfK/Preis**, GewO § 106 Rn. 31; **Astarlı**, Çalışma Süreleri, 94-98.

saatini 04.00; sona erme saati ise 00.12 olarak tek taraflı biçimde belirlemiş ve işçiye tebliğ etmiştir.

Mahkeme, işverenin talimatıyla, işçinin çalışma süresinin konumunun değiştirilmesini, işçinin menfaatlerinin gözetilmemesi, işçiye ek bir yük yüklenmesi ve işçinin sosyal ortamdan izole edilmesi sonucunu doğurduğu için haksız bularak, davanın kabulüne karar vermiştir. Mahkemeye göre, işyerinde yaşanan tartışma, kimsenin çalışmadığı bir vardiyaya işçinin çekilmesini gerektirecek ölçüde ciddi büyüklükte değildir. İşçinin, işyerinden dışlanması anlamına da gelen bu değişiklikte işverenin haklı bir menfaati bulunmamaktadır.¹⁵⁴⁰

Çalışma (iş) süresi, mevzuatımızda, İş Kanununun 63. maddesinde ayrıntılı şekilde düzenlenmiş; ancak çalışma süresi kavramı yasal olarak tanımlanmamıştır.¹⁵⁴¹ Bununla birlikte, İş Kanuna İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliğinin¹⁵⁴² 3. maddesinde, “*Çalışma süresi, işçinin çalıştırıldığı işte geçirdiği süredir. İş Kanununun 66. maddesinin 1. fıkrasında yazılı süreler de çalışma süresinden sayılır.*” şeklinde tanımlanmıştır. Bu düzenlemeden hareketle, çalışma süresi, işçinin, hem işte geçirdiği “*fiili çalışma süresi*”nden hem de işte fiilen çalışarak geçirdiği sürelerin dışında kalan ve fakat çalışma süresinden sayılan “*farazi çalışma süreleri*”neden oluşmaktadır.

Fiili çalışma süresi, ara dinlenmeler hariç, işin başlamasından sona ermesine kadar geçen zaman dilimini ifade etmektedir. Farazi çalışma süresi ise, fiili çalışmanın yapılmadığı ama işçinin, işverenin talimatları altında çalışmaya hazır beklediği süredir. Dolayısıyla, çalışma süresi, işçinin iş görme borcu yerine getirmek amacıyla, işverenin talimatları altına girdiği andan çıktığı ana kadar devam eden ve kural olarak ara dinlenmeler hariç, işçinin fiilen çalıştığı veya çalışmadığı sürelerdir.¹⁵⁴³

¹⁵⁴⁰ LAG Rheinland-Pflaz, 17.06.2009- 8 Sa 26/09, (www.beck-online.beck.de).

¹⁵⁴¹ Köseoğlu, Fazla Çalışma, 118.

¹⁵⁴² RG. 06.04.2004, 25425.

¹⁵⁴³ Astarlı, Çalışma Süreler, 37; Öktem Songu, Çalışma Süreleri, 31; Subaşı, 321; Köseoğlu, Fazla Çalışma, 119-120; Köseoğlu/Kabul, Çalışma Süreleri, 972; Caniklioğlu, Çalışma Süreleri, 149.

İş Kanununun 66. maddesinde, farazi çalışma süreleri sınırlı sayıda düzenlenmiştir. Bunlar; “a) Madenlerde, taşocaklarında yahut her ne şekilde olursa olsun yer altında veya su altında çalışılacak işlerde işçilerin kuyulara, dehlizlere veya asıl çalışma yerlerine inmeleri veya girmeleri ve bu yerlerden çıkmaları için gereken süreler; b) İşçilerin işveren tarafından işyerlerinden başka bir yerde çalıştırılmak üzere gönderilmeleri halinde yolda geçen süreler; c) İşçinin işinde ve her an iş görmeye hazır bir halde bulunmakla beraber çalıştırılmaksızın ve çıkacak işi bekleyerek boş geçirdiği süreler; d) İşçinin işveren tarafından başka bir yere gönderilmesi veya işveren evinde veya bürosunda yahut işverenle ilgili herhangi bir yerde meşgul edilmesi suretiyle asıl işini yapmaksızın geçirdiği süreler; e) Kadın işçilerin emzirme süreleri; f) Demiryolları, karayolları ve köprülerin yapılması, korunması ya da onarım ve tadili gibi, işçilerin yerleşim yerlerinden uzak bir mesafede bulunan işyerlerine hep birlikte getirilip götürülmeleri gereken her türlü işlerde bunların toplu ve düzenli bir şekilde götürülüp getirilmeleri esnasında geçen sürelerdir.”

Hukukumuzda normal çalışma süresi haftada en çok 45 saattir. Aksi taraflarca kararlaştırılmadıysa bu süre, işyerinde haftanın çalışılan günlerine eşit ölçüde bölünerek uygulanır.¹⁵⁴⁴ Ancak, yer altı maden işlerinde çalışan işçilerin çalışma süresi; günde en çok yedi buçuk; haftada en çok 37,5 saattir¹⁵⁴⁵ (İş Kanunu m. 63/1; ÇSY m. 4/1).

İş Kanununda haftalık çalışma süresi azami 45 saat olarak belirlendiği için taraflar, kural olarak bu süreyi aşan bir biçimde haftalık çalışma süresini belirleyemezler.¹⁵⁴⁶ Bununla birlikte, İş Kanununun 63. maddesi nispi emredici nitelikte bir hüküm olduğu için, taraflar *anlaşarak* bu sürenin altında bir süreyi haftalık çalışma süresi olarak belirleyebilirler. Ayrıca,

¹⁵⁴⁴ Deniz İş Kanunu m. 26/1 ve Basın İş Kanunu ek madde 1 uyarınca, haftalık çalışması süresi en çok 48 saattir.

¹⁵⁴⁵ Maden işyerlerinde çalışma süreleri hakkında detaylı bilgi için bkz. **Akyiğit**, Maden İşyerleri, 26-34.

¹⁵⁴⁶ Haftalık normal çalışma süresi olan 45 saati aşan çalışmalar için işçi, fazla çalışma ücretine hak kazanacaktır.

İş Kanunu m. 63/1 uyarınca, taraflar anlaşarak haftalık çalışma süresini iş günlerine farklı biçimde de bölüştürebilirler.¹⁵⁴⁷

Buradan çıkan sonuç ise, haftalık çalışma süresinin kural olarak, iş günlerine eşit şekilde bölünerek uygulanmasıdır. Ancak, taraflar anlaşarak bunun aksine karar verebilir ve çalışma sürelerini iş günlerine farklı uzunlukta dağıtabilirler. Taraflar arasında bir anlaşma yoksa işveren vereceği talimatlarla haftalık çalışma sürelerini, iş günlerine farklı şekilde dağıtamaz. İşveren, bu konuda yönetim hakkına sahip değildir. Böyle bir durumda, haftalık çalışma süresinin çalışılan günlere eşit şekilde dağıtıldığı kabul edilir.

Günlük çalışma süresi ise, haftalık çalışma süresinin, haftanın çalışılan günlere bölünmesi yoluyla belirlenmektedir.¹⁵⁴⁸ İş Kanununun 63. maddesinin. 2. fıkrası ve İş Kanununa İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliğinin 4. maddesine göre, günlük çalışma süresi azami olarak on bir saat olarak belirlenmiştir. Gerek sözleşmeyle gerek işverenin talimatıyla günlük on bir saatin üzerinde bir çalışma süresi belirlenemez.¹⁵⁴⁹

İş Kanununun 66. maddesinde sınırlı sayıda belirtilen farazi çalışma süreleri de, günlük çalışma süresinden sayılmaktadır. Ancak, ara dinlenmeler, çalışma süresine dahil değildir. Eğer, günlük çalışma süresinin başlangıç ve bitiş saatleri, tarafların anlaşmasıyla belirlenmediyse veya bu konuda iç yönetmelik veya işyeri uygulaması gibi başkaca bir hukuk kaynağı da bulunmuyorsa, işin başlangıç ve bitiş sürelerini işveren yönetim hakkı kapsamında tek başına belirleme hakkına sahiptir.

Ancak, işveren talimat verme hakkını dürüstlük kurallarına uygun şekilde kullanmalıdır. Dolayısıyla, işveren, günlük çalışma sürelerinin başlangıç ve bitiş saatlerini de dürüstlük kuralına uygun belirlemek zorundadır. İş Kanununun 67. maddesine göre, “ (1)

¹⁵⁴⁷ Astarlı, Çalışma Süreleri, 132.

¹⁵⁴⁸ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 425.

¹⁵⁴⁹ Yargıtayın bir kararına göre, “Günlük çalışma süresinin on bir saati aşamayacağı Kanunda emredici şekilde düzenlendiğine göre, bu süreyi aşan çalışmaların denkleştirmeye tabi tutulamayacağını ve zamlı ücret ödemesi veya serbest zaman kullanımının söz konusu olacağı kabul edilmelidir.” Y9HD, 16.01.2020, E. 2019/8120, K. 2020/520, KİBB.

Günlük çalışmanın başlangıç ve bitiş saatleri ile dinlenme saatleri işyerinde işçilere duyurulur. ⁽²⁾ İşin niteliğine göre işin başlama ve bitiş saatleri işçiler için farklı şekilde düzenlenebilir.”

Buna göre, işveren, işçilere, işin günlük başlangıç ve bitiş saatlerini bildirmelidir. Ayrıca, işveren, işyerinde çalışan işçiler bakımından farklı günlük çalışma süreleri de belirleyebilir ve çalışma süresinin başlangıç ve bitiş saatlerini farklı tespit edebilir.¹⁵⁵⁰

İş Kanununun 63. maddesinin 2. fıkrası ise, çalışma sürelerinde esneklik taleplerinin bir sonucu olan *denkleştirme* suretiyle *yoğunlaştırılmış iş haftası* uygulamasına imkan vermektedir. Denkleştirme, belli bir zaman dilimi içinde, haftalık çalışma süresinin iş günlerine farklı dağıtılması suretiyle, işçinin bazı haftalar, haftalık normal çalışma süresinin üzerinde çalıştığı; buna karşılık, diğer haftalarda daha az çalışarak/çalışmayarak, haftalık ortalama çalışma süresinin, haftalık normal çalışma süresini aşmadığı bir uygulamadır.

İş Kanununun 63. maddesinin 2. fıkrasına göre de, *“Tarafların anlaşılması ile haftalık normal çalışma süresi, işyerlerinde haftanın çalışılan günlerine, günde on bir saati aşmamak koşuluyla farklı şekilde dağıtılabilir. Bu halde, iki aylık süre içinde işçinin haftalık ortalama çalışma süresi, normal haftalık çalışma süresini aşamaz. Denkleştirme süresi toplu iş sözleşmeleriyle dört aya kadar arttırılabilir. Turizm sektöründe dört aylık süre içinde işçinin haftalık ortalama çalışma süresi, normal haftalık çalışma süresini aşamaz; denkleştirme süresi toplu iş sözleşmeleriyle altı aya kadar arttırılabilir.”*

Denkleştirmenin uygulandığı hallerde, işçinin haftalık ortalama çalışma süresi, haftalık normal çalışma süresini aşmamak koşuluyla, bazı haftalarda 45 saati aşıya bile bu çalışmalar

¹⁵⁵⁰ **Astarlı**, Çalışma Süreleri, 135. Ayrıca bkz. “İşveren, talimat hakkına istinaden, iş sözleşmesinde ana hatlarıyla belirlenen iş görme ediminin, nerde, nasıl ve ne zaman yapılacağını düzenler. Günlük çalışma süresinin başlangıç ve bitiş saatlerini, ara dinlenmesinin nasıl uygulanacağını, işyerinde işin dağıtımına ilişkin ya da kullanılacak araç, gereç ve teknikler konusunda verilecek talimatlar bu türden talimatlar arasında kabul edilirler.” Y9HD, 25.11.2019, E. 2019/3669, K. 2019/20770, KİBB.

fazla çalışma sayılmayacaktır (m. 41/1). Ayrıca, haftalık çalışma süresi eşit olmayan şekilde işgünlerine bölünürken, günlük çalışma süresi hiçbir şekilde on bir saati aşamaz (m. 63/2).

Denkleştirme esasına göre çalışma, sadece tarafların anlaşmasıyla yani işçinin onayıyla gerçekleştirilebilir. Dolayısıyla, işveren, tek taraflı olarak vereceği talimatlarla denkleştirme uygulamasını yapamaz.¹⁵⁵¹ Kanunun 63. maddesinin 2. fıkrasında, denkleştirme uygulamasının tarafların anlaşmasıyla yapılabileceği belirtilmişse de bu anlaşmanın şekline ilişkin bir düzenleme ayrıca belirtilmemiştir. Bununla birlikte, Çalışma Süreleri Yönetmeliğinin 5. maddesine göre, denkleştirme uygulamasına geçilebilmesi için işçinin yazılı onayının alınması gereklidir.

Doktrindeki bir görüşe göre, Kanunda öngörülmemeyen bir şartın yönetmelikle düzenlenmesi mümkün olmadığından, denkleştirme uygulamasına geçilmesi için, işçinin zımni kabulü yeterlidir.¹⁵⁵² Doktrinde bizim de katıldığımız bir diğer görüşe göre ise, denkleştirme esasına ancak işçinin yazılı onayıyla geçilebilir. Ancak, bu yazılı onay, denkleştirme esasına geçilmeden önce işçinin onayıyla gerçekleştirilebileceği gibi iş sözleşmesiyle veya toplu iş sözleşmesiyle¹⁵⁵³ başlangıçta da verilebilir.¹⁵⁵⁴

Yargıtayın denkleştirme esasının örtülü yapılabileceğine dair kararları da bulunmaktadır. Bununla birlikte, Yüksek Mahkeme, daha sonraki yıllarda verdiği bazı kararlarında denkleştirme uygulamasının, işçinin yazılı onayıyla olabileceğini belirtmiştir.¹⁵⁵⁵

¹⁵⁵¹ **Öktem Songu**, Çalışma Süreleri, 184; **Astarlı**, Çalışma Süreleri, 299; **Köseoğlu/Kabul**, Çalışma Süreleri, 987; **Günay**, Denkleştirme, 388-389; **Caniklioğlu**, Çalışma Süreleri, 160-161; **Baycık**, Çalışma Süreleri, 237; **Narmanlıoğlu**, Fazla Çalışma, 35; **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, 738.

¹⁵⁵² Detaylı bilgi için bkz. **Engin**, Denkleştirme, 72-73.

¹⁵⁵³ Doktrinde **Astarlı**'nın isabetle belirttiği gibi, toplu iş sözleşmesiyle alınan işçi onayı, sadece toplu iş sözleşmesinden yararlanan işçiler bakımından geçerli olup, işyerinde toplu iş sözleşmesinden yararlanmayan işçiler bakımından ise, aynı sonuca varmak mümkün değildir. Detaylı bilgi için bkz. **Astarlı**, Çalışma Süreleri, 301. Aynı yönde **Öktem Songu**, Çalışma Süreleri, 189. Aksi görüş için bkz. **Süzek**, 800.

¹⁵⁵⁴ **Baycık**, Çalışma Süreleri, 237-239; **Yıldız**, Değerlendirme 2015, 172-173; **Süzek**, 800-801; **Astarlı**, Çalışma Süreleri, 299-300; **Öktem Songu**, Denkleştirme, 182; **Narmanlıoğlu**, Fazla Çalışma, 35.

¹⁵⁵⁵ Y9HD, 23.11.2015, E. 2014/21301, K. 2015/33167 ve kararın değerlendirmesi için bkz. **Yıldız**, Değerlendirme 2015, 172-173. Ayrıca bkz. Y9HD, 05.02.2018, E. 2015/8596, K. 2018/1444, KİBB.

Denkleştirme uygulamasıyla ortaya çıkan çalışma süreleri, çalışma koşullarında geçici olarak esaslı bir değişiklik niteliği taşımaktadır. Zira, işçi bu yoğunlaştırılmış iş haftasında haftalık normal çalışma süresinin üstünde çalışmakta ve fakat bu süre, haftalık ortalama çalışma süresini geçmeyeceği için fazla çalışma ücretine hak kazanamamaktadır. İşçinin, bu yoğun çalışma süresi dışında denkleştirme uygulaması içinde kalan serbest zamanları ise normal çalışma süresi kadardır. Dolayısıyla, işveren, işçinin çalışma koşullarını geçici olarak ağırlaştıran bu uygulamayı -eğer işçiyle arasında bir anlaşma yoksa- ya İş Kanunu m. 22/1'in işletilmesiyle ya da toplu iş sözleşmesi veya iş sözleşmesine önceden konulacak bir kayıtla gerçekleştirebilir.¹⁵⁵⁶

Denkleştirme yapılan hallerde, günlük çalışma süresi on bir saate çıkabilir. Yine Kanuna göre, denkleştirme süresi iki ay olup bu süre toplu iş sözleşmeleriyle dört aya kadar arttırılabilir.¹⁵⁵⁷ Denkleştirme süresinin uzunluğu, Kanunda azami sürelerle (2-4 ay veya 4-6 ay) sınırlandırıldığı için, bu sürenin işverenin talimatıyla uzatılması mümkün değildir. Azami sürenin sonunda, denkleştirme uygulamasının devam etmesi isteniyorsa, tarafların yeniden anlaşması gereklidir. Ancak, denkleştirme döneminin uzunluğuna ilişkin hüküm, nispi emredici nitelikte olduğu için Kanundaki azami sürenin altında denkleştirme uygulaması yapılabilir.

Denkleştirme esasına geçilerek bazı haftalar yoğunlaştırılmış iş haftasına geçilmesi ve bazı haftalarda da işçinin daha az veya hiç çalıştırılmayarak serbest zaman verilmesi uygulamasına, işyerinin tamamı için geçilmesi yönünde bir zorunluluk bulunmamaktadır. Bu nedenle, işyerinin tamamını veya işyerinde bir grup işçiyi ve hatta tek bir işçiyi kapsayacak şekilde dahi yoğunlaştırılmış iş haftası uygulanması mümkündür.

¹⁵⁵⁶ Baycık, Çalışma Süreleri, 238; Astarlı, Çalışma Süreleri, 302-303; Alp, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, 189; Öktem Songu, Denkleştirme, 184; Engin, Denkleştirme, 73; Odaman, Denkleştirme, 83.

¹⁵⁵⁷ İş Kanunu m. 63/2: "Turizm sektöründe dört aylık süre içinde işçinin haftalık ortalama çalışma süresi, normal haftalık çalışma süresini aşamaz; denkleştirme süresi toplu iş sözleşmeleriyle altı aya kadar arttırılabilir."

Ayrıca, işveren, her bir işçi veya işçi grubu açısından farklı denkleştirme süreleri belirleyebilir. Buradan çıkan sonuç ise, işverenin denkleştirme uygulaması kapsamına hangi işçileri seçeceği, yönetim hakkı kapsamındadır. İşveren, işçinin onayını almak kaydıyla da herhangi bir nedenle -iş sözleşmesi ve toplu iş sözleşmesiyle getirilen sınırlamalar yoksa- denkleştirme uygulaması yapabilir.¹⁵⁵⁸

İşveren, vereceği talimatlarla denkleştirme uygulamasına geçemese de, işçinin onayını aldıktan sonra, çalışma düzenini, İş Kanununda belirlenen ilkelere aykırı olmamak koşuluyla tek yanlı olarak belirleme hakkına sahiptir. Gerçekten de, İş Kanununa İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliğinin 5. maddesinin son fıkrasına göre, *“Denkleştirme dönemi içinde günlük ve haftalık çalışma süreleri ile denkleştirme süresi uygulamasının başlangıç ve bitiş tarihleri işverence belirlenir.”*

Denkleştirme yapılması yönünde işçinin onayı alındıktan sonra işveren, çalışma süresinin nasıl dağıtılacağını, işçinin ne zaman yoğun çalışıp ne zaman serbest zaman kullanacağını kendisi belirlemektedir.¹⁵⁵⁹ Ayrıca, işveren, denkleştirme döneminde çalışma sürelerinin başlangıç ve bitiş zamanlarını, bu süreçte işçilerin günlük ve haftalık kaç saat çalışacağını vereceği talimatlarla belirleyebilir.¹⁵⁶⁰

İşveren, denkleştirme döneminde işçilerin ayın hangi haftaları ve hangi günlerinde kaç saat çalışacağını, çalışma süresinin başlangıç ve bitiş zamanlarını, işçiye makul bir süre önceden bildirmelidir. İş Kanununa İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliğinin 8. maddesine göre, *“Günlük çalışmanın başlama ve bitiş saatleri ile dinlenme saatleri işyerlerinde işçiyere uygun araçlarla duyurulur. Yapılan işlerin niteliğine göre, işin başlama ve bitiş saatleri işçiler için farklı şekilde düzenlenebilir.”*

¹⁵⁵⁸ Astarlı, Çalışma Süreleri, 292-293; Caniklioğlu, Çalışma Süreleri, 162; Öktem Songu, Çalışma Süreleri, 199; Ekonomi, Fazla Çalışma, 166; Köseoğlu/Kabul, Çalışma Süreleri, 990; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 740.

¹⁵⁵⁹ Odaman, Denkleştirme, 77. Öte yandan, çalışma sürelerinin işçi tarafından denkleştirilmesi de mümkündür. İşçi, denkleştirme uygulamasında çalışma sürelerinin dağıtımını kendisi de belirleyebilir. Detaylı bilgi için bkz. Öktem Songu, Çalışma Süreleri, 201; Astarlı, Çalışma Süreleri, 311-312.

¹⁵⁶⁰ Astarlı, Çalışma Süreleri, 311.

İşveren, bu bildirimi denkleştirme döneminin başında yapabileceği gibi her haftanın başında da yapabilir. Ancak, taraflar, çalışma sürelerinin nasıl dağıtılacağını birlikte belirlemişlerse, işveren daha sonra bu süreyi talimatlarıyla değiştiremez.

İşveren, yoğunlaştırılmış iş haftaları dışında, işçinin daha az çalışacağı veya serbest zaman kullanacağı dönemi belirleme hakkına da sahiptir. İşveren, işçiye önce yoğunlaştırılmış iş haftası daha sonra serbest zaman kullandırabileceği gibi denkleştirme döneminin başında serbest zaman kullandırıp ardından yoğunlaştırılmış çalışma yaptırmayı da mümkündür. Zira, işveren, işyerinde yoğunlaştırılmış iş haftasının ve daha az çalışılacak veya hiç çalışmadan geçirilecek zamanı tek yanlı olarak belirleme hakkına sahiptir.¹⁵⁶¹

İşçi, yoğunlaştırılmış iş haftalarında 45 saatin üzerinde çalıştırılmış ve fakat denkleştirme yapılmadan yani işçiye serbest zaman verilmeden, işçinin iş akdi herhangi bir nedenle sonlandırılmışsa, işçinin 45 saatin üzerinde çalıştığı sürelerin fazla çalışma ücreti olarak kendisine ödenmesi gerekir.¹⁵⁶²

b. Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışmaya İlişkin Düzenlemeler

Fazla saatlerle çalışma, Kanun ya da sözleşmelerle belirlenen normal haftalık çalışma süresinin aşılmasıdır.¹⁵⁶³ Fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma, İş Kanununun 41-43. maddeleri ve Türk Borçlar Kanununun 398 ve 402. maddelerinde düzenlenmektedir. Fazla çalışmalar yasal nedenlerine göre üçe ayrılmaktadır: Bunlar: normal fazla çalışma, zorunlu nedenlerle fazla çalışma ve olağanüstü hallerde fazla çalışmadır. İş Kanununun 41. maddesinde “*fazla çalışma*” düzenlenirken; 42. maddesinde “*zorunlu nedenlerle fazla çalışma*”; 43. maddesinde ise “*olağanüstü hallderde fazla çalışma*” hüküm altına alınmaktadır.

¹⁵⁶¹ Öktem Songu, Çalışma Süreleri, 200-201.

¹⁵⁶² Eyrenci, Yeni Düzenlemeler, 43; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 424.

¹⁵⁶³ Köseoğlu/Kabul, Fazla Çalışma, 234; Öktem Songu, Çalışma Süreleri, 346; Çil, Fazla Çalışma, 57-58; Soyer, Fazla Çalışma, 797; Günay, Fazla Çalışma, 6; Mollamahmutoğlu/Astarlı, 599; Narmanlioğlu, Fazla Çalışma, 28.

İş Kanununun 41. maddesinde, hem fazla çalışma hem de fazla sürelerle çalışma tanımlanmaktadır. Öncelikle, fazla çalışma, haftalık 45 saati aşan çalışmalardır. Ayrıca, denkleştirme esasının uygulandığı hallerde, işçinin, haftalık ortalama çalışma süresi, haftalık normal çalışma süresi olan 45 saati aşarsa, bu çalışmalar fazla çalışma sayılır (m. 63/2). Yine İş Kanunu, işçiye yılda yaptırılacak fazla çalışmanın azami sınırını belirlemiştir (m. 41/8). Buna göre, fazla çalışmanın süresi bir yılda 270 saatten fazla olamaz. Ancak bu azami süre sınırı işyerlerine değil, işçilerin şahıslarına ilişkindir. Dolayısıyla, her bir işçi için ayrı ayrı hesaplanmalıdır.

İş Kanununda, fazla çalışmanın toplamının bir yılda 270 saatten fazla olamayacağı açık bir şekilde belirtilmişse de, işçiye yılda 270 saati aşan fazla çalışma yaptırılırsa -bu çalışmalar Kanuna aykırı olsa dahi- işçiye bunun karşılığı verilmelidir.

Yine, Çalışma Süreleri Yönetmeliğine göre, günlük çalışma süresi on bir saati aşamaz (m. 3, 4). Ancak, işçi, haftalık 45 saat olan çalışma süresi aşılmaya bile, günde on bir saatten fazla çalıştırılırsa, Kanunun emredici olarak belirlediği süreleri aşan çalışmalar da, fazla çalışma sayılacaktır.¹⁵⁶⁴

Fazla sürelerle çalışma ise, haftalık çalışma süresinin, sözleşmelerle 45 saatin altında belirlenmesi durumunda, sözleşmeyle belirlenen haftalık çalışma süresini aşan ve 45 saate kadar yapılan çalışmalardır.

İş Kanununun 41. maddesine göre normal fazla çalışma, “Ülkenin genel yararı yahut işin niteliği veya üretimin artması gibi nedenlerle yapılabilir.” Kanunda, işverenin, işçiye fazla çalışma yaptırabileceği nedenler çok geniş şekilde düzenlenmiştir. Dolayısıyla, işveren, çeşitli nedenlerle fazla çalışma olanağına başvurabilir.¹⁵⁶⁵ Ancak, işverenin, işçiye fazla çalışma yaptırabilmesi için fazla çalışma yasaklarının bulunmaması gerekir. Fazla çalışma

¹⁵⁶⁴ Çelik/Caniklioglu/Canbolat, 765.

¹⁵⁶⁵ Süzek, 817-818; Günay, Fazla Çalışma, 10; Akyiğit, Normali Aşan Çalışmalar, 4; Köseoğlu/Kabul, Fazla Çalışma, 238-239; Narmanlioğlu, Fazla Çalışma, 30; Çil, Fazla Çalışma, 58; Öktem Songu, Çalışma Süreleri 362.

yasakları, İş Kanununun 41. maddesinin 6, 9 ve 10. fıkralarında düzenlenmektedir. Bu bağlamda, örneğin, işveren, yer altı maden işlerinde çalışan işçilere zorunlu nedenler veya olağanüstü haller dışında fazla çalışma yaptıramaz.¹⁵⁶⁶

Kanun, her ne kadar işverene, işçilere fazla çalışma yaptırabilmesi amacıyla talimat verirken geniş bir takdir hakkı tanısa da, Kanunun 41. maddesinin 7. fıkrasına göre, hem fazla çalışma hem de fazla sürelerle çalışma yapılabilmesi için işçinin *onayının* alınması gereklidir. İş Kanununa İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliğinin¹⁵⁶⁷ 9. maddesine göre de, “*Fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma yaptırmak için işçinin yazılı onayının alınması gerekir. Zorunlu nedenlerle veya olağanüstü durumlarda yapılan fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma için bu onay aranmaz. Fazla çalışma ihtiyacı olan işverence bu onay iş sözleşmesinin yapılması esnasında ya da bu ihtiyaç ortaya çıktığında alınır ve işçi özlük dosyasında saklanır. Fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma yapmak istemeyen işçi verdiği onayı otuz gün önceden işverene yazılı olarak bildirimde bulunmak kaydıyla geri alabilir.*”

Fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma, işçinin onayına bağlı olduğu için işveren, vereceği talimatlarla işçiyi fazla çalışma/fazla sürelerle çalışma yapmaya zorlayamaz. Dolayısıyla, işverenin işçiye, fazla çalışma yapması yönünde talimat verme hakkı bulunmamaktadır.¹⁵⁶⁸ Bununla birlikte, işçi, iş sözleşmesinin akdedilmesi sırasında ya da fazla çalışmaya ihtiyaç duyulması halinde, fazla çalışma yapmaya onay veriyse, işveren veya işveren vekili, fazla çalışmaya karar verip bunun uygulanması yönünde, işçilere talimat verme hakkına sahiptirler.

¹⁵⁶⁶ Yer altında çalışan maden işçilerinin haftalık çalışma süresi denkleştirme suretiyle de aşlamayacağı yönündeki isabetli görüş için bkz. **Akyiğit**, Maden İşyerleri, 29.

¹⁵⁶⁷ RG. 06.04.2004, 25425.

¹⁵⁶⁸ **Soyer**, Fazla Çalışma, 800; **Akyiğit**, Normali Aşan Çalışmalar, 4; **Günay**, Fazla Çalışma, 13; **Eyrenci**, Yeni Düzenlemeler, 47.

İşveren, hangi işçilerin ne zaman, hangi süreyle ve hangi amaçla fazla çalışma yapacaklarını, yönetim hakkı kapsamında belirleme hakkına sahiptir.¹⁵⁶⁹ İşverenin, vereceği talimatlarla işçilerin fazla çalışmalarını düzenleme hakkı bulunmaktadır. İşveren, işçiye makul bir süre önceden, ne zaman fazla çalışma yapacağını bildirmesi gerekir. İşçi, fazla çalışma yapmaya onay verdikten sonra, işverenin fazla çalışma yapması yönündeki talimatına uymakla yükümlüdür. İşçi, haklı bir nedeni olmadan (örneğin, işçinin veya yakınlarının hastalanması, kaza geçirmesi gibi) işverenin talimatını yerine getirmez ve fazla çalışma yapmayı reddederse¹⁵⁷⁰, iş görme borcuna aykırı davranmış olur. İşveren, haklı bir nedeni olmadan, fazla çalışma yapılması talimatına uymayan işçinin iş ahdini, İş Kanunu m. 25/II-(h) uyarınca feshedebilir.¹⁵⁷¹

İşçinin, fazla çalışma yapılması yönündeki talimata uymaması konusunda haklı bir nedeni varsa, işverenin, işçiye fazla çalışma yapması konusunda zorlamaması gerekir. Zira, işveren, talimat verme hakkını dürüstlük kurallarına uygun kullanmalıdır. Bu bağlamda, işveren, işçinin içinde bulunduğu durumu ve işçinin engellerini de mutlaka gözetmelidir. Öte yandan, işçi, Yönetmeliğe göre fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma yapmak için verdiği onayı, işverene, otuz gün önceden yazılı olarak bildirerek geri alabilir.

Fazla çalışmanın kural olarak, işveren/işveren vekilince talep edilmesi ve işçinin onay vermesi gereklidir. Ancak, işçi, işverenin bir talebi ve fazla çalışma yapılması konusunda talimatı olmadan, kendi isteğiyle fazla çalışma yaparsa, bu çalışma İş Kanunu m. 41 bağlamında fazla çalışma olarak nitelendirilmez. Bununla birlikte, işveren, işçiye fazla çalışma yapmasıyla ilgili talimat vermemesine rağmen, işçiden ancak fazla çalışma yapmak

¹⁵⁶⁹ **Narmanhoğlu**, Fazla Çalışma, 30; **Astarlı**, Çalışma Süreleri, 182; **Akyiğit**, Normali Aşan Çalışmalar, 4-6.

¹⁵⁷⁰ **Keser**, Fazla Çalışma, 29. Yazara göre, işyerinde fazla çalışma yapılması ihtiyacı ortaya çıktığında (örneğin, işlerin yoğunlaştığı bir dönemde) işçinin, fazla çalışmaya onay vermemesi veya önceden vermiş olduğu onayı otuz gün önceden işverene haber vererek geri alması, işçinin davranışlarından kaynaklanan bir fesih sebebidir. Bu yönde detaylı bilgi için bkz. **Keser**, Fazla Çalışma, 33-40.

¹⁵⁷¹ **Köseoğlu/Kabul**, Fazla Çalışma, 240-241; **Narmanhoğlu**, Fazla Çalışma, 31; **Çil**, Fazla Çalışma, 59.

suretiyle yerine getirilebilecek bir işi istiyorsa, işçinin fazladan çalıştığı süreler, işverenin açık bir talimatı olmamasına karşın, fazla çalışma olarak değerlendirilir.¹⁵⁷²

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, işyerinde hangi işçilerin ne süreyle fazla çalışma yapacaklarını işveren belirlemektedir. Ancak, işyerinde, birden fazla işçi, fazla çalışma yapmayı talep ediyorsa, işverenin fazla çalışma yapacak işçileri belirleme serbestisinin sınırlarının tespit edilmesi gereklidir.

İşveren, işin dağıtımında, fazla çalışma, gece çalışması ve hafta tatilinde çalışma gibi işin düzenlenmesine ilişkin konularda eşit davranma borcuna uygun hareket edilmelidir. İşçiler, yaptıkları fazla çalışmanın/fazla sürelerle çalışmanın sonucu olarak zamlı ücrete hak kazanmaktadır. Dolayısıyla, birden fazla işçi bu imkandan, çalışmak suretiyle yararlanmak isteyebilir. İşverenin talimat verme hakkı, eşit davranma borcuyla sınırlanmaktadır. Dolayısıyla, işveren, haklı bir neden olmadan, işçilere farklı şekilde davranamaz. İşverenin, fazla çalışma yapmak isteyen işçiler arasında tercihte bulunurken, bazı hallerde, eşit davranma borcuna uygun hareket etmesi zorlaşabilir. Bu noktada doktrinde, örneğin, işverenin objektif kriterlere dayanan genel değerlendirmeler yaparak bir ölçüt geliştirebileceği ve buna uygun kararlar verebileceği belirtilmektedir.¹⁵⁷³ Örneğin, işveren, çocuk sahibi olan işçilerin ek masraflarını karşılamak amacıyla çalışmak istemeleri durumunda, bu işçilere öncelik verebilir.

Fazla çalışma konusunda *üst düzey yöneticilerin*¹⁵⁷⁴ durumu özellik göstermektedir. Yargıtay, üst düzey yöneticinin fazla çalışma ücretine hak kazanmasında *talimatla bağlı*

¹⁵⁷² **Süzek**, 819; **Astarlı**, Çalışma Süreleri, 182; **Öktem Songu**, Çalışma Süreleri, 370-371.

¹⁵⁷³ **Tuncay**, Eşit Davranma İlkesi, 162.

¹⁵⁷⁴ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında, “*üst düzey yönetici*”yi şöyle tanımlanmıştır: “*Üst düzey yönetici, ilke olarak işyerinde işveren vekili sıfatını taşımanın ötesinde işyerinin bütününe sevk ve idare eden, işçilerin çalışmalarını ve çalışma saatlerini düzenleyerek onlara emir ve talimat veren; duruma ve işyeri düzenine göre işe alma ve işçi çıkarma yetkisini de taşıyabilen kimse olarak tanımlanabilir. Ancak aynı yerde kendisine görev ve talimat vererek denetleyen, çalışma saatlerini belirleyen başka bir yönetici veya şirket ortağının bulunması halinde kişinin üst düzey yönetici olmadığı kabulü yoluna gidilebilir. Çalışma gün ve saatlerinin bizzat belirlenebilmesi yetkisi de üst düzey yöneticilik sıfatının benimsenebilmesi için kabul edilen kriterlerden biridir.*” YHGK, 15.03.2017, E. 2014/22-2421, K. 2017/508, KİBB.

olunup olunmadığını detaylı bir biçimde araştırmaktadır. Yüksek Mahkemeye göre, genel müdür, genel müdür yardımcısı, bölgel müdürü, mağaza müdürü gibi üst düzey yönetici olan kişiler, çalışma saatlerini kendileri belirliyorsa, fazla çalışma ücretine hak kazanamayacaklardır. Zira, bu kimseler, işverenin talimatı altında olmayıp, kendi çalışma düzenlerini diledikleri şekilde belirleme hakkına sahip oldukları için, yaptıkları çalışma sonucu fazla çalışma alacağı doğmamaktadır. Yargıtay, üst düzey yöneticinin fazla çalışma alacağı talebine ilişkin uyuşmazlıklarda, işçinin ücretinin yüksekliğini de göz önünde bulundurmaktadır. Bununla birlikte, yine Yüksek Mahkemeye göre, üst düzey yönetici konumunda olan işçiye, talimat veren başka bir yönetici ya da şirket ortağı bulunması durumunda, işçinin çalışma süresini kendisinin belirlemesinden söz edilemeyeceğinden, haftalık normal çalışma süresini aşan çalışmalarının, fazla çalışma olarak kabul edilmesi gerekir.

Gerçekten de Yargıtaya göre, *“İşyerinde üst düzey yönetici konumunda çalışan işçi, görev ve sorumluluklarının gerektirdiği ücretinin ödenmesi durumunda, ayrıca fazla çalışma ücretine hak kazanamaz. Bununla birlikte üst düzey yönetici konumunda olan işçiye, aynı yerde görev ve talimat veren bir başka yönetici ya da şirket ortağı bulunması halinde, işçinin çalışma gün ve saatlerini kendisinin belirlediğinden söz edilemeyeceğinden, yasal sınırlamaları aşan çalışmalar için fazla çalışma ücreti talep hakkı doğar. O halde, üst düzey yönetici bakımından şirketin yöneticisi veya yönetim kurulu üyesi tarafından fazla çalışma yapması yönünde bir talimatın verilip verilmediğinin de araştırılması gerekir. İşyerinde yüksek ücret alarak görev yapan üst düzey yöneticiye işveren tarafından fazla çalışma yapması yönünde açık bir talimat verilmemişse, görevinin gereği gibi yerine getirilmesi noktasında kendisinin belirlediği çalışma saatleri sebebiyle fazla çalışma ücreti talep edemeyeceği kabul edilmelidir.”*¹⁵⁷⁵

¹⁵⁷⁵ Y9HD, 09.12.2020, E. 2016/33960, K. 2020/17839, KİBB.

Öncelikle, şunu belirtmeliyiz ki, üst düzey yönetici konumunda olmak, fazla çalışma ücreti almaya/serbest zaman kullanmaya hak kazanmaya engel bir durum değildir. Nitekim, İş Kanununda, üst düzey yönetici kavramı tanımlanmadığı gibi üst düzey yöneticilerin fazla çalışma yapamayacakları veya fazla çalışma ücretine hak kazanamayacakları yönünde bir hüküm de bulunmamaktadır.

Üst düzey yöneticiden kasıt, işyeri hiyerarşisinin çeşitli konumlarda yer alan işveren vekilleri olup, İş Kanununa göre, işveren vekili de, işçi statüsündedir. Ayrıca, yine Kanunumuzda, fazla çalışma ücretine hak kazanma koşulları arasında belli bir konumundaki işveren vekili olmamak gibi bir kıstas bulunmamaktadır. Dolayısıyla, işveren vekili statüsünde çalışan işçiler de, yaptıkları normali aşan çalışmaların karşılığında fazla çalışma ücretine veya serbest zamana hak kazanırlar. Ancak, Yüksek Mahkeme, kararlarında, işçinin salt üst düzey yönetici statüsünde çalışıp çalışmadığını değil, fazla çalışma yapma konusunda talimatla bağlı olup olmadığını, kendisine talimat veren bir yönetici ya da şirket ortağı olup olmadığını araştırmaktadır.

Diğer bir anlatımla, Yüksek Mahkeme, kişinin üst düzey yönetici olmasından yola çıkmakla beraber, bununla yetinmemekte, esas talimatla bağlı olup olmadığını, üstünde, kendisine talimat veren, onu denetleyen bir yönetici olup olmadığını araştırmaktadır. Kanımızca, Yüksek Mahkemenin bu yaklaşımı da isabetlidir. Zira, çalışma saatlerini bizzat belirleyen, dilediği zaman çok; dilediği zaman daha az çalışan, kendisine fazla çalışma yapması yönünde talimat veren veya yaptığı çalışmaları denetleyen bir üstünün olmaması ve ayrıca yaptığı çalışma karşılığında yüksek bir ücret alan kişinin fazla çalışma ücretini talep edemeyeceği kabul edilmelidir.¹⁵⁷⁶ İlâveten, çalışma süresini bizzat kendisi belirleyen ve

¹⁵⁷⁶ Benzer yönde **Süzek**, 827-828; **Baycık**, Değerlendirme 2016, 354; **Astarlı**, Üst Düzey Yöneticiler, 60-62. Aksi yönde **Çil**, Fazla Çalışma, 66; **Dursun Ateş**, 360-362. Bununla birlikte, üst düzey yönetici konumunda olup çalışma saat ve süresini kendisi belirleyen işçinin, Anayasal dinlenme hakkı olan hafta tatilini fiilen kullanması gereklidir. Kişinin üst düzey yönetici olarak yüksek ücret alması, çalışma süresini bizzat düzenlemesi, ulusal bayram ve genel tatil günlerindeki çalışmasının karşılığını almasına engel değildir. Bu yönde bkz. **Baycık**, Değerlendirme 2016, 355.

talimatla bağılı olmayan üst düzey yöneticilerin fazla çalışma yapıp yapmadıklarının ve eğer yapılsa bunun süresinin ne kadar olduğunun tespiti ve ispatı da oldukça güçtür.

İş Kanununda fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışmanın karşılığı da düzenlenmektedir. İşçi, fazla çalışma ve fazla sürelerle yaptığı çalışmaların karşılığında zamlı ücret alabilir veya serbest zaman kullanabilir. Fazla çalışmanın karşılığı, İş Kanununun 41. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenmektedir. Buna göre, *“Her bir saat fazla çalışma için verilecek ücret normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının yüzde elli yükseltilmesi suretiyle ödenir.”* Fazla sürelerle çalışmanın karşılığı ise, 41. maddenin 3. fıkrasında hüküm altına alınmaktadır. Bu düzenleme uyarınca, *“Fazla sürelerle çalışmalarda, her bir saat fazla çalışma için verilecek ücret normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının yüzde yirmi beş yükseltilmesiyle ödenir.”* Fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışmaya ilişkin hükümler nispi emredici nitelikte olup normali aşan çalışmalar için ödenecek zamlı ücret sözleşmelerle işçi lehine arttırılabilir.

Fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma yapan işçi zamlı ücret yerine dilerse serbest zaman kullanabilir. İşçinin zamlı ücret yerine fazla çalışmalarının karşılığı olarak serbest zaman kullanabilmesi imkanı, İş Kanununun 41. maddesinin 4. fıkrasında düzenlenmektedir. Buna göre, *“Fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma yapan işçi isterse, bu çalışmalar karşılığı zamlı ücret yerine, fazla çalıştığı her saat karşılığında bir saat otuz dakikayı, fazla sürelerle çalıştığı her saat karşılığında bir saat on beş dakikayı serbest zaman olarak kullanabilir.”* İşçinin serbest zaman kullanmasına ilişkin hükümler de nispi emredici nitelikte olup sözleşmelerle işçi lehine arttırılabilir.

İşveren, işçinin zamlı ücret yerine serbest zaman kullanmasını kendi başına belirleyemez. Diğer bir anlatımla, işverenin, işçiye normali aşan çalışmaları karşılığında serbest zaman kullanması gerektiği şeklinde talimat verme hakkı bulunmamaktadır. Serbest

zaman kullanma yönündeki talep, mutlaka işçiden gelmelidir. İşveren, işçinin serbest zaman kullanması yönündeki talebini reddedemez.¹⁵⁷⁷

İşveren, işçinin talebiyle bağlıdır. İş Kanununun 41. maddesinin 5. fıkrasına göre de “*İşçi hak ettiği serbest zamanı altı ay zarfında, çalışma süreleri içinde ve ücretinde bir kesinti olmadan kullanır.*” İş Kanununa İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliğinin 6. maddesine göre, “*İşçi, hak ettiği serbest zamanı, işverenin, işin veya işyerinin gereklerine uygun olarak belirlediği tarihten itibaren, iş günleri içerisinde, aralıksız ve ücretinde bir kesinti olmadan kullanır.*” (m. 6/2)

İşveren, her ne kadar işçinin fazla çalışmaları için zamlı ücret yerine serbest zaman kullanmasına karar veremiyor olsa da, işçinin, altı aylık süre zarfında serbest zamanı ne zaman kullanacağını belirleme hakkına sahiptir. O halde, işverenin, işçinin serbest zamanı kullanacağı tarihi belirleme yetkisi, yönetim hakk çerçevesinde kendisine bırakılmıştır.¹⁵⁷⁸ İşveren, Yönetmeliğe göre, işin ve işyerinin gereklerine uygun olarak bu belirlemeyi yapabilir. Kanımızca, işveren, işçinin serbest zaman kullanacağı tarihi belirlerken, sadece işin veya işyerinin gereklerini değil, aynı zamanda işçinin menfaatlerini de göz önünde bulundurmalıdır. Nitekim, işverenin talimat verme hakkı dürüstlük kuralları ve işçinin kişiliğini gözetme borcuyla sınırlandırılmıştır. Dolayısıyla, işveren, işçinin taleplerini ve ihtiyaçlarını da gözeterek de bir zaman dilimi belirlemelidir.

İşçinin, serbest zaman kullanması kendi talebine bağlı olduğu için, bu konunun, tip iş aktilerinde, iç yönetmeliklerde ve hatta toplu iş sözleşmelerine konulacak hükümlerle düzenlenmesi mümkün değildir. Zira, fazla çalışmanın karşılığında asıl olan, işçinin zamlı

¹⁵⁷⁷ Narmanhoğlu, Fazla Çalışma, 41; Astarlı, Çalışma Süreleri, 221; Soyer, Fazla Çalışma, 802-803; Caniklioğlu, Çalışma Süreleri, 184; Süzek, 831; Köseoğlu/Kabul, Fazla Çalışma, 250-251.

¹⁵⁷⁸ Çil, Fazla Çalışma, 73; Dursun Ateş, 364-365; Soyer, Fazla Çalışma, 803; Eyrenci, Yeni Düzenlemeler, 45; Süzek, 831; Astarlı, Çalışma Süreleri, 227-229; Köseoğlu/Kabul, Fazla Çalışma, 252; Baycık, Çalışma Süreleri, 255.

ücrete hak kazanmasıdır. İşçinin zamlı ücret yerine, serbest zaman kullanması tamamen kendi talebine bağlıdır.

İşçinin serbest zaman kullanımı, her fazla çalışmadan sonra, talebine göre kendisine bırakılmalıdır. Ayrıca, zamlı ücret yerine serbest zaman kullanımı, toplu iş sözleşmesi erkinin sınırları dışında kalan bireysel alana ait bir konudur. Dolayısıyla, serbest zaman kullanımı sadece işçinin talebi üzerine kendisine verilebilir.¹⁵⁷⁹

İşçi, hak ettiği serbest zamanı, altı ay içinde aralıksız şekilde kullanmak zorundadır. Eğer, işçinin talebine rağmen, kendisine altı ay içinde serbest zaman kullandırılmazsa, işçi, bu sürenin sonunda serbest zaman yerine fazla çalışma veya fazla sürelerle çalışma ücretini talep edebileceği gibi, dilerse serbest zamanı yine kullanabilir.¹⁵⁸⁰ Ancak, işçinin, iş akdi serbest zaman kullanmadan sona ererse, işçiye çalıştığı fazla saatler/süreler için zamlı ücreti ödenmelidir.

İş Kanununun 42. maddesinde ise, *zorunlu nedenlerle fazla çalışma yaptırılması* düzenlenmektedir. Kanunun 42. maddesinin 1. fıkrasına göre, “*Gerek bir arıza sırasında, gerek bir arızanın mümkün görülmesi halinde yahut makinalar veya araç ve gereç için hemen yapılması gerekli acele işlerde, yahut zorlayıcı sebeplerin ortaya çıkmasında, işyerinin normal çalışmasını sağlayacak dereceyi aşmamak koşuluyla işçilerin hepsi veya bir kısmına fazla çalışma yaptırılabilir.*”

İşverenin, işçilere, zorunlu nedenlerle fazla çalışma yaptırabilmesi için, Kanunda sayılan nedenlerden birinin ortaya çıkması gereklidir. İşveren, bu sayılan nedenler dışında, işçiye zorunlu nedenerle fazla çalışma yaptıramaz. İş Kanununa İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliğinin 9. maddesine göre, “*Zorunlu nedenlerle veya*

¹⁵⁷⁹ **Süzek**, 830; **Soyer**, Fazla Çalışma, 803-804; **Çil**, Fazla Çalışma, 74; **Öktem Songu**, Çalışma Süreleri, 405-406; **Akyiğit**, Normali Aşan Çalışmalar, 23; **Astarlı**, Çalışma Süreleri, 221-222.

¹⁵⁸⁰ **Soyer**, Fazla Çalışma, 802; **Astarlı**, Çalışma Süreleri, 226; **Çil**, Fazla Çalışma, 74-75; **Öktem Songu**, Çalışma Süreleri 407.

olağanüstü durumlarda yapılan fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma için bu onay aranmaz.”

Olağan nedenlerle fazla çalışmadan farklı olarak, işverenin, işçilere zorunlu nedenlerle fazla çalışma yaptırabilmesi için onaylarına ihtiyacı yoktur. İşveren, vereceği talimatlarla işçinin zorunlu nedenlerle fazla çalışma yapmasına karar verme hakkına sahiptir.¹⁵⁸¹ Bu hüküm, mutlaka emredici nitelikte olduğu için aksi taraflarca kararlaştırılamaz.¹⁵⁸²

Zorunlu nedenlerle fazla çalışma, işyerinde meydana gelen veya meydana gelmesi olası görülen bir arıza, acele işler veya zorlayıcı sebeplerin ortaya çıkması halinde yapılabileceğinden¹⁵⁸³, doktrinde, zorunlu nedenlerle fazla çalışmanın, işçinin sadakat borcu kapsamında yer alan bir yükümlülük olduğu belirtilmektedir. Dolayısıyla, işçi, sağlık sorunları gibi haklı bir nedeni olmadan zorunlu nedenle fazla çalışmayı reddederse, iş sözleşmesi işverence haklı nedenle feshedilebilir.¹⁵⁸⁴

Zorunlu nedenlerle fazla çalışma, işçilerin tamamına veya bir kısmına yaptırılabilir. İşveren, işçilere zorunlu nedenlerle fazla çalışma yaptırma konusunda yönetim hakkına sahip olsa da, hangi işçilerin fazla çalışacağını belirlerken sınırsız bir serbestiye sahip değildir. Örneğin, fabrikada bir makinanın arızalanması durumunda işveren, sadece o makinanın tamiri için gerekli olan işçilere, zorunlu nedenlerle fazla çalışma yaptırabilir. Bununla birlikte, eğer işveren, makinadaki arızanın giderilmesi konusunda yetkin olmayan ve bu işle ilgili olmayan

¹⁵⁸¹ Yargıtayın bir kararına göre, “Acil ve arızî durumlarda işçinin görev tanımının dışında çalıştırılması ve fazla mesai yaptırılması olanaklıdır. İşverenin yönetim hakkı bu tür olağanüstü durumlarda daha geniş biçimde değerlendirilmelidir. Örneğin işyerinde yangın, sel baskını veya deprem gibi doğal afetler sebebiyle önleyici tedbirlerin alınması sırasında, işçinin işverenin göstereceği her türlü işi, iş güvenliği tedbirleri ve insanın dayanma gücü dahilinde yerine getirmesi beklenir. Öte yandan, İş Kanununun 42. maddesi çerçevesinde zorunlu nedenlerle fazla çalışma işçinin kabulüne bağlı değildir ve yasal sınırlar gözetilerek işçinin işverence verilecek talimatlara uyması gerekir.” Y9HD, 04.02.2020, E. 2016/12390, K. 2020/1393, KİBB.

¹⁵⁸² **Süzek**, 832.

¹⁵⁸³ Zorunlu nedenle fazla çalışma yaptırılabilmesi için mücbir sebebin bulunması gerekmez. Bununla birlikte, eğer mücbir bir sebep söz konusuysa yine zorunlu nedenlerle fazla çalışma yaptırılabilir. Bu yönde bkz. **Öktem Songu**, Çalışma Süreleri, 378; **Akyiğit**, Normali Aşan Çalışmalar, 6; **Köseoğlu/Kabul**, Fazla Çalışma, 243.

¹⁵⁸⁴ **Köseoğlu/Kabul**, Fazla Çalışma, 243; **Çil**, Fazla Çalışma, 63; **Öktem Songu**, Çalışma Süreleri, 379; **Mollamahmuoğlu/Astarlı**, 602.

işçileri zorunlu nedenlerle çalışma yapmaları konusunda talimatlandırır, işçilerin bu talimatı yerine getirmemeleri iş görme borçlarına aykırılık oluşturmayacaktır.¹⁵⁸⁵

Zorunlu nedenlerle fazla çalışmanın sınırı, zorunlu nedene bağlı olarak yapılması gereken işlerin süresi kadardır. Zorunlu nedenlerin ortadan kalkması ve işyerindeki normal işleyişe dönülmesiyle birlikte, zorunlu nedenle fazla çalışma sona ermektedir. Ayrıca, zorunlu nedenle yapılan fazla çalışmalar, 270 saatlik sınırlamanın hesabında dikkate alınmaz.

Zorunlu nedenle fazla çalışmaların karşılığında, işçiye, her bir saat fazla çalışma için % 50 zamlı ücret, zorunlu nedenle yapılan fazla sürelerle çalışmalarda ise işçiye, her bir saat fazla sürelerle çalışma için % 25 zamlı ücret ödenir.¹⁵⁸⁶ Zorunlu nedenlerle fazla çalışmada işçiye, zamlı ücret yerine serbest zaman talep etme hakkı tanınmamıştır.

İş Kanununun 43. maddesinde ise *olağanüstü hallerde fazla çalışma* düzenlenmektedir. Buna göre, “*Seferberlik sırasında ve ve bu süreyi aşmamak şartıyla yurt savunmasının gereklerini karşılayan işyerlerinde fazla çalışmaya lüzum görülürse işlerin çeşidine ve ihtiyacın derecesine göre Cumhurbaşkanı günlük çalışma süresini, işçinin en çok çalışma gücüne çıkarabilir.*” Olağanüstü nedenlerle yapılan fazla çalışma, işverenin talimatına değil, Cumhurbaşkanının¹⁵⁸⁷ vereceği karara bağlıdır. Dolayısıyla, işverenin bu konuda yönetim hakkı bulunmamaktadır.

Ayrıca, İş Kanununa İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliğinin 9. maddesi uyarınca, olağanüstü durumlarda yapılan fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma için işçinin onay aranmaz. Olağanüstü nedenlerle yapılan fazla çalışma, madde metninde sayılan nedenlerle sınırlıdır.

¹⁵⁸⁵ Astarlı, Çalışma Süreleri, 211.

¹⁵⁸⁶ Yer altı maden işlerinde çalışan işçilere sadece zorunlu nedenlerle veya olağanüstü hallerde fazla çalışma yaptırılabilir. Bu işlerde çalışma süresi haftada en çok otuz yedi buçuk saattir. Yer altı maden işlerinde zorunlu nedenle fazla çalışmalarda ödenecek ücret, normal çalışma ücretinin saat başına düşen miktarının % 100’den az olmamak üzere artırılması suretiyle ödenir (İş Kanunu m. 41/10).

¹⁵⁸⁷ 02.07.2018 tarihli ve 700 sayılı KHK m. 145 uyarınca, madde metninde daha önce yer alan “*Bakanlar Kurulu*” ifadesi “*Cumhurbaşkanı*” şeklinde değiştirilmiştir.

İş Kanunu dışında, Türk Borçlar Kanununun 398. maddesinde de “*Fazla Çalışma Borcu*” düzenlenmektedir. Kanunun düzenlemesine göre, fazla çalışma, işçinin rızasıyla yapılan çalışmadır. Gerçekten de anılan hükme göre, “*Fazla çalışma, ilgili kanunlarda belirlenen normal çalışma süresinin üzerinde ve işçinin rızasıyla yapılan çalışmadır. Ancak, normal süreden daha fazla çalışmayı gerektiren bir işin yerine getirilmesi zorunluluğu doğar, işçi bunu yapabilecek durumda bulunur ve aynı zamanda kaçınması da dürüstlük kurallarına aykırı olursa işçi, karşılığı verilmek koşuluyla, fazla çalışmayı yerine getirmekle yükümlüdür.*”

Türk Borçlar Kanununa göre, fazla çalışma esas olarak, işçinin rızasına dayalı olarak yapılan bir çalışmadır. Bununla birlikte, eğer işyerinde bir işin yerine getirilmesi zorunluluğu doğar, işçi bunu yapabilecek durumda bulunur ve aynı zamanda bu işten kaçınması da dürüstlük kurallarına aykırılık oluşturursa, işçi, karşılığı verilmek suretiyle, fazla çalışma yapmakla yükümlüdür.

Kanunun aradığı koşulların bulunması halinde işçi, işverenin fazla çalışma yapılması konusundaki talimatına uymakla yükümlüdür. Bu koşulların ortaya çıkması durumunda, işçilere fazla çalışma yaptırma konusunda, işverenin yönetim hakkına sahip olduğu kabul edilmelidir.

Ancak, burada cevaplanması gereken temel soru, TBK m. 398’in kapsamına hangi işçilerin girdiğidir. İş Kanununun 41. maddesinde olağan nedenlerle fazla çalışma düzenlenirken, 42 ve 43. maddelerinde zorunlu ve olağanüstü nedenlerle fazla çalışma düzenlenmektedir. Türk Borçlar Kanununun 398. maddesinin içeriği incelendiğinde, bu maddenin karşılığını İş Kanunuun 42 ve 43. maddelerinin oluşturduğu görülecektir. Dolayısıyla, İş Kanununda bu konuda açık bir düzenleme bulunmaktadır.¹⁵⁸⁸

¹⁵⁸⁸ Mollamahmutoğlu/Astarlı, 604-605.

Bununla birlikte, Basın İş ve Deniz İş Kanunlarında, fazla çalışma yapılması zorunluluğu veya nedenleri konusunda bir ayrıma gidilmemiştir. Borçlar Kanunu ile iş kanunları arasında genel kanun-özel kanun ilişkisi olduğu için, fazla çalışma borcu hakkında düzenleme bulunmayan Basın İş ve Deniz İş Kanunu kapsamındaki işçilere, TBK m. 398 hükmünün uygulanması gerekmektedir. Öte yandan, İş Kanununun özellikle 42. maddesinde zorunlu nedenle fazla çalışma düzenlendiği için bir yasa boşluğundan söz etmek mümkün görünmemektedir. Bu nedenle, TBK m. 398'in İş Kanunu kapsamındaki işçilere uygulanması söz konusu olmamalıdır.¹⁵⁸⁹

Türk Borçlar Kanununun 402. maddesinde yapılan fazla çalışmanın karşılığı da düzenlenmektedir. Öncelikle, işveren, fazla çalışma yapan işçiye, normal çalışma ücretini en az % 50 fazlasıyla ödemek zorundadır. Kanunda, zamlı ücret yerine işçiye serbest zaman verilmesi de hüküm altına alınmıştır. Buna göre, *“İşveren, işçinin rızasıyla fazla çalışma ücreti yerine, uygun bir zamanda fazla çalışmayla orantılı olarak izin verebilir.”*

Borçlar Kanunu, sadece fazla çalışma ve karşılığında yüzde elli zamlı ücret veya serbest zaman uygulamasını düzenlemektedir.¹⁵⁹⁰ Kanuna göre, işçiye, fazla çalışmasının karşılığı olarak zamlı ücret yerine serbest zaman verilmesi için tarafların anlaşması gereklidir. Diğer bir anlatımla, işveren, tek yanlı vereceği bir kararla, işçiye, fazla çalışmalarının karşılığı olarak zamlı ücret yerine, serbest zaman veremez.

Bununla birlikte, serbest zaman uygulaması noktasında, İş Kanunu m. 41/4 ile Türk Borçlar Kanunu m. 402 arasında ciddi bir farklılık bulunmaktadır. Nitekim, yukarıda da açıkladığımız üzere, İş Kanunu uyarınca, işveren, işçinin serbest zaman talebiyle bağlıdır.¹⁵⁹¹ Diğer bir anlatımla, işverenin, işçinin fazla çalışma/fazla sürelerle çalışmalarının karşılığı

¹⁵⁸⁹ Mollamahmutoglu/Astarlı, 604-605; Süzek, 819; Aksi yönde, Çelik/Caniklioglu/Canbolat, 768-769; Keser, Fazla Çalışma, 26.

¹⁵⁹⁰ Mollamahmutoglu/Astarlı, 606.

¹⁵⁹¹ Türk Borçlar Kanununa, Basın İş Kanununa ve Deniz İş Kanununa tabi iş ilişkilerinde serbest zaman TBK m. 402/2'ye göre kullanılacaktır. Bkz. Süzek, 829.

olarak serbest zaman kullanmalarını reddetme hakkı bulunmamaktadır. Buna karşın, Türk Borçlar Kanununa göre, işveren, işçinin serbest zaman talebiyle bağlı değildir.

c. Gece Çalışması ve Postalar Halinde Çalışma

İş Kanununda çalışma sürelerine ilişkin getirilen sınırlamalar işçilerin şahıslarına yöneliktir. Dolayısıyla, bir işyerinde nitelikleri sebebiyle birbiri ardına işçi postaları ile yürütülen işler söz konusuysa, postalar halide veya vardiyalı bir çalışma düzeninden söz edilir.¹⁵⁹²

Postalar halide çalışmalarda, işyerinde, işçilerle ilgili getirilen yasal sınırlamalara uyulmak şartıyla, gece ve gündüz ve hatta yirmi dört saat kesintisiz faaliyette bulunulması mümkündür. Ayrıca, bir işyerinde postalar halinde (vardiyalı) çalışma yapılabilmesi için, işin niteliğinin süreklilik arz etmesi gerekli değildir; işveren, yönetim hakkı kapsamında da işin postalar halinde çalışarak yerine getirilmesine karar verebilir.¹⁵⁹³

Postalar halinde işçi çalıştırılmasına ilişkin kurallar, İş Kanununun 69. maddesi ile Postalar Halinde İşçi Çalıştırılarak Yürütülen İşlerde Çalışmalara İlişkin Özel Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte düzenlenmiştir.¹⁵⁹⁴ Yönetmeliğin 4. maddesine göre, “*Nitelikleri dolayısıyla sürekli çalıştıkları için durmaksızın birbiri ardına postalar halinde işçi çalıştırılarak yürütülen işlerde posta sayısı yirmi dört saatlik süre içinde en az üç işçi postası çalıştırılacak şekilde düzenlenir. Ancak, turizm, özel güvenlik ve sağlık hizmeti yürütülen işlerde ve bu işlerin yürütüldüğü işyerinde faaliyet gösteren alt işveren tarafından yürütülen işlerde düzenleme 24 saatte iki posta olacak şekilde yapılır.*”

¹⁵⁹² **Ekmekçi**, Postalar Halinde Çalışma; 47-48; **Öktem Songu**, Çalışma Süreleri, 88-89; **Yılmaz**, Postalar Halinde Çalışma, 89; **Hafızoğlu**, 142-143.

¹⁵⁹³ **BeckOK ArbR/Joussen** BGB § 611a, Rn. 21.

¹⁵⁹⁴ RG. 07.04.2004, 25426.

Postalar halinde yapılan çalışmalarda, vardiyalardan birinin gece dönemine denk gelmesi oldukça yüksektir. Bu nedenle, gece çalışmasının özelliklerinin irdelenmesi gereklidir.

Gece çalışması ise İş Kanununun 69. maddesinde düzenlenmektedir. Buna göre, “Çalışma hayatında gece, en geç saat 20.00’de başlayarak en erken saat 06.00’ya kadar geçen ve her halde en fazla onbir saat süren dönemdir.” Doktrinde de isabetli bir biçimde belirtildiği üzere, gece ve gündüze denk gelen çalışmaların eşitliği halinde, işçi lehine olması açısından, bu çalışmanın gece çalışması olduğu kabul edilmektedir.¹⁵⁹⁵

Toplu iş sözleşmesi veya iş sözleşmesiyle, taraflar yasal sınırlamalar içinde kalmak şartıyla, gece döneminin başlangıç ve bitiş saatlerini düzenleyebilir.¹⁵⁹⁶ Yine Kanunun 69. maddesinin 3. fıkrasına göre, gece çalışmaları en çok 7,5 saat olabilir. Dolayısıyla, fazla çalışma yaptırılması mümkün değildir. Bununla birlikte, Yargıtay, gece 7,5 saatin aşılması halinde yapılan çalışmayı, fazla çalışma olarak nitelendirmektedir.¹⁵⁹⁷

İşçinin gece döneminde fazla çalışma yapamayacağı kuralının istinasını, gece çalışması sırasında ortaya çıkan zorunlu veya olağanüstü nedenlerden dolayı yapılan fazla çalışmalar oluşturmaktadır.¹⁵⁹⁸ İlâveten, turizm, özel güvenlik ve sağlık hizmeti yürütülen işlerde, işçinin yazılı onayının alınması şartıyla, yedi buçuk saatin üzerinde gece çalışması yaptırılabilir.¹⁵⁹⁹

Postalar Halinde Çalışma Yönetmeliğine göre, işveren veya işveren vekilleri, posta sayısını, her postanın işe başlama ve bitiş saatlerini ve hafta tatili ile bunlara ilişkin

¹⁵⁹⁵ **Okur**, Gece Çalışması, 550-551; **Hafızoğlu**, 145.

¹⁵⁹⁶ **Mülayim**, 1186.

¹⁵⁹⁷ Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin bir kararına göre, “Davacı işçi davalı işyerinde haftada 6 gün 20.00-07.00 saatleri arasında çalışmaktadır. 11 saatlik çalışmada 1 saat ara dinlenmesi düşüldüğünde davacı günlük 10 saat çalışmaktadır. Çalışma saatleri dikkate alındığında davacı işçinin çalışması gece çalışması olup haftalık 45 saati geçip geçmediğine bakılmaksızın günlük 7,5 saati aşan kısım fazla çalışmadır.” Y9HD, 09.12.2020, E. 2016/31621, K. 2020/17874, KİBB.

¹⁵⁹⁸ **Okur**, Gece Çalışması, 552; **Ekmekçi**, Gece Çalışması, 50-51; **Özveri**, Gece Çalışması, 638-641.

¹⁵⁹⁹ Turizm, özel güvenlik ve sağlık hizmeti alanlarında yapılan gece çalışması hakkında detaylı bilgi için bkz. **Kesici**, 221-236.

değişiklikleri düzenleme hakkına sahiptir (m. 3). İşveren, vereceği talimatlarla her işçi için farklı bir işe başlama ve işin tamamlanma süresini belirleyebilir. Gece ve gündüz yapılan ve işçilerin nöbetleşe biçimde postalar halinde çalıştığı işlerde, bir çalışma haftası gece çalıştırılan işçilerin, sonraki hafta gündüz çalıştırmaları gerekir. Ancak, işverenlere bir hafta yerine iki haftalık nöbetleşme esasını uygulayabilme olanağı sağlanmıştır (İş Kanunu m. 69/7, PHÇY m. 8/1). Posta değişiminde işçiler, kesintisiz olarak on bir saat dinlendirilmeden çalıştırılmaz. Ayrıca, postalar halinde çalışılan işlerde, işçilere haftanın bir gününde yirmi dörtten saatten az olmamak üzere hafta tatili verilir.

İşçilerin gece postalarında çalışması bazı sınırlamalar dahilinde mümkündür. Örneğin, sanayiye ait işlerde on sekiz yaşını doldurmamış çocuk ve genç işçilerin gece çalıştırılması yasaktır (m. 73/1). Kadınların Gece Postalarında Çalıştırılma Koşulları Hakkında Yönetmelik¹⁶⁰⁰ uyarınca, kadınlar gece postalarında yedi buçuk saatten fazla çalıştırılmaz. Ancak, turizm, özel güvenlik ve sağlık hizmetinin yürütüldüğü işlerde ve işlerin yürütüldüğü işyerlerinde faaliyet gösteren alt işveren tarafından yürütülen işlerde, kadın çalışanın yazılı onayının alınması şartıyla fazla çalışma yaptırılabilir. Ayrıca, yeni doğum yapmış çalışan kadının doğumu izleyen bir yıl boyunca gece çalıştırılması yasaktır.¹⁶⁰¹

d. Telafi Çalışması

İşçinin, işverenin talimatlarına uyma borcu açısından çeşitli yanlarıyla özellik gösteren bir diğer çalışma sürelerine ilişkin düzenleme ise, telafi çalışmasıdır. Telafi çalışması, işçilerin çeşitli sebeplerle çalışmaması nedeniyle işyerinde yitirilen çalışma sürelerinin,

¹⁶⁰⁰ RG. 24.07.2013, 28717.

¹⁶⁰¹ Detaylı bilgi için bkz. **Yılmaz**, Postalar Halinde Çalışma, 99-103; **Dursun Ateş**, 380; **Astarlı**, Çalışma Süreleri, 263-266.

işçilerin belli bir zaman dilimi içinde, normal çalışma sürelerinin üstünde çalıştırılarak telafi edilmesidir.¹⁶⁰²

Telafi çalışma, işverene, çeşitli nedenlerle kaybedilen çalışma sürelerinin telafisi imkanı verdiği için, işçinin, normal çalışma süresini yasal koşullar içinde aşmayan çalışmaları, fazla çalışma olarak değerlendirilmez. Telafi çalışması, çalışılmadığı halde ücreti ödenen sürelerin telafisi anlamına gelmektedir. Telafi çalışmasında, işçiye, çalışmadığı halde ücreti ödenir ve bu ücreti ödenip çalışılmayan sürenin, işverenin kararıyla telafi edilmesi amaçlanır.¹⁶⁰³

Telafi Çalışması, İş Kanununun 64. maddesinde düzenlenmektedir. Buna göre, “ (1) Zorunlu nedenlerle işin durması, ulusal bayram ve genel tatillerden önce veya sonra işyerinin tatil edilmesi veya benzer nedenlerle işyerinde normal çalışma sürelerinin önemli ölçüde altında çalışılması veya tamamen tatil edilmesi ya da işçinin talebi ile kendisine izin verilmesi hallerinde, işveren dört ay¹⁶⁰⁴ içinde çalışılmayan süreler için telafi çalışması yaptırabilir. Cumhurbaşkanı bu süreyi iki katına kadar arttırmaya yetkilidir. Bu çalışmalar fazla veya fazla sürelerle çalışma sayılmaz. (2) Telafi çalışmaları, günlük en çok çalışma süresini aşmamak koşulu ile günden üç saatten fazla olamaz. Tatil günlerinde telafi çalışması yaptırılamaz.” Ayrıca, İş Kanununa İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliğinin 7. maddesinde de telafi çalışması düzenlenmektedir.

İş Kanununun 64. maddesinde, işverenin telafi çalışmaya başvurabileceği durumlar düzenlenmektedir. Öncelikle, işverene telafi çalışması yaptırmasını olanaklı kılan ilk durum, işin zorunlu nedenlerle durmasıdır. İş Kanununun 42. maddesinde düzenlenen “Zorunlu nedenlerle fazla çalışma” başlığı altında zorunlu neden kavramı tanımlanmıştır. Buna göre,

¹⁶⁰² Akyiğit, Telafi Çalışması, 1-2; Ekonomi, Telafi Çalışması, 1249-1250; Astarlı, Çalışma Süreleri, 321; Alp, Telafi Çalışması, 1383; Eyrenci, Telafi Çalışmalar, 32; Öktem Songu/Birben, 276; Ekmekçi, Telafi Çalışması, 30-31; Köseoğlu/Kabul, Çalışma Süreleri, 991; Baycık, Çalışma Süreleri, 246.

¹⁶⁰³ Alp, Telafi Çalışması, 1391.

¹⁶⁰⁴ 25.03.2020 tarih ve 7226 sayılı Kanunun 43. maddesiyle bu fıkra da yer alan “iki” ifadesi “dört” şeklinde değiştirilmiştir.

“Gerek bir arıza sırasında, gerek bir arızanın mümkün görülmesi halinde yahut makinalar veya araç ve gereç için hemen yapılması gerekli acele işlerde, yahut zorlayıcı sebeplerin ortaya çıkmasında, işyerinin normal çalışmasını sağlayacak dereceyi aşmamak koşuluyla işçilerin hepsi veya bir kısmına fazla çalışma yaptırılabilir.” Zorunlu nedenler, işyerinde genel olarak işin durmasına, normal çalışma sürelerinin altında çalışılmasına veya işin tamamen tatil edilmesine neden olan, tarafların bir etkisinin bulunmadığı, acil veya olağanüstü nitelikteki haller olarak tanımlanabilir.¹⁶⁰⁵

Zorunlu nedenler açıklanırken zorlayıcı sebepler¹⁶⁰⁶, zorunlu nedenlerin içinde yer almaktadır. Dolayısıyla, zorunlu nedenlerin, zorlayıcı nedenlerin üzerinde bir kavram olduğu açıkça belirtilmektedir.¹⁶⁰⁷ Örneğin, işyerindeki makine, araç ve gereçlerin bozulması, işyerinin işleyişini etkileyen elektrik kesintisi, işyerindeki bilgisayar sisteminin bozulması, bilgi işlem merkezinin çökmesi, deprem, sel, salgın, su baskınları, seferberlik, yangın gibi durumlar, zorunlu neden kapsamında sayılmaktadır. Bu bağlamda, salgın hastalıklar da zorlayıcı sebep olarak kabul edildiğinden, Kovid-19 pandemisi nedeniyle ortaya çıkan sokağa çıkma yasağı da zorlayıcı sebep olarak nitelendirilmelidir. İşveren, salgın nedeniyle sokağa çıkma yasağı ilan edilen veya zorunlu karantina uygulaması nedeniyle işçilerin çalışmadığı günler dolayısıyla işin önemli ölçüde veya tamamen durması halinde telafi çalışması yaptırabilir.¹⁶⁰⁸

Bununla birlikte, hammadde teminindeki güçlükler, talep azlığı, stok fazlılığı gibi işletme riski kapsamındaki hususlar zorunlu neden kavramı içinde

¹⁶⁰⁵ **Kayırgan**, Zorunlu ve Zorlayıcı Nedenler, 29.

¹⁶⁰⁶ Zorlayıcı neden kavramına ilişkin yasal tanım, Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği Hakkında Yönetmelikte yer almaktadır. Buna göre, *zorlayıcı neden*, işverenin kendi sevk ve idaresinden kaynaklanmayan, önceden kestirilemeyen, bunun sonucu olarak önceden bertaraf edilmesine imkan bulunmayan, geçici olarak çalışma süresinin azaltılması veya faaliyetin tamamen veya kısmen durdurulması ile sonuçlanan dışsal etkilere kaynaklanan dönemsel durumları ya da deprem, yangın, su baskını, heyelan, salgın, hastalık, seferberlik gibi durumları ifade etmektedir (m. 3/1-h). Zorlayıcı neden hakkında detaylı bilgi için ayrıca bkz. **Canbolat/Kayırgan**, 638-646; **Kayırgan**, Zorunlu ve Zorlayıcı Nedenler, 5-25.

¹⁶⁰⁷ **Ekonomi**, Telafi Çalışması, 1251; **Alp**, Telafi Çalışması, 1397; **Eyrenci**, Telafi Çalışmaları, 33; **Astarlı**, Çalışma Süresi, 323; **Subaşı**, 332; **Akyiğit**, Telafi Çalışması, 3; **Keser**, Kovid-19, 47.

¹⁶⁰⁸ **Alp**, Telafi Çalışması, 1397-1398; **Canbolat/Kayırgan**, 647; **Keser**, Kovid-19, 51.

değerlendirilemeyeceğinden, telafi çalışması yaptırılmasına neden olamaz.¹⁶⁰⁹ Ayrıca, ekonomik veya mevsimsel nedenlerle işyerinin tatil edilmesi veya işyerinde normal çalışma süresinin önemli ölçüde azalması halinde telafi çalışması yaptırılamaz.¹⁶¹⁰

Telafi çalışması yapılmasına imkan tanıyan hallerden birisi de, ulusal bayram ve genel tatillerden önce veya sonra ya da benzer nedenlerle işyerinin tatil edilmesidir. Örneğin, Ramazan Bayramı ile hafta tatili arasında kalan birkaç günün tatil edilmesi mümkündür. Kanunda, işverenin telafi çalışması yaptırması konusunda sınırlayıcı bir düzenleme yerine “ve benzeri” ifadesi kullanılarak telafi çalışma sebepleri arttırılmıştır. Ancak, “ve benzeri” ifadesinin geniş yorumlanmaması gerektiği doktrinde isabetli bir biçimde vurgulanmaktadır. Öyle ki, doktrindeki baskın görüşe göre, *benzeri sebepler* ifadesinin zorunlu nedenlerle veya ulusal bayram ve genel tatillerden önce ya da sonra işyerinin tatil edilmesiyle bağlantılı şekilde yorumlanması gerekmektedir.¹⁶¹¹

İşverence belirtilen nedenlerle telafi çalışması yaptırılabilmesi için işyerinin tamamen tatil edilmesi veya normal çalışma sürelerinin önemli ölçüde altında çalışılması gerekir.¹⁶¹²

Telafi çalışmasını olanaklı kılan bir diğer durum ise, işçinin talebiyle kendisine izin verilmesidir. Bununla beraber, Kanunla veya sözleşmelerle işçilere verilmesi zorunlu olan

¹⁶⁰⁹ **Astarlı**, Telafi Çalışması, 7.

¹⁶¹⁰ **Eyrenci**, Telafi Çalışması, 34.

¹⁶¹¹ **Alp**, Telafi Çalışması, 1387; **Baycık**, Çalışma Süreleri, 247; **Astarlı**, Çalışma Süreleri, 328-329; **Ekonomi**, Telafi Çalışması, 1252.

¹⁶¹² Normal çalışma sürelerinin önemli ölçüde altında çalışmasından neyin kastedildiğinin ise belirlenmesi gereklidir. Doktrinde, kısmi çalışmaya ilişkin İş Kanunu m. 13’ün gerekçesinde getirilen ölçütten yararlanmak suretiyle, normal çalışma süresinin en az üçte biri kadar kısaltılmış olması şeklinde anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir. Bu yönde bkz. **Süzek**, 811; **Ekonomi**, Telafi Çalışması, 1253; **Eyrenci**, Telafi Çalışması, 34. Ancak, normal çalışma süresinden neyin kastedildiği de tespit edilmelidir. “İşyerinde normal çalışma süreleri” ifadesinin haftalık çalışma süresini mi yoksa günlük çalışma süresini mi veya her ikisini mi işaret ettiği incelenmelidir. Eğer, işyerindeki normal çalışma süresini, haftalık çalışma süresi olarak değerlendirecek olursak zorunlu nedenlerle veya ulusal bayram ve genel tatillerden önce veya sonra işyerinin tatil edildiği günlerde, işçinin çalışmaması halinde telafi çalışmasının uygulanması istisnai bir hal alacaktır. Dolayısıyla, hükmün kapsamını daraltmamak amacıyla hem normal günlük çalışma süresi hem de normal haftalık çalışma süresinin önemli ölçüde altında çalışması hallerinde, telafi çalışmanın yaptırılacağı kabul edilmelidir. Bkz. **Astarlı**, Çalışma Süreleri, 334-335; **Alp**, Telafi Çalışması, 1389. İşçinin günlük normal çalışma süresinin esas alınmasının gerektiği görüşü için bkz. **Ekonomi**, Telafi Çalışması, 1254; **Caniklioğlu**, Çalışma Süreleri, 194; Ayrıca bkz. **Akyiğit**, Telafi Çalışması, 7-9; **Öktem Songu**, Çalışma Süreleri 232.

izinler karşılığında telafi çalışması yaptırılmaz. Örneğin, genel tatiller, hafta tatili, evlenme, doğum ve ölüm halinde, işçilere verilmesi gerekli izin süreleri için telafi çalışması mümkün değildir. Ayrıca, yıllık ücretli izin ve ücretsiz izinde geçen süreler için de telafi çalışması yaptırılmaz.¹⁶¹³

İşyerinde telafi çalışması uygulamasına karar vermeye işveren yetkilidir. İşverenin, telafi çalışması yaptırabilmesi için işçinin onayına ihtiyacı yoktur. İşveren, İş Kanununun 64. maddesinde sayılan nedenlerin ortaya çıkması halinde, telafi çalışması yaptırabileceği gibi tüm nedenler mevcut olmasına rağmen bu uygulamayı tercih etmeyebilir. Telafi çalışmasının yaptırılması ve uygulanması, işverenin takdirindedir. İşçiler, tek taraflı iradeleriyle telafi çalışması yapamazlar. Telafi çalışmasının yapılabilmesi hallerden biri, işçinin talebi olsa da işveren, işçinin talebini kabul etmediği sürece telafi çalışması gündeme gelmez.

İşverenin telafi çalışması yapmaya karar vermesi durumunda işçi, işverenin talimatına uymakla yükümlüdür. İşçi, telafi çalışma yapma yükümlülüğüne uymazsa, iş görme borcuna aykırılık söz konusu olur ve işveren, işçinin iş sözleşmesini, İş Kanunu m. 25/II-(h) bendi uyarınca haklı nedenle feshedebilir.¹⁶¹⁴

İşveren sadece telafi çalışması yapılmasını değil, telafi çalışmasının ne zaman yapılacağını da belirleme hakkına sahiptir. Ancak, işverenin telafi çalışmasının uygulama koşullarını belirleme serbestisi sınırsız değildir. Tersine, işveren, Kanunun çizdiği çerçeve içinde işçilere telafi çalışması yapılması yönünde talimat verebilir. Öncelikle, işveren, Kanunda belirtilen durumlar nedeniyle, dört ay içinde telafi çalışması yaptırabilir. Dört aylık süre, nispi emredici nitelikte olup, kısaltılabilir ve fakat uzatılamaz.¹⁶¹⁵

İşveren, telafi çalışmasını dört aylık süre içinde yaptırmazsa, bu hakkını kaybeder. Dört aylık sürenin sonunda, işçinin, telafi çalışması yapma konusunda verilen talimata uyma

¹⁶¹³ **Ekmekçi**, Telafi Çalışması, 32; **Ekonomi**, Telafi Çalışması, 1254.

¹⁶¹⁴ **Astarlı**, Çalışma Süreleri, 337; **Ekmekçi**, Telafi Çalışması, 35; **Akyiğit**, Telafi Çalışması, 13.

¹⁶¹⁵ **Ekmekçi**, Telafi Çalışması, 36.

yükümlülüğü bulunmamaktadır. İşveren, dört aylık süre sonunda, işçiyi çalıştırmak isterse, işçinin bu çalışmaları, İş Kanunu m. 41 bağlamında fazla saatlerle çalışma olarak nitelendirilir ve işverenin bu çalışmalar karşılığında işçiye zamlı ücret vermesi veya serbest zaman kullandırması gerekir.¹⁶¹⁶

Ayrıca, işveren, telafi çalışmasını günlük en çok çalışma süresi olan on bir saati aşmamak koşuluyla, günde üç saatten fazla yaptıramaz (İş Kanunu m. 64/2, ÇSY m. 7/3). İşçi, bu sürenin üzerinde çalışırsa, yaptığı çalışma, telafi çalışması değil; aşan kısım, fazla çalışma olarak değerlendirilmelidir.

İşveren sadece telafi çalışmaya yaptırmaya değil, aynı zamanda telafi çalışmanın yapılacağı zamanı ve telafi çalışmanın kapsamını belirleme hakkına da sahiptir. İşveren, telafi çalışması yaptırmaya karar verdiğinde, telafi çalışmasının uygulanacağı zamanı işçiye önceden bildirmelidir. Nitekim, İş Kanununa İlişkin Çalışma Süreleri Yönetmeliğinin 7. maddesinin 2. fıkrasına göre, “*Telafi çalışması yaptıracak işveren, bu çalışmanın İş Kanununun 64. maddesinde sayılan nedenlerden hangisine dayandığını açık olarak belirtmek, hangi tarihte çalışmaya başlanacağını, ilgili işçilere bildirmek zorundadır.*” İşveren, işçilere hangi nedenlerle telafi çalışması yapacaklarını ve bu çalışmanın ne zaman başlayacağını ve ne kadar süreceğini önceden bildirmekle yükümlüdür.

İşveren, dört aylık süre içinde, işçilerin hangi tarihler arasında telafi çalışması yapacağını belirlerken sadece işyerinin ihtiyaçlarını değil, işçilerin menfaatlerini de tartarak bir zaman aralığı belirlemelidir. Doktrinde isabetle belirtildiği üzere, işçilere sadece telafi çalışmasının ne zaman başlayacağını değil, işçilerin belirlenen tarihlerde kaç saat süreyle telafi çalışması yapacaklarının da bildirilmesi gereklidir.¹⁶¹⁷

¹⁶¹⁶ Akyiğit, Telafi Çalışması, 12; Astarlı, Çalışma Süreleri, 340.

¹⁶¹⁷ Astarlı, Çalışma Süreleri, 338.

Kanunda ve Yönetmelikte, işçilere, bildirimin ne kadar zaman önce duyurulması gerektiği düzenlenmemiştir. İşçinin, kendi sosyal ve özel yaşamını düzenlenmesi gerektiği de göz önünde bulundurarak bu bildirimin makul bir süre önceden yapılması önerilmektedir.¹⁶¹⁸

Doktrinde, işverenin bildirim usulüne uymaması durumunda, işçinin telafi çalışmasına katılma borcunun doğmayacağı ileri sürülmektedir.¹⁶¹⁹ Burada işçiye, bildirimin önceden yapılmasındaki amaç, işçinin iş görme borcunu yerine getirmesi için hazırlanmasını sağlamaktır. Bildirimin içeriğinde ise, işçinin hangi nedenlerden dolayı telafi çalışması yapacağı, çalışmanın ne zaman başlayacağı ve bu çalışmanın uzunluğu olacaktır.

Dolayısıyla, burada, işçiye, iş dışında kalan yaşamını düzenleme imkanı sunulmaktadır. Bununla birlikte, kanımızca, işverenin salt bildirim yükümlülüğünü yerine getirmemesi ve eksik yerine getirmesi, Kanunun aradığı diğer koşulların mevcut olması durumunda, işçinin telafi çalışması yükümlülüğünü ortadan kaldıran bir neden olarak değerlendirilmemelidir.

İşçiye hem kanuni hem de sözleşmesel tatil günlerinde telafi çalışması yaptırılmayacağı, İş Kanununun 64. maddesinin 2. fıkrasında açıkça hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla, işçinin, işverenin tatil günlerinde telafi çalışması yapması yönünde vereceği bir talimata uyma yükümlülüğü bulunmamaktadır.¹⁶²⁰

Bununla birlikte, çalışılmayan cumartesi günlerinde telafi çalışması yaptırılıp yaptırılmayacağı sorusunun cevaplanması gereklidir. Doktrindeki bir görüşe göre, cumartesi çalışılmayan işyerlerinde bu gün, taraflarca akdi tatil günü olarak nitelendirildiği için cumartesi günü telafi çalışması yaptırılmaz.¹⁶²¹

¹⁶¹⁸ **Ekmekçi**, Telafi Çalışması, 34-35; **Ekonomi**, Telafi Çalışması, 1255; **Öktem Songu**, Çalışma Süreleri, 237.

¹⁶¹⁹ **Astarlı**, Çalışma Süreleri, 339.

¹⁶²⁰ Buna karşılık, işçi, ulusal bayram ve genel tatil günlerinde çalışmayı kabul ettiyse, o tatil günü işçi açısından bir iş günü niteliği taşıdığı için, bu günlerde telafi çalışması yapması mümkündür. Ancak, genel tatil günlerinde telafi çalışması yapan işçiye zamlı ücret ödenmesi gerekir. Bu yönde bkz. **Ekonomi**, Telafi Çalışması, 1257; **Öktem Songu**, Çalışma Süreleri, 235; **Keser**, Covid-19, 50-51; **Eyrenci**, Telafi Çalışması, 39.

¹⁶²¹ **Astarlı**, Telafi Çalışması, 31-33; **Caniklioglu**, Çalışma Süreleri, 197; **Dursun Ateş**, 390.

Doktrinde, bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre ise, haftanın beş günü çalışılan işyerlerinde, çalışılmayan cumartesi günü, iş günü olduğu için telafi çalışması yaptırılabilir.¹⁶²² Zira bu günde çalışılmaması, cumartesi gününün tatil günü olduğu anlamına gelmemektedir.¹⁶²³

Öte yandan, eğer taraflar, iş sözleşmesinde cumartesi gününün hafta tatili günü olduğunu açıkça belirledilerse, böyle bir durumda, cumartesi günü telafi çalışması yapılamaz. Yargıtayın bir kararına göre de, “*Dosya içeriği ve Dairemizden geçen emsal dosyalar birlikte değerlendirildiğinde, işyerinde normalde cumartesi günleri çalışılması veya çalışılmaması işverenin yönetim hakkından kaynaklanmakta olup eğer bireysel veya toplu iş sözleşmesinde Cumartesi gününün açıkça hafta tatili (akdi tatil) olduğu düzenlenmemişse o gününün iş günü sayılması gerektiği, davalı işyerinde ise haftanın altı gününün iş günü, bir gününün hafta tatili olduğunun kabulü gerektiği sonucuna varılmıştır. Bu nedenle Mahkemece cumartesi ve pazar gününün hafta tatili olarak kabul edilmesi hatalıdır.*”¹⁶²⁴

Bu başlık altında son olarak üzerinde durmak istediğimiz konu, telafi çalışması yaptırmaya ve uygulamaya karar verme yetkisi olan işverenin, telafi çalışmasını, çalışılmayan günlerden önce de yaptırıp yaptıramayacağıdır. Kanımızca, ulusal bayram ve genel tatil günleri ve benzeri sebeplerle veya işçinin talebi nedeniyle işçinin hangi süreyle çalışmayacağı öngörülebiliyorsa, işçiye makul bir süre önceden de telafi çalışması yaptırılabilir. Dolayısıyla, telafi çalışmasının, mutlaka işin tatil edilmesinden sonra yaptırılması yönünde bir zorunluluk

¹⁶²² Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin bir kararına göre, “İşyerinde normalde cumartesi günleri çalışılması veya çalışılmaması işverenin yönetim hakkından kaynaklanmakta olup, eğer bireysel veya toplu iş sözleşmesinde cumartesi gününün açıkça hafta tatili olduğu düzenlenmemişse, o günün iş günü sayılması gerektiği...” Y9HD, 24.12.2020, E. 2020/3510, K. 2020/20013, Çalışma ve Toplum, 2021/12, 1391-1393.

¹⁶²³ **Ekonomi**, Telafi Çalışması, 1257; **Öktem Songu**, Çalışma Süreleri, 235; **Öktem Songu/Birben**, 285; **Alp**, Telafi Çalışması, 1409-1410; **Baycık**, Çalışma Süreleri, 249. Doktrinde, **Alp**, cumartesi günü yapılabilecek olan telafi çalışmasının günde üç saati aşmaması gerektiğini ifade etmektedir. Buna karşın, cumartesi günü yaptırılacak telafi çalışma için tek sınırın günlük azami çalışma süresi olan on bir saat olduğu belirtilmektedir. Bkz. **Öktem Songu/Birben**, 287; **Baycık**, Çalışma Süreleri, 249.

¹⁶²⁴ Y22HD, 03.02.2020, E. 2017/27140, K. 2020/1396, KİBB.

bulunmamaktadır.¹⁶²⁵ Bununla birlikte, zorunlu nedenlerin önceden öngörülme olasılığı bulunmadığından, işçinin, zorunlu nedenlerle çalışamaması durumunda, telafi çalışması ancak, çalışılmayan günlerden sonra yapılabilecektir.

3. İşverenin, İşçilere Dinlenme Sürelerinde Talimat Verip Veremeyeceği Meselesi

a. Genel Olarak

Tüm çalışanlar ve bu bağlamda işçiler, ruhsal ve bedensel bütünlüklerinin korunması ve yenilenmeleri düşüncesiyle dinlenme hakkına sahiptirler. Dinlenme hakkı, çalışanlara mutlaka sağlanması gereken sosyal bir haktır.¹⁶²⁶ Anayasamızın 50. maddesinin 3. ve 4. fıkralarına göre, “*Dinlenmek, çalışanların hakkıdır. Ücretli hafta ve bayram tatili ile ücretli izin hakları ve şartları kanunla düzenlenir.*” İş Kanunu da bu bağlama, işçilerin dinlenebilmeleri amacıyla ara dinlenmesi, ulusal bayram ve genel tatil günleri ile yıllık ücretli izin hakkını düzenlenmektedir. Aşağıda, dinlenme sürelerini, işçilerin talimatlara uyma borcu kapsamında irdeleneceğiz.

b. Ara Dinlenmesi

İşçinin, günlük çalışma süresi içinde ihtiyaçlarını giderebilmesi ve belli bir süre dinlenebilmesi için kendisine ara dinlenmesi verilmesi zorunludur. Öyle ki, bu durum İş Kanununun 68. maddesinde düzenlenmektedir. Kanunun 68. maddesinin 1. fıkrasına göre, “*Günlük çalışma süresinin ortalama bir zamanında o yerin gelenekleri ve işin gereğine göre ayarlanmak suretiyle işçilere; a) Dört saat veya daha kısa süreli işlerde on beş dakika, b)*

¹⁶²⁵ **Ekonomi**, Telafi Çalışması, 1257; **Baycık**, Çalışma Süreler, 249; **Alp**, Telafi Çalışması, 1406. Doktrinde, *Ekonomi*, telafi çalışması yaptırılan süre ile çalışılmayacak süre arasında en fazla iki ay olabileceğini belirtmektedir. Bkz. **Ekonomi**, Telafi Çalışması, 1257. İş Kanununun 64. maddesinde 2020 yılında yapılan değişiklikten sonra “iki ay” ifadesi “dört ay” olarak değiştirilmiştir. Dolayısıyla, buradaki makul sürenin dört ay olarak kabul edilmesi yerinde olacaktır.

¹⁶²⁶ **Tanör**, 102.

Dört saatten fazla ve yedi buçuk saate kadar (yedi buçuk saat dahil) süreli işlerde yarım saat, c) Yedi buçuk saatten fazla süreli işlerde bir saat, ara dinlenmesi verilir.” Ara dinlenmesine ilişkin Kanunda düzenlenen süreler asgari olup, sözleşmelerle daha uzun ara dinlenmesinin kararlaştırılması mümkündür.

Bununla birlikte, bu sürelerin azaltılması kararlaştırılmayacağı gibi, işveren vereceği talimatlarla daha az süren bir ara dinlenmesi veremez veya ara dinlenmeleri kaldıramaz. İşçinin, gündüz veya gece çalışması, postalar halinde çalışması¹⁶²⁷ veya denkleştirme esasının uygulanması, işçiye ara dinlenmesi verilmesi zorunluluğu bertaraf etmez.¹⁶²⁸ Bu hallerde de işçinin ara dinlenmesinden yararlanması zorunludur.¹⁶²⁹

Ara dinlenmesi, İş Kanununun 68. maddesinin son fıkrasına göre, çalışma süresinden sayılmaz. İşçinin dinlendirilmeden ve ara dinlenmesi verilmeksizin çalıştırılması, işçinin fiziksel ve ruhsal sağlığının bozulmasına yol açma tehlikesini barındırmaktadır. Dolayısıyla, işveren, işçinin kişiliğini gözetme ve iş sağlığı ve güvenliği yükümlülükleri borcunu yerine getirmenin bir gereği olarak işçiye ara dinlenmesi kullanırmak zorundadır.¹⁶³⁰

Yargıtaya göre, işçinin ara dinlenmesi yapmadan kesintisiz olarak çalışması hayatın olağan akışına aykırıdır. Gerçekten de Yüksek Mahkemenin bir kararı uyarınca, “Her bir

¹⁶²⁷ Postalar Halinde İşçi Çalıştırılarak Yürütülen İşlerde Çalışmalara İlişkin Özel Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 10. maddesine göre, “Postalar halinde işçi çalıştırılarak yürütülen işlerde, işçilere, 4857 Sayılı İş Kanununun 68. maddesindeki esaslar uyarınca ara dinlenmesi verilir. İşin niteliği, bir işyerinin aynı bölümündeki bütün işçilere aynı saatte ara dinlenmesi verilmesine olanak bırakmıyorsa, bu dinlenme, işçilere, gruplar halinde arka arkaya çalışma süresinin ortalarından başlayarak İş Kanunu ve bu Yönetmelikteki esaslara göre verilir.”

¹⁶²⁸ Kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışanların ara dinlenmesi kullanıp kullanamayacakları da doktrinde tartışılmaktadır. Doktrindeki bir görüşe göre, kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçiler açısından kanunda bir düzenleme bulunmadığından, bir boşluğun varlığından söz edilmeli ve bu boşluk, günlük azami çalışma süresi olan on bir saat dikkate alınarak doldurulmalıdır. On bir saatin yarısı olan günlük beş buçuk saat ve üzerinde kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçiye ara dinlenmesi verilecek; buna karşılık, beş buçuk saatin altında çalışanlara ise ara dinlenmesi verilmeyecektir. Bu görüş için bkz. **Ekonomi**, Telafi Çalışması, 23-27. Doktrindeki bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre ise, kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçi de günlük çalışma süresine göre ara dinlenmeye hak kazanır. Örneğin, işçi, haftada bir gün iki saat çalışıyorsa, İş Kanunu m. 68/1’e göre on beş dakika ara dinlenmesine hak kazanır. Yargıtay da kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçilerin ara dinlenmesine hak kazanacağı görüşündedir. Bu yönde bkz. **Sevimli**, Kısmi Süreli İş Sözleşmesi, 105-106; **Doğan**, Ara Dinlenmesi, 1193.

¹⁶²⁹ **Ekonomi**, Ara Dinlenmesi, 22-23.

¹⁶³⁰ **Tulukçu**, Ara Dinlenmesi, 96.

*vardiya sekiz saat olduğuna göre, ara dinlenmesiz çalışma insani ihtiyaçlar nedeniyle hayatın olağan akışına da aykırıdır. Bu durumda yarım saat ara dinlenme düşüldüğünde davacının haftalık çalışmanın kırk beş saat olduğu ve yasal çalışma süresinin aşılmadığı anlaşılmakla, fazla çalışma ücreti talebinin reddi yerine kabulü isabetsizdir.”*¹⁶³¹

Ara dinlenme süreleri, Kanunda kademeli şekilde belirtilmesine karşın, Yargıtay, uygulamada, pek çok işyerinde işçilerin azami günlük ve haftalık çalışma sürelerinin üzerinde çalıştırıldıklarından ve işçilerin günlük çalışma sürelerinin Kanunda azami on bir saatle sınırlandırıldığından hareket ederek, günde on bir saati aşan çalışmalarda bir buçuk, on dört saati aşan işlerde ise iki saat ara dinlenmesi verileceğine hükmetmektedir.¹⁶³²

İşveren, işçilerin ara dinlenmesini ne zaman kullanacağını, yönetim hakkı kapsamında vereceği talimatlarla belirleme hakkına sahiptir. Ancak, işveren, işçinin ara dinlenme sürelerinin başlangıç ve bitiş saatlerini belirlerken, ara dinlenmesinin amacını da göz önünde bulundurmalıdır. Ara dinlenmesinin amacı, işçinin, belli bir süre çalışması, sonra dinlenmesi ve sonrasında yeniden çalışmasıdır. Dolayısıyla, işveren, işçiye ara dinlenme sürelerini ortalama bir zamanda kullandırmalıdır. Ara dinlenmesinin, çalışmanın hemen başında veya sonunda kullandırılması ara dinlenmesinin amacıyla bağdaşmayacaktır.¹⁶³³

Ara dinlenmesi, kural olarak aralıksız kullandırılmalıdır. Ancak, iklim, mevsim ve o yerdeki gelenekler ve işin niteliğine göre bu sürelerin aralıklı olarak da kullandırılabilceği sözleşmelerle kararlaştırılabilir (İş Kanunu m. 68/3).

¹⁶³¹ Y9HD, 03.11.2020, E. 2017/7463, K. 2020/14457, KİBB.

¹⁶³² “Somut olayda; güvenlik görevlisi olarak çalışan davacının 08.00-20.00 ve 20.00-08.00 vardiya sisteminde on iki saat çalıştığı sabit olup yukarıdaki açıklamalar ile davacının yaptığı işin niteliği, işin gerektirdiği çalışma düzeni, hep birlikte değerlendirildiğinde on iki saat çalışmadan bir buçuk saat ara dinlenme mahsubu gerekirken hatalı hesaplama itibarla bir saat ara dinlenme düşülerek hesaplanan fazla çalışma ücret alacağının kabulü bozmayı gerektirmiştir.” Y9HD, 17.12.2020, E. 2017/18279, K. 2020/19032, KİBB; Y7HD, 11.02.2014, E. 2013/16016, K. 2014/3557, Çalışma ve Toplum, 2014/4, 347-348; Y22HD, 14.01.2014, E. 2013/ 1747, K. 2014/150, Çalışma ve Toplum, 2014/4, 495-497. Kanunda yer almayan ancak Yargıtay içtihatlarıyla geliştirilen ara dinlenme süreleri doktrinde eleştirilmektedir. Bu yönde bkz. **Ekonomi**, Ara Dinlenmesi, 27-38; **Doğan**, Ara Dinlenmesi, 1182; **Hafızoğlu**, 151. Yargıtayın uygulamasını isabetli bulan görüş için bkz. **Şahlanan**, Ara Dinlenmesi, 2-4.

¹⁶³³ **Hafızoğlu**, 152; **Tulukçu**, Ara Dinlenmesi, 97.

İşveren, vereceği talimatlarla işçilerin ara dinlenmesini aynı anda, nöbetleşe veya gruplar halinde kullanmasına karar verebilir.¹⁶³⁴ İş Kanununun 68. maddesinin 4. fıkrasına göre de, “*Dinlenmeler bir işyerinde işçilere aynı veya değişik saatlerde kullandırılabilir.*” Bu durum özellikle, faaliyetin yirmi dört saat kesintisiz sürdüğü ve postalar halinde çalışmanın yürütüldüğü işyerlerinde söz konusu olmaktadır.

Postalar Halinde İşçi Çalıştırılarak Yürütülen İşlerde Çalışmalara İlişkin Özel Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 10. maddesine göre, “*İşin niteliği, bir işyerinin aynı bölümündeki bütün işçilere aynı saatte ara dinlenmesi verilmesine olanak bırakmıyorsa, bu dinlenme, işçilere, gruplar halinde arka arkaya çalışma süresinin ortalarından başlayarak İş Kanunu ve bu Yönetmelikteki esaslara göre verilir.*” Ayrıca, işveren, ara dinlenmesinin, işyerinin farklı bölümünde çalışan ve farklı işleri yapan işçiler için nasıl uygulanacağını eşit davranma borcuna aykırı olmamak şartıyla yönetim hakkına dayanarak belirleyebilir.¹⁶³⁵

Bazı işyerlerinde yürütülen faaliyet günün bazı saatlerinde yoğunlaşmakta, bazı saatlerinde ise azalmaktadır. Örneğin, restoran, kafe, otel gibi bazı işlerin yürütüldüğü işyerlerinde, işçiler, günün bazı saatlerinde yoğun bir biçimde çalışırken, diğer saatlerinde daha az çalışmaktadırlar. Bu çalışma, sürekli olarak yürütülen faaliyetlerden farklı olarak “*uzun ara dinlenmelerin kullanıldığı çalışma*” veya “*antraklı çalışma*” olarak nitelendirilmektedir.¹⁶³⁶

İşveren, antraklı çalışma sayesinde, işçilerin günlük çalışma sürelerini aşmadan yani fazla çalışma hesaplanmasına veya postalar halinde çalışma yapılmasına gerek olmadan, işçileri çalıştırabilmektedir. Bu çalışma modeli sayesinde, işverene yüklenen maliyet de

¹⁶³⁴ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 786; Doğan, Ara Dinlenmesi, 1184. Yargıtayın bir kararına göre, “Ara dinlenme süreleri kural olarak aralıksız olarak kullandırılır. Ara dinlenmesinin kullandırılması zorunlu ise de, bunun kullanılacağı zamanı belirlemek işverenin yönetim hakkıyla ilgilidir. İşçilerin tamamı aynı anda ara dinlenme zamanını kullanılabileceği gibi, belli bir plan dahilinde sırayla kullanmaları da mümkündür. Ancak ara dinlenme süresinin, işe, ara dinlenme süresi kadar geç başlama veya aynı süreyle erken bırakma şeklinde kullandırılması doğru olmaz. Ara dinlenme süresinin günlük çalışma içinde belli bir zamanda amaca uygun şekilde kullandırılması gerekir.” Y9HD, 26.10.2020, E. 2017/17516, K. 2020/13252, KİBB.

¹⁶³⁵ Tulukçu, Ara Dinlenmesi, 97.

¹⁶³⁶ Hafızoğlu, 155; Doğan, Ara Dinlenmesi, 1197.

azalmaktadır. Örneğin, bir restoranda, işçiler öğlen 11.00-15.00 arası çalışmakta, daha sonra 15.00-18.00 arasında dinlendirilmekte ve işlerin yoğunlaştığı saat olan 18.00-23.00 arası yeniden çalışmaktadırlar. İşveren, antraklı çalışmada, Kanunda belirtilen ara dinlenme sürelerinin üzerinde bir zaman dilimini işçiye sunmaktadır. İş Kanununda, ara dinlenme süreleri asgari olarak düzenlenmiş ve fakat bir üst sınır belirlenmemiştir.¹⁶³⁷ Antraklı çalışmalarda da uzun ara dinlenmeleri süreleri düşüldükten sonra işçinin günlük çalışma süresinin on bir saati aşmaması gerekmektedir.¹⁶³⁸

Antraklı çalışmada, işçilere, uzun dinlenme süreleri verilmektedir. Bu sayede işveren, fazla çalışma veya başka postalarda işçi istihdam etmek gibi ek maliyet getirecek külfetlerden kurtulmaktadır. İşçilerin ara dinlenme süreleri, işin özelliğine göre bazen dört ya da beş saate (veya daha fazla) kadar çıkabilmektedir. Doktrinde, isabetli bir biçimde, işçilerin uzun ara dinlenmelerini işyerinde geçirmelerinin gerçek bir dinlenme olarak değerlendirilemeyeceği ve bu nedenle, işverenin, işçilere, işyerinin yakınında dinlenme tesisi veya lojman tahsis etmesinin gerekli olduğu ifade edilmektedir.¹⁶³⁹

Antraklı çalışma, işvereni ciddi bir yükten kurtaran çalışma modelidir. Ancak, burada, işçiye, gün içinde uzun saatler süren ara dinlenmesi verilmekte ve işçi, bu boş sürenin sonunda yeniden çalışmaya devam etmektedir. İşçi, bu süreyi, işverenin talimatı altında olmadan serbestçe geçirebilecek olsa da, işçinin gün ortasında dört-beş saatlik bir zaman

¹⁶³⁷ Yargıtay 7. Hukuk Dairesinin bir kararına göre, “Haftada iki gün nöbetçi olduğu günlerdeki çalışmasının antreli çalışma olduğu 13:00-18:00 saatleri arası dönemde çalışma olmadığı anlaşılmakla bu saatler arası dışlanarak hüküm kurulması gerekirken yazılı şekilde hesaplama yapan bilirkişi raporuna göre hüküm kurulması hatalı olmuştur.” Y22HD, 30.10.2017, E. 2017/8932, K. 2017/23486; “davalı tanık beyanlarına göre davacının haftada altı gün 07.30-14.00 arası çalıştığı 14.00-16.00 saatlerinde antreye çıktığı ve 16.00-20.30 saatleri arasında günde on bir saat çalışarak bir buçuk saat ara dinlenme ile haftada on iki saat fazla çalışma yaptığı kabul edilmiştir. Ancak davacının çalışmasının antreli olduğu ve günde iki saat antreye çıktığının anlaşılmasına göre günlük toplam çalışma saatinden ayrıca bir buçuk saat daha ara dinlenmesinin düşülmesi hatalı olup bozma nedeni olduğu gibi, kabule göre de günde on bir saat çalışmanın kabul edildiği durumda günlük çalışma süresinden bir saat yerine bir buçuk saat ara dinlenmesi düşülmesi bozma nedenidir.” Y7HD, 21.01.2016, E. 2015/353, K. 2016/526, KİBB.

¹⁶³⁸ **Hafızoğlu**, 155; **Doğan**, Ara Dinlenmesi, 1199.

¹⁶³⁹ **Hafızoğlu**, 156; **Doğan**, Ara Dinlenmesi, 1199.

dilimi içinde, örneğin eve gidip gelmesi veya işyerinde beklemesi, iciddi zorlukları gündeme getirmektedir.

Antraklı çalışmada, işçi ve işveren arasındaki menfaat dengesi bu yönüyle işçi aleyhine bozulmaktadır. Kanımızca, burada işveren, işçilerin antraklı çalışma yapması konusunda talimat verme hakkını kullanırken daha özenli olmalı, dürüstlük kuralı ve işçinin menfaatlerini de gözeterek bir belirleme yapmalıdır.

Aksi taraflarca kararlaştırılmadıysa, işveren, işin başlama ve bitiş zamanlarını yönetim hakkına dayarak belirleyebilir. Ancak, işveren, antraklı bir çalışmada, çalışma ve ara dinlenme sürelerini dağıtırken -günlük azami çalışma süresi içinde kalmak kaydıyla- tamamen serbest olacak mıdır? Örneğin, işveren, işçiyi önce dört buçuk saat çalıştırıp ardından beş saat ara dinlenmesi verip sonra bir buçuk saat çalıştırabilir mi?

Köln Eyalet İş Mahkemesinin önüne gelen bir olayda, Mahkeme, Kilise yönetiminin, bir kilisede hademe olarak çalışan davacı işçiden, Pazar günleri, ayın için sabah 08.30-13.00 arasında çalışmasını, sonra ara vermesi ve ardından 17.30-19.00 saatleri arasında yeniden çalışması yönünde verdiği talimatın, GewO § 106 uyarınca, hakkaniyete uygun takdir yetkisinin sınırlarını aştığına hükmetmiştir.¹⁶⁴⁰

Ara dinlenmeleri, çalışma süresinden sayılmaz (İş Kanunu m. 68/son). Bu nedenle, işçiler, kural olarak ara dinlenmelerini nasıl değerlendireceklerine, işyerinde veya işyeri dışında zaman geçirip geçirmeyeceklerine serbestçe karar verme hakkına sahiptirler. İşçiler, ara dinlenme sürelerinde işverenin talimatıyla bağlı değildirler. Bununla birlikte, sözleşmelerle ara dinlenmelerinin çalışma süresinden sayılacağı kararlaştırılabilir. Ancak, Yargıtaya göre, sözleşmelerde ara dinlenmesinin çalışma süresinden sayılacağına dair bir

¹⁶⁴⁰ LAG Köln, 15.06.2009- 5 Sa 179/09, (www.beck-online.beck.de).

hüküm bulunsa dahi, eğer, işçi ara dinlenmesinde, fiilen çalıştırılmazsa, bu süre fazla çalışma süresinin hesabında dikkate alınmaz.¹⁶⁴¹

İşçi, ara dinlenmesinde çalıştırılıyor veya işverenin talimatıyla her an çıkabilecek bir arızayı önleme veya iş için, işyerinde hazır bekletiliyorsa, ara dinlenme süresi iş süresinden sayılmaktadır. Zira, işçi, bu süre zarfında da fiziken ve ruhsal olarak dinlenmemekte; tersine, iş görme borcunu yerine getirmeye devam etmektedir. Dolayısıyla, işçinin çalıştığı bu süreler de fazla çalışma hesabında dikkate alınmaktadır.¹⁶⁴²

Buna karşılık, işin veya işyerinin özelliklerinden dolayı işçinin, ara dinlenmesini işyerinde geçirmesi gerekiyorsa, işçinin işyerinde geçirdiği bu süresinin çalışma süresinden sayılmaması Kanuna aykırılık oluşturmamaktadır. Burada önemli olan, işçinin fiilen çalışmaması veya işverenin talimatları altında hazır durumda beklememesidir.¹⁶⁴³ İşçi, bu süreyi serbestçe değerlendiriyorsa; işçinin, dilediği biçimde şekillendirdiği bu zaman dilimi, çalışma süresi olarak nitelendirilemez.¹⁶⁴⁴ Ara dinlenmesinde esas olan, işçinin, işverenin talimatlarıyla bağlı olmadan kendisini ruhen ve fiziken serbest hissetmesidir.

c. Hafta Tatili, Ulusal Bayram ve Genel Tatil Günleri

Hafta tatili, işçilerin, Anayasal dinlenme hakkının bir sonucu olarak, yedi günlük bir zaman dilimi içinde kesintisiz yirmi dört saat dinlenmelerini sağlamak amacıyla getirilen bir düzenlenmedir. İş Kanununun 46. maddesinin 1. fıkrasına göre, “*Bu kanun kapsamına giren*

¹⁶⁴¹ Süzek, 836; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 788; Tulukçu, Ara Dinlenmesi, 98-99.

¹⁶⁴² Tulukçu, Ara Dinlenmesi, 98; Süzek, 836; Hafizoğlu, 153.

¹⁶⁴³ Yargıtayın bir kararına göre, “*Toplu iş sözleşmesinin anılan hükmü, vardiyalı işçi çalıştırılan işyerlerinde ve işçinin ara dinlenmesini işin niteliği gereği fiilen çalışarak geçirmesi halinde uygulanma olanağına sahiptir. İşçinin salt ara dinleme sırasında işyerinde bulunması önemli olmayıp, bu süre içinde ara dinlenme yokmuş gibi çalışıyor olması da gerekir. İşçinin ara dinlenme sırasında kendi istemi ile veya başka bir yere gitme imkanının o sırada fiziken mümkün olmaması sebebiyle işyerinde bulunması halinde söz konusu alacağa hak kazanması mümkün değildir. Davacının yaptığı işin niteliği gereği ara dinlenme sırasında çalıştığına dair delil yoktur. Bu sebeple fazla çalışma talebinin reddine karar vermek gerekirken kabulü hatalıdır*” Y9HD, 18.05.2010, E. 2008/5227, K. 2010/13941, Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 458.

¹⁶⁴⁴ Tulukçu, Ara Dinlenmesi, 98-100; Süzek, 836; Dursun Ateş, 396-397; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 457-458; Doğan, Ara Dinlenmesi, 1186; Hafizoğlu, 153-154.

işyerlerinde, işçilere tatil gününden önce 63. maddeye göre belirlenen iş günlerinde çalışmış olmaları koşulu ile yedi günlük bir zaman dilimi içinde kesintisiz en az yirmi dört saat dinlenme (hafta tatili) verilir.” Türk Borçlar Kanununun 421. maddesinin 1. fıkrasına göre de, “İşveeren, işçiye her hafta, kural olarak Pazar günü veya durum ve koşullar buna imkan vermezse, bir tam çalışma günü tatil vermekle yükümlüdür.”

2429 Sayılı Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanunun¹⁶⁴⁵ 3. maddesine göre, hafta tatili Pazar günüdür. Bununla birlikte, işçiye hafta tatilinin mutlaka Pazar günü verilmesi zorunluluğu bulunmamaktadır. İşçiye kesintisiz yirmi dört saat dinlenme imkanının tanındığı haftanın herhangi bir günü de, hafta tatili olarak nitelendirilir.

İşçilere, yedi günlük bir zaman dilimi içinde kesintisiz olarak en az yirmi dört saatlik hafta tatili verilmelidir. Bu hüküm nispi emredici nitelikte olup sözleşmelerle işçiler lehine arttırılabilir. Buna karşın, işçinin hafta tatilinde çalıştırılacağına yönelik taraflar arasında yapılan bir anlaşma ya da iş sözleşmesine konulacak bir hüküm geçerli değildir.¹⁶⁴⁶ Zira, hafta tatilinin getiriliş amacı, işçinin dinlenmesinin sağlanmasıdır. Bu yönüyle hafta tatili, iş sağlığı ve güvenliğiyle de doğrudan ilintilidir.

Federal Alman Anayasa Mahkemesinin hafta tatili olan Pazar günü¹⁶⁴⁷ çalışmama ve dinlenmeyle ilgili şu tespitleri oldukça isabetlidir: *“Ekonomideki hızlı gelişme, işçilerin uzun saatler çalışması ve hatta Pazar günü çalışmasını da gündeme getirmektedir. Oysa bu durum, aile hayatının ve sosyal yaşamın erozyona uğramasına yol açmaktadır. Pazar günü çalışılmaması, işçiler için yenilenme ve sosyal hayata karışma için gereklidir. Pazar günü çalışılmaması, kişinin vücut ve ruh sağlığının korunması, evlilik ve aile hayatının korunması ve kişi onuruyla da bağlantılıdır. Pazar günü ve resmi tatillerde işçilerin çalışmaması,*

¹⁶⁴⁵ RG. 19.03.1981, 17284.

¹⁶⁴⁶ Baycık, Değerlendirme 2016, 298.

¹⁶⁴⁷ Alman Çalışma Süreleri Kanunu (Arbeitszeitgesetz- ArbZG) § 9/1’e göre, *“İşçiler, Pazar günleri ve resmi tatil günlerinde çalıştırılmazlar.”*

*ekonomik kaygıların bir kenara bırakılarak, insana değer verilmesi ve bu anlamda insan onurunun güvence altına alınması da demektir.”*¹⁶⁴⁸

Hafta tatilinde işçiye kesintisiz en az yirmi dört saat dinlenme süresi tanınmalıdır. Bu nedenle, işveren, işçilere hafta tatilini toplu kullanmaları veya hafta tatili süresini bölerek¹⁶⁴⁹ kullanmaları konusunda talimat veremez. İşverenin bu talimatı hukuka aykırıdır.

Yargıtayın bir kararına göre de, *“Hafta tatili izni kesintisiz en az yirmidört saattir. Bunun altında bir süre haftalık izin verilmesi durumunda, usulüne uygun şekilde hafta tatili izni kullandığından söz edilemez. Hafta tatili bölünerek kullandırılmaz. Buna göre hafta tatilinin yirmidört saatten az olarak kullandırılması halinde hafta tatili hiç kullandırılmamış sayılır. Yine hafta tatilinin toplu halde kullandırılması yasa hükmünün konuluş amacına aykırı olduğundan, bu şekilde hafta tatili kullandırıldığının kabulü mümkün değildir.”*¹⁶⁵⁰

İşveren, işçilerin hafta tatilinde çalışmalarına yönelik talimat veremez.¹⁶⁵¹ Nitekim, işçiye, hafta tatili verilmesinin amacı, işçinin sağlığını korumak ve dinlenmesini sağlamaktır. Dolayısıyla, işçiler hafta tatilinde çalıştırılmaz.

Bununla birlikte, Yargıtay 7. Hukuk Dairesinin 2015 yılında verdiği bir kararına konu uyuşmazlıkta, işveren, montaj elemanı olarak çalışan işçinin, iş akdini, fuara katılmalarından dolayı işgücüne ihtiyaç duyduğu ve bu nedenle, işçiye hafta tatili olan Pazar günü çalışması yönünde verdiği talimata uymadığı için feshetmiştir. Yüksek Mahkeme, işçinin Pazar günü çalışmayı reddetmesinin doğruluk ve bağlılık kurallarına uymayan bir davranış olarak

¹⁶⁴⁸ BVerfG, 01.12.2009, NWwZ 2010, 570, **Preis/Ulber**, Rn. 729. Buna karşın, Alman Federal İş Mahkemesi, sözleşmede işçinin Pazar günleri çalıştırılmayacağı konusunda açık bir hüküm bulunmaması halinde, işverenin, işçiye Pazar günü çalışması yönünde talimat verebileceğini kabul etmektedir. Bkz. BAG, 15.09.2009- 9 AZR 757/98, NZA 2009, 1333 ve kararın eleştirisi için bkz. **Preis/Ulber**, Rn. 729-732; **BeckOK ArbR/Joussen** BGB § 611a, Rn. 21.

¹⁶⁴⁹ Y22HD, 15.12.2015, E. 2014/23997, K. 2015/34572, **Baycık**, Değerlendirme, 328-329. Yüksek Mahkemenin kararına göre, *“Ulusal bayram ve genel tatil çalışması bakımından da, davacının tatil gününde sadece bir saat çalışması sebebiyle, bir saat çalışma karşılığı ücret hesaplanmış ise de, söz konusu tatilin de kesintisiz kullandırılması gereklidir. Tatil gününde bir saat çalışılmış ise de, çalışma karşılığı ücretin, bir günlük yevmiye tutarında ödenmesi gereklidir. Bu yöne aykırı kabulle sonuca gidilmesi hatalıdır.”* Yargıtay Karar Arama, (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb>).

¹⁶⁵⁰ Y22HD, 24.12.2019, E. 2016/25940, K. 2019/24289, KİBB.

¹⁶⁵¹ **Mollamahmutoğlu/Astarlı**, 611.

nitelemiş ve işverence yapılan feshin haklı olduğunu kabul etmiştir. Dairenin kararına göre, “Davacı ile diğer işçilerin fuar çalışmalarına, işverenin talebine rağmen, söz konusu fuar gününün hafta tatili olduğu gerekçesi ile toplu olarak katılmayacaklarını bildirmelerinin iyi niyetli olmadığı, davacının pazar günkü çalışmaya katılmaması için başka bir mazeret bildirmediği, işverenin yönetim hakkı kapsamında işçileri pazar günü çalıştırılmasının da mümkün olduğu, bu nedenle işvereni zor durumda bırakma amaçlı işçinin bu davranışının doğruluk ve bağlılık kurallarına da aykırı olduğu...”¹⁶⁵²

Öncelikle, Yüksek Mahkemenin kararının gerekçesinde geçen, “işverenin yönetim hakkı kapsamında işçileri Pazar günü çalıştırmasının mümkün olduğu” ifadesini isabetli ve hukuken doğru bulmuyoruz. Nitekim, yukarıda da belirttiğimiz gibi, işverenin, işçiye hafta tatilinde çalışması yönünde talimat verme hakkı bulunmamaktadır. İşçi, hafta tatilinde çalıştırılmaz. İşverenin yönetim hakkına dayanarak vereceği talimatlar, kaynaklar hiyerarşisi içinde, yedek hukuk kurallarının da altında, en alt sırada yer almaktadır. Dolayısıyla, işverenin yönetim hakkı, diğer hukuk kaynaklarıyla sınırlandırılmıştır. İşveren, Anayasa, Kanun, toplu iş sözleşmesi, iş sözleşmesi, dürüstlük kuralları gibi diğer hukuk kaynaklarına aykırı olmamak şartıyla talimat verme hakkını kullanabilir.

İşçinin yedi günlük bir süre içinde kesintisiz en az yirmi dört saat dinlendirileceği, Kanunda açık bir biçimde düzenlenmektedir. İlaveten, hafta tatili, Anayasanın 50. maddesinde düzenlenen dinlenme hakkının bir uzantısıdır. Bu nedenlerle, işverenin, işçinin hafta tatilinde çalışmasına yönelik talimat verme hakkı bulunmamaktadır. İşçi de hukuka aykırı bu talimata uymakla yükümlü değildir. İşçinin bu hukuka aykırı talimata uymaması da iş görme borcuna aykırılık oluşturmaz.

¹⁶⁵² Y7HD, 26.01.2015, E. 2014/15443, K. 2015/584, Yargıtay Karar Arama, (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb>). Kararın değerlendirmesi için bkz. **Astarlı**, Değerlendirme 2015, 248-252.

Kararla ilgili tartişılması gereken bir diğer mevzu ise, işçinin hafta tatili günündeki çalışmaya katılmamasının sadakat borcuna aykırılık oluşturup oluşturmayacağıdır. Sadakat borcu, işçinin korumakla yükümlü olduğu işverenin haklı menfaatlerine ilişkindir. İşçinin hafta tatiline ayrılmış bir günde çalışmak istememesi, işçinin sadakat borcuna da aykırılık teşkil etmeyecektir.¹⁶⁵³ Bu yönleriyle Yüksek Mahkemenin kararına katılmadığımızı belirtmek istiyoruz.

Her ne kadar işçinin hafta tatilinde çalıştırılmaması gerekmekteyse de, uygulamada, bazı işyerlerinde işçilerin hafta tatiline de çalıştırıldıkları gözlemlenmektedir. İş Kanununun 46. maddesinin 2. fıkrasına göre, “alışılmayan hafta tatili günü için işveren tarafından bir iş karşılığı olmaksızın o günün ücreti tam olarak ödenir.” Böyle bir durumda, Yargıtaya göre, tatilden önceki günlerde Yasada öngörölen süre kadar çalışılmışsa, işçinin hafta tatilinde de çalıştırılması halinde, bu çalışmasının karşılığını fazla çalışma olarak değerlendirmek gerekir.¹⁶⁵⁴

Ulusal bayram ve genel tatil günlerine ilişkin düzenlenmeler ise İş Kanununun 44. maddesinde ve Ulusal Bayram ve Genel Tatiller Hakkında Kanunun 1. ve 2. maddelerinde hüküm altına alınmaktadır. Kanunun 2. maddesine göre, “Ulusal, resmi, dini ve genel tatil günlerinde resmi daire ve kuruluşlar tatil edilir.” Ayrıca, 29 Ekim günü, özel işyerlerinin kapanması zorunludur. Ancak, niteliği bakımından sürekliliğinde zorunluluk bulunan işyerlerinde işçi çalıştırılması mümkündür.

İş Kanununun 44. maddesine göre, “Ulusal bayram ve genel tatil günlerinde işyerlerinde çalışılıp çalışılmayacağı toplu iş sözleşmesi veya iş sözleşmeleri ile kararlaştırılır. Sözleşmelerde hüküm bulunmaması halinde söz konusu günlerde çalışılması için işçinin onayı gereklidir.” Hafta tatilinden farklı olarak, işçinin, ulusal bayram ve genel

¹⁶⁵³ Astarlı, Değerlendirme 2015, 251.

¹⁶⁵⁴ Süzek, 842-843; Baycık, Değerlendirme 2016, 322-324.

tatil günlerinde çalıştırılmasına bir engel bulunmamaktadır. Ancak, işveren, işçilere, ulusal bayram ve genel tatil günlerinde çalışmaları konusunda talimat veremez.

Kanunun lafzından, ulusal bayram ve genel tatil günlerinde de işçinin çalışmamasının asıl olduğu ve fakat bu kurala istisna tanınabileceği anlaşılmaktadır. Buna göre, işçinin ulusal bayram ve genel tatil günlerinde çalışabilmesi için toplu iş sözleşmesi veya iş sözleşmelerinde bu yönde bir hüküm bulunmalıdır. Sözleşmelerde bu yönde bir hüküm bulunmaması halinde ise, sadece işçinin onayıyla çalışma yaptırılabilir. Bu iki olasılık dışında, işçinin ulusal bayram ve genel tatil günlerinde çalışmasına ilişkin tek yanlı talimat söz konusu olamaz.

İş Kanununun 47. maddesine göre ise, işçi tatil gününde çalışırsa, bir iş karşılığı olmaksızın, Kanun gereği kazandığı bir günlük ücretine ek olarak o güne ait çalışmasının karşılığı olan ücrete de, diğer bir anlatımla, iki günlük ücrete hak kazanır.

d. Yıllık Ücretli İzin Hakkı

Anayasanın 50. maddesinde, çalışanlara sağlanan dinlenme hakkı kapsamında, çalışanlara yıllık ücretli izin hakkının kanunla düzenleneceği hüküm altına alınmıştır. Yıllık ücretli izin hakkının amacı, işçilerin yılın belli bir döneminde, ücreti ödenerek dinlendirilmesi ve bu sayede iş sağlığının korunmasıdır. Yıllık ücretli izin hakkı, İş Kanununun 53 vd. maddeleri ile Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliğinde¹⁶⁵⁵ düzenlenmiştir. Ayrıca, yıllık ücretli izin hakkına ilişkin düzenlemeler, Türk Borçlar Kanununun 422-426. maddelerinde; Basın İş Kanununun 21. maddesinde ve Deniz İş Kanununun 40. maddesinde hüküm altına alınmıştır.¹⁶⁵⁶

¹⁶⁵⁵ RG. 03.03.2004, 25391.

¹⁶⁵⁶ Deniz İş Kanunu m. 40: “Aynı işveren emrinde veya aynı gemide bir takvim yılı içinde bir veya birkaç hizmet aktine dayanarak en az altı ay çalışmış olan gemi adamı, yıllık ücrete hak kazanır. İzin süresi, altı aydan bir yıla kadar hizmeti olan gemi adamları için on beş günden ve bir yıl ve daha fazla hizmeti olanlar için yılda bir aydan az olamaz.” Basın İş Kanunu m. 21: “Günlük bir mevkutede çalışan bir gazeteciye, en az bir yıl çalışmış olmak şartıyla, yılda dört hafta tam ücretli izin verilir. Gazetecilik mesleğindeki hizmeti on yıldan yukarı olan bir gazeteciye, altı hafta ücretli izin verilir.”

Yıllık ücretli izin hakkı, anayasal dinlenme hakkının bir uzantısı niteliğinde olduğu ve belli bir çalışma dönemi içinde, işçinin dinlendirilerek sağlığının ve kişiliğinin korunması amacına hizmet ettiği için bu haktan vazgeçilmesi mümkün değildir. Zira, yıllık ücretli izin hakkı, kişisel bir haktır ve bu nedenle bu hakkın devir ve temlik edilmesi veya başkasına bir menfaat karşılığında satılması söz konusu olamaz.¹⁶⁵⁷

İş ilişkisi devam ettiği sürece işçi, yıllık izin hakkını kullanmak yerine bunun ücretinin kendisine ödenmesini talep edemez. İşveren de, işçiye, yıllık ücretli izin hakkını kullanmaması karşılığında bir ödeme yaparak bu hakkı bertaraf edemez. İşçi, hak ettiği iznini kullanmadan, iş sözleşmesi herhangi bir nedenle sona ererse, hak edip de kullanmadığı izin süresine ait ücretin, kendisine ödenmesini (işçinin ölümü halinde hak sahipleri) talep edebilir. Nitekim, gerek İş Kanununun 53. maddesinin 2. fıkrasına gerek Türk Borçlar Kanununun 425. maddesinin 2. fıkrasına göre, yıllık ücretli izin hakkından feragat edilemez.¹⁶⁵⁸

Yıllık ücretli izin hakkının, Kanunda belirtilen koşullar sağlanınca kullandırılmasına ilişkin hükümler mutlak nitelikte olduğu için, taraflar aralarında yapacakları anlaşmayla yıllık ücretli izin hakkının kullandırılmayacağını kararlaştıramazlar. Benzer şekilde, işveren, işçiye yıllık ücretli iznini kullanmaması yönünde de talimat veremez. Diğer bir anlatımla, işverenin, işçiye yıllık ücretli izin kullandırma konusunda yönetim hakkı bulunmamaktadır.

İş Kanununun 53. maddesinin 1. fıkrasına göre, işçinin yıllık ücretli izne hak kazanabilmesi için, işyerinde fiilen işe başladığı günden itibaren en az bir yıl çalışmış olması gerekmektedir. Yıllık ücretli izne hak kazanılması için tamamlanması gereken bir yıllık sürenin hesaplanmasında, işçinin sadece işyerinde fiilen çalıştığı süreler değil, İş Kanununun 55. maddesinde sınırlı sayıda belirtilen çalışılmış gibi sayılan süreler de göz önünde

¹⁶⁵⁷ Caniklioğlu, Yıllık Ücretli İzin, 1146.

¹⁶⁵⁸ Yargıtaya göre, “Yıllık izin hakkı vazgeçilemeyen bir hak olup, çalışırken ücrete dönüşmez.” Y9HD, 21.10.2014, E. 2014/27694, K. 2014/30404, KİBB.

bulundurulur. Bununla birlikte, işçinin, işyerindeki çalışması bir yılı doldurmuyorsa, çalıştığı sürelerin orantılı biçimde değerlendirilmesi mümkün olmaz.¹⁶⁵⁹

İş Kanununun 53. maddesinin 4. ve 5. fıkralarında, yıllık ücretli izin süreleri belirlenmiştir. Buna göre, ⁽⁴⁾ *İşçilere verilecek yıllık ücretli izin süresi hizmet süresi a) Bir yıldan beş yıla kadar (beş yıl dahil) olanlara on dört günden, b) Beş yıldan fazla on beş yıldan az olanlara yirmi günden, c) On beş yıl (dahil) ve daha fazla olanlara yirmi altı günden, az olamaz. Yer altı işlerinde çalışan işçilerin yıllık ücretli izin süreleri dörder gün arttırılarak uygulanır. ⁽⁵⁾ Ancak, on sekiz ve daha küçük yaştaki işçilerle elli ve daha yukarı yaştaki işçilere verilecek yıllık ücretli izin süresi yirmi günden az olamaz.* Yıllık ücretli izin sürelerine ilişkin hükümler nispi emredici nitelikte olup, iş sözleşmesi ve toplu iş sözleşmesiyle arttırılabilir.

Türk Borçlar Kanununun 422. maddesinde de, yıllık ücretli izne hak kazanma koşulları, İş Kanununa benzer şekilde düzenlenmiştir. Türk Borçlar Kanununa tabi işçilerin, yıllık ücretli izne hak kazanması için en az bir yıl çalışması gereklidir. Buna karşılık, Türk Borçlar Kanununda, yıllık ücretli izin süreleri farklı şekilde düzenlenmiştir. TBK m. 422/1 uyarınca, *“İşveren, en az bir yıl çalışmış olan işçilere yılda en az iki hafta ve on sekiz yaşından küçük işçiler ile elli yaşından büyük işçilere de en az üç hafta ücretli izin vermekle yükümlüdür.”* Ayrıca, Türk Borçlar Kanununun 423. maddesinde işverene, işçinin hastalık, kaza, gebelik gibi hallerde belirli bir süre işe devamsızlık yapması halinde, yıllık ücretli izin süresinden indirim yapması olanağı tanınmıştır.¹⁶⁶⁰

İşveren, işçiye, yıllık ücretli izni kullandırıp kullandırmama konusunda talimat verme hakkına sahip olmasa da, yönetim hakkı kapsamında, işçinin yıllık ücretli iznini kullanma

¹⁶⁵⁹ Yıllık ücretli izne hak kazanma konusunda detaylı bilgi için bkz. **Süzek**, 849- 854; **Özkaraca**, Yıllık Ücretli İzin, 90-104; **Caniklioğlu**, Yıllık Ücretli İzin, 1150-1157; **Günay**, Yıllık Ücretli İzin, 28-32; **Özveri**, Yıllık Ücretli İzin, 923-930; **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, 803-809.

¹⁶⁶⁰ Detaylı bilgi için bkz. **Mollamahmutoğlu/Astarlı**, 613-617; **Akyiğit**, Yıllık Ücretli İzin, 31-33.

zamanını belirleme hakkına sahiptir. Nitekim, işveren, işin ve işyerinin gereklerini en iyi bilen kişi olduğu için, işçinin yıllık ücretli izin kullanma zamanını da belirleme hakkına sahiptir.¹⁶⁶¹

Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliğinin 5. maddesine göre de, işveren, yıllık ücretli iznin kullanılacağı zamanı belirleme hakkına sahiptir. Dolayısıyla, işçi, kendiliğinden yıllık izne ayrılamaz.¹⁶⁶² Ancak, işveren, işçinin yıllık izne ayrılacağı tarihi belirlerken, sadece işin ve işyerinin gereklerini değil, işçinin ihtiyaçlarını ve menfaatlerini de göz önünde bulundurmalıdır. İşçinin, yıllık ücretli izin hakkını kullanacağı zamanı belirlemek, işverenin yönetim hakkı kapsamında olsa da, işveren, bu hakkını dürüstlük kurallarına uygun kullanmalıdır.

Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliğinin 7. maddesine göre, işçi hak ettiği yıllık ücretli iznini, kullanmak istediği tarihten en az bir ay önce, işverene yazılı olarak bildirmelidir. Ancak, işveren veya izin kurulu, işçinin talebiyle bağlı değildir. Buna karşılık, yıllık ücretli izne ilişkin çizelgeler düzenlenirken, işçinin talebinin ve işin durumunun dikkate alınacağı belirtilmektedir (m. 8).

Eğer işçi, işverenin onayı olmadan, yıllık ücretli izne çıkarsa, işçinin iş sözleşmesi işverence haklı nedenle feshedilebilir.¹⁶⁶³ Yargıtayın bir kararına göre de “*Yıllık izin zamanını belirlemek işverenin yönetim hakkı kapsamında olduğundan, işçinin kendiliğinden ayrılması söz konusu olamaz. İşçinin yıllık iznini kullandığını belirterek işyerine gelmemesi, işverence izinli sayılmadığı sürece devamsızlık halini oluşturur.*”¹⁶⁶⁴

¹⁶⁶¹ Caniklioglu, Yıllık Ücretli İzin, 1158.

¹⁶⁶² Bununla birlikte, doktrinde, işçinin talebine rağmen, yıllık izin hakkının kullanılmaması durumunda; yıllık izin hakkını kullanması için yıl içinde sadece izin süresi kadar bir zaman kalmışsa, işçinin bu hakkı kendiliğinden kullanabileceği belirtilmektedir. Bu yönde bkz. **Soyer**, Yıllık Ücretli İzin, 232-234; **Akyigit**, Yıllık Ücretli İzin, 367; **Öztürk**, Yıllık Ücretli İzin, 75; **Özveri**, Yıllık Ücretli İzin, 935; **Erkanlı Başbüyük**, 321-325.

¹⁶⁶³ **Günay**, Yıllık Ücretli İzin, 32.

¹⁶⁶⁴ Y9HD, 09.12.2019, E. 2016/9899, K. 2019/21877, KİBB. Yüksek Mahkemenin bir başka kararına konu olan olayda, davacı, deri tekstil atölyesinde çalışmakta ve işlerin azaldığı dönemlerde ise, işverence, ücretsiz izne çıkarılmaktadır. İşçi, ücretsiz izin dönüşü, yıllık ücretli izne ayrılmak istediğini işverene bildirmiş ve yerine geçici olarak başka bir işçi bulup izne ayrılmıştır. Davacı işçi, ücretli izin dönüşü, işyerine dönmek istediğinde, işyerine alınmamış ve iş sözleşmesinin işverence feshedildiğini ileri sürerek, kıdem ve ihbar tazminatı ödenmesi için dava açmıştır. Yüksek Mahkeme, işçinin Yönetmelikte açıklandığı gibi, bir ay önce izin talebinde

Bununla birlikte, Türk Borçlar Kanununun 424. maddesinin 2. fıkrasında yeni bir düzenleme öngörölmüştür: “İşveren, yıllık ücretli izin tarihlerini, işyerinin veya ev düzeninin menfaatleriyle bağdaştığı ölçüde, işçinin isteklerini göz önünde tutarak belirler.” Türk Borçlar Kanunu düzenlemesine göre de, yıllık ücretli izin tarihlerini belirlemek işverenin talimat verme hakkı kapsamındadır.

Bununla birlikte, Kanun, işverene tam bir serbesti tanımamış ve işverenin talimat verme hakkını kullanırken “işyerinin ve ev düzeninin menfaatleriyle bağdaştığı ölçüde, işçinin istekleri göz önünde tutulması” hükmünü getirmiştir. “Ev düzeni” ifadesi hukukumuz açısından yeni bir kavram olmakla birlikte, doktrinde isabetle belirtildiği gibi, ev düzeninin menfaatlerinden, işçinin ailevi düzeni ve kişisel yaşamı anlaşılmalıdır.¹⁶⁶⁵ Dolayısıyla, işveren, işçinin yıllık izin hakkını kullanırken, örneğin, işçinin eşinin çalışması, çocuklarının okulunun olması, aile bakım yükümlölükleri gibi hususları da göz önüne almalıdır.¹⁶⁶⁶

Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliğinin 16. maddesine göre, izin kurulu olan işyerlerinde izin kurulu, işçiler tarafından verilip, işveren veya işveren vekili tarafından izin kuruluna iletilen izin isteklerini, izin zamanının belirlenmesine ilişkin bir çizelge hazırlayarak, işverenin onayına sunarlar. İşçilerin izin taleplerine ilişkin çizelgeler, izin kurulu tarafından

bulunmadığı gibi, yıllık izin isteğinin onaylanmamasına rağmen kendisini izinli sayarak işyerinden ayrılması olayında, usule uygun bir izin kullanımından söz edilemeyeceğini, olayda davalının kötü niyetle hareket ettiğinin de ispat edilemediğini, davacının işyerini terk ederek iş akdini eylemli olarak feshettiği ve bu nedenle kıdem ve ihbar tazminatına hak kazanamayacağına karar vermiştir. Karara ekli karşı oy yazısı ise üzerinde durulmaya değerdir. Karşı oy yazısına göre, “Davacı işçi, davalı işyerinde uzun süredir çalışmakta olup, dosya içeriğine göre yıllık ücretli izin kullanılmamıştır. Buna karşın, işveren, işçinin ücretli izin hakkı olmasına rağmen, işin yoğun olmadığı dönemde ücretsiz izin uygulamasına gitmiştir. Belirtmek gerekir ki, işçinin yıllık ücretli izin hakkı varken tek taraflı olarak ücretsiz izin uygulamasına gitmek ve işçinin yıllık ücretli izin hakkını talep ettiğinde kullanılmamak, yönetim hakkının kötüye kullanılmasıdır. Somut uyuşmazlıkta, işverenin izin kullanılması noktasında yönetim hakkını dürüstlük kuralı gereği kötüye kullandığı sabittir. Yönetim hakkının kötüye kullanılmasını hukuk korumalıdır. Davacı işçi yasal hakkı olan izin verilmemesi üzerine en azından eylemli olarak iş sözleşmesini haklı sebeple feshettiğinin kabulü gerekir. Bu durumda ise davacı işçi, İş Kanunu'nun 24/II-(f) maddesi uyarınca kıdem tazminatına hak kazanır.” Y9HD, 28.01.2016, E. 2014/27000, K. 2016/2328, Çil, Koronavirüs, 124-128.

¹⁶⁶⁵ Mollamahmutoğlu/Astarlı, 618-619.

¹⁶⁶⁶ Mollamahmutoğlu/Astarlı, 618-619; Akyiğit, Yıllık Ücretli İzin, 33-34.

oluşturulsa da, bu konuda son söz, işverene aittir. İşveren, izin kurulunun kendisine ilettiği çizelge yönünde karar verebileceği gibi bu çizelgede değişiklikler de yapabilir.

Yönetmeliğin 10. maddesinde ise, toplu izin imkanı düzenlenmektedir. İşveren veya işveren vekili, Nisan ayı başı ile Ekim ayı sonu arasındaki süreler için, işçilerin tümünü veya bir kısmını toplu izne çıkarabilir. Hatta, toplu izin süreleri, henüz yıllık ücretli izin hakkını kazanmayan işçileri de kapsayacak şekilde belirlenebilir. Ancak, işveren, işyerinin veya işyerindeki araç, gereç ve makinaların korunması amacıyla, bazı işçileri, toplu izin uygulaması dışında bırakabilir. İşverenin, toplu izin uygulaması dışında bırakacağı işçiler, işin ve işyerinin güvenliği ve devamlılığı için kritik görevlerde olan işçilerle sınırlı olmalıdır. Bununla birlikte, işveren, bu işçileri toplu izin uygulamasında önce veya sonra, diledikleri tarihte yıllık izne gönderebilir (m. 11).

Yıllık ücretli iznin kullandırılması, işverenin yönetim hakkı kapsamındadır. İşçi, yıllık iznini, işverenin belirlediği plan çerçevesinde kullanabilir. Yargıtayın bir kararına göre de, *“Gerçekten, işçi izin tarihini dilediği gibi belirleyerek istediği zaman izne ayrılamaz. Bu husustaki yetki işverene aittir.”*¹⁶⁶⁷ Bununla birlikte, yukarıda da belirttiğimiz üzere, işveren talimat verme hakkını, işçinin menfaatleri ve ihtiyaçlarını da gözeterek, dürüstlük kurallarına uygun şekilde kullanmalıdır.

İşçinin yıllık ücretli izni hak etmesine ve bu yöndeki talebini işverene usulüne uygun şekilde bildirmesine karşın, işverenin, işçiye izin hakkını kullandırmaması karşısında, işçinin iş sözleşmesini feshetme hakkı olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır. Doktrindeki bir görüşe göre, işveren, işçinin hak etmiş olduğu yıllık ücretli iznini kullandırmazsa, işçinin kişiliğini ve sağlığını gözetme borcuna aykırı davranmış olacağı gibi, çalışma koşullarını da uygulamamış olur. Dolayısıyla, işçi, iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilir.¹⁶⁶⁸

¹⁶⁶⁷ Y9HD, 27.05.1993, E. 1993/8915, K. 1993/9235, KİBB.

¹⁶⁶⁸ Süzek, 848; Caniklioğlu, Yıllık Ücretli İzin, 1162-1163; Sevimli, Yıllık Ücretli İzin, 43; Dursun Ateş, 409.

Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin bir kararına göre de, “*Ücretli iznin kullandırılmaması talep edildiği halde gerekçesiz olarak izin kullandırılmaması halinde haklı fesih sebebi sayılabilecektir.*”¹⁶⁶⁹

Diğer bir görüşe göre ise, işçinin talebine rağmen iznin verilmemiş olması, işçi için haklı fesih nedeni oluşturmaz.¹⁶⁷⁰

Doktrinde öne sürülen bir diğer görüşe göre ise, işveren, işçinin izin kullanma zamanını belirlemiş ve fakat izin yılı içinde ancak izin süresi kadar bir zaman kalmışsa, işçi bu hakkını, işverenin belirlediği yıllık izin zamanının etkisizleşmesiyle nedeniyle kendiliğinden kullanabilir.¹⁶⁷¹

İşçinin, hak kazandığı yıllık iznini takip eden hizmet yılı içinde kullanması esastır. İşçi, hastalık, grev vb. gibi nedenler dışında izinlerini birleştirerek kullanamaz. Bu durum, yıllık iznin amacı olan dinlenme hakkının mantığıyla çelişmektedir. Dolayısıyla, işçi yıllık iznini, hak ettiği dönem içinde kullanmalıdır. İşçi, izin kullanmaktan vazgeçemeyeceği gibi işveren de vereceği talimatlarla işçinin iznini kullanmasına engel olamaz. Öte yandan, işveren, işçinin, iznini ne zaman kullanacağını dürüstlük kurallarına göre belirleme hakkına sahiptir. İşçi, bu bağlamda, hiçbir şekilde kendiliğinden izne ayrılamaz. Ancak, işverenin, işçiye, hak ettiği izni kullandırmaması, kanımızca, *süreklilik kazanmadığı sürece*, işçiye, iş akdini haklı nedenle feshetme imkanı vermez.

Nitekim, işveren, izin planlamasını, işin ve işyerinin gereklerini de gözeterek, belirleme hakkına sahiptir. İşverenin, süreklilik kazanmayan bu davranışı her durumda yönetim hakkını kötüye kullanma şeklinde yorumlanmamalıdır. Zira, düşüncemizi destekleyen Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin bir kararına göre de, “*Şöyle ki; yıllık ücretli iznin kullandırılması işverenin yönetim hakkı kapsamındadır. Yıllık ücretli iznin*

¹⁶⁶⁹ Y22HD, 18.05.2017, E. 2017/33166, K. 2017/11540, KİBB.

¹⁶⁷⁰ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 813.

¹⁶⁷¹ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 813, dn. 2883’de belirtilen yazarlar.

kullandırılmamasının haklı fesih sebebi sayılması ancak çok uzun süre talebe rağmen yıllık ücretli iznin kullandırılmaması ve işverenin bu konudaki yönetim hakkını kötüye kullanması halinde mümkündür. Somut olayda, böyle bir durum olmadığından, davacının bu fesih sebebi de haklı nedene dayanmamaktadır. Sonuç olarak davacının dayandığı fesih sebebi haklı olmadığından kıdem tazminatına hak kazanamayacaktır.”¹⁶⁷²

Kısmi süreli veya çağrı üzerine çalışan işçiler de, yıllık ücretli izin hakkından tam süreli çalışanları gibi yararlandırılırlar¹⁶⁷³ (Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliği m. 13). Farklı işlem yapma yasağının bir sonucu olarak, kısmi süreli çalışan işçilerin, yıllık ücretli izne hak kazanmak için gerekli olan bir yıllık çalışma süresinin hesaplanmasında, işçinin fiilen çalıştığı günler değil, iş akdinin devamı süresi esas alınır. Geçici iş ilişkisiyle çalışan işçiler de, yıllık izin hakkına sahiptir. Geçici iş ilişkisinde, iş sözleşmesinin tarafı işveren ile işçi arasındaki iş sözleşmesi devam ettiği için, -işin görülmesini talep etme hakkıyla beraber, işçiye talimat verme hakkı geçici işverene geçse de- işverenin, belirli konularda talimat verme hakkı devam etmektedir. Bu bağlamda, işveren, işçinin yıllık izin hakkını ne zaman kullanacağına karar verme hakkına sahiptir.

Yıllık ücretli izin süreleriyle bağlantılı bir diğer düzenleme ise, yol iznine ilişkindir. İşveren, eğer işçi, yıllık ücretli iznini, işyerinin bulunduğu yerden başka bir yerde geçirmek isterse, talep etmesi ve bu hususu belgelendirmesi koşuluyla, kendisine gidiş ve dönüşlerde yolda geçecek süreleri karşılamak üzere dört güne kadar ücretsiz izin vermek zorundadır (İş Kanunu m. 56/6; Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliği m. 6/6). O halde, işveren, talep edilmesi halinde, gidilecek yerin uzaklığı, ulaşım imkanları, yol koşulları vb.durumları dikkate alarak

¹⁶⁷² Y9HD, 10.11.2014, E. 2013/70, K. 2014/33303, KİBB.

¹⁶⁷³ İşveren veya izin kurulu, Yıllık Ücretli İzin Yönetmeliği m. 8/2 uyarınca, işçinin istediği izin tarihleriyle bağlı değildir. Dolayısıyla, işçinin izne çıkacağı tarihi belirleme yetkisi işverendedir. Kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçiler için de, durum farklılık arz etmemektedir. Bununla birlikte, işveren, iznin hangi günden itibaren başlatılacağını belirlerken, işçinin izin süresini mümkün olan en çok kısmi süreli iş gününü içerecek şekilde tespit etmelidir. Çağrı üzerine çalışmada da, işçinin işe çağrılmayacağı yani iş görmekle yükümlü olmadığı süre, yıllık ücretli izin niteliği taşımaktadır. Bu isabetli görüş için bkz. **Sevimli**, Kısmi Süreli İş Sözleşmesi, 124-125.

işçiye, dört günden daha az bir süre de yol izni verebilir. Kanunda “*dört güne kadar*” ifadesi açıkça yer aldığı için, işveren, dört günden az bir süreyi, somut durumun özelliklerine göre yönetim hakkına dayanarak, işçilere yol izni olarak verebilir.

Ayrıca, İş Kanununun 56. maddesine göre, ücretli izin süresi kural olarak bölünemez. Yıllık ücretli izin sürelerinin, işçiye sürekli bir biçimde verilmesi gerekir. Ancak, İş Kanununun 56. maddesinin 3. fıkrasına göre, izin süreleri, sadece *tarafkların anlaşmasıyla* en az bir bölümü on günden aşağı olmamak üzere bölümler halinde kullanılabilir. İzin sürelerini işveren tek taraflı olarak vereceğı bir kararıyla bölemez. Bu sürelerin bölünebilmesi için tarafların anlaşması şarttır.

E. İş Sözleşmesinden Doğan Sınırlamalara Uygunluk

1. Genel Olarak

İş sözleşmesi, işverenin talimat verme (yönetim) hakkını sınırlandıran araçlar arasında en etkilisidir. İşçi ve işverenin, iş sözleşmesi kurulurken üzerinde anlaştıkları konularda, işveren, talimat verme hakkını kullanamaz. Bununla birlikte, iş sözleşmesinde her konunun öngörölüp önceden düzenlenmesi mümkün olmadığı gibi taraflar, bilinçli bir şekilde ayrıntılara girmeden, genel hatlarıyla da iş sözleşmesini akdedebilirler.

İş sözleşmesine konulan detaylı, somut, ayrıntılı ve açık düzenlemeler, işverenin talimat verme hakkını sınırlandırırken; iş görme borcuna ve işçinin işyerindeki davranışlarına ilişkin genel nitelikli düzenlemeler işverenin talimat verme hakkını genişletmektedir.

Benzer şekilde, iş sözleşmesine eklenen değişiklik kayıtları da işverenin yönetim hakkının genişlemesine yol açmaktadır. Bu nokta ise, çeşitli hukuki sorunların doğmasına yol açmaktadır.

Nitekim, işverenin, iş sözleşmesine tek taraflı olarak yapacağı müdahaleler, her durumda işverenin yönetim hakkının kapsamında kalmamakta ve iş sözleşmesinin koşullarında esaslı değişikliklere yol açmaktadır. Dolayısıyla, işverenin, yönetim hakkına dayanarak işin görülmesine ve işçilerin işyerindeki davranışlarına ilişkin vereceği talimatların sınırlarının nerede başlayıp nerede bittiğinin belirlenmesi oldukça büyük önem taşımaktadır.

Bu kapsamda, özellikle, işverenin yönetim hakkıyla, iş sözleşmesinde yapılan esaslı/esaslı olmayan değişiklik ayrımının tespit edilmesi gereklidir. Bu tespit yapıldıktan sonra ancak, işverenin yönetim hakkından ve bunun karşılığını oluşturan işçinin talimatlara uyma borcundan söz edilebilir.

Biz de çalışmamızın bu bölümünde, iş sözleşmesi ile işverenin talimat verme hakkı arasındaki ilişkiyi çeşitli olasılıkları da göz önünde tutarak inceleyeceğiz.

2. Çalışma Koşulları Kavramı ve İş Sözleşmesiyle Oluşan Çalışan Koşullarının Tespiti

Çalışma koşulları kavramı, iş ilişkisinden kaynaklanan bütün hak ve borçları ifade etmektedir. Çalışma koşulları, geniş bir anlamı ihtiva etmekte olup, kanunla, yönetmelikle, toplu iş sözleşmesiyle, iş sözleşmesiyle, iş sözleşmesinin eki niteliğindeki iç yönetmeliklerle işyeri uygulamaları ve işverenin talimatlarıyla oluşan hukuki çerçeveyi ifade etmektedir.¹⁶⁷⁴

Çalışma koşulları bu yönüyle, sözleşme koşullarından (iş sözleşmesiyle oluşan çalışma koşullarından) daha kapsamlıdır. Sözleşme koşulları ise, sadece bireysel iş sözleşmesi, iç

¹⁶⁷⁴ **Şen**, Çalışma Koşullarında Değişiklik, 23-25; **Alp**, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, 101-102; **Yıldız**, Sözleşmesel Kayıtlar, 77; **Tulukçu**, Esaslı Değişiklik, 1101.

yönetmelik, işverenin genel vaatleri ve işyeri uygulamalarıyla oluşan çalışma koşullarına işaret etmektedir.¹⁶⁷⁵

İş sözleşmesinin esaslı unsurlarından olan, işçinin iş görme borcu ve bunun karşılığı olan işverenin ücret ödeme borcu, çalışma koşullarının asli unsurlarını oluşturmaktadır. Çalışma koşulları, bir yandan, doğrudan işin ifasına yönelik olarak işin görüleceği yer ve zaman, işçiye ödenecek ücret, çalışma süreleri ve yıllık ücretli izin süresi gibi işin ifasına ilişkin hususları; diğer yandan da, doğrudan işin ifasına yönelik olmayan ve fakat işçinin o işyerinde çalışması nedeniyle tabi olduğu güvenlik, sağlık, ısınma, havalandırma sistemi, sigara odası gibi hususları içermektedir.¹⁶⁷⁶

Çalışma koşulları, belirttiğimiz hususlara ilaveten, en geniş kapsamıyla, evlenme, doğum, öğrenim, gıda, maluliyet ve ölüm yardımları gibi sosyal yardımları, ara dinlenmeleri, teşvik primlerini, özel sağlık sigortası yaptırılmasını da kapsamaktadır.¹⁶⁷⁷

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun bir kararına göre de, “İş ilişkisinden kaynaklanan ve işin yerine getirilmesinde tabi olunan hak ve borçların tümü, ‘çalışma koşulları’ olarak değerlendirilmelidir. İş sözleşmesinin esaslı unsurları olan işçinin iş görme borcu ile bunun karşılığında işverenin ücret ödeme borcu, çalışma koşullarının en önemlileridir. Bundan başka, işin nerede ve ne zaman görüleceği, işyerindeki çalışma süreleri, yıllık izin süreleri, ödenecek ücretin ekleri, ara dinlenmesi, evlenme, doğum, öğrenim, gıda, maluliyet ve ölüm yardımı gibi sosyal yardımlar da çalışma koşulları arasında yerini alır. İşçiye özel sağlık sigortası yapılması ya da işverence primleri ödenmek kaydıyla bireysel emeklilik sistemine dahil edilmesi de çalışma koşulları kavramına dahildir.”¹⁶⁷⁸

¹⁶⁷⁵ **Taşkent**, Yönetim Hakkı, 12; **Şen**, Çalışma Koşullarında Değişiklik, 23-25; **Alp**, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, 101-102; **Yıldız**, Sözleşmesel Kayıtlar, 77; **Tulukçu**, Esaslı Değişiklik, 1101; **Engin**, Çalışma Koşulları, 315; **Engin**, İşletme Gerekleri, 95.

¹⁶⁷⁶ **Şen**, Çalışma Koşullarında Değişiklik, 25.

¹⁶⁷⁷ **Şen**, Çalışma Koşullarında Değişiklik, 25; **Alpagut**, İş Sözleşmesinde Esaslı Değişiklik, 53; **Aydın**, Esaslı Değişiklik, 23.

¹⁶⁷⁸ YHGK, 04.11.2009, E. 2009/9-416, K. 2009/474, KİBB.

Çalışma koşullarında değişiklik yapıp yapılmadığının araştırılmasında, öncelikle, işçinin çalışma koşullarının tespit edilmesi gerekmektedir. Bu konuda ise İş Kanununun “Çalışma Koşullarında Değişiklik ve İş Sözleşmesinin Feshi” kenar başlıklı 22. maddesi devreye girmektedir.

Madde metninde, “İşveren, iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşullarında” ifadeleri yer almaktadır. Dolayısıyla, İş Kanununun 22. maddesine göre, değiştirilebilecek çalışma koşulları, iş sözleşmesiyle oluşan (iş sözleşmesi, iç yönetmelik veya benzeri kaynaklardan ya da işyeri uygulamasından) çalışma koşullarıdır.¹⁶⁷⁹ Bu durumun bir sonucu olarak da, Anayasadan, kanundan, yönetmeliklerden, toplu iş sözleşmesinden doğan çalışma koşulları, İş Kanunu m. 22’nin kapsamına girmez.¹⁶⁸⁰

İş sözleşmesinden doğan çalışma koşullarının tespiti ise, her durumda görüldüğü kadar kolay değildir. Eğer taraflar arasında yazılı bir iş sözleşmesi mevcutsa, çalışma koşulları, sözleşmeye göre belirlenebilir. Ancak, bu durumda bile, çalışma koşullarının her ayrıntısı iş sözleşmesinde yer almayabilir.¹⁶⁸¹

Mevzuatımız uyarınca, iş sözleşmeleri kural olarak, şekil şartına tabi olmadıklarından, işçi ve işveren anlaşarak da iş sözleşmesini kurabilir.¹⁶⁸² Dolayısıyla, taraflar arasında yazılı

¹⁶⁷⁹ İş Kanununun 22. maddesinin aksine, İş Kanununun 24. maddesinin 2. fıkrasının (f) bendinde herhangi bir kısıtlama olmaksızın “çalışma koşulları” ifadesi yer almaktadır. Dolayısıyla, bu madde kapsamına, sadece iş sözleşmesiyle oluşan çalışma koşulları değil, Anayasa, kanun, yönetmelik ve toplu iş sözleşmesiyle oluşan çalışma koşulları da girmektedir. Bu konuda bkz. **Şen**, Çalışma Koşullarında Değişiklik, 27.

¹⁶⁸⁰ **Süzek**, Değişiklik Feshi, 9; **Şen**, Çalışma Koşullarında Değişiklik, 27; **Civan**, Genel İş Koşulları, 86. Yargıtay 9.Hukuk Dairesinin bir kararına göre, “Toplu iş sözleşmesini düzenleyen taraflarca toplu iş sözleşmesi hükümlerinin değiştirilmesi mümkündür. Ancak Dairemizin kökleşmiş uygulamasına göre toplu iş sözleşmesinde yapılacak olan değişiklik geçmişe etkili olamaz. Toplu iş sözleşmesinin tarafları arasında çoğunlukla ‘protokol’ adı altında yapılan bu değişiklikler, yapıldıkları tarihten ileriye dönük olarak sonuçlarını doğurur.” Y9HD, 04.02.2020, E. 2016/12390, K. 2020/1393, KİBB.

¹⁶⁸¹ **Alp**, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, 104; **Güzel**, Yetki ve Sözleşme, 168.

¹⁶⁸² **Arslan Ertürk**, Şekil, 95-98. İş Kanununun 8. maddesinin 2. fıkrasına göre, süresi bir yıl ve daha fazla olan iş sözleşmelerinin yazılı şekilde yapılması zorunludur. Doktrinde, süresi bir yıl ve daha fazla olan iş sözleşmelerinin yazılı şekilde yapılmasının geçerlilik şartı olduğunu ileri süren görüşler bulunmasına karşın, gerek Yargıtay gerek doktrinin büyük bir bölümü, yazılı şeklin, bir ispat koşulu olduğunu belirtmektedir. Detaylı bilgi için bkz. **Arslan Ertürk**, Şekil, 109 vd.

bir iş sözleşmesinin olmaması, iş sözleşmesinden doğan çalışma koşullarının belirlenmesini oldukça güçleştirmektedir. İş Kanununun 8. maddesinin 3. fıkrasına göre, “*Yazılı sözleşme yapılmayan hallerde işveren işçiye en geç iki ay içinde genel ve özel çalışma koşullarını, günlük ya da haftalık çalışma süresini, temel ücreti ve varsa ücret eklerini, ücret ödeme dönemini, süresi belirli ise sözleşmenin süresini, fesih halinde tarafların uymak zorunda oldukları hükümleri gösteren yazılı bir belge vermekle yükümlüdür.*”

Kanunun bu düzenlemesine göre, işverenin, işçiyi çalışma koşulları hakkında bilgilendirme yükümlülüğü, iş sözleşmesinin yazılı yapılmadığı durumlarla sınırlandırılmıştır. İşverenin, işçiyi bilgilendirme yükümlülüğü, Avrupa Birliği’nin 91/533/ECC sayılı Direktifi¹⁶⁸³ göz önünde tutularak hazırlanmıştır. Ancak, bu Direktifin zaman içinde yetersiz kalması üzerine, Avrupa Komisyonu, çalışma koşullarının düzenlenmesi konusunda yeni bir Direktif hazırlamıştır.

Avrupa Komisyonu tarafından Avrupa Birliğinde Şeffaf ve Öngörülebilir Çalışma Koşulları Direktifi (2019/1152/EU) yayınlamıştır.¹⁶⁸⁴ Direktifin 4. maddesinde, işverence işçiye verilecek belgede bulunması gereken bilgiler düzenlenmektedir. Ancak, Direktifte öngörülen bilgiler, İş Kanunu m. 8/3 uyarınca işçiye verilecek çalışma belgesinde yer alması gerekli bilgilerden çok daha kapsamlıdır. Direktifte, işverenin, bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirebilmesi için sözleşmenin yazılı veya sözlü yapılması arasında bir ayrım öngörülmemiştir.

Buna karşın, İş Kanunu m. 8/3’e göre, işverenin çalışma belgesi hazırlama zorunluluğu iş sözleşmesinin yazılı yapılmadığı hallere özgülenmiştir. İşverenin bu yükümlülüğüne aykırı davranmasının yaptırımını ise, İş Kanunu m. 99 uyarınca idari para cezası verilmesidir.

¹⁶⁸³ 91/533/ECC sayılı Direktif konusunda detaylı bilgi için bkz. **Güzel/Ugan/Ertan**, 46- 61; **Arslan Ertürk**, Şekil, 127-131.

¹⁶⁸⁴ Official Journal of the European Union, 11.07.2019, L 186/105, (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32019L1152>).

Tüm bu açıklamalar ışığında, mevzuatımız açısından konuyu incelediğimizde, hem iş sözleşmesinin yazılı şekilde yapılmasının zorunlu olmaması hem sözleşmenin yazılı şekilde yapılması halinde bile genel hükümler içermesi ihtimali, çalışma koşullarının tespit edilmesini zorlaştırmaktadır.

Doktrinde, işçiye, çalışma koşullarını gösteren bir belgenin verilmesi durumunda, belgede belirtilen çalışma koşullarının iş sözleşmesinden kaynaklanan koşullar olara kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir.¹⁶⁸⁵

Ayrıca, çalışma koşullarının yazılı olarak belirlenmediği veya iş sözleşmesinde genel hükümlerin yer aldığı durumlarda, çalışma koşullarının zımnen belirlendiği anın tespitinde, İş Kanunu m.15’de düzenlenen “*iki aylık*” deneme süresinin esas alınması gerektiği ileri sürülmektedir.¹⁶⁸⁶ Bu görüşe göre, işveren, deneme süresi içinde işçiye farklı işlerde çalıştırarak deneme yetkisine sahiptir. Deneme süresinin sonunda ise, işveren, işçinin hangi işe daha uygun olduğunu anlayabilir ve işçiye bu işte çalıştırır. Dolayısıyla, iki ayın sonunda uygulanmakta olan çalışma koşulları artık zımnen çalışma koşulu haline gelmiştir.¹⁶⁸⁷

Doktrinde isabetle belirtildiği gibi, bu görüş, işverenin yönetim hakkı kapsamında kalan hususları da içine alabileceği ve bu nedenle yönetim hakkının amaca aykırı şekilde sınırlandırılacağı tehdidini barındırmaktadır.¹⁶⁸⁸ Kanımızca, burada işçinin çalışmaya başladığı anda tabi olduğu çalışma koşullarının ve bunun işçide uyandırdığı güvenin iş sözleşmesinden doğan çalışma koşullarının tespitinde kriter alınması daha isabetli olabilir.¹⁶⁸⁹

¹⁶⁸⁵ **Alp**, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, 105; **Baycık**, Yenilik Doğuran Haklar, 172.

¹⁶⁸⁶ **Alp**, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, 107.

¹⁶⁸⁷ Doktrinde bu görüşü eleştiren *Yıldız*’a göre, deneme süresi içinde fesih bildirimi dışında kalan diğer hükümlerden işçiye muaf tutmak mümkün değildir. Bu nedenle, örneğin, deneme süresi içindeki işçinin çalışma koşullarında yapılacak değişiklikler de İş Kanunu m. 22’ye tabi olmalıdır. Bkz. **Yıldız**, Sözleşmesel Kayıtlar, 78-79. Doktrinde *Baycık* da, *Alp*’in anılan görüşünü eleştirmekte ve bu yaklaşımın, işverenin yönetim hakkının kapsamında kalan konuları da içine alabileceğini ve bunun da, işverenin yönetim hakkının amaca aykırı şekilde kısıtlanması sonucunu doğuracağını belirtmektedir. Yazara göre, iki aylık deneme süresi yerine, zımni anlaşma ve işçide oluşan güvenin iş sözleşmesinden doğan çalışma koşullarının tespitinde esas alınması gerekmektedir. Bu yönde bkz. **Baycık**, Yenilik Doğuran Haklar, 172.

¹⁶⁸⁸ **Baycık**, Yenilik Doğuran Haklar, 172.

¹⁶⁸⁹ Benzer yönde **Baycık**, Yenilik Doğuran Haklar, 172.

İş sözleşmesinden doğan çalışma koşullarının tespitinde karşılaşılan bu güçlükler karşısında, doktrinde, çalışma koşullarının tespitinde, *objektif kriterlerin* esas alınması gerektiği ifade edilmektedir. Buna göre, bir iş sözleşmesinin esaslı unsurlarını iş görme borcu ve ücret oluşturmaktadır. Dolayısıyla, ücretin ve iş görme borcunun her zaman iş sözleşmesinden doğan çalışma koşulları olarak kabul edilmesi gerekmektedir. İşçinin çalışma süresinin, işçinin ücreti ve iş görme borcunun yoğunluğuyla ilişkisi nedeniyle, çalışma koşulları arasında kabul edilmesi gerekmektedir.¹⁶⁹⁰

Ayrıca, doktrinde, işçinin çalışma koşullarının belirlenmesinde Alman hukukunda geliştirilen “*somutlaştırma*” (*Konkretisierung*) kurumundan da yararlanılması gerektiği ifade edilmektedir.¹⁶⁹¹

Alman Hukukunda, bireysel iş sözleşmesi dışında, somutlaştırma da, işverenin yönetim hakkını sınırlayan durumlardan biri olarak ele alınmaktadır. İşverenin, işçinin çalışma koşullarını somutlaştırması halinde, işverenin talimat verme hakkı kısıtlanmaktadır.¹⁶⁹² Eğer, işçiye yaptığı işten farklı bir iş verildiyse ve işveren, uzun bir süre boyunca işçinin iş görme borcuna ilişkin bir konuda (işin niteliği, işin yerine getirildiği yer vb.) talimat verme hakkını kullanmadıysa, bunun sonucunda da, işçide bu yönde bir kanaat oluştuysa, işveren, daha sonra, çalışma koşullarını tek yanlı olarak vereceği talimatlarla değiştiremez.¹⁶⁹³

Zira, burada artık çalışma koşulları oluşmuştur ve işveren bunu ancak iş sözleşmesinin değiştirilmesi usullerini izleyerek değiştirebilir.¹⁶⁹⁴ Ancak, Alman Federal İş Mahkemesi somutlaştırma konusunda oldukça ihtiyatlıdır. Mahkeme, iş görme borcunun somutlaştırılması

¹⁶⁹⁰ Baycık, Yenilik Doğuran Haklar, 173; Alpagut, İş Sözleşmesinde Esaslı Değişiklik, 55; Güzel, Yetki ve Sözleşme, 169.

¹⁶⁹¹ Baycık, Yenilik Doğuran Haklar, 173; Alp, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, 106.

¹⁶⁹² Schaub/Koch, Arbeitsrecht von A-Z, Direktionsrecht, 1; Wiencke, 69.

¹⁶⁹³ Hunold, NZA-RR, 2001, Rn. 339.

¹⁶⁹⁴ Wiencke, 70.

yoluyla işverenin talimat verme hakkının kısıtlanmasını çok istisnai hallerde kabul etmektedir.¹⁶⁹⁵

Nitekim, işverenin talimat verme hakkından vazgeçmesini beklemek çok da gerçekçi değildir. İşveren, uzun bir süre talimat verme hakkını kullanmadıysa, bu hakkından vazgeçtiği sonucuna bir anda varılmamalıdır. Bu durum, işçide, başlı başına bir kanaat uyandırmaya yetmez. İşverenin bu hakkını uzun bir süre kullanmamasını kurucu nitelikte bir beyan olarak algılamamak gerekir. Dolayısıyla, somutlaştırmadan söz edebilmek için, işverenin uzun bir süre talimat verme hakkını kullanmaması yanında ek kriterlere ihtiyaç bulunmaktadır.¹⁶⁹⁶

Bu noktada, uygulanan çalışma koşulları konusunda, işçide haklı bir güven yaratıldıysa artık çalışma koşullarının iş sözleşmesi niteliğinde olduğu kabul edilmelidir. Örneğin, işçiye mesleki eğitim verilmişse, işçi geçici süre kaydı olmadan terfi ettirildiyse, yönetim görevleri kendisine aktarıldıysa veya işverenin açık vaatleri mevcutsa, işçide haklı güvenin oluştuğu kabul edilir.¹⁶⁹⁷

Örneğin, Rheinland-Pfalz Eyalet İş Mahkemesinin önüne gelen bir olayda, muhasebeci olarak çalışan bir işçiye mevcut işinden bariz şekilde farklı ve daha özellikli olan defter tutma, içerik hazırlama gibi işletme-idari yönü daha ağır basan yeni görevler verilirse ve işçi, bu işte uzun süre çalışırsa, artık çalışma koşullarının somutlaştığından söz edilebilir. Burada işçi, daha nitelikli bir işte, uzun süre, geçicilik kaydı konulmadan çalışmasını sürdürmüştür. İşçide, bu işin gelecekte iş sözleşmesinin yegane içeriği haline geleceği konusunda beklenti oluşmuştur.¹⁶⁹⁸

¹⁶⁹⁵ **Preis**, Weisungsrecht, 22.

¹⁶⁹⁶ BAG, 13.03.2007- 9 AZR 433/06, (www.beck-online.beck.de).

¹⁶⁹⁷ **Tettinger/Wank/Ennuschat/Wank**, GewO § 106 Rn. 24; **Schaub/Koch**, Arbeitsrecht von A-Z, Direktionsrecht, 1; **Wiencke**, 70; **Lakies**, Rn.3. Ayrıca bkz. BAG, 13.06.2012- 10 AZR 296/11, (www.beck-online.beck.de).

¹⁶⁹⁸ LAG Rheinland-Pfalz, 13.10.1987- 3 Sa 457/87, NZA 1988, 471, (www.beck-online.beck.de). Ayrıca, bkz. **Hunold**, NZA-RR, 2001, Rn. 339, Rn. 339.

Bununla birlikte, doktrinde, iş sözleşmesiyle çalışma koşullarında değişiklik yapma hakkının saklı tutulmasının somutlaşmaya engel olmadığı ifade edilmektedir.¹⁶⁹⁹

İş sözleşmesinden doğan çalışma koşullarını belirlemek, işverenin talimat verme hakkının kapsamını ve sınırlarını tespit etmek açısından gereklidir. Zira, işverenin talimat verme (yönetim) hakkının en önemli sınırlarından birini iş sözleşmesi oluşturmaktadır.¹⁷⁰⁰

Buraya kadar yaptığımız açıklamalardan hareketle, vardığımız sonuç ise, iş sözleşmesinden doğan çalışma koşulları arasında, iş sözleşmesi ve iş sözleşmesinin eki niteliğindeki işyeri iç yönetmelikleri, işyeri uygulamalarıyla oluşmuş çalışma koşulları, zımnen sözleşme koşulu haline dönüşen çalışma koşulları ve somutlaştırma yoluyla çalışma koşulu haline gelmiş hususlar yer almaktadır.¹⁷⁰¹

3. İşverenin Talimat Verme Hakkı ile İş Sözleşmesinde Değişiklik Yapılması Arasındaki Ayrım

İş sözleşmesinin değiştirilmesi, İş Kanununun 22. maddesinde düzenlenmektedir. Anılan düzenlemeye göre, “⁽¹⁾ İşveren, iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşullarında esaslı bir değişikliği ancak durumu işçiye yazılı olarak bildirmek suretiyle yapabilir. Bu şekle uygun olarak yapılmayan ve işçi tarafından altı iş günü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiye bağlamaz. İşçi değişiklik önerisini bu süre içinde kabul etmezse, işveren değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir geçerli nedenin bulunduğunu yazılı olarak açıklamak ve bildirim süresine uymak suretiyle iş

¹⁶⁹⁹ Alp, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, 412. Buna karşılık, Alman Federal İş Mahkemesinin bir kararına göre, işveren, otuz yıl boyunca işçisine bir kez olsun Pazar günleri çalışması konusunda talimat vermemesine karşın, taraflar arasında akdedilen iş sözleşmesinde işçinin Pazar günleri çalışmasına müsaade ediliyorsa, işverenin otuz sene sonra işçiden Pazar günü çalışmasını istemesinde hukuka aykırı bir durum bulunmamaktadır. Bkz. BAG, 15.09.2009- 9 AZR 757/98, NZA 2009, 1333 ve kararın eleştirisi için bkz. **Preis/Ulber**, Rn. 729-732.

¹⁷⁰⁰ **Doğan Yenisey**, Tek Taraflı Değişiklik, 1177; **Güzel**, Yetki ve Sözleşme, 161.

¹⁷⁰¹ **Baycık**, Yenilik Doğuran Haklar, 174; **Alp**, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, 106.

sözleşmesini feshedebilir. İşçi bu durumda 17 ila 21. madde hükümlerine göre dava açabilir.

(2) Taraflar aralarında anlaşarak çalışma koşullarını her zaman değiştirebilir. Çalışma koşullarında değişiklik geçmişe etkili olarak yürürlüğe konulamaz.”

Görüldüğü gibi, İş Kanununun 22. maddesi, iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki personel yönetmeliği ve benzeri kaynaklar ya da işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşullarında, diğer bir anlatımla, iş sözleşmesi koşulu haline gelen/iş sözleşmesinden doğan çalışma koşullarında değişikliği düzenlemektedir.

Buna göre, işveren, iş sözleşmesinin koşullarında *esaslı* bir değişiklik yapmak istiyorsa, bu durumu işçiye yazılı olarak bildirmek zorundadır. İşverence yapılan değişiklik önerisinin hukuki niteliği, icap olduğu için, işveren, yazılı değişiklik önerisini açık ve belirgin şekilde yapmalıdır. Kanunda açıkça, “*şekle uygun olarak yapılmayan değişiklikler işçiye bağlamaz*” hükmü yer aldığı için, değişiklik önerisinin yazılı şekilde yapılması bir geçerlilik şartıdır.

İşçiye, değişiklik önerisini kabul edip etmeme konusunda altı iş günü uzunluğunda bir düşünme süresi tanınmıştır. Ancak, Kanunda öngörülen düşünme süresine ilişkin kural, nispi emredici niteikte olduğu için, bu sürenin sözleşmelerle uzatılması mümkündür ve fakat bu süre hiçbir şekilde kısaltılamaz. İşçi, değişiklik önerisini altı iş günü içinde yazılı olarak kabul ederse, iş ilişkisi yeni koşullarda devam eder.

Buna karşılık, eğer işçi, değişiklik önerisini altı iş günü içinde yazılı olarak kabul etmediğini bildirir veya bu süre içinde sessiz kalırsa, işverenin değişiklik önerisi reddedilmiş sayılır. İşçinin bu öneriyi reddetmesiyle, teklif edilen sözleşme değişikliği gerçekleşmemiş olur.

Bu noktada da değişiklik önerisi reddedilen işverenin önünde iki seçenek bulunmaktadır. İşveren ya değişiklikten vazgeçecek ve sözleşme eski koşullarında devam

edecek ya da işveren, altı iş gününün geçmesinin ardından, iş sözleşmesini geçerli bir nedenle feshedebilecektir.¹⁷⁰²

O halde, İş Kanununun 22. maddesinin 1. fıkrasına göre, işveren, iş sözleşmesi koşulu haline gelmiş çalışma koşullarında esaslı değişiklikleri ancak işçinin açık rızasıyla gerçekleştirebilir. Dolayısıyla, işverenin talimat verme hakkıyla, iş sözleşmesinde yapılacak esaslı değişiklikler arasındaki sınır net bir biçimde çizilmiştir. İşveren, iş sözleşmesi koşulu haline gelen çalışma koşullarında esaslı değişiklikleri tek yanlı olarak vereceği talimatlarla yapamaz.¹⁷⁰³

Bununla birlikte, doktrinde, esaslı olmayan değişikliklerin nasıl gerçekleştirileceği ve esaslı olmayan değişikliklerle, işverenin talimat verme (yönetim) hakkı ayrımının nasıl yapılacağı hususunda görüş farklılıkları bulunmaktadır.

Konunun daha net anlaşılabilmesi için öncelikle, esaslı değişiklik ile esaslı olmayan değişikliğin neyi ifade ettiğinin açıklanması gereklidir. Doktrinde, esaslı değişiklik, iş sözleşmesinin objektif esaslı (birinci derecede) unsurlarına müdahale niteliği taşıyan, sözleşmeyle kurulan denge ve düzen ilişkisini işçi aleyhine bozan değişiklikler olarak

¹⁷⁰² İş Kanununun 22. maddesinin 1. fıkrasında “işveren değişikliğin geçerli bir nedene dayandığını veya fesih için başka bir geçerli nedenin” ifadesi yer almaktadır. Değişiklik feshinin dayandığı geçerli neden konusunda doktrinde iki farklı görüş ileri sürülmektedir. Bir görüşe göre, işverenin değişiklik önerisinin makul veya objektif olması yeterlidir. Bu yönde bkz. **Alp**, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, 148. Buna karşılık, doktrinde ileri sürülen ve bizim de katıldığımız görüşe göre, işverence yapılmak istenen değişikliğin değil, feshin geçerli bir nedene dayanması gereklidir. Aksine bir yorum, fesih nedenlerinin genişletilmesi tehlikesini doğuracaktır. Bu yönde bkz. **Süzek**, 688; **Alpagut**, 22. Maddenin Uygulama Alanı, 56; **Baycık**, Yenilik Doğuran Haklar, 169; **Uşan**, Değişiklik Feshi, 262-263; **Doğan Yenisey**, Çalışma Koşulları, 107; **Aydın**, Esaslı Değişiklik, 33.

¹⁷⁰³ İşveren, çalışma koşullarını tek yanlı olarak değiştirerek işçiyi feshe zorlarsa, iş akdinin işverence feshedildiğinin kabul edilmesi gerekir. Bu yönde detaylı bilgi için bkz. **Caniklioğlu**, Tek Taraflı Değişiklik, 104-113; **Alp**, Değerlendirme 2013, 213-214. Ayrıca, Yargıtayın bir kararına göre, “İşçinin iş şartlarında esaslı değişikliği kabul etmemesi halinde işveren ya bu değişikliği yapmamak ya da iş sözleşmesini feshetmek zorunda kalmaktadır. Böylece işçi sadece kıdem tazminatı değil, sözleşmenin işveren feshine bağlanan bütün haklarını isteyebilmekte, iş güvencesi hükümlerinden yararlanma koşulları varsa feshin geçersizliğini ve işyerine iadeyi talep edebilme olanağını elde etmektedir. Başka bir anlatımla, işverenin iş sözleşmesinde esaslı bir değişiklik yapmak istediği durumlarda işçinin feshe zorlanması yerine, sözleşmeyi fesih riski işverene yüklenmektedir.” Y9HD, 14.05.2014, E. 2012/10583, K. 2014/15693, KİBB.

tanımlanmaktadır.¹⁷⁰⁴ Bu tür değişiklikler, çalışma koşullarını dikey yönde değiştirerek işçinin durumunu ağırlaştırmaktadır.¹⁷⁰⁵

Benzer şekilde, Yargıtay, çalışma koşullarında yapılan değişikliğin esaslı olup olmadığını incelerken, *işçinin durumunu* esas almaktadır. Yüksek Mahkemeye göre, yapılan değişiklikten sonra, işçinin durumu, öncekine göre *ağırlaştıysa*, burada işçi aleyhine bir değişiklik meydana gelmiş demektir.¹⁷⁰⁶ Bu bağlamda, ücret ve iş görme borcu iş sözleşmesinin esaslı unsurlarını oluşturmaktadır. Ayrıca, çalışma süresi de işçinin ücreti ve iş görme borcuyla ilintili olduğu için, işçinin çalışma süresinde yapılan ve işçinin durumunu ağırlaştıran aleyhe düzenlemeler esaslı değişiklik olarak kabul edilmektedir. İşyeri değişikliği konusunda ise, ulaşım imkanları, ücret, sosyal ve aile yaşantısı, il sınırları veya dışı gibi unsurlar gözetilerek işçinin durumunun ağırlaşp ağırlaşmadığı araştırılmalıdır.¹⁷⁰⁷

İş sözleşmesinde esaslı olmayan değişikliklerden kasıt ise, iş sözleşmesinin esaslı olmayan (ikinci derece) unsurlarına yönelik yapılan önemsiz değişikliklerdir.¹⁷⁰⁸

İş Kanununun 22. maddesinin 1. fıkrası, yukarıda da belirttiğimiz üzere, iş sözleşmesinin esaslı şekilde değiştirilmesi usulünü düzenlemektedir. Buna karşılık, iş sözleşmesinde esaslı olmayan tarzda yapılacak değişikliklerde hangi usulün izleneceği ve esaslı olmayan değişiklik-işverenin yönetim hakkı arasındaki ayrımın belirlenmesi çeşitli tartışmaları beraberinde getirmektedir.

¹⁷⁰⁴ **Güzel**, Hizmet Akitlerine Etki, 355; **Güzel**, Yetki ve Sözleşme, 174; **Alp**, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, 116; **Yıldız**, Sözleşmesel Kayıtlar, 85; **Şen**, 109; **Uşan**, Değişiklik Feshi, 220; **Engin**, Çalışma Koşulları, 315; **Engin**, İşletme Gerekleri, 95; **Gürsel**, Esaslı Değişiklik, 178; **Alpagut**, 22. Maddenin Uygulama Alanı, 55.

¹⁷⁰⁵ **Alpagut**, 22. Maddenin Uygulama Alanı, 55.

¹⁷⁰⁶ Yargıtayın bir kararına göre, “*Davalı işyerinde sandviç üretimi ve paketlemesi işinde çalıştığı anlaşılan davacıya görevinin dışında fırın temizliği görevi de verilmiştir. Başka bir ifadeyle davacıya verilen sürekli ek iş sebebiyle iş şartlarında ağırlaşma meydana gelmiştir. 4857 Sayılı İş Kanunu 22. madde uyarınca işveren çalışma koşullarında esaslı bir değişikliği ancak durumu işçiye yazılı olarak bildirmek suretiyle yapabilir. Bu şekle uygun olarak yapılmayan ve işçi tarafından altı iş günü içinde yazılı olmak kabul edilmeyen değişiklikler işçiyi bağlamayacaktır. Anılan maddedeki şartlara uygun olarak yapılmayan değişikliği kabul etmeyen davacının iş akdinin feshi haksız olup davacının ihbar ve kıdem tazminatı isteklerinin kabulü gerekirken yazılı gerekçe ile reddedilmesi bozmayı gerektirmiştir.*” Y9HD, 15.04.2015, E. 2014/2960, K. 2015/14418, KİBB.

¹⁷⁰⁷ **Alp**, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, 114.

¹⁷⁰⁸ **Engin**, Çalışma Koşulları, 315; **Engin**, İşletme Gerekleri, 96; **Alp**, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, 114; **Uşan**, Değişiklik Feshi, 220-221; **Gürsel**, Esaslı Değişiklik, 181.

Doktrindeki bir görüşe göre, iş sözleşmesinde yapılan esaslı olmayan değişiklikler de özünde sözleşme değişikliği anlamına gelmekte ve bu yönüyle, işverenin yönetim hakkını aşmaktadır. Nitekim, işverenin yönetim hakkı, işverene iş sözleşmesinde değişiklik yapma yetkisi vermemekte sadece somutlaştırma imkanı sunmaktadır. Dolayısıyla, işverenin yönetim hakkı ile esaslı olmayan değişiklik farklı kavramlardır. Bununla birlikte, işverene, iş sözleşmesinde esaslı olmayan-önemsiz değişiklikler yapabilme hakkının tanınması bir tür kısmi fesih niteliği taşımaktadır. İşveren, ortadan kaldırdığı çalışma koşulunun yenisini, değişiklik yaparak tek taraflı belirlemektedir.¹⁷⁰⁹

Diğer bir görüşe göre, işverenin yönetim hakkı, İş Kanunu m. 22'yle genişletilmiştir. Burada, işverenin yönetim hakkının kanuni bir düzenlemeyle genişletilmesi söz konusudur. İş Hukukundaki sözleşmeye bağlılık ilkesi karşısında, işverenin yönetim hakkı lehine bir adım ileri gidilmiştir. Dolayısıyla, işveren, iş sözleşmesindeki esaslı olmayan (ikinci derece) unsurları tek taraflı olarak değiştirebilecektir.¹⁷¹⁰

Doktrindeki bir başka görüşe göre ise, iş sözleşmesinde esaslı olmayan değişiklik yapılmasıyla işverenin yönetim hakkı farklı kavramlardır. İş sözleşmesiyle oluşan çalışma koşullarında esaslı olmayan şekilde değişiklik yapılması, işverenin yönetim hakkı kapsamında değildir. İş sözleşmesinde yapılan esaslı olmayan değişiklikler, işverenin, yönetim hakkını aşmaktadır. Buna karşılık, işçi, iyi niyet kuralının bir gereği olarak yapılan bu esaslı olmayan değişiklikleri kabul etmelidir. Dolayısıyla burada, İş Kanununun 22. maddesindeki usulü takip etmeye gerek yoktur.¹⁷¹¹

Ayrıca, doktrinde, bu tür esaslı olmayan değişikliklerin, “*dürüstlük kuralları ve makul anlayış ölçütlerine göre reddi doğru olmayacak*” değişiklikler olduğu belirtilmekte ve İş

¹⁷⁰⁹ **Alp**, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, 112-113.

¹⁷¹⁰ **Başterzi**, Feshe Karşı Koruma, 60-61; **Engin**, İşletme Gereklere, 96; **Engin**, Çalışma Koşulları, 316; **Gürsel**, Esaslı Değişiklik, 183; **Şen**, Çalışma Koşullarında Değişiklik, 115

¹⁷¹¹ **Süzek**, Değişiklik Feshi, 10-11; **Yıldız**, Sözleşmesel Kayıtlar, 83-84; **Yıldız**, Değerlendirme 2015, 106; **Akın**, Esaslı Değişiklik, 42.

Kanununun 22. maddesinin uygulanmayacağı ileri sürülmektedir.¹⁷¹² İlâveten, çalışma koşullarında işçinin lehine yapılan değişiklikler tek taraflı olarak gerçekleştirilebilir.¹⁷¹³

Yukarıda açıklamaya çalıştığımız görüşlere karşın, doktrinde savunulan ve bizim de katıldığımız görüşe göre, İş Kanununun 22. maddesi bir bütün olarak değerlendirilmeli ve iş sözleşmesinden doğan çalışma koşullarının hem esaslı hem de esaslı olmayan yönde değiştirilebilmesi için tarafların anlaşması aranmalıdır.¹⁷¹⁴

Nitekim, iş sözleşmesi de diğer sözleşmeler gibi sadece tarafların anlaşmasıyla değiştirilebilir. Bu husus, sözleşmeler hukukunun temelinde yer alan “*ahde vefa ilkesinin*” de bir gereğidir. İş sözleşmesinin esaslı veya esaslı olmayan şekilde değiştirilmesinde bu ilkeyi bertaraf edecek bir neden bulunmamaktadır. Dolayısıyla, İş Kanununun 22. maddesinin 1. fıkrasına göre, iş sözleşmesinde esaslı değişiklikler işçinin yazılı rızasıyla; buna karşılık, esaslı olmayan değişiklikler 22. maddenin 2. fıkrası uyarınca, tarafların anlaşmasıyla gerçekleştirilir.¹⁷¹⁵

Maddenin 2. fıkrasına göre, işçi ve işveren iş sözleşmesi her zaman karşılıklı anlaşma yoluyla değiştirebileceklerinden burada tarafların zımni irade beyanları yeterlidir.¹⁷¹⁶

Gerçekten de, İş Kanununun 22. maddesi bir bütün olarak incelendiğinde, iş sözleşmesinin değiştirilmesi usulünün düzenlendiği görülmektedir. Kanunun, burada işçiyi, işverenin, iş sözleşmesinden doğan çalışma koşullarını tek yanlı olarak değiştirmesinden koruduğu anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, iş sözleşmesinde yapılacak değişiklikler, ister esaslı

¹⁷¹² **Güzel**, Hizmet Akitlerine Etki, 355; **Güzel**, Yetki ve Sözleşme, 174.

¹⁷¹³ **Uşan**, Değişiklik Feshi, 224.

¹⁷¹⁴ **Baycık**, Yenilik Doğuran Haklar, 160-161; **Civan**, Genel İş Koşulları, 93-94.

¹⁷¹⁵ **Baycık**, Yenilik Doğuran Haklar, 160-161; **Civan**, Genel İş Koşulları, 93-94.

¹⁷¹⁶ Bununla birlikte, kanun gereği, şekil şartına tabi olan iş sözleşmelerinin esaslı olmayan şekilde değiştirilebilmesi için değişiklik anlaşmalarının da yazılı şekilde yapılması gerekir. Bu yönde bkz. **Baycık**, Yenilik Doğuran Haklar, 161. Öte yandan, doktrinde isabetli bir şekilde belirtildiği üzere, “*çalışma koşullarında değişiklik geçmişe etkili olarak yürürlüğe konulamaz*” hükmünü, işçi lehine olmak ve maddeten mümkün olmak kaydıyla çalışma koşullarındaki değişikliklerin, geçmişe etkili bir şekilde yürürlüğe konulabileceği biçiminde kabul edilmelidir. Bu yönde bkz. **Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal**, 129.

olsun ister olmasın, işçinin onayına tabi olmalıdır. İlâveten, bu değişiklikler işçinin lehine veya aleyhine olsa da tarafların uzlaşması zorunludur.¹⁷¹⁷

Bu sonuca varmamızda bize yol gösteren diğer önemli bir nokta ise, çalışmamızda açıklamaya çalıştığımız, işverenin yönetim hakkının niteliği ve amacıdır. Nitekim, işveren, TBK m. 399 uyarınca, işe ve işyeri düzenine ilişkin konularda talimat verme hakkına sahiptir. Ancak, işverenin yönetim hakkı, kaynaklar hiyerarşisinde en alt sırada yer almaktadır. Diğer bir anlatımla, işveren, yönetim hakkını sadece, kanun, toplu iş sözleşmesi, iş sözleşmesi, iş sözleşmesinin eki niteliğindeki iç yönetmelikler ve işyeri uygulamaları gibi iş hukuku kaynakları tarafından düzenlenmeyen *boş* alanlarda kullanabilir.

Bu yönüyle, işverenin yönetim hakkı, iş sözleşmesinin esaslı olmayan şekilde değiştirilmesine değil, sadece işçinin iş görme borcunu ve işyerindeki davranışlarını *somutlaştırmaya* yarayan bir araçtır. Öyle ki, işverenin yönetim hakkına dayanarak vereceği talimatlar da diğer hukuk kaynaklarıyla sınırlandırılmıştır. İş sözleşmesinde işçinin iş görme borcu ve işyerindeki davranışlarına ilişkin konular ne kadar ayrıntılı düzenlenirse, işverenin yönetim hakkı o ölçüde daralmaktadır. İlâveten, işveren, işçinin temel haklarına, eşitlik ilkesine, dürüstlük kurallarına, kanunlara, toplu iş sözleşmesine ve iş sözleşmesine aykırı talimatlar veremez. İşçi, işverenin sadece hukuka uygun talimatlarına uymakla yükümlüdür. İşveren, yönetim hakkına giren konularda hukuka uygun olmak şartıyla talimatlar verebilir, bu talimatları geri alabilir veya değiştirebilir. Burada da (esaslı olsun-olmasın) işçinin onayı aranmaz.¹⁷¹⁸

Aşağıda, iş sözleşmesinin değiştirilmesi ve işverenin yönetim hakkı bağlamında ücret, işin niteliğinde değişiklik, çalışma sürelerinde ve çalışma saatlerinde değişiklik ile işyeri değişikliği başlıklarını inceleyerek, kanaatimizi somutlaştırmaya çalışacağız.

¹⁷¹⁷ **Civan**, Genel İş Koşulları, 94.

¹⁷¹⁸ **Baycık**, Yenilik Doğuran Haklar, 170.

a. Ücret Değişikliği

Ücret, iş sözleşmesinin objektif esaslı unsurunu oluşturmaktadır. Dolayısıyla, işçinin temel ücretinde veya ücret eklerinde (geniş anlamda ücret) azalma sonucu doğuran her değişiklik esaslı değişiklik olarak nitelendirilmektedir. Ücret değişikliği sadece nakdi ödemeleri değil, her türlü aynı ödemeleri de kapsamaktadır. Bu anlamda, ikramiye, yemek ve yol paralarında yapılan değişiklikler de esaslı değişiklik sayılır.¹⁷¹⁹

Ancak, Yargıtaya göre, ikramiyenin ücrete eklenmek suretiyle uygulamadan kaldırılması esaslı değişiklik olarak nitelendirilemez.¹⁷²⁰ O halde, işçinin eline geçen toplam ücrette, eski durumuna oranlı bir azalma söz konusuysa, esaslı bir değişiklik gündeme gelecektir.¹⁷²¹ Bu nedenle de, ücret ve ücretin hesaplanmasına dair her husus, işveren yönetim hakkı kapsamının dışında kalır.

İşveren, işçinin yazılı rızası olmadan ücret ve ücret eklerinde esaslı bir değişiklik yapamaz. Buna karşılık, işverenin, örneğin, yemek ve yol ücretini kaldırıp, bunları ikame eden yemek kartı vermesi veya otobüs bileti veya servis sağlanması, esaslı değişiklik olarak nitelendirilmeyecektir.

Gerçekten de Yargıtayın bir kararına göre, “İşçiye yapılan yemek ve servis gibi aynı yardımın kaldırılıp yerine ikamesi nakdi ödeme yapılması ya da tam tersi nakdi servis ve yemek ücretinin kaldırılıp ikame olarak işyerinde yemek verilmesi yahut otobüs bileti verilmesi, işverenin yönetim hakkı kapsamında olup, bu tür uygulamalar Medeni Kanunun 2. maddesine aykırı olmamak koşuluyla esaslı değişiklik sayılmaz. Ancak yapılan sosyal

¹⁷¹⁹ Uşan, Değişiklik Feshi, 226. Yargıtayın bir kararına göre, “İkramiye, bireysel ya da toplu iş sözleşmeleri ile kararlaştırılabilir. İş sözleşmesinde kararlaştırılmamış olsa dahi, işverence tek taraflı olarak düzenli şekilde yapılan ikramiye ödemesinin ‘işyeri koşulu’ olduğu kabul edilmelidir. Her durumda ikramiyelerin tek taraflı olarak işverence ortadan kaldırılması ya da azaltılması mümkün olmaz. İkramiyeler yönünden işçi aleyhine çalışma koşullarında değişiklik, 4857 Sayılı İş Kanunu’nun 22. maddesi kapsamında gerçekleştirilmelidir.” Y22HD, 21.03.2018, E. 2017/11294, K. 2018/7316, KİBB.

¹⁷²⁰ Y9HD, 01.05.2007, E. 2007/3938, K. 2007/13775, Süzek, 676.

¹⁷²¹ Güzel, Yetki ve Sözleşme, 180; Süzek, Değişiklik Feshi, 11; Aydın, Esaslı Değişiklik, 24; Alp, İş Sözleşmesinde Değişiklik, 206-207; Uşan, Değişiklik Feshi, 225-226; Şen, Çalışma Koşullarında Değişiklik, 149.

yardımların, işverenin tek taraflı kararı ile niteliği değiştirilmeden miktarının düşürülmesi veya ödenmemesi, esaslı değişiklik sayılacağından buna yazılı onay vermeyen işçiye talep hakkı veriecektir.”¹⁷²²

İlaveten, işçiye, yerine getirmekle yükümlü olduğu işin gösterdiği özellikleri nedeniyle örneğin, iş riski veya iş güçlüğü zammı gibi ek bir ödeme yapılıyorsa, işçinin artık bu işi yapmaması durumunda, kendisine bu ödemenin yapılmaması, esaslı değişiklik olarak değerlendirilmez.¹⁷²³

İş Kanununun 62. maddesine göre, işveren, çalışma sürelerinin yasal olarak aşağı sınıra indirilmesini veya yasal bir yükümlülüğü yerine getirdiğini ileri sürerek işçinin ücretinde ne şekilde olursa olsun eksiltme yapamaz. Örneğin, işveren, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğini sağlama borcundan doğan yükümlülüklerini yerine getirdiği için ortaya çıkan masrafları işçinin ücretinde indirim yapmak suretiyle, işçilere yükleyemez. Benzer şekilde, haftalık yasal azami çalışma süresi olan 45 saat, yasal bir düzenleme sonucu haftalık 40 saate indirilirse, işveren yapılan bu yasa değişikliğini bahane ederek işçinin ücretini tek yanlı olarak düşüremez.¹⁷²⁴

Ücret ve ücret eklerinin düşürülmesi sonucunu doğuran değişiklikler, edim-karşı edim arasındaki dengeyi bozduğu için sadece İş Kanununun 22. maddesindeki usul izlenerek, işçinin yazılı onayının alınmasıyla gerçekleştirilebilir.¹⁷²⁵ Bu nedenle de, işçinin ücretinde

¹⁷²² Y9HD, 16.12.2019, E. 2019/7770, K. 2019/22461, KİBB.

¹⁷²³ **Alp**, İş Sözleşmesine Değişiklik, 206; **Uşan**, Değişiklik Feshi, 227.

¹⁷²⁴ **Demir**, Ücretin Düşürülmesi, 95. Öte yandan, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun bir kararına göre, hizmet alım sözleşmeleriyle ücrette yapılan indirim, İş Kanunu m. 62’ye aykırı olduğu gibi, İş Kanunu m.22 hükmüne uygun biçimde, işçinin yazılı rızası olmadan gerçekleşirse, işçiyi bağlamaz. Bu yönde bkz. YHGK, 15.03.2017, E. 2015/22-3568, K. 462, **Sur**, Değerlendirme 2017, 89. Ayrıca bkz. Y7HD, 07.03.2016, E. 2016/6647, K. 2016/4850, **Doğan Yenisey**, Değerlendirme 2016, 542-544.

¹⁷²⁵ **Engin**, Fasilalı Çalışma, 888; **Yıldız**, Sözleşmesel Kayıtlar, 91. Buna karşılık, doktrinde **Alp**, İş Kanunu m. 22/1 uyarınca, ücret indirimini amaçlayan sözleşmelerin işyerini kurtarma amacı dışında mümkün olmadığı görüşündedir. Öte yandan, yazara göre, m. 22/2 uyarınca, taraflar anlaşarak ücret değişikliği yapabilirler. Detaylı bilgi için bkz. **Alp**, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, 206-216. Yargıtayın bir kararına göre, “Dosya kapsamından davalı tarafça alt işverenleri tarafından davacı işçinin ücretinde yapılan indirim için işçiden yazılı bir muvafakat alınmadığı anlaşılmaktadır. Davacı ile alt işverenler arasında imzalanan ve ücret miktarının yazılı olduğu hizmet sözleşmeleri var ise 4857 sayılı İş Kanununun 22. maddesi kapsamında ücrette yapılan

yapılan aleyhe değişikliklere uzun süre sessiz kalması veya itiraz etmemesi, değişikliği zımnen kabul ettiği şeklinde yorumlanmamalıdır.¹⁷²⁶

İş Kanununun 22. maddesinin 1. fıkrasına göre, değişiklik sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması bir geçerlilik koşuludur. Dolayısıyla, iş sözleşmesinin esaslı unsurlarında değişiklik yapılmak istendiği takdirde, işveren, önerisini yazılı şekilde işçiye iletmeli ve işçi, bu öneriyi altı işgünlük süre içinde düşünerek, cevabını yazılı şekilde vermelidir.

Ancak, uygulamada, işverenin, işçinin çalışma koşullarını, yazılı rızasını almadan değiştirdiği ve işçinin de bu duruma itiraz etmeden uzun süre uyduğu durumlara rastlanmaktadır. Burada ortaya çıkan soru, işçinin daha sonra, şekle aykırı olarak yapılan değişikliğin geçersizliğini ileri sürme hakkının olup olmadığıdır.

Doktrinde ve Yargıtay kararlarında, belli bazı koşullarda, şekil eksikliğine dayanan geçersizlik iddialarının, hakkın kötüye kullanılması yasağıyla sınırlandığı kabul edilmektedir.¹⁷²⁷

Eğer, şekil şartına uyulmadan yapılan bir sözleşme iki tarafça da tam olarak veya tama yakın bir şekilde ifa edilmişse, şekle aykırılığın ileri sürülmesinin, hakkın kötüye kullanılmasını gündeme getireceği belirtilmektedir.¹⁷²⁸

indirimi işçinin yazılı olarak kabul ettiğini gösterir ve bu tarihten itibaren ücrette yapılan indirim geçerli hale gelir.” Y9HD, 07.12.2020, E. 2016/35098, K. 2020/17279, KİBB.

¹⁷²⁶ **Süzek**, 689-690; **Gürsel**, Esaslı Değişiklik, 185; **Uşan**, Değişiklik Feshi, 228-230.

¹⁷²⁷ Detaylı bilgi için bkz. **Arslan Ertürk**, Şekil, 80-94; **Engin**, Fasıllı Çalışma, 885-887. Yargıtayın bir kararına göre, “Gayrimenkul satış vaadi ve arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmeleri tapuda arsa payı devrini de içerdiğinden sözleşmenin imzalandığı tarihte yürürlükte bulunan TMK’nın 706, 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun 213, 2644 sayılı Tapu Kanunu 26 ve 1512 sayılı Noterlik Kanunu’nun 60. maddeleri uyarınca resmi şekilde yapılması zorunlu olup, resmi şekilde yapılması geçerlilik koşuludur. Ancak adi yazılı şekilde yapılmış olmakla birlikte, bu sözleşmeye dayalı olarak tapuda pay devri yapılması ya da edimlerin büyük oranda tamamlanmış olması halinde şekil eksikliğini ileri sürmek TMK’nın 2. maddesi gereğince hakkın kötüye kullanılması sayılacağından, sözleşmenin geçersizliği iddia veya savunmasına değer verilmeyerek sözleşme geçerli kabul edilerek uyumsuzluğun çözümlenmesi gerekecektir.” Y15HD, 09.11.2020, E. 2020/1822, K. 2020/2934, KİBB.

¹⁷²⁸ **Arslan Ertürk**, Şekil, 85-86.

Bununla birlikte, çalışma koşullarında yapılan bir değişikliğe uzun süre sessiz kalınmasının daha sonra ileri sürülüp sürülemeyeceği sorusu, ücret ve diğer çalışma koşulları şeklinde ikili bir ayırım yapılarak cevaplanmalıdır.

Ücret, iş sözleşmesinin asli unsurunu oluşturmaktadır. Öyle ki, ücrette yapılacak tek taraflı bir değişiklik edim-karşı edim arasındaki dengeyi temelden sarsabilmektedir. Bu nedenle, ücretin uzun bir süre eksik ödenmesi halinde, işçinin çalışma devam etmesi, işçi için (olumsuz) işyeri uygulamasına dönüştüğü anlamına gelmemelidir. Böyle bir durumda, işçi, zamanaşımı süresi içinde ücret alacağını işverenden her zaman talep edebilmelidir.¹⁷²⁹

Doktrinde isabetle belirtildiği gibi, işçinin, yapılan esaslı değişikliğe uzun süre sessiz kaldıktan sonra, şekil eksikliğini ileri sürmesinin hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilmesinde “işverenin korunmaya değer haklı güveninin” söz konusu olup olmadığı incelenmelidir. İşverenin, işçinin uzun süre boyunca esaslı değişikliğe uymasına ve itiraz etmemesine duyduğu güvenin, haklı olup olmamasının belirlenmesinde, bu değişikliğe uymayan işçiden beklenebilir olup olmadığı araştırılmalıdır.¹⁷³⁰

İş sözleşmesinin esaslı unsuru olan ücrete ilişkin yapılan bir esaslı değişikliğin, işçi açısından, beklenebilir olduğunu kabul etmek, isabetli bir sonuç doğurmayacaktır. Dolayısıyla, bizce de, ücrete ilişkin yapılan esaslı değişiklikler işyeri uygulamasına dönüşmez.

Yargıtayın bir kararına göre de, “Mahkemece, her ne kadar sefer primlerinden kesinti yapıldığını, asgari ücretlerin Nisan 2008'den önce eksik ödendiği ileri sürmüştü ise de, davacının bu iddiası kabul edildiği takdirde, işverence yapılan bu uygulamanın uzun süre devam ettiği, davacının itiraz ileri sürmeksizin, ücretlerini alarak bu süre boyunca çalışmaya devam ettiği, dolayısıyla, uygulamanın iş yeri şartı halini aldığı’ gerekçeyle davacının ücret

¹⁷²⁹ **Süzek**, 689-690; **Arslan Ertürk**, Şekil, 235; **Alp**, Değerlendirme 2013, 222; **Sur**, Değerlendirme 2017, 92-93; **Yamakoğlu**, 100. Aksi görüşte, **Demir**, Ücretin Düşürülmesi, 97-98; **Şen**, İşyeri Uygulamaları, 16.

¹⁷³⁰ **Engin**, Fasilalı Çalışma, 885.

*ve sefer primi alacağıının reddine karar verilmişse de, İş Kanununun 22. maddesinde, çalışma koşullarında esaslı değişikliğin ancak durumun işçiye yazılı olarak bildirilmek suretiyle yapılabileceği, ücretin düşürülmesinin ya da eklerinin ödenmemesinin de bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği açıktır.”*¹⁷³¹

Buna karşılık, işçinin, işyeri ve işin niteliğinde yapılan değişikliklere uzun süre sessiz kaldıktan sonra itiraz etmesi, hakkın kötüye kullanılması yasağı kapsamında değerlendirilebilir. İşçi, geçici olmadığını bildiği veya farketmediği halde, işyerinde veya işinde yapılan değişikliklere sessiz kalması, bu değişikliğe rıza gösterdiği şeklinde yorumlanabilir.¹⁷³²

İşçinin, işinde veya işyerinde yapılan değişikliğe ne kadar süreyle sessiz kalarak çalışmaya devam etmesinin zımni kabulü olarak yorumlanacağı ise net değildir. Örneğin, Yargıtay, işçinin değişiklikten sonra sekiz ay süreyle yeni işyerinde çalışmasını zımni kabul olarak nitelendirmemiştir. Gerçekten de Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 2020 tarihli kararına göre, “*Somut uyuşmazlıkta davacı işçi davalı bankanın genel müdürlük işyerinde çalışırken önce Levent şubesinde görevlendirilmiş üç ay kadar sonra bu defa Avcılar şubesinde çalışmak üzere görev değişikliği yapılmıştır. Dosya kapsamı ve özellikle her iki taraf tanık anlatımlarına göre genel müdürlük işyerinde işyerine gidiş gelişlerde servis imkanı olduğu halde, şube işyerlerinde servis sağlanmamış ve yol parası da ödenmemiştir. Böyle olunca*

¹⁷³¹ Y9HD, 02.06.2015, E. 2014/7372, K. 2015/20079, KİBB. Buna karşılık, Yargıtay 22. Hukuk Dairesi bir kararına göre, “*İşçinin itiraz etmeyip çalışmasını sürdürmesi nedeniyle, ikramiye ödenmemesinin, çalışma koşulu haline geldiği kabul edilmelidir.*” Y22HD, 11.02.2013, E. 2012/12745, K. 2013/2608. Karar metni ve eleştirisi için bkz. **Alp**, Olumsuz İşyeri Uygulaması, 3082-3090. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, işyeri uygulamasına dönüşen ikramiyenin ihale şartnamesinden çıkarılması nedeniyle ödenmemesini, İş Kanununun 22. maddesindeki usule uyulmadığı gerekçesiyle reddetmiş ve davacı işçiye, ikramiyelerin ödenmesine karar vermiştir. Karar metnine göre, “*Dosya içeriğine göre; davacı işçilere 2011 yılına kadar ikramiye ödendiği tarafların kabulündedir. Yerel Mahkemece ikramiye ödemesinin ihale şartnamesinden çıkarıldığı, son üç yıldır da işçilere ikramiye ödenmediği, bu durumun işyeri kuralı haline geldiğinden bahisle talebin reddine karar verilmiştir. 4857 Sayılı İş Kanununun 22. maddesindeki prosedüre uyulmadan ve işçinin yazılı muvafakati olmadan ücret ve diğer haklarda indirime gidilmesi yasal olmadığından davacının ikramiye alacağı talebinin hüküm altına alınması gerekirken yazılı gerekçe ile reddi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.*” Y9HD, 04.02.2020, E. 2016/12390, K. 2020/1393, KİBB.

¹⁷³² **Süzek**, Değişiklik Feshi, 24; **Alp**, Olumsuz İşyeri Uygulaması, 3090-3091; **Arslan Ertürk**, Şekil, 235.

çalışma koşullarının davacı aleyhine değiştirildiği anlaşılmakla, işçinin değişiklik sonrasında sekiz ay kadar çalışmaya devam etmesinin değişikliği zımni olarak kabul ettiği anlamına gelmediği kabul edilmeli ve işçinin iş sözleşmesini haklı olarak feshettiği sonucuna varılarak kıdem tazminatı hüküm altına alınmalıdır.”¹⁷³³

Son olarak üzerinde durmak istediğimiz husus ise, *ücretsiz izin uygulamasıdır*. Ücretsiz izin uygulaması, iş sözleşmesinin askıya alınması sonucunu doğurmaktadır. Ücretsiz izin süresince, işçiye, ücreti ödenmeyeceğinden, işçiler, işletme riskini de üstlenmiş olurlar. Ücretsiz izin uygulaması, çalışma koşullarında işçi aleyhine esaslı bir değişiklik oluşturduğundan, işverenin talimatlarıyla gerçekleştirilemez. Dolayısıyla, ücretsiz izin uygulamasına geçmek isteyen bir işveren, İş Kanununun 22. maddesinin 1. fıkrasına göre, ücretsiz izin önerisini yazılı şekilde yapmalı ve işçiler de bu öneriyle altı işgünlük süre içinde yazılı olarak olumlu veya olumsuz yönde cevap vermelidir.¹⁷³⁴

Bununla birlikte, 2019 yılının sonlarından itibaren tüm dünyayı ve ülkemizi etkisi altına Koronavirüs pandemisi, çalışma yaşamını da derinden sarsmıştır. Bu süreçte alınan, işletmelerin faaliyetlerinin durdurulması kararı, pek çok işvereni ve işçiyi, ekonomik ve sosyal açıdan zor durumda bırakmıştır.

Yaşanan bu gelişmelerin ardından, Hükümet, ekonomik ve sosyal açıdan bir yıkımın yaşanmaması amacıyla çeşitli önlem paketleri ilan etmiştir. Bunların başında ise, İş Kanununda yapılan bazı değişiklikler gelmektedir. 7244 sayılı Yeni Koronavirüs (Covid-19) Salgınının Ekonomik ve Sosyal Hayata Etkilerinin Azaltılması Hakkında Kanun İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanununun¹⁷³⁵ 9. maddesiyle, İş Kanununa eklenen

¹⁷³³ Y9HD, 24.06.2020, E. 2016/18207, K. 2020/6369, KİBB.

¹⁷³⁴ **Süzek**, Ücretsiz İzinler, 127-128; **Engin**, İşletme Gereklere, 106-107; **Alp**, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, 228-229; **Yamakoğlu/Karaçöp**, 490-491. Buna karşın, *Taşkent*, ücretsiz izin uygulamasına geçiş için tarafların sözlü olarak anlaşmalarının veya ücretsiz iznin, işçi tarafından zımnen de kabul edilebileceğinin yeterli olduğunu belirtmektedir. Bkz. **Taşkent**, Ücretsiz İzin, 22. Buna karşılık, sadece ücretsiz izin açısından değil, işveren ekonomik güçlükler içinde olduğunu ileri sürerek de, işçinin ücretinde tek yanlı olarak indirim yapamaz. Benzer yönde bkz. **Alp**, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, 88-89; **Yıldız**, Sözleşmesel Kayıtlar, 90-91.

¹⁷³⁵ RG. 17.04.2020, 31102.

geçici 10. maddeye göre, “(...) *Bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren üç aylık süreyi geçmemek üzere işveren işçiyi tamamen veya kısmen ücretsiz izne ayırabilir. Bu madde kapsamında ücretsiz izne ayrılmak, işçiye haklı nedene dayanarak sözleşmeyi fesih hakkı vermez. (...) Cumhurbaşkanı üç aylık süreyi her defasında en fazla üçer aylık sürelerle 30.06.2021 tarihine kadar uzatmaya yetkilidir.*”

Ayrıca, ücretsiz izin döneminde, 4447 sayılı İşsizli Sigortası Kanununun¹⁷³⁶ geçici 24. maddesine göre, işçiye günlük olarak hesaplanacak bir nakdi ücret desteğinin sağlanacağı hüküm altına alınmıştır.

Anılan düzenlemeyle işverenlere, işçileri tamamen veya kısmen ücretsiz izne çıkarma hakkı tanınmıştır.¹⁷³⁷

Kanunun geçici 10. maddesiyle, *bu süreye özgü olmak üzere*, ücretsiz izin uygulaması, işverenin yönetim hakkı kapsamında bırakılmıştır. Ancak, öngörülen sürenin sonunda, ücretsiz izin, sadece tarafların anlaşmasıyla gerçekleştirebilir. İşverenin, işçileri ücretsiz izne çıkarmaları için, işçinin işgücüne ihtiyacı kalmaması, ekonomik zorluk içinde olması veya salgından etkilendiğini kanıtlamasının gerekmesi gibi herhangi bir özel koşul Kanunda yer almamıştır.¹⁷³⁸

Kanımızca, sadece geçici 10. madde bağlamında değil, genel olarak işverenin, işçileri ücretsiz izne çıkarmak için yaptığı *önerinin*, makul ve geçerli bir nedene dayanmasına gerek bulunmamaktadır. Bununla birlikte, işveren bu hakkını da dürüstlük kurallarına ve eşitlik ilkesine uygun şekilde kullanmalıdır. İşveren objektif açıdan ayrımı haklı kılan bir neden olmadıkça, işyerinde çalışan işçilerden bir kısmını ücretsiz izne çıkarıp diğerlerini çalıştırmaya devam ederse, eşit davranma borcuna aykırılık oluşur.

¹⁷³⁶ RG. 08.09.1999, 23810.

¹⁷³⁷ Doktrinde *Akın*’a göre, işveren, işçilere ücretli izin vermek yerine, yönetim hakkına dayanarak ücretsiz izin uygulamasına da başvurabilir. Detaylı bilgi için bkz. **Akın**, Covid 19’un Etkileri, 53-55.

¹⁷³⁸ **Akın**, Covid 19’un Etkileri, 52; **Çil**, Koronavirüs, 210; **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, 625.

Kanunun geçici 10. maddesi, işverenlere, işçileri bu sürede ücretsiz izne çıkarma hakkı sunduğu için, burada, işçinin onayı aranmadığı gibi, bu uygulamaya itiraz hakkı da bulunmamaktadır.

Doktrinde *Akın*'a göre, geçici 10. maddeye dayanan ücretsiz izin uygulamaları, esaslı değişiklik niteliğinde değildir.¹⁷³⁹ Ayrıca, Kanuna göre, bu madde kapsamında gerçekleştirilen ücretsiz izin uygulaması, işçiye haklı nedenle fesih hakkı vermez. İşçi, ücretsiz izne çıkarılması nedeniyle iş sözleşmesini haklı nedenle feshedemeyecektir. Buna karşılık, işçi, başka nedenlerle iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebileceği gibi işçinin istifası da her zaman mümkündür.¹⁷⁴⁰

b. İşin Niteliğinde Değişiklik

İşçinin iş görme borcu, iş sözleşmesinin objektif esaslı unsurlarından biridir. Nitekim, işverenin ücret ödeme borcunun karşısında, işçinin iş görme borcu gelmektedir. İşverenin, işçinin yerine getirmekle yükümlü olduğu bir işi, yönetim hakkına dayanarak vereceği talimatlarla değiştirip değiştiremeyeceği incelenirken öncelikle, iş sözleşmesinde bu yönde bir düzenleme olup olmadığına bakılmalıdır.

İşçinin yerine getirmekle yükümlü olduğu iş, esas olarak iş sözleşmesinde belirlenir.¹⁷⁴¹ Bu yönüyle de iş sözleşmesi, işverenin talimat verme hakkının en önemli sınırını oluşturmaktadır. İş sözleşmesinde yapılan belirlemelerle, işverenin talimat verme hakkı arasında ters orantı olduğu söylenebilir. İşçinin iş görme borcu iş sözleşmesinde ne kadar ayrıntılı düzenlenirse, işverenin talimat verme hakkı da o derece azalmaktadır.¹⁷⁴²

İşveren, işçiye iş sözleşmesinde açık ve somut bir biçimde düzenlenen işten başka bir işi veremeyecektir. Bunun tam tersi de mümkündür. Yani, işçinin iş görme borcu, iş

¹⁷³⁹ *Akın*, Covid 19'un Etkileri, 52.

¹⁷⁴⁰ *Çil*, Koronavirüs, 204-205.

¹⁷⁴¹ *Preis*, Weisungsrecht, 7.

¹⁷⁴² *Lakies*, Rn. 3.

sözleşmesinde genel hatlarıyla düzenlendiyse, işverenin talimat verme hakkı da o oranda artacaktır.¹⁷⁴³

Nitekim, işveren, vereceği talimatlarla işçinin iş görme borcunu somutlaştırmaktadır. Örneğin, iş sözleşmesinde işçinin yerine getirmekle yükümlü olduğu iş, garsonluk olarak belirlendiyse, işveren, işçiye başka bir işi yapması yönünde talimat veremez.

Bunun yanı sıra, iş sözleşmesinde işçinin iş görme edimi örneğin, avukat, mühendis, bilişim uzmanı gibi bir meslek dalı olarak belirlendiyse, işveren, işçiden, o meslek dalının ve uzmanlığının kapsamına giren işlerden farklı bir işi yerine getirmesini isteyemez.

İşçinin iş görme borcunun içeriği sadece iş sözleşmesinde değil, yukarıda da açıkladığımız üzere, somutlaştırma yoluyla da belirlenebilir. İş görme borcunun somutlaştırılması da işverenin talimat verme hakkını kısıtlayan hallerden birini oluşturmaktadır.¹⁷⁴⁴

Somitlaştırma, iş sözleşmesinde işverence yapılan bir değişikliğin uzun süre uygulanmasıyla zımni iş sözleşmesi değişikliğinin yani yeni çalışma koşullarının oluştuğu anlamına gelmektedir. Ancak, somutlaştırmadan söz edebilmek için, uygulamanın uzun süre devam etmesi yeterli değildir. Ayrıca, işçide, işverenin kendisini başka bir işte çalıştırmayacağı ve yeni çalışma koşullarının bu olduğuna dair haklı bir beklenti oluşmalıdır.¹⁷⁴⁵ Eğer, işçinin yerine getirmekle yükümlü olduğu iş, sözleşmede kararlaştırılan işten farklıysa ve işçi uzun bir süre boyunca bu işi yerine getirdiyse, buna ilaveten, işçiye mesleki eğitimler verildiyse, işçi terfi ettirildiyse veya işverence işçiye çeşitli vaatler veya ödüller verildiyse, artık somutlaştırma yoluyla yeni çalışma koşulları ortaya çıkmış demektir.

İşverenin, işçinin iş görme borcunda değişiklik yapıp yapmadığı ise somutlaştırma yoluyla oluşan çalışma koşulları incelenerek belirlenmelidir. Örneğin, Yargıtay 22. Hukuk

¹⁷⁴³ Lakies, Rn. 3.

¹⁷⁴⁴ Lakies, Rn. 3.

¹⁷⁴⁵ Lakies, Rn. 3.

Dairesinin önüne gelen bir olayda, işveren, yıllardır aynı birimde çalışan, ameliyat cihazlarının kullanımı ve temizlenmesi konusunda eğitim verilen ve sertifikası olan, ameliyat malzemelerinin sterilizasyonu, hazırlanması ve bakımından sorumlu olan bir işçiyi, rızası dışında, temizlik işçisi olarak görevlendirmiştir. Yargıtay, bu olayda, işçinin iş sözleşmesinin esaslı şekilde değiştirildiğine karar verilmiştir.¹⁷⁴⁶ Benzer şekilde, işyeri uygulamasıyla oluşan çalışma koşullarında esaslı bir değişiklik ancak işçinin yazılı rızasıyla yapılabilir. Bu şekle uygun olarak yapılmayan ve işçi tarafından altı iş günü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiyi bağlamaz.¹⁷⁴⁷

Buna karşılık, iş sözleşmesinde işçinin yerine getirmekle yükümlü olduğu iş belirlenmemişse, dürüstlük kuralları gereğince, işverenin, işçiden talep edebileceği tüm işler, iş görme edimi içinde kabul edilir.¹⁷⁴⁸ İşveren, vasıfsız bir işte çalıştırılan işçinin yaptığı işi dilediği gibi değiştirme hakkına sahip değildir. İşveren burada da, dürüstlük kuralı gereğince işçiden talep edebileceği işleri beklemeli ve işçiye yaptığı işten daha ağır bir işi, tek yanlı talimatıyla vermemelidir. Aksi durumda, bu değişiklikler de esaslı değişiklik sayılacaktır.

İşverenin, işçiye *değişiklik teklif ettiği andaki* çalışma koşulları ise, iş ilişkisinin değiştirilip değiştirilmediğinin belirlenmesinde esas alınmaktadır.¹⁷⁴⁹

Benzer şekilde, iş görme borcu sadece asıl işini değil, o işin bir parçası olarak nitelendirilen, asıl işle bağlantılı, adet haline gelmiş yan işlerin de yapılmasını gerektirir. Dolayısıyla, iş görme borcunun kapsamı belirlenirken, asıl işin haricinde, asıl işle ilintili yan

¹⁷⁴⁶ Y22HD, 07.07.2017, E. 2015/15592, K. 2017/16616, KİBB.

¹⁷⁴⁷ Yargıtayın bir kararına göre, “Dosya içeriğinden, işyeri uygulaması haline geldiği anlaşılan sahur yemeği verilmesi uygulamasının işveren tarafından kaldırıldığı iddia edilmekle birlikte, işverence bu uygulamanın kaldırıldığını gösterir bir kayıt bulunmamaktadır. Öte yandan 2014 yılı ramazan ayının ilk günü 28.06.2014 günü sabahı saat 03:00 civarı sahur vaktinde başlayacak olduğu halde, uyuşmazlığa konu olay ilk sahur vakti gelmeden önce 27.06.2014 günü saat 20:00-24:00 saatleri arasında yaşanmış olup olay saati itibarıyla işverence sahur yemeği verilmesi uygulamasının kaldırıldığı iddiası fiili uygulamaya da dönüşmüş değildir.” Y9HD, 15.09.2020, E. 2016/22065, K. 2020/7808, KİBB.

¹⁷⁴⁸ Süzek, Değişiklik Feshi, 13; Baycık, Yenilik Doğuran Haklar, 176.

¹⁷⁴⁹ Baycık, Yenilik Doğuran Haklar, 176.

işler de dikkate alınmalıdır.¹⁷⁵⁰ Örneğin, işveren, çay ocağı sorumlusu olarak çalışan işçiye, aksi sözleşmeyle kararlaştırılmadıkça, çay demlemesi vb. hizmetleri yerine getirmesinin yanı sıra, boş bardakları toplaması ve bunları yıkaması yönünde de talimat verebilir.

İşveren, işçiye iş sözleşmesinde belirlenen işinden veya mesleğinden farklı nitelikte bir işte çalıştırmak isterse veya vasıfsız bir işçiye, mevcut işinden daha ağır koşullarda çalışması yönünde talimat verirse, bu yapılmak istenen değişiklik, işçinin aleyhine esaslı değişiklik olarak nitelendirilmektedir.¹⁷⁵¹

Dolayısıyla, işveren, bu iş değişikliği, talimatları aracılığıyla gerçekleştiremez. İşverenin, böyle bir değişiklik yapmak istemesi durumunda, mutlaka İş Kanununun 22. maddesindeki hükümlere başvurması gerekmektedir.

Doktrinde ve yargı kararlarında, işçiye verilen işin değiştirilmesinin esaslı nitelik taşıyıp taşımadığı belirlenirken, işçinin, iş sözleşmesiyle üstlendiği iş ile eşit değerde olup olmadığı, çalışma koşullarının, değişiklik yapılmadan önceki duruma göre ağırlaşp ağırlaşmadığının araştırılması gerektiği belirtilmektedir. Ayrıca, işverence yapılmak istenen değişikliğin, işçinin statüsünde, elde ettiği hak ve yetkilerde olumsuz bir bir etki doğurup doğurmadığı, işçinin onurunu kırıp kırmadığı ve yapılan değişikliğin, işçiye cezalandırma amacı güdüp gütmmediği de bu bağlamda incelenmektedir.¹⁷⁵²

Örneğin, işçinin, işverence daha düşük değerde bir işe verilmesi, işçinin çalışma koşullarında aleyhe esaslı bir değişiklik olarak nitelendirilmektedir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin önüne gelen bir olayda, işveren, güvenlik amiri olarak işe alınan ve yol parası

¹⁷⁵⁰ Hromadka/Maschmann, 209.

¹⁷⁵¹ Örneğin, üretici olarak çalışan işçinin, işverence kesimhane bölümünde görevlendirilmesi, iş sözleşmesinde esaslı değişiklik niteliği taşıdığı için, işverenin tek yanlı kararıyla anılan değişiklik gerçekleştirilemez. Bu yönde bkz. Y9HD, 16.12.2020, E. 2016/35231, K. 2020/16769, KİBB. Yüksek Mahkemenin bir başka kararına göre, dört yıldır montaj işçisi olarak çalışan işçinin, rızası dışında boyahanede görevlendirilmesi esaslı değişiklik niteliğindedir. Bu yönde bkz. Y9HD, 08.06.2011, E. 2010/3376, K. 2011/17092, KİBB. Bir başka kararda ise, garson olarak çalışan işçinin görevi işverence, kat görevlisi olarak değiştirilmiştir. Garsonların aldığı ücret, kat görevlilerinin ücretinin üç katı üzerindedir. Dolayısıyla, işverence yapılan bu değişiklik, aleyhe esaslı değişikliktir. Bkz. Y9HD, 28.05.2013, E. 2011/14779, K. 2013/16211, KİBB.

¹⁷⁵² Baycık, Yenilik Doğuran Haklar, 176; Yıldız, Sözleşmesel Kayıtlar, 92; Alpagut, İş Sözleşmesinde Esaslı Değişiklik, 55; Süzek, Değişiklik Feshi, 13; Uşan, Değişiklik Feshi, 234.

verileceği belirtilen işçiyi, başka bir işyerinde, güvenlik görevlisi olarak çalıştırmaya başlamıştır. Ayrıca, işçinin yeni görevlendirildiği birimde servis olanakları bulunmamaktadır. Yüksek Mahkeme, işçinin, güvenlik görevlisi olarak çalıştırılmasını, İş Kanunu m. 22 anlamında, çalışma koşullarında esaslı değişiklik olarak nitelendirilmiştir.¹⁷⁵³

Öte yandan, işçinin ücreti değişmemekle birlikte, işveren, işçiye, iş sözleşmesiyle borçlandığı işten daha düşük bir işte çalışması yönünde de talimat veremez. İşverenin yapmak istediği değişiklik, ücret değişmese dahi, esaslı değişiklik olarak nitelendirilmektedir.¹⁷⁵⁴ Yargıtayın bir başka kararına göre de, *“Somut olayda, davacı lastik tamircisi olup yıllarca çalışan kalifiye bir işçidir. Geçirdiği menisküs ameliyatı sonrası mevkici (vasıfsız işçi) olarak el arabası ve süpürge ile sokak temizlik işçisi olarak görevlendirildiği anlaşılmaktadır. Davacının işverenden yazılı bir talebi yoktur. Tanık beyanlarından anlaşıldığı üzere geçirdiği rahatsızlık sonucu sözlü olarak daha hafif bir iş verilmesini istemişse de bu işin durumuna en uygun iş olması gerekmektedir. İşverence rızası dışında temizlik işçisi olarak görevlendirildiği, bunun üzerine işyerini terk etmek suretiyle iş sözleşmesini kendisinin sonlandırdığı anlaşılmaktadır. İşverence çalışma koşulları esaslı şekilde değiştirilmiştir. Bu durumda, iş sözleşmesinin 4857 Sayılı Kanunun 24/II- f. bendi gereğince işçi tarafından haklı sebeple feshedildiğinin kabulü gerekir.”*¹⁷⁵⁵

Bazı durumlarda ise, işverence, işçiye, tek yanlı olarak verilen iş, işçinin mevcut işinden daha nitelikli veya yüksek değerdeyse, yapılan değişiklik esaslı olmasına rağmen, işçi

¹⁷⁵³ Y9HD, 25.03.2019, E. 2015/34618, K. 2019/6580, KİBB.

¹⁷⁵⁴ Preis, Weisungsrecht, 7.

¹⁷⁵⁵ Y22HD, 18.12.2017, E. 2015/12749, K. 2017/28845, KİBB. Yüksek Mahkemenin bir başka kararına göre, *“Davacıya ait özlük dosyası incelendiğinde davacının bel ve boyun fiğine dair raporlarının olduğu ve son bir ay gördüğü fizik tedavi sonrasında sağlık durumuna uygun bir bölümde görevlendirilmek istemesi üzerine fesih yoluna gidildiği anlaşıldığından; işyerinde keşif yapılarak keşif heyetine davacının çalıştığı işyerinin iştigal konusunda uzman bilirkişi ile ortopedi veya fizik tedavi ve rehabilitasyon uzmanı bir doktor da alınarak tüm raporları getirtilerek, rahatsızlığının işyerinde çalışmasına engel olup olmadığı, rahatsızlığının iyileşebilir nitelikte olup olmadığı belirlenip davacının, davalı işyerinde montaj operatörlüğü dışında başka iş/işlerde çalıştırılmasının mümkün olup olmadığı incelenmeli, iş sözleşmesinde nakil yetkisi de dikkate alınarak, rahatsızlığının başlaması ile fesih tarihine kadar olan dönemdeki çalışmasını sürdürme koşulları gözetilerek işyerinde görevlendirilebileceği başka görev/unvan bulunup bulunmadığı araştırılarak feshin son çare olarak uygulanıp uygulanmadığı...”* Y7HD, 22.11.2016, E. 2016/18167, K. 2016/19841, KİBB.

yararına olduğu için, değişikliğin, işverenin tek yanlı kararıyla gerçekleştirilebileceği ileri sürölmektedir. Ancak, burada görönenin ötesini geçilerek, yapılan değişikliğin, gerçekten işçinin yararına olup olmadığı araştırmalıdır.¹⁷⁵⁶

Nitekim, işçi lehine görönen böyle bir değişiklik, işçi açısından görev alanının genişlemesi, yeni sorumluluklar, yükümlölükler ve riskler yüklenmesi nedeniyle, işçinin durumunu ağırlaştırabilir. Dolayısıyla, işçi, bu esaslı değişikliği kabul etmek istemeyebilir. İşverenin, böyle bir değişiklik için de, İş Kanununun 22. maddesinde öngörölen usulü işletmesi gerekir.¹⁷⁵⁷

Öte yandan, işveren, iş sözleşmesinde belirlenen çerçeve içinde kalmak kaydıyla, işçinin işini benzer veya eşit değerdeki bir işle değiştirebilir.¹⁷⁵⁸

Üzerinde durmak istediğimiz bir diğer husus ise, Yargıtayın kararlarında istikrarlı bir şekilde kullandığı, “İşverenin yönetim hakkı kapsamında kalan ya da geçerli nedene dayanan değişiklikler, çalışma koşullarında esaslı değişiklik olarak nitelendirilemez.”¹⁷⁵⁹ ifadesinin yansımasının ne olduğudur.

Yüksek Mahkeme, işverenin, işçinin iş sözleşmesini geçerli nedenle feshetme imkanına sahip olduğu durumlarda, işçinin çalışma koşullarını tek taraflı olarak değiştirebileceğini kabul etmektedir. Oysa, yukarıda da belirttiğimiz gibi, işverenin değişiklik yapmak için geçerli nedene sahip olmasıyla, fesih için geçerli nedene sahip olması birbirinden farklı kavramlardır. İşverenin geçerli bir nedene dayanarak esaslı değişikliği tek taraflı

¹⁷⁵⁶ Şen, Çalışma Koşullarının Değiştirilmesi, 126.

¹⁷⁵⁷ Taşkent, Yönetim Hakkı, 142-143; Yıldız, Sözleşmesel Kayıtlar, 85; Şen, Çalışma Koşullarının Değiştirilmesi, 126.

¹⁷⁵⁸ Taşkent, Yönetim Hakkı, 142; Şen, Çalışma Koşullarının Değiştirilmesi, 123.

¹⁷⁵⁹ (Kararın devamı) “Geçerli neden işçinin verimi ile davranışlarından ya da işyeri gereklerinden kaynaklanabilir. Örneğin, işçinin çalıştığı bölümde objektif olarak ortaya konulan performans kriterlerine göre verimsizliğinin saptanması ve hatta işverence bu yönde verilen eğitime rağmen sonuç alınamaması durumunda, işverence işçinin başka bir işte görevlendirilmesi mümkündür. İşçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli nedenlerle de çalışma koşullarının değiştirilmesi mümkün görölmelidir. Şoför olarak istihdam edilen işçinin sık sık trafik cezası olarak işin güvenliğini tehlikeye düşürmesi ya da sürücü belgesine mahkeme kararıyla geçici olarak el konulması gibi durumlarda, işverenin işçiyi geçici ya da sürekli olarak başka bir işte görevlendirebileceği kabul edilmelidir.”YHGK, 04.12.2018, E. 2015/22-2359, K. 2018/1832, KİBB. Benzer yönde bkz. Y22HD, 25.03.2019, E. 2017/20988, K. 2019/6513, KİBB.

gerçekleştirebileceği yaklaşımı, geçerli fesih nedenlerinin genişletilmesi sonucunu doğurarak, İş Kanununun 18. maddesi dışında yeni bir fesih nedeni yaratılması tehlikesini beraberinde getirecektir.¹⁷⁶⁰

Feshin son çare olması ilkesi çerçevesinde, geçerli bir fesih nedeni ortaya çıktığı takdirde, İş Kanununun 22. maddesi, işverene, iş koşullarında esaslı değişiklik yapma ve bu şekilde iş ilişkisinin sürdürülmesi olanağı sağlar. Ancak, burada, işverence, işçiye değişiklik önerisi sunulmalıdır. İşveren, iş akdinin sürdürülmesi amacıyla dahi, işçinin iş sözleşmesinde tek taraflı olarak esaslı değişiklik yapamaz. Nitekim, doktrinde *Doğan Yenisey*'in de isabetle belirttiği gibi, iş ilişkisinin varlığının korunması her ne kadar iş hukukunun temel amaçlarından biri olsa da, bu amaç, sözleşmenin içeriği ne olursa olsun, iş ilişkisinin korunacağı anlamına gelmemektedir.¹⁷⁶¹

Bu nedenle, işçi, eğer değişiklik önerisini kabul etmezse, ancak bu noktadan sonra fesih için geçerli bir neden doğmuş olacaktır.¹⁷⁶²

Öte yandan, doktrinde ve yargı kararlarında, *acil ve arızı durumlarda*, işçinin, görev tanımı dışında, geçici süreliğine çalıştırılabileceği kabul edilmektedir. Yargıtay, işyerinde yangın, sel baskını veya deprem gibi doğal afetler sebebiyle önleyici tedbirlerin alınması gibi olağanüstü durumların ortaya çıkması halinde, işçinin iş görme borcunun daha geniş biçimde değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir.¹⁷⁶³

Acil durumlarda, işçinin sadakat borcunun bir gereği olarak, sözleşmeyle kararlaştırılan faaliyetten başka, diğer görevleri de yerine getirmesi kendisinden beklenmektedir.¹⁷⁶⁴

¹⁷⁶⁰ **Baycık**, Yenilik Doğuran Haklar, 169, 270-271; **Süzek**, 686-687; **Alpagut**, İş Sözleşmesinde Esaslı Değişiklik, 56-57; **Doğan Yenisey**, Çalışma Koşulları, 105-106.

¹⁷⁶¹ **Doğan Yenisey**, Çalışma Koşulları, 105.

¹⁷⁶² **Doğan Yenisey**, Çalışma Koşulları, 106; **Süzek**, 687; **Baycık**, Yenilik Doğuran Haklar, 271.

¹⁷⁶³ Y9HD, 18.09.2019, E. 2019/6426, K. 2019/16155, KİBB.

¹⁷⁶⁴ **BeckOK GewO/Hoffmann/Schulte**, GewO § 106 Rn. 27; **ErfK/Preis**, GewO § 106 Rn. 6; **Preis**, Weisungsrecht, 7.

Ancak, acil durumlardan kasıt, işverenin öngöremediği yangın, sel baskını, deprem gibi olağanüstü hallerdir. Dolayısıyla, örneğin, acil siparişler veya sürekli işgücü eksikliğinin ortaya çıkması gibi işverence öngörülmesi gereken durumlar, bu kapsamda yer almamaktadır.¹⁷⁶⁵

Doktrinde, işçinin, geçici olarak başka bir işte görevlendirilmesi halinde de, işçiye mevcut işinden daha ağır koşullarda iş verilemeyeceği belirtilmektedir.¹⁷⁶⁶ Bu konuda Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 2018 yılında önüne gelen bir olayda¹⁷⁶⁷, işveren, işyerindeki maçahane bölümünde çalışan işçiye, işyerinde yaşanan işçi sıkıntısı nedeniyle, kısa bir süreliğine, daha önce çalıştığını ve tecrübesi olduğunu bildiği, kaynakhane bölümünde görevlendirmiştir.

Davacı işçi, kaynakhane bölümündeki işin daha ağır ve tehlikeli olduğunu belirterek iş sözleşmesinde yapılan bu değişikliğin esaslı nitelikte olduğunu ve çalışmak istemediğini ifade etmiştir. Davalı işverenlik, işçinin ihtarı üzerine, işçinin iş akdini haklı nedenle feshetmiştir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ise, işverenin, işçiye geçici süreliğine görevlendirmesine rağmen, görevlendirmenin süresinin belirtilmediğini, ortaya çıkan işgücü ihtiyacının zorunlu ve gerekli olup olmadığının ispatlanamadığını belirterek, işçinin iş sözleşmesinde esaslı bir değişiklik yapıldığına ve feshin haklı nedene dayanmadığına karar vermiştir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun verdiği kararın gerekçesine katılmadığımızı ifade etmek istiyoruz. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, işyerinde meydana gelen acil ve arızı durumlar nedeniyle, işverence, işçinin faaliyetinin değiştirilmesinin, sadece yangın, sel baskını, deprem gibi olağanüstü durumlara özgü olduğu kanaatini taşıyoruz. İş Kanunu, işçi

¹⁷⁶⁵ Hromadka/Maschmann, 201; BeckOK GewO/Hoffmann/Schulte, GewO § 106 Rn. 28.

¹⁷⁶⁶ Süzek, Değişiklik Feshi, 16; Uşan, Değişiklik Feshi, 236. Bununla birlikte, zorlayıcı nedenlerle işçilere fazla çalışma yaptırılması işverenin yönetim hakkı kapsamındadır.

¹⁷⁶⁷ YHGK, 04.12.2018, E. 2015/22-2359, K. 2018/1832, KİBB.

eksikliğinin giderilmesi amacıyla çeşitli olanaklar sunmuştur. İşveren, iş gücü ihtiyacını koşulları varsa belirli süreli iş sözleşmesi veya geçici iş ilişkisi kurmak yoluyla çözümlerlebilir.

c. Çalışma Süresinde ve Çalışma Saatlerinde Değişiklik

Çalışma süresi, iş sözleşmesinin objektif esaslı unsurunu oluşturmamakla birlikte, işçinin iş görme borcu ve özellikle ücretiyle sıkı bir ilişki içinde olduğu için, işverenin talimat verme hakkı kapsamında değildir. Yukarıda da açıkladığımız gibi¹⁷⁶⁸ doktrinde, çalışma süresi kavramını, hem çalışma süresinin uzunluğunu (*Dauer der Arbeitszeit*) hem de çalışma süresinin konumunu (*Lage der Arbeitszeit*) ifade etmektedir.¹⁷⁶⁹

İşçinin çalışma süresinin uzunluğu, ücretinin miktarını doğrudan etkilemektedir. Dolayısıyla, işçinin ücretinin düşmesine neden olan çalışma sürelerindeki değişiklikler, esaslı değişiklik olarak kabul edilmektedir. İşveren, işçinin çalışma süresinin uzunluğunu vereceği talimatlarla belirleyemez.

Bununla birlikte, çalışma süresinin konumu ise, işin günlük başlama ve bitiş saatlerini, ara dinlenmeleri ve haftalık çalışma süresinin, haftanın çalışılan günlerine dağıtılmasını ifade eder. Eğer, taraflarca, toplu iş sözleşmesi veya iş sözleşmesiyle çalışma süresinin konumu belirlenmediyse, işveren tek taraflı olarak vereceği talimatlarla çalışma saatlerini (çalışma süresinin konumu) belirleyebilir veya değiştirebilir.¹⁷⁷⁰

Ancak, işveren, işçinin çalışma saatlerini belirlerken sadece işyerinin menfaatlerini değil, işçinin kişisel durumunu, ailevi yükümlülüklerini vb. göz önünde bulundurarak, talimat verme hakkını dürüstlük kurallarına uygun şekilde kullanmalıdır.¹⁷⁷¹ Belirlenen çalışma saatlerinin işverence değiştirilmesi, işçinin günlük yaşamında olumsuzluklara yol açıyorsa

¹⁷⁶⁸ Bkz. § 4, II, D, 2, a

¹⁷⁶⁹ Landmann/Rohmer GewO/Neumann, GewO § 106 Rn. 23; Lakies, Rn. 4; ErfK/Preis, GewO § 106 Rn. 31-32; Hromadka/Maschmann, 228-229; Astarlı, Çalışma Süreleri, 53.

¹⁷⁷⁰ Lakies, Rn. 4; ErfK/Preis, GewO § 106 Rn. 31.

¹⁷⁷¹ ErfK/Preis, GewO § 106 Rn. 31; Astarlı, Çalışma Süreleri, 94-98.

veya durumunu ağırlaştırıyorsa, çalışma saatlerinde yapılan değişiklik, esaslı bir değişiklik olarak nitelendirilmektedir. Böyle bir durumda ise, İş Kanununun 22. maddesindeki usulün işletilmesi gerekmektedir.

Örneğin, işçinin, gündüz vardiyasından alınarak sürekli olarak gece vardiyasına verilmesi, ara dinlenmesinin azaltılması veya kaldırılması, küçük bir çocuğu veya evde bakmakla yükümlü olduğu hasta bir yakını olan işçinin, işe başlama ve bitiş saatlerinin çok erken veya çok geç belirlenmesi ya da ulaşım araçlarını kullanma imkanının bulunmaması, işçinin durumunu ağırlaştırdığı için esaslı bir değişiklik olarak nitelendirilebilmektedir.

Gerçekten de, Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin bir kararına göre, “İş yerinde gece vardiyasının sürekli hale gelmesi durumunun işverenin yönetim hakkı kapsamında yaptığı bir değişiklik olmadığı, bu halin davacının aleyhine iş yeri şartlarında esaslı değişiklik yarattığı ve çalışma koşullarının ağırlaştığı ve bu durumu kabul etmeyerek iş yerinden ayrılan davacının iş akdini haklı nedenle feshettiği kabul edilmelidir.”¹⁷⁷²

Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin bir kararına göre de, “Davacının davalı işyerinde değişiklik öncesi çalışmasının 06.45 saatinde başladığı, tanık beyanları ile sabit görüldüğü üzere, davalı işverence çalışma saatlerinin anket yapılarak belirlendiğini, davalı işverence davacının çalışmaya başladığı saatin 05.50 olarak değiştirildiği anlaşılmakla, uzun süre boyunca 06.45’te iş başı yapan davacının iş başı yapma saatinin, işverence daha önceki dönemlerin de aksine işçiler arasında anket yapılmadan tek taraflı olarak 05.50 olarak belirlenmesinin çalışma koşullarında esaslı değişiklik mahiyetinde olduğu, bu nedenle davacının yukarıdaki açıklamalar ışığında iş sözleşmesini haklı nedenle feshettiğinin kabulüyle, kıdem tazminatı alacağının hüküm altına alınması gerekirken yazılı şekilde reddine karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.”¹⁷⁷³

¹⁷⁷² Y22HD, 25.03.2019, E. 2017/20988, K. 2019/6513, KİBB.

¹⁷⁷³ Y9HD, 05.10.2020, E. 2016/25374, K. 2020/10475, KİBB.

Bu başlık altında üzerinde durmak istediğimiz bir diğer konu ise, işverenin işçilere *kısa çalışma* yaptıırma hakkıdır.

Kısa çalışma, 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanununun ek 2. maddesinde düzenlenmektedir. Kanunun düzenlemesine göre, kısa çalışmanın söz konusu olabilmesi için genel ekonomik, sektörel veya bölgesel kriz ya da zorlayıcı nedenlerin ortaya çıkması gereklidir. İlâveten, yaşanan ekonomik kriz veya zorlayıcı nedenlere bağlı olarak, işyerindeki haftalık çalışma süreleri geçici olarak önemli ölçüde azatılması veya süreklilik koşulu aranmaksızın en az dört hafta süreyle işyerindeki faaliyetin tamamen veya kısmen durdurulması hallerinde, işyerinde üç ayı geçmemek üzere kısa çalışma yapılabilir.¹⁷⁷⁴

İşverenin kısa çalışma yaptıırabilmesi için işçilerin onayını alması gerekli değildir. Nitekim, Kanuna göre, işveren, kısa çalışma talebini, gerekçeleriyle birlikte Türkiye İş Kurumuna; varsa toplu iş sözleşmesine taraf olan sendikaya yazıyla bildirir. İşverenin başvurusu üzerine, Kurum, uygunluk denetimi¹⁷⁷⁵ yapar ve koşulların mevcut olması halinde, kısa çalışma uygulaması başlar ve işçiye, İşsizlik Sigortası Fonundan kısa çalışma ödeneği ödenir.

İşçiye, kısa çalışma ödeneği olarak ödenecek meblağ, son on iki aylık prime esas kazançları dikkate alınarak hesaplanan günlük ortalama brtû kazancının %60'ı kadardır. Diğer bir deyişle, işçiye ücretinden daha az bir mikar bu süreçte ödenmektedir.

İşverenin kısa çalışma uygulamasına geçebilmesi için, işçinin onayına ihtiyacı yoktur. Diğer bir deyişle, işveren, Kanunda öngörülen koşulları sağlayarak ve Kurumca yapılan uygunluk testini geçerek, işyerinde kısa çalışmayı başlatmaktadır.¹⁷⁷⁶

¹⁷⁷⁴ **Başterzi**, Kesinti, 139-141.

¹⁷⁷⁵ Bununla birlikte, Kovid-19 salgınının sosyal ve ekonomik yaşama etkilerini azaltabilmek amacıyla yürürlüğe giren 7244 sayılı Kanunla, 4447 sayılı Kanuna eklenen geçici 25. madde, işverenlerin kısa çalışma yaptıırma hakkına başvurabilmelerinin koşullarını hafifletmiştir. Detaylı bilgi için bkz. **Çil**, Koronavirüs, 48-53.

¹⁷⁷⁶ Doktrinde *Baycık*, işverene, kanunla tanınan kısa çalışma yaptıırma hakkının bu özellikleri nedeniyle, sebebe bağlı yenilik doğuran hak niteliğini taşıdığını belirtmektedir. Bu yönde bkz. **Baycık**, Yenilik Doğuran Haklar, 177-180.

İşverenin, işyerinde kısa çalışma yaptırma kararının, iş koşullarında, esaslı değişiklik sayılıp sayılmayacağı tartışmalara konu olmuştur.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin kararına göre, kısa çalışma uygulaması, çalışma koşullarında esaslı değişiklik sayılmaz ve işçiye haklı fesih imkanı vermez.¹⁷⁷⁷

Buna karşık, Yargıtay 22. Hukuk Dairesi verdiği bir kararında, kısa çalışma uygulamasının ücret kaybına yol açması nedeniyle, çalışma koşullarında değişiklik yarattığını ve işçinin haklı nedenle fesih hakkına sahip olduğunu belirtmiştir.¹⁷⁷⁸

Kanımızca, işçinin rızası dışında, ücretinde azalma yaratan bu durum, esaslı değişiklik niteliğinde olsa da burada, İş Kanununun 22. maddesindeki usulün işletilmesine gerek bulunmamaktadır. Nitekim, işverenin kısa çalışma yaptırma hakkı, kanundan¹⁷⁷⁹ doğmakta ve işçinin onayı aranmamaktadır.

Ancak, burada cevaplanması gereken soru, işverenin tek yanlı kararıyla, işçinin ücretinde azalma sonucunu doğuran kısa çalışmanın, işçiye, iş sözleşmesini haklı nedenle feshetme imkanı sunup sunmadığıdır. Doktrinde, kısa çalışma ödeneğine hak kazanan işçiler için derhal fesih hakkının doğmadığı; buna karşılık, kısa çalışma ödeneğine hak kazanmayan işçiler açısından ise, işçinin ücretiyle işletme menfaati arasındaki denge sağlanamadığından, iş sözleşmesini haklı nedenle feshetme imkanının doğduğu belirtilmektedir.¹⁷⁸⁰

d. İşyerinde Değişiklik

İşyeri, iş sözleşmesinin objektif esaslı unsurlarından birini oluşturmadığı için, işyerine ilişkin değişikliklerin, işverenin talimatlarıyla gerçekleşip gerçekleşemeyeceği sorusunu, iş sözleşmesinde bu yönde bir hüküm bulunup bulunmadığına göre cevaplamak gerekir.

¹⁷⁷⁷ Y9HD, 08.07.2013, E. 2011/26182, K. 2013/20765, **Çil**, Koronavirüs, 55. Aynı yönde **Ocak**, 561.

¹⁷⁷⁸ Y22HD, 05.12.2012, E. 2012/4892, K. 2012/27269, **Çil**, Koronavirüs, 55. Aynı yönde **Aydın**, Kısa Çalışma, 37; **Akyiğit**, Kısa Çalışma, 20.

¹⁷⁷⁹ Aksi yönde bkz. **Astarlı**, Çalışma Süreleri, 356-357, 366-369.

¹⁷⁸⁰ **Baycık**, Yenilik Doğuran Haklar, 179-180; **Başterzi**, Kesinti, 141-144.

Öncelikle, işçinin işyeri, iş sözleşmesiyle veya somutlaştırma yoluyla belirlendiyse, işçinin işyerinin değiştirilmesi, çalışma koşullarında esaslı değişiklik olarak değerlendirilmektedir. Dolayısıyla, işveren, işçinin iş sözleşmesinde belirlenen işyerini vereceği talimatlar aracılığıyla tek yanlı olarak değiştiremez.¹⁷⁸¹

Öte yandan, iş sözleşmesinde bu yönde herhangi bir düzenleme bulunmuyorsa, işveren talimat verme hakkı kapsamında işin yapılacağı yeri belirleyebilir. Ancak işveren, bu durumda dahi talimat verme hakkını sınırsız bir biçimde kullanamaz. Zira, işverenin talimat verme hakkı, dürüstlük kurallarıyla sınırlandırılmaktadır.

İşyerinin, sözleşmede belirlenmediği durumlarda da, işyeri değişikliğinin, işçi açısından esaslı değişiklik niteliği taşıması ihtimali yine de bulunmaktadır. Şöyle ki, Yargıtaya göre, işçinin aynı il sınırları içinde kalmak kaydıyla, işverenin başka bir işyerinde görevlendirilmesi, işçiye, ulaşım imkanlarında zorluk, ek maddi külfet, yolda geçen sürelerin aşırı yükselmesiyle dinlenme sürelerinin azalması gibi güçlükler doğurmuyorsa, iş sözleşmesinde esaslı değişiklik olarak nitelendirilmemektedir. Dolayısıyla, işveren, aynı il sınırları içinde kalan işyeri değişikliklerini, kural olarak, talimat verme hakkı kapsamında gerçekleştirebilir.

Bununla birlikte, işçi, işverenin il sınırları dışındaki başka bir işyerinde görevlendiriyorsa veya aynı il sınırlarında kalmakla beraber, işçinin durumunu, değişiklikten önceki haline göre ağırlaştırıyorsa, konu, İş Kanunu m. 22 bağlamında değerlendirilmelidir.¹⁷⁸²

Örneğin, Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin verdiği bir karara göre, “*Somut olayda, davalı ...tarafından davacıya hitaben düzenlenen 04.04.2013 tarihli ihtarnamede davacının iş*

¹⁷⁸¹ **Hromadka/Maschmann**, 229-230; **Lakies**, Rn. 4; **BeckOK GewO/Hoffmann/Schulte**, GewO § 106 Rn. 31; **ErfK/Preis** GewO § 106 Rn. 27; **Şen**, Çalışma Koşulları, 134; **Baycık**, Yenilik Doğuran Haklar, 181; **Gürsel**, Esaslı Değişiklik, 188-189. Yüksek Mahkemenin bir kararına göre de, “*İşçinin sözleşme ile kararlaştırılan işyerinin değiştirilmesi, iş şartlarından esaslı değişikliklere bir örnektir.*” Y22HD, 04.06.2014, E. 2014/13786, K. 2014/15858, KİBB.

¹⁷⁸² **Şen**, Çalışma Koşulları, 138; **Uşan**, Esaslı Değişiklik, 239.

yerinin değiştirildiği ve yeni iş yerinin ... Otel İşletmeleri A.Ş. olduğunun bildirildiği davacının da cevabi olarak düzenlediği 09.04.2013 tarihli ihtarnamede yol mesafesinin uzaması, ek olarak yol masrafının artması, ilgili işletmenin sezonluk çalışması sebebi ile yer değişikliğini kabul etmediğini bildirdiği anlaşılmıştır. Davacıya önerilen yeni iş yerinin merkezde olmayıp, merkeze mesafesi olan İçmeler Mevkiinde olduğu hususu tartışmasıdır. Ayrıca aynı cevabi ihtarda davacının otele ait 07.40'da hareket eden servisi kullanılabileceği belirtilmiş ise de, davacının güvenlik görevlisi olarak istihdam edildiği ve gece çalışması olan bir işte çalıştığı dikkate alındığında, servisin bulunmadığı ve toplu ulaşım imkanının da kalmadığı saatlerde davacının ulaşımının ne surette sağlanacağı da açıklanmamıştır. Bu durumda davacının eskisinden daha elverişsiz olan bu koşulları kabul etme zorunluluğu bulunmadığı gibi anlatılan bu hususlar iş koşullarında esaslı değişiklik mahiyetindedir.”¹⁷⁸³

İlaveten, işyerinin başka bir yere taşınması sonucu gerçekleşen işyeri değişikliklerinde ise, öncelikle, iş sözleşmesinde bu tür bir değişikliği izin veren bir kaydın bulunup bulunmadığı incelenmelidir. Eğer, iş sözleşmesinde, bu konuda bir düzenleme yer almıyorsa, işyeri değişikliğinin, işçinin durumunu ağırlaştırıp ağırlaştırmadığı araştırılmalıdır.

İşveren, işçiye, en az olumsuzluk yaratacak işyeri değişikliği teklifini yöneltmelidir. Burada da, her iki işyeri arasındaki uzaklık, servis imkanının olup olmaması, servis sağlanamaması durumunda yol masraflarının karşılanıp karşılanmaması, yolda geçen sürelerin uzunluğu, bu sürenin işçinin kişisel, sosyal ve aile yaşantısına etkisi etkisi gibi hususlar incelenmektedir.¹⁷⁸⁴

Ayrıca, işyeri değişikliği, işçinin ücretinin artmasına yol açsa dahi, bu değişiklik, işçinin durumunu ağırlaştırıyorsa, salt ücret artışına bakılarak, ortada esaslı olmayan bir değişiklik olduğu sonucuna varılmamalıdır.¹⁷⁸⁵

¹⁷⁸³ Y22HD, 26.06.2019, E. 2016/17144, K. 2019/14200, KİBB.

¹⁷⁸⁴ Şen, Çalışma Koşulları, 140; Süzek, Değişiklik Feshi, 14; Uşan, İşyerinin Değiştirilmesi, 396.

¹⁷⁸⁵ Alp, İşyeri Değişikliği, 2124.

Bunlara karşılık, yeni işyerinin eski işyerine yakın bir konumda bulunması ve işçinin yaşamını olumsuz yönde etkilememesi durumunda, işveren, bu değişikliği talimat verme hakkı kapsamında gerçekleştirebilir. Aksi bir durumda ise, çalışma koşullarında esaslı bir değişiklik ortaya çıkacaktır.

Yargıtay kararına konu olmuş bir olayda, davalı işverenin Kilis'te bulunan şantiyesi, herhangi bir üretim ve faaliyet yapılmadığı için kapatılmıştır. Bunun üzerine, işveren, işçiyi, 2007 yılından 2013 yılına kadar çalıştığı Kilis'teki şantiyeden alıp Tarsus ilçesindeki şantiyede görevlendirilmiştir. Yüksek Mahkeme, işçinin, Kilis'in bir köyünde ailesiyle yaşadığını ve Kilis ile Tarsus arasındaki dört saate yakın mesafeyi göz önünde bulundurarak, işçinin çalışma koşullarında esaslı değişiklik yapıldığına karar vermiştir.¹⁷⁸⁶

Bununla birlikte, işçinin yerine getirmekle yükümlü olduğu iş, örneğin, dış montaj işleri, müşteri temsilciliği, temizlik, yapım-onarım gibi niteliği itibarıyla, işçinin, sürekli veya geçici olarak işyerinin dışında çalışmasını gerektiriyorsa, işverenin işçiyi dürüstlük kurallarını da gözeterek farklı işyerlerinde çalışması için görevlendirmesi mümkündür.¹⁷⁸⁷

İşveren, bazı durumlarda, diğer işçileri korumak amacıyla, işçinin işyerini değiştirmek gereği duyabilir. Örneğin, işveren, işyerindeki diğer işçilerle husumetli olan işçinin işyerini, iş barışını yeniden tesis etmek amacıyla değiştirmek isteyebilir. İşveren, işçiyi, mevcut durumunda bir kötüleşme olmadığı sürece, talimat verme hakkı kapsamında, başka bir işyerinde çalışması için görevlendirebilir. Buna karşılık, eğer işçinin, yapılacak değişiklikle çalışma koşulları ağırlaşıyorsa, işverenin, böyle bir durumda, İş Kanunu m. 22'de öngörülen usulü işletmesi gerekir.

¹⁷⁸⁶ Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin bir kararına göre, “Davacının davalı işyerinin Kilis şantiyesinde çalıştığı ancak söz konusu şantiyede hiçbir şekilde üretim ve faaliyette bulunulmayıp çalışma olmadığından kapatılması nedeniyle davacının davalı işyerinin Tarsus da bulunan başka bir şantiyesinde bekçi olarak görevlendirildiği, davacının görevlendirildiği yeni yerin konumu ve mesafe hususu gözönünde bulundurulduğunda işçi bakımından iş şartlarında esaslı farklılıklar olduğu, çalışma şartlarındaki esaslı bu değişikliği kabul etmeyen davacı işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle feshettiği anlaşıldığından kıdem tazminatının kabulü doğru...” Y22HD, 04.03.2020, E. 2017/27313, K. 2020/4204, KİBB. Ayrıca bkz. Y9HD, 07.03.2013, E. 2011/39644, K. 2013/8037 ve kararın değerlendirmesi için bkz. **Alp**, İşyeri Değişikliği, 2124-2126.

¹⁷⁸⁷ **Hromadka/Maschmann**, 311; **Alpagut**, İş Sözleşmesinde Esaslı Değişiklik, 56; **Dursun Ateş**, 259.

Üzerinde durmak istediğimiz bir diğer husus ise, *işyeri devri* ile *iş sözleşmesi devrinin* işçi açısından esaslı nitelikte değişiklik oluşturup oluşturmadığıdır.

İşyeri devri, İş Kanununun 6. maddesinde düzenlenmektedir. İşyeri devrinde, işyeri veya işyerinin bir bölümü, hukuki bir işleme dayalı olarak başka bir işverene devredilmektedir. İşyerinin devrinde, devir tarihinde işyerinde veya işyerinin bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmeleri, bütün hak ve borçlarla, işyerini devralan işverene geçmektedir. Bu nedenle de, işyeri devri, başlı başına iş sözleşmesinde esaslı değişiklik niteliği taşımamaktadır.¹⁷⁸⁸

Dolayısıyla, işyeri devri, işçilerin rızasına bağlı değildir.¹⁷⁸⁹ Nitekim, Yargıtayın bir kararına göre de, “*İşyerinin devri, işverenin yönetim hakkının son aşaması olup, işyeri devri, çalışma koşullarında değişiklik anlamına da gelmez. Dairemizin kökleşmiş kararlarına göre işyeri devri işçiye haklı nedenle fesih hakkı tanımaz.*”¹⁷⁹⁰

Buna karşılık, iş sözleşmesinde devrinde ise farklı bir yorum yapılması gerekmektedir. İş sözleşmesinin başka bir işverene sürekli devri ise, Türk Borçlar Kanununun 429. maddesinde düzenlenmektedir. İş sözleşmesinin devrinde de, sözleşmenin içerik ve kapsamında bir değişiklik olmadan, iş sözleşmesi bütün unsurlarıyla devam etmektedir. Ancak, Kanun, iş sözleşmesinin devri için işçinin yazılı rızasını aramaktadır.¹⁷⁹¹

Nitekim, anılan hükme göre, “*Hizmet sözleşmesi ancak işçinin yazılı rızası alınmak suretiyle, sürekli olarak başka bir işverene devredilebilir.*”

¹⁷⁸⁸ Güzel, Hizmet Akitlerine Etki, 350; Özkaraca, İşyerinin Devri, 147; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 82.

¹⁷⁸⁹ Bu durumun istisnasını ise, Türk Ticaret Kanununun 178. maddesi oluşturmaktadır. Kanunun 178. maddesi, ticaret şirketlerinin sadece birleşme, bölünme ve tür değiştirme yoluyla devredildiği durumlarda, iş ilişkilerinin akıbetini düzenlemektedir. İş Kanununun 6. maddesinden farklı olarak, TTK m. 178, işçiye itiraz hakkı tanımıştır. Ancak, bu itiraz, sadece işçinin iş sözleşmesinin devralana geçmesini önlemektedir. Detaylı bilgi için bkz. Astarlı, İşyerinin Devri, 95; Alp, Bölünme, 63-64; Süzek, 205.

¹⁷⁹⁰ Y9HD, 08.12.2020, E. 2016/34378, K. 2020/17687, KİBB.

¹⁷⁹¹ İş sözleşmesinin devri konusunda detaylı bilgi ve özellikle işçinin yazılı rızasının ispat mı geçerlilik koşulu mu olduğu tartışmaları içinde bkz. Cengiz, 107-115; Özkaraca, İş Sözleşmesinin Devri, 121-129; Öztürk, Sözleşmenin Devri, 276-279; Sur, Değerlendirme 2017, 90-91.

Yargıtayın da isabetle belirttiği gibi, işçinin rızasının devir anında alınması gerekmektedir.¹⁷⁹² İş sözleşmesinin devrine rıza gösteren işçinin, daha sonra bu değişikliğin esaslı değişiklik olduğunu ileri sürme imkanı bulunmamaktadır.

Konumuz açısından cevaplanması gereken bir diğer soru ise, özellikle Kovid-19 salgınıyla sayısı gittikçe artan *uzaktan çalışma/tele çalışma* esasına geçişin, işverenin, tek yanlı talimatıyla gerçekleşip gerçekleşmeyeceğidir.

Tele çalışma, İş Kanununun 14. maddesinin 4. fıkrasında, “*Uzaktan Çalışma*” başlığı altında düzenlenmektedir. Bu düzenlemeye göre, “*Uzaktan çalışma; işçinin, işveren tarafından oluşturulan iş organizasyonu kapsamında iş görme edimini evinde ya da teknolojik iletişim araçları ile işyeri dışında yerine getirmesi esasına dayalı ve yazılı olarak kurulan iş ilişkisidir.*”

Maddenin 7. fıkrasında ise, uzaktan çalışmaya ilişkin usul ve esasların Çalışma Bakanlığı tarafından çıkarılacak yönetmelikle belirleneceği belirtilmektedir. Bu doğrultuda, 2021 yılında “*Uzaktan Çalışma Yönetmeliği*” yürürlüğe girmiştir.¹⁷⁹³

Tele çalışmada, işçi, işverenin iş organizasyonu kapsamında, iş görme edimini bilgi ve iletişim teknolojisi araçlarıyla işyeri dışından yerine getirmektedir.¹⁷⁹⁴ İşçilerin, iş görme edimlerinde bir değişiklik olmaksızın, çalışma yerlerinin değiştirilmesinin, işverenin talimat verme hakkı kapsamında olup olmadığının belirlenmesi gereklidir.

Öncelikle, 2002 tarihli Tele Çalışmaya İlişkin Avrupa Çerçeve Anlaşmasının¹⁷⁹⁵ 3. maddesinde, tele çalışmaya geçişte gönüllük esası benimsenmiştir. Yani, taraflar iş sözleşmesi

¹⁷⁹² Çankaya/Çil, 523; Özkara, İş Sözleşmesinin Devri, 129-130. İlâveten, iş sözleşmesinin devri sonucunu doğuracak nitelikteki genel iş koşullarına geçerlilik tanımamak gerekir. Zira, iş sözleşmesinin devrinde, her durumda, işçinin rızası devir anında alınmalıdır. Bu yönde ayrıca bkz. Civan, Değişiklik Kayıtları, 812-813.

¹⁷⁹³ RG. 10.03.2021, 31419.

¹⁷⁹⁴ Uzaktan çalışma/tele çalışma hakkında detaylı bilgi için bkz. Kandemir, Tele Çalışma, 38-45; Civan, Uzaktan Çalışma, 352 vd; Alp, Uzaktan Çalışma, 797-804; Dulay Yangın, Uzaktan Çalışma, 148-156; Ergüneş Emrağ, 1413 vd; Bozkurt Gümrükçüoğlu, Home-Office, 154 vd.

¹⁷⁹⁵ Detaylı bilgi için bkz. Aydın, Uzaktan Çalışma, 351-376; Tuncay, Evden Çalışma, 41-42.

akdedilirken veya devamında isteğe bağılı olarak tele çalışmaya geçilmesini kararlaştırabileceklerdir.¹⁷⁹⁶

İş sözleşmesi kurulurken taraflar, çalışmanın, tele çalışma şeklinde gerçekleştirilebileceğini kararlaştırabilirler.¹⁷⁹⁷ Ancak, burada sözleşmenin geçerliliği, yazılı şekilde bir yapılmasına bağılıdır. Taraflar arasındaki akdedilen tele çalışmayı konu edinen iş sözleşmesinde, işin tanımı, yapılma biçimi, süresi, yeri, ücret ve ücretin ödenmesine ilişkin hususlar, işveren tarafından sağlanan ekipman, işverenin işçiyle iletişim kurması, kişisel verilerin korunmasına ilişkin hükümler yer alır (İş Kanunu m. 14/6-7; Uzaktan Çalışma Yönetmeliği m. 4, 11).

Buna karşılık, başlangıçta işyerinde görülmekte olan işin, daha sonra işyeri dışında tele çalışma yoluyla gerçekleştirilmesinin, hangi şartlar altında mümkün olduğunun değerlendirilmesi gerekmektedir. Öncelikle, doktrinde de isabetli bir biçimde ifade edildiği gibi, iş sözleşmesinde tele çalışmaya geçilmesi yönünde bir değişiklik kaydı bulunmuyorsa, işveren, işçinin işyerini değiştiren bu değişikliği vereceği talimatlarla gerçekleştiremez. Diğer bir anlatımla, işçinin, işverenin talimatlarıyla tele çalışmaya geçirilmesi, işverenin yönetim hakkının kapsamını aşmaktadır.¹⁷⁹⁸

Bu yöndeki bir değişiklik, iş sözleşmesinde esaslı değişiklik niteliği taşıdığı için, İş Kanunu m. 22 uyarınca işçinin yazılı rızası alınarak yapılmalıdır. Nitekim, bu yeni çalışma şekliyle beraber, farklı bir yer belirlenmediyse, işçinin evi, bir nevi çalışma yerine dönüşecek, işçinin özel hayatı ile iş hayatı birbirine karışacak, işçinin mahrem alanı olan ev, işverenin müdahalelerine açık bir hale gelebilecektir. Ayrıca, bu şekilde çalışanlar arasında sosyal izolasyon yaşanacağından, çalışanların birbirleriyle olan temasları yitcek ve sosyalleşme imkanı azalacaktır.

¹⁷⁹⁶ Aydın, Uzaktan Çalışma, 363; Ergüneş Emrağ, 1421; Bozkurt Gümrükçüoğlu, Home-Office, 167.

¹⁷⁹⁷ Günther/Böglmüller, ArbRAktuell 2020, Rn. 186; Alp, Uzaktan Çalışma, 841.

¹⁷⁹⁸ Günther/Böglmüller, ArbRAktuell 2020, Rn. 186; Alp, Uzaktan Çalışma, 841; Bozkurt Gümrükçüoğlu, Home-Office, 171-172; Tuncay, Evden Çalışma, 36-38.

Uzaktan Çalışma Yönetmeliğinin 14. mddesinde de “*Uzaktan Çalışmaya Geçiş*” düzenlenmektedir. Buna göre, “*İş ilişkisi doğrudan uzaktan çalışma sözleşmesiyle kurulabilir veya halihazırda işyerinde çalışma işçinin iş sözleşmesi, işçinin ve işverenin anlaşması halinde, uzaktan çalışmaya dönüştürülebilir*” (m. 14/1).

Yönetmelikte, mevcut sözleşmenin, tarafların anlaşmasıyla uzaktan çalışmaya dönüştürülebileceği belirtilmektedir. Kanımızca, burada tarafların sözlü anlaşması yeterli kabul edilmemeli ve bu düzenleme İş Kanununun 22. maddesi gözetilerek yorumlanmalıdır.

Taraflar mevcut sözleşmenin koşullarını, İş Kanununun 22. maddesinin 1. fıkrasına göre işçinin yazılı rızasıyla değiştirmelidirler.

Berlin-Brandenburg Eyalet İş Mahkemesinin, 2018 yılında verdiği bir karara göre, evde çalışmayla, işyerinde çalışma arasında nitelik açısından ciddi farklar olması, işçinin iş arkadaşlarıyla kontağını kaybetmesi, iş ve dinlenme süreleri arasındaki sınırın flulaşması, işçinin, işyeri kuruluna veya sendikaya ulaşma imkanının güçleşmesi gibi nedenlerden dolayı, işveren, böyle bir değişikliği, GewO § 106 uyarınca tek yanlı olarak vereceği talimatlarla gerçekleştiremez.¹⁷⁹⁹

Bununla birlikte, Yönetmeliğin 14. maddesinin 6. fıkrasına göre, “*Uzaktan çalışmanın mevzuatta belirtilen zorlayıcı nedenlerle işyerinin tamamında veya bir bölümünde uygulanacak olması halinde uzaktan çalışmaya geçiş için işçinin talebi veya onayı aranmaz.*”

O halde, deprem, yangın, sel, su baskını, salgın hastalık gibi zorlayıcı nedenlerin ortaya çıkması durumunda, işyerinin tamamında veya bir bölümünde, işçinin talebi veya yazılı rızası aranmaksızın uzaktan çalışmaya geçilebilecektir.¹⁸⁰⁰

¹⁷⁹⁹ LAG Berlin-Brandenburg, 14.11.2018- 17 Sa 562/18, ArbRAktuell, 2019, 47, (www.beck-online.beck.de).

¹⁸⁰⁰ Kovid-19 salgını esnasında işverenin talimatıyla uzaktan çalışmaya geçiş konusunda detaylı bilgi için bkz. **Bozkurt Gümrükçüoğlu**, Home-Office, 172-181. Yazar, pandemi döneminde gerçekleştirilen geçici uzaktan çalışmaların mutlaka İş Kanunu m. 22 hükmüne dayanmasının zorunlu olmadığı görüşündedir. Bkz. **Bozkurt Gümrükçüoğlu**, Home-Office, 179-180. Benzer yönde bkz. **Tuncay**, Evden Çalışma, 36. Ayrıca, Fransız Hukukunda düzenlenen salgın hastalık halinde zorunlu uzaktan çalışmaya geçiş hakkında bilgi için bkz. **Ergüneş Emrağ**, 1421. Bu konuda Berlin İdare Mahkemesinin 2020 yılında verdiği güncel bir karara göre, üç hafta süreyle sınırlı olarak idarenin, memurlara evden çalışmaları yönünde verdiği talimat -mevcut görevlerini

Bu bağlamdaki *zorunlu uzaktan çalışmaya geçiş*, işverenin yönetim hakkı dahilindedir. İşveren, zorlayıcı nedenlerin ortaya çıkması durumunda, işçilerin iş görme borçlarını uzaktan yerine getirmeleri konusunda talimat verebilecektir. Ancak, burada uzaktan çalışma, zorlayıcı nedenler devam ettiği sürece uygulanır. Zorlayıcı nedenin sona ermesi halinde ise eski çalışma düzenine dönmelidir.

İş sözleşmesinde işverene, işçiyi tek yanlı olarak tele çalışma/uzaktan çalışmaya geçirmesi yönünde değişiklik kaydı bulunması durumunda, bu kaydın geçerli olup olmadığının da belirlenmesi gereklidir.

Uzaktan çalışmaya geçirilme, işyeri değişikliğinin ötesinde, işçinin özel yaşamının iş yaşamıyla iç içe geçmesine yol açabilecek ve özel yaşamını, işverenin müdahalelerine açık hale getirebilecek bir çalışma biçimidir. Dolayısıyla, işçiyi tele çalışmaya mecbur etmek işçinin temel haklarının da tehlikeye girmesi riskini barındırmaktadır. Bu nedenle, işverenin tek yanlı talimatıyla işçinin uzaktan çalışmaya geçirilemeyeceği kabul edilmelidir.¹⁸⁰¹

Tele çalışma/uzaktan çalışmaya geçiş talebi, her zaman işverenden gelmek zorunda değildir. İşçi de avantajlı olduğunu düşündüğü uzaktan çalışma modeline geçmeyi isteyebilir. İşçinin evden çalışmayı talep etme hakkı, Uzaktan Çalışma Yönetmeliğinin 14. maddesinin 2. fıkrasında mümkün hale gelmiştir.

Bu hükme göre, işçi, uzaktan çalışma talebini yazılı olarak yapmalıdır. İşveren, işçinin uzaktan çalışma talebini, işin ve işçinin niteliği gereği uzaktan çalışmaya uygunluğu ile kendisinin belirlediği diğer kriterlere göre değerlendirir. İşveren, talebe ilişkin değerlendirme sonucunu otuz gün içinde işçiye yazılı olarak bildirmelidir. Ancak, burada, işveren, işçinin talebiyle bağlı değildir. İşveren, işin ve işyerinin gereklerini en iyi bilen kişi konumunda

ağırlaştırmıyorsa- hukuka uygundur. Karar metninin tamamı için bkz. VG Berlin, 14.04. 2020- VG 28 L 119/20, NVwZ-RR 2020, 696, (www.beck-online.beck.de).

¹⁸⁰¹ Bu yönde bkz. **Alp**, Uzaktan Çalışma, 843-845; **Kandemir**, Tele Çalışma, 92-93. Buna karşılık, doktrinde, **Bozkurt Gümrükçüoğlu**, iş sözleşmesinde koşulları ayrıntılı olarak düzenlenen bir sözleşmesel kaydın geçerli olacağı görüşündedir. Bu konuda bkz. **Bozkurt Gümrükçüoğlu**, Home-Office, 170, 172.

olduğu için, işçinin talebini inceleyip reddetme imkanına sahiptir. Uzaktan çalışmaya geçiş talebi reddedilen işçinin, kanımızca, iş sözleşmesini bu nedene dayanarak haklı/geçerli nedenle feshetme hakkı bulunmamaktadır. Ayrıca, uzaktan çalışmaya geçen işçi, tekrar işyerinde çalışma talebinde bulunabilir (Yönetmelik m. 14/5).

Son olarak, 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun 24. maddesinin 4. fıkrası, *işyeri sendika temsilcilerini yerine getirdikleri görev nedeniyle, işverenin haksız müdahalelerine karşı korumak amacıyla, yazılı rızaları olmadıkça, işyerlerinin değiştirilmemesi ve yaptıkları işte esaslı değişiklik yapılmaması için güvence altına almıştır.*¹⁸⁰²

Gerçekten de anılan düzenlemeye göre, *“İşveren, yazılı rızası olmadıkça işyeri sendika temsilcisinin işyerini değiştiremez veya işinde esaslı tarzda değişiklik yapamaz. Aksi halde değişiklik geçersiz sayılır.”*

Kanunun 24. maddesi, her ne kadar İş Kanununun 22. maddesini çağrışırsa da, burada, işverenin teklifinin yazılı olması ve işçinin altı iş günlük süre içinde yazılı olarak cevap verme koşulları aranmamıştır.

Bu düzenleme neticesinde, işyeri sendika temsilcisinin iş sözleşmesinde veya toplu iş sözleşmesinde herkes için geçerli değişiklik kayıtları yer alsa dahi, temsilcinin işyeri ve çalışma şartları rızası olmadan değiştirilemeyecektir.¹⁸⁰³ Kanımızca burada, değişikliğin esaslı olup olmaması da araştırmamalıdır. İşveren, diğer işçiler açısından talimat verme hakkı

¹⁸⁰² Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin bir kararına göre, “4857 Sayılı İş Kanununda, işverenin yönetim hakkı kapsamında işçinin işyerini veya işini değiştirmesi durumunda, bu işlemin iptali için öngörölmüş bir dava türü bulunmamaktadır. Bu konuda tek hüküm, sendika işyeri temsilcileri ile ilgili olup, 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun 24/4. maddesinde düzenlenmiştir. İşveren, yazılı rızası olmadıkça işyeri sendika temsilcisinin işyerini değiştiremez veya işinde esaslı tarzda değişiklik yapamaz. Aksi halde değişiklik geçersiz sayılır. Sendika temsilcisi olan davacının işyerinde görevinin değiştirilmesi sebebiyle eski görevine iade istemine dair açtığı davada, mahkemece davacının sendika temsilcisi olarak işi ve işyeri değişikliğinin toplu iş sözleşmesinin 13. maddesiyle 6356 Sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun 24/4. maddesine aykırı olduğu gerekçesi ile davanın kabulüne karar verilmiştir.” Y22HD, 22.10.2015, E. 2015/27737, K. 2015/29595, KİBB.

¹⁸⁰³ **Tuncay/Savaş Kutsal**, 158; **Özkaraca**, Sendikal Güvenceler, 197-198. Aksi görüşte **Akyiğit**, Sendika Yöneticiliğinin Güvencesi, 29.

kapsamında kalan işyeri değişikliklerini dahi söz konusu kişi işyeri sendika temsilcisi olunca, rızası dışında gerçekleştirmemelidir.

4. Değişiklik Kayıtları

Değişiklik kayıtları, en genel anlamıyla, işverene, çalışma koşullarında tek yanlı olarak değişiklik yapma ve yaptığı bu değişikliği sözleşme hükmü haline getirme yetkisi sunmaktadır.¹⁸⁰⁴

İşçi, değişiklik kaydının yer aldığı bir sözleşmenin tarafı olmayı kabul ederek, değişiklik kaydının konusunu oluşturan (esaslı) çalışma koşulunun işverence değiştirilmesine, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde baştan razı olmaktadır.¹⁸⁰⁵

İşveren, değişiklik kayıtları sayesinde, iş sözleşmesiyle sınırlanan genel yönetim hakkını aşan talimatları verebilme imkanına kavuşmaktadır. Bu yönüyle, işverene, çalışma koşullarında değişiklik yapma yetkisi veren bu kayıtlar, doktrinde ve yargı kararlarında “genişletilmiş yönetim hakkı” veya “özel yönetim hakkı” olarak da nitelendirilmektedir.¹⁸⁰⁶

Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin kararına göre, “İş sözleşmesinde, gerektiğinde çalışma şartlarında değişiklik yapabileceğine dair düzenlemeler bulunması halinde, işverenin genişletilmiş yönetim hakkından söz edilir. Bu halde işveren, yönetim hakkını kötüye kullanmamak ve sözleşmedeki sınırlara uymak kaydıyla işçinin çalışma şartlarında değişiklik yapma hakkını sürekli olarak kazanmış olmaktadır. Anılan hak objektif olarak kullanılmalıdır.

¹⁸⁰⁴ Çalışma koşullarında değişiklik yapma yetkisi sadece işverene değil, işçilere de verilebilir. Örneğin, işçiler, iş paylaşımında (job sharing), işin nasıl paylaşılacağına; kayan iş süreleri uygulamasında, işe başlama ve işin bitiş saatlerinin yanında günlük çalışma süresinin uzunluğunu tek yanlı belirleyebilir ve değiştirebilirler. Bkz. **Alp**, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, 255; **Astarlı**, Çalışma Süreleri, 396-428.

¹⁸⁰⁵ **Şen**, Çalışma Koşullarında Değişiklik, 99; **Uşan**, Değişiklik Feshi, 245; **Alp**, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, 250-251; **Alp**, İçerik Denetimi, 37; **Alpagut**, İş Sözleşmesinde Esaslı Değişiklik, 59; **Civan**, Değişiklik Kayıtları, 782; **Civan**, Genel İş Koşulları, 100; **Tulukçu**, Esaslı Değişiklik, 1127-1128; **Lakies**, Rn. 5. Yargıtayın aynı yöndeki bir kararı için bkz. Y22HD, 12.06.2017, E. 2017/34981, K. 2017/13817, **Sur**, Değerlendirme 2017, 91.

¹⁸⁰⁶ **ErfK/Oetker** KSchG § 2 Rn. 14; **Wank**, NZA-Beil, Rn. 46; **Alp**, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, 250; **Şen**, Çalışma Koşullarında Değişiklik, 98; **Civan**, Değişiklik Kayıtları, 782.

*İşçinin iş sözleşmesinin feshini sağlamak için sözleşme hükmünün uygulamaya konulması, işverenin yönetim hakkının kötüye kullanılması niteliğindedir.”*¹⁸⁰⁷

İşveren, bu kayıtlar sayesinde, yönetim hakkı kapsamına girmeyen ve dolayısıyla talimat verme hakkı olmayan bir alanda da, tek taraflı olarak belirleme/değişiklik yapma imkanına sahip olmaktadır. İşçi, bu durumda yani, işverenin genişletilmiş yönetim hakkı kapsamında verdiği talimatlara da belirli sınırlar çerçevesinde uymakla yükümlüdür.

Doktrinde, genişletilmiş yönetim hakkının aslında, “*öne alınmış sözleşme değişikliğinden*” farklı bir anlamı olmadığı ifade edilmektedir.¹⁸⁰⁸ Bu kayıtlarla sözleşme akdedilirken, işverene sonraki bir zaman dilimi için tek taraflı olarak sözleşme içeriğini belirleme/değiştirme yetkisi verilmektedir.¹⁸⁰⁹

İşverene, iş sözleşmesinde değişiklik yapma yetkisi, toplu iş sözleşmesi, iş sözleşmesi veya iç yönetmeliklerle tanınabilir. Bununla birlikte, doktrinde, işverene, iş sözleşmesinde tek yanlı değişiklik yapma yetkisi veren değişiklik kayıtlarının, geçerli olup olmadığı noktasında bazı tartışmalar yaşanmaktadır. Bu tartışmaların temelinde ise, İş Kanununun 22. maddesinin böyle bir değişikliğe izin verip vermediği yatmaktadır.

Doktrindeki bir görüşe göre, İş Kanunu Taslağında yer alan değişiklik kayıtlarına dair düzenlemenin, Kanunun yaşalaşma aşamasında madde metninden çıkartılması, iş sözleşmesinde değişikliği saklı tutma kayıtlarına yer verilemeyeceği sonucunu doğurmaktadır.¹⁸¹⁰

¹⁸⁰⁷ Y22HD, 18.12.2017, E. 2015/24749, K. 2017/28845, KİBB. Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin bir kararına göre de, “İş sözleşmesinde, gerektiğinde çalışma koşullarında değişiklik yapabileceğine dair düzenlemeler bulunması halinde, işverenin genişletilmiş yönetim hakkından söz edilir. Bu halde işveren, yönetim hakkını kötüye kullanmamak ve sözleşmedeki sınırlara uymak kaydıyla işçinin çalışma koşullarında değişiklik yapma hakkını sürekli olarak kazanmış olmaktadır. Örneğin, işçinin gerektiğinde işverene ait diğer işyerlerinde de görevlendirilebileceği şeklindeki sözleşme hükümleri, işverenin bu konuda değişiklik yapma hakkını saklı tutar. Anılan hak objektif olarak kullanılmalıdır. İşçinin iş sözleşmesinin feshini sağlamak için sözleşme hükmünün uygulamaya konulması, işverenin yönetim hakkının kötüye kullanılması niteliğindedir.” Y9HD, 04.02.2020, E. 2016/12390, K. 2020/1393, KİBB.

¹⁸⁰⁸ Wank, NZA-Beil, Rn. 46.

¹⁸⁰⁹ Alp, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, 251.

¹⁸¹⁰ Narmanlıoğlu, Sözleşme Hükümleri, 15-18.

Buna karşılık, doktrindeki baskın görüşe göre, İş Kanununun 22. maddesi, her ne kadar değişikliği saklı tutma kayıtlarına açıkça yer vermese de, bu tür kayıtların yasaklandığına dair açık bir ifadeyi de içermemektedir. Kanunda, değişiklik kayıtları konusunda açık bir hükme yer verilmemesi de, sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılması sonucunu doğuracak şekilde, bu tür kayıtların yasak olduğu şeklinde yorumlanmamalıdır.¹⁸¹¹

Öte yandan, İş Kanununun 22. maddesinin amacı, iş sözleşmesinin değiştirilmesi usulünü ve işçinin, iş sözleşmesinin değiştirilmesi önerisini reddetmesi halinde feshin sonuçlarını düzenlemektir. Dolayısıyla, İş Kanununun 22. maddesi, iş sözleşmesinin kurulmasına ilişkin bir hüküm içermemektedir. Oysa, değişiklik kayıtları, iş sözleşmesinin değiştirilmesiyle değil, kurulmasıyla ilgili bir husustur. Burada sözleşme, başlangıçtan itibaren ileride değiştirilebilecek bir içerikle belirlenmektedir. İşçi, değişikliğe başlangıçtan itibaren razı olmaktadır. Diğer bir deyişle, işçi bu kayıtları, sözleşmenin en başında onaylamaktadır.¹⁸¹²

Ancak, şu da unutulmamalıdır ki, işverene, İş Kanununun 22. maddesine başvurmayla gerek duymadan, iş sözleşmesini tek yanlı değiştirme hakkı tanınsa da, işçiler, bu kayıtlar karşısında korumasız değildir.

Değişiklik kayıtlarının aşağıda detaylı olarak açıklayacağımız üzere mutlaka sıkı bir denetime tabi tutulması gereklidir. Tüm bu denetimlerden sonra geçerli bir değişiklik kaydının mevcut olduğu sonucuna varılırsa, işçi, işverenin değişiklik kaydına dayanarak verdiği talimatlara uymakla yükümlüdür. Aksi durumda, işçi, iş akdini, olayın ağırlığına göre geçerli veya haklı nedenle feshedilebilir.

¹⁸¹¹ **Alp**, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, 257.

¹⁸¹² **Alp**, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, 257-262; **Alp**, İçerik Denetimi, 39; **Şen**, Çalışma Koşullarında Değişiklik, 100-103; **Süzek**, Değişiklik Feshi, 16-20; **Alpagut**, İş Sözleşmesinde Esaslı Değişiklik, 62; **Başterzi**, Feshe Karşı Koruma, 63; **Aydın**, Değişiklik Kayıtları, 61; **Doğan Yenisey**, Tek Taraflı Değişiklik, 1178-1179; **Baycık**, Yenilik Doğuran Haklar, 188, 193; **Özdemir**, Değişiklik Kayıtları, 32-33; **Uşan**, Değişiklik Feshi, 244; **Civan**, Genel İş Koşulları, 117-119; **Başbuğ**, Yönetim Hakkı, 40-41.

Gerek genel yönetim hakkında gerek genişletilmiş yönetim hakkında, işveren, tek yanlı olarak vereceği talimatlarla işçiyi yönlendirmektedir.¹⁸¹³ Buna karşılık, değişiklik kayıtları her ne kadar “*işverenin genişletilmiş yönetim hakkı*” olarak nitelendirilse de, işverenin (genel) yönetim (talimat verme) hakkıyla aralarında ciddi farklar bulunmaktadır.¹⁸¹⁴

Öyle ki, işverene, değişiklik kayıtlarıyla/genişletilmiş yönetim hakkıyla bahsedilen yetkiler, işverenin (genel) yönetim hakkıyla yapabileceklerini aşmaktadır.¹⁸¹⁵

İşverenin değişiklik kayıtlarına/genişletilmiş yönetim hakkına dayanarak, iş sözleşmesini değiştirmesiyle, (genel) yönetim hakkı arasındaki ayrımı netleştirebilmek için, öncelikle, sözleşmenin içeriğini belirlemek gerekmektedir. Ancak bu noktadan sonra, işverenin talimat verme hakkını mı kullandığı yoksa iş sözleşmesinde değişiklik yapmak mı istediği sorusu cevaplanabilir.¹⁸¹⁶

İşveren, (genel) yönetim hakkına dayanarak vereceği talimatlarla iş sözleşmesinin içeriğini somutlaştırmaktadır. Oysa, işveren, değişiklik kayıtlarına/genişletilmiş yönetim hakkına dayanarak, işçinin iş sözleşmesinde tek yanlı olarak değişiklik yapmaktadır.¹⁸¹⁷

¹⁸¹³ **Alp**, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, 251; **Baycık**, Yenilik Doğuran Haklar, 192. Doktrinde *Alpagut*, yatay olarak düzenleme yapma imkanı veren yönetim hakkının genişletilmesi yoluyla, işverene aynı zamanda dikey düzenleme yetkisinin verildiğini ifade etmektedir. Bu yönde bkz. **Alpagut**, İş Sözleşmesinde Esaslı Değişiklik, 59.

¹⁸¹⁴ Doktrinde *Preis*, işverenin genişletilmiş yönetim hakkını *gerçek ve gerçek olmayan genişletilmiş yönetim hakkı* olarak ikiye ayırarak incelemektedir. Gerçek olmayan genişletilmiş yönetim hakkı, GewO § 106’nın içeriğinin tekrarından/özetinden başka bir anlam taşımamaktadır. Buna karşılık, gerçek genişletilmiş yönetim hakkı, işverene, iş görme borcunun türünü, yerini ve zamanını belirleme hakkı olan genel yönetim hakkından daha kapsamlı bir imkan sunmaktadır. Gerçek genişletilmiş yönetim hakkında, işveren, değişiklik kayıtlarıyla normal yönetim hakkının ötesine geçen talimatlar verme hakkına sahip olmaktadır. Örneğin, Bay H, makine tamir ustası olarak çalışmaktadır. İşveren, işçiye, bilgi ve tecrübelerine uygun eşit değerde başka bir iş ve ücret vermeye yetkidir. İşveren, işçiye genel yönetim hakkı kapsamında ücretinde bir değişiklik olmadan eşit değerde başka işlerde çalışması yönünde talimat verebilir. Ayrıca, işveren, genel yönetim hakkı kapsamında, işçiyi, şirket içinde çalıştığı bir kattan başka bir kata geçirebilir. İşveren, böyle bir değişiklik için, sözleşmede özel bir kayda ihtiyaç duymaz. Buna karşılık, örneğin, işverenin, personel yöneticisi olarak çalışan işçi H’yi, daha düşük ücretle daha düşük bir işte çalışması yönünde verdiği talimat gerçek genişletilmiş yönetim hakkı kapsamında incelenip sıkı bir içerik denetimine tabi tutulmalıdır. Bu yönde bkz. **Preis/Genenger**, Rn. 971-975; **ErffK/Preis** GewO § 106 Rn. 17-18; **Preis**, Weisungsrecht, 17-18.

¹⁸¹⁵ **Alp**, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, 251; **Baycık**, Yenilik Doğuran Haklar, 191.

¹⁸¹⁶ **Wank**, NZA-Beil, Rn. 43.

¹⁸¹⁷ **Wank**, NZA, Beil, Rn. 42-43; **Alp**, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, 251-252.

İlaveten, değişiklik kayıtlarının hukuka uygun olarak kullanılması için öngörülen denetim, yönetim hakkının hukuka uygun kullanımı için getirilen denetimden çok daha sıkıdır.¹⁸¹⁸

İşverenin yönetim hakkının değişiklik kayıtlarıyla genişletilmesinin dayanağını da iş sözleşmesi ve sözleşme özgürlüğü oluşturmaktadır. Değişiklik kayıtları, sözleşmeyle işverene çalışma koşullarında tek taraflı belirleme ve değişiklik yapma yetkisi bahsettiği için, değişiklik kayıtlarının hukuki niteliğinin (değiştirici) yenilik doğuran hak olduğu belirtilmelidir.¹⁸¹⁹

Ancak, değişiklik kayıtlarıyla iş ilişkisinin temel unsurları değiştirilerek, var olan iş ilişkisi ortadan kaldırılarak, yeni bir sözleşme ilişki kurulamaz.¹⁸²⁰ Değişiklik kayıtları, yeni bir iş ilişkisi kurulmasına yol açacak nitelikte bir değişiklik yapma yetkisi bahsetmez.¹⁸²¹

İşveren, değişiklik kayıtlarına dayanarak dilediği her türlü değişikliği yapma hakkına sahip değildir. Bir iş ilişkisinde sosyal güç konumunda olan işveren karşısında, daha zayıf durumda olan işçinin, değişiklik kayıtlarına karşı savunmasız bırakılması İş Hukukunun amacıyla bağdaşmamaktadır. Bu anlamda, değişiklik kayıtlarının işçiler açısından bağlayıcı olabilmesi için söz konusu kayıtların hukuka uygun olması şarttır.

Dolayısıyla, değişiklik kayıtlarının *içerik ve kullanım/hakkaniyet denetimine* tabi tutulması gerekir. Öncelikle, içerik denetimiyle kullanım/hakkaniyet denetimi arasındaki ayrımı incelememiz yerinde olacaktır.

Kullanım/hakkaniyet denetimi, içerik denetiminden daha geniş bir kapsama sahiptir. Öyle ki, tarafların müzakere ederek karşılıklı anlaşmayla akdettikleri bireysel iş sözleşmesinde yer alan değişiklik kayıtları ile toplu iş sözleşmesindeki değişiklik kayıtları, doğruluk güvencesine sahip sözleşme hükümleri oldukları için içerik denetimine tabi

¹⁸¹⁸ **Baycık**, Yenilik Doğuran Haklar, 192.

¹⁸¹⁹ **Alp**, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, 252-253; **Şen**, Çalışma Koşullarında Değişiklik, 99; **Uşan**, Değişiklik Feshi, 245; **Baycık**, Yenilik Doğuran Haklar, 192. Bununla birlikte, doktrinde *Baycık*, değişiklik kayıtlarının yönetim hakkını genişlettiğinden ziyade, bağımsız bir yenilik doğuran hak olarak nitelendirilmelerinin daha uygun olacağı görüşündedir. Bu yönde bkz. **Baycık**, Yenilik Doğuran Haklar, 192.

¹⁸²⁰ **ErfK/Oetker** KSchG § 2 Rn. 14.

¹⁸²¹ **Hromadka/Maschmann**, 528; **Şen**, Çalışma Koşullarında Değişiklik, 99.

değildirler.¹⁸²² Ancak, içerik denetimine tabi olmayan iş sözleşmesi kayıtları da kullanım/hakkaniyet denetimine tabidir.¹⁸²³

Kullanım/hakkaniyet denetiminde amaç, işverenin bu hakkını hukuka uygun kullanıp kullanmadığını denetlemektir.¹⁸²⁴ İçerik denetiminde, sözleşmedeki hükmün geçerli olarak doğup doğmadığı araştırılmaktadır. Geçerlilik denetiminden geçmiş bir hakkın, dürüstlük kurallarına göre ileri sürülüp sürülmediği, bir başka ifadeyle, somut olay adaleti, kullanım/hakkaniyet denetiminin konusunu oluşturmaktadır.¹⁸²⁵ Zira, kullanım denetiminde, işverenin değişiklik hakkını dürüstlük kurallarına uygun kullanıp kullanmadığı denetlenmektedir.

Aşağıda, bireysel iş sözleşmelerinde yer alan değişiklik kayıtlarıyla genel iş koşullarında yer alan değişiklik kayıtlarının geçerli olup olmadığı incelenecektir. Bu inceleme neticesinde de, değişiklik kayıtlarının geçerli bir şekilde doğduğu ve işverence hukuka uygun kullanıldığı sonucuna varılırsa, işçi, işverenin değişiklik kayıtlarına istinaden verdiği talimatlarla uymakla yükümlü olacaktır.

a. Bireysel İş Sözleşmelerinde Yer Alan Değişiklik Kayıtları ve Geçerliliği

Sorunu

Bireysel iş sözleşmesinden kastımız; işçi ve işverenin karşılıklı müzakere ederek içeriğini ve koşullarını belirleyebildiği iş sözleşmesidir. Bu nedenle, bireysel iş sözleşmelerinde tarafların anlaşarak üzerinde uzlaşmaya vardıkları değişiklik kayıtlarının geçerli olduğu sonucuna varılmalıdır. Tip iş sözleşmesi niteliği taşımayan bireysel iş sözleşmesi hükümleri, Türk Borçlar Kanunu hükümlerine göre içerik denetimine tabi tutulamaz. Zira, içerik denetimi, emredici hukuk kurallarına, kişilik haklarına ve ahlaka aykırı

¹⁸²² Wank, NZA- Beil, Rn. 46.

¹⁸²³ Alp, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, 401.

¹⁸²⁴ Baycık, Nakil Yetkisi, 490.

¹⁸²⁵ Atamer, 176-177.

olmamakla birlikte, önceden tek yanlı olarak hazırlanmış, taraflar arasındaki menfaat dengesini dürüstlük kurallarına aykırı şekilde işçi aleyhine bozan sözleşme koşullarının ve genel iş koşullarının denetlenmesi işlemidir.¹⁸²⁶

Tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla akdettikleri bireysel iş sözleşmesi hükümlerini içerik denetimine tabi tutmak ve hatta bunun sonucunda geçersiz saymak tarafların özgür iradelerine müdahale niteliği taşımaktadır.¹⁸²⁷

Dolayısıyla, işveren, tip iş akitleri dışında kalan bireysel iş sözleşmelerindeki değişiklik kayıtlarında yer alan hakkını, doğruluk ve dürüstlük kurallarına uygun şekilde kullanmalı ve dar yorumlamalıdır.¹⁸²⁸ Nitekim, yukarıda da belirttiğimiz üzere, içerik denetimine tabi olmayan iş sözleşmesi kayıtları da kullanım/hakkaniyet denetimine tabidirler.

Kullanım/hakkaniyet denetiminde, işverenin kendisine tanınan yetkiyi, doğruluk ve dürüstlük kurallarına uygun kullanıp kullanmadığı, eşitlik ilkesine uyup uymadığı, işçiyi gözetme borcuna riayet edip etmediği, ölçülü ve hakkaniyete uygun hareket edip etmediği denetlenmektedir.¹⁸²⁹

Örneğin, Alman Hukukunda GewO § 106/1'e göre, işveren talimat verme hakkını hakkaniyete uygun takdir yetkisine göre kullanmalıdır. Doktrinde, işverenin sadece talimat verme hakkını değil, sözleşmede yer alan değişiklik kayıtlarını da GewO § 106 ve edimin tek yanlı düzenlenmesi hususunu düzenleyen BGB § 315 uyarınca hakkaniyete uygun şekilde kullanması gerektiği ifade edilmektedir. Zira her iki durumda da işveren, tek yanlı belirleme yapmaktadır.¹⁸³⁰

¹⁸²⁶ **Süzek**, Genel İş Koşulları, 8; **Ertürk**, Genel İş Koşulları, 112-113; **Alp**, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, 245-246, 280; **Civan**, Genel İş Koşulları, 54-55; **Civan**, Değişiklik Kayıtları, 784; **Atamer**, 73.

¹⁸²⁷ **Baycık**, Yenilik Doğuran Haklar, 214-215.

¹⁸²⁸ **Süzek**, Değişiklik Feshi, 18; **Civan**, Değişiklik Kayıtları, 784; **Yıldız**, Sözleşmesel Kayıtlar, 137-138; **Baycık**, Yenilik Doğuran Haklar, 214; **Ertürk**, Genel İş Koşulları, 114; **Aydın**, Değişiklik Kayıtları, 65; Aksi yönde **Yıldız**, Sözleşmesel Kayıtlar, 137.

¹⁸²⁹ **Alp**, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, 404-405; **Civan**, Değişiklik Kayıtları, 807; **Aydın**, Değişiklik Kayıtları, 65; **Baycık**, Nakil Yetkisi, 492.

¹⁸³⁰ **Lakies**, Rn. 5; **Wank**, NZA-Beil, Rn. 49.

Örneğin, işveren, iş sözleşmesinde yer alan nakil yetkisini, işçinin yasal şikayet hakkına başvurması nedeniyle kullanmışsa, burada, işverenin verdiği talimat dürüstlük kurallarıyla bağdaşmadığı için geçerli olmayacaktır. Benzer şekilde, işveren, değişiklik kayıtlarını işçiyi cezalandırma amacıyla kullanmamalıdır.

Değişiklik kayıtlarının kullanım/hakkaniyet denetiminin en önemli ayağını ölçülülük ilkesi ve hakkaniyete uygunluk oluşturmaktadır.¹⁸³¹

Ölçülülük denetimi konusunda *Söllner*'in özgün düşüncelerine kısaca da olsa değinmek istiyoruz: İşçi, iş görme edimini bağımlılık ilişkisi içinde işverene karşı yerine getirmekle yükümlüdür. Dolayısıyla, işveren konumu gereği, işçi karşısında “*sosyal güç*” (*soziale Macht*) olarak belirlemektedir. İşçinin, işverene bağımlı olması halinin paralellik gösterdiği bir diğer durum ise devletle birey arasındaki ilişkilerde görülmektedir. Devlet, bireyler karşısında kamu gücü konumunda iken; işveren de işçiler karşısında sosyal güç olarak durmaktadır. İşverenin, tek yanlı kararlarıyla, işçinin hukuki alanında değişiklik yapabilmesi, idarenin tek yanlı işlemlerine -idari işlemlere- benzemektedir. İdarenin tek yanlı işlemleri olan idari işlemler nasıl bir denetime tabiyse, işverenin tek yanlı olarak verdiği kararlarla işçinin hak alanında yarattığı değişikliklerin de denetime tabi tutulması gereklidir. Bu denetim ise, ölçülülük, eşitlik, haklı güvenin korunması, temel haklara uygunluk gibi ilkelere göre yapılmalıdır.¹⁸³²

İşveren, değişiklik hakkını kullanırken, sadece işyerinin değil, işçinin menfaatlerini de göz önünde bulundurmalıdır. Bu bağlamda, menfaat karşılaştırması yapılmalı, işverenin değişiklikten elde ettiği yararlar işçinin uğraması olası zararları arasında makul bir orantının olup olmadığı incelenmelidir. İlaveten, işçinin yaşı, meslek ve özel yaşamı ve ailevi sorumlulukları, çocuklarının okul durumu, işçide çalışma koşullarının değiştirilmeyeceği

¹⁸³¹ Alp, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, 406.

¹⁸³² Söllner, 130-131.

yanında yaratılan haklı güven¹⁸³³ gibi hususlar da dikkate alınmalıdır. Ayrıca, ölçülülük denetiminde, işçinin kişilik hakları, yerleşme ve seyahat özgürlüğü, aile yaşamına saygı gösterilmesi gibi temel haklarının da gözetilmesi gerekmektedir.¹⁸³⁴

Örneğin, Alman Federal İş Mahkemesinin bir kararına göre, Münih'teki bir havayolu şirketinde uçuş ekibinde yer alan davacı kadın işçi, işverenlik tarafından, hamileliğinin altıncı ayından itibaren Berlin-Tegel Havaalanında yer hizmetlerinde görevlendirilmiştir. Davacı kadın, ailesiyle birlikte Münih'te ikamet etmektedir. Davalı şirket, işçiye her hafta Münih'e gidip gelebilmesi için ücretsiz uçak veya tren bileti temin etmeye söz vermiştir. Davacı işçinin bu değişikliği kabul etmemesi üzerine, uyuşmazlık yargı önüne taşınmıştır. Mahkeme, hamileliğinin altıncı ayındaki işçinin, trenle en az altı-yedi saat süren bir yolculuğu yapmasını gerektiren işyeri değişikliğini, hakkaniyete aykırı bulmuştur.¹⁸³⁵

b. Genel İş Koşullarında Yer Alan Değişiklik Kayıtları ve Geçerliliği

Sorunu

Genel iş koşulları¹⁸³⁶, işverenin tek taraflı olarak önceden hazırladığı, genel ve soyut nitelikteki kurallar bütünüyle işverenin çalışma süreci içinde tek taraflı fiili davranışlarıyla oluşan işyeri uygulamaları olarak tanımlanabilir.¹⁸³⁷ Genel iş koşullarının kapsamına, tip iş sözleşmeleri¹⁸³⁸, iç yönetmelikler¹⁸³⁹, işyeri uygulamaları¹⁸⁴⁰ ve işverenin genel vaatleri¹⁸⁴¹

¹⁸³³ Söllner, 137-138.

¹⁸³⁴ Söllner, 133-134; Preis/Genenger, Rn. 976.

¹⁸³⁵ BAG, 21.04.1999-5 AZR 174/98, (www.beck-online.beck.de).

¹⁸³⁶ TBK m. 20/1'e göre, "Genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanılmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir. Bu koşulların, sözleşme metninde veya ekinde yer alması, kapsamı, yazı türü ve şekli, nitelendirmede önem taşımaz." Genel iş koşulları, genel işlem koşullarının iş hukukundaki görünümü olarak kabul edilmektedir. Bu yönde bkz. Soyer, Genel İş Koşulları, 26-27.

¹⁸³⁷ Soyer, Genel İş Koşulları, 30-40; Civan, Değişiklik Kayıtları, 784; Civan, Genel İş Koşulları, 49-55; Ertürk, Genel İş Koşulları, 89-90; Süzek, Tip İş Akitleri, 460; Süzek, Genel İş Koşulları, 5.

¹⁸³⁸ Tip sözleşme kavramı, karşılıklı görüşme ve müzakere sonucu kurulmayan sözleşmeleri ifade etmek amacıyla kullanılmaktadır. Genel işlem koşulları, bu sözleşmelerin içeriğini oluşturan sözleşme hükümleri olarak değerlendirilmelidir. Detaylı bilgi için bkz. Civan, Genel İş Koşulları, 60.

girmektedir. Nitekim, bu kaynaklar, genel iş koşulları için aranan; önceden tek yanlı olarak hazırlanma, genel ve soyut olma ve çok sayıda benzer sözleşmede kullanılma amacıyla işverence hazırlanma özelliklerini taşımaktadır.¹⁸⁴²

Uygulamada, tip iş sözleşmeleri veya iç yönetmeliklerde değişiklik kayıtlarına yer verildiği görülmektedir. Türk Borçlar Kanununun 24. maddesinin yürürlüğe girmesinden sonra, değişiklik kayıtlarına genel iş koşullarında yer verilip verilemeyeceği noktasında farklı görüşler ileri sürülmektedir.

Türk Borçlar Kanununun “Değiştirme Yasağı” kenar başlık 24. maddesine göre, *“Genel işlem koşullarının bulunduğu bir sözleşmede veya ayrı bir sözleşmede yer alan ve düzenleyene tek yanlı olarak karşı taraf aleyhine genel işlem koşulları içeren sözleşmenin bir hükmünü değiştirme ya da yeni düzenleme getirmesi veren kayıtlar yazılmamış sayılır.”*

Doktrindeki bir görüşe göre, 24. maddenin açık düzenlemesi karşısında, işverenin tip iş sözleşmelerine veya iç yönetmeliklere, tek taraflı değişiklik yapma hakkını saklı tutan kayıtları koyması hukuken geçerli değildir.¹⁸⁴³ Zira, doktrinde *Süzek*’e göre, İş Kanununun 22. maddesinde genel iş koşullarında sonradan değişiklik yapılmasına ilişkin bir düzenleme yer almasına karşılık, önceden değişik kayıtlarının konulmasına ilişkin bir hüküm öngörülmemiş olduğundan, bu konuda bir boşluk bulunmaktadır. Bu boşluğun ise TBK m. 24’de yer alan emredici kuralla doldurulması gereklidir. TBK m. 24 uyarınca, tip iş akitlerine ve iç

¹⁸³⁹ İç yönetmeliklerin hazırlanması konusunda kurumsal (düzenleyici) sistem ile akdi (sözleşmesel) sistem hakkında detaylı bilgi için bkz. **Süzek**, Tip İş Akitleri, 461-462.

¹⁸⁴⁰ Buna karşılık doktrinde, *Yıldız*, işyeri uygulamalarıyla işçi aleyhine bir yükümlülük oluşturulamayacağı, zira, işyeri uygulamalarının, her zaman işçi lehine olmasından hareketle, genel iş koşulları kavramının içine dahil edilemeyeceği görüşündedir. Yazara göre, genel iş koşulları kavramı, sadece tip iş sözleşmeleri ile iç yönetmeliklerle sınırlı olarak kullanılmalıdır. Bu görüş için bkz. **Yıldız**, Sözleşmesel Kayıtlar, 23; **Yıldız**, Genel İşlem Koşulları, 12. Aksi yönde **Soyer**, Genel İş Koşulları, 44-45; **Mollamahmutoglu/Astarlı/Baysal**, 21; **Civan**, Genel İş Koşulları, 73-77.

¹⁸⁴¹ İşverenin genel vaatleri kavramı, işverenin tek taraflı, yazılı veya sözlü beyanıyla, işyerinde çalışan işçilerin tamamına veya bir kısmına bazı edimler sağlayacağını bildirmesidir. İşverenin genel vaatleriyle, işyeri uygulaması arasındaki fark ise, genel vaatlerin açık bir beyanla yapılmasına karşılık, işyeri uygulamasının sürekli tekrarlanan davranışlarla doğmasıdır. Detaylı bilgi için bkz. **Soyer**, Genel İş Koşulları, 47.

¹⁸⁴² **Soyer**, Genel İş Koşulları, 41-40; **Civan**, Genel İş Koşulları, 59-72; **Ertürk**, Genel İş Koşulları, 91-96.

¹⁸⁴³ **Süzek**, 70; **Süzek**, Genel İş Koşulları, 8; **Yıldız**, Sözleşmesel Kayıtlar, 130-132, 136; **Yıldız**, Genel İşlem Koşulları, 29; **Güzel/Ugan Çetinkaya**, Dürüstlük, 56.

yönetmeliklere değişiklik kayıtlarının konulması halinde, bu kayıtlara TBK m. 22'ye göre kısmi geçersizlik yaptırımını uygulanmalıdır.¹⁸⁴⁴

Buna karşılık, doktrinde, TBK m. 24'ü isabetli bulmayan ve tip iş akitlerine ve iç yönetmeliklere, işçi aleyhine değişiklik kaydı konulabileceğini öne süren diğer görüşlere göre, öncelikle, TBK m. 24'ün, İş Kanununda getirilen esneklik anlayışı ve işçi ve işveren arasındaki menfaat dengesiyle bağdaşmadığı ileri sürülmektedir.¹⁸⁴⁵ Bu hükmün iş ilişkilerine uygulanması durumunda, işverene tanınan tüm değişiklik haklarının yoklukla malul olacağını belirtmektedir. TBK m. 24, işçinin korunması amacı yanında, İş Kanununda gerekli olduğu ölçüde kabul edilen işverene esneklik tanınması amacına aykırı olduğundan, iş hukukunun özellikleriyle bağdaşmayan bu hükmün uygulama alanı bulmayacağı ifade edilmektedir.¹⁸⁴⁶

Benzer yöndeki bir başka görüşe göre, TBK m. 24'teki değiştirme yasağı, iş sözleşmelerinde sürekli borç ilişkisi kuran diğer sözleşmelere göre daha fazla gereksinim duyulan esneklik ihtiyacını ortadan kaldırdığı ve iş hukukunun kendine özgü karakteriyle çeliştiğinden dolayı, gerçek olmayan yasa boşluğu ortaya çıkmakta ve bu alanda uyarlama zorunluluğu doğmaktadır. Ortaya çıkan boşluğun ise TBK m. 25'teki içerik denetimiyle doldurması gereklidir.¹⁸⁴⁷

TBK m. 24'ün iş hukukundaki esneklik¹⁸⁴⁸ fikriyle bağdaşmadığını savunan bir başka görüşe göre de, TBK m. 24 ile İş Kanununun 22/2. maddesi birbiriyle çelişmektedir. İş Kanununun 22. maddesinin 2. fıkrasına göre, taraflar anlaşarak çalışma koşullarını her zaman

¹⁸⁴⁴ **Süzek**, 70.

¹⁸⁴⁵ **Baycık**, Yenilik Doğuran Haklar, 214.

¹⁸⁴⁶ **Baycık**, Yenilik Doğuran Haklar, 214.

¹⁸⁴⁷ **Civan**, Genel İş Koşulları, 133-134. Yazar, uyarlama işleminin sadece işveren lehine, işçinin aleyhine olacak şekilde gerçekleştirileceğinin düşünülmemesi gerektiğini, bu uyarlamanın işçi ve işveren arasındaki dengeyi gözetken bir uyarlama işlemi olduğunu belirtmektedir. Ayrıca, yazara göre, içerik ve kullanım denetiminin bir arada işletilmesi, işçilerin korunması açısından yeterli bir güvence sağlayabilecektir. Bu yönde bkz. **Civan**, Değişiklik Kayıtları, 791.

¹⁸⁴⁸ Buna karşılık, doktrinde *Süzek*'e göre, esneklik, İş Kanununun bütününe hakim olan genel bir esas değildir; tersine, belirli alanlarda bu yönde düzenlemeler öngörülmüştür. İş Hukukunun amacı esneklik ihtiyacına cevap aramaktan çok işçinin korunmasıdır, dolayısıyla, esneklik yönünde bir yorum yapılması isabetli değildir. Bu yönde bkz. **Süzek**, 72; **Yıldız**, Sözleşmesel Kayıtlar, 136-137; **Yıldız**, Genel İşlem Koşulları, 30-31.

değiştirebilirler. Taraflar değişiklik kaydıyla, sözleşmenin kurulması anında bu yetkiyi işverene bırakma konusunda anlaşmışlardır. Bu nedenle de değişiklik kayıtları, içerik ve kullanım denetime tabi tutulmaktadır. Değişiklik kayıtlarını yasaklamak, tarafların anlaşmayla her zaman değişiklik yapabileceğini öngören İş Kanunu m. 22/2'ye aykırılık oluşturmaktadır.¹⁸⁴⁹

Bir diğer görüşe göre de, TBK m. 24'ü, 20 ve devamı maddelerden bağımsız olarak ele almak mümkün değildir. Buna göre, tip iş sözleşmelerinde, işverene çalışma koşullarında değişiklik yapma hakkı veren değişiklik kayıtlarının geçerliliği, TBK m. 21 bağlamında, işçiye açıkça bilgi verilmesi, bunların içeriğini öğrenme imkanının sağlanması ve işçinin de bu koşulları kabul etmesine bağlıdır. Aksi takdirde, genel iş koşulu niteliğindeki değişiklik kayıtları yazılmamış sayılır.¹⁸⁵⁰

Bizim de düşüncemize göre, TBK m. 24 hükmünü, TBK m. 20-25 arasındaki düzenlemelerden bağımsız bir biçimde yorumlamak mümkün olmamalıdır. TBK m. 21'e göre, *“Karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyen karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkanı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır. Aksi takdirde, genel işlem koşulları yazılmamış sayılır.”*

Dolayısıyla, genel iş koşullarının geçerli olabilmesi için, işçiye bu konuda açıkça bilgi verilmeli ve bunun içeriğini öğrenme imkanı sağlanmalıdır. Genel iş koşullarında yer alan değişiklik kayıtları, Türk Borçlar Kanununda genel işlem koşulları için öngörülen yürürlük, yorum ve içerik denetimine tabi olacaktır. Bu şekilde, dürüstlük kurallarına aykırı olarak işçinin durumunu ağırlaştıran değişiklik kayıtlarına karşı işçi korunmuş olacaktır. Ayrıca, genel iş koşullarında yer alan değişiklik kayıtları sadece içerik denetimine değil, her durumda

¹⁸⁴⁹ Alp, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, 415-416.

¹⁸⁵⁰ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 127; Ertürk, Genel İş Koşulları, 104.

kullanım denetimine de tabi tutulmalıdır. Zira, kullanım denetimi ile içerik denetimi birbirini tamamlar niteliktedir.¹⁸⁵¹

Tip iş sözleşmelerinde yer alan veya bireysel iş sözleşmelerinde genel işlem şartı niteliği taşıyan değişiklik kayıtları, TBK m. 20-25’te öngörülen denetimlere tabi tutulmalıdır. Üç aşamalı olarak gerçekleştirilecek denetimde öncelikle, değişiklik kayıtlarının sözleşmenin içeriğine dahil olup olmadığını araştırılmalıdır. Bu nedenle de ilk aşamada, yürürlük denetimi yapılmalıdır. Yürürlük denetiminde, değişiklik kayıtlarının, sözleşmenin tarafları arasında bağlayıcı olarak yürürlüğe girip girmediği incelenmektedir. Genel iş koşulu niteliği taşıyan bu tür kayıtların, sözleşmenin bir parçası haline getirilip getirilmediği belirlenirken, işverence değişiklik kayıtlarının içeriği konusunda işçiye açıkça bilgi verilmesi, işçiye bunları öğrenme olanağının sağlanması ve işçi tarafından pazarlık yapılmadan kabul edilmesi şartları aranmalıdır.¹⁸⁵²

Değişiklik kayıtlarının sözleşmenin içeriğine dahil olduğunun tespit edilmesi durumunda gerek duyulursa ikinci aşama olarak yorum denetimi yapılmalıdır. Yorum denetimi ise, TBK m. 23’te düzenlenmektedir. TBK m. 23’e göre, “*Genel işlem koşullarında yer alan br hüküm, açık ve anlaşılır değilse veya birden çok anlama geliyorsa, düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanır.*” Yorum denetimde amaç, anlamı açık olmayan veya birkaç anlama gelen değişiklik kayıtlarını, işveren aleyhine yorumlayarak işçiyi korumaktır. Genel iş koşullarının yorumlanmasında, dürüstlük kuralı ve güven teorisi ışığında tarafların ortak sözleşme iradesi dikkate alınmalıdır.¹⁸⁵³

Genel işlem koşulları için Türk Borçlar Kanununda öngörülen denetimin üçüncü aşamasını ise, *içerik denetimi* oluşturmaktadır. İçerik denetimiyle, taraflar arasında akdedilen

¹⁸⁵¹ **Civan**, Genel İş Koşulları, 134.

¹⁸⁵² **Ertürk**, Genel İş Koşulları, 100 vd.

¹⁸⁵³ **Atamer**, 123 vd; **Civan**, Genel İş Koşulları, 196 vd; **Baycık**, Yenilik Doğuran Haklar, 202.

sözleşmenin adil bir içeriğe kavuşturulması ve bu yolla sözleşmenin zayıf tarafı olan işçinin korunması amaçlanmaktadır.¹⁸⁵⁴

İçerik denetimi, geniş anlamda içerik denetimi ve dar ve gerçek anlamda içerik denetimi olarak ikiye ayrılmaktadır. Geniş anlamda içerik denetimi, sözleşme hükümlerinin emredici hukuk kurallarına, kişilik haklarına, ahlaka, kamu düzenine aykırı olup olmadığının tespit edilmesi amacıyla gerçekleştirilmektedir. Genel iş koşulu niteliği taşıyan TBK m. 27/1'e aykırı olan tüm iş akitleri geçersizdir.¹⁸⁵⁵

Dar ve gerçek anlamda içerik denetimi ise, emredici kurallara, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı olmayan sözleşme hükümlerinin, taraflardan birinin aleyhine sözleşmede olması gerekli menfaat dengesini ve adaletini aşırı ölçüde bozan koşullarının geçersiz sayılmak suretiyle, hakkaniyete uygun ve adil bir içeriğe kavuşturulması işlemidir. Dar ve gerçek anlamda içerik denetiminin amacı, sözleşme adaletini sağlamak ve sözleşme özgürlüğünü gerçek anlamda yaşama geçirmektir.¹⁸⁵⁶

Türk Borçlar Kanununun 25. maddesine göre de, “*Genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz.*” İçerik denetiminde, değişiklik hükümlerinin, işçinin aleyhine, onun durumunu önemli ölçüde ağırlaştıran bir niteliğe sahip olup olmadığı araştırılmaktadır.

Eğer değişiklik kayıtları, dürüstlük kurallarına aykırı olarak taraflar arasında önemli ölçüde bir dengesizlik yaratıyorsa, yasal düzenlemenin amacıyla bağdaşmıyorsa veya değişiklik kaydı açık ve anlaşılır bir şekilde yazılmamışsa, işverene sınırsız bir değişiklik yapma imkanı tanıyorsa, sözleşme adaletini önemli ölçüde bozan bu tür değişiklik kayıtlarına

¹⁸⁵⁴ **Civan**, Genel İş Koşulları, 210.

¹⁸⁵⁵ **Süzek**, Tip İş Akitleri, 468.

¹⁸⁵⁶ **Süzek**, 68; **Alp**, İçerik Denetimi, 40-41; **Civan**, Genel İş Koşulları, 211-212; **Baycık**, Yenilik Doğuran Haklar, 203, dn. 713; **Ertürk**, Genel İş Koşulları, 100-102.

TBK m. 27/2 uyarınca *kısmi geçersizlik* yaptırımı uygulanacaktır. Dolayısıyla, geçersiz olan sözleşme koşulları dışındaki sözleşme hükümleri, geçerliliğini koruyacaktır.¹⁸⁵⁷

Yapılacak denetim neticesinde, değişiklik kayıtlarının geçerli olduğuna sonucu varılacak olursa, işçi, işverenin bu kayda istinaden verdiği talimatı yerine getirmekle yükümlü olacaktır. Eğer işçi, hukuka uygun bir değişiklik kaydına istinaden verilen talimata uymazsa bu durum işçinin iş görme borcuna aykırılık oluşturacaktır.

Bu açıklamalarımızdan hareketle, aşağıda, ücret, işçinin gördüğü işin niteliği, çalışma süreleri ve çalışma yeri gibi farklı çalışma koşulları açısından getirilen değişiklik kayıtları ve bunların geçerli olup olmadıkları hususu incelenecektir.

c. Farklı Çalışma Koşulları Açısından Değişiklik Kayıtları

aa. Ücrette Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kayıtlar

İş sözleşmesinin objektif esaslı unsurunu oluşturan ücret, işçinin iş görme borcunun da karşılığıdır. İşçinin ve ailesinin yegane geçim kaynağını oluşturan ücretin değiştirilmesine ilişkin sözleşmede yer alan kayıtların geçersiz olduğu kabul edilmelidir. Öyle ki, İş

¹⁸⁵⁷ **Süzek**, 69; **Civan**, Değişiklik Kayıtları, 792. Öte yandan, değişiklik kayıtlarının geçersiz olduğu sonucuna varıldığında, kısmi geçersizliğin nasıl uygulanacağı sorusu cevaplanmalıdır. TBK m. 27/2 tam geçersizlikle kısmi geçersizliği esas almakta olup, kısmi geçersizliğin türleri hakkında bir hususu içermemektedir. Basit kısmi geçersizlikte, sadece geçersizlikten etkilenen sözleşme hükümleri hukuken bir değer taşımaz iken, sözleşmenin geri kalan hükümleri ayakta kalmaya devam etmektedir. Burada, sözleşmenin tamamlanması, yeni şartlara uyarlanması veya tahvili söz konusu değildir. Genel işlem koşullarının geçersizliği halinde uygulanabilecek bir yaptırım türü olan değiştirilmiş kısmi geçersizlikte ise, sözleşmenin sakat olan hükümleri yerine ikame bir kuralın geçirilmesiyle, sözleşmenin olabildiğince ayakta tutulması amaçlanmaktadır. Burada, ihlal edilen norm ile geçersiz sayılan değişiklik kaydının sözleşmede nasıl bir boşluk yarattığı incelenmelidir. Eğer değişiklik kaydının yerine uygulanabilecek bir normun yaratılması mümkünse, değiştirilmiş kısmi geçersizlik, aksi halde basit kısmi geçersizlik yaptırımı uygulanmalıdır. Değişiklik kayıtları bakımından hakimin değiştirilmiş kısmi geçersizlik yaptırımını uygulaması mümkünse, bu yolu tercih ederek, değişiklik kayıtlarını işçinin kişilik haklarını veya Anayasal temel hak ve özgürlüklerini ya da ekonomik geleceğini koruyacak şekilde gözeterek uyumazlığı çözmesi gerekir. Ancak, hakimin, değişiklik kaydını hukuka uygun şekilde sınırlama olanağı bulunmuyorsa, basit kısmi geçersizlik yaptırımının uygulanması gerekir. Örneğin, değişiklik kaydı, işverene sınırsız bir değişiklik yapma yetkisi veriyorsa ve hakim tarafından hukuka uygun şekilde sınırlandırılması mümkün değilse, kısmi geçersizlik yaptırımı uygulanmalıdır. Detaylı bilgi için bkz. **Alp**, İçerik Denetimi, 43-44; **Baycık**, Yenilik Doğuran Haklar, 216-217; **Civan**, Genel İş Koşulları, 315-318; **Ertürk**, Genel İş Koşulları, 105-106; Aksi yönde bkz. **Yıldız**, Sözleşmesel Kayıtlar, 132-133.

Kanununun 62. maddesi, işçi ücretinde herhangi bir nedenle -örneğin, iş sözleşmesine veya iç yönetmeliklere ücrete ilişkin değişiklik kaydı konulması gibi-indirim yapılmasını engellemektedir.¹⁸⁵⁸

Kanunun 62. maddesine göre, “*Her türlü işte uygulanmakta olan çalışma sürelerinin yasal olarak daha aşağı sınırlara indirilmesi veya işverene düşen yasal bir yükümlülüğün yerine getirilmesi nedeniyle ya da bu Kanun hükümlerinden herhangi birinin uygulanması sonucuna dayanılarak işçi ücretlerinden her ne şekilde olursa olsun eksiltme yapılamaz.*”

Bu hüküm, her ne kadar iş sözleşmesine veya iç yönetmeliklere ücrete ilişkin değişiklik kayıtlarının konulmasını doğrudan yasaklamasa da, hükmün amacının, işçinin her türlü tek taraflı ücret değişikliklerine karşı korunması olduğu söylenebilir.¹⁸⁵⁹

İlaveten, işçinin, ücretinin işverence tek yanlı olarak indirilmesine uzun süre sessiz kalmasının, durumu iş şartı haline dönüştürdüğünü kabul etmek de kanımızca mümkün değildir. İşçinin, iş ilişkisi içinde, ücretinin düşürülmesine itirazda bulunması, işsizliğin çok yaygın olduğu ve ekonomik sıkıntıların yaşandığı dönemlerde gerçekçi bir ihtimal olarak gözükmemektedir.

Dolayısıyla, işçinin, ücretinin düşürülmesine ses çıkaramamasını, bu yöndeki tek yanlı esaslı değişikliği zımnen kabul ettiği şeklinde yorumlamak ise hakkaniyetle ve sosyal gerçeklerle bağdaşmayacaktır.

Yargtayın aksi yöndeki bazı kararlarına karşın¹⁸⁶⁰, 2020 yılında verdiği oldukça güncel bir kararı, işçinin, ücretinin işverence tek yanlı değiştirilmesine sessiz kalmasının, bu durumu iş şartı haline getirmeyeceğini açıkça ortaya koymaktadır.

Gerçekten de Yüksek Mahkemenin kararına göre, “*Dosya içeriğine göre; davacı işçilere 2011 yılına kadar ikramiye ödendiği tarafların kabulündedir. Yerel Mahkemece*

¹⁸⁵⁸ Ertürk, Genel İş Koşulları, 106-107; Süzek, Değişiklik Feshi, 19; Civan, Değişiklik Kayıtları, 793.

¹⁸⁵⁹ Civan, Değişiklik Kayıtları, 793.

¹⁸⁶⁰ Y9HD, 13.09.2001, E. 2001/9759, K. 2001/13645 ve kararın eleştirisi için bkz. Şen, İşyeri Uygulamaları, 1-17.

ikramiye ödemesinin ihale şartnamesinden çıkarıldığı, son üç yıldır da işçilere ikramiye ödenmediği, bu durumun işyeri kuralı haline geldiğinden bahisle talebin reddine karar verilmiştir. 4857 Sayılı İş Kanununun 22. maddesindeki prosedüre uyulmadan ve işçinin yazılı muvafakati olmadan ücret ve diğer haklarda indirimle gidilmesi yasal olmadığından davacının ikramiye alacağı talebinin hüküm altına alınması gerekirken yazılı gerekçe ile reddi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir.”¹⁸⁶¹

O halde, işçinin ücretinde indirim yapılmasına ilişkin saklı tutma/değişiklik kayıtlarının kural olarak geçersiz olduğu belirtilmelidir. Bununla birlikte, ücrete ilişkin getirilen *bağlayıcı olmama* ve *geri alma kayıtlarının* ise sınırlı bir alanda geçerli olduğu kabul edilebilir. Ancak, kanımızca burada iş görme ediminin doğrudan karşılığını oluşturan ücret ile tamamen sosyal yardım amacıyla yapılan ödemeler arasında bir ayrımı gidilmelidir.

İş görme ediminin doğrudan karşılığını oluşturan ücret açısından değişiklik kayıtlarının geçersiz olduğu kabul edilmelidir. Zira, aksinin kabulü, İş Kanunu m. 22’nin dolanılmasına ve işçinin istifaya zorlanmasına yol açabilecek niteliktedir. Eğer, işveren, iş görme ediminin doğrudan karşılığını oluşturan ücrette indirimle gitmek isterse, bunu ancak İş Kanununun 22. maddesindeki prosedürü işleterek gerçekleştirmek zorundadır. Buna karşılık, iş görme ediminin doğrudan karşılığını oluşturmayan ve aslında sosyal yardım amacı taşıyan ayni ve nakdi ödemelerde ise *sınırlı bir ölçüde* değişiklik kayıtlarının geçerli olduğu kabul edilebilir.¹⁸⁶²

İş görme ediminin doğrudan karşılığını oluşturan ödemeler ile tamamen sosyal yardım amacıyla yapılan ödemeler arasındaki ayrımı yapmak ise güçlük arz etmektedir. Düzenli ödemeler ile işçiye dönemsel olarak ödenen ücret ekleri ve ayni yardımlar, doğrudan görülen işin karşılığıdır. İşveren tarafından ödenen ücret, işin görülmesinin karşılığının verilmesinden başka bir amaç gütmüyorsa, ücret, doğrudan görülen işin karşılığıdır.

¹⁸⁶¹ Y9HD, 04.02.2020, E. 2016/12390, K. 2020/1393, KİBB.

¹⁸⁶² **Baycık**, Yenilik Doğuran Haklar, 219-220; **Civan**, Değişiklik Kayıtları, 794.

Bununla birlikte, çocuk parası, doğum ve evlenme yardımı, jübile ikramiyeleri, yılbaşı-bayram nedeniyle yapılan nakdi ve ayni yardımlar ise doğrudan iş görme ediminin karşılığını oluşturmayan ücret ekleri veya sosyal yardımlar olarak nitelendirilebilirler.¹⁸⁶³ Bu ayırmadan hareketle, iş görme ediminin doğrudan karşılığını oluşturmayan ve aslında sosyal yardım amacı taşıyan ayni ve nakdi ödemelerde, değişiklik kayıtlarının *sınırlı* biçimde geçerli olduğu kabul edilebilir. Bu kapsamda, ücrete ilişkin öngörülen bağlayıcı olmama ve geri alma kayıtlarının geçerliliği araştırılmalıdır.

Bağlayıcı olmama kayıtları (Freiwilligkeitsvorbehalt), işçilerin gelecekte hukuki açıdan herhangi bir talepte bulunmalarını, daha başlangıç aşamasında engellemektedir. Bağlayıcı olmama kayıtları sayesinde, işçiler açısından talep hakkı hiç doğmamaktadır.¹⁸⁶⁴ İşveren, sözleşme veya başka kaynaklarda öngörülme-yen bir ödemeyi tek taraflı yapmakta ve gelecekte ödemeyi yapıp yapmamak konusunda özgür olduğunu belirtmektedir.¹⁸⁶⁵ Diğer bir anlatımla, işveren, bağlayıcı olmama kayıtları sayesinde, işçilerin geleceğe yönelik talep haklarını önlemektedir.¹⁸⁶⁶

Bağlayıcı olmama kayıtlarının, içerik denetimine tabi tutulması sonucu geçerli olabilmesi için, bunların doğrudan iş görme ediminin karşılığını oluşturan ücrete ilişkin olmaması gerekir.¹⁸⁶⁷ İş görme ediminin karşılığını oluşturan ücrete yönelik getirilen bağlayıcı olmama kayıtları, ücret ödenmeksizin çalışma sonucunu doğurabileceğinden veya iş sözleşmesinin özünü zayıflatabileceğinden geçersiz sayılmalıdır.¹⁸⁶⁸

¹⁸⁶³ **Alp**, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, 390; **Alp**, Ücret Değişikliği, 25.

¹⁸⁶⁴ **MüKoBGB/Spinner** BGB § 611a Rn. 366.

¹⁸⁶⁵ **Alp**, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, 385.

¹⁸⁶⁶ **Junker**, 139.

¹⁸⁶⁷ **ErfK/Preis** BGB § 310 Rn. 69.

¹⁸⁶⁸ **ErfK/Preis** BGB § 310 Rn. 69.

Ancak, doğrudan iş görme ediminin karşılığını oluşturmeyan (yılbaşı-bayram-jübile ikramiyesi gibi) ek ödemelere yönelik getirilen bağlayıcı olmama kayıtları, kural olarak geçerlidir.¹⁸⁶⁹

İlaveten, bağlayıcı olmama kayıtlarının işçiler açısından geçerli olabilmesi için, bu kayıtların açık ve anlaşılır olması zorunludur. Şeffaflık ilkesini ihlal eden, çelişkili ve belirsiz kayıtlar geçersiz sayılacaktır.¹⁸⁷⁰ Bu anlamda, bağlayıcı olmama kayıtlarının sıkı bir şeffaflık denetimine tabi olması gerekir. İşverenin kullandığı ifadelerin açık ve net olması beklenmektedir. Örneğin, “*gelecekte herhangi bir talep hakkı vermez*” gibi işçilerin gelecekte de taleplerin önüne geçen bir belirlilik aranmaktadır.¹⁸⁷¹

Örneğin, işveren, yeni çocuğu olan işçilere, bir ödeme yapmak ve fakat bunun geleceğe yönelik talep hakkı doğurmasını istemezse, sözleşmeye, “*Çocuğun doğumu halinde çalışanlara 500 TL ödeme yapılır. Bu özel/istisnai ödeme zorunluluk taşımamaktadır. İşçiler açısından geleceğe yönelik herhangi bir talep hakkı doğurmaz. Ödemenin yapılıp yapılmayacağı ise, her somut olayda işverence yeniden değerlendirilir.*” şeklinde bir hüküm koyabilir.¹⁸⁷²

Bazı durumlarda bağlayıcı olmama kayıtları ile geri alma kayıtları birleştirilerek kullanılmaktadır. Örneğin, işveren işçilere yılbaşı ikramiyesi vermek istiyor; ama bunu verirken “*ödemenin geleceğe yönelik yeni bir talep hakkı veremeyeceğini; ancak her zaman için geri alınabileceğini*” belirtiyorsa, böyle bir kayıt çelişkili olduğu ve şeffaflık ilkesini ihlal ettiği için geçersiz olacaktır.¹⁸⁷³

Öte yandan, bağlayıcı olmama kaydı, işverenin gelecekte yapacağı tüm ödemeleri kapsayacak şekilde öngörüldüyse, ödemenin türü ve niteliğine bakılmaksızın getirilen

¹⁸⁶⁹ Schrader/Müller, Rn. 149; Junker, 139; Civan, Değişiklik Kayıtları, 795; Alp, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, 386.

¹⁸⁷⁰ Preis/Deutzmann, Rn. 106.

¹⁸⁷¹ MüKoBGB/Spinner BGB § 611a Rn. 367; ErfK/Preis BGB § 310 Rn. 68; Preis/Deutzmann, Rn. 106.

¹⁸⁷² Schrader/Müller, Rn. 149.

¹⁸⁷³ Preis/Deutzmann, Rn. 106.

bağlayıcı olmama kayıtları, işçi açısından hakkaniyete aykırı bir durum yarattığından geçersizdir.¹⁸⁷⁴

Bağlayıcı olmama kayıtlarının geçersiz sayılması halinde ise, *basit kısmi geçersizlik* yaptırımını uygulanmalıdır. İşçiler, geçersiz sayılan bağlayıcı olmama kaydına tabi tutulan edimi hukuken talep edebilirler.¹⁸⁷⁵

Ayrıca, bağlayıcı olmama kayıtları, işyeri uygulamalarının ortaya çıkmasına engel olmaktadır.¹⁸⁷⁶ Zira, işyeri uygulamasının varlığından söz edebilmek için, işverence bir menfaatin tek taraflı olarak, işyerindeki tüm işçilere veya işçilerin belli bir bölümüne devamlı olarak sağlanması gerekir. Belirli bir süre tekrarlanan menfaatin, bağlayıcılık kazanarak, işyeri uygulamasına dönüşmesi için ise, işçilerde bu ödemenin kendilerine gelecekte de yapılacağı yönünde kanaat oluşturacak kadar belli bir süre devam etmesi gerekir.¹⁸⁷⁷

Ancak, bir işyeri uygulamasının oluşması için uygulamanın kaç kez tekrar etmesi gerektiği konusunda kesin bir netlik bulunmamaktadır. Bununla birlikte, Alman hukukunda, işverenin tek yanlı davranışının işyeri uygulamasına dönüşmesi için en az üç kez tekrar etmesi gerektiği kabul edilmektedir.¹⁸⁷⁸

İşveren, işçilere belli bir süre, tek taraflı olarak bir ödemede bulunmasına karşılık, bu ödemenin iş şartı haline dönüşmesini istemiyorsa diğer bir anlatımla, işçilerin gelecekte bu ödemenin yapılması konusunda bir talep haklarının olmasını istemiyorsa, vazgeçme hakkını/bağlayıcı olmama kaydını saklı tutabilir.¹⁸⁷⁹

Geri alma kayıtları (Widerrufsvorbehalt) ise, ücretlendirmede esneklik sağlayan araçlardan birisidir. Geri alma kayıtları, iş sözleşmesinin taraflarından birine (işverene), iş

¹⁸⁷⁴ **Preis/Deutzmann**, Rn. 106.

¹⁸⁷⁵ **Civan**, Değişiklik Kayıtları, 797.

¹⁸⁷⁶ **MüKoBGB/Spinner** BGB § 611a Rn. 366; **Junker**, 139; **ErfK/Preis** BGB § 310 Rn. 68; **Alp**, Ücret Değişikliği, 27-28.

¹⁸⁷⁷ **Soyer**, Genel İş Koşulları, 41-44; **Kabakçı**, İş Şartı, 111-112; **Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal**, 22-23; **Şen**, İşyeri Uygulamaları, 9-11; **Senyen Kaplan**, 18; **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, 261-263; **Süzek**, 76-79.

¹⁸⁷⁸ **Junker**, 39.

¹⁸⁷⁹ Buna karşılık, bir ödemenin örneğin ikramiyenin, bağlayıcı olmama kaydı altında, uzun bir süre ve düzenli olarak ödenmesi halinde, işyeri uygulamasının olduğu kabul edilmelidir. **Alp**, Ücret Değişikliği, 28.

sözleşmesinin koşullarında tek yanlı değişiklik yapma hakkı vermektedir. Zira, bağlayıcı olmama kayıtlarının aksine, burada, işverene, işçiye sağladığı bir menfaatten cayma hakkı tanınmaktadır.¹⁸⁸⁰ İşveren, işçiye bir edimi sunmakta ve işçiler de bu edimi geleceğe yönelik olarak talep hakkına sahipken, geri almak kayıtları, işverene, başlangıçta sağlamakla yükümlü olduğu bir ödemeyi sona erdirmeye imkanı sunmaktadır.¹⁸⁸¹ Bu yönüyle de geri alma kayıtları bozucu yenilik doğuran bir hak olarak nitelendirilebilir.¹⁸⁸²

İşçinin iş görme ediminin karşılığını oluşturan ücretin veya ücret eklerinin geri alma kaydına tabi tutulması kanımızca mümkün olmamalıdır. Nitekim, böylesine bir yaklaşım, edim ve karşı edim arasındaki dengenin işçi aleyhine bozulmasına sonucunu doğuracaktır. Dolayısıyla, iş görme ediminin doğrudan karşılığını oluşturan ücretin geri alma kayıtlarına konu edilmesinin geçersiz sayılması gereklidir. İşveren, işçinin ücretinde bir indirim yapma yoluna gitmek istiyorsa, bunu İş Kanununun 22. maddesine dayanarak gerçekleştirmelidir.¹⁸⁸³ Aksinin kabulü, işverenin kötü niyetli uygulamalarının önünü açma tehlikesini barındırmaktadır.

Buna karşılık, doktrinde, sinallagma ilişkisi içinde bulunan ve doğrudan iş görme edimi karşılığında ödenen ücret eklerine son verilebilmesi için; geri alma nedenlerinin özel bir ağırlıkta olması gerektiği ve İş Kanununun 35. maddesi uyarınca ücretin saklı kısmı dışında kalan miktar üzerinden, geri alma kayıtlarının oluşturulabileceğinin kabul edilebileceği ileri sürülmektedir.¹⁸⁸⁴ Diğer bir deyişle, işçinin yıllık ücretinin %75'lik kısmı dışında kalan en fazla %25'nin, geri alma kayıtlarının konusunu oluşturabileceği belirtilmektedir.¹⁸⁸⁵

¹⁸⁸⁰ **Preis/Deutzmann**, Rn. 105; **Alp**, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, 388.

¹⁸⁸¹ **Schrader/Müller**, Rn. 145; **Preis/Deutzmann**, Rn. 105; **Alp**, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, 388; **Junker**, 140.

¹⁸⁸² **Alp**, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, 388; **Alp**, Ücret Değişikliği, 27; **Baycık**, Yenilik Doğuran Haklar, 220, **Civan**, Değişiklik Kayıtları, 797.

¹⁸⁸³ Aksi yönde **Alp**, Ücret Değişikliği, 28-30.

¹⁸⁸⁴ **Alp**, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, 219; **Civan**, Değişiklik Kayıtları, 799.

¹⁸⁸⁵ **Alp**, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, 219; **Civan**, Değişiklik Kayıtları, 799.

Benzer bir yaklaşım Alman hukukunda da kabul görmektedir. Alman Federal İş Mahkemesinin kararlarına göre, işçinin yıllık toplam kazancının %25’ni aşmayan miktar geri alma kayıtlarına konu edilebilir.¹⁸⁸⁶

Geri alma kayıtlarına ilişkin şöyle bir örnek verilebilir: *“İşveren, şirketin yıllık cirosunda %10 ve daha fazla bir düşüş yaşanması durumunda, işçiye bir ay önceden haber vermek koşuluyla, ikramiye ödemesini geleceğe dönük olarak geri alma hakkına sahiptir.”* Geri alma kayıtlarının geçerli olduğunu kabul eden yaklaşıma göre, eğer, işçiye, son on iki ayın toplam kazancının en az %75’i ödendiyse, bu geri alma kaydı geçerlidir.¹⁸⁸⁷ Yine bu görüşe savunanlara göre, geri alma kayıtlarının içerik denetiminde geçebilmesi için, belli bir ağırlıktaki objektif nedenlere bağlanması gerekir. Geri alma kayıtlarına başvurmayı geçerli kılacak nedenler arasında, işletmenin ekonomik açıdan zor durumda olması, beklenen kar marjına ulaşamama, işçinin performansının düşük olması, işçinin davranışları veya sözleşmesel yükümlülüklerini yerine getirmemesi vb. yer almaktadır.¹⁸⁸⁸ İlaveten, geri alma kayıtlarının da şeffaflık ilkesine uygun olarak açık ve belirgin olarak kaleme alınması gereklidir.¹⁸⁸⁹

Buna karşılık, işverenin neden göstermeden istediği zaman veya gerekli gördüğünde ya da maliyetlerin artmasını bahane ederek geri alma kaydına başvurması geçersiz sayılmalıdır.¹⁸⁹⁰

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, kanımızca, işçinin iş görme ediminin doğrudan karşılığını oluşturan ücretin veya ücret eklerinin, geri alma kaydının konusunu oluşturması geçersiz kabul edilmelidir. Burada, işçinin ücretinin saklı kısmının korunarak, saklı kısım

¹⁸⁸⁶ Preis/Deutzmann, Rn. 105; Schrader/Müller, Rn. 149-150; ErfK/Preis BGB § 310 Rn. 58.

¹⁸⁸⁷ Schrader/Müller, Rn. 145.

¹⁸⁸⁸ Preis/Deutzmann, Rn. 105.

¹⁸⁸⁹ ErfK/Preis BGB § 310 Rn. 60.

¹⁸⁹⁰ Civan, Değişiklik Kayıtları, 799.

dışında kalan miktar üzerinden, işverene objektif nedenlere dayanarak, geri alma kaydıyla indirim yapma olanağı verilmesi de geçersiz sayılmalıdır.

Doktrinde de isabetli bir şekilde belirtildiği üzere, İş Kanununun 35. maddesinin amacı, işverene, işçinin ücretinin %25’lik kısmı üzerinde değişiklik yapma hakkı tanımak değildir.¹⁸⁹¹ İş Kanununun 35. maddesine göre, “*İşçilerin aylık ücretlerinin dörtte birinden fazlası haczedilemez veya başkasına devir ve temlik olunamaz. Ancak, işçinin bakmak zorunda olduğu aile üyeleri için hakim tarafından takdir edilecek miktar bu paraya dahil değildir. Nafaka borcu alacaklılarının hakları saklıdır.*” İş Kanununun 35. maddesiyle işçinin ve ailesinin geçimi için gerekli olan ücretin büyük bir kısmı, düzenlemede belirtilen nedenlere karşı koruma altına alınmıştır.

Buna karşılık, iş görme ediminin doğrudan karşılığını oluşturmayan ve aslında tamamen sosyal yardım amacıyla yapılan ayni ve nakdi ödemeler ise geri alma kayıtlarına konu edilebilir.¹⁸⁹² Bu yöndeki geri alma kayıtları açık ve belirgin bir şekilde kaleme alınmış ve şeffaflık ilkesine uygunsa kanımızca geçerli kabul edilmelidir. Ancak, bizce burada da, işverenin geri alma hakkını kullanabilmesi için, belirttiğimiz objektif nedenler bulunmalı ve bunlara dayanarak geri alma kaydı kullanmalıdır.

bb. İşin Niteliğinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kayıtlar

İşçinin yerine getirmekle yükümlü olduğu iş, ücret alacağının da karşılığını oluşturduğundan, iş sözleşmesinin objektif esaslı unsurlarından biri olarak kabul edilmektedir. İşçinin göreceği işin niteliği kural olarak iş sözleşmesinde belirlenmektedir. İş sözleşmesinde işçinin iş görme edimi ne kadar detaylı tanımlanırsa, işverenin yönetim hakkının kapsamı da o ölçüde daralmaktadır. Bu nedenle işveren, iş sözleşmesinde belirlenen iş tanımından farklı bir

¹⁸⁹¹ Baycık, Yenilik Doğuran Haklar, 219.

¹⁸⁹² Benzer yönde Baycık, Yenilik Doğuran Haklar, 220.

iş, işçiye verirse ya da vasıfsız bir işçiyi daha ağır ve olumsuz koşullarda çalıştırmak isterse, bu durum, aleyhe esaslı değişiklik olarak nitelendirilmeli ve İş Kanununun 22. maddesi uygulanmalıdır.

Buna karşılık, işveren, işçiye, görmekte olduğu işe denk, aynı nitelikteki veya mesleki ve kişisel itibarına uygun başka işlerde çalışması yönünde talimat verebilir. İşin niteliğinde bu türde yapılacak değişikliklere ilişkin konulan kayıtların geçerli olduğu kabul edilmelidir. Nitekim burada, işçinin ücretinde değişiklik olmaksızın ve sözleşmeyle belirlenen işe denk benzer bir iş verildiği için, edim-karşı edim arasındaki denge bozulmamaktadır.

Uygulamada, işin değiştirilmesine ilişkin kayıtlarda, “*işçinin niteliklerine uygun*”, “*bilgi ve becerisine uygun ve makul*” veya “*ifası beklenebilir*” işlerde görevlendirilebileceği belirtilmekte ve bu tür düzenlemeler, işverenin değişiklik yapma hakkını sınırlandırdığı için geçerli kabul edilmektedir.¹⁸⁹³

Örneğin, “*İşveren, işçiyi bilgi ve becerisine uygun, makul bir işte görevlendirebilir.*” veya “*İşveren, gerekirse işçiyi, daha önceki eğitimine, iş tecrübesine ve becerilerine karşılık gelen başka bir göreve atama hakkını saklı tutar.*” şeklindeki kayıtlar geçerli kabul edilmektedir.¹⁸⁹⁴ Ancak, özü itibarıyla işverenin, işçinin, işinin niteliğini değiştirebilmesine müsaade eden kayıtlar, işverene geniş bir takdir yetkisi sunmaktadır. Özellikle değişiklik kayıtlarında yer alan, “*işin, işyerinin veya durumun gerekleri*” gibi ifadeler, işverenin kendi başına yaptığı bir değerlendirmeyi gerektirdiği için işverene geniş bir hareket alanı sunmaktadır. Dolayısıyla, yukarıda da belirttiğimiz üzere, işin niteliğinde yapılacak değişiklikler aynı değerdeki/denk işlerle sınırlı olarak yorumlanmalıdır.¹⁸⁹⁵

¹⁸⁹³ **Alpagut**, 22. Maddenin Uygulama Alanı, 61; **Alp**, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, 392; **Civan**, Değişiklik Kayıtları, 801; **Süzek**, Değişiklik Feshi, 19; **Baycık**, Yenilik Doğuran Haklar, 221; **Preis/Genenger**, Rn. 975; **Şen**, Çalışma Koşullarında Değişiklik, 171-172.

¹⁸⁹⁴ **Preis/Genenger**, Rn. 975.

¹⁸⁹⁵ **Preis/Genenger**, Rn. 975.

Öte yandan, işin niteliğinde değişiklik yapılmasına ilişkin kayıtlar konusunda, özellikle üzerinde durulması gereken hususlar, işverenin, işçiye daha düşük değerde veya daha yüksek değerde iş verme hakkını saklı tutmasına ilişkin kayıtlardır.

Doktrinde, işçinin davranışlarından veya yetersizliğinden kaynaklanan nedenlerle işverenin fesih hakkının doğduğu durumlarda, işverene tanınan, işin niteliğinde değişiklik yapma hakkının geçerli olduğu belirtilmektedir. Ancak, işverenin burada, keyfi olarak işçinin işini değiştirme hakkı bulunmamaktadır. Tersine, işveren, kanunda fesih için geçerli veya haklı neden teşkil eden durumların ortaya çıkması halinde, feshi önlemek amacıyla başvurduğu değişiklik kayıtlarının geçerli olduğu sonucuna varılmalıdır. Fesih için geçerli veya haklı nedenlerin ortaya çıkması nedeniyle, işçinin daha düşük değerde bir işte çalışması, ücretinin de bu yeni işe uygun olarak azaltılması sonucunu doğuracaktır. Ayrıca, işçinin daha düşük değerdeki bir işte görevlendirileceğine ilişkin kayıtların geçerli olması için, bu yetkinin geçerli veya haklı fesih nedenlerin doğması halinde kullanılması ve şeffaflık ilkesi gözetilerek açık ve belirgin şekilde kaleme alınması gereklidir.¹⁸⁹⁶

Örneğin, Alman hukukunda, işçinin ücretinin düşürülerek daha düşük değerde bir işte çalışmasına ilişkin değişiklik kayıtlarına sınırlı bir ölçüde cevaz verildiği görülmektedir. İşçiye, daha düşük değerde iş verilebilmesi için, Feshe Karşı Koruma Kanunu (KSchG § 1/2) bağlamında, işletmenin zorunlu ihtiyaçları ile işletmesel ve ekonomik gereklere dayanan haklı nedenlerin bulunması gerekmeli ve işçinin ücretinde, yıllık toplam ücretinin % 20'sinden daha fazla bir azalma meydana gelmemelidir.¹⁸⁹⁷

Kanımızca, işçinin ücreti düşürülerek daha düşük nitelikteki bir işte çalışmasına yönelik kayıtlara geçerlilik tanınmamalıdır. İşçinin, işverence, performans düşüklüğü veya işini yerine getirmesi için gerekli belgeleri yitirmesi (örneğin, şoför olarak çalışan işçinin

¹⁸⁹⁶ **Preis/Genenger**, Rn. 974-975; **Alp**, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, 394; **Baycık**, Yenilik Doğuran Haklar, 221; **Civan**, Değişiklik Kayıtları, 802.

¹⁸⁹⁷ **Preis/Genenger**, Rn. 975.

ehliyetine el konulması vb) gibi nedenlerle, değişiklik kayıtlarına dayanılarak, daha düşük nitelikteki bir işe daha düşük bir ücret karşılığında geçerilmesi, işçi açısından ciddi mağduriyetler doğuracaktır.

Ayrıca, işveren, fesih yoluna gitmek istiyorsa, İş Kanununun 22. maddesine başvurma imkanına her zaman sahiptir. Dolayısıyla, işveren, işçiyi hem daha düşük nitelikte bir işte görevlendirmek hem de ücretini düşürmek istiyorsa, İş Kanunu m. 22'deki usulü işletebilir.

Bununla birlikte, işçiye yaptığı işin ağırlığına göre veya yıpranması nedeniyle iş riski primi veya ikramiye adı altında ek ödemeler veriliyorsa ve fakat işçiye bu ek ödemelerin yapılmasını gerektiren durumlar, sonradan ortadan kalkarsa, işçiye bu ek ödemelerin verilmemesi hukuka uygundur.

Öte yandan, doktrindeki bir görüşe göre, işyerinde yönetici veya şef gibi belli konumlarda çalışan işçilerin yetkilerinin geri alınması, faaliyet alanlarının değiştirilmesi ve daraltılmasında işverenin korunmaya değer bir menfaat olduğu için, işverene, bu yönde bir yetki tanımak ve buna bağlı olarak ücrette meydana gelebilecek azalmaları kabul etmek yerindedir.¹⁸⁹⁸

Benzer şekilde, doktrinde, işverene, işin niteliğinde bir değişiklik yapma hakkı tanınmamış olsa dahi, işverenin, işyerinin yönetimde görev alan ve dolayısıyla “*işveren vekili*” konumunda çalışan işçilerden, temsil yetkisini her zaman geri alabileceği veya sınırlayabileceği ileri sürülmektedir.¹⁸⁹⁹ Bizce de, işveren, TBK m. 42 uyarınca, işveren vekilinden her zaman temsil yetkisini geri alabilir veya bunu sınırlandırabilir. İşverenin, işveren vekilinin temsil yetkisini sınırlandırmak için özel bir değişiklik kaydının varlığına ihtiyacı yoktur. Ancak, burada, temsil yetkisinin işveren vekili konumundaki işçiden geri alınması, işçinin temel ücretinde bir azalmaya neden olmamalıdır.

¹⁸⁹⁸ Alp, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, 394.

¹⁸⁹⁹ Baycık, Yenilik Doğuran Haklar, 222.

İşçinin ücretinde bir azalma olmamasına karşın, işverenin, işçiyi daha düşük nitelikte bir işte görevlendirebileceğine dair kayıtların geçerliliğine ise şüpheyile yakışmalıdır. Zira, işçinin ücretini ekstilmeyen daha düşük nitelikteki her iş, işçi açısından daha rahat veya daha az yorucu olacağı anlamına gelmemektedir.

İşverenin, işçiyi daha düşük değerde bir işte görevlendirmesi nedeniyle, işçinin bilgi ve tecrübeleri, mesleki gelişimi ve sosyal statüsü olumsuz yönde etkilenebilir. Dolayısıyla, işverenin, işçiyi ücretinde bir azalma olmaksızın daha düşük nitelikte bir iş verebileceğine dair kayıtların geçerliliği, işçinin onuru, mesleki gelişimi, bilgi ve tecrübesi ile sosyal statüsü gözetilerek değerlendirilmelidir.

Ayrıca işverenin, işçiyi, her işi gördürebileceğine yönelik kayıtlara da geçerlilik tanınmamalıdır. İşçiyi belirsizliğe sürükleyen, şeffaf olmayan, işçiyi istifaya dahi zorlayabilecek değişiklik kayıtlarına karşı, işçinin korunması gereklidir. Örneğin, ücret aynı kalsa bile, muhasebe bölümünde çalışan işçinin temizlik işine verilmesi, ustabaşı olarak çalışan işçinin yükleme işinde görevlendirilmesi, vasıflı bir işçinin vasıfsız bir işçinin yaptığı işe verilmesi¹⁹⁰⁰ gibi değişiklik kayıtlarına dayanan değişiklikler geçerli kabul edilmemelidir.¹⁹⁰¹

Bu tür değişiklik kayıtları, içerik denetimi ışığında, dürüstlük kurallarına aykırı şekilde işçinin aleyhine çalışma koşullarını ağırlaştırmaktadır. Ayrıca, bu tür değişiklik kayıtlarının kullanım denetimine de tabi tutularak, dürüstlük kurallarına ve eşit davranma borcuna uygun kullanılıp kullanılmadığı, bu değişikliklerle işçinin cezalandırılmak istenip istenmediği de araştırılmalıdır.¹⁹⁰²

¹⁹⁰⁰ Yargıtayın bir kararına göre, “*Somut uyumsuzlukta davalı işveren beyaz yakalı davacıya, mavi yakalı işçilerin yaptığı stokta bekleyen ürünlerin nakliye araçlarına yüklenmesi işi yapması istenmiş, davacı ise bunu kabul etmemiştir. Bu görevlendirme davacının iş şartlarında esaslı değişikliktir.*” Y9HD, 05.11.2015, E. 2015/29765, K. 2015/31435, KİBB.

¹⁹⁰¹ **Alp**, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, 392; **Civan**, Değişiklik Kayıtları, 804; **Lakies**, Rn. 5

¹⁹⁰² **Lakies**, Rn. 5; **Civan**, Değişiklik Kayıtları, 804; **Preis/Genenger**, Rn. 976.

İşin niteliğinde değişiklik yapılmasına ilişkin kayıtlardan birini de, işçinin daha yüksek değerde bir işte görevlendirilmesi oluşturmaktadır. İşçiye, daha yüksek değerde bir iş verilmesi durumunda, ücretinde de buna bağlı olarak bir artış öngörülmüşse, edim-karşı edim arasındaki denge korunacağı için, bu tür kayıtlara kural olarak geçerlilik tanınmaktadır.

Ancak, bu tür kayıtların da geçerlilik denetimine tabi tutulması gerekmektedir. Zira, bazı durumlarda, işçinin talebi olmadan kendisine daha yüksek değerde bir iş verilmesi, işçinin bilgi ve tecrübesini aşabilir veya işçiye daha ağır sorumluluklar yükleyebilir. Bu gibi hallerde ise, değişiklik kayıtları, işçinin menfaatlerini dürüstlük kurallarına aykırı şekilde ihlal edebilir.

Dolayısıyla, bu tür kayıtların da, şeffaf biçimde, açık ve belirgin olarak kaleme alınması ve işçi açısından öngörülebilir olması gerekmektedir. İşçi, hangi objektif durumlarda kendisine daha yüksek değerde bir iş verilebileceğini bilmelidir.¹⁹⁰³ Öte yandan, işçiye daha yüksek değerde bir iş verilmesine karşın, ücretinde bir artış yapılmıyorsa, bu durum, dolaylı olarak ücrette indirim yapıldığı anlamına gelmektedir. Edim-karşı edim arasındaki denge bozulduğu için de, bu tür değişiklik kayıtlarının geçersiz olduğu sonucuna varılmalıdır.¹⁹⁰⁴

cc. Çalışma Süresinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kayıtlar

Çalışma sürelerine ilişkin değişiklik kayıtları, çalışma süresinin azaltmasına veya arttırılmasına olanak tanıyan kayıtlar olarak ikili bir ayrıma tabi tutularak incelenebilir.

Çalışma süresi, her ne kadar iş sözleşmesinin objektif esaslı unsuru olarak nitelendirilmese de, çalışma süresinde yapılacak bir değişiklik, işçinin ücretini etkileyebileceğinden, bu değişiklik kayıtlarına ihtiyatla yaklaşmak gereklidir.

¹⁹⁰³ **MüKoBGB/Spinner** BGB § 611a Rn. 946; **Alp**, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, 395; **Şen**, Çalışma Koşullarında Değişiklik, 173.

¹⁹⁰⁴ **Şen**, Çalışma Koşullarında Değişiklik, 173; **Civan**, Değişiklik Kayıtları, 805.

Zira, işçinin ücreti ile toplam çalışma süresi genellikle karşılık ilişkisi içindedir ve işveren, çalışma süresini azaltmakla, ücret borcunu hafifletmeyi amaçlamaktadır. Dolayısıyla, işçinin ücretinde azalmaya yol açacak nitelikteki değişiklik kayıtlarına, işçinin aleyhine olduğu için geçerlilik tanımamak gerekir.¹⁹⁰⁵ Diğer bir anlatımla, işçinin temel ücretinde azalma sonucunu doğuran, çalışma sürelerinde değişiklik yapılmasına ilişkin kayıtlara, genel iş koşullarında yer verilmemelidir.

İşveren, işçinin ücretinde azalmaya neden olacak bir şekilde, çalışma sürelerini kısaltmak isterse, işçinin aleyhine olan bu değişikliği ancak, İş Kanununun 22. maddesindeki prosedürü işleterek gerçekleştirmelidir. Öte yandan, ücrette değişiklik olmaksızın işçinin çalışma süresinde indirim öngören değişik kayıtlarına genel iş koşullarında yer verilebilir.

İşçinin ücretinde azalmaya neden olan durumlardan birini de yukarıda da¹⁹⁰⁶ detaylı olarak açıkladığımız üzere *kısa çalışma uygulaması* oluşturmaktadır.

Kısa çalışma, 4447 sayılı İşsizlik Sigortası Kanununun ek 2. maddesinde düzenlenmektedir. Kanunun düzenlemesine göre, kısa çalışmanın söz konusu olabilmesi için genel ekonomik, sektörel veya bölgesel kriz ya da zorlayıcı nedenlerin ortaya çıkması gereklidir. İşverenin, kısa çalışma yaptırabilmesi için işçilerin onayını alması gerekli değildir. Zira, Kanuna göre, işveren, kısa çalışma talebini, gerekçeleriyle birlikte Türkiye İş Kurumuna; varsa toplu iş sözleşmesine taraf olan sendikaya yazıyla bildirir. İşverenin başvurusu üzerine, Kurum, uygunluk denetimi yapar ve koşulların mevcut olması halinde, kısa çalışma uygulaması başlar ve işçilere, İşsizlik Sigortası Fonundan kısa çalışma ödeneği ödenir.

İşverenin kısa çalışma uygulamasına geçebilmesi için, işçinin onayına ihtiyacı bulunmasa da, işverenin, salt yönetim hakkına dayanarak, kısa çalışma yaptırabilmesi mümkün değildir.

¹⁹⁰⁵ Şen, Çalışma Koşullarında Değişiklik, 175; Alp, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, 362; Uşan, Değişiklik Feshi, 252; Civan, Genel İş Koşulları, 115; Başbuğ, Yönetim Hakkı, 43; Lakies, Rn. 4.

¹⁹⁰⁶ Bkz. § 4, II, E, 3, c.

Bununla birlikte, doktrinde, işverenin, kısa çalışma yaptırabilmesi ilişkin bir kaydı, iş sözleşmesine ekleyip ekleyemeyeceği sorusu tartışılmıştır.

Doktrinde, Türk iş hukuku bakımından, kısa çalışmanın yegane kaynağının, 4447 sayılı Kanunun ek 2. maddesi olmadığı belirtilmektedir. Bu görüşe göre, Kanunda öngörülen şartların haricinde de, işveren, işyerinde kısa çalışmaya geçebilir. Örneğin, taraflar, iş sözleşmesine koyacakları bir hükümle, işletme gereklerine dayanan nedenlerle, işverenin tek taraflı olarak, kısa çalışma yaptırabileceğini kararlaştırabilirler. İşveren, şartlar oluşmuşsa, sözleşmeden doğan yetkisini kullanarak, işçilere, kısa çalışma yaptırabilecektir. Böylece, işveren, tek yanlı kararıyla işçinin çalışma süresinde azalma ve ücretinde indirim yapabilecektir. Ancak, bu durumda işçiye kısa çalışma ödeneği ödenmeyecektir. Nitekim, Türk sosyal hukuku ile Türk iş hukuku kapsamındaki kısa çalışma, karşılıklı bir ilişki içinde de olsa, her biri kendi başına değerlendirilmelidir.¹⁹⁰⁷

Bunun dışında, taraflar anlaşarak da kısa çalışma uygulamasına geçebilirler. Fakat bu durumda da işçiye kısa çalışma ödeneği ödenmez.¹⁹⁰⁸

Bununla birlikte, doktrinde, kısa çalışmaya geçiş hakkının saklı tutulmasına ilişkin kayıtlara, ekonomik riskin -kısa çalışma ödeneği de alınmayan durumlarda- ağır bir şekilde işçiye yüklenmesi sonucunu doğuracağı için, şüpheyi yaklaşılmaması gerektiği ifade edilmektedir.¹⁹⁰⁹

Bu görüşe göre, işverenin kısa çalışma uygulamasına geçme hakkını saklı tutmasına, sadece iş güvencesini sağlamak için sınırlı olarak izin verilmelidir. Bunun için de, kısa çalışma uygulamasına geçme, öncelikle, işletme gerekleri ile feshin şartlarına bağlanmalı, işyerinde işgücü fazlalığına neden olan ekonomik bir neden bulunmalı; kayıt, şeffaflık ilkesi gözetilerek kaleme alınmış olmalı ve ayrıca, kısa çalışmanın geçici niteliğini ortaya koyan süre sınırı, kayıta mutlaka yer almalıdır.

¹⁹⁰⁷ Bu görüş için bkz. **Astarlı**, Çalışma Süreleri, 356-357, 367.

¹⁹⁰⁸ **Astarlı**, Çalışma Süreleri, 356-357, 367.

¹⁹⁰⁹ **Alp**, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, 369-370.

Bu şartlara ilaveten, işverene kısa çalışma yaptırma yetkisi veren kayıta işçiye çalışsa da çalışmasa da belli bir ücret garanti edilmelidir. Bu şartları taşımayan kayıtlar ise geçersiz sayılmalıdır.¹⁹¹⁰

Doktrinde, işverene kısa çalışma yaptırma hakkını saklı tutan kayıtların sıkı koşullar altında geçerli olacağı ileri sürülmesine karşın, biz, bu görüşlere katılmıyoruz. Kanımızca, iş güvencesini sağlamak amacıyla dahi olsa, işverene, işçinin çalışma sürelerini kısaltarak ücretinde tek taraflı azaltma imkanı veren kayıtlara geçerlilik tanımamak gerekir. Aksine bir durum, iş güvencesinin sağlanmasından ziyade, iş güvencesinin dolanılması, işçinin, işverenin karşı karşıya olduğu ekonomik dar boğazlarda istifaya zorlanması, işletme rizikosunun kendisine yüklenmesi gibi istenmeyen durumlara yol açacaktır.

Bu nedenle, işveren, 4447 sayılı Kanunun ek 2. maddesindeki koşullar mevcutsa kısa çalışma yaptırabileceği gibi bu koşulların mevcut olmaması halinde sadece İş Kanununun 22. maddesine dayanarak kısa çalışma uygulamasına geçebilir. İşveren, kısa çalışma yaptırma talebini işçilere yazılı olarak ilettikten sonra, bu teklif işçiler tarafından altı iş günü içinde yazılı olarak kabul edilirse, kısa çalışma uygulaması mümkün olabilir.

Öte yandan, işverene, işçinin haftalık çalışma süresini, iş günlerine farklı şekilde dağıtabilmesine imkan veren değişiklik kayıtlarına ise kural olarak geçerlilik tanınabilir. Haftalık çalışma süresinin, çalışılan günlere farklı uzunluklarda bölünmesi mümkün olmakla birlikte, işveren, ancak her bir iş haftasına ait çalışmalar açısından bu yetkisini kullanmalı ve işçilere, bu durumu, hafta başında, önceden bildirmelidir. Zira, işçilerin çalışma süresinin günlere ne şekilde dağıtıldığını önceden bilme ve buna göre zamanını planlama konusunda haklı bir menfaati bulunmaktadır.

İşveren, haftalık çalışma süresini belirlerken sadece işletmenin değil, işçinin menfaatlerini de gözetmeli ve bu yetkisini dürüstlük kurallarına ve hakkaniyete uygun şekilde

¹⁹¹⁰ Alp, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, 369-370.

kullanmalıdır. Örneğin, işverenin, işçiyi, isterse on bir, isterse bir saat çalıştırabileceğine ilişkin kayıtlara geçerlilik tanınmamalıdır.¹⁹¹¹

İşçinin çalışma süresinin uzunluğunu belirleme yetkisini, tamamen işverenin takdirine/ işverenin ihtiyaçlarına endeksleyen değişiklik kayıtlarına ise, işverene, işçinin çalışma süresini ve ücretini sıfırlayabilme hakkını bahsettiği için geçerlilik tanınamaz.

Bu bağlamda özellikle, işverenin ihtiyacı olduğu ölçüde işçi çalıştırma ve ücret ödeme imkanı sunan *çağrı üzerine çalıştırma* hakkı incelenmelidir.

İş Kanununun 14. maddesi, çağrı üzerine çalışmayı düzenlemektedir. Çağrı üzerine çalışma, işverenin, ihtiyaç duyduğu zaman, işçiye çağrıda bulunarak, kendisinden iş görme borcunu yerine getirmesini talep ettiği bir sözleşme türüdür.

İş Kanununun 14. maddesinde, çağrı üzerine çalışmanın kısmi süreli bir iş sözleşmesi olduğu belirtilmektedir. İş Kanununun 14. maddesinin 2. fıkrasına göre, *“Hafta, ay veya yıl gibi bir zaman dilimi içinde işçinin ne kadar süreyle çalışacağını taraflar belirlemedikleri takdirde, haftalık çalışma süresi yirmi saat kararlaştırılmış sayılır.”*

Kanun koyucu, işçiyi koruma düşüncesiyle, taraflar arasında yapılacak sözleşmede çalışma süresinin hafta, ay veya yıl olarak belli bir zaman dilimi şeklinde belirlenmesi gerektiğini belirtmektedir. Çalışma süresi güvencesinin, işçiye sağlanmasındaki amaç, işçinin çalışma süresini hiç bilmemesini önlemek ve ona bir gelir güvencesi sağlamaktır.¹⁹¹² Eğer taraflar arasında bir süre belirlenmediyse, Kanunun belirlediği fiksiyondan yola çıkılarak haftalık çalışma süresinin yirmi saat olduğu kabul edilecektir. Ancak bu düzenleme yedek

¹⁹¹¹ **Alp**, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, 372-373. Yazara göre, bir sınırlama içermeyen kayıtların yerini, tam süreli iş sözleşmelerinde de, İş Kanunu m. 14/3'deki asgari günlük çalışma süresi olan dört saatten aşağı olmaması ve çalışma saatlerinin işçiye dört gün önceden bildirilmesi ilkesi almalıdır. Ayrıca bkz. **Astarlı**, Çalışma Süreleri, 133-134; **Brunhöber**, 161-162.

¹⁹¹² **Alp**, İçerik Denetimi, 51; **Öztürk**, Sıfır Saat Sözleşmeleri, 269-328.

hukuk kuralı niteliğindedir. Yani, taraflar, yirmi saatin üzerinde veya altında bir haftalık çalışma süresi belirleyebilir.¹⁹¹³

İş Kanununun 14. maddesi, işçinin ayrıca günlük çalışma süresinin de belirlenmesi gerektiğini düzenlemektedir. Bu hükme göre, “Sözleşmede günlük çalışma süresi kararlaştırılmamış ise, işveren her çağrıda işçiyi günde en az dört saat üst üste çalıştırmak zorundadır.” Ancak bu düzenleme de, yedek hukuk kuralı niteliğinde olup, işçinin lehine de aleyhine de değiştirilebilir.¹⁹¹⁴

Çağrı üzerine çalışmada, işveren, ihtiyaç duyduğu zaman, işçiden iş görme borcunu yerine getirmesini istemektedir. Ancak, işçinin her an işe çağrılmaya hazır beklemesi, Kanunun, işverene tanıdığı bu hakkın, kötüye kullanılması sonucunu doğuracaktır. Bunun önüne geçmek isteyen kanun koyucu, İş Kanununun 14. maddesine şu fıkrayı eklemiştir: “İşçiden iş görme borcunu yerine getirmesini çağrı yoluyla talep hakkına sahip olan işveren, bu çağrıyı, aksi kararlaştırılmadıkça, işçinin çalışacağı zamandan en az dört gün önce yapmak zorundadır. Süreye uygun çağrı üzerine işçi iş görme edimini yerine getirmekle yükümlüdür.”

İşveren, işçiye belli bir süre önceden çağrı yapmalıdır. Belirtilen hüküm de, yedek hukuk kuralı niteliğinde olduğu için, işçi lehine veya aleyhine düzenlemeler yapılabilir.¹⁹¹⁵ Ancak, işveren, çağrıyı, Türk Medeni Kanun m. 2 çerçevesinde, dürüstlük kurallarına uygun olarak sadece işletmesinin menfaatlerini değil, aynı zamanda işçinin koşullarını da göz önünde bulundurarak yapmalıdır.¹⁹¹⁶

¹⁹¹³ Bu yönde bkz. **Süzek**, 264; **Doğan Yenisey**, İş Hukukunun Emredici Yapısı, 117-118; **Çelik-Caniklioğlu-Canbolat**, 192; **Yıldız**, 212-213; **Civan**, Değişiklik Kayıtları, 815; **Sevimli**, Seçilmiş İki Sorun, 21. Yasadaki düzenlemenin yedek hukuk kuralı değil, nispi emredici hukuk kuralı olduğu görüşü için bkz. **Aydın**, Çağrı Üzerine Çalışma, 48; **Ulucan**, İş Sözleşmesi Türleri, 65.

¹⁹¹⁴ **Süzek**, 264; **Astarlı**, Çalışma Süreleri, 385; **Baysal**, Çağrı Üzerine Çalışma, 96; **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, 192; **Senyen Kaplan**, 103; **Yıldız**, Güvenceli Esneklik, 212-213. Aksi yönde bkz. **Aydın**, Çağrı Üzerine Çalışma, 50; **Ulucan**, İş Sözleşmesi Türleri, 65.

¹⁹¹⁵ **Süzek**, 264; **Astarlı**, Çalışma Süreleri, 385; **Baysal**, Çağrı Üzerine Çalışma, 96; **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, 192; **Senyen Kaplan**, 103; **Öztürk**, Sıfır Saat Sözleşmeleri, 312.

¹⁹¹⁶ **Reichhold**, Rn. 329; **Astarlı**, Çalışma Süreleri, 94, 389.

Çağrı üzerine çalışma, çalışma sürelerinin esnekleşmesi bağlamında, işverene, işgücü ihtiyacına göre işçinin çalışmaya başlama zamanını belirleme hakkı sunsa da, bu durum, işçinin çalışma sürelerini kısmen veya tamamen belirleme yetkisinin, işverene bırakılması şeklinde yorumlanamaz.

Çalışma sürelerini belirleme yetkisini işverene bırakan sözleşme kayıtları, dürüstlük kurallarına aykırı olarak işçinin durumunu aleyhe ağırlaştırdığından, geçersiz sayılmalıdır.¹⁹¹⁷ Türk Borçlar Kanununun 25. maddesi uyarınca da, işçinin durumunu haksız yere ağırlaştıran bu koşullar, içerik denetimine tabi tutulmalı ve kısmi geçersizlik yaptırımı uygulanmalıdır. Bu kayıtların geçersiz olmasıyla oluşan boşluk da, İş Kanunu m. 14/2 ile doldurulmalıdır.¹⁹¹⁸. Yani, kanuni fiksiyondan hareket edilmeli ve işçinin çalışma süresinin haftada yirmi saat olduğu kabul edilmelidir.¹⁹¹⁹

Bu kapsamda, özellikle İngiltere ve Avrupa Birliğine üye ülkelerde son yıllarda sıklıkla başvurulmaya başlanan ve esnekleşme taleplerinin ulaştığı nihai nokta olarak nitelendirilen *sıfır saat sözleşmelerine* hassasiyetle yaklaşılmalıdır.¹⁹²⁰

Sıfır saat sözleşmeleri, işverenlerin işletmelerdeki işgücü masrafını azaltmak için kullandıkları bir yöntemdir. İşverenler, gerek duydukları zaman, işçileri işe çağırıp sadece fiili olarak çalışılan sürenin karşılığını ücretlendirirler. İşverenler, bu yolla taşımak zorunda oldukları işletme rizikosunu da üzerlerinden atarak, işçilere yüklemiş olurlar.¹⁹²¹

Sıfır saat sözleşmelerinde çalışma süreleri, işverenin işgücü ihtiyacına göre belirlenmektedir. Bu sözleşmelerde asgari bir çalışma süresi bulunmamaktadır. İşçi, sadece

¹⁹¹⁷ Öztürk, Sıfır Saat Sözleşmeleri, 314-315; Civan, Değişiklik Kayıtları, 815-816.

¹⁹¹⁸ Alp, İçerik Denetimi, 50; Civan, Değişiklik Kayıtları, 815; Preis, Weisungsrecht, 20; Öztürk, Sıfır Saat Sözleşmeleri, 315.

¹⁹¹⁹ Şen, Çalışma Koşullarında Değişiklik, 176; Alp, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, 364; Alp, İçerik Denetimi, 50; Civan, Değişiklik Kayıtları, 816; Astarlı, Çalışma Süreleri, 383-384; Sevimli, Seçilmiş İki Sorun, 22. Sevimli, sözleşmede sıfır saat olarak belirleme yapılmasını tarafların haftalık çalışma sürelerini belirlemedikleri anlamına geleceğini, sıfır saatin süre niteliğini taşımadığını ve dolayısıyla yirmi saatlik yedek hukuk kuralının devreye gireceğini belirtmektedir.

¹⁹²⁰ Sıfır saat sözleşmeleri konusunda detaylı bilgi için bkz. Öztürk, Sıfır Saat Sözleşmeleri, 269-328.

¹⁹²¹ Forst, Rn. 998; Meinel/Heyn/Herms, Rn. 29.

çalıştığı sürenin karşılığı olan ücreti talep edebilir. İşçinin günlük veya haftalık çalışma süresini öngörememesi, bu çalışma modelinin karakteristik özelliğidir.¹⁹²²

Türk İş Hukukunda, sıfır saat sözleşmelerine yönelik herhangi bir açık yasal düzenleme bulunmamaktadır. Mevzuatımız, açık bir şekilde sıfır saat sözleşmelerini yasaklamasa ve hatta çağrı üzerine çalışmaya ilişkin hükümlerin yedek hukuk kuralı niteliğinde oldukları kabul edilse dahi, tarafların, herhangi bir haftalık ve günlük asgari çalışma süresi belirlemedikleri sözleşmeler geçerli değildir. Benzer şekilde, işverene, tek yanlı olarak işgücü ihtiyacına göre işçiyi işe çağırma yetkisi veren, işçinin çalışma süresini tek taraflı olarak azaltabileceğine dair kayıtlar içeren sözleşmeler de, hukukumuz açısından geçerli değildir.¹⁹²³

İşçinin ücretini sabit tutarak çalışma süresini arttıran değişiklik kayıtları da yukarıda belirttiğimiz gerekçeler gözetilerek geçersiz sayılmalıdır. Zira bu tür değişiklik kayıtları, işçinin ücretinde dolaylı olarak azalmaya yol açmakta ve edim-karşı edim arasındaki dengeyi bozmaktadır.

İşçinin çalışma süresini arttıran değişiklik kayıtlarına, ücrette de bir artışa sebep oluyorsa geçerlilik tanınabilir. Ancak, bu kayıtlar, işçinin sağlığını olumsuz yönde etkileyecek ölçüde dinlenme zamanını azaltıyor veya ailesi ve sosyal çevresiyle etkileşimini ciddi anlamda olumsuz yönde etkiliyorsa, bu kayıtlara geçerlilik tanınmamalıdır. İşveren, işçinin çalışma süresini arttıran bu kayıtları, Anayasa (m. 50), kanun ve dürüstlük kurallarına uygun şekilde kullanmalıdır.

Çalışma sürelerinin arttırılmasına ilişkin değişik kayıtları konusunda üzerinde durulması gereken bir diğer husus ise, *kısmi süreli iş sözleşmesiyle* çalışan işçilerin fazla sürelerle veya fazla çalışma yapmalarına dair onaylarının önceden alınıp alınamayacağıdır.

¹⁹²² Öztürk, Sıfır Saat Sözleşmeleri, 272-273.

¹⁹²³ Öztürk, Sıfır Saat Sözleşmeleri, 310-318.

İş Kanunun 41. maddesinin 7. fıkrasına göre, hem fazla çalışma hem de fazla sürelerle çalışma yapılabilmesi için işçinin *onayının* alınması gereklidir. İş Kanununa İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliğinin 9. maddesine göre de, “*Fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma yaptırmak için işçinin yazılı onayının alınması gerekir. Zorunlu nedenlerle veya olağanüstü durumlarda yapılan fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma için bu onay aranmaz. Fazla çalışma ihtiyacı olan işverence bu onay iş sözleşmesinin yapılması esnasında ya da bu ihtiyaç ortaya çıktığında alınır ve işçi özlük dosyasında saklanır.*”

Doktrinde, işçinin fazla çalışmaya ilişkin onayının, genel iş koşullarında yer verilebilecek kayıtlar arasında olduğu kabul edilmektedir.¹⁹²⁴ Ancak, burada tartışmalı olan husus, işçinin fazla süreli veya fazla çalışma yapabileceğine ilişkin kayıtların, kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçiler açısından da geçerli olup olmayacağıdır. Nitekim, İş Kanununa İlişkin Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma Yönetmeliğinin 8. maddesinin (d) bendine göre, kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçilere fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışma yaptırılmaz.

Ancak, Yönetmelikle gelen bu düzenleme, doktrinde isabetle belirtildiği üzere, hem Anayasanın çalışma ve sözleşme özgürlüğünün düzenlendiği 48. maddesine hem de fazla çalışma ve fazla sürelerle çalışmanın hüküm altına alındığı İş Kanununun 41. maddesine aykırıdır. Ayrıca, tam süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçiyle, kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçi arasında böylesine bir ayırım yaratmak eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmaktadır. Dolayısıyla, kısmi süreli iş sözleşmesiyle çalışan işçilerin de haftalık çalışma süresini aşan fazla sürelerle ve/veya fazla çalışma yapabilmesine ilişkin değişiklik kayıtları kural olarak geçerli kabul edilmelidir.¹⁹²⁵

¹⁹²⁴ **Alp**, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, 366; **Civan**, Değişiklik Kayıtları, 817; **Yıldız**, Sözleşmesel Kayıtlar, 141.

¹⁹²⁵ **Süzek**, 823; **Civan**, Değişiklik Kayıtları, 817; **Sarıbay Öztürk**, Kısmi Süreli İş Sözleşmeleri, 304-305; **Astarlı**, Çalışma Süreleri, 197-198; **Soyer**, Fazla Çalışma, 807-808; **Caniklioğlu**, Çalışma Süreleri, 179; **Yıldız**, Güvenceli Esneklik, 212; **Şen**, Çalışma Koşullarında Değişiklik, 177; **Baycık**, Yenilik Doğuran Haklar, 225; **Alp**, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, 367-368.

dd. İşyerine İlişkin Değişiklik Kayıtları

İşverenin, işçinin işyerini aynı il sınırları içinde olma ve işçinin durumunu ağırlaştırmama koşuluyla kural olarak yönetim hakkı kapsamında değiştirebileceğini yukarıda¹⁹²⁶ belirtmiştik. Ancak, aynı il sınırları içinde yapılacak değişiklikler, işçinin işe gidiş-gelişini zorlaştırıyor, masraflarını arttırıyor veya dinlenme zamanını sınırlıyorsa, bu tür değişiklikler işçi aleyhine esaslı değişiklik olarak kabul edilmektedir. Benzer şekilde, il sınırları dışında kalan değişiklikler de kural olarak işçi aleyhine esaslı değişiklik olarak nitelendirilmektedir.

İşveren, işçinin durumunu ağırlaştıran bu tür değişiklikleri, İş Kanununun 22. maddesindeki prosedürü her durumda işleterek yapmak istemezse, değişikliği, iş sözleşmesine eklenecek işyeri değişiklik kayıtlarıyla gerçekleştirebilir.

Türk iş hukuku doktrininde ve yargı kararlarında, işverene işçinin işyerini değiştirme (nakil) yetkisi veren kayıtların kural olarak geçerli olduğu kabul edilmektedir.¹⁹²⁷ Tip iş sözleşmesi veya işyeri iç yönetmeliğinde yer alan işyeri değişiklik kayıtlarının hem TBK m. 25 kapsamında içerik denetimine hem de kullanım/hakkaniyet denetimine tabi tutulması gerekmektedir. İşverene, sözleşmeye tek taraflı müdahale yetkisi veren değişiklik kayıtlarının içerik ve kullanım denetimine tabi tutulması, işçi ve işveren arasındaki yapısal eşitsizliğin olumsuz etkilerini zayıflatmaya yardımcı olmaktadır. Bu sayede, işletme ile işçinin menfaatleri arasında adil bir denge kurulmaktadır.¹⁹²⁸

Öncelikle, işçi ve işveren arasındaki dengeyi dürüstlük kurallarına aykırı şekilde, işçi aleyhine bozan değişiklik kayıtları, geçersiz kabul edilmelidir.¹⁹²⁹ Bu bağlamda, işyeri

¹⁹²⁶ § 4, II, E, 3, d.

¹⁹²⁷ **Baycık**, Nakil Yetkisi, 488; **Süzek**, Değişiklik Feshi, 16; **Manav**, 147; **Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan**, 226-227; **Alpagut**, 22. Maddenin Uygulama Alanı, 60; **Alpagut**, İş Sözleşmesinde Esaslı Değişiklik, 59-60; **Aydın**, Değişiklik Kayıtları, 61; **Şen**, Çalışma Koşullarında Değişiklik, 173; **Civan**, Genel İş Koşulları, 112-113; **Hozar**, Başka Bir İşyeri, 86.

¹⁹²⁸ **Doğan Yenisey**, Tek Taraflı Değişiklik, 1181-1182; **Baycık**, Değerlendirme 2015, 196; **Fliss**, NZA-RR 2008, Rn. 226; **Wank**, NZA- Beil, Rn. 48.

¹⁹²⁹ **Baycık**, Nakil Yetkisi, 489.

değişikliğine ilişkin kayıtların, işçinin işe alınması sırasında mevcut olan işyerlerinin tamamını kapsadığı, ancak işçinin, işe alınmasından sonra açılacak yeni işyerlerini kapsamadığı kabul edilmelidir. Bu bağlamda, işçinin çalışmaya başladıktan sonra, işverenin, farklı bir ilde yeni kurulan bir işyerinde çalışmasına yönelik verdiği talimata uymaması, hukuka aykırı kabul edilmemelidir.¹⁹³⁰

İlaveten, değişiklik kayıtlarının, şeffaflık ilkesine uygun olarak kaleme alınması ve işçi, iş sözleşmesini akdederken, değişiklik kayıtları ve sonuçları hakkında bilgi sahibi olması gerekmektedir.¹⁹³¹ Örneğin, “İşçinin Türkiye’nin her yerinde mevcut veya yeni faaliyete geçecek diğer işyerlerinde” çalıştırılacağı yönündeki bir kayıt, işçinin aleyhine dürüstlük kurallarına aykırı olarak durumunun ağırlaşmasına yol açacağı için geçersiz sayılmalıdır.¹⁹³²

Yargıtayın bir kararına göre, “Dosya içeriğine göre, davacı ile yapılan iş sözleşmesinde; yapılacak işin, Bingöl İli Merkez, merkez-köy ve bağlıları arıza bakım onarım işi olduğu, işin de bu yerde yapılacağı, işçinin işverenin kendisinden talep etmesi halinde işverene bağlı Türkiye’nin herhangi bir işyerinde açacağı, herhangi bir konu ile ilgili işletmelerinde çalışmayı kabul ve taahhüt ettiği, işçinin bu hususa uymaması durumunda işverenin tazminat isteme hakkının doğacağı düzenlenmiştir. Bu sözleşmeler boşluk doldurmalı olarak, genel işlem şartı teşkil edecek tarzda ve kapsamı çok geniş tutularak düzenlendiğinden bu şartların yazılmamış sayılacağı kabul edilmelidir. Bu durumda, işverenin sözleşmenin esaslı unsurlarında değişiklik yaptığı ve aleyhe değişikliği kabul etmeyen davacının iş sözleşmesini haklı şekilde feshettiği anlaşılmaktadır.”¹⁹³³

¹⁹³⁰ Şen, Çalışma Koşullarında Değişiklik, 173; Yıldız, Sözleşmesel Kayıtlar, 97.

¹⁹³¹ Civan, Değişiklik Kayıtları, 808; Şen, Çalışma Koşullarında Değişiklik, 173; Yıldız, Sözleşmesel Kayıtlar, 97; Baycık, Yenilik Doğuran Haklar, 229; Baycık, Değerlendirme 2015, 199; Preis, Weisungsrecht, 15.

¹⁹³² Fransız Hukukunda, işyeri değişiklik kayıtlarının geçerli olabilmesi için, işverene tanınan değişiklik hakkının hangi coğrafi alanla sınırlı olacağının belirlenmesi gereklidir. Fransız Hukukundaki işyeri değişiklik kayıtları hakkında detaylı bilgi için bkz. Güzel/Ugan Çatalkaya, Dürüstlük, 56-57; Baycık, Yenilik Doğuran Haklar, 227-228; Altıntepe, 132-163; Yıldız, Sözleşmesel Kayıtlar, 98-99.

¹⁹³³ Y22HD, 12.03.2020, E. 2016/32990, K. 2020/5010, Çil, Koronavirüs, 171-179.

Ayrıca, işyeri değişiklik kayıtlarının kullanıma ilişkin sebeplerin geçerli fesih nedenlerine bağlanması gerektiği doktrinde ifade edilmektedir. Bu görüşe göre, işveren, işin, işyerinin ve işletmenin gerekleri ile işçinin yetersizliği ve davranışlarından doğan nedenlerin mevcut olması halinde, değişiklik kayıtlarını kullanabilmelidir.¹⁹³⁴

Bununla birlikte, doktrinde, işyeri değişiklik nedeninin sözleşmede ayrıntılı şekilde belirtilmesine gerek olmadığı ifade edilmektedir.¹⁹³⁵ İlaveten, işverene tanınan işyeri değişikliği kayıtlarının dar yorumlanması gereklidir.¹⁹³⁶

İşverenin, işyeri değişikliği kayıtlarını (bu kayıtlar ister bireysel iş sözleşmesinde yer alsın ister tip iş sözleşmesi veya iç yönetmelikte) dürüstlük kurallarına, hakkaniyete, işçiyi gözetme borcuna, eşitlik ve ölçülülük ilkesine uygun kullanıp kullanmadığı da kullanım/hakkaniyet denetimi kapsamında incelenmelidir. Zira, burada amaç, geçerli olarak doğmuş nakil yetkisinin, hukuka uygun kullanıp kullanılmadığını belirlemektir.¹⁹³⁷

İşverence yapılacak değişiklikler, işçiyi cezalandırma veya bezdirip istifa ettirme amacıyla kullanılmamalıdır.¹⁹³⁸ Nitekim, Yargıtaya göre, “İşveren, yönetim hakkını kötüye kullanmamak ve sözleşmedeki sınırlara uymak kaydıyla işçinin çalışma şartlarında değişiklik yapma hakkını sürekli olarak kazanmış olmaktadır. Anılan hak objektif olarak kullanılmalıdır. İşçinin iş sözleşmesinin feshini sağlamak için sözleşme hükmünün uygulamaya konulması, işverenin yönetim hakkının kötüye kullanılması niteliğindedir.”¹⁹³⁹

İşverenin, işyeri değişiklik kayıtlarına dayanarak, işçinin işyerini değiştirmesi çoğu durumda, işçinin özel yaşamına müdahale teşkil etmektedir. Özellikle, işyeri değişikliğinin, işçinin ikametgahının değişmesini gerekli kılması, işçinin aile ve sosyal yaşamını, işçinin

¹⁹³⁴ **Alp**, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, 192; **Civan**, Değişiklik Kayıtları, 809.

¹⁹³⁵ **Fliss**, NZA-RR 2008, Rn. 226.

¹⁹³⁶ **Süzek**, Değişiklik Feshi, 18-19; **Baycık**, Nakil Yetkisi, 499.

¹⁹³⁷ **Baycık**, Nakil Yetkisi, 491; **Doğan Yenisey**, Tek Taraflı Değişiklik, 1182-1183; **Alpagut**, 22. Maddenin Uygulama Alanı, 64.

¹⁹³⁸ **Baycık**, Nakil Yetkisi, 499-500; **Yıldız**, Sözleşmesel Kayıtlar, 101; **Ugan Çatalkaya**, 334; **Preis**, Weisungsrecht, 16.

¹⁹³⁹ Y22HD, 28.05.2019, E. 2016/13969, K. 2019/11939, KİBB.

eşinin işini, çocuklarının okul durumunu ciddi ölçüde etkilemektedir. Bu nedenle, işyeri değişikliği yetkisi veren kayıtların kullanımı çoğu durumda, hem Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. maddesinde hem de Anayasanın 20. ve 21. maddelerinde güvence altına alınan, özel hayatın ve aile hayatının gizliliğini zedeleyebilmektedir.

Ayrıca, nakil yetkisinin kullanımıyla, yerleşim yerini değiştirmek zorunda kalan işçinin, yerleşim hürriyeti de sınırlandırılmaktadır.¹⁹⁴⁰ Dolayısıyla, işverenler, bu tip bir değişiklik kayıtlarını, işçinin ve ailesinin üzerinde yaratabileceği olumsuz sonuçları dikkate alarak dürüstlük kurallarına ve özellikle ölçülülük ilkesine uygun biçimde kullanmalıdır.¹⁹⁴¹

Ölçülülük denetiminde ilk önce, aracın amaca uygunluğu yani, işçinin işyerinin değiştirilmesinin, işverenin amacına ulaşması için gerçekten elverişli olup olmadığını denetlenmektedir. Bu denetim, işverenin gerçekleştirmek istediği işyeri değişikliğinin nedenlerini açıklamasını gerektireceğinden, işçi açısından hem hukuki güvenlik sağlayacak hem de işverenin değişiklik yapma hakkını dürüstlük kurallarına uygun kullanıp kullanmadığı araştırılacaktır. Bu denetim özellikle, değişiklik kaydında, değişiklik yetkisinin kullanılma nedenlerinin açıkça belirtilmediği ya da sadece soyut ifadelerle yazıldığı hallerde önem kazanacaktır.¹⁹⁴²

Daha sonra, bu değişikliğin gerekli olup olmadığını incelenmelidir. Bu aşamada, işverenin amacına ulaşması için, aynı ölçüde elverişli olan ve fakat işçinin daha lehine, onun menfaatlerine daha az zarar veren başka alternatiflerin mevcut olup olmadığı denetlenmektedir.¹⁹⁴³

Nitekim Yargıtayın bir kararına göre de, “*Davacının çalışmakta olduğu işyerinin bulunduğu il sınırları içinde, aynı şartlarda ve imkanlarda çalıştırılabileceği işverene ait başka bir işyerinin bulunması halinde, öncelikle davacıya uygun işyerinde çalışması teklif*

¹⁹⁴⁰ Baycık, Nakil Yetkisi, 494-495.

¹⁹⁴¹ Şen, Çalışma Koşullarında Değişiklik, 174; Fliss, NZA-RR 2008, Rn. 226.

¹⁹⁴² Alp, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, 407-408.

¹⁹⁴³ Alp, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, 407-408; Ugan Çatalkaya, 336.

edilmesi gerekirken, mevcut işyerinin bulunduğu il dışında başka bir iş yerinde çalışmasının teklif edilmiş olması, çalışma koşullarında esaslı değişiklik olarak değerlendirilebileceğinden, mahkemece davacının aynı il sınırları içinde aynı şartlarda çalıştırılabileceği başka işyeri bulunup bulunmadığı araştırılarak sonucuna göre, kıdem ve ihbar tazminatına hak kazanılıp kazanılmadığı değerlendirilmesi gerekirken, yazılı şekilde karar verilmiş olması hatalı olup bozma nedenidir.”¹⁹⁴⁴

İşverenin yaptığı değişikliğin ölçülülük ilkesine uygun olup olmadığının denetlenmesinin üçüncü aşamasında ise, işverenin bu işyeri değişikliğiyle elde ettiği yarar ile işçinin uğradığı zarar arasında makul bir orantının varlığı araştırılmaktadır. Burada, işverenin, işçinin işyerini değiştirirken, işçinin menfaatlerini de gözetmesi, onun durumunu aşırı şekilde güçleştirmekten kaçınması aranmaktadır.¹⁹⁴⁵ İşveren çok küçük bir fayda sağlamak amacıyla, işçiden büyük fedakarlıklarda bulunmasını beklememelidir.¹⁹⁴⁶

Bu nedenle, yapılacak değişikliğin, işçinin kişilik hakları üstündeki etkisi, aile ve özel yaşamına yansımaları, işçiye ek masraflar çıkıp çıkmaması gibi haller incelenmelidir. İşçinin menfaatlerinin zedelenip zedelenmediğini tespitinde, örneğin, işçinin ikametgahının değişmesi halinde, taşınma masraflarının işverence karşılanması, lojman imkanın sunulması, çalışma saatlerinin değiştirilmemesi veya işçiye sağlanan ilave maddi kolaylıklar göz önünde bulundurulmalıdır.¹⁹⁴⁷

Yargıtayın bir kararına göre de “*Somut uyuşmazlıkta; taraflar arasında imzalanan iş sözleşmesi 5/e maddesinde belirtilen düzenleme ile işverene nakil yetkisi tanındığı, işverence davacının rotasyona tabi tutulduğu belirtilerek ...'da yürüttüğü saha satış görevlisi görevini iş sözleşmesinin 5/ e maddesi ve kadro ihtiyacı da gözetilerek ... ilinde sürdürmesinin gerektiği ve yeni görev yerinde işbaşı yapmasının istenildiği, davacının ise 02.02.2016 tarihli*

¹⁹⁴⁴ Y7HD, 29.11.2016, E. 2016/37293, K. 2016/20177, KİBB.

¹⁹⁴⁵ Alp, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, 409.

¹⁹⁴⁶ Baycık, Nakil Yetkisi, 496.

¹⁹⁴⁷ Doğan Yenisey, Tek Taraflı Değişiklik, 1196; Şen, Çalışma Koşullarında Değişiklik, 174.

dilekçeyle görev yeri değişikliğine dair kararın bölge müdürü ...'in kendisiyle çalışmak istediğini söylemesi ve bunun üzerine ... Bey ile yaşadığı sorunları grup başkanlığı görevlilerine aktarmasının akabinde alındığını, eşinin ...'da bir kurumda çalıştığını, çocuklarının özel okulda okuduğunu ve bir yıllık ücretlerini peşin ödediğini, çalıştığı bölgede kadro daralması ya da organizasyon değişikliği de bulunmadığını bu sebeplerle mevcut görevinde çalışmaya devam etmek istediğini bildirdiği ve bundan sonra davalı işverence yapılan görevlendirmeyi kabul etmemesi sebebiyle feshedildiği anlaşılmaktadır. Her ne kadar nakil yetkisi sözleşmeden kaynaklanmakta ise de, bu nakil yetkisinin kötüye kullanılıp kullanılmadığının keyfilik ve nesnellik açısından denetime tabi tutulması gerekir. Nakil yetkisinin kötüye kullanıldığı ileri sürüldüğünde nakli zorunlu kılan objektif nedenlerin varlığı ortaya konulmalıdır.”¹⁹⁴⁸

İşçinin ikametgahını değiştirmesini gerektiren işyeri değişiklikleri, işçiye, hakkaniyete uygun makul bir süre önceden bildirilmeli, işçinin bu kararı değerlendirme ve yerine getirmesi için gerekli zaman kendisine verilmelidir. İşverenin bu bildirim yükümlülüğü iş sözleşmesinde yer almasa da TMK m. 2'den ve işverenin işçiyi gözetme borcundan doğmaktadır.¹⁹⁴⁹

Doktrinde, işyeri değişikliğinde, işçiye tanınması gereken makul sürenin, çağrı üzerine çalışmadaki yasal çağrı süresi olan dört iş günlük süre olabileceği ve fakat şehir değişikliği durumunda bu sürenin daha uzun olması gerektiği ifade edilmiştir.¹⁹⁵⁰

¹⁹⁴⁸ Y9HD, 26.02.2018, E. 2017/20746, K. 2018/4050, KİBB.

¹⁹⁴⁹ **Doğan Yenisey**, Tek Taraflı Değişiklik, 1197.

¹⁹⁵⁰ **Alp**, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, 411.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İŞÇİNİN TALİMATLARA UYMASININ ve UYMAMASININ

HUKUKİ SONUÇLARI

§ 5. HUKUKA UYGUN TALİMATLAR

I. İşçinin Hukuka Uygun Talimatlara Uyması

İşçinin iş sözleşmesinden doğan borçlarından biri olan talimatlara uyma borcu, işverenin yönetim hakkı karşısında yer almaktadır. İşveren, yönetim hakkına dayanarak işin görülmesine ve işçilerin işyerindeki davranışlarına yönelik talimatlar verebilir. Zira, iş sözleşmesiyle, işçilerin yapmakla yükümlü oldukları işler genel hatlarıyla belirlenmektedir. Gerçekten de, bir iş ilişkisi içinde her detayın önceden öngörülerek belirlenmesi mümkün değildir. İşveren işin nerede, ne zaman, nasıl, hangi sırayla yapılacağını yani işe ilişkin ayrıntıları, ayrıca, işin düzenine ilişkin konuları aksi kararlaştırılmamışsa, yönetim hakkı aracılığıyla belirlemektedir. Bu bağlamda, işverenin yönetim hakkı bir nevi iş sözleşmesinde ana hatlarıyla belirlenen iş görme borcunu somutlaştırmaktan ibarettir.

Bununla birlikte, işverenin yönetim hakkı sınırsız değildir. Tersine, işverenin yönetim hakkına dayanarak vereceği talimatlar, diğer pek çok hukuk kaynağıyla sınırlandırılmıştır. İşverenin yönetim hakkı, çalışma koşullarını belirleyen kaynaklar (Anayasa, kanun, yönetmelik, toplu iş sözleşmesi, iş sözleşmesi, iç yönetmelik, işyeri uygulamaları) arasında en alt sırada yer almaktadır. Dolayısıyla, işveren bu hukuk kaynaklarında herhangi bir düzenlemenin bulunmaması ve bu kaynaklara aykırı olmamak kaydıyla işçilere talimat verebilecektir.

O halde, işçi, Anayasaya, kanuna, toplu iş sözleşmesine, iş sözleşmesine ve dürüstlük kurallarına aykırı olmayan talimatlara uymakla yükümlüdür. Diğer bir anlatımla, işçi, işverenin yönetim hakkı kapsamında ve amaca uygun verdiği, temel hak ve özgürlüklere, ayırım yasaklarına ve eşitlik ilkesine, ölçülülük ilkesine, iş mevzuatına, iş sözleşmesi hükümlerine, işverenin işçiyi gözetme borcuyla bağdaşan ve dürüstlük kurallarına uygun talimatlarına uymakla yükümlüdür. Buna ilaveten, işveren, TBK m. 27 uyarınca, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı, konusu imkansız olan talimatlar veremeyecektir.¹⁹⁵¹ İşveren, işçiye sadece iş hukukunun değil, diğer mevzuatın emredici kurallarına da aykırı talimatlar yöneltemeyeceği gibi işçiyi ahlak dışı davranmaya da zorlayamaz.¹⁹⁵²

Öte yandan, işçi talimatın, işverenin güttüğü veya işin gerektirdiği amaca uygun olup olmadığını kontrol edemez. İşçi, talimatın, ulaşılmak istenen amaca aykırı olduğunu düşünse dahi, bu talimata hukuka aykırılık sınırına kadar uymak zorundadır.¹⁹⁵³ Bununla birlikte, kanımızca, işçi, işverenin veya işveren vekilinin verdiği talimatın, işyerinin çıkarlarına aykırı olduğunu veya işvereni zarara uğratacağını düşünüyorsa, sadakat borcunun bir gereği olarak, işvereni veya işveren vekilini, talimatın yerine getirilmesi durumunda meydana gelebilecek olası zararlar konusunda uyarmalıdır.

Benzer şekilde, kanımızca, işçinin, işveren vekilinin talimat verme yetkisinin olup olmadığını araştırma ve bunun kapsamını sorgulama yükümlülüğü bulunmamaktadır. Nitekim, işçilerin kural olarak işveren vekilinin talimat verme yetkisinden şüphe duymaları için bir neden bulunmamaktadır. Zira, işyeri hiyerarşisinde, işveren vekilleri, işçilerin üstündedir. İşçiler, işveren vekili, temsil yetkisini açık bir şekilde aşıyorsa veya işveren vekilinin yetkisiz olduğunu durumun gereklerinden çıkarabiliyor ya da bir şekilde bilebilecek durumdaysalar, bu talimatlara uymakla yükümlü değildirler.

¹⁹⁵¹ Güzel/Ugan Çatalkaya, Dürüstlük, 45; Süzek, Yönetim Hakkı, 230-231.

¹⁹⁵² Süzek, 83.

¹⁹⁵³ Hromadka/Maschmann, 207-208.

Sonuç olarak, işçi, işvereninin yönetim hakkı sınırları içinde verdiği hukuka uygun talimatlara dürüstlük kurallarının gerektirdiği ölçüde uymakla yükümlüdür.

II. İşçinin Hukuka Uygun Talimatlara Uymaması

A. Genel Olarak

İşçi, yukarıda da belirttiğimiz üzere, işvereninin yönetim hakkı sınırları içinde vereceği, hukuka uygun talimatlara, dürüstlük kurallarının gerektirdiği ölçüde uymakla yükümlüdür. İşçinin, işvereninin verdiği hukuka uygun talimatlara uymaması, çeşitli yaptırımları gündeme getirebilmektedir.

Öncelikle, işvereninin işin görülmesine ilişkin verdiği talimatlara uyma borcu bağımsız bir nitelik taşımaz. Bu tür talimatlar, işçinin, iş görme borcu kapsamında kalır ve onu tamamlayıcı niteliktedir. Bu nedenle işçinin, işin görülmesine ilişkin talimatlara uymaması, iş görme borcunun ihlali olarak kabul edilmektedir.¹⁹⁵⁴

İşveren, işçilere sadece işin görülmesine ilişkin değil, işyeri düzeninin ilişkin talimat verme hakkına da sahiptir. İşçinin işyerindeki davranışlarına ilişkin talimatlar, doğrudan işin görülmesiyle ilgili olmayan, daha ziyade işyerindeki düzeninin ve güvenliğin sağlanmasıya yönelik verilen talimatlardır. Örneğin, işyerine giriş-çıkışlarda uyulacak kurallar, işyerindeki kılık-kıyafet kuralları, işyerinde sigara içilmesi, yemekhane-park-dinlenme yeri gibi ortak alanların kullanımı, iş güvenliğine ilişkin kurallar, kaza halinde yapılması gereken işler, işçilerin hastalanması durumunda izlenecek yol, işyerinde fotoğraf çekmek, sosyal medya kullanımı, işyerine misafir kabul etmek bu kapsamda yer almaktadır.¹⁹⁵⁵

İşvereninin, işçinin davranışlarına ve işin düzenine yönelik talimatları, iş görme borcu kapsamında değildir. İşçinin işyerindeki davranışlara ilişkin talimatlara uyma borcu bağımsız

¹⁹⁵⁴ **Ekonomi**, 125; **Süzek**, Yönetim Hakkı, 226; **Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal**, 181; **Esener**, 153-154.

¹⁹⁵⁵ **Hromadka/Maschmann**, 202.

bir borç olarak talimatlara uyma borcu içinde yer almaktadır. İşçinin hukuka uygun olan talimatlara uymaması ise talimatlara uyma borcunun ihlali olarak kabul edilmektedir.¹⁹⁵⁶

İşçinin, işverenin verdiği hukuka uygun talimatlara uymaması -talimatın türüne göre- iş görme borcunun veya talimatlara uyma borcunun ihlali sonucunu doğurmakta ve işçi duruma göre tazminat, ödemelik def'i, iş akdinin feshi veya disiplin cezası gibi yaptırımlarla karşı karşıya kalabilmektedir. Aşağıda işçinin hukuka uygun talimatlara uymaması durumunda karşılaşılabileceği yaptırımlar incelenecektir.

B. Tazminat ve Ödemelik Def'i

İşçi, işverenin, Anayasaya, kanuna, toplu iş sözleşmesine, iş sözleşmesine, dürüstlük kurallarına aykırı olmayan talimatlarına uymakla yükümlüdür. İşverenin, işin yürütümüne ilişkin verdiği talimatlar, işçinin iş görme borcu içinde olup, işçinin bu yöndeki talimatlara uymaması iş sözleşmesinden doğan iş görme borcunun ihlali sonucunu doğurmaktadır. İş görme borcunun ihlali, borcun hiç veya gereği gibi (kötü-özensiz) ifa edilmemesi şeklinde ortaya çıkmaktadır.¹⁹⁵⁷ İşçinin, iş görme borcuna aykırı davranması nedeniyle zarara uğrayan işveren, TBK m. 112 vd. ile 396 ve 400. maddeleri çerçevesinde zararının tazminini işçiden talep edebilir.

Borcun gereği gibi ifa etmemede, borçlu borcunu ifa etmiştir. Ancak, ifa borç ilişkisine ve ifade aranan unsurlara uygun değildir. Bu nedenle, gereği gibi ifa etmeme, kötü veya özensiz ifa olarak da nitelendirilmektedir.¹⁹⁵⁸ İşçi, iş görme borcunu gereği gibi ifa etmezse, işçi tarafından yerine getirilen edim, sözleşmeye uygun bir ifa olarak değerlendirilemez.¹⁹⁵⁹

İşçi, iş görme borcunu özenle yerine getirmekle yükümlüdür. İşçinin özen borcunu düzenleyen TBK m. 396'ya göre, “⁽¹⁾ İşçi, yüklendiği işi özenle yapmak... zorundadır./⁽²⁾

¹⁹⁵⁶ **Ekonomi**, 125; **Süzek**, Yönetim Hakkı, 227; **Esener**, 159; **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, 291.

¹⁹⁵⁷ **Baycık**, İşçinin Hukuki Sorumluluğu, 30-31.

¹⁹⁵⁸ **Kılıçoğlu**, 675-676.

¹⁹⁵⁹ **Süzek**, 343; **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, 311.

İşçi, işverene ait makineleri, araç ve gereçleri, teknik sistemleri, tesisleri ve taşıtları usulüne uygun olarak kullanmak ve bunlarla birlikte işin görülmesi için kendisine teslim edilmiş olan malzemeye özen göstermekle yükümlüdür.” Buna karşılık, kötü ifa, işçinin özen borcunu ihlal etmesi anlamına gelmektedir.¹⁹⁶⁰ İşçinin özen borcu ise, bağımsız bir borç olmayıp, iş görme borcu içinde yer alan ve onu tamamlayan bir yükümlülüktür.¹⁹⁶¹

Özen borcu, işçinin sözleşmeyle yüklendiği borçlarını, sözleşmeden beklenen amacın gerçekleşmesini sağlayacak şekilde ifa etmesini gerektirmektedir.¹⁹⁶² İşçinin, özen borcuna aykırı davranması ve bunun sonucunda bir zarar doğması halinde, işçi TBK m. 400¹⁹⁶³ uyarınca, işverene kusuruyla verdiği her tür zarardan sorumludur.¹⁹⁶⁴

İşçinin göstermekle yükümlü olduğu özenin derecesinin belirlenmesinde objektif, genelgeçer bir kıstas olmadığı için her somut olayın özelliklerine göre bir inceleme yapılmalıdır. Bununla birlikte, özen derecesinin belirlenmesinde öncelikle, iş sözleşmesi esas alınmalıdır. Fakat, özen derecesinin tümüyle iş sözleşmesinde belirlenmesi her durumda çok mümkün olmadığından, işçinin faaliyet alanının veya yapmakla yükümlü olduğu işin özelliklerinin gerektirdiği özen kendisinden beklenmektedir.

Öte yandan, işçinin özen borcunun belirlenmesinde, TBK m. 400/2¹⁹⁶⁵ uyarınca, işin uzmanlık, yetenek veya belirli bir eğitimi gerektirmesi, işin özellikleri, tehlike arz eden bir iş

¹⁹⁶⁰ Süzek, 343.

¹⁹⁶¹ Süzek, 341; Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 307-308; Mollamahmutoğlu, 116 vd; Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan, 117-118; Senyen Kaplan, 160; Makas, 151; Özkan, 135-136.

¹⁹⁶² Astarlı, Değerlendirme 2015, 278-279.

¹⁹⁶³ Doktrinde Baycık’a göre, TBK m. 400, TBK m. 112’nin özel bir türünü oluşturmaktadır. Bkz. Baycık, İşçinin Hukuki Sorumluluğu, 20; Astarlı’ya göre ise, TBK m. 400, TBK m.112’nin bir tekrarı niteliğindedir. Bkz. Astarlı, Değerlendirme 2015, 280.

¹⁹⁶⁴ Doktrinde Baycık’a göre, İsviçre Hukukunda kabul edildiği üzere, TBK m. 400’de düzenlenen sorumluluğa sadece iş görme borcunun unsuru niteliğinde olan özen borcunun ihlalinde değil, işçinin iş sözleşmesinden doğan sadakat ve itaat borcunun ihlalinde de başvurulması gereklidir. Yazara göre, işçinin, işveren ile kurduğu iş ilişkisi dolayısıyla kanundan, toplu iş sözleşmesinden, iş sözleşmesinden ve eklerinden veya dürüstlük kuralından doğan tüm borçlarının ihlali halinde TBK m. 400 hükmü uygulanmalıdır. Bkz. Baycık, İşçinin Hukuki Sorumluluğu, 30-44.

¹⁹⁶⁵ TBK m. 400/2’ye göre, “Bu sorumluluğun belirlenmesinde; işin tehlikeli olup olmaması, uzmanlığı ve eğitimi gerektirip getirmemesi ile işçinin işveren tarafından bilinen veya bilinmesi gereken yetenek ve nitelikleri göz önünde bulundurulur.”

olup olmaması gibi objektif kriterlerle; işçinin yetenek ve nitelikleri şeklindeki sübjektif kriterler dikkate alınmaktadır.¹⁹⁶⁶

Bu bağlamda, Türk Borçlar Kanununun 400. maddesinin 2. fıkrasında yer alan ölçütler, işçinin her türlü kusuruyla işverene verdiği zararlardan doğan tazminat miktarının hesaplanmasında, hakimin TBK m. 50-52'ye göre takdir yetkisini somutlaştırmaya hizmet etmektedir.¹⁹⁶⁷ Diğer bir anlatımla, hakim, işçinin ödemekle yükümlü olduğu tazminat miktarını TBK m. 50-52'ye göre belirlerken, TBK m. 400/2'de yer alan ölçütleri de göz önünde bulunduracaktır.¹⁹⁶⁸

Bu noktada üzerinde durmak istediğimiz bir diğer husus ise, İş Kanununun 25. maddesinin 2. fıkrasının (1) bendi uyarınca, işçinin özen borcuna aykırı davranarak işverenin malına otuz günlük ücreti tutarıyla ödenmeyecek derecede hasara veya kayba uğratması durumunda, iş akdinin haklı nedenle feshedileceğidir. Doktrinde isabetle belirtildiği gibi, işçi her türlü kusurundan sorumlu olmakla birlikte; işverenin, İş Kanunu m. 25/2-(1) uyarınca, işçinin iş akdini haklı nedenle feshedebilmesi için, haklı nedenin varlığının tespitinde, TBK m. 400/2 fıkrasındaki ölçütlere başvurulması gerekmektedir. Buna göre belirlenen zarar, işçinin otuz günlük ücretiyle karşılanacak seviyede değilse, haklı fesih sebebi olarak nitelendirilmektedir.¹⁹⁶⁹

Buna karşılık, Yargıtayın önüne gelen bir uyuşmazlıkta, inşaat teknikeri olarak çalışan işçinin iş akdi, imalat çalışmalarında kusuruyla işverene, otuz günlük ücret tutarını aşan miktarda zarar verdiği gerekçesiyle haklı nedenle feshedilmiştir. Yargılama esnasında alınan bilirkişi raporlarına göre, dava konusu olayda işverenin % 80; işçinin ise %20 oranında kusurlu olduğu, ortalama zarar miktarının 50.000 TL civarında kabul edilebileceği ve davacının kusuruna tekabül eden kısmın ise 10.000 TL olduğu ifade edilmiştir.

¹⁹⁶⁶ **Makas**, 155; **Baycık**, İşçinin Hukuki Sorumluluğu, 133-137; 160-170.

¹⁹⁶⁷ **Baycık**, İşçinin Hukuki Sorumluluğu, 125.

¹⁹⁶⁸ **Astarlı**, Değerlendirme 2015, 281; **Senyen Kaplan**, 160.

¹⁹⁶⁹ **Baycık**, İşçinin Hukuki Sorumluluğu, 53-54; **Astarlı**, Değerlendirme 2015, 284.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, meydana gelen zararın, işçinin otuz günlük ücret tutarının üzerinde olmasına rağmen, işçinin hafif kusurlu olması nedeniyle, iş akdinin haklı nedenle feshinin ölçülülük ilkesiyle bağdaşmadığını ve fakat bu durumun geçerli bir neden olarak kabul edilebileceğini belirtmiştir.

Gerçekten de Yüksek Mahkemenin kararına göre, “*Meydana gelen olayın bu oluş şekline göre davacı hafif kusurludur. Bu tespitler ve 6098 sayılı TBK.’nın 400/2 maddesi kapsamında davacının iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedildiğinin kabulü ölçülülük ilkesine aykırı düşer. Meydana gelen zararın işçinin kusuruna oranlama yapıldığında işçinin otuz günlük ücretinin üzerinde olduğu anlaşılmakla birlikte davalı işverenin olayda daha fazla kusurlu olduğu açıktır. Davacının hafif kusurlu olduğu somut olayda söz konusu davranışı işyerinde olumsuzluklara yol açtığından işverence yapılan fesih geçerli nedene dayanmaktadır.*”¹⁹⁷⁰

Yüksek Mahkeme kararında, işçinin hafif kusurlu olsa dahi, zararı tazmin sorumluluğu olup olmadığı yönünde bir belirleme yapmamıştır. Öte yandan, doktrinde savunulan baskın görüşe göre, tehlike arz eden/zarara yatkın işlerde, işçinin hafif ihmalle verdiği zararlardan dolayı sorumlu tutulmaması gerektiği kabul edilmelidir. Bu durumda ise, TBK m. 400/2 ile İş Kanunu m. 25/2-(1) arasında uyum sağlanarak, zarara yatkın işlerde, hafif ihmalle verilen bir zararın, işçinin otuz günlük ücret tutarıyla karşılanmayacak bir miktarda olması halinde bile, işçinin, iş akdinin m. 25/2-(1) uyarınca haklı nedenle feshedilmemesi gerektiği belirtilmektedir.¹⁹⁷¹

¹⁹⁷⁰ Y9HD, 24.06.2019, E. 2019/4548, K. 2019/14050, KİBB. Benzer yöndeki diğer kararlar için bkz. **Gürsel**, İş Makinaları, 257-259.

¹⁹⁷¹ **Soyer**, Yeni Borçlar Kanunu, 171-173; **Süzek**, 705; **Alpagut**, Değerlendirme 2014, 54; **Gürsel**, İş Makinaları, 256-260. Buna karşılık, doktrinde *Baycık*, TBK m. 400/2’de geçen “işin tehlikeli olup olmaması/zarara yatkın iş” ölçütünün, işçiden beklenen özen derecesinin belirlenmesinde değil; işçinin ödemekle yükümlü olduğu tazminat miktarından indirilmesinde göz önünde bulundurulması gerektiğini belirtmektedir. Bu yönde bkz. **Baycık**, İşçinin Hukuki Sorumluluğu, 112.

Yüksek Mahkeme kararında, zarara yatkın iş kavramından söz etmemekle birlikte, doktrindeki baskın görüşe paralel şekilde, işçinin hafif ihmalden sorumlu olmadığına karar vermiştir.

Buna karşılık, yine doktrinde belirtildiği üzere, işçi her türlü kusurundan sorumlu tutulduğu için, işçinin hafif ihmalinin bulunduğu durumlarda, işin sırf tehlike arz etmesi/zarara yatkın olması nedeniyle, işçinin sorumluluğunu kaldıracağı yönünde genelgeçer bir kural koymak, TBK m. 400 düzenlemesine aykırılık oluşturacaktır.¹⁹⁷²

Ayrıca, Yüksek Mahkeme kararında, hafif ihmalden sorumlu tutmadığı işçinin iş akdinin geçerli nedenle feshedilebileceğine hükmetmiştir. Oysa, isabetli bir şekilde belirtildiği üzere, işçinin hafif kusurlu olması nedeniyle sorumlu tutulmadığı bir zarar nedeniyle, iş sözleşmesinin haklı nedenle olduğu kadar geçerli nedenle de feshedilmemesi gerekir.¹⁹⁷³

Benzer yönde olan Yargıtayın bir başka kararına göre, işçiler yetkili olmadıkları ve defalarca ikaz ve hatırlatmalarda bulunulduğu halde, makinanın teknik değerlerinde değişiklik yapmış ve bu durumu işverene bildirmemişlerdir. Makinanın teknik değerlerinde yapılan değişiklik neticesinde, makinada arıza meydana gelmiş ve bu durum üretimin 45 saat süreyle durmasına ve 40.000 TL'ye yakın bir zararın oluşmasına yol açmıştır. Bu olay üzerine, işveren, işçinin iş akdini İş Kanunu m. 25/II-(1) uyarınca feshetmiştir. Yargılama sırasında alınan bilirkişi raporuna göre, olayda işveren % 60 oranında kusurlu bulunurken; işçiler ayrı ayrı % 20'ser oranında kusurlu atfedilmiştir.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi ise, *“Bu oluş şekline göre kalıbın hasara uğramasında davacı hafif kusurludur. Bu tespitler ve 6098 Sayılı TBK'nın 400/2. maddesi kapsamında davacının iş sözleşmesinin haklı nedenle feshedildiğinin kabulü ölçülülük ilkesine aykırı*

¹⁹⁷² Baycık, İşçinin Hukuki Sorumluluğu, 116.

¹⁹⁷³ Baycık, İşçinin Hukuki Sorumluluğu, 263-264; Astarlı, Değerlendirme 2015, 285. Bununla birlikte, doktrinde Şahlanan, İş Kanunu m. 25/2-(1) ile TBK m. 400 hükümleri, birbirleriyle uyumlu hale getirilmediği sürece işçiler için ağır sonuçlar doğurabileceğini, bu nedenle de Yüksek Mahkemenin verdiği bu yöndeki kararlarıyla adaletsiz neticeleri engelleyebilmek adına ölçülülük ilkesine başvurduğunu ifade etmektedir. Bu yönde bkz. Şahlanan, Geçerli Neden, 324-325.

*olacaktır. Davacının hafif kusurlu olması nedeni ile yapılan feshin haksız olduğu kabul edilip kıdem ve ihbar tazminatı taleplerinin hüküm altına alınması gerekirken yazılı gerekçe ile bu taleplerin reddi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.” şeklinde karar vermiştir.*¹⁹⁷⁴

Yüksek Mahkeme, bu olayda da, aynı gerekçelerle benzer yönde bir karar vermiştir. Ancak, bu kararla ilgili olarak üzerinde durmak istediğimiz husus, işçinin, “*işverenin makinanın değerlerinin değiştirilmemesi yönünde verdiği teknik talimatlara uymamasıdır.*” Olayda, işçi, talimatlara uyma borcunu yerine getirmeyerek, işin işleyişini ve işyerindeki uyumu bozmuştur. Kanımızca, bu olayda, işçinin iş sözleşmesinin geçerli nedenle feshedilmesinin temelinde-Yargıtayın kararından farklı olarak-işçinin işyerinde olumsuzluklara yol açan teknik talimatlara uymaması yatmaktadır.

Öte yandan, işçinin, işin görülmesine ilişkin hukuka uygun talimatlara uymaması, iş görme borcunun ihlal edilmesi sonucunu doğururken; işçinin, işyerinin düzenine ilişkin hukuka uygun talimatlara uymaması iş görme borcunun dışında bağımsız bir borç niteliğinde olan *talimatlara uyma borcuna* aykırılık oluşturmaktadır. Hukuka uygun talimatlara uymayarak, talimatlara uyma borcunu ihlal eden işçi de, olayın özelliklerine göre, TBK m. 112 vd. uyarınca tazminat yaptırımını ile karşı karşıya gelebilir. İşçi, işverenin işin düzenine ilişkin verdiği talimatı hiçbir şekilde yerine getirmeyerek işvereni zarara uğratması durumunda, işverenin zararını tazmin etmek zorunda kalabilir.

İşveren, işin görülmesine veya işin düzenine ilişkin hukuka uygun talimatlara uymayan işçilerin iş sözleşmelerini haklı nedenle feshedebileceği gibi *ödemezlik def’ine* dayanarak iş görme borcunu haklı bir neden olmaksızın yerine getirmeyen işçilere ücret ödemekten de kaçınabilir.

¹⁹⁷⁴ Y9HD, 28.03.2019, E. 2016/21065, K. 2019/7060, KİBB.

C. Disiplin Cezası

“Disiplin” kelimesi, Türk Dil Kurumu Sözlüğü’ne göre, “*Bir topluluğun, yasalarına ve düzenle ilgili yazılı veya yazısız kurallarına titizlik ve özenle uyması durumu, sıkı düzen, düzence, düzen bağı, zapturapt*” olarak tanımlanmaktadır.¹⁹⁷⁵

Disiplin kelimesi, Yılmaz’ın Hukuk Sözlüğünde ise, “*Bir topluluğu yönetmeye yarayan yasa ve kuralların tamamı; düzen; bir toplulukta kurallara tam olarak gösterilen uyum*” olarak tanımlanmaktadır.¹⁹⁷⁶

Disiplin kavramına ilişkin yapılan tanımların temel birleşeni bir toplulukta düzenin kurulması ve bu düzenin devam etmesinin sağlanması amacıyla kurallar konulması ve yaptırım uygulanmasıdır. Zira, bir topluluğun varlığını devam ettirebilmesi, bir düzenin kurulmasıyla mümkün olabilmektedir. Ancak, düzenin sağlanması bireyler üzerinde zorlayıcı bir etkiye sahip olan otoritenin varlığını gerektirmektedir.¹⁹⁷⁷

Disipline ilişkin hükümler, sadece kamu otoritelerine özgü olmayıp, özel işletmelerde de düzenin sağlanması amacıyla uygulanmaktadır. Zira, işyeri hiyerarşisinde işin düzenlenmesi ve ortak amacın gerçekleşmesini sağlamak amacıyla bir *otorite figürüne* ihtiyaç bulunmaktadır. Bu otorite figürü ise, işyeri hiyerarşisinde *işverendir*. Öyle ki, işveren, işyeri hiyerarşisinde, işçiler karşısında *sosyal güç* olarak konumlanmaktadır. İşveren, işçilere vereceği talimatlarla işin ve işyerinin düzenini sağlarken; işyerinde kurulan düzenin devam etmesi amacıyla da hukuka uygun talimatlara uymayan işçilere disiplin cezası verme yetkisini elinde bulundurmaktadır.¹⁹⁷⁸ Nitekim, iş hukukunda, işçinin, işverenin talimatlarına aykırı

¹⁹⁷⁵ Türk Dil Kurumu Sözlüğü için bkz. <https://sozluk.gov.tr>.

¹⁹⁷⁶ Yılmaz, Hukuk Sözlüğü, 170.

¹⁹⁷⁷ Başbuğ, Disiplin Cezaları, 1.

¹⁹⁷⁸ Doktrinde, işverenin konumunu betimlemek amacıyla şöyle bir benzetme de yapılmaktadır: “Montesquie’nun yasama, yürütme ve yargı olarak adlandırılan kuvvetler üçlemesinin, iş ilişkisine, işverenin düzenleme yapma yetkisi, yönetim yetkisi ve disiplin yaptırımı uygulama yetkisi biçiminde yansması olarak görülse de; iş ilişkisinde kuvvetler ayrılığı prensibinin aksine tüm bu yetkilerin tek bir kişide toplandığı gerçeğinin altı çizilmelidir. Bu yönüyle, işletme, demokratik bir yapıya sahip değildir.” Bkz. Güzel/Ugan Çatalkaya, Dürüstlük, 44; Doğan Yenisey, İşyeri ve İşletme, 98.

davranması, bir disiplin kusuru olarak kabul edilmekte ve disiplin cezası adı altında yaptırımlara bağlanmaktadır.¹⁹⁷⁹

Türk iş hukukunda disiplin cezalarının uygulanma koşullarına, sınırına, usulüne ve yargısal denetimine ilişkin genel bir düzenleme bulunmamasına karşın, gerek doktrin gerek yargı kararları, belirli koşulların mevcut olması durumunda, işverenlere, yönetim hakları çerçevesinde işçilere disiplin cezası verme yetkisi tanımaktadır.¹⁹⁸⁰

İşverenin, işçilere disiplin cezası uygulama yetkisinin mevcut olduğu kabul edilmekle birlikte, disiplin yetkisinin hukuki dayanağı konusunda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmektedir. Disiplin cezalarının hukuki niteliğinin belirlenmesine yönelik yoğun tartışmalar, özellikle Fransız ve Alman hukukunda yaşanmıştır. Fransız iş hukukunda, “*sözleşmesel çözümleme görüşü*” ve “*kurum teorisi*” olarak iki farklı görüş ileri sürülmüştür.

Sözleşmesel çözümleme görüşüne göre, işverenin disiplin yetkisi, iş sözleşmesine dayanmakta ve işçi, iş sözleşmesi veya iş sözleşmesinin eki niteliğindeki iç yönetmeliğe onay vererek hafif kusuru için öngörülen en ağır cezayı bile önceden kabul etmiş sayılmaktadır. İşçi, disiplin suçu işlemesi üzerine cezalandırılması halinde, bu durum, iş sözleşmesinin ihlali olarak görülecektir. Fransız iş hukukunda bu görüş, işçinin suistimallere maruz kalacağı ve zayıf konumundaki işçinin korunması ilkesiyle bağdaşmadığı için eleştirilmiş ve azınlıkta kalmıştır. Kurum teorisine göre ise, işverenin disiplin yetkisi, sözleşmeden değil, işverenin, “*işveren/patron*” sıfatından kaynaklanmaktadır. İşveren, disiplin yetkisini kullanarak işletmesinin en iyi şekilde işlemesini sağlamaktadır. Ancak bu görüş de, işletmenin yararına olan şeyin ne olduğunu belirleme yetkisini sadece işverene bıraktığı ve bu durumun, işçi açısından muğlaklığa sebep oluşturduğu için eleştirilmektedir.¹⁹⁸¹

¹⁹⁷⁹ Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 184.

¹⁹⁸⁰ Sözek, Disiplin Cezaları, 10; Özdemir, Disiplin Cezaları, 1255; Başbuğ, Disiplin Cezaları, 32 vd; Elbir, Disiplin Cezaları, 12.

¹⁹⁸¹ Fransız iş hukukunda disiplin cezaları konusunda detaylı bilgi için bkz. Elbir, Disiplin Cezaları, 13-16; Altıntepe, 79-86.

Alman iş hukukunda ise, işverenin, disiplin cezası verme yetkisinin hukuki dayanağı çeşitli görüşlere dayandırılmakla birlikte, bunlardan öne çıkanı “*cezai şart teorisi*” ve “*kural koyma teorisidir*”. Cezai şart teorisine göre, işverenin disiplin cezası verme yetkisinin hukuki temeli, iş sözleşmesidir. Bunun yanında, toplu iş sözleşmesi veya iç yönetmeliklerle de iş sözleşmesine cezai şart getirilebilir. Cezai şart, borcun hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesinin bir yaptırımıdır. Cezai şart, borçluyu, gereği gibi ifada bulunmaya zorlamakta ve sözleşmenin ihlal edilmesinden doğan zararın ispat edilmesine gerek olmaksızın tazmin edilmesini sağlamaktadır. Bu yönüyle de, disiplin cezaları ile cezai şartın aynı işleve sahip olduğu açıktır. Zira, disiplin cezasının da amacı, borçluyu dürüst bir şekilde ifaya zorlamaktır.¹⁹⁸² Ancak, bu görüş, doktrinde eleştirilmektedir. Öncelikle, cezai şart, sözleşmeden doğan asli borca bağlı fer’i bir hak niteliği taşımaktadır. Oysa, işçinin, işyeri düzenine ve disiplinine uymaması, asli bir borcu olmaması nedeniyle cezai şart niteliğinde bir cezayla güvence altına alınamaz. Ayrıca, disiplin cezasının amacı, cezalandırma olduğuna göre, bu niteliği itibarıyla de disiplin cezalarının cezai şartla aynı kefiye konulmaması gereklidir.¹⁹⁸³

Kural koyma teorisine göre ise, işyeri özerk bir alan olduğu için, bu özerk alanda işverenin, işçiler üzerinde disiplin yetkisi bulunmaktadır. Bu görüşe göre, işyeri cezasının getirilmesinin hukuki dayanağı “*belirli bir grubun hukuk yaratmasıdır*”. Ancak kural koyma teorisi, statü hukukunun esaslarını, iş ilişkisine intikal ettirdiği için eleştirilmektedir.¹⁹⁸⁴

Türk Hukukunda, işverenin disiplin yetkisinin, iş sözleşmesinden doğan talimat verme/yönetim hakkının bir uzantısı olduğu kabul edilmektedir. İşveren, yönetim hakkına dayanarak işçilere işin görülmesine ve işyeri düzenine ilişkin konularda talimat verme hakkına sahiptir. İşveren, vereceği talimatlarla işin ve işyerinin düzenini sağlamak ve herkesin ayrı fakat ortak bir amaç için çalışmasının devamlılığını garanti etmektedir.

¹⁹⁸² Başbuğ, Disiplin Cezaları, 33-39.

¹⁹⁸³ Saymen, 205; Başbuğ, Disiplin Cezaları, 38.

¹⁹⁸⁴ Başbuğ, Disiplin Cezaları, 39-42.

İşverenin verdiği talimatların etkili olabilmesi için de, hukuka uygun bu talimatlara aykırı davranılmasının cezalandırılması gerekmektedir.¹⁹⁸⁵

Ancak, işveren, dilediği gibi disiplin cezası verme yetkisine sahip değildir. İşverenin, işçilere disiplin cezası verebilmesi için bunun mutlaka geçerli bir hukuki dayanağı bulunmalıdır.

İşverenin, disiplin yetkisini kullanmasının usul ve esasları ile disiplin cezalarına ilişkin hükümler, doğrudan kanunla düzenlenebileceği gibi toplu iş sözleşmesi, iş sözleşmesi veya iç yönetmeliklerle getirilebilir. Bu bağlamda, “*Ücret Kesme Cezası*”nın düzenlendiği İş Kanununun 38. maddesine göre, “⁽¹⁾ İşveren, toplu sözleşme veya iş sözleşmelerinde gösterilmiş olan sebepler dışında işçiye ücret kesme cezası veremez./ ⁽²⁾ İşçi ücretlerinden ceza olarak yapılacak kesintilerin işçiye derhal sebepleriyle beraber bildirilmesi gerekir. İşçi ücretlerinden bu yolda yapılacak kesintiler bir ayda iki gündelikten veya parça başına yahut yapılan iş miktarına göre verilen ücretlerde işçinin iki günlük kazancından fazla olamaz.” Buna göre, işçilere, ücret kesme cezasının verilebilmesi için bu cezanın, hangi nedenlerle uygulanabileceğinin iş akdinde veya toplu iş sözleşmesinde gösterilmiş olması gerekir.

Ayrıca, işçinin ücretinde bu şekilde yapılacak kesintiler iki gündelikten fazla olamaz. Benzer şekilde, İş Kanunu m. 18/1 ile m. 25/2 uyarınca, işten çıkarma, hukuki bir yaptırım olmasının yanı sıra bir disiplin yaptırımı olarak da uygulanabilmektedir.¹⁹⁸⁶

Ülkemizde işçilere uygulanacak disiplin cezaları çoğunlukla toplu iş sözleşmelerinde veya tip iş sözleşmeleri, iş sözleşmeleri veya iç yönetmeliklerde düzenlenmektedir. Ücret kesme cezası ile işten çıkarma dışında, işveren, işçilere, uyarı, kınama, geçici işten

¹⁹⁸⁵ Saymen, 204-205; Esener, 74; Güzel, Yetki ve Özgürlük, 96-97; Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal, 184; Elbir, Disiplin Cezaları, 68; Astarlı, İhtar, 966; Dursun Ateş, 158. Buna karşılık, doktrinde Başbuğ, disiplin cezalarının hukuki niteliğinin modern borçlar hukukunun geliştirdiği kuramların uygulanması yoluyla açıklanması gerektiğini ileri sürmektedir. Yazara göre, bu şekilde, klasik sözleşme kuramının açıklayamadığı konular, borç ilişkisi çerçevesinde izah edilebilecek, sözleşme dışı statülere dayanan kuramlara gerek duyulmayacaktır. Bkz. Başbuğ, Disiplin Cezaları, 46.

¹⁹⁸⁶ Süzek, Disiplin Cezaları, 10-11; Özdemir, Disiplin Cezaları, 1265.

uzaklaştırma, terfi ettirmeme gibi farklı disiplin yaptırımları da uygulayabilir.¹⁹⁸⁷ Ancak, bu noktada özellikle belirtmek istediğimiz husus, işçinin işlemiş olduğu disiplin suçundan dolayı birden fazla cezalandırılmayacağıdır. İş hukukunda da disiplin yaptırımları bakımından “*non bis idem*” (çifte ceza yasağı) geçerlidir. Örneğin, işveren, kusurlu bir davranışı nedeniyle işçiye uyarı cezası verdiyse, artık bu davranışı için işçiye, ücretten kesme cezası veremeyecektir.

Örneğin, Yargıtay bir kararında, “*Ayrıca tüm olaylarda davacıya disiplin yaptırımı uygulanarak prim kesme yaptırımları uygulandığı, son olayın, kaydın sms ile kapatılmasının tek başına fesih nedeni olabilecek ağırlıkta olmaması...*” ifadelerine yer vererek, prim kesme cezası verilen işçinin bu eyleminin, fesih için de gerekçe yapılamayacağı sonucu çıkmaktadır.¹⁹⁸⁸ Buna karşılık, işçi, aynı suçu birden fazla kez işlerse, diğer bir deyişle, disiplin cezası aldığı suçu sonraki bir tarihte yeniden işlerse, son suçu cezalandırmak için



¹⁹⁸⁷ Disiplin cezalarının türleri konusunda detaylı bilgi için bkz. **Taşkın**, 71-73. Yargıtayın bir kararına göre, işçinin dikkatini çekmek, bir disiplin cezası niteliğinde değildir. Karara göre, “*Davacı, davalı işverenin kendisine gönderilen dikkat çekme yazısını disiplin cezası olarak niteleyip iptali için dava açmıştır. Dosyada mevcut yönetmeliğin 5.4.6 bölümünde yer alan açıklamalarda da bu husus açıkça düzenlenmiş olup, dikkat çekmenin disiplin cezası olmadığı, işçinin siciline işlenmeyeceği belirtilmiştir. İlk derece mahkemesi, söz konusu yazıyı disiplin cezası kabul edip kaldırılmasına karar vermiş, Bölge Adliye Mahkemesi de davalının istinaf talebini esastan reddetmiş ise de, yukarıda açıklandığı üzere davalı işverenin davaya konu yazısı, disiplin cezası niteliğinde olmadığından yerinde olmayan davanın reddi gerekirken kabulü hatalıdır.*” Y9HD, 21.12.2020, E. 2017/27166, K. 2020/19379, KİBB.

¹⁹⁸⁸ Y22HD, 03.04.2017, E.2017/31068, K.2017/7313, **Caniklioglu**, Değerlendirme 2017, 250-251.

işçinin önceki kusurlu davranışları ağırlaştırıcı bir neden olarak dikkate alınabilir.¹⁹⁸⁹ Ayrıca, bu durum, aynı suç için iki farklı cezanın verilmesi anlamına gelmemektedir.¹⁹⁹⁰

Çifte ceza yasağı bağlamında üzerinde durmak istediğimiz bir başka husus ise, iş güvencesi kapsamındaki bir işçinin iş akdinin davranışları nedeniyle feshinde ön koşul olarak nitelenen “ihtar” ile “uyarı” arasındaki farktır. Doktrinde, uyarı ile ihtarın farklı fonksiyonları ihtiva ettiği belirtilmektedir. Öncelikle, uyarı, iş hukukunda uygulanan en hafif disiplin cezası türü olarak nitelendirilmektedir. Uyarıda amaç, işverenin talimatlarına uygun davranmayan işçiye, davranışının sözleşmeye aykırı olduğunu *bildirmektedir*. Uyarı, işçiyi sözleşmeye uygun davranmaya zorlayacak “tehdit” fonksiyonunu içermemektedir. Buna karşılık, ihtar, işçinin davranışının, sözleşmeye aykırı olduğunun bildirilmesi ve davranışının tekrarı halinde sözleşmesinin feshedileceği konusunda kendisini ciddi biçimde uyarmaktır. Eğer, uyarı, işçinin davranışlarının tekrarı halinde iş sözleşmesinin feshedileceği yönünde bir tehdit içeriyorsa, işçinin davranışları nedeniyle feshin ön koşulu olarak geçerli bir ihtar niteliğini kazanacaktır.¹⁹⁹¹ İhtarın amacı, işçinin işyeri düzenini bozan davranışlarını devam ettirmesi halinde fesih hakkının kullanılacağına bildirilmesidir.¹⁹⁹²

¹⁹⁸⁹ Yargıtayın bir kararına göre, “Davacı işçi, sendika üyesi olup işyerinde uygulanan toplu iş sözleşmelerinde çalışma saatlerinde ilk defa uyuma halinde uyurma cezası uygulanacağı, tekrarı halinde işten çıkarma cezası verileceği belirtilmiş olup davacı işçiye 2012 yılındaki ilk uyuma eylem sebebiyle yevmiye kesme cezası uygulanmıştır. Her iki uyuma eyleminin aynı toplu iş sözleşmesi döneminde gerçekleşmesi bir zorunluluk olmayıp 21.01.2015 tarihinde gerçekleşen uyuma eylemine dayalı olarak bu tarihte yürürlükte olan toplu iş sözleşmesinin ilgili hükmü gereği disiplin cezası uygulanması yerindedir. Davacı tanığı ... da davacının görevi başında uyuduğunu ve yaptığı işin kısa süre de olsa uyuyarak yapılabilecek mahiyette bir iş olmadığını beyan etmiştir. Davacının işinin başında uyuması eylemi 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 25/2-(ı) uyarınca işin güvenliğini tehlikeye düşürmüştür. Toplu iş sözleşmesinin ilgili hükmü de dikkate alındığında iş sözleşmesinin feshi haklı nedene dayanmış olup davacının kıdem tazminatına hak kazanması mümkün değildir.” Y9HD, 14.10.2020, E. 2016/25494, K. 2016/11826, KİBB.

¹⁹⁹⁰ **Özdemir**, Disiplin Cezaları, 1266; **Elbir**, Disiplin Cezaları, 108-109; **Başbuğ**, Disiplin Cezaları, 234-235. Yargıtayın bir kararına göre, “Davacının birden fazla olumsuzluklara neden olan davranışlarının her biri haklı neden ağırlığında değildir ve son davranışı dışında her birine ayrı ayrı disiplin cezası uygulanmıştır. Aynı davranış tekerrür etmediği gibi son davranışı ile ilgili daha önce bir tebliğ ve uyarı da yapılmamıştır. Önceki davranışlar ve ihtar, son davranışı haklı duruma getirmemektedir. Davacının davranışı güven sarsıcı ve iş yerinde olumsuzluklara yol açan nitelikte olup, geçerli neden oluşturmaktadır. Bu geçerli nedeni haklı neden olarak nitelemek ölçülülük ilkesine aykırıdır.” YHGK, 19.02.2019, E. 2015/22-3237, K. 2019/160, KİBB.

¹⁹⁹¹ **Astarlı**, İhtar, 966-968; **Astarlı**, Değerlendirme 2015, 292.

¹⁹⁹² **Başbuğ**, Disiplin Cezaları, 132.

İşverenin, işçinin işinde ve işyerinde diğer bir deyişle çalışma koşullarında değişiklik sonucu doğuran disiplin cezası uygulama yetkisi olup olmadığı sorusunun da cevaplanması gereklidir. İşveren, işçinin kusurlu davranışları sonucunda, işçinin daha düşük bir göreve verilmesi, çalıştığı işyerinin değiştirilmesi veya çalışma sürelerinin değiştirilmesi yönünde disiplin cezalarına başvurmak isteyebilir. Ancak bu noktada, işverenin, disiplin cezası uygulamak amacıyla dahi olsa işçinin çalışma koşullarında esaslı bir değişikliği tek yanlı olarak gerçekleştirip gerçekleştiremeyeceğinin belirlenmesi gereklidir.

İşveren, çalışma koşullarında esaslı bir değişikliği ancak İş Kanununun 22. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, işçinin yazılı rızasını alarak gerçekleştirebilir. Buna karşılık, işveren, sadece yönetim hakkı kapsamında kalan değişiklikleri tek yanlı olarak gerçekleştirebilir. Buradan hareketle, kanımızca, disiplin cezaları aracılığıyla, işçilerin çalışma koşullarında esaslı bir değişiklik yapılamaz.¹⁹⁹³ İşveren, işçinin çalışma koşullarında esaslı bir değişiklik doğuran disiplin cezasını uygulamak isterse, İş Kanununun 22. maddesine başvurmalıdır.

İşveren, işin görülmesine ve işyeri düzeni ile iş sağlığı ve güvenliğine ilişkin konularda verdiği hukuka uygun talimatlara uymayan işçilere, disiplin cezası verme yetkisine sahiptir. İşçinin bu yetkisini kullanabilmesi için yukarıda da belirttiğimiz gibi, bu cezaların geçerli bir hukuki dayanağı bulunmalıdır. Ancak, bu husus, geçerli bir disiplin yaptırımını uygulamak için yeterli değildir. Başkaca koşulların da birarada olması gereklidir.

İşçilere disiplin cezası verilebilmesinin bir diğer koşulu, işçinin *kusurlu* bulunmasıdır. Disiplin cezasının zorlayıcı niteliği, kusurun varlığını gerekli kılmaktadır.¹⁹⁹⁴ İşçiye verilecek disiplin cezasının işçinin kusuru ile *orantılı olması* gerekmektedir. Örneğin, patlayıcı maddelerin yanında sigara içen işçiye, işten çıkarma cezasının verilmesinin, işçinin kusuruyla orantılı olduğu kabul edilirken; işçinin işe yarım saat kadar geç kalmasına işten çıkarma

¹⁹⁹³ **Baycık**, Nakil Yetkisi, 499-500; **Elbir**, Disiplin Cezaları, 41-42; Aksi yönde, **Özdemir**, Disiplin Cezaları, 1259; **Altın-tepe**, 77. Fransız hukukundaki yaklaşım için bkz. **Elbir**, Disiplin Cezaları, 38-41; **Altın-tepe**, 82-83.

¹⁹⁹⁴ **Süzek**, Disiplin Cezaları, 11; **Saymen**, 206; **Özdemir**, İş Sağlığı, 478.

yaptırım uygulanmasının orantısız olduğu ifade edilmelidir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin bir kararına göre de, “İşveren, iş sözleşmesine aykırı davranışta bulunan işçiye yaptığı eylemle orantılı bir yaptırım uygulamalıdır. Yapılan eylemle orantılı olmayan ve ölçüsüz olarak nitelendirilebilecek bir yaptırım mazur görülemez. Sonuç itibarıyla fesih de bir cezadır. Ölçülülük ilkesi uyarınca, yargıç feshin geçerli olup olmadığını kararlaştırırken, işçinin davranışının ağırlığını dikkate alarak, her olayın özelliğine göre işçinin davranışı ile işverence uygulanan fesih türü arasında bir orantısızlık (ölçüsüzlük) olup olmadığını takdir edecektir.”¹⁹⁹⁵

Bununla birlikte, işçinin mesleki yetersizliği, işçinin, yeteri kadar çaba göstermemesinden kaynaklanmadığı sürece, kusurlu bir davranış olarak nitelendirilemeyeceğinden, disiplin cezasına konu oluşturmaz. Örneğin, İş Kanununun 25. maddesinin II-(h) bendine göre, “İşçinin yapmakla ödevli bulunduğu görevleri kendisine hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmemesi” durumunda, işveren lehine haklı nedenle fesih hakkı doğmaktadır. Burada işçi, haklı bir nedeni olmaksızın, işverenin işin görülmesine ilişkin verdiği talimatı, kendisine hatırlatıldığı halde yerine getirmeyerek, işin ve işyerinin düzenini bozmaktadır. Dolayısıyla, işveren böyle bir durumda, işçiye karşı çeşitli disiplin yaptırımlarına başvurabilecektir.¹⁹⁹⁶

Disiplin cezalarının temel amacı, işyerindeki düzeni ve barışı sağlamaktır. Dolayısıyla, işverenin, işçiye geçerli bir disiplin cezası uygulama yetkisi de bu cezanın kendi *amacıyla* sınırlı olmasına bağlıdır. Örneğin, işveren, işyeri düzenini ciddi ölçüde olumsuz yönde etkilemediği sürece, işçinin özel yaşamını bahane ederek kendisine disiplin cezası veremez. Benzer şekilde, işveren, işçilerin işyerinde temel hak ve özgürlüklerini kullanmalarından dolayı kendilerini cezalandıramaz. Aksi durumun kabulü, işyerlerindeki otoriterleşme eğilimini daha da arttıracak ve temel hak ve özgürlükleri işyeri sınırları dışına itecektir. Oysa,

¹⁹⁹⁵ Y9HD, 22.11.2017, E. 2016/30461, K. 2017/18864, KİBB.

¹⁹⁹⁶ **Elbir**, Disiplin Cezaları, 55-56.

işçi olmak, kişiyi “*insan*” olmasından ötürü sahip olduğu haklardan yoksun bırakamaz. Ancak, bazı durumlarda, işçinin temel hak ve özgürlükleri ile işverenin menfaatleri çatışmaktadır. Böyle bir durumda, pratik uyuşum ilkesi çerçevesinde, işverenin menfaatleri ile işçinin temel hak ve özgürlüklerinin korunması gerekliliği arasında her somut olaya göre menfaat değerlendirmesi yapılmalıdır.

Bu noktada kısaca da olsa üzerinde durmak istediğimiz husus, işverenin *toplu eylem hakkını* kullanan işçiler aleyhine disiplin cezası yaptırımını uygulama yetkisine sahip olup olmadığıdır. Sendikal hakları ve grevi de içine alan bir kavram olan toplu eylem hakkı, Avrupa Sosyal Şartı m. 6/4, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 11 ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına göre çalışanların ekonomik ve sosyal menfaatlerini korumaları bağlamında ifade özgürlüğünün bir görünümü olarak kabul edilmektedir.¹⁹⁹⁷ Örneğin, *Karaçay/Türkiye* davasında, KESK üyesi bir kamu görevlisi, memur maaşlarına yapılan düşük zammı protesto etmek amacıyla toplu eyleme katılmıştır. Bunun üzerine de kendisine disiplin cezası verilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, başvuranın taleplerini kabul ederek Sözleşmenin 11. maddesinin ihlal edildiğine şu gerekçelerle karar vermiştir: “*Başvuran bu eyleme katılarak toplantı yapma özgürlüğünü kullanmıştır... Oysa verilen ceza, her ne kadar düşük olsa da, kendisi gibi sendikaya üye kişilerin çıkarlarını savunmak amacıyla sendika üyelerinin grev ve eylemlere yasal olarak katılmamasına yönelik caydırıcı bir niteliğe sahiptir.*”¹⁹⁹⁸

Uluslararası normlara göre, protesto niteliği taşıyan toplu eylem hakkı, demokratik bir hakkın kullanımı çerçevesinde barışçıl nitelikte olma ve ölçülülük ilkesine uygun olma şartıyla hukuka uygun kabul edilmelidir.¹⁹⁹⁹ Türk hukuku bakımından da, toplu eylem hakkının, Anayasanın 90. maddesi hükmü ışığında, barışçıl amaçlı eylemleri kapsadığı

¹⁹⁹⁷ Tuncay/Savaş Kutsal, 470; Eyrenci, Değerlendirme 2017, 451-452.

¹⁹⁹⁸ AIHM, *Karaçay v. Türkiye*, Başvuru No: 6615/03, 27.03.2007, (www.hudoc.echr.coe.int.).

¹⁹⁹⁹ Öztürk, Toplu Eylem, 1821.

belirtilmelidir. Ancak, her hak gibi toplu eylem hakkı da bazı sınırlamalara tabi tutulmaktadır.²⁰⁰⁰

Yargıtay da işçilerin ekonomik ve sosyal menfaatlerini savunmak amacıyla işverene özel bir zarar verme kastı içermeyen, demokratik ve barışçıl nitelikteki, kısa süreli ve ölçülülük ilkesine uygun olarak başvurulmuş toplu eylem hakkının, hukuka uygun olduğunu kabul etmektedir. Örneğin, Yüksek Mahkemenin önüne gelen bir olayda, on üç gün süren bir eyleme katılan elliye yakın işçi, işverence önce disipline kuruluna sevk edilmiş ve ardından da iş sözleşmeleri “*hatırlatıldığı halde görevini yapmamakta ısrar etme*” ve “*mazeretsiz devamsızlık*” nedeniyle feshedilmiştir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesine göre, “*Davalı işyerinde gerçekleşen ve on üç gün süreyle devam eden toplu iş bırakma eyleminin zamanlaması, katılımcı sayısı ve süresi değerlendirildiğinde ölçülü olmaktan uzak olduğu görülmektedir. Bu sebeple davacının da işi bırakmak suretiyle destek verdiği toplu eylemin, iç hukuk ve bağlı bulunduğu uluslararası mevzuat çerçevesinde hukuka uygun olduğundan söz edilemez ve işverenin haklı fesih hakkının varlığı kabul edilmelidir.*”²⁰⁰¹

İşverenin işçiye disiplin cezası verebilmesinin bir diğer koşulu ise, öngörülen disiplin cezalarının kaynaklar hiyerarşisine uygun olması gereğidir.²⁰⁰² İşverenin disiplin cezası verme yetkisini keyfî ve kötü niyetle kullanılmasının önüne geçmek amacıyla disiplin cezalarının da kaynaklar hiyerarşisine uygun kullanılması gereklidir. Dolayısıyla, iç yönetmelikle getirilen bir disiplin cezasının İş Kanununa aykırı olması mümkün değildir. Bununla birlikte, İş Kanunu m. 25/II uyarınca haklı nedenle fesih yaptırımına yol açan bir disiplin suçuna, toplu iş sözleşmesiyle veya iş sözleşmesiyle daha hafif bir disiplin cezası getirilebilir.²⁰⁰³ Örneğin,

²⁰⁰⁰ **Alpagut**, Toplu Eylem, 864.

²⁰⁰¹ Y9HD, 06.06.2017, E. 2016/11644, K. 2017/9757, KİBB. Ayrıca bkz. Y9HD, 11.03.2016, E. 2016/5559, K. 2016/5735 ve kararın değerlendirmesi için bkz. **Alpagut**, Toplu Eylem, 871-875. Buna karşılık, Yüksek Mahkemeye göre, yirmi dört saati aşmayan işçi eylemleri, demokratik bir hak arama ve barışçıl protesto niteliğindedir. Bkz. Y9HD, 29.05.2017, E. 2017/20579, K. 2017/9060 ve kararın değerlendirmesi için bkz. **Eyrenci**, Değerlendirme 2017, 450-451.

²⁰⁰² **Süzek**, Disiplin Cezaları, 12.

²⁰⁰³ **Süzek**, Disiplin Cezaları, 12.

toplu iş sözleşmesinde işçinin dikkatsizlik sonucu araç ve gereçlere zarar vermesi sonucu kendisine yevmiye kesme cezası verilmesi öngörülmüşse, bu hükme rağmen işten çıkarma yaptırımının uygulanması haksız fesih niteliğindedir.

Gerçekten de, Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin bir kararına göre, “Yürürlükteki toplu iş sözleşmesinin ceza cetvelinde ihmal sonucu işverene ait araçta hasar meydana getirme eylemine ise öncelikle yevmiye kesme cezası getirilmiştir. Ayrıca davacının alkollü araç kullandığı kabul edilse bile, aynı disiplin cetvelinin 31. maddesinde ilk kez işlenen bu suçun ceza karşılığı iki yevmiye kesimidir. Bu nedenle ihbar ve kıdem tazminat isteklerinin kabulü gerekirken yazılı şekilde red edilmesi hatalıdır.”²⁰⁰⁴

İşveren, disiplin cezası verme yetkisini, dürüstlük kurallarına ve eşit davranma borcuna uygun olarak kullanmalıdır. Diğer bir anlatımla, işveren, disiplin yetkisini, keyfi biçimde, işçiler arasında haklı bir nedene dayanmayan ayrımlar yaparak kullanmamalıdır.²⁰⁰⁵

İşçiye disiplin cezası verme yetkisi, işverenin²⁰⁰⁶ yanı sıra işveren vekili veya disiplin kurullarına bırakılabilir. Öncelikle, işveren vekili, kendisine verilen yetki çerçevesinde işçilere disiplin cezası uygulayabilir.

Ayrıca, işveren ve işveren vekili dışında, işçilere, disiplin cezası verme yetkisi, disiplin kurullarına da devredilebilir. Mevzuatımızda, disiplin kurullarının kurulması yönünde bir zorunluluk bulunmamakla birlikte, uygulamada, çoğunlukla toplu iş sözleşmelerinin yürürlükte olduğu işyerleri veya işletmelerde disiplin kurullarının mevcut olduğu bilinmektedir. Toplu iş sözleşmelerinde disiplin kurullarının kimlerden oluşacağı, toplanma ve karar alma çoğunlukları, kurulların işleyişi gibi konular ayrıntılı bir şekilde

²⁰⁰⁴ Y9HD, 25.09.2001, E. 2001/10389, K. 2001/14810, KİBB.

²⁰⁰⁵ **Tuncay**, Eşit Davranma İlkesi, 167.

²⁰⁰⁶ Soyut işveren-somut işveren ayrımının olduğu işyerlerinde, işçiye, disiplin cezası uygulama yetkisi, somut işverene aittir.

düzenlenmektedir. Bu kurullar, toplu iş sözleşmesine ekli cetvelde yer alan disiplin cezalarını uygulama yetkisine sahiptir.²⁰⁰⁷

Disiplin kurulları, sadece toplu iş sözleşmesine taraf sendika üyesi işçiler hakkında değil, işyerinde çalışan tüm işçiler (sendika üyesi olan-olmayan) hakkında karar vermektedir. Zira, Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununun 25. maddesinin 2. fıkrasına göre, toplu iş sözleşmeleriyle sadece “*ücret, ikramiye, prim ve paraya ilişkin sosyal yardım konularında*” sendika üyesi işçiler yararına hükümler öngörülebilir. Parasal konular dışında kalan, yönetim hakkının kullanılması, çalışma süreleri, disiplin hükümlerinin uygulanması gibi konularda, işyerinde çalışan işçiler arasında bir ayrım yapılamaz.

Disiplin cezalarının uygulanmasından önce, işçinin savunmasının alınmasının mevzuatımız açısından zorunlu olup olmadığının belirlenmesi gereklidir. Öncelikle, hukukumuzda disiplin cezalarının uygulanmasına ilişkin özel bir prosedür öngörülmemiştir.²⁰⁰⁸ Bununla birlikte, iş güvencesine tabi iş ilişkilerinde, işverence, işçinin davranışları nedeniyle iş akdinin süreli feshinde, işçinin savunması alınmalıdır (m. 19/2). Öte yandan, İş Kanunu m. 25/2 uyarınca, işçinin ahlak ve iyi niyet kurallarına aykırı davranışı iddiasıyla yapılan haklı nedenle derhal fesihlerde, savunma alma zorunluluğu (m. 25/2) bulunmamaktadır. İşçiye kıdem ve ihbar tazminatlarından mahrum bırakan en ağır disiplin yaptırımı olan haklı nedenle fesihte, işçinin savunmasının alınmaması adalet ve hakkaniyetle bağdaşmamaktadır.²⁰⁰⁹

Mevzuatımızda disiplin cezalarının uygulanması için özel bir prosedür düzenlenmemekle birlikte, toplu iş sözleşmesi, iş sözleşmesi veya iç yönetmeliklerle disiplin cezasının uygulanmasından önce, işçiye savunma hakkı tanınacağına ilişkin hükümler getirilmişse, işveren bu zorunluluğa uymalıdır.

²⁰⁰⁷ **Özdemir**, Disiplin Cezaları, 1271-1272.

²⁰⁰⁸ **Başbuğ**, Disiplin Cezaları, 200-201; **Özdemir**, Disiplin Cezaları, 1269.

²⁰⁰⁹ **Süzek**, 718-719;

İlaveten, uygulamada özellikle, toplu iş sözleşmelerinde, işverenin haklı nedenle fesih hakkını kullanmadan önce, disiplin kurullarının kararını alması gerektiği yönünde bir zorunluluk getirilmektedir. İşveren, disiplin kurulu kararı olmaksızın fesih hakkını kullanırsa, yapılan fesih, haklı nedene dayansa bile, toplu iş sözleşmesi hükümlerine aykırı olduğu için haksız fesih olarak nitelendirilmektedir.²⁰¹⁰ Benzer şekilde, toplu iş sözleşmesinde, haklı nedenle fesihte, işçinin savunmasının alınması gerektiği hususu düzenlenmişse, ortada haklı nedenle fesih sebebi bulunsa bile, işçinin savunmasının alınmaması, feshi haksız hale getirmektedir.²⁰¹¹

Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin bir kararına göre de, “*Somut olaya dönüldüğünde, toplu iş sözleşmesinde işten çıkarma disiplin cezası olarak düzenlenmiştir. Yine işçinin disiplin hükümlerine aykırı fiilinin disiplin kuruluna getirileceği, disiplin kurulunun da işçinin yazılı savunmasını almadan karar veremeyeceği hüküm altına alınmıştır. Bununla birlikte davalı işveren tarafından bu yöneme uyulmadığı ve işçinin savunmasının da alınmadığı anlaşılmaktadır. Bu durum tek başına dahi feshi haksız hale getirmektedir.*”²⁰¹²

İşveren, işin yürütümü ve işçilerin işyerindeki davranışlarına ilişkin konularda talimat verme hakkına sahiptir. İşçi, işverenin hukuka uygun talimatlarına uymakla yükümlüdür. Bununla birlikte, işçinin, hukuka uygun talimatlara uymaması neticesinde disiplin cezası yaptırımıyla karşı karşıya gelebileceğini belirttik. Ancak, işçi, kendisine uygulanan disiplin

²⁰¹⁰ **Süzek**, Feshin Sınırlandırılması, 8; **Öktem Songu**, Sözleşmesel Kayıtlar, 199; **Özdemir**, Disiplin Kurulu, 159; **Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal**, 275-276. Bununla birlikte, Yargıtaya göre, toplu iş sözleşmesinde sadece haklı nedenle feshler için disiplin kuruluna gidilme zorunluluğu öngörülmüşse ve işveren, disiplin kurulu kararı olmadan, işçinin iş sözleşmesini feshetmişse, yapılan fesih haksız fesih olarak kabul edilmelidir. Bununla birlikte, eğer ortada geçerli nedenlerin varlığı mevcutsa, işverenin disiplin kuruluna gitmemiş olması feshi geçersiz hale getirmez. Gerçekten de Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin bir kararına göre, “*Disiplin kurulu kararının alınmamış olması şekli eksiklik niteliğinde olup, feshin haklı nedenle yapılmış sayılmasına engel teşkil etmekteyse de, geçerli nedenle yapıldığının kabulüne engel değildir. Bu sebeple işverence disiplin kurulu kararı alınmadan yapılan feshin haklı olmasa da geçerli nedene dayandığının kabulü gerektiğinden, davacının kıdem ve ihbar tazminatının hüküm altına alınması gerekli iken yazılı gerekçe ile davanın reddine karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.*” Y22HD, 19.09.2019, E. 2016/17721, K. 2019/16867, KİBB. Benzer yönde bkz. **Özdemir**, Disiplin Kurulu, 159-160.

²⁰¹¹ **Süzek**, Feshin Sınırlandırılması, 8-9; **Öktem Songu**, Sözleşmesel Kayıtlar, 200.

²⁰¹² Y22HD, 24.12.2014, E. 2013/27759, K. 2014/36786, KİBB.

cezasının hukuka uygun olduğunu düşünmüyorsa, işveren tarafından verilen disiplin cezalarına karşı işyerinde başvurabileceği bir üst disiplin mercii varsa oraya başvurarak itiraz hakkını kullanabileceği gibi iş mahkemesine de başvurabilir. Nitekim, bu durum, anayasal hak arama özgürlüğünün de bir gereği ve sonucudur. Verilen disiplin cezalarına karşı yargı yolunun kapalı olduğuna dair sözleşme hükümleri ise geçersizdir.²⁰¹³

Doktrinde, iş mahkemesinin, işverenin verdiği disiplin cezasını iptal edip, işvereni bu yönde işlem yapmaya zorlayıcı nitelikte karar vermesinin mümkün olmadığı belirtilmektedir. Zira, Yargıtayın bir kararı uyarınca, *“İş hukukunda işverenin düzenleyici işlemlerde bulunmasını zorlayıcı nitelikte karar verilmesi olanağı yoktur. Mahkemeye davacıya verilen ihtar cezası sonucu, terfi ettirilmeme işleminin, hatalı olduğunun karar yerinde belirtilmesi ile yetinilmesi gerekirken, terfinin yapılması ve intibakının gerçekleştirilmesi şeklinde hüküm kurularak işverenin yönetim hak ve yetkisinin kısıtlanması veya ortadan kaldırılması, iş hukukunun ilkeleri ile bağdaşmaz.”*²⁰¹⁴

Buna karşılık, işçi, kendisine uygulanan disiplin yaptırımının türüne göre, uğradığı zararın tazminini talep edebilir veya diğer yasal haklarını kullanabilir. Örneğin, işçiden haksız olarak ücret kesintisi yapıldıysa, işyerinden geçici olarak uzaklaştırıldıysa veya kademe ilerlemesi durdurulduysa, işçi, genel hükümlere göre uğradığı zararın tazmin edilmesini talep edebilir.

Öte yandan, işçiye, disiplin yaptırımı olarak işten çıkarma cezası uygulandıysa, işçi, iş güvencesi kapsamında olup olmamasına göre farklı taleplerde bulunabilir. İş güvencesi kapsamındaki bir işçinin, iş sözleşmesi geçerli bir neden olmadan veya haksız şekilde feshedildiyse işçi, feshin geçersizliğinin tespiti ve işe iade davası açabilir. Ancak, işçi, iş güvencesi kapsamında değilse, usulsüz, haksız veya fesih hakkının kötüye kullanılması

²⁰¹³ **Süzek**, Disiplin Cezaları, 13-14; **Özdemir**, Disiplin Cezaları, 1274-1275; **Başbuğ**, Disiplin Cezaları, 227-231; **Elbir**, Disiplin Cezaları, 115.

²⁰¹⁴ Y9HD, 14.05.1996, E. 1996/1014, K. 1996/10093, **Süzek**, Disiplin Cezaları, 14; **Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal**, 185.

sebebiyle işten çıkarıldığını iddia ederek, kötü niyet tazminatı, ihbar tazminatı, haksız fesih tazminatı, maddi ve manevi tazminat ve koşulları varsa kıdem tazminatı talep edebilir.²⁰¹⁵

D. İş Akdinin Feshi

İşçinin, işverenin hukuka uygun talimatlarına uymayarak iş görme borcunu veya talimatlara uyma borcunu ihlal etmesi sonucunda, *işverenin sözleşmeyi feshetme* imkanı da bulunmaktadır. İşçinin talimatlara uymaması, işverene olayın özellikleri ve ağırlığına göre iş sözleşmesinin haklı ya da geçerli fesih hakkını verir. Nitekim, işveren, İş Kanunu m. 25/2-(h)'ye göre, “*İşçinin yapmakla ödevli bulunduğu görevleri kendisine hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesi*” durumunda, iş akdini haklı nedenle feshedebilir.

Bununla birlikte, işçinin uyarılara rağmen işini “*eksik, kötü veya yetersiz*” olarak yerine getirmesi geçerli fesih nedeni olarak ifade edilmektedir. Ancak, işçinin görevini hatırlatıldığı halde “*hiç yerine getirmemesi*” haklı fesih nedeni olarak kabul edilmektedir.

İşverenin, işçinin işini eksik ve yetersiz yerine getirmesi sebebiyle iş akdini geçerli nedenle feshedebilmesi için, işin gereği gibi yerine getirilmemesinin belli bir ağırlığa ulaşması gerekmektedir. Bu nedenle, önemsiz nitelikte olan ve işin yerine getirilmesi sırasında olağan sayılabilecek eksiklik veya hatalar, fesih için gerekçe sayılmamalıdır. Buna karşılık, işçinin davranışları, kendisine yöneltilen ihtarlar rağmen süreklilik arz ediyor, işe olan ilgisinin azaldığını gösteriyor ve işyerinde olumsuzluklara yol açıyorsa, bu davranışlar geçerli nedenle feshe dayanak oluşturabilir.²⁰¹⁶

Örneğin, Yargıtayın bir kararına göre, güvenlik görevlisi olarak çalışan işçinin, mesai saatleri içinde, ihtarlar rağmen uzun süren özel telefon görüşmeleri yapması ve internette

²⁰¹⁵ Detaylı bilgi için bkz. **Süzek**, Disiplin Cezaları, 14-15; **Elbir**, Disiplin Cezaları, 117-130.

²⁰¹⁶ **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, 543; **Astarlı**, İhtar, 971-974.

zaman geçirmesi, şube güvenliğiyle ilgili sorumluluklarını aksatması ve güvenlik açığına yol açması, geçerli nedenle feshe dayanak oluşturmaktadır.²⁰¹⁷

Bununla birlikte, işçinin yapmakla *ödevli* olduğu *görevleri* kendisine hatırlatıldığı halde yapmamakta ısrar etmesi, haklı nedenle fesih gerekçesidir. İşverenin, işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebilmesi için, öncelikle işçinin yapmakla ödevli olduğu görevlerin, diğer bir anlatımla yerine getirmekle yükümlü olduğu işlerin neler olduğunun belirlenmesi gereklidir. Doktrinde de isabetle belirtildiği gibi, işçinin, kanundan, toplu iş sözleşmesinden, iş sözleşmesinden, genel iş koşullarından, işyeri iç yönetmeliklerinden, örf-adet kurallarından ve dürüstlük kurallarından doğacak tüm çalışma koşulları, işçinin iş görme borcuna ilişkin yükümlülükleri kapsamına girmektedir.²⁰¹⁸

Bu bağlamda, işverenin hatırlatmasına rağmen, işçinin yapmamakta ısrar ettiği işin, işçinin görev tanımı içinde olması gereklidir. İşçinin, kendi görev tanımına girmeyen bir işe ilişkin, işverenin talimatını yerine getirmemesi, işverene haklı nedenle fesih hakkı bahsetmemektedir. İşveren, işçiye iş sözleşmesinde açık ve somut bir biçimde düzenlenen işten başka bir işi vermemelidir. İşçinin iş görme borcu iş sözleşmesinde genel hatlarıyla düzenlendiyse, işverenin talimat verme hakkı da o oranda artacaktır. Örneğin, iş sözleşmesinde işçinin yerine getirmekle yükümlü olduğu iş, garsonluk olarak belirlendiyse, işveren, işçiye başka bir işi yapması yönünde talimat veremez.

Bunun yanı sıra, iş sözleşmesinde işçinin iş görme edimi örneğin, avukat, mühendis, bilişim uzmanı gibi bir meslek dalı olarak belirlendiyse, işveren, işçiden, o meslek dalının ve uzmanlığının kapsamına giren işlerden farklı bir işi yerine getirmesini isteyemez. Örneğin, Yargıtayın bir kararına göre, lastik tamircisi olduğu halde, görev tanımıyla ilgisi olmayan, süpürgeyle sokakların temizlenmesi yönündeki talimata uymayan işçinin, iş sözleşmesinin

²⁰¹⁷ Y22HD, 23.01.2012, E. 2011/4970, K. 2012/410, KİBB.

²⁰¹⁸ **Odaman**, İşverenin Fesih Hakkı, 176-177; **Odaman**, İşçinin Yapmakla Ödevli Bulunduğu Görevler, 2.

feshedilmesi haksız fesih niteliğindedir.²⁰¹⁹ Bu bağlamda, işçinin rızası olmadan, çalışma koşullarında esaslı değişiklik niteliği taşıyan görevlendirmelerin, işçi tarafından yerine getirilmemesi, işverene haklı nedenle fesih imkanı vermemektedir.

İşverenin, işçinin iş sözleşmesini yapmakla yükümlü olduğu görevleri yerine getirmemesi nedeniyle haklı nedenle feshedebilmesi için, işverence, işçiye görevlerinin *hatırlatılması*; buna rağmen işçinin yükümlülüklerini yerine getirmemekte *ısrar etmesi* gereklidir.²⁰²⁰ Yargıtaya göre de, işverenin hatırlatmasının ardından sadece bir kez işçinin görevini yapmaması yeterli sayılmamalı; bu durum, hatırlatmanın ardından da devamlılık arz etmelidir. Gerçekten de, Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin bir kararına göre, “*Somut uyuşmazlıkta davacının iş yerinde operatör olarak çalıştığı, 13.10.2014 tarihinde davacının 08:00-18:00 vardiyasında çalıştığı sırada amirlerinden izin istediği ancak amirleri tarafından işlerin yoğun olması nedeniyle izin verilmediği, davacının da bunun üzerine işinin başına dönmeyerek saat 16:00 civarı işyerinde bulunan kantine giderek burada mesai bitimi olan 18:00’a kadar oturduktan sonra işyerini terk ettiği şeklinde gerçekleşen olayda 4857 sayılı İş Kanununun 25. maddesinin (II) numaralı bendinin (h) alt bendinde izah edilen işçinin hatırlatıldığı halde görevlerini yapmamakta ısrar etmesinin yasal şartları oluşmadığından davanın kabulü yerine reddi hatalıdır.*”²⁰²¹

Bununla birlikte, işçiye yapılacak hatırlatma sözlü veya yazılı olarak yapılabilir. Ancak, hatırlatmanın yapıldığına ilişkin ispat yükü işverenin üzerinde olduğundan, ispat kolaylığı açısından bu uyarının yazılı şekilde yapılması önerilmektedir. Bu kapsamda, Yüksek Mahkeme, hatırlatmanın e-posta aracılığıyla yapılmasını da geçerli saymaktadır.²⁰²²

²⁰¹⁹ Y22HD, 18.12.2017, E. 2015/24749, K. 2017/28845, KİBB.

²⁰²⁰ **Kaplan**, İşverenin Fesih Hakkı, 158-159; **Eyrenci/Taşkent/Ulucan/Baskan**, 244.

²⁰²¹ Y9HD, 20.01.2020, E. 2016/11952, K. 2020/638, KİBB.

²⁰²² Yargıtayın bir kararına göre, “*Davalı işverence sunulan e-posta yazışmalarına göre proje müdürü tarafından davacıdan 23.03.2016 tarihinde kalıp siparişi ile ilgili bilgi talep edildiği, akabinde 25.03.2016 ve 29.03.2016 tarihlerinde sırasıyla birinci ve ikinci hatırlatma e-postaları gönderildiği, 30.03.2016 tarihinde gönderilen e-postada siparişin onaylanması üzerinden oldukça gün geçtiği, hala bir anlaşma olmadığı ve sıkıntı yaşanının*

Yukarıda belirttiğimiz koşulların yanı sıra, işverenin, işçinin iş akdini “*hatırlatıldığı halde görevini yapmamakta ısrar etmesi*” gerekçesiyle feshedebilmesi için, işçinin görevini yerine getirmemesinin *haklı bir sebebe dayanmaması* gerekmektedir. Öncelikle, işverence işçiden istenen görev, işçinin görev tanımında olmakla birlikte, yer ve zaman bakımından uygun değilse, işveren haklı fesih hakkını kullanamaz. Örneğin, işverenin, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almadan (işçiye koruyucu malzeme sağlamadan) işçinin görevli olduğu işi yapması yönünde hatırlatmada bulunması; işçiden rızası dışında hafta tatilinde çalışmasını istemesi veya işçinin görev yerinin rızası dışında çalışma koşullarını ağırlaştıracak şekilde değiştirilmesi hallerinde, işçinin görevini yerine getirmemesi, işverence haklı nedenle feshe gerekçe yapılamaz.²⁰²³

Ayrıca, işverenin, işçinin işyeri dışındaki davranışlarına ve yaşam biçimine ilişkin konularda talimat verme hakkı bulunmamaktadır. İşçinin, işverenin işyeri dışındaki yaşamını da düzenlemek maksıyla verdiği talimatlara uymaması, işverene iş sözleşmesini haklı nedenle feshetme hakkı vermez.

Benzer şekilde, işçi, fazla çalışma yapmaya onay verdikten sonra, işverenin fazla çalışma yapılması yönündeki talimatına uymakla yükümlüdür. İşçi, haklı bir nedeni olmadan (örneğin, işçinin veya yakınlarının hastalanması, kaza geçirmesi gibi) işverenin talimatını yerine getirmez ve fazla çalışma yapmayı reddederse, iş görme borcuna aykırı davranmış olur. İşveren, haklı bir nedeni olmadan, fazla çalışma yapılması talimatına uymayan işçinin iş akdini, İş Kanunu m. 25/II-(h) uyarınca feshetme hakkına sahiptir.²⁰²⁴

Öte yandan, işçinin iş görme borcunu yerine getirmemesi, İş Kanununun 34. maddesi uyarınca, ücretinin ödenmemesinden kaynaklanıyorsa, bu durum işverene fesih için haklı bir neden sunmaz. Nitekim, İş Kanununun 34. maddesine göre, “*Ücreti ödeme gününden itibaren*

kaçınılmaz olduğunun belirtildiği anlaşılmaktadır. Davacının e-posta yazışmalarına yansıyan davranışlarının işyerinde olumsuzluklara yol açtığı sabittir.” Y9HD, 16.05.2019, E. 2019/132, K. 2019/11219, KİBB.

²⁰²³ **Odaman**, İşverenin Fesih Hakkı, 178-179; **Odaman**, İşçinin Yapmakla Ödevli Bulunduğu Görevler, 7.

²⁰²⁴ **Köseoğlu/Kabul**, Fazla Çalışma, 240-241; **Narmanhoğlu**, Fazla Çalışma, 31; **Çil**, Fazla Çalışma, 59.

yirmi gün içinde mücbir bir neden dışında ödenmeyen işçi, iş görme borcunu yerine getirmekten kaçınabilir... Bu işçilerin bu nedenle iş akitleri çalışmadıkları için feshedilemez ve yerine yeni işçi alınamaz, bu işler başkalarına yaptırılamaz.” Anılan düzenleme uyarınca, ödeme gününden itibaren yirmi gün içinde işçilerin ücretlerinin tamamen veya kısmen ödenmemiş olması, işçilere çalışmaktan kaçınma imkanı sunmaktadır. İşveren, yasal haklarını kullanan işçilerin iş sözleşmelerini İş Kanunu m. 25/2-(h) uyarınca haklı nedenle feshedemez.

Ayrıca, işçinin hukuka uygun talimatlara uymaması nedeniyle iş sözleşmesini haklı nedenle fesheden işveren, TBK m. 437/1²⁰²⁵ ve İş Kanunu m. 26/2’ye²⁰²⁶ dayanarak iş sözleşmesini derhal feshetmesi nedeniyle uğradığı zararı işçiden talep edebilir.

§ 6. HUKUKA AYKIRI TALİMATLAR

I. İşçinin Hukuka Aykırı Talimatlara Uyması

İşçi, işverenin hukuka uygun talimatlarına uymakla yükümlüdür. Bu bağlamda, işçinin, temel hak ve özgürlüklere, kanuna, ahlaka, dürüstlük kurallarına, toplu iş sözleşmesine, iş sözleşmesine aykırı talimatlara uyma borcu bulunmamaktadır. Bununla birlikte, işçi, işverenin hukuka aykırı talimatlarını yerine getirirse, çeşitli hukuki sonuçlarla karşı karşıya kalabilir.

Öncelikle, işverenin verdiği talimatın konusu suç oluşturuyorsa, işçi bu talimatı yerine getirmemelidir. Zira, konusu suç teşkil eden bir talimata uyan işçinin, bu talimat nedeniyle cezai ve hukuki sorumluluğu doğabilir. Nitekim, Anayasanın 137. maddesinin 2. fıkrasına göre, “Konusu suç teşkil eden emir, hiçbir suretle yerine getirilmez; yerine getiren kimse

²⁰²⁵ TBK m. 437/1: “Haklı fesih sebepleri, taraflardan birinin sözleşmeye uymamasından doğmuşsa o taraf, sebep olduğu zararı, hizmet ilişkisine dayanan bütün haklar göz önünde tutularak, tamamen gidermekle yükümlüdür.”

²⁰²⁶ İş Kanunu m. 26/2: “Bu haller sebebiyle işçi yahut işverenden iş sözleşmesini yukarıdaki fıkarda öngörülen süre içinde feshedenlerin diğer taraftan tazminat hakları saklıdır.”

sorumluluktan kurtulmaz.” Dolayısıyla, konusu suç teşkil eden bir talimatı yerine getiren işçi sorumluluktan kurtulamaz ve *cezaların şahsiliği ilkesi* gereği bizzat sorumlu olur.²⁰²⁷

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun önüne gelen bir uyuşmazlıkta, işçi, işverenin verdiği talimata istinaden sulama suyu ihtiyacını gidermek amacıyla, bir kuruma ait arıtma tesisine giden su hattında bulunan rögar kapağını kırarak mala zarar verme suçunu işlemiştir. İşçi, savunmasında, rögar kapağını, sulama birliği başkanı olan işverenin talimatı üzerine kırdığını iddia etse de, Yüksek Mahkeme, isabetli bir biçimde bu savunmaya itibar etmemiştir. Öyle ki, Yargıtay Ceza Genel Kurulunun kararına göre, “*Sulama birliğinde işçi olarak çalışan sanığın amiri konumundaki sulama birliği başkanının hukuka aykırı talimatı doğrultusunda hareket etmesinin kusurluluğunu ortadan kaldırmayacağı ve onu sorumluluktan kurtarmayacağı aşıkardır.*”²⁰²⁸

Öte yandan, işçinin, hukuka aykırı bir talimata uyması nedeniyle üçüncü kişiler zarara uğrarsa, işçi, TBK m. 49 uyarınca, meydana gelen zararı gidermekle yükümlüdür.²⁰²⁹

İşverenin verdiği talimat, suç oluşturmamakla birlikte, işçinin, toplu iş sözleşmesi veya iş sözleşmesiyle oluşan çalışma koşullarının ötesinde ve bu düzenlemeleri aşan bir nitelik taşıyorsa, hukuka aykırı bir talimatın varlığından söz edilir. Türk Borçlar Kanununun 399. maddesi uyarınca, işveren, işe ve işyeri düzenine ilişkin konularda talimat verme hakkına sahiptir. Ancak, işveren yönetim hakkını, sadece kanun, toplu iş sözleşmesi, iş sözleşmesi, iş sözleşmesinin eki niteliğindeki iç yönetmelikler ve işyeri uygulamaları gibi iş hukuku kaynakları tarafından düzenlenmeyen *boş alanlarda* kullanabilir.

Bu yönüyle, işveren, vereceği talimatlarla sadece işçinin iş görme borcunu ve işyerindeki davranışlarını *somutlaştırabilir*. İşveren, iş sözleşmesiyle belirlenen çalışma koşullarında değişiklik yapmak istiyorsa, bu değişikliği, İş Kanununun 22. maddesindeki

²⁰²⁷ İlaven, Türk Ceza Kanununun 4. maddesine göre, “*Ceza kanunlarını bilmemek mazeret değildir.*”

²⁰²⁸ YCGK, 28.04.2015, E. 2014/9-154, K. 2015/133, KİBB.

²⁰²⁹ **Taşkent**, Yönetim Hakkı, 79; **Stamm**, 121.

usulü gözeterek yerine getirmelidir.²⁰³⁰ Bunun haricinde, işveren sadece yönetim hakkına giren konularda, hukuka uygun olmak şartıyla işçiye talimatlar verebilir.

İşveren, vereceği talimatlar aracılığıyla, işçinin çalışma koşullarını, işçinin aleyhine esaslı tarzda değiştiriyorsa, işçinin bu talimatlara uymaması, hukuka aykırı olarak nitelendirilemeyecektir. Bunun bir sonucu olarak da, işveren, işçinin hukuka aykırı talimatlara uymaması nedeniyle iş sözleşmesini feshederse, bu fesih geçersiz, kötü niyetli veya haksız olarak değerlendirilebilir.

Bazı durumlarda ise, işçinin çalışma koşullarında yapılan aleyhe değişikliklere uzun süre sessiz kalması veya itiraz etmemesi, değişikliği zımnen kabul ettiği şeklinde yorumlanmaktadır. Ancak, yukarıda da detaylı olarak açıkladığımız üzere, bu hususun, işçinin ücreti ve diğer çalışma koşulları şeklinde ikili bir ayırım yapılarak değerlendirilmesi gereklidir.²⁰³¹ İlk olarak, ücrette yapılacak tek taraflı bir değişiklik, edim-karşı edim arasındaki dengeyi temelden sarsabileceği için, işçinin, ücretinde yapılan aleyhe değişikliklere uzun süre sessiz kalması veya itiraz etmemesi değişikliği zımnen kabul ettiği şeklinde yorumlanmamalıdır.²⁰³² Böyle bir durumla karşı karşıya kalan işçi, zamanaşımı süresi içinde ücret alacağını işverenden her zaman talep edebilmelidir.²⁰³³

Bununla birlikte, ücretten farklı olarak, işyeri ve işin niteliğinde yapılan değişikliklere işçinin uzun süre sessiz kaldıktan sonra itiraz etmesi, hakkın kötüye kullanılması yasağı kapsamında görülebilir. İşçinin, geçici olmadığını bildiği veya farketmediği halde işyerinde veya işinde yapılan değişikliğe sessiz kalması, bu değişikliğe rıza gösterdiği şeklinde yorumlanabilir.²⁰³⁴

²⁰³⁰ Detaylı bilgi için bkz. § 4, II, E, 3.

²⁰³¹ Bkz. § 4, II, E, 3, a.

²⁰³² **Süzek**, 689-690; **Gürsel**, Esaslı Değişiklik, 185; **Uşan**, Değişiklik Feshi, 228-230.

²⁰³³ **Süzek**, 689-690; **Arslan Ertürk**, Şekil, 235; **Alp**, Değerlendirme 2013, 222; **Sur**, Değerlendirme 2017, 92-93; **Yamakoğlu**, 100. Aksi görüşte, **Demir**, Ücretin Düşürülmesi, 97-98; **Şen**, İşyeri Uygulamaları, 16.

²⁰³⁴ Detaylı bilgi için bkz. Bkz. § 4, II, E, 3, a.

Ancak, konusu suç teşkil eden talimatlar dışında, talimatın hukuka uygun veya aykırı olduğunu işçinin her durumda kolaylıkla tespit etmesi mümkün değildir. İşçinin, bir talimatın hukuku uygun olup olmadığını belirlemesi ve bunun neticesine göre hareket etmesi, karşılaşacağı hukuki sonuçlar açısından önemlidir. Aşağıda, işçinin hukuka aykırı olduğunu düşündüğü bir talimat karşısında ne gibi haklara sahip olduğunu incelemeyen önce, talimatın hukuka aykırı olup olmadığını, tespit davası aracılığıyla belirlenip belirlenemeyeceği hususu üzerinde duracağız.

II. İşçinin Hukuka Aykırı Talimatlara Uymaması

İşçi, işverenin, Anayasaya, kanuna, ahlaka, kamu düzenine, dürüstlük kurallarına, toplu iş sözleşmesi ve iş sözleşmesine aykırı olmayan talimatlarına uymakla yükümlüdür. Nitekim, işverenin, yönetim hakkına dayanarak vereceği işin görülmesine ve işçilerin işyerindeki davranışlarına ilişkin talimatları pek çok hukuk kaynağıyla sınırlandırılmıştır. Ayrıca, işveren, yönetim hakkının amacıyla bağdaşmayan, işçiyi zorlama amacı taşıyan talimatlar veremez. Nitekim bu durum, Türk Borçlar Kanununda da açıkça düzenlenmiş ve işçinin, işverenin talimatlarına, dürüstlük kurallarının gerektirdiği ölçüde uymakla zorunlu olduğu belirtilmiştir.

Türk Borçlar Kanununda veya İş Kanununda, hukuka aykırı bir talimatla karşılaşan işçinin, talimatı yerine getirmek zorunda olmadığı veya başvuracağı herhangi bir hukuki yol özel olarak düzenlenmemiştir. Ancak, talimatın niteliği ve kaynaklar hiyerarşisindeki konumundan hareket ederek, işverenin talimat verme hakkının, diğer hukuk kaynaklarına uygun olmak zorunda olduğu ve işçinin sadece hukuka uygun talimatlara uymakla yükümlü olduğu sonucuna varılmaktadır.

İşverenin talimat verme hakkı, iş sözleşmesinin kaderini dilediği gibi tayin etme veya işçinin kişiliği üzerinde sınırsız bir söz söyleme hakkına sahip olduğu anlamına

gelmemektedir. Dolayısıyla, işverenin hukuka aykırı talimatlarını işçi yerine getirmekle yükümlü değildir. İşçi, işverenin hukuka aykırı talimatlarına uymadığı için iş sözleşmesinin işverence feshedilmesi, olayın özelliklerine göre, geçersiz, kötü niyetli veya haksız fesih olarak nitelendirilecektir.

İşçiler, verilen talimatın işverence arzulanan amaca uygun olup olmadığını denetleme hakkına sahip değildir. Zira, kural olarak, işçi, hukuka aykırılık sınırına kadar işverenin talimatına uymakla yükümlüdür.²⁰³⁵ Bununla birlikte, eğer işçi, talimatın, işveren açısından *ekonomik anlamda ciddi ve açık sakınca* doğurduğunu düşünüyorsa, durumu sadakat borcunun da bir gereği olarak, işverenine/işveren vekiline bildirmelidir. İş ilişkisinin özünde var olan ve doğruluk ve dürüstlük ilkesi temeline dayanan sadakat borcu, işçinin işverenin/işyerinin haklı menfaatlerini koruma, işverene ekonomik, ticari veya mesleki bakımdan zarar verebilecek her türlü davranıştan kaçınma ve (olası) zararı önleme borcu olarak ortaya çıkmaktadır (TBK m.396/1). İşçi, sadakat borcunun gereği olarak, kendisinden beklenebildiği ölçüde, işverenin haklı menfaatlerini korumak, öngördüğü tehlikeleri ve eksikleri bildirmek zorundadır.²⁰³⁶

İşçi, işverenin, yönetim hakkının amacını aşan talimatlarına uymakla yükümlü değildir. Bu kapsamda, işverenin, işçilere, iş arkadaşlarını ihbar etmesi yönünde bir talimat verip veremeyeceğinin de irdelenmesi gereklidir.²⁰³⁷ Esasen, işçinin, işverenini, işle ilgili konularda bilgilendirme yükümlülüğü, sadakat borcunun özel bir görünümü niteliğindedir.²⁰³⁸ Bununla birlikte, işçinin, kural olarak, iş arkadaşlarını, işverene, ihbar etme yükümlülüğü bulunmamaktadır.²⁰³⁹ Ancak, işçi, sadakat yükümlülüğünün gereği olarak bazı istisnai

²⁰³⁵ Hromadka/Maschmann, 207-208.

²⁰³⁶ Arslan Ertürk, Sadakat, 141-149, 297-299; Tuncay, Sadakat, 1053-1054; Alpagut, Sadakat Borcu, 23-25.

²⁰³⁷ Dursun Ateş, 152.

²⁰³⁸ Arslan Ertürk, Sadakat, 301-302.

²⁰³⁹ Arslan Ertürk, Sadakat, 303.

hallerde, hem işle ilgili hem de diğer işçilerle ilgili, zarara neden olabilecek hususları işverene bildirmek ve ihbar etmekle yükümlü hale gelebilir.

İşverene ihbar edilmesi gereken durum, diğer işçilerle alakalıysa, bildirme ve ihbar etme yükümlülüğünün sınırının ne olacağı doktrinde tartışmalıdır. İnsandan kaynaklanabilecek zararları, işverene ihbar etme yükümlülüğünün iki halde mevcut olduğu doktrinde ileri sürülmektedir. Öncelikle, zarara yol açan/açma ihtimali olan eylem, işçinin kendi görev alanında meydana gelmelidir. Diğer bir deyişle, işçinin, bizzat içinde bulunmadığı, işyerinin farklı/başka bir birimde çalışan bir işçi hakkında işverene bildirim yükümlülüğü bulunmamaktadır. Diğer durum ise, mevcut tehlikenin süreklilik arz edebilecek bir nitelik taşımasıdır. Yani, işçinin, tehlikeli bir durumu işverene ihbar etmemesi, süreklilik arz edecek bir zararın meydana gelmesine yol açacak boyuttaysa, işçi, diğer işçileri işverene bildirmekle yükümlüdür. Bu iki hal mevcutsa artık işçi açısından, bir bildirme ve ihbar yükümlülüğü olduğu kabul edilmektedir. Ancak, işçi, diğer işçileri sürekli takip de etmemelidir. İşçi, sadece böyle bir durumla karşılaşarsa, bu yükümlülüğünü yerine getirmelidir. Öte yandan, ihbar etme yükümlülüğü, işçinin konumuyla da ilgilidir. İşçi, işyeri hiyerarşisi içinde belli bir konumundaysa -gözetleme ve denetleme yetkisi varsa- işverenin haklı menfaatlerini korumak için karşılaştığı tehlikeleri ihbar etmekle yükümlü olacaktır.²⁰⁴⁰

Dolayısıyla, işverenin, işçilere, iş arkadaşlarının işyeri kurallarına ve işyeri düzenine ilişkin talimatlara uyup uymadıklarını sürekli gözetleyip kendisine ihbar etmesi yönünde talimat vermesi mümkün olmamalıdır. Kanımızca, aksinin kabulü, işyerinin, herkesin birbirini sürekli izlediği, güvensizlik ve şüphe ortamının hakim olduğu, iş barışının bozulduğu düşmanca bir alana dönüşmesine yol açacaktır.²⁰⁴¹ Ayrıca, işverenin, işçinin, iş arkadaşlarını

²⁰⁴⁰ Bu konuda bkz. **Maschmann**, NZA 2017, Rn. 1562; **Fritz**, NZA 2018, Rn. 102; **ErfK/Preis** BGB § 611a Rn. 741-743. Bildirim ve ihbar etme yükümlülüğünün işçinin konumuyla ilgili olması konusunda bkz. BAG, 12.5.1958- 2 AZR 539/56, NJW 1958, 1748, Rn. 2(b), (www.beck-online.beck.de). Konuyu Türk hukukunda tartışan **Alp**, Whistleblowing, 225-233; **Arslan Ertürk**, Sadakat,303.

²⁰⁴¹ **Alp**, Whistleblowing, 249-250.

ihbar etmesi yönünde vereceği bir talimat, talimatın amacıyla bağdaşmayacağı gibi, işçilerin kişilik haklarına da dolaylı bir saldırı olarak nitelenebilecektir.

Öte yandan, işçiler her ne kadar verilen talimatın işverence arzulanan amaca uygun olup olmadığını kontrol etme hakkına sahip olmasa da, bir talimatın hukuka aykırı olup olmadığını irdeleme hakkına sahiptirler. Nitekim, Alman Federal İş Mahkemesinin bir kararında da belirttiği üzere, “*Günümüz modern iş hukuku anlayışında, işçi ve işveren arasındaki iş ilişkisinin tabiiyet ilişkisi olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Bu ilişkide, işçiler, işverene talimatla bağlıdır; ama asker değildir.*”²⁰⁴² Dolayısıyla, bir talimatın hukuka aykırı olduğunu düşünen işçi, bu talimatı yerine getirmekle yükümlü değildir.

Ancak, işçi, her durumda, talimatın hukuka aykırı olup olmadığını kolaylıkla belirleyemez. Verilen talimatın hukuka uygun olup olmadığından kesin bir biçimde emin olamayan işçi, yaptığı yanlış nitelemenin sonuçlarına katlanmak zorunda kalacaktır. Bu nedenle, aşağıda, öncelikle, böyle bir ikilemde kalan işçinin, talimatın hukuka aykırı olup olmadığını öğrenmek amacıyla tespit davası açıp açamayacağını tartışacağız. Ardından da, hukuka aykırı bir talimatla karşı karşıya kalan işçinin, ne gibi haklara sahip olduğu hususunu irdelleyeceğiz.

A. Talimatların Hukuka Aykırılığının Tespit Davasına Konu Edilip Edilmeyeceği Meselesi

İşçi, hukuka aykırı talimatlara uymakla yükümlü değildir. Ancak, bazı durumda, işçi verilen talimatın hukuka aykırı olup olmadığını değerlendirmekte zorluk yaşayabilir. İşçi, işverenin verdiği talimatların iş sözleşmesinde esaslı bir değişiklik yaratıp yaratmadığını belirlemek isteyebilir. Bu durum özellikle, iş sözleşmesinde yer alan değişiklik kayıtlarına dayanarak işverence yapılan tek yanlı değişiklikler konusunda gündeme gelebilir. İşçi, yanlış

²⁰⁴² BAG, 14.06.2017- 10 AZR 330/16, (www.beck-online.beck.de).

bir değerlendirme sonucunda, işverenin hukuka uygun talimatını yerine getirmekten kaçınırsa, işveren, iş sözleşmesini geçerli veya haklı nedenle (m. 25/2-h) feshedebilir.

Benzer bir durum, işverenin, işçinin davranışlarına ilişkin verdiği talimatlar açısından da geçerlidir. Örneğin, işçi, işverenin, dış görünüşüne veya din ve vicdan özgürlüğüne yahut ifade özgürlüğüne ilişkin bir konuda verdiği talimatı, kendi sübjektif değerlendirmesine göre hukuka aykırı addedip uymaması durumunda, çeşitli yaptırımlarla karşı karşıya kalabilir.

Bunun dışında, işçi, işverenin yönetim hakkını aşan ve iş sözleşmesinde esaslı değişikliğe neden olan talimata (örneğin, nakledildiği yeni işyerine gitmeyebilir veya kendisine verilen yeni işi yerine getirmemek amacıyla işyerini terk edebilir ya da yeni işini yapmadan işyerinde bekleyebilir) uymayı reddedebilir. İşçinin, hukuka aykırı olarak nitelendirdiği değişikliklere uymamasının hukuki sonuçları, Yargıtayın ilgili daireleri arasında farklı şekilde yorumlanabilmektedir.²⁰⁴³

Örneğin, Yargıtay 22. Hukuk Dairesi, çalışma koşullarında esaslı değişikliği kabul etmeyip işyerini terk eden veya işe gelmeyen işçinin iradesini, iş sözleşmesini haklı nedenle feshettiği şeklinde yorumlayıp sadece kıdem tazminatına hak kazanacağı yönünde karar vermektedir.²⁰⁴⁴ Bu sonuç ise, işçinin ihbar tazminatı ve iş güvencesi tazminatı gibi haklarından mahrum kalmasına yol açmaktadır.²⁰⁴⁵

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi ise bazı kararlarında, işverenin yaptığı tek taraflı esaslı değişikliği kabul etmeyerek işyerine gitmeyen işçinin fesih iradesi taşıyıp taşımadığını sorgulamakta ve görevlendirmeyi kabul etmeyerek işyerine gitmemesini, işverenin feshi olarak değerlendirmektedir.²⁰⁴⁶ Ancak, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, diğer bazı kararlarında ise, işçinin işyerine gitmemesini, iş sözleşmesinin işçi tarafından haklı nedenle feshedildiği ve

²⁰⁴³ **Gürsel**, Esaslı Değişiklik, 208.

²⁰⁴⁴ Y22HD, 04.03.2020, E. 2017/27313, K. 2020/4204; Y22HD, 13.11.2019, E. 2016/22397, K. 2019/20993, KİBB.

²⁰⁴⁵ **Gürsel**, Esaslı Değişiklik, 212.

²⁰⁴⁶ Y9HD, 11.04.2017, E. 2016/9695, K. 2017/6343, KİBB; Y9HD, 25.05.2009, E. 2009/17729, K. 2009/14144 ve kararın değerlendirmesi için bkz. **Caniklioğlu**, Tek Taraflı Değişiklik, 104-114.

işçinin sadece kıdem tazminatına hak kazanabileceği şekilde yorumlamaktadır.²⁰⁴⁷ Görüleceği üzere, işçinin, işverenin verdiği talimatla, iş sözleşmesinde yapılan esaslı değişiklikleri kabul etmemesi, iş sözleşmesinin kendisi tarafından haklı nedenle sonlandırıldığı şeklinde yorumlanmaktadır. Bu sonuç ise işçinin pek çok hakkından yoksun bırakılması neticesini doğurmaktadır.

Doktrinde *Gürsel*, konuyu, işyerinde ve işte tek taraflı esaslı değişiklik yapılması halinde, bu değişikliği kabul etmeyen işçinin, HMK m.106 uyarınca, tespit davası açabileceği yönünden incelemiştir. Yazara göre, işyerinde ve işinde esaslı değişiklik yapıldığını iddia eden işçi, tespit davası sonucu elde edeceği tespit hükmü aracılığıyla, işverenin düştüğü alacaklı temerrüdünü ortaya koymuş olacaktır. İşverenin temerrüdü devam ettiği sürece de işçi, kendisine iş verilmese de ücretine hak kazanacaktır. İşçiyi çalıştırmadan ona ücret ödemek, işverenin arzu ettiği bir durum olmayacağından, iş sözleşmesini kendisi feshetmek isteyecektir. Bu sayede de, işverenlerin, İş Kanununun 22. maddesindeki usule bağlı kalmaları gerçek anlamıyla sağlanmış olacaktır.²⁰⁴⁸

Bu bağlamda, biz ise, bu başlık altında, işçinin, işverenin verdiği talimatın, hukuka aykırı olup olmadığının belirlenmesi amacıyla tespit davası açıp açamayacağı meselesini irdelemeyi amaçlıyoruz. Ancak, öncelikle, şu hususu hemen belirtmeliyiz ki, biz de, işverenin yaptığı tek taraflı esaslı değişikliğin, tespit hükmüyle karar altına alınmasında, işçinin hukuki yararı olduğu kanaatini taşıyoruz.

Buna karşılık, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 01.03.2017 tarihli kararıyla, işçinin, görev ve unvanında yapılan esaslı değişikliğin hukuki yarar yokluğundan tespit davasına konu edilemeyeceğine hükmetmiştir. Yüksek Mahkemenin kararına göre, “*Davalı işverence davacı işçinin görev ve ünvanında yapılan değişikliğin 4857 Sayılı İş Kanununun 22. maddesi*

²⁰⁴⁷ Y9HD, 16.12.2020, E. 2016/35231, K. 2020/18769, KİBB.

²⁰⁴⁸ **Gürsel**, Esaslı Değişiklik, 213-214. Öte yandan, yazar göre, işverenin tek taraflı şekilde ücret veya eklerinde gerçekleştireceği esaslı değişikliklere karşı tespit davası açması mümkün değildir. Zira, eda davası açılmasının mümkün olduğu hallerde tespit davası açılmasında davacının hukuki yararı bulunmamaktadır.

anlamında iş şartlarında esaslı değişiklik mahiyetinde olduğunun tespiti istemekte hukuki yararının bulunmadığının kabulü gerekir. Zira, bu dava sonucunda alınacak tespit hükmü, davacının haklarına aleyhine doğduğu ileri sürülen güncel tehlikeyi ortadan kaldırmaya elverişli olmayacaktır. Davacı beklediği hukuki korumayı ancak eda davası açarak sağlayabilir. 6100 Sayılı Kanunun 114/1-h ve 115. maddelerinde açıkça düzenlendiği üzere hukuki yararının bulunması dava şartı olup, yargılamanın her aşamasında taraflarca ileri sürülebileceği gibi, hakim tarafından da re'sen gözetilerek, hukuki yararın bulunmadığının tespiti halinde, davanın dava şartı yokluğu gerekçesiyle usulden reddine karar verilmesi gerekmektedir.”²⁰⁴⁹

Ancak, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, bu kararın üzerinden bir yıl geçtikten sonra, 2018 yılında tam aksi yönde karar vermiş ve işçinin, iş sözleşmesinde yapılmak istenen esaslı değişikliğe karşı tespit davası açmasında hukuki yararı olduğuna isabetli bir biçimde hükmetmiştir. Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin kararına göre, “İşçi iş sözleşmesinde yapılan değişikliğin esaslı değişiklik niteliğinde olup olmadığı dolayısıyla bu işlemin 4857 Sayılı İş Kanunu'nun 22. maddesi uyarınca bağlayıp bağlamayacağı konusunda tereddüt duyabilir. Yapılan işlem esaslı değişiklik niteliğindeyse ve işçinin yazılı kabulü yoksa işçiyi bağlamayacağı hususu Kanun tarafından işçiye tanınmış bir haktır. Bu hakkın olup olmadığı da 6100 Sayılı Kanun m.106/1 uyarınca belirlenmesi talep edilebilir. İşçinin kanunun verdiği haklardan yararlanabilmek için tespit davası açmasında hukuki yararının bulunduğu kabulü gerektiği açık olduğu gibi işçi yapılan değişikliğin esaslı değişiklik olduğu konusunda alacağı ilamı işverene ibraz ettiğinde, işveren yaptığı işlemin hukuka aykırı olduğunu, işçinin çalışma şartlarında esaslı değişiklik yaptığını görerek yaptığı işlemi geri alma durumu doğabilecektir. İşçiyi yapılan işlemin esaslı değişiklik niteliğinde olup olmadığı konusunda tereddüt duyduğu bir işleme karşı doğrudan iş sözleşmesini işçi feshetsin ya da bu işleme

²⁰⁴⁹ YHGK, 01.03.2017, E. 2015/22-970, K. 2017/382, **Gürsel**, Esaslı Değişiklik, 204; **Sur**, Değerlendirme 2017, 94-95.

uymasın iş sözleşmesini işveren feshetsin ondan sonra ona göre işçi eda davası açsın demek işçiyi koruma ilkesiyle de bağdaşmayacaktır. Çünkü yapılan işlem esaslı değişiklik niteliğinde değilse yukarıda da bahsedildiği üzere, işçi, iş sözleşmesini feshettiğinde kıdem tazminatına hak kazanamayacak, işveren feshi ise haklı fesih niteliğinde olabilecektir. Bu açıdan, davacı işçinin 6100 Sayılı Kanun m.106/2 anlamında korunmaya değer güncel bir yararı da bulunmaktadır.”²⁰⁵⁰

Buradan hareketle, üzerinde durmak istediğimiz konu, işverenin, işin görülmesi ve işçinin işyerindeki davranışlarına ilişkin konularda verdiği talimatların hukuka aykırı olduğunu düşünen işçinin, tespit davası açıp açamayacağıdır. Örneğin, uygulamada, işçi, işverenin, kan testi yaptırma veya işyeri bilgisayarından yaptığı görüşmeleri kendisine sunma yönünde verdiği bir talimatı hukuka aykırı bulması durumunda, bu talimatı yerine getirmeyi reddetmektedir. Bunun üzerine de, işçinin iş sözleşmesi taraflardan biri tarafından sonlandırılmakta ve talimatın hukuka aykırı olup olmadığı, ancak feshin geçersizliğinin tespiti amacıyla yapılan yargılamada değerlendirilmektedir. Burada sormak istediğimiz soru, işçinin hukuka aykırı olduğunu düşündüğü bir talimata karşı tespit davası açıp açamayacağıdır.

Tespit davası, Hukuk Muhakemeleri Kanununun 106. maddesinde düzenlenmektedir. Buna göre, “⁽¹⁾Tespit davası yoluyla, mahkemeden, bir hakkın veya hukuki ilişkinin varlığının ya da yokluğunun yahut belgenin sahte olup olmadığının belirlenmesi talep edilir. ⁽²⁾ Tespit davası açanın, kanunlarda belirtilen istinai durumlar dışında, bu davayı açmakta hukuken korunmaya değer güncel bir yararı bulunmalıdır. ⁽³⁾ Maddi vakılar, tek başlarına tespit davasının konusunu oluşturmaz.” Şu halde, tespit davasının konusunu, bir hakkın ya da hukuki ilişkinin varlığının ya da yokluğunun yahut bir belgenin sahte olup olmadığının belirlenmesi oluşturmaktadır.²⁰⁵¹ Tespit davası ile davalı bir şeyi yapmaya veya bir şeyden

²⁰⁵⁰ Y9HD, 22.02.2018, E. 2018/1821, K. 2018/3798, KİBB.

²⁰⁵¹ **Kuru**, 148; **Tanrıver**, 567; **Pekcanitez/Özekes/Akkan/Korkmaz**, 972; **Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası**, 296; **Görgün/Börü/Toraman/Kodakoğlu**, 274-275.

kaçınmaya mahkum edilmemektedir. Burada, sadece, taraflar arasındaki hukuki ilişkinin varlığı veya yokluğu yahut tereddütlü olan içeriği tespit edilmektedir.²⁰⁵²

Tespit davası açılabilmesi için, genel dava şartlarından başka, ek iki şartın daha bulunması gerekir. Bunlardan ilki, tespit davasının konusunu sadece bir hakkın veya hukuki ilişkinin oluşturması; diğeri ise, davacının tespit davası açmakta hukuki yararının bulunmasıdır.²⁰⁵³

Öncelikle, tespit davasının konusunu sadece hak veya hukuki ilişkiler oluşturabileceği için, somut bir olaydan doğmayan, soyut hukuki ilişkilerin tespiti için tespit davası açılamaz. Ayrıca, maddi vakılar da yalnız başına tespit davasına konu edilemez.²⁰⁵⁴

Tespit davasının ikinci şartı ise, davacının hukuken korunmaya değer güncel bir hukuki yararının bulunmasıdır. Hukuki yararın varlığı, dava şartı niteliğinde olduğu için, mahkemece kendiliğinden incelenir.²⁰⁵⁵

Bir hukuki ilişkinin hemen tespit edilmesinde hukuki yararın bulunması ise, olayda üç koşulun birlikte bulunmasına bağlıdır. Bunlardan ilki, davacının bir hakkı veya hukuki durumu güncel bir tehlike ile tehdit edilmiş olmalıdır. İkinci olarak, bu tehdit nedeniyle, davacının hukuki durumu tereddüt içinde kalmalı ve bu husus davacıya zarar verebilecek nitelikte olmalıdır. Üçüncü ve son koşul ise, yalnız kesin hüküm etkisinde olan tespit hükmü, bu tehlikeyi ortadan kaldırmaya elverişli olmalıdır. Dolayısıyla, davacının istediği hukuki koruma, diğer dava çeşitleriyle sağlanabiliyorsa, davacının tespit davası açmakta hukuki yararı yok, demektir. Bu bağlamda, eda davası açılabilen durumlarda, kural olarak, tespit davası açılamaz.²⁰⁵⁶

²⁰⁵² Pekcanitez/Özekes/Akkan/Korkmaz, 972.

²⁰⁵³ Kuru, 148- 149; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, 297; Görgün/Börü/Toraman/Kodakoğlu, 274-275.

²⁰⁵⁴ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, 297; Görgün/Börü/Toraman/Kodakoğlu, 274.

²⁰⁵⁵ Pekcanitez/Özekes/Akkan/Korkmaz, 978.

²⁰⁵⁶ Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, 297-298; Pekcanitez/Özekes/Akkan/Korkmaz, 978-979; Kuru, 149.

Tespit davası sonucu verilen tespit hükmü, kesin hüküm gücüne sahiptir ve kesin delil teşkil eder.²⁰⁵⁷

Öncelikle, işçinin hukuka aykırı bir talimata uyma zorunluluğu bulunmamaktadır. İşçi, hukuka aykırı olarak nitelendirdiği talimatı yerine getirmekle yükümlü değildir. Nitekim, TBK m. 399’da işçilerin, işverenlerin talimatlarına dürüstlük kurallarının gerektirdiği ölçüde uymakla yükümlü oldukları belirtilmektedir. Bu açıdan, hukuka aykırı bir talimatla karşılaşan işçinin, bu talimata uymaması için mutlaka bir tespit davası açması zorunluluğu bulunmamaktadır.²⁰⁵⁸

Zira, işverenin, iş ilişkisi içinde verdiği talimat, idare tarafından tek yanlı olarak verilen, idari işlem gibi değildir. İdare hukukunda, idari işlemler, *hukuka uygunluk karinesinden* yararlanır. Bu ise şu anlama gelir: Tek yanlı (bireysel veya düzenleyici) idari işlemlerin, mahkeme tarafından iptal edilene kadar hukuka uygun oldukları varsayılır ve uygulanmasına devam edilir.²⁰⁵⁹ Oysa, iş hukukunda, işverenin verdiği tek yanlı talimatlar hukuka uygunluk karinesinden yararlanmazlar. İşçinin hukuka aykırı talimatlara uyma zorunluluğu bulunmamaktadır.

Bununla birlikte, talimatın hukuka aykırı olduğu yönünde ciddi tereddütleri olan işçi, bu talimatın hukuka uygun olup olmadığının tespit edilmesi için mahkemeye başvurabilir. İşçinin böyle bir davayı açmasında ise *güncel hukuki bir yarar* bulunmaktadır. Örneğin, yukarıda da belirttiğimiz üzere, işçi, işverenin içinde veya işyerinde yaptığı esaslı değişikliğe

²⁰⁵⁷ **Tanrıver**, 569.

²⁰⁵⁸ Öyle ki, buna benzer bir durum, Alman hukukunda, Alman Federal İş Mahkemesinin 5. Dairesinin verdiği bir karar üzerine uzun süre tartışılmıştır. 5. Dairenin kararına göre, işçi, BGB 315/3 uyarınca, talimatın hakkaniyete aykırı olduğu mahkeme kararıyla kesinleşene kadar, işçi bu talimatla geçici olarak bağlıdır. Karar için bkz. BAG, 22.02.2012-5 AZR 249/11, NZA 2012, 858. Bu karar doktrinde çok uzun süre isabetsiz bulunarak eleştirilmiştir. Ancak, 2017 yılında Alman Federal İş Mahkemesinin 10. Dairesi, işçinin hukuka aykırı talimatla bağlı olmadığına ve bunun için herhangi bir mahkeme kararı almasına gerek olmadığına hükmetmiştir. Karar için bkz. BAG, 14.06.2017-10 AZR 330/16, NZA 2017, 1185. Kararların değerlendirmesi ve içtihat gelişimi hakkında detaylı bilgi için bkz. **Preis/Rupperecht**, Rn. 1353; **Benkert**, Rn. 690; **Hromadka**, NZA 2017, 601.

²⁰⁵⁹ **Gözler**, İdare Hukuku, 255.

tereddütte kaldığı için uyup uzun süre sessiz kalması, işçi açısından, olumsuz işyeri uygulamasının oluşmasına yol açabilir.

İlaveten, Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 2018 yılında verdiği kararda belirttiği gibi, işverence, iş sözleşmesinde tek yanlı olarak yapımak istenen değişikliğin esaslı nitelikte olup olmadığı hususunda şüpheleri olan işçiye, *“iş sözleşmesini feshetsin ya da bu işleme uymasın, iş sözleşmesini işveren feshetsin ondan sonra, ona göre işçi eda davası açsın demek işçi açısından olumsuz sonuçların doğmasına yol açabilecektir.”*

Öte yandan, işçinin tereddütte kaldığı için hak kaybına uğramamak adına yerine getirdiği talimatlar, kişilik haklarına ciddi bir saldırı teşkil edebilir ve maddi ve manevi bütünlüğünün zedelenmesine, itibar kaybına uğramasına ya da toplumda damgalanmasına yol açabilir.

Bu nedenle, tespit davası sonucu elde edilen tespit hükmüyle, talimatın hukuka aykırı olup olmadığı net bir şekilde belirlenebilir. Tespit hükmüyle, taraflar arasındaki hukuki ilişkinin varlığı veya yokluğu yahut tereddütlü olan içeriği tespit edilmektedir.²⁰⁶⁰ Ayrıca, alınan tespit hükmü, işvereni bir şey yapmaya veya yapmamaya zorlayamaz, sadece taraflar arasındaki tereddütlü durumun içeriğini netliğe kavuşturur. Dolayısıyla, bu kararlar, işverenin, mahkeme tarafından belli bir şekilde davranmaya mahkum edilmesi söz konusu olmaz. İşçinin elde edeceği tespit hükmü, kesin delil teşkil edeceğinden, hukuka aykırı talimata uymaması durumunda, sonradan açılacak bir eda davasında kullanılabilecektir. Diğer açıdan ise, talimatın hukuka aykırı olduğunu gören işveren, bu talimatını geri alabilir ve sorun çözümlenebilir.

Öte yandan, işçi, örneğin, işverenin talimatıyla, işin niteliğinde veya işyerinde yapılan tek yanlı değişikliğin hukuka aykırı olup olmadığı konusunda tereddütlü olduğu için, bu talimata geçici olarak uymayı kabul etmişse, tespit hükmü sonrası, bu yeni görevinde

²⁰⁶⁰ Pekcanitez/Özekes/Akkan/Korkmaz, 972.

çalışmayı reddederek, talimata uymayacağını işverene bildirebilir. Ancak, şunu da belirtmeliyiz ki, bazı durumlarda tespit davası açmak, işçiye beklediği faydayı sağlamayabilir. Örneğin, işverenin, işçiye kan testi veya PCR testi yaptırması, sakalını kesmesi, küpe takmaması, sosyal medya hesabını kapatması vb. yönünde verdiği talimatların, hukuka aykırı olup olmadığının belirlenmesi amacıyla açılan tespit davası, çok uzun sürebileceği ve işçinin bu talimatlara geçici olarak uyması mümkün olmayacağı için, taraflardan biri, iş sözleşmesini feshetme yoluna gidecektir. Böyle bir durumda ise, talimatın hukuka aykırı olup olmadığı feshin geçersiz veya haksız olup olmadığının incelendiği davada ele alınacaktır.

İşçinin, işverenin, işin niteliğinde veya işyerinde yaptığı tek taraflı esaslı değişikliğe ya da işyerinin düzenine ilişkin verdiği hukuka aykırı bir talimata uymaya zorlanması, doktrinde, işverenin temerrüdü olarak kabul edilmektedir.²⁰⁶¹ İşçinin, iş görme edimini yerine getirmeye hazır olmasına rağmen, işverenin, işçinin işini yerine getirebilmesi için gerekli hazırlık fiillerini yapmaması (işin görülmesine veya işçinin davranışlarına ilişkin hukuka uygun talimatları vermemesi), TBK m. 408 uyarınca alacaklı temerrüdü olarak kabul edilmektedir. Böyle bir durumda işçi, iş sözleşmesinden doğan ücret ve diğer haklarını çalışmaksızın talep edebilir.

B. İş Görmekten Kaçınma Hakkı

İşçi, işverenin yönetim hakkının sınırlarını aşan, hukuka, ahlaka, dürüstlük kurallarına, toplu iş sözleşmesine veya iş sözleşmesine aykırı talimatlarına uymakla yükümlü değildir. İlaveten, işçi, eşitlik ilkesiyle bağdaşmayan ve kişilik haklarını ihlal eden talimatları yerine getirmek zorunda değildir.

²⁰⁶¹ **Gürsel**, Esaslı Değişiklik, 212; **Alpagut**, 22. Maddenin Uygulama Alanı, 58; **Süzek**, 396; **Alp**, İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, 75.

İşçinin her ne kadar hukuka aykırı talimatlara uyma yükümlülüğü bulunmasa da, bu uymama durumunun, iş görmekten kaçınma hakkı kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğinin tartışılması gerektiğini düşünüyoruz.

Bu bağlamda, aşağıda, öncelikle, işçinin hukuka aykırı talimatları yerine getirmeyi reddetme hakkı olup olmadığını inceleyeceğiz. Hemen sonrasında ise, oldukça tartışmalı bir konu olan işçinin vicdani nedenlerle işi reddetme hakkına sahip olup olmadığı sorusuna cevap arayacağız.

1. Hukuka Aykırı Talimatı Yerine Getirmeyi Red Hakkı

İş görmekten kaçınma hakkı, en genel tanımıyla, işverenin iş sözleşmesinden doğan asli ve yan edim yükümlülüklerini ihlal etmesi durumunda, işçinin, iş görme edimini, bu yükümlülükler gerçekleştirilinceye kadar yerine getirmeme imkanı olarak tanımlanabilir.²⁰⁶²

İş görmekten kaçınma hakkı, mevzuatımızda farklı iki neden esas alınarak düzenlenmiştir.²⁰⁶³ Bunlardan ilki, işçinin, ücretinin gününde ödenmemesi nedeniyle, İş Kanununun 34. maddesi²⁰⁶⁴ uyarınca çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabileceğidir. Diğer neden ise, İş Sağlığı ve Güvenliği Kanununun 13. maddesine²⁰⁶⁵ göre, işyerinde ciddi ve

²⁰⁶² Eufinger, Rn. 227; Küttner/Kreitner, Rn. 1-2; Erkanlı Başbüyük, 47; ErfK/Wank BGB § 618 Rn. 25; MüKoBGB/Henssler BGB § 618 Rn. 92; MHdB ArbR/Kohte, Rn. 22.

²⁰⁶³ İşçinin iş görmekten kaçınma hakkını kullanabileceği diğer nedenler konusunda detaylı bilgi için bkz. Erkanlı Başbüyük, 213 vd.

²⁰⁶⁴ İş Kanunu m. 34: “⁽¹⁾ Ücret ödeme gününden itibaren yirmi gün içinde mücbir bir neden dışında ödenmeyen işçi, iş görme borcunu yerine getirmekten kaçınabilir. Bu nedenle kişisel kararlarına dayanarak iş görme borcunu yerine getirmemeleri sayısal olarak toplu bir nitelik kazansa dahi grev olarak nitelendirilemez. Gününde ödenmeyen ücretler için mevduata uygulanan en yükek faiz oranı uygulanır. ⁽²⁾ Bu işçilerin bu nedenle iş akitleri çalışmadıkları için feshedilemez ve yerine yeni işçi alınamaz, bu işler başkalarına yaptırılamaz.”

²⁰⁶⁵ İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu m. 13: “⁽¹⁾ Ciddi ve yakın tehlike ile karşı karşıya kalan çalışanlar kurula, kurulun bulunmadığı işyerlerinde ise işverene başvurarak durumun tespit edilmesini ve gerekli tedbirlerin alınmasına karar verilmesini talep edebilir. Kurul acilen toplanarak, işveren ise derhal kararını verir ve durumu tutanakla tespit eder. Karar, çalışana ve çalışan temsilcisine yazılı olarak bildirilir. ⁽²⁾ Kurul veya işverenin çalışanın talebi yönünde karar vermesi halinde çalışan, gerekli tedbirler alınmaya kadar çalışmaktan kaçınabilir. Çalışanların çalışmaktan kaçındığı dönemdeki ücreti ile kanunlardan ve iş sözleşmesinde doğan diğer haklar saklıdır.”

yakın bir tehlikenin varlığı halinde, çalışanların, çalışmaktan kaçınma haklarından yararlanabileceğidir.

İşçinin iş görmekten kaçınma hakkının hukuki niteliği konusunda ise farklı görüşler ileri sürülmektedir. Doktrinin büyük çoğunluğu, işçinin iş görmekten kaçınma hakkının hukuki temelini, işçinin kaçınma sebebine göre farklılaştırmaktadır. Öyle ki, tartışma esasen, Türk Borçlar Kanununun *ödemezlik def*'inin düzenlendiği 97.maddesi ile *işverenin alacaklı temerrüdünün* düzenlendiği 408. maddesi etrafında toplanmaktadır.²⁰⁶⁶

Türk Borçlar Kanununun 97. maddesine göre, “*Karşılıklı borç yükleyen sözleşmede, taraflardan birinin borcunu ifada güçlüğü düşmesi ve özellikle iflas etmesi ya da hakkındaki haciz işleminin sonuçsuz kalması sebebiyle diğer tarafında hakkı tehlikeye düşürse bu taraf, karşı edimin ifası güvence altına alınıncıya kadar kendi ediminin ifasından kaçınabilir.*” Kanunun bu düzenlemesinden hareketle, işçinin ücretinin ödenmemesi dolayısıyla iş görmekten kaçınma hakkının dayanağını TBK m. 97 oluşturmaktadır. Zira, TBK m. 97, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde karşılıklı ilişkisi içinde olan borçlar bakımından söz konusudur. İşçinin iş görme borcu da, işverenin ücret ödeme borcunun karşılığını oluşturduğundan, işçinin ödemezlik def'ine başvurması, işvereni, işçinin ücretini ödemeye zorlayacaktır.²⁰⁶⁷

Bununla birlikte, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmaması halinde ise, işçinin iş görmekten kaçınma hakkının temelinde, ödemezlik def'i değil, işverenin, işçinin iş görme borcunu ifa edebilmesi için gerekli hazırlık fiillerini yapmamış olması nedeniyle TBK m. 408 uyarınca, işverenin alacaklı (iş kabulde) temerrüdünün yattığı belirtilmektedir.²⁰⁶⁸

²⁰⁶⁶ Detaylı bilgi için bkz. **Erkanlı Başbüyük**, 63.

²⁰⁶⁷ **Soyer**, İş Görmekten Kaçınma Hakkı, 658-659; **Sur**, Çalışmaktan Kaçınma Hakkı, 399; **Narmanhoğlu**, İş Görmekten Kaçınma, 612; **Güzel**, İş Görmekten Kaçınma, 131-133; **Engin**, Kaçınma Hakkı, 79-80; **Göktaş**, Çalışmaktan Kaçınma Hakkı, 44-49.

²⁰⁶⁸ **Akyiğit**, Çalışmaktan Kaçınma, 23-25; **Soyer**, İş Görmekten Kaçınma Hakkı, 657-658, 681; **Erkanlı Başbüyük**, 74-78; **Engin**, Kaçınma Hakkı, 87; **Alpagut**, 22. Maddenin Uygulama Alanı, 58; **Göktaş**, Çalışmaktan Kaçınma Hakkı, 214; **Baycık**, Çalışanların Hakları, 118.

Türk Borçlar Kanununun 408. maddesinde “işverenin temerrüdü” düzenlenmektedir. İşçi, iş görme borcunu yerine getirmeye hazır olmasına rağmen, işveren iş kabulde temerrüde düşerse, işçi çalışmaksızın ücrete hak kazanmaktadır. Gerçekten de anılan düzenlemeye göre, “İşveren, iş görme ediminin yerine getirilmesini kusuruyla engellerse veya edimi kabulde temerrüde düşerse, işçiye ücretini ödemekle yükümlü olup, işçiden bu edimini daha sonra yerine getirmesini isteyemez. Ancak, işçinin bu engelleme sebebiyle yapmaktan kurtulduğu giderler ile başka bir iş yaparak kazandığı veya kazanmaktan bilerek kaçındığı yararlar ücretinden indirilir.”

İşverenin alacaklı temerrüdüne düşebilmesi için, öncelikle, işçinin iş görme edimini ifaya hazır olması ve iş görme ediminin ifasının mümkün olması gereklidir. İlâveten, işverenin, işin ifasını haklı veya objektif bir neden olmaksızın kabulden kaçınması veya işin yerine getirilebilmesi için gerekli hazırlık fiillerini yapmaması koşulları aranır.²⁰⁶⁹ Bu hallerin mevcut olması durumunda, işveren, alacaklı temerrüdüne düşer ve işçiye ücretini ve diğer haklarını çalışmaksızın öder.

İşçinin, iş görme edimini yerine getirebilmesi için, işverenin, işçiye, işin ifasını mümkün ve elverişli kılan bir çalışma ortamını sunması gerekmektedir. Bu bağlamda, işverenin, iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini alması, işçiler arasında ayrımcılık yapmaması ve eşit davranması, işçiyi koruma ve gözetme borcuna uygun hareket etmesi, işverenin yerine getirmesi gereken hazırlık fiilleri olarak nitelendirilmektedir.²⁰⁷⁰

Bu çerçevede, konumuz açısından tartışılması gereken husus, hukuka aykırı bir talimatla karşılaşan işçinin, çalışmaktan kaçınma hakkını kullanıp kullanamayacağıdır. Alman hukukundaki bazı görüşler, işçinin, hukuka aykırı talimatları, BGB § 273 hükmüne göre,

²⁰⁶⁹ **Senyen Kaplan**, İfa Engelleri, 569; **Centel**, Ücret, 7; **Süzek**, 396; **Turan**, 31-32.

²⁰⁷⁰ **Soyer**, İş Görmekten Kaçınma Hakkı, 680-681; **Erkanlı Başbüyük**, 74; **Engin**, Kaçınma Hakkı, 87; **Baycık**, Çalışanların Hakları, 118; **Senyen Kaplan**, İfa Engelleri, 571.

yerine getirmekten kaçınma hakkına sahip olduğunu belirtmektedirler. İş görme borcunu yerine getirmeyen işçiler ise, BGB § 615'e göre, çalışmaksızın ücrete hak kazanacaklardır.²⁰⁷¹

Mevzuatımız açısından konuyu inceleyecek olursak, öncelikle, TBK m. 417/1 uyarınca, işveren, işçinin kişiliğini, bedensel ve ruhsal bütünlüğünü, şeref ve onurunu, mesleki saygınlığını, ahlaki değerlerini, özel yaşamını, temel hak ve özgürlüklerini gözetmekle yükümlüdür. Bu anlamda, işveren, işyerinde ahlaka uygun bir düzeni sağlamak zorundadır.

İşverenin, işçinin kişiliğini gözetme borcu, sadece Kanundan değil, Anayasanın 12.,17,19.,20,24.,25. maddelerinden de doğmaktadır. Dolayısıyla, işveren, işçiye, işin görülmesine ve işyeri düzenine ilişkin konularda talimat verirken, temel hakların, kanunların ve dürüstlük kurallarının sınırları içinde hareket etmek zorundadır. Ayrıca, işverenin, yönetim hakkında dayanarak vereceği talimatlar, toplu iş sözleşmesi veya iş sözleşmesinin çizdiği çerçeveye uygun olmak zorundadır. İşte, işverenin, işçinin koruma ve gözetme borcu ve bu borcun gerekleri ile kanuna ve sözleşme hükümlerine uygun davranması zorunluluğu, iş görme ediminin ifası için de hazırlık fiileri niteliğindedir.

İşverenin, hukuka aykırı talimatlar vererek, hazırlık fiilerini yerine getirmediğinden hareketle, iş görme edimini ifaya hazır bekleyen işçi karşısında, TBK m. 408 uyarınca temerrüde düştüğü kabul edilerek, işçinin iş görmekten kaçınabileceği söylenebilir.

Ancak, şunu da belirtmeliyiz ki, işçinin talimatlara uyma borcundan söz edebilmek için, öncelikle, ortada hukuka uygun olarak verilen bir talimatın bulunması gereklidir. Eğer, işverenin verdiği talimat hukuka uygun değilse, esasen işçinin, bir uyma borcu da söz konusu olamaz. Dolayısıyla, hukuken geçerli olmayan bir talimat karşısında, işçinin çalışmaktan kaçınma hakkını kullanmasından ziyade, doğrudan talimata uyma borcunun olmadığından söz etmek bizce daha isabetlidir.²⁰⁷²

²⁰⁷¹ Brunhöber, 226; Eufinger, 7; Küttner/Kreitner, Rn. 3; Tettinger/Wank/Ennuschat/Wank, GewO § 106 Rn. 33; MHdB ArbR/Kohte, Rn. 23-24.

²⁰⁷² Benzer yönde Eufinger, Rn. 228; Erkanlı Başbüyük, 330.

2. Dini ve Vicdani Nedenlerle İş Görmeyi Red Hakkı

İşçinin, bir iş ilişkisinin tarafı olması, özgür bir birey olarak sahip olduğu temel hak ve özgürlüklerden soyutlanması sonucunu doğurmaz. İşçiler de birer yurttaş olarak temel hak ve özgürlüklerden biri olan din ve vicdan özgürlüğünden yararlanma, bu haktan gerektiği biçimde faydalanma imkanına sahiptirler.

Temel bir insan hakkı olan, din ve vicdan özgürlüğü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 9. maddesinde; ulusal hukukumuzda ise, Anayasasının 24. maddesinde hüküm altına alınmaktadır.²⁰⁷³ Bu düzenlemeler bağlamında, din ve vicdan özgürlüğünün, sadece devlete karşı değil, diğer kişilerin yapacağı haksız müdahalelere karşı da korunması gerektiği ifade edilmelidir.

Vicdan; uyarıları, hatırlatmaları, talepleri ve koşulsuz zorunlulukları olan gerçek, somut ve zihinsel bir olgudur. İyi ve kötü ayırımına dayanan herhangi ciddi bir ahlaki karar; kişinin belirli durumlar karşısında, kendisi için içsel anlamda bağlayıcı ve zorunlu olarak deneyimlediği manevi değerler muhasebesinin sonucu olarak görülmelidir.²⁰⁷⁴

Benzer bir yorum, *dini kararlar* için de yapılabilir. Burada da, kişinin verdiği ciddi kararlar, kişinin kendisi için zorunlu ve bağlayıcı olduğunu düşündüğü dinin emir ve kurallarına göre şekillenmektedir. Dolayısıyla, kişinin vicdani veya dini gereklerine dayanan kararlarının yanlış, doğru veya önemli ya da önemsiz olup olmadığının kontrole tabi tutulması mümkün değildir. Bununla birlikte, bu kararların gereken bazı durumlarda *inandırıcılık kontrolünden* geçmesi söz konusu olabilir.²⁰⁷⁵

İşte bu durumların başında, işçinin, işverenin kendisine önerdiği işi vicdani veya dini gereklerle yerine getirmeyi reddetmesi gelmektedir. İşçi, işyerinde din ve vicdan özgürlüğüne sahip olmakla birlikte, işçinin bu inanç ve kanaatleri iş görme edimini yerine getirme borcuyla

²⁰⁷³ Detaylı bilgi için bkz. § 4, II, c, 4, d.

²⁰⁷⁴ **MHdB ArbR/Kiel**, Rn. 110.

²⁰⁷⁵ BAG, 24.05.1989-2 AZR 285/88, www.beck-online.beck.de. Ayrıca bkz. **MHdB ArbR/Kiel**, Rn. 110.

çatışabilir. Örneğin, işçinin dinen yasak olduğunu düşündüğü içki şişelerini temizlemek istememesi, domuz etine dokunmaması, bir kitapçada çalışan işçinin savaşı yücelten, faşizm çağrısı yapan kitapları satmak istememesi veya bir doktoru kürtaj yapmayı reddetmesi ya da eczanede çalışan bir işçinin doğum kontrol hapı satmaması, vb. işyerindeki dini ve vicdani nedenlerden doğan çatışmalar olarak değerlendirilebilir.

İşverenin, işçiye işin görülmesine ve işyerindeki davranışlarına ilişkin verdiği bir talimat, işçinin vicdani veya dini gerekleriyle bağdaşmaması halinde, işçinin bu talimatı yerine getirmekle yükümlü olup olmadığı veya işi red hakkına sahip olup olmadığı sorusu cevaplanmalıdır.²⁰⁷⁶ Ancak, şunu hemen belirtmeliyiz ki, bu soruya standart bir cevap vermek oldukça güçtür. Dolayısıyla, sorunun çözümüne hizmet edecek temel bazı kriterler belirlenip, her somut olayın özelliklerine göre makul bir çözüme varılmalıdır.

İşçinin dini ve vicdani gerekleriyle, iş görme borcu arasında yaşanacak bir çatışmanın hukuki sonuçları hakkında mevzuatımızda öngörülen yegane düzenleme, Basın İş Kanununun 11. maddesinde yer almaktadır. Anılan hükme göre, bir yayın organının karakterinde veya görüşünde, gazetecinin şeref ve şöhretiyle ya da genel olarak manevi değerleriyle açık biçimde bağdaşmayan ve ona zarar verdiği bariz olan bir değişiklik ortaya çıkarsa, işçi, iş sözleşmesini derhal feshetme hakkına sahiptir. Doktrinde, Kanunda yer alan bu düzenlemeye “*vicdan hükmü*” de denilmektedir.²⁰⁷⁷

Mevzuatımızda, işverenin talimatları karşısında işçinin yaşayabileceği dini ve vicdani çatışmalara ve bu çatışmaların hukuki sonuçlarına ilişkin özel başka bir hüküm yer almamakla birlikte, son yıllarda Yargıtayın önüne gelen olaylar, iş yaşamında bu konuda ciddi sorunların olduğunu göstermektedir.

²⁰⁷⁶ Doktrinde, işçinin dini ve vicdani nedenlerle iş görmekten kaçınması olgusunu “*itiraz edilebilir iş*” kavramıyla betimleyen görüş için bkz. **Zeybekoğlu**, 181 vd.

²⁰⁷⁷ **Şakar**, 14-15.

Bununla birlikte, işçilerin, işyerlerinde dini ve vicdani kanaatlerinden dolayı yaşadıkları çatışmalar, Alman hukukunda uzun yıllardır tartışılmaktadır. Öncelikle, biz de yol göstermesi açısından, konuya ilişkin Alman hukukundaki düzenlemelere, yargı kararlarına ve doktrinde ileri sürülen görüşlere değinmeye çalışacağız. Daha sonra, hukukumuz açısından konuyu irdeleyeceğiz.

Tespit edebildiğimiz kadarıyla, konuya ilişkin ilk uyuşmazlık, 1951 yılında Hamburg liman işçilerinin, İngiliz gemilerine mühimmat yüklemelerine dair aldıkları talimatı yerine getirmeyi reddetmeleriyle gündeme gelmiştir. İşçilerin iş görme edimlerini yerine getirmeyi ısrarla reddetmeleri üzerine, işveren, işçilerin iş sözleşmesini feshetmiştir. Hamburg Eyalet İş Mahkemesi ise, cephanelik taşımak gibi oldukça tartışmalı konuların gönüllülük esasına dayanması gerektiğini, bu anlamda işverenin farklı bir çalışma organizasyonu kurabilme imkanının olup olmadığının araştırılmasının önemli olduğunu belirterek feshin geçersizliğine karar vermiştir.²⁰⁷⁸

İşçilerin, vicdani nedenlerle iş görmekten kaçınmasına ilişkin Alman Federal İş Mahkemesinin önüne 1960 yılında gelen bir uyuşmazlık ise, “*birinci basımevi kararı*” olarak anılmaktadır. Uyuşmazlık konusu olayda, basımevinde çalışan ve babası uzun yıllar toplama kampında mahkum olan bir işçi, neo-faşist içeriğe sahip bir metni, dergiye basmayı reddettiği için iş sözleşmesi işverence feshedilmiştir. Mahkeme, işçinin, böyle bir talimatı yerine getirmeyi reddederek çalışmaktan kaçınmasının, işçinin sadece hakkı değil, aynı zamanda savaşı ve faşizmi yücelten her şeye karşı durulmasının kişinin bir ödevi olduğuna karar vererek, feshin geçersiz olduğuna hükmetmiştir.²⁰⁷⁹

1984 yılında ise benzer bir uyuşmazlık yeniden Alman Federal İş Mahkemesinin önüne gelmiş ve dava “*ikinci basımevi kararı*” olarak nitelendirilmiştir. Bu olayda da, basımevinde çalışan bir işçi, savaşı yücelten bir yazının basımını yayınlamayı, vicdani

²⁰⁷⁸ LAG Hamburg, AP 1952, Nr. 105, **Kohte**, NZA 1989, Rn. 162.

²⁰⁷⁹ BAG, 29.01.1960-1 AZR 200/58, **Kohte**, NZA 1998, Rn. 162.

nedenlerini ileri sürerek reddettiği için, iş sözleşmesi feshedilmiştir. Mahkeme kararında, vicdani çatışmanın sözleşme kurulurken öngörülebilir olup olmadığının, bu vicdani gerekliliğin gelecekte de tekrar edip etmeyeceğinin ve işverenin bu tür bir çatışmayı önleme imkanına sahip olup olmadığının araştırılması gerektiğine karar vermiştir.²⁰⁸⁰

Rheinland-Pfalz Eyalet İş Mahkemesinin önüne taşınan bir diğer dini ve vicdani nedenlerden doğan çatışmada ise, eczanede çalışan Katolik inancına sahip bir işçi, dini inancı ve vicdani kanaatleri gereği doğum kontrol hapı satmayı reddettiği için iş sözleşmesi feshedilmiştir. Mahkeme, konunun oldukça hassas olduğunu; ancak, işçinin, eczanede çalışmaya başlamadan önce böyle bir olasılığı öngörmesi ve işverene bildirmesi gerektiğini ifade etmiştir.²⁰⁸¹

Federal İş Mahkemesinin 1989 yılında önüne gelen bir diğer uyuşmazlıkta ise, ilaç sanayinde çalışan bir işçi, nükleer savaş sonunda tedaviyi gerektiren bir hastalığa tutulan askerlerin, kısa süreli olarak savaşma yeteneklerinin devamının sağlanmasına yönelik bir ilacın geliştirilmesi faaliyetinden, vicdani nedenlerle çekilmiş ve bunun üzerine iş sözleşmesi işverence feshedilmiştir. Federal Mahkeme, işçinin, iş görmekten kaçınma nedenlerini haklı bulmuş ve ayrıca konuyu, “*Hizmeti yerine getirmekle yükümlü olan kişinin, kusuru olmayan bir sebebe dayanarak, kısa bir süre için, iş görme edimini ifa edememesi halinde, ücretinde kayıp olmayacağını*” düzenlendiği BGB § 616 kapsamında ele almıştır.²⁰⁸²

Alman hukukunda, doktrinin bir kısmı, işçinin geçici ifa imkansızlığında ücret alacağından mahrum kalmamasını sağlayan BGB § 616’ya işçinin vicdani nedenlerle iş görmekten kaçınma hakkını kullandığı durumlarda da başvurulması gerektiğini ifade etmiştir.²⁰⁸³ Ancak, bu görüş doktrinde eleştirilmektedir. Zira, işçinin vicdani nedenlerle iş

²⁰⁸⁰ BAG, 20.12.1984-2 AZR 436/83, **Kohte**, NZA 1998, Rn. 162.

²⁰⁸¹ LAG Rheinland-Pfalz, ARst X Nr. 317, **Kohte**, NZA 1998, Rn. 162.

²⁰⁸² BAG, 24.05.1989-2 AZR 285/88, www.beck-online.beck.de. Karar hakkında bkz. **Akdeniz**, 181-183; **Wank**, *Objectionable Work*, 457.

²⁰⁸³ Bu görüşteki yazarlar ve konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Akdeniz**, 181-182; **Erkanlı Başbüyük**, 355.

görme borcunu yerine getirmekten kaçınma hakkına sahip olup olmadığı sorusuyla, geçici ifa imkansızlığında ücret talep edip edemeyeceği sorusunun birbirinden ayırt edilmesi gerektiği belirtilmektedir.²⁰⁸⁴

İşçinin, vicdani veya dini nedenlerden dolayı iş görmekten kaçınması, esasen subjektif bir vicdan değerlendirmesinin sonucudur. Dolayısıyla da, güvence altınan alınan yegane husus, işçinin ücret talep hakkı değil, işi reddedebilmesidir. İşçinin manevi değerlerini korumak amacıyla çalışmaktan kaçınmasının ekonomik yükü işverene yüklenmemelidir. İşçi burada, aldığı kişisel kararın-ciddiyetinin de bir göstergesi olarak-ekonomik sonuçlarına katlanmayı göze almalıdır.²⁰⁸⁵

Ayrıca, doktrindeki bir başka görüşe göre de, işçinin, işverenin kendisine verdiği talimat nedeniyle girdiği vicdani çatışma, BGB § 616'da belirtildiği gibi, kısa süreli olmayacak, tersine görece hatırı sayılır bir süre devam edecek niteliktedir.²⁰⁸⁶ İlaveten, BGB § 616'nın amacı, vicdani nedenlerle ortaya çıkan *manevi beklenilmezlik hallerini* de kapsamak değildir. Bu düzenleme, hastalık, ailevi nedenler, kamu hukukundan doğan ödevler vb. gibi hallerle karakterize olmaktadır.²⁰⁸⁷ Öte yandan, işçinin her durumda kusuru olmadığından da söz edilemez. Özellikle, işçinin, iş sözleşmesini akdederken vicdani veya dini bir nedenden dolayı çatışma yaşayabileceğini öngörmesinin gerekli olduğu hallerde, işçinin kusurunun bulunmadığından bahsetmek mümkün değildir.²⁰⁸⁸

Ancak, yaşanan bu tartışmalar, 2002 yılında Alman Borçlar Hukuku Reformu sonrasında yapılan değişiklik neticesinde, BGB § 275/3 düzenlemesiyle son bulmuştur. Artık, günümüzde, işçinin vicdani veya dini nedenlerle iş görmekten kaçınma hakkının temelinde

²⁰⁸⁴ **MüKoBGB/Henssler** BGB § 616 Rn. 10.

²⁰⁸⁵ **MüKoBGB/Henssler** BGB § 616 Rn. 56.

²⁰⁸⁶ **Kohte**, NZA 1989, Rn. 167.

²⁰⁸⁷ **Kohte**, NZA 1989, Rn. 167.

²⁰⁸⁸ **MüKoBGB/Henssler** BGB § 616 Rn. 55.

BGB § 275/3'ün yer aldığı belirtilmektedir.²⁰⁸⁹ Anılan hüküm uyarınca, “*Borçlunun, edimi şahsen yerine getirmesi gerekiyor ve edimin ifasının önündeki engel ile alacaklının edimin yerine getirmesinden elde edeceği menfaatin karşılaştırılması sonucunda, borçludan edimin yerine getirilmesi beklenmiyorsa, borçlu, iş görmekten kaçınabilir.*” Bu hüküm uyarınca, işçinin, vicdani ve dini çatışmalar yaşaması durumlarında çalışmaktan kaçınabileceği belirtilmektedir.²⁰⁹⁰

Alman hukukunda, işçinin vicdani ve dini nedenlerden dolayı iş görme borcunu yerine getirmesinin kendisinden beklenemeyecek olması halinde, BGB § 275/3'e dayanarak işi reddedebileceği/iş görmekten kaçınabileceği kural olarak kabul edilmektedir. Öte yandan, doktrinde ve özellikle yargı kararlarında BGB § 275/3 ile işverenin talimat verme hakkının düzenlendiği GewO § 106 arasında bir ilişkinin kurulması gerektiği de belirtilmektedir. GewO § 106/1'e göre, “*İşveren, iş koşulları iş sözleşmesi, işyeri anlaşması, yürürlükteki toplu iş sözleşmesi veya yasayla düzenlenmediği sürece, iş görme edimini içerik, yer ve zaman açısından hakkaniyete uygun takdir yetkisine göre belirleyebilir.*” Mahkemeler, işçinin, dini ve vicdani nedenlerle iş görmeyi reddettiği olaylara ilişkin uyuşmazlıklarda, öncelikle GewO § 106'ya göre bir inceleme yapmaktadır. O halde, birinci aşamada, işverenlerin, talimat verme haklarını kanuna, sözleşmeye ve hakkaniyete uygun takdir yetkisine göre kullanıp kullanmadıkları denetlenmektedir. İşverenlerin, talimat verme haklarını hukuka uygun kullandıkları sonucuna varılıyorsa, ikinci aşama olan BGB § 275/3'e göre denetime geçilmektedir. Diğer bir anlatımla, GewO § 106 başlangıç noktası olarak kabul edilmektedir.²⁰⁹¹

Örneğin, Hamm Eyalet İş Mahkemesinin 2011 yılında önüne gelen bir uyuşmazlıkta, çağrı merkezinde çalışan işçinin iş sözleşmesi, işverenin, işin görülmesine ilişkin verdiği

²⁰⁸⁹ **MüKoBGB/Henssler** BGB 616 Rn. 10; **Brunhöber**, 226; **Ulber**, Rn. 1070; **ErfK/Preis** BGB § 611 Rn. 685; **Eufinger**, Rn. 227; **Küttner/Kania**, Gewissensfreiheit, Rn. 4.

²⁰⁹⁰ **Akdeniz**, 164.

²⁰⁹¹ **Eufinger**, Rn. 227; **Ulber**, Rn. 1070-1071; **Greiner**, Anmerkung zum BAG, 24.02.2011-2 AZR 636/09.

talimatlara, defalarca uyarılmasına rağmen, uymadığı gerekçesiyle feshedilmiştir.²⁰⁹² Davacı işçi, kendisine verilen talimata, dini inancı ve kanaatleriyle bağdaşmadığı gerekçesiyle uymaktan kaçındığı belirterek itiraz etmiştir. Uyuşmazlık konusu olayda, işveren, çağrı merkezinde çalışan işçilere, ürünlere ilişkin müşterilerle yapacakları görüşmeleri hangi sözlerle sonlandırmaları gerektiği konusunda yazılı bir metin vermiştir. Ancak, davacı, her telefon görüşmesini sonlandırırken, konuşmasına, bu yazılı metinde yer almayan “*İsa sizi seviyor, hep sizinle olsun*” sözlerini eklemektedir. İşveren, işçiyi yaklaşık beş kez bu ifadeyi kullanmaması konusunda uyarılmış ve işçinin, talimatı yerine getirmeyeceğini kesin bir dille belirtmesi üzerine de sözleşmeyi feshetmiştir.

Davalı işverenliğe göre, çağrı merkezinde çalışan işçilere, müşterilerle konuşurken, onlara nasıl hitap etmeleri gerektiğini belirlemek talimat verme hakkının kapsamındadır. Ayrıca, işverenin, işçilerin herhangi bir dini veya politik görüşlerini açıklamamaları konusunda meşru menfaati bulunmaktadır. Zira, işverenin amacı sadece ürün satmak olup, işveren, her kesimden gelen müşteriye nötr görünmek istemektedir.

Eyalet İş Mahkemesi, dava konusu olayda, ilk olarak GewO § 106’ya göre bir denetim yapmış ve işverenin verdiği talimatın hukuka uygun olup olmadığını araştırmıştır. Bu aşamadan sonra ise, işçinin dini nedenlerle talimatı yerine getirmekten kaçınmasının haklı olup olmadığını incelemiştir. Mahkemeye göre, her tür inanca dayalı iddia özel bir koruma altına alınmaz. Bu nedenle, taraflar arasındaki uyuşmazlık, mutlaka açık ve ciddi bir çatışmaya dayanmalıdır. Ayrıca, işçi, verilen talimatın dini gereklerini ne yönde ve nasıl rencide ettiğini ayrıntılı bir biçimde açıklamak zorundadır. Diğer bir deyişle, işçi ciddiyetini kanıtlamalıdır. Oysa, yargılama sırasında, işçi, sadece İncil’in çeşitli pasajlarına atıf yapmakla yetinmiş, “*İsa, seni seviyor*” ifadesini kullanmamanın kendisinde nasıl bir içsel sıkıntıya veya

²⁰⁹² LAG Hamm, 20.04.2011-4 Sa 2230/10, www.beck-online.beck.de.

vicdani çatışmaya yol açtığını yeterli ölçüde kanıtlayamamıştır. Dolayısıyla, işverenin yaptığı fesih geçerli kabul edilmelidir.

O halde, buraya kadar yaptığımız açıklamalardan hareketle, gerek doktrin gerek içtihatlar ışığında, işçinin vicdani ve dini nedenlerle çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilmesi için öncelikle, ortada açık ve ciddi bir vicdani veya dini gereklerden kaynaklanan bir çatışma olmalıdır. İşçi, içinde bulunduğu durumu derhal işverene bildirmelidir. Ancak, işçinin korunmaya değer bir inanç özgürlüğünün olduğu sonucuna varılabilmesi için; işçiden yerine getirmesi istenen edimin, ondan *beklenebilir olmaması* gerekmektedir.

Bu bağlamda da, özellikle, iş sözleşmesi akdedilirken, işçinin inancı ile işin bağdaşmama durumunun öngörülebilir olup olmadığı araştırılmalıdır. Eğer, işçi, inancıyla bağdaşmayan talimatların verilebileceğini hesaba katabilecek durumdaysa, işçinin sonradan iş görmekten kaçınma hakkından söz edilemez.²⁰⁹³ Ayrıca, işçinin yaşadığı vicdani veya dini çatışma tutarlı olmalıdır. İşçi burada yaşadığı içsel çelişkilerin ciddi olduğunu gerekçelendirerek anlatmalı ve karşı tarafı inandırmalıdır.²⁰⁹⁴

Bununla birlikte, dini veya vicdani nedenlerle çalışmaktan kaçınma hakkını kullanan işçinin, diğer işçileri kışkırtmaması, onları da işi bırakmaları yönünde zorlamaması gerekir.²⁰⁹⁵

İşçinin yaşadığı dini veya vicdani çatışma durumu, işçiye başka bir iş verilmek suretiyle çözümlenemiyor veya bu durumun gelecekte de tekrar etme olasılığı sürüyorsa, işverenin sözleşmeyi feshedebileceği kabul edilmektedir.

Konuyu, Türk hukuku açısından inceleyecek olursak, yukarıda da belirttiğimiz gibi, mevzuatımızda işçinin dini ve vicdani nedenlerle çalışmaktan kaçınma hakkını kullanıp

²⁰⁹³ **MHdB ArbR/Kiel**, Rn. 112.

²⁰⁹⁴ **Ulber**, Rn. 1072.

²⁰⁹⁵ **Küttner/Kania**, Gewissensfreiheit, Rn. 5.

kullanamayacağına dair özel bir düzenleme yer almamaktadır. Bununla birlikte, işçinin inanç ve vicdan özgürlüğü, Anayasanın 24. maddesinde güvence altına alınmıştır. Bu bağlamda, işveren, talimat verme hakkını kullanırken sadece kanuna veya sözleşmeye değil, işçinin temel haklarına da uygun hareket etmek zorundadır.

Burada, işverenin, işin görülmesine veya işyerine düzenine ilişkin verdiği bir talimat sonucunda çatışan iki menfaatin bulunduğu gözden kaçmamalıdır. İşçinin din ve vicdan özgürlüğü ile işverenin ekonomik faaliyetlerini yürütme özgürlüğü arasına yaşanan çatışma, pratik uyum ilkesine göre dengelenmelidir. Bu noktada da doktrinde, Alman hukukunda temel alınan “*öngörülebilir olup olmama*” esasına göre bir değerlendirme yapılması gerektiği belirtilmektedir.

Doktrindeki bir görüşe göre, işçinin anayasal vicdan özgürlüğü ilkesine dayanarak talimatı yerine getirmekten kaçınabilmesi için, “*açık bir beklenmeyen durumun*” ortaya çıkması gerekir. Öyle ki, işçi, bu durumu, iş sözleşmesini akdettiği sırada öngörememiş olmalıdır.²⁰⁹⁶ Bir başka görüşe göre de, sözleşmenin kurulması esnasında işçinin inancı veya vicdanı ile bağdaşmayacak durumu öngörüp öngöremediğine göre bir değerlendirme yapılmalı ve bu değerlendirme sonucunda, işçinin başlangıçta öngöremediği bir durumun olduğu sonucuna varılırsa, çalışmaktan kaçınabileceği kabul edilmelidir.²⁰⁹⁷

Doktrindeki benzer yöndeki diğer bir görüşe göre ise, işveren, işçiye, inanç ve duygu çatışmasına girmesine yol açacak iş vermemelidir. İşverenin, işçiye verdiği talimatın onu inanç çatışmasına sokup sokmayacağı ise dürüstlük kurallarına göre belirlenmeli, her somut olay açısından objektif olarak geçerli nedenlerin belirli bir ağırlığı aranmalıdır.²⁰⁹⁸

Bizce de, iş sözleşmesi kurulurken, işçinin, vicdanı veya inançlarıyla çatışabilecek bir işin kendisine verilip verilemeyeceğini hesaba katması ve durumu öngörmesi burada öncelikli

²⁰⁹⁶ Taşkent, Yönetim Hakkı, 114.

²⁰⁹⁷ Ertürk, Temel Haklar, 141-143; Akdeniz, 215-216; Erkanlı Başbüyük, 353; Bayram, Kişilik Hakkı, 317-318.

²⁰⁹⁸ Okur, Düşünceyi Açıklama, 15-16.

olarak aranması gereken kriterdir. Zira, işçi, başlangıçta öngörmesi gereken bir hususu öngörmeyip, sonradan, verilen işi reddetmesi, kendisine bir kusur olarak atfedilecektir. Artık böyle bir durumda, işçi için beklenmeyen bir halin varlığından söz etmek mümkün olamaz. Örneğin, bir fast food zincirinde çalışan işçinin, iş ilişkisi içerisinde üniforma giymesi gerektiğini; satış temsilcisi konumunda çalışan ve sürekli müşterilerle temas eden işçinin kılık-kıyafet düzenlemelerine tabi olabileceğini öngörebilmesi gerekmektedir.

Ancak, doktrinde *Greiner*'in de belirttiği gibi, kişinin inancı sübjektiftir ve zaman içerisinde değişebilir ya da farklılaşabilir.²⁰⁹⁹ Örneğin, işçinin, çalışmaya başladıktan uzun bir süre sonra dünya görüşü değişebilir, dini inancı veya vicdani kanaatlerinde farklılıklar meydana gelebilir. Böyle durumlarda, işçinin başlangıçta yerine getirmeyi kabul ettiği bir işten kaçınması söz konusu olabilir veya dış görünüşünü dini inançları doğrultusunda yeniden şekillendirebilir. Bu gibi hallerde, işçinin vicdani ve dini nedenlerle yaşadığı çatışmanın çözümü çok daha güçlük gösterecektir. Zira, öngörülebilirlik kriterine bu tür uyumsuzluklarda başvurmak çok da mümkün görünmemektedir.

Kanımızca, işçinin, işverenin verdiği bir talimat karşısında yaşadığı vicdani veya dini çatışmanın çözümünde, öncelikle, işverenin verdiği talimatın hukuka uygun olup olmadığı araştırılmalıdır. Örneğin, işverenin verdiği talimat, Anayasanın 24. maddesinde güvence altına alınan din ve vicdan özgürlüğüne bariz bir aykırılık gösteriyorsa veya dini nedenlere dayalı olarak işçiler arasında ayrımcılığa neden oluyorsa, talimat zaten hukuka aykırı olarak nitelendirilecektir. Ancak, işverenin verdiği talimat, hukuka uygun olmakla birlikte, işçinin iç dünyasında ciddi bir çatışmaya yol açıyorsa, iş görmekten kaçınma hakkını kullanabileceği gündeme gelebilir. Bu görüşümüzün temelinde de *temel hakların iş ilişkilerine yatay etkisi* bulunmaktadır.²¹⁰⁰

²⁰⁹⁹ **Greiner**, Anmerkung zum BAG, 24.02.2011-2 AZR 636/09.

²¹⁰⁰ Bkz. § 4, II, C, d.

Burada, ilk olarak, iş sözleşmesi kurulurken, işçinin inancı ile işin bağdaşp bağdaşmadığının öngörebilir olup olmadığı hususu araştırılmalıdır. Bununla birlikte, işçinin inancı veya vicdani kanaatleri zaman içinde değiştiyse, öngörülebilirlik kriterine başvurmak işçi açısından isabetli olmayacaktır. Bu gibi durumlarda, işçiden işini yerine getirip getiremeyeceğinin dürüstlük kurallarına göre *beklenebilir olup olmadığı* araştırılmalıdır.

Ayrıca, işçinin dini ve vicdani nedenlerle işi reddedebilmesi için, yaşadığı içsel çatışmanın açık, ciddi ve samimi olması gereklidir. İşçi, burada, yaşantısıyla da tutarlı biçimde iddiasını gerekçelendirmelidir. Dolayısıyla, her somut olaya göre bir değerlendirme yapılmalıdır.

Üzerinde durmak istediğimiz bir diğer husus ise, işçinin dini veya vicdani nedenlerle iş görme borcunu yerine getirmekten kaçınması halinde ücrete hak kazanıp kazanamayacağı ve işverence iş sözleşmenin bu nedenle feshedilip edilemeyeceğidir.

Doktrinde, işçinin, manevi imkansızlık hallerinde, iş görme edimini yerine getirmekten kaçınabileceği ve bu kapsamda, işçinin geçici ifa imkansızlığı halini düzenleyen TBK m. 409'dan faydalanması gerektiği ifade edilmektedir.²¹⁰¹ TBK m. 409'a göre, “*Uzun süreli bir hizmet ilişkisinde işçi, hastalık, askerlik veya kanundan doğan çalışma ve benzeri sebeplerle kusuru olmaksızın, iş gördüğü süreye oranla daha kısa bir süre için iş görme edimini ifa edemezse işveren, başka bir yolla karşılanmadığı takdirde, o süre için işçiye hakkaniyete uygun bir ücret ödemekle yükümlüdür.*” TBK m. 409 uyarınca, işçinin bu korumadan yararlanabilmesi için, iş ilişkisinin uzun süreden beri devam etmesi ve iş görme ediminin yerine getirilmesini engelleyen nedenin kısa süreli olması zorunludur. İlaveten, işçinin ücrete hak kazanabilmesi için, yaşadığı ücret kaybının Sosyal Güvenlik Kurumundan gelir etmesi gibi başka bir yolla karşılanmaması gerekir. Bu şartların varlığı halinde, işçi, ücretinin tamamına değil; fakat hakkaniyete uygun bir ücrete hak kazanacaktır.

²¹⁰¹ Detaylı bilgi için bkz. **Akdeniz**, 205-206, 220-222.

TBK m. 409'a ilişkin olarak öncelikle çözümlenmesi gereken mesele, bu maddenin İş Kanununa tabi işçilere de uygulanıp uygulanmayacağıdır. Türk Borçlar Kanununun kapsamına giren iş ilişkilerinde TBK m. 409'un uygulanması yönünde bir kuşku bulunmamaktadır.²¹⁰²

Buna karşılık, doktrindeki bir görüşe göre, TBK m. 409, İş Kanununa tabi işçilere uygulanmayacaktır. Bu görüşe göre, İş Kanunu m. 25/1-(b) bendi uyarınca, hastalık, kaza, doğum ve gebelik; m. 31/3 uyarınca ise askerlik ve kanundan doğan çalışma nedeniyle iş akdinin askıya alındığı durumlarda işçinin ücretinin ödenmeyeceği açıkça düzenlenmiştir. Borçlar Kanununun hizmet sözleşmesine ilişkin hükümlerinin İş Kanununa tabi iş ilişkilerine uygulanabilmesi için, İş Kanununda bu konuda bir düzenleme olmaması gerekir. Hem İş Kanununda bu konuda bir düzenleme olması hem de iş akdinin askıya alınmasının genel teorisi çerçevesinde yaklaşıldığında, işçiye ücret ödenmemesi gerekmektedir.²¹⁰³

Buna karşılık, doktrinde savunulan diğer görüşe göre ise, somut durum bakımından aksine bir düzenleme bulunmadıkça, TBK m. 409 hükmü, İş Kanununa tabi işçilere de uygulanmalıdır. İş Kanununun 25 ve 31. maddelerinde yer alan düzenlemeler, işçinin iş görme edimini yerine getirmediği belli bazı konulara ilişkindir. Ancak, Kanunda işçinin kusursuz geçici ifa imkansızlığını düzenleyen genel bir hüküm bulunmamaktadır. Dolayısıyla, aksine bir düzenleme olmadıkça, TBK m. 409'un, İş Kanununa tabi işçilere de uygulanması gerekmektedir.²¹⁰⁴

Kanımızca da, TBK m. 409 hükmünün, İş Kanununa tabi işçilere de uygulanması önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır. İş Kanununun 25/1-(b) ve 31/3 maddelerinde düzenlenen haller bakımından işçiye ücret ödenmeyeceği açıktır. Ancak, bunun dışında, İş Kanununda aksi görüşün kabul edilmesini olanaklı kılan açık bir düzenleme

²¹⁰² **Süzek**, 511; **Senyen Kaplan**, İfa Engelleri, 588-592.

²¹⁰³ **Süzek**, 510-511; **Mollamahmutoğlu/Astarlı/Baysal**, (2014), 681.

²¹⁰⁴ Detaylı bilgi için bkz. **Akdeniz**, 169-177.

bulunmamaktadır. Dolayısıyla, sadece Borçlar Kanununa tabi olan işçilerin değil, İş Kanununa tabi işçilerin de bu hükümden yararlanması gerektiği kanaatini paylaşıyoruz.

Bununla birlikte, TBK m. 409'un, işçinin dini ve vicdani nedenlerle iş görmekten kaçındığı hallerde uygulanıp uygulanmayacağının, diğer bir anlatımla, işçilerin hakkaniyete uygun bir ücret talep edip edemeyeceklerinin belirlenmesi gerekmektedir. Doktrindeki bir görüşe göre, işçinin vicdani veya dini nedenlerle bir çatışma yaşadığı ve iş görmekten kaçındığı bu dönemde de, TBK m. 409'da aranan koşulların somut olayda mevcut olması durumunda, kendisine hakkaniyete uygun bir ücret ödenmelidir.²¹⁰⁵

Ancak, biz, işçinin dini ve vicdani nedenlerle iş görmekten kaçındığı hallerde TBK m. 409'a dayanabileceği ve bu bağlamda, işverenden hakkaniyete uygun bir ücret talep edilebileceği görüşüne katılmıyoruz. Öncelikle, TBK m. 409'da geçen "*hastalık, askerlik veya kanundan doğan çalışma ve benzeri sebepler*"de yer alan "*ve benzeri sebepler*"in, işçinin ailevi yükümlülükleri olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu hükmün içine, işçinin tamamen sübjektif değerlendirmesinin bir sonucu olan yoğun içsel çatışmaları dahil edilmemelidir.²¹⁰⁶

Ayrıca, yukarıda da belirttiğimiz gibi, işçinin, dini ve vicdani nedenlerle iş görmekten kaçınabilmesinin temelinde, temel hakların yatay etkisi bulunmaktadır. İşçi, yaşadığı yoğun ve ciddi bir dini veya vicdani çatışma neticesinde, tamamen kendi değerlendirmesine dayanan bu sübjektif kararının ekonomik riskine katlanmalıdır.

İlaveten, TBK m. 409'un uygulanabilmesi için, uzun süren bir iş ilişkisinde, işçinin kusuru olmaksızın çalışmadığı süre, iş gördüğü süreye oranla daha kısa olmalıdır. İlk olarak, işçinin bu hükümden yararlanabileceği kabul edilse bile, sözleşme kurulurken, dini ve vicdani

²¹⁰⁵ Akdeniz, 205-206.

²¹⁰⁶ ErfK/Preis BGB § 616, Rn. 688; MüKoBGB/Henssler BGB § 616 Rn. 52-54; Küttner/Kania, Gewissensfreiheit, Rn. 9; BeckOK ArbR/Joussen BGB § 616 Rn. 25-26; Kohte, NZA 1989, Rn. 167.

nedenle yaşanabilecek bir çatışma işçi açısından öngörülebilir nitelikteyse, bu husus, işçiye kusur olarak atfedileceği için, TBK m. 409 zaten uygulanamayacaktır.

Öte yandan, işçinin yaşadığı yoğun ve ciddi içsel çatışmanın kısa sürmesinin beklenmesi gerçekçi değildir. Dolayısıyla, biz, işçinin, dini ve vicdani nedeniyle yaşadığı içsel çatışmalar sonucunda, iş görmekten kaçınabileceğini; ancak bunun ekonomik riskine katlanması gerektiği görüşündeyiz.

Tartışılması gereken bir diğer husus da, işverenin, dini ve vicdani nedenlerle çalışmaktan kaçınan işçinin iş sözleşmesini feshetme hakkına sahip olup olmadığıdır.²¹⁰⁷ Dini ve vicdani nedenlerle ciddi ve yoğun içsel çatışma yaşayan bir işçi, kanımızca durumu derhal işverene bildirerek çalışmaktan kaçınma hakkını kullanabilir. Böyle bir durumda, işveren, işçinin işini başka birine verip verememe ihtimali olup olmadığını öncelikle araştırmalıdır. Eğer, işverenin işçiye başka bir iş verme imkanı bulunmuyorsa veya işçinin yaşadığı içsel çatışmanın gelecekte de devam edeceği yönünde işverende ciddi bir kanı oluştuysa, işveren artık bu duruma katlanmak zorunda olmayıp, işçinin iş sözleşmesini feshedebilir.²¹⁰⁸

Eğer, işçi, iş sözleşmesi kurulurken, işini yerine getirebilmesi için gerekli vasıfların veya şartların kendisinde bulunmadığını bildiği halde, işvereni, gerçeğe aykırı bilgiler vererek yanıltmışsa, işveren, işçinin iş sözleşmesini İş Kanunu m. 25/2-(a) uyarınca haklı nedenle feshedebilir. Bu durum özellikle, iş sözleşmesi akdedilirken, dini ve vicdani bir çatışmanın yaşanabileceğinin *öngörülebilir* olduğu durumlarda gündeme gelebilir. Örneğin, kadın doğum uzmanı olan bir doktor, dini kanaatlerinin bir gereği olduğuna inandığı için kürtaja karşıysa ve iş sözleşmesi kurulurken, işverene bu konuda yanlış bilgi vermişse, iş ilişkisinin devamında böyle bir husus nedeniyle işçinin iş görmekten kaçınması, işverene, işçinin iş sözleşmesini haklı nedenle feshetme imkanı sunabilir.

²¹⁰⁷ Ertürk, Temel Haklar, 139.

²¹⁰⁸ Küttner/Kania, Gewissensfreiheit, Rn. 9; ErfK/Preis BGB § 616, Rn. 688; Ertürk, Temel Haklar, 139; Akdeniz, 21.

Böyle bir durum dışında, işveren, iş güvencesi kapsamındaki işçilerin iş sözleşmelerini, işçinin yetersizliği veya davranışlarından kaynaklanan nedenler ile işletmenin, işyerinin veya işin gereklerinden kaynaklanan sebeplerle feshedebilir. Bu konu, özellikle, böyle bir çatışmanın *öngörülemez* olduğu hallerde gündeme gelebilir. Doktrinde, Akdeniz, işverenin, vicdani ve dini nedenlerle çalışmaktan kaçınma hakkını kullanan işçinin *-kendisine başka bir iş verilmesinin mümkün olmaması ve bu çatışmanın gelecekte de sürme ihtimalinin yüksek olması hallerinde-* iş sözleşmesini fiziki yetersizliğinden kaynaklanan nedenlerle benzerlik kurulurak feshedebileceğini ifade edilmektedir.²¹⁰⁹ Bu görüşe göre, buradaki engel, fiziksel nitelikte olmamakla birlikte, tıpkı fiziksel bir yetersizlikte olduğu gibi, işçiyi çalışamaz bir duruma getirmekte ve işin normal işleyişini bozmaktadır. Artık böyle bir durumda işveren, işçinin iş sözleşmesini geçerli nedenle feshedebilir.²¹¹⁰

Bizce de, işçinin önceden öngöremediği bir nedenden dolayı, kendisin verilen talimatı, dini ve vicdani gerekleri nedeniyle yerine getirmekten kaçınması halinde, işveren, işçinin iş sözleşmesini feshetmeden önce, mutlaka kendisine *-mümkünse-* başka bir iş önermeli veya yine *-mümkünse-* işi başka bir işçiye vermelidir. Ancak, böyle bir olasılık söz konusu değilse, işveren, işçinin iş sözleşmesini geçerli nedenle feshedebilir.

Burada, işçinin öngöremediği bir durum sonradan ortaya çıktığı için kusurudan söz edilemeyeceğinden, işveren, işçinin iş sözleşmesini davranışlarıyla nedeniyle feshedemez. Zira, işçinin davranışlarına dayanan fesihlerde kusurun varlığı aranmaktadır.²¹¹¹

Buna karşılık, işçinin dini ve vicdani nedenlerle iş görmemesi durumunun mesleki yetersizlik olarak da kabul edilebileceğinin mümkün olduğunu düşünüyoruz. Zira, Yargıtay 22. Hukuk Dairesinin bir kararında, “*mesleki yetersizlik*” şu şekilde tanımlanmıştır: “*Yeterlilik, bir görevi icra etmek ve görevin gerektirdiği sorumlulukları yerine getirmek için*

²¹⁰⁹ Akdeniz, 217-218.

²¹¹⁰ Akdeniz, 219.

²¹¹¹ Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 573.

ihtiyaç duyulan yetenek, bilgi ve becerileri ifade eden bir kavramdır. Bu kavram, belirli bir görevi ya da rolü kabul edilebilir bir düzeyde yerine getirmek için sahip olunması gereken bilgi ve beceriyi, kısaca donanımı vurgular. İşçinin mesleki yetersizliği açısından geçerli fesih sebebinin oluşabilmesi için sözleşme ile üstlenilen iş ediminin usulüne uygun ifası için gerekli olan mesleki kabiliyet ve uygunluğun iş sözleşmesinin feshedildiği anda işçide kısmen veya tamamen mevcut olmaması gerekir. Bu suretle iş sözleşmesinde tarafların edim mübadele ilişkisinin önemli ölçüde işveren aleyhine bozulması gerekir. Mesleki uygunluk yokluğu, soyut olarak ele alınmalı, somut iş ilişkisine ve bununla bağlantılı borçlanılan iş edimiyle ilişkilendirilerek değerlendirilmelidir.”²¹¹²

Yüksek Mahkemenin de belirttiği gibi, işveren, kendisine verilen işi dini ve vicdani çatışması nedeniyle yerine getirmeyerek, aslında işle ilgili uyum yetersizliğini de göstermektedir. İşçi, verilen işi usulüne uygun yerine getirebilmesi için aslında mesleki bir uygunluğunun olmadığını göstermektedir. İşçi, fiziken işi yapmaya hazır olsa da, ruhen bu işin gerekleri için uygun değildir.

İşverenin, iş güvencesi kapsamında olmayan işçilerin iş sözleşmesini feshetme serbestisinin önünde tek engel, hakkın kötüye kullanılmamasıdır. İşveren, dini ve vicdani nedenlerle çalışmaktan kaçınma hakkını kullanan işçinin, iş sözleşmesini feshetmeden önce, bizce, *dürüstlük kurallarının* bir gereği olarak, işçiye başka bir iş verilmesinin mümkün olup olmadığını ve bu durumun ne kadar süre devam ettiğini araştırmalıdır. Nitekim, işçi, esasen temel hak ve özgürlüklerinden biri olan din ve vicdan özgürlüğüne dayanarak verilen işi yerine getirmeyi reddetmektedir. Ancak, işçiye başka bir iş verilmesi mümkün değilse veya işçinin dini ve vicdani çatışması uzun süre devam edecek nitelikteyse, işçinin iş sözleşmesi feshedilebilir.

²¹¹² Y22HD, 17.03.2014, E.2014/1123, K. 2014/6205, **Süzek**, 577.

Yargıtayın içtihatları incelendiğinde, işçinin dini ve vicdani nedenlerle işverenin talimatına uymamasına ilişkin uyuşmazlıkların, çoğunlukla işçinin dış görünüşüne ilişkin konularda (sakal/sakal boyu, başörtüsü gibi) veya dini ritüellerini (Cuma namazı, işyerinde, ibadet etmek gibi) yerine getirmek istemeleri halinde ortaya çıktığı görülmektedir.

Yüksek Mahkeme, dış görünüşe ilişkin konularda çıkan uyuşmazlıkları, “*iş görme borcunun niteliği ve işin gerekleri*” ekseninde dengelemeye çalışmaktadır.²¹¹³

Bununla birlikte, işçilerin dini ritüellerini yerine getirmek istemelerine ilişkin anlaşmazlıklar, esasen işçinin inancı ile ifa zamanının çakışması durumunda ortaya çıkmaktadır.²¹¹⁴ Bu gibi hallerde, işçi, çalışma saatleri içerisinde ve iş görme borcunu kesintiye uğratacak şekilde ibadetini yerine getirmek istemektedir. Öncelikle, işçinin, ara dinlenme sürelerinde veya işin yürütümünü etkilemeyecek biçimde işyerinde ibadetini yerine getirmesine engel olunmamalıdır. Aksine bir tutum, işçinin anayasal güvence altında olan din ve vicdan özgürlüğünü ihlal edecektir. Örneğin, işveren, işçiyi de gözetme borcunun bir gereği olarak, ara dinlenmesi zamanlarını belirlerken, işçinin ibadet saatlerini göz önünde bulundurabilir.

Buna karşın, işyerinde yaşanan çatışmaların çoğu, işçinin dini ritüellerini işin yürütümünü etkileyecek zamanlarda yerine getirmek istemesi durumunda ortaya çıkmaktadır. Örneğin, Almanya’da dört Türk işçi, Kurban Bayramı süresi boyunca çalışmayı reddetmişler ve bunun sonucunda, iş sözleşmeleri işverence feshedilmiştir. Düsseldorf Eyalet İş Mahkemesine göre, böyle bir çatışma öngörülebilir niteliktedir. Mahkemeye göre, işçilerin, sözleşme yapılırken, dini tatillerde çalışmak istemedikleri konusunda çekincelerini dile getirmeleri gerekirdi. Ayrıca, olayda, işverenin, işçilere bir günlük izin vermesine rağmen,

²¹¹³ Bkz. § 4, II, C, 4, c, ii.

²¹¹⁴ **Kohte**, NZA 1998, Rn. 167; **Erkanlı Başbüyük** 356.

işçilerin bu taleplerinde ısrarcı olması isabetli değildir. Dolayısıyla, Mahkeme, anılan gerekçelerle, işverenin yaptığı feshin geçerli olduğuna karar vermiştir.²¹¹⁵

Yargıtayın önüne gelen uyuşmazlıklarda ise, işçi, Cuma namazına gidebilmek için işyerini izinsiz olarak terk etmekte veya çalışma saatleri içerisinde doğruluk ve dürüstlük kurallarıyla bağdaşmayacak şekilde davranmaktadırlar. Doktrinde, esas olarak, çalışma saatleri içinde işçinin, işverenin talimatlarıyla bağlı olduğu ve iş görme borcuyla bağdaşmayacak veya iş görme borcunun yerine getirilmesini haklı bir neden olmadan kesintiye uğratacak davranışlardan kaçınmakla yükümlü olduğu belirtilmektedir. Esasen, işverenin, toplu iş sözleşmesinde veya iş sözleşmesinde aksi belirtilmediği sürece, işçiye iş saatleri içinde ibadeti için izin vermek gibi bir zorunluluğu bulunmamaktadır. İlaveten, işçi, işverenin izni olmadan iş saatleri içinde dini ibadetlerini yerine getirmek üzere işten ayrılamaz. İşçi, işverenin izni olmadan işyerini terk ederse veya işyeri içinde kalmakla birlikte iş görme borcunu yerine getirmezse, bu durum, olayın ağırlığına göre geçerli veya haklı feshe yol açabilir.²¹¹⁶

Ancak, işveren, işçiye ibadetini yerine getirmesi için izin verdiyse, işçinin bu hakkı dürüstlük kuralına uygun şekilde kullanması gerekmektedir. Nitekim, Yüksek Mahkemenin bir kararına göre “*Somut uyuşmazlıkta, davacı işçinin, işveren tarafından Cuma namazına gitmek isteyen işçiler için tahsis edilen servis ile işverene Cuma namazına gideceğini belirterek iş yerinden ayrılıp kahvehaneye gittiği sabit olup, davacının bu eylemlerinin iş yerinde olumsuzluklara yol açtığı, taraflar arasında güven ilişkisinin sarsıldığı bu durumda iş ilişkisinin sürdürülmesinin işverenden beklenemeyeceği ve işveren feshinin bu nedenle geçerli olduğu gözetilmeden hatalı gerekçe ile davanın kabulüne karar verilmesi hatalıdır.*”²¹¹⁷

²¹¹⁵ LAG Düsseldorf, 14.02.1963-7 Sa 581/62, **Kohte**, NZA 1998, Rn. 162.

²¹¹⁶ **Taşkent**, Yönetin Hakkı, 113; **Bayram**, Kişilik Hakkı, 318.

²¹¹⁷ Y9HD, 30.06.2014, E. 2014/8250, K. 2014/22224, KİBB.

C. İşçinin İşverene Şikayet Hakkı

İşçinin şikayet hakkı, Alman İşyeri Teşkilat Kanunu (BetrVG) § 84 ve § 85’de özel olarak düzenlenmektedir. İşyerinde çalışan her işçi -işyerinde işyeri kurulu bulunsun bulunmasın- işyerinde ayrımcı, dışlayıcı, hukuka aykırı bulduğu hususları, işverene şikayet etme hakkın sahiptir. Öte yandan, şikayet hakkı, Kanunda düzenlenmemiş olsaydı bile, işverenin işçiyi gözetme borcu gereği, işçinin böyle bir hakka sahip olduğu sonucuna varılabilirdi.²¹¹⁸

Alman İşyeri Teşkilat Kanununda, bireysel şikayet (§ 84) ve toplu şikayet (§ 85) düzenlenmektedir. Bireysel şikayette, işyerinde çalışan her bir işçi, işyeri kuruluna başvurmadan doğrudan işverene başvurabilir. Şikayet hakkını, işçiler, işveren vekilleri ve işyerinde çalışan geçici işçiler kullanabilir. Şikayet hakkının BetrVG § 84’e göre kullanılabil belli bir süre sınırı ve şekil zorunluluğu bulunmamaktadır.²¹¹⁹

İşçi, işverenlik tarafından haksızlığa maruz bırakıldığı, dezavantajlı konuma düşürüldüğü veya başka bir şekilde zarara uğratıldığını düşünüyorsa, şikayet hakkını kullanabilir.²¹²⁰ Buradan hareketle, işçi, verilen talimatın ayrımcılık içerdiğini, işverenin eşit davranma borcuna aykırılık oluşturduğunu, kişilik haklarını ihlal ettiğini veya toplu iş sözleşmesi ya da iş sözleşmesiyle çeliştiğini, diğer bir anlatımla, hukuka aykırı olduğunu düşünüyorsa, şikayet hakkını kullanabilir. Burada, işçi, kendi sübjektif değerlendirmesi üzerine bu hakkını kullanmaktadır. Ancak, işçi, sadece kendisini bizzat ilgilendiren konularda şikayet yoluna başvurabilir.²¹²¹

Şikayet, mutlaka, ilgili/sorumlu kişiye yapılmalıdır. Örneğin, işçi, hukuka aykırı olduğunu düşündüğü talimatla ilgili olarak öncelikle, talimatı veren kişiye gitmelidir. Bu kişinin her zaman işveren olması şart değildir. İşçi, şef, müdür, vb. işyerinde çeşitli

²¹¹⁸ ErfK/Kania BetrVG § 85 Rn. 5.

²¹¹⁹ Brunhöber, 229; ErfK/Kania BetrVG § 84 Rn. 6-7.

²¹²⁰ Richardi BetrVG/Thüsing BetrVG § 84 Rn. 4.

²¹²¹ Brunhöber, 229.

düzeylerde çalışan işveren vekillerinin talimatlarına karşı, öncelikle talimatı veren kişiye itirazını yöneltmelidir. Eğer, buradan bir sonuç alamazsa, bir üst merciye, örneğin, insan kaynakları departmanına başvurabilir. İşçi, yine sonuç alamazsa, iç hiyerarşideki silsileyi takip ederek işverene karşı, verilen talimatla ilgili şikayet hakkını kullanabilir.²¹²²

İşveren, işçinin şikayetini incelemekle yükümlüdür. Eğer işveren, işçinin, talimatın hukuka aykırı olduğu yönündeki şikayetini haklı bulursa, talimatı değiştirerek veya geri alarak, bu durumu telafi etmelidir. İşverenin, işçinin şikayetini haklı bulması durumunda tercih edeceği yol, kendi takdirine bırakılmıştır.²¹²³ Ancak, işçi, şikayet hakkını kullanmasına rağmen, hala bir netice alamamışsa, hukuka aykırı talimatı yerine getirmeyebilir.

Alman İşyeri Teşkilat Kanunu § 85’de toplu şikayet usulü düzenlenmektedir. Burada, işçi, şikayet hakkını işyeri kuruluna yapmaktadır. Kanuna göre, işçi, dilerse § 84 uyarınca bireysel şikayet hakkını kullanabilir, dilerse § 85’e göre işyeri kuruluna başvurabilir. Hatta, işçi, her iki mekanizmayı da aynı anda işletebilir. Diğer bir anlatımla, işçi, bir yandan, şikayet hakkını işverene yöneltirken, diğer yandan işyeri kuruluna da başvurabilir.²¹²⁴

İşçi, işverenin verdiği talimatın hukuka aykırı olduğunu, bu talimatın kendisini zarara uğrattığını veya dezavantajlı duruma düşürdüğünü iddia ederek işyeri kuruluna başvurabilir. İşyeri kuruluna yapılacak başvuru için de bir süre sınırı bulunmamaktadır. İşyeri kurulu, yapılan şikayetleri incelemek ve işçiyi bu şikayet hakkında bizzat dinlenmekle yükümlüdür. Eğer, işyeri kurulu, yapılan şikayeti haklı bulmadığı için incelemeyi bırakırsa, durumu derhal işçiye bildirmelidir. Ancak, kurul, işçinin yaptığı şikayeti haklı bulursa, işvereni konuyla ilgili bilgilendirip, uyuşmazlığın çözümü için işverene baskı yapmak zorundadır.²¹²⁵

İşveren ile işyeri kurulu arasında, işçinin şikayetiyle ilgili görüş ayrılığı olması halinde, işyeri kurulu, uyuşmazlığı işyeri düzeyindeki tahkim komitesine taşıma hakkına

²¹²² Brunhöber, 229.

²¹²³ Richardi BetrVG/Thüsing BetrVG § 84 Rn. 25.

²¹²⁴ ErfK/Kania BetrVG § 85 Rn. 1.

²¹²⁵ Brunhöber, 230.

sahiptir. Komite, işçi ve işveren temsilcilerinin dengeli katılımıyla oluşmaktadır. Komite, en hakkaniyetli çözümü bulmak için uğraşmalıdır. Komite taraflar açısından bağlayıcı karar alabilir.²¹²⁶

Alman hukukundan farklı olarak, Türk hukukunda, işçinin, işverene şikayet hakkı özel olarak düzenlenmemiştir. Bununla birlikte, kanımızca, işçinin, işyerinde dezavantajlı duruma düştüğünü, haksızlığa uğradığını veya dürüstlük kurallarıyla bağdaşmayan bir muameleye uğradığını hissettiğinde, işverene başvurabilmesinin temelinde, *işverenin işçiyi gözetme borcu* yatmaktadır. Dolayısıyla, işçi, mevzuatta özel bir düzenleme olmasa dahi, işverene karşı şikayet hakkını kullanabilecektir. Nitekim, TBK m. 417/1'e göre, işveren, işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek ve işyerinde ahlaka uygun bir düzen sağlamakla yükümlüdür. İşveren, işçiyi gözetme borcunun bir gereği olarak, işçinin şikayetlerini kendisine ulaştırabilmesine imkan tanınmalı ve şikayetlerin haklı olup olmadığını inceleyerek bir çözüm üretmelidir.

Bu bağlamda, işverenin verdiği talimatın hukuka aykırı olduğunu düşünen işçi, durumu işveren vekiline veya işverene iletebilmelidir. Şüphesiz ki, şikayet hakkı, işçinin, hukuka aykırı bir talimata uymaması için ön koşul niteliğinde değildir. İşçi, talimatın hukuka aykırı olduğunu işverene bildirerek işverenin talimatı yeniden gözden geçirmesini talep edebilir. İşveren, yaptığı değerlendirme sonucunda talimatında ısrarcı olabilir veya bunu geri alabilir veya değiştirebilir.

Çalışmamızın birinci bölümünde²¹²⁷ de belirttiğimiz üzere, Türk hukukunda işçinin yönetime katılma hakkı, iş sağlığı ve güvenliği kurulları ile yıllık ücretli izin kurallarıyla sınırlı bir alanda gerçekleşmektedir. Ayrıca, Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununa göre, toplu iş sözleşmesi yapma yetkisi kesinleşen sendika, işyeri sendika temsilcisi atama hakkına sahiptir. Kanunun 27. maddesinin 3. fıkrasına göre, işyeri sendika temsilcisinin

²¹²⁶ Brunhöber, 230-231.

²¹²⁷ Bkz. § 1, I, B, 5.

görevleri arasında, işçilerin dilek ve şikayetlerini dinlemek ve çözümlmek, işçi ve işveren arasındaki iş birliğini, çalışma barışını ve uyumu sağlamak, işçilerin hak ve çıkarlarını gözetmek ve çalışma şartlarının uygulanmasına yardımcı olmak bulunmaktadır. İşyeri sendika temsilcisinin olduğu işyerlerinde, sendika üyesi olsun olmasın işçiler, işverenin verdiği talimatın hukuka aykırı olduğunu düşünüyorlarsa, konuyu işyeri sendika temsilcisine iletip, sorunun işyeri içinde barışçıl yollarla çözümlenmesini talep edebilirler. Sendikanın, işverene, verdiği bir talimatla ilgili bağlayıcı bir karar aldırma hakkı olmasa da, sendika, iş barışını sağlamak adına taraflar arasında bir nevi arabulucu görevi görebilir.

İlaveten, toplu iş sözleşmesinin uygulandığı işyerlerinde ise, işçi ve işveren tarafı çoğunlukla disiplin kurulları oluşturarak, disipline ilişkin konularda sorunların çözümü için biraraya gelmektedir. Oysa, toplu iş sözleşmesi, ücret ve disiplin konularını düzenlemek dışında, işyerlerinde karşılaşılabilecek pek çok sorunun barışçıl yollarla çözümlenebilmesine imkan veren çok yönlü bir enstrüman gibi kullanılabilir. Örneğin, toplu iş sözleşmesiyle işçi ve işveren tarafının eşit sayıdaki katılımıyla oluşturulacak *işyeri uyumazlık kuralları*, işveren üzerinde bağlayıcı bir karar alamasa da, işyerinde dezavantajlı duruma itildiğini, haksız muamele gördüğünü düşünen işçilerin talep ve şikayetlerini inceleyerek, işyeri içinde sorunun barışçıl yollarla çözümlenmesine katkı sunabilir. Böyle bir yöntem, *-aslında olması gerektiği gibi-* işverenin, sosyal güç değil de, iş ilişkisinin sadece bir tarafı olduğunu da gösterecektir.

D. İş Akdinin Feshi

İşçi, işverenin hukuka uygun talimatlarına uymakla yükümlüdür. Bu bağlamda, işçi, işverenin, anayasal temel haklarını çiğneyen, kişilik haklarını ihlal eden, eşit davranma borcuna uygun olmayan, dürüstlük kurallarıyla bağdaşmayan, kanuna, toplu iş sözleşmesine, iş sözleşmesine aykırı olan talimatlarını yerine getirmek zorunda değildir.

İşverenin, hukuka aykırı bir talimatı yerine getirmeyen işçinin iş sözleşmesini feshetmesi, olayın özelliklerine göre geçersiz veya haksız fesih olarak nitelendirilir ve bunun hukuki sonuçları ortaya çıkar.

Bununla birlikte, hukuka aykırı bir talimatla karşı karşıya kalan işçi, iş sözleşmesini, İş Kanununun 24. maddesinin 2. fıkrasına göre haklı nedenle feshetme hakkına sahiptir. İşverenin, hukuka aykırı bir talimat vererek, işçinin kişilik haklarını ihlal etmesi veya çalışma koşullarını tam ve gereği gibi uygulamaması, işçi açısından bu ilişkinin çekilmez ve katlanılamaz bir hal almasına neden olmaktadır. Böyle bir durumda da, işçinin bu ilişkiyi daha fazla sürdürmesi kendisinden beklenemez.

Ayrıca, işçi, İş Kanunu m. 26/2 hükmü gereği, iş akdini feshetmesi nedeniyle uğradığı zararı işverenden talep edebilir.

SONUÇ

İş ilişkisinin özellikli yanını; işverenin yönetim hakkına dayanarak işçiye talimatlar vermesi ve işçinin de, işverenin hukuka uygun talimatlarına uymakla yükümlü olması oluşturmaktadır.

Nitekim, iş sözleşmesini, diğer iş görme sözleşmelerinden ayırt eden unsur, işçinin işverene kişisel-hukuki bağımlılığıdır. İş sözleşmesinin içinde mündemiç olan hiyerarşi/bağımlılık ilişkisi, yöneten ve yönetilen olmak üzere iki ayrı grubu oluşturmaktadır. Bunun yansıması ise, işverenin yönetim hakkında kendini göstermektedir. İşçi, iş sözleşmesiyle birlikte, işverenin otoritesi altına girmekte ve iş görme borcunu, işverenin talimatları ile gözetim ve denetimi altında yerine getirmektedir.

İşveren, işin yürütümüne ve işçilerin işyerindeki davranışlarına ilişkin konularda talimat verme hakkına sahiptir. Öyle ki, bu husus Türk Borçlar Kanununun 399. maddesinde de hüküm altına alınmıştır. Anılan düzenlemeye göre, *“İşveren, işin görülmesi ve işçilerin işyerindeki davranışlarıyla ilgili genel düzenlemeler yapabilir ve onlara özel talimatlar verebilir. İşçiler, bunlara dürüstlük kurallarının gerektirdiği ölçüde uymak zorundadırlar.”* İşveren, yönetim hakkına dayanarak vereceği talimatlarla, işçinin iş görme borcunu somutlaştırmakta ve işçilerin işyerindeki davranışları ve işyeri düzenine ilişkin hususlarda belirlemeler yapmaktadır. Bu bağlamda, işverenin yönetim hakkına dayanarak işçilere verdiği talimatlar, tek taraflı ve karşı tarafa varması gerekli bir irade açıklaması niteliğindedir.

Her ne kadar, doktrinin bir bölümü ve Yargıtay, *“emir ve talimat”* ifadelerini beraber kullansa da, konu, mevzuatımız ve dil bilgisel açıdan incelendiğinde, emir ve talimatın birbirlerinin yerine geçer bir mahiyet taşıdığı görülmektedir. Dolayısıyla, bu tez çalışmasında Türk Borçlar Kanununun ve iş hukuku mevzuatının benimsediği terminoloji olan *talimat* kavramı kullanılmıştır.

Türk iş hukukunda, işverenin yönetim hakkının kaynağı iş sözleşmesidir. İşverenin yönetim hakkı, kaynaklar hiyerarşisinde en alt sırada yer almaktadır. Dolayısıyla, işveren yönetim hakkını ancak, Anayasanın, kanunların, sözleşmelerin yani tüm resmi ve özel iş hukuku kaynaklarının ilgili konuyu düzenlenmediği bir alanda kullanabilir. Diğer bir anlatımla, işveren, iş hukukunun diğer kaynaklarıyla düzenlenmemiş *boş alanda* talimat verme hakkına sahiptir.

Bir iş ilişkisi içinde her detayın önceden öngörülerek belirlenmesi mümkün değildir. İşveren, işin nerede, ne zaman, nasıl, hangi sırayla yapılacağını yani işe ilişkin ayrıntıları, aksi kararlaştırılmamışsa, yönetim hakkı aracılığıyla vereceği talimatlarla belirlemektedir. Bu anlamda, işverenin yönetim hakkı, bir nevi iş sözleşmesinde ana hatlarıyla belirlenen iş görme borcunu somutlaştırmaktan ibarettir.

Bunun bir sonucu/yansıması olarak da, işverenin işletmesel karar alma özgürlüğüyle, talimat/yönetim hakkının farklı anlamları ifade ettiği belirtilmelidir. İşverenin, işletmesel karar alma özgürlüğünün hukuki dayanağı, Anayasanın girişim özgürlüğünü güvence altına alan 48. maddesidir. İşveren, işletmesel karar alma özgürlüğüne dayanarak işletme politikasını belirlemekte ve işletmesinin iktisadi geleceği üzerinde söz sahibi olmaktadır. Buna karşılık, işveren, yönetim hakkına dayanarak vereceği talimatlarla sadece, işçinin iş görme borcunu somutlaştırmakta ve işçilerin işyerindeki davranışlarına ve işin düzenine ilişkin konularda belirlemeler yapmaktadır. O halde, işverenin talimat/yönetim hakkı, işverenin işe ve işyeri düzenine ilişkin konularda talimat verme hakkından başka bir anlam ifade etmemektedir.

İşveren, vereceği talimatlarla işçinin iş sözleşmesinin koşullarında bir değişiklik meydana getiremez. İşveren, talimatları aracılığıyla, sadece diğer hukuk kaynaklarıyla düzenlenmemiş boş alanlarda, işçilerin iş görme borcuna ve işyeri düzenine ilişkin tek taraflı belirlemeler yapabilir. Bu özelliği itibarıyla de, işverenin talimat verme hakkı, yenilik doğuran hak niteliği taşımadığını göstermektedir.

Talimat verme yetkisi, esas olarak, işyeri hiyerarşisinin en üstünde yer alan işverene aittir. Ancak, bazı durumlarda, işin görülmesini talep etme ve talimat verme yetkisi farklı kişilerde toplanabilir. İşte böyle durumların söz konusu olduğu hallerde, soyut işveren-somut işveren ayrımı gündeme gelmektedir. Soyut işveren-somut işveren ayrımının ortaya çıkması halinde ise, talimat verme yetkisi, somut işverene aittir.

İşveren dışında, işveren vekili de kendisine bahşedilen yönetim yetkisi sınırları içinde, işçilere, talimat verme hakkına sahiptir. İşçi, sadece işverenin değil, işveren vekilinin verdiği hukuka uygun talimatlara da uymakla yükümlüdür.

İş hukukundaki üçlü ilişkiler arasında yer alan, alt işveren ilişkisi ve geçici iş ilişkisi talimat verme yetkisinin aynı anda iki işveren arasında paylaşılmasından dolayı özellik göstermektedir. Asıl işveren-alt işveren; ödünç veren işveren-geçici işveren arasındaki talimat verme hakkının dağıtımı, işin görülmesi ve işçilerin davranışları-işyeri düzeni açısından ikiye ayrılarak incelenmelidir.

Geçici iş ilişkisinde işveren yetkileri hem ödünç veren hem de geçici (ödünç alan) işveren arasında paylaşılmaktadır. Geçici iş ilişkisinde, işin görülmesini talep etme hakkı, sözleşmenin tarafı olmayan işverene devredildiğinden, işin görülmesine ilişkin konularda talimat verme yetkisi de geçici işverene geçmektedir. Geçici işveren sadece işin görülmesine ilişkin değil, aynı zamanda işyeri düzenine, işyerinde iş güvenliğinin sağlanmasına ve işçinin davranışlarına ilişkin talimatlar da verebilir.

Geçici iş ilişkisinde işveren yetkileri hem ödünç veren hem de geçici (ödünç alan) işveren arasında paylaşılmaktadır. Bunun sonucu olarak da, geçici işverenin yanı sıra ödünç veren işverenin de işçiye talimat verme hakkı devam etmektedir. Ancak, geçici işçi, iş görme borcunu başka bir işverenin yanında ifa ettiğinden, ödünç veren işverenin, işçiye talimat vermesi, iş görme borcu dışında kalan alanlarda örneğin, yıllık ücretli izin hakkının kullanılması gibi sınırlı durumlar için söz konusu olmaktadır.

Asıl işveren alt işveren ilişkisinde ise; alt işveren, kendi işçileri karşısında işveren konumundadır ve işveren fonksiyonundan doğan talimat verme hakkına sahiptir. Asıl işverenin, kural olarak alt işverenin işçilerine talimat verme hakkı bulunmamasına karşın, asıl işveren, alt işverenin işçilerine iş sağlığı ve güvenliği ile işyerinin genel düzenine ilişkin hususlarda talimat verebileceği kabul edilmelidir.

Öte yandan, hukukumuz açısından oldukça yeni bir kavram olan matriks organizasyon yapıları, geleneksel-klasik organizasyon yapılarında alışkın olunan, talimat birliği ilkesini farklılaştırmasıyla, işverenin talimat verme hakkının yeniden irdelenmesini gerektirmektedir. Matriks yapı, şirket topluluklarında bir tür organizasyonel örgütlenme biçimidir. İşletme yönetimi açısından matriks yapılar, çok boyutlu bir organizasyon yapısı olarak nitelendirilmektedir. Matriks organizasyon yapısına sahip işletmelerde üç önemli aktör bulunmaktadır. Bunlar; şirketler topluluğunun üst yönetimi matriks yönetim, matriks yöneticiler ve sözleşmenin tarafı işverendir. İşte, işçiye işin görülmesine ve işyeri düzenine ilişkin konularda talimat verme hakkı, bu kişiler arasında bölüşülmektedir.

Öte yandan, talimatlar, amaç, biçim ve yürürlüğe girme zamanları açısından da özellik göstermektedir. Talimatlar, amaç açısından, işin görülmesine ilişkin talimatlar ile işçilerin işyerindeki davranışlarına ilişkin olan talimatlar biçiminde tasnif edilebilir. İşin nerede, ne zaman, nasıl yapılacağını düzenleyen ya da yöntem ve sırasını gösteren talimatlar işin görülmesine ilişkindir. Buna karşılık, işyeri düzenin ve güvenliğin sağlanmasına yönelik verilen talimatlar, işçilerin davranışlarına ilişkin olan talimatlardır.

İşveren, her ne kadar, işçilerin işyerinde davranışlarına ve işin düzenine ilişkin hususlarda talimat verme hakkına sahip olsa da, işçiye, sadakat borcunu somutlaştırmaya yönelik talimatlar vermesi mümkün değildir.

Biçim açısından ise talimatlar, genel ve özel/bireysel talimatlar olarak ikiye ayrılmaktadır. Genel talimatlar, işyerindeki tüm çalışanlara veya belli bir grup ya da

nitelikteki işçilere yönelik verilen talimatlardır. Özel/bireysel talimatlar ise, belirli bir ya da birden çok işçiye bir kereliğine verilen talimatlar olarak tanımlanmaktadır. Talimatların genel veya özel/bireysel nitelikteki olması, talimatların yürürlüğe girmesi açısından önem taşımaktadır. Genel talimatlar, yöneltildiği topluluğun kolayca görüp okuyabileceği bir yerde duyurulmakla yürürlüğe girerler. Özel/bireysel talimatlar ise işçiye bildirilmekle yürürlüğe girer. Talimatlar arasında yaşanan çatışmalar ise, talimatların hangi makam tarafından verildiği ve genel veya özel/bireysel olup olmamaları gözetilerek çözümlenmektedir. Bu bağlamda, yaşanan çatışma, “*Lex specialis derogat legi generali*”; “*Lex posterior derogat legi priori*” ve “*Lex superior derogat legi inferiori*” ilkeleri ışığında çözümlenmektedir.

İşverenin talimat verme hakkı, işverene sınırsız bir karar alma yetkisini bahşetmez. İşveren, temel haklara, kanuna, toplu iş sözleşmesine, iş sözleşmesine, dürüstlük kurallarına aykırı olmamak kaydıyla ve yönetim hakkının amacına uygun düştüğü ölçüde talimat verme hakkına sahiptir. Bu bağlamda, işçi, işverenin sadece hukuka uygun talimatlarına uymakla yükümlüdür. İşverenin verdiği talimatın hukuka uygun olup olmadığının belirlenmesinde ise, çeşitli ölçütlere başvurulmaktadır.

Öncelikle, işveren, Türk Borçlar Kanununun 27. maddesine göre, kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkansız olan talimatlar veremez.

İşverenin talimat verme hakkını sınırlandıran nedenlerden bir diğeri ise, dürüstlük kurallarıdır. Nitekim, dürüstlük kuralı, esasen, işverenin, işin düzenlenmesi ve işyeri düzeni hakkında tek taraflı kararlar alabildiği ve takdir yetkisine sahip olduğu durumlarda önem kazanmaktadır. Öyle ki, genel bir ilke olan dürüstlük kuralı, Türk Medeni Kanununun 2. maddesi dışında, işverenin talimat verme hakkının düzenlendiği TBK m. 399’da da açıkça hüküm altına alınmıştır.

İşverenin, talimat verme hakkını, dürüstlük kurallarına uygun kullanması gerekliliği, işçinin ve işyerinin menfaatlerini ve birbirleriyle çelişen çıkarlarını bir bütün olarak değerlendirmesi ve karşılaştırmasını gerektirmektedir. Bu bağlamda, işveren, talimat verme hakkını kullanırken, işin ve işyerinin amacını, risk dağılımını, işçinin ve işyerinin ihtiyaçlarını, hukuki ilişkinin uzunluğunu, sözleşme dışı avantajları ve dezavantajları, tarafların ekonomik durumlarını, yaşam koşullarını, evli ve/veya çocuk sahip olup olmadıklarını, yaş, sağlık ve engellilik durumlarını, yetenekleri gibi kişisel durumlarını da dikkate almalıdır.

İşveren, talimat verme hakkını, eşit davranma borcuna da uygun kullanmak zorundadır. Diğer bir anlatımla, işveren, İş Kanununun 5. maddesine göre, iş ilişkisinin devamı süresince hem ayırım yapma yasaklarına hem de dar anlamda eşit davranma borcuna uygun davranmak zorundadır. Bu yönüyle, eşit davranma ilkesi, işverenin yönetim hakkını sınırlamaktadır. İşverenin, eşitlik ilkesine ve ayrımcılık yasağına aykırı talimatlar vermesi, bu talimatların geçersizliği sonucunu doğuracaktır. Ayrıca, işverenin, ayrımcılık yapılmasına yönelik verdiği talimatlar da ayrımcılık yasakları kapsamında olup, hukuka aykırıdır.

İşçinin, işverenin otoritesi altında olup, işverenin talimatlarına uymakla yükümlü olması, taraflar arasında bir güç dengesizliğinin doğmasına yol açmaktadır. Bu durum ise, işçinin temel hak ve özgürlüklerini, herhangi bir kişiye göre daha hassas ve kırılgan hale getirmektedir. Zira, işveren, bir yandan vereceği talimatlarla, işçinin iş görme borcunu ve işyeri kurallarını şekillendirirken, diğer yandan, işçinin temel hak ve özgürlüklerine doğrudan müdahale etme imkanına ulaşmaktadır. Buradan hareketle, işveren, talimat verme hakkını, işçinin özgür bir insan ve yurttaş olmasından dolayı sahip olduğu temel haklarını gözeterek kullanmalıdır. O halde, işçinin temel hak ve özgürlükleri de, işverenin talimat verme hakkını sınırlayan hukuk kaynaklarından biridir.

Anayasanın 11. maddesi uyarınca, Anayasa hükümleri sadece devlet ve birey arasındaki dikey ilişkilerde değil; kişiler arasındaki yatay ilişkilerde de uygulanmaktadır. Anayasa hükümlerinin özel hukuk ilişkilerine dolaylı yatay etkisinin en bariz sonucu, özel hukuku düzenleyen kanunların, Anayasanın ve temel hakların gölgesi altında olduğudur.

Temel hakların dolaylı yatay etkisi, özel hukuk kurallarının yorumunda ve özel hukuk alanındaki soyut kavramların yorumlanmasında kendisini göstermektedir. Anayasa hükümleri, yargıç açısından bağlayıcı ve yol gösterici niteliktedir. Anayasaya uygun yorum yoluyla, Anayasal kurallar, özel hukuk ilişkilerini şemsiyesi altına almakta ve özel hukuk kurallarının, temel haklar ışığında okunmasını sağlamaktadır.

İşveren, işe ve işyerine ilişkin konularda talimat verirken, işçinin temel hak ve özgürlüklerini de sınırlandırmaktadır. Ancak, bu sınırlama, sınırsız değildir. İşverenin talimat verme hakkının hukuka uygunluk sınırlarından birisi, işçinin temel hak ve özgürlüklerine uygunluktur. İşçilerin temel hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılmasının hukuka uygun olup olmadığının tespitinde ise, ölçülülük ilkesine başvurulmaktadır. İşveren, meşru bir amacını gerçekleştirmek için verdiği talimatlarla, işçinin temel hak ve özgürlüklerine müdahale ederse, yapılan müdahalenin hukuka uygun sayılabilmesi için, aranan diğer yasal koşulların yanı sıra, müdahalenin ölçülü olması gereklidir. Evrensel bir ilke olan, ölçülülük ilkesinin; elverişlilik, gereklilik ve orantılılık (dar anlamda ölçülülük) olmak üzere üç alt ilkeden oluştuğu genel olarak kabul edilmektedir.

İşverenin verdiği talimatların hukuka uygun olup olmadığının tespitinde, bu talimatların, işçinin kişilik haklarını ihlal edip etmediği de araştırılmalıdır. Nitekim, işverenin talimat verme hakkının en önemli sınırlarından birini, işçinin kişilik hakları oluşturmaktadır.

İşveren, iş ilişkisi boyunca, işçinin onurunu korumak ve ona saygılı davranmakla yükümlüdür. İşveren talimat verme hakkını, işçiyi aşağılamak, yıldırım, bezdirmek, tehdit

etmek, yani işçiyi taciz etmek amacıyla kullanmamalıdır. Böyle bir durumda, işverenin talimat verme hakkını kötü niyetle kullandığı sonucuna varılacaktır.

İşçi ve işveren arasındaki bağımlılık ilişkisi ve bunun yansıması olan talimatla bağılılık, işçinin kişiliğini, işverenin müdahalelerine açık hale getirmektedir. İşçinin kişilik haklarının bir parçası olan, özel yaşamının gizliliğinin korunması hakkı, özel yaşam ve iş yaşamının sınırları arasındaki çizginin belirsizleştiği günümüz çalışma dünyasında oldukça önem arz etmektedir. İşverenin vereceği talimatlarla, işçinin özel alanı ve gizlilik alanına yapacağı haksız müdahaleler, işçinin kişilik hakkını da ihlal etmektedir. Bu kapsamda, işverenin, işçinin dış görünüşüne; üstünün ve eşyalarının aranmasına; tıbbi ve psikolojik testlere tabi tutulmasına; izlenmesi ve gözetlenmesine; işyerindeki davranışlarına ve işyeri dışındaki davranışlarına ve yaşamına ilişkin talimatlar, işçinin kişilik haklarını ihlal etme tehlikesini taşıdıklarından, mutlaka hukuka uygun olup olmadıkları incelenmelidir.

Öte yandan, işçilerin din ve vicdan özgürlüğü ile ifade özgürlüklerinin de işverenin hukuka aykırı talimatlarıyla haksız şekilde sınırlanmaması gereklidir. Dolayısıyla, talimatın hukuka uygunluğunun belirlenmesinde başvurulacak kıstasların başında işçilerin kişilik haklarının ve genel olarak temel haklarının gözetilmesi gereği gelmektedir. Bu kapsamda yapılacak bir incelemede ise, işverenin verdiği talimatın, işin ve işyerinin yürütümü için gerekli olup olmadığı, taraflar arasındaki menfaat dengesini bozup bozmadığı, ölçülülük ilkesine uygun olup olmadığı ve kanunların emredici düzenlemeleri ile ahlaka ve dürüstlük kurallarına aykırı olup olmadığı araştırılmalıdır.

İşveren, Türk Borçlar Kanununun 399. maddesine göre, işin görülmesine ve işçilerin işyerindeki davranışlarına ilişkin konularda talimat verme hakkına sahiptir. İşin nerede, ne zaman ve nasıl yapılacağını, aksine bir düzenleme olmadıkça, vereceği talimatlarla şekillendiren işverenin, işçinin çalışma sürelerine ilişkin konularda da talimat verme hakkı

vardır. Ancak, işverenin, işçinin çalışma sürelerine ilişkin konularda talimat verme hakkı, İş Kanunu, toplu iş sözleşmesi veya iş sözleşmeleriyle oldukça sınırlandırılmıştır.

İşçinin çalışma süresinin uzunluğu, işçinin ücretini belirlediği için, işverenin, işçinin çalışma süresinin uzunluğunu, vereceği talimatlarla tek taraflı olarak belirleme hakkı bulunmamaktadır.

Buna karşılık, taraflarca, toplu iş sözleşmesi veya iş sözleşmesiyle, çalışma süresinin konumu içinde yer alan işin günlük başlama ve bitiş saatleri, ara dinlenmeleri ve haftalık çalışma süresinin, haftanın çalışılan günlerine dağıtılması gibi hususlar, düzenlenmediyse, işveren vereceği talimatlarla, işçinin çalışma süresinin konumu belirleyebilir veya değiştirebilir. Ancak, işveren, bu belirlemeyi yaparken, sadece kendisinin menfaatlerini ve/veya işyerinin ihtiyaçlarını gözetmemeli; aynı zamanda işçinin kişisel ve ailevi durumunu da dikkate almalıdır.

İşverenin talimat verme hakkını sınırlayan en önemli araç ise, iş sözleşmesidir. İş sözleşmesinde, işçinin yapacağı iş sadece genel hatlarıyla belirlendiyse, bu alanda işverenin, işçiye talimat verme hakkı genişlemekte, hatta farklı görevleri yerine getirmesi için talimatlar verebilmesi gündeme gelmektedir. Buna karşılık, iş sözleşmesinde, işçinin iş görme borcu ayrıntılı olarak-somut bir biçimde düzenlendiyse-işverenin talimat verme hakkı da o derece zayıflamaktadır.

Ayrıca, işveren, yaptığı işte uzman, nitelikli işçilere işin ifasına yönelik teknik ya da mesleki talimatlar vermesi, oldukça sınırlı bir ölçüde gerçekleşmektedir. Gerçekten de, iş yaşamında nitelikli/uzmanlığa sahip işçilerin işlerini işverenin talimatlarından bağımsız şekilde yerine getirdikleri bilinmektedir. Ancak, bu durum dahi işverenlerin, işçilere talimat verme hakkını ortadan kaldırmamaktadır.

Benzer şekilde, işçinin yapacağı iş bir meslek dalı olarak iş sözleşmesinde belirlendiyse işveren, işçiye, o meslek kapsamına giren her türlü işin görülmesine ilişkin

talimatlar verebilir. İşveren, işçiye işin niteliğiyle bağdaşan benzer değerdeki işlerle sınırlı olarak talimat verebilir. İşçinin yapacağı iş, iş sözleşmesinde işin türü veya meslek dalı olarak saptandıysa işverenin, bu işler dışında farklı bir iş görme borcunu yerine getirmesi yönünde işçiye talimat vermesi mümkün değildir.

İşveren yönetim hakkı aracılığıyla işçinin iş görme edimini esas itibarıyla somutlaştırmaktadır. Ayrıca, işveren, yine yönetim hakkı aracılığıyla işçilere işyeri düzenine ilişkin talimatlar vermektedir. Yönetim hakkı, işverene, iş sözleşmesinde bir değişiklik yapma hakkı bahşetmez.

Türk iş hukukunda, iş sözleşmesinin değiştirilmesi, İş Kanununun 22. maddesinde düzenlenmektedir. İş Kanunu m. 22/1'e göre, işveren, çalışma koşullarında esaslı bir değişiklik yapmak istiyorsa durumu, işçiye yazılı olarak bildirmek zorundadır. Bu şekle uygun olarak yapılmayan ve işçi tarafından altı iş günü içinde yazılı olarak kabul edilmeyen değişiklikler işçiyi bağlamaz. İş Kanunu m. 22/2'ye göre, ise taraflar aralarında anlaşarak çalışma koşullarını her zaman değiştirebilirler. Bu anlamda, işverenin yönetim hakkıyla iş sözleşmesinin değiştirilmesi arasındaki sınır çizilmelidir.

İşveren, iş sözleşmesinde tek taraflı olarak esaslı bir değişiklik yapamayacağı gibi esaslı olmayan değişiklikleri de işçiyle anlaşarak yapmak zorundadır. Dolayısıyla, işveren, yönetim hakkı aracılığıyla iş sözleşmesinde bir değişiklik meydana getiremez. İşveren sadece yönetim hakkı kapsamında kalan konularda tek taraflı belirlemeler (yatay değişiklikler) yapabilir. Dolayısıyla, işçi, işverenin sadece, yönetim hakkı kapsamında kalan konulara ilişkin verdiği talimatlara uymakla yükümlüdür.

Ancak, bazı durumlarda, işverenin talimat verme hakkı, değişiklik kayıtlarıyla genişlemektedir. İşveren, değişiklik kayıtları sayesinde, iş sözleşmesiyle sınırlanan genel yönetim hakkını aşan talimatları verebilme imkanına kavuşmaktadır. Nitekim, bu tür kayıtlar, doktrinde ve yargı kararlarında “genişletilmiş yönetim hakkı” veya “özel yönetim hakkı”

olarak da nitelendirilmektedir. İşverene, iş sözleşmesinde değişiklik yapma yetkisi, toplu iş sözleşmesi, iş sözleşmesi veya iç yönetmeliklerle tanınabilir.

İşveren, değişiklik kayıtları aracılığıyla, talimat verme (yönetim) hakkı kapsamına girmeyen konularda da tek taraflı olarak belirleme/değişiklik yapma imkanına sahip olmaktadır. İşçi, işverenin genişletilmiş yönetim hakkı kapsamında verdiği talimatlara da belirli sınırlar çerçevesinde uymakla yükümlüdür. Değişiklik kayıtlarının geçerli olabilmesi için, sıkı bir denetime tabi tutulması gerekmektedir. Tüm bu denetimlerden sonra geçerli bir değişiklik kaydının mevcut olduğu sonucuna varılırsa, işçi, işverenin değişiklik kaydına dayanarak verdiği talimatlara uymakla yükümlüdür. Aksi durumda, işçi, iş akdini, olayın ağırlığına göre geçerli veya haklı nedenle feshedilebilir.

İşçi, hukuka uygun talimatlara uymakla yükümlüdür. İşçinin işverenin verdiği hukuka uygun talimatlara uymaması ise çeşitli yaptırımları gündeme getirebilmektedir.

Öncelikle, işverenin işin görülmesine ilişkin verdiği talimatlara uyma borcu bağımsız bir nitelik taşımaz. Bu nedenle, işçinin, işin görülmesine ilişkin talimatlara uymaması, iş görme borcunun ihlali olarak kabul edilmektedir. İşveren, işçilere sadece işin görülmesine ilişkin değil, işyeri düzenine ilişkin talimatlar verme hakkına da sahiptir. İşverenin, işçinin davranışlarına ve işin düzenine yönelik talimatları, iş görme borcu kapsamında değildir. İşçinin, işyerindeki davranışlara ilişkin talimatlara uyma borcu bağımsız bir borç olarak talimatlara uyma borcu içinde yer almaktadır. İşçinin hukuka uygun olan talimatlara uymaması ise, talimatlara uyma borcunun ihlali olarak kabul edilmektedir.

İşçinin hukuka uygun talimatlara uymaması, ücretinin ödenmemesi ve tazminat, disiplin cezası ve iş akdinin feshi gibi sonuçları doğurmaktadır.

Buna karşılık, işçi, hukuka uygun olmayan talimatlara uymakla yükümlü değildir. İşçi, özellikle, işverenin verdiği talimatın konusu suç oluşturuyorsa, bu talimatı yerine getirmemelidir. Zira, konusu suç teşkil eden bir talimata uyan işçinin, bu talimat nedeniyle

cezai ve hukuki sorumluluğu doğabilir. Ayrıca, işçinin, hukuka aykırı bir talimata uyması nedeniyle üçüncü kişiler zarara uğrarsa, işçi, TBK m. 49 uyarınca, meydana gelen zararı gidermekle yükümlüdür. İşveren, işçinin hukuka aykırı talimatlara uymaması nedeniyle iş sözleşmesini feshederse, bu fesih geçersiz, kötü niyetli veya haksız olarak değerlendirilmektedir.

Ancak, işçiler, verilen talimatın işverence arzulanan amaca uygun olup olmadığını denetleme hakkına sahip değildir. Zira, kural olarak, işçiler, hukuka aykırılık sınırına kadar işverenin talimatın uymakla yükümlüdür.

İşçi, hukuka aykırı talimatlara uymakla yükümlü olmamakla birlikte, bazı durumda, verilen talimatın hukuka aykırı olup olmadığını değerlendirmekte zorluk yaşayabilir. Bu bağlamda, işçinin, işverenin verdiği talimatın, hukuka aykırı olup olmadığının belirlenmesi amacıyla, tespit davası açıp açamayacağı sorusunun cevaplanması gereklidir. Tespit davası açılabilmesi için, genel dava şartlarından başka, iki şartın daha bulunması gerekir. Bunlardan ilki, tespit davasının konusunu sadece bir hakkın veya hukuki ilişkinin oluşturması; diğeri ise, davacının tespit davası açmakta hukuki yararının bulunmasıdır. Hukuka uygun bir talimatı yanlış yorumlayarak, bu talimatın yerine getirip getirmemekte tereddütte kalan işçinin, tespit davası açmak için hukuki yararı olduğu kabul edilmeli ve bu davanın açılabilmesi olanaklı görülmelidir.

Öte yandan, hukuka aykırı bir talimatla karşılaşan işçi, iş görmekten kaçınma hakkını kullanabilir. Ancak, işçinin bu yola başvurmaya çok da gerek yoktur. Zira, işçinin talimatlara uyma borcundan söz edebilmek için, öncelikle, ortada hukuka uygun olarak verilmiş bir talimatın bulunması gereklidir. Eğer, işverenin verdiği talimat hukuka uygun değilse, esasen işçinin bir uyma borcu da söz konusu değildir.

İşçinin yaşadığı dini ve vicdani çatışma nedeniyle, işverenin verdiği talimatı yerine getirmekten kaçınma hakkının olup olmadığı ise, doktrindeki baskın görüşe göre “açık bir

beklenmeyen durumun” ortaya çıkıp çıkmadığına göre değerlendirilmelidir. Ancak, bu kriter, her durumda genelgeçer bir çözüm sunmamaktadır. Dolayısıyla, öngörülebilirlik ölçütü dışında, işçiden işini yerine getirip getiremeyeceğinin dürüstlük kurallarına göre beklenebilir olup olmadığı da araştırılmalıdır. İlaveten, işçinin yaşadığı içsel çatışmanın açık, ciddi ve samimi olup olmadığı sorgulanmalıdır. Bu nedenle, işçinin din ve vicdan özgürlüğüyle, işverenin ekonomik menfaatlerinin çatıştığı bu karmaşık sorun, her somut olayın özellikleri gözetilerek değerlendirilmelidir.



KAYNAKÇA

ADOMEIT, Klaus: Das Günstigkeitsprinzip, NJW 1984.

AĞIRBAŞLI, Şennur: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Din ve Vicdan Özgürlüğü, TBB Dergisi, 2012 (101), 83-102.

AKANDJI-KOMBE, Jean-François: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yükümlülükler, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz Kitap, İnsan Hakları El Kitapları, No:7, Belçika 2008, (çev. Heval Çınar ve Abdulcelil Kaya), <https://inhak.adalet.gov.tr>.

AKDENİZ, Ayşe Ledün: İş İlişkilerinde İmkansızlık, İstanbul 2018.

AKI, Erol: İşten Çıkarılan Direnişçi İşçilerin Kısmen İşe Alınmaları- İşyerine İşçi Alımında İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, Sicil, 14, Haziran 2009, 134-142.

AKIN, Levent: Covid-19'un İş İlişkilerine Olası Etkileri, Çimento İşveren Dergisi, C.34, S.3, Mayıs 2020, 16-71. (Covid-19'un Etkileri)

AKIN, Levent: İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat, Ankara 2001. (Maddi Tazminat)

AKIN, Levent: İş Sağlığı ve Güvenliği ve Alt İşverenlik, Ankara 2013. (Alt İşverenlik)

AKIN, Levent: İşçinin Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik ve Fesih Hakkı, Çimento İşveren Dergisi, C.27, S.2, Mart 2013, 38-50. (Esaslı Değişiklik)

AKIN, Levent: İşveren ve Vekillerinin Hukuki, İdari ve Cezai Sorumluluğu, Çimento Sektöründe İş Sağlığı ve Güvenliği Sempozyumu Tebliğler Kitabı, 14-15 Kasım 2008-İzmir 2008, 46-79. (İşveren ve Vekilleri)

AKIN, Levent: İşverenin İşçiyi Gözetme Borcunun İhlali ve Kusurun Takdiri, Sicil, 1, 2006, 149-159. (Kusurun Takdiri)

AKIN, Levent: İşyerlerinde ve İşletmelerde İş Sağlığı ve Güvenliği Hiyerarşisi, Sosyal Güvenlik Dergisi, C.7, S.2, 2017, 9-32. (İş Güvenliği Hiyerarşisi)

- AKIN, Levent:** Yeni Borçlar Kanunu Düzenlemeleri Çerçevesinde Asıl İşverenin Müteselsil Sorumluluğunun Niteliği, AÜHFD, (60) 4, 2011, 733-774. (Müteselsil Sorumluluk)
- AKINTÜRK TÜRKMEN, Hülya:** İşgücüne Yönelik Olarak İşçinin Üçüncü Bir Kişiye Devri: Ödünç İş İlişkisi, Yargıtay Dergisi, Yıl:25, S.1-2, Ocak-Nisan 1999, 130-149.
- AKTAN, Coşkun Can:** Organizasyonlarda İnsan Yönetimi: İnsan Mühendisliği, Organizasyon ve Yönetim Bilimleri Dergisi, C.3, S.2, 2011, 387-406.
- AKYİĞİT, Ercan:** Alt İşverenlik ve Benzeri İlişkilerden Farkı, TÜHİS, C.22, S.4-5, Kasım 2009-Şubat 2010, 1-38. (Alt İşverenlik)
- AKYİĞİT, Ercan:** İş Hukuku Açısından Ödünç İş İlişkisi, Ankara 1995. (Ödünç İş İlişkisi)
- AKYİĞİT, Ercan:** İşveren Vekilinin İş Güvencesi, Kamu-İş, C.7, 2004/4, 1-17. (İşveren Vekili)
- AKYİĞİT, Ercan:** Kamu İşyerlerinde Muvazaalı Alt İşverenlik ve Sonuçları, Sicil, 17, Mart 2010, 138-159. (Kamu İşyerlerinde)
- AKYİĞİT, Ercan:** Kısa Çalışma, TÜHİS, Ağustos-Kasım 2004, 1-35. (Kısa Çalışma)
- AKYİĞİT, Ercan:** Maden İşyerlerinde Çalışma Süreleri ve Fazla Çalışma, TÜHİS, 25, Şubat-Kasım 2014, 21-34. (Maden İşyerleri)
- AKYİĞİT, Ercan:** Telafi Çalışması, TÜHİS, C.19, S.3, Şubat 2005, 1-16. (Telafi Çalışması)
- AKYİĞİT, Ercan:** Teori ve Uygulama Bakımından Hizmet Akdinin Kesin Hükümsüzlüğü ve İptal Edilebilirliği, İstanbul 1990. (Hizmet Akdinin Kesin Hükümsüzlüğü ve İptal Edilebilirliği)
- AKYİĞİT, Ercan:** Ücreti Geciken İşçinin Çalışmaktan Kaçınması, İHSGHD, 5, 2005, 11-26. (Çalışmaktan Kaçınma)
- AKYİĞİT, Ercan:** Yeni Borçlar Kanununda Yıllık Ücretli İzin, Sicil, 21, Mart 2011, 25-41. (Yıllık Ücretli İzin)

- AKYİĞİT, Ercan:** Yeni İş Yasasında Normali Aşan Çalışmalar, TÜHİS, C.19, S.4, Mayıs 2005, 1-26. (Normali Aşan Çalışmalar)
- AKYİĞİT, Ercan:** Yeni Kanunda Sendika Yöneticiliğinin Güvencesi, İHSGHD, 36, 2012, 3-36. (Sendika Yöneticiliğinin Güvencesi)
- AKYOL, Şener:** Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, İstanbul 1995.
- AKYOL, Şener:** Türk Medeni Hukukunda Temsil, İstanbul 2009. (Temsil)
- ALEX, Robert:** Constitutional Rights and Proportionality, Journal for Constitutional Theory and Philosophy Of Law, (22), June 2014, 51-65. (Alex, 2014)
- ALEX, Robert:** Constitutional Rights, Balancing and Rationality, Ratio Juris, Vol.16, No.2, June 2003, 131-140, <https://www.corteidh.or.cr/>. (Alex, 2003)
- ALP, Mustafa:** Avrupa Birliği Temel Sosyal Haklar ve Türk İş Hukuku, DEÜHFD, C.6, S.1, 2004, 1-41. (Sosyal Haklar)
- ALP, Mustafa:** Aynı İl Sınırları İçinde İşyeri Değişikliğinin Esaslı Değişiklik Kabul Edilmesi- Karar İncelemesi, DEÜHFD, Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan, C.21, S.2, 2019, 2113-2127. (İşyeri Değişikliği)
- ALP, Mustafa:** Covid-19 Pandemi Döneminde Telafi Çalışması, İHSGHD, 68, 2020, 1381-1420. (Telafi Çalışması)
- ALP, Mustafa:** Çalışanların İşvereni ve İş Arkadaşlarını İhbar Etmesi- Çalışanın Hukuka ve Etik Kurallara Aykırılıkları İfşa Hakkı ve İhbar Borcu- (Whistleblowing), İstanbul 2013. (Whistleblowing)
- ALP, Mustafa:** Die Unternehmerische Entscheidungsfreiheit Trotz Eines Kündigungsschutzes? Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan, C.II, İstanbul 2001, 995-1045. (Unternehmerische Entscheidungsfreiheit)

ALP, Mustafa: İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi, 2013, İstanbul 2015, 175-258. (Değerlendirme 2013).

ALP, Mustafa: İş Sözleşmesindeki Değişiklik Kayıtlarının İçerik Denetimi, Sicil, 3, Eylül 2006, 37-53. (İçerik Denetimi)

ALP, Mustafa: İş Sözleşmesinin Değiştirilmesi, Ankara 2005.

ALP, Mustafa: İşverene Tek Taraflı Ücret Değişikliği Yetkisi Veren Sözleşme Kayıtlarının Geçerlilik ve Denetim Ölçütleri, İHSGHD, 21, 2009, 12-39. (Ücret Değişikliği)

ALP, Mustafa: Olumsuz İşyeri Uygulaması ile Bir İkramiyenin Kaldırılması- Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ve 22. Hukuk Dairesi- Kararlarının İncelenmesi, DEÜHFD, C.16, Özel Sayı, 2014, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, 3073-3091. (Olumsuz İşyeri Uygulaması)

ALP, Mustafa: Tele Çalışma (Uzaktan Çalışma), Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C.I, İstanbul 2011, 795-851. (Uzaktan Çalışma)

ALP, Mustafa: Yeni Türk Ticaret Kanununa Göre Bölünme, Birleşme ve Tür Değiştirmenin İş İlişkilerine Etkisi, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2012/1, 51-74. (Bölünme)

ALPAGUT, Gülsevil: Belirli ve Kısmi Süreli İş Sözleşmelerinde Ayrım Yasağı ve Oransallık İlkesi, Prof. Dr. Ali Güzel'e Armağan, C.I, İstanbul 2010, 25-44. (Oransallık İlkesi)

ALPAGUT, Gülsevil: Geçici İş İlişkisini Düzenleyen Avrupa Birliği Yönergesinin Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C.I, İstanbul 2011, 353-367. (Geçici İş İlişkisini Düzenleyen AB Yönergesi)

ALPAGUT, Gülsevil: İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi, 2014, Ankara 2012, 1-79. (Alpagut, Değerlendirme 2014)

ALPAGUT, Gülsevil: İş Kanununun 22. Maddesinin Uygulama Alanı- Sözleşme Hükümlerinin Geçerliliği Sorunu ve Yargıtayın Konuya İlişkin Kararları, İHSGHD, 9, 2006, 49-64. (22. Maddenin Uygulama Alanı)

ALPAGUT, Gülsevil: İş Sözleşmesinin Esaslı Şartlarında Değişiklik ve Yargıtayın Konuya İlişkin Bir Kararının Düşündürdükleri, Çimento İşveren Dergisi, Eylül 2004, 52-62. (İş Sözleşmesinde Esaslı Değişiklik)

ALPAGUT, Gülsevil: İşçinin Sadakat Borcu ve Türk Borçlar Kanunu ile Getirilen Düzenlemeler, Sicil, 25, Mart 2012, 23-32. (Sadakat Borcu)

ALPAGUT, Gülsevil: Mesleki Anlamda Geçici İş İlişkisi ve Yargıtayın Konuya İlişkin Bir Kararın Düşündürdükleri, İHSGHD, 10, 2006, 569-584. (Mesleki Anlamda Geçici İş İlişkisi)

ALPAGUT, Gülsevil: Toplu Eylem Hakkı ve Sınırları- Yargıtayın Konuya İlişkin Bir Kararının Düşündürdükleri, İÜHFM, C.74, 2016, 855-879. (Toplu Eylem)

ALPAGUT, Gülsevil: Toplu İş Hukukunda Yararlılık İlkesi ve Esneklik Çerçevesinde Yeni Eğilimler, Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan, II, İstanbul 2001, 1493-1544. (Yararlılık İlkesi)

ALTINTEPE, Ayşen: Türk İş Hukukunda İşverenin Yönetim Hakkı, T.C. İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ocak 2014.

ARICI, Kadir: İşverenin Yönetim Hakkının Muhtevası, Yargıtay Dergisi, C.9, S.1-2, Ocak-Nisan 1983, 160-176.

ARİSTOTELES: Nikomakhos'a Etik (Çev. Furkan Akderin), İstanbul 2019.

ARSLAN ERTÜRK, Arzu: Ayrımcılıkla Mücadele ve Eşitlik Kanunu Tasarı Taslağında Yer Alan Psikolojik Tacize İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi, Sicil, 27, Eylül 2012, 47-55. (Eşitlik Kanunu)

ARSLAN ERTÜRK, Arzu: İş Hukuku Boyutuyla Türkiye'de Psikolojik Taciz (Mobbing) ve Dünyadan Örnekler, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi,

C.20, S.1 (Özel Sayı), İstanbul 2014, Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan, 285-339.

(Psikolojik Taciz)

ARSLAN ERTÜRK, Arzu: İş Sözleşmesinde Şekil, İstanbul 2017. (Şekil)

ARSLAN ERTÜRK, Arzu: Türk İş Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu, İstanbul 2010.

(Sadakat)

ARSLAN ÖNCÜ, Gülay: Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa- Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme, (Editör: Prof. Dr. Sibel İncoğlu), Avrupa Konseyi 2013, 301-332.

ARSLAN, Gülay: Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına Dair Sözleşme (Öngörülen Haklar ve Öngörülen Usuller), İÜHFM, C.LXII, S.1-2, 2004, 3-43. (Haklar ve Usuller)

ARSLAN, Ramazan/ YILMAZ, Ejder/ TAŞPINAR AYVAZ, Sema/ HANAĞASI, Emel: Medeni Usul Hukuku, Ankara 2020.

ARSLAN, Ramazan: Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Ankara 1989. (Dürüstlük)

ARSLAN, Zühtü: Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması: Anayasanın 13.Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler, Anayasa Yargısı Dergisi, C.19, 2002, 139-155. (Anayasanın 13.Maddesi)

ASCHEID, Reiner/ PREIS, Ulrich/ SCHMIDT, Ingrid/ VOSEN, Reinhard: Kündigungsrecht, 6. Auflage 2021.

ASTARLI, Muhittin: Genel Ekonomik Kriz Dönemlerinde İşletme Gerekleri Nedeniyle Fesih ve Kısa Çalışma İlişkisi, Sicil, 17, Mart 2010, 74-88. (İşletme Gerekleri)

ASTARLI, Muhittin: İş Hukukunda Çalışma Süreleri, Ankara 2008. (Çalışma Süreleri)

ASTARLI, Muhittin: İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi, 2015, İstanbul 2017, 211-385. (Değerlendirme 2015)

ASTARLI, Muhittin: İş Sözleşmesinin İşçinin Davranışları Nedeniyle Feshinde İhtar, İHSGHD, 23, 2009, 963-991. (İhtar)

ASTARLI, Muhittin: Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukunda İşyeri Devrinde İşçinin İş İlişkisinin Devralan İşverene Geçişine İtiraz Hakkı, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2013/1, 69-106. (İşyeri Devri)

ASTARLI, Muhittin: Telafi Çalışması, İHSGHD, 7, 2008, 9-34. (Telafi Çalışması)

ASTARLI, Muhittin: Türk İş Hukukunda Geçici İşçi Kavramı, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2002. (Geçici İşçi)

ASTARLI, Muhittin: Üst Düzey Yöneticilerin Çalışma Süreleri ve Fazla Çalışma Ücret Talepleri, Yargı Kararlarına Genel Bir Bakış, Prof. Dr. Tankut Centel'e Armağan, İstanbul 2011. (Üst Düzey Yöneticiler)

ATABEK, Reşat: İş Akdinin Feshi, İstanbul 1938.

ATAKAN, Arda: Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması ve Sınırlamanın Sınırını Oluşturan Ölçütler, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, (yayınlanmamış doktora tezi), İstanbul 2006.

ATAMER, M. Yeşim: Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, İstanbul 1999.

ATEŞ, Derya: Sözleşme Özgürlüğü Yönünden Dürüstlük Kuralları, TBB Dergisi, 72, 2007, 75-93.

AYDEMİR, Murteza: İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İdari Para Cezaları, Ankara 2002. (İdari Para Cezaları)

AYDEMİR, Murteza: Türk İş Hukukunda İşveren, İşveren Vekili ve Alt İşveren Kavramları, 1993. (Kavramlar)

AYDIN, Ufuk/ KÜÇÜK, Doğukan: Kişilik Hakkı Kapsamında İşçinin Sağlığına İlişkin Veriler, Yönetim ve Çalışma Dergisi, 2019/3 (1), 54-79.

AYDIN, Ufuk: 4857 Sayılı Kanun Bakımından İş Sözleşmesindeki Değişiklik Kayıtları, Hukuk Genel Kuruluna Ait Bir Karar İncelemesi, Sicil, 5, Mart 2007, 57-68. (Değişiklik Kayıtları)

AYDIN, Ufuk: 4857 Sayılı Kanun Bakımından İş Sözleşmesindeki Değişiklik Kayıtları, Sicil, 5, Mart 2007, 57-58. (Değişiklik Kayıtları)

AYDIN, Ufuk: Çağrı Üzerine Çalışma ve Uygulama Sorunları, Sicil, 8, Aralık 2007, 41-53. (Çağrı Üzerine Çalışma)

AYDIN, Ufuk: Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklikler ve Değişiklik Feshi, Sicil, 23, Eylül 2011, 22-37. (Esaslı Değişiklik)

AYDIN, Ufuk: İş Hukukunda İşçinin Kişilik Hakları, Eskişehir 2002. (İşçinin Kişilik Hakları)

AYDIN, Ufuk: Kısa Çalışma Uygulaması ve Güncel Gelişmeler, Sicil, 13, MART 2009, 29-40. (Kısa Çalışma)

AYDIN, Ufuk: Tele Çalışma ve Tele Çalışma Çerçeve Avrupa Sözleşmesi, Prof. Dr. Devrim Ulucan’a Armağan, İstanbul 2008, 351-376. (Tele Çalışma)

AYDINLI, İbrahim: İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Tasarısında “Ve/Veya Kanunda Alt İşveren-Başka İşyerinden Çalışmak Üzere Gelen Çalışanlar” Kavramının Anlamı Üzerine Genel Değerlendirme, Sicil, 26, Haziran 2012, 19-23. (Başka İşyerinden Çalışmak Üzere Gelen)

AYDINLI, İbrahim: İşçinin Kişiliğinin Korunmasına Yönelik Düzenlemeler ve Borçlar Kanunu Tasarısının İlgili Maddelerinin Değerlendirilmesi, TÜHİS, C.19, S.6, Kasım 2005, 21-42. (Kişiliğin Korunması)

AYDINLI, İbrahim: İşverenin Sosyal Temas ve İş İlişkisinden Doğan Edimden Bağımsız Koruma Yükümlülükleri ve Sonuçları, Ankara 2004. (Edimden Bağımsız)

AYDINLI, İbrahim: Türk İş Hukukunda Alt İşveren (Taşeron) İlişkisi ve Muvazaa Sorunu, Ankara 2012. (Alt İşveren)

AYVERDİ, İlham: Misalli Büyük Türkçe Sözlük, C.3, (O-Z), İstanbul 2011.

BACHMANN, Ingeborg: Her Şey, Bütün Öyküler, (Çev. Kamuran Şipal), İstanbul 2012.

BAHAR AYKAÇ, Hande: İş Hukukunda Alt İşveren, İstanbul 2011.

BAKIRCI, Kadriye: İstihdamda Cinsiyetler Arası Eşitlik ve Mevzuatta ve Kamusal Politikalarda Yapılması Gereken Değişiklikler, Sicil, 8, Aralık 2007, 22-40. (Eşitlik)

BAKIRCI, Kadriye: Uluslararası Çalışma Örgütünün 190 Sayılı Sözleşmesi ve 206 Sayılı Tavsiye Kararı Işığında İş Yaşamında Şiddet, Taciz, Misilleme ve Ev İçi Şiddet, TBB Dergisi, 151, Kasım-Aralık 2020 (33), 29-60. (Şiddet ve Taciz)

BALKIR, Z. Gönül: İşverenin Yönetim Hakkının Kullanılması ve Etik Sınırlar, Sicil, 12, Aralık 2008, 73-79.

BARLAS, Nami: Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Alman Medeni Kanunundaki Düzenleme Tarzı ve Eleştirisi, İÜHFM, C.LV, S.3, 1997, 191-208.

BARTLETT, T. Katharine: Only Girls Wear Barrettes: Dress and Appearance Standards, Community Norms and Workplace Equality, Michigan Law Review, Vol.92, 2541-2582.

BAŞBUĞ, Aydın: Alt İşveren İşçisi ile Asıl İşveren Arasındaki Borç İlişkisi ve Bu İlişkinin Doğurduğu Hukuki Sonuçlar, Kamu-İş, Ocak 1998, 61-78. (Alt İşveren)

BAŞBUĞ, Aydın: Fer'i İşyeri Olarak Alt İşveren İşyerleri ve Alt İşveren İşçisi İle Kurulan Edimden Bağımsız Borç İlişkisi, Emegın Hukuku Kurultayı (I), Ankara 2006, 125-146. (Fer'i İşyeri)

BAŞBUĞ, Aydın: İşveren Vekilinin İşvereni Dolaylı Temsili ve İş Hukuku Açısından Sonuçları, Kamu-İş, C.7, 2004/3, 1-21. (İşveren Vekili)

BAŞBUĞ, Aydın: İşverenin Yönetim Hakkı ve Çalışma Şartlarında Değişiklik, Ankara 2008.
(Yönetim Hakkı)

BAŞBUĞ, Aydın: Türk İş Hukukunda Disiplin Cezaları, Ankara 1999. (Disiplin Cezaları)

BAŞTERZİ, Süleyman: Avukatla Bağtlanan Sözleşmenin Hukuki Niteliği, İş Sözleşmesinin Vekalet ve Diğer İş Görme Sözleşmelerinden Ayrılması, Sicil, 17, Mart 2010, 175-198.
(Avukatla Bağtlanan Sözleşme)

BAŞTERZİ, Süleyman: Çalışmanın Kesintiye Uğramasının Sosyal Sigorta İlişkisine Etkisi, Ankara 2007. (Kesinti)

BAŞTERZİ, Süleyman: İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi, 2009, Ankara 2011, 1-131. (Değerlendirme 2009)

BAŞTERZİ, Süleyman: Türkiye'de Feshe Karşı Koruma Hukuku Reformunun Sosyal Hukuk ve İstihdam Üzerine Etkileri, AÜHFD, C.54, S.3, 2005, 53-94. (Feshe Karşı Koruma)

BAŞTERZİ, Süleyman: Uluslararası Sözleşmeler ve İç Hukuk Kuralları Çerçevesinde Kamu Görevlilerinin Toplu Pazarlık Sorunu, TİSK Akademi, 2006/II, 14-49. (Uluslararası Sözleşmeler)

BAUER, Jobst-Hubertus/ HERZBERG, Dana: Arbeitsrechtliche Probleme in Konzernen mit Matrixstrukturen, NZA 2011, 713.

BAYBORA, Dilek: Yargı Kararları ile Sosyal Medyada Konuşmanın İş Sözleşmesine Etkisi, İHSGHD, 56, 2017, 1705-1740.

BAYCIK, Gaye: Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliğine İlişkin Haklarında Yeni Düzenlemeler, Ankara Barosu Dergisi, 3, 2013, 103-170. (Çalışanların Hakları)

BAYCIK, Gaye: Çalışma Sürelerinde Güvenceli Esneklik Uygulamaları, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan, C. 20, S.1, 2014, 223-262. (Çalışma Süreleri)

BAYCIK, Gaye: İş Hukukunda Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2011. (Yenilik Doğuran Haklar)

BAYCIK, Gaye: İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi, 2016, İstanbul 2018, 7-357. (Değerlendirme 2016)

BAYCIK, Gaye: İşverenin Nakil Yetkisinin Kullanım Denetimi, AÜHFD, C.61, S.2, 2012, 487-504. (Nakil Yetkisi)

BAYCIK, Gaye: İşverenin Tespitinde Organik Bağ ve Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, Yargıtay Kararları Işığında İnşaat Sektöründe İş Hukuku Uygulamaları Semineri, 29.09.2018, INTES, (Editör: Prof. Dr. Levent Akın), Ankara 2019, 46-52. (İşverenin Tespiti)

BAYCIK, Gaye: Rödövens Sözleşmesinin Hukuki Niteliği ve Tarafların İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülükleri, Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C.II, İstanbul 2011, 1895-1956. (Rödövens Sözleşmesi)

BAYCIK, Gaye: Türk-İsviçre Hukukunda İşçinin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2015. (İşçinin Hukuki Sorumluluğu)

BAYER, Walter: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 5. Auflage, 2019. (MüKoAktG/Bayer)

BAYRAK, Sabahat: Yönetimde Bir İhmal Konusu Olarak Güç ve Güç Yönetimi I, Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C.5, S.2, 2000, 21-34.

BAYRAM, Fuat: İşverenin Fesih Hakkı Açısından İşçinin İşyerinde Özel Amaçlarla İnternet Kullanımı (Sanal Kaytarma- Cyberloafing), Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.20, S.1, 2014, Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan, 163-176.(Özel Amaçlı İnternet)

BAYRAM, Fuat: Türk İş Hukuku Açısından İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing), İHSGHD, 14, 2007, 552-574. (Psikolojik Taciz)

BAYRAM, Fuat: Türk İş Hukukunda İşverenin, İşçinin Kişilik Hakkını Koruma Borcu, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi (yayınlanmamış doktora tezi), 2003. (Kişilik Hakkı)

BAYREUTHER, Frank/ DEINERT, Olaf: Der Einbezug arbeitnehmerloser Betriebe in Gemeinsame Einrichtungen der Tarifvertragsparteien, RdA 2015, 129.

BAYSAL, Ulaş: İş Sözleşmesinin Süreli Feshinde İşçinin Yeterliliğine İlişkin Geçerli Sebepler, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, Ankara 2011. (Geçerli Sebepler)

BAYSAL, Ulaş: İşverenin Eşit Davranma Borcu ve İş Sözleşmesinin Feshinde Uygulanması, İHSGHD, 25, 2010, 60-100. (Eşit Davranma)

BAYSAL, Ulaş: Türk ve Alman Hukukunda Çağrı Üzerine Çalışma, TÜHİS, Şubat-Mayıs 2012, 86-102. (Çağrı Üzerine Çalışma)

BEDÜK, Mehmet Nusret: İşçinin Kılık Kıyafetinin İş İlişkisine Etkisi, İHSGHD, 64, 2019, 1369-1409.

BELLING, W. Detlev/ HEROLD, Antje/ KNEIS, Marek: Die Wirkung der Grundrechte und Grundfreiheiten zwischen Privaten, Rechtsentwicklungen aus europäischer Perspektive im 21.Jahrhundert, 2014, 53-111, <https://publishup.uni-potsdam.de/opus4-ubp/frontdoor/index/index/year/2015/docId/7455>.

BELLING, W. Detlev/ İNCE, Nurten: Türk-Alman Hukukunda Temel Hakların Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi, Legal Hukuk Dergisi, C.12, S.137, 2014, 3-59.

BENKERT, Daniel: BAG ändert Rechtsprechung zur Befolgung unbilliger Weisungen, NJW-spezial 2017, 690.

BERTELSMANN STIFTUNG, 09.06.2015, Umfrage: “Digitalisierung-Hierarchien in Unternehmen Verlieren an Bedeutung”, <https://www.bertelsmann-stiftung.de/de/themen/aktuelle-meldungen/2015/juni/digitalisierung-hierarchien-in-unternehmen-verlieren-an-bedeutung>.

BITSCH, Christian: Die gespaltene Persönlichkeit im Arbeitsrecht- Überlegung zum Begriff des “Leitenden Angestellten” im Matrixstrukturen, NZA 2018, 696.

BİRBEN, Erhan: Yargı Kararları Işığında Toplu Eylem Hakkı Bakımından Ölçülülük Denetimi, İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar II, (Editörler: Prof. Dr. Kübra Doğan Yenisey ve Dr. Öğr. Üyesi Seda Ergüneş Emrağ), İstanbul 2018, 1-30. (Ölçülülük Denetimi)

BİRBEN, Fatih: İşçinin Özel Yaşamı Sebebiyle İş Sözleşmesinin Feshi, İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar II, (Editör: Prof. Dr. Tankut Centel), İstanbul 2016, 135-170. (Özel Yaşam)

BORGMANN, Bernd/ FAAS, Thomas: Das Weisungsrecht zur Betrieblichen Ordnung Nach § 106 S.2, GewO, NZA 2004, 241.

BOYACIOĞLU, Cumhur: Konzern Kavramı, Ankara 2006.

BOYAR, Oya: Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı Yatay Etki, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa- Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme, (Editör: Prof. Dr. Sibel İncoğlu), Avrupa Konseyi 2013, 53-80. (Dolaylı Yatay Etki)

BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, Yeliz: Covid-19 Pandemi Döneminde Home-Office Uygulamasına İlişkin Türk ve Alman Hukukunda Mukayeseli Bir Değerlendirme, Koronavirüs Döneminde Güncel Hukuki Meseleler Sempozyumu, 29-30 Mayıs 2020, Bildiri Tam Metni Kitabı, 2020, 145-207, <https://hdl.handle.net/20.500.12154/1229>. (Home-Office)

BOZKURT GÜMRÜKÇÜOĞLU, Yeliz: İş İlişkisinde İşçinin Kişisel Verilerinin Korunmasına İlişkin Sorunlar ve Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar, Editörler: Prof. Dr. Kübra Doğan Yenisey ve Arş. Gör. Seda Ergüneş Emrağ), İstanbul 2017, 19-102. (Kişisel Veriler)

- BÖKER, Alexander:** Das Weisungsrecht des Arbeitgebers, Frankfurt am Main 1971.
- BÖTTICHER, Eduard:** Gestaltungsrecht und Unterwerfung im Privatrecht, Berlin 1964.
- BRONOWICKA, Joanna/ IVANOVA, Mirela/ KLIICKI, Wojciech/ KING, Sean/ KOCHER, Eva/ KUBISA, Julia/ ZIELINSKA, Justyna:** Game That You Can't Win? Workplace Surveillance In Germany and Poland, European University Viadrina, March 2020, 4-41.
- BROSE, Wiebke/ GREINER, Stefan/ PREIS, Ulrich:** Kleidung im Arbeitsverhältnis Persönlichkeitsrechtliche Schranken arbeitsrechtlicher Regelungen, NZA 2011, 369.
- BRUNHÖBER, Hanna:** Das Weisungsrecht im Arbeitsverhältnis, Berlin 2006.
- CANARIS, Claus-Wilhelm:** Grundrechte und Privatrecht- Archiv für die civilistische Praxis, (AcP), Heft 3, 1984, 201-246, <https://www.jstor.org/stable/40995213>.
- CANBOLAT, Talat/ KAYIRGAN, Hasan:** Koronavirüs Salgınının İş Sözleşmesi İle İşçi İşveren İlişkilerine Etkisi ve Sonuçları, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ceren Damar Şenel Armağanı, C.5, S.1-1, Nisan-Mayıs 2020, 637-688.
- CANBOLAT, Talat:** Türk İş Hukukunda Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkileri, İstanbul 1992. (Alt İşveren)
- CANİKLİOĞLU, Nurşen:** 4857 Sayılı İş Kanuna Göre Kısa Çalışma ve Kısa Çalışma Ödeneği, A. Can Tuncay'a Armağan, İstanbul 2005, 499-547. (Kısa Çalışma)
- CANİKLİOĞLU, Nurşen:** 4857 Sayılı İş Kanununun Çalışma Sürelerine İlişkin Düzenlemeleri, III. Yılında İş Yasası (Seminer Notları), Türkiye Toprak Seramik Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası, Bodrum, 21-25 Eylül 2005, 149-200. (Çalışma Süreleri)
- CANİKLİOĞLU, Nurşen:** Geçici (Ödünç) İş İlişkisinin Taraflar Açısından Hukuki Sonuçları, Legal Vefa Toplantıları II, Prof. Dr. Nuri Çelik'e Saygı, İstanbul, 2008, 121-158. (Geçici İş İlişkisi)

CANIKLIOĞLU, Nurşen: İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi, 2017, İstanbul 2019, 185-368. (Değerlendirme 2017)

CANIKLIOĞLU, Nurşen: İş Sağlığı ve Güvenliği Alanında Sorunlar ve Gelişmeler- Yorum, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Akademik Forumu, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası, İstanbul 2014, 532-543. (Yorum)

CANIKLIOĞLU, Nurşen: İşçinin Çalışma Koşullarında Tek Taraflı Değişiklik Sözleşmeyi İşverenin Feshetmiş Sayılacağı, Sicil, 18, Haziran 2010, 104-113. (Tek Taraflı Değişiklik)

CANIKLIOĞLU, Nurşen: İşçinin Yıllık Ücretli İzin Talep Hakkı ve İznin Kullandırılmamasının Sonuçları, Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan, C. II, İstanbul 2001, 1144-1174. (Yıllık Ücretli İzin)

CENGİZ, İftar: İş Sözleşmesinin İradi Devri, Ankara 2014.

CENTEL, Tankut: Türk Borçlar Kanununda Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması, Sicil, 24, Aralık 2011, 13-19. (Kişiliğin Korunması)

CENTEL, Tankut: Türk Borçlar Kanununda İşverenin Ücret Borcu, Sicil, 23, Eylül 2011, 5-14. (Ücret)

CHEREDNYCHENKO, Olha: The Constitutionalization Of Contract Law: Something New Under The Sun? Electronic Journal Of Comparative Law, Vol.8, No.1, March 2004, 1-17, <https://www.ejcl.org/81/art81-3.PDF>.

CHROUST, Anton-Hermann/ OSBORN, L. David: Aristotle's Conception Of Justice, Notre Dame Law Review, Vol. 17, Issue 2, Rev. 129, 1942, 129-143, <http://schlorschip.law.nd.edu/ndlr/vol17/iss2/2>.

CHROUST, Anton-Hermann: Aristotle's Conception Of Equity (Epieikeia), Notre Dame Law Review, Vol. 18, Article 3, Issue 2, Rev. 119, 1942, 119-128, <http://schlorschip.law.nd.edu/ndlr/vol18/iss2/3>.

CİVAN, Orhan Ersun: Genel İş Koşulları, İstanbul 2015. (Genel İş Koşulları)

CİVAN, Orhan Ersun: Genel İş Koşullarında Değişiklik Kayıtlarının Geçerliliği ve Denetimi, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.15, S.1, Ocak 2016, Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, C.I, 781-823. (Değişiklik Kayıtları)

CİVAN, Orhan Ersun: İş Hukukunda Uzaktan Çalışma (Evden Çalışma/Tele Çalışma), İHSGHD, 26, 2010, 527-574. (Uzaktan Çalışma)

CİVAN, Orhan Ersun: Meslek Edinilmiş Ödünç (Geçici) İş İlişkisi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2008. (Meslek Edinilmiş)

CİVAN, Orhan Ersun: Yeni Düzenlemeler Çerçevesinde Meslek Edinilmiş Ödünç (Geçici) İş İlişkisi, AÜHFD, C.66, S.2, 311-398. (Ödünç İş İlişkisi)

COLLINS, Hugh/ MANTOUVALOU, Virginia: Redfearn v. UK: Political Association and Dismissal, The Modern Law Review, Vol. 75, No:5, September 2013, 909-923, <https://www.jstor.org/stable/24029743>.

CONZE, Peter/ KARB, Svenja/ WÖLK, Wolfgang/ REIDAL, Alexandra-Isabel: Personalbuch Arbeits-und Tarifrecht öffentlicher Dienst, 6. Auflage 2020.

CRANFORD, Michael: Drug Testing and The Right To Privacy: Arguing The Ethics Of Workplace Drug Testing, Journal Of Business Ethics, Vol.17, No.16, December 1998, 1805-1815, <https://www.jstor.org/stable/25074019>.

ÇAĞLAR, Selda: Anayasa Mahkemesi Kararlarında Eşitliğin Dar Yorumu, Ankara Barosu Dergisi, 2012/3, 43-86.

ÇAMOĞLU, Ersin: Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu (Kamu Borçlarından Sorumluluk İle), İstanbul 2010.

ÇANKAYA, Osman Güven/ ÇİL, Şahin: İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Ankara 2011.

ÇELEBİ DEMİR, Duygu: Meslek Edinilmiş Geçici İş İlişkisi, Ankara 2009.

ÇELİK, Nuri/ CANIKLIOĞLU, Nurşen/ CANBOLAT, Talat: İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2020.

ÇELİK, Nuri: İş Hukukunda Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Önemli Bazı Sorunları, Sicil, 17, Mart 2010, 5-16. (Alt İşveren)

ÇELİK, Nuri: İşveren, İşveren Vekili, Alt İşveren ve Bunlarla İlgili Hukuki Sorunlar, İş Hukukunun Güncel Sorunları Semineri, 9-12 Aralık 1997, Abant-Bolu, 147-202. (Hukuki Sorunlar)

ÇENBERCİ, Mustafa: İş Kanunu Şerhi, Ankara 1986.

ÇETİN, Evra: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 8-11.Maddeleri Bağlamında Çalışanların Hakları, İstanbul 2015. (Çalışanların Hakları)

ÇİL, Şahin: 4857 Sayılı İş Kanununa Göre Fazla Çalışma ve Fazla Sürelerle Çalışma, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2007/3, 57-80. (Fazla Çalışma)

ÇİL, Şahin: Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi, İş Hukukunda Üçlü İlişkiler Sempzoyumu, 4 Nisan 2009, Kadir Has Üniversitesi, İstanbul 2009, 4-60. (Asıl İşveren-Alt İşveren)

ÇİL, Şahin: Koronavirüs Salgınının İş Hukukuna Etkileri, Ankara 2020. (Koronavirüs)

ÇÖL, Meltem: Aşılamanın Önemi ve Aşı Karşıtlığı, <https://hastane.ankara.edu.tr/2020/03/05/asilamanin-onemi-ve-asi-karsitligi>

DAVIDOV, Guy: Who Is A Worker? Industrial Law Journal, Vol. 34, No.1, March 2005, 57-71.

DEMİR, Fevzi/ DEMİR, Gönenç: İşçinin Sadakat Borcu ve Uygulaması, Kamu-İş, C.11, S.1, 2009, 1-37.

DEMİR, Fevzi: Ücretin Düşürülmesinin İş Şartı Haline Gelmesi, Sicil, 13, Mart 2009, 93-99. (Ücretin Düşürülmesi)

DEMİRCİOĞLU, A. Murat/ KAPLAN, Hasan Ali: Sorularla İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, İstanbul 2016.

DERELİ, Toker: Geçici İş İlişkisinin Özel İstihdam Büroları Aracılığıyla Kurulmasına İlişkin Yeni Düzenlemeler, Sicil, 25, Mart 2012, 10-14.

DOĞAN YENİSEY, Kübra: Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyeliği ve İş Sözleşmesi, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan'a Armağan, C.I, İstanbul 2016, 313-336. (Yönetim Kurulu Üyeliği)

DOĞAN YENİSEY, Kübra: Çalışma Koşullarında Değişiklik ve İş Sözleşmesinin Feshi, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2010/3, 93-115. (Çalışma Koşulları)

DOĞAN YENİSEY, Kübra: Eşit Davranma İlkesinin Uygulanmasında Metodoloji ve Orantılilik, İHSGHD, 7, 2005, 973-1003. (Metodoloji)

DOĞAN YENİSEY, Kübra: İş Hukukunda İşyeri ve İşletme – Alman ve Fransız Hukuklarıyla Karşılaştırmalı Bir İnceleme- İstanbul 2007. (İşyeri ve İşletme)

DOĞAN YENİSEY, Kübra: İş Hukukunun Emredici Yapısı, İstanbul 2014. (İş Hukukunun Emredici Yapısı)

DOĞAN YENİSEY, Kübra: İş İlişkisinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi, 2016, İstanbul 2018, 387-563. (Değerlendirme 2016)

DOĞAN YENİSEY, Kübra: İş Kanununda Eşitlik ilkesi ve Ayrımcılık Yasağı, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2006/4, 63-82. (Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı)

DOĞAN YENİSEY, Kübra: İşverene Hizmet Akdinde Tek Taraflı Değişiklik Yapma Yetkisi Veren Sözleşme Hükümlerinin Denetimi, Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan, C.II, İstanbul 2001, 1175-1198. (Tek Taraflı Değişiklik)

DOĞAN YENİSEY, Kübra: İşverenin Sözleşmenin Feshinde Eşit Davranma Borcuna İlişkin İki Yargıtay Kararının Düşündürdükleri, Sicil, 2, 2006, 60-65. (Sözleşmenin Feshinde Eşit Davranma)

DOĞAN YENİSEY, Kübra: Kadın-Erkek Eşitliği Bakımından Türk İş Hukukunun Avrupa Birliği Hukuku İle Olası Uyum Sorunları, Kamu-İş, C.6, 2002/4, Yargıç Aydın Özkul’a Armağan, 31-72. (Olası Uyum Sorunları)

DOĞAN YENİSEY, Kübra: Türk Borçlar Kanununun “Genel Hizmet Sözleşmesi”ne İlişkin Hükümleri ve İş Hukuku Açısından Önemi, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Akademik Forumu, Türkiye Toprak İşverenleri Sendikası, İstanbul 2014, 78-110. (Genel Hizmet Sözleşmesi)

DOĞAN YENİSEY, Kübra: Yeni Bir Tasarı Işığında Mesleki Faaliyet Olarak Geçici İş İlişkisi ve Geçici İş İlişkisi, Prof. Dr. Turhan Esener Armağanı - I. İş Hukuku Uluslararası Kongresi, (Editörler: Doç. Dr. Yeliz Bozkurt Gümrükçüoğlu ve Dr. Ender Demir), 2016, 133-171. (Geçici İş İlişkisi)

DOĞAN, Binali: Yönetim ve Örgüt Kuramlarının Tasnifinde Modern ve Post Modern Ayrımı, Marmara Üniversitesi İİBF Dergisi, C.XXIII, S.2, 2007, 185-201. (Yönetim)

DOĞAN, Sevil: İş Hukukunda İşçinin Ara Dinlenmesi, Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.26, S.2, 2020, 1179-1202. (Ara Dinlenmesi)

DOĞAN, Sevil: İş Sözleşmesinde Bağımlılık Unsuru, Ankara 2016. (Bağımlılık)

DOĞRU, Derya: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargılamasında Takdir Marjı Doktrini, Ankara, 2019.

DULAY YANGIN, Dilek: 6715 Sayılı Yasanın Uzaktan Çalışmaya İlişkin Hükümleri ve Değerlendirilmesi, Sicil, 36, Ocak 2016, 148-171. (Uzaktan Çalışma)

DULAY YANGIN, Dilek: İşyerinde Dini Sembollerin Kullanımı (Karar İncelemesi), Çalışma ve Toplum Dergisi, 2019/3, 2049-2074. (Dini Semboller)

DULAY, Dilek: Karar İncelemesi: İşverenin Gözetim Borcunun Kapsamına İşçinin Ahlaki Değerlerinin Korunmasının Gireceğini Öngören Bir Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2016/1, 263-274. (Ahlaki Değerler)

- DULAY, Dilek:** Türk İş Hukukunda Evde Çalışma, Ankara 2016. (Evde Çalışma)
- DURAL, Mustafa/ SARI, Suat:** Türk Özel Hukuku-Cilt:1 (Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri), İstanbul 2016.
- DURSUN ATEŞ, Sevgi:** İşverenin Yönetim Hakkı, Ankara 2019.
- EDİS, Seyfullah:** Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara 1993.
- EEKELS, Willem:** Holacracy: The Right Response to Modern-Dat Industries? A Conceptual Framework, Tilburg University, Tilburg School of Humanities, December 2018, www.arno.uvt.nl/show.cgi?fid=147724.
- EKMEKÇİ, Ömer:** 4857 Sayılı İş Kanununda Telif Çalışması Kavramı, Koşulları ve Hükümleri, Çimento İşveren Dergisi, 19 (6), Kasım 2005, 30-39. (Telif Çalışması)
- EKMEKÇİ, Ömer:** 4857 sayılı Kanunda Geçici (Ödünç) İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve Sona Ermesi, İHSGHD, 2, 2004, 367-400. (Kurulma-Sona Erme)
- EKMEKÇİ, Ömer:** Asıl İşveren Alt İşveren İlişkisinde İSG Uygulamaları, Çimento Sektöründe İş Sağlığı ve Güvenliği Sempozyumu Tebliğler Kitabı, 14-15 Kasım 2008-İzmir Hilton Oteli, 2008, 18-27. (Alt İşveren)
- EKMEKÇİ, Ömer:** Geçici (Ödünç) İş İlişkisinin Kurulması ve Sona Ermesi, Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Legal Vefa Toplantıları-II, Prof. Dr. Nuri Çelik'e Saygı, Mart 2008, 100-119. (Geçici İş İlişkisi)
- EKONOMİ, Münir:** 4857 Sayılı İş Kanuna Göre Fazla Çalışma Kavramı, Yargıç Resul Arslanköylü'ye Armağan, Kamu-İş, C.7, 2004/3, 159-172. (Fazla Çalışma)
- EKONOMİ, Münir:** Ara Dinlenmesine İlişkin İş Kanununda Öngörülen Süreler ve Yargıtay Kararları, İHSGHD, 42, 2014, 19-40. (Ara Dinlenmesi)
- EKONOMİ, Münir:** Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Kurulması ve Sona Ermesi, Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Legal Vefa Toplantıları-II, Prof. Dr. Nuri Çelik'e Saygı, Mart 2008, 21-52. (Alt İşveren)

EKONOMİ, Münir: İş Hukuku, İstanbul 1984.

EKONOMİ, Münir: Mesleki Faaliyet Olarak Geçici (Ödünç) İş İlişkisi, Prof. Dr. Devrim Ulucan'a Armağan, İstanbul 2008. (231-266). (Geçici İş İlişkisi)

EKONOMİ, Münir: Telafi Çalışması, İHSGHD, 4, 2004, 1248-1260. (Telafi Çalışması)

ELBİR, Nazlı: Kişiliğin Korunması Bağlamında İşçiye Ait Kişisel Verilerin Korunması, Ankara 2002. (Kişisel Verilerin Korunması)

ELBİR, Nazlı: Türk ve Fransız Hukuklarında Disiplin Cezaları, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, (yayınlanmamış yüksek lisans tezi), Ankara 2010. (Disiplin Cezaları)

EMMERICH, Volker/ HABERSACK, Mathias: Aktien-und GmbH-Konzernrecht, 9. Auflage, 2019.

ENGİN, E. Murat: Denkleştirme Esası Uygulamasında Çalışma ve Dinlenme Sürelerine İlişkin Emredici Hükümler, Sicil, 5, Mart 2007, 69-75. (Denkleştirme)

ENGİN, E. Murat: İşgücünün Temsili ve İşyerinde Sosyal Diyalog, İstanbul 2012 (İşgücünün Temsili)

ENGİN, E. Murat: Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşveren, İstanbul 1993.

ENGİN, E. Murat: Ücretlerin Düşürülmesi Amacıyla Fasılalı Çalışma Uygulaması ve Değişiklik Sözleşmesi, Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C.I, İstanbul 2011, 873-906. (Değişiklik Sözleşmesi)

ENGİN, Murat: Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinde Birlikte Sorumluluğun Kapsamı, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2008 Yılı 12. Toplantısı, İstanbul 2009, 14-40. (Alt İşveren)

ENGİN, Murat: Çalışma Koşullarında Esaslı Değişiklik ve Yeni İş Kanunu Tasarısı, İÜHFİM, C.LXI, S.1-2, 2003, 313-326. (Çalışma Koşulları)

- ENGİN, Murat:** İnsan Haklarına İlişkin Uluslararası Hukuk ve Türk Hukuku, Anayasa m.90 Son Cümle Hükmü ve Toplu Eylemler Üzerine, Sosyal Güvenlik Dünyası, 9, 2015, 9-36. (m.90/son Hükmü)
- ENGİN, Murat:** İş Sözleşmesinin İşletme Gerekleri ile Feshi, İstanbul 2003. (İşletme Gerekleri)
- ENGİN, Murat:** İşverenin İşin Görülmesini İsteme Hakkını Devri: Ödünç İş İlişkisi, İş Hukuku Dergisi, C.1, S.3, Temmuz-Eylül 1991, 335-354. (Ödünç İş İlişkisi)
- ENGİN, Murat:** Kısa Çalışmanın Hukuki Niteliği ve Koşulları, Toprak İşveren, Aralık 2018, 4-9. (Kısa Çalışma)
- ENGİN, Murat:** Yeni İş Kanunu Tasarısı ve İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı, DEÜHFD, S.1, 2003, 77-94. (Kaçınma Hakkı)
- ENGLE, Eric:** Third Party Effect Of Fundamental Rights (Drittwirkung), Hanse Law Review (HanseLR), Vol.5, No.2, 2009, 165-173, <http://ssrn.com/abstract=1481552>.
- ERBAŞ, Cevat Gökhan:** Türk ve Alman Hukukunda İşçinin Yönetime Katılması, Ankara 2013.
- ERDEM, Jülide Gül:** Ölçülülük İlkesinin İdarenin Takdir Yetkisinin Kullanılmasındaki Yeri, AÜHFD, 62(4), 2013, 971-1005.
- ERDEMİR, Makbule Aymelek:** İşverenin Yönetim Hakkı ve Sınırları, Ankara 2015.
- EREN, Fikret:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2009.
- ERGİN, Hediye:** Almanya’da “Genel Eşit Davranma Yasası”nın İş Hukukuna İlişkin Hükümleri, İHSGHD, 14, 2007, 635-664. (Eşit Davranma Yasası)
- ERGİN, Hediye:** İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing), Prof. Dr. Ali Güzel’e Armağan I, İstanbul 2010, 245-265. (Mobbing)

ERGİN, Hediye: İşyerinde Sigara İçme Yasağını İhlal Eden İşçinin İş Sözleşmesinin Feshi- Yargıtay 9. HD'nin 11.10.2010 Tarihli Kararının İncelenmesi- Sicil, 25, Mart 2012, 106-112. (Sigara İçme Yasağı)

ERGÜL, Ozan: Temel Hak ve Özgürlüklerin Yatay Etkisi Karşısında Çalışanı Ücreti Gizli Tutmakla Yükümlü Kılmanın Hukuksal Temelsizliği Üzerine, Prof. Dr. Erdal Onar Armağanı, 433-488.

ERGÜNEŞ EMRAĞ, Seda: 4857 Sayılı İş Kanununun Değişik 14.Maddesi Işığında Tele Çalışma, İHSGHD, 51, 2016, 1413-1443.

ERKANLI BAŞBÜYÜK, Betül: İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı, Ankara 2020.

ERTAŞ, Kudret: Türk Hukukunda İşçinin Sadakat Borcu, Ankara 1982.

ERTÜRK, Şükran/ GÜRSEL, İlke: İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C.I, İstanbul 2011, 425-458.

ERTÜRK, Şükran: İş Arkadaşlarının Baskısı Sonucu İş Sözleşmesi Feshedilen İşçinin Talep Hakları ve Hukuki Dayanakları, Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce'ye Armağan, İzmir 2001, 59-78. (Baskı Fesih)

ERTÜRK, Şükran: İş İlişkisinde Temel Haklar, Ankara 2002. (Temel Haklar)

ERTÜRK, Şükran: İşçinin İş Sözleşmesinin İşveren Tarafından Hastalık ve Özellikle AIDS Hastalığı Sebebiyle Feshedilmesi ve Sonuçları, DEÜHFD, C.4, S.2, 2002, 1-26. (Hastalık)

ESENER, Turhan: İş Hukuku, C.I, Ankara 1978.

EUFINGER, Alexander: Weisungen des Arbeitgebers mit gesetzeswidrigem Inhalt, RdA 2018, 224.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, Guide on Article 14 Of The European Convention On Human Rights and On Article 1 Of Protocol No:12 To The Convention- Prohibition Of Discrimination, 31.08.2020, Council of Europe, 2020, 1-64,

https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_14_Art_1_Protocol_12_ENG.pdf. (ECHR, Guide on Article 14)

EYRENCİ, Öner/ TAŞKENT, Savaş/ ULUCAN, Devrim/ BASKAN, Esra: İş Hukuku, İstanbul 2020.

EYRENCİ, Öner: 4857 Sayılı İş Kanunu ile Getirilen Yeni Düzenlemeler, Genel Bir Değerlendirme, İHSGHD, 1, Ocak-Mart 2004, 15-56. (Yeni Düzenlemeler)

EYRENCİ, Öner: 4857 Sayılı İş Kanununda Telafi Çalışmalar, DEÜHFD, Prof. Dr. Ünal Narmanlıoğlu'na Armağan, Özel Sayı, 2007, 31-42. (Telafi Çalışmalar)

EYRENCİ, Öner: İş Hukuku Açısından Uluslararası Hukuk-Ulusal Hukuk İlişkisi ve Yargı Kararları, İÜHFM, C.LXXIV, C.I, Özel Sayı, 2016, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan'a Armağan, 381-397. (Yargı Kararları)

EYRENCİ, Öner: Toplu İş İlişkileri, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi, 2017, İstanbul 2019, 399-461. (Değerlendirme 2017)

FENDOĞLU, Hasan Tahsin: 2001 Anayasa Değişikliği Bağlamında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması, AY m.13, Anayasa Yargısı Dergisi, C.19, 2002, 111-149.

FISCHINGER, S. Philipp: "Mobbing": The German Law Of Bullying, Comparative Labour Law&Policy Journal, Vol. 32, 153, 2010, 153-184, <https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php>.

FISCHINGER, S. Philipp: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 1: Individualarbeitsrecht I, 4. Auflage 2018. (MHdB ArbR/Fischinger)

FİŞEK, Kurthan: Yönetim, Ankara 2011.

FLISS, Michael: Die Örtliche Versetzung Neue Regeln Seit dem 11.4.2006? NZA-RR 2008, 225.

FORD, Michael: Two Conceptions Of Worker Privacy, Industrial Law Journal, Vol.31, No.2, June 2002, 135-155.

FORST, Gerrit: Betriebsverfassungsgesetz, Beck'sche Kommentare zum Arbeitsrecht, 16. Auflage 2018. (Richardi BetrVG/Forst BetrVG)

FORST, Gerrit: Null-Stunden Verträge, NZA 2014, 998-1002.

FRANZEN, Martin: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 21. Auflage 2021. (ErfK/Franzen)

FREDMAN, Sandra: Equality: A New Generation? Acta Juridica, 2001, 214-240, <http://heinonline.org/HOL>.

FRITZ, Hans-Joachim: Anmerkung von Rechtsanwalt Dr.Hans-Joachim Fritz, Entscheidungen: BeckRS 2017, 142119. (Anmerkung)

FRITZ, Hans-Joachim: Die Führungskraft in der Matrixorganisation, NZA-Beilage 2018, 98. (NZA 2018)

FUHLROTT, Michael: Die rechtliche Stellung leitender Angestellter, ArbRAktuell, 2011, 55.

GAMILLSCHEG, Franz: Die Grundrechte im Arbeitsrecht, Archiv für die civilistische Praxis, Heft 5/6, 1964, 385-445, <https://www.jstor.org/stable/40994165>.

GAST, Wolfgang: Arbeitsvertrag und Direktion (Zweiseitige Leistungsbestimmung im Arbeitsverhältnis, Berlin 1978.

GAUL, Dieter: Wechselbeziehungen zwischen Direktionsrecht und Sozialauswahl, NZA 1992, 673.

GEISER, Thomas: Arbeitsverhältnisse im Konzern, 1-29, <https://www.alexandria.unisg.ch/58399/1/Arbeitsverh%C3%A4ltnisseimKonzern.pdf>.

GEMALMAZ, H. Burak: Çalışanların İnternet İletişiminin İşverence İzlenmesi Özel Yaşam Hakkına Aykırı Mıdır? AİHM Büyük Dairesinin 5 Eylül 2017 Tarihli Barbulescu Kararı, <https://blog.lexpera.com.tr/calisanlarin-internet-iletisiminin-isverence-izlenmesi-ozel-yasam-hakkina-aykiri-midir-aihm-buyuk-dairenin-05-eylul-2017-tarihli-barbulescu-karari/>

GERARDS, Janneke: How To Improve The Necessity Test Of The European Court Of Human Rights, Internatioanl Journal Of Constitutional Law, Vol.11, No.2, 2013, 466-490. (The Necessity Test)

GERARDS, Janneke: The Discrimination Grounds Of Article 14 Of The European Convention On Human Rights, Human Rights Law Review, February 13:1, 2013, 99-124, <https://corteidh.or.cr/tablas/r30700.pdf>.

GONDWE, Mimmy: The Protection Of Privacy In The Workplace: A Comparative Study, December 2011.

GÖKTAŞ, Seracettin/ ÇİL, Şahin: Açıklamalı-İçtihatlı Basın İş Kanunu, Ankara 2003.

GÖKTAŞ, Seracettin: İşveren Vekilinin İş Güvencesi, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2009/1, 61-73. (İşveren Vekili)

GÖKTAŞ, Seracettin: Türk İş Hukukunda İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı, Ankara 2008. (Çalışmaktan Kaçınma Hakkı)

GÖKTÜRK, Kürşat: Şirketler Topluluğunda Sorumluluk Esasları (Anonim Şirketlerden Oluşan Topluluklar Bakımından), Ankara 2015.

GÖREN, Zafer: Temel Hak Genel Teorisi, İzmir 2000. (Temel Hak Genel Teorisi)

GÖREN, Zafer: Temel Hakların Özel Hukuk Düzenine Etkisi- Temel Hakların Yatay (Üçüncü Kişilere) Etkisi, Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu I'den (Ayrı Bası), 11 Mayıs 2001, Ankara 2001, 3-33. (Yatay Etki)

GÖRGÜN, L. Şanal/ BÖRÜ, Levent/ TORAMAN, Barış/ KODAKOĞLU, Mehmet: Medeni Usul Hukuku, Ankara 2020.

GÖZLER, Kemal: İdare Hukuku, C.I, Bursa 2019. (İdare Hukuku)

GÖZLER, Kemal: Sigara İçme Özgürlüğü ve Sınırları- Özgürlüklerin Sınırlandırılması Problemi Açısından Sigara Yasağı, Ankara Barosu Dergisi, 1990/1, 31-67. (Sigara İçme Özgürlüğü)

GÖZLER, Kemal: Yorum İlkeleri, Kamu Hukukçuları Platformu, “Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması”, 29-30 Eylül 2012, Ankara, 15-119. (Yorum İlkeleri)

GÖZTEPE ÇELEBİ, Ece: Anayasa Mahkemesinin “Mobbing” Başvurularına İlişkin Kararlarının Değerlendirilmesi, Anayasa Yargısı Dergisi, 32, 2015, 323-342.

GREENAWALT, Kent: How Empty Is The Idea of Equality? Columbia Law Review, Vol.83, No.5, June 1983, 1167-1185, <http://heinonline.org/HOL/>.

GREINER, Stefen: Anmerkung zum BAG, 24.02.2011-2 AZR 636/09, AP GG Art. 4, Nr. 9.

GUERRERO, Maria Isabel: The Development Of Moral Harassment (or Mobbing) Law In Sweden and France As A Step Towards EU Legislation, Boston College International and Comparative Law Review, Vol.27, Article 10, Issue:2, 2004, <https://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cg?article>.

GÜLMEZ, Mesut: Anayasa Değişikliği Sonrasında İnsan Hakları Sözleşmelerinin İç Hukuktaki Yeri ve Değeri, TBB Dergisi, S.54, 2004, 147-161. (İnsan Hakları Sözleşmelerinin Yeri)

GÜLMEZ, Mesut: Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartına Uyum Sağlayabilecek Miyiz? Çalışma ve Toplum Dergisi, 2007/1, 27-52. (Sosyal Şart)

GÜLMEZ, Mesut: İnsan Haklarında Ayrımcılık Yasaklı Eşitlik İlkesi: Aykırı Düşünceler, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2010/2, 217-265. (Eşitlik İlkesi)

GÜNAY, İlhan Cevdet: Fazla Saatlerle Çalışmanın Hukuki Sonuçları, Sicil, S.6, Haziran 2007, 5-22. (Fazla Çalışma)

GÜNAY, İlhan Cevdet: İş Sürelerinin Denkleştirilmesinde Fazla Çalışma, Prof. Dr. Devrim Ulucan’a Armağan, İstanbul 2008, 377-399. (Denkleştirme)

GÜNAY, İlhan Cevdet: Yıllık Ücretli İzin Hakkı ve Ücretli İzin Alacağı, Sicil, 20, Aralık 2010, 28-51. (Yıllık Ücretli İzin)

GÜNEŞ, Başak/ MUTLAY, Faruk Barış: Yeni Borçlar Kanununun “Genel Hizmet Sözleşmesi”ne İlişkin Hükümlerinin İş Kanunu ve 818 Sayılı Kanunla Karşılaştırılarak Değerlendirilmesi, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2011/3, 231-288.

GÜNEŞ, M. Ahmet: Avrupa Birliği Yönergelerinin Doğrudan Etkisi, AÜHFD, C.58, S.2, 2009, 281-318.

GÜNTHER, Gens/ BÖGLMÜLLER, Matthias: Covid-19-Pandemie und Home-Office, ArbRAktuell 2020, 186-188. (ArbRAktuell 2020)

GÜNTHER, Jens/ BÖGLMÜLLER, Matthias: Digital Leadership- Mitarbeiterführung in der Arbeitswelt 4.0, NZA 2017, 546.

GÜREL, Murat: Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Şirketler Topluluğunda Hakimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılmasından Doğan Sorumluluk, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2009.

GÜRİZ, Adnan: Hukuk Başlangıcı, Ankara 2005.

GÜRSEL, İlke: Çalışma Koşullarında Tek Taraflı Esaslı Değişikliğin Yargı Kararlarıyla Tespiti ve Bunun Hukuki Sonuçları, İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar III, (Editör: Prof. Dr. Tankut Centel), İstanbul 2018, 175-219. (Esaslı Değişiklik)

GÜRSEL, İlke: İşçinin İş Makinalarına Zarar Verdiği Gerekçesiyle İşten Çıkarılması Hakkındaki Bir Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi ve Tehlikeli/Zarara Yatkın İş Kavramı, İHSGHD, 53, 2017, 241-262. (İş Makinaları)

GÜRSEL, İlke: İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkı, Ankara 2016. (Kişisel Verilerin Korunması)

GÜRSEL, İlke: Kişisel Verilerin Korunması Hakkının İşçi ve İşveren İlişkisine Etkileri, İHSGHD, 50, 2016, 763-848. (İşçi ve İşveren İlişkisine Etki)

GÜRTEK, Kadir: Roma Hukukunda Hakkaniyet (Aequitas), Ankara 2008.

GÜZEL, Ali/ ERTAN, Emre: İşyerinde Psikolojik Tacize (Mobbinge) Hukuksal Bakış: Avrupa Hukuku ve Karşılaştırmalı Hukuk, İHSGHD, 14, 2007, 509-540.

GÜZEL, Ali/ HEPER, Hande: Sürekli İstihdamdan Geçici Atipik İstihdama! Mesleki Anlamda Geçici İş İlişkisi, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2017/1, 11-58.

GÜZEL, Ali/ UGAN ÇATALKAYA, Deniz: İşverenin İş Kanunundan Doğan Sorumluluğunun Niteliği ve Sınırları, Karar İncelemesi, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2012/3, 157-188. (İşverenin Sorumluluğu)

GÜZEL, Ali/ UGAN, Deniz/ ERTAN, Emre: Avrupa Birliği ve Türk İş Hukukunda İşverenin Çalışma Koşulları Hakkında İşçileri Bilgilendirme Yükümlülüğü, DEÜHFD, C.9, Özel Sayı, 2007, Prof. Dr. Ünal Narmanlıoğlu'na Armağan, 43-74.

GÜZEL, Ali: Avrupa Topluluğunda Çalışanların Temel Sosyal Hakları Topluluk Şartı, Çimento İşveren Dergisi, Mayıs 1992, 8-22. (Topluluk Şartı)

GÜZEL, Ali: Ekonomik ve Teknolojik Değişim Sürecinde İşçi Kavramı ve Yeni Bir Ölçüt Arayışı, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşçi ve İşveren Kavramları ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu, Galatasaray Üniversitesi-İstanbul Barosu, İstanbul 1997, 15-46. (Ölçüt Arayışı)

GÜZEL, Ali: Fabrikadan İnternete İşçi Kavramı ve Özellikle Hizmet Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru Üzerine Bir Deneme, İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Türk Milli Komitesi, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, Ankara 1997, 15-46. (İşçi Kavramı)

GÜZEL, Ali: İş Hukukunda “Yetki” ve “Özgürlük”, Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, C.I, Ankara 2016, 93-126. (Yetki ve Özgürlük)

GÜZEL, Ali: İş Hukukunda “Yetki” ve “Sözleşme”, Prof. Dr. Fevzi Demir'e Armağan, İHSGHD, Özel Sayı, İstanbul 2016, 151-201. (Yetki ve Sözleşme)

GÜZEL, Ali: İş Hukukunda Yetki ve Sözleşme, İHSGHD, Özel Sayı, Prof. Dr. Fevzi Demir'e Armağan, İstanbul 2016, 151-201. (Yetki ve Sözleşme)

GÜZEL, Ali: İş Yasasına Göre Alt İşveren Kavramı ve Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Sınırları, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2004/1, 31-65. (Alt İşveren)

GÜZEL, Ali: İşletmesel Kararları Keyfilik Denetimine Tabi Olması ve Geçerli Nedenle Fesihle Son Çare (Ultima Ratio) İlkesinin Gözetilmesi- Karar İncelemesi, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2005/1, 159-182. (İşletmesel Karar)

GÜZEL, Ali: İşverenin Değişmesi-İşyerinin Devri ve Hizmet Akitlerine Etkisi, İstanbul 1987. (Hizmet Akitlerine Etki)

GÜZEL, Ali: Karar İncelemesi-İşçinin Ücretinin Ödenmemesi Nedeniyle İş Görme Edimini Yerine Getirmekten Kaçınması ve Çalışmadığı Süre İçin Ücret Talep Edememesi, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2005/2, 123-146. (Çalışmaktan Kaçınma)

HAFIZOĞLU, Ece Sıla: Çalışma Süreleri, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.15, S.1-2, Ocak-Şubat 2016, Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, 123-164.

HALATÇI ULUSOY, Ülkü: Sosyal Hakların Korunmasında Birleşmiş Milletlerin Rolü, Sosyal Haklar Uluslararası Sempozyumu III, Bildiriler, İstanbul 2011, 245-267.

HEINZ, Leymann: The Definition Of Mobbing At Work Places, The Mobbing Encyclopedia, <http://www.leymann.se/English/12100E.HTM>.

HELVACI, Serap: Türk ve İsviçre Hukukunda Kişilik Haklarını Koruyucu Davalar, İstanbul 2001. (Kişiliği Koruyucu Davalar)

HENSSLER, Martin: Deutscher Arbeitsrechtstag- Generalbericht, NZA-Beilage 2014, 95.

HENSSLER, Martin: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Auflage 2020. (MükOBGB/Henssler)

HERGENRÖDER, Curt Wolfgang: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Auflage, 2020. (MüKo/BGB/Hergenröder)

HIV/AIDS ve Çalışma Yaşamıyla İlgili ILO Uygulama ve Davranış Kuralları, Cenevre 2001.

HOFFMANN, Uwe/ SCHULTE, Alexander: Gewerbeordnung, BeckOK GewO, 50. Edition, 2020.

HOYNINGEN-HUENE, Gerrick: Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 4. Auflage 2016. (MüKoHGB/Hoyningen-Huene)

HOZAR, N. Nağme: İşverenin Yönetim Hakkına Dayanarak İşçiyi Başka Bir İşyerine Gönderebilmesine İlişkin Bir Karar İncelemesi, Sicil, 2, Haziran 2006, 82-92. (Başka Bir İşyeri)

HOZAR, N. Nağme: Özel Amaçla İnternet ve E-Posta Kullanımının İş İlişkisine Etkisi, Sicil, Eylül 2007, 199-207. (Özel Amaçlı İnternet)

HROMADKA, Wolfgang/ MASCHMANN, Frank: Arbeitsrecht Band 1, 2015.

HROMADKA, Wolfgang: Arbeitnehmerbegriff und Arbeitsrecht zur Diskussion um die “neue Selbständigkeit”, NZA 1997, 569. (NZA 1997)

HROMADKA, Wolfgang: Grenzen des Weisungsrechts zur Auslegung des § 106 GewO, NZA 2012, 233. (NZA 2012)

HROMADKA, Wolfgang: Unbillige Weisungen, NZA 2017, 601.

HROMADKA, Wolfgang: Zur Auslegung des § 611a BGB, NZA 2018. (NZA 2018)

HUMBERT, G. Denis: Wo liegt der Hund begraben? Haustiere am Arbeitsplatz, 10-11, <https://www.hhl-law.ch/wp-content/uploads/2016-humbert-arbeitsrecht-haustiere-arbeitsplatz.pdf>.

HUNOLD, Wolf: Die Rechtsprechung zum Direktionsrecht des Arbeitgebers, NZA-RR 2001, 337.

HÜFFER, Uwe/ KOCH, Jens: Aktiengesetz, 13. Auflage, 2018.

ILO: Application Of International Labour Standards 2020, Report Of The Committee Of Conventions and Recommendations, International Labour Conference 109th Session, 2020, Geneva 2020. (Committee of Experts 2020)

ILO: Management of Alcohol- and Drug-Related Issues In the Workplace- An ILO Code of Practice, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---safework/documents/normativeinstrument/wcms_107799.pdf

ILO: Management Of Alcohol-and Drug-Related Issues In The Workplace, An ILO Code Of Practice, Geneva 1996.

ILO: Protection of Workers' Personal Data- An ILO Code of Practice, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---safework/documents/normativeinstrument/wcms_107797.pdf

ILO: Regulating The Employment Relationship In Europe: A Guide To Recommendation No: 198, Geneva 2013.

ILO: Safe and Healthy Working Environments Free From Violence and Harassment, Geneva 2020, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---safework/documents/publication/wcms_751832.pdf

İŞIKTAÇ, Yasemin: Bir İmkan Olarak Sözleşme Hukuku, I. Sosyal Haklar Uluslararası Sempozyumu, Bildiriler, 22-23 Ekim 2009-Antalya, Ankara 2009, 256-266, <http://www.sosyalhaklarçnet/2009/bildiri/isiktac.pdf>.

İMRE, Zahit: Şahsiyet Haklarından Şahsın Özel Hayatının ve Gizliliklerinin Korunmasına İlişkin Meseleler, İÜHFM, C.39, S.1-4, 1974, 147-168.

İNCE, Ergun: Yıldırı Olgusu ve Tarafların Sorumlulukları, Sicil, 28, Aralık 2012, 82-108.

İNCEOĞLU, Murat: Borçlar Hukukunda Doğrudan Temsil, İstanbul 2009.

İNCEOĞLU, Sibel: Hak ve Özgürlükleri Sınırlama ve Güvence Rejimi, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa- Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme, (Editör: Prof. Dr. Sibel İnceoğlu), Avrupa Konseyi 2013, 23-53. (Sınırlama ve Güvence Rejimi)

İNCEOĞLU, Sibel: Türk Anayasa Mahkemesi ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2006/4, 45-61. (Eşitlik ve Ayrımcılık Yasağı)

JOUSSEN, Jacob: Arbeitsrecht, Beck'sche Online-Kommentare, 54.Edition, 2019. (BeckOK/Joussen)

JUNKER, Abbo: Grundkurs Arbeitsrecht, München 2017.

KABAKÇI, Mahmut: 5920 Sayılı Kanunun Geçici İş İlişkisi Hakkında Veto Edilen Hükümlerini AB Yönergesi Işığında Değerlendirilmesi, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2011/4, 73-111. (AB Yönergesi)

KABAKÇI, Mahmut: Her Yıl İşverenin Takdirine Bağlı Olarak Değişen Tutarda Ödenen İkramiyenin İş Şartı Niteliği, Sicil, 27, Eylül 2012, 104-115. (İş Şartı)

KABAKÇI, Mahmut: İş Hukuku Uygulamasında Hedef Sözleşmeler, İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar II, (Editör: Prof. Dr. Tankut Centel), İstanbul 2016, 211-232. (Hedef Sözleşmeler)

KANDEMİR, Murat: Evde Çalışma ve 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun Evde Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri, İÜHFM, C.I, XXII, S.2, 2014, Prof. Dr. Berin Ergin'e Armağan, 143-165. (Evde Çalışma)

KANDEMİR, Murat: İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Açısından Tele Çalışma, Ankara 2011. (Tele Çalışma)

KANETİ, Selim: Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Anayasanın Özel Hukuk Alanındaki Etkileri, İÜHFM, C.53, S.1-4, 1988-1990, 199-211.

KANIA, Thomas: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 20. Auflage 2020. (ErfK/Kania)

KANIA, Thomas: Personalbuch, 2020. (Küttner/Kania)

KAPLAN, Emine Tuncay: İş Hukukunda Kişilik Haklarının Özellikle Bilgisayarda Toplanan Bilgilere Karşı Korunması, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi,

C.LII, No.1-4, 1997, Prof. Dr. Cemal Mıhçoğlu'na Armağan, 367-386. (Kişilik Haklarının Korunması)

KAPLAN, Emine Tuncay: İşverenin Fesih Hakkı (Sınırları, Hüküm ve Sonuçları), Ankara 1987. (İşverenin Fesih Hakkı)

KAPLAN, Emine Tuncay: Kadın İşçinin Feshe Karşı Korunması, Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan, C.II, İstanbul 2001, 1224-1238.

KAPLAN, Emine Tuncay: Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre İş İlişkisinde İşçinin Kişilik Haklarının Korunması, Sicil, 24, Aralık 2011, 40-55. (İşçinin Kişilik Hakları)

KAR, Bektaş: İşletme, İşyeri ve İşin Gereklerinden Kaynaklanan Nedenlere Dayalı Fesihlerde Yargısal Denetim, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2008/2, 101-129. (İşletme Gerekleri)

KARAN, Ulaş: Bireysel Başvuru Kararlarında Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi, Anayasa Yargısı Dergisi, 32, 2015, 235-306. (Bireysel Başvuru Kararlarında)

KARAN, Ulaş: Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa- Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme, (Editör: Prof. Dr. Sibel İncoğlu), Avrupa Konseyi 2013, 459-494. (Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı)

KAYA, Pir Ali: Avrupa Birliği ve Türk İş Hukuku Bağlamında Eşitlik İlkesi, Bursa 2009.

KAYIK AYDINALP, Aşlıhan: Baskı Feshine İlişkin Alman Federal İş Mahkemesi Kararının İncelenmesi, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.9, S.2, 2018, 211-236.

KAYIRGAN, Hasan: Bireysel İş Hukukunda Zorunlu ve Zorlayıcı Nedenler, İstanbul 2019. (Zorunlu ve Zorlayıcı Nedenler)

KAYIRGAN, Hasan: İş Hukukunda Sadakat Borcunun Genel Bir Değerlendirmesi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.20, S.1 (Özel Sayı), İstanbul 2014, Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan, 459-478. (Sadakat)

- KESER, Hakan:** 4857 Sayılı İş Kanununa Göre İşverenin İş Sözleşmesi Yapma ve İş İlişkilerinde Eşit İşlem Yapma Yükümlülükleri ve Bunlara Aykırı Davranması Durumunda Karşılaşacağı Yaptırımlar, Kamu-İş, C.7, 2004/3, 1-38. (Eşit İşlem)
- KESER, Hakan:** İşçi Davranışları Kapsamında İş Sözleşmesinin Özel Hayat, Aile Hayatı ve Cinsel Yönelimler Sebebi İle İşverence Feshedilmesi, Sicil, 37, 2017, 9-33. (Özel Hayat)
- KESER, Hakan:** İşverenin Fazla Çalışma Yapılması Yönündeki Talimatına Uymayan ya da Fazla Çalışma Onayını Geri Alan İşçinin İş Sözleşmesinin İşverence Feshine İlişkin Bir Değerlendirme, Sicil, 39, Temmuz 2018, 19-43. (Fazla Çalışma)
- KESER, Hakan:** Koronavirüs (Covid-19) Özelinde Bir Salgın Durumunda İş Mevzuatı Kapsamında İşçi ve İşverenin Kullanabileceği İzin, Esnek Çalışma Süreleri ve Fesih Hakları Üzerine Bir Değerlendirme, İHSGHD, 65, 2020, 23-94. (Covid-19).
- KESİCİ, Mahmut:** Turizm, Özel Güvenlik ve Sağlık Hizmeti Yürütülen İşlerde Gece Çalışması, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2015/4, 221-236.
- KIEL, Heinrich:** Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 4. Auflage, 2018. (MHdB/Kiel)
- KILIÇOĞLU, Ahmet:** Fiili Sözleşme İlişkisi, Ankara Barosu Dergisi, S.5-6, 1985, 738-752. (Fiili Sözleşme İlişkisi)
- KILIÇOĞLU, M. Ahmet:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2014.
- KILIÇOĞLU, Mustafa/ŞENOCAK, Kemal:** İş Güvencesinde Ölçülülük İlkesinin İçeriği ve Ultima-Ratio Prensibinin Ölçülülük İlkesi İçerisindeki Konumu, Kamu-İş, Osman Güven Çankaya'ya Armağan, Ankara 2010, 181-211. (Ölçülülük İlkesi)
- KILIÇOĞLU, Mustafa/ŞENOCAK, Kemal:** İşyerinde Sigara İçme Yasağı, Sicil, 13, Mart 2009, 195-202. (Sigara İçme Yasağı)
- KILLMISTER, Suzy:** Dignity, Torture and Human Rights, Ethical Theory and Moral Practice, Special Issue,; Frontiers of Dignity: Its Nature and Scope, Vol.19, No.5, November 2016, 1087-1101, <https://www.jstor.org/stable/44955459>.

KLATT, Matthias/ MEISTER, Moritz: Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, JuS 2014,193.

KOCH, Ulrich: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 19.Auflage 2019. (ErfK/Koch)

KOCH, Ulrich: Schaub, Arbeitsrecht von A-Z, 23. Auflage 2018. (Schaub/Koch)

KOCK, Martin: Nichtraucherenschutz am Arbeitsplatz, NJW 2017, 198.

KOÇEL, Tamer: İşletme Yöneticiliği, İstanbul 2014.

KOHE, Wolfhard: Gewissenskonflikte am Arbeitsplatz, NZA 1989, 161.

KOHE, Wolfhard: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Individualarbeitsrecht II, 4. Auflage 2018. (MHdB ArbR/Kohe)

KORT, Michael: Matrix-Strukturen und Betriebsverfassungsrecht, NZA 2013, 1318.

KÖKKİLİNÇ, Ayşe Gül: Çalışma Yaşamında Şiddet ve Tacizin Ortadan Kaldırılmasına İlişkin ILO Normları ve Türk İş Hukuku Mevzuatı Üzerinde Karşılaştırmalı Bir İnceleme, İHSGHD, 64, 2019, 1141-1148.

KÖKSAL, Duygu: AİHM'nin Sosyal Haklara Bakışı ve Uyguladığı Yorum Meselesi, İş Hukukunda Güncel Sorunlar, 5, (Seminer: 28 Şubat 2015), Ankara 2015, 55-70.

KÖSEOĞLU, Ali Cengiz/ KABÜL, Sibel: 4857 Sayılı İş Kanunu Bağlamında Çalışma Sürelerinin Aşılması: Fazla Çalışma, İÜHFM, C.LXXII, S.2, 2014, 233-268. (Fazla Çalışma)

KÖSEOĞLU, Ali Cengiz/ KABÜL, Sibel: Türk İş Hukukunda Çalışma Süreleri, Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C.I, İstanbul 2011, 969-1025. (Çalışma Süreleri)

KÖSEOĞLU, Ali Cengiz: Eğitim Amaçlı Düzenlenen Toplantıların Fazla Çalışma Olarak Kabul Edilmesi, Fazla Çalışma Sürelerinin Hesaplanması, Sicil, 13, Mart 2009, 117-125. (Fazla Çalışma)

KREITNER, Jochen: Personalbuch 2021. (Küttner/Kreitner)

KREMALIS, Dimitrios: Good Faith In Greek Employment Law&Policy Journal, 32(3), 2011, 631-662, www.heinonline.com.

KUBAN, Arzu: Yeni İstihdam Türleri Bakımından İşçi Kavramı, İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşçi ve İşveren Kavramları ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu, Galatasaray Üniversitesi-İstanbul Barosu, İstanbul 1997, 47-73.

KURU, Baki: Medeni Usul Hukuku, Ağustos 2017.

KUTLU SUNGURBEY, Ayfer: Yetkisiz Temsil (Özellikle culpa in contrahendo), İstanbul 1988.

LAKIES, Thomas: Das Weisungsrecht des Arbeitgebers und Vertragsgestaltungsoptionen (Versetzungsklauseln), ArbRAktuell 2013, 3.

LINCK, Rüdiger: Schaub Arbeitsrechts-Handbuch, 18. Auflage, 2019. (Schaub/Linck)

LINSENMAIER, Wolfgang/ KIEL, Heinrich: Der Leiharbeitnehmer in der Betriebsverfassung- “Zwei Komponenten-Lehre” und Normzweckorientierte Gesetzesauslegung, RdA 2014, 135.

LÖWISCH, Manfred/ RIEBLE, Volker: Tarifvertragsgesetz, 4. Auflage 2017.

LYON-CAEN, Gérard: Medeni Hukuk Genel İlkelerinin İş Hukukundaki İşlevi Üzerine Bir Yaklaşım (çev. Ali Güzel), Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi, 33, 1984, 259-290, <http://arastirmax.com/en/system/files/dergiler/51602/makaleler/33/1/arastirmax-medeni-hukuk-genel-ilkelerinin-es-hukukundaki-islevi-uzerine-bir-yaklasim.pdf>.

MAKAL, Ahmet: Ameleden İşçiye Erken Cumhuriyet Dönemi Emek Tarihi Çalışmaları, İstanbul 2007.

MAKAS, Recep: Türk Borçlar Kanunu ve İş Kanununa Göre İşçinin Özen Borcu ve Borca Aykırılığın Sonuçları, Ankara Hacı Bayram Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.16, S.4, 2012, 149-180.

MALY-MAYER, Theo: Arbeitsverhältnis und Privatsphäre, Arbeit und Recht, Vol.16, No.1, 1968, 1-13, <https://www.jstor.org/stable/24014725>.

MANAV, A. Eda: İşyeri Değişiklik Kayıtlarının Geçerliliği Sorunu, Sicil, 25, Mart 2012, 136-157.

MANSEL, Heinz-Peter: Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch: BGB, 17. Auflage, 2018. (Jauernig/Mansel)

MANTOUVALOU, Virginia: Human Rights and Unfair Dismissal: Private Acts In Public Spaces, The Modern Law Review, 2008, Vol. 71, (6), 912-939, <https://onlinelibrary.wiley.com>. (Human Rights and Unfair Dismissal)

MANTOUVALOU, Virginia: Welfare-to-work, Structural Injustice and Human Rights, The Modern Law Review, Vol. 83, No.5, September 2020, 929-954. (Welfare-to-work)

MARQUARDT, Annelie: Privacy In The Workplace, XVIIth Meetings Of European Labour Court Judges, 12 June 2009, Ljubljano, Slovenia,1-139, <http://ilo.org>

MASCHMANN, Frank: Das Weisungsrecht im Matrix-Konzern, NZA 2017, 1557. (NZA 2017)

MAUNZ, Theodor/ DÜRIG, GÜNTER/ DURNER, Wolfgang: Grundgesetz-Kommentar, April 2020.

MAUNZ, Theodor/ DÜRIG, Günter/ GRZESZICK, Bernd: Grundgesetz-Kommentar, 2020.

MAUNZ, Theodor/ DÜRIG, Günter/ HERDEGEN, Matthias: Grundgesetz-Kommentar, 2020.

MAURER, Kurt: Das Direktionsrecht des Arbeitgebers, AuR, Vol.4, No.5, 1956, 137-144.

MAYWALD, M. Ian: Der Einsatz von Arbeitnehmern in Matrixstrukturen multinationaler Konzerne, Mannheim 2010.

MEINEL, Gernod/ HEYN, Judith/ HERMS, Sascha: Teilzeit-und Befristungsgesetz, 2015.

METİN, Yüksel: Ölçülülük İlkesi-Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi, Ankara 2002.

MEYER, Cord: Von Mehrfachbeschäftigungsverhältnissen bis hin zu Matrix-Strukturen im Konzern- Herausforderungen auch für den Arbeitsrechtler, NZA 2013, 1326.

MIDDLEMISS, Sam: Not What To Wear? Employers' Liability For Dress Codes? International Journal Of Discrimination and The Law, Vol. 18 (I), 2018, 40-51, www.journals.sagepub.com/home/jdi

MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/ ASTARLI, Muhittin/ BAYSAL, Ulaş: İş Hukuku, Ankara 2014. (2014)

MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/ ASTARLI, Muhittin/ BAYSAL, Ulaş: İş Hukuku Ders Kitabı, C.1, Ankara 2017.

MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi/ ASTARLI, Muhittin: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun İşin Düzenlenmesine İlişkin Hükümlerinin İncelenmesi, Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C.I, İstanbul 2011, 595-622.

MOLLAMAHMUTOĞLU, Hamdi: İş Hukukunda İşçinin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu ve Sınırlandırılması Yönünden Bir Yaklaşım (I), Yargıtay Dergisi, C.13, S.1-2, Ocak-Nisan 1987, 114-122.

MÜHLBERGER, Ulrike: Dependent Self-Employment: Workers Between Employment and Self-employment In The UK, ZAF, 42, 2009, 182-195, <http://link.springer.com/content/pdf/10.1007/s12651-009-0014-x.pdf>.

MÜLAYİM, Baki Oğuz: Gece Çalışmasının İş Sözleşmesinin Taraflarınca Düzenlenmesi, İHSGHD, 55, 2017, 11183-1210.

MÜLLER, Stefan: Der Missbrauch von Alkohol und (sonstigen) Drogen im Arbeitsverhältnis, NJOZ 2019, 1105.

NARMANLIOĞLU, Ünal: Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinden Doğan Sorumluluklar, Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Legal Vefa Toplantıları-II, Prof. Dr. Nuri Çelik'e Saygı, Mart 2008, 53-74. (Alt İşveren)

NARMANLIOĞLU, Ünal: İş Kanununa Göre Fazla Çalışma ve Karşılığı, Sicil, 17, Mart 2010, 27-44. (Fazla Çalışma)

NARMANLIOĞLU, Ünal: İşverenin Emir ve Talimat Verme Yetkisinin Geçici Süre ile Sınırlı Olarak Başkasına Devredilmesi (Ödünç “Geçici” İş İlişkisinde), Sicil, 23, Eylül 2011, 15-22. (Geçici İş İlişkisi)

NARMANLIOĞLU, Ünal: İşyerinin Çalışma Koşullarında Değişiklik Yapma Hakkını Saklı Tutan Sözleşme Hükümleri Bağlayıcı Mıdır? Sicil, 3, Eylül 2006, 9-19. (Sözleşme Hükümleri)

NARMANLIOĞLU, Ünal: Kanuni Süresinde Ücreti Ödenmeyen İşçinin İş Görmekten Kaçınabilmek Hakkı (İmkânı), DEÜHFD, C.XII, Özel Sayı, 2010, 607-633. (İş Görmekten Kaçınma)

NAZLI, Seçkin: İş Kanununda Düzenlenen Eşit Davranma İlkesi ve Uygulama Sorunları Üzerine Değerlendirmeler, İÜHFM, C.1, Özel Sayı, 2016, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan’a Armağan, 571-586. (Eşit Davranma)

NAZLI, Seçkin: İş Kanununda Düzenlenen Mesleki Anlamda Geçici İş İlişkisine Yönelik Hükümlerin Değerlendirilmesi, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 3 (1), 2016, 149-168. (Geçici İş İlişkisi)

NAZLI, Seçkin: Özel İş Aracılığı, İstanbul 2009. (Özel İş Aracılığı)

NEUMANN, Dirk: Landmann/Rohmer, Gewerbeordnung, 2020. (Landmann/Rohmer GewO/Neumann GewO)

NIELSEN, Henrik Karl: The Concept Of Discrimination In ILO Convention No.111, The International and Comparative Law Quarterly, Vol. 43, No.4, October 1994, 827-856, <https://www.jstor.org/stable/761003>.

NIPPERDEY, Hans Carl: Grundrechte und Privatrecht, Köln 1961.

NİŞANCI, Zehra Nuray: Geçmişten Günümüze Yönetim Düşüncesi, Yönetim Bilimleri Dergisi, C.13, S.25, 2015, 257-294.

O'CONNELL, Rory: Cinderella Comes To The Ball: Art. 14 And The Right To Non-Discrimination In The ECHR, Legal Studies, Vol. 29, No.2, June 2009, 211-229, <http://heinonline.org>.

OCAK, Saim: Türk İş Hukukunda Kısa Çalışma, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2008. (Kısa Çalışma)

ODAMAN, Serkan: 4857 Sayılı İş Kanununun Kabulü Sonrasında Yargıtay Kararları Işığında İşçinin Yapmakla Ödevli Bulunduğu Görevleri Kendisine Hatırlatıldığı Halde Yapmamakta Israr Etmesi ve Hukuki Sonuçları, TÜHİS, Ağustos-Kasım 2004, 1-16. (İşçinin Yapmakla Ödevli Bulunduğu Görevler)

ODAMAN, Serkan: İşverenin Hizmet Sözleşmesini Ahlak ve İyi Niyet Kuralları ve Benzerlerine Aykırılık Nedeniyle Fesih Hakkı, Ankara 2003. (İşverenin Fesih Hakkı)

ODAMAN, Serkan: Liberal İş Hukuku Mantığı Çerçevesinde Türk İş Hukukunda Denkleştirme Uygulamasına Yönelik Bazı Tespitler, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan, C. 20, S.1, 2014, 67-90. (Denkleştirme)

ODAMAN, Serkan: Türk ve Fransız İş Hukukunda Ödünç İş İlişkisi, İstanbul 2007. (Ödünç İş İlişkisi)

ODAMAN, Serkan: Yeni Düzenlemeler Çerçevesinde Türk İş Hukukunda Ödünç İş İlişkisi Uygulaması, Sicil, 36, 2016, 41-61. (Yeni Düzenlemeler)

ODYAKMAZ, Zehra/ KESKİN, Bayram/ DENİZ, Yusuf: 6701 Sayılı Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu Üzerine Bir Değerlendirme-I, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 7, 2016, 721-761.

OETKER, Hartmut: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 20. Auflage 2020.
(ErfK/Oetker)

OĞURLU, Yücel: Karşılaştırmalı İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi, Ankara 2002.

OĞUZMAN, Kemal/ BARLAS, Nami: Medeni Hukuk-Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, İstanbul 2020.

OĞUZMAN, M. Kemal: İşyerinden Çıkarken İşçilerin Üzerlerinin Aranması, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü, S.11, 1974, Kubilay'a Armağan, 533-538.

OKUR, Zeki: İş Hukukunda Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü, Kamu-İş, 2006/4, 1-47.
(Düşünceyi Açıklama)

OKUR, Zeki: İş Hukukunda Elektronik Gözetleme, İstanbul 2013. (Elektronik Gözetleme)

OKUR, Zeki: İş Hukukunda Gece Çalışması, Prof. Dr. Ali Güzel'e Armağan I, İstanbul 2010, 511-569. (Gece Çalışması)

OKUR, Zeki: İş Hukukunda İşçinin Sigara İçme Özgürlüğü ve Sınırları, Kamu-İş, C.10, S.3, 2009, 1-32. (Sigara İçme Özgürlüğü)

OKUR, Zeki: İşyerinde İşçinin Bilgisayar ve İnterneti Özel Amaçlı Kullanımının İş İlişkisine Etkisi, Kamu-İş, C.8, S.2, 2005, 47-75. (Özel Amaçlı İnternet)

OKUR, Zeki: Türk İş Hukukunda İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkı, İş Dünyası ve Hukuk, Prof. Dr. Tankut Centel'e Armağan, İstanbul 2011, 368-408. (Kişisel Veriler)

OKUTAN-NİLSSON, Gül: Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Şirketler Topluluğu Hukuku, İstanbul 2009.

ONARAN YÜKSEL, Melek: Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk İş Hukukunda Kadın-Erkek Eşitliği, İstanbul 2000.

ÖDEN, Merih: Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi, Ankara 2003.

ÖKTEM SONGU, Sezgi/ BİRBEN, Erhan: Çalışılmayan Cumartesi Günü Telafi Çalışması Yaptırılması Mümkün Müdür?, DEÜHFD, Prof. Dr. Ünal Narmanlıoğlu'na Armağan, Özel Sayı, 2007, 273-288.

ÖKTEM SONGU, Sezgi: Anayasal Bir Temel Hak Olarak İfade Özgürlüğünün İşçi Açısından İşyerindeki Yansımaları, Prof. Dr. M. Polat Soyer'e Armağan, C.I, İzmir 2014, 609-650. (İfade Özgürlüğü)

ÖKTEM SONGU, Sezgi: Çalışma Sürelerinin Örtülü Olarak Denkleştirilmesi Mümkün Müdür? Yargıtayın Bir Kararı Üzerine Bazı Düşünceler, DEÜHFD, C.8, S.2, 2006, 169-188. (Denkleştirme)

ÖKTEM SONGU, Sezgi: İş Sözleşmesinin Feshine İlişkin Sözleşmesel Kayıtların Geçerliliği, İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar, (Editörler: Prof. Dr. Kübra Doğan Yenisey ve Arş. Gör. Üyesi Seda Ergüneş Emrağ), İstanbul 2017, 179-206. (Sözleşmesel Kayıtlar)

ÖKTEM SONGU, Sezgi: Türk İş Hukukunda Çalışma Sürelerinin Düzenlenmesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Doktora Tezi, (yayınlanmamış doktora tezi), İzmir 2007. (Çalışma Süreleri)

ÖZBAY, Ümit Vefa: Roma Hukukunda ve Çağdaş Hukukta Hakkaniyeti Sağlama Yolları, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.2, S.1, Ocak 2016, 121-145.

ÖZDEMİR, Erdem: Disiplin Kurulu Kararı Olmadan İş Sözleşmesinin Feshi, Feshin Geçersizliği ve İşe İade Davası Hakkında Karar İncelemesi, Sicil, 16, Aralık 2009, 153-163. (Disiplin Kurulu)

ÖZDEMİR, Erdem: İnternet ve İş Sözleşmesi: Yeni Teknolojilerin İş İlişkisine Etkileri Üzerine, Sicil, 10, Haziran 2008, 13-25. (İnternet ve İş Sözleşmesi)

ÖZDEMİR, Erdem: İş Hukukunda Disiplin Cezaları, Prof. Dr. Nuri Çelik'e Armağan, C.II, İstanbul 2001, 1255-1280. (Disiplin Cezaları)

ÖZDEMİR, Erdem: İş Hukukunda Mutlak Emredici Hükümlerin Yeri, AÜHFD, C.54, S.3, 2005, 95-120. (Mutlak Emredici Hükümler)

ÖZDEMİR, Erdem: İş Sağlığı ve Güvenliği Hukuku, İstanbul 2014. (İş Sağlığı)

ÖZDEMİR, Erdem: İşverene Çalışma Koşullarında Değişiklik Yetkisi Veren Kayıtlar, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.12, S.3-4, 2004, 31-44. (Değişiklik Kayıtları)

ÖZDEMİR, Erdem: İşyerinde Cinsel Taciz, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2006/4, 83-96. (Cinsel Taciz)

ÖZDEMİR, Erdem: Mesleki Faaliyet Olarak Geçici İş İlişkisi: Düzenlenmeli Ama Nasıl? Sicil, 18, Haziran 2010, 20-32. (Mesleki Faaliyet Olarak)

ÖZDEMİR, Erdem: Toplu İş Sözleşmesinin Normatif Etkisi, Prof. Dr. Ali Güzel'e Armağan, I, İstanbul 2010, 571-598. (Normatif Etki)

ÖZDEMİR, Erdem: Ücret Artışında Eşitlik ve Adalet, İHSGHD, 5, 2005, 252-263. (Eşitlik)

ÖZKAN, Zeynep Aslı: İş Sözleşmesi Kapsamında İşçinin İş Görme Borcu, İstanbul 2018.

ÖZKARACA,ERCÜMENT/ ÜNAL, Canan: Küçüklerin Çalışmasına İlişkin Yasak ve Sınırlamalar ile Bunlara Aykırılık Halinde İş Sözleşmesinin Geçersizliği Sorunu, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.20, S.1 (Özel Sayı), İstanbul 2014, Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan, 355-410.

ÖZKARACA,ERCÜMENT: 6356 Sayılı Kanunda Sendikal Güvenceler, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2013/3, 173-215. (Sendikal Güvenceler)

ÖZKARACA,ERCÜMENT: Aynı İşveren Yanındaki Aralıklı Çalışmalarda Yıllık Ücretli İzin Hakkı, Sicil, 39, 2018, 90-104. (Yıllık Ücretli İzin)

ÖZKARACA,ERCÜMENT: İş Sözleşmesinin Devri, İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar, (Editör: Prof. Dr. Tankut Centel'e Armağan), İstanbul 2014, 115-142. (İş Sözleşmesinin Devri)

ÖZKARACA,ERCÜMENT: İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi ve İşverenlerin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 2008. (İşyerinin Devri)

ÖZKARACA, Ercüment: Özel İstihdam Büroları Aracılığıyla Geçici İş İlişkisi, İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 21. Toplantısı, 2016 Yılı Toplantıları, 3-4 Haziran 2016, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2016 Yılı Toplantısı, İstanbul 2018, 53-102. (Geçici İş İlişkisi)

ÖZSUNAY, Ergun: Medeni Hukuka Giriş, İstanbul 1986.

ÖZTAN, Bilge: Medeni Hukuku Tüzel Kişilerinde Organ Kavramı ve Organın Fiillerinden Doğan Sorumluluk, Ankara 1970.

ÖZTÜRK, Berna: İş Hukukunda Sıfır Saat Sözleşmeleri -Karşılaştırmalı Bir İnceleme: İngiltere, İrlanda, Almanya ve Türkiye’de “Sıfır Saat Sözleşmeleri”- Ekonomik ve Teknolojik Gelişmelerin İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna Etkileri, Prof. Dr. Münir Ekonomi 85. Doğum Günü Armağanı, (Editörler: Prof. Dr. Kübra Doğan Yenisey ve Dr. Öğr. Üyesi Seda Ergüneş Emrağ), İstanbul 2021, 269-328. (Sıfır Saat Sözleşmeleri)

ÖZTÜRK, Berna: Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukukunda Grev (Toplu Eylem) Hakkının Değerlendirilmesi: Üç Farklı Yargıtay Kararı Işığında Toplu Eylem Hakkı, Çalışma ve Toplum Dergisi, 51, 2016/4, 1793-1835. (Toplu Eylem)

ÖZTÜRK, Berna: Özel İstihdam Büroları Aracılığıyla Kurulan Meslek Edinilmiş Geçici İş İlişkisinde Tarafların İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülükleri, İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar II, (Editörler: Prof. Dr. Kübra Doğan Yenisey ve Arş. Gör. Üyesi Seda Ergüneş Emrağ), İstanbul 2017, 207-256. (Meslek Edinilmiş)

ÖZTÜRK, Berna: Sendikal Tazminat, Ankara Barosu Dergisi, 2013/4, 81-119. (Sendikal Tazminat)

ÖZTÜRK, Berna: Sözleşmenin Devri, TBB Dergisi, 2016 (125), 263-296. (Sözleşmenin Devri)

ÖZTÜRK, Mehmet Onat: Kullandırılmayan Yıllık Ücretli İzin Hakkı Sebebiyle İş Kanunu Çerçevesinde Yapılan Ödemeler, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2012/4, 73-97. (Yıllık Ücretli İzin)

ÖZVERİ, Murat: Çalışma Süreleri ve Gece Çalışması, Prof. Dr. Ali Güzel'e Armağan I, İstanbul 2010, 623-645. (Gece Çalışması)

ÖZVERİ, Murat: Yıllık Ücretli İzin Hakkı ve Yargı Kararları, İHSGHD, 15, 2007, 921-942. (Yıllık Ücretli İzin)

PÄRLİ, Kurt: Different Ways To Fight Against Unfair Dismissal On The Grounds Of HIV/AIDS Status, European Labour Law Journal, Vol.6, No.4, 2015, 373-385.

PEKCANITEZ, Hakan/ ÖZEKES, Muhammet/ AKKAN, Mine/ TAŞ KORKMAZ, Hülya: Medeni Usul Hukuku, C.II, İstanbul 2017.

POROY, Reha/ TEKİNALP, Ünal/ ÇAMOĞLU, Ersin: Ortaklıklar Hukuku, C.2, İstanbul 2015.

PREIS, Ulrich/ DEUTZMANN, Lukas: Entgeltgestaltung durch Arbeitsvertrag und Mitbestimmung, NZA-Beil. 2017, 101.

PREIS, Ulrich/ GENENGER, Angie: Die Unechte Direktionsrechtserweiterung, NZA 2008, 969-977.

PREIS, Ulrich/ RUPPRECHT, Kerstin: Die Verbindlichkeit einer unbilligen Weisung- Auch Richter können irren!, NZA 2018, 1353.

PREIS, Ulrich/ ULBER, Daniel: Direktionsrecht und Sonntagsarbeit, NZA 2010, 729-732.

PREIS, Ulrich: § 611a BGB- Potenziale des Arbeitnehmerbegriffes, NZA 2018, 817. (NZA 2018)

PREIS, Ulrich: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 19.Auflage 2019 (ErfK/Preis)

PULAŞLI, Hasan: Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Ankara 2015.

PULAŞLI, Hasan: Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Şirketler Topluluğunun Temel Nitelikleri ve Hakim Şirketin Güven Sorumluluğu, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XI, S.1-2, 2007, 259-277. (Şirketler Topluluğu)

REICHOLD, Hermann: Grundlagen und Grenzen der Flexibilisierung im Arbeitsvertrag, RdA 2002, 321-329.

REICHOLD, Hermann: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 1: Individualarbeitsrecht, 4. Auflage 2018. (MHdB ArbR/Reichold)

RID, Claudia: Das Arbeitsverhältnis im Konzern und seine Auswirkungen auf den Kündigungsschutz, NZA 2011, 1121.

RIEBLE, Volker: Flash-Mob-Ein neues Kampfmittel? NZA 2008, 796.

ROAGNA, Ivana: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkının Korunması, Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları, Strazburg, 2012, (çev. Ayşe Gül Alkış Schäling), <https://rm.coe.int/16806f15ae>.

RUBINSTEIN, H. Mitchell: Employees, Employers, and Quasi-Employers: An Analysis OF Employees and Employers Who Operate In The Borderland Between An Employer-and-Employee Relationsho, U. Of Pennsylvania Journal of Business Law, Vol. 14:3, 2012, 605-659, <http://scholarship.law.upenn.edu/jbl/vol14/iss3/4>.

RUMPF, Christian: Ölçülülük İlkesi ve Anayasa Yargısındaki İşlevi ve Niteliği, Anayasa Yargısı Dergisi, C.10, 1993, 25-48.

SAĞLAM, Fazıl: Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, Ankara 1982.

SARIBAY ÖZTÜRK, Gizem: İş Sağlığı ve Güvenliği Yükümlülüklerinin Yerine Getirilmemesinin Hukuki, İdari ve Cezai Sonuçları, İstanbul 2015. (İş Sağlığı ve Güvenliği)

SARIBAY ÖZTÜRK, Gizem: Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu Sonrasında İş Sözleşmesinin Sona Ermesinde Yaş Ayrımcılığı, Sicil, 37, Temmuz 2017, 114-141. (Ayrımcılık)

SARIBAY, Gizem: Kısmi Süreli İş Sözleşmeleri, Prof. Dr. Devrim Ulucan'a Armağan, İstanbul 2008, 267-326. (Kısmi Süreli İş Sözleşmeleri)

SAVAŞ KUTSAL, F. Burcu: Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu Hükümleri Doğrultusunda İşyerinde Psikolojik Taciz, İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar, (Editörler: Prof. Dr. Kübra Doğan Yenisey ve Arş. Gör. Seda Ergüneş Emrağ), İstanbul 2017, 257-287. (Eşitlik Kurumu)

SAVAŞ KUTSAL, F. Burcu: Yargıtay Kararları Işığında İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing), İÜHFM, C.1, S.LXXIV, Özel Sayı, 2016, Prof. Dr. Fevzi Şahlanan'a Armağan, 617-644. (Psikolojik Taciz)

SAVAŞ, F. Burcu: İş Hukukunda "Siber Gözetim", Çalışma ve Toplum Dergisi, 2009/3, 97-132.

SAYMEN, H. Ferit: Türk İş Hukuku, İstanbul 1954.

SCHEININ, Martin/ LANGFORD, Malcolm: Evolution or Revolution?- Extrapolating From The Experience Of The Human Rights Committee- Nordisk Tidsskrift for Menneskerettigheter- Vol. 27, Nr. 1, 2009, 97-113.

SCHLACHTER, Monika: AGG, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht 20. Auflage 2020. (ErfK/Schlachter)

SCHLACHTER, Monika: Equal Treatment For Transnational Temporary Agency Workers? FORMULA Working Paper No: 32, March 2012, 1-20. (Temporary Agency Workers)

SCHLACHTER, Temporary Agency Workers,

<https://www.jus.uio.no/ifp/english/research/projects/freemov/publications/papers/WP32-Schlacter.pdf>.

SCHMIDT, Ingrid: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 20. Auflage 2020. (ErfK/Schmidt)

SCHMIDT, Kristina: Küttner Personalbuch, 26. Auflage 2019. (Küttner/Schmidt)

SCHÖNE, Steffen: Die Novellierung der Gewerbeordnung und die Auswirkungen auf das Arbeitsrecht, NZA 2002, 829.

SCHRADER, Peter/ MÜLLER, Jonas: Flexible Vergütungsvereinbarungen, Welche Spielräume lassen Gesetz und Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes? RdA 2007, 145.

SCHUBERT, Claudia: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, 8. Auflage, 2019. (MüKoBGB/Schubert)

SCHUBERT, Claudia: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, 8. Auflage 2019. (MüKoBGB/Schubert)

SCHULZE, Götz: Das Private Hausrecht, JZ 8/2015, 381-391, <https://www.uni-potsdam.de/fileadmin/projects/ls-gschulze/Publikationen/Das-private-Hausrecht-JZ2015-381-391.pdf>.

SCHÜREN, Peter/ HAMANN, Wolfgang: Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 5. Auflage, 2018.

SEÇER, Barış: Endüstriyel Demokrasi: İşçilerin Yönetime Katılmasından İşçi Katılımına, Çimento İşveren Dergisi, C.23, S.6, Kasım 2009, 19-35.

SENYEN KAPLAN, E. Tuncay: İş Hukukunda Eşitlik İlkesi ve Cinsiyet Ayrımcılığı, TBB Dergisi, Özel Sayı, 2017, 225-268. (Eşitlik İlkesi)

SENYEN KAPLAN, E. Tuncay: İşçinin İş Görme Ediminin İfasını Engelleyen Nedenler ve Hukuki Sonuçları, Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C.I, İstanbul 2011, 567-594. (İfa Engelleri)

SERATLI, Gaye Burcu: İş Kazasından Doğan Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, Ankara 2003.

SERİN, İlhan: 4857 Sayılı İş Kanununda Geçici (Ödünç) İş İlişkisi, İHSGHD, 7, 1056-1090.

SEVİMLİ, Ahmet: İşçinin Özel Yaşamı Bağlamında İşçi-İşveren İlişkileri, Sicil, 10, Haziran 2008, 53-80. (İşçinin Özel Yaşamı)

SEVİMLİ, Ahmet: İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları, İstanbul 2006. (İşçinin Özel Yaşamı)

SEVİMLİ, Ahmet: Kısmi Süreli İş Sözleşmesiyle Çalışan İşçinin Dinlenme Hakkı, İş Hukukunda Yeni Yaklaşımlar II, (Editörler: Prof. Dr. Kübra Doğan Yenisey ve Dr. Öğr. Üyesi Seda Ergüneş Emrağ), İstanbul 2018, 89-135. (Kısmi Süreli İş Sözleşmesi)

SEVİMLİ, Ahmet: Türk Borçlar Kanunu m. 417 ve İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu Işığında Genel Olarak İşçinin Kişiliğinin Korunması, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2013/1, 107-147. (m. 417)

SEVİMLİ, Ahmet: Türk Hukukunda Tam Süreli Çalışmayı Esas Alan Mevzuat Karşısında Kısmi Süreli İş Sözleşmesi: Seçilmiş İki Sorun Üzerine Görüşler, İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar, (Editör: Prof. Dr. Tankut Centel), İstanbul 2014, 9-49. (Seçilmiş İki Sorun)

SEVİMLİ, Ahmet: Veri Koruma İlkeleri Işığında Türk Borçlar Kanunu Madde 419, Sicil, 24, Aralık 2011, 120-139. (Veri Koruma)

SEVİMLİ, Ahmet: Yıllık Ücretli İzin Kullandırılmamasının Hukuki Sonuçları Hakkında Kısa Bir Not, Sicil, 18, Haziran 2010, 40-48. (Yıllık Ücretli İzin)

SOYER, Polat: 4857 Sayılı İş Kanunu Açısından Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinin Kurulması ve Sonuçları, Sicil, 1, Mart 2006, 16-28. (Alt İşveren)

SOYER, Polat: Genel Hizmet Sözleşmesine İlişkin Yeni Borçlar Kanunu Hükümlerinin İş Hukuku Bakımından Önemi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku 2011 Yılı Toplantıları, İstanbul Barosu-Galatasaray Üniversitesi, İstanbul 2012, 165-202. (Yeni Borçlar Kanunu)

SOYER, Polat: Genel İş Koşulları, İzmir 1987. (Genel İş Koşulları)

SOYER, Polat: İş Hayatındaki Önemli Bir Sorun Üzerine Not: İşverenin Yıllık Ücretli İzin Hakkını Kullandırmaması, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2002/1, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, 2002, 291-299. (Yıllık Ücretli İzin)

SOYER, Polat: İşçinin Bir Başka İşverenin Yanında Çalışması ve Bireysel İş Hukukuna İlişkin Bazı Sorunlar, Yasa Hukuk Dergisi, C.III, S.3, Mart 1980, 339-348. (Başka Bir İşveren)

SOYER, Polat: İşçinin İş Görmekten Kaçınma Hakkı-Koşulları, Kullanılması ve Hukuki Sonuçları, Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C.I, İstanbul 2011, 657-689. (İş Görmekten Kaçınma Hakkı)

SOYER, Polat: Toplu Sözleşme Hukukunda Yararlılık İlkesi, Ankara 1991. (Yararlılık)

SOYER, Polat: Türk Borçlar Kanunu Tasarısının "Genel Hizmet Sözleşmesi"ne İlişkin Bazı Hükümleri Üzerine Düşünceler, Prof. Dr. Devrim Ulucan'a Armağan, İstanbul 2008, 149-167. (Genel Hizmet Sözleşmesi)

SOYER, Polat: Yeni Düzenlemeler Karşısında Fazla Saatlerle Çalışmaya İlişkin Bazı Düşünceler, İHSGHD, 3, 2004, 797-809. (Fazla Çalışma)

SÖLLNER, Alfred: Einseitige Leistungsbestimmung im Arbeitsverhältnis, 1966.

SÖZER, Ali Nazım: AB'nin İstihdama İlişkin 2000/78 EG Sayılı Çerçeve Yönergesi Işığında- Türk İş Hukukunda Din, Dünya Görüşü, Özürlülük, Yaşlılık ve Cinsel Eğilime İlişkin Düzenlemeler, Sicil, 2, Haziran 2006, 184-208.

SÖZER, Ali Nazım: İşçi İşyerinde Ev Hayvanı Bakabilir mi) Yaşar Hukuk Dergisi, C.1, S.1, Ocak 2019, 1-55. (Ev Hayvanı)

SPINDLER, Gerald: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Band 1, 5. Auflage 2019.

SPINNER, Günter: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 8. Auflage 2020. (MüKoBGB/Spinner)

STAMM, Marie-Louise: Das Weisungsrecht des Arbeitgebers und seine Schranken, Basel 1977.

STEINAU-STEINRÜCK von Robert/ KUNTZSCH, Anton: Rauchen am Arbeitsplatz, NJW-Spezial 2018, 370.

STRASSER, Rudolf: Abhängiger Arbeitsvertrag oder freier Dienstvertrag (Eine Analyse des Kriteriums der persönlichen Abhängigkeit, RdA, Nr.2, April 1992, 93-104.

SUBAŞI, İbrahim: İş Hukukunda Çalışma Süreleri, A. Can Tuncay'a Armağan, İstanbul 2005, 301-361.

SUR, Melda: İş İlişkisinde Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı, Sicil, 37, Temmuz 2017, 33-51. (Eşitlik)

SUR, Melda: İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi, 2017, İstanbul 2019, 11-150. (Değerlendirme 2017).

SUR, Melda: İşçinin Çalışmaktan Kaçınma Hakkı, A. Can Tuncay'a Armağan, İstanbul 2005, 395-414. (Çalışmaktan Kaçınma Hakkı)

SUR, Melda: İşverenin Yönetim Hakkının Çağdaş Sınırlamaları ve Sosyal Diyalog, DEÜHFD, C.21, Özel Sayı, 2019, Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan, 2281-2308. (Sosyal Diyalog)

SUR, Melda: Sosyal Haklara İlişkin Andlaşmaların İç Hukukta Yeri, Prof. Dr. Devrim Ulucan'a Armağan, 47-63. (Sosyal Haklar)

SÜMER, Haluk Hadi: İş Sözleşmesinin Bağımlılık Unsuru, Sicil, 19, 2010, 63-73.

SÜZEK, Sarper: Alt İşveren İlişkisinin Kurulması, İHSGHD, 25, 2010, 11-30. (Alt İşveren)

SÜZEK, Sarper: Bireysel İş Hukukunun Bugünü ve Geleceği, Sicil, 14, Haziran 2009, 5-28. (İş Hukukunun Geleceği)

SÜZEK, Sarper: Değişiklik Feshi, TİSK Akademi, C.1, S.1, 2006, 7-31. (Değişiklik Feshi)

SÜZEK, Sarper: İş Akdini Fesih Hakkının Sınırlandırılması, Kamu-İş, C.6, 2002/4, 1-23. (Feshin Sınırlandırılması)

SÜZEK, Sarper: İş Akdinin Askıya Alınması ve Ücretsiz İzinler, DEÜHFD, C.9, Özel Sayı, 2007, 115-133. (Ücretsiz İzinler)

SÜZEK, Sarper: İş Güvenliği Hukuku, Ankara 1987. (İş Güvenliği)

SÜZEK, Sarper: İş Güvenliği Uzmanları ve İşyeri Hekimleri (İş Sağlığı ve Güvenliği Profesyonelleri), Kamu-İş, C.14, S.3, 2019, 1-18. (İş Sağlığı ve Güvenliği Profesyonelleri)

SÜZEK, Sarper: İş Hukuku, İstanbul 2020.

SÜZEK, Sarper: İş Hukukunda Disiplin Cezaları, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2011/1, 9-17. (Disiplin Cezaları)

SÜZEK, Sarper: İşverenin Eşit Davranma Borcu, Sicil, 12, Aralık 2008, 24-38. (Eşit Davranma)

SÜZEK, Sarper: İşverenin Yönetim Hakkı, Prof. Dr. Metin Kutal'a Armağan, 1998, 225-232. (Yönetim Hakkı)

SÜZEK, Sarper: Tip İş Akitlerinin ve İç Yönetmeliklerin Kurulma Koşulları ve Denetimi, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.15, S.1-2, Ocak-Şubat 2016, Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, 459-469. (Tip İş Akitleri)

SÜZEK, Sarper: Türk İş Hukukunda İşveren, Sicil, 21, Mart 2010, 17-26. (İşveren)

SÜZEK, Sarper: Yeni Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Genel İş Koşulları, Sicil, 24, Aralık 2011, 5-12. (Genel İş Koşulları)

SÜZEK, Sarper: Yeni Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde İş Akdinin Geçersizliği, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.20, S.1 (Özel Sayı), İstanbul 2014, Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan, 123-141. (İş Akdinin Geçersizliği)

ŞAHLANAN, Fevzi: Günlük 11 Saati Aşan Çalışmalarda Ara Dinlenmesi, Tekstil İşveren Dergisi, S. 414, Ağustos 2015, 2-4. (Ara Dinlenmesi)

ŞAHLANAN, Fevzi: İş Sözleşmesinin Ayırt Edici Unsuru- Bağımlılık İlişkisi- Karar İncelemesi, Tekstil İşveren, Aralık 2011, 2-6. (Bağımlılık)

ŞAHLANAN, Fevzi: İş Sözleşmesinin Feshinde Eşit Davranma İlkesi, Tekstil İşveren Dergisi, Ekim 2008, 2-4. (Eşit Davranma İlkesi)

- ŞAHLANAN, Fevzi:** İşverene Verdiği Zarar Otuz Günlük Ücretinden Fazla Olan Hafif Kusurlu İşçinin İş Akdinin Haklı Nedenle Değil; Geçerli Nedenle Feshedilebileceği (Karar İncelemesi), Tekstil İşveren, Kasım 2015, 324-325. (Geçerli Neden)
- ŞAHLANAN, Fevzi:** İşyerinde Sigara İçme Nedeniyle Haklı Fesih (Karar İncelemesi), Tekstil İşveren Dergisi, 307, Temmuz 2005, 39-40. (Sigara İçme)
- ŞAHLANAN, Fevzi:** Sendikalar Hukuku, İstanbul 1995. (Sendikalar)
- ŞAHLANAN, Fevzi:** Toplu İş Sözleşmesi, İstanbul 1992. (Toplu İş Sözleşmesi)
- ŞAKAR, Müjdat:** Basın İş Sözleşmesinin Sona Ermesi ve Kıdem Tazminatı, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2008/2, 11-29.
- ŞEN, Murat:** İkramiye Ödenmemesinin İş Şartı Haline Gelmesi ve İşçi Aleyhine Sonuç Doğuran İşyeri Uygulamaları, Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin Bir Kararı Üzerine Değerlendirme, Kamu-İş, C.6, 2002/3, 1-17, [https:// www.muratsen.org](https://www.muratsen.org). (İşyeri Uygulamaları)
- ŞEN, Murat:** İş Hukukunda Çalışma Koşullarında Değişiklik, Ankara 2005. (Çalışma Koşullarında Değişiklik)
- ŞEN, Murat:** İşverenin İşçiyi Koruma ve Gözetme Borcu Kapsamında İşçinin Kişiliğinin Korunmasına Aykırılık ve Sonuçlar, Sicil, 28, Aralık 2012, 129-140. (Kişiliğin Korunması)
- ŞEN, Murat:** Özel İstihdam Büroları Aracılığıyla Kurulan (Meslek Edinilmiş) Geçici İş İlişkisi, MÜHFD, C.III, S.1, 2014, 13-23. (Geçici İş İlişkisi)
- ŞUĞLE, Mehmet Ali:** Basın İş Kanununun Kişi Bakımından Kapsamı, Gazeteci Kavramı ve İş Sözleşmesinin Kurulması- Basın İş Hukuku Genel Esaslar ve Uygulama Sorunları, İstanbul 2006, 20-37. (Kapsam)
- ŞUĞLE, Mehmet Ali:** İş Hukuku Açısından Gazeteci, Ankara 2001.
- TANÖR, Bülent:** Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar, İstanbul 1978.
- TANRIVER, Süha:** Medeni Usul Hukuku, C.I, Ankara 2016.

TAŞKENT, Savaş/ KURT, Dilek: Mesleki Amaçlı Ödünç İş İlişkisi, Kamu-İş, C.13, 2013/1, 1-8.

TAŞKENT, Savaş: Alt İşveren, İHSGHD, 2004, 363-366. (Alt İşveren)

TAŞKENT, Savaş: İş Sözleşmesinin Askıya Alınması ve Ücretsiz İzin Uygulaması, Sicil, 3, Eylül 2006, 20-29. (Ücretsiz İzin)

TAŞKENT, Savaş: İşverenin Yönetim Hakkı, İstanbul 1981. (Yönetim Hakkı)

TAŞKIN, Ahmet: İş Hukuku Açısından İşletmelerde Disiplin Sistemi ve Uygulaması, Sicil, 25, Mart 2012, 60-92.

TETTINGER, J. Peter/ WANK, Rolf/ ENNUSCHAT, Jörg: Gewerbeordnung, 9. Auflage, 2020.

THÜSING, Gregor: AGG, Münchener Kommentar zum BGB 8. Auflage 2018. (MüKoBGB/Thüsing)

THÜSING, Gregor: Betriebsverfassungsgesetz, Kommentar, 16. Auflage 2018. (Richardi BetrVG/Thüsing, BetrVG)

TILLMANNS, Kerstin: Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht, 43. Edition, 2017. (BeckOK ArbR/Tillmanns GewO)

TINAZ, Pınar/ BAYRAM, Fuat/ ERGİN, Hediye: Çalışma Psikolojisi ve Hukuki Boyutlarıyla İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing), İstanbul 2008.

TINAZ, Pınar: İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing), Çalışma ve Toplum Dergisi, 2006/4, 13-28.

TOKUZLU, Lami Bertan: Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa- Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme, (Editör: Prof. Dr. Sibel İnceoğlu), Avrupa Konseyi 2013, 333-354.

TUĞ, Adnan: Sendikalar Hukuku, Ankara 1992.

TULUKÇU, Binnur: Ara Dinlenmesinde Yapılan Çalışmanın Ücretlendirilmesi, Sicil, 27, Eylül 2012, 93-103. (Ara Dinlenmesi)

TULUKÇU, Binnur: Şirket Birleşmelerinde İşletme Gerekleri ile İş Sözleşmesinin Feshi, Sicil, 18, Haziran 2010, 129-142. (Şirket Birleşmeleri)

TULUKÇU, N. Binnur: Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik, Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C.I, İstanbul 2011, 1099-1141. (Esaslı Değişiklik)

TUNCAY, A. Can/ SAVA KUTSAL, Burcu: Toplu İş Hukuku, İstanbul 2019.

TUNCAY, A. Can: Adalet Peşinde, İstanbul 2018. (Adalet Peşinde)

TUNCAY, A. Can: Çalışma İlişkilerinde Irk ve Etnik Kökene Dayalı Ayrımcılık, Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C.I, İstanbul 2011, 725-769. (Irk ve Etnik Kökene Dayalı Ayrımcılık)

TUNCAY, A. Can: Hukuki Yönde Basında İşçi-İşveren İlişkileri, İstanbul 1989. (Basın)

TUNCAY, A. Can: Hukuksal Etik (Legal Ethics) Dersleri, İstanbul 2017. (Hukuksal Etik)

TUNCAY, A. Can: Hukukumuzda İşveren Vekili Kavramı, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, İstanbul 2000, 181-190. (İşveren Vekili)

TUNCAY, A. Can: İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, İstanbul 1982. (Eşit Davranma İlkesi)

TUNCAY, A. Can: İş Hukukunda Eşit Davranma İlkesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Sorunlar ve Çözüm Önerileri, Galatasaray Üniversitesi- İstanbul Barosu 2006 Yılı Toplantısı, İstanbul 2007, 21-53. (Sempozyum)

TUNCAY, A. Can: İşçinin Sadakat (Bağlılık) Yükümlülüğü, Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, C.II, İstanbul 2001, 1043-1085. (Sadakat)

TUNCAY, A. Can: Pandemi Gölgesinde Evden Çalışma, İHSGHD, 69, 2021, 23-52. (Evden Çalışma)

TUNÇOMAĞ, Kenan: İş Hukuku, C.I, İstanbul 1986.

TURAN, Gamze: İşverenin Alacaklı Sıfatı ile Temerrüdü ve Hukuki Sonuçları, TÜHİS, C.21, S.5-6, Ağustos-Kasım 2008, 31-59.

TURHAN, Miraç Savaş: İçi Boşaltılmış Bir Kavram: İşbölümü, Çukurova Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, C.26, S.1, 2017, 26-41.

UÇARYILMAZ, Talya Şans: Roma Hukukunda Sözleşmesel Bona Fides (Dürüstlük Kuralı) Kavramı ve Çağdaş Hukuka Etkisi, TBB Dergisi, 135, 2018, 335-382.

UGAN ÇATALKAYA, Deniz: Kişisel Yaşamı Kapsamında İşçinin, İşverence “Ulaşılabilir Olmama” Hakkı, İÜHFM, C.74, 2016, 737-755. (Ulaşılabilir Olmama)

ULBER, Daniel: Die Schranken des Direktionsrechts bei Glaubens-und Gewissenskonflikten des Arbeitnehmers, JuS 2012, 1069.

ULUCAN, Devrim: 4857 Sayılı İş Kanununa Göre İş Sözleşmesi Türleri, Türkiye Toprak, Seramik, Çimento ve Cam Sanayi İşverenleri Sendikası, İstanbul 2003, 35-65. (İş Sözleşmesi Türleri)

ULUCAN, Devrim: Ekonomik ve Teknolojik Nedenlerle Fesihlerde Geçerlilik Denetimi, İHSGHD, 47, 2015, 49-82. (Geçerlilik Denetimi)

ULUCAN, Devrim: Eşitlik İlkesi ve Pozitif Ayrımcılık, DEÜHFD, C.15, Özel Sayı, 2013, 369-383. (Pozitif Ayrımcılık)

ULUCAN, Devrim: Karar İncelemesi, Y9HD, 08.07.2004, 2004/17098 E. 2004/17431 K. Çalışma ve Toplum Dergisi, 2004/3, 145-152. (Karar İncelemesi)

ULUCAN, Devrim: Yeniden Yapılanma Sürecinde İş Hukuku Açısından Eşitlik İlkesi ve Uygulaması, Kamu-İş, C.5, 2000/3, 191-202. (Eşitlik İlkesi)

UNCULAR, Selen: İş İlişkisinde İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması, Ankara 2014.

UŞAN, Fatih: 4857 Sayılı İş Yasasının 22. Maddesi Çerçevesinde Değişiklik Feshi, Çalışma Şartlarında Esaslı Değişiklik ve Uygulama Sorunları, DEÜHFD, Prof. Dr. Ünal Narmanlıoğlu'na Armağan, Özel Sayı, 2007, 211-271. (Değişiklik Feshi)

UŞAN, Fatih: İş Hukukunda İş Sırrının Korunması, Ankara 2003. (İş Sırrı)

UŞAN, Fatih: İş Sözleşmesinin Feshinde İşverenin Eşit Davranma Borcu Var Mıdır? İHSGHD, 8, 2005, 1623-1632. (Fesihte Eşit Davranma Borcu)

UŞAN, M. Fatih: Karar İncelemesi- İşyeri Uygulaması- İşverenin Yönetim Hakkı- İşçinin İşyerinin Değiştirilmesi- Hizmet Sözleşmesinin Haklı Nedenle Feshi- İhbar ve Kıdem Tazminatı, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.7, S.1-2, 1999, 391-406. (İşyerinin Değiştirilmesi)

UŞEN, Şelale: 2008/104/EC Sayılı Ödünç İş İlişkisine İlişkin Avrupa Birliği Yönergesinin Getirdiği Yeni Düzenlemelerin Türkiye Açısından Değerlendirilmesi, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2010/3, 169-189.

ÜNAL, Canan: İş Sözleşmesinin Kurulmasında Sağlığa İlişkin Veriler, İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar III, , (Editör: Prof. Dr. Tankut Centel), İstanbul 2018, 261-318. (Sağlığa İlişkiler Veriler)

ÜNAL, Canan: Karşılaştırmalı Hukuk Işığında İşyerinde Psikolojik Tacizin İşverenin Kişiliği Koruma ve Eşit Davranma Borcu Kapsamında Değerlendirilmesi, İHSGHD, 37, 2013, 15-73. (Psikolojik Taciz)

ÜNLÜ, Vahap: Çalışanların Mesai Saati İçerisinde Özel Cep Telefonu Kullanması Yasaklanabilir Mi? Sicil, 22, Haziran 2011, 209-219. (Cep Telefonu)

ÜNLÜ, Vahap: İşe Alımda Cinsiyet Ayrımcılığı, Sicil, 18, Haziran 2010, 247-255. (Ayrımcılık)

VICKERS, Lucy: Achbita and Bougnaoui: One Step Forward and Two Steps Back For Religious Diversity In The Workplace, European Labour Law Journal, 2017, Vol. 8 (3), 232-257, [https:// journals.sagepub.com](https://journals.sagepub.com).

VIGNEAU, Christophe: The Obligation of Good Faith In France, Comporative Labor Law&Policy Journal, 32(3), 2011, 593-602, www.heinonline.com.

VOGELSANG, Hinrich: Schaub, Arbeitsrecht-Handbuch, 18. Auflage 2019. (Schaub, ArbR-Hdb/Vogelsang)

WAAS, Bernd: Good Faith In The Law Of The Employment Relationship: Germany, Comparative Labor Law&Policy Journal, 32(3), 2011,603-630, www.heinonline.com.

WACHTER, Gustav: Grenzen des Weisungsrechtes in Bezug auf Art und Ort der Tätigkeit, DRdA 6/2001, [https:// www.drda.at/api/v1/drda/article/274_DRDA_3/pdf](https://www.drda.at/api/v1/drda/article/274_DRDA_3/pdf).

WALA, Thomas: Organisationsmodell Holokratie: So funktioniert Unternehmensführung ohne Hierarchien, 1-2,

https://www.researchgate.net/profile/Thomas_Wala/publication/329754931_Organisationsmodell_Holokratie_So_funktioniert_Unternehmensfuehrung_ohne_Hierarchien/links/5c1916e3a6fdccfc7056b8ec/Organisationsmodell-Holokratie-So-funktioniert-Unternehmensfuehrung-ohne-Hierarchien.pdf?origin=publication_detail.

WANK, Rolf: Änderung von Arbeitsbedingungen, NZA-Beil. 2012, 41-49. (NZA-Beil.)

WANK, Rolf: Der Arbeitnehmer Begriff im neuen § 611a BGB, AuR, Vol.65, No.4, April 2017, 140-153. (AuR 2017)

WANK, Rolf: Diversifying Employment Patterns- The Scope Of Labor Law and The Notion Of Employees, 137-143, https://www.jil.jp/english/events/documents/clls04_wank2.pdf. (Employees)

WANK, Rolf: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 19. Auflage, 2018. (ErfK/Wank)

WANK, Rolf: Objectionable Work In Germany, Comparative Labour and Policy Journal, 31(3), 2010, 455-470, <http://heinonline.org>.

WELLENHOFER-KLEIN, Marina: Der rauchfreie Arbeitsplatz, Was bringt die Änderung der Arbeitsstättenverordnung? RdA 2003, 155.

WERNECKE, Paula: Coronatests im Betrieb- Was gilt für Unternehmen?, <https://www.haufe.de>

WESTEN, Peter: The Empty Idea Of Equality, Harward Law Review, Vol. 95, No. 3, January 1982, 537-596, <http://www.jstor.com/stable/1340593>.

WIENCKE, Christopher: Inhalt und Grenzen des Direktionsrechts bei Arbeitsverträgen mit Berufssportlern, Hamburg 2016.

WINTEMUTE, Robert: Accomodating Religious Beliefs: Harm, Clothing Or Symbols and Refusal To Serve Others, The Modern Law Review, 2014, 77 (2), 223-253, <https://onlinelibrary.wiley.com>

WITSCHEN, Stefan: Matrixorganisationen und Betriebsverfassung, RdA 2016, 38.

WÜRDINGER, Markus: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 3, 8. Auflage, 2019. (MüKoBGB/Würdinger)

YAMAKOĞLU, Efe/ KARAÇÖP, Eda: İş Hukukunda Ücretsiz İzin Uygulamaları, Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C.20, S.1 (Özel Sayı), 2014, Prof. Dr. Ali Rıza Okur'a Armağan, 479-506.

YAMAKOĞLU, Efe: İş Hukukunda Ücret Zammı, Sicil, 38, 2017, 87-111.

YANLI, Veliye: Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Pay Sahiplerinin Ortaklık Alacaklılarına Karşı Sorumlu Kılınması, İstanbul 2000.

YAVUZ, Cevdet: Türk-İsviçre ve Fransız Medeni Hukuklarında Dolaylı Temsil, İstanbul 1983.

YENİSU, Ersin/ ŞAHİN, Fatih/ ÖZTEKKELİ, Hasan: Yönetim Düşüncesinin Evriminde Sistem Kuramının Etkileri: Kavramsal Bir Çözümleme, Akademi Sosyal Bilimler Dergisi, C.6, S.18, 2019, 514-527.

YILDIZ, Gaye Burcu: Ekonomik Kriz ve İşverenin Ekonomik Güçlüğüne Düşmesi Durumlarında İş Hukukunda İşçinin Korunması, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2020/2, 899-916. (İşçinin Korunması)

YILDIZ, Gaye Burcu: Güvenceli Esneklik ve 4857 Sayılı İş Kanunu, Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C.I, İstanbul 2011, 203-231. (Güvenceli Esneklik)

YILDIZ, Gaye Burcu: İş Hukuku Açısından Genel İşlem Koşulları ve Denetimi, İş Hukukunda Genç Yaklaşımlar II, (Editör: Prof. Dr. Tankut Centel), İstanbul 2016, 9-45. (Genel İşlem Koşulları)

YILDIZ, Gaye Burcu: İş Hukukunda Sözleşmesel Kayıtlar, Ankara 2014. (Sözleşmesel Kayıtlar)

YILDIZ, Gaye Burcu: İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi, Yargıtay'ın İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Kararlarının Değerlendirilmesi, 2015, İstanbul 2017. (Değerlendirme 2015)

YILDIZ, Gaye Burcu: İş Sözleşmesinin Feshinde Eşit İşlem Yapma Borcu ve Ayrımcılık Yasağı, Prof. Dr. Ali Güzel'e Armağan, C.II, İstanbul 2010, 837-876. (Fesihte Eşit İşlem)

YILDIZ, Gaye Burcu: İşçinin İş Saatleri İçinde Özel Amaçlı İnternet Kullanımının İş Sözleşmesinin Feshi Açısından Değerlendirilmesi, Sicil, 16, Aralık 2009, 110-120. (Özel Amaçlı İnternet)

YILDIZ, Gaye Burcu: İşçinin Sosyal Medya Paylaşımları Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshi Konusunda İki Farklı Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi, Sicil, 39, Temmuz 2018, 105-112. (Sosyal Medya)

YILDIZ, Gaye Burcu: İşverenin Eşit İşlem Yapma Borcu, Ankara 2008. (Eşit İşlem)

YILDIZ, Gaye Burcu: Türk İş Hukukunda Orantılılık İlkesi, DEÜHFD, C.15, Özel Sayı, 2013, 681-707. (Orantılılık İlkesi)

YILDIZ, Gaye Burcu: Türk İş Hukukunda Özürlülük ve Sağlık Durumuna Dayalı Ayrımcılık Yasağı, Sicil, 10, Haziran 2008, 80-88. (Özürlülük ve Sağlık)

YILMAZ, Ejder: Öğrenciler İçin Hukuk Sözlüğü, Ankara 2005.

YILMAZ, Halil: Türk İş Hukukunda Bireysel İş İlişkileri Açısından İşveren Vekili, Ankara 2012. (İşveren Vekili)

YILMAZ, Orhun: Türk İş Hukukunda Postalar Halinde Çalışma, Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1, S.1, 2018, 83-110.

YILMAZ, Serdar: Yargı Kararlarında Çocuk Adaleti: Danıştay Kararları, TBB TV, 11.12.2020 tarihli yayın.

YİĞİT, Yusuf: İşyerinde İnternetin Özel Amaçlı Kullanımı Nedeniyle İş Sözleşmesinin Feshi, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.18, S.2, 2010, 161-214.

YÜCEL BODUR, Mehtap: İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda Birlikte İşverenlik, İstanbul 2018. (Birlikte İşverenlik)

YÜCEL BODUR, Mehtap: İşverenin İşletmesel Karar Alma Özgürlüğü, İş ve Hayat Dergisi, C.1, S.2, 2015, 137-167. (İşletmesel Karar)

ZEYBEKOĞLU, Pınar: İşverenin Yönetim Hakkı Çerçevesinde İtiraz Edilebilir İş Kavramı, İstanbul 2018.

ZÖLLNER, Wolfgang/ LÖRITZ, Karl-Georg: Arbeitsrecht, München 2015.

YARARLANILAN DİĞER KAYNAKLAR

<https://eur-lex.europa.eu/>

<https://home.heinonline.org>

<https://sozluk.gov.tr>.

<https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi>

<https://www.dw.com/de/maria-20-katholikinnen-in-deutschland-rufen-frauenstreik-aus/a-48684656>

<https://www.holacracy.org/holacracyone/about>

<https://www.jstor.org>

<https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6721/KAMUOYU-DUYURUSU-Covid-19-ile-Mucadele>

Kazancı Mevzuat ve İtihat Bankası, www.kazanci.com

Pozitif Yaşam Derneği, <https://pozitifyasam.org>

T.C. Sağlık Bakanlığı Covid-19 Bilgilendirme Sayfası, <https://covid19.saglik.gov.tr>

www.hudoc.echr.coe.int

www.beck-online.beck.de

www.lexpera.com

Yargıtay Bilgi Bankası, <https://karararama.yargitay.gov.tr>

KARARLAR LİSTESİ

- ABAD, 15.11.2016, *Gorka Salaberria Sorondo v. Academia Vasca de Policía y Emergencias*, C-258/15, <http://curia.europa.eu/juris/liste>
- ABAD, *Asma Bougnaoui and Association de défense des droits de l'homme (ADDH) v Micropole SA*, C-188/15, 14.03.2017, (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62015CJ0188>)
- ABAD, *Commission of the European Communities v. Republic of Austria*, C-203/03, 01.02.2005, <http://curia.europa.eu/juris/liste>
- ABAD, *Samira Achbita and Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding v G4S Secure Solutions NV*, C-157/15, 14.03.2017, (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62015CJ0157>)
- AİHM, *Bączkowski and Others v. Poland*, Başvuru No: 1543/06, 03.05.3007, (www.hudoc.echr.coe.int.)
- AİHM, *Barbulescu v. Romania*, Başvuru No: 61496/08, 05.09.2017, (www.hudoc.echr.coe.int.)
- AİHM, *Belgian Linguistic Case*, Başvuru No: 1474/62, 1677/62, 1691/62, 23.07.1968, (www.hudoc.echr.coe.int.)
- AİHM, *Campagnano v. Italy*, Başvuru No: 77955/01, 03.07.2006, (www.hudoc.echr.coe.int.)
- AİHM, *Case of Handyside v. The United Kingdom*, Başvuru No: 5493/72, 07.12.1976, (www.hudoc.echr.coe.int.)
- AİHM, *Copland v. United Kingdom*, Başvuru No: 62617/00, 03.04.2007, (www.hudoc.echr.coe.int.)
- AİHM, *Demir and Baykara v. Turkey*, Başvuru No: 34503/97, 12.11.2008, p. 36, 37, 38, (www.hudoc.echr.coe.int.)
- AİHM, *Eweida and Others v. The United Kingdom*, Başvuru No: 48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10, 27.05.2013, (www.hudoc.echr.coe.int.)
- AİHM, *Handyside v. United Kingdom*, Başvuru No: 5493/72, 07.12.1976, (www.hudoc.echr.coe.int.)
- AİHM, *I.B v. Greece*, Başvuru No: 552/10, 03.10.2013, (www.hudoc.echr.coe.int.)
- AİHM, *Karaçay v. Türkiye*, Başvuru No: 6615/03, 27.03.2007, (www.hudoc.echr.coe.int.)

- AİHM, *Marckx v. Belgium*, Başvuru No: 6833/74, 13.06.1979, (www.hudoc.echr.coe.int.)
- AİHM, *Molla Sali v. Greece*, Başvuru No: 20452/14, 19.12.2018, (www.hudoc.echr.coe.int.)
- AİHM, *National Union of Belgian Police v. Belgium*, Başvuru No: 4464/70, 27.10.1975, (www.hudoc.echr.coe.int.)
- AİHM, *Niemietz v. Germany*, Başvuru No: 13710/88, 16.12.1992, (www.hudoc.echr.coe.int.)
- AİHM, *Özpınar v. Türkiye*, Başvuru No: 20999/04, 19.10.2010, (www.hudoc.echr.coe.int.)
- AİHM, *Peev v. Bulgaria*, Başvuru No: 64209/01, 26.07.2007, p. 37-38, (www.hudoc.echr.coe.int.)
- AİHM, *Rasmussen v. Denmark*, Başvuru No: 8777/79, 28.11.1984, p. 34, (www.hudoc.echr.coe.int.)
- AİHM, *Sejdic and Finci v. Bosnia Herzegovina*, Başvuru No: 27996/06, 34836/06, 22.12.2009, (www.hudoc.echr.coe.int.)
- AİHM, *Sidabras and Dziautas v. Lithuania*, Başvuru No: 55480/00, 59330/00, 27.7.2004, (www.hudoc.echr.coe.int.)
- AİHM, *Solomakhin v. Ukraine*, Başvuru No: 24429/03, 24.09.2012, (www.hudoc.echr.coe.int.)
- AİHM, *The Sunday Times v. The United Kingdom*, Başvuru No: 6538/74, 26.04.1979, (www.hudoc.echr.coe.int.)
- AİHM, *Wretlund v. Sweden*, Başvuru No: 46210/99, 09.03.2004, (www.hudoc.echr.coe.int.)
- ArbG Aachen, 21.02.2019- 1 Ca 1909/18, (www.beck-online.beck.de)
- ArbG Bonn, 09.08.2017, 4 Ca 181/16, (www.beck-online.beck.de)
- ArbG Wuppertal Urt., 10.12.2003 – 3 Ca 4927/03, BeckRS 2011, 69155, (www.beck-online.beck.de)
- Avrupa Sosyal Haklar Komitesi, *University Women of Europe (UWE) v. Belgium*, Şikayet No: 124/2016, 29.06.2020, (https://hudoc.esc.coe.)
- AYM, 04.07.2013, E. 2012/100, K. 2013/84, https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi
- AYM, 11.07.2018, E. 2018/68, K. 2018/87, RG. 16.10.2018, 30567
- AYM, 17.07.2020, E. 2019/40, K. 2020/40, RG. 09.10.2020, 31269

- AYM, 22.10.2015, E. 2015/29, K. 2015/95, RG. 12.11.2015, 29530
- AYM, 26-27.09.1967, E. 1963/336, K. 1967/29, RG. 19.10.1968, 13031
- AYM, 28.09.2017, E. 2016/125, K. 2017/43, (<https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>)
- AYM, 31.10.2013, E. 2013/23, K. 2013/123, RG. 15.03.2014, 28942
- AYM, *Aziz Turhan Kararı*, Başvuru Numarası: 2012/1269, 08.05.2014, p. 38, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2012/1269>
- AYM, *Bedrettin Morina Kararı*, Başvuru Numarası: 2017/40089, 05.03.2020, p. 35, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2017/40089>
- AYM, *Celal Oraj Altunörgü Kararı*, Başvuru No: 2018/31036, RG. 05.02.2021, 31386
- AYM, *E.Ü Kararı*, Başvuru No: 2016/13010, RG. 14.10.2020, 31274
- AYM, *Ebru Bilgin Başvurusu*, Başvuru No: 2014/7998, 19.07.2018, RG. 26.09.2018, 30547
- AYM, *H.Ç Başvurusu*, Başvuru No: 2017/14907, 30.09.2020, RG. 09.12.2020, 31329
- AYM, *Halime Sare Aysal Başvurusu*, Başvuru No: 2013/1789, 11.11.2015, RG. 24.12.2015, 29572
- AYM, *İlter Nur Başvurusu*, Başvuru No: 2013/6829, 14.04.2016, RG. 14.06.2016, 29742
- AYM, *Mehmet Akdoğan ve Diğerleri Başvurusu*, Başvuru No: 2013/817, 19.12.2013, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi>
- AYM, *Ömür Kara ve Onursal Özbek Kararı*, 24.03.2016, RG. 10.05.2016, 29708, Doğan Yenisey, Değerlendirme 2016
- AYM, T. 22.10.2015, E. 2015/10, K. 2015/93, RG. 07.11.2015, 29525
- AYM, *T.A.A Kararı*, Başvuru No: 2014/19081, 01.02.2017, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/19081>
- AYM, *Tuğba Arslan Kararı*, Başvuru Numarası: 2012/256, 25.06.2014, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/BB/2014/256>
- AYM, *Z.A Kararı*, Başvuru No: 2013/2928, 18.10.2017, RG. 06.03.2018, 30352
- BAG, 01.08.2017-9 AZB 45/17, 1144, (www.beck-online.beck.de)
- BAG, 02.11.2016- 10 AZR 596/15, (www.beck-online.beck.de)
- BAG, 03.11.1982 – 7 AZR 5/81, AP KSchG 1969 § 15 Nr. 12, Ascheid/Preis/Schmidt/Vossen KSchG § 1
- BAG, 03.12.1954- 1 AZR 150/54, BeckRS 9998, 122114, (www.beck-online.beck.de)
- BAG, 03.12.1985- 4 AZR 325/84, NZA 1986, 366, (www.beck-online.beck.de)

- BAG, 05.03.1974, AP BetrVG 1972 §5 Nr.1, (www.beck-online.beck.de)
- BAG, 07.12.2000- 6 AZR 444/99, I-2, (www.beck-online.beck.de)
- BAG, 09.04.2014 – 10 AZR 637/13, NZA 2014, 719, (www.beck-online.beck.de)
- BAG, 09.12.2009-4 AZR 495/08, Rn. 65, (www.beck-online.beck.de)
- BAG, 10.03.1998- 1 AZR 658/97= NZA 1998, 1242, (www.beck-online.de)
- BAG, 10.04.2014- 2 AZR 647/13, Rn. 27, (www.beck-online.de)
- BAG, 10.5.2016 – 9 AZR 347/15, (www.beck-online.beck.de)
- BAG, 11.06.2002- 1 ABR 46/01, NZA 2002, 1299, (www.beck-online.beck.de)
- BAG, 12.5.1958- 2 AZR 539/56, NJW 1958, 1748, Rn. 2(b), (www.beck-online.beck.de)
- BAG, 13.03.2007- 9 AZR 433/06, (www.beck-online.beck.de)
- BAG, 13.04.2010 – 9 AZR 36/09, AP No.45 zu § 307 BGB, Preis, Weisungsrecht, 11
- BAG, 13.06.2007- 5 AZR 564/06, NZA 2007, Rn. 975, (www.beck-online.beck.de)
- BAG, 13.06.2012- 10 AZR 296/11, (www.beck-online.beck.de)
- BAG, 14.01.1986- 1 ABR 75/83, AP Nr. 10 zu § 87 BetrVG 1972, Brunhöber, 208-209
- BAG, 14.06.2017- 10 AZR 330/16, (www.beck-online.beck.de)
- BAG, 14.06.2017- 10 AZR 330/16, NZA 2017, 1185, (www.beck-online.beck.de)
- BAG, 14.10.1980 – 1 AZR 1274/79, AP GG Art. 140 Nr. 7, Ascheid/Preis/Schmidt/Vossen KSchG § 1
- BAG, 15.02.2012- 10 AZR 111/11, NZA 2012, Rn. 735, (www.beck-online.beck.de)
- BAG, 15.04.2014- 1 ABR 2/13, NZA 2014, 551, (www.beck-online.beck.de)
- BAG, 15.09.2009- 9 AZR 757/98, NZA 2009, 1333, Preis/Ulber, Rn. 729-732
- BAG, 15.3.2011-10 AZB/49/10, 654, (www.beck-online.beck.de)
- BAG, 17. 7. 2007 - 9 AZR 819/06, NZA 2008, 118, (www.beck-online.beck.de)
- BAG, 17.01.1979- 5 AZR 248/78= AP BGB § 613 Nr. 2, (www.beck-online.beck.de)
- BAG, 19.08.1975, AP BetrVG 1972 §102 Nr. 5, (www.beck-online.beck.de)
- BAG, 19.12.2013- 6 AZR 190/12, (www.beck-online.beck.de)
- BAG, 20.03.2013- 10 AZR 8/12, NZA 2013, 973, (www.beck-online.beck.de)
- BAG, 20.06.2013- 2 AZR 546/12, NZA 2014, 143, (www.beck-online.beck.de)
- BAG, 20.07.2004- 9 AZR 570/03, AP BGB § 611, Nr. 65, (www.beck-online.beck.de)
- BAG, 20.12.1984-2 AZR 436/83, Kohte, NZA 1998, Rn. 162
- BAG, 20.4.2010 – 1 ABR 78/08, NZA 2010, 902, Ascheid/Preis/Schmidt/Vossen KSchG § 1 Rn. 854

- BAG, 21.04.1983- 6 ABR 70/82, Rn. III/3-c, (www.beck-online.beck.de)
- BAG, 21.04.1999- 5 AZR 174/98, (www.beck-online.beck.de)
- BAG, 22.02.2012 – 5 AZR 249/11, NZA 2013, 860, (www.beck-online.beck.de)
- BAG, 22.09.2009-1 AZR 972/08, NZA 2009, 1347, (www.beck-online.beck.de)
- BAG, 23.01.1986, AP BetrVG 1972 §5 Nr. 32, (www.beck-online.beck.de)
- BAG, 23.06.1994, 2 AZR 617/93, Brose/ Greiner/ Preis, Rn. 370
- BAG, 23.08.2012- 8 AZR 804/11, NZA 2013, 268, (www.beck-online.beck.de)
- BAG, 23.09.2004- 6 AZR 442/03, NZA 2005, Rn. 476, (www.beck-online.beck.de)
- BAG, 24.04.1996- 5 AZR 1031/94, NZA 1996, 1088-1089, (www.beck-online.beck.de)
- BAG, 24.05.1989 - 2 AZR 285/88, (www.beck-online.beck.de)
- BAG, 24.05.1989-2 AZR 285/88, www.beck-online.beck.de
- BAG, 24.11.1981- 1 ABR 108/79, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebs Nr. 3, (www.beck-online.beck.de)
- BAG, 24.11.2005-2 AZR 614/04, NZA 2006, Rn. 367, (www.beck-online.beck.de)
- BAG, 25.10.2007- 8 AZR 593/06, NZA 2008, 223, (www.beck-online.beck.de)
- BAG, 26.01.1995- 2 AZR 649/94, (www.beck-online.beck.de)
- BAG, 27.03.1980- AZR 506/78, AP Nr. 26 zu § 611 BGB Direktionsrecht, (www.beck-online.beck.de)
- BAG, 27.03.1981-7 AZR 523/78, AP BGB § 611 Arbeitgebergrupper Nr. 1, (www.beck-online.de)
- BAG, 27.07.2017- 2 AZR 681/16, (www.beck-online.beck.de)
- BAG, 27.09.2012-2 AZR 838/11, 1692, (www.beck-online.beck.de)
- BAG, 28. 05. 2009 - 8 AZR 536/08, (www.beck-online.beck.de)
- BAG, 29.01.1960-1 AZR 200/58, Kohte, NZA 1998, Rn. 162
- BAG, 29.01.1980, BetrVG 1972 §5 Nr. 24, (www.beck-online.beck.de)
- BAG, 29.09.2004 - 5 AZR 43/04, (www.beck-online.beck.de)
- BAG, 30.01.2019- 10 AZR 299/18 (A), (www.beck-online.beck.de)
- BAG, 30.04.1987- 2 AZR 184/86, AP KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung Nr. 42, (www.beck-online.beck.de)
- BAG, 30.08.1995- 1 AZR 47/95, NZA 1996, 440, (www.beck-online.beck.de)
- BAG, 30.10.1991- 7 ABR 19/91, NZA 1992, Rn. 408, (www.beck-online.beck.de)
- BAG, 31.07.2014- 2 AZR 422/13, NZA 2015, Rn. 103, (www.beck-online.beck.de)

- BAG, 6.12.1979 – 2 AZR 1055/77, AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 2, Ascheid/Preis/Schmidt/Vossen KSchG § 1
- BayVGh, 02.03.2021- AZ. 20 NE 21.353, (www.vgh.bayern.de)
- BGH, 03.07.1996- VIII ZR 221/95, NJW 1996, 2574, (www.beck-online.beck.de)
- BGH, 11.10.2010- II ZR 266/08 NJW 2011, 920, Rn. 7, (www.beck-online.beck.de)
- Bursa BAM, 01.03.2019, E. 2018/3305, K. 2019/561, (www.lexpera.com)
- BVerfG, 01.12.2009, NWwZ 2010, 570, Preis/Ulber, Rn.729
- BVerfG, 10.01.2018 – 2 BvR 2993/14, (www.beck-online.beck.de)
- BVerfG, 15. 12. 1965 - 1 BvR 513/65, NJW 1966, 243, (www.beck-online.beck.de)
- BVerfG, 15.01.1958- 1 BvR 400/51, BVerfGE 7, 198, (www.beck-online.beck.de)
- BVerfG, 19.08.2015- 1 BvR 1084/15, (www.beck-online.beck.de)
- BVerfG, 26.03.2014- 1 BvR 3185/09, BeckRS 2014, 49789, Rn. 5, (www.beck-online.beck.de)
- Kelly v. Covance Laboratories Ltd. UKEAT/0186/15/LA, 20.10.2015, <https://www.localgovernmentlawyer.co.uk/employment>
- LAG Baden-Württemberg, 29.7.2014-13 Ta 20/14, 562, (www.beck-online.beck.de)
- LAG Berlin v. 6. 12. 1982 9 Sa 80/82, FHArbSozR 29 Nr. 1790, (www.beck-online.beck.de)
- LAG Berlin-Brandenburg, 08.05.2017, 20 Ta 453/17, (www.beck-online.beck.de)
- LAG Berlin-Brandenburg, 14.11.2018- 17 Sa 562/18, ArbRAktuell, 2019, 47, (www.beck-online.beck.de)
- LAG Berlin-Brandenburg, 25.09.2017, 10 Sa 899/17, (www.beck-online.beck.de)
- LAG Düsseldorf, 14.11.2005- 10 TaBV 46/05, (www.beck-online.beck.de)
- LAG Düsseldorf, 21.07.2015-3 Sa 6/15, BeckRS 2015, 71812, (www.beck-online.beck.de)
- LAG Düsseldorf, 24.03.2014- 9 Sa 1207/13, (www.beck-online.beck.de)
- LAG Hamburg, AP 1952, Nr. 105, Kohte, NZA 1989, Rn. 162
- LAG Hamm, 07.10.2002-8 Sa 1758/01 NZA-RR 2004, 125-126, (www.beck-online.de)
- LAG Hamm, 20.04.2011-4 Sa 2230/10, www.beck-online.beck.de
- LAG Hamm, 22.10.1991- 13 Ta BV 36/91, (www.beck-online.beck.de)
- LAG Köln, 15.06.2009- 5 Sa 179/09, (www.beck-online.beck.de)
- LAG Köln, 18.08.2010- 3 TaBV 15/10, (www.beck-online.beck.de)
- LAG Köln, 22. 6. 94- 2 Sa 1087/93, (www.beck-online.beck.de)

- LAG Köln, 30.07.2009- 7 Sa 571/09, NZA-RR 2010, 514, (www.beck-online.beck.de)
- LAG Nürnberg, 26.10.2004- 6 Sa 348/03, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2005/7, 310
- LAG Nürnberg, 27.03.2018-7 Sa 304/17, (www.beck-online.beck.de)
- LAG Rheinland-Pfalz, 13.10.1987- 3 Sa 457/87, NZA 1988, 471, (www.beck-online.beck.de)
- LAG Rheinland-Pfalz, 20.01.2011- 11 Sa 353/10, (www.beck-online.beck.de)
- LAG Rheinland-Pfalz, 30.11.2015- 3 Sa 371/15, BeckRS 2016, 67330, (www.beck-online.beck.de)
- LAG Rheinland-Pfalz, ARst X Nr. 317, Kohte, NZA 1998, Rn. 162
- LAG Rheinland-Pfalz, 17.06.2009- 8 Sa 26/09, (www.beck-online.beck.de)
- *Marie-Louise Jungelin v. Sweden*, CRPD/C/12/D/5/2011, 14.11.2014, <https://juris.ohchr.org/Search/Results>.
- *Miguel Angel Lopez Rodriguez v. Spain*, E/C.12/57/D/1/2013, 20.04.2016, <https://juris.ohchr.org/Search/Results>
- OVG Münster, 4.11.2014 – 4 A 775/14, (www.beck-online.beck.de)
- *R.K.B. v. Turkey*, CEDAW/C/51/D/28/2010, 13.04.2012, <https://juris.ohchr.org/Search/Results>
- RAG, 19.12.1931- RAG 261/31, (www.beck-online.beck.de)
- *Schmidt v. Austicks Bookshop* (1978), ICR 85 EAT, Middlemiss, 43
- *Smith v. Safeway plc.* (1996) IRLR 456 (CA), Middlemiss, 43
- UN, E/C.12/GC/20, 02.07.2009, https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2fGC%2f20&Lang=en.
- UN, E/C.12/GC/23, 27.04.2016, https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2fGC%2f23&Lang=en
- VG Berlin, 14.04. 2020- VG 28 L 119/20, NVwZ-RR 2020, 696, (www.beck-online.beck.de)
- Y10HD, 15.05.2019, E. 2018/5134, K. 2019/4306, KİBB
- Y10HD, 18.04.2019, E. 2016/16333, K. 2019/3645, KİBB
- Y12CD, 18.12.2018, E. 2016/11688, K.2018/12341, KİBB
- Y15HD, 09.11.2020, E. 2020/1822, K. 2020/2934, KİBB
- Y21HD, 03.12.2019, E. 2019/2718, K. 2019/7441, KİBB
- Y21HD, 04.02.2020, E. 2019/2986, K. 2020/500, KİBB

- Y21HD, 14.03.2019, E. 2018/1696, K. 1960, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2019/4, 2973-2978
- Y21HD, 29.09.2005, E. 2005/3362, K. 2005/8594, KİBB
- Y22HD, 02.06.2016, E. 2016/12854, K.2016/16265, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2017/3, 54, 1811
- Y22HD, 02.07.2019, E. 2017/18906, K. 2019/14813, KİBB
- Y22HD, 03.02.2020, E. 2017/27140, K. 2020/1396, KİBB
- Y22HD, 03.04.2017, E.2017/31068, K.2017/7313, Caniklioğlu, Değerlendirme 2017
- Y22HD, 04.03.2020, E. 2017/27313, K. 2020/4204, KİBB
- Y22HD, 04.06.2014, E. 2014/13786, K. 2014/15858, KİBB
- Y22HD, 05.11.2019, E. 2016/22464, K. 2019/20223, KİBB
- Y22HD, 05.12.2012, E. 2012/4892, K. 2012/27269, Çil, Koronavirüs, 55
- Y22HD, 06.07.2018, E.2018/33318, K. 2018/14554, KİBB
- Y22HD, 06.11.2019, E.2017/23865, K. 2019/20398, KİBB
- Y22HD, 07.03.2019, E. 2018/12073, K. 2019/5491, KİBB
- Y22HD, 07.05.2019, E. 2017/21857, K. 2019/9884, KİBB
- Y22HD, 07.07.2017, E. 2015/15592, K. 2017/16616, KİBB
- Y22HD, 10.05.2016, E. 2016/11845, K. 2016/14174, KİBB
- Y22HD, 12.03.2020, E. 2016/32990, K. 2020/5010, Çil, Koronavirüs, 171-179
- Y22HD, 12.06.2017, E. 2017/34981, K. 2017/13817, Sur, Değerlendirme 2017, 91
- Y22HD, 12.12.2016, E. 2016/31994, K. 2016/26706, KİBB
- Y22HD, 13.10.2016, E. 2016/18579, K. 2016/23300, Yargıtay Bilgi Bankası, <https://karararama.yargitay.gov.tr>.
- Y22HD, 13.11.2019, E. 2016/22397, K. 2019/20993, KİBB
- Y22HD, 14.01.2014, E. 2013/ 1747, K. 2014/150, Çalışma ve Toplum, 2014/4, 495-497
- Y22HD, 15.03.2018, E. 2015/28627, K. 2018/ 6793, KİBB
- Y22HD, 15.12.2015, E. 2014/23997, K. 2015/34572, Yargıtay Karar Arama, (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb>)
- Y22HD, 17.03.2014, E.2014/1123, K. 2014/6205, Süzek, 577
- Y22HD, 17.12.2018, E. 2017/18955, K. 2018/27375, KİBB
- Y22HD, 18.05.2017, E. 2017/33166, K. 2017/11540, KİBB
- Y22HD, 18.11.2014, E. 2014/24648, K. 32319, KİBB
- Y22HD, 18.12.2017, E. 2015/24749, K. 2017/28845, KİBB

- Y22HD, 19.04.2018, E. 2018/1633, K. 2018/9113, KİBB
- Y22HD, 19.09.2019, E. 2016/17721, K. 2019/16867, KİBB
- Y22HD, 19.11.2018, E. 2018/14827, K. 2018/24725, KİBB
- Y22HD, 19.12.2019, E. 2019/8929, K. 2019/23853, KİBB
- Y22HD, 20.03.2018, E. 2017/9920, K. 2018/7204, KİBB
- Y22HD, 20.12.2017, E. 2017/44370, K. 2017/30242, Caniklioğlu, Değerlendirme 2017
- Y22HD, 21.05.2019, E. 2017/21677, K. 2019/21677, KİBB
- Y22HD, 22.10.2015, E. 2015/27737, K. 2015/29595, KİBB
- Y22HD, 23.01.2012, E. 2011/4970, K. 2012/410, KİBB
- Y22HD, 24.12.2014, E. 2013/27759, K. 2014/36786, KİBB
- Y22HD, 24.12.2018, E. 2017/15836, K. 2018/28021, , KİBB
- Y22HD, 25.03.2019, E. 2017/20988, K. 2019/6513, KİBB
- Y22HD, 26.06.2019, E. 2016/17144, K. 2019/14200, KİBB
- Y22HD, 26.12.2019, E. 2016/26676, K. 2019/24572, KİBB
- Y22HD, 27.04.2015, E. 2015/11223, K. 2015/15136, KİBB
- Y22HD, 27.12.2013, E. 2013/693, K. 2013/30811, KİBB
- Y22HD, 28.05.2019, E. 2016/13969, K. 2019/11939, KİBB
- Y22HD, 31.05.2016, E. 2015/11958, K. 2016/15623, KİBB
- Y22HD, 31.05.2018, E. 2017/13492, K. 2018/13614, KİBB
- Y7HD, 06.03.2014, E. 2013/20680, K. 2014/5507, Keser, Özel Hayat, 24
- Y7HD, 07.03.2013, E. 2013/2572, K. 2013/2349; KİBB
- Y7HD, 07.03.2016, E. 2016/6647, K. 2016/4850, Doğan Yenisey, Değerlendirme 2016
- Y7HD, 07.09.2015, E. 2015/24545, K. 2015/14099, KİBB
- Y7HD, 11.02.2014, E. 2013/16016, K. 2014/3557, Çalışma ve Toplum, 2014/4, 347-348
- Y7HD, 11.06.2014, E. 2014/7358, K. 2014/13055, KİBB
- Y7HD, 15.03.2016, E. 2015/36983, K. 2016/6330, Baycık, Değerlendirme 2016, 257-263
- Y7HD, 18.11.2015, E. 2105/11381, K. 2015/22718, Astarlı, Değerlendirme 2015, 274-276
- Y7HD, 21.01.2016, E. 2015/353, K. 2016/526, KİBB
- Y7HD, 22.11.2016, E. 2016/18167, K. 2016/19841, KİBB

- Y7HD, 26.01.2015, E. 2014/15443, K. 2015/584, Yargıtay Karar Arama, (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb>)
- Y7HD, 29.11.2016, E. 2016/37293, K. 2016/20177, KİBB
- Y9HD, 01.06.2005, E.2005/12985, K. 2005/20130, Çankaya/Çil, 25
- Y9HD, 01.06.2009, E. 2009/3836, K. 2009/15040, Başterzi, Değerlendirme 2009, 50-52
- Y9HD, 01.06.2017, E. 2016/14205, K. 2017/9526, KİBB
- Y9HD, 02.02.2009, E. 2008/9781, K. 2009/996, KİBB
- Y9HD, 02.03.2017, E. 2016/5475, K. 2017/2968, Çalışma ve Toplum, 2017/4, 2249-2254
- Y9HD, 02.06.2015, E. 2014/7372, K. 2015/20079, KİBB
- Y9HD, 02.12.2009, E. 2009/33837, K. 2009/32939, KİBB.
- Y9HD, 03.02.2009, E. 2007/27903, K. 2009/1259, KİBB
- Y9HD, 03.11.2020, E. 2017/7463, K. 2020/14457, KİBB
- Y9HD, 04.02.2020, E. 2016/12390, K. 2020/1293, KİBB
- Y9HD, 04.04.2000, E. 2000/2465, K. 4716, KİBB
- Y9HD, 04.05.2009, E. 2008/36305, K. 2009/12393, KİBB
- Y9HD, 04.12.2019, E. 2017/12970, K. 2019/21677, KİBB
- Y9HD, 05.02.2018, E. 2015/8596, K. 2018/1444, KİBB
- Y9HD, 05.02.2020, E. 2017/15337, K. 2020/1522, KİBB
- Y9HD, 05.04.2012, E. 2010/1911, K. 2012/11638, Savaş Kutsal, Psikolojik Taciz, 627
- Y9HD, 05.10.2020, E. 2016/25374, K. 2020/10475, KİBB
- Y9HD, 05.11.2015, E. 2015/29765, K. 2015/31435, KİBB
- Y9HD, 06.06.2017, E. 2016/11644, K. 2017/9757, KİBB
- Y9HD, 06.07.2017, E. 2016/17532, K. 2017/12196, KİBB
- Y9HD, 07.10.2020, E. 2016/25534, K. 2020/11056, KİBB
- Y9HD, 07.12.2020, E. 2016/35098, K. 2020/17279, KİBB
- Y9HD, 08.05.2006, E.2006/10001, K. 2006/12997, Çankaya/Çil, 25
- Y9HD, 08.06.2011, E. 2010/3376, K. 2011/17092, KİBB
- Y9HD, 08.07.2013, E. 2011/26182, K. 2013/20765, Çil, Koronavirüs, 55
- Y9HD, 08.10.2018, E. 2018/7404, K. 2018/17713, KİBB
- Y9HD, 08.10.2019, E. 2016/9885, K. 2019/17630, KİBB
- Y9HD, 08.11.1999, E. 1999/13898, K. 1999/16874, KİBB
- Y9HD, 08.11.2010, E. 2009/35465, K. 2010/32189, KİBB

- Y9HD, 08.12.2020, E. 2016/34378, K. 2020/17687, KİBB
- Y9HD, 09.12.2019, E. 2016/9899, K. 2019/21877, KİBB
- Y9HD, 09.12.2020, E. 2016/31621, K. 2020/17874, KİBB
- Y9HD, 09.12.2020, E. 2016/33960, K. 2020/17839, KİBB
- Y9HD, 10.03.2016, E. 2016/2451, K. 2016/5421, KİBB
- Y9HD, 10.11.2014, E. 2013/70, K. 2014/33303, KİBB
- Y9HD, 10.11.2019, E. 2018/10718, K. 2019/559, KİBB
- Y9HD, 11.09.2014, E. 2014/11104, K. 2014/26334, KİBB
- Y9HD, 12.02.2013, E. 2010/38293, K. 2013/5390, KİBB
- Y9HD, 12.02.2014, E. 2014/664, K. 2014/4313, KİBB
- Y9HD, 12.02.2019, E. 2015/30145, K. 2019/3397, KİBB
- Y9HD, 12.04.2016, E.2016/6955, K. 2016/9161, KİBB
- Y9HD, 12.12.2013, E. 2011/48499, K. 2013/33105, KİBB
- Y9HD, 13.01.2020, E. 2019/5746, K. 2020/154, KİBB
- Y9HD, 13.05.2019, E. 2019/881, K. 2019/10723, KİBB
- Y9HD, 14.05.2014, E. 2012/10583, K. 2014/15693, KİBB
- Y9HD, 14.10.2020, E. 2016/25494, K. 2016/11826, KİBB
- Y9HD, 14.11.2018, E. 2018/2125, K. 2018/20573, KİBB
- Y9HD, 15.01.2015, E. 2013/7613, K. 2015/741, KİBB
- Y9HD, 15.01.2019, E. 2018/9869, K. 2019/1020, , KİBB
- Y9HD, 15.02.2016, E. 2014/30036, K. 2016/2484, KİBB
- Y9HD, 15.04.2015, E. 2014/2960, K. 2015/14418, KİBB
- Y9HD, 15.04.2019, E. 2018/10504, K. 2019/8673, KİBB
- Y9HD, 15.05.2019, E. 2016/1423, K. 2019/1167, Çalışma ve Toplum, 2020/1, 437-442
- Y9HD, 15.09.2005, E.2005/27017, K. 2005/29799, Çalışma ve Toplum Dergisi 2005/4-[7], 166-167
- Y9HD, 15.09.2020, E. 2016/22065, K. 2020/7808, KİBB
- Y9HD, 15.09.2020, E. 2020/1848, K. 2020/7866, KİBB
- Y9HD, 16.01.2020, E. 2019/8120, K. 2020/520, KİBB
- Y9HD, 16.05.2019, E. 2019/132, K. 2019/11219, KİBB
- Y9HD, 16.06.2011, E. 2009/16979, K. 2011/18281, KİBB
- Y9HD, 16.12.2019, E. 2019/7770, K. 2019/22461, KİBB
- Y9HD, 16.12.2020, E. 2016/35231, K. 2020/18769, KİBB

- Y9HD, 17.02.2014, E.2011/54812, K.2014/4563, KİBB
- Y9HD, 17.03.2008, E. 2007/27583, K. 2008/5294, KİBB
- Y9HD, 17.03.2015, E. 2013/16040, K. 2015/10743, (www.lexpera.com)
- Y9HD, 17.12.2020, E. 2017/18279, K. 2020/19032, KİBB
- Y9HD, 18.05.2005, E. 2004/27834, K. 2005/18888, KİBB
- Y9HD, 18.06.2015, E. 2015/14396, K. 2015/22303, Dursun Ateş, 672.
- Y9HD, 18.06.2020, E. 2017/15419, K. 2020/6014, KİBB
- Y9HD, 18.09.2019, E. 2019/6426, K. 2019/16155, KİBB
- Y9HD, 19.01.2009, E. 2008/11072, K. 2009/127, KİBB
- Y9HD, 19.09.2005, E. 2005/654, K. 2005/30275, KİBB
- Y9HD, 20.01.2020, E. 2016/11952, K. 2020/638, KİBB
- Y9HD, 20.01.2020, E. 2019/6407, K. 2020/678, KİBB
- Y9HD, 20.03.2019, E.2019/2160, K. 2019/6298, KİBB
- Y9HD, 20.05.2014, E. 2014/13979, K. 2014/16484, KİBB
- Y9HD, 20.10.2014, E. 2012/38904, K. 2014/30214, KİBB
- Y9HD, 21.03.2006, E. 2006/4306, K. 2006/7133, Çankaya/Çil, 25
- Y9HD, 21.06.2010, E. 2008/29926, K. 2010/19573, Çalışma ve Toplum, 2011/1
- Y9HD, 21.09.1990, E. 1990/5978, K. 1990/9488, , KİBB
- Y9HD, 21.10.2014, E. 2014/27694, K. 2014/30404, KİBB
- Y9HD, 21.12.2017, E. 2016/32606, K. 2017/21996, Dulay Yangın, Dini Semboller, 2049-2053
- Y9HD, 21.12.2020, E. 2017/27166, K. 2020/19379, KİBB
- Y9HD, 22.02.2018, E. 2018/1821, K. 2018/3798, KİBB
- Y9HD, 22.05.2019, E. 2019/4366, K. 2019/11755, KİBB
- Y9HD, 22.06.2017, E. 2017/22026, K. 2017/11098, KİBB
- Y9HD, 22.11.2017, E. 2016/30461, K. 2017/18864, KİBB
- Y9HD, 23.02.2004, E. 2003/13841, K. 2004/3064, Çelik/Caniklioğlu/Canbolat, 643
- Y9HD, 23.11.2015, E. 2014/21301, K. 2015/33167, Yıldız, Değerlendirme 2015, 172-173
- Y9HD, 23.11.2017, E. 2017/367, K. 2017/18885, KİBB
- Y9HD, 23.12.2020, E. 2016/33799, K. 2020/19760, Çalışma ve Toplum, 2021/2, 1409-1411
- Y9HD, 24.03.2020, E. 2019/8022, K. 2020/4414, KİBB
- Y9HD, 24.06.2019, E. 2019/4548, K. 2019/14050, KİBB

- Y9HD, 24.06.2020, E. 2016/18207, K. 2020/6369, KİBB
- Y9HD, 24.12.2018, E. 2015/27712, K. 2018/23910, KİBB
- Y9HD, 24.12.2020, E. 2020/3510, K. 2020/20013, Çalışma ve Toplum, 2021/12, 1391-1393
- Y9HD, 25.03.2019, E. 2015/34618, K. 2019/6580, KİBB
- Y9HD, 25.04.2019, E. 2016/12267, K. 2019/9548, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2019/4, 2803-2805
- Y9HD, 25.09.2001, E. 2001/10389, K. 2001/14810, KİBB
- Y9HD, 25.11.2019, E. 2019/3669, K. 2019/20770, KİBB
- Y9HD, 26.02.2007, E.2007/2709, K. 2008/5125, Çankaya/Çil, 25
- Y9HD, 26.02.2018, E. 2017/20746, K. 2018/4050, KİBB
- Y9HD, 26.06.2019, E. 2019/1405, K. 2019/14318, KİBB
- Y9HD, 26.09.2017, E. 2016/22368, K. 2017/14208, KİBB
- Y9HD, 26.09.2019, E. 2019/6065, K. 2019/16886, KİBB
- Y9HD, 26.10.2020, E. 2017/17516, K. 2020/13252, KİBB
- Y9HD, 27.02.2008, E. 2007/9302, K. 2008/2652, KİBB
- Y9HD, 27.05.1993, E. 1993/8915, K. 1993/9235, KİBB
- Y9HD, 27.05.2010, E. 2008/28023, K. 2010/14777, KİBB
- Y9HD, 27.11.2017, E. 2016/31552, K. 2017/19088, Caniklioğlu, Değerlendirme 2017
- Y9HD, 28.01.2016, E. 2014/27000, K. 2016/2328, Çil, Koronavirüs, 124-128
- Y9HD, 28.03.2019, E. 2016/21065, K. 2019/7060, KİBB
- Y9HD, 28.05.2013, E. 2011/14779, K. 2013/16211, KİBB
- Y9HD, 28.09.2015, 21821/26418, Y9HD, 24.01.2017, 26980/701, KİBB
- Y9HD, 28.12.2009, E. 2009/47847, K. 2009/37770, Çankaya/Çil, 27.
- Y9HD, 28.12.2010, E. 2010/3485, K. 2010/41269, KİBB
- Y9HD, 29.06.2009, E. 2008/36341, K. 2009/18306, KİBB
- Y9HD, 29.11.2011, E. 2009/19835, K. 2011/ 46440, KİBB
- Y9HD, 30.06.2014, E. 2014/8250, K. 2014/22224, KİBB
- Y9HD, 30.09.2015, E. 2015/21179, K. 2015/26948, KİBB
- Y9HD, 02.07.2015, E.2015/16269, K. 2015/23896, Astarlı, Değerlendirme 2015, 309-315
- YCGK, 18.11.2014, E. 2013/12-38, K. 2014/493, KİBB
- YCGK, 28.04.2015, E. 2014/9-154, K. 2015/133, KİBB
- YHGK, 01.03.2017, E. 2015/22-970, K. 2017/382, KİBB

- YHGK, 04.11.2009, E. 2009/9-416, K. 2009/474, KİBB
- YHGK, 04.12.2018, E. 2015/22-2359, K. 2018/1832, KİBB
- YHGK, 10.10.2019, E. 2016/7-1534, K. 2019/1026, KİBB
- YHGK, 12.02.2014, E. 2013/21-586, K. 2012/95, KİBB
- YHGK, 13.07.2011, E. 2011/4-410, K. 2011/511, KİBB
- YHGK, 14.1.1981, E.1979/263, K. 1981/11, KİBB
- YHGK, 15.03.2017, E. 2014/22-2421, K. 2017/508, KİBB
- YHGK, 15.03.2017, E. 2015/22-3568, K. 462, Sur, Değerlendirme 2017
- YHGK, 16.01.2020, E. 2019/9-571, K. 2020/23, KİBB
- YHGK, 16.04.2003, E.2003/9-308, K. 2003/303, Süzek, 155.
- YHGK, 16.05.2019, E. 2017/11-60, K. 2019/578, KİBB
- YHGK, 16.11.2016, E. 2016/9-1414, K. 2016/1072, KİBB
- YHGK, 18.04.2018, E. 2016/7-610, K. 2018/918, KİBB
- YHGK, 18.10.2018, E.2017/ 22-3176, K. 2018/1470, KİBB
- YHGK, 19.02.2019, E 2017/10-2071, K. 2019/176, KİBB
- YHGK, 19.02.2019, E. 2015/22-3237, K. 2019/160, KİBB
- YHGK, 20.11.2018, E.2018/22-703, K. 2018/1749, KİBB
- YHGK, 21.02.2018, E. 2015/21-139, K. 2018/316, KİBB
- YHGK, 22.09.2004, E. 2004/21-406, K. 2004/434, KİBB
- YHGK, 24.01.2018, E. 2017/7-3017, K. 2018/89, KİBB
- YHGK, 25.09.2013, E. 2012/9-1925, K. 2013/1407, Süzek, 401
- YHGK, 28.02.2019, E. 2015/21-2237, K. 2019/224, KİBB
- YHGK, 29.04.2015, E.2015/22-772, K. 2015/1280, KİBB
- YHGK, 30.05.2015, E. 2015/7-2875, K. 2018/1142, KİBB
- YİBK, 18.06.1958, E. 1957/20, K. 1958/9, KİBB
- *Zwaan-de Vires v. the Netherlands*, UN Doc, CCPR/29/D/182/1984

ÖZET

İş sözleşmesinin akdedilmesiyle birlikte işçiler, işverenin otoritesi altına girmekte ve iş görme borcunu, işverenin talimatları ile gözetim ve denetimi altında yerine getirmektedir. Bu bağlamda, işveren, işin görülmesine ve işçilerin işyerindeki davranışlarına ilişkin konularda talimat verme hakkına sahiptir. Nitekim bu husus, Türk Borçlar Kanununun 399. maddesinde açıkça düzenlenmektedir.

Türk iş hukukunda, işverenin yönetim hakkının kaynağı iş sözleşmesidir. İşverenin yönetim hakkı, kaynaklar hiyerarşisinde en alt sırada yer almaktadır. Dolayısıyla, işveren yönetim hakkını ancak, Anayasanın, kanunların, sözleşmelerin yani tüm resmi ve özel iş hukuku kaynaklarının ilgili konuyu düzenlenmediği bir alanda kullanabilir. Diğer bir anlatımla, işveren, iş hukukunun diğer kaynaklarıyla düzenlenmemiş boş alanda talimat verme hakkına sahiptir. İşveren, vereceği talimatlarla işçinin iş sözleşmesinin koşullarında bir değişiklik meydana getiremez.

İşveren, işin nerede, ne zaman, nasıl, hangi sırayla yapılacağını yani işe ilişkin ayrıntıları, aksi kararlaştırılmamışsa, yönetim hakkı aracılığıyla vereceği talimatlarla belirlemektedir. Bu anlamda, işverenin yönetim hakkı, işçinin iş görme borcunu somutlaştırmaya yöneliktir.

Ancak, işverenin yönetim hakkı, diğer hukuk kaynaklarıyla sınırlandırılmıştır. İşveren hukuka ve dürüstlük kurallarına aykırı talimatlar veremez. Diğer bir anlatımla, işçi işverenin sadece hukuka uygun talimatlarına uymakla yükümlüdür. Hukuka aykırı bir talimatla karşılan işçi bu talimatı yerine getirmediği için herhangi bir yaptırıma maruz bırakılamaz.

Tez çalışmamız üç ana bölümden oluşmaktadır. Çalışmamızın birinci bölümünde yönetim hakkının iş ilişkisinde gerekliliği, kaynağı ve hukuki niteliği incelenmektedir. Bu

bölümde ayrıca yönetim hakkının kimler tarafından kullanılabileceği ile talimatların türlerinin neler olduğu sorularına cevap aranmaktadır.

Çalışmamızın ikinci bölümünde ise işçinin talimatlara uyma borcunun hukuki dayanakları ve kapsamı Türk ve Alman Hukukunda karşılaştırmalı olarak değerlendirilmektedir. Bu kısımda ayrıca Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları konumuz bağlamında irdelenmektedir.

Nihayet, tez çalışmamızın son bölümünde ise, işçinin hukuka uygun talimatlara uymamasının sonuçları ile işçinin hukuka aykırı talimatlara uyması durumunda karşılaşıacağı yaptırımlar ve hukuka aykırı talimatlar karşısındaki haklarının neler olduğu incelenmektedir.

Anahtar Kelimeler: işverenin yönetim hakkı, talimat, hukuka uygun talimatlar, bağımlılık, çalışma koşulları

ABSTRACT

When the employment contract is concluded, employees fall under employer's authority and fulfill his/her obligation to work under the employer's instructions, supervision and control. In this context, the employer has the right to issue instructions on the conduct of the work and employees' behaviors at the workplace. Hence, this issue is regulated expressly in the article 399 of the Turkish Code of Obligation.

In Turkish labor law, the source of the employer's right to give instructions is the employment contract. The employer's right to give instructions ranks at the bottom of the hierarchy of resources. Therefore, the employer can only exercise his/her management right in an empty area which is not regulated by Constitution, codes, contracts, public and private labor law sources. In other words, employers can only give instructions in an empty field that is not shaped by other sources of labor law. The employer does not change employees' working conditions by giving instructions.

The employer -if it is not agreed by the contracting parties- can specify where, when and how the work will be done, in other words, the employer can determine how the details of work will be performed through his/her right to give instructions. In this sense, the employer's management right embodies employees' obligation to work.

However, employers' right to give instructions is restricted by other sources of law. The employer can not issue directions which are contrary to the law and good faith. In other words, employees must obey employer's legal and reasonable instructions. If an employee does not carry out the employer's illegal or unreasonable instructions, an employee is not subject to any sanctions.

Our thesis is composed of three main parts. In the first part of our study, the necessity, the source and the legal characteristic of the employer's management right are examined.

Also, in this section, the question of who has the right to issue instructions and types of instructions are discussed.

In the second part of our study, the legal basis and scope of the employees' duty to comply with employer's instructions are evaluated in the light of Turkish and German labor law. Moreover, in this part, the decisions of European Court of Human Rights are examined in the context of our thesis subject.

Finally, in the last part of our thesis, the consequences of employees' non-compliance with employer's lawful instructions are evaluated. Furthermore, the sanctions that an employee can face in case of obeying illegal instructions are discussed.

Key Words: employer's right to manage, employee's duty to obey instructions, lawful instructions, dependency, working conditions.